Prof. Dr. Jale AKİPEK **Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK**

Doç. Dr. Derya ATEŞ

TÜRK MEDENÎ HUKUKU

Birinci Cilt

BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

KİŞİLER HUKUKU

YENİLENMİŞ

ONSEKİZİNCİ BASI

BETA

Yayın No: 4113
Hukuk Dizisi: 2006

Kişiler Hukuku
Prof. Dr. Jale Akipek
Prof. Dr. Turgut Akıntürk
Doç. Dr. Derya Ateş

Beşinci Baskı: Eylül 2004, İstanbul
Altıncı Baskı: Ocak 2007, İstanbul
Yedinci Baskı: Aralık 2009, İstanbul
Sekizinci Baskı: Eylül 2011, İstanbul
Dokuzuncu Baskı: Eylül 2012, İstanbul
Onuncu Baskı: Eylül 2013, İstanbul
Onbirinci Baskı: Ekim 2014, İstanbul
Onbirinci Baskıdan Tıpkı Onikinci Baskı: Ekim 2015, İstanbul
Onüçüncü Baskı: Eylül 2016, İstanbul
Ondördüncü Baskı: Ekim 2018, İstanbul
Onbeşinci Baskı: Eylül 2019, İstanbul
Onaltıncı Baskı: Eylül 2020, İstanbul
Onyedinci Baskı: Ağustos 2021, İstanbul
Onsekizinci Baskı: Eylül 2022, İstanbul

ISBN: 978 - 605 - 242 - 769 - 9

Tasarım Uygulama: Gökhan Ayrancı
Kapak Tasarım: Gökhan Ayrancı

Baskı ve Cilt: Çınar Matbaacılık ve Yay. San. Tic. Ltd. Şti.
Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. Ata Han No: 34, K: 5,
Bağcılar / İstanbul
Tel: (0212) 628 96 00 (Sertifika No. 45103)

© 2022 Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
Tüm hakları saklıdır. Eserin bir bölümünün veya tamamının yayıncının yazılı izni olmadan fotokopisinin çekilmesi, mekanik ya da elektronik araçlarla çoğaltılması, kopyalanarak internette ya da herhangi bir veri saklama cihazında bulundurulması yasaktır.

Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
Sertifika No: 49286
Narlıbahçe Sok. No: 11 Cağaloğlu-İstanbul
Tel: (0212) 511 54 32 - 519 01 77 Fax: (0212) 513 87 05 - 511 36 50
www.betayayincilik.com

ÖNSÖZ

"Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku" isimli bu kitap, ilk basımı 1960 yıllarda muhterem hocamız Prof. Dr. Jale Akipek tarafından yapılan ve 1996 yılından 2007 yılına kadar değerli hocam Prof. Dr. Turgut Akıntürk tarafından güncellenen eserin genişletilerek yayıma hazırlanan son basısıdır.

Kendileriyle çalışmaktan her zaman büyük gurur ve mutluluk duyduğum hocam Prof. Dr. Turgut Akıntürk, 2006 yılında sağlık sebepleriyle ders vermeyi bıraktıktan sonra dahi bütün kitaplarıyla aynı titizlik ve özenle ilgilenmiş hatta son günlerine kadar Prof. Dr. Jale Akipek hocamızın *Eşya Hukuku* kitabını güncelleyerek yayıma hazırlamıştır. Her ne kadar bu eser kendilerinin vefatından sonra yayımlanabilse de hocamın son günlerine kadar göstermiş olduğu çalışma azmi bana her zaman yol gösterici olmuş ve bundan sonra da olmaya devam edecektir. Değerli hocamla birlikte çalışma şansı bulduğum yıllarda bana kitaplarının ortak eser olarak devamını getirmemi arzu ettiklerini söylediğinde duyduğum heyecan, mutluluk ve gururu kendilerinin vefatından sonra kızı Sayın *Nazan Akıntürk* ile yaptığım konuşmalarda da aynı derecede hissettim. Bu nedenle kendisine *ve tüm ailesine* buradan minnetle tekrar teşekkürü bir borç bilirim.

Muhterem hocamın kitaplarının her birinin sadece Hukuk Fakültesi öğrencileri tarafından değil, farklı Yükseköğretim Kurumu öğrencileri ile üniversite sonrası iş sınavlarına hazırlıklarda da son derece yaygın ve öncelikli olarak kullanıldıklarının bilinci ile aslında çok zor ve bir o kadar da önemli bir görev üstlendiğimin de farkındayım. Bu doğrultuda, elinizde bulunan ve 2009 yılından bugüne güncellemelerini yaptığımız *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku* isimli eseri ***yenilediğimiz*** bu basıda ***09.07.2020 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Dernekler Yönetmeliği'ne*** ait değişiklikler ile 19.10.2017 tarihli ve 7039 sayılı yasa ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile güncel yargı kararları da kitabımıza işlenmiştir.

Bütün bu çalışma süreci içinde değerli hocam Prof. Dr. Turgut Akıntürk'ün eserlerinin yayımında ve dağıtımında kendileri hayattayken gösterdiği özeni ve çabayı hocamın kitaplarının devamında da aynı istek, dikkat ve özenle sürdüren Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Sayın

Seyhan Satar'a, kitabın dizgi aşamasındaki çabaları için Sayın Gökhan Ayrancı başta olmak üzere baskıda emeği geçenlere ve *eserden yararlanırken değerli görüşleri ile eleştirilerini benimle paylaşma inceliği gösteren meslektaşlarıma* teşekkür etmek isterim.

Son olarak hayatımın her döneminde varlıklarıyla ve destekleriyle hep yanımda olan, "çalışmanın, bilginin ve bilimin ancak insanî değerlerle birlikte anlamlı ve kıymetli olabileceğini" bana öğreten, büyüyen ve genişleyen *sevgili aileme* de teşekkürler ediyorum.

Ben de kıymetli hocam gibi kitabın, yararlanmak üzere başvuran tüm okuyuculara ve sevgili öğrencilere yararlı olmasını, böylelikle işlevini eksiksiz olarak yerine getirmesini içtenlikle bir kez daha diliyorum.

Ankara, Haziran 2022 *Doç. Dr. Derya ATEŞ*

Prof. Dr. TURGUT AKINTÜRK 6. BASI
ÖNSÖZÜ

"Başlangıç Hükümleri – Şahsın Hukuku" *adlı ortak yayınımız aradan pek uzunca bir süre geçmemiş olmasına karşın tükenmişti. Bu arada yeni" Türk Medenî Kanunu" da T.B.M.M. tarafından kabul edilerek 1 Ocak 2002 günü yürürlüğe girdi.*

*Şu anda yararlanmak üzere elinizde bulunan "*Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku*" adlı bu kitap, beşinci basısı tükenmiş olan kitabımızın altıncı basısıdır. Beşinci bası gibi bu yeni basıyı da öncekilerden ayıran özellik, kitabın yeni Türk Medenî Kanununa uyarlanmış olmasıdır. Bu uyarlama, hem değişmiş ve yeni getirilmiş hükümlerle, hem de kanunun oldukça arılaştırılmış terminolojisi ve diliyle ilgili olarak gerçekleştirilmiştir.*

Gerçekten, yeni Türk Medenî Kanunu içerdiği terimlerden pek çoğunu arılaştırmıştır. Nitekim yapılan arılaştırmaya **ayırt etme gücü** *(temyiz kudreti),* **erginlik** *(rüşt),* **yerleşim yeri** *(ikametgâh),* **oturma yeri** *(mesken),* **altsoy-üstsoy** *(usul-füru),* **kayın hısımlığı** *(sıhrî hısımlık),* **taşınmaz yükü** *(gayrımenkul mükellefiyeti),* **bütünleyici parça** *(mütemmim cüz),* **eklenti** *(teferruat),* **saklı pay** *(mahfuz hisse),* **soybağı** *(nesep),* **tüzel kişi** *(hükmî şahıs),* **kişilik** *(şahsiyet) terimleri örnek gösterilebilir. Kanunun dili de herkesin okuyup kolayca anlayabileceği sadeliktedir. Bu sadelik kitabımızın dilinde de aynen sağlanmaya çalışılmıştır.*

*Beşinci basının yayımlanmasından kısa bir süre sonra 2908 sayılı Dernekler Kanunu yerini 4.12.2004 tarihli ve 5253 sayılı yeni Dernekler Kanununa bırakmıştır. Bu arada 1587 sayılı Nüfus Kanununun yerini de 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu almıştır. Bu itibarla yeni basıda kitabın "*Kişisel Durum ve Kişisel Durum Sicili*" ile "*Dernekler" *başlığını taşıyan iki bölümü neredeyse yeni baştan kaleme alınmak zorunda kalınmıştır.*

Kitabımızın bu yeni altıncı basısını da, diğerleri gibi çok kısa sürede yayımlayan Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.nin değerli ve yorulmaz çalışanlarına, dizgide ve baskıda emekleri geçenlere ve özellikle genç yönetici Sayın Seyhan Satar'a teşekkürlerimi sunuyorum.

Teşekkür borcumun en son alacaklısının, bana kırk yılı aşkın süredir rahat ve huzurlu bir yaşam ve çalışma imkânını sağlamış ve çalışmalarımda her zaman yardımcı olmuş bulunan sevgili eşim İlknur Akıntürk olduğunu içtenlikle belirtmeliyim.

Kitabın sevgili öğrencilere ve tüm okuyucularına yararlı olmasını ve kendisinden beklediğim işlevi eksiksiz olarak yerine getirmesini içtenlikle bir kez daha diliyorum.

Ankara, 1 Ocak 2007 *Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK*

ÜÇÜNCÜ BASININ ÖNSÖZÜ

Yararlanmak amacıyla elinize aldığınız "Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümler-Şahsın Hukuku"adlı bu kitap, kendileriyle Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uzun süre birlikte çalışmaktan büyük onur ve gurur duyduğum, kürsümüzün başkanı muhterem hocam Prof. Dr. Jale Akipek'n 1960'lı yılların başında yayınladığı ve iki ayrı kitaptan oluşan eserlerinin tarafımdan yeniden gözden geçirilip genişletilerek ve güncelleştirilerek yayıma hazırlanan yeni basısıdır.

Sayın hocam Prof. Dr. Akipek Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uzun yıllar sürdürdüğü öğretim üyeliği ve kürsü başkanlığı görevinden emekli olarak ayrıldıktan sonra, kendilerine kısa aralıklarla yaptığım ziyaretlerden birinde "Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri" ile "Şahsın Hukuku" adlı iki ayrı kitaptan oluşan "Türk Medenî Hukuku" adlı değerli eserlerinin hukukçuların ve özellikle öğrencilerin yararlanmalarına sunulmamasının büyük bir kayıp olduğunu ifade etmiştim. Sağlık durumlarının pek elverişli olmadığını bildiğim hâlde, her ziyaretimde bir vesile yaratarak bu fikrimi tekrarlamaktan geri kalmamıştım. Çünkü bu eserlerinin büyük bir emek ürünü olduğunu çok iyi biliyordum. Nihayet ziyaretlerimin birinde değerli hocam Akipek, oldukça hüzünlü bir ses tonuyla kitaplarının yeni basılarını hazırlamayı çok arzuladıklarını, fakat sağlıklarının buna elvermediğini, eğer bu işi üstlenerek kitaplarının yeni basısının "ortak eser" olarak yayımlanmasını sağlarsam, bundan son derece mutlu olacaklarını ifade etmişlerdi. Kendilerine cevaben bunun benim için büyük bir onur vesilesi olacağını, bu işi başarabilirsem bundan büyük mutluluk duyacağımı ifade etmiştim.

Üzülerek ifade edeyim ki, o tarihten sonra üstlendiğim ve gerek Fakültemde, gerek Yükseköğretim Kurulunda uzunca bir süre devam eden yorucu yöneticilik görevlerim, muhterem hocamın bu arzularını sağlıklarında gerçekleştirmemi önledi. Osıralarda ebediyete göç eden hocamın bu arzularını, kendilerinin son arzularından biri olarak gerçekleştirmek, ancak birinci cildin "Şahsın Hukuku"adlı ikinci cüzünü 1996 yılında yayımlamamla mümkün olabilirdi. Böylece kendilerinin ruhunu şadetmiş olduğuma inanmak istiyorum.

"Şahsın Hukuku"nun mevcudu kısa sürede tükendi. Yeni basısını hazırlarken birinci cüz olan "Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri" adlı kitabı da

ele alarak her iki cüz'ü (kitabı)tek kitap hâlinde yayımlamanın yararlanacaklar için daha isabetli ve faydalı olacağını düşündüm. Böylece elinizdeki kitap ortaya çıkmış oldu.

Kitap başından sonuna kadar gözden geçirilmiş, 1961 yılından bu yana mevzuatımızda gerçekleşmiş bulunan değişiklikler dikkate alınarak değişen kısımların tamamı yeniden kaleme alınmış, böylece kitabın içeriği ve kapsamı da belli ölçüde genişlemiştir. Kitabın dili oldukça sadeleştirilerek günümüzde geçerli türkçeye uydurulmuştur. Ancak, alışılmış kanunî terimleri aynen korunmuş, fakat çoğu kez parentez içinde yeni karşılıklarının verilmesi yoluna gidilmiştir.

Kitabın kısa sürede yayımlanmasını sağlayan BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'nin başta Sayın Rahmi Arıkan olmak üzere yönetici ve çalışanlarına, dizgisini kısa sürede tamamlayan Çizgi Tanıtım ile dizgi uzmanları Mehtap Genç ve Karanfil Ürene, baskıda emeği geçen basımevi çalışanlarına teşekkür ederim.

Provaların düzeltilmesinde önceki yayınlarımda olduğu gibi bu kez de yardımını esirgemeyen ve çalışmalarımda büyük bir özveriyle bana huzurlu bir ortam hazırlayan sevgili eşim İlknur Akıntürk ile arama cetvellerinin hazırlanmasında yardımlarını gürdüğüm Araştırma Görevlisi Derya Ateş ve Sekreter Gamze Yurttaş'ın da teşekkür borcumu kapsamında bulunduğunu ayrıca belirtmek isterim.

Kitabın dersleri büyük bir ilgiyle izleyen sevgili öğrencilere ve tüm okuyucularına yararlı olmasını ve kendisinden beklenen işlevi eksiksiz yerine getirmesini içtenlikle bir kez daha dilerim.

Ankara, 21 Eylül 1998 *Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK*

İÇİNDEKİLER

Önsöz III
Prof. Dr. Turgut Akıntürk'ün 6. Bası Önsözü V
Üçüncü Basının Önsözü VII
İçindekiler IX
Kısaltmalar XXXVII

Birinci Cüz
MEDENÎ KANUN'UN BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Birinci Kısım
HUKUK VE MEDENÎ HUKUK

Birinci Bölüm
HUKUKUN TANIMI VE SİSTEMİ

§ 1. HUKUKUN TANIMI 3
I- DİN, ÂHLAK VE ÂDET KURALLARININ HUKUK KURALLARINDAN FARKI 5
A) DİN KURALLARI VE HUKUK KURALLARINDAN FARKI 5
B) ÂHLAK KURALLARI VE HUKUK KURALLARINDAN FARKI 6
C) ÂDET KURALLARI HUKUK KURALLARINDAN FARKI 8
II- HUKUKUN DİN, ÂHLAK VE ÂDET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ 9
A) HUKUKUN DİN KURALLARI İLE İLİŞKİSİ 9
B) HUKUKUN ÂHLAK KURALLARI İLE İLİŞKİSİ 10
C) HUKUKUN ÂDET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ 11

§ 2. HUKUKUN SİSTEMİ 12
I- KAVRAM 13
II- HUKUKUN TÜRLERİ 13
A) İÇ HUKUK–DIŞ HUKUK 13
1) İç Hukuk Kuralları 13
2) Dış Hukuk Kuralları 13
B) KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK 14
C) MADDİ HUKUK - ŞEKLİ HUKUK 14
III- KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYIRIMININ DAYANAKLARI 14
A) KLÂSİK GÖRÜŞ 15
1) Amaç Farkı 15
2) Mahiyet Farkı 15
B) KLÂSİK GÖRÜŞÜN KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYIRIMINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER 15
C) MODERN GÖRÜŞ 16

IV- KAMU HUKUKUNUN ÇEŞİTLİ DALLARI 17
A) ANAYASA HUKUKU 17
B) İDARE HUKUKU 18
C) CEZA HUKUKU 18
D) YARGILAMA HUKUKU 18
E) DEVLETLER HUKUKU 18
F) VERGİ HUKUKU 18
G) İŞ HUKUKU 19
V- ÖZEL HUKUKUN ÇEŞİTLİ DALLARI 19
A) MEDENÎ HUKUK 20
B) TİCARET HUKUKU 20
C) DEVLETLER ÖZEL HUKUKU 20

İkinci Bölüm

MEDENÎ HUKUK VE SİSTEMİ

§ 1. MEDENÎ HUKUK KAVRAMI 23
§ 2. MEDENÎ HUKUK TERİMİNİN KÖKENİ 25
§ 3. MEDENÎ HUKUKUN SİSTEMİ 27
I- KİŞİLER HUKUKU 28
II- AİLE HUKUKU 28
III- MALVARLIĞI HUKUKU 28
A) BORÇLAR HUKUKU 28
B) EŞYA HUKUKU 29
C) MİRAS HUKUKU 29

Üçüncü Bölüm

MEDENÎ HUKUKU KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE TÜRK MEDENÎ HUKUKUNUN GEÇİRDİĞİ GELİŞİM EVRELERİ

§ 1. GENEL OLARAK KANUNLAŞTIRMA 31
§ 2. AVRUPA'DA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ 32
I- GENEL OLARAK 32
II- İSVİÇREDE MEDENÎ HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE İSVİÇRE MEDENÎ KANUNU'NUN HAZIRLANIŞI 34
§ 3. TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ 37
I- BİRİNCİ AŞAMA: TANZİMATLA BAŞLAYAN DÖNEM 39
A) BİRİNCİ DÖNEM: TANZİMAT'TAN MECELLENİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE KADAR GEÇEN SÜREÇ 39
1) Arazi Kanunu 39
2) Mecelle 39
B) İKİNCİ DÖNEM: MECELLENİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN MEDENÎ KANUN'UN HAZIRLANMASI FAALİYETİNİN BAŞLAMASINA KADAR GEÇEN SÜREÇ 42
1) Mecelleyi Değiştirme Girişimi 42
2) Hukuku Aile Kararnamesi 42

II- İKİNCİ AŞAMA: TÜRK KANUNU MEDENÎSİNİN HAZIRLANMASI VE KABULÜ 43
A) KANUN'UN HAZIRLANMASI 43
B) KANUN'UN KABULÜ 45
III- ÜÇÜNCÜ AŞAMA: YENİ TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN HAZIRLANMASI VE KABULÜ 49
A) KANUN'UN HAZIRLANMASI 49
B) KANUN'UN KABULÜ 51

Dördüncü Bölüm

TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN ÖZELLİKLERİ VE İÇERİĞİ

§ 1. MEDENÎ KANUN'UN ÖZELLİKLERİ 53
I- MEDENÎ KANUN'UN ŞEKİL BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER 53
A) KENAR BAŞLIKLARI 53
B) KANUNUN DİLİ 56
C) ÇEVİRİ BAKIMINDAN 58
D) USUL HÜKÜMLERİ 60
E) TERMİNOLOJİ 60
II- MEDENÎ KANUN'UN ESAS BAKIMINDAN İÇERDİĞİ NİTELİKLER . . 61
A) DEVRİMCİ NİTELİĞİ 61
B) İLERİCİ VE MODERN NİTELİĞİ 63
C) LÂİK NİTELİĞİ 65
D) DEMOKRAT NİTELİĞİ 65
E) HÂKİME GENİŞ SERBESTLİK TANIMASI NİTELİĞİ 65
§ 2. ÖNCEKİ MEDENÎ KANUNA YAPILAN ELEŞTİRİLER 67
I- KANUN'UN DİLİNE VE ÇEVİRİ YANLIŞLARINA YAPILAN ELEŞTİRİLER 67
II- KANUN'UN İÇERİĞİNE KARŞI YAPILAN ELEŞTİRİLER 68
§ 3. MEDENÎ KANUN'UN SİSTEMİ 71
I- MEDENÎ KANUN VE BORÇLAR KANUNU 71
II- MEDENÎ KANUN 72
III- BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ - GENEL HÜKÜMLER 73
A) BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ 73
B) GENEL HÜKÜMLER 73

İkinci Kısım

MEDENÎ KANUN'UN BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Birinci Bölüm

MEDENÎ HUKUKUN UYGULANMASI

§ 1. GENEL OLARAK HUKUKUN UYGULANMASI 77
I- HUKUKUN YER BAKIMINDAN UYGULANMASI 78
II- HUKUKUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI 79
III- HUKUKUN ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI 79
§ 2. MEDENÎ HUKUKUN KAYNAKLARI 79

I– KAYNAK KAVRAMI 79
II- MEDENÎ HUKUKUN ŞEKLÎ KAYNAKLARI 80
A) MEDENÎ HUKUKUN YAZILI KAYNAKLARI 81
1) Kanunlar 82
2) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri 84
3) Yönetmelikler 85
4) İçtihadı Birleştirme Kararları 86
B) MEDENÎ HUKUKUN YAZILI OLMAYAN KAYNAĞI: ÖRF VE ÂDET HUKUKU 86
1) Örf ve Âdet Hukuku Kavramı 86
2) Örf ve Âdet Hukukunun Unsurları 87
a) Maddî (Dış) Unsur: Tekrarlanma 87
b) Manevî (Psikolojik) Unsur: Genel İnanış 88
c) Hukukî Unsur: Maddî Yaptırım 88
3) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Hukuk Karşısındaki Durumu ... 89
a) Örf ve Âdet Hukukunun Genel Olarak Yazılı Hukuk Karşısındaki Durumu 89
b) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun Karşısındaki Durumu 90
aa) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun'u Tamamlayıcı Niteliği 90
bb) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun'u Yorumlayıcı ve Açıklayıcı Niteliği 91
c) Medenî Kanuna Aykırı Örf ve Âdet Hukuku Oluşabilir mi? ... 91
4) Örf ve Âdet Hukukunun Saptanması ve Hâkim Tarafından Uygulanması 93
5) Örf ve Âdet Hukukunun Türleri 94
C) HÂKİM TARAFINDAN YARATILAN HUKUK KURALLARI 95
§ 3. MEDENÎ HUKUKUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI 95
I- MEDENÎ KANUN'UN GERİYE YÜRÜMEMESİ İLKESİ 96
A) GERİYE YÜRÜMEME İLKESİNİN UYGULANMA ALANI 97
B) GERİYE YÜRÜMEME İLKESİNİN İSTİSNALARI 99
1) Kazanılmamış (Beklenen) Haklar 99
2) Medenî Kanun'un Emredici Hükümlerinin Söz Konusu Olduğu Hâllerde 99
a) Kamu Düzeni Düşüncesiyle Konulmuş Hükümler 100
b) Genel Ahlâk Düşüncesiyle Konulmuş Hükümler 101
II- MEDENÎ HUKUK İLE İLGİLİ DEĞİŞİK TARİHLİ GENEL VE ÖZEL KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI 101
A) ESKİ KANUN GENEL - YENİ KANUN ÖZEL KANUN İSE 102
B) ESKİ KANUN ÖZEL - YENİ KANUN GENEL KANUN İSE 103
§ 4. MEDENÎ HUKUKUN ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI 104
I- MEDENÎ KANUNUN UYGULANMASI 105
A) HÂKİMİN KANUN KARŞISINDA DURUMU 106
1) Klâsik Teori 106
2) Modern Teori 107

3) Hâkimin Medenî Kanunun Karşısında Durumu 108
B) MEDENÎ KANUNDAKİ HÜKÜMLERİN MAHİYETİ 108
1) Emredici Hukuk Kuralları 109
2) Yedek Hukuk Kuralları 110
a) Yorumlayıcı Hukuk Kuralları 110
b) Tamamlayıcı Hukuk Kuralları 111
3) Tanımlayıcı Hukuk Kuralları 112
C) KANUNUN SÖZÜYLE VE ÖZÜYLE UYGULANMASI 113
1) Kanunun Sözüyle Uygulanması 113
2) Kanunun Özüyle Uygulanması 114
D) KANUNUN YORUMLANMASI 115
1) Yasama Yorumu 115
2) Bilimsel Yorum 116
3) Yargısal Yorum 116
E) YORUM HAKKINDAKİ TEORİLER 116
1) Klâsik Yorum Teorisi 118
2) Modern Yorum Teorisi 119
F) YORUM METODLARI 121
1) Sözel (Gramatikal) Yorum 121
2) Mantıksal Yorum 122
a) Zıt Kanıt 123
b) Kanunun Evleviyetle Uygulanması 124
3) Amaçsal Yorum 125
G) KANUN BOŞLUKLARI 127
1) Gerçek Kanun Boşlukları 128
2) Gerçek Olmayan Kanun Boşlukları 128
3) Somut Olay Hakkında Birbirine Karşıt İki Kanunî Hükmün Bulunması 128
4) Kanun Boşluklarının Doldurulması 129
II- ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN UYGULANMASI 131
III- HÂKİMİN YARATTIĞI HUKUKUN UYGULANMASI 132
A) HÂKİMİN HUKUK YARATMA YETKİSİNİ KULLANMA BİÇİMİ 132
1) Hâkimin Kıyas Yoluna Başvurması 133
2) Hâkimin Hukuk Yaratması 134
B) HÂKİMİN YARATTIĞI HUKUK KURALININ MAHİYETİ 137
IV- BİLİMSEL GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI 138
A) BİLİMSEL GÖRÜŞLER 139
B) YARGI KARARLARI 141
§ 5. HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNE DAYANARAK MEDENÎ KANUN'U UYGULAMASI 142
I- TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI 142
II- TAKDİR YETKİSİNİN MAHİYETİ 143
III- HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BULUNDUĞU HÂLLER 144
A) KANUNDA AÇIKLIK BULUNAN YERLER 145
B) KANUNDA KULLANILAN DEYİMLER 145
C) KANUNUN YAZILIŞ BİÇİMİ 145
IV- TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILIŞI 146

İkinci Bölüm

HAKLARIN DOĞUMU VE HÜKÜMLERİNİ MEYDANA GETİRMELERİNİN TÂBİ OLDUĞU ANA İLKE: İYİNİYET

§ 1. İYİNİYET 149
I- GENEL OLARAK HAKLARIN KAZANILMASI 149
II- İYİNİYET KAVRAMI 150
III- İYİNİYETİN UNSURLARI 152
A) BİLGİSİZLİK VEYA YANLIŞ BİLGİ 153
B) HOŞ GÖRÜLEBİLİRLİK 153
1) Kanundan Doğan Bilme Zorunluluğu 153
2) Hukuk Kuralları Hakkındaki Bilgisizlik 154
3) Kişilere Düşen Dikkat ve Özen Yükünün Derecesi 155
§ 2. İYİNİYETİN HÜKÜMLERİ 155
I- İYİNİYETİN HAKLARIN KAZANILMASINDAKİ ÖNEMİ 155
A) AYNÎ HAKLARIN KAZANILMASINDA İYİNİYET 156
1) Aynî Hakların Kazanılmasında Dolaylı Hükmü 156
2) Aynî Hakların Kazanılmasında Doğrudan Doğruya Hükmü 156
a) Taşınır Mülkiyetinin İyiniyetle Kazanılması 156
aa) Sahibinin Elinden Rızası Olmadan Çıkan Taşınırlarda 156
bb) Sahibinin Elinden Rızasıyla Çıkan Taşınırlarda 157
b) Taşınmaz Mülkiyetinin İyiniyetle Kazanılması 158
B) AYNÎ HAKLAR DIŞINDAKİ HAKLARIN KAZANILMASINDA İYİNİYET 159
1) Aile Hukuku İle İlgili Hakların Kazanılması 159
2) Borçlar Hukuku İle İlgili Hakların Kazanılması 159
II- İYİNİYETİN HAKLARIN HÜKÜM VE SONUÇLARINI MEYDANA GETİRMESİNDEKİ ÖNEMİ 160
A) BEDEL KARŞILIĞI GERİVERME 160
B) İYİNİYETLİ KİMSENİN DAHA FAZLA KORUNMASI 160
C) İYİNİYETİN BORCU ORTADAN KALDIRMASI 161
§ 3. İYİNİYETİN KORUNMASI SEBEPLERİ 161
§ 4. İYİNİYETİN MAHİYETİ 162

Üçüncü Bölüm

HAKLARIN KULLANILMASININ VE BORÇLARIN YERİNE GETİRİLMESİNİN TÂBİ OLDUĞU ANA İLKE: DÜRÜST DAVRANMA

§ 1. DÜRÜST DAVRANMA 165
I- GENEL OLARAK HAKLARIN KULLANILMASI 165
II- DÜRÜST DAVRANMA KAVRAMI VE İÇERİĞİ 168
A) TERİM SORUNU 168
B) KAVRAM VE İÇERİK 168
§ 2. DÜRÜST DAVRANMANIN İŞLEVİ 169

I- DÜRÜST DAVRANMANIN HAKLARIN KULLANILMASI VE BORÇLARIN YERİNE GETİRİLMESİNDEKİ İŞLEVİ 171
II- DÜRÜST DAVRANMANIN HUKUKÎ İŞLEMLERİN YORUMLANMASINDA VE TAMAMLANMASINDAKİ İŞLEVİ 172
A) HUKUKÎ İŞLEMLERİN YORUMLANMASI VE SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI 172
B) HUKUKÎ İŞLEMLERİN TAMAMLANMASINDA DÜRÜSTLÜK 176

Dördüncü Bölüm

HAKLARIN KÖTÜ KULLANILMASINI YASAKLAYAN ANA İLKE: HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI

§ 1. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KAVRAMI VE İÇERİĞİ 179
I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI 179
A) BİREYCİ HUKUK GÖRÜŞÜ 180
B) SOSYAL HUKUK GÖRÜŞÜ 180
II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KURUMUNA YER VEREN HUKUK SİSTEMLERİ 182
III- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ DAYANDIĞI ESASLAR 183
A) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI SÜBJEKTİF ESASA DAYANDIRAN GÖRÜŞ 183
B) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI OBJEKTİF ESASA DAYANDIRAN GÖRÜŞ 184
C) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF ESASLARA DAYANDIRAN GÖRÜŞ 185
§ 2. MEDENÎ KANUN'UN HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI DÜZENLEME BİÇİMİ 185
I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ MEDENÎ KANUNDAKİ DAYANAĞI 185
II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ UNSURLARI 188
A) HUKUKEN TANINMIŞ BİR HAKKIN VARLIĞI 189
B) HAKKIN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AÇIKÇA AYKIRI KULLANILMASI 189
C) HAKKIN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI SURETTE KULLANILMASINDAN BAŞKALARININ ZARAR GÖRMÜŞ VEYA ZARAR GÖRME TEHLİKESİ İLE KARŞILAŞMIŞ OLMASI 190
§ 3. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ YAPTIRIMI 191
I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ ÖZEL MAHİYETTEKİ YAPTIRIMLARI 192
II- GENEL YAPTIRIM 193
III- HÂKİMİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI KENDİLİĞİNDEN DİKKATE ALMASI 195

Beşinci Bölüm
İSPAT YÜKÜ

§ 1. GENEL OLARAK 197
§ 2. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI VE İÇERİĞİ 200
§ 3. İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIŞ VE PAYLAŞIM BİÇİMİ 201
I- İLKE: TARAFLARIN İDDİALARINI İSPATLA YÜKÜMLÜ OLMASI 201
II- DAVA KARŞISINDA SAVUNMA 202
A) DAVACININ İDDİALARINI İNKÂR ETME 202
B) DAVACININ İDDİASININ SONUCUNU KABUL ETME 203
C) DAVACININ İLERİ SÜRDÜĞÜ OLGULARIN DOĞRULUĞUNU İKRAR ETME 203
D) İTİRAZDA BULUNMA 204
E) DEF'İ İLERİ SÜRME 204
III- TARAFLARIN İDDİALARINI İSPATLA YÜKÜMLÜ OLMASI İLKESİNİN İSTİSNALARI 206
A) DÜRÜSTLÜK KURALARINDAN DOĞAN İSTİSNALAR 206
B) HAKKANİYET ESASLARININ GEREKTİRDİĞİ İSTİSNALAR 207
C) TARAFLARDAN BİRİ LEHİNE KANUNÎ KARİNENİN BULUNMASI 209
1) Kanunî Karinenin Türleri 210
2) Kanunî Karinelerin Kabulünü Gerektiren Zorunluluk 210
3) Medenî Kanun'undaki Bazı Önemli Karineler 212
4) Karinelerin Hükmü 213
§ 4. İSPAT EDİLECEK OLGULAR 214
I- HUKUK KURALLARININ VARLIĞINI İSPAT ETMENİN TARAFLARA DÜŞMEMESİ 215
II- MADDÎ (FİİLÎ) OLGULARIN İSPAT EDİLMESİ 216
III- İLKENİN İSTİSNALARI 217
A) HER HUKUKÎ İLİŞKİDE NORMAL OLARAK BULUNMASI ZORUNLU OLAN OLGULARIN İSPATININ GEREKMEMESİ 217
B) İSTİSNAÎ OLGULARIN OLAYDA BULUNMADIĞININ İSPATININ GEREKMEMESİ 219
§ 5. RESMÎ SİCİL VE SENETLER 219
I- KANIT SERBESTLİĞİ–KANIT ŞEKİLCİLİĞİ SORUNU 219
II- RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN İSPAT KUVVETİ 221
A) RESMÎ SİCİL VE SENET KAVRAMI 221
1) Resmî Senetler 221
2) Resmî Siciller 222
B) RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN KARİNE MAHİYETİ 223
C) RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN AKSİNİN İSPATI 224
1) Resmî Sicil ve Senetlerin Aksini İspat İmkânı 224
2) Resmî Sicil ve Senetlerin Aksini İspat Şekli 226

İkinci Cüz
KİŞİLER HUKUKU

Birinci Kısım
TEMEL BİLGİLER

§ 1. KİŞİ KAVRAMI, İÇERİĞİ VE TÜRLERİ 231
I- KİŞİ KAVRAMI 231
II- KİŞİ KAVRAMININ İÇERİĞİ 232
III- KİŞİ TÜRLERİ 232
§ 2. KİŞİLİK TERİMİ, KAVRAMI VE İÇERİĞİ 234
I- KİŞİLİK TERİMİ 234
II- KİŞİLİK KAVRAMI 235
III- KİŞİLİĞİN İÇERİĞİ 235
A) EHLİYETLER 235
B) KİŞİLİK HAKKI 235
C) KİŞİSEL DURUMLAR 236
§ 3. KİŞİLER HUKUKUNUN MEDENÎ KANUNDAKİ DÜZENLENME BİÇİMİ 236

İkinci Kısım
GERÇEK KİŞİLİK

Birinci Bölüm
GERÇEK KİŞİLİK KAVRAMI, KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI VE SONU

§ 1. GERÇEK KİŞİLER HAKKINDA GENEL BİLGİ 239
I- GERÇEK KİŞİ KAVRAMI 239
II- TARİHÇE 240
A) KÖLELİK 240
B) MEDENÎ ÖLÜM 241
C) YERLİ–YABANCI FARKI 241
III- GERÇEK KİŞİYİ BELİRTEN TERİMLER 241
A) DOĞAL KİŞİ TERİMİ 242
B) GERÇEK KİŞİ TERİMİ 242
C) BİREYSEL KİŞİ TERİMİ 242
D) FİZİK VEYA MADDÎ KİŞİ TERİMİ 242
§ 2. GERÇEK KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI 243
I- DOĞUM 243
A) TAM DOĞUM 243
B) SAĞ DOĞUM 243
C) DOĞUM VE SAĞLIĞIN İSPATI 245
II- CENİNİN HUKUKÎ DURUMU 245
A) CENİNİN HAK EHLİYETİ VE EHLİYETİN ŞARTLARI 245
1) Hak Ehliyeti 245
2) Hak Ehliyetinin Şartları 246
a) Ceninin Varlığı 246
b) Ceninin Sağ Doğması 247
B) CENİNLE İLGİLİ KORUMA ÖNLEMLERİ 247

III- GELECEKTEKİ KİŞİLER 248
§ 3. GERÇEK KİŞİLİĞİN SONU 248
I- ÖLÜMÜN HUKUKÎ SONUÇLARI 248
A) MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN 248
B) AİLE HUKUKU BAKIMINDAN 249
II- CESEDİN HUKUKÎ DURUMU 249
III- ÖLÜM OLAYININ İSPATI 250
A) KİŞİSEL DURUM SİCİLİ 250
B) BİRLİKTE ÖLÜM KARİNESİ 250
IV- SAĞLIĞI VEYA ÖLÜMÜ BİLİNMEYEN KİŞİLERİN DURUMU 252
A) ÖLÜM KARİNESİ 252
1) Karinenin Uygulanma Şartları 252
a) Ölüme Kesin Gözle Bakılacak Durumlarda Kaybolma 253
b) Cesedin Bulunamamış Olması 253
2) Ölüm Karinesinin Hükümleri 253
B) GAİPLİK KARARI–GAİPLİK KARİNESİ 254
1) Ölüm Beyanı Sistemi 255
2) Gaiplik Kararı Sistemi 255
3) Medenî Kanun'un Gaiplik Kararını Düzenleme Biçimi 256
a) Gaiplik Kararının Verileceği Hâller 256
aa) Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama 256
bb) Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma 257
b) Gaiplik Kararının Şartları 257
aa) Süre 257
bb) İstem 258
cc) Mahkeme Kararı 259
c) Gaiplik Kararının Verilmesinde İzlenecek Usul 259
aa) İlgililer Tarafından Yetkili Mahkemeye Başvurma 260
bb) İlân 260
cc) Yargılama Usulü 261
d) Gaiplik Kararının Mahiyeti 261
e) Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları 261
aa) İlk Aşama: Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama: İhtiyatî Tedbirler Aşaması 262
bb) İkinci Aşama: Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama: Güvence ya da Geçici Zilyetlik Aşaması 262
aaa) Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar 263
bbb) Miras Hukukuyla İlgil Hüküm ve Sonuçlar 265
cc) Üçüncü Aşama: Güvenceden Kurtulma Aşaması 267
aaa) Gaibin Gelmesi 267
bbb) Daha Üstün Dereceli Mirasçıların Gelmesi 268

İkinci Bölüm
KİŞİNİN EHLİYETLERİ

§ 1. HAK EHLİYETİ 269
I- KAVRAM 269
II- HAK EHLİYETİ TERİMİ 271

III- HAK EHLİYETİNİN İÇERİĞİ 271
IV- HAK EHLİYETİNİN NİTELİKLERİ 272
A) GENELLİK İLKESİ 273
B) EŞİTLİK İLKESİ 274
V- HAK EHLİYETİNİN SINIRLANMASI 275
A) YAŞ 276
1) Bazı Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar 276
a) Ergin Kılınma İsteminde Bulunma Hakkı 276
b) Evlenme Hakkı 276
c) Evlât Edinme Hakkı 277
d) Din Seçme Hakkı 277
e) Ölüme Bağlı Tasarruflarda Bulunma Hakkı 277
f) Cinsiyet Değiştirme İsteminde Bulunma Hakkı 277
2) Vasi Olma Hakkı 277
3) Oyunun Alınmasını İsteme ve Hesapta Hazır Bulunma Hakkı . . . 278
4) Rekabet Yasağı Yükleniminde Bulunabilme Hakkı 278
B) SINIRLI FİİL EHLİYETSİZLİĞİ 278
C) CİNSİYET 278
D) ŞEREF VE HAYSİYET 279
E) SAĞLIK 280
F) YABANCILIK 280
G) SOYBAĞI 281
§ 2. FİİL EHLİYETİ 281
I- KAVRAM 281
II- FİİL EHLİYETİ TERİMİ 283
III- FİİL EHLİYETİNİN İÇERİĞİ 284
A) HUKUKÎ İŞLEM EHLİYETİ 285
B) TASARRUF EHLİYETİ 285
C) HAKSIZ FİİLLERDEN SORUMLU OLMA EHLİYETİ 286
D) DAVA EHLİYETİ 287
IV- FİİL EHLİYETİNİN ŞARTLARI 287
A) AYIRT ETME GÜCÜ 288
1) Ayırt Etme Gücünün Psikolojik Bir Kavram Olması 290
2) Ayırt Etme Gücünün Nisbî Bir Kavram Olması 291
3) Ayırt Etme Gücünün Sürekli Bir Güç Olmaması 291
4) Ayırt Etme Gücünü Ortadan Kaldıran Hâller 291
a) Yaş Küçüklüğü 292
b) Akıl Hastalığı 292
c) Akıl Zayıflığı 293
d) Sarhoşluk 293
e) Benzeri Diğer Sebepler 294
5) Ayırt Etme Gücünün İspatı 294
a) Ayırt Etme Gücü Karinesi 295
b) Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk Karinesi 295
B) ERGİNLİK 296
1) Normal Erginlik 296
2) Erken Erginlik 298
a) Evlenme İle 298

b) Ergin Kılınma İle 299
aa) Ergin Kılınmanın Şartları 299
aaa) On Beş Yaşın Doldurulması 300
bbb) Küçüğün İstemde Bulunması 300
ccc) Velisinin Rızası 300
ddd) Küçüğün Menfaati 301
eee) Vesayet Dairelerinin İzni 301
fff) Mahkeme Kararı 301
bb) Ergin Kılınmanın Hükümleri 302
C) KISITLI OLMAMAK 302
§ 3. FİİL EHLİYETİNİN ÇEŞİTLİ DERECELERİ 303
I- TAM EHLİYETLİLER 305
II- TAM EHLİYETSİZLER 305
A) TAM EHLİYETSİZ OLANLAR 306
B) TAM EHLİYETSİZLERİN HUKUKÎ DURUMU 306
1) MK. m. 15 Hükmünün Yaptırımı 308
a) Klâsik Görüş 308
b) Modern Görüş 310
2) MK. m. 15 Hükmünün İstisnaları 312
a) Medenî Kanun'un Getirdiği İstisnalar 312
aa) Hukukî İşlemler Alanındaki İstisnalar 312
bb) Haksız Fiillerden Sorumlu Olmayla İlgili İstisnalar 313
b) Hukuk Biliminin Genel İlke ve Temel Kurallarının Gerektirdiği İstisnalar 315
aa) Maddî Fiiller 315
bb) Varması Gerekli İrade Açıklamaları 315
cc) İlliyet Sorumluluğu 316
c) Dürüst Davranmanın Zorunlu Kıldığı İstisnalar 316
3) Tam Ehliyetsizlerin Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Bağlamında Hukukî Durumu 317
a) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Kavramı 317
b) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Tam Ehliyetsizler Tarafından Kullanılması 318
aa) Doktrin ve Yargısal İçtihatlara Egemen Olan Görüş 318
bb) Yeni Bir Görüş 320
III- SINIRLI EHLİYETSİZLER 321
A) SINIRLI EHLİYETSİZ OLANLAR 321
1) Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler 322
2) Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar 322
B) FİİL EHLİYETİ BAKIMINDAN HUKUKÎ DURUMLARI 323
1) Kendi Başlarına Yapabileceği İşlemler 324
a) Kendilerine Karşılıksız Kazanma Sağlayan İşlemler 324
b) Serbest Mallarıyla İlgili İşlemler 326
c) Bir Meslek veya Sanatla Uğraşma 326
d) Bir Başkasının Temsilcisi Olarak Hareket Etme 326
e) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması 327
2) Yasal Temsilciler Tarafından Yapılacak İşlemler 328
a) Yükümlülük Altına Sokan İşlemler 328

aa) Sınırlı Ehliyetsize Borç Yükleyen İşlemler. 328
bb) Etkilerini Sınırlı Ehliyetsizin Hakları Üzerinde Gösteren İşlemler. 329
b) Yükümlülük Altına Sokan İşlemlerin Yapılması 329
aa) Yasal Temsilci Tarafından 329
bb) Yasal Temsilcinin Rızasıyla Bizzat Sınırlı Ehliyetsiz Tarafından 329
aaa) Rızanın Veriliş Biçimi 330
bbb) Rıza Alınmadan Yapılan İşlemlerin Yaptırımı 331
cc) Onam Verilmemesi Hâlinde Edimlerin Geri Alınması . . . 332
3) Yasak İşlemler 334
4) Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti 335
5) Dava Ehliyeti 335
IV- SINIRLI EHLİYETLİLER. 336
A) SINIRLI EHLİYETLİ OLANLAR 336
B) SINIRLI EHLİYETLİLERİN HUKUKÎ DURUMU. 336
1) Evli Kişiler 336
2) Kendilerine Yasal Danışman Atanmış Olanlar 339
SONUÇ 340

Üçüncü Bölüm
KİŞİLİĞİN KORUNMASI

§ 1. KİŞİLİK VE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMLARI. 341
I- KİŞİLİK KAVRAMI 341
A) KİŞİLİĞİN İÇERİĞİ 342
1) Kişinin Ehliyetleri 342
2) Kişinin Kişisel Durumları 342
3) Kişinin Maddî Varlıkları 342
4) Kişinin Manevî Varlıkları 342
5) Kişinin İktisadî Varlıkları 343
II- KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI 343
A) KİŞİLİK HAKKININ İÇERİĞİ 345
B) GENEL KİŞİLİK HAKKI–ÖZEL KİŞİLİK HAKLARI 346
1) Maddî Bütünlük Üzerindeki Haklar 348
2) Manevî Bütünlük Üzerindeki Haklar. 348
3) Sır Çevresi ve Gizlilik Alanı Üzerindeki Haklar 348
4) İktisadî Bütünlük Üzerindeki Haklar 348
C) KİŞİLİK HAKKININ MAHİYETİ 349
1) Kişilik Hakkının Karakteristik Nitelikleri 349
a) Mutlak Hak Oluşu. 349
b) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Oluşu 349
2) Kişilik Hakkının Benzeri Haklardan Farkı 349
a) Kamu Haklarından Farkı 349
b) Fikrî Haklardan Farkı. 350
§ 2. KİŞİLİĞİN KORUNMASI GEREĞİ VE KORUMA YOLLARI 351
I- KİŞİLİĞİN KORUNMASI GEREĞİ 351

II- KİŞİLİĞİ KORUMA YOLLARI 352
A) KİŞİNİN KİŞİLİĞİNİ BİZZAT KORUMASI: HAKLI SAVUNMA HAKKI 353
B) KİŞİLİĞİN KANUN YOLUYLA KORUNMASI 354
1) Kamu Hakuku Karakterli Kanunlarla Koruma 354
a) Anayasa İle Koruma 354
b) Türk Ceza Kanunu İle Koruma 355
2) Özel Hukuk Karakterli Kanunlarla ve Özellikle Medenî Kanunla Koruma 355
a) Kişiliğin Özel Hukuk Tarafından Korunmasının Sebepleri . . . 355
b) Kişiliğin Özel Hukuk Tarafından Korunması Yolları 356
§ 3. KİŞİLİĞİN İÇE KARŞI KORUNMASI 358
I- İÇE KARŞI KORUMA KAVRAMI 358
II- İÇE KARŞI KORUMA GEREĞİ 358
III- İÇE KARŞI KORUMAYLA İLGİLİ ANA HÜKÜMLER 359
IV- İÇE KARŞI KORUMA YOLLARI 360
A) GENEL İLKE 360
1) Maddî Bütünlüğün (Beden Bütünlüğünün) Korunması 362
2) Manevî Bütünlüğün Korunması 370
B) EHLİYETLER VE HÜRRİYETLER BAKIMINDAN KORUNMA 371
1) Hak Ehliyetini Koruma 372
2) Fiil Ehliyetini Koruma 374
3) Hürriyetleri Koruma 374
a) Hürriyetlerden Vazgeçme 375
b) Hürriyetlerin Sınırlanması 376
aa) Hukuk Kurallarına Aykırılık 378
bb) Ahlâk Kurallarına Aykırılık 378
§ 4. KİŞİLİĞİN DIŞA KARŞI KORUNMASI 381
I- DIŞA KARŞI KORUMA KAVRAMI 381
II- MEDENÎ KANUN'UN DIŞA KARŞI KORUMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ 382
III- DIŞA KARŞI KORUMANIN KAPSAMI 384
A) MADDÎ BÜTÜNLÜĞE YÖNELİK SALDIRILAR 385
B) MANEVÎ BÜTÜNLÜĞE YÖNELİK SALDIRILAR 387
1) Şeref ve Haysiyet 387
2) Sır Çevresi 392
3) Resim Üzerindeki Hak 393
C) İKTİSADÎ VARLIKLARA YÖNELİK SALDIRILAR 394
§ 5. KİŞİLİĞİN DIŞA KARŞI KORUNMASINI SAĞLAYAN DAVALAR 396
I- HUKUKA AYKIRI SALDIRILARIN DURDURULMASINI SAĞLAYAN DAVALAR 397
A) DAVA TÜRLERİ VE TÂBİ OLDUKLARI ÖZEL ŞARTLAR 397
1) Saldırıya Sonverme Davası 397
a) Kişilik Hakkına Saldırı 398
b) Saldırının Hukuka Aykırı Olması 398
c) Saldırının Sürmekte Olması 398
2) Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası 399
3) Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası 400

B) DAVALARIN ORTAK ŞARTI: HUKUKA AYKIRI SALDIRI. 402
1) Zarar Görenin Rızası 403
2) Üstün Nitelikte Özel Yararın Bulunması. 404
3) Üstün Nitelikte Kamu Yararının Bulunması. 404
4) Kanunun Verdiği Yetkiye Dayanma 404
II- HUKUKA AYKIRI SALDIRILARIN DOĞURDUĞU ZARARLARIN GİDERİLMESİNİ SAĞLAYAN DAVALAR. 405
A) MADDÎ TAZMİNAT DAVASI 406
1) Davanın Şartları 407
a) Hukuka Aykırı Saldırı. 407
b) Kusur 407
c) Zarar. 408
d) İlliyet Bağı 409
B) MANEVÎ TAZMİNAT DAVASI 409
1) Davanın Şartları 412
a) Hukuka Aykırı Saldırı. 412
b) Kusur 413
c) Zarar. 413
d) İlliyet Bağı 413
C) VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME DAVASI 414
D) BAŞVURULABİLECEK DİĞER YOLLAR. 415
1) Düzeltme ve Cevap Hakkı. 415
2) Düzeltme İsteminde Bulunma 419
3) Haklı Savunma. 419
E) DAVALARDA YETKİLİ MAHKEME. 419
§ 6. AD VE ADIN KORUNMASI 420
I- AD KAVRAMI VE AD ÜZERİNDEKİ HAK. 420
A) AD KAVRAMI. 420
1) Ad Türleri 421
a) Gerçek ve Dar Anlamda Ad. 421
b) Geniş Anlamda Ad. 422
aa) Müstear Ad (Mahlâs). 422
bb) Lâkap 423
cc) Ticaret Unvanı 423
dd) İşletme Adı 424
c) Tüzel Kişilerin Adı. 424
2) Adın Kazanılması. 425
a) Dar Anlamdaki Adın Kazanılması 425
aa) Öz Ad. 425
bb) Soyadı 426
aaa) İrade İle Kazanma. 426
bbb) Kanundan Ötürü Kazanma 426
• Doğum İle Kazanma 427
• Sözleşme İle Kazanma. 427
b) Geniş Anlamdaki Adın Kazanılması 430
3) Adın Değiştirilmesi 431
a) Kanundan Ötürü Değişme 431

b) Mahkeme Hükmüyle Değiştirme 432
B) AD ÜZERİNDEKİ HAKKIN MAHİYETİ 434
II- ADIN KORUNMASI 435
A) KORUMANIN KAPSAMI 435
B) ADIN İÇE KARŞI KORUNMASI 436
C) ADIN DIŞA KARŞI KORUNMASI 436
1) Saldırıların Durdurulmasını Sağlayan Davalar 436
a) Tespit Davası 436
b) Saldırıya Son Verme Davası 437
c) Önleme Davası 437
2) Zararların Giderilmesini Sağlayan Davalar 438
a) Maddî Tazminat Davası 438
b) Manevî Tazminat Davası 438

Dördüncü Bölüm

YERLEŞİM YERİ VE HISIMLIK

§ 1. YERLEŞİM YERİ 442
I- YERLEŞİM YERİ KAVRAMI 442
A) YERLEŞİM YERİNİN ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN ÖNEMİ 443
1) Medenî Hukuk Bakımından 444
a) Medenî Kanuna Göre Birçok Davanın Görülmesinde Yetkili Olan Mahkeme, Davanın Taraflarından Birinin Yerleşim Yerinin Bulunduğu Yere Göre Belirlenir 444
b) İfa Yeri Alacaklı veya Borçlunun Yerleşim Yerine Göre Belirlenir 444
2) Devletler Özel Hukuku Bakımından 444
3) Ticaret Hukuk Bakımından 445
B) YERLEŞİM YERİNİN KAMU HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ . . . 445
1) Medenî Usul Hukuku Bakımından 445
2) İcra ve İflâs Hukuku Bakımından 445
3) Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından 445
II- YERLEŞİM YERİNİN TÜRLERİ 446
A) İSTEĞE BAĞLI YERLEŞİM YERİ 446
1) Psikolojik Unsur: Sürekli Kalmak Niyeti 447
2) Maddî ve Fiilî Unsur: Eylemli Olarak Oturmak 448
B) YASAL YERLEŞİM YERİ 449
1) Velâyet Altındaki Çocuklar 450
2) Vesayet Altındaki Kişiler 450
C) SAYMACA YERLEŞİM YERİ 451
D) TÜZEL KİŞİLERİN YERLEŞİM YERİ (MERKEZİ) 451
III- YERLEŞİM YERİNİN TÂBİ OLDUĞU İLKELER 452
A) YERLEŞİM YERİNİN ZORUNLULUĞU İLKESİ 452
1) Herkesin Mutlaka Bir Yerleşim Yerinin Bulunması Gerekir 452
2) Evvelce Mevcut Yerleşim Yerinin Bırakılması Ancak Bir Yenisinin Seçilmesine Bağlıdır 452
3) Konut Kanunu'ndan Dolayı Yerleşim Yeri Sayılır 453
B) YERLEŞİM YERİNİN TEKLİĞİ İLKESİ 453

§ 2. HISIMLIK 454
I- HISIMLIK KAVRAMI 454
II- HISIMLIĞI TÜRLERİ 455
A) KAN HISIMLIĞI 456
1) Kan Hısımlığının Türleri 457
a) Üstsoy-Altsoy Hısımlığı 457
b) Yansoy Hısımlığı 458
aa) Tam Kan Yansoy Hısımlığı 459
bb) Yarım Kan Yansoy Hısımlığı 459
2) Kan Hısımlığında Derece 459
3) Kan Hısımlığının Hükümleri 462
a) Medenî Hukuk Bakımından 462
aa) Derneklerde Oy Hakkından Yoksunluk 462
bb) Evlenme Yasağı 462
cc) Nafaka Yükümlülüğü 463
dd) Aile Vesayetinin Kurulmasını İsteme 463
ee) Mirasçılık 463
ff) Vasiliğe Öncelikle Atanma 464
gg) Resmî Vasiyetnamenin Yapılışına Katılamama 464
b) Kamu Hukuku Bakımından 464
aa) Yargılama Hukukunda 464
bb) Ceza Hukukunda 465
B) KAN DIŞI HISIMLIK 465
1) Kayın Hısımlığı 466
a) Kayın Hısımlığının Doğuşu 466
b) Kayın Hısımlığının Kapsamı 466
c) Kayın Hısımlığının Hükümleri 467
aa) Medenî Hukuk Bakımından 468
aaa) Evlenme Yasağı 468
bbb) Aile Vesayetinin Kurulmasını İsteme 468
bb) Kamu Hukuku Bakımından 468
2) Yapay Hısımlık 468
a) Yapay Hısımlığın Hükümleri 469
aa) Hısımlığın Sadece Evlâtlık ile Evlât Edinen Arasında Olması 469
bb) Evlenme Yasağı 469
cc) Mirasçılık 470
dd) Nafaka Yükümlülüğü 470
b) Yapay Hısımlığın Ortadan Kaldırılması 470

Beşinci Bölüm

KİŞİSEL DURUM VE KİŞİSEL DURUM SİCİLİ

§ 1. KİŞİSEL DURUM 473
I- KAVRAM 473
II- KİŞİSEL DURUMLARIN KAZANILMASI VE SONRAKİ DEĞİŞMELER 474

§ 2. KİŞİSEL DURUM SİCİLİ (NÜFUS KÜTÜĞÜ) 475
I- KAVRAM 475
II- SİCİLİN (KÜTÜĞÜN) UNSURLARI 477
A) AİLE KÜTÜĞÜ 479
B) ÖZEL KÜTÜKLER 480
1) Doğum Kütüğü 481
2) Ölüm Kütüğü 482
3) Evlenme Kütüğü 484
4) Boşanma Kütüğü 485
5) Yer Değiştirme Kütüğü 485
6) Kayıt Düzeltmeleri Kütüğü 485
7) Diğer Kişisel Durum Değişiklikleri Kütüğü 485
III- KİŞİSEL DURUM SİCİLİNİN (NÜFUS KÜTÜĞÜNÜN) MAHİYETİ . . . 485
A) BİLDİRİCİ MAHİYETTE OLUŞU 486
B) RESMÎ SİCİLLERDEN OLUŞU 486
C) İSPAT ARACI OLUŞU 488
IV- TÜRKİYE CUMHURİYETİ KİMLİK NUMARASI 489
V- NÜFUS KÜTÜĞÜNE YAPILAN EKLEMELER VE DÜZELTMELER . . . 489
A) KÜTÜĞE YAPILAN EKLEMELER 490
B) KÜTÜĞÜN DÜZELTİLMESİ 490
1) Kütükteki Yanlışlıklar 490
a) Yanlış Kayıt Nüfus Memurlarının Hatalarından İleri Gelmiş Olabilir 490
aa) Nüfus Memuru Kendisine Yapılan Başvuruyu Yanlış Anlamış veya Belgeleri Yanlış Okumuş Olabilir 491
bb) Nüfus Memuru Kendisine Yapılan Başvurunun Hukukî Mahiyetini İyi Anlamamış veya Bu Başvuruya Yanlış Bir Hukukî İçerik Vermiş Olabilir 491
b) Kütükteki Yanlışlık Nüfus Memuruna Yapılan Beyanların veya Sunulan Belgelerin Doğru Olmamasından İleri Gelmiş Olabilir 491
2) Kayıt Düzeltme Davası 492
a) Genel Olarak 492
b) Cinsiyet Değişikliğinde 495
aa) İstemde Bulunanın Onsekiz Yaşını Doldurmuş Bulunması 496
bb) İstemde Bulunanın Evli Olmaması 496
cc) İstemde Bulunanın Transseksüel Yapıda Olması 496
dd) İstemde Bulunanın Cinsiyet Değiştirmesinin Ruh Sağlığı Açısından Zorunlu Olması 497
ee) Durumun Sağlık Kurulu Raporuyla Belgelenmesi 497
C) KAYIT DÜZELTME DAVASI İLE KİŞİSEL DURUM DAVALARI ARASINDAKİ İLİŞKİ 498
VI- SİCİL (KÜTÜK) MEMURLARININ SORUMLULUĞU 499

Üçüncü Kısım

TÜZEL KİŞİLER

Birinci Bölüm

TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER

§ 1. TÜZEL KİŞİ KAVRAMI 501
I- TÜZEL KİŞİLERİN ZORUNLULUĞU 501
II- TÜZEL KİŞİLERİN HAK SÜJESİ OLARAK TANINMALARININ GEÇİRMİŞ OLDUĞU EVRELER 503
A) SOSYAL DÜŞÜNCELER 503
B) SİYASAL DÜŞÜNCELER 504
1) Roma'da 505
2) Cermenlerde 506
3) Osmanlı İmparatorluğunda 507
C) MODERN MEVZUAT 508
1) Fransız Medenî Kanunu 508
2) Alman Medenî Kanunu 508
3) İsviçre ve Türk Medenî Kanunları 509
§ 2. TÜZEL KİŞİLERİN BÜNYESİ, MAHİYETİ VE MAHİYETİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER 509
I- TÜZEL KİŞİLERİN BÜNYESİ VE MAHİYETİ 509
A) AMAÇ 510
B) İRADE 510
C) ÖRGÜTLENME 510
II- TÜZEL KİŞİLERİN MAHİYETİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER 512
A) TEORİLERİN ÖNEMİ 512
B) ÇEŞİTLİ TEORİLER 513
1) Varsayım Teorisi 513
a) Varsayım Teorisinden Çıkan Sonuçlar 514
b) Varsayım Teorisinin Eleştirisi 514
2) Bir Amaca Özgülenmiş Malvarlığı Teorisi 515
3) Gerçeklik Teorisi 516
a) Gerçeklik Teorisinden Çıkan Sonuçlar 518
4) Sonuç 519
§ 3. TÜZEL KİŞİLERİN TÜRLERİ 520
I- BÜNYELERİNE GÖRE 520
A) KORPORASYON MAHİYETİNDEKİ TÜZEL KİŞİLER 520
B) KURUM MAHİYETİNDEKİ TÜZEL KİŞİLER 521
II- TÂBİ OLDUKLARI HUKUK KURALLARINA GÖRE 521
A) KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLER 521
1) Kamu Hukuku Tüzel Kişilerini Özel Hukuk Tüzel Kişilerinden Ayıran Ölçütler 523
a) Tekçi Görüşler 525
b) Çokçu Görüşler 525
B) ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİ 526
1) Türleri 526

a) Bünyelerine Göre 526
b) Amaçlarına Göre 526
c) Dernekler İle Şirketleri Birbirinden Ayıran Ölçütler 527
aa) İktisadî Amaç 528
aaa) İktisadî Amacın Dar Yorumu 529
bbb) İktisadî Amacın Geniş Yorumu. 529
bb) Kazanç Paylaşma Amacı 530
aaa) Kazanç Paylaşmanın Dar Yorumu 530
bbb) Kazanç Paylaşmanın Geniş Yorumu 530
cc) Sonuç. 531
III- İKTİSADÎ AMAÇ VEYA KAZANÇ PAYLAŞMA AMACI GÜDEN TOPLULUKLAR. 531
A) ADÎ ŞİRKET 532
B) KOLLEKTİF ŞİRKET 532
C) KOMANDİT ŞİRKET. 533
D) ANONİM ŞİRKET 533
E) SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ŞİRKET 533
F) LİMİTED ŞİRKET 533
G) KOOPERATİF 533

İkinci Bölüm

TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞU, EHLİYETLERİ VE SONA ERMESİ

§ 1. TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞU 535
I- GENEL OLARAK 535
II- TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞ ANINI BELİRLEYEN SİSTEMLER . . . 536
A) İZİN SİSTEMİ 536
1) Genel Olarak 536
2) Türk Hukukunda 537
B) NORMATİF SİSTEM 538
1) Genel Olarak 538
2) Türk Hukukunda 539
C) SERBEST KURULUŞ SİSTEMİ. 540
1) Genel Olarak 540
2) Türk Hukukunda 540
§ 2. TÜZEL KİŞİLERİN EHLİYETLERİ. 542
I- HAK EHLİYETİ 542
A) GENEL OLARAK. 542
B) HAK EHLİYETİNİN KAPSAMI 543
1) Malvarlığı Hakları 544
2) Kişilik Hakları 544
3) Kişiye Bağlı Hakları 545
4) Taraf Ehliyeti 545
5) Sadece Tüzel Kişilerin Yararlanabileceği Haklar 545
a) Üyelerini Çıkarma Hakkı 545
b) Sermaye ve Ödenti İsteme Hakkı. 545
c) Statüsünde Değişiklik Yapma Hakkı 546

d) Kendilerini Feshetme Hakkı . . . 546
e) Tüzüğe Uymayı İsteme ve Cezalandırma Hakkı . . . 546
C) HAK EHLİYETİNİN SINIRLANMASI . . . 546
1) Bünyelerinden Gelen Sınırlamalar . . . 547
2) Özel Kanunlarla Konulan Sınırlamalar . . . 547
3) Amaç İle Sınırlama . . . 548
a) Tahsis İlkesi . . . 548
b) Tahsis İlkesinin Mahiyeti . . . 549
c) Tahsis İlkesi Bakımından Türk Hukukundaki Durum . . . 549
II- FİİL EHLİYETİ . . . 550
A) FİİL EHLİYETİNİN BAŞLANGIÇ ANI . . . 550
B) FİİL EHLİYETİNİN KULLANILIŞ BİÇİMLERİ . . . 551
1) Organ Kavramı . . . 551
2) Organ Türleri . . . 552
a) Kanunî (Zorunlu) Organlar . . . 552
b) İradî (Seçimlik) Organlar . . . 553
3) Organların Ayırıcı Nitelikleri . . . 554
a) Organ Kavramına Dar Anlam Veren Görüş . . . 554
b) Organ Kavramına Geniş Anlam Veren Görüş . . . 554
C) FİİL EHLİYETİNİN KAPSAMI . . . 555
1) Genel Olarak . . . 555
2) Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti . . . 556
§ 3. TÜZEL KİŞİLERİN SONA ERMESİ . . . 558
I- SONA ERME SEBEPLERİ . . . 559
A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: DAĞILMA . . . 560
B) KARARLA SONA ERME: DAĞITILMA . . . 560
II- SONA ERMENİN HUKUKÎ SONUÇLARI . . . 560
A) TASFİYE . . . 561
1) Tasfiye Memurunun Atanması . . . 562
2) Envanter Defterinin Düzenlenmesi . . . 562
3) Alacaklıların ve Borçluların Davet Edilmesi . . . 562
B) ÖZGÜLEME (TAHSİS) . . . 563
1) Özgülemenin Özel Kanunla Belirlenmiş Olması . . . 563
2) Özgülemenin Tüzel Kişice Belirlenmiş Olması . . . 564
3) Medenî Kanuna Göre Özgüleme . . . 564
4) Net (Safi) Malvarlığının Kanundan Ötürü Geçmesi . . . 564
a) İlgili Kamu Kuruluşlarına . . . 564
b) En Yakın Amaçlı Derneğe . . . 564

Üçüncü Bölüm
DERNEKLER

§ 1. DERNEK HAKKINDA GENEL BİLGİLER . . . 567
I- DERNEĞİN TANIMI VE MAHİYETİ . . . 567
A) TANIMI . . . 567
B) MAHİYETİ . . . 568
II- TERİM SORUNU . . . 569

III- DERNEKLERİ DÜZENLEYEN KURALLAR 569
A) KAMU HUKUKU KURALLARI 571
1) Anayasa. 571
2) Dernekler Kanunu 572
3) Dernekler Yönetmeliği 574
B) ÖZEL HUKUK KURALLARI 574
1) Medenî Kanun 575
2) Dernekler Kanunu 575
C) DERNEK TÜZÜĞÜNDEKİ KURALLAR 575
1) Hukukun Emredici Hükümleri 576
2) Tüzük Hükümleri. 576
3) Dernekler Kanunu İle Medenî Kanun'un Emredici Olmayan Hükümleri 577
§ 2. DERNEĞİN KURULUŞU 577
I- KURUCULAR. 577
A) KURUCULARIN SAYISI. 577
B) KURUCU OLABİLME EHLİYETİ 578
II- DERNEK KURMA İRADESİ. 581
A) TÜZÜK 582
1) Kavram 582
2) Tüzüğün İçeriği 583
3) Tüzüğün Emredici Hükümlere Uymamanın Yaptırımı. 584
4) Tüzüğün Değiştirilmesi 586
B) DERNEK KURMA İŞLEMİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ 587
III- AMAÇ 588
A) KAVRAM. 588
B) MANEVÎ AMAÇ 588
C) YASAK AMAÇLAR. 590
D) AMAÇTA TEKLİK 591
E) BELİRLİ AMAÇLAR 591
F) AMACIN DEĞİŞTİRİLMESİ. 591
G) DERNEKLERDE KONU 592
1) Yasaklanmış Olan Konular 593
2) İzne Bağlanmış Olan Konular. 594
3) Ticarî Konular 594
H) ULUSLARARASI FAALİYET 596
1) Türkiye'de Kurulan Derneklerin Yurt Dışındaki Faaliyetleri 596
2) Yurt Dışında Kurulan Derneklerin Türkiye'deki Faaliyetleri 597
İ) KAMU YARARINA ÇALIŞAN DERNEKLER 600
J) KÜTÜĞE KAYDOLMA 602
§ 3. DERNEĞİN ÖRGÜTÜ 603
I- ÖRGÜT KAVRAMI 603
II- DERNEĞİN ORGANLARI. 603
A) ZORUNLU ORGANLAR 604
B) İRADÎ ORGANLAR 605

III- GENEL KURUL 605
A) OLUŞUMU 605
B) GÖREV VE YETKİLERİ 607
C) TOPLANMASI 608
1) Toplantı Türleri 608
a) İlk Toplantı 608
b) Olağan Toplantı 609
c) Olağanüstü Toplantı 609
2) Toplantıya Çağrı 611
3) Toplantı Yeri 612
4) Toplantı Yetersayısı 612
5) Toplantının Yapılması 613
6) Görüşmeler ve Kararlar 614
a) Görüşmeler 614
b) Kararlar 615
aa) Kararların Mahiyeti 615
bb) Karar Yetersayısı 616
cc) Hükümsüz Kararlar 617
7) Toplantının Sona Ermesi 618
8) Toplantının İptal Edilmesi 619
IV- YÖNETİM KURULU 619
A) OLUŞUMU 619
B) GÖREV VE YETKİLERİ 621
1) Derneği İçte Yönetme 622
2) Derneği Dışa Karşı Temsil Etme 622
V- DENETİM KURULU 623
A) OLUŞUMU 623
B) GÖREV VE YETKİLERİ 624
VI- ALT KURULUŞLAR 625
A) ŞUBE 625
B) TEMSİLCİLİK 627
VII-ÜST KURULUŞLAR 628
§ 4. DERNEKLERDE ÜYELİK 629
I- ÜYELİK KAVRAMI 629
II- ÜYELİK TÜRLERİ 629
A) ASIL ÜYELİK 630
B) ONURSAL ÜYELİK 630
III- ÜYELİĞİN KAZANILMASI 630
A) KANUNÎ ŞARTLAR 631
B) ÖZEL ŞARTLAR 632
C) ÜYELİK BAŞVURUSUNUN KARARA BAĞLANMASI 632
IV- ÜYELİĞİN KAYBEDİLMESİ 633
A) KENDİLİĞİNDEN KAYBETME 634
B) DERNEKTEN ÇIKMA 634
C) DERNEKTEN ÇIKARILMA 635
1) Kanuna Dayanan Sebepler 635
2) Tüzüğe Dayanan Sebepler 636

3) Çıkarma Kararına İtiraz Hakkı 637
a) Kanuna Dayanan Çıkarma Kararlarına Karşı 637
b) Tüzükte Belirtilen Sebeplere Dayanan Kararlarına Karşı 637
D) ÜYELİKTEN ÇIKIŞIN SONUÇLARI 638
V- ÜYELİĞİN SONUÇLARI 638
A) ÜYELİK SÖZLEŞMESİ 638
B) ÜYELİK HAKLARI 638
1) Üyelik Haklarının Hukukî Mahiyeti 638
2) Üyelik Haklarının Türleri 639
a) Organlara Seçilebilme Hakkı 640
b) Genel Kurul Toplantılarına Katılma Hakkı 640
c) Görüşmelere Katılma Hakkı 640
d) Oy Verme Hakkı 640
e) Çıkma Hakkı 641
f) Dernek Kararlarına İtiraz Hakkı 641
g) Azınlık Hakları 642
aa) Genel Kurulun Olağanüstü Toplantıya Çağrılmasını İsteme Hakkı 643
bb) Bir Konunun Gündeme Alınmasını İsteme Hakkı 643
C) ÜYELİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE YAPTIRIMI 643
1) Üyelik Yükümlülüklerinin Kaynakları 643
a) Kanundan Doğan Yükümlülükler 643
b) Dernek Tüzüğünden Doğan Yükümlülükler 644
c) Derneğin Mahiyetinden Doğan Yükümlülükler 645
d) Derneğin Amacından Dürüst Davranma Gereği Çıkan Yükümlülükler 645
2) Üyelik Ödev ve Yükümlülüklerinin Yaptırımı 645
§ 5. DERNEĞİN FAALİYETTEN ALIKONULMASI 645
I- ALIKONULMA 645
II- ARAMA VE MALLARA ELKOYMA 647
§ 6. DİĞER KONULAR 647
I- MADDİ YARDIM VE İŞBİRLİĞİ 647
A) YURT İÇİNDE YARDIM ALMA 647
B) YURT DIŞINDAN YARDIM ALMA 648
II- SANDIK KURMA 648
III- TAŞINMAZ MAL EDİNME 649
IV- PLÂTFORM OLUŞTURMA 649
V- KAMU KURUM VE KURULUŞLARI İLE İLİŞKİLER 649
§ 7. DERNEĞİN SONA ERMESİ 650
I- SONA ERME SEBEPLERİ 651
A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: DAĞILMA 651
1) Derneğin Mahiyetinden Gelen Dağılma Sebepleri 651
a) Amacın Gerçekleşmiş Olması 651
b) Amacın Gerçekleşmesinin İmkânsızlaşması 651
c) Sürenin Dolmuş Olması 652
2) Kanunla Belirlenen Dağılma Sebepleri 652

a) Yönetim Kurulunu Oluşturamayacak Duruma Gelme 652
b) Aciz Hâline Düşme 653
c) İlk Genel Kurul Toplantısının Yapılmaması 654
d) Olağan Genel Kurul Toplantısının Üst Üste İki Defa Yapılamaması 654
e) Üye Sayısının Düşmesi 654
B) KARARLA SONA ERME: DAĞITILMA 655
1) Derneğin Yetkili Organının Kararıyla Dağıtılma 655
a) Toplantı Yetersayısı 655
b) Karar Yetersayısı 655
2) Yargı Organının Kararıyla Dağıtılma 656
a) Amacın Sonradan Hukuka veya Ahlâka Aykırı Hâle Gelmesi 656
b) Noksanlıkların ve Aykırılıkların Giderilmemesi 656
c) Emredici Hükümlere ve Ahlâk Kurallarına Aykırı Faaliyetlerde Bulunma 658
3) İdarî Kararla Dağıtılma 660
II- SONA ERMENİN HUKUKÎ SONUÇLARI 661

Dördüncü Bölüm
VAKIFLAR

§ 1. VAKIF HAKKINDA GENEL BİLGİLER 663
I- VAKFIN TANIMI VE MAHİYETİ 663
A) TANIMI 663
B) MAHİYETİ 664
C) BİR MALIN BELİRLİ AMACA ÖZGÜLENMESİ 664
1) Belirli Amaçlı Bir Kuruma Bağışlama Yoluyla 664
2) Belirli İşlerde Kullanılmak ve Harcanmak Üzere Yüklemeli Bağışlama veya Yüklemeli Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla 665
3) Vakıf Kurma Yoluyla 665
D) TERİM SORUNU 665
E) VAKIFLARDA ÜYELİK 668
§ 2. VAKFIN KURULUŞU 670
I- VAKFEDEN 670
II- MAL VEYA HAK 671
III- AMAÇ 672
A) AMAÇ TÜRLERİ 672
1) Aile Vakıfları 674
2) Dinî Vakıflar 674
3) Çalıştırılanlara ve İşçilere Yardım Vakıfları 675
a) Tek Taraflı Personele Yardım Vakıfları 676
b) İki Taraflı Personele Yardım Vakıfları 676
4) Kamuya Yararlı Vakıflar 677
5) Diğer Vakıflar 677
B) AMACIN BELİRLİ OLMASI 678
C) AMACIN SÜREKLİ OLMASI 678

D) AMACIN YASAKLANMAMIŞ OLMASI 678
IV- VAKIF KURMA İRADESİ 679
A) VAKIF KURMA İRADESİNİN TÂBİ OLDUĞU ŞEKİL 679
1) Resmî Senet İle 680
2) Ölüme Bağlı Tasarruf İle 680
B) VAKIF KURMA İRADESİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ 680
V- VAKFIN TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASI 681
§ 3. VAKFA İTİRAZ VE VAKIF KURMAKTAN CAYMA 684
I- VAKFA İTİRAZ 684
A) SAKLI PAYLI MİRASÇILARIN İTİRAZI 686
B) ALACAKLILARIN İTİRAZI 686
II- VAKIF KURMAKTAN CAYMA 687
§ 4. VAKFIN ÖRGÜTÜ 687
I- ZORUNLU ORGAN: YÖNETİM ORGANI 688
A) OLUŞUMU 688
B) GÖREV VE YETKİLERİ 689
C) SORUMLULUĞU VE GÖREVDEN ALINMASI 690
II- İRADÎ ORGANLAR 691
III- DENETİM 692
A) DENETİM MAKAMI 692
B) DENETİM GÖREVİNİN MAHİYETİ 692
C) DENETİM GÖREVİNİN KAPSAMI 693
1) Dar Anlamda Denetim 693
2) Geniş Anlamda Denetim 694
a) Örgütün Tamamlanması 695
b) Örgütün Değiştirilmesi 696
c) Amacın Değiştirilmesi 697
aa) Objektif Şartlar 698
bb) Sübjektif Şartlar 698
d) Malların Değiştirilmesi 699
IV- FAALİYETTEN GEÇİCİ ALIKOYMA 700
V- ULUSLARARASI FAALİYETTE BULUNMA 701
VI- ÜST KURULUŞLAR 703
A) FEDERASYON 703
B) KONFEDERASYON 704
VII-DİĞER HÜKÜMLER 704
VIII-YURTDIŞINDAN YARDIM ALMA 705
IX- GETİRİLEN YASAKLAR 705
§ 5. VAKFIN SONA ERMESİ 706
I- SONA ERME SEBEPLERİ 706
A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: DAĞILMA 706
1) Amacın Gerçekleşmesinin İmkânsızlığı 706
2) Aciz Hâline Düşmüş Olma 707
3) Sürenin Dolmuş Olması 707
4) Üst Kuruluşlarda Üye Sayısının Azalması 707
B) MAHKEME KARARIYLA SONA ERME: DAĞITILMA 708
II- TASFİYE VE MALLARIN ÖZGÜLENMESİ 708

III- SONA ERMENİN TESCİL VE İLÂNI 709
ARAMA CETVELLERİ 711
I- MADDELERE GÖRE ARAMA CETVELİ 711
II- KAVRAMLARA GÖRE ARAMA CETVELİ 729
PROF. DR. TURGUT AKINTÜRK'ÜN YAYINLARI 735
DR. ÖĞR. ÜYESİ DERYA ATEŞ'İN YAYINLARI 741

KISALTMALAR

Ad.Der.	**:**	Adalet Dergisi
AB.Der	**:**	Ankara Barosu Dergisi
age.	**:**	Adı geçen eser
AHF.Der.	**:**	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM	**:**	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
aşa.	**:**	Aşağıda
Ay.	**:**	T.C. Anayasası
B.	**:**	Bası
b.	**:**	bent
Bd.	**:**	Band (Cilt)
BGB.	**:**	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	**:**	Bundesgerichtsentsheidungen (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
Bk.	**:**	Bakınız
BK.	**:**	Türk Borçlar Kanunu
C.	**:**	Cilt
CC.	**:**	Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
CMK.	**:**	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	**:**	Çeviren
DK.	**:**	Dernekler Kanunu
DY.	**:**	Dernekler Yönetmeliği
dn.	**:**	dipnotu
éd.	**:**	Edition (Bası)
EİTİA.Der.	**:**	Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
Evl.Yön.	**:**	Evlendirme Yönetmeliği
FJS	**:**	Fiche Juridique Suisse
FSEK.	**:**	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	**:**	Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK	**:**	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK.	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ibid.	:	Aynı eser aynı sayfa
İçt. Bir. Kar.	:	İçtihatları Birleştirme Kararı
İİD.	:	Yargıtay İcra-İflâs Dairesi
İF.Mec.	:	İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası
İHF.Mec.	:	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	:	Journal des Tribunaux (İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarını İçeren Dergi)
K.	:	Kitap
KK.	:	Kooperatifle Kanunu
m.	:	madde
MK.	:	Türk Medenî Kanunu
NHK.	:	Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHY.	:	Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
Nr.	:	Numara
ÖBK	:	Önceki Borçlar Kanunu
ÖDK.	:	Önceki Dernekler Kanunu
ÖMK.	:	Önceki Medenî Kanun
ÖTK	:	Önceki Ticaret Kanunu
RG.	:	Resmî Gazete
RKD.	:	Resmî Kararlar Dergisi
S.	:	Sayı
sh.	:	sayfa
Sem. Jud.	:	Semaine Judiciere
SK.	:	Soyadı Kanunu
SPK.	:	Siyasî Partiler Kanunu
SBF.Der.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
t.	:	tome (cilt)
Tap.K.	:	Tapu Kanunu
TD.	:	Yargıtay Ticaret Dairesi
TCK.	:	Türk Ceza Kanunu
TD.	:	Ticaret Dairesi
TİK	:	Türk İçtihatlar Külliyatı
TK.	:	Türk Ticaret Kanunu
UHK.	:	Umumî Hıfzıssıhha Kanunu
vd.	:	ve devamı
VK.	:	Vakıflar Kanunu

VT.	:	Türk Medenî Kanununa Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük
VY.	:	Vakıflar Yönetmeliği
Yg. İçt. Bir. Kar.	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
Yg. Tic. D.	:	Yargıtay Ticaret Dergisi
YKD.	:	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	:	yukarıda
ZGB.	:	Schweizerische Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

Birinci Cüz

MEDENÎ KANUN'UN BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Birinci Kısım
HUKUK VE MEDENÎ HUKUK

Birinci Bölüm
HUKUKUN TANIMI VE SİSTEMİ

§ 1. HUKUKUN TANIMI

İnsan sosyal bir yaratıktır. Böyle olduğu içindir ki hemcinsleri ile bir arada yaşamak zorundadır. Bireylerin bir araya gelmesinden oluşan insan topluluklarının içinde geçen sosyal hayatın huzur, barış ve güvenlik içinde akıp gidebilmesi, ancak o toplumda *belli bir düzenin kurulmuş olmasıyla,* yani herkesin kendisini uymakla yükümlü sayacağı birtakım *sosyal davranış kurallarının varlığıyla* mümkün olabilir. Aksi hâlde toplum içinde bir kargaşa, bir huzursuzluk hüküm sürer ki, bu da zamanla anarşiye dönüşür ve sosyal hayat insanlar için yaşanmaz ve çekilmez duruma gelir. İşte *hukuk,* kişilerin sosyal hayatta sürekli olarak girişmekte oldukları çok çeşitli ve birbirlerinden çok farklı sosyal ilişkileri düzenleyen zorlayıcı kurallar bütünüdür.

Hukuk kurallarının düzenlediği bu sosyal ilişkiler, o toplumda yaşayan bir kişi ile diğer bir kişi arasında olabileceği gibi, bir kişi ile doğrudan doğruya toplum arasında ve hatta iki ayrı toplum arasında da olabilir.

H u k u k, *toplum hâlinde yaşayan kişilerin sosyal bakımdan önemli olan eylem ve davranışlarını düzenleyen, ortak toplum hayatının huzur, barış ve güvenlik içinde akıp gidebilmesini sağlayan emir ve yasaklardan oluşan sosyal davranış kurallarının tümüdür.*

Hukuk kuralları, kişilerin gerek diğer kişilerle gerek doğrudan doğruya toplumla olan ilişkilerini düzenlerken, bunların birbirlerine karşı sahip olacakları hakların ve üstlenecekleri yükümlülüklerin nelerden ibaret olacağını da belirler. Bu kurallar, topluma bireylere karşı; bireylere de hem topluma hem de birbirlerine karşı uymak zorunda oldukları birta-

kım yükümlülükler koyar. Bireyler kural olarak bu yükümlülüklere, daha doğru bir söyleyişle toplumda yürürlükte olan hukuk kurallarının emir ve yasaklarına kendi istekleriyle uyarlar, ilişkilerini bu kurallara uydurmaya çalışırlar. Çünkü hukuk kurallarının zorlayıcı niteliği, bu kurallara uymama durumunda, yani kuralların çiğnenmesi anında kendisini bütün şiddetiyle hissettirir. Kamu gücü, bu kuralları çiğneyenlere karşı hareket geçerek onları hukuk kurallarına uygun biçimde davranmaya zorlar. İşte bundan dolayıdır ki, hukuk kurallarının **maddî yaptırımlı** (müeyyideli) kurallar olduğundan söz edilir.

Y a p t ı r ı m, *hukuk kurallarının çiğnenmesine bağlanan sonuçtur.* Kişilerin hukuk kurallarının koyduğu emir ve yasaklara uymasını sağlamak amacıyla, bu kuralları çiğneyenlerin karşılaşacakları sonuçların, yani yaptırımın ne olacağı kendilerine önceden açıkça gösterilmek istenir. ***Yaptırım,*** *âdeta hukuk kurallarını çiğneyenlere karşı toplum tarafından gösterilen bir tepkidir.* Diğer bir deyişle *yaptırım,* hukuku çiğneyen bir kimsenin karşılaşacağı ve kendisine karşı sonuçlar doğuracak olan, toplumdan gelme zorlayıcı bir davranış biçimidir. Yaptırım, hukuk kurallarına *zorlayıcı bir nitelik* kazandırır ve herkesin hukuka uygun biçimde davranmasını sağlar. Toplum, herhangi bir hukuk kuralını çiğneyen kimseye karşı zorlamada bulunmak suretiyle hukuk düzeninin bozulmasını önlemek ister. Kamu gücü, sahip bulundukları bu zorlayıcı niteliklerine karşın hukuk kurallarının emir ve yasaklarını çiğneyenlere karşı, yargı makamları ve mahkemeleriyle, hatta asayişi sağlamakla görevli olan kuvvetleriyle, ya kendiliğinden (resen) ya da bu çiğnenmeden zarar görenlerin başvurusu üzerine harekete geçerek hukuk kuralının çiğnenmesine bağlanan sonuçları, yani yaptırımları onlar hakkında uygulatır. İşte, bu işlevi (fonksiyonu) göz önünde tutularak ***yaptırım,*** *"hukuk kurallarına uymayı sağlamak üzere, kamu gücünün harekete geçmesi veya zor kullanması"* biçiminde de tanımlanabilir. Yaptırımın bu zorlayıcı niteliği, çiğnenen hukuk kuralının mahiyetine (yapısına), özellikle de çiğnenen kuralın kamu hukuku kuralı olup olmamasına göre değişir. *Kamu hukukundaki yaptırımlar* daha çok bir *ceza,* yani kuralı çiğneyenin kişiliğine veya malına karşı yöneltilen bir cebir ve zorlama biçiminde ortaya çıkar. *Özel hukuktaki yaptırımlar* ise, daha çok ya çiğnenmeden önceki duruma getirme ya verilen zararın giderilmesi (tazmin edilmesi), ya da yapılan hukukî işlemin istenilen sonuçları doğurmaması, yani hükümsüzlük[1] biçiminde gözükür.

---

(1) Hükümsüzlük konusunda bk. **Güral (Akipek), Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1952.

Bütün bu açıklamalardan sonra ***hukuk kuralları***, *"toplum hâlinde yaşayan kişilerin gerek birbirleriyle gerek doğrudan doğruya toplumla olan sosyal ilişkilerini düzenleyen ve kendilerine uyulması yaptırım zoruyla sağlanan sosyal eylem ve davranış kuralları"* olarak tanımlanabilir[(2)].

Hukuk kuralları insan topluluklarını, daha doğru deyişle kişilerin toplum içerisinde girişmiş oldukları ilişkileri düzenleyen sosyal davranış kurallarının ancak bir bölümüdür. Hukuk kurallarından başka, toplum hâlinde yaşayan kişilerin uymakla yükümlü oldukları birtakım sosyal davranış ve eylem kuralları daha vardır. Bunlar özellikle din, ahlâk ve âdet (teamül) kurallarıdır. Şimdi ortaya şöyle bir soru çıkıyor: Acaba bu kurallar ile hukuk kuralları arasında bazı fark ve benzerlikler var mıdır? Başka bir deyişle, bu sosyal davranış kuralları ile hukuk kuralları birbirlerinden nasıl ayrılmaktadır?

I- DİN, AHLÂK VE ÂDET KURALLARININ HUKUK KURALLARINDAN FARKI

A) DİN KURALLARI VE HUKUK KURALLARINDAN FARKI

Din kuralları *insanların inançları ile ilgili olan* kurallardır. Bu kurallar, Allah tarafından konulduğuna ve Peygamberler tarafından kutsal kitaplar içerisinde bireylere ulaştırılmış olduğuna inanılan birtakım emir ve yasaklardan oluşur.

Din kuralları büyük çoğunluğu itibariyle Allah ile insanlar arasındaki *uhrevî ilişkileri* düzenler. Bununla beraber, bu kurallardan bir kısmı da insanlar arasındaki *dünyevî ilişkileri* düzenleyici nitelikte emir ve yasaklar koyar. Örneğin İslâm dininin kutsal kitabı olan Kuranı Kerim'de bu nitelikte olan kurallar oldukça önemli bir yer tutar. İslam devletlerinden birçoğunda günümüzde tamamen dinî esaslara dayanan bir hukuk sisteminin *(İslâm Hukukunun)* geçerli olmasının sebeplerinden biri de belki Kuranı Kerimin dünyevî ilişkilere ilişkin pek çok kural içermekte olmasıdır.

Din kurallarının en belirgin niteliği, Allah tarafından konulmuş olmalarından dolayı *donmuş ve değişmez hükümlerden oluşmaları* ve

---

(2) Hukukun bu biçimde tanımlanmasına devletler hukukunu içine almadığı için itiraz olunabilir. Böyle bir itirazı önlemek maksadıyla hukuk, "bir toplum içerisindeki sosyal ilişkileri düzenleyen ve gerektiğinde zorla uygulanan kuralların bütünüdür" biçiminde de tanımlanabilir. Bu konuda bk. ve karş. **L. Oppenheimer:** International Law, a Treatise, vol. I: Peace, eighth edition by **H. Lauterpacht,** London 1955, sh.10.

bu sebeple de statik (durağan) mahiyette olmalarıdır. Başka deyişle bu hükümler, hukuk kuralları gibi toplumun ihtiyaçlarıyla birlikte gelişmezler ve değişmezler. Öte yandan, bu kurallar hukuk kuralları, örneğin kanunlar gibi insan eseri de olmadıklarından, toplumun belli bir zamanda ortaya çıkan yeni ihtiyaçlarına göre değiştirilemezler veya tamamen kaldırılarak yerlerine yenileri konulamaz. Bu sebeple de din kurallarının dünyevî ilişkilerde ortaya çıkan yeni ihtiyaçları karşılama kudretleri yoktur.

Din kurallarının bir diğer niteliği de *maddî bir yaptırımdan yoksun oluşlarıdır*. Bu kuralların yaptırımı *manevîdir*, yani günah işleyen insanların bu dünyada veya öldükten sonra öbür dünyada (Ahirette) Allah'ın öngördüğü cezalara çarptırılacak olmaları korkusudur. Bu kurallar daha çok uhrevî niteliktedir, yani şu veya bu dinî kurala uymamanın yaptırımı, Allanın gazabı veya cehennem korkusudur.

İşte, din kurallarının yukarıda belirttiğimiz bu nitelikleri, kendilerini hukuk kurallarından ayırmakta yeterli bir ölçüt (kıstas) oluşturur.

B) AHLÂK KURALLARI VE HUKUK KURALLARINDAN FARKI

Ahlâk kuralları, insanların gerek kendi nefislerine gerek hemcinslerine karşı olan ödevlerini düzenleyici birtakım eylem ve davranış esaslarını içeren kurallardır. Bu kurallar bireylere hayır yapması, erdemli bir insan olabilmesi ve toplum içerisinde bu suretle dürüst, iyi ve saygın bir kimse olarak itibar görebilmesi için, kendisini uymakla yükümlü saydığı bir takım emir ve yasaklardan oluşur[(3)].

Ahlâk kurallarının bir bölümü, daha çok insanın kendi kendisine karşı olan ödevlerini düzenlemekte olduğundan bunlara *sübjektif ahlâk kuralları* denir: Hayır yap! Fenalıktan sakın! Yalan söyleme! Başkaları hakkında kötü düşünme! Dedikodu yapma! gibi uyarılar, sübjektif ahlâk kuralı niteliğindedir.

Ahlâk kurallarının bir diğer bölümü ise, genellikle kişilerin birbirleri karşısındaki ödevlerini düzenleyen ve birbirleriyle olan ilişkilerinde uymaları gereken sosyal davranış kurallarıdır. Bundan dolayı da bunlar *objektif ahlâk kuralları* adı altında toplanırlar. Çünkü bu kurallar, hukuk kurallarının yanında kişilerin dış ilişkilerinde, yani diğer kişilerle olan ilişkilerinde onlara karşı olan ödevlerini gösterirler: Başkalarını aldatma!

---

(3) Ahlâk kurallarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **Ateş, Derya:** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara, 2007, sh. 67 vd.

Hırsızlık etme! Düşkün olanlara yardım et! Verdiğin sözünü tut! bu nitelikteki kurallardır. Ancak, ahlâk kuralları arasında bu derece kesin bir ayırım yapmak çoğu kez mümkün olamaz.

Ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasında, özellikle düzenledikleri alan bakımından hiçbir fark yoktur. Çünkü genellikle ahlâk kuralları da kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen sosyal eylem ve davranış kurallarıdır. Zaten ahlâk kurallarının yasakladığı eylem ve davranışların pek çoğu, aynı zamanda hukuka da aykırıdır ve hukuk tarafından da yasaklanmıştır. Bu sebepledir ki bazen *"hukuk asgarî ahlâktır"* denir. O hâlde, ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farklar nelerdir?(4)

Ahlâk kurallarının hukuk kurallarına oranla *kapsamı daha geniştir*. Çünkü bu kurallar sadece bireylerin diğer bireyler ile olan ilişkilerinde uymakla yükümlü oldukları birtakım ödevleri değil, fakat aynı zamanda bizzat kendilerine karşı uymakla yükümlü oldukları birtakım emirleri de içerirler. Hukuk kuralları ise, sadece kişilerin huzur, barış ve güvenlik içerisinde birlikte yaşamalarını sağlamaya yarayacak mahiyetteki ilişkilerini düzenlemekle yetinirler.

Ahlâk kuralları ile hukuk kuralları arasındaki farklardan belki de en önemlisi, *yaptırım farkıdır.* Mahiyeti itibariyle hukuk kuralları gibi birtakım emir ve yasaklardan oluşan ahlâk kurallarının, tıpkı din kuralları gibi hukukî anlamda zorlayıcı nitelikleri yoktur. Bununla beraber, ahlâk kurallarının tamamen yaptırımdan yoksun kurallar olduğu da söylenemez. Gerçi bu kuralların teknik anlamda hukukî bir yaptırımı yoktur; yani kamu gücü ahlâk kurallarını çiğneyenlere karşı harekete geçerek mahkemeleri veya kolluk kuvvetleri yardımıyla zor ve cebir kullanmak suretiyle onlara uymayı sağlamaya çalışamaz. Fakat ahlâk kurallarının hukukî anlamda bir yaptırımı olmasa bile, onların *vicdanî* anlamda bir yaptırımı olduğundan söz etmek yerinde olur. Gerçekten, herhangi bir ahlâk kuralının çiğnenmesi hâlinde, kamuoyunda ve bireylerin vicdanında derhal onu çiğneyen kimseye karşı bir tepki uyanır. Kamuoyunda ve bireyin bilincinde bu tepki *hor görme, kınama* ve hatta *nefret etme* biçiminde kendini gösterir. İşte bu tepki, ahlâk kurallarının vicdanî, yani m a n e v î nitelikteki yaptırımını oluşturur. Hukukî anlamdaki yaptırım kadar etkili olmamakla beraber, bu vicdanî yaptırımın ahlâk kurallarına uymayı sağlamak bakımından önemi oldukça

(4) Bu konuda bk. **Arık, Fikret:** Türk Medenî Hukuku, C.I, Ankara 1963, sh. 23 vd.; **Akipek, Ömer İlhan:** Devletler Hukuku, I. Kitap, Ankara 1965, sh.13.

büyüktür. Çünkü ahlâk kurallarını ne kadar hafife alırsa alsın, belli bir toplum içinde yaşamak zorunda olan birey, hem kamuoyunun, hem de diğer bireylerin kendisine karşı duyduğu ve gösterdiği bu nefrete veya hor görmeye uzun süre katlanamaz. Bu sebepledir ki, bir toplumun ahlâk kurallarının çiğnenmesine karşı gösterdiği tepki (reaksiyon) ne kadar büyük olursa, toplum da o kadar çabuk ilerler, o kadar kuvvetli ve sağlam temellere dayanır.

Ahlâk kuralları ile hukuk kuralları *şekil bakımından* da farklıdır. Gerçekten, ahlâk kuralları herhangi bir yerde yazılı olmayan, maşerî vicdanda yaşayan kurallardır[5]. Oysa hukuk kurallarında durum böyle değildir. Kara Avrupası Hukuk Sistemi ve dolayısıyla Türk Hukuk Sistemi bakımından hukuk, çoğunluğu itibariyle hukuk kuralı koyma yetkisine sahip olan yasama organı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi (Ay. m.7), Cumhurbaşkanı (Ay. m.104) ve Bakanlıklar ya da kamu tüzel kişileri (Ay. m.124) tarafından konulmuş y a z ı l ı kurallardan oluşmaktadır.

C) ÂDET KURALLARI VE HUKUK KURALLARINDAN FARKI

Âdet ya da *teamül kuralları* da hukuk kuralları gibi kişilerin karşılıklı ilişkilerini düzenleyen kurallardır. Âdet kuralları, belli sosyal davranış ve eylemlerin zamanla tekrarlanması suretiyle belli bir toplumda yerleşerek o toplum tarafından benimsenmeleriyle oluşurlar. Kişiler de toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan bu kurallara uyma konusunda kendilerini az çok zorunlu hissederler. Bununla birlikte, kişileri bu kurallara uygun biçimde davranmaya zorlayacak haricî bir kudret yoktur; yani bu kurallar *zorlayıcı nitelikte değildirler*. Zaten âdet kurallarını hukuk kurallarından, özellikle yazılı olmayan hukuk kurallarından, yani örf ve âdet hukukundan ayıran fark da hukukî yaptırımdan yoksun olmalarıdır. Bu kurallara uymamanın maddî bir yaptırımı yoktur, yaptırımı sadece manevîdir. Örneğin Türkiye'de ergin (reşit) olsa bile çocukların evlenirken ana ve babalarının rızasını (olurunu) alması; sütkardeşler arasında evlenme yapılmaması, dinî bayramlarda büyüklerin ziyaret edilmesi ve ziyarete gelen küçüklere hediye verilmesi, oldukça yaygın olan ve çoğunlukla uyulan alışılmış birer âdet kuralıdır. Ancak, *bu kurala uymamanın hukukî hiçbir yaptırımı yoktur.*

Âdet kuralları ile ahlâk kurallarını birbirinden ayırmak oldukça güç-

---

(5) **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medenî Hukuku, C.I, Cz.l, İstanbul 1959, sh.13.

tür. Çünkü her iki kategori kuralın yaptırımları, mahiyetleri ve düzenledikleri ilişkiler bakımından aralarında büyük bir benzerlik vardır.

II- HUKUKUN DİN, AHLÂK VE ÂDET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

A) HUKUKUN DİN KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

Hukuk kuralları ile din kuralları arasında *içerik ve yaptırım* bakımından büyük farklar vardır. Ancak, hukuk kuralları ile din kuralları arasında aynı zamanda *yakın bir ilişki bulunduğu da* unutulmamalıdır. Bu ilişki din kurallarının hukuk üzerine yaptığı etki ve onların da tıpkı hukuk kuralları gibi sosyal zorunlulukların bir sonucu olmasıyla açıklanabilir.

Nitekim insanlar ile Allah arasındaki ilişkileri düzenleyen ve yaptırımı manevî olan din, özellikle insanlığın ilk devirlerinde aynı zamanda dünyevî ilişkileri de düzenleyen tek düzen şeklinde görünür. Hatta çok daha sonraları ortaya çıkan büyük dinlerde (Musevilik, Hıristiyanlık ve İslâmlıkta) bile insanların dünyevî ilişkileriyle ilgili pek çok hükümler vardır. Bu hükümlerin etkisi altında ortaya çıkmış olan Hıristiyan Hukuku ile İslâm Hukuku, uzun süre toplumların ve insanların hukukî ilişkilerini tek başlarına düzenlemişlerdir.

İslâmî görüşlerin Osmanlı İmparatorluğunda geçerli olan hukuk düzeni ve o devrin en büyük kanunnamelerinden biri sayılan *Mecelle* üzerinde ne kadar derin ve önemli etkileri olduğu göz önüne getirilirse, bu söylediklerimizin doğruluğu ortaya çıkmış olur. Modern devletlerin pek çoklarında geçerli mevzuatın (yazılı hukuk kurallarının) hâlâ dinî etkiler altında bulunduğu da unutulmamalıdır. İslâm ülkelerinin çoğunda bugün dahi İslâm Hukukunun yürürlükte olması, İtalya ve İspanya gibi Hıristiyanlığın ağır bastığı bazı ülkelerde uzun süre boşanmaya yer verilmemiş bulunması, İsviçre Medenî Kanunu'nda dinî düşüncelerle belirsiz süreli ayrılığın kabulü, dinin hukuk üzerindeki etkilerini göstermeye yetmektedir. Fakat daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, tamamen statik (durağan) mahiyetteki din kurallarının, devamlı bir oluşum ve gelişim hâlinde bulunan dinamik dünyevî ilişkileri her devrin sosyal zorunlulukları ve ihtiyaçlarına göre düzenlemesi mümkün değildir. Bu sebepledir ki, hukuk kuralları çeşitli ihtilâl ve devrimler sonunda din kurallarının nüfuz ve etkilerinden tamamen ayrılmayı başarabilmişlerdir. Bu konuda

Atatürk ve dava arkadaşlarının Cumhuriyet rejimiyle birlikte gerçekleştirmiş oldukları *Türk Hukuk Devrimi*, bunun en açık ve en anlamlı örneğini oluşturur.

B) HUKUKUN AHLÂK KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

Ahlâk kuralları ile hukuk arasındaki ilişki ve ahlâk kurallarının hukuk üzerindeki etkisi, din kurallarının etkisinden çok daha önemlidir. Bireylerin dış hayatları ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ahlâk kuralları ile hukuk kurallarının çoğu kez birbirlerine karışmış olarak bir arada bulunmaları mümkündür. *Paul Esmein'* in dediği gibi, hukuk kurallarının ahlâk kuralları ile çelişme hâlinde bulunduğu bir toplumda, huzur ve barışın egemen olacağını varsaymak zordur(6). Nitekim Türk ve İsviçre kanun koyucuları da bu gerçeği benimsemiş ve Medenî Kanundaki pek çok hükümleriyle kişileri ahlâk kurallarına uygun davranmaya zorlamak istemişlerdir. Bu bağlamda *Medenî Kanun'un* hakların kullanımının sınırını çizen dürüstlük kurallarına ve bunlara aykırı davranmanın yaptırımına ilişkin 2 nci maddesi; ahlâk kurallarına aykırı amaç güden tüzel kişilerin kişilik kazanamayacağı hakkındaki 47/II nci maddesi ile *Borçlar Kanunu'nun* ahlâk kurallarına aykırı olarak yapılan hukukî işlemlerin geçerli olmayacağına ilişkin 26 ve 27 inci maddeleri; bir kimsenin darda kalmasından veya deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle çıkar sağlanmasını yasaklayan 28 inci maddesi; ahlâka aykırı bir fiil ile başkasına verilen zararın giderilmesi (tazmin edilmesi) gerektiği hakkındaki 49 uncu maddesi ve ahlâkî bir ödevin yerine getirilmesi için yapılan edimin geri alınamayacağını öngören 78 inci maddesi, kişileri ahlâk kurallarına uymaya zorlayıcı hükümlerdir(7).

Öte yandan hukuk, çoğu kez toplumun genel ahlâk hakkındaki düşüncesine (telâkkisine) uyarak ahlâk kurallarına hukukî bir yaptırım tanımak ve bu suretle onları hukuk kuralları durumuna sokmak zorunluluğunu da hissedebilir. Nitekim Medenî Kanun içindeki pek çok hükümler ve özellikle aile hukuku ile ilgili olanlar, aynı zamanda bir ahlâk kuralı niteliğindedir. Gerçekten, yakın derecedeki hısımlar ile evlenme yasağı (MK. m.129); herkesin yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan yakın hısımlarına yardım etmesini emreden nafaka yükümlülüğü (MK.

---

(6) **Georges Scelle, Paul Esmein, Julliot de la Morandière, etc.:** Introduction à l'étude du Droit, Paris 1951, sh.122.

(7) Ahlâk Kurallarının ÖBK.m.1, m. 2, m. 19, m. 20, m. 41/11 ve m. 62 bağlantıları için bkz. **Ateş,** age, sh. 143 vd ve sh. 312 vd.

m.364); eşlerin birbirine karşı sadakat göstereme ve yardım yükümlülüğü (MK. m.185); çocukların ana babalarının buyruklarına uyma ve onlara saygı gösterme ödevi (MK. m.339/II) ve nihayet ana ve babanın çocuğa bakma, onu eğitip yetiştirme yükümlülükleri (MK. m.339/I, 340) buna birer örnek oluşturur.

Bu bağlamda ceza hukukundaki hükümlerin pek çoğunun da bir ölçüde ahlâkî ödevleri karşıladığına işaret etmek gerekir.

Durum böyle olmakla birlikte, bütün ahlâk kurallarının aynı zamanda birer hukuk kuralı mahiyetinde olduğu da söylenemez. Çünkü ahlâk kurallarından pek çoğu hukuk kurallarının dışında kalır. Örneğin nafaka yükümlülüğü, ahlâk kurallarının aksine bütün hısımları kapsamına almaz. Ergin olmuş çocuk ana ve babasının iznine gerek olmaksızın evlenebilir. Belli bir sürenin geçmesinden sonra borçlu borcunu yerine getirmeye hukuken zorlanamaz (BK. m. 133). Kumar borcunun ödenmesi hukuken zorunlu değildir (BK. m. 604). Bununla birlikte, toplum içerisinde çok köklü biçimde yerleşmiş bulunan ahlâk kurallarının zamanla kanun koyucuyu etkileyerek onu hukuk kurallarını değiştirmeye veya ahlâk kurallarını hukuk kuralı hâline sokmaya zorlaması sıklıkla söz konusu olabilir[8].

C) HUKUKUN ÂDET KURALLARI İLE İLİŞKİSİ

Âdet kurallarının hukuk kuralları ile din ve ahlâk kurallarından daha yakın ilişkisi vardır. Çünkü âdet kurallarının zamanla kendiliğinden hukuk kurallarına dönüşmesi mümkündür. Diğer taraftan ise, âdet kurallarının yazılı bir hukuk kuralının artık toplumun ihtiyaçlarını karşılayamadığını göstermek suretiyle, kanun koyucuyu bu hukuk kuralını değiştirmeye veya kaldırmaya zorlaması da söz konusu olabilir[9]. Bunun açık bir örneğini Ülkemizdeki *erken evlenme âdeti*nin kanun koyucuyu normal evlenme yaşını küçültmek zorunda bırakması verir. Gerçekten, küçük yaşta evlenme âdetinin tepkisiyledir ki, 1926 tarihli Önceki Medenî Kanun'un[10] 88 inci maddesi 1938 yılında değiştirilerek

---

(8) Ahlâk kurallarının hukuk üzerindeki etkileri hakkında bk. **Ateş,** age, sh. 143 vd. ile dipnot 386'da belirtilen yazarlar.

(9) Bu konuda aşağıda "Örf ve Adet Hukuku" bahsinde daha ayrıntılı bilgi verilecektir.

(10) İsviçre Medenî Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesi yoluyla alınarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 743 sayılı *Türk Kanunu Medenîsi,* yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin gerçekleştirdiği devrimlerin ilki ve simgesi olan bir hukuk anıtı olarak 76 yıl hukuk hayatımızda yer almıştır. Bu sebepledir ki bu Kanundan eski Medenî Kanun şeklinde söz etmeyi içimize sindiremediğimiz için, bu anıt

normal evlenme yaşı kadınlarda on yediden on beşe, erkeklerde ise on sekizden on yediye indirilmiştir. Aynı şekilde, Ülkemizde egemen olan dinî nikâh âdetinin zoruyladır ki, kanun koyucu Medenî Kanun'un bütün aile hukuku ve özellikle soybağı (nesep) hukuku sistemini altüst eden bir seri kanunu çıkarmıştır[11]. Başka bir örneğini de kat mülkiyetinin 1966 yılında yürürlüğe giren 634 sayılı özel bir kanunla hukukumuza yeniden sokulması verir.

Âdet kurallarının hukuk bakımından önemi, özellikle *sözleşmelerin yorumlanmasında* görülür. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 2 nci maddesinde gayet açık olarak "irade beyanlarının tefsirinde (yorumunda) teamüllerin (âdetlerin) dahi nazara alınması esası mahfuzdur (saklıdır)" denilmektedir.

Medenî Kanun'umuz da bazı maddelerinde âdet kurallarından söz eder. Bu maddelerde çoğunlukla, âdete uygun olarak yapılan bazı davranışlara kanunda öngörülen yaptırımın uygulanmayacağı kabul edilir. Nitekim âdet üzere verilen hediyelerin tenkise tâbi olmadığını öngören MK. m.565 b.3 hükmü; altsoylara evlenirken alışılmış ölçüler içinde yapılmış çeyiz giderleri, verilen olağan hediyeler ve evlenme sırasında geleneğe uygun giderlerin denkleştirmeye tâbi olmadığını öngören MK. m.675 hükmü ile çocukların eğitimi ve öğretimi için yapılmış olan giderlerin ancak alışılmış ölçüleri aşan kısmının denkleştirmeye tâbi olacağını öngören MK. m.674/I hükmü buna örnek olarak gösterilebilir.

§ 2. HUKUKUN SİSTEMİ

Burada üzerinde durulacak olan hukuk, bir devlet veya toplumda yürürlükte bulunan yazılı ve yazısız tüm hukuk kuralları, yani ***pozitif hukuk***tur. Olması gereken hukuk, yani ideal veya tabiî hukuk konumuzun dışındadır.

Kanundan bundan sonraki açıklamalarımızda hep *Önceki Medenî Kanun* (ÖMK.) veya *Önceki Kanun* şeklinde söz edeceğiz.

(11) 26.10.1933 tarih ve 2330 sayılı, 30.4.1945 tarih ve 4727 sayılı, 1.2.1950 tarih ve 5524 sayılı, 30.1.1956 tarih ve 6652 sayılı, 8.4.1965 tarih ve 554 sayılı, 20.06.1974 tarih ve 1826 sayılı, 18.9.1981 tarih ve 2526 sayılı ve 8.5.1991 tarih ve 3716 sayılı kanunlar. Yürürlükten kalkmış olan bu kanunlar hakkında bilgi için bk. **İnan, Ali Naim:** Fiilî Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Tesciline Dair Mevzuat, Ankara 1958 ve Fiilî Birleşmelerle Bunlardan. Doğan Çocukların Tesciline Dair Kanun, Yönetmelik ve Sözleşmeler, Ankara 1965.

I- KAVRAM

Hukukun sistemi, *hukuk kurallarının düzenledikleri türlü ilişkilerin gösterdiği özelliklere göre bu kurallar arasında yapılan sıralama (tertip) ve ayırım (tasnif) demektir.*

Hukuk, toplum hâlinde yaşayan kişilerin gerek doğrudan doğruya içinde yaşadıkları toplumla, gerek toplumdaki diğer kişilerle olan sosyal ilişkilerini düzenleyen maddî yaptırımlı kuralların tümüdür.

Başlangıçta herhangi bir yanlış anlamayı önlemek amacıyla şu hususların da açıklanması gereklidir: Bir kere, *hukuk düzeninin varlığı için mutlaka da bir devletin var olması zorunlu değildir.* Devlet biçiminde organize olmamakla birlikte bir arada yaşayan kişilerin oluşturduğu bir toplumun varlığı, hukukî bir düzenin yaratılması için yeterlidir. Zira toplum (camia) kavramı devlet kavramından daha kapsamlıdır. Her devlet bir toplumdur, fakat her toplum mutlaka da bir devlet değildir. Bunun en iyi örneğini çeşitli devletlerin bir arada yaşamak suretiyle meydana getirdikleri uluslararası toplum (camia) oluşturur. Bunun içindir ki hukuku, belki de bu söylediklerimizi içine alacak şekilde, ***toplum hâlinde yaşayan*** *kişiler arasındaki sosyal ilişkileri düzenleyen maddî yaptırımlı kurallar bütünü* olarak tanımlamak daha doğru ve isabetli olur.

II- HUKUKUN TÜRLERİ

Hukukun yukarıda yapmış olduğumuz tanımı *çeşitli ve birbirinden farklı* hukuk kurallarının varlığını ortaya koyar.

A) İÇ HUKUK - DIŞ HUKUK

1) İç Hukuk Kuralları

Hukuk belli bir toplumda, belli bir devlette yaşayan kişilerin bu toplum içerisinde devletle veya birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyebilir. Bunlar belli bir devletin sınırları içinde oluşan sosyal ilişkiler olduğundan, bu hukuk kurallarının tümüne *iç hukuk* denir.

2) Dış Hukuk Kuralları

Yeryüzünde türlü devletler ve toplumlar vardır. Devletlerin kendi aralarındaki ilişkileri ve bu devletlerde yaşayan çeşitli kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının tümüne *dış hukuk* denir.

B) KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK

İster iç hukuk ister dış hukuk kuralları söz konusu olsun, bunlar ya bir devlet ile diğer bir devlet ya da bir devlet ile kişiler arasındaki ilişkileri, onların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlerler. Bu kurallar aynı zamanda kişilerin kendi aralarındaki ilişkileri de düzenlerler. Hukuk kurallarını, *düzenledikleri ilişkilerin türüne göre* i k i büyük gruba ayırmak, Roma Hukukundan beri âdet olmuştur:

Bir devlet ile başka bir devlet veya bir devlet ile kişiler arasındaki ilişkileri, bunlar arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri, devletlerin örgütünü, organlarını ve yönetimini düzenleyen hukuk kurallarının tümü ***kamu hukuku*** *(Droit public, öffentliches Recht)* grubunu oluşturur.

Kişiler ile kişiler arasındaki ilişkileri, bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hukuk kuralları ise ***özel hukuk*** *(Droit privé, Privatrecht)* grubunu oluşturur.

C) MADDÎ HUKUK - ŞEKLÎ HUKUK

Maddî hukuk, toplumu oluşturan kişilerin hukukî durumlarını, birbirleriyle ve doğrudan doğruya toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, kişilerin sahip olabilecekleri hak ve borçları gösteren hukuk kurallarıdır. Medenî hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku, iş hukuku ve ceza hukuku gibi hukuk dalları bu anlamda maddî hukukun dallarıdır.

Şeklî hukuk ise, maddî hukuk tarafından kişilere tanınan hakların korunmasının ve yollarını düzenleyen ve gösteren hukuk kurallarıdır. Başka deyişle, hukuk kurallarına bağlanmış olan yaptırımların işleyiş ve uygulanış biçimini düzenleyen kurallar, şeklî hukuk kurallarıdır. Medenî yargılama hukuku ve ceza yargılama hukuku ile icra-iflâs hukuku bu anlamda şeklî hukukun dallarıdır.

III- KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYIRIMININ DAYANAKLARI

Bir hukuk kuralının kamu ya da özel hukuk gruplarından hangisine girmekte olduğunu saptayabilmek için, bu iki hukuk grubunun kendilerine özgü özelliklerinin bilinmesi gerekir. Bu özellikler, kamu ve özel hukuk kuralları arasındaki farkları gösterir.

A) KLÂSİK GÖRÜŞ

Klâsik görüş taraftarı olan hukukçular, kamu hukuku ile özel hukuku birbirinden ayırmak için şu esaslara dayanırlar[12]:

1) Amaç Farkı

Kamu hukuku genellikle devletin örgütü ve faaliyeti ile ilgili olan zorlayıcı kurallardan oluşur. Kamu hukukunun konusu kamunun, toplumun ve devletin menfaatleriyle ilgilidir. Amacı, uygulandığı toplumun veya devletin huzur ve barışını, asayiş ve güvenliğini sağlamak ve devam ettirmektir. Oysa özel hukuk kuralları, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallardır. Amaçları, sadece kişilerin özel menfaatleridir.

2) Mahiyet Farkı

Kamu hukukunun amacı, *toplumun menfaatlerinin düzen altına alınmasıdır.* Kamu hukukunun uygulandığı ilişkilerde kişilerin karşısında genellikle toplumun menfaatlerinin temsilcisi sıfatıyla devlet bulunur. Devletin, toplumun temsilcisi sıfatıyla hareket etmesi, onun bireyler karşısında üstün durumda bulunmasını gerekli kılar. Bunun içindir ki, kamu hukuku kurallarının emredici mahiyeti vardır. Başka bir deyişle kamu hukuku kuralları, ilke olarak konusunu oluşturan ilişkilere mutlaka uygulanır. Bu kuralların belirli bir olaya uygulanmayacağı konusunda anlaşma yapılamaz.

Buna karşılık özel hukuk kuralları, kişiler arasındaki ilişkileri düzenlerler. Özel hukuk kurallarının amacı, *bireylerin özel ve kişisel menfaatleridir.* Bu sebepledir ki, bu ilişkilerin düzenlenmesinde bireylerin iradesine önem vermek gerekir. Başka bir deyişle, bireylere genellikle kendi menfaatlerine en uygun gelen çözüm biçimini seçme yetkisi tanınmalıdır. Bu da özel hukuk kurallarının emredici mahiyette olmadıklarını gösterir.

B) KLÂSİK GÖRÜŞÜN KAMU HUKUKU-ÖZEL HUKUK AYIRIMINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Hukukun kamu hukuku - özel hukuk şeklinde ikiye ayrılması esaslı bir ayırım mıdır? Hukukun ikili ayırımına karşı özellikle son zamanlarda pek çok eleştiri ve itirazlar ileri sürülmüştür. Gerçekten, bu iki hukuk grubu

---

(12) **Georges Scelle, Paul Esmein**, **Juliot de la Morandière:** age., sh.181 vd.; **Enneccerus-Nipperdey:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, Tübingen 1952, sh.137 vd.

arasındaki farklar iddia edildiği kadar açık ve kesin değildir. Bazı hukuk kurallarının şu veya bu hukuk grubu içine kesin olarak sokulmasına da imkân yoktur. Örneğin medenî usul hukuku ile ilgili kurallar böyledir.

Kamu hukuku ile özel hukuk arasında amaçları bakımından yapılan ayırım, her zaman kesin ve doğru sonuçlar vermez. Çünkü hukukun esas amacı, genellikle kamunun menfaatini sağlamak ve korumaktır. Özel menfaat düşünceleriyle düzenlenmiş gibi görünen özel hukuk kurallarından pek çoğunda dolaylı da olsa yine kamu menfaati düşüncesi egemendir. Örneğin mülkiyet hukuku, aile hukuku ve borçlar hukuku ile ilgili pek çok hükümde bunu görmek mümkündür.

Kamu ve özel hukuk grupları arasındaki ayırımı bu hukuk kurallarının mahiyet farklarına dayandırmak da doğru olmaz. Zira özel hukuk kurallarının her zaman da emredici olmayan hükümler olduğu söylenemez. Çünkü bu kurallar içinde de emredici mahiyette olan pek çok hüküm vardır. Örneğin, kişiliğin korunmasına ilişkin kurallar (MK. m.23), şekil ile ilgili olan hükümler (BK. m. 12), sözleşmelerin içeriğini belirleyen kurallar (BK.m. 26, 27) hep emredici mahiyettedirler. Buna karşılık, devletin taraf olduğu bazı ilişkileri düzenleyen kuralların da her zaman emredici mahiyeti bulunmayabilir. Nitekim devletin ekonomik hayata müdahale ettiği (karıştığı), örneğin bir kamu iktisadî teşebbüsünü (KİT'İ) işlettiği durumlarda uygulanacak kurallar genellikle böyle emredici olmayan kurallardır.

C) MODERN GÖRÜŞ

Hukukun kamu hukuku-özel hukuk şeklinde iki gruba ayrılmasına yöneltilen eleştiri ve itirazlarda ne kadar büyük gerçeklik payı olursa olsun, hukukun böyle ikili ayırımı, pratik ve hatta bazen teorik bakımdan da yararlıdır[13]. O hâlde, hukuk kuralları arasındaki bu ikili ayırımı devam ettirmek gerekeceğine göre, hukuk kurallarını kamu hukuku – özel hukuk şeklinde ikiye ayırmada dayanak ne olmalıdır?

Bu konuda belki de en emin yol, sübjektif bir ölçütten (kıstastan) hareket etmek olacaktır. Başka bir söyleyişle, bir hukuk kuralı tarafından düzenlenmiş olan ilişkide, devletin durumuna göre bu hukuk kuralının türünü belirlerken, devletin bu ilişkiye kamu gücünün temsilcisi sıfatıyla

---

(13) **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukuka Başlangıç, 1942, sh.4; **Colin-Capitant:** Traité de Droit Civil, Paris 1957, sh.40.

bu güce dayanarak üstün durumda mı, yoksa herhangi bir kişi gibi diğer kişilerle eşit olarak mı katılmakta olduğunun araştırılması esasından hareket etmek gerekecektir[14].

Bununla beraber, kamu hukuku ve özel hukuk grupları arasındaki farkın kesin olmadığına da işaret etmek gerekir. Kamu hukuku ile özel hukukun uygulama alanı belli bir toplumdan diğerine, belli bir devirden öbürüne göre her zaman değişebilir; nitekim değişmektedir de. Bu konuda özellikle bir toplumda egemen olan sosyal görüşlerin daha çok liberalizme veya sosyalizme eğilimli olmasının etkileri de çoktur. Nitekim bunu açıkça görebilmek için, bireyci liberal görüşlerin egemen olduğu XIX. Yüzyıl ile sosyalist görüşlerin etkisi altında çok daha fazla kalmış olan XX. Yüzyılın karşılaştırılması (mukayese edilmesi) yeterlidir. XIX. Yüzyılda özel hukuk grubunun kamu hukukunun zararına olarak genişlemesine karşılık, günümüzde bunun tam aksi bir akıma, özel hukukun zararına olarak kamu hukukunun genişlemesine ve âdeta özel hukuku istilâ etme eğilimi göstermesine tanık olmaktayız. Bununla beraber bu eğilim, özel hukukun ana ilkelerinin kamu hukuku içine girmesine engel olamamaktadır.

IV- KAMU HUKUKUNUN ÇEŞİTLİ DALLARI

Kamu hukuku, devletin diğer bir devlet veya devletlerle ya da kamu gücünün sahibi olarak kişilerle olan tüm ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarından oluşur. Kamu hukukunun özelliğini ***devletin üstün durumda olması,*** yani bir kişi ile giriştiği ilişkide kamu gücünün sahibi (temsilcisi) sıfatını taşıması oluşturur.

Kamu hukuku bir üst kavramdır; bu itibarla da düzenlemekte olduğu türlü ilişkilere göre çeşitli dallara ayrılır:

A) ANAYASA HUKUKU

Anayasa hukuku devletin şeklini, yapısını, organlarını, organların görev ve yetkileri ile birbirleriyle olan ilişkilerini, devletin temel kurumlarını, yasama, yürütme ve yargı erkinin oluşumunu ve işlevini, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini (özgürlüklerini) düzenleyen hukuk kurallarının tümünü içeren hukuk dalıdır.

---

(14) **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.140.

B) İDARE HUKUKU

İdare hukuku ya da *yönetim hukuku,* Devlet İdaresinin örgütünü ve işleyişini, kişilerin İdare ile olan ilişki ve anlaşmazlıklarını, kamu hizmetlerinin nasıl ve kimler tarafından görüleceğini, kişiler ile Devlet İdaresi arasındaki anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğini düzenleyen hukuk kurallarının oluşturduğu hukuk dalıdır.

C) CEZA HUKUKU

Ceza hukuku, hangi eylem ve davranışların suç sayıldığını, bu eylem ve davranışlarda bulunanlara ne gibi yaptırımlar, yani cezalar uygulanacağını belirleyen ve toplum içerisinde kişilerin can ve mal güvenliğini ve şerefini korumaya yönelik kurallardan oluşan hukuk dalıdır.

D) YARGILAMA HUKUKU

Yargılama hukuku ya da *usul hukuku,* yargı yetkisini kullanan mahkemelerin adalet dağıtırken izleyecekleri yöntemleri ve mahkemelerin örgütünü belirleyen kuralların oluşturduğu hukuk dalıdır. Yargılama hukuku biri *medenî yargılama hukuku* (hukuk muhakemeleri usulü)[15], diğeri *ceza yargılama hukuku* (ceza muhakemeleri usulü) olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca *icra ve iflâs hukuku* da medenî yargılama hukuku içerisinde yer alan bir hukuk dalıdır.

E) DEVLETLER HUKUKU

Kamu hukukunun dış hukuk ile ilgili olan bir dalıdır. *Devletler hukuku* ya da *milletlerarası hukuk,* bir devlet ile diğer bir devlet veya devletler ile milletlerarası toplumun diğer üyeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların bütünüdür[16]

F) VERGİ HUKUKU

Vergi hukuku, devlet ile kişiler arasındaki vergi ilişkisinden doğan karşılıklı hak ve yükümlülükleri, verginin hangi hâllerde doğduğu, tutarı,

---

(15) Mamafih medenî yargılama hukukunun (hukuk muhakemeleri usulünün) kamu hukukuna mı, yoksa özel hukuka mı girmekte olduğu tartışmalıdır. Tartışmalar hakkında bk. **Bilge, Necip:** Medenî Yargılama Usulü, Ankara 1965, sh.10 vd.

(16) **Meray, Seha L.:** Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 1959, sh.3; **Akipek, İ.:** age., sh. 19 vd.; **Lütem, İlhan:** Devletler Hukuku Dersleri, I. Kitap, Ankara 1959, sh.5. Bu dal *"Uluslararası Hukuk"* olarak da isimlendirilmektedir: **Pazarcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, Ankara 2003

nasıl hesaplanıp alınacağı (tahakkuk ve tahsili), kimlerin vergi yükümlüsü olduğu gibi konuları ve vergi yargısını düzenleyen hukuk kurallarından oluşur.

G) İŞ HUKUKU

İş hukuku, işçi ile işveren arasındaki ilişkileri düzenlemekte olan kuralların tümünden oluşur. İş hukuku günden güne gelişmekte ve önemini her geçen gün daha da artırmaktadır. Gerçekten, eskiden bir işçi ile bir işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen iş hukukunun düzenleme alanı, toplu sözleşme, grev ve lokavt kurumlarının gelişmesiyle bir hayli genişlemiş ve sonuçta iş hukuku, özel hukuktan kamu hukukuna doğru hızla kaymaya başlamıştır. Bu sebepledir ki, bazı hukukçulara göre iş hukuku kamu hukukunun bir dalı hâline gelmiştir; bazılarına göre ise "karma nitelikte", yani hem kamu hem de özel hukuk niteliği gösteren bir hukuk dalıdır.

Sosyal güvenlik hukuku da iş hukuku ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu sebepledir ki hukuk fakültelerinde okutulmakta olan dersin adı *"İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku"*dur.

V- ÖZEL HUKUKUN ÇEŞİTLİ DALLARI

Özel hukuk, kişiler arasındaki her türlü sosyal, ekonomik ve ailevî ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarıdır. Özel hukuk tarafından düzenlenen ilişkilerde bireyler Medenî Kanun'un 8 inci ve Anayasa'nın 10 uncu maddeleri gereğince ***eşit durumda*** bulunurlar. Bunun içindir ki, özel hukuktan doğan hak ve yükümlülükler de eşittir. Zaten özel hukuku kamu hukukundan ayıran belirgin özellik de budur. Diğer bir deyişle, özel hukuk ilişkilerinde kamu hukukunda olduğu gibi, taraflardan birinin diğerine karşı daha üstün bir durumda olması söz konusu değildir. Bu sebepledir ki devlet, tüzel kişi olarak kişilerle eşit şartlar altında yaptığı hukukî işlemlerde, örneğin giriştiği ticarî ve sınaî faaliyetlerde ve yaptığı satış veya kira sözleşmeleri gibi işlemlerde kamu gücüne dayanan üstün bir kişi olarak kabul edilmez; bu işlemlerde özel hukukun esasları geçerli olur.

Özel hukuk, sosyal hayatta ortaya çıkan başlıca eylem, davranış, olgu ve işlemleri ve bireylerin benzerleri ile olan çeşitli ilişkilerini düzenler. Düzenlediği bu çeşitli faaliyetlerin özelliklerine ve türlerine göre de çeşitli dallara ayrılır. Bunlar içinde en önemlileri şunlardır:

A) MEDENÎ HUKUK

Medenî hukuk, özel hukukun *en önemli ve en geniş dalıdır*. Sahip bulunduğu bu önem dolayısıyladır ki, medenî hukuk terimi çoğu kez "özel hukuk"un eşit anlamı olarak da kullanılmaktadır. Medenî hukukun içeriği o kadar geniş, yani düzenleme alanına giren sosyal ilişkiler o kadar çok ve çeşitlidir ki, bu yüzden bütün bunları kapsayan ve medenî hukuku tam anlamıyla ifade edecek bir tanım vermek çok güçleşmektedir. Bize göre ***medenî hukuk,*** *kişilerin toplum hâlinde yaşaması bakımından bir hüküm ve değer ifade eden bütün eylem ve davranışlarını, işlem ve ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür.* Medenî hukuk, bunların dışında sosyal ilişkiler ve kişilerin hayatı bakımından önemli olan, örneğin doğum, ölüm ve zamanaşımı gibi bazı doğal olayları (hukukî olayları) da düzenler.

Medenî hukuk, düzenlemekte olduğu ilişkilerin niteliklerine göre *kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku* ve *borçlar hukuku* olmak üzere b e ş alt dala ayrılır. Bu konuda ileride "Medenî Hukukun Sistemi" bahsinde daha geniş açıklamalarda bulunacağız.

B) TİCARET HUKUKU

Ticaret hukuku, kişiler arasındaki ticarî ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür. Ticaret hukuku ile medenî hukuk arasında sıkı bir bağ vardır. Gerçekten, medenî hukuk kişiler arasında günlük hayatta ortaya çıkan ilişkilerden ticarî bir işletme ile ilgili olmayanları, ticaret hukuku ise ticarî bir işletme ile ilgili olanları düzenler. Bu itibarladır ki, ticaret hukukunu *medenî hukuku tamamlayan* bir hukuk dalı sayabiliriz. Nitekim Ticaret Kanunu da daha ilk maddesinde *"Türk Ticaret Kanunu, Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir cüzüdür"* demek suretiyle bu görüşümüzü desteklemektedir.

Ticaret hukuku da aynen medenî hukuk gibi, düzenlemekte olduğu konuların niteliklerine göre *ticarî işletme hukuku, şirketler hukuku, kıymetli evrak hukuku, deniz ticareti hukuku* ve *sigorta hukuku* olmak üzere b e ş alt dala ayrılır.

C) DEVLETLER ÖZEL HUKUKU

Devletler özel hukuku, çeşitli devletlere mensup, yani aynı uyruklukta (tâbiiyette) olmayan kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerine hangi

devletin kanununun uygulanacağını, bu ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların hangi devletin yargı organı tarafından çözümleneceğini) belirleyen kurallar ile kişilerin uyrukluğunu *(vatandaşlık hukuku)* ve yabancıların hukukî statülerini *(yabancılar hukuku)* düzenleyen hukuk kurallarından meydana gelir[17].

Devletler özel hukukunun düzenlediği ilişkilere daima bir *yabancı unsur* karışmaktadır. Bu ise, örneğin bir Türk ile bir Almanın evlenmesi, bir Belçikalının İsviçre'de bir Hollandalıyı evlât edinmesi, bir İngiliz karı kocanın Türkiye'de boşanması vs. gibi "kişi" veya "yer" unsuru olabilir. İşte, bütün bu özel hukuk ilişkilerine hangi devletin kanununun uygulanacağı ve bu ilişkilerden doğan davaların hangi devletin yargı organında (mahkemesinde) görüleceği sorunları (*kanunlar ihtilâfı)* hep devletler özel hukukunun konusuna girer.

Uyrukluk (tâbiiyet), kişileri ve şeyleri devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağ demektir. Devlete uyrukluk bağıyla bağlanacak olan kişiler, gerçek ve tüzel kişilerdir. Uyrukluk bağıyla bağlanacak olan şeyler ise, gemi ve uçaklardır. Bir devlete uyrukluk bağıyla bağlı olan gerçek kişilere, yani insanlara *vatandaş* veya *tebaa* denir. Bir gerçek kişiyi (insanı) bir devlete bağlayan hukukî bağa *vatandaşlık* denilmektedir.

Bir devletin ülkesinde oturan ve o devletin uyrukluğunu iddia etme hakkı olmayan kimselere *yabancı* denir. Yabancılar, ülkesinde bulundukları devletin vatandaşlarına tanınan hakların ve özellikle kamu haklarının hepsinden yararlanamazlar.

---

(17) Mamafih devletler özel hukukunun mahiyeti, yani hangi hukuk bölümüne girdiği ve hukuk sistemi içindeki yeri tartışmalıdır. Bu konuda bk. **Berki, Osman Fazıl:** Devletler Hususî Hukuku, C. l, Ankara 1961, sh.4 vd.

İkinci Bölüm
MEDENÎ HUKUK VE SİSTEMİ

§ 1. MEDENÎ HUKUK KAVRAMI

Medenî hukuk, topluluk hâlinde bir arada yaşayan kişilerin günlük hayat ilişkilerini düzenler. Medenî hukuk kuralları, beşer hayatının -insanın bir kişi[1] olması dolayısıyla önemli sayılan- bütün eylem, işlem ve ilişkilerini kapsar.

Kişiler arasında sosyal hayat bakımından önemli olan bütün eylem ve davranışlar ile özel ilişkiler, ticarî mahiyette olanların dışında bütün faaliyetler, medenî hukuk tarafından düzenlenir. Medenî hukuk, bir kişi olan insanın kişilik kazanmasıyla, yani doğumuyla olduğu kadar, kişiliğinin ortadan kalkmasıyla, yani ölümüyle; hısımları ile olan ilişkileri kadar üçüncü kişilerle olan ilişkileriyle de meşgul olur (uğraşır). Bu bakımdan medenî hukuk, kişilerin birbirlerine karşı hak ve borç edinmeleriyle ilgili olan eylem ve işlemleri üzerinde de özellikle durur. Medenî hukuk, kişilerin mal edinmeye ilişkin faaliyetleri ve mal edinmelerinden dolayı diğer kişilere karşı olan hak ve borçlarıyla da ayrıntılı bir biçimde ilgilenir.

Görüldüğü gibi medenî hukuk, ne sadece belli bir sınıfın (zümrenin) ve belli bir devlete uyrukluk bağıyla bağlı olanların, ne sadece belli bir meslek veya sanatla uğraşanların ve hatta ne de belli bir yaş veya olgunluk düzeyine erişmiş bulunanların ilişkilerini düzenler. Bu bakımdan medenî hukuk, hiçbir ayrım yapılmaksızın *h e r k e s e uygulanan hukuktur*. Bu sebeple de medenî hukuk karşısında bütün kişiler, erkek-kadın, zayıf-kuvvetli, fakir-zengin ve hatta kural olarak yerli-yabancı (MK. m.8;

---

[1] İnsan, hukuk bakımından bir kişidir ve hukuk sadece insanlar ile değil, *kişiler* ile uğraşır. Bir hukukçu olarak, insan yerine kişi ve insanları hukukta mevcut diğer kişilerden (tüzel kişilerden) ayırmak için, "gerçek kişi" terimini kullanmak gerekir. O hâlde kişi, insandan daha geniş bir terimdir. Kişi terimi sadece gerçek kişileri, yani insanları değil, aynı zamanda dernek, şirket, vakıf, sendika ve parti gibi tüzel kişileri de kapsayan bir terimdir.

Ay. m.10) farkı gözetilmeksizin e ş i t hak ve borçlara sahiptir. Özetle ***medenî hukuk,*** *kişilerin ve özellikle gerçek kişilerin bir arada yaşamaları dolayısıyla toplum bakımından önem ve değer ifade eden bütün eylem, davranış ve faaliyetleri ile diğer kişilerle olan ilişkilerini düzenleyen özel hukuk kurallarının bütünüdür.*

Medenî hukuk, esas itibariyle bütün hukuk kuralları gibi, belli bir toplumda yaşayan kişiler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu bakımdan *millî ve yerel bir karakter taşır*. Başka bir deyişle medenî hukuk, belli bir devletin pozitif (müspet) hukukunun bir bölümünü, hem de çok geniş ve çok önemli bir bölümünü oluşturur. Bunun içindir ki genel, soyut ve yeryüzünde mevcut bütün insan topluluklarının hepsine birden uygulanabilecek bir uluslararası medenî hukuktan henüz söz edilemez. Fakat bir Fransız medenî hukukunun, bir Alman medenî hukukunun, bir İsviçre veya Türk medenî hukukunun varlığından söz edilebilir. Bununla birlikte, az çok birbirine benzeyen şartlara sahip bir çevre ve kültür düzeyinde bulunan toplumlardaki sosyal ihtiyaçlar, az çok birbirine benzer zorunluluklar doğurduğundan, aynı kültür düzeyinde bulunan bütün toplulukların medenî hukukları arasında da ana hatları (ilkeleri) bakımından çok büyük benzerlik ve yakınlık vardır. Özellikle Kara Avrupası ülkelerinin medenî hukukları söz konusu olduğu zaman, bu benzerliğin diğer önemli sebeplerinden biri de Avrupa ülkelerinin medenî hukuk kurallarının az veya çok oranda *iki büyük hukuk sisteminin etkisinde kalmış* olmasıdır. Bu iki büyük hukuk sistemi, Roma ve Cermen hukuk sistemleridir.

Bugün bütün Kara Avrupası ülkelerinde olduğu gibi, Ülkemizde de medenî hukuk kuralları y a z ı l ı biçimde büyük kanunnameler içerisinde toplanmıştır. Ancak, medenî hukuk kurallarının Avrupa devletlerinde bu suretle yazılı bir biçimde saptanmış olması o kadar da eski değildir. Bu, medenî hukukun tarihin akışı içinde geçirmiş olduğu evrimin ve özellikle XVIII. Yüzyılda başlayan kanunlaştırma hareketlerinin *(codification)* sonucudur.

Türkiye'de de durum aynı şekilde karşımıza çıkar. Gerçekten, Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerinde başlayan kanunlaştırma hareketleri, medenî hukuk bakımından *Mecelle*[(2)] ve *Arazi Kanunnamesi* dışında, pek de başarılı olmuş sayılamaz. Osmanlı İmparatorluğunun

---

(2) Mecelle yeni yazıyla da yayımlanmıştır: Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye) (Metni kontrol eden ve lûgatçeyi hazırlayan: **Ali Himmet Berki),** Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınlarından, Ankara 1959.

yerini Türkiye Cumhuriyeti Devleti alırken medenî hukukun ancak bazı dalları, örneğin borçlar hukuku ile eşya hukukunun bazı kısımları Mecelle ve Arazi Kanunnamesiyle yazılı bir biçimde düzenlenmiş bulunuyordu. Bütün medenî hukuku, hatta daha doğru bir söyleyişle özel hukuku kanunlar içinde modern bir düşünüşle düzenleme onuru, Türkiye Cumhuriyeti Devletine nasip olmuştur.

Türk medenî hukukunun belli başlı kaynağını, yürürlükten kalktığı 31 Aralık 2001 tarihine kadar 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş olan *Türk Kanunu Medenîsi*- alışılmış kısa adıyla ***Medenî Kanun***- oluşturmuştur. Medenî Kanun, İsviçre Medenî Kanunundan iktibas *(récéption)*, yani pek de önemli sayılmayan birkaç hüküm dışında Kanunun Türkçeye aynen çevrilmesi yoluyla alınmıştır. Acaba Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından niçin başka bir devletin kanunu değil de İsviçre Medenî Kanunu iktibas edilmişti? Avrupa'nın önemli diğer büyük medenî kanunlarından biri, örneğin Fransız Medeni Kanun'u veya Alman Medenî Kanunu alınmamış da niçin İsviçre Medenî Kanunu yeğlenmiştir? Bu soruyu cevaplandırmak için, bu üç büyük medenî kanunun belirgin niteliklerini incelemek gerekir. Bunu yapabilmek için de Avrupa'daki kanunlaştırma hareketlerine kısa da olsa değinmek zorunluluğu vardır. Bu konuyu daha sonra ele alacağız.

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi, yeni Türk Medenî Kanunu'nun l Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yerini bu kanuna bırakarak 31 Aralık 2001 günü yürürlükten kalkmıştır. Bugün Ülkemizde medenî hukukun başta gelen kaynağını, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 22.11.2001 tarihinde kabul edilerek l Ocak 2002 günü yürürlüğe girmiş bulunan 4721 sayılı ***Türk Medenî Kanunu*** oluşturmaktadır.

§ 2. MEDENÎ HUKUK TERİMİNİN KÖKENİ

Kişiler arasında tanımını daha önce verdiğimiz özel hukuk ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarına *medenî hukuk (Droit civil, Bürgerliches Recht,* bazen de *Zivilrecht)* denilmektedir. Aşağı yukarı her dilde bu hukuk kurallarını ifade etmek üzere *"şehir"* anlamına gelen *medine, cité, Burg* sözcüklerinden türetilmiş bir sıfat kullanılmaktadır. O hâlde medenî hukuk, sözlük anlamıyla *"şehir hukuku"* anlamına gelmiş oluyor. Ancak, sözlük anlamına bakarak medenî hukuk terimini şehir hukuku olarak algılamak veya anlamak hiç de doğru olmaz. Çünkü daha önceleri yapmış olduğumuz açıklamalardan da kolaylıkla anlaşılabileceği üzere

medenî hukuk, sadece şehirde yaşayanların hukuku değildir. Medenî hukukun ister gerçek, ister tüzel kişi olsun bütün kişileri içine alan çok geniş bir konusu ve kapsamı vardır. Gerçekten medenî hukuk köylü, kasabalı veya şehirli olup olmamalarına bakmaksızın belli bir toplumda yaşayan h e r k e s i n yaşamsal sayılabilecek bütün özel ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır.

Öyleyse bu hukuk dalına şehir hukuku anlamına gelen "medenî hukuk" denilmesinin sebebi nedir? Bunu daha çok tarihi sebeplere bağlamak gerekiyor. Çünkü medenî hukuk terimi, kökenini Roma Hukukunun *"jus civile"*sinden almaktadır. Roma İmparatorluğu, Roma Şehri ile Romalıların sonradan zaptettikleri topraklardan oluşuyordu. Roma İmparatorluğunun ilk dönemlerinde Roma Şehrine mensup olanlara, yani Romalılara uygulanan hukuk kuralları, İmparatorluğun diğer kavimlerine uygulanan hukuk kurallarından farklı idi. Roma Şehri mensuplarına uygulanan hukuk kurallarına *Roma Şehrinin Hukuku* anlamına gelmek üzere *jus civile* deniliyordu. III. Yüzyılda İmparator *Caracalla* tarafından Roma İmparatorluğunu oluşturan bütün kavimler Roma vatandaşı olarak tanındı ve bu tarihten sonra hepsine de aynı hukuk kuralları uygulanmaya başladı. İşte, bu andan itibaren de *jus civile* Roma Hukukunun eşanlamı olan bir anlam kazanmış oldu. Önceleri jus *civile* ile hem kamu hukuku hem de özel hukuk kuralları ifade ediliyordu. Fakat zamanla Roma İmparatorluğunun yıkılmasından sonra Roma kamu hukuku kuralları uygulanmamak yüzünden değerlerini kaybettiler. Hukukçular daha çok Roma'nın özel hukuk kurallarıyla meşgul oldular. Bunun sebebi, Orta Çağın sonundan itibaren Roma özel hukukunun *Pandekt Hukuku, Müşterek Hukuk* adı altında pek çok Avrupa ülkesinde yerel hukukun yanında uygulanmaya başlamasıdır. Hatta Roma özel hukuku Almanya tarafından iktibas edilerek (aynen alınarak) aşağı yukarı dört yüz yıl boyunca Almanya'da *Alman Müşterek Hukuku* adıyla uygulandı ve ancak 1900 yılında Alman Medenî Kanunu'nun *(Bürgerliches Gesetzbuch)* yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalktı. Yunanistan'da ise Roma Hukuku yakın zamanlarda, 1940 tarihli Yunan Medenî Kanunu'yla uygulama alanından kaldırılmış oldu[3].

Roma Hukuku, aşağı yukarı bütün Kara Avrupası ülkelerinin medenî hukuklarına ve dolayısıyla da medenî kanunlarına kaynaklık işlevi gördü[4].

---

(3) **Schwarz, A.B.** (Çev. **Rado, Türkân):** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1945, sh.12 vd.

(4) İbid.

Bütün bu sebeplerden dolayıdır ki, zamanla *jus civile* terimi medenî hukuku ifade eden bir anlam aldı. İlk olarak Fransa'da medenî hukuk kuralları yazılı hukuk hâline getirilirken, yani Fransız Medenî Kanunu hazırlanırken ona bu anlama gelmek üzere *"Code Civil"* (Medenî Kanun) ismi verildi. Bu suretle de medenî hukuk ve medenî kanun terimleri modern hukuk doktrin ve uygulamasına yerleşmiş oldu.

§ 3. MEDENÎ HUKUKUN SİSTEMİ

Medenî hukuk kişilerin günlük hayatını, başka bir deyişle günlük hayatta kişilerin toplum bakımından önemli olan ilişki ve faaliyetlerini düzenler. Bu bakımdan medenî hukukun düzenleme alanı ve içeriği çok geniştir. Medenî hukuk, insan hayatının hemcinsleriyle olan türlü ilişkilerine uyarak bunların toplum içerisinde ahenkli bir biçimde akıp gitmesini sağlayıcı hükümler koymak zorundadır. Bu sebepledir ki medenî hukuku, düzenlediği bu çok çeşitli ilişkilerin türüne göre birçok alt dala ayırmak gerekir. Medenî hukuk tarafından düzenlenen bu çeşitli ilişkilerden bazıları insanın yaradılışı, biyolojik ve sosyal mahiyeti gereği hiç değişmez; sosyal hayatın ilerlemesine ve gelişmesine karşın ana hatları itibariyle oldukları gibi kalırlar. Gerçek kişilerin doğumlarından, ölümlerinden veya evlenmelerinden doğan ilişkiler ile gerçek veya tüzel kişilerin karşılıklı iradeleri ya da hukuka aykırı fiilleri sonucunda doğan hakları veya borçları bu arada söylenebilir. Medenî hukukun konusunu oluşturan eylem, davranış, faaliyet ve ilişkilerin büyücek bir kısmı da esas itibariyle bunlardan ibarettir.

Öte yandan, sürekli bir oluş hâlinde bulunan hayatın ortaya koyduğu türlü görünümler, teknik ve bilimdeki yeni buluş ve ilerlemeler, etkilerini kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde de göstermekten geri kalamaz. Hukuk düzeni bu yeni durumları dikkate almak zorundadır. Radyonun, televizyonun, hava gemilerinin, uzay araştırmalarının, bilgisayarların, gittikçe artan trafiğin, atomun, tüp bebek ve yapay döllenmenin (sun'î ilkahın) ortaya çıkardığı yeni hukukî sorunlar bir göz önüne getirilsin! Gittikçe daha karmaşık, daha çapraşık bir hâl alan bu hayat ilişkilerinin düzenlenmesi, ancak birtakım özel kurallarla sağlanabilir. Fakat böyle özel hükümlerin mevcut olmaması durumunda, bu gibi ilişkilerin düzenlenmesinde medenî hukuk kuralları yine de ana kurallar olarak kalmakta devam eder[5]. Hatta özel hükümlerin varlığı hâlinde dahi,

---

(5) **Lange, Heinrich:** Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, München-Berlin 1956, sh.5.

medenî hukuk kuralları onlar için de genel hüküm işlevini görür. Nitekim ticaret hukuku karşısında medenî hukukun durumu böyledir. Bu husus Ticaret Kanunu'nun daha birinci maddesinde açıkça ifade edilmiştir. İşte, bu sebepledir ki çoğu kez medenî hukuk, özel hukukun eş anlamı olarak kullanılır. Bu söylediklerimizin ışığı altında, düzenlediği ilişkilere göre medenî hukuk aşağıdaki alt dallara ayrılır:

I- KİŞİLER HUKUKU

Kişiler hukuku, genel olarak hak ve borçlara ehil olmanın, başka bir deyişle *kişi olabilmenin* şartlarını, kişiliğin içeriğini, başlangıcını, ortadan kalkmasını, korunmasını, kişilerin yakınları ile olan ilişkilerini *(hısımlığı),* kişilerin diğer kişilerden ayırmaya yarayan niteliklerini *(adlarını ve kişisel durumlarını)*, iş ve aile ilişkilerini topladıkları yeri *(yerleşim yerlerini),* düzenleyen kurallardan oluşur.

II- AİLE HUKUKU

Aile hukuku, gerçek kişilerin (insanların) toplumun çekirdeğini oluşturan aile içindeki durumunu, aile ile olan ilişkilerini düzenleyen medenî hukuk kurallarının tümüdür. Aile hukuku, hukuk düzenince geçerli sayılan bir ailenin, yani evlilik birliğinin oluşmasının şartlarını, dar ve geniş anlamdaki aileyi ve aile içindeki kişilerin (ana baba ve çocukların) birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini, türlü sebeplerden dolayı korunmaya muhtaç olan küçük veya ergin kişiler hakkındaki koruma önlemlerini, yani vesayet kurumunu düzenler.

III- MALVARLIĞI HUKUKU

Kişilerin para ile ölçülebilen, yani maddî bir değer taşıyan hak ve borçlarının tümüne *malvarlığı (mamelek)* denir. Kişiler arasındaki malvarlıksal (mamelekî) ilişkileri düzenleyen medenî hukuk kuralları malvarlığı hukukunu oluşturur. Malvarlığı hukukunun düzenlediği malvarlıksal ilişkiler, mahiyetlerine göre üçe ayrılır:

A) BORÇLAR HUKUKU

Borçlar Hukuku, yaşayanlar arasında malvarlıksal bir hak veya borç doğuran işlemleri, yani borç ilişkilerini düzenleyen kurallardır.

Borçlar hukuku, genel olarak bir borç ilişkisinin kurulması (meydana gelmesi) için gerekli olan irade açıklamalarını, yani borç ilişkisinin doğumunu, türlerini, hükümlerini, sona erişini ve devredilmesini kapsar. Bunun dışında hukukî işlem mahiyetinde olmayan bazı eylem ve davranışları, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi borç ilişkisi doğuran diğer kaynakları ve bunların hükümlerini de düzenler.

B) EŞYA HUKUKU

Eşya hukuku, eşya üzerindeki egemenlik ve tasarrufları dolayısıyla kişilere diğer kişiler karşısında tanınan haklar ve konulan yükümlülükler ile eşya üzerindeki bu egemenlik ve tasarrufların çeşitlerini, yani aynî hak türlerini ve bunlar dolayısıyla kişiler arasında oluşan ilişkileri düzenleyen kurallardır[6].

C) MİRAS HUKUKU

Miras hukuku, gerçek kişilerin (insanların) ölümüyle ortaya çıkan durumun tasfiye edilmesi ile ilgili olan kuralların bütünüdür. Bir gerçek kişinin ölümünden sonra malvarlığının, daha doğru bir söyleyişle *terekesinin*[7] veya mirasının akıbetinin ne olacağını, yani kimlere ve nasıl geçeceğini, mirasçıların tereke üzerindeki hak ve borçlarını, onların gerek birbirleriyle, gerek tereke alacaklıları ile olan ilişkilerini düzenleyen hukuk kuralları, miras hukukunu oluşturur.

---

(6) Eşya hukukunun klâsik tanımı ve bu tanımın eleştirisi hakkında bk. **Saymen, Ferit Hakkı:** Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, sh.1. Daha geniş bir tanım için bk. **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut:** Eşya Hukuku, İstanbul 2009, sh.25 vd.

(7) Bir gerçek kişinin ölümünden sonra parayla ölçülebilen hak ve borçlarının tümüne, yani malvarlığına **tereke** veya **miras** denir.

Üçüncü Bölüm
MEDENÎ HUKUKU KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE TÜRK MEDENÎ HUKUKUNUN GEÇİRDİĞİ GELİŞİM EVRELERİ

§ 1. GENEL OLARAK KANUNLAŞTIRMA

Kanunlaştırma, hukuk dilinde birbirinden farklı i k i anlama gelir. Bir anlamıyla kanunlaştırma, belli alanlara özgü olmak üzere yazılı hukuk kuralları koymayı, yani o alanı düzenlemek amacıyla *kanunlar çıkarmayı* ifade eder. Diğer anlamıyla kanunlaştırma ise, çok daha geniş ve kapsamlı bir anlam taşır. Bu anlamda kanunlaştırma, bir ülkede dağınık ve yazılı olmayan bir biçimde mevcut bulunan hukuk kurallarını toplayarak yazılı hâle dönüştürmek suretiyle ülkenin tümünü kapsayan *bir hukuk sistemi meydana getirmeyi* ifade eder. Türk medenî hukukunun gelişimi ve sisteminin anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla, kısaca üzerinde duracağımız kanunlaştırma hareketleri, işte bu sonuncu anlamdaki kanunlaştırma olacaktır[(1)].

Bir hukuk sistemi meydana getirmeyi amaçlayan kanunlaştırma hareketleri de kural olarak i k i güdüden (saikten) birinin etkisiyle yapılır. Belli bir ülkedeki kanunlaştırma hareketlerinin iki güdüden hangisine uygun olarak yapılacağı hususu, o ülkenin izlemekte olduğu hukuk siyasetine bağlıdır. Başka bir deyişle, kanunlaştırma hareketleriyle ulaşılmak istenen amacın saptanması, daha çok siyasal iktidara kalmış bir iştir. Bunu o ülkenin hukuk siyaseti belirler. Kanunlaştırma hareketlerinin amacı, ya o zamana kadar ülkenin şurasında burasında örf ve âdet hukuku hâlinde dağınık bir şekilde geçerli olan kuralları birleştirmek ve ülkenin tümünde uygulanmasını sağlamak olabilir. Bu takdirde böyle bir hareketin amacı, daha çok ülkede dağınık bir şekilde de olsa, mevcut olan hukuk sisteminin aynen korunması (muhafaza edilmesi) olduğundan, bu hareket *tutucu (muhafazakâr)güdüyle* yapılmış olur. Ya da kanunlaştırma bir ülkede uzun bir süredir uygulana gelen, fakat artık devrin sosyal ihti-

---

(1) Bu konuda bk. **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1935, sh. 14 vd.

yaçlarına uymayan veya yeterince cevap veremeyen hukuk kurallarının yerine, daha modern ve daha uygun yeni bir hukuk sisteminin getirilmesi amacıyla yapılabilir ki, o zaman bu hareket *devrimci güdüyle* yapılmış olur. Böyle bir kanunlaştırma ise, ya yerli hukukun bizzat yaratılması yoluyla gerçekleşebilir. Ya da kanunlaştırma, yabancı bir hukuk sistemini aynen benimsemek suretiyle yeni ve modern hukuk kurallarıyla ülkeyi gerek sosyal hayat, gerek kültür alanında daha modern bir düzeye ulaştırmak ve dolayısıyla da eski ile olan ilişkiyi kesmek biçiminde olabilir. Bu sebeple de bu tür bir kanunlaştırmanın daha çok devrimci ve ilerici düşüncelerin etkisi altında yapılmış olduğu söylenebilir. Özellikle büyük ihtilâller veya devrimlerden sonra görülen kanunlaştırma hareketlerinin amacı böyledir. Fransız İhtilâlinden sonra Fransa'daki kanunlaştırma hareketleri, bir zamanlar Sovyet Rusya'nın durumu ve özellikle de Cumhuriyetten sonra Türkiye'de yürütülen kanunlaştırma hareketleri, bu söylediklerimizin belli başlı örneklerini oluştururlar.

Devrimci güdü ve etkiler altında yürütülen kanunlaştırma hareketleri de i k i surette olur. Ya kanunlaştırma hareketine girişen devlet, ülkesinde uygulanacak yazılı hukuk kurallarını kendi sosyal yapısını ve devrin ihtiyaçlarını göz önünde tutarak *bizzat kendisi koyar,* yani kendi hukukunu az veya çok bizzat kendisi yaratır. Nitekim Fransa'da ve Sovyet Rusya'da böyle olmuştur. Ya da kanunlaştırma hareketi, yabancı bir hukuk sisteminin aynen benimsenmesi ve kabul edilmesi şeklinde gerçekleşir. Roma Hukukunun Almanya tarafından benimsenmesi, İsviçre medenî hukukunun Türkiye tarafından kabul edilmesi, buna örnek olarak gösterilebilir. Buna hukuk dilinde yabancı bir hukukun alınması, ***iktibas (récéption)*** denir.

§ 2. AVRUPA'DA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

I- GENEL OLARAK

XVIII. Yüzyılda, hatta bu Yüzyılın ortalarına kadar Avrupa devletlerindeki hukuk kuralları birleştirilmiş değildi. Belli bir devletin sınırları içerisinde her bölgenin, hatta her büyük şehrin az çok kendisine özgü özel hukuku vardı[(2)]. Bu hukuk kuralları çoğunlukla *yazılı olmayan kurallar,* yani örf ve âdet hukuku şeklinde idi. XVIII. Yüzyılın ikinci yarısına kadar

---

(2) Almanya'daki durum hakkında bk. **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.4 vd. Fransa'daki durum hakkında bk. **Colin-Capitant:** Cours élémentaire de droit civil français, t. I. Paris 1947, sh.17 vd.

Avrupa, özellikle Batı Avrupa devletlerinin çoğunda işte böyle "Cermen kökenli ve karakterli"[3], yerel ve yazılı olmayan örf ve âdet hukuku kuralları yürürlükte bulunuyordu.

Rönesans ile birlikte âdeta yeniden dirilmeye başlayan Roma Hukukunun, Avrupa'da kanunlaştırma hareketleri üzerinde çok büyük etkileri olmuştur. XII. ve XIII. Yüzyıllarda İtalya'nın meşhur Bologna ve Padova hukuk mekteplerinde Roma Hukukuna çok büyük önem verilmeye başlandı. Roma Hukukunun bundan böyle Avrupa hukuk mekteplerinde okutulması, onun Avrupa Hukuku üzerinde önemli etkiler yaratmasına sebep oldu. Bu, Roma Hukukunun zamanla üniversitelerden, bilimsel hayattan uygulamaya, mahkemelere girmesi sonucunu doğurdu. Roma Hukuku yerel hukukun boşluklar bıraktığı konularda bu boşlukları doldurmak maksadıyla zamanla uygulanmaya başlandı[4]. Roma Hukukunun yazılı olmayan yerel hukuklar yanında ve onları tamamlamak üzere uygulanması, onu âdeta yürürlükte olan hukuk durumuna getirdi. Roma Hukuku özellikle XV. Yüzyıldan sonra Almanya'da fiilen, olduğu gibi uygulanmaya başlandı ve *Pandekt Hukuku* adını aldı.

İşte, Avrupa'nın birçok ülkesinde ya doğrudan doğruya veya yürürlükte olan hukuku tamamlamak üzere uygulanması dolayısıyladır ki Roma Hukuku, *"Müşterek Hukuk" (Droit Commun, Gemeines Recht)* olarak da adlandırılır[5].

XVIII. Yüzyıldan itibaren kendisini göstermeye başlayan siyaset, iktisat ve fikir alanlarındaki gelişmeler, Avrupa devletlerinde "*hukuku birleştirme*" akımlarını da kuvvetlendirdi. Bu da kanunlaştırma hareketlerinin doğumunu ve gelişmesini sağladı.

Kanunlaştırma hareketlerinin etkisiyle Avrupa'da ilk kez özel hukukun en önemli dalını oluşturan *medenî hukuk kuralları* kanunlar hâlinde yazılı olarak saptanmaya başlandı. Kanunlaştırma hareketlerinin sonucu hiç olmazsa Kara Avrupası devletleri bakımından verimli oldu. Gerçekten, bu yolla yalnız Avrupa hukuk hayatı bakımından değil, fakat dünya huku-

---

(3) **Koschaker, Paul (Çev. Ayiter, Kudret):** Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1950, sh.15.

(4) Hatta Almanya'da 1495 tarihinde kurulmuş olan ve yüksek mahkeme durumunda bulunan Reichskammergericht'in Roma hukukuna göre karar vereceği kabul edilmişti.

(5) Bu konularda daha ayrıntılı bilgi için bk. **Koschaker, P.:** age**.,** sh.14 vd.; **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.4 vd.; **Schwarz, A.B.:** Türk-İsviçre Medenî Hukuku ve Roma Hukuku, Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, sh.379 vd.

ku bakımından da çok büyük etkileri görülen önemli üç medenî kanun ortaya çıktı. Bu kanunlar, yürürlüğe giriş tarihlerine göre sıralanırsa 1804 tarihli *Fransız Medenî Kanunu (CCF),* 1900 tarihli *Alman Medenî Kanunu (BGB)* ve 1912 tarihli *İsviçre Medenî Kanunu'dur (ZGB).* Her ne kadar ilk kanunlaştırma hareketi kendisini Prusya'da 1794 tarihli *Prusya Devletleri Genel Kanunu (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)* ile göstermiş ise de bu kanun diğerleri kadar uzun ömürlü olmadığı gibi, onlar çapında etki de yapamadı. Kazuistik (ayrıntıcı) metotla hazırlanmış ve 17 000'den fazla maddeyi içermekte olması, Kanunun uygulanma kabiliyetini azalttığı gibi, çok kısa sürede eskimesine de sebep oldu.

Bütün bu konulara bir anlamda, Türk medenî hukukunun gelişmesinin anlaşılmasını kolaylaştırmak amacıyla değinmiş bulunuyoruz. Bu sebeple gerek Fransa gerek Almanya'daki kanunlaştırma hareketleri ile Fransız ve Alman Medenî Kanunları üzerinde durmayarak sadece gerek önceki gerek yeni Medenî Kanun'umuzun kaynağı olan İsviçre'deki durumu fazlaca ayrıntıya girmeden inceleyeceğiz.

II- İSVİÇRE MEDENÎ HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE İSVİÇRE MEDENÎ KANUNU'NUN HAZIRLANIŞI

Bir konfederasyon olan İsviçre, iç ilişkileri bakımından bağımsız kantonlardan oluşur[6]. Çeşitli kantonlarda kendilerine özgü yazılı olmayan ve çoğunlukla Cermen kökenli örf ve âdet hukuku kuralları yürürlükte idi[7]. İsviçre de diğer Avrupa devletleri gibi, o zamanlar bütün Avrupa'ya egemen olan Roma Hukukunun etkisinden kendisini kurtaramamıştır. Bununla birlikte İsviçre'de Roma Hukukunun etkisi, diğer Avrupa devletlerine oranla daha az olmuştur. Bunun sebebini İsviçre nüfusunun çoğunluğunun köylülerden oluşmasında ve köylülerin de geleneklerine çok bağlı, tutucu (muhafazakâr) olmalarında aramak gerekir.

İsviçre'de kanunlaştırma hareketleri diğer Avrupa ülkelerine oranla daha geç (1804-1874) başlamıştır. XVIII. Yüzyılda Avrupa'da kendisini gösteren ve bir devlet içindeki hukukun birleştirilmesi biçiminde yürütülen kanunlaştırma hareketlerinin ortaya çıkış şekilleri de, İsviçre'de

---

(6) İsviçre, 1948 tarihli Anayasası ile federal bir devlet hâlini almıştır. Bk. **Lütem, İ.:** age., sh.163.

(7) Bu konuda bk. **Germann, O.A.:** Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 1950, sh.43 vd.; **Egger-Çernis:** İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Ankara 1947, sh.12 vd.: **Liver, Peter:** Berner Kommentar, Einleitung 1962, sh.20 vd.

diğerlerininkinden farklı olmuştur. Nitekim İsviçre'deki kanunlaştırma, ilk önce *kantonlar içindeki özel hukukun birleştirilmesi* şeklinde başlamıştır. Kantonlardaki kanunlaştırma hareketleri, İsviçre'nin komşusu olan devletlerin hukuk sistemlerinin fazlaca etkisinde kalınarak yapılmıştır. Bu suretle XIX. Yüzyılın ortalarına doğru İsviçre kantonlarının çoğu, artık kendi yazılı medenî kanunlarına sahip bulunuyorlardı. Bu dönemde İsviçre kantonlarında yürürlükte olan medenî hukuk kuralları d ö r t grupta toplanabilir:

1) Fransız Medenî Kanunu'nun Etkisinde Kalmış olan Kanton Hukuku

Bu hukuk sistemi Fransa sınırına komşu bulunan Cenevre, Fribourg, Vaud, Neuchâtel gibi kantonlarda geçerli idi.

2) Avusturya Medenî Kanunu'nun Etkisinde Kalmış Olan Kanton Hukuku

Bu hukuk sistemi Avusturya'ya komşu bulunan kantonların ve özellikle Bern, Luzern, Argovie kantonlarının sistemidir.

3) Zürich Hukuk sistemi

İsviçre kantonlarından sadece birisi, yani Zürich kantonu, yabancı hukukun etkisinde kalmaksızın kendi medenî kanununu bizzat hazırlamayı başarmıştı. Tamamen bağımsız ve İsviçre hukukunun özelliklerini koruyan bu kanun, 1853-1855 yılları arasında *Bluntschli* tarafından hazırlanmıştı. *Zürich Medenî Kanunu*, sonradan birçok kanton, özellikle doğu kantonları tarafından da aynen alınmıştı.

4) Eski Örf ve Âdet Hukuklarını Koruyan Kantonlar

Kanunlaştırma hareketlerinden uzak kalan bazı küçük kantonlar yazılı olmayan eski örf ve âdet hukuklarını olduğu gibi korumuşlardı. Schwyz, Appenzell, Basel ve Uri kantonları buna örnek gösterilebilir.

İsviçre özel hukukunun ve hiç olmazsa medenî hukukunun kanunlaştırılması işi bu suretle bir dereceye kadar kolaylaşmış ve bu hususta ki ortam da az çok hazırlanmış oluyordu. Zaten İsviçre'de özel hukukun özellikle ekonomik alanda önemli olan borçlar ve ticaret hukuku gibi bazı dallarının, bütün ülkede geçerli olmak üzere birleştirilmesi bir zorunluluk hâline gelmişti. Bu maksatla 1874 yılında Anayasada değişiklik yapılarak, Konfederasyona özel hukukun birleştirilmesinde ekonomik bakımdan çok fazla ihtiyaç duyulan bazı hukuk alanlarında federal kanunlar yapma yetkisi tanındı. Bu alanlar, özellikle içine ticaret hukukunu da alacak olan borçlar hukuku ile icra ve iflâs hukuku idi. Anayasa değişikliği ile aynı zamanda Konfederasyona sosyal hayatın normal ve birörnek

(yeknesak) biçimde yürümesini sağlamakta önemli olan evlenme ile hak ve fiil ehliyetleriyle ilgili kuralların birleştirilmesi yetkisi de verildi. Bu yetkiye dayanılarak çıkartılan federal kanunlar içinde *1881 tarihli Borçlar Kanunu* özel bir önem taşımaktadır.

İsviçre Hukukçular Derneği, kantonlarda yürürlükte olan medenî hukuk kurallarını sistemli ve karşılaştırmalı biçimde inceleme ve bu konuda bir etüt hazırlama görevini 1884 yılında Eugen HUBER'e verdi. *Eugen Huber,* 1886-1892 yılları arasında *"İsviçre Özel Hukukunun Sistemi ve Tarihi" (System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts)* adlı dört ciltlik eserini yayımladı. Bu eserin yayımlanmasıyla birlikte medenî hukukun birleştirilmesi için gerekli ortam ve malzeme de hazırlanmış oldu'[8].

Nihayet 1898 yılında değiştirilen Anayasa ile bütün medenî hukuk kurallarının birleştirilerek federal bir *medenî kanun hazırlanması* konusunda konfederasyon yetkili kılındı. Amaç, yeni ve tamamen orijinal bir kanun hazırlamak değil, fakat İsviçre kantonlarında uygulana gelmekte olan hukuk kurallarından ve bunlar arasındaki ortak esas ve ilkelerden yararlanılarak, bütün İsviçre'de uygulanabilecek millî bir kanun meydana getirmek idi. Bu sebeple de böyle bir kanun projesi hazırlama görevi Hükümetçe *Eugen Huber'e* verildi. Eugen Huber, kendisine verilen bu görevin büyüklüğünü anlamış dirayetli bir kişiydi ve medenî kanun gibi bir ülkenin sosyal yapısı üzerinde önemli etkiler yapabilecek olan bir kanunu hazırlayacak olanın, aynı zamanda bir fikir adamı, ülke hukuku bakımından bir öncü ve yol gösterici olması gerektiğinin bilincinde idi[9]. Huber, bir kanun (veya proje) hazırlanırken bu kanunun (veya projenin) uygulanacağı sosyal çevrenin gereklerini göz önünde bulundurmak zorunda olduğunu da biliyordu; bunun içindir ki, kanun projesini (taslağını) hazırlamayı kantonlara göndermiş olduğu "soru kâğıtları"na verilen cevaplardan da esinlenmek suretiyle 1900 yılında tamamladı. Bu projeye "*İsviçre Medenî Kanunu'nun İlk Tasarısı*" veya *"Bir Numaralı Tasarı"* denir. Bu kanun tasarısı, her tabakadaki halkın temsil edildiği ve içinde dokuz da uzman hukukçunun yer aldığı otuz bir kişilik bir "Uzmanlar Komisyonu"nda incelendi. Huber bu komisyonun Raportörü idi ve bu tasarıyı açıklamak amacıyla üç ciltlik bir Gerekçe *(Exposé des motifs, Erlaeuterungen)* yazdı. Bu Gerekçe bugün dahi değerini korumakta ve Medenî Kanun'un anlaşılmasında büyük ölçüde yardımcı olmaktadır.

---

(8) Bu hususlar için bk. **Joung, Walter (Çev. Güral, Jale):** Eugen Huber ve İsviçre Medenî Kanununun Ruhu, AHF. Der., 1949, C. I, sh.162 vd.

(9) **Joung, W.:** age**.,** sh.166.

Uzmanlar Komisyonu bazı değişikliklerle tasarıyı kabul etti. Bu yeni tasarıya da "*Medenî Kanun'un İkinci Tasarısı*" denir. İlk tasarıdan bazı değişikliklerle ayrılan bu ikinci tasarı, Federal Meclisler tarafından 10 Aralık 1907 tarihinde oybirliğiyle kabul edildi. Bu suretle kesin şeklini alan *İsviçre Medenî Kanunu* l Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girdi.

1881 tarihli Borçlar Kanunu da yine *Eugen Huber*'in denetimi altında yeniden gözden geçirilerek Medenî Kanunla uyumlu hâle getirildi ve Medenî Kanun'un ikinci kısmı olarak Medenî Kanun'la birlikte yürürlüğe konuldu.

Bu kısa açıklamadan anlaşılacağı gibi, İsviçre'de medenî hukukun kanunlaştırılması, daha çok tutucu (muhafazakâr) bir görüşün etkisi altında gerçekleşmiştir. Zira İsviçre Medenî Kanunu'yla İsviçre'ye eski hukukundan farklı yepyeni ve orijinal bir medenî kanun getirilmiş değildir. Tam aksine bu kanunla "kantonların eski medenî hukukları, mecz ve telif edilmek (birleştirilerek uyumlaştırılmak) suretiyle"[10] geniş oranda korunmak (muhafaza edilmek) amacı güdülmüş ve bunda da başarılı olunmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından bazı küçük değişikliklerden sonra aynen alınan ve 4 Ekim 1926 günü yürürlüğe girmiş bulunan 743 sayılı *Türk Kanunu Medenîsi* ile 818 sayılı *Borçlar Kanunu*, işte 1907 tarihli bu İsviçre Medenî Kanunu ve onunla birlikte yeniden gözden geçirilerek yürürlüğe konulmuş olan Borçlar Kanunudur.

Türk Kanunu Medenîsi 75 yıllık uygulanma sürecini başarıyla tamamlayarak l Ocak 2002 günü yerini **4721 *sayılı Türk Medenî Kanunu***'na, Borçlar Kanunu ise 1 Temmuz 2012 tarihinde ***6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'***na bırakmıştır.

§ 3. TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

Osmanlı İmparatorluğu teokratik bir devletti ve tamamen din esaslarına dayanılarak yönetilmekteydi. İmparatorluğun başında bulunan Padişah, aynı zamanda Halife, yani İslâm dininin de başı sayılıyordu. Bu sebepledir ki, Osmanlı İmparatorluğunun hukuk sistemi tamamen dinî kurallara dayanıyordu. Hukukî ilişkiler genellikle İslâm Hukukunun gereklerine, yani şer'i hükümlere göre yürütülüyordu[11]. Osmanlı İmparatorluğunun son dönemleri dışında yazılı (konulmuş, kanunlaşmış) hukuk kuralları

---

(10) **Velidedeoğlu, H.V.:** age**.,** sh.61.

(11) İslâm hukukuna aynı zamanda **fıkıh** da denir: **Ansay, Sabri Şakir:** İslâm Hukuku, Ankara 1946, sh.7.

olmamıştı. Hukukî anlaşmazlıklar ilke olarak fıkıh kitaplarından örnek olaylar araştırılmak suretiyle çözümleniyordu. Bu sebeple İmparatorluk toplumunda İslam dininde olmayan tebaanın, özellikle aile ve miras hukuku gibi bazı ilişkilerini İslâm Hukuku kurallarına tâbi tutmak mümkün değildi. Bu da İmparatorluğu oluşturan türlü dinlerdeki tebaaya kendi dinî kurallarının uygulanmasını gerektiriyor ve ülkede tek bir hukukun uygulanmasına ve böylece hukuk birliğinin sağlanmasına engel oluşturuyordu.

Statik (durağan), sabit ve değişmesi mümkün olmayan dinî kurallarla sosyal ilişkilerin tümünü düzenlemeye imkân yoktur. Sürekli bir oluşum ve gelişim hâlinde bulunan sosyal hayatın her an yenilikler isteyen gereklerine uygun kurallara ihtiyaç vardır. Nitekim bu zorunluluk kendisini Osmanlı İmparatorluğunda da hissettirmekten geri kalmamıştır. Bunun içindir ki, daha Osmanlı İmparatorluğunun başlarından, örneğin Fatih ve Kanunî Sultan Süleyman devirlerinden itibaren ufak çapta da olsa, kanunlaştırma hareketlerinin başlamış olduğu görülür. Ancak, bunlar gerçek ve teknik anlamda kanunlaştırma hareketleri olmaktan çok uzaktırlar[12].

Osmanlı İmparatorluğunda modern ve teknik anlamda kanunlaştırma hareketleri, Tanzimat'la, yani 1839 yılından sonra başlar. Zaten gerek 1839 Gülhane Hattı Hümayununun, gerek 1856 Islahat Fermanının çıkarılış amaçlarının en başta gelenlerinden biri de, mevcut hukuku modernleştirmek ve hukuku herkesin anlayabileceği ve kolaylıkla kendisine başvurabileceği biçimde kanunlar içinde saptamaktı. Tanzimat'la gelen bu kanunlaştırma hareketi, etkilerini medenî hukuk alanında da gösterdi. Zaten bir taraftan ekonomik etkenler, diğer taraftan ülkenin iç durumu medenî hukukun ve özellikle de borçlar hukuku ilişkilerinin yazılı bir biçimde zamanın ihtiyaçlarına uygun olarak düzenlenmesini zorunlu kılıyordu[13].

Türkiye'de medenî hukuku kanunlaştırma çalışmalarını ü ç aşamada incelemek gerekir: 1) Tanzimat'la başlayan medenî hukuku kanunlaştırma çalışmaları, 2) İstiklâl Savaşının kazanılmasından sonraki çalışmalar, Türk Kanunu Medenîsinin hazırlanması ve kabulü, 3) Yeni Türk Medenî Kanunu'nun hazırlanması ve kabulü.

---

(12) Osmanlı İmparatorluğundaki kanunlaştırma hareketleri ve bunların Avrupa'daki kanunlaştırma hareketleri ile karşılaştırılması için bk. **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın Yüzüncü Yılı, C. I, İstanbul 1940, sh.104 vd. Ayrıca bk. **Arsebük, Esat:** Şahsın Hukuku, sh.42.

(13) Bu konuda bk. **Velidedeoğlu, H.V.: age.; Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.61 vd.; **Onar, Sıddık Sami:** La Codiflcation d'une partie du droit musluman dans l' Empire Ottoman, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1954, No. 4, sh.90 vd.. 92 vd.

I- BİRİNCİ AŞAMA: TANZİMATLA BAŞLAYAN DÖNEM

Tanzimat'tan sonra başlayan kanunlaştırma hareketleri üzerinde bir taraftan ekonomik etkenler, diğer taraftan ülke içinde Hükümetin saygınlık ve nüfuzunu artırma düşüncesi etkili olmuştur. Bu sebepledir ki, medenî hukuk alanındaki ilk kanunlaştırma hareketleri bu etkenlere uygun olarak önce *toprak hukuku* ile *borçlar hukuku* alanlarında başlamıştır.

Tanzimat'la başlayan medenî hukuku kanunlaştırma hareketlerini iki döneme ayırmak mümkündür. Birinci dönem, Tanzimat'tan Mecelle'nin yürürlüğe girmesine kadar geçen süreci kapsar. İkinci dönem ise, Mecelle'nin yürürlüğe girmesinden itibaren Medenî Kanun'un hazırlanması faaliyetinin başlamasına kadar geçen süreçtir.

A) BİRİNCİ DÖNEM: TANZİMATTAN MECELLENİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE KADAR GEÇEN SÜREÇ

1) Arazi Kanunu

Tanzimat'tan hemen sonra faaliyete geçirilen bir komisyon tarafından Osmanlı İmparatorluğu içindeki arazi rejimini saptayan 132 maddelik bir kanun hazırlandı. Bu meşhur kanun 1274 (1858) tarihli *"Kanunname-i Arazi-i Hümayun",* kısa adıyla *"Arazi Kanunu"* idi[14].

Bu kanunla o zamana kadar dağınık bir surette bulunan araziyle ilgili hükümler birleştirilmiş, bazı eski hükümler kaldırılmış, bazıları ise değiştirilmişti. Ancak, Arazi Kanunu gerçek ve teknik anlamıyla arazi ve taşınmazlar üzerindeki bütün aynî hakları düzenleyen bir kanun mahiyetinde değildi. Çünkü özel mülkiyete konu olan arazinin hukukî rejimiyle hiç meşgul olmamıştı. Arazi Kanunu, araziyi tâbi olacağı hukukî rejim bakımından beşe ayırmış ve genel olarak sadece mülkiyeti devlete ait olan arazi hakkındaki hukukî esasları saptamakla yetinmişti. Kanun, 2 nci maddesiyle özel mülkiyete konu olan arazinin, yani "mülk arazi"nin eskiden olduğu gibi yine fıkıh (din) kurallarına tâbi kalmakta devam edeceğini öngörmüştü.

2) Mecelle

Tanzimat'la beraber kanunlaştırmanın bir zorunluluk olarak duyulduğu alanlardan biri de *borçlar hukuku* alanı idi. Avrupalılarla olan ticarî ve ekonomik ilişkilerimiz gittikçe gelişiyordu. Gerçekten, Tanzimat'tan

---

(14) Kanun'un hazırlanışı ve dayandığı esaslar hakkında bk. **Barkan, Ömer Lütfü:** Türk Toprak Hukuku Tarihinde 1274 (1858) tarihli Arazi Kanunnamesi, Tanzimatın Yüzüncü Yılı, C. I, İstanbul 1940, sh.351 vd.

sonra modern bir biçimde kanunlaştırılmış olan hukuk dallarından biri de ticaret hukuku idi. Fransız Ticaret Kanunu'ndan Türkçeye çevrilerek aynen alınmak suretiyle bir *Ticaret Kanunu* yapılmıştı. Ancak, ticarî ilişkilerin genellikle sözleşme esasına dayanması, çoğu kez hâkimleri medenî hukuk ve borçlar hukukuna başvurmaya zorluyordu. Ancak, yürürlükte olan bir medenî kanun ile bir borçlar kanununun mevcut olmaması, ayrıca bu alandaki kuralların dağınık bir surette ve çoğunluğunun Arapça yazılmış kitaplar içinde bulunması ve özellikle de bütün bu kuralların dinî esaslardan esinlenmiş olması, ticarî ilişkilerin ivedilikle çözüme bağlanmasını güçleştirdiği gibi, Ticaret Kanunu'nun uygulanmasını da aksatıyordu[15].

Medenî hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinde nasıl bir yol izleneceği konusu uzun tartışmalara yol açmıştı. Bu konuda iki fikir çarpışıyordu: Fransız Medenî Kanunu'nun Türkçeye çevrilerek aynen kabul edilmesi fikrini *Âli Paşa* savunuyordu. Fıkıh esaslarına dayanarak yerli ve dolayısıyla ülke gerçeklerine ve ihtiyaçlarına daha uygun düşeceği söylenen yerli bir kanun[16] yapma fikrini ise *Cevdet Paşa* savunuyordu. Sonunda bu ikinci görüş ağırlık kazandı ve 1869 yılında dinî esaslardan faydalanılarak bir kanun hazırlamak üzere bir bilim komisyonu kuruldu. Komisyonun başkanlığını *Cevdet Paşa* üstlendi. Bu komisyon şer'î (dinî) hükümleri devrin ihtiyaçlarına uydurmaya gayret ederek 1869 yılından 1876 yılına kadar çalıştı ve sonunda Osmanlı hukuk tarihi bakımından çok önemli bir eser olan ***"Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye"***yi meydana getirdi[17]. Hukuk dilinde kısaca ***Mecelle*** diye anılan bu kanun, bir mukaddime (başlangıç) ile on altı kitaptan oluşuyordu. Bu kitaplarda sırasıyla aşağıdaki konular düzenlenmişti:

Birinci kitap: Kitab-ül büyu *(Satış sözleşmesi)*

İkinci kitap: Kitab-ül icaret *(Kira sözleşmesi)*

Üçüncü kitap: Kitab-ül kefale *(Kefalet sözleşmesi)*

Dördüncü kitap: Kitab-ül havale *(Havale)*

---

(15) Bu hususlar Mecelle Komisyonunun raporunda açıkça belirtilmişti. Rapor hakkında bk. **Onar, S.S.:** age., sh. 59; **Velidedeoğlu, H.V.:** Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimatın Yüzüncü Yılı. C. I, İstanbul 1940, sh.187 vd.

(16) Bütün bu konularda fazla bilgi için bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** agm., sh.187, 199; **Mardin, Ebul'ulâ:** Medenî Hukuk Cephesinde Ahmet Cevdet Paşa, İstanbul 1946.

(17) Mecellenin yeni yazılı metni için bk. Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), Ankara 1959, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.

Beşinci kitap: Kitab-ül rehin *(Rehin sözleşmesi)*

Altıncı kitap: Kitab-ül emanet *(Vedia ve Ariyet sözleşmeleri)*

Yedinci kitap: Kitab-ül hibe *(Bağışlama sözleşmesi)*

Sekizinci kitap: Kitab-ül gasp vel-itlâf *(Başkasının malını gasp etme*. Bugünkü anlamda *zilyetliğin gaspı ve zilyetliğe saldırı fiilleri ile haksız fiilleri* kapsar)

Dokuzuncu kitap: Kitab-ül hacr vel-ikrah veş-şuf'a *(Kısıtlama, korkutma ve önalım)*

Onuncu kitap: Kitab-üş şirket *(Şirketler hukuku)*

On birinci kitap: Kitab-ül vekâle *(Vekâlet sözleşmesi)*

On ikinci kitap: Kitab-üs sulh vel-ibra *(Sulh ve ibra anlaşması)*

On üçüncü kitap: Kitab-ül ikrar *(İkrar)*

On dördüncü kitap: Kitab-ül dâva *(Dava ve zamanaşımı)*

On beşinci kitap: Kitab-ül beyyinat vet-tahlif *(İspat külfeti, kanıtlar ve yemin)*

On altıncı kitap: Kitab-ül kaza *(Hâkimlerin niteliği, yargılama yöntemi ve hükümler)*

Görüldüğü gibi Mecelle tam anlamıyla bir ***medenî kanun mahiyetinde değildi***. Çünkü içinde medenî hukukun bütün ilişki ve kurumları düzenlenmemişti. *Aile hukuku, miras hukuku* ve hatta *eşya hukuku* ile ilgili pek çok ilişki ve kurum Mecellenin kapsamı dışında kalmıştı. Bütün bunlar yine eskiden olduğu gibi fıkıh esaslarına tâbi olmakta devam edecekti. Mecelle genellikle *borçlar hukuku* ilişkilerinden önemli bir bölümünü düzenlemiş, fakat bu arada rehin, mülkiyet ve komşuluk ilişkileri gibi eşya hukukuyla ilgili bazı konular ile ikrar, dava, ispat gibi bazı usul hukuku ilişkilerini de içine almıştı.

Mecelle modern ve teknik anlamda mükemmel bir kanun sayılamaz. Zira soyut ve akılcı bir metotla hazırlanmış değildir. En kötüsü de dinî esaslardan faydalanılmak suretiyle hazırlanmış olmasıdır. Soyut bir metot yerine tamamen kazuistik (ayrıntıcı) bir metotla hazırlanmış olması, normalden fazla uzun ve pek çok maddeden oluşmasını gerektirmiştir. Nitekim Mecellenin içindeki madde sayısı 1800'den fazladır *(1851)*. Dinî esaslara dayanması, kazuistik olması, hâkimin kanun karşısındaki serbestliğini çok

sınırlamış bulunması, Mecellenin devrin ihtiyaçlarına uymasını ve cevap vermesini güçleştirmişti. Fıkıh esaslarına dayanması ve dilinin sadelikten uzak bulunması, onun halk tarafından anlaşılmasını ve benimsenmesini de zorlaştırmıştı. Mamafih Mecelle, Osmanlı İmparatorluğunun o zamanki hukuk sistemine göre oldukça ileri bir eser sayılabilir.

B) İKİNCİ DÖNEM: MECELLENİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN MEDENÎ KANUN'UN HAZIRLANMASI FAALİYETİNİN BAŞLAMASINA KADAR GEÇEN SÜREÇ

Mecellenin yukarıda değindiğimiz yetersizliği ve medenî hukukun bütün kurum ve ilişkilerini içine almamış olması, hukuk bakımından mevcut karışıklığın artmasına sebep oldu. Bu durumun doğurduğu güçlükler ülkede zamanla kendisini çok daha fazla hissettirmeye başladı. Mecelleye karşı yöneltilen eleştiriler, özellikle İkinci Meşrutiyet'ten, yani 1908 yılından sonra daha da arttı[18].

1) Mecelleyi Değiştirme Girişimi

Eleştirilerin artması sebebiyle 1916 yılında Mecelleyi değiştirmek amacıyla bir komisyon kuruldu. Güdülen amaç, Mecelleyi *hayatın yeni ihtiyaçlarına uyduracak şekilde değiştirmekti*. Amacın böyle olmasına karşın Değiştirme Komisyonu, çalışmalarında kendisine dayanak olarak yine fıkıh esaslarını almıştı[19]. Komisyon, çalışmalarını 1338 (1922) yılına kadar sürdürmüş, Mecelle'nin 126 maddesini değiştirerek bu konuda bir de rapor hazırlamıştı. Fakat İstiklâl Savaşının kazanılması, Osmanlı İmparatorluğunun o tarihlerde hiç olmazsa fiilen tasfiye edilmek üzere bulunması, komisyonu çalışmalarını yarıda bırakmaya mecbur etti.

2) Hukuku Aile Kararnamesi

Mecelleye aile ve miras hukuku ile ilgili hükümler konulmamış, bu ilişkilerin düzenlenmesi, yine eskiden olduğu gibi fıkıh ve fetva kitaplarına bırakılmıştı. Müslüman olmayan tebaa ise, bu konulardaki ilişkilerini kendi dinî esaslarına göre çözümlemekte devam etmişlerdi. Aile gibi bir ülkenin sosyal bünyesinde önemli etkileri olan bir kurumu, az çok birörnek (yeknesak) esaslara bağlamak maksadıyla Birinci Dünya Savaşı içinde bir *Ahvali Şahsiye Komisyonu* kuruldu. Bu komisyon tarafından 1917 yılında bir tasarı hazırlandı. *Hukuku Aile Kararnamesi* adını taşıyan bu tasarı,

---

(18) **Onar, S.S.:** agm., sh.127.

(19) Bu bakımdan Mecelle Komisyonunun raporu dikkatle ve ibretle okunmaya değer: Ceride-i Adliye, 1332 (1916), sh.92 vd.

yine dinî esaslardan yararlanılarak meydana getirilmişti. Bu sebeple de aile hukuku alanında pek büyük bir yenilik yapmayı başaramadı. Bununla beraber, kocanın mutlak boşama (talâk) hakkına ve çok karı ile evlenebilme yetkisine bazı sınırlar koydu. Kararname, İslam dininden olmayan tebaanın aile ilişkilerinden doğan anlaşmazlıkların, mensup oldukları dinin kurallarına göre çözümleneceği ilkesine de bazı sınırlamalar getirdi[20]. Bu suretle aile hukukunu az çok birleştirmeye çalıştı.

Ancak, Hukuku Aile Kararnamesi aile hukuku ile ilgili bütün ilişkileri kapsamına almış değildi, iki kitap ve 157 madde hâlinde sadece evlenme sözleşmesi ile boşanmayı ve eşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüklerini düzenlemekte idi.

Eksik ve dinî esaslara dayanan, modern aile düşüncesine yabancı bulunan Kararname, bu sebepten dolayı ancak iki yıl yürürlükte kalabildi ve 1919 yılında bizzat Osmanlı İmparatorluğu tarafından yürürlükte kaldırıldı.

II- İKİNCİ AŞAMA: TÜRK KANUNU MEDENÎSİNİN HAZIRLANMASI VE KABULÜ

A) KANUNUN HAZIRLANMASI

İstiklâl Savaşının kazanılmasıyla birlikte her alanda görülen devrim hareketleri kendisini belki de en çok hukuk alanında hissettirdi. Nitekim Millî Hükümetçe, henüz Cumhuriyet ilân edilmeden önce eski kanunları gözden geçirmek ve gerekirse değiştirmek üzere komisyonlar kuruldu. Bu konuda Adliye Vekâleti (Adalet Bakanlığı) tarafından komisyonların kuruluş ve çalışma esasları hakkında bir de talimatname (yönetmelik) hazırlandı[21]. Bu talimatnameden anlaşılabildiğine göre komisyonlar, ülkenin ve devrin ihtiyaçlarını ve özellikle yabancı ülkelerin mevzuatı ile hukuk alanındaki yenilikleri ve gelişmeleri göz önünde tutarak çalışacaklardı (m.1, 2, 4 ve geçici madde). "İhtiyacat-ı memleketi her nokta-i nazardan temin edecek şekilde bir kanunu medenî lâyihası hazırlamak vazifesiyle mükellef olan"[22] (Ülkenin ihtiyaçlarını her türlü bakış açısın-

---

(20) Bu konuda daha fazla bilgi için bk. **Ansay, Sabri Şakir:** Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar, Ankara 1952. Kararname metni için bk. Aynı kitap, sh.3 vd.

(21) Ceride-i Adliye, 1339 (1923), sh.462 vd. Ayrıca bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.70.

(22) Komisyonların çalışması hakkındaki Adliye Vekâleti tamimindeki muvakkat (geçici) maddeden naklen, Ceride-i Adliye, 1339 (1923), sh.463. Yeri harflerle yazılı metin için bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** age.

dan sağlayacak biçimde bir medenî kanun tasarısı hazırlamakla görevlendirilen) Medenî Hukuk Komisyonu ikiye ayrılmıştı. Bunlardan biri "hukuk ilminin istilzam ettiği tasnifleri"[23] (hukuk biliminin kabullendiği ayırımları) göz önünde tutarak özellikle *borçlar hukuku* ile ilgili hükümleri düzenleyecek, diğeri ise *kişiler hukuku* üzerinde çalışacaktı. Sözü geçen talimatnameden anlaşılacağı üzere bu komisyonlar Mecelleyi Değiştirme Komisyonu ile 1916 tarihli Ahvali Şahsiye Komisyonunun devamı mahiyetinde idiler.

Borçlar hukuku ile uğraşan *"Vacibat Komisyonu"* ile kişiler hukukunu düzenleyecek olan *"Ahvali Şahsiye Komisyonu"*nun, çalışmalarında mutlaka şer'î (dinî) bir esasa dayanmanın gerekip gerekmediği sorunu uzun uzun tartışıldı. Sonuçta şöyle bir orta yol (çözüm yolu) bulundu: "Heyeti içtimaiyemizin menafii hangi ahkâmın vaz'ını istilzam ediyorsa" *(sosyal hayatımızın yararı hangi hükümlerin konulmasını gerektiriyorsa)* komisyonca bu hükümler konulacak, fakat bu hükümler arasında dinî dayanakları olanların kabullerine yönelten sebeplerin "şer'î dayanakları" gösterilecektir[24]. Bu karar, komisyonların imkân buldukça dinî hükümleri muhafaza etme ve şer'i esaslardan yararlanma eğiliminde olduklarını açıkça gösteriyordu[25]. Borçlar Hukuku Komisyonu, hukukun yeni eğilimlerine tamamen yabancı kalarak kural olarak hâkimlere fazla takdir yetkisinin tanınmamasını da bir esas olarak kabul etmişti[26],[27].

Komisyonlarca kabul edilmiş olan bu esaslar, komisyon çalışmalarının Ülkemize ihtiyaç duyduğu yeni ve modern bir hukuk sistemini getiremeyeceğini belli ediyordu. Zaten çalışmalar da oldukça da yavaş ilerliyordu.

Ülkemizin aydınları arasında, eski hukuk ilkelerine bağlı kalan bir medenî kanun yapmaktansa, Avrupa'da yürürlükte olan modern kanunlardan birisini aynen almak (iktibas etmek) fikri gittikçe kuvvetleniyordu. Bu konuda hem fikrî, hem siyasî ortam da az çok hazırlanmıştı. Nitekim bu amaçla Alman ve İsviçre Medenî Kanunları Türkçeye çevril-

---

(23) İbid.

(24) Ahkâm-ı Şer'iye Komisyonu Zaptı, Ceride-i Adliye, 1339 (1923), Vacibat Komisyonu Zaptı sh.623 den sonraki ek sahife. Ayrıca ve özellikle Borçlar Komisyonu Kararı Esas 2.

(25) Bütün bu konularda daha ayrıntılı bilgi için bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.70 vd.

(26) Ceride-i Adliye, 1339 (1923), sh.4.

(27) Komisyon kararlarından (Sayın Velidedeoğlu age. sh. 73 aksine olarak) komisyonun diyet esaslarına bağlı kalmak istemediği anlamını çıkarıyoruz: Ceride-i Adliye 1339 (1923), sh.9.

mişti[28] Öte yandan, Avrupa'daki kanunlaştırma hareketleri hakkında yayımlanan yazılarla da modern ve tamamen dünyevî bir görüşle hazırlanan kanunlara olan ihtiyaç belirtilmeye çalışılıyordu[29]. Cumhuriyetin ilânı ve Hilâfetin ilgası (Halifeliğin kaldırılması) da din esaslarını bir kenara bırakmanın zamanı geldiğini gösteriyordu. Adalet reformuna da başlanmış ve 8 Nisan 1924 tarihli kanunla şer'iye mahkemeleri kaldırılmıştı. Bütün bunlar yapılırken, komisyonların çalışmalarına da Adliye Vekâleti (Adalet Bakanlığı) tarafından ara verilmişti.

B) KANUNUN KABULÜ

Çalışmaları durdurulmuş bulunan komisyonlar 1924 yılının mayıs ayında yeniden oluşturularak faaliyete geçirildi. Adliye Vekâleti (Adalet Bakanlığı), komisyonların oluşturulması hakkındaki talimatnamesinde komisyonlardan beklenen amacın "tedvin edilecek kavaninin tamamen asrî bir devlet mefhumat ve esasatı aliyesi ile azamî bir tetabuku haiz olması ve memleketin ihtiyacatını göz önünde tutması *(çıkarılacak kanunların tamamen modern bir devlet kavramı ve temel esaslarıyla büyük ölçüde uygunluğa sahip olması ve ülkenin ihtiyaçlarını göz önünde tutması)* olduğunu bildiriyordu[30]. Bunun ancak yüksek uygarlığı temsil eden batılı devletlerin kanunlarındaki esasların alınmasıyla mümkün olacağı da Adliye Vekâleti (Adalet Bakanlığı) yazısına (tezkeresine) eklenmişti[31]. Buna karşın komisyonlar çalışma metotlarını ve zihniyetlerini bir türlü değiştiremiyorlardı[32]. Sonunda Hükümet, Adliye Vekilinin (Adalet Bakanının) her iki komisyon önünde yaptığı bir tebliğ (bildiri) ile komisyonların çalışmasına son verdi[33].

---

(28) Alman Medenî Kanunu Adliye Nezareti (Adalet Bakanlığı) tarafından, İsviçre Medenî Kanunu ise **Nezaret Haceryan** isimli bir hukukçu tarafından Türkçeye çevrilmişti. Her iki eser de Adliye Ceridesinde (Adalet Dergisinde) 1330-1334 (1914-1918) yılları sayılarında yayımlanmıştı.

(29) Örneğin **Şevket Mehmet Ali Bilgişin'**in Almanya, Fransa ve İtalya'daki kanunlaştırma hareketleri hakkında bir seri makalesi Ceride-i Adliye 1338 (1922), sh.466 vd. ve 1339 (1923) sh.557 de, yine aynı yazarın "Kanunlarda Vahdet Prensibi" adlı makalesi de bu arada söz konusu edilebilir: Ceride-i Adliye 1339 (1923), sh. 613.

(30) Talimatname için bk. Adliye Ceridesi, 1340 (1924), sh.850.

(31) Talimatname için bk. Adliye Ceridesi, 1340 (1924), sh.850.

(32) Örneğin Ahvali Şahsiye Komisyonu tarafından hazırlanan 1340 (1924) tarihli Hukuku Aile Kanunu Tasarısı her ne kadar tek evlilik ilkesini kabul etmekte idiyse de bazı şartların varlığı durumunda çok karı almaya da izin vermekte idi: m.1. Metin için bk. **Ansay, Sabri Şakir:** Eski Aile Hukukuna Bir Nazar, sh. 136 vd.

(33) Bu tebliğin metni için bk. **Bozkurt, Mahmut Esat:** Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı, Medenî Kanun'un XV. yılı, İstanbul 1941, sh.11. İsminin çok şeyler içerdiği izlenimini vermesine karşın bu makalede Medenî Kanunun hazırlanmasıyla ilgili hemen hemen hiçbir bilginin bulunmadığına işaret etmek gerekir.

Hükümetçe *İsviçre Medenî Kanunu'nun bir kül hâlinde Türkçeye çevrilerek aynen alınmasına* karar verildi. Medenî Kanun Tasarısı bu konuda kurulan 26 kişilik bir bilim kurulu tarafından İsviçre Medenî Kanunu'ndan ufak tefek bazı değişikliklerle aynen Türkçeye çevrilmek suretiyle hazırlandı. Hükümet Tasarısı olarak kısa bir gerekçe ile Büyük Millet Meclisine gönderilen bu tasarı, Mecliste herhangi bir itirazla karşılaşmadı. Büyük Millet Meclisinde ivedilikle ve tüm hâlinde görüşülüp 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilerek 4 Nisan 1926 tarihinde Resmî Gazetede yayımlandı ve Borçlar Kanunu ile birlikte yayımlarından altı ay sonra 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girdi.

Türk Kanunu Medenîsinin (alışılmış deyişle *Medenî Kanun'un*) Türk ulusu için taşıdığı önemi belirtebilmek amacıyla, dönemin Adliye Vekili (Adalet Bakanı) *Mahmut Esat Bozkurt* tarafından o günlerin diliyle ve mükemmel bir üslûpla kaleme alınmış olan Esbabı Mucibe Lâyihası'nın (Gerekçenin) yeni kuşakların anlayabileceği biçimde arılaştırılmış bir bölümünü aşağıya almayı uygun gördük. Bu bölüm aynı amaçla yeni Türk Medenî Kanunu'nun Genel Gerekçesine de alınmıştır[34].

"Günümüzde Türkiye Cumhuriyeti'nin yasalaştırılmış (tedvin edilmiş) bir Medenî Kanunu yoktur. Yalnız sözleşmelerin küçük bir kısmına değinebilen Mecelle vardır. 1851 maddedir. 20 Nisan 1869 tarihinde yazılmaya başlanmış ve 16 Ağustos 1876 tarihinde tamamlanarak yürürlüğe konulmuştur. Denilebilir ki: Mecellenin günümüzün ihtiyaçlarına uyan ancak 300 maddesidir. Geriye kalanı Ülkemizin ihtiyaçlarını ifade edemeyecek kadar ilkel birtakım kurallardan oluştuğundan uygulanmamaktadır.

Ulusal toplum yaşamının düzenleyicisi olan ve yalnız ondan esinlenilmesi gereken yasalaştırılmış bir medenî kanundan Türkiye Cumhuriyeti'nin yoksun kalması, ne yüzyılımızın uygarlığının gerekleriyle, ne de Türk devriminin hedeflediği anlam ve kavramla bağdaştırılabilir. Yüzyılımızın devletini ilkel siyasal kuruluşlardan ayıran

---

(34) Hükümet tarafından T.B.M.Meclisine sunulan Türk Medenî Kanunu Tasarısının Genel Gerekçesinde Esbabı Mucibe Lâyihasının yukarıya aldığımız bölümü yer almıştı. T.B.M.M. Adalet Komisyonunca oluşturulan beş kişilik Alt Komisyon, lâyiha metninin tamamının yer almasına karar vermiştir. Tasarı Adalet Komisyonunda görüşülürken, metnin Tasarıdan tamamen çıkarılması önerilmiş ise de, Komisyon öneriyi kabul etmeyerek Hükümet Tasarısındaki bölümünün yer almasına karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bk. **Em, Ali-Sözen, Ayten-Yılmaz, Zümra-Kaçak, Nazif:** Açıklamalı - Gerekçeli Türk Medenî Kanunu ve Uygulama Kanunu, Ankara 2002. sh.88 vd.

niteliklerin birisi de toplumun kaderini etkileyen kanunların akılcı bir zihniyetle hazırlanıp yasalaştırılarak yürürlüğe konulmasıdır. Göçebe dönemlerde, hükümler yasalaştırılmış değildir. Hâkim gelenek ve göreneklere dayanarak hüküm verir. Mecelle'nin anılan 300 maddesi bir yana bırakılmak koşuluyla, Medenî Kanun içine giren sorunları çözmek için Türkiye Cumhuriyeti hâkimleri derme çatma eski hukuk kitaplarından ve din esaslarından çıkartılan bilgilerle yargı işini görmektedirler. Türk hâkimi hükümlerinde belli bir içtihat, bir söz ve bir esasla bağlı değildir. Bundan dolayı herhangi bir sorunu çözmek için Ülkemizin bir yerinde verilen bir hüküm ile aynı koşullar altında doğan aynı sorunda diğer bir yerde verilen hükümler ekseriya birbirinden farklı ve çelişkili bulunmaktadır. Sonuç olarak Türkiye halkı, adaletin uygulanmasında kuralsızlık ve sürekli kargaşa karşısındadır. Halkın kaderi belli ve yerleşmiş bir adalet esasına değil, rastlantı ve talihe bağlı, birbirleriyle çelişkili ortaçağ fıkıh kurallarına bağlı bulunmaktadır. Cumhuriyetin ve Türk adaletinin bu karışıklıktan, yokluktan ve pek ilkel durumdan kurtarılması, devrimin ve yüzyılımız uygarlığının gereklerine uyan yeni bir Türk Medenî Kanunu'nun hızla vücuda getirilmesini ve uygulamaya konulmasını zorunlu kılmıştır. Bu amaçla hazırlanan Türk Medenî Kanunu, medenî kanunlar içinde en yeni, en eksiksiz ve halkçı olan İsviçre Medenî Kanunu'ndan alınmıştır. Bu görevi Adalet Bakanlığı tarafından verilen direktifler içinde Ülkemizin seçkin uzman hukukçularından oluşan özel bir komisyon yerine getirmiştir.

Yüzyılımızın uygarlık ailesine mensup olan ulusların ihtiyaçları arasında esaslı bir fark yoktur. Toplumsal ve ekonomik sürekli ilişkiler insanlığın büyük bir uygar bölümünü bir aile durumuna getirmiştir ve getirmektedir. İlkeleri yabancı bir ülkeden alınmış olan Türk Medenî Kanunu Tasarısının yürürlüğe konulmasından sonra yurdumuzun ihtiyaçları ile bağdaşmayacağı savı geçerli görülmemiştir. Özellikle İsviçre Devleti'nin çeşitli tarih ve geleneklere mensup Alman, Fransız ve İtalyan ırklarını içerdiği bilinmektedir. Bu kadar, hatta kültür bakımından bile birbirinden farklı bir ortamda uygulanma esnekliğini gösteren bir kanununun, Türkiye Cumhuriyeti gibi yüzde doksanı bakımından aynı ırka sahip bir devlette uygulanma yeteneğini bulabilmesi, kuşkusuz görülmüştür. Bundan başka, uygar bir ulusun gelişmiş, ileri bir kanununun Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulanma ortamı bulamayacağı düşüncesi sakat görülmüştür. Bu tez, Türk ulusunun uygarlık yeteneğine sahip bulunmadığını belirten bir mantık dizisine varılmasıyla sonuçlanabilir. Oysa olayların gerçeği, durum ve tarih bu savın tamamen tersidir. Türk

yenileşme tarihi tanık tutularak denilebilir ki: Türk ulusu, yüzyılımızın gereklerine uygun olarak vücuda getirilen kabul edilebilir, sağlam ve akıl ve zekâ ile yoğrulmuş yeniliklerden hiçbirine karşı çıkmamıştır. Bütün bu yenileşme tarihimiz sürecinde kamunun yararı düşüncesiyle vücuda getirilen yeniliklerle, yalnız çıkarları bozulmuş olan gruplar mücadele etmek durumunda kalmışlar ve halkı din adına, yanlış ve geçersiz inançlar adına kandırıp düzensizliğe sürüklemişlerdir. Unutmamak gerektir ki, Türk ulusunun kararı, çağdaş uygarlığı kayıtsız ve koşulsuz bütün ilkeleri ile kabul etmektir. Bunun en açık ve canlı kanıtı devrimimizin kendisidir. Çağdaş uygarlığın Türk toplumu ile bağdaşmayan noktaları görülüyorsa bu, Türk ulusunun beceri ve yeteneğindeki eksiklikten değil, onu gereksiz bir biçimde sarıp sarmalamış ortaçağ örgütü ve dinsel bazı düzenlemeler ve kurumlardandır.

Gerçekten çağdaş uygarlıkla Mecelle hükümleri kuşkusuz bağdaşamaz. Fakat Mecelle ve buna benzer diğer düzenlemeler ile Türk yaşamının uyuşmadığı da açıktır. Adalet Bakanlığı, en yeni ve en gelişmiş olan İsviçre Medenî Kanunu'nu, ulusumuzun şimdiye kadar bağlı kalan geniş zekâ ve yeteneğini doyuracak ve ona gerçek bir yarış yeri ve alan olabilecek bir uygarlık yapıtı olarak görmektedir. Bu Kanunda ulusumuzun duygularına ters düşecek hiçbir nokta düşünülmemektedir.

Şu yanı da belirtmek gerektir ki, çağdaş uygarlığı almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk ulusu, çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisi çağdaş uygarlığın gereklerine her neye mal olursa olsun ayak uydurmak zorundadır. Yaşamak kararında olan bir ulus için bu, şarttır. Hazırlanan Tasarı bu gereklerin önemli bölümlerini içermektedir. Gelenek ve göreneklere kesin olarak bağlı kalmak davası, insanlığın en ilkel durumundan bir adım dahi ileri götüremeyecek kadar tehlikeli bir kuramdır. Hiçbir uygar ulus böyle bir inanç çevresinde kalmamış ve yaşamın gereklerine uygun hareketle zaman zaman kendisini bağlayan gelenek ve görenekleri yıkmakta duraksamamıştır. (Gerçekler karşısında babalardan ve atalardan gelen inançlara her ne olursa olsun bağlı kalmak akıl ve zekâ gereklerinden değildir). Aslında devrimler bu konuda en etkili bir araç olarak kullanılmıştır.

Yüzyılımızın uygar uluslara tanıdığı bütün hukuku uygarlık dünyasından kayıtsız koşulsuz isterken, bu hukukun yerine getirilmesi gereken uygarlık görevlerini de Türk ulusu kendi eliyle kendisine yüklemiş bulunuyor. Bu kanun tasarısının anlamlarından birisi de budur.

Türk ulusunun yüksek temsilcisi olan büyük Meclis'in uygun bulmasına ve onayına sunulan Türk Medenî Kanunu Tasarısı yürürlüğe konulduğu gün ulusumuz on üç yüzyılın kendisini çeviren hastalıklı inançlarından ve kargaşadan kurtulmuş, eski uygarlığın kapılarını kapayarak yaşam ve verimlilik getiren çağdaş uyarlığın içine girmiş bulunacaktır."

Acaba Türkiye Cumhuriyeti tarafından niçin İsviçre Medenî Kanunu aynen alınmıştır da, diğer ünlü medenî kanunlardan biri, örneğin Fransız veya Alman Medenî Kanunu alınmamıştır? Bu sorunun cevabını sonraki bölümde Türk ve dolayısıyla İsviçre Medenî Kanunu'nun özelliklerini Fransız ve Alman Medenî Kanunlarıyla karşılaştırmalı olarak incelerken vermiş olacağız. Çünkü kanaatimizce Türk kanun koyucusunu İsviçre Medenî Kanunu'nu almaya yönlendiren sebeplerin belki de en önemlisini, İsviçre Medenî Kanunu'nun bu kanunlar karşısında sahip olduğu özelliklerde aramak gerekir[35].

III- ÜÇÜNCÜ AŞAMA: YENİ TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN HAZIRLANMASI VE KABULÜ

A) KANUNUN HAZIRLANMASI

İsviçre'den alınarak 4 Ekim 1926 tarihte yürürlüğe girmiş olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi (Önceki Medenî Kanunumuz) 75 yıl gibi oldukça uzun sayılabilen bir süre uygulama alanında kalmıştır. Ancak, bu süreçte toplumsal hayatta ve teknolojide gerçekleşen hızlı gelişmenin ortaya çıkardığı birtakım yeni ilişkiler ve oluşumlar, Medenî Kanun'un yeni baştan gözden geçirilerek gerekli değişikliklerin yapılması ihtiyacını doğurmuştur. İşte bu ihtiyaca cevap verebilmek amacıyla zaman zaman Medenî Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bu küçük değişikliklerin dışında, kanunun baştan sona gözden geçirilerek kapsamlı değişikliklere gidilmesi düşüncesi de ortaya atılmış, bu düşüncenin eyleme dönüştürülmesi ağırlık kazanarak çalışmalara başlanmıştır.

Bu çalışmalar elli yıl önceye kadar uzanmaktadır. Nitekim ilk çalışma, Adalet Bakanlığının 1951 yılında Medenî Kanun'un aile, miras ve eşya hukuku kitaplarını, özellikle boşanma, nesep (soybağı) ve mülkiyete ilişkin hükümlerini gözden geçirmek üzere Ankara ve İstanbul Hukuk Fakülteleri medenî hukuk profesörleri, yüksek yargı organları hâkimleri

---

(35) İsviçre Medenî Kanunu'nun yeğlenmesini gerektiren diğer etkenler hakkında bk. **Sauser-Hall:** Réception des droits européens en Turquie, Recueil des travaux, Geneve 1958; **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.87.

ve konunun uzmanı milletvekillerinden oluşan bir Uzmanlar Komisyonu kurmasıyla başlamıştır. Komisyonun Raportörlüğüne *Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu* getirilmiş, sonuçta hazırlanan *"Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi"* 1971 yılında Adalet Bakanlığına sunulmuştur. Sonradan 1974 ve 1976 tarihlerinde oluşturulan komisyonların çalışmaları olumlu bir sonuç doğurmamıştır.

12 Eylül 1980 Harekâtından sonra, Millî Güvenlik Konseyinin yürürlüğe koyduğu 1.6.1981 tarihli ve 2467 sayılı "Türk Kanunu Medenîsi ile İlgili Çalışmalar Yapmak Üzere Komisyon Kurulması Hakkında Kanun" uyarınca Adalet Bakanlığı, üniversitelerin ilgili fakültelerinin öğretim üyeleri, yüksek yargı organları üyeleri, meslek mensupları ve Bakanlık temsilcilerinden oluşan yeni bir komisyon oluşturdu. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'*ın başkanlığında yürütülen çalışmalar sonucunda hazırlanan *"Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi"* 1984 yılında Adalet Bakanlığına sunuldu.

Sözü geçen iki komisyonun hazırlayarak Bakanlığa sunduğu ve Bakanlık tarafından bastırılarak görüş ve önerilerini bildirmeleri için ilgili kurum ve kişilere gönderilen her iki Öntasarı da ne yazık ki yasalaşma imkânını bulamamıştır.

Adalet Bakanlığı, *Medenî Kanun'un tamamının yeniden gözden geçirilmesi* ve gerekli değişikliklerin yapılarak kanunun günümüzün ihtiyaçlarına cevap verebilir hâle getirilmesi çalışmalarını devam ettirmek üzere l Ocak 1994 tarihinde üniversiteler, yüksek yargı organları, meslek kuruluşları, hukukla ilgili sivil toplum örgütleri ve Bakanlık temsilcilerinden oluşan yeni bir komisyon kurmuştur. Başlangıçta *Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu'nun,* daha sonra *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'ün* başkanlığında sürdürülen çalışmalar sonucunda hazırlanan *Türk Medenî Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi* 17 Şubat 1998 günü sade bir törenle Adalet Bakanlığına sunulmuştur.

Tasarı hazırlanırken, önceki komisyonlar tarafından Bakanlığa sunulmuş olan 1971 ve 1984 tarihli Öntasarılardan ve kaynak kanun olan İsviçre Medenî Kanunu başta olmak üzere Alman, Fransız ve hatta belli ölçüde İtalyan Medenî Kanunu'ndan, ayrıca "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" ile "Çocuk Hakları Sözleşmesi" gibi uluslararası sözleşmelerden de yararlanılmıştır. Pek tabiî Komisyon Türk, İsviçre ve Alman doktrin ve yargısal içtihatlarında ileri sürülen eleştirileri ve yeni görüşleri de gözden uzak tutmamıştır.

Bakanlığa sunulan çalışma 56. Hükümet tarafından *"Türk Medenî Kanunu Tasarısı"* olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuş, fakat milletvekili genel seçimlerinin yenilenmesine karar verilmesi sebebiyle yasalaşma imkânı bulunmadan T.B.M.M. İçtüzüğünün 77 nci maddesi uyarınca hükümsüz hâle gelmiştir.

Seçimlerden sonra Adalet Bakanlığı, Türk Medenî Kanunu Tasarısını yeniden gözden geçirmek ve ayrıca "Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun Tasarısı"nı hazırlamak üzere 18.6.1999 tarihinde yeni bir komisyon oluşturmuştur. Başkanlığını gene *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'ün* yürüttüğü bu yeni *"Medenî Kanun Komisyonu"*, 1030 maddeden oluşan "Türk Medenî Kanunu Tasarısı" ile 25 madde içeren "Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun Tasarısı"nı ve her iki tasarıyla ilgili Gerekçeleri hazırlayarak 1999 yılında Bakanlığa sunmuştur. Her iki tasarı Bakanlar Kurulunda görüşülerek yasalaştırılmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur.

B) KANUNUN KABULÜ

Türk Medenî Kanunu Tasarısı ile kısaca *"Uygulama Kanunu"* diyebileceğimiz Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun Tasarısı T.B.M.M. Başkanlığınca Adalet Komisyonuna gönderilmiş, Komisyon ilk toplantısında çeşitli partilere mensup milletvekili üyelerinden beş kişilik bir alt komisyon oluşturmuştur. Alt Komisyon her iki tasarıyı inceleyerek hazırladığı raporunu pek az değişiklik önerisiyle birlikte Adalet Komisyonuna sunmuştur.

Her iki tasarı Adalet Komisyonunda 6.4.2000 -14.6.2001 tarihleri arasında 14 ay boyunca 32 toplantıda toplam 128 saat görüşüldükten sonra 600 sayfayı aşkın tutanakla birlikte Genel Kurula sunulmuştur[(36)]. Türk Medenî Kanunu Tasarısı T.B.M.M. Genel Kurulunda on bölüm hâlinde görüşülmüş ve pek az değişiklikle 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek yasalaşmıştır. 4721 Sayılı ***Türk Medenî Kanunu*** adıyla yasalaşmış olan Kanun, 8 Aralık 2001 tarihinde Resmî Gazetenin 24607 sayılı nüshasında yayımlanmış ve 1029 uncu maddesi uyarınca ***1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir***. Daha sonra Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun Tasarısı T.B.M.M. Genel

---

(36) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Em-Sözen-Yılmaz-Kaçak:** age., sh.1198 vd.

Kurulunda görüşülmüş ve sadece 10 uncu maddesinde yapılan küçük bir değişiklikle 3 Aralık 2001 tarihinde kabul edilerek 4722 sayılı Kanun olarak yasalaşmıştır. Kısaca "Yürürlük Kanunu" olarak isimlendirdiğimiz Kanun 8 Aralık 2001 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmış ve 24 üncü maddesi uyarınca Türk Medenî Kanunu ile birlikte l Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Oldukça uzun süreçte yoğun çalışmalar sonucunda hazırlanarak yasalaşmış ve yürürlüğe girmiş bulunan ve bir Başlangıç ile dört Kitaptan ve 1030 maddeden oluşan yeni Türk Medenî Kanunu'nun ulusumuzun kendisinden beklediği işlevi (fonksiyonu) eksiksiz biçimde yerine getireceğine içtenlikle inanıyoruz.

Aynı şekilde Türk Medenî Kanunu'nun tamamlayıcısı olan Borçlar Kanunu'nu da bilindiği üzere değerli hocam Prof. Dr. Turgut Akıntürk'ün "Komisyon Başkanlığında" tamamlanarak 21 Eylül 2005 tarihinde Adalet Bakanlığına sunulmuş, buna karşılık yasanın Meclis gündemine alınarak yasalaşması ne yazık ki ancak 11 Ocak 2011 tarihinde olmuştur. 649 maddeden oluşan ***6098 sayılı*** yeni ***Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir***.

Dördüncü Bölüm
TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN ÖZELLİKLERİ VE İÇERİĞİ

§ l. MEDENÎ KANUNUNUN ÖZELLİKLERİ[1]

Bir kanunun belirgin nitelikleri ve özellikleri, o kanunun konusuna giren hukukî kurum ve ilişkileri düzenlerken sistemin, yani şekil ve esas bakımlarından kanun koyucunun yararlandığı hukuk ilkeleri ve kurallarının neler olduğunu gösterir. Bunlar öyle değişik birtakım ana ilke ve kurallardır ki, aynı konuyu düzenlemek için bunlardan herhangi birini seçmiş olan kanunlara birbirinden değişik bir bünye ve karakter verir.

Aşağı yukarı aynı kültür ve ekonomik düzeyde bulunan ülkelerde, kanun koyucunun aynı surette kendini gösteren medenî hukuk ilişkilerini düzenlerken dayandığı bu kural ve ilkeler arasındaki farklılıklar, çeşitli sistemlerin doğuşuna sebep olmuştur.

Nitekim Türk ve İsviçre Medenî Kanunları ile Fransız ve Alman Medenî Kanunları arasındaki farklılıklar da buradan kaynaklanır. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının belirgin nitelikleri ve özellikleri, biri şekil, diğeri ise esas, yani içerik bakımından olmak üzere ikiye ayrılabilir.

I- MEDENÎ KANUNUN ŞEKİL BAKIMINDAN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

A) KENAR BAŞLIKLARI

Türk ve dolayısıyla İsviçre Medenî Kanunu'nun şekil bakımından gösterdiği en büyük özellik, her maddenin yanında âdeta o maddenin

---

(1) Bilindiği üzere l Ocak 2002 günü yürürlükten kalkmış bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi (Önceki Kanun) İsviçre Medenî Kanunu'ndan ufak birkaç madde dışında aynen alınmıştır. Bu Kanun'un yerini alan ve l Ocak 2002 tarihinden beri yürürlükte olan 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu da İsviçre Medenî Kanunu'nun sisteminden ayrılmaksızın hazırlanmış olduğu içindir ki, her iki Kanun'un hükümleri ve özellikleri arasında büyük ölçüde benzerlik vardır.

başlığını oluşturur mahiyette bir kenar başlığın bulunmasıdır. Kenar başlığına eskilerin diliyle *matlap (marginal, Randnot)* denilirdi. ***Kenar başlıkları,*** *maddelerin içeriklerini özet olarak gösterir*. Bu suretle, bir taraftan başında bulundukları maddenin anlaşılmasını kolaylaştırırlar. Diğer taraftan da âdeta içinde bulundukları kanunu tamamlarlar ve kanun maddeleriyle beraber bir bütün oluştururlar. Kenar başlıkları, maddelerin içerdiği esas hükmün bir tür özeti mahiyetinde olduğundan, kanunun belli bir kurumu düzenlerken izlediği plân ve göz önünde tuttuğu amaç, bunlar sayesinde daha açıklıkla ortaya çıkar. Bu suretle de kanun maddeleri arasındaki bağlantının, belli bir kurum ile ilgili maddelerin ve dolayısıyla bu konudaki hükümlerin daha iyi ve daha çabuk anlaşılması sağlanır. Aranılan maddenin yeri, kanun içinde bunlar sayesinde daha kolayca saptanır.

Kenar başlıkları, başında bulundukları madde hükmünün ayrılmaz bir unsurunu, bir tamamlayıcı parçasını (mütemmim cüz'ünü) oluştururlar; başlığında bulundukları maddeyi tamamlar ve onunla bir bütün oluştururlar. Bu mahiyetleri itibariyle de tamamladıkları maddeler gibi *kanun metninden sayılırlar*[(2)] Doktrindeki görüş böyle olmakla beraber, pozitif hukukumuz bakımından kenar başlıkların böyle bir mahiyeti yoktur. Zira Büyük Millet Meclisi daha 1944 tarihli bir yorum kararıyla, kenar başlıklarının kanun metninden olmadığını kabul etmişti[(3)]. Anayasanın 176 ncı maddesi de bu görüşü benimsemektedir. Bu maddeye göre, "Madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz".

Her maddenin başında böyle bir kenar başlığının bulunması, İsviçre ve Türk Medenî Kanunları tarafından getirilmiş bir yeniliktir. Kenar başlıklarının kanunun içeriğinin ve madde hükümlerinin anlaşılmasında yararlı olduğunu göz önünde tutan Türk kanun koyucusu, Önceki Medenî Kanundan sonra çıkarılan pek çok kanunda da bu sistemi devam ettirmiştir. Nitekim buna İcra ve İflâs Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu örnek gösterilebilir.

---

(2) **Huber, Eugen:** Erlaeuterungen zum Vorentwurf, sh.15; **Saymen, Ferit Hakkı:** Türk Medenî Hukuku, C. I, İstanbul 1960, sh.80; **Hirş, Ernst:** Kanun Başlıkları İle Fasıl Unvanları ve Matlaplar Hukuk Kaidelerinden midir? Ad. Der., 1944, sh.903 vd. Ayrıca **Saymen**'in bu konuya ilişkin iki makalesi için bk. İHF. Mec. 1945, sh.565; 1946, sh.270.

(3) RG. 1944, S.5621.

İsviçre Medenî Kanunu'nun kenar başlıkları bakımından bir diğer özelliği de bu başlıklar arasındaki taksimattır. Bu taksimat her nedense Önceki Medenî Kanunumuza alınmamış, fakat Borçlar Kanunumuza alınmıştır[4]. Örneğin Önceki Medenî Kanunun şahsın hukukuna (kişiler hukukuna) ilişkin Birinci Kitabının Birinci Fasılı, hakikî şahıslar (gerçek kişiler) ile ilgilidir. İsviçre Medenî Kanunu'nun kenar başlıkları arasındaki taksimattan, kanun koyucunun şahısları (kişileri) düzenlerken izlediği plân ve maddeler arasındaki bağlantı gayet açık şekilde anlaşılır. Şöyle ki:

Madde 11 A. Genellikle şahsiyet I. Hak ehliyeti

Madde 12 II. Fiil ehliyeti l. İçeriği

Madde 13 2. Şartları a. Genel olarak

Madde 14 b. Rüşt

Madde 15 c. Kazaî rüşt

Madde 16 d. Temyiz kudreti

Önceki Medenî Kanunumuz yukarıdaki taksimata kısmen uygun olarak şöyle düzenlenmiş idi:

Madde 8 A. Şahsiyet I. Medenî haklardan istifade

Madde 9 II. Medenî hakların kullanılması 1. Mevzuu

Madde 10 2. Şartları a. Umumiyet itibariyle

Madde 11 b. Rüşt

Madde 12 c. Kazaî rüşt

Madde 13 d. Temyiz kudreti

Madde 14 III. Medenî hakları kullanmağa ehliyetsizlik

Yeni Medenî Kanunumuz uzmanlar komisyonu tarafından taslak olarak hazırlanırken, örnek kanun olan İsviçre Medenî Kanunu'nun maddelere ilişkin başlıklar arasında gerçekleştirmiş olduğu taksimat dikkate alınmış ve büyük ölçüde buna uyulmuştur. Nitekim yeni Medenî Kanun'un

---

(4) Resmî metninde kenar başlıkları arasındaki I A ve sair gibi taksimat mevcut değildir. Bununla beraber, şahıslar tarafından çıkarılan ve resmî olmayan metinler içinde böyle bir taksimata rastlanabilir. Örneğin Ord. Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen'in çıkarmış olduğu metinde bu taksimat mevcuttur. Resmî metin için bk. Sicilli Kavanin, C.2, sh.73 vd. Borçlar Kanunu'nun resmî metni için bk. Sicilli Kavanin, C.2, sh.532.

yukarıdaki maddelerle ilgili taksimatı aynen İsviçre Medenî Kanunu'ndaki gibidir:

Madde 8 A. Genel olarak I. Hak ehliyeti

Madde 9 II. Fiil ehliyeti 1. Kapsamı

Madde 10 2. Koşulları a. Genel olarak

Madde 11 b. Erginlik

Madde 12 c. Ergin kılınma

Madde 13 d. Ayırt etme gücü

Madde 14 III. Fiil ehliyetsizliği 1. Genel olarak

B) KANUNUN DİLİ

Yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi, İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninden bir bilim komisyonu tarafından Türkçeye çevrilmiştir. Bu çeviri Ülkemizde henüz modern anlamda kanun yapma tekniğinin yerleşmediği ve hâlen dinî esaslara dayanan bir hukuk sisteminin yürürlükte olduğu bir devirde yapılmıştı. Bunun içindir ki, Önceki Medenî Kanun'un dilinin, Türkiye'nin o zamanki sosyal gerçekleri ve aşağıda söylenecekler göz önünde tutularak incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

İsviçre Medenî Kanunu, İsviçre'de modern hukuk biliminin az çok gelişmiş olduğu bir devirde kanunlaşmıştır. İsviçre hukuku Medenî Kanun'un kanunlaştırılmasına kadar normal bir gelişim sürecinden geçmiştir. O dönemde İsviçre'de kantonların kendilerine ait yazılı hukuk kuralları vardı ve özellikle Zürich Medenî Kanunu gibi, modern kanun koyma tekniğine uygun surette kaleme alınmış kanunlar mevcuttu. İsviçre Medenî Kanunu bir tek kişinin, büyük bir hukukçu olan *Eugen Huber*'in eseridir. Bu itibarladır ki, sade ve herkesin kolaylıkla anlayabileceği bir dili vardır. Kanundaki hukukî terimler yerli yerinde ahenkli ve birörnektir (yeknesaktır). Yani her hukukî kurum her yerde genellikle aynı terimle ifade edilmiştir. Kanun içindeki teknik terimler, İsviçre'de yerleşmiş ve İsviçreliler tarafından benimsenmiş olan terimlerdir. Kanun içinde çok teknik ve bilimsel terimlere, kavramlara ve tanımlara rastlanmaz. Bu özelliği İsviçre Medenî Kanunu'nun Alman Medenî Kanunu karşısındaki üstünlüğünü sağlamaktadır. Çünkü kanunlar ve özellikle medenî kanunlar, hukuk bilimiyle uğraşanlar kadar ve belki de onlardan daha çok halka hitap eder ve halk için yapılırlar.

İsviçre Medenî Kanunu'nun içinde mümkün olduğu ölçüde *terim birliği* korunmuştur. Aynı hukukî kurum, ister aile hukukunda, ister kişiler hukukunda, ister miras veya eşya ve hatta borçlar hukukunda olsun, daima *aynı terimle* ifade edilmeye çalışılmıştır.

Acaba bütün bunların Önceki Medenî Kanunumuz hakkında da geçerli olduğu söylenebilir mi?

Önceki Medenî Kanunumuz da özellikle kanunlaştığı devir göz önünde tutulursa, oldukça sade ve anlaşılması kolay bir dille kaleme alınmış idi. Medenî Kanun, dili bakımından aynı tarihlerde yürürlüğe girmiş olan Ticaret Kanunu ile karşılaştırılamayacak kadar sade ve herkes tarafından anlaşılabilecek bir dile ve ifade biçimine sahipti. İfade ve dil bakımından söz konusu olan bu açıklık, özellikle aile ve şahsın hukuku ile ilgili hükümler hakkında doğruydu. Örneğin Kanun'un 8, 10, 13, 73, 82, 88, 129, 151 vd., 262 vd. gibi maddelerinin ifadesi çok açık ve herkesin kolaylıkla anlayabileceği biçimde idi.

Buna karşılık, kanundaki hukukî terimlerin yerli yerinde ve herkesin anlayabileceği bir biçimde kullanılmış olduğu söylenemez. Bu, Türkiye'nin Medenî Kanun'un kanunlaştığı zamanki hukuk sisteminin sonucuydu. Çünkü o zamanlar Ülkemizde modern bir hukuk sistemi mevcut olmadığından, hukuk dilimizde modern hukuk kurumlarını ifade edecek terimler de yok denecek kadar azdı. Mevcut hukuk terimlerinden pek çoğu da Türkçe değil, Arapça kökenli idi.

Öte yandan, zaten kanunlar içinde kullanılan hukukî terimlerin herkes tarafından anlaşılması imkânları da her zaman kolaylıkla sağlanamaz. Çünkü her bilim gibi hukuk biliminin de kendisine özgü özel terimler sistemi vardır. Bunların hukuk bilimine yabancı olanlar tarafından anlaşılması bazen güçlük yaratabilir ki, bu da çok normaldir.

Teknik terimler bakımından Önceki Medenî Kanun'un en büyük eksikliği, bu terimlerin bazen yerinde kullanılmamış olması, bazen de aynı kurumu ifade etmek üzere birbirinden farklı terimlerin kullanılmış olmasıydı. Yerinde kullanılmamış terimlere örnek olarak "*hukuk*" yerine "*kanun*" (Birinci maddenin kenar başlığı); *"hukukî fiil"* yerine eski hukukumuzda daha çok hukukî muamele anlamına gelen "*tasarruf*" (MK. m.15), "*şahıs toplulukları*" yerine *"cemiyet"* (MK. m.45/I); "*iptal kabiliyeti*" ya da "*iptal*" yerine *"fesih"* (MK. m.115); *"vasiyetname"* yerine *"vasiyet"* (MK. m.487 vd.); "*ıskat*" yerine "*mirastan mahrumiyet"* (MK.m.258);

"*kusur*" yerine "*hata*"; "*haksız zenginleşme*" yerine "*haksız fiil ile mal iktisabı*"; "*defi*" yerine "*istisnalar*"; "*zamanaşımı*" yerine "*sakıt olur*"; "*ölüme bağlı tasarruf*" yerine "*vasiyet*" gösterilebilir [5].

Aynı kurumu ifade etmek üzere değişik terimler kullanılmış olmasına örnek olarak da belli bir malın belli bir amaca özgülenmesi (tahsisi) sonucunda meydana gelen tüzel kişinin bazen "*tesis*" (MK. m.73 vd.)[6], bazen "*vakıf*" (MK. m.322, 473); başkasının taşınmazında inşaat yapma yetkisi veren aynî hakkı göstermek üzere bazen "*üst hakkı*" (MK. m.652), bazen "*inşaat hakkı*" (MK. m.751)[7], "*haksız zenginleşme*" yerine bazen "*haksız surette mal iktisabı*", bazen "*haksız fiil ile mal iktisabı*"; "*iştira (alım) akdi*"nin bazen "*istimlâk*" (kamulaştırma) (MK. m.660) terimlerinin kullanılmış olması gösterilebilir.

C) ÇEVİRİ BAKIMINDAN

Önceki Medenî Kanun'umuzun içinde *bazı çeviri yanlışlıkları* da vardı. Bu yanlışlıklar kimi maddelerin yanlış çevrilmesinden, kimilerinin de eksik çevrilmesinden ileri gelmekteydi. **Yanlış çevirilere** şunlar örnek gösterilebilir: "*hakkın aşikâr suiistimali*" (ZGB. M.2/II) denecek iken "*hakkın sırf gayrı ızrar eden suiistimali*" (MK. m.2/II); hükmî şahısların malları "*âmme hükmî şahıslarına intikal eder*" (ZGB. m.57) denecek yerde "*âmme müesseselerine intikal eder*" (MK.m.50) biçiminde Türkçeye çevrilmişti; "*mirastan ıskatı mucip bir sebep hâlinde* evlâtlık rabıtası (bağı) evlât edinen tarafından reddedilebilir" denecek yerde "*mirastan mahrumiyet hâlinde*" denilmişti (MK. m.258). Aynı yanlışlık "*mirastan ıskat*"(ZGB. m.513) yerine "*mirastan mahrumiyet* denerek (MK. m.493) yapılmıştı. MK. m.271 de "*Kayyım*" (ZGB.m.282) denecek yerde "*hususî vasi*"den söz edilmişti. MK. m.309'un kenar başlığında "*mirasçıların*" (ZGB. m.322) denecek yerde "*çocukların*" denmişti; MK. m.421 'in kenar başlığında "*kayyımlık*" (ZGB. m.437) yerine "*kayyımın vesayeti*" denmişti;

---

(5) Bütün bu konularda daha fazla bilgi için bk. Medenî Kanunun Tashihi Zaruretleri, Hukukî Bilgiler Mecmuası, C.12, sh.7393 vd.; **Gönensay, Samim:** Medenî Kanunun Yeniden Tashihine İhtiyaç Vardır, İHF. Mec. 1940, S.l, sh.5 vd.; **Velidedeoğlu H.V.:** İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu, Medenî Kanunun XV. Yılı, İstanbul 1944, sh.364 vd.

(6) Medenî Kanun'un kabulünde "tesis" olarak isimlendirilen bu kurum, sonradan 13.7.1967 tarih ve 903 sayılı Kanunla "vakıf" adını almıştır.

(7) 751 nci madde 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla değiştirilirken bu yanlışlık da düzeltilmiş ve kenar başlığı "üst hakkı" olarak ifade edilmiştir.

MK. m.499 ve MK. m.461 de *"vasiyetname"* (ZGB. m.467, 481) yerine *"vasiyet"*; MK. m.634 de *"mülkiyetin devrini tazammun eden akitler"* (ZGB. m.657) yerine *"mülkiyeti nakleden akitler"* denmişti.

Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin ikinci faslında *"kusur"* terimi Türkçeye devamlı surette yanlış olarak *"hata"* şeklinde çevrilmiştir. ÖBK. m.19 akit serbestliğini (sözleşme özgürlüğünü) tamamen ortadan kaldıracak şekilde yanlış ifade edilmiştir(8). ÖBK. m.58 de *"bağımsızlık" "muhafazada kusur"* diye Türkçeye çevrilmiştir. ÖBK. m.213 de *"iştira mukavelesi"* (alım sözleşmesi) yerine *"istimlâk mukavelesi"* denmiştir (İBK. m.216).

Eksik çeviriler konusunda ise, şu örnekler verilebilir: İyiniyetin (sübjektif hüsnüniyetin) hakların hükümleri bakımından etkisi MK. m.3'ün eksik çevirisi yüzünden kanuna girmemişti. Cemiyetlerde (derneklerde) serbest kuruluş sistemini kabul eden ZGB. m.52 hükmünün ikinci fıkrası MK. m.45 de Türkçeye çevrilmemiş, bu yüzden de 45 inci madde ile 53 üncü maddenin bağdaştırılması güçleşmişti. Tanımaya itirazın "şahsî hâl memuruna yapılacağına" ilişkin ZGB. m.305 deki hüküm MK. m.293 de "hâkime yapılır" şeklinde alınmıştı. Fakat MK. m.293'ün ikinci fıkrası ZGB. m.305 den aynen ve birinci fıkrada yapılan değişiklik dikkate alınmadan Türkçeye çevrilmiş ve bu suretle 293 üncü madde anlaşılmaz hâle gelmişti. MK. m.908 Türkçeye çevrilirken "şeyi *kime iadesi lâzım geldiğini* bilmediğine" ilişkin ZGB. m.940 hükmü "şeyin *iadesi lâzım geldiğini* bilmediği" şeklinde çevrilmiş ve bu eksik çeviri yüzünden de iyi niyetli olmayan (kötü niyetli) zilyetler arasında yapılmak istenen fark ortadan kalkmıştı(9).

Önceki Medenî Kanun'un şekil bakımından içerdiği bu eksikliklerin kolaylıkla giderilmesi mümkündü. Nitekim Adalet Bakanlığınca bilim adamları ve uygulayıcılardan oluşturulan Medenî Kanun Komisyonunun hazırlayarak Bakanlığa sunduğu yeni Medenî Kanun Tasarısında bütün bu yanlışlıklar ve eksiklikler giderilmiş, kanunun dili daha da arılaştırılmak suretiyle yeni yetişen kuşakların maddeleri kolaylıkla anlamalarına imkân sağlanmıştır.

---

(8) Bu konuda bk. **Arsebük, Esat:** Borçlar Hukuku, Ankara 1950, sh.342, Not 29.

(9) Bütün bu konularda daha fazla bilgi için bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.139 vd. ve özellikle sh.151 vd.

D) USUL HÜKÜMLERİ

Medenî Kanun'un şekil bakımından gösterdiği bir başka özellik de, *içeriğinde salt usul hukuku ile ilgili bazı hükümlerin de bulunmasıdır.* Esasen bu gibi usul hükümlerinin yeri medenî kanunlar değil, usul kanunlarıdır. Usul hükümlerinin Medenî Kanun'umuzda yer almış olması, İsviçre'ye özgü bir özel durumdan kaynaklanmıştır. Gerçekten, federal yapıda bir devlet olan İsviçre'de usul hukuku henüz birleştirilmiş ve bütün İsviçre'de uygulanan federal bir usul kanunu yapılabilmiş değildir. Hâlen her kantonun kendisine ait usul kanunu vardır. Bu sebepledir ki, federal kanun koyucu kendisince önemli saydığı bazı medenî hukuk hükümlerinin bütün İsviçre'de aynı şekilde (birörnek) uygulanmasını sağlamak üzere, o ilişkilerden doğan anlaşmazlıklarda uygulanacak usul kurallarını da Medenî Kanun'un içinde düzenlemiştir. Usul Kanunu'nda yer alması gereken bu hükümlere, özellikle ispat yüküne ilişkin MK. m.6 ve m.7, boşanma davalarında izlenecek yargılama usulüyle ilgili MK. m.184, yetkiyle ilgili MK. m.168 hükümleri ile soybağına ilişkin davalarda yargılama usulüne ilişkin MK. m.284 hükmü örnek gösterilebilir.

E) TERMİNOLOJİ

Önceki Medenî Kanunda kullanılmış olan pek çok Arapça veya Osmanlıca terim, yeni Medenî Kanunda oldukça arılaştırılarak günümüz Türkçesiyle ifade edilmiştir. Kanun'un Genel Gerekçesinde de belirtilmiş olduğu gibi[10], yapılan arılaştırmaya aşağıdaki yeni terimler örnek gösterilebilir:

Hüsnüniyet	= *İyiniyet*
Beyyine külfeti	= *İspat yükü*
Nısfet	= *Hakkaniyet*
Şahıs	= *Kişi*
Şahsiyet	= *Kişilik*
Temyiz kudreti	= *Ayırt etme gücü*
Rüşt	= *Erginlik*
Reşit	= *Ergin*

(10) Bilgi için bk. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı Yayımı, Ankara 2002, sh.288 vd.

Hacir	= *Kısıtlama*
Mahcur	= *Kısıtlı*
Usul	= *Üstsoy*
Füru	= *Altsoy*
Sıhrî hısımlık	= *Kayın hısımlığı*
Civar hısımlığı	= *Yansoy hısımlığı*
İkametgâh	= *Yerleşim yeri*
Mütemmin cüz	= *Tamamlayıcı parça*
Teferruat	= *Eklenti*
Lükata	= *Bulunmuş eşya*
Sükna hakkı	= *Oturma hakkı*
İştira hakkı	= *Alım hakkı*
Şufa hakkı	= *Önalım hakkı*
Vefa hakkı	= *Geri alım hakkı*
Gayrimenkul mükellefiyeti	= *Taşınmaz yükü*
Temettü	= *Kâr payı*
Nesep	= *Soybağı*
İhraz	= *Sahiplenme*
Hukukî tağyir	= *İşleme*
Hükmî şahıs	= *Tüzel kişi*
'Teminat	= *Güvence*
Fevkalâde ikame	= *Artmirasçı atama*
Mahfuz hisse	= *Saklı pay*
Mirasta iade	= *Mirasta denkleştirme*

II- MEDENÎ KANUN'UN ESAS BAKIMINDAN İÇERDİĞİ NİTELİKLER

A) DEVRİMCİ NİTELİĞİ

Önceki Medenî Kanun'a olduğu gibi, yeni Medenî Kanun'a da *devrimci bir ruh egemendir.* Türk hukuku bakımından bu nitelik, her iki kanu-

nun da en açık ve en önemli özelliklerinden birini oluşturur. Türk Kanunu Medenîsinin kabul edilmesindeki amaç ve hukuk siyaseti, Ülkemizde 1926 yılında geçerli olan, fakat devrin ihtiyaçlarına cevap veremeyen hukuk sisteminin yerine, ***modern bir hukuk sistemini yürürlüğe koymak ve bu yoldan ülkenin Avrupa uygarlık düzeyine ulaşması imkânlarını sağlamak*** **idi.** Bu husus Önceki Medenî Kanun'un gerekçesinde açık ve seçik olarak belirtilmişti[11].

Gerek Önceki Medenî Kanun'un, gerek yürürlükteki yeni Medenî Kanun'un devrimci ruhu, *eskiyi tamamen tasfiye ederek yepyeni bir hayat ve hukuk anlayışı getirmek isteyişi,* özellikle aşağıdaki şu kurumların düzenlenmesinde görülür[12]:

• Medenî Kanun hukuk alanında *kadın-erkek eşitliğini* sağlamak ister: Fiil ve hak ehliyetlerine ilişkin hükümleri (m.8 vd.), yasal mirasçılığı (m.495 vd.), evlilik birliğini (m.185 vd.), boşanma kurumunu (m.161 vd.), velâyet kurumunu (m.335 vd.) tamamen bu görüşten hareket ederek düzenler.

• Medenî Kanun ülkeye ve modern hayat gereklerine uygun olan *yepyeni bir aile tipi* getirmek ister: Evlenmenin aslî ve şeklî şartları (m.124 vd. ve özellikle m.145 b.l, 134 vd. ve 141 vd.), evlilik birliğinin genel hükümleri (m.185 vd.), velâyet kurumu (m.335 vd.) bu görüşü açık olarak yansıtır.

• Medenî Kanun'un *yeni bir taşınmaz mülkiyeti anlayışı* vardır. Bu, özellikle arazinin özel mülkiyete konu olabileceğine ilişkin ilkeden anlaşılır[13].

İsviçre Medenî Kanunu, İsviçre bakımından devrimci nitelikte değildir. Çünkü ülkenin çeşitli bölgelerinde uygulana gelmekte olan medenî hukuk kurallarını birleştirmek ve bu suretle bütün ülkede geçerli bir medenî kanun meydana getirmek amacıyla yapılmıştır. İsviçre Medenî

---

(11) Bk. yuk. sh.48 vd. Ayrıca bkz. Esbabı Mucibe Lâyihası, **Saymen, Ferit Hakkı:** Notlu ve Sistematik Türk Kanunu Medenîsi, İstanbul 1957, sh.7 vd.

(12) Bu hususta bk. **Demirelli, Fuat Hulusi:** Türk Kanunu Medenîsine Neler Borçluyuz, Medenî Kanunun XV. Yılı, İstanbul 1944, sh.72 vd.; **Arık, Kemal Fikret:** Türk Medenî Hukuku, Ankara 1963, sh.202 vd.; İsviçre hukuku hakkında **Liver, Peter:** Allgemeine Einleitung, Berner Kommentar, Bern 1962, sh.39 vd.; **Simonius:** Zur Errinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches, SJZ 1957. sh.299 vd.

(13) Bilindiği gibi eski hukuk sistemimizde arazinin kuru mülkiyeti (rakabesi) devlete aitti. Bireylerin ancak araziden yararlanma (intifa etme) hakkı vardı. Bu konuda bk. **Barkan, Ömer Lütfü:** Türk Toprak Hukuku Tarihinde Tanzimat, Tanzimatın Yüzüncü Yılı, C. I, İstanbul 1940, sh.321 vd.; **Güral (Akipek) Jale:** Türk Hukukunda Tapuya Kayıtlı Olmayan Gayrımenkullerin Hukukî Durumu, AHF. Der. 1952, S. 3-4, sh.40 vd.

Kanunu, eski hukukun yaşayan bütün kuralları aynen muhafaza edilerek sadece onların sentezinden, birleştirilmesinden meydana getirilmiştir. Bu itibarla da tutucu (muhafazakâr) mahiyettedir[14].

B) İLERİCİ VE MODERN NİTELİĞİ

Türk ve dolayısıyla İsviçre Medenî Kanunu'nda *ilerici ve modern bir ruh egemendir.* İsviçre Medenî Kanunu her şeyden önce, zaman itibariyle Alman ve Fransız Medenî Kanunlarından daha sonra hazırlanmıştır. Diğer taraftan, XX. Yüzyıl gibi ekonomik ve hatta teknik alanlarda yeni görüş ve ilerlemelerin fazlasıyla mevcut olduğu bir zamanda yapılmıştır. İsviçre kanun koyucusu, kanunu bütün bu imkânlardan yararlanarak ve devrin bütün yeniliklerini ve her alandaki ilerlemeleri göz önünde tutarak hazırlamıştır. Bu sebeple de İsviçre Medenî Kanunu ve dolayısıyla da Türk Medenî Kanunu Alman ve Fransız Medenî Kanunlarından modern hayatın sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarına çok daha uygundur.

• *Mülkiyet hakkını düzenleyiş biçimi,* özellikle taşınmaz mülkiyetinin kapsamını gerek arzın üstüne ve altına doğru, gerek komşular ve hatta kamu yararı düşüncesiyle sınırlaması, bu hakka sosyal bir fonksiyon (işlev) vermek isteyen yeni anlayışlara uygundur.

• *Tüzel kişilerin mahiyetini ve kuruluşunu* tamamen gerçeklik (realite) teorisine uygun olarak düzenleyişi ve bu suretle de onların çoğalmasını teşvik etmesi, günümüzün ihtiyaçlarına uygundur.

• Evlilik dışı *soybağına ilişkin hükümleri* ve özellikle soybağının ana tarafından doğumla oluşacağını kabul etmesi, Alman ve Fransız Medenî Kanunları karşısında çok ilerici bir hüküm mahiyetindedir.

• Medenî Kanun genellikle *kadın-erkek arasındaki eşitsizliği tamamen kaldırmış* bulunmaktadır. Bu husus özellikle evli olmayan kadınlar hakkında doğrudur. Evlilik birliği içinde karıya kocanınkine, velâyet ailesi içinde anaya babanınkine tamamen eşit durumu sağlayan da hep Medenî Kanundur. Çünkü Fransız Medenî Kanunu evlenmeyle karının kocasının vesayetine gireceğini kabul etmişti. Mamafih Fransız hukukunda da karının hukukî durumu 1938, 1942 ve 1966 yıllarında çıkarılan kanunlarla düzeltilmeye çalışılmıştır. Alman Medenî Kanunu da, karı ve koca arasında koca lehine

---

(14) Bk. **Joung, Walter (Çev. Güral, J.):** Eugen Huber ve İsviçre Medenî Kanununun Ruhu, AHF. Der. 1949, S.l, sh.168 vd.; **Schwarz. A.B.:** Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medenî Kanununun Rolü, Türk Hukuk Kurumu Konferansı 1948, sh. vd.

olan pek çok hüküm koymak suretiyle açık farklar yaratmıştı. Ancak, 1958 yılında yürürlüğe giren kadın-erkek arasındaki eşitliğe ilişkin kanun iledir ki, Alman Medenî Kanunu'ndaki bu hükümler değiştirilmiştir.

• Haksız fiil sorumluluğunu düzenlerken kusur ilkesi yanında *illiyet sorumluluğunun kabul edilmiş olması*, taşınmaz malikinin sorumluluğunun düzenlenmesi, devrin ihtiyaçlarına uygundur. Bu suretle büyük sanayi kuruluşlarının çok gelişmiş olduğu günümüzde, kişileri onlardan gelebilecek zararlara karşı koruma imkânları da fazlalaşmıştır[15].

• Türk ve dolayısıyla İsviçre Medenî Kanunu, toplum yararı ile birey yararını Fransız ve Alman Medenî Kanunlarına oranla çok daha fazla ahenk hâlinde bulundurmaya gayret eder. Bireye, kendisinin de yaşadığı toplum içerisinde kişisel menfaat ve becerilerini geliştirme imkânlarını sağlarken, bunların sosyal menfaatlere karşıt yönlere gitmesini de önlemeye çalışır. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarında, Alman ve hele Fransız Medenî Kanunu'ndan çok daha fazla *toplumun ve kamunun yararlarına* yer verilir. Bu bakımdan her iki kanun da bireycilikten (ferdiyetçilikten) sosyalliğe doğru bir kayma ifade eder[16]. Medenî Kanunla "ulaşılmak istenen hedef, şahsiyet (kişilik) ve cemiyet (toplum) sentezidir[17].

• Türk ve İsviçre Medenî Kanunları, *bireye kendi kişiliğini geliştirme, kendi menfaatleriyle ilgili ilişkilere girişme imkânları sağlar*; başka bir deyişle bireye irade özerkliği (muhtariyeti) ve sözleşme özgürlüğü (serbestliği) (BK. m. 26), bireysel (ferdî) mülkiyet (MK. m.683 vd.), miras hakkı ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma yetkisi (MK. m.495 vd., 502 vd.) tanır. Fakat öte yandan, toplum yararına aykırı kullanılmaması, bireyin ekonomik bakımdan daha güçlü tarafça ezilmemesi, zayıfların korunması, ailenin ve toplum menfaatlerinin korunması ile ilgili hükümler koymak suretiyle de bunları az çok sınırlar. Örneğin sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen BK. m.27, MK. m.23, BK. m. 399; mülkiyet hakkını sınırlayan ve kamu yararı düşüncesiyle kayıtlayan MK. m.718/II, 737 vd., 730, 753 vd.; zayıf ve korunmaya muhtaç olanların korunması ile ilgili olan velâyet, vesayet ve hatta fiil ehliyeti hakkındaki hükümler ile gabin (aşırı yararlanma) ve BK. m. 398 ve 445 hükümleri, aileyi koruyan MK. m.195 vd. ile nafaka ve saklı paya (mahfuz hisseye) ilişkin hükümler;

---

(15) Bu konuda bk. **Bodiere, Rene:** La résponsabilité civile et risque atomique, Revue International de droit comparé, 1959, S.3, sh.505.

(16) **Schwarz, A.B.:** age., sh.5.

(17) **Egger-Çernis:** Şahsın Hukuku, sh.40.

sosyal menfaatler düşüncesiyle konulmuş olan ve hakların kullanılmasını sınırlayan MK. m.2; tüzel kişilerin kurulmasını kolaylaştıran MK. m.47 vd.; toprağın ıslahı ve su ile ilgili hükümler, hep bunlara örnek olarak gösterilebilir.

C) LAİK NİTELİĞİ

Medenî Kanun'un en önemli özelliklerinden biri de lâik niteliğidir. Kanun gerçi ana ve babayı çocuğa dinî eğitim vermekle yükümlü kılar, fakat öte yandan da erginliğe erişen çocuğu dinini seçmekte serbest bırakır. Medenî Kanun *dinî esaslara dayanan bir tek hüküm bile içermez*.

D) DEMOKRAT NİTELİĞİ

Türk Medenî Kanunu'nda *halkçı ve demokrat bir ruh egemendir*. Kanun belli bir kesime değil, bütün vatandaşlara, hatta yerli-yabancı farkı gözetmeksizin *herkese hitap eder*; kanun karşısında *herkesi eşit kabul eder*. Kanunun ifade biçiminin ve dilinin kendisinden önceki kanunlara oranla oldukça sade ve arı oluşu, kanun içinde bilimsel ve soyut kavramlara ve ilkelere mümkün olduğu ölçüde az yer verilmiş bulunması da demokratik niteliğine örnek gösterilebilir[18].

Çocukların eğitilmelerinin ve yetiştirilmelerinin ana ve babanın ortak kararına bağlanmış olması, küçüklerin nişanlanması ve evlenmesi için gerekli iznin ana ve baba tarafından ayrı ayrı verilmesinin zorunlu hâle getirilmiş bulunması da kanunun demokratik niteliğini pekiştiren örneklerdir.

E) HÂKİME GENİŞ SERBESTLİK TANIMASI NİTELİĞİ

Türk Medenî Kanunu, kanun karşısında hâkimlere büyük ve oldukça geniş bir serbestlik tanır. Kanun'un bu özelliği, onun şimdiye kadar sayılan ana ilkelerin gerçekleşmesi için zorunlu olan bir niteliğini oluşturur.

• Türk ve dolayısıyla İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükümler genel, kısa ve esnektir. Bunlar Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi en ince ayrıntısına kadar ve bütün olasılıklar dikkate alınarak düzenlenmiş değildir. Kanun'un bu şekilde esnek ve genel hükümler koymuş olması, onun hayatın somut olaylarına daha kolaylıkla uyabilmesini sağlar. Fakat

---

(18) Daha geniş bilgi için bk. **Tuor:** Le code civile suisse, Geneve 1949, sh. 10 vd. **Göktürk, Hüseyin Avni:** Şahsın Hukuku, Ankara 1954, sh.41 vd.

hâkim bu genel ve esnek nitelikli hükümlerden bir anlam çıkarabilmek için, kanunu örneğin bir Fransız veya Alman hâkiminden çok daha fazla yorumlamak zorundadır. Bu, kanunun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağını ifade eden birinci maddeden de açık olarak anlaşılır. Hâkim, kanunu yorumlarken başvuracağı yorum metotlarını bizzat belirler.

• Hâkime tanınan ***takdir yetkisi*** de hâkimin kanun karşısında sahip olduğu serbestliğin sonucudur. Çünkü kanun, pek çok yerde düzenlediği hukukî kurumları bütün hüküm ve sonuçları ile en ince ayrıntısına kadar kapsayan etraflı hükümler koymaktan kaçınmış, bunlar hakkında sadece bazı genel ilke ve kurallar saptamakla yetinmiştir. Kanun, bu genel ilke ve kuralları her somut olayın özelliklerine uydurma yetkisini hâkime bırakarak, en ince ayrıntısına kadar kazuistik (ayrıntıcı) bir şekilde düzenlenen bir hukuk kuralının her olaya olduğu gibi uygulanmasının doğurabileceği sertlik ve bazen de hâl ve şartlara uymamasının yaratacağı hakkaniyete aykırı sonuçları önlemek istemiştir. Hâkim, somut olayın özelliklerini ve ilgililerin durumunu göz önünde tutarak genel ve esnek hükmü, önündeki olaya nasıl uygulayacağını bizzat belirler, yani takdir yetkisini kullanarak karar verir. Hâkime tanınan bu geniş takdir yetkisinin en sık kullanılacağı yerlerden biri, Medenî Kanun'un Başlangıç Hükümleri, yani l den 7 nci maddeye kadar olan hükümlerdir[19].

• Hâkimin kanun karşısında sahip bulunduğu serbestlik, hukuk boşluklarını doldurma, kısaca *hukuk yaratma işlevinde* en ileri derecesini bulur. Türk ve İsviçre Medenî Kanunları, hayatın bütün ortaya çıkış şekillerini önceden kazuistik (ayrıntıcı) bir biçimde saptamanın ve hükme bağlamanın mümkün olamayacağı gerçeğinden hareket eder. Hayatın bütün olaylarını düzenleme iddiasında bulunan kanunlar, hem çok uzun olmak, hem de kısa bir zaman sonra toplumun ihtiyaçlarına cevap verememek tehlikesiyle karşı karşıya kalırlar. Bunun en güzel ve en çarpıcı örneğini 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu vermiştir. Medenî Kanun, aynı yanlışlığa düşmemek için, kanun koyucunun kanun yapılırken her şeyi öngörmesine imkân olmadığını kabul eder. Türk ve İsviçre Medenî Kanunları, hukukta boşluk bulunduğu takdirde hâkime, ***hukuk kuralı yaratma*** serbestliğini ve aynı zamanda yükümlülüğünü yükler. Her iki kanunun en büyük özelliklerinden birini de işte hâkime tanıdıkları bu serbestlik oluşturur.

---

(19) Bu konuda etraflı bilgi için bk. **Schwarz, A.B.:** Türk Hukuku Kurumu Konferansları, 1936, sh.7.

Medenî Kanun'un iyi yetişmiş hâkimler elinde İsviçre'dekinden farklı ve Ülkemizin sosyal bünyesine uyacak şekilde uygulanması da ancak hâkimlere tanınan bu serbestlik sayesinde mümkün olabilir. Nitekim bu yola da az çok girilmiştir. Hâkime tanınan bu serbestliği Türk hâkimleri en çok eşya hukuku alanında kullanmaktadırlar. Örneğin tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında Yargıtay kararları ile oluşan taşınmaz rejimi bunun en güzel örneğidir[20] Bunun dışında, büyük ana ve büyük babalar ile torunları arasında kişisel ilişki kurulabilmesine ilişkin olarak Önceki Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde verilen yargısal kararlar da[21] bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

Medenî Kanun tarafından hâkime tanınmış olan bu serbestlik, İsviçre Medenî Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1926 yılında aynen alınması (iktibas edilmesi) sebeplerinin belki de en başta gelenlerinden biridir. Zira İsviçre Medenî Kanunu'nun bu özelliği onun, uygulanacağı ortamın gereklerine uymasını çok kolaylaştırır.

§ 2. ÖNCEKİ MEDENÎ KANUN'A YAPILAN ELEŞTİRİLER

Önceki Medenî Kanun'a özellikle son zamanlarda birtakım itiraz ve eleştiriler yapılmış, bazı değişikliklere ihtiyaç olduğu ileri sürülmüştü[22]. Bu itiraz ve eleştiriler esas itibariyle iki başlık altında toplanabilir:

I- KANUN'UN DİLİNE VE ÇEVİRİ YANLIŞLARINA YAPILAN ELEŞTİRİLER

Bu gruba giren eleştirilerin büyük çoğunluğunu haklı saymak gerekir. Gerçekten, Önceki Medenî Kanun'un birçok yerinde çeviri yanlışlıkları, ifade bozuklukları, terim ahenksizlikleri ve aksaklıkları vardı. Bunların

---

(20) Yg. İçt. Bir. Kar. 9.10.1946, 6/12, RG. 1947, Nr. 6637.

(21) 2. HD. 11.12.1947, 6134/6501, **Olgaç, Senaî:** Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanun Medenîsi, C.I, İstanbul 1956, sh.12; Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/29, RG. 16.4.1960, Nr.10482.

(22) Medenî Kanunu Tashih Zaruretleri, Huk. Bil. C.12, sh.7393 vd., sh.7434 vd., (imzasız bir makale); **Gönensay, S.:** agm., sh.51 vd. **Arda, S.:** Medenî Kanunun Değiştirilmesi, Huk. Der. C.7, sh. 81 vd. Medenî Kanun'a yöneltilen eleştirilerin sistematik bir şekilde ifadesi ve cevaplandırılması hakkında bk. **Schwarz, A.B.:** Medenî Kanunların Hayatı, Kuvveti ve Tadili, İHF. Mec. 1952, S.1-2, sh.109 vd.; **Tongsir, Ferih Bedii:** Medenî Kanuna Yapılan Tenkitlere Cevap, İst. Bar. Der. 1953, sh.234; **Arık, F.:** Türk Medenî Hukuku, sh.209 vd.

değiştirilmesi, düzeltilmesi bir zorunluluk olduğundan, yapılan eleştiriler desteklenmeye değerdi[23].

Medenî Kanun'un, alındığı devre oranla açık ve oldukça saf Türkçe sayılan dilinin zamanla bu özelliğini kaybetmekte olduğu iddiası doğruydu. Bu, özellikle miras ve eşya hukuku kitaplarında kendisini daha çok göstermekteydi. Ancak, hukuk dilinin en büyük özelliği istikrar olduğundan, bunu bozabilecek aşırı akımlara uymaktan da kaçınmak gerekiyordu. Hele herkesin, Medenî Kanun'un dilini kendi dil anlayışına göre arılaştırmaya kalkması, kötü sonuçlar doğurabilirdi.

II- KANUN'UN İÇERİĞİNE YAPILAN ELEŞTİRİLER

Önceki Medenî Kanun'un bünyemize uymadığından söz edilerek yapılan itiraz ve eleştiriler, Medenî Kanundan çok, belki de kanun koyucuya ve onun tarafından Medenî Kanun'un aynen alınmasıyla güdülen hukuk siyasetine karşı yöneltilmiş sayılabilirdi. Bununla beraber, Medenî Kanun'un tamamının bünyemize uymadığı itirazı, kanunun tümü göz önüne alınırsa, doğru da değildi. Çünkü Medenî Kanunla düzenlenen hükümlerden pek çoğu ve özellikle borçlar hukuku ile ilgili olanlar, az çok her ülkede birbirine benzer[24]. Buna karşılık kişiler, aile ve miras hukuku ile ilgili olan hükümlerin her ülkenin sosyal bünyesine ve ihtiyaçlarına göre farklılık göstermesi gayet normal ve doğaldır.

Zaten Önceki Medenî Kanun'a yapılan eleştiriler de bu alanlarla, özellikle *aile hukuku ile ilgili idi.* Ancak, unutulmamalıdır ki, Kanun'un kabulüyle hukukumuzda yapılmak istenen en büyük devrim de esas itibariyle bu kurumlar hakkındaydı.

---

(23) Bu eleştiriler karşısında Adalet Bakanlığı Medenî Kanun'u gözden geçirmek ve gerekli düzeltme ve değişiklikleri yapmak amacıyla daha 1951 yılında bilim adamları ve uygulayıcılardan oluşan bir komisyon kurmuştu. Bakanlık daha sonraları yeni komisyonlar oluşturdu. Bu komisyonlardan **Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'**nun raportör olarak görev yaptığı komisyon bir tasarı hazırlayarak 1971 yılında Adalet Bakanlığına sundu ise de, Tasarı kanunlaşma imkânı bulamadı. Daha sonra **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'**ın başkanı olduğu bir diğer komisyon, hazırladığı Öntasarıyı 1984 yılında Bakanlığa sundu. Fakat bu tasarı da ilk tasarı gibi kanunlaşma imkânına kavuşamadı. Adalet Bakanlığının kurduğu ve başkanlığını **Prof. Dr. Turgut Akıntürk'**ün yürüttüğü sonuncu komisyonun dört yıllık çalışma sonucunda hazırladığı 1033 esas maddeden oluşan Tasarı 17 Şubat 1998 günü Adalet Bakanlığına sunuldu ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu adıyla yasalaşarak l Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girdi.

(24) Bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.87.

Önceki Medenî Kanun'un bu alanlara ve hele aile hukuku alanına getirmek istediği yeniliklerin sosyal bünyemize uymaması dolayısıyla kötü etkileri olduğu veya olacağı iddiası, kanaatimizce şu bakımlardan geçerli olamazdı[25]. Çünkü:

• Önceki Medenî Kanunun, içerdiği bütün ilişkilere yürürlükte bulunduğu süreçte tam anlamıyla ve ruhuyla uygulandığı iddia edilemez.

• Uygulandığı alanlarda ise sosyal bünyemiz üzerindeki etkilerinin neler olduğu konusunda sosyolojik etütler yok denecek kadar azdır.

Önceki Medenî Kanun'un bazı hükümleri ise, halkın ahlâk ve adalet anlayışına uymadığı gerekçesiyle eleştirilmekte idi. Bunların başında *kanunî mirasçılarla ilgili* olan hükümler gelmekteydi. Özellikle ölen bir kimsenin (mirasbırakanın) çocuklarının bulunması hâlinde, ana ve babasının mirasçı olamayacağına ilişkin 440 ıncı madde hükmüne itiraz edilmekteydi. Bu durum, mirasçılığın düzenlenmesinde kabul edilen parantel (zümre) sisteminin sonucudur. Bu kimselerin, yani ölenin ana ve babasının nafaka yükümlülüğüne ilişkin hükümlerle yoksulluğa düşmekten kurtarılabileceği iddiası, hukuken geçerli ve doğru olsa bile, ahlâk anlayışımız karşısında güçsüz ve sönük kalır. Bu önemli sorunun düzeltilmesi, kanunun sistemine dokunulmadan pek de mümkün olamayacağından, bu konu Prof. *Schwarz*'ın önerdiği gibi ancak özel bir kanunla düzenlenebilirdi[26].

Mirasla ilgili önemli bir itiraz da *saklı paylara* (mahfuz hisselere) ilişkindi. Kanunda düzenlenmiş olan saklı paylar gereğinden fazla yüksekti. Fakat sağ kalan eşin saklı payı gereğinden fazla düşüktü. Bazı mirasçılara tanınan kanunî intifa hakkı ise karışıklıklara sebep olmakta idi. Bu sakınca 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun'un kanunî intifa hakkını kaldırmasıyla giderilmiş oldu. İtiraz konusu olan hususların kanunun sistemine dokunulmaksızın düzeltilmesi mümkündü.

Kanundaki bazı hükümlerin kadın-erkek eşitliğini bozduğu, modern ihtiyaçlara uymadığı iddiaları ileri sürülmekte idi. Bunlar, özellikle karının bir meslek ve sanatla uğraşmasını kocanın iznine bağlayan hüküm,

---

(25) Bu konuda daha fazla bilgi için bk. **Onar, Sıddık Sami:** Medenî Kanunun İçtimaî Bünyemiz Üzerindeki Tesirleri Ve İçtimaî Kıymeti, İş Mecmuası, Türk Medenî Kanununun XV. Yık Nüshası, sh.181 vd. Ayrıca bk. **Prof. Dr. Fikret Arık** tarafından önerilen değişiklikler, sh.210 vd.

(26) **Schwarz, A. B.:** age., sh.126. Bunun ölenin çocukları ile birleşen ana ve babaya kanunî bir intifa hakkı tanımak suretiyle çözümü düşünülebilirse de, kanunî intifa hakkı kanundan çıkarılmış bulunduğundan böyle bir çözüm söz konusu olamaz.

evlilik birliği içinde kocanın karıya oranla belli ölçüde üstün olmasını sağlayan hükümler, sahih olmayan nesep ve özellikle iki ayrı babalık davasına ilişkin m.304 ve 312 hükümleri ile mal ayrılığı rejimine yönelikti. Bu eleştiriler, üzerinde durulması ve ciddiyetle incelenmesi gerekli olan eleştirilerdi[27].

Kanundaki bazı kurumların ülkenin hukukî bünyesine yabancı olduğu söylenmekteydi. Buna örnek olarak "elbirliği hâlinde mülkiyet" (iştirak hâlinde mülkiyet) ile belli dereceli mirasçılara tanınan "kanunî intifa hakkı" gösterilebilir. Bunlardan kanunî intifa hakkı 1990 yılında 3678 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Elbirliği hâlinde mülkiyetin kanunun sistemine ve hükümler arasındaki dengeye dokunmadan kanundan çıkarılması mümkün değildi. Belki de çok genel ve kısa bir şekilde düzenlenmiş olan bu mülkiyet türünün anlaşılmasını ve uygulanmasını kolaylaştıracak ayrıntılı hükümlere ihtiyaç vardır[28]. Böyle hükümler müşterek mülkiyet hakkında da gerekli idi.

Kanundaki bazı kurumlar, pratik bir değeri olmadıkları ve uygulanmadıkları gerekçesiyle eleştirilmekte idi. Evlenme mukavelesine ilişkin hükümler, aile malları ve belki de irat senedi ile ipotekli borç senedi bu arada belirtilebilir. Ancak, bu kurumların hâlen uygulanma kabiliyetinin bulunmamasından dolayı kanundan çıkarılması ne dereceye kadar doğru olabilirdi? Bunların zamanla uygulanabilir hâle gelmeleri mümkündür. Hele günümüzdeki kredi ihtiyaçları karşısında, irat ve ipotekli borç senetlerinin uygulanmasını sağlayacak tüzüğün çıkarılması ve bu suretle onlara pratik değer kazandırılması hem mümkün hem de temenniye şayandır.

Önceki Medenî Kanunda birtakım *boşlukların bulunduğu* ileri sürülmekte idi. Bu iddia da doğruydu. Ancak, Medenî Kanunu'nun diğer medenî kanunlar karşısındaki canlılığını, devrin ihtiyaçlarına uyabilmesini ve özellikle bünyemizle bağdaşabilmesini sağlayacak olan da işte bu boşlukların bulunmasıdır. Çünkü kanun, birinci maddesiyle bu boşlukları doldurma yetkisini ve görevini hâkime vermiştir.

Sonuçta kanun bir çerçeve, bir kalıptır; ona canlılık ve ruh verecek olan, mahkeme içtihatlarıdır. Bu bakımdan Türk Medenî Kanunu'nun bünyemize uydurulmasında hukuk bilimiyle uğraşanlara, hâkimlere ve

---

(27) Bk. **Arık, K.F.;** age.. sh.213; **Aksoy Muammer:** Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku İle Bağı, Ankara 1964.

(28) Bk. **Arık, K.F.:** age., sh.210,214.

özellikle onları yetiştirme durumunda olan hukuk fakültelerine çok büyük ve büyük olduğu ölçüde çok ağır görevler düştüğü, kendiliğinden anlaşılır.

Önceki Medenî Kanunu'muzun *gerek diline ve içindeki çeviri yanlışlarına, gerek doğrudan doğruya içeriğine karşı ileri sürülen eleştirilerin haklı görülenleri, yeni Medenî Kanun Tasarısını hazırlayan komisyonca dikkate alınarak büyük ölçüde giderilmiştir. Özellikle çeviri yanlışlarının tamamı düzeltilmiş, ifadesi bozuk olan ve farklı şekilde anlaşılabilecek durumdaki hükümler arılaştırılarak yeniden kaleme alınmıştır.*

Yeni Medenî Kanun'un arılaştırılmış ifadesi ve özellikle günümüz Türkçesiyle değiştirilen pek çok terimi, Tasarının gerek T.B.M.M. Adalet Komisyonunda, gerek Meclis Genel Kurulunda görüşülmesi sürecinde ciddî ve ağır eleştirilere uğramıştır. Özellikle *"***yerleşim** *yeri", "ayırt etme gücü", "erginlik", "kayın hısımlığı", "üstsoy", "altsoy", "yanılma", "aldatma",* ve *"karşılıksız kazanma"* gibi yeni terimlerin "ikametgâh", "temyiz kudreti", "rüşt", "sıhri hısımlık", "usul", "füru", "hata", "hile", "ivazsız iktisap" terimleri kadar iyi seçilmiş terimler olmadığı ileri sürülmüştür[29].

§ 3. MEDENÎ KANUN'UN SİSTEMİ

Bir ***kanunun sistemi****, konusuna giren hukukî ilişkileri, kurumları, eylem ve davranışları düzenlerken izlediği sıra demektir*.

I- MEDENÎ KANUN VE BORÇLAR KANUNU

Medenî hukuk ile ilgili ilişkiler ve kurumlar Medenî Kanun içinde iki ayrı kitap hâlinde düzenlenmiştir: Dar anlamıyla *Medenî Kanun* ile *Borçlar Kanunu.*

Bu düzenleme biçimi, Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının diğer yabancı medenî kanunlar karşısında sahip bulunduğu bir özelliğini oluşturur. Bununla beraber, Medenî Kanun'un biri *dar anlamıyla Medenî Kanun*, diğeri *Borçlar Kanunu* olmak üzere iki kitaba ayrılmış olması, salt şekle ilişkin olup, medenî hukukun İsviçre'de geçirmiş olduğu gelişim süreciyle açıklanabilir. Zira İsviçre'de ilk önce borçlar hukuku yasalaştırılmış ve 1881 tarihli federal Borçlar Kanunu meydana getirilmiştir.

---

(29) Bu konuda fazla bilgi için bk. **Em, Ali - Sözen Ayten Ş.- Yılmaz , Zümra -Kaçak, Nazif:** Açıklamalı - Gerekçeli Türk Medenî Kanunu ve Uygulama Kanunu, Ankara 2001.

Dar anlamdaki Medenî Kanun'un kabulünden sonra yeniden gözden geçirilen Borçlar Kanunu, Medenî Kanun'un beşinci kısmını oluşturmak üzere onunla birleştirilmiş, fakat madde numaraları olduğu gibi korunmuştur[30].

Açıklandığı üzere, bünyeleri ve mahiyetleri itibariyle dar anlamdaki Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu, birbirinden ayrı ve bağımsız iki kanun hüviyeti taşımazlar. *Borçlar Kanun'u, Medenî Kanunu* tamamlar ve onunla bir bütün, bir kül oluşturarak Türk Medenî Hukukunun en başta gelen ve en önemli kabul edilen yazılı kaynaklarından birini meydana getirir. Bunun böyle olduğu, her iki kanunun şekil, içerik ve özelliklerinin a y n ı olmasından da anlaşılır. Kanun koyucunun bizzat kendisi de bunu kabul eder. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 646 ncı maddesi Borçlar Kanunu'nun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısı olduğunu açıkça dile getirir. Ayrıca, Medenî Kanun'un 5 inci maddesi de Borçlar Kanunu'nun dar anlamlı Medenî Kanun'u tamamladığını destekler mahiyettedir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nun resmî adı "İsviçre Medenî Kanunu'nu Tamamlayan Federal Kanun, Beşinci Kitap: Borçlar Hukuku" *(Bundesgesetz betr. die Ergaenzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Fünfter Teil: Obligationenrecht)* şeklindedir[31].

II- MEDENÎ KANUN

Kanun yapma bir sanattır. Modern kanun tekniği, belli bir sisteme dayanır. Bu sistem önce mahiyetleri itibariyle birbirlerine benzeyen veya yakın olan ilişki, kurum ve eylemlerin ***kitap*** hâlinde bir araya getirilmesini gerektirir. Aynı kitap içinde yer alan ve mahiyetleri itibariyle birbirlerine benzeyen ilişki, kurum ve eylemlere uygulanacak hükümler ***kısım*** ve ***bölüm*** adları altında toplanır. Kısım ve bölümler içinde toplanan hükümler de yine kendi aralarında ***madde*** hâlinde düzenlenirler ve maddelerin tümü kanunu oluşturur.

Medenî Kanun tarafından medenî hukuk ilişkilerinin düzenlenmesinde dayanılan sistem, modern Pandekt İlmi tarafından işlenmiş olan b e ş l i sistemdir. Bu suretle geniş anlamda Medenî Kanun, mahiyetleri gereği birbirine benzeyen medenî hukuk ilişkilerini b e ş k i t a p içinde toplamıştır. İşte bu beş kitap içinde sırasıyla *"Kişiler Hukuku", "Aile*

(30) Bk. **Tuor:** Le code civil suisse, Geneve 1949, sh.19.

(31) Ticaret Kanunu ile Medeni Kanun arasındaki ilişkiler hakkında bk. **Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Hukuk Dersleri, Ankara 1957, sh.54.

Hukuku", "Miras Hukuku", "Eşya Hukuku" ve nihayet *"Borçlar Hukuku"* ilişkileri düzenlenmiş bulunmaktadır[32].

Sistem bakımından Medenî Kanun'un gösterdiği en büyük özellik, baş tarafında yedi maddeden oluşan bir *Başlangıç* kısmının bulunmasıdır ki, biz bunu ***"Başlangıç Hükümleri"*** olarak isimlendiriyoruz.

III- BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ - GENEL HÜKÜMLER

A) BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Başlangıç Hükümleri*, bütün medenî hukuk ilişkilerine ve hatta bütün özel hukuk ilişkilerine uygulanabilen hukuk kuralları, hukuk normlarıdır.* Bu kurallar mahiyetleri itibariyle bir ülkedeki hukuk düzeninin dayanağını, temelini oluşturacak derecede genel olan ana ilkeler, temel kurallardır.

Medenî Kanun'umuzun başlangıç hükümleri kural olarak şu konular hakkında birtakım ana ve temel ilkeler koyarlar: *Hukuk kurallarının uygulanma biçimi* (m.1, 4 ve 5); *hakların kazanılması* (m. 3); *hakların içeriğinin ve kullanılmasının kapsamı* (m. 2); *hakların kötüye kullanılmasının yaptırımı* (m.2/II) ve *ispat yükü* (m. 6 ve 7).

Başlangıç hükümleri, mahiyetleri gereği kamu hukukunun bünyesine ters düşmedikçe, bu hukuk bölümünde yer alan ilişkilerde dahi uygulama alanı bulurlar.

B) GENEL HÜKÜMLER

Genel Hükümler*, medenî kanunlarda bulunan genel mahiyette öyle birtakım kurallardır ki, bunlar birbirine az çok benzeyen bütün hukukî ilişkilere uygulanır.* Bununla beraber, bu genel hükümler başlangıç hükümleri kadar genel ve bütün hukuk dallarına uygulanabilecek ölçüde geniş kapsamlı da değildirler; hatta medenî hukukun bütün kurumlarına bile uygulanamazlar. Genel hükümler, ancak mahiyetleri ve nitelikleri bakımından birbirine benzeyen kurum ve ilişkilere uygulanırlar[33].

---

(32) Bu konuda bk. **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukukta Umumî Kısım Meselesi, Medenî Kanun'un XV. Yılı, sh.409 ve aynı yazar: Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1942, sh.22 vd. Çeşitli medenî kanunların sistemi hakkında bk. **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.99 vd.

(33) Başlangıç hükümleri ve umumî kısım ile bunların karşılaştırılması konusunda bk. **Velidedeoğlu, H. V.:** Medenî Hukuk, sh.161 vd.

Medenî kanunların baş tarafında mutlaka da başlangıç hükümlerinin bulunması gerekmez. Nitekim Alman Medenî Kanun'unda ve onu örnek alarak hazırlanmış olan birçok kanunlarda, örneğin Japon ve Yunan Medenî Kanunlarında başlangıç hükümleri yoktur. Buna karşılık, sözü edilen bu üç kanunda da "genel hükümler", yani "umumî kısım" vardır.

Başlangıç hükümleri, Fransız Medenî Kanunu'nda ve onun sistemini benimsemiş olan İtalyan Medenî Kanunu'nda mevcuttur. Türk ve İsviçre kanun koyucularına da zaten bu konuda Fransız Medenî Kanunu örnek olmuştur.

Türk Ticaret Kanunu'nun l ilâ 10 uncu maddelerinin yer aldığı kısım "Başlangıç" adını taşır. Bu maddeler, bütün ticarî işlerde uygulanabilecek anlamda kurallar koyarlar. Fakat bu kurallar bütün hukuk dallarına ve bütün hukuk ilişkilerine uygulanabilecek kapsamda olmadıklarından, başlangıç hükümleri olmaktan çok, umumî hüküm mahiyetindedirler.

Dar anlamdaki Medenî Kanun'un baş tarafında Genel Hükümler ya da bir Umumî Kısım mevcut değildir. Buna karşılık, böyle bir Umumî Kısım ya da Genel Hükümler Borçlar Kanunu'nda mevcuttur. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun Birinci Kısmı (l ilâ 181 inci maddeleri), hukukî işlem mahiyeti gösteren bütün ilişkilere uygulanabilir olan birtakım genel ilkeler koyar. Bu hükümler Medenî Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca borçlar hukuku ilişkisi mahiyetinde olmayan öbür medenî hukuk dallarına da mahiyetleri uygun düştüğü ölçüde uygulanırlar. Aynı madde uyarınca Medenî Kanun'un genel nitelikli hükümleri de uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanırlar.

Daha dar bir uygulama alanı bulunan Genel Hükümler de Medenî Kanun'un eşya hukukunu düzenleyen Dördüncü Kitabında karşımıza çıkar. Dördüncü Kitabın Birinci Kısmının Birinci Bölümü, bu genel hükümleri 683 ilâ 703 üncü maddeleri arasında düzenlemektedir. Söz konusu bu hükümler, mülkiyet hakkına ve mahiyetlerine aykırı olmadıkça diğer sınırlı aynî haklara da uygulanır. Taşınmaz mülkiyeti ile ilgili 705, 706, 712 ve belki de 713 üncü maddeler taşınmazlar üzerindeki bütün aynî haklara da uygulanacak birer genel hüküm olarak kabul edilebilir.

İkinci Kısım
MEDENÎ KANUN'UN BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Medenî Kanunu'muzun başında *"Başlangıç"* başlığı altında yedi maddelik **"Başlangıç Hükümleri"** mevcuttur. İsviçre Medenî Kanunu'nda bu maddelerin sayısı ondur. İsviçre Devletinin federal bünyesi gereği medenî hukuk alanında kantonlara tanınan yetkileri ve Medenî Kanun ile kantonların diğer özel hukuk mevzuatı arasındaki ilişkileri düzenleyen 5, 6 ve 9 uncu maddeler, haklı olarak İsviçre Medenî Kanundan Önceki Medenî Kanun'umuza alınmamıştı.

Başlangıç hükümleri, *bir ülkenin hukuk sisteminin dayanağını oluşturan ve çok genel mahiyette olan birtakım hukuk normları, hukuk ilkeleridir.* Bu hükümler, bir ülkenin bütün hukuk sisteminin dayanağını oluşturan ilke ve kurallar olduğu içindir ki, medenî hukukun (genel hükümleri de içermek üzere) her kısmına, bütün özel hukuka ve hatta kamu hukuku ilişkilerine bile uygulanabilecek niteliktedirler(1).

Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının başlangıç hükümleri, kendilerinden önceki kanunların başlangıç hükümlerinden farklıdır. Türk ve İsviçre kanun koyucuları, kendilerinden önceki kanunların, örneğin Fransız Medenî Kanunu'nun (m.1 ila 6) aksine, *kanunların yürürlüğü* ile *zaman ve yer bakımından uygulanması* konularını düzenlememişlerdir. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının Başlangıç Hükümleri, Fransız Medenî Kanunu'na oranla çok daha genel bir mahiyettedir. Çünkü bu hükümlerle esasında kanunların değil, *hukukun uygulanması ile hakların içerik ve kapsamı* düzenlenmiştir. Bunun içindir ki, bu Başlangıç Hükümleri bir yandan bireylere, diğer yandan da kanunu uygulama durumunda bulunan hâkimlere ve yöneticilere hitap eder.

---

(1) Bu konuda bk. **Joung, Walter (Çev. Güral Akipek, Jale):** Eugen Huber ve İsviçre Medenî Kanunu'nun Ruhu, AHF. Der. 1949, S.1. sh.174 vd., 178.

Bireylere hitap ederek onlara başkaları ile karşılıklı ilişkilerinde, yani haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken veya bir hak kazanırken ne şekilde hareket etmeleri gerektiğini gösterir. Bu hükümlere göre, herkes haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına; bir hak kazanırken ise, iyiniyet (hüsnüniyet) kurallarına uygun davranmak zorundadır (m.2,3). Bu hükümler ilk bakışta bireylere hitap eder görünür ve onlara birbirleriyle olan ilişkilerinde doğru, dürüst ve iyi ahlâklı bir insan gibi davranmalarını emreder.

Başlangıç Hükümleri aynı zamanda *hukuku uygulamakla yükümlü olanlara da yönelerek* hakların iyiniyet kurallarına uygun şekilde kazanılmamış veya dürüstlük kurallarına uyularak kullanılmamış olmasını korumamaları gerektiğini bildirir (m.2, 3).

Bu hükümlerden bir kısmı ise, hukukun nasıl uygulanacağını düzenlemek suretiyle sadece *hâkimlere hitap eder.*

Medenî Kanun'un "Başlangıç" kısmında yer alan maddeleri bu içeriklerine bakarak d ö r t grupta toplamak mümkündür:

1) Hukukun uygulanmasıyla ilgili olanlar (m. l, 4, 5),

2) Hakların kazanılmasıyla ilgili olanlar (m. 3),

3) Hakların kapsamı, kullanılması ve borçların yerine getirilmesiyle ilgili olanlar (m. 2),

4) Hakların veya borçların varlığı konusundaki anlaşmazlıklarda ispat yükünün dağılımıyla ilgili olanlar (m. 6, 7).

Medenî Kanun, Başlangıç Hükümleriyle geniş anlamda *hukukun uygulanması* sorununu düzenlemiş bulunmaktadır. Bu sorunun düzenlenmesinde maddelerin kaleme alınışının ve konunun maddeler arasındaki dağılımının da gösterdiği gibi, mantıksal bir plân izlenmiştir. Bundan sonraki bölümlerde kanunun izlediği sıraya oldukça sadık kalarak Başlangıç Hükümlerinde düzenlenmiş olan ilkeleri ele alacağız.

Birinci Bölüm
MEDENÎ HUKUKUN UYGULANMASI

§ 1. GENEL OLARAK HUKUKUN UYGULANMASI

Hukukun uygulanması; *genel, objektif ve soyut hukuk kuralları biçiminde düzenlenmiş olan hükümlerin ve ilkelerin hayatın çeşitli ve birbirinden farklı olaylarına uydurulması demektir.* Çok genel ve soyut bir içeriği bulunan hukuk kurallarının, somut ve belirli bir olayla ilgili anlaşmazlığı çözümlemek amacıyla belirli olayın özellikleri göz önünde tutularak bu olaya yansıtılması, uydurulması için yapılan işleme hukukun uygulanması denir. Başka bir deyişle hukukun uygulanması, hukuk kurallarının şart kısmında gösterilen olgu, eylem ve davranışlarla az çok benzerlik gösteren belirli bir sosyal olaya, o olayın özellikleri de göz önünde tutularak, hukuk kuralının sonuç kısmında belirtilen hükmün bağlanmasıdır.

En kısa tanımıyla *hukukun uygulanması, hukuk kurullarının hayat olaylarına yansıtılmasıdır.*

Hukukun uygulanmasıyla görevli ve yükümlü olanlar, Anayasa ile yasama ve yürütme erki karşısında hür ve bağımsız bir erk olarak örgütlendirilmiş bulunan ***yargı mercileri***, yani *mahkemeler* ve *hâkimler*dir (Ay. m.138 vd.).

O hâlde hâkimler, belli bir anda önlerine gelen hukukî anlaşmazlıkları, taraflar arasında doğmuş olan hukukî çekişmeleri çözümleyebilmek için, soyut ve genel bir biçimde ifadelendirilmiş bulunan ilkeleri ve bu ilkelere bağlanan sonuçları, anlaşmazlık veya çekişme konusu olaya yansıtmak ve bağlamak zorundadırlar. Hâkimlerin bu işi nasıl yapacaklarını, belli bir olayı nasıl hükme bağlayacaklarını kural olarak yargılama (muhakeme) usulü ile ilgili kanunlar düzenler.

Bu açıklamalarımız *hukukun dar anlamda uygulanması* ile ilgilidir. Hâkimin bunu yapabilmesi için ilk önce, önüne getirilmiş olan olayın (sorunun) hukukun hangi dalıyla ilgili bir anlaşmazlığa sebep olduğu-

nu belirlemesi gerekir. Diğer deyişle hâkimin, önünde bulunan sorunun hukukî mahiyetini saptaması, bu sorunu hukuken nitelendirmesi (tavsif etmesi) icap eder. Bu nitelendirmenin yapılması, sorunun çözümlenmesinde uygulanacak hukuk kurallarının, hukukun hangi alanı (dalı) içinde bulunabileceğinin bilinmesi bakımından zorunludur. Ancak bu yapıldıktan sonradır ki, sıra çözümlenecek sorunla ilgili hukuk kurallarının araştırılması işine gelir. Uygulanacak hukuk kurallarının bulunabilmesi, hukuk kurallarının görünüş şekillerinin nelerden ibaret olduğunun bilinmesine bağlıdır. Yani iş, sonunda pozitif hukukun kaynaklarının nelerden ibaret olduğu ve hâkimin bu kaynaklar arasından önce hangisini uygulayacağı konusuna gelip dayanır. Çeşitli hukuk kaynakları ile bunlar arasında uygulanmaları bakımından mevcut tertip ve sıra, *hukukun geniş anlamda uygulanması* konusunu oluşturur. Yani bu, hukuk kaynaklarından hangisinin ilk önce uygulanacağı sorunudur. Bu sorun çözümlendikten sonradır ki, artık gerçek ve tam manasıyla hukukun dar anlamda uygulanması söz konusu olur.

Hukukun geniş anlamda uygulanması esas itibariyle birbirinden farklı şu ü ç konuyu ortaya çıkarır: (1) *Hukukun yer bakımından uygulanması,* (2) *Hukukun zaman bakımından uygulanması*, *(3) Hukukun anlam bakımından uygulanması.*

I- HUKUKUN YER BAKIMINDAN UYGULANMASI

Pozitif hukuk kuralları esas itibariyle her ülkenin sosyal bünyesine ve her toplumun özelliklerine göre birbirinden farklıdır. Başka bir deyişle, her toplumun kendine özgü hukuk kuralları vardır. Bunlar o toplumun pozitif (müspet) hukukunu oluşturur. Bunun içindir ki, hâkimin uygulayacağı hukuk kuralları, mutlaka belli bir toplumun hukuk kuralları, yani o toplumun oluşturduğu devletin *pozitif hukuku* olacaktır. İşte, hukukun uygulanmasında karşılaşılan ilk sorun, bir anlaşmazlığın çözümlenmesinde *uygulanacak hukukun hangi devletin hukuku olduğudur.* Kural olarak, belli bir devletin sınırları içerisinde ve belli bir devlete bağlı olanlara, bu devletin pozitif hukuku uygulanır. Ancak bu, genel bir ilke olmaktan da ileri gidemez. Zira bu kuralın pek çok istisnaları vardır. Acaba bu istisnalar nelerdir? Başka bir deyişle, ne zaman ve hangi şartlar altında bir ülkede yabancı hukuk kuralları uygulanabilir? Bu sorun devletler özel hukukunun konusunu oluşturduğundan, açıklamalarımızın dışında kalacaktır.

II- HUKUKUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Bir ülkede yürürlükte olan yazılı ve yazılı olmayan (yazısız) hukuk kurallarının tümü, o ülkenin ***pozitif hukukunu*** *oluşturur.* Hâkimin uygulamakla yükümlü olduğu bu hukuk kuralları arasında, aynı konu ile ilgili olmak üzere *farklı zamanlarda yürürlüğe girmiş* bulunan hukuk kuralları mevcut olabilir. Bu durumda hâkim, önüne gelmiş olan anlaşmazlığı çözümlerken bunlardan hangisini uygulayacaktır? Diğer bir ifadeyle, acaba bir hukuk kuralı yürürlüğe girdiği tarihten önceki bir tarihte doğmuş olan olaylara veya hukukî ilişkilere uygulanabilir mi? Bu, hukukun zaman bakımından nasıl uygulanacağı sorununu oluşturur.

III- HUKUKUN ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI

Uygulayacağı hukuk kuralının ifadesi yeterince açık ve seçik değilse hâkim, bu kuralın gerçek anlamını ortaya çıkarmak, onu anlamlandırmak zorunda kalır. Herhangi bir hukuk kuralının açık olmayan ifadesini iyice kavradıktan, onun ne söylemek istediğini iyice anladıktan sonradır ki hâkim, önündeki somut olaya bu kuralı uygulayabilir, yani hukuku anlam bakımından uygular.

Biz şimdi sırasıyla bütün hukukun değil, fakat *sadece medenî hukukun uygulanmasıyla* ilgili olmak üzere bu konular üzerinde duracağız. Ancak, bir ön sorun olması bakımından önce medenî hukukun kaynaklarını, yani medenî hukuk kurallarının ne şekiller altında bulunabileceği, dışa karşı görünüş ve yansıyış şekillerinin neler olduğu konusunu inceleyeceğiz.

§ 2. MEDENÎ HUKUKUN KAYNAKLARI

I- KAYNAK KAVRAMI

Hukukun kaynağı deyimiyle bir taraftan *hukuk kurallarının nasıl ve ne suretle meydana geldikleri,* diğer taraftan da *hukuk kurallarının görünüş ve dışa yansıyış şekillerinin nelerden ibaret olduğu* hususları ifade edilmek istenir. O hâlde, hukukta kaynak sözcüğü birbirinden farklı i k i anlama gelir.

Bir anlamda hukukun kaynağı, hukuk kurallarının *nasıl ve ne suretle meydana geldiğini, nasıl ortaya çıktığını* ifade eder. Bu anlamıyla kaynak, hukukun kökenini gösterir ve bir ülkede hukuk kurallarını mey-

dana getiren, hukuk kurallarını koyan organları ifade etmek üzere kullanılır. Buna *"hukuku doğuran kaynaklar"* denir. Bu kaynağa "*hukukun yaratıcı kaynakları"* da denilmektedir. Hukuk kurallarının nasıl ve ne suretle meydana geldiği (oluştuğu) anlamına gelen hukukun bu kaynağı, konumuzun dışında kalır. Zira bu konu, mahiyeti itibariyle bir taraftan hukuk felsefesinin, diğer taraftan da anayasa hukukunun inceleme alanına girer.

Bir başka anlamda kaynak ise, hukuk kurallarının *nasıl ve hangi şekillerde göründüklerini,* hukuk kurallarını bizlere gösteren, bildiren ve formüle eden şekillerin neler olduğunu ifade eder. Bu anlama gelmek üzere buna da *"hukuku bildiren kaynaklar"* denir. Hukuku bildiren kaynaklar, hukuk kurallarının ne şekiller altında gözüktüğünü, belli bir toplumda hangi şekiller altında bulunduğunu gösterir. Aynı anlama gelmek üzere bu kaynak için *"hukukun şeklî kaynakları"* ya da *"hukukun yürürlük kaynakları"* deyimi de kullanılmaktadır.

Medenî hukukun uygulanması bakımından bizi ilgilendiren de işte bu son anlamdaki medenî hukukun şeklî kaynaklarıdır. Daha açık bir deyişle, Türkiye'deki medenî hukuk kurallarının hangi şekiller altında göründüğü ve onların ne şekiller altında ve nerelerde bulunabileceği, yani medenî hukuku uygulamakla yükümlü ve görevli olanların ve ilgili kişilerin *medenî hukuk kurallarını kaç şekil altında ve nerelerde bulacakları sorunudur.*

II- MEDENÎ HUKUKUN ŞEKLÎ KAYNAKLARI

Medenî Kanun'un birinci maddesi, medenî hukukun ve dolayısıyla bütün özel hukukumuzun şeklî kaynaklarını saymakta ve bunlar arasında bir sıralama yapmaktadır. Maddenin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır."

"Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir."

Maddeden anlaşılacağı üzere medenî hukukun üç kaynağı vardır:

1) Kanun, daha doğru bir ifadeyle ***yazılı hukuk kuralları,***

2*)* Yazılı olmayan kaynak, yani ***örf ve âdet hukuku,***

3) Hâkim tarafından konulan, yani ***hâkimin yarattığı hukuk***.

Birinci maddedeki sıralama biçiminden, yazılı kuralların medenî hukukun *aslî*, yani *birinci derecedeki* kaynağını; örf ve âdet hukuku ile hâkimin yarattığı hukuk kurallarının ise *talî,* yani *ikinci derecedeki* kaynağını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bunun içindir ki hâkim, önüne gelen bir konunun sonuca bağlanması, bir anlaşmazlığın çözümlenmesi için uygulayacağı hukuk kuralını, bu üç kaynaktan herhangi birinden *kanundaki sıralamaya göre* bulup çıkarmak zorundadır.

Bazı hukukçular tarafından Türk medenî hukukunun bir kaynağı olarak kabul edilen "mahkeme içtihatları" (yargı kararları), kanaatimizce hâkimin hukuk yaratması yoluyla oluşanlar ile Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları dışında, MK. m.1 anlamında bir kaynak mahiyetinde kabul edilemez. Bilimsel görüşler de fikrimizce kelimenin tam ve gerçek anlamıyla bir hukuk kaynağı değildir[1],[2]. Zira kaynak deyimiyle hukuk kurallarının dışa yansıması şekilleri kastedilir. Hukuk kuralları ise, sosyal davranış biçimlerini düzenleyen birtakım zorlayıcı, maddî yaptırımlı emir ve yasaklardır. Gerek bilimsel görüşler, gerek yargı kararları (yargısal içtihatlar) hiç olmazsa Kara Avrupası ve dolayısıyla Türk hukuk sistemleri bakımından zorlayıcı mahiyette olmadıklarından, hukukun kaynağı olmak gibi bir nitelikleri de yoktur. Bunlar, hâkimlerin veya hukuk bilginlerinin hukukî kurallar, hukukî sorunlar hakkındaki kanaat ve görüşlerini, onları anlayış ve uygulayış biçimlerini gösterirler. Bunların hukukun uygulanmasında, herhangi bir hukuk kuralının gerçek anlamının ortaya çıkarılmasında ve yorumunda oldukça büyük önemleri vardır. Ancak, önemleri ne kadar büyük olursa olsun, bunlar herkesin bir bilimsel görüşte ya da yargısal içtihatta ifadesini bulan anlayış veya görüş tarzına uygun davranmasını gerektirecek kadar zorlayıcı mahiyette değildirler. Aşağıda sırasıyla medenî hukukun bu kaynaklarını ele alacağız:

A) MEDENÎ HUKUKUN YAZILI KAYNAKLARI

Yazılı hukuk kurallarının en başta gelen kaynağı, k a n u n dur. Ancak, yazılı hukuk kuralları sadece kanundan ibaret de değildir. Kanun'un yanında onun kadar kapsamlı olmamakla beraber, aşağıda açıklayacağımız başka yazılı hukuk kuralları da vardır. Yazılı hukuk kurallarının en

---

(1) Bu konuda daha aşağılarda ayrıntılı açıklamamız olacaktır.

(2) Aynı görüş için bk. **Schwarz, A.B.**: Hukuk Kurumu Konferanslarından, Ankara 1936, sh.12; **Homberger:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1942, sh.37; **Meier Hayoz:** Berner Kommentar, m. l, Nr. 41, Aksi görüş: **Velidedeoğlu, H. V.:** Medenî Hukuk, sh.91; **Saymen, Ferit Hakkı:** Türk Medenî Hukuku, sh.103 vd., 114 vd.; **Oğuzman, K.-Barlas, N.**: Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar. B.9, İstanbul 2002, sh.80.

başta gelen kaynağı, k a n u n dur. Ancak, yazılı hukuk kuralları sadece kanundan ibaret de değildir. Kanun'un yanında onun kadar kapsamlı olmamakla beraber, aşağıda açıklayacağımız başka yazılı hukuk kuralları da vardır. O hâlde, medenî hukukun aslî kaynaklarını, daha doğru bir deyişle medenî hukukun yazılı kaynaklarını d ö r t gurupta toplayabiliriz: *"Kanunlar", "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", "yönetmelikler"* ve *"içtihadı birleştirme kararları"*. Bunları aşağıda incelemeden önce 27.04.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6771 sayılı Kanun ile Anayasa'da yapılan değişiklik sonucu bu tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnamelerin, tüzüklerin, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemlerin de yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliklerini koruduklarını da belirtmek gerekir. Bu sebeple halen yürürlükte bulunan Kanun Hükmünde Kararnameler ile tüzüklerin de medenî hukukun yazılı kaynaklarından olduklarının unutulmaması gerekir[3].

1) Kanunlar

Hukukun ve dolayısıyla medenî hukukun yazılı kaynaklarının başında kanunlar gelir. ***"Kanun,*** *Anayasanın yetkili kıldığı organ (T.B.M.M.) tarafından yazılı bir şekilde ve bu ad altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut hukuk kurallarından ibarettir"*[4]. Kanunlar Cumhurbaşkanı tarafından Resmî Gazetede yayımlanarak (Ay. m.89/I) yürürlüğe girerler.

Medenî hukukun en başka gelen yazılı kaynağını l Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 4721 sayılı ***Türk Medenî Kanunu*** oluşturur. Medenî Kanun terimini, geniş anlamda Borçlar Kanunu'nu da içine alacak şekilde kullanıyoruz[5].

---

(3) Tüzükler (Nizamnameler), 6771 sayılı Anayasa değişikliği öncesi, herhangi bir kanunun uygulanmasını göstermek veya kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek suretiyle Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan ve Cumhurbaşkanı'nca imzalanarak kanunlar gibi Resmî Gazete'de yayımlanan yazılı hukuk kurallarıdır. Medenî hukukla ilgili birtakım yazılı hukuk kurallarını içeren tüzükler vardır. Örneğin: *1931 tarihli Evlenme Muayenesi Hakkında Nizamnamesi, 1934 tarihli Soyadı Nizamnamesi, 1965 tarihli Hayvan Rehni Tüzüğü, 1970 tarihli Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük, 1972 tarihli Ticari İşletme Rehni Tüzüğü, 1994 tarihli Tapu Sicili Tüzüğü, 2003 tarihli Medenî Kanununun Velâyet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük* gibi.

(4) **Bilge, Necip:** Hukuk Başlangıcı Dersleri, B.12, Ankara 1998, sh.36.

(5) Medenî Kanun'un özellikleri ve sistemi hakkında daha yukarılarda açıklamalarda bulunulmuş olduğundan, burada bunlar üzerinde tekrar durulmayacaktır.

İsviçre Medenî Kanunu'ndan pek az değişiklikle aynen alınarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan *743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi,* 75 yıl gibi oldukça uzun bir süre yürürlükte kaldıktan sonra, yerini l Ocak 2002 günü 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu'na bırakarak yürürlükten kalkmıştır. Bundan böyle açıklamalarımızda ondan *"Önceki Medenî Kanun"* (ÖMK.) olarak söz edeceğiz.

Medenî hukuk ile ilgili bütün ilişkiler genellikle belirli bir sisteme uyularak Medenî Kanun içinde düzenlenmiştir. Bununla beraber, Medenî Kanun'un dışında pek çok genel veya özel kanunlarda da medenî hukukla ilgili hükümlere rastlanır. Bunlara örnek olarak Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Tapu Kanunu ve Kat Mülkiyeti Kanunu gibi kanunlar gösterilebilir.

Öte yandan, Medenî Kanun içinde çok genel bir şekilde düzenlenmiş olan bazı ilişkileri daha ayrıntılı biçimde düzenleyen *özel kanunlar* da vardır. Bu kanunlar da mahiyetleri itibariyle medenî hukukun yazılı kaynaklarından kabul edilir. Medenî hukukla ilgili özel kanunların sayısı oldukça büyük olduğundan, burada örnek olarak sadece en önemlilerinden bazılarını saymakla yetineceğiz[6].

***a) Kişiler Hukuku İle İlgili Olanlar*:**

- 2525 sayılı Soyadı Kanunu
- 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
- 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun,
- 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
- 5253 sayılı Dernekler Kanunu
- 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu
- 5737 sayılı Vakıflar Kanunu

***b) Aile Hukuku İle İlgili Olanlar*:**

- 1593 sayılı Umumî Hıfzıssıhha Kanunu
- 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

(6) Bu kanunları derli toplu olarak Prof. Dr. Cevdet Yavuz'un yayımlamış olduğu Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu Mevzuatı, İstanbul 1996 adlı eserde bulmak mümkündür.

***c) Eşya Hukuku İle İlgili Olanlar*:**

- 2644 sayılı Tapu Kanunu
- 3402 sayılı Kadastro Kanunu
- 1515 sayılı Tapu Kayıtlarından Hukukî Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanunlar
- 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun
- 167 sayılı Yeraltı Suları Kanunu
- 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu
- 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
- 3621 sayılı Kıyı Kanunu
- 2872 sayılı Çevre Kanunu
- 4342 sayılı Mera Kanunu
- 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi İle Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun
- 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu

***d) Borçlar Hukuku ile ilgili Olanlar*:**

- 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun
- 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu
- 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
- 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu

2) Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun ile yapılan en son değişiklikle yürütme yetkisinin Bakanlar Kurulundan alınarak Cumhurbaşkanına verilmesi sonucu Kanun Hükmünde Kararnamelerin yerini Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri almıştır[7]. Bu durum

[7] RG. 11.02.2017, Nr. 291976. Ülkemizde ilk defa 1961 Anayasası ile düzenlenmiş olan; Kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir kanunla yetki vermesi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belli konularda çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır. Bunlar da kanunlar gibi Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girerler. Medenî hukukla ilgili olarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere örnek olarak 5.5.1972 tarihli ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi-

Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasanın 104 üncü maddesinde "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.*" ifadesi ile açıkça hükme bağlanmıştır. (Any.m.104/17)

Kanun Hükmünde Kararnamelerin yanı sıra; yürütme yetkisi kapsamında Anayasa değişikliği öncesi Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan tüzükler, yine Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan yönetmelikler, ikili ve üçlü kararnameler, Bakanlar Kurulu Kararları ile Başbakanlık Kararları ise değişiklik sonrası artık Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri kapsamında düzenlenmektedir. Diğer yandan Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesine konu yapılamaz. Aynı şekilde Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. (Any.m.104/17) Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuka uygunluk denetimleri ise Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmaktadır. (Any.m.148/1)

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. (Any.m.104/19)

3) Yönetmelikler

Yönetmelik (eski adıyla Talimatname), Anayasamızın 124 üncü maddesi uyarınca *Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından kendilerini ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan yazılı hukuk kurallarıdır.*

Yönetmelikler Medenî Kanunla veya medenî hukukla ilgili kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden (veya yürürlükten kalkmamış tüzüklerden) biri ile ilgili oldukları ölçüde medenî hukukun yazılı kaynağını oluştururlar. Bu yönetmeliklere, 1985 tarihli Evlendirme Yönetmeliği, 1982 tarihli İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik, 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği, 2005 tarihli Dernekler Yönetmeliği, 2006 tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına

ne İlişkin 5.7.1984 Tarihli ve 239 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi gösterebiliriz (RG. 5.7.1984, Nr, 18449).

İlişkin Yönetmelik, 2002 tarihli Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetlerine Ait Görev ve Çalışma Yönetmeliği, 1984 tarihli Derneklerin İzinle Kurabileceği Tesisler Hakkında Yönetmelik, 1984 tarihli Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Aynî Hak Tesisi, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği ile 1983 tarihli Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik örnek olarak gösterilebilir.

4) İçtihadı Birleştirme Kararları

İçtihadı birleştirme kararı, hukukun uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan farklı veya birbiriyle çelişen içtihatları birleştirmek, yani tek görüş hâline getirmek maksadıyla Yargıtay tarafından verilmiş olan karardır. Fikrimizce medenî hukukla ilgili olan içtihadı birleştirme kararları da medenî hukukun yazılı kaynağı sayılır[8]. Zira Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesi uyarınca bütün mahkemelerin bu kararlara aynen uymak zorunluluğu vardır.

B) MEDENÎ HUKUKUN YAZILI OLMAYAN KAYNAĞI: ÖRF VE ÂDET HUKUKU

1) Örf ve Âdet Hukuku Kavramı

Medenî hukukun yazılı olmayan kaynağını örf ve âdet hukuku oluşturur. ***Örf ve âdet hukuku,*** *birbirine benzer eylem ve davranışlara, hukukî olaylara ya da hukukî ilişkilere zaman boyunca bağlanan hep aynı çözüm biçiminin kuşaktan kuşağa geçmesi suretiyle belli bir toplum içinde yerleşerek bir hukuk kuralı hâline gelmesi yoluyla oluşur.* O suretle ki, bu tekrarlanma sonucunda, bir toplumda yaşayan bireylerin vicdanında belli eylem ve davranışların, belli hukukî olayların veya belli hukukî ilişkilerin, eskiden beri uygulana gelmekte olan çözüm biçimine tâbi olması gerektiği hususunda sürekli ve belirli bir kanaat yerleşir. Toplumu oluşturan bireylerin hepsi olmasa bile oldukça büyük bir çoğunluğu, toplum tarafından benimsenip desteklenen ve kuşaktan kuşağa geçmek suretiyle yerleşmiş bulunan bu kurallara mutlaka uyulmak gerektiğine ve bu kuralın çiğnenmesi hâlinde, toplum içinde bir tepkinin doğacağına inanır. Bu yolla başlangıçta toplum içinde bilinçli bir iradeye dayanmayarak kendiliğinden (spontane biçimde) oluşan bu kurallar, giderek bilinçli bir şekilde toplum içinde yerleşir ve kök salarlar. Düşünülmeden, hatta farkına bile varılmadan uygulanması sürekli olarak tekrarlanarak yerleşmiş olan bu çözüm biçimi, zamanla hukukî bir

---

(8) Aynı mahiyette bir hüküm çok daha önceleri sonradan 1928 ve 1953 tarihlerinde bazı değişikliklere uğramış olan 1926 tarihli Temyiz Mahkemesi Teşkilâtı Kanunu'nun 13. maddesinde de mevcut idi.

kural olma gücünü kazanır; bu kurala karşı çıkmanın artık hukukî bir yaptırımı olacağına, buna aykırı davranılması durumunda toplumda bir tepki uyanacağına da inanılır. Kamu gücü de, halk arasında yayılmış bulunan bu inanışa uygun olarak harekete geçer ve uzun zamandan beri sürekli olarak devam etmekte olan bu davranış biçimine aykırı hareket edenleri buna uymaya zorlar, böylece de halkın benimsediği ve uymayı zorunlu saydığı davranış biçimine aykırı davranmanın bir yaptırımı olacağını gösterir.

Görüldüğü üzere, örf ve âdet hukukunu *toplum içinde uzun süre tekrarlana gelen âdetler oluşturur.* Bununla beraber, örf ve âdet hukuku kuralının alelade âdetten farklı bir mahiyeti vardır. Bunu Ticaret Kanunu'nun 2 nci maddesi "Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz" demek suretiyle açıkça belirler.

Bir örf ve âdet hukuku kuralı, alelâde bir âdetten, bir teamülden nasıl ayrılır? Başka bir deyişle, alelâde bir âdetin örf ve âdet hukuku mahiyetini kazanabilmesi için gerekli olan unsurlar nelerdir?

2) Örf ve Âdet Hukukunun Unsurları

Alelâde bir âdet, bir teamül kuralı ile bir örf ve âdet hukuku kuralı arasında ne gibi farklar vardır? Bir âdet kuralı, hangi andan itibaren örf ve âdet hukuku kuralı hâline dönüşür? Bu soru, örf ve âdet hukukunun nasıl oluştuğu konusu ile çok yakından ilgilidir. Ancak, konu hukuk doktrininde hâlâ tartışılmaktadır. Örf ve âdet hukukunun oluşum biçimini açıklayan çeşitli teoriler vardır[9]. Biz bu teorilere değinmeksizin sadece örf ve âdet hukukunun unsurları üzerinde duracağız:

a) Maddî (Dış) Unsur: *Tekrarlanma*

Bir âdetin, bir davranış biçiminin örf ve âdet hukuku kuralı hâline gelebilmesi, toplum içinde uzun zamandan beri sürekli olarak uygulana gelmesine, sürekli olarak tekrarlanmasına bağlıdır. Yani bu davranış biçimi, bir âdet hâlinde çok uzun zamandan beri devam etmekte olmalıdır. Bu davranış biçimi o kadar uzun zamandan beri bir âdet hâlinde kuşaktan kuşağa geçmiş olmalıdır ki, kural olarak o toplulukta bunun başlangıç anı hakkında doğru bir bilgi bulunmasın. Sürekli surette uygulanmanın en az ne kadar süreyle devam etmiş olmasının gerektiği hususunda kesin bir ölçüt verilemez. Bu süre, tamamen görecelidir (nisbîdir). Zira bazen yeni

(9) Bu konuda bk. **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.157 **vd.; Gény. François.:** Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, C.I, Paris 1954, sh.317 vd.

bir örf ve âdet hukukunun oluşabilmesi için oldukça kısa bir zaman dilimi bile yeterli olabilir.

Bir âdetin örf ve âdet hukuku kuralı şeklinde ortaya çıkmasında mahkemelerin ve idarî uygulamanın önemli rolü vardır. Zira bir sorunun mahkemeler veya idarî organlar tarafından daima aynı çözüm biçimine bağlanması suretiyle zaman içinde tekrarlanması, onun toplumda bir örf ve âdet hukuku kuralı olarak benimsenmesi sonucunu doğurabilir(10). *Birbirine benzer sürekli bir uygulanma*, örf ve âdet hukukunun maddî unsurunu oluşturur.

b) Manevî (Psikolojik) Unsur: *Genel İnanış*

Toplum içinde uzun zamandan beri tekrarlana gelen bir âdete, bir davranış biçimine uymanın zorunlu ve aynen bir hukuk kuralı gibi bağlayıcı olduğu hususunda, bireylerin genel bir inanışa ve kanaate sahip bulunmaları da gereklidir. Buna Lâtinceden gelen bir deyimle *opinio necessitatis* denir.

Yukarıda kısaca açıkladığımız iki unsurun gerçekleşmesiyle, alelâde bir âdet kuralının bir örf ve âdet hukuku kuralı niteliğini alacağı genellikle kabul edilir(11) • Ancak, kanaatimizce bu iki unsura veya şarta üçüncü bir unsurun daha eklenmesi gerekir ki, bu da örf ve âdet hukukunun hukukî unsurunu oluşturur(12).

c) Hukukî Unsur: *Maddî Yaptırım*

Halkın vicdanında ve bilincindeki bir davranış biçiminin, bir âdet kuralının âdeta bir hukuk kuralı gibi bağlayıcı olduğu hususundaki inanış, o kadar güçlü ve herkesçe o kadar benimsenmiş olmalıdır ki, kamu gücü, yani mahkemeler ve idarî makamlar dahi kendilerini bunu bir hukuk kuralı olarak uygulamaya mecbur hissetsinler. Yani bu davranışa, bu âdete uygun hareket etmek hususunda mevcut olan genel kanaat, -opinio necessitatis- bir yaptırım olarak kamu gücüne de kendini kabul ettirmiş olmalıdır.

Hukukî unsuru eksik olan bir âdet kuralı, kanaatimizce hiç değilse Türk hukuku bakımından, bir örf ve âdet hukuku kuralı niteliğini kaza-

(10) **Schwarz. A. B.:** Medenî Hukuka Giriş, sh.48; **Egger-Çernis:** age., sh.69; **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.162.

(11) **Saymen, F.H.:** Türk Medenî Hukuku, sh.93; **Schwarz. A. B.:** age., sh.48; **Geny. F.:** age., sh.364.

(12) Aynı görüş için bk. **Velidedeoğlu, H. V.:** Türk Medenî Hukuku, sh.104.

namaz[13]. Bu konuda Ülkemizden pek çok örnekler vermek mümkündür. Örneğin, Ülkemizde eskiden beri çocukların, erginliğe ulaşmış olsalar dahi, evlenirken ana ve babalarının rızasını (olurunu) almaları gerektiği hususunda yerleşmiş ve çok yaygın bir âdet vardır. Aynı şekilde, Ülkemizin pek çok yöresinde kızların görücü usulüyle evlenmeleri âdeti geçerlidir. Anadolu'nun pek çok bölgesinde erkeklerin evlenirken kızın ailesine başlık adıyla bir miktar para vermeleri âdettir. Örnek olarak gösterdiğimiz bütün bu âdetlerin ilk iki unsurunun, yani maddî ve manevî unsurlarının bulunmasına karşın, hukukî unsurunun mevcut olmaması, onların bir örf ve âdet hukuku kuralı olarak kabulüne ve mahkemeler tarafından dikkate alınmasına engel oluşturur.

3) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Hukuk Karşısındaki Durumu

a) Örf ve Âdet Hukukunun Genel Olarak Yazılı Hukuk Karşısındaki Durumu

Örf ve âdet hukukunun yazılı hukuk kuralları ile ilişkisi ve onların karşısındaki durumu, genellikle zamana ve yere göre değişik bir görünüm verir. Zaman bakımından ilkel toplumlarda, hukuk kurallarının daha çok yazılı olmayan örf ve âdet kurallarından oluştuğu bilinmektedir. İlerlemiş, gelişmiş toplumlarda ise, yazılı olmayan hukuk, yerini zamanla yazılı hukuk kurallarına bırakmıştır. Bununla beraber, hukukî gelişimin her yerde bu şekilde gerçekleştiği de söylenemez. Bu, hiç değilse Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde böyle gerçekleşmiştir. Roma Hukukunda da hukukî gelişim bu şekilde olmuştur. Fakat Anglo-Amerikan hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerde örf ve âdet hukukunun önemi çok daha büyük olup, yazılı hukuk kuralları ile aynı güce sahiptir. Tarihçi mektebin de örf ve âdet kurallarına ne kadar büyük önem verdiği herkesçe bilinen bir gerçektir.

Örf ve âdet hukukunun kanun karşısındaki durumunun ne olacağı, bizzat kanunlarla saptanmış olabilir. Böyle bir saptamanın söz konusu olmadığı durumlarda ise, örf ve âdet hukukunun kanunlarla ilişkisi ü ç şekilde ortaya çıkabilir:

aa) Örf ve âdet hukuku kanun ile aynı değere ve güce sahip olabilir, yani kanun ile birlikte uygulanır. Bu durumda örf ve âdet hukuku kanun ile birlikte hukukun *aslî kaynağı* olarak kabul edilir. Örf ve âdet hukuku-

(13) Aksi görüş için bk. **Oğuzman - Barlas,** age., sh.72 ve aynı sahife dn.117 de anılan diğer yazarlar.

na kanun karşısında bağımsız ve onunla aynı güce sahip bir hukuk kaynağı mahiyeti tanıyan hukuk sistemlerinde, kanuna aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşabileceği, bir örf ve âdet hukuku kuralının kanunun bir hükmünü yürürlükten kaldırabileceği (ilga edebileceği) de kabul edilir[14].

bb) *Örf ve âdet hukuku kanunu, daha doğru deyişle yazılı hukuku tamamlayıcı bir mahiyette olabilir.* Yani kanundan sonra gelen *talî kaynak* işlevi görebilir. Bu takdirde ancak yazılı hukuk kurallarının mevcut olmaması hâlinde uygulama imkânı bulabilir.

cc) *Örf ve âdet hukuku kanunun açık olmadığı, yani belirsizlik gösterdiği yerlerde kanunu yorumlayıcı ve açıklayıcı bir mahiyete sahip olabilir.*

b) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun Karşısındaki Durumu

Örf ve âdet hukukunun Medenî Kanun karşısındaki yerini, Kanun'un birinci maddesi gösteriyor. Hukukun geniş anlamda uygulanmasını ve hukuk kaynakları arasındaki sıra ve düzeni gösteren bu madde, ancak örf ve âdet hukukunun, *hakkında yazılı bir kural bulunmayan hâllerde uygulanacağını* öngörmektedir. Bundan çıkan anlam, Türk kanun koyucusunun örf ve âdet hukukunu yazılı hukuk kuralı ile *eşit tutmadığıdır*. Medenî Kanun'un birinci maddesi hâkime, kural olarak örf ve âdet hukukuna ancak kanunda bir hüküm bulunmadığı durumlarda başvurma yetkisi vermek suretiyle, Türk hukukunda ve özellikle Türk medenî hukukunda örf ve âdet hukuku kurallarına sadece *tamamlayıcı ve yorumlayıcı* olmaktan ileri gitmeyen bir işlev ve durum tanır. Ticaret Kanununda da durum (TK.m.1/II) aşağı yukarı Medenî Kanundakinin (m. 1/I) aynıdır.

aa) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun'u Tamamlayıcı Niteliği

Medenî Kanun, sosyal hayattaki bütün olayları ve bunların gereklerini kapsamına almaz ve zaten almak imkânı olmadığını da önceden bizzat kabullenir. Bu sebepledir ki, daha birinci maddesinde, hâkimin önüne gelen sorunun çözümüne yarayan bir hükmün kanunda bulunmaması hâlinde, bu kanun boşluğunun örf ve âdet hukuku kurallarıyla tamamlanacağını öngörür. Kanun bu maddesinde ***"Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre karar verir"*** demek suretiyle, örf ve âdet hukukunun bu tamamlayıcı ve ikinci derecedeki -kanundan sonra gelen-kaynak niteliğini belirtmiş oluyor. Medenî Kanun bazen

(14) Bu konularda daha fazla bilgi için bk. **Gény. F.:** age., sh.369 vd.; **Kümelin, Max:** Die bindende Kraft des Gewöhnheitsrechts, Tübingen 1929.

de bir konu hakkında genel mahiyette bir hüküm koymakla beraber, bu hükmün uygulanış biçiminin saptanmasını örf ve âdet kurallarına bırakır. Bu suretle de yine kanunun tamamlanmasının örf ve âdet hukukuna göre olacağını öngörmüş oluyor. Medenî Kanunda bir hükmün örf ve âdet hukukuna yollama (atıf) yapılmak suretiyle tamamlanacağı konusunda pek çok örnek vardır. Nitekim Kanun'un, ev düzeninde başkanın örfe göre de belirlenebilmesine imkân tanıyan 367 nci maddesi ile miras ve eşya hukukuna ilişkin 650, 653, 684, 686 inci maddeleri; Borçlar Kanunu'nun, kira bedelinin yerel âdete göre belirli zamanlarda ödenebileceğini öngören 314 üncü maddesi ile çeşitli sözleşmelere ilişkin 177/II, 207/II, 210, 211, 251, 314, 365, 362, 368, 376, 413, 472 ve 498 inci maddeleri, örf ve âdet hukukunun tamamlayıcı işlevini gösteren örneklerdir.

bb) Örf ve Âdet Hukukunun Medenî Kanun'u Yorumlayıcı ve Açıklayıcı Niteliği

Medenî Kanun'un belirsiz ve karanlık olan hükümlerinin mahkemeler tarafından sürekli olarak aynı surette anlaşılması ve uygulanması sonucunda bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşması mümkündür. Böyle bir örf ve âdet hukuku kuralı, kanunu yorumlayıcı ve açıklayıcı bir mahiyet taşır.

Özet olarak diyebiliriz ki, örf ve âdet hukuku, Medenî Kanun'un yanında medenî hukukun ikinci derecede bir kaynağını oluşturur.

c) Medenî Kanun'a Aykırı Örf ve Âdet Hukuku Oluşabilir mi?

Yazılı hukuka aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşup oluşamayacağı konusu tartışmalıdır. Kanunlarda bu konuda bir hüküm bulunması durumunda, kanuna aykırı bir örf ve âdet hukukunun oluşacağı genellikle kabul olunabilir(15).

Medenî Kanun'un birinci maddesi karşısında Türk hukuku bakımından durum nasıldır? Bu konuda doktrindeki görüşler çok çeşitlidir:

aa) Bazı hukukçulara göre, Medenî Kanun'a aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşması mümkündür(16).

bb) Diğer bazı hukukçular bunun mümkün olmadığını iddia ederler. Onlara göre, kanuna aykırı bir örf ve âdetin, hukuk kaynağı olmasına

---

(15) **Gény. F.:** age, sh.364.

(16) **Homberger:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1933, sh.15; **Rossel:** Manuel du droit civil suisse, t. I, Lausanne-Geneve 1922, sh.59; JdT 1920, 241.

imkân yoktur. Aksi takdirde örf ve âdet hukuku hukukun aslî kaynağı olurdu[17]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[18].

cc) Kanaatimizce bu sorunun bir çözüme bağlanabilmesi için şöyle bir ayırım yapmak gerekir:

aaa) Kanunun emredici nitelikli hükümleri, ilgililerin iradesi ve aralarındaki anlaşmanın mahiyeti ne olursa olsun, mutlaka uygulanması zorunlu ve gerekli olan hükümlerdir. Bu itibarladır ki, kanundaki *emredici hükümlere aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşması asla söz konusu olamaz*. Halk tarafından kendisine sürekli surette uyulan böyle bir davranış kuralı, alelâde bir âdet olmaktan ileri gidemez. Çünkü onun en önemli unsuru olan hukukî unsuru eksik olduğu gibi, hâkim de önce yazılı hukuk kurallarını ve bunlar içinde de ilk önce emredici hükümleri mutlaka uygulamak zorundadır. Emredici bir yazılı hukuk kuralı varken kanundaki bir boşluktan söz edilemeyeceğine göre, zaten böyle bir kuralın da uygulanması söz konusu olamaz.

Nitekim Yargıtay da bir kararında; "... anlaşma teamüle (örf ve âdete) uygun olsa dahi Medenî Kanun'un âmir (emredici) hükümlerine muhalif (aykırı) olduğundan muteber (geçerli) sayılamaz" demek suretiyle bu görüşü benimsemişe benzer[19]. Bununla beraber, kanuna aykırı bir âdet kuralının yazılı hukuk kuralları üzerine hiçbir etkisi olmayacağı da iddia edilemez. Kanunun emredici hükümlerine aykırı bir âdetin oluşması, kanunun o hükmünün toplumun ihtiyaçlarına uygun düşmediğini gösterir. Bu da kanun koyucuyu kanunu değiştirmeye zorlayabilir. Bunun pek güzel bir örneğini *erken evlenme âdetinin* kanun koyucuyu ÖMK. m.88 hükmündeki normal evlenme yaşını 1938 yılında değiştirmeye mecbur etmiş olması vermişti. Başka bir örneğini de imam nikâhı yaparak evlenme âdetinin -ki bu durum Medenî Kanun karşısında bir serbest birlikte yaşamadan farklı değildir- bu suretle birlikte yaşayanlardan doğan çocukların soybağını (nesebini) düzeltmek için kanun koyucuyu zaman zaman özel kanunlar çıkarmaya zorlamış olması verir. Nitekim bu konudaki en son kanun, hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 8.5.1991 tarihli ve 3716 sayılı "Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik

---

(17) **Velidedeoğlu, H. V.:** age., sh.110; **Saymen, F.H.:** age., sh.101; **Oğuzman -Barlas:** age., sh.74; **Tuor:** Le code civil suisse, 1949, sh.33; **Meier Hayoz:** Berner Komentar, m. l. Nr.247.

(18) 3. HD. 20.12.1951, 16755/12575, TİK 1952/11, sh.1124; 3. HD. 5.2.1959, 781/664, Hukuk Postası 1959, sh.961; 3. HD. 14.1.1960, 93/216, Ad. Der., 1960, sh.406.

(19) 3. HD. 5.2.1959, 181/664, Hukuk Postası 1959, sh.961.

Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline İlişkin Kanun"dur.

bbb) Kanunun *emredici olmayan hükümlerinden sapma* (ayrılma) mümkün olduğuna göre, ülke içinde, bu hükümlere aykırı bir örf ve âdet hukuku kuralının oluşabileceğini kabul etmek gerekir.

4) Örf ve Âdet Hukukunun Saptanması ve Hâkim Tarafından Uygulanması

Kanunda boşluk bulunan hâllerde hâkim, örf ve âdet hukukunu uygulamakla yükümlüdür. Örf ve âdet hukuku kuralları yazılı olmayan kurallardan oluştuğuna göre hâkim, önüne gelen konu ile ilgili bir örf ve âdet hukuku kuralının bulunup bulunmadığını nasıl saptayacaktır?

Bu konuda İsviçre ve Türk Medenî Kanunları arasında fark vardır. İsviçre Medenî Kanunu'nun Önceki Medenî Kanun'a alınmamış olan 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, Medenî Kanundan önce yürürlükte olan kanton hukuku, Medenî Kanun bakımından örf ve âdet hukuku oluşturur. Bu madde bize haklı olarak alınmamıştır. Çünkü İsviçre Medenî Kanunu'nun aynen alınmasıyla (iktibasıyla) güdülen amaç, dinî temele dayanan eski hukuk sistemimizi ortadan kaldırmak idi. Bu itibarladır ki, İsviçre Medenî Kanunu'nun 5 inci maddesinin alınması, eski hukukumuzun Medenî Kanunla bağdaştırılması mümkün olmayan hükümlerinin örf ve âdet hukuku şeklinde devam edeceğini kabul etmek demek olurdu. Zaten "Kanunu Medenînin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun"un (kısaca ifade edilirse Tatbikat Kanunu'nun) 43 üncü maddesi de böyle bir hükmün kanunda bulunmasına engeldi. Çünkü söz konusu 43 üncü maddeyle sadece eski hukukun medenî hukuka aykırı olan hükümleri değil, fakat aynı zamanda eski hukuka göre oluşmuş veya dinî esaslardan esinlenen örf ve âdet hukuku kuralları da yürürlükten kaldırılmıştır (ilga edilmiştir). Bunlar dışında kalan eski örf ve âdet kurallarının örf ve âdet hukuku olarak devam etmekte olduklarının kabulüne bir engel yoktur[20].

Bununla beraber, ülkemizde hâlen yaşamakta olan örf ve âdet hukuku kuralları var mıdır? Varsa nelerdir ve hangi alan ile ilgilidirler? Bütün bunlar tam anlamıyla bilinmemektedir. Çünkü bu konuda etüt ve araştırmalar yok denecek kadar azdır[21].

---

(20) **Saymen, F.H.**: age., sh.95.

(21) Türkiye'deki örf ve âdet hukukunu öğrenmek yolunda bir anket Ankara Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Coşkun Üçok tarafından hazırlanarak hâkim

Prof. Velidedeoğlu, Ülkemizin hemen her tarafında bilinen sadece iki örf ve âdet hukuku kuralının bulunduğuna işaret etmektedir. Bunlardan birisi, semere veren hayvanlarla ilgili olarak yapılan *ortakçılık*, diğeri ise, tarımla ilgili olarak yapılan *yarıcılık* sözleşmelerine ilişkindir[22].

Türk hukukunda bir kanun boşluğu karşısında örf ve âdet hukukunu uygulamak durumunda kalan hâkime, oldukça güç bir araştırma görevi düşmektedir[23]. Bir kanun boşluğu karşısında kalan hâkim, uygulayabileceği bir örf ve âdet hukuku kuralının veya iddia olunduğu gibi bir örf ve âdet hukuku kuralının mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır. Hâkim, bu araştırmasında özellikle hukuk doktrininden ve mahkeme kararlarından yararlanır, ilgili çevrelerden bilgi ister. Fakat Türk hukukundaki durum hakkında yukarıda söylenenler karşısında, hâkimin bu araçlardan yararlanması çok az söz konusu olabilecektir. Onun içindir ki hâkim, bu araştırmasında çoğunlukla taraflardan kanıt getirmelerini isteyecek veya bilirkişi eliyle bir örf ve âdet hukuku kuralının var olup olmadığını belirleme yoluna gidecektir.

5) Örf ve Âdet Hukukunun Türleri

Örf ve âdet hukuku bir ülkenin her tarafında aynı surette uygulanan kurallardan oluşabilir. Bir ülkenin tamamını kapsayan bu tür örf ve âdet hukuku kurallarına *"genel örf ve âdet hukuku"* denir.

Bazı örf ve âdet hukuku kuralları ise, ya bir ülkenin belli bir yöresinde veya belli bir zümreye mensup kişiler arasında uygulana gelir. Bu durumda *"özel örf ve âdet hukuku"*ndan söz edilir.

Özel örf ve âdet hukuku kuralları içinde sadece bir ülkenin belirli bir bölgesinde uygulananlar *"yerel (mahallî) örf ve âdet hukuku* "nu oluşturur[24]. Medenî Kanun pek çok yerinde kanunu tamamlar mahiyette olmak üzere yerel örf ve âdetlere yollama yapar. Örneğin miras paylarının oluşturulması yerel örf ve âdetlere göre yapılır (MK. m.650, 653). Bir eşyanın

---

ve savcılara gönderilmişti. Anketteki sorular Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1951'in VIII. sayısında sh.371 vd. da yayımlanmıştı. Bu konuda bk. **Üçok, Coşkun:** Medenî Kanunumuz ve Türkiye'nin Hukukî Bünyesi, agd. sh.363 vd.

(22) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.108 vd.

(23) Yargıtay, kararlarında "örf ve teamül hakkında usulen tahkikat icra edilmek lâzımdır" der: 3. HD. 1929 tarihli kararı, Velidedeoğlu'dan naklen. Yine aynı dairenin 9.10.1930 tarihli başka bir kararı: **Öktem, İmran:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1940, sh.150.

(24) Örneğin paftos ve örfü belde Ege bölgesinde uzun süreli arazi kiralarında uygulanan mahallî örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Bk. **Akıntürk, Turgut / Kuntalp Erden:** Paftos ve Örfü Belde Müesseseleri Hakkında Rapor, AHF. Der. 1962, C. XIX, S.1-4, sh.493 vd.

bir başka eşyanın tamamlayıcı parçası (mütemmim cüzü) veya eklentisi (teferruatı) olup olmadığı, yerel örf ve âdetlere göre belirlenir (MK. m.684, 686). Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesinde yerel âdetin rolü büyüktür (MK. m.737).

Özel örf ve âdet hukuku kurallarından bazıları ise, sadece belirli bir zümreye, belirli bir meslek ya da sanat mensuplarına uygulanabilecek kurallardan oluşur. Bunlar içinden özellikle tacirler arasında uygulanan *"ticarî örf ve âdet kuralları"* önemlidir. Ticaret Kanunu'nun birinci maddesi uyarınca hâkim, ticarî ilişkilerden doğan anlaşmazlıklarda ilk önce ticarî hükümleri, ticarî bir hüküm bulunmayan hâllerde ticarî örf ve âdeti, bu dahi yoksa en sonunda genel hükümleri uygulayacaktır.

C) HÂKİM TARAFINDAN YARATILAN HUKUK KURALLARI

Medenî Kanun'un birinci maddesi hâkime gerektiğinde hukuk kuralı yaratma yetkisini ve hatta aynı zamanda görevini verir. Hâkim, medenî hukukun yazılı ve yazılı olmayan kaynakları içinde önündeki konuya uygulanabilecek bir hüküm bulamadığı takdirde, bu yetkisini kullanmak zorundadır. Çünkü kanun, birinci maddede *"kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa* ***kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir"*** *diyor.* Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar ileride "medenî hukukun anlam bakımından uygulanması" bahsinde verilecektir.

§ 3. MEDENÎ HUKUKUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hâkim, önünde bulunan anlaşmazlığı bir çözüme bağlarken, eski ve yeni tarihli iki Medenî Kanundan hangisini uygulamalıdır? Bu sorunun cevabı, *medenî kanunların zaman itibariyle uygulanması* konusunu oluşturur. İlke olarak her kanun yürürlüğe girmesinden yürürlükten kaldırılmasına kadar geçen süreçteki olaylara uygulanır.

Bir kanunun yürürlükte bulunduğu süreçte doğmuş olan ilişkilerin ve kazanılmış olan hakların akıbeti (durumu), bu kanunun yürürlükten kaldırılmasından sonraki süreçte ne olacaktır? Bir kanun zamanında kazanılmış olan haklara, sonradan çıkarılan yeni bir kanunla değişik bir içerik verilirse, bu hakların kullanılması şartlarını, bu haklara bağlanan hüküm ve sonuçları sonradan çıkarılan yeni kanun değiştirirse ne olur?

Hâkim bu ilişkilerle, bu haklarla ilgili olarak ortaya çıkan anlaşmazlığı eski ve yeni kanunlardan hangisine göre çözümlemelidir?

Yeni tarihli kanun ne zaman yürürlüğe gireceğini ve kendisinden önceki kanunun hangi andan itibaren yürürlükten kalkmış olacağını açıkça belirtmiş olabilir. Nitekim yeni Medenî Kanun'umuz, 1028 inci maddesinde *"17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi yürürlükten kaldırılmıştır"* dedikten sonra, 1029 uncu maddesinde de yeni kanun için *"Bu Kanun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girer"* hükmüne yer vermiştir.

Ancak, yeni tarihli kanunda bu konuda bir açıklama mevcut değilse, önceki kanunun yürürlükten kalkmış olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? Görülüyor ki, medenî hukukun zaman bakımından uygulanmasından doğan sorunları i k i hâle indirgemek gerekir:

a) Yeni kanunun etkilerini geriye doğru gösterip göstermeyeceği, yani medenî kanunların geçmişe etkili (makable şâmil) olup olmayacağı sorunu,

b) Medenî hukuk ile ilgili olarak değişik tarihli, yani çeşitli zamanlarda çıkarılmış genel ve özel kanunların zaman bakımından nasıl uygulanacağı sorunu.

I- MEDENÎ KANUN'UN GERİYE YÜRÜMEMESİ İLKESİ

Bir hukukî eylem ve davranış veya bir hukukî ilişki hangi kanunun veya hukuk sisteminin yürürlükte bulunduğu zamanda meydana gelmişse, o kanunun veya hukuk sisteminin hükümlerine bağımlı olmakta (tâbi kalmakta) devam eder[25]. Sonradan çıkan ***yeni tarihli bir medenî kanun ilke olarak kendisinden önce doğmuş olan ilişkilere uygulanamaz.*** Yani kural olarak her kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğan hukukî ilişkilere ve hukukî olaylara uygulanır; kanunun hükümleri geriye yürümez, yani geçmişe etkili olmaz.

Kanunların yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanamayacaklarını gösteren bu ilkeye ***kanunların geriye yürümemesi ilkesi*** veya ***kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi*** (makable şâmil olmama prensibi) denir. Bu ilke özel hukuk alanında ve özellikle medenî hukuk alanında, kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça uygulanır. Fransız Medenî Kanunu, başlangıç hükümleri arasında bu konuyu açıkça düzen-

(25) Yg. İçt. Bir. Kar. 22.5.1946, 9. **Saymen, Ferit Hakkı:** Sistematik Türk Kanunu Medenîsi, İstanbul 1957, sh.417.

lemiştir. Sözü geçen Kanun'un 2 nci maddesi bu ilkeyi "Kanun ancak gelecek için hüküm koyar. Kanun geriye doğru yürümez" şeklinde ifade etmiştir. Bununla beraber, yeni çıkan bir kanunla bu genel ilkenin uygulanmasını önleyecek aksi bir hükmün kabul edilmiş olması da pekâlâ mümkündür.

Kanunların geriye yürümemesi ilkesi, hâkimlere önlerine gelen olaya o olay hangi kanun zamanında gerçekleşmiş ise, o zaman yürürlükte olan kanunu uygulama görevini yükler. Bu ilke aynı zamanda ilgililerin, yeni kanundan önce meydana gelmiş ve hükümlerini doğurmuş olan bir hukukî ilişkinin sonuçlarını ortadan kaldırmak maksadıyla, sonraki kanunun bu ilişkiye uygulanmasını isteyemeyeceklerini de ifade eder.

Medenî Kanun'umuz esas itibariyle yürürlüğe girdiği *1 Ocak 2002 tarihinden sonra meydana gelen* ilişkileri düzenler ve onlar hakkında uygulanır. Medenî Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki ilişkiler eski hukukun hükümlerine tâbi kalmakta devam ederler. *Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un* (Kısaca *Uygulama Kanunu'nun)* birinci maddesi, Türk kanun koyucusu tarafından bu ilkenin kabul edilmiş olduğunu açıkça gösterir[(26)]. Medenî Kanun'un hükümlerinin geriye doğru yürümeyeceği hakkındaki bu ilke dolayısıyladır ki, örneğin 1926 tarihli Önceki Medenî Kanun yürürlüğe girmeden önce iki veya üç karı ile yapılmış olan evlilikler, Kanun'un 1926 yılında yürürlüğe girmesinden sonra da geçerli olarak devam etmiştir. Aynı şekilde, 1926 tarihli Önceki Medenî Kanundan önce başkasının arazisindeki ağaçlar üzerinde kazanılmış olan mülkiyet hakkı, Medenî Kanun'un bunu kabul etmemiş olmasına karşın ortada kalkmayıp yine de geçerliliğini korumuştur.

A) GERİYE YÜRÜMEME İLKESİNİN UYGULANMA ALANI

Önceki hukuk zamanında kazanılmış bulunan hukukî bir durum, yeni kanun zamanında da geçerli olarak kalmakta devam eder. Medenî Kanun'un geriye yürümediği hakkındaki bu ilke, eski hukuk zamanında bütün sonuçlarıyla birlikte tam ve geçerli bir biçimde kazanılmış olan

---

(26) Uygulama Kanunu, Yürürlük Kanunu ya da Geçiş Kanunu deyimleriyle isimlendirilen kanunlar, hukukun zaman bakımından uygulanmasından doğan sorunların çözüm biçimlerini düzenleyen kanunlardır. Yeni Medenî Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı *"Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"* bu düzenlemeyi yapmak üzere çıkarılmış 25 maddelik bir kanundur (RG. 8.12.2001, S.24607).

durumlar, haklar ve borçlar hakkında uygulanır. Diğer bir ifadeyle, Uygulama Kanunu'nun Medenî Kanun'un geriye yürümeyeceği hakkındaki birinci maddesi, sadece *"kazanılmış haklar" (müktesep haklar)* hakkında geçerli olur. Uygulama Kanunu eski kanuna uygun olarak kazanılmış haklarda yeni Medenî Kanun'un uygulanmayacağı esasını, ayrıca birçok maddeleriyle de tekrarlar. Nitekim Uygulama Kanunu'nun eski hukuk zamanında kazanılmış olan fiil ehliyetine ilişkin 5 inci maddesi, tam ve geçerli olarak kurulmuş evlenmeler ile boşanmalar hakkındaki 9 uncu maddesi, yeni kanundan önce açılan miras hakkındaki 17 nci maddesi ve aynî haklara ilişkin 18 inci ve 19 uncu maddeleri, bu kuralın birer uygulamasıdır.

Kazanılmış haklarda Medenî Kanun'un hükümlerinin geriye yürümeyeceği hakkındaki ilke, kazanılmış olan hakkın içeriğinin, hüküm ve sonuçlarının belirlenmesinde de uygulanabilir mi? Başka bir deyişle, bunlar da eski kanun hükümlerine mi tâbi olur? Örneğin eski hukukun, yani Önceki Medenî Kanun'un yürürlükte olduğu zamanda yapılmış olan bir evlenmenin hükümleri, yani karı ve kocanın hakları ve ödevlerinin neler olduğu, hangi kanuna uyularak belirlenecektir? Eski hukuka, yani Önceki Medenî Kanun'a göre mi, yeni Medenî Kanun'un hükümlerine göre mi?

Salt kazanılmış hak görüşüne bağlanılırsa, bunların Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra dahi Önceki Medenî Kanun'un ilgili hükümlerine tâbi olmaya devam etmeleri gerekir. Çünkü "hak, önceki kanunun ona vermiş olduğu içerik, hüküm ve sonuçlarla birlikte kazanılmıştır" denilebilir. Ancak, kanaatimizce bunu iddia etmek doğru olmaz. Zira böyle bir iddia, kanun koyucunun ülke menfaatine uygun bulmadığı için değiştirmek istediği eski hukukun dolaylı olarak yürürlükte kalması sonucunu doğuracağı gibi, böyle bir uygulamayla ülke içindeki hukuk birliği ve hukuka olan güven de sarsılmış olur. Çünkü bu iddia, aynı kurumun hüküm ve sonuçlarını belirleme konusunda birbirine karşıt iki kanunun da yürürlükte olduğunun kabulü sonucuna varır [(27)]. İşte bu düşünceyledir ki Uygulama Kanunu, Medenî Kanun'un geriye yürümemesi ilkesine bazı i s t i s n a l a r koymuştur.

Nitekim Kanun'un 9 uncu maddesinin son fıkrasında açıkça *"Türk Medenî Kanunu'nun evliliğin hükümlerine ilişkin düzenlemeleri, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir"* denilmek suretiyle bu istisnaya yer verilmiştir.

---

(27) **Colin-Capitant:** age., sh.228.

B) GERİYE YÜRÜMEME İLKESİNİN İSTİSNALARI

1) Kazanılmamış (Beklenen) Haklar

***Kazanılmamış hak (Beklenen hak)**, eski kanun zamanında henüz bütün sonuçlarıyla birlikte doğmamış ve kazanılmamış olmakla beraber, ileride doğması ve kazanılması olası olan hak demektir.* Örneğin Önceki Medenî Kanun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmeden evvelki eski hukuk zamanında, evli iken nişanlanmış olan bir kimsenin ikinci bir evlenme yapma hususunda kazanılmamış (beklenen) bir hakkı vardı. Aynı şekilde, 4 Ekim 1926 tarihinden önce eski hukukun yürürlükte olduğu devirde ölen bir kişinin çocukları ile birlikte ana ve babası da mirasçı oluyordu. Bunun içindir ki, ana ve babanın mirasçı olma bakımından kazanılmamış (beklenen) hakları vardı.

Yeni Medenî Kanun yasal mirasçıların saklı paylarında önemli değişiklikler yapmış, örneğin altsoyun saklı payı yasal miras payının 3/4 ü iken, saklı payı yasal miras payının 1/2 si (yarısı) olarak azaltmıştır. Miras bırakan, yeni Medenî Kanun'un yürürlüğe girdiği l Ocak 2002 tarihinden sonra ölmüşse, altsoyunun saklı payı Önceki Medenî Kanun'a göre 3/4 olarak değil, fakat yeni Kanun'a göre 1/2 olarak hesaplanacak, yani ***yeni Kanun'un hükmü geriye yürüyecektir***. Çünkü altsoyun bu konuda kazanılmış hakkı söz konusu olmayıp, ancak beklenen hakkı vardır.

Kazanılmamış haklar, kesin olarak kazanılmalarından önce yürürlüğe girmiş olan ***yeni kanuna tâbi olurlar.*** Nitekim Uygulama Kanunu'nun 4 üncü maddesi, Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte kazanılmamış haklara da uygulanacağını öngörür. Bunun içindir ki, 1926 tarihli Önceki Medenî Kanundan önce evli iken nişanlanmış olan bir kimsenin, Kanun'un 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra artık ikinci bir evlilik yapmasına imkân kalmamıştı (ÖMK. m.112 b.1). Aynı şekilde 4 Ekim 1926 tarihinden sonra ölen bir kimsenin ana ve babası, ölenin çocuğu (altsoyu) varsa artık mirasçı olamazlardı (ÖMK. m.440).

2) Medenî Kanun'un Emredici Hükümlerinin Söz Konusu Olduğu Hâllerde

Eski hukuk zamanında kazanılmış olan bir hakkın içeriği, kullanılış biçimi, hüküm ve sonuçları da kural olarak yine eski kanunun hükümlerine tâbi kalır. Uygulama Kanunu'nun 17 ve 18 inci maddeleri bu kuralı

pekiştirir mahiyettedir[28]. Bununla beraber, bir hakkın içeriğini belirleme, hüküm ve sonuçlarını saptama konusunda eski kanunun uygulanması *yeni kanunun emredici hükümlerine aykırı düştüğü takdirde,* önceki kanunun hükümleri yerine *yeni kanunun hükümleri uygulanır.* Bu ilke Uygulama Kanunu'nun 3 üncü maddesiyle kabul edilmiştir.

Emredici hükümler genellikle bireylerin istek ve iradesi dikkate alınmadan herkes hakkında mutlaka uygulanması gerekli olan hükümlerdir. Faize ilişkin hükümlerin, herhangi bir hukukî ilişkiden doğan hakkın gerek bizzat kendisinin gerek istem (talep) hakkının ortadan kalkmasını düzenleyen hükümlerin, örneğin hak düşümü ve zamanaşımıyla ilgili olan hükümlerin, aile hukukunu düzenleyen hükümlerin, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin, kamu düzeni ve ahlâk ile ilgili hükümlerin emredici hüküm nitelikleri vardır.

Emredici hükümler özellikle *kamu düzeni ve genel ahlak düşünceleriyle konulmuş olan* hükümlerdir. Uygulama Kanunu bu tür hükümler üzerinde ayrıca durmuştur:

a) Kamu Düzeni Düşüncesiyle Konulmuş Hükümler

Eski hukuk zamanında kazanılmış olan bir hakkın içeriği ile hüküm ve sonuçlarının eski hukuk hükümlerine tâbi olması, Medenî Kanun'un *kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş olan hükümlerine aykırı ise,* bu durumda eski hukukun hükümleri yerine yeni Medenî Kanun'un hükümleri uygulanır.

Kamu düzeniyle ilgili olan hükümler*, belli bir toplumun güvenliği ve menfaati göz önünde tutularak konulmuş olan hükümlerdir*. Yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine, ana kurallarına aykırı olan veya halkın hukuk duygusunu katlanılmaz ölçüde sarsan veya rencide eden hükümler, kamu düzenine aykırı nitelikte hükümlerdir[29]. Kamu düzeniyle ilgili hükümlerin yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte düzenledikleri hüküm, ilişki ve kişiler hakkında uygulanması iledir ki, kanun koyucu tarafından getirilmek istenen yeni düzenin kurulması mümkün olur. Kişilerin ehliyetine (MK. m.8 vd.), kişiliğin korunmasına (MK. m.23 vd.) ve aile hukukuna ilişkin hükümlerde özellikle kamu düzeni düşüncesi egemendir.

---

(28) "Her hâdisenin hukukî hükümleri, hâdisenin vuku bulduğu tarihte yürürlükte olan kanuna tâbidir. Ancak, âmme intizamı ile ilgili bulunan veya metinde makable şâmil olacağı tasrih edilmiş olan hükümler makabline şâmildir": Yg. İçt. Bir. Kar. 22.5.1946, **Saymen, F. H.:** Notlu Sistematik Türk Kanunu Medenîsi, 1957. sh.417. Ayrıca 4.6.1947 tarih ve 41/17 sayılı Yg. İçt. Bir. Kararına da bk.: Sicilli Kavanin 1947, sh.770 vd.

(29) Bk. JdT 1962, 491.

Kamu düzeniyle ilgili olan hükümlerde yeni kanunun geriye yürüyeceği hakkındaki ilke, Uygulama Kanunu'nun 2 nci maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Böylece eski hukuk zamanında kazanılmış olan bir hakkın, bir hukukî durumun hüküm ve sonuçları, eğer yeni kanun bunları kamu düzeni mahiyetinde düzenlemiş ise, yeni kanuna tâbi olur. Örneğin *evliliğin hüküm ve sonuçları, yani evlilik birliğinin hükümleri, bu birlik içinde eşlerin durumu, hak ve yükümlülükleri, birliğin ortadan kalkış biçimi yeni Medenî Kanun'un hükümlerine tâbidir.* Nitekim yeni Medenî Kanun'un eşler arasında eşitlik sağlayan hükümleri, evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümleri ile aile konutunun korunmasına yönelik hükümleri, Önceki Medenî Kanun zamanında kurulmuş olan evliliklere de uygulanacaktır.

Uygulama Kanunu'nun 2 nci maddesindeki bu ilke, ayrıca medenî hakların kullanılması hakkında (m.5), evlenmenin hüküm ve sonuçları hakkında (m.9), soybağı (nesep) hakkında (m.12) ve vesayet hakkında da (m. 16) pekiştirilmiştir.

b) Genel Ahlâk Düşüncesiyle Konulmuş Hükümler

Yeni kanunun genel ahlâkla ilgili olan hükümleri de geriye yürür, yani geçmişe etkilidir. Eski hukuk zamanında kazanılmış olan bir hakkın içeriğinin, hüküm ve sonuçlarının eski hukuka tâbi olması, yeni kanunun *ahlâk düşüncesiyle koymuş olduğu hükümlere aykırı düşerse,* bu takdirde eski hukuk yerine yeni Medenî Kanun'un hükümleri uygulanır. Bu ilke de ifadesini Uygulama Kanunu'nun 2 nci maddesinde bulur: *"Eski hukukun Türk Medenî Kanunu'na göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan hükümleri, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir surette uygulanamaz."*

II- MEDENÎ HUKUK İLE İLGİLİ DEĞİŞİK TARİHLİ GENEL VE ÖZEL KANUNLARIN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Medenî hukuku ilgilendiren kurum ve ilişkiler genellikle Medenî Kanunda düzenlenmiştir. Bununla beraber, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, medenî hukukun şu veya bu ilişkileri ile ilgili olmak üzere çeşitli tarihlerde çıkarılmış birtakım özel kanunlar da mevcut olabilir. Bu durumda aynı konu hakkında çeşitli tarihli biri genel kanun, yani Medenî Kanun, diğeri özel kanun, örneğin Dernekler Kanunu yan yana birlikte yürürlükte bulunuyor demektir. Gerçekten, dernekler hakkında Medenî Kanunda hükümler varken (m.56-100), ayrıca 5253 sayılı Dernekler Kanunu çıkarılmıştır. Hizmet sözleşmesi ile ilgili olmak üzere hem

Borçlar Kanunu'nda hükümler vardır (m.393-447), hem de ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu vardır.

Bazen de bunun tamamen tersi bir durum söz konusu olabilir. Medenî hukukla ilgili belli bir ilişkiyi düzenleyen özel bir kanun varken, sonradan aynı ilişkiyi de içeren genel bir kanun çıkarılmış bulunabilir. Örneğin Önceki Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce taşınmazlar üzerindeki aynî hakların bir kısmını düzenleyen Arazi Kanunu varken, sonradan bütün medenî hukuk ilişkilerini düzenleyen 1926 tarihli Önceki Medenî Kanun çıkarılmıştır.

Aynı şekilde, dernekleri düzenleyen (yerini sonradan 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu'na) bırakan özel kanun niteliğindeki 2908 sayılı Dernekler Kanunu yürürlükte iken, sonradan bu Kanun'un hükümlerinden büyük bir kısmını içeren 4721 sayılı yeni Medenî Kanun çıkarılmıştır.

Bu gibi durumlarda çoğu kez yeni tarihli kanun, eski kanunu kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırdığını (ilga ettiğini) açıkça belirtir. Örneğin yeni Medenî Kanun'un 1028 inci maddesi 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinin yürürlükten kalkmış olduğunu; yeni Türk Ticaret Kanunu Önceki Medenî Kanun'un bazı maddelerini kaldırmış olduğunu açıkça ifade etmiştir (Ticaret Kanunu'nun Meriyet ve Tatbikat Şekli Hakkındaki Kanun'un 41 inci maddesi).

Yeni kanun bazen bu kadar açık olmayabilir; sadece eski kanunun yeni kanuna aykırı olan hükümlerinin kaldırılmış olduğunu söylemekle yetinir. Nitekim 15.11.1984 tarihli ve 3080 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinde ".... Türk Kanunu Medenîsinin (Önceki Medenî Kanun) evlenme ilânı ve akdine ilişkin 97-111 inci maddelerinin.....bu Kanun'a aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır" denilmiştir. Hatta bazen yeni durumlarda sorunu çözümleyebilmek için, eski ve yeni tarihli kanunların genel ya da özel kanun olup olmaması esasından hareket edilir.

A) ESKİ KANUN GENEL-YENİ KANUN ÖZEL KANUN İSE

Genel bir kanun olan Medenî Kanun'un düzenlediği kurumlardan sadece bir kısmını kapsayan ve düzenleyen özel kanunların sonradan yürürlüğe girmesi durumunda, bu kurumlara hangi kanunun hükümleri uygulanacaktır? Örneğin Önceki Medenî Kanundan sonra dernekleri düzenleyen 1983 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu; Önceki Medenî Kanunda genel bir şekilde düzenlenmiş tüzel kişilerin bir türü olan şirketler hakkında Ticaret Kanunu'nun 136-556 ncı maddeleri hükümleri,

Borçlar Kanunu'ndaki kira sözleşmesi hakkında 1955 tarihli Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Medenî Kanun karşısında özel kanun niteliğindedirler.

Sorun sadece Medenî Kanun hakkında söz konusu olmaz. Fakat Medenî Kanun karşısında sonraki tarihli özel bir kanun niteliğinde olan kanunlarla düzenlenen bir kurumun çeşitleri hakkında da sonradan özel hükümler çıkarılması mümkündür. Örneğin özel bir dernek türü olan sendika hakkındaki Sendikalar Kanunu ve siyasî parti hakkındaki Siyasî Partiler Kanunu böyledir.

Bütün bu durumlarda genel ve eski tarihli kanun ile özel ve yeni tarihli kanunlar arasındaki ilişki nasıldır? *Bu durumlarda ilke, yeni tarihli özel kanunun eski tarihli genel kanunun hükümlerine yeğlenmesidir (tercih edilmesidir).* Zira kanun koyucu bir hukukî kurum veya ilişkiyi özel bir kanunla yeniden düzenlemek zorunluluğunu duymuştur. Bu, eski kanunun yetersiz olduğunun veya artık kamu yararına uygun olmadığının kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olduğunu gösterir. Bu durumda kanun koyucunun iradesine uygun olarak yeni kanunun hükümlerinin uygulanması mantıksal olduğu kadar, toplumun menfaati de bunu gerektirir.

Ancak, ya özel kanunda bulunan boşlukları doldurmak veya özel kanunda çok genel biçimde düzenlenmiş hükümleri tamamlamak maksadıyla, eski genel kanunun yeni özel kanunun sistemine ve ruhuna aykırı olmayan hükümleri uygulanabilir. Özel kanunda belirli konularda genel kanunun uygulanacağının açıkça belirtilmiş olduğu hâllerde de, bunlarla sınırlı kalmak üzere, eski tarihli genel kanun hükümleri uygulanmakta devam eder. Örneğin Ticaret Kanunu'nun 138 inci maddesinde böyle bir hüküm vardır.

B) ESKİ KANUN ÖZEL-YENİ KANUN GENEL KANUN İSE

Belirli bir medenî hukuk ilişkisini düzenleyen özel bir kanun yürürlükte iken, sonradan az çok bütün medenî hukuk ilişkilerini içeren genel bir kanun çıkarılırsa, *acaba bu yeni genel kanun eski tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırmış (ilga etmiş) olur mu?* Örneğin Önceki Medenî Kanun acaba Arazi Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış mıydı? Aynı şekilde, yeni Medenî Kanun 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış oluyor muydu?

Bu soruyu şu veya bu şekilde kesin olarak cevaplandırmak, menfaatler durumuna uygun düşmez. Sorunu çözümleyebilmek için, *kanun koyucunun yeni kanunu çıkarmaktaki amacının ne olduğunu araştırmak gerekir.*

Bunun yanında ayrıca *her iki kanunun sisteminin dayandığı ana ilkelerin ne olduğunun bilinmesi de gereklidir.* Ancak bunlar yapıldıktan sonra, her iki kanun arasında sistem ve içeriğin dayandığı ilkeler bakımından benzerlik ve ahenk bulunması ve genel kanunun özel kanunun konusunu oluşturan kurum ve ilişkileri genel biçimde düzenleyerek ayrıntıların düzenlenmesini özel kanuna bırakmak istediği sonucuna varılabilirse, genel kanunun özel kanunu yürürlükten kaldırmadığı kabul edilir. Aksi hâlde yeni tarihli genel kanunun özel kanunla düzenlenmiş kurum ve ilişkileri içine alarak onları büsbütün farklı bir sistem ve görüşle veya ayrıntılı olarak düzenlemiş bulunmasından ve yeni kanunun genel bir kanun olmasından, özel kanunu yürürlükten kaldırdığı (ilga ettiği) sonucu çıkar. Böyle bir sonuca varılan hâllerde ise, artık yeni tarihli genel kanun tek başına uygulanır. Örneğin özel kanun olan 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu, dernek kurucusu olabilme veya kurulmuş bir derneğe üye olabilmeyi onsekiz yaşın bitirilmiş olması şartına bağlamış idi (m.4, 16). Oysa yeni Medenî Kanun bu konuda onsekiz yaşın bitirilmesi kaydına yer vermeyerek sadece fiil ehliyetine sahip olma şartını getirmiştir (m.57,64). Nitekim 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu da onsekiz yaşın bitirilmesi şartına yer vermemiştir.

§ 4. MEDENÎ HUKUKUN ANLAM BAKIMINDAN UYGULANMASI

Medenî hukuk ilişkilerinden doğan bir anlaşmazlığı çözümleyebilmek için, kişiler arasında ortaya çıkan bu anlaşmazlığa medenî hukukun soyut ve genel mahiyetteki hükümlerinin uygulanması işi, medenî hukukun anlam bakımından uygulanması konusunu oluşturur.

Medenî hukukun anlam bakımından uygulanması, *pozitif medenî hukuk kurallarının içerdiği soyut ve genel mahiyetteki hüküm ve sonuçları, hayatın belirli ve somut bir olayına yansıtmak, bu olayı o kurallarda ifadesini bulan anlama göre çözümlemek demektir.*

Medenî hukuk genellikle hâkimler ve mahkemeler tarafından uygulanır. Çünkü kişilerin, kendi aralarındaki anlaşmazlıkların çözüme bağlanması için başvurdukları en son merci mahkemelerdir. Mamafih istisna da olsa, medenî hukukun *idarî merciler* tarafından da uygulanması mümkündür. Özellikle belirli bir medenî hukuk kurumunun ortaya çıkabilmesi için gerekli olan formalitelerin idarî makamlar tarafından yerine getirildiği durumlarda, bir bakıma medenî hukuk o makamlar tarafından da uygulanıyor demektir. Örneğin evlilik birliğinin kurulmasında, taşınmaz-

larla ilgili aynî hakların kurulmasında, bazı tüzel kişilerin kurulmasında ve kişisel durum sicilinin tutulmasında durum böyledir.

Hâkim, önüne gelen her sorunu, her somut olayı çözümlemek, onu karara bağlamak zorundadır; yani önüne gelen olaya uygun bir medenî hukuk kuralını bulmak ve onu uygulamakla yükümlüdür. Hâkimin bunu yapmaktan kaçınması, eski deyimiyle *"ihkakı haktan istinkâf"*, arı Türkçeyle "*hak dağıtmaktan kaçınma"* anlamına gelir ve hâkimin sorumluluğu sonucunu doğurduğu gibi, bundan zarar görenlere karşı tazminat ödemesini de gerektirir (HMK. m. 46).

O hâlde hâkim, önüne gelen her olayın çözüme bağlanmasına uygun düşecek bir hukuk kuralı bulmakla yükümlüdür. Hâkim bu hukuk kuralını nerede bulacaktır ve bulduğu kuralı nasıl uygulayacaktır? İşte bu konuda hâkime yol gösteren, Medenî Kanun'un *"Hukukun Uygulanması ve Kaynakları"* kenar başlığını taşıyan birinci maddesidir. Bu madde Önceki Medenî Kanunda *"Kanunu Medenînin Tatbiki"* kenar başlığını taşıyordu ki, bu kenar başlığı kanaatimizce maddenin kapsamını daraltacak biçimde kaleme alınmıştı. Çünkü bu maddede sadece kanunun değil, fakat *hukukun* ne şekilde uygulanacağı konusunda esaslar konulmakta idi. Nitekim örnek İsviçre Medenî Kanunu'nun birinci maddesi haklı olarak *"Hukukun Uygulanması" (Anwendung des Rechts)* kenar başlığını taşımaktadır. Yeni Medenî Kanun da bu görüşe uygun olarak kenar başlığını değiştirmiştir.

Medenî Kanun'un söz konusu birinci maddesi, bir taraftan hukukun kaynaklarını, diğer taraftan medenî hukukun uygulanma biçimini gösterir. Maddeye göre hâkim, önüne gelen konuya uygulanabilecek hukuk kuralını ilk önce kanun içinde arayacak, eğer kanun içinde uygulanabilecek bir hüküm bulamazsa o zaman medenî hukukun diğer kaynaklarına başvuracaktır.

I- MEDENÎ KANUN'UN UYGULANMASI

Medenî Kanun'un birinci maddesinden anlaşıldığı üzere hâkim, önüne gelen anlaşmazlığın çözümlenmesi için önce Medenî Kanunu uygulayacaktır. Hâkim, kanunu uygulayabilmek için de, ilk önce önündeki anlaşmazlığın hukukî bir tavsifini yapmakla, onu nitelendirmekle, yani somut olayın medenî hukukun hangi dalı ile ilgili olduğunu belirlemekle başlamalıdır. Hâkim, anlaşmazlığın kişiler, aile, borçlar, eşya veya miras hukukundan hangisi ile ilgili olduğunu saptadıktan sonradır ki, kanunun sistemi içinde bu anlaşmazlığın çözümünde uygulanabilecek bir hukuk kuralı bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Hâkim, bulduğu hukuk

kuralının Anayasaya aykırı olduğu görüşünde ise veya taraflardan birinin uygulanacak hükmün Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiasının ciddî olduğu kanaatine varırsa, Anayasa Mahkemesine başvuracak ve mahkemenin bu konuda vereceği karara kadar o hukuk kuralını uygulamayacaktır (Ay. m.152/I).

Kanunda anlaşmazlık konusu somut olaya uygulanabilecek bir hukuk kuralı bulunamadığı takdirde, örf ve âdet hukukuna başvurulacak, orada da herhangi bir kuralın bulunmaması durumunda, hâkim önündeki anlaşmazlığı, aynen bir kanun koyucuymuş gibi bizzat koyacağı hukuk kuralını uygulamak suretiyle çözüme kavuşturacaktır. Medenî Kanun'un birinci maddesinin bugün için son derece doğal görünen bu hükmü, hukukun geçirmiş olduğu uzunca bir gelişimin sonucunda ulaşılmış bulunan bir yeniliktir. Bunu anlayabilmek için, hâkimin kanun karşısındaki durumuna kısa da olsa değinmekte yarar vardır.

A) HÂKİMİN KANUN KARŞISINDA DURUMU

Medenî Kanun'un birinci maddesi hâkime kanun karşısında oldukça *geniş bir serbestlik tanır*. Zaten maddenin hukuk alanına getirmiş olduğu yenilik de kendisini burada gösterir. Hâkimin kanun karşısındaki durumunu belirleme konusunda hukuk doktrininde başlıca iki teori vardır.

1) Klâsik Teori

Klâsik teori, kanunun (yazılı hukukun) mutlak egemenliğini kabul eden görüştür. Bu görüşe göre*, toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak bütün hukuk kuralları kanunun içinde mevcuttur*. Zira kanun teorik akla ve mantığa dayanılarak hazırlanan ve halkın maşerî şuurunu (bilincini) en iyi şekilde yansıtan bir eserdir[30]. Bu itibarladır ki *kanun, içinde hukuk kurallarının tam ve mükemmel şekilde yer aldıkları tek hukuk kaynağını oluşturur*. Kanun hukuk kurallarının tamamını içermekte olması bakımından mutlak bir egemenliğe sahiptir. Bu sebeple hâkim tamamen kanuna bağlıdır. Hâkimin kanun karşısındaki durumu, kanun içinde mevcut olan hukuk kurallarını mantıkî yollarla kanundan çıkarmaya çalışmaktan ibarettir. Kanun, kendi kendine yetecek bir kuvvete sahiptir. Bundan dolayı ***hâkimin kanundan uzaklaşmasına, kanunun yetersiz olduğundan söz ederek başka hukuk kaynaklarına başvurmasına ne imkân, ne de gerek vardır.***

---

(30) Bu konuda bk. **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1942, sh.48 vd.; **De Page, Henri:** L'interprétation des lois, t.I, Bruxelles 1925, sh.76 vd.; **Gény. F.:** age.; sh.32 vd.

Bu görüşün yaygın ve geçerli olduğu devirlerde yapılan kanunlar, hayatın bütün olaylarını düzenlemek iddiasında olduklarından, kazuistik (ayrıntıcı) bir metotla hazırlanmakta ve pek çok maddeden oluşmakta idiler. Bu kanunların en tipik örneği, 17000'den fazla maddeyi içeren Prusya Devletleri Genel Kanunu'dur.

Hâkimin kanuna sıkı sıkıya bağlılığını savunan klâsik teori, XVIII. Yüzyılda ve XIX. Yüzyılın başlarında çok yaygın idi. Bunu o devirlerdeki mutlakiyet idarelerine karşı kazanılan zaferler ve rasyonalist (akılcı) akımların çok geçerli (revaçta) olması açıklar. Zira yargı erkinin, yürütme erkinin nüfuzundan yeni kurtulmasıyla elde ettiği zaferini devam ettirebilmesi, ancak hâkimin kanundan başka bir güç tanımamasıyla mümkün olabilirdi. Fakat kanunun mutlak egemenliği ilkesi, bu sefer de hâkimleri yazılı hukukun esiri hâline getirmiştir. Bu yüzden de özlenen hukukî huzurun, adalet ve özellikle hakkaniyetin sağlanması yine mümkün olamamıştır. Çünkü kanunlar geçmiş zamanlardaki olgulardan, hayatın gereklerinden edinilen deneyimlere dayanılarak konulan hükümlerden oluşur. Kanun hükümleri ne de olsa durağandır (statiktir); oysa onların uygulanacağı hayat sürekli bir oluşum ve gelişim hâlindedir. Bu sebepledir ki, donmuş birtakım kurallardan oluşan kanunun hayata tam anlamıyla uyması (intibak etmesi) ve onu kavraması mümkün değildir. Diğer taraftan, hayat somut ve çeşitli olgulardan oluşur. Ne kadar kazuistik metotla hareket ederse etsin, kanun koyucunun bütün hayat olaylarını önceden düşünerek kanunun kapsamına almasına imkân yoktur. Bu bakımdan da kanunun her zaman bazı boşluklar taşıması kaçınılmazdır[31]. İşte bütün bu sosyal gerçekler gerek Almanya'da gerek Fransa'da hâkimi kanun karşısında çok sıkı bir şekilde bağlayan klâsik teoriye karşı reaksiyonların doğmasına sebep olmuştur.

2) Modern Teori

Klâsik teori hâkimi kanun içinden mantıkî yollarla hüküm çıkarmaya zorlar. Bu yolla varılan sonuçlar, çoğu kez hayatın gereklerine uymayan, onlarla tam anlamıyla örtüşmeyen (intibak etmeyen) birtakım çözüm çareleri olur. Oysa *hâkimin ve dolayısıyla hukukun işlevi, toplum içindeki anlaşmazlıkları mümkün olduğu ölçüde herkesin ve anlaşmazlık hâlinde bulunan tarafların menfaatlerine en uygun düşecek şekilde çözümlemektir. Bu ise ancak, hayatla karşı karşıya bulunan ve önüne gelen kişiler arasındaki menfaat uyuşmazlıkla-*

(31) Bu konularda ayrıca bk. **Du Pasquier, Claude (Çev. Akipek J.):** Hukukun Tatbikinde Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme içtihatları, AHF. Der. 1954, S.3-4, sh.305 vd.

rının karşılaştırılmasını (mukayesesini) en iyi şekilde yapabilecek, bunlardan hangisinin daha çok korunmaya lâyık olduğunu en iyi anlayabilecek durumdaki hâkime bir serbestlik tanınmasıyla sağlanabilir.

Diğer taraftan, sürekli bir gelişim hâlinde bulunan hayatı ve kişiler arasındaki tüm sosyal ilişkileri dar kalıplar, dar kurallar içine sığdırmak da imkânsızdır. Bu sebeple kazuistik metotla hukuk kuralları koymaktan kaçınmak gerekir. Kanunlar sadece genel, soyut ve esnek mahiyette hükümler koymak ve ayrıntılara girmemek zorundadır ve hâkimlere sadece birtakım direktifler vermekle yetinmelidir. Kanunlar, bu genel ve soyut mahiyetleri gereği sosyal hayatta ortaya çıkabilen her türlü olgu hakkında gerekli olan hükümleri içermemiş olabilirler. Böyle durumlarda da hâkimlere, kanunun özünden (ruhundan) ve yürürlükteki hukuk sisteminden esinlenerek önlerine gelen olaya en uygun düşecek kuralı koyma yetkisi tanınmalıdır.

3) Hâkimin Medenî Kanun'un Karşısında Durumu

Binding, Geny, de Page gibi hukukçular tarafından savunulan yukarıdaki fikirler, kendilerine ilk olarak İsviçre'de ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nda uygulama alanı buldular. Nitekim Medenî Kanun, sadece yazılı hukukun üstünlüğünü tanıyan eski görüşler ile ilgiyi az çok kesen ve hâkimin yazılı hukuk kuralları karşısındaki serbestliğini kabul ve ilân eden ilk kanundur[32]. Medenî Kanunla hâkime tanınan bu serbestlik özellikle şuralarda görülür:

a) Hâkim, kanunun uygulama biçimini serbestçe belirler. Yani kanunun maddelerini anlamlandırmada başvuracağı *yorum metodunu bizzat kendisi seçer.*

b) Hâkim, hukuk boşluklarının söz konusu olduğu durumlarda *hukuk yaratma yetkisine sahiptir.*

c) Hâkim, kanunun çok genel, soyut ve esnek mahiyette olan hükümlerini önüne gelen somut olayın özelliklerine uydurarak uygulamak hususunda *takdir yetkisine sahiptir.*

B) MEDENÎ KANUNDAKİ HÜKÜMLERİN MAHİYETİ

Hâkim, önüne gelen somut olaya ilk önce yazılı hukuk kurallarını ve özellikle kanunu uygular. Medenî Kanundaki hükümlerin hepsi içerik ve

(32) **De Page** ve **Gény**'nin Medenî Kanun hakkındaki tasvipkâr sözleri için bk. **De Page, H.:** age., sh.17 vd.; t.II**,** sh.13 vd; **Gény, F.:** age., t.2, sh.319 vd.

uygulanma bakımından eşit değer ve güçte değildir. Kanundaki hükümlerden bazılarının, kişilerin iradesine bakılmaksızın mutlaka uygulanması zorunludur. Diğer bazı hükümlerin kişiler arasındaki anlaşmazlıklara uygulanıp uygulanmaması ise, ilgililerin iradesine bırakılmıştır. Medenî Kanundaki kurallar, uygulanmalarının mutlaka zorunlu olup olmamasına göre i k i grupta toplanır:

1) Emredici Hukuk Kuralları

Emredici hukuk kuralları (*Jus cogens, disposition imperatives, Zwingendes Recht), ilgililerin iradesi ne olursa olsun, uygulanması mutlaka zorunlu olan hukuk kurallarıdır*. Kişiler, aralarında yapacakları anlaşmayla bu kuralların aksini kararlaştıramayacakları gibi, bu kuralların aralarındaki ilişkiye uygulanmayacağına da karar veremezler. Emredici kurallara aykırılığın yaptırımı, *kesin hükümsüzlüktür* (mutlak butlandır) (BK. m. 27). Başka bir deyişle, böyle bir kurala aykırı olarak yapılan hukukî işlemler, tarafların arzuladıkları sonuçları doğurmaz ve bazen daha yapıldıkları anda, bazen de hâkimin hükmüyle iptal edilerek bütün hukukî sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkarlar. Örneğin Medenî Kanun'a göre evli olan bir kimsenin ikinci bir evlilik yapması yasaklanmıştır (MK. m.130). Evli olan kimse bu yasağa karşın yeni bir evlilik daha yaparsa, ikinci evliliği mutlak butlan sebebiyle hükümsüzdür, yani hâkimin hükmüyle her zaman iptal edilerek ortadan kaldırılabilir (MK. m.145 b.1). Kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (BK. m. 583). Eğer taraflar bu kurala uymaksızın aralarında anlaşarak kefalet sözleşmesini sözlü olarak yaparlarsa, bu sözleşme geçerli olmaz, daha kurulduğu anda hükümsüz sayılır. Bu itibarla kefil, bu sözleşmeden doğduğu iddia edilen (!) borcu (kefalet borcunu) yerine getirmek zorunda değildir; çünkü böyle bir borç doğmamıştır, doğmasına da imkân yoktur. Bu sebepledir ki alacaklı, asıl borçlu borcunu ödemeyince kefile yönelerek ondan kefalet borcunu yerine getirmesini istemek hakkına sahip değildir.

Hangi hükümlerin emredici hüküm olduğu, kanundaki hükmün amacından, yazılım ve ifade biçiminden anlaşılabilir. Esas itibariyle *kamu düzeni ve genel ahlâk düşüncesiyle konulmuş olan hükümlerin* emredici hüküm niteliğinde oldukları kabul olunur. *Zayıfların korunmasına, kişiliğin korunmasına ve şekle ilişkin hukuk kuralları da* emredici hüküm niteliğindedir (MK. m.14 vd., 23 vd.; BK. m. 12, 27).

Emredici hükümlerin Borçlar Kanunu'na oranla daha çok Medenî

Kanunda ve özellikle Medenî Kanun'un aile hukukunu düzenleyen hükümleri arasında bulunduğuna işaret etmek gerekir.

2) Yedek Hukuk Kuralları

Yedek hukuk kuralları *(Droit dispositif, Nachgiebiges Recht), kişilerin kendi aralarındaki ilişkilere uygulanıp uygulanmayacağını veya tamamen değişik bir hükmün bu ilişkileri* düzenleyeceğini *serbestçe kabul edebildikleri kurallardır*. Başka bir deyişle yedek hukuk kuralları, *uygulanması ilgililerin iradesine bırakılan veya yine ilgililerin iradeleriyle aksi serbestçe kararlaştırılabilen hukuk kurallarıdır*.

Kişiler, aralarındaki ilişkileri kendi kişisel ihtiyaçlarına uygun biçimde düzenleyebilmek maksadıyla, hukukî işlemleriyle bu kurallardan ayrılabilirler. Aralarındaki ilişkilere kanunun şu veya bu yedek hükmü yerine, kendi menfaatlerine daha uygun gelen ve kendilerince kararlaştırılan başka bir düzenleme şeklinin uygulanacağını kabul edebilirler. Örneğin aralarındaki adî karz (tüketim ödüncü) sözleşmesini BK. m. 387 hükmünün aksine faize tâbi tutabilirler, ya da iki taraf BK. m. 89 b.1 hükmünün aksine olarak bir para borcunun borçlunun yerleşim yerinde (ikametgâhında) ödeneceğini kararlaştırabilirler. Zira yedek hukuk kuralları mutlaka kendilerine uyulması zorunlu olmayan ve hukukî işlemlerle aksi kabul edilebilen hukuk kurallarıdır[33].

Yedek hukuk kuralları çoğunlukla kişilerin *özel menfaatlerinin korunması* düşüncesiyle konulmuş olan kurallardır. Bunun içindir ki bu mahiyetteki hükümler, irade özgürlüğüne (muhtariyetine) daha çok yer verilmiş olan malvarlığı hukukunda, özellikle de borçlar hukukunda görülür. Nitekim Borçlar Kanunu'nun hükümlerinin büyük çoğunluğu bu mahiyettedir.

Yedek hukuk kuralları, "yorumlayıcı" ve" tamamlayıcı" olmak üzere i k i y e ayrılırlar:

a) Yorumlayıcı Hukuk Kuralları

Yorumlayıcı (tefsir edici) hukuk kuralları*,* öyle birtakım yedek hukuk kurallarıdır ki, *herhangi bir hukukî ilişkiye girişmiş olan kişilerin iradelerinin manalandırılmasına yararlar.* Diğer bir deyişle tarafların, aralarındaki hukukî işlemlerde kullanmış oldukları ifade ve beyanların açık olmadığı, bunlarla neyin kastedilmiş bulunduğu hususunda şüphe ve duraksamaların (tereddütlerin) söz konusu olduğu hâllerde, bu kural-

(33) **Velidedeoğlu, H.V.:** Türk Medenî Hukuku, sh.183.

lar uygulanarak bunların nasıl anlaşılması gerektiği saptanmış olur. Bu kurallar hukukî işlemlerdeki açık ve seçik olmayan irade beyanlarının yorumlanmasını ve açıklığa kavuşturulmasını sağlarlar. Örneğin şubat ayında yapılan bir satış sözleşmesiyle, satılan malın bir ay sonra teslim edileceği kararlaştırılmış ise, bu bir ayın nasıl hesaplanacağı hususunda çıkan anlaşmazlık, yorumlayıcı bir yedek hukuk kuralı koyan BK. m. 92 b. 3 hükmüne göre çözümlenir. Çünkü bu madde, kullanılmış olan gün, ay veya yıl gibi ifadelerden ne anlaşılması gerektiğini gösterir. Kiraya verenin (kiralayanın), kira borcu gibi kural olarak belli zamanlarda ödenen bir borç için kiracısına hiçbir çekince belirtmeden makbuz vermiş olması, onun daha önceki aylara ait kira alacaklarını almış (tahsil etmiş) olduğu anlamına gelir. Bu sonuç, yine yorumlayıcı bir hüküm olan BK. m. 104 hükmü gereğidir. Borçlar Kanunu'nun 91, 92 ve 99 uncu maddeleri ile Medenî Kanun'un "bir kişinin mirasın tamamını veya bir kısmını almasını içeren her tasarruf, mirasçı ataması sayılır" diyen 516 ncı maddesi ve "bırakılan belirli mal terekede bulunmadığı takdirde, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, ölüme bağlı tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olanlar borçtan kurtulurlar" şeklinde ifade edilen 517 nci maddesi, yorumlayıcı hukuk kuralı örnekleridir.

b) Tamamlayıcı Hukuk Kuralları

Tamamlayıcı hukuk kuralları, *uyulması zorunlu olmayan ve ancak kişilerce aksi kararlaştırılmadığı takdirde uygulanması gerekli olan yedek hukuk kurallarıdır*. Bu kurallar, ilgililer arasındaki belirli bir ilişkiden doğan bazı sorunların ne suretle düzenleneceğinin onlar tarafından önceden öngörülmemiş veya düşünülmemiş olduğu hâllerde uygulanır. Bu itibarla da tarafların iradelerini tamamlayan bir mahiyet gösterirler. Örneğin yapılan bir tüketim ödüncü (adi karz) sözleşmesiyle faiz ödeneceği kabul edilmiş, fakat faiz oranı hakkında bir şey söylenmemiş ise, Önceki Borçlar Kanunu'nun hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 72 nci maddesi bu boşluğu doldurarak faiz oranının % 5 olduğunu belirlemişti. Bu madde 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunla kaldırılmış olduğundan, bu durumda ödenecek faiz oranı artık bu özel Kanun'un birinci maddesi ve yeni Borçlar Kanunu'muzun 88 inci maddesi uygulanarak belirlenecektir. Nitekim 3095 sayılı Kanun'un 24.1.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunla değiştirilen birinci maddesi ve 19.12.2005 tarihli 20005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca ödenecek yıllık yasal faiz oranı % 9 dur[34]. Örneğin bakkaldan telefonla

[34] Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir

bir kilo pirinç göndermesi istense, fakat pirincin vasfı konusunda bir şey söylenmemiş olsa, bakkal orta vasıfta olmak üzere dilediği cins pirinç göndermek suretiyle borcunu yerine getirebilir. Zira bir tamamlayıcı hüküm olan BK.m. 86 gereğince, verilecek şeyin sadece cinsiyle (neviyle) belirlenmiş olması hâlinde seçim yetkisi, borçluya aittir. Fakat borçlu, borcunu yerine getirebilmek için orta vasıftan düşük bir şeyi yine aynı madde uyarınca veremez. Borçlar Kanunu'nun *"Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir."* diyen 83 üncü maddesi ile 84, 85, 86, 89, 90, 101 ve 102 inci maddeleri hep bu anlamda tamamlayıcı mahiyetteki yedek hukuk kurallarındandır.

3) Tanımlayıcı Hukuk Kuralları

Tanımlayıcı hukuk kuralları, *bir hukuk kavramının veya kurumunun anlamını, onun gerekli yasal unsurlarını ve şartlarını belirleyen kurallardır*.

Kanun koyucular, genellikle bir hukukî kavramın veya kurumun tanımlanması yoluna gitmezler; bu işi doktrine bırakırlar. Çok ender de olsa bazı kurumların tanımının yapıldığına rastlayabiliriz. Örneğin yeni Medenî Kanun'un 19 uncu maddesi bir tanımlayıcı kural içermektedir: *"Yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir."* Aynı şekilde Medenî Kanun'un *"Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar"* (m.11/I) hükmü; "Dernekler, gerçek ve tüzel[35] en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır" (m.56) hükmü; "Vakıflar, gerçek ve tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır" (m.101/I) hükmü; *"Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur"* (m.118/I) hükmü; "Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir (m.219/I) hükmü; "Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır" (m.213) hükmü; "Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara

(35) 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 31 inci maddesi, Türk Medenî Kanun'unun 56 ncı maddesini değiştirerek gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de dernek kurucusu olabilmelerine imkân sağlamıştır (RG. 7.8.2003, S.25192).

uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır" hükmü, hep tanımlayıcı hukuk kuralı niteliğinde olan kurallardır.

Yeni Medenî Kanun, Önceki Medenî Kanun'a oranla tanımlayıcı hukuk kurallarına daha fazla yer vermiş, hatta bu konuda mevcut kanunların başına geçmiş bulunmaktadır.

C) KANUNUN SÖZÜYLE VE ÖZÜYLE UYGULANMASI

Medenî Kanun'un birinci maddesine göre hâkim, önüne gelen hukukî anlaşmazlığı çözümlemek için önce Medenî Kanun'a başvurmak zorundadır. Medenî Kanun hükümleri içinde de ilk önce, tarafların iradesi ne olursa olsun, ona yer vermeyen emredici mahiyetteki hükümler uygulanır. Kanun'un nasıl uygulanacağı konusunda MK. m. l hükmü hâkime yol gösteriyor. Madde *"Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır"* ilkesini koymuştur.

Kanunun sözü *(lâfzı), kanunun açık metni, maddelerin açık ve seçik olan ifadesi, anlamı demektir.* ***Kanunun özü*** *(ruhu)* ise, *tümünde egemen olan esaslara göre kanunun belirli bir maddesinden çıkan anlamdır*.

Medenî Kanun'un birinci maddesi, kanunun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı esasını koymuştur. Ancak, maddenin bu hükmünden hâkimin, önüne gelen soruna kanunu önce sözüyle (lafzıyla) uygulayacağı, ancak sözünden bir sonuç alamazsa, o zaman kanunun özüne (ruhuna) başvuracağı anlamı çıkarılmamalıdır. Birinci maddenin söylemek istediği husus, kanunun sadece somut olayın özelliklerine uygun gelen özel ve açık bir hükmün bulunduğu hâllerde değil, fakat böyle bir hükmün ister kanunun belirli bir maddesinden ister kanunun tümünden, yani ruhundan çıkabileceği hâllerde de uygulanacağıdır [36].

1) Kanunun Sözüyle Uygulanması

Hâkim, önüne gelen hukukî sorunu çözebilmek için ilk önce gerekli olan bir hükmün, maddelerin açık ve seçik ifadesinden çıkan anlama göre, kanunda bulunup bulunmadığını araştıracak, yani kanunu sözüyle uygulayacaktır. Kanunun metni yeterince açıksa maddeyi manalandırmaya, yani yorumlamaya gerek kalmaksızın ondan çıkardığı hükmü önündeki somut olaya uygulayacaktır. Kanunun ifadesi ne kadar açık ve seçik olursa olsun, bu açık ve seçik hükmünün olduğu gibi uygulanması çok ender hâllerde

---

[36] **Gmür:** Die Anwendung des Rechts, Bern 1908, sh.37.

mümkün olabilir. Çünkü kanunun tek bir maddesi istisna olarak başlı başına bağımsız bir varlığa, bir anlama sahip olabilir. Kanun bir bütün, bir kül olduğuna göre, maddenin açık metninden çıkan anlamı her zaman için kontrol etmek, yani bu anlamı kanunun sistem ve bütünüyle şu veya bu kurumu düzenlerken gütmüş olduğu amaç ile karşılaştırmak gerekir[37].

2) Kanunun Özüyle Uygulanması

Kanunun sadece sözünden somut olaya uygun düşecek bir hüküm çıkarmak, pek ender hâllerde mümkün olabilir. Çünkü ya kanunun sözü, metni, ifadesi, dili açık ve seçik olmayabilir, ya da kanunun ifadesinde kullandığı sözcükler dil bakımından açık ve anlaşılabilir olmakla beraber, hukuk alanında neyi ifade ettikleri, hukuk dilinde ne anlama geldikleri kolaylıkla saptanamayabilir. Başka bir deyişle, kanunun sözünden ilk bakışta, ilk okunuşta bir anlam çıkarmak mümkün olmayabilir. Ancak, açık olmayan metin üzerinde biraz daha dikkatlice durulursa, kanunun bu hükümle ne gibi menfaatleri korumak istediği, amacının ne olabileceği araştırılırsa ve bu hüküm kanunun başka maddeleri ve bütününe egemen olan ilkeleri ile karşılaştırılırsa, kanunun herhangi bir maddesi ile somut olay arasında bir yakınlık, bir benzerlik kurmak mümkün olabilir. Bu suretle kanunun özünden (ruhundan) elde edilen sonuca göre sorunun çözümüne yarayacak tutamaklar, ipuçları ele geçirilmiş olur. Kanunun bu şekilde uygulanmasına *"kanunun özüyle uygulanması"* denir. Diğer söyleyişle, ***kanunun özüyle uygulanması,*** *hâkimin kanunun belli bir ilişkiyi düzenlerken çatışma hâlinde bulunan menfaatlerden hangisini diğerine oranla daha fazla korumak istediği hususundaki amacından, şu veya bu ilişkiyi düzenlemede esas aldığı ana ilke ve kurallardan, tek kelimeyle kanunun tümünden çıkan anlama göre karar vermesi demektir.* Zira ***kanunun özü,*** kanunun bütününe egemen olan esaslara göre belirli bir maddenin ifade ettiği anlamdır.

Kanunun özünü ortaya çıkarmak için, kanunun hâkimin önüne gelmiş olan somut olaya benzeyen olaylar hakkındaki hükümleriyle nasıl bir amaç güttüğünün, şu veya bu mahiyetteki ilişkileri düzenlerken bu hususta mevcut ve birbirleriyle çarpışan çeşitli ve karşıt menfaatler arasında nasıl bir denge kurmak istediğinin, bunlardan hangisini daha fazla korumaya lâyık gördüğünün veya birbirleriyle bağdaştırmak hususunda ne gibi esaslardan hareket ettiğinin mutlaka araştırılması gerekir. Başka

(37) **Egger-Çernis:** age., sh.59; İİD. 30.12.1938, 5590/5264, **Tepeci, Kâmil:** Türk Kanunu Medenîsi, C.I. Ankara 1955, sh.18; HGK. 10.10.1962, 64/24, Ad. Der, 1963, sh.166; HGK. 5.6.1963, 6/81-40, AB. Der. 1963, sh.505.

bir deyişle, kanunun türlü menfaat çatışmaları arasında nasıl bir denge yarattığı esasından hareket edilecektir. Kısaca, kanunun özünü meydana çıkarabilmek için, *kanunun yorumlanmasına* ihtiyaç vardır.

D) KANUNUN YORUMLANMASI

Hâkim, önüne gelen çekişmeye önce kanunu uygulayacaktır. Bunu yapabilmek için de, kanun içindeki hükümlerin *gerçek anlamını ortaya çıkarmaya*, yani kanunu yorumlamaya, tefsir etmeye mecburdur. O hâlde kanunun uygulanması için hâkim tarafından yapılması gerekli olan ilk iş, kanunun yorumlanmasıdır[38].

Yorum *(tefsir) (Interpretation, Auslegung), bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını belirlemek demektir*. Kanun hükümleri olduğu kadar, örf ve âdet hukuku kuralları da yorumlanabilir[39]. Mamafih örf ve âdet hukuku kurallarının yorumlanması çok ender olarak yapıldığından, kanunun yorumlanması kadar önem taşımaz. Bu sebeple de çoğunlukla ve sadece kanunun yorumlanmasından söz edilir.

Kanunun yorumlanması, kanunun tümüne egemen olan ilke ve esaslara göre, belli bir kanun hükmünün ifade ettiği gerçek anlamın anlaşılması için yapılan bir faaliyettir. Kanunu yorumlayanlar, esas itibariyle kanunun soyut ve genel mahiyetteki hükümlerini hayatın türlü olgularına uydurmak durumunda olan hâkimlerdir. Bununla beraber yorum bazen kanunu uygulama durumunda olmayan merciler veya kişiler tarafından da yapılabilir. Yorumlama, *kanunu yorumlayanlara göre* ü ç e ayrılır:

1) Yasama Yorumu

Yasama yorumu (teşriî tefsir) ya da *resmî yorum*, yasama organı tarafından herhangi bir kanun maddesinin anlamının açıklanmasıdır. Yasama yorumuna özellikle bir kanun hükmünün anlamının ülkede önemli anlaşmazlıklara sebebiyet verdiği hâllerde başvurmak zorunda kalınır. Yasama yorumu, kanunun anlaşmazlık doğuran hükmünün gerçek anlamını belirlemek suretiyle, maddenin bundan böyle herkes tarafından aynı şekilde anlaşılmasını sağlar. Bu bakımdan ve bizzat kanun koyma yetkisine sahip olan organ tarafından yapılmış olmasından dolayı, *aynen kanun hükmündedir*. Yasama

(38) TD. 11.9.1954, 2906/6223, **Olgaç, Senaî:** Kazaî ve İlmî içtihatlarla Türk Kanunu Medenîsi, C.I, İstanbul 1956, sh.11.

(39) **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.198.

yorumu bir kanun hükmünü açıklaması itibariyle de geçmişe etkili sonuçlar doğurur; yani kanunun yapıldığı ana kadar geri giden bir hükme sahiptir.

1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu (Anayasa), kanunları yorumlama yetkisini Millet Meclisine de vermişti. Buna karşılık 1961 tarihli Anayasamız bu yetkiyi Türkiye Büyük Millet Meclisine tanımadı. 1982 tarihli yeni Anayasamız da böyle bir yetki tanımamaktadır.

2) Bilimsel Yorum

Bilimsel yorum (ilmî tefsir), hukuk bilimiyle uğraşanlar tarafından yapılan yorumdur. Bu yorum bütün diğer bilimsel faaliyetler gibi daha çok *teorik mahiyettedir*. Mamafih bilimsel yorumun hukuk kurallarının kolaylıkla anlaşılması, pozitif hukukun gelişimi ve günün ihtiyaçları ile sosyal hayatın zorunluluklarına uydurulması üzerine önemli etkileri olur. Bilimsel alandaki yeni buluşlardan, hukuk alanında ortaya atılan yeni görüşlerden faydalanılmak suretiyle yapılan bilimsel yorumun, statik bir mahiyet arzeden hukuk kurallarını, sosyal hayatın her an ortaya çıkan yeni ihtiyaçlarına uygulamak durumunda bulunanlara da büyük yardımı dokunur. Zaten kanunun şu veya bu hükmünün bilim adamlarının çoğunluğu tarafından hep aynı surette anlaşılarak açıklanması, *"bilimsel görüşleri"* (ilmî içtihatları) oluşturur. MK. m. l/II hükmü hâkimlere hukukun uygulanmasında bunlardan yararlanmayı önerir.

3) Yargısal Yorum

Yargısal yorum (kazaî tefsir), kanunu uygularken mahkemeler ve hâkimler tarafından yapılan yorumdur. Yargısal yorum, kanunun somut bir olaya uygulanmasını mümkün kılmak maksadıyla, o belirli olayın özellikleri dikkate alınarak yapılır ve kural olarak *diğer mahkemeleri ve hatta bizzat yorumu yapmış olan hâkimi de bağlamaz*. Bununla beraber, kanunun bir maddesinin mahkemelerce sürekli olarak hep aynı şekilde manalandırılması, zamanla bu konuda bir *yargısal görüşün* (kazaî içtihadın) doğmasını sağlamış olabilir. Sadece Yargıtay'ın kanunun bir maddesine içtihadı birleştirme yoluyla vermiş olduğu anlamın, bu içtihat değiştirilinceye kadar bütün mahkemeleri ve bizzat Yargıtay'ı bağlayıcı gücü vardır. Yani bütün mahkemeler bu karardan sonra içtihadı birleştirme kararına konu olan hukuk kuralını Yargıtay'ın manalandırdığı biçimde anlamaya mecburdurlar. Bu, Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesi gereğidir.

E) YORUM HAKKINDAKİ TEORİLER

Hâkim, önündeki somut olaya sözüyle değinen bir hüküm bulamadığı

hâllerde, kanunun bütününden hareketle kanunu yorumlamaya ve bu suretle kanunun özünden (ruhundan) çıkacak olan bir hükmü uygulamaya mecburdur.

Yorum yapılırken bir hukuk kuralının içerebileceği çeşitli anlamlardan birini seçmek gerekir. Bu çeşitli anlamlardan seçilmesi gerekli olanı acaba hangisidir? Bu soruya verilecek cevap bir başka sorunun, *yorumda hedef ve amacın ne olduğu* sorununun daha önceden çözülmüş olmasını gerektirir. Başka bir deyişle, *kanun ne gibi esaslardan hareket edilerek, ne gibi esaslar göz önünde tutularak, neyi ortaya çıkarmak için yorumlanır*.

Kural olarak *yorumlamada hedef ve amaç,* kanundaki bir *hükmün o b j e k t i f bir surette manalandırılmasıdır*. Yani kanun, onu yorumlayanın vermek istediği anlamda değil, fakat kanun koyucunun bu hükmü koymakla güttüğü amaca uygun gelebilecek bir biçimde anlaşılmalı ve manalandırılmalıdır. Çünkü kanun koyucu, hukukî eylem ve davranışları, hukukî ilişkileri ve bu ilişkilerden doğan menfaat çatışmalarını düzenlemek için belli kurallar koyar. Bu kurallar kanunun bu eylem, davranış ve ilişkilerde ne gibi hususlara uyulmasını istediğini, karşıt menfaatlerden hangisini daha fazla korumaya lâyık bulduğunu gösterir. Bu sebepledir ki *yorumda hedef,* kanunun yapılmasını gerektiren eylem, davranış ve ilişkilerde mevcut olan menfaat çatışmaları arasındaki karşıtlığın kanunla nasıl giderilmeye çalışıldığını araştırmak ve bunlar arasındaki dengeyi sağlarken kanunun hangisini ve ne sebeplerle daha fazla koruduğunu meydana çıkarmaktır. Klâsik yorum teorisi taraftarlarının kanun koyucunun iradesi, modern teori taraftarlarının ise kanunun amacı ile ifade etmek istedikleri de, işte budur.

O hâlde kanunun yorumlanmasında, anlamının açıklanmasında amaç, *bu kanunun yapılmasıyla neyin istenmiş olduğunun meydana çıkarılması ve kanunun herhangi bir hükmünün buna uygun olarak uygulanmasıdır.*

Kanunun karşıt menfaatleri bağdaştırmak için nasıl bir ölçüden hareket ettiğini ve bunlardan hangisini daha fazla koruyacağını belirlerken, bunlar arasında nasıl bir karşılaştırma yaptığı, bunları birbirleri ile nasıl karşılaştırdığı, yani klâsik teori anlamında *kanun koyucunun iradesi*, modern teori anlamında *kanunun amacı* meydana çıkarılırken hangi an dikkate alınmalıdır? Meydana çıkarılacak olan kanunun amacı veya kanun koyucunun iradesi, hangi andaki amaç veya iradedir? Bu amaç veya irade, acaba kanunun yapıldığı zamandaki amaç veya irade mi, yoksa kanunun uygulandığı zamandaki amaç veya irade midir? Diğer bir deyişle,

bir kanun yorumlanırken bu kanunun yapıldığı anda mevcut olan ve o kanunla çözümlenmek istenilen menfaat çatışmalarının mı göz önünde tutulacağı ve bunlardan hangisinin korunmaya lâyık olduğunun geçmişe göre mi, yoksa kanunun uygulandığı zamana göre mi tartılarak aralarında bir denge kurulacağı konusu, hukuk doktrininde oldukça tartışmalıdır.

Yorum teorilerini birbirinden ayıran en önemli farklardan biri de, bu soruya verdikleri cevaplarda görülür[40].

1) Klâsik Yorum Teorisi

Klâsik yorum teorisine göre kanun koyucunun ortaya çıkarılacak iradesi, kanun *yapılırkenki iradesidir.* Bunun içindir ki yorumlama yapan kişi, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen değişiklikleri hiç dikkate almadan kanunun yapıldığı ana kadar geri giderek, kanun koyucunun o andaki iradesini araştırmalıdır. Başka deyişle *kanunlar, ancak kanun koyucunun* ***kanun yapıldığı andaki iradesi*** *dikkate alınarak yorumlanmalıdır*. Zira kanunu yapan odur; *kanun, yapıldığı andaki kanun koyucunun eseridir*.

Diğer taraftan, kanun tam ve kendi kendine yetecek bir mükemmeliyete sahiptir. Bu itibarla, kanun koyucunun kanunu hazırlarken hangi maksatla hareket etmiş olduğu ve o andaki iradesi, yine bizzat kanunun içinde aranmalıdır. Bu hususta kanunun hazırlayıcı malzemesinden yararlanmak gerekir. *Kanunun hazırlayıcı malzemesi;* kanun tasarısı veya teklifi, kanunun Meclis komisyonlarında ve genel kurulda görüşülmesini yansıtan tutanaklar ve nihayet kanunun gerekçesidir. Bunlar kanunun ne gibi ihtiyaçlar düşünülerek yapıldığını, şu veya bu hükmü koyarken kanun koyucunun ne gibi hususları göz önünde tuttuğunu ve bu kanunu koymaktaki maksadının, yani iradesinin ne olduğunun anlaşılmasını sağlayan en iyi ve en değerli malzemeyi oluşturur. Öyleyse kanun koyucunun iradesini meydana çıkarmak için, mutlaka ve sadece bunlardan yararlanmak gerekir.

XIX. Yüzyılın başlarında Fransa'da çok tutulan bu teori, şerhçi mektebin *(exégésé)* doğumuna sebep olmuştur. Klâsik teori, yorumdaki

(40) Bu hususlarda **Gény** ve **Henri de Page**'ın kitaplarından başka şunlara bakınız: Yorum teori ve metotları hakkında derli toplum ve özet açıklama için **Meier Hayoz, Artur:** FJS, 1094; **Gmür:** Die Anwendung des Rechts, Bern 1908, **Liver, Peter:** Der Wille des Gesetzes, Bern 1954; **Du Pasquier, Claude:** Introduction â la théorie général et â la philosophie du Droit, Sirey 1937, sh.185 vd.; **Ansay, Sabri Şakir:** Kanun ve Tefsiri, Ad. Der. 1938; **Meier Hayoz:** Berner Kommentar, m.l, Nr.140 vd.

hedefin, kanun koyucunun kanunun yapıldığı andaki iradesini meydana çıkarmak olduğunu ve bu maksatla da özellikle kanunun hazırlayıcı malzemesinden yararlanılmasını kabul ettiği için, *"sübjektif yorum teorisi"* olarak da isimlendirilir. Çünkü bu teoriye göre kanun, değişen şartlara göre değil, fakat *yapıldığı andaki şartlara göre* ve sadece kendisiyle ilgili olan malzeme göz önünde tutularak manalandırılmaya çalışılacaktır.

2) Modern Yorum Teorisi

Modern yorum teorisine göre yorumda amaç, *kanun koyucunun iradesini, hele onun kanunun yapıldığı andaki iradesini meydana çıkarmak değildir*. Gerçi kanunu yapan kanun koyucudur ve bu itibarla da kanunun yapıldığı andaki devrin ihtiyaçlarını ve kanunun çıkarılmasını gerektiren sebepleri en iyi bilen de odur. Fakat kanun ne gibi ihtiyaç ve sebeplerle yapılmış olursa olsun, *yürürlüğe girmesiyle birlikte kendisini çıkarmış olan kanun koyucunun iradesinden tamamen ayrılarak bağımsız bir varlık kazanır*. Her kanunun belli bir maksadı, bir amacı vardır. Kanun, karşıt menfaatler arasında bir denge kurmak ve bunlardan bazılarını diğerlerinden daha fazla korumak gerektiği esasından hareketle birtakım hükümler koyar. Yani her kanunun mutlaka bir **amacı,** bir *ratio legis'i* vardır. Ancak, belki de bu anlamda olmak üzere kanun koyucunun iradesinden söz edilebilir. Fakat bu amaç ve dolayısıyla da *kanunun anlamı zamanla değişebilir*. Çünkü kanunlar sürekli bir gelişim hâlinde bulunan toplum içindeki anlaşmazlıkları çözümlemeye yarayan hukuk kurallarından oluşur. O hâlde yorumlama, *kanunun uygulandığı zamandaki sosyal ihtiyaçlara göre yapılmalıdır*.

Yorumda hedef, *kanunu toplum içindeki bu gelişime uygun düşecek biçimde manalandırmaktır*. Çünkü kanunun yorumlanmasında önemli olan, kanun yapılırken kanun koyucunun neyi istediğinin araştırılması değil, fakat kanunun sisteminden hâl ve şartlar, uygulandığı andaki toplumun durumu, sosyal ihtiyaçlar, bilim ve tekniğin o anda ulaştığı ilerleme ve gelişim karşısında kanundan çıkan anlamdır. Yani kanunun toplumun o andaki ihtiyaçlarına ve düzenlemek istediği menfaat çatışmalarına en uygun ve en iyi gelecek biçimde manalandırılmasıdır. Kanun bu biçimde yorumlanırken ona "hukuk düzeninin genel durumu içinde mümkün olduğu kadar ahenkli bir surette yer alabileceği" bir anlam verilmeye de çalışılmalıdır[41].

Kanun, yapıldığı devri aşan ve kendisini meydana getirmiş olan kanun koyucunun iradesinden ayrı ve bağımsız bulunan bir varlığa sahiptir. Bu

---

(41) **Egger-Çernis:** age., sh.59. Bu konuda ayrıca bk. **Meier Hayoz:** age. m. l, Nr.162 vd.; BGE 63 II 155.

bakımdan, kanun koyucunun kanunu yaparken neyi istemiş olduğunun araştırılması faydasız ve hatta belki de bir ölçüde tehlikelidir. *Faydasızdır,* çünkü hayat sürekli bir gelişim ve oluşum hâlinde bulunduğundan, kanunun yapıldığı andaki ihtiyaçlar ile yorumlandığı andaki ihtiyaçların birbirinden çok farklı olması mümkün ve doğaldır. *Tehlikelidir,* çünkü bu yol kanunun devrin ihtiyaçlarına aykırı ve halkın adalete olan güvenini sarsacak biçimde uygulanması sonucunu doğurabilir. Bunun içindir ki hâkim, kanunun yapılmış olduğu devirdeki şartların kanuna başka bir anlam verilmesini gerektirecek derecede değişmiş olup olmadığını da araştırmak zorundadır.

Kanun yorumlanırken hedef, toplumun hâlen içinde bulunduğu hâl ve şartlardan ve kanunun amacından hareket edilerek, toplumun günümüzdeki ihtiyaçları ile hukuk ilkelerine ve kanunun bütününe en uygun düşecek bir anlam verilmek olmalıdır. Belki de kanun yorumlanırken meydana çıkarılması gereken husus, ***toplumun bugün içinde bulunduğu şartlar altında kanun koyucunun neyi isteyebileceğidir.***

Modern yorum teorisine göre *kanunun hazırlayıcı malzemesinin rolü ne olmalıdır?* Yaptığımız açıklamadan da anlaşılacağı üzere, modern teorinin kanunun yorumlanmasında hazırlayıcı malzemeye hiç de değer vermediği söylenemez. Hâkim, kanunu yorumlarken önce kanunun amacını, yani bu kanunla göz önünde tutulan menfaatlerin neler olduğunu araştıracaktır. İşte bunun araştırılmasında kanunun hazırlayıcı malzemesinin yararı açık şekilde kendisini gösterir. Bununla beraber, hazırlayıcı malzemenin kanunun yorumlanmasında hiçbir zaman kesin ve mutlak etkisi olamaz[(42)]. Medenî Kanun da birinci maddesinin ikinci fıkrasında hâkimin gerek kanunu yorumlarken gerek bir hukuk kuralı koyarken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından (yargısal içtihatlardan) yararlanması gerektiğini ifade etmek suretiyle bunu pekiştirir.

Modern yorum teorisi kanunun, kendisine yabancı olan dış olayların, hayatın ihtiyaç ve zorunluluklarının göz önünde tutulması suretiyle yorumlanacağını kabul eder. Bu sebeple de *"objektif yorum teorisi"* ismini alır. Bu teori özellikle hukukun uygulanmasında hâkime kanun karşısında geniş ve büyük bir serbestlik tanıyan yeni bir akımın, hukukta modernizm akımının ortaya çıkmasında etken olmuştur[(43)].

Objektif yorum teorisi Medenî Kanun'un yorumlanmasında Türk hâkiminin yararlanması gereken bir teoridir. Bu, Medenî Kanun'un birin-

---

(42) İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: JdT 1954, 555.

(43) Bu teori hakkında bk. **Du Pasquier, C.** (Çev. **Akipek, J.):** agm. AHF. Der. 1954, S.3-4, sh.306 vd.

ci maddesinin gereğidir. Zaten ancak bu teori ile kanunun doğru, hakkaniyete ve zamanın ihtiyaçlarına uygun biçimde uygulanması sağlanabilir[44]. Yargıtay'ın "pek iyi biliriz ki, bir hukukî kaidenin konması ve kabulü bir amacı sağlamak içindir. Kaidelerin manalandırılmasında bu amaca bakılmak, onu kollamak gerekir"[45] diyen içtihadı birleştirme kararı Yüksek Mahkemenin de aynı görüşte olduğunu göstermektedir.

F) YORUM METOTLARI

Hâkimin kanunu hangi amaç ve hedefleri göz önünde tutarak yorumlayacağını yorum teorileri belirler. Hâkim, bu teoriler tarafından ileri sürülen amaç ve hedeflere ulaşmak için, kanunu yorumlarken ne gibi yöntem ve araçlardan yararlanmalıdır? Bu hususta hâkime "yorum metotları" yol gösterir.

Bütün modern kanunlarda olduğu gibi Türk Medenî Kanunu'nda da yorumlamada uygulanacak metotlar hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Bu bakımdan hâkim, hukuk biliminden (doktrinden) yararlanarak yorumlamada uygulayacağı metodu bizzat seçmek durumundadır. Zaten Medenî Kanun, birinci maddesinin ikinci fıkrasıyla hâkime bu konuda bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından esinlenme ödevini yüklemektedir. Bununla beraber Medenî Kanun, bir dereceye kadar hâkime sadece sözel (lâfzî) yoruma bağlanmamasını emreder. O hâlde hâkim, kanunun özünü (ruhunu) en iyi biçimde meydana çıkarmak maksadıyla, hukuk bilimi tarafından ileri sürülen bütün yorum metotlarından yararlanmalı, bunlardan sadece birine bağlanmamalı, sadece biriyle yetinmemelidir.

1) Sözel (Gramatikal) Yorum

Kanunun amacını meydana çıkarabilmek için, öncelikle kanunun sözünün anlaşılmış olması gerekir. Çünkü kanunun sözü, yazılış biçimi, kanun koyucunun alışılmış dil kurallarına uygun olarak belirli bir hukukî kurumun nasıl düzenlendiğini göstermek için başvurduğu ifade araçlarıdır. ***Kanunun sözü**, onun yazılış biçimi, ifadesi ve kanunun amacını açığa vurmak için kullanılan işaretler demektir.* Bu sebeple yorumlamada ilk hareket noktası, kanunun sözüdür ve ilk olarak kullanılacak olan yorum metodu da sözel yorumdur. Bu metoda göre kanun, sözcüklerin gündelik ve özellikle hukuk dilindeki anlamlarından, maddelerdeki cümlelerin sırala-

(44) Aynı görüş için bk. **Saymen, F. H.:** agm. İHF. Mec. 1947, C.l, sh.354.

(45) Yg. İçt. Bir. Kar. 28.11.1945, 13/15, Yargıtay Kararları, Hukuk Bölümü, 1946, sh.507 vd. ya da RG. 22.7.1946, Nr.6365.

nış (tertip) biçiminden ve maddelerin kaleme alınışının gramatikal analizinden ve noktalama işaretlerinden hareketle yorumlanır. Bu sebepledir ki, sözel yorum metoduna aynı zamanda *"gramatikal yorum"* da denilmektedir.

Sözel yorum metoduyla kanundaki ifade biçimleri ve sözcükler değerlendirilir ve anlamları açıklanır. Bu suretle de kanunun dil bakımından anlamı ortaya çıkarılmış olur.

Bu yorum metodu, belki de kanunun yorumlanmasında ilk başvurulacak yöntemdir; çünkü bir maddenin sözel anlamını kavramadan onun özüne (ruhuna) inmek mümkün değildir. Bununla beraber, kanunun yorumlanmasında çok istisna olarak sadece bu metotla yetinilebilir. Zira sadece bu metotla kanunun özünü ortaya çıkarmak mümkün değildir. Zaten bu, Medenî Kanun'un birinci maddesinden de anlaşılır.

2) Mantıksal Yorum

Mantıksal yorum, *kanunun mantıksal ve sistematik bir eser olduğu ve kendi kendisine yettiği esasından hareket eder.* Bu yorum metodu sözel yorumdan sonra başvurulacak olan metottur. Kanunun herhangi bir maddesinin anlamını açıklamak için, ilk önce onun açık ifadesi, yani sözü araştırılmalıdır. Bu yoldan bir anlam çıkarılamadığı takdirde, mantıksal yoruma başvurmak gerekir. Yani kanun koyucunun iradesinin, mantık kurallarının yardımıyla yorumlanacak maddenin kanun içindeki yerinden, kanunun hangi kısım ve bölümünde düzenlenmiş olduğundan, kenar başlıklar arasındaki ayırımdan, maddeler arasındaki mantıksal ilişkilerden, kanunun sistematiği ve plânından ortaya çıkarılabileceği kabul edilir. Mantıksal yorum metodu, kanun koyucunun iradesini mantık kurallarına dayanarak açıklamaya çalışırken, kanunun hazırlayıcı malzemesinden geniş ölçüde yararlanır.

Gerek mantıksal yorum metodu, gerek sözel yorum metodu klâsik yorum teorisinin benimsemiş olduğu yorum metotlarıdır. Mantıksal yorum metodu, kanundan mantık yollarıyla mutlaka bir hüküm çıkarılabileceği esasına dayanır; mantık kuralları ve oyunlarıyla varılan sonuçların, toplumun kanunun uygulandığı andaki ihtiyaçlarına ve menfaatlerine uygun düşüp düşmediği üzerinde hiç durmaz. Bu itibarlardır ki, bu yorum metoduyla kanun hükümlerine verilmek istenilen anlam, daha çok teorik ve belki de mantıksal bir anlam olur. Fakat maddelerin bu biçimde anlaşılması, çoğu kez ne kanunun özüne uygun düşer ne de hayatın gereklerini karşılar.

Salt mantıksal yorum metoduna dayanılmak suretiyle verilen mah-

kemekararlarına,*"kavramadayalımahkemeiçtihatları"(Begriffsjurisprudenz)* denir.

Mantıksal yorum metodu, yorumlama yapılırken kanun metinlerinden sonuç çıkarmayı mümkün kılacak bazı *mantıksal düşünüş yöntemlerini* de ileri sürer. Aşağıda bunları ele alarak açıklayacağız:

a) Zıt Kanıt

Zıt kanıt *(Mefhumu muhalif beyyinesi) (argumentum a contrario)*, kanunda belirli bir eylem, davranış veya ilişki hakkındaki düzenleme biçiminden, bunların tam aksi olup da kanunda düzenlenmemiş bulunan, yani hakkında hüküm bulunmayan bir eylem, davranış veya ilişkinin kanundaki düzenleniş biçiminin tamamen aksi olan bir hükme tâbi tutulmak istendiği sonucunu çıkarmaktır. Örneğin MK. m.182/II hükmü, boşanma hâlinde çocuk kendisine bırakılmamış olan ana veya babanın çocuk ile kişisel ilişkileri devam ettireceğini öngörür. Kanunda büyük ana ve büyük babaların torunları ile kişisel ilişki kuracakları konusunda bir hüküm bulunmamasından, İsviçre Federal Mahkemesi zıt kanıt yoluyla onların torunları ile kişisel ilişki sürdüremeyecekleri sonucunu çıkarmıştır[(46)]. Medenî Kanun, tapuya kayıtlı taşınmazların satışının resmî senetle yapılmasını emreder (m.706). Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında kanunda bu konuda bir hüküm bulunmamasından, zıt kanıt yoluyla bunların satışının herhangi bir şekle tâbi olmadığı sonucuna varılabilir. Taşınmaz mülkiyeti, MK. m.1024 ve 1025 hükümleri uyarınca illetli (sebebe dayalı) bir işlemdir. Taşınır mülkiyetinin illetli bir işlem olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamasından, zıt kanıt yoluyla onun illetsiz (sebebe dayalı olmayan) bir işlem olduğu kabul edilebilir.

Medenî Kanun, m. 23/II de özgürlüklerin hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağını hükme bağlamıştır. Bu hükmün zıt kavramından, özgürlüklerin hukuka veya ahlâka aykırı olmamak kaydıyla sınırlanabileceği sonucuna varılabilir. "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır" diyen m.24/II hükmünden, zıt kanıt yoluyla "maddede sayılan sebeplerden birinin haklı kıldığı bir saldırı hukuka aykırı değildir" sonucu çıkarılabilir.

---

(46) JdT 1928, 194. İsviçre Kanun koyucusu Medenî Kanunda 1976 tarihinde yaptığı bir değişiklikle sadece büyük ana ve büyük babaların değil, fakat diğer yakınların ve hatta üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurması imkânını getirdi (m.274a). Aynı imkân Yeni Medenî Kanunla bizde de getirilmiştir (m.325).

Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının iki taraflı olan türünde, vakıftan yararlananlara yönetime katılma hakkı tanıyan MK. m.110/II hükmünden, zıt kanıt yoluyla tek taraflı türünde, vakıftan yararlananların yönetime katılma hakkına sahip bulunmadıkları sonucu çıkarılabilir.

Ancak, zıt kanıt yönteminin kanunun amacı ve özellikle toplumun ihtiyaçları ve sosyal menfaatler dikkate alınmadan her olaya uygulanması doğru olmaz. Nitekim Yargıtay, büsbütün başka bir yoldan hareket ederek büyük ana ve büyük babalara torunlarını görmek hakkını tanıdığı gibi, Federal Mahkeme de taşınır mülkiyetinin illetli bir işlem olduğunu kabul etmiştir[47].

b) Kanunun Evleviyetle Uygulanması

Kanunun evleviyetle uygulanması da *(a fortiori)*, mantıksal yorum metodunun ileri sürdüğü mantıksal düşünüş yöntemlerinden biridir. Buna, kavramın kolaylıkla anlaşılabilmesinde yardımcı olmak bakımından belki de *"kanunun haydi haydi uygulanması"* da denilebilir. ***Kanunun evleviyetle uygulanması****, belirli bir eylem, davranış veya ilişki hakkındaki kanun hükmünü veya bu hükümden çıkan ilişkiyi, bunların hemen hemen a y n ı o l a n, onlara ç o k b e n z e y e n, fakat kanunda düzenlenmemiş bulunan bir eylem, davranış veya ilişkiye uygulamaktır.* Bu faaliyet kıyasın (örneksemenin) esasını oluşturur[48]. Örneğin Yargıtay, tapuya kayıtlı taşınmazların satışını resmî şekle tâbi tutan MK. m.706 hükmündeki ilkeyi uzun süre tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların satışı hakkında da uygulamıştı[49]. Borçlar Kanunu'nun işverenin işçiyi korumak maksadıyla önlemler almasını öngören 417 inci maddesi, evleviyetle uygulama yöntemiyle ve haklı olarak istisna (eser) sözleşmelerine de uygulanabilir[50].

Medenî Kanun hısımlık dolayısıyla kimler arasında evlenmenin yasak olduğunu 129 uncu maddesinde 3 bent hâlinde açıkça hükme bağlamış, fakat hangi hısımlar arasında nişanlanmanın mümkün olmadığı hakkında bir yasaklama getirmemiştir. Bu boşluk 129 uncu maddeyle getirilmiş olan kesin yasağın *evleviyetle nişanlanmaya da uygulanması* yoluyla doldurulur. Zira birbirleriyle evlenmeleri yasaklanmış olan yakın hısımların, birbirleriyle nişanlanmaları da aynı gerekçeyle evleviyetle (haydi haydi) yasaktır.

---

(47) Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/29, RG. 16.4.1960, Nr.10482; JdT 1930, 525.

(48) **Du Pasquier, C.:** age. sh.197.

(49) Yg. İçt. Bir. Kar. 24.11.1944, 27/32, Sicilli Kavanin, C.26. sh.1076 veya RG. 1945. Nr.5955.

(50) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.193.

3) Amaçsal Yorum

Kanunlar, hukukî ilişkileri düzenlerlerken, çatışma hâlinde bulunan menfaatler arasında bir denge sağlamak isterler. Bunu da bu menfaatlerden bazen birini, bazen diğerini daha fazla korumak suretiyle gerçekleştirirler. Bu dengenin kurulabilmesi için, bunlardan hangisinin daha fazla korunmaya değer menfaat olacağı, kanun koyucu tarafından kararlaştırılmış olmalıdır. Bunun kararlaştırılabilmesi için ise, kanun koyucunun bu hususta bir değer hükmüne varması, karşıt menfaatlerin birbiri ve toplum karşısındaki önemini karşılaştırması ve bundan sonra da hangisinin korunacağını kararlaştırarak bu esastan hareket etmesi gerekir. Yani her kanun, menfaat çatışmalarını düzenlerken böylece belli bir maksatla hareket eder. Bu maksat kanunun amacını, *ratio legis*'ini oluşturur. Hâkim, yorumlamada bulunurken kanunun bu amacını araştırarak kanunu buna uygun düşecek surette anlamlandırmalıdır(51). Kanunu bu suretle anlamlandırırken teorik ve mantıksal düşüncelerden çok, pratik (amelî) düşünceyle hareket etmek gerekir(52). Kanunun amacı, toplumun günümüzdeki sosyal gerekleri ve somut olayın özellikleri göz önünde tutularak objektif bir şekilde araştırılır. Yani kanuna, toplumun zamanla birlikte değişen ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılamaya yarayacak bir anlam verilmeye çalışılır.

Hâkim, kanunu bu metotla yorumlarken diğer yorum metotlarının hepsinden yararlanabilir, fakat onlardan hiçbirine bağlı kalmamalıdır. Zira amaçsal *(gaî, teleolojik)* yorum metodunun özelliği, tartıcı ve eleştirici bir metot olmasıdır. Yani herhangi bir kanun hükmünden yorum yoluyla çeşitli anlamlar çıkarılabilen durumlarda, *bu anlamlardan kanunun amacına ve korunması gereken menfaate en uygun olanının yeğlenmesi gerekir.* Zaten amaçsal yorum metodu da bunu emreder. Bu metot, karşıt menfaatler arasında sosyal hayatın ve iş ilişkilerinin gerekleri ve kanunun amacı göz önünde tutularak bir karşılaştırma yapılmak suretiyle bunlardan hangisinin diğerine oranla daha fazla korunmaya lâyık olduğunu saptar ve kanunu buna göre anlamlandırmaya çalışır. Kanun bu metotla yorumlanırken elde edilen sonucun, kanunun bütünüyle ve özellikle kanuna egemen olan ilkelerle ve hatta o devletin hukuk sistemi ve bu sistemin ana ilkeleriyle ahenk hâlinde olması gerektiği de göz önünde

---

(51) Yg. İçt. Bir. Kar. 28.11.1945, 13/15, Yargıtay Kararları, Hukuk Bölümü 1946, sh.107 vd. veya RG. 22.7.1946, Nr.6365; HGK. 5.6.1963, 6-81/40, Ad. Der. 1963, sh.505.

(52) FJS 1094, sh.3; **Staudinger:** Kommentar, I. Band, Berlin 1957, sh.34 vd. Ayrbk. **Meier Hayoz:** age., m.l**,** Nr.192 vd.

tutulmalıdır. Zira kanun hükümleri bir kül (bütün) oluşturur. "Bu hükümlerden birisini tamamen ihmal ederek diğerini uygulamaya kalkışmak, kanunun amacına tamamen yabancı olabilir" ve hatta bazen zararlı ve tehlikeli sonuçlar doğurabilir(53).

Bu konuda örneğin Önceki Medenî Kanun'un Anayasa Mahkemesinin 21.5.1981 tarihli ve 67/23 sayılı kararıyla iptal edilmiş bulunan m.310/II hükmü, doğal babanın cinsel ilişki sırasında *evli olması durumunda* hâkimin babalığa hükmedemeyeceğini, yani çocuk ile baba arasında sahih olmayan (gayrı sahih) nesep (soybağı) bağlantısının meydana gelemeyeceğini öngörmüştü. Bu hüküm karşısında, babalık davası görülürken babanın ölümü veya tarafların boşanması sebebiyle *evliliğin sona ermiş olduğu hâllerde de* acaba babalık davasının reddi mi gerekecekti? Kanunun amaçsal metotla yorumlanmasında bu soruya *"gerekmeyecek"* şeklinde cevap verilmeliydi. Çünkü Kanun, sahih olmayan nesebin hükümlerini düzenlerken, ailenin menfaatleri ile evlilik dışı çocuğun menfaatlerini mümkün olduğu ölçüde bağdaştırmak amacını esas alarak, evli erkeklerin ilişkisinden olan evlilik dışı çocukları değil, aileyi korumuştu. Fakat evlilik birliğinin korunmasının gerekmediği ve özellikle bu birliğin ortadan kalkmış olduğu hâllerde ise, tabiî nesepli (evlilik dışı) çocuğu korumak istemişti. Nitekim bu husus Kanun'un 303, 293 ve 294 üncü maddelerinden anlaşılmaktaydı. O hâlde, üzerinde durduğumuz konuda, evlilik zaten ortadan kalkmış olduğuna göre, artık ailenin korunması söz konusu olamaz denilerek, amaçsal yorum yoluyla böyle bir babaya karşı kişisel sonuçlu babalık davası açılabileceği sonucuna varılabilirdi.

Yargıtay, evlilik dışında doğan bir çocuğun açacağı kişisel sonuçlu babalık davasının zamanaşımının, çocuğa kayyım atandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağını kabul ederken, Önceki Medenî Kanun'un 295 inci maddesini amaçsal metotla yorumlamıştı. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 2.5.1960 tarihli içtihadı birleştirme kararında, bu madde ile "korunmak istenen hak ve menfaatlerin hususiyeti (özelliği) bunun kabulünü zarurî (zorunlu) kılar; "... filhakika (gerçi) ananın menfaati kadar çocuğun menfaati de bahis konusudur.... Çocuğa ait dava müddetinin... doğumdan itibaren başlayacağını kabul etmek,... MK. m.295 hükmü ile çocuğa tanınmış olan dava hakkının... ortadan kalkması gibi bir netice doğurur. . . böyle bir netice kanunun metnine olduğu kadar ruh ve gayesine de aykırı düşer" demişti(54).

(53) Yg. İçt. Bir. Kar. 2.5.1960, 5/8, RG. 5.8.1960, Nr.10570.

(54) Yg. İçt. Bir. Kar. 2.5.1960, 5/8, RG. 5.8.1960, Nr.10570.

Hukuk doktrini tarafından kanunların yorumlanmasında savunulan amaçsal yorum metodu hem Yargıtay[55], hem de İsviçre Federal Mahkemesince[56] benimsenmektedir.

G) KANUN BOŞLUKLARI

Kanun boşluğu, belli bir hukukî konu hakkında kanunda gerekli bir hükmün bulunmamasıdır. Bir konunun çözümü için gerekli olan hüküm, kanunun sözünden (lâfzından) açık olarak çıkmıyorsa, kanunun yorumlanmasına gidilir ve yorum yoluyla kanunun özünden (ruhundan) ve amacından, bu konuda bir çözüm biçiminin bulunup bulunmadığı araştırılır.

Kanun boşluğu, herhangi bir eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenmesine yarayacak bir hükmün kanundan yorum yoluyla dahi çıkarılamadığı durum demektir. Hâkimin, önüne gelmiş olan bir eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenmesine yarayacak bir sonuca varamadığı her durumda mutlaka da kanunda boşluk bulunduğu söylenemez. Çünkü kanun sosyal çatışmaları, anlaşmazlıkları ve sorunları olumlu bir biçimde düzenlediği gibi, olumsuz bir biçimde de düzenlemiş olabilir. Başka bir deyişle, bu konuları hukuk bakımından düzenlemek, onlara hukukî bir çözüm biçimi getirmek istenmemiş olabilir. O hâlde, kanunda herhangi bir hükmün yokluğu, bazen kanunun bu konuyu düzenlemek istemediği anlamına da gelebilir.

Kanunda gerçekten bir boşluk olup olmadığına karar verebilmek için, *kanunun bir bütün olarak yorumlanması gerekir.* Hâkimin kanunu bu suretle yorumlarken kanunun amacını, toplumun o andaki sosyal durumunu, sosyal ve ekonomik zorunluluk ve gereklerini, kamunun yararını ve ahlâk hakkındaki görüşleri göz önünde tutarak araştırması lâzım gelir. Hâkim eğer bu araştırma sonunda, *kanunun bu konuyu gerçekten çözümlemek istemediği* sonucuna varırsa, o zaman kanunda boşluk olduğundan söz edilemez; kanunun bu konuyu hukuk düzeninin, hukuk alanının dışında bırakmak istediği kabul edilir. Nitekim Medenî Kanunda sütkardeşler

---

(55) **Egger-Çernis:** age., sh.63 vd.; **Gmür:** age., sh.51 vd.; **Buchard, Walter:** Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzauslegung, Bern 1925, sh.62 vd.; **Saymen, F.H.:** Karar Tahlili, İHF. Mec. 1947, C.l, sh.353 vd.

(56) Yargıtayın içtihatları birleştirme kararları, ayrıca İçt. Bir. Kar. 9.3.1955, 22/2, RG. 27.6.1955, Nr.9039.
İsviçre Federal Mahkemesinin kararları hakkında bk. **Du Pasquier, Claude** (Çev. **Akipek, J.:** Hukukun Tatbiki Hakkında Yeni Görüşler ve İsviçre Mahkeme İçtihatları, AHF. Der. 1954, S.3-4, sh.306 vd. Ayrıca JdT 1945,25; 1947, 123; 1950, 503, 1951, 125.

arasında evlenmeyi yasaklayan bir hükmün bulunmaması böyle yorumlanabilir. Kanun koyucu bu konuyu yasaklamak istemiş olsaydı, herhalde 129 uncu maddeye bunu öngören bir bent ekleyebilirdi. Bu durumda söz konusu sorunun çözümlenmesi, daha çok âdet, ahlâk ve hatta bazen din kurallarına ait olur. Kanunun yorumlanması sonucunda *böyle bir sonuca varılmaz ve fakat kanundan uygulanması gerekli bir hüküm de çıkarılamazsa*, işte o zaman kanunda boşluk olduğu kabul edilir[57].

Öyleyse ***kanun boşluğu,*** *hukukî bir çözüm yoluna (çaresine) bağlanması gereken bir eylem, davranış veya ilişki karşısında kanunun susması demektir.* Diğer bir deyişle kanun boşluğu, *kanunun ne sözünden ve ne de özünden somut olaya uygun bir hükmün kanunda mevcut olmaması ya da kanundan çıkarılamamasıdır.*

Doktrinde çeşitli kanun boşlukları kabul edilir[58]. Bunlar arasında en önemli olanlar şunlardır:

1) Gerçek Kanun Boşlukları

Kanun tarafından *mutlaka düzenlenmesi gereken* bir eylem, davranış veya ilişki hakkında kanunda olumlu ya da olumsuz bir hükmün mevcut olmaması ve yorum yoluyla da kanundan böyle bir hükmün çıkarılamaması hâli, *gerçek kanun boşluğu* olarak nitelendirilir.

2) Gerçek Olmayan Kanun Boşlukları

Gerçek olmayan kanun boşluğu, kanundaki bir hükmün hâkimin önündeki konuya olduğu gibi uygulanmasının kanunun amacına olduğu kadar, hukuk fikrine ve menfaatler durumuna aykırı düşmesi hâlidir. Bu durumda kanundaki düzenleme biçiminin yetersizliğinden söz edilir.

3) Somut Olay Hakkında Birbirine Karşıt İki Kanunî Hükmün Bulunması

Belli bir olay hakkında birbirine karşıt iki kanunî hükmün bulunması durumunda, eğer her iki kanun hükmü de özel veya genel mahiyette ise ve bu kanunlar aynı anda yürürlüğe girmiş bulunuyorlarsa, hâkimi bu hükümlerden birini diğerine yeğlemeye yöneltecek haklı bir sebep yok-

---

(57) 4. HD. 16.5.1951, 4153/3877, TİK 1952, C.II, sh.1019; Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/20, RG. 16.4.1960, Nr.10482.

(58) Bu konuda bk. **Meier Hayoz,** Berner Kommentar, m.l, Nr.251 vd., Nr.274 vd., FJS 1950, sh.2 vd., **Du Pasquier, Claude:** Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art l CCS, Bale 1951; **Zitelmann:** Rücken im Recht, Leipzig 1903, **Burchard, W.:** age., Bern 1925.

tur[59]. Bu durumda hâkimin uygulayabileceği bir hükmü kanundan çıkarmak mümkün olamadığından, burada da bir *kanun boşluğu* söz konusu olur. Böyle bir kanun boşluğunun tipik örneğine eski Ticaret Kanunu zamanında sıklıkla rastlanırdı. Zira ticaret hukuku ile ilgili pek çok konu, hem eski Ticaret Kanunu'nda, hem de Borçlar Kanunu'nda birbirleriyle bağdaştırılamayacak biçimde düzenlenmişti.

4) Kanun Boşluklarının Durdurulması

Kanuna tam ve mükemmel bir eser gözüyle bakan klâsik yorum teorisi, kanunda boşluklar olabileceğini kabul etmez. Çünkü bu teoriye göre, yorum yoluyla kanundan mutlaka her somut olaya uygun gelebilecek bir çözüm yolu çıkarmak mümkündür. Kanunda boşlukların bulunabileceği fikri, ancak modern teoriyle ortaya çıkmıştır. Medenî Kanun bizzat birinci maddesiyle, kanunun hayatın bütün olay ve olgularını düzenleyemeyeceğini kabul ederek kanun boşluklarının nasıl doldurulması gerektiği hususunda direktifler verir. Birinci maddenin ilk fıkrası gerçek kanun boşluklarının doldurulması hâlinde uygulanır. Gerçek olmayan kanun boşluklarının doldurulmasında ise, Medenî Kanun'un 2 nci maddesinin birinci fıkrası ve özellikle 4 üncü maddesi yol gösterir.

Hâkim, yazılı kaynaklarda önünde bulunan anlaşmazlığı çözümlemeye elverişli bir hüküm bulamazsa, bu konuda kendisine yardımcı olacak bir örf âdet hukuku kuralının mevcut olup olmadığını araştıracak, böyle bir kural bulursa o kuralı uygulayarak sorunu çözüme bağlayacaktır. Ancak, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, Ülkemizde medenî hukukla ilgili örf ve âdet hukuk kuralı yok denilebilecek kadar az olduğundan, hâkim çoğu kez aradığı kuralı bulamayacak ve *"gerçek hukuk boşluğu"* karşısında kalacaktır. Bu durumda hâkime düşen görev, MK. m. 1 hükmü uyarınca bir hukuk kuralı yaratarak anlaşmazlığı çözüme kavuşturmak olacaktır.

Önceki Medenî Kanunda büyük ana ve büyük babaların torunları ile kişisel ilişki kurabilmeleri konusunda bir hüküm bulunmaması, yorum yoluyla da bir sonuç çıkarılamaması, Yargıtay tarafından *gerçek bir kanun boşluğu sayılmış,* mevcut boşluk Türk toplumunun aile hakkındaki düşünce ve görüşlerine uygun düşecek biçimde ve olumlu olarak şöyle bir gerekçeyle doldurulmuştur: "Bir dedenin, varisi (mirasçısı) olan torunu ile her zaman görüşmek istemesi kan birliğinin tahammülsüz (dayanılmaz)

---

[59] Bu konuda "Hukukun zaman bakımından uygulanması" bahsine bakınız.

bir arzusu bulunduğundan, MK. m. l' in sarahatine (açıklığına) ve davacı dede ile çocuk arasındaki nesep cihetinden (soybağı yönünden) bulunan münasebete (ilişkiye) göre hâkimin vazıı kanun (kanun koyucu) gibi hareketle çocuk ile dede arasında münasebet tesisine (ilişki kurulmasına) dair hüküm vermesi doğrudur"[60].

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların hukukî durumunu düzenleyen bir hüküm Önceki Medenî Kanunda mevcut olmadığı gibi, yeni Medenî Kanunda da mevcut değildir. Kanaatimizce bu durum da gerçek kanun boşluğuna bir örnek olarak belirtilebilir. Zaten Yargıtay'ın 9.10.1946 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararından da açıkça olmasa bile örtülü olarak bu sonuç çıkar[61].

İsviçre Federal Mahkemesi de ivazsız (ücretsiz) olarak yapılmış olan bir vekâlet sözleşmesinde vekilin uğradığı zararların giderilmesiyle (tazminiyle) ilgili olarak Borçlar Kanunu'nda bir hüküm bulunmamasını bir kanun boşluğu kabul etmiş ve vekâletsiz işgörme hükümlerinin (BK. m. 526 vd. kıyasen buraya da uygulanacağına karar vermiştir[62]. Federal Mahkeme başka bir kararında, kiralayanın taşınmazın ısıtılmasından doğan hakkının hapis hakkıyla güvence altına alınıp alınmayacağı hususunda kanunda bir boşluk olduğunu açıklamış ve bu boşluğu ısıtma alacağını da hapis hakkının kapsamına sokmak suretiyle doldurmuştur[63]. Yüksek Mahkeme başka bir kararında da evlilik birliğini koruma önlemlerini almaya yetkili mahkemenin kanunda gösterilmemiş olmasını bir kanun boşluğu kabul etmiş, bu boşluğu da boşanmalarda yetkili mahkemeyi belirleyen ZGB. m.144 (MK. m.168) hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle doldurmuştur[64] [65].

Türk hukukunda bu konuda bir kanun boşluğu yoktur. Çünkü yeni Medenî Kanunu'muz 201 inci maddesinde bu konuda yetkili olan mahke-

---

(60) 2. HD. 9.3.1944, 3143/4361, **Olgaç, S.:** age., sh.13. Ayrıca, 4.HD. 31.1.1947, 965/359, F.H. Saymen'den naklen, Türk Medenî Hukuk C.l, sh.201. Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/29, RG. 16.4.1960, Nr.10482.

(61) Yg. İçt. Bir. Kar. 9.10.1946, 12, İçtihatları Birleştirme Kararları, Ankara 1948, sh.242 vd. veya RG. 20.6.1947, Nr.6637. Ayrıca kiralar hakkında Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1964, 2/4, RG. 27.11.1964, Nr.11867.

(62) JdT 1935, 517.

(63) JdT 1938, 208.

(64) JdT 1929, 176.

(65) Kanun boşluklarını kabul eden Federal Mahkeme kararları hakkında bk. JdT 1948, 15; 1950, 397 vd.

meyi şöyle düzenlemiştir: "Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yeri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir".

Kanun boşluklarının doldurulması, hâkimlere düşen bir görevdir. Bu konuda uygulanması gerekli esaslar hakkında MK. m. l/I de bazı direktifler vardır. Maddeye göre, kanunda boşluk olan hâllerde hâkim, *örf ve âdet hukukunu uygulayacaktır.* Eğer o konuda bir örf ve âdet hukuku kuralı da mevcut değilse, o zaman hâkim, bir *hukuk boşluğu* karşısında bulunuyor demektir ki, bu takdirde kendisi kanun koyucuymuş gibi bir hukuk kuralı yaratıp (koyup) onu uygulamak zorunda kalacaktır.

Hukuk boşluğu kanun boşluğundan daha kapsamlı bir kavramdır. ***Hukuk boşluğu,*** *hukuken düzenlenmesi ve yaptırıma bağlanması gerekli olan bir eylem, davranış veya ilişkiye uygulanabilecek bir kuralın ne yazılı hukukta ne de örf ve âdet hukukunda mevcut olmaması demektir.*

II- ÖRF VE ÂDET HUKUKUNUN UYGULANMASI

Örf ve âdet hukuku, medenî hukukun *ikinci derecede*, yani talî (ikincil) mahiyetteki kaynağını oluşturur. Çünkü örf ve âdet hukukuna ancak kanun boşluklarının bulunduğu durumlarda bunları doldurmak üzere başvurulur, yani örf ve âdet hukuku daha çok Medenî Kanun'u tamamlayıcı bir işlev görür. Örf ve âdet hukukunun genellikle hukukun uygulanmasında -hiç değilse Ülkemiz bakımından- önemli bir yeri yoktur[66]. Bununla birlikte, somut olaya uygulanabilecek bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığı iddia edilirse, hâkim bunu araştırmakla ve mevcut olduğu saptanınca da onu uygulamakla yükümlüdür[67]. Bu konuda Yargıtay kararlarından şöyle bir örnek verilebilir: Medenî Kanun nişanlanma sözleşmesini herhangi bir şekle tâbi tutmamıştır. Yargıtay, 1949 tarihli bir kararında "nişanın *örfü âdet veçhile yapılması* lâzımdır. Taraflardan birinin ötede beride bu yoldaki beyanı kâfi değildir" demiştir[68].

---

(66) Örf ve âdet hukukunun önemi daha yukarılarda açıklanmış olduğu için, burada tekrar edilmeyecektir. Bk. İkinci Kısım, Birinci Bölüm sh. 89 vd.

(67) 3. HD.nin 1929 tarihli kararı, aynı dairenin 1930 tarihli başka kararı, **Velidedeoğlu'** dan naklen, age., sh.106, dipnot 2

(68) 2. HD. 8.9.1949, 2871/4269, **Olgaç. S.:** İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, İstanbul 1967, sh.147, Nr.408.

Yargıtay'ın daha sonraki tarihli kararları ise tamamen aksi yöndedir. Nitekim 1958 yılında verilen bir kararda "nişanlanmanın evlenme vaadiyle meydana geleceği, örf ve âdet uyarınca merasimin yapılmamış olmasının nişanlanma olmadığı anlamına gelmeyeceği" belirtilmiştir[69].

III- HÂKİMİN YARATTIĞI HUKUKUN UYGULANMASI

Hâkimin önündeki somut anlaşmazlığın çözümlenmesine uygun gelen bir hukuk kuralının kanunda, daha doğru deyişle yazılı kaynaklarda veya örf ve âdet hukukunda bulunmaması hâlinde, bir hukuk boşluğunun varlığından söz edilir. Böyle bir durumda hâkim, önüne gelmiş olan anlaşmazlığı Medenî Kanun'un birinci maddesine uygun hareket ederek çözümlemek zorundadır. Maddeye göre *"kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir"*.

Görüldüğü üzere, Medenî Kanun'un birinci maddesiyle, hukuk boşluklarının doldurulması konusunda hâkimlere çok önemli ve çok büyük bir görev vermiştir. Hâkim, bir hukuk boşluğunu doldurmak amacıyla, kanun koyucuymuş gibi bizzat bir hukuk kuralı koymak (yaratmak) ve koyduğu kurala göre sorunu çözümlemek zorundadır. Hukuk edebiyatında buna ***"hâkimin hukuk yaratma yetkisi"***, bazen de doğru olmayarak *"hâkimin kanun koyucu gibi davranma yetkisi"* denir.

A) HÂKİMİN HUKUK YARATMA YETKİSİNİ KULLANMA BİÇİMİ

Hukuk yaratma yetkisinin hâkim tarafından nasıl kullanılacağı hakkında, Medenî Kanun'un yine birinci maddesinde çok genel mahiyette de olsa bazı direktifler vardır. Madde bu konuda hâkime yol göstermek maksadıyla hâkimin *bir kanun koyucu gibi hareket etmesi* gerektiğinden söz eder. Maddenin ikinci fıkrası, hâkimin bilimsel görüşler ve yargı kararlarından yararlanması lâzım geldiğini söyler. Medenî Kanun hâkimin bir kanun koyucu gibi hareket etmesini öngörürken, ona bir kanun koyucu gibi *genel ve soyut bir çözüm yolu bulması* gerektiğini göstermek ister.

Hâkim hukuk kuralı yaratma yetkisini kullanırken i k i şekilde hareket edebilir: Ya kıyas yoluna başvurur ya da kendisi bizzat bir hukuk kuralı koyar. Aşağıda birbirinden farklı bu iki çözüm yolunu ele alacağız:

---

(69) Bk. 6. HD. 17.3.1958, 2204/2256, **Olgaç,** 1967, sh.87, m.82; Nr.2. Ayrıca bkz. 3. HD. 29.9.1994, 9369/92301; 3. HD. 26.5.1992, 3938/10914, **Yavuz, Nihat:** Uygulamalı Nişan Davaları, Ankara 1995, sh.192.

1) Hâkimin Kıyas Yoluna Başvurması

Kıyas *(Örnekseme) (Analogie), bir kanun hükmünün veya kanun hükmünde yer alan bir ilkenin b e n z e r bir olaya uygulanması demektir*. Bir kanun hükmünün kıyas yoluyla uygulanabilmesi için, bu hükümle düzenlenen eylem, davranış veya hukukî ilişki ile hâkimin önüne gelmiş bulunan eylem, davranış veya hukukî ilişkinin esasını oluşturan fiilî olguların *mutlaka da tıpa tıp aynı olması gerekmez*. Zaten kıyası kanunun evleviyetle (haydi haydi) uygulanmasından ayıran özellik de budur.

Kanunun kıyas yoluyla uygulanması için, her iki eylem, davranış veya ilişkinin *az çok birbirine benzer mahiyetteki menfaat çatışmasına sebebiyet vermiş olması yeterlidir*. Bu durumda kanundaki hukuk kuralı "işin mahiyeti itibariyle aynı menfaat ihtilâfını (çatışmasını) halletmekte (çözümlemekte) ve bundan dolayı hâdisedeki (olaydaki) menfaat ihtilâfı için de maslahata uygun bir hal sureti (çözüm yolu) temin edebilmektedir (sağlayabilmektedir)".[70] Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi boşanma davasında yetkili mahkemenin davacının yerleşim yeri mahkemesi olduğunu açıklayan ZGB. m.144 hükmünü (MK. m.168) kıyas yoluyla evlilik birliğinin korunması önlemlerinin alınmasında da yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir[71]. Nitekim her iki durumdaki menfaat çatışmaları arasında benzerlik vardır. Zira gerek boşanma gerek evlilik birliğinin korunması esas itibariyle davacının menfaatleri dikkate alınarak düzenlenmiş olan kurumlardır. Evlilik birliğinin korunması önlemlerinde davacı eşin evlilik birliğinin yıkılmaktan kurtarılmasında menfaati vardır; boşanmada ise amacını gerçekleştiremeyecek derecede anlaşmazlıklar doğurmuş olan bir evlilik bağından kurtulmakta davacı eşin menfaati vardır. Gerek koruma önlemlerinin ivedilikle alınması gerek evlilik birliğinin mümkün olduğu kadar çabuk şekilde ortadan kaldırılması, davacının lehinedir. İşte, buna dayanılarak MK. m.168 hükmü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel yetki kuralından ayrılmak zorunluluğunu duymuştur.

Henüz normal evlenme yaşına erişmemiş, örneğin 15 yaşındaki bir erkek evlenirse ne olacaktır? Bu konuda kanun ve hatta hukuk boşluğunun varlığı kabul edilerek, olaya evlenme yaşına erişmiş, fakat yasal temsilcisinin izni olmadan evlenmiş küçükler hakkındaki MK. m.153 (ÖMK. m.120) hükmü kıyas yoluyla uygulanmalı ve bu evlenme nisbî butlan sebebine dayanılarak iptal edilebilmelidir.

---

(70) **Egger-Çernis:** age., sh.73.

(71) JdT 1929, 176. Türk hukukunda bu konuda boşluk yoktur. Çünkü MK. m.201 hükmünde yetkili mahkeme açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay, kıyas yoluna özellik tapuya kaydedilmemiş olan taşınmazların satışı konusunda başvurmuştu. Zira tapuda kaydı olmayan taşınmazların satışının hangi şekle tâbi olacağı hakkında Önceki Medenî Kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildi. Yüksek Mahkeme bu boşluğu başlangıçta, tapuda kayıtlı olan taşınmazların satışını düzenleyen hükmü kıyas yoluyla uygulamak suretiyle doldurma yoluna gitmişti. Yargıtay, tapuya kaydedilmiş bulunan taşınmazların tapu idaresi dışında yapılan satışlarının geçerli olmadığına ilişkin ÖMK. m.633 ve 634 (MK. m.705 ve706) hükümlerini kıyas yoluyla uygulayarak tapuya kaydedilmemiş olan taşınmazların tapu idaresi dışındaki satışlarını da geçersiz sayıyordu[72]. Ancak, bu konuda aynı menfaat çatışmasına meydan veren iki durum söz konusu olmadığından, Yargıtay'ın bu kararları hem ilgililerin, hem de toplumun menfaatlerine ters düşüyordu. Bu durumu fark eden Yüksek Mahkeme daha sonra bu içtihadından dönmüştür[73].

Bazı hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı bizzat kanun tarafından ifade edilmiştir. Örneğin taşınır satışına ilişkin hükümler *kıyas yoluyla* taşınmaz satışına da uygulanır (BK. m. 246). Evlenmenin butlanına karar verilince ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkiler (MK. m.157/II), eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında (MK. m.158/III) ve butlan davasında yetki ve yargılama usulü (m.160) bakımından boşanmaya ilişkin hükümler *kıyas yoluyla* uygulanır.

2) Hâkimin Hukuk Yaratması

Hukuk boşluklarını doldurmak için hâkimin başvuracağı bir diğer yol da, bizzat yaratacağı (koyacağı) bir hukuk kuralını uygulamaktır. Hâkim, bir hukuk kuralı yaratabilmek için, her şeyden önce önüne gelmiş bulunan somut olaydan doğan menfaat çatışmalarının neler olduğunu ve bunlardan hangisinin daha fazla korunmaya lâyık bulunduğunu araştıracaktır. Ancak, hâkimin araştıracağı ve karşılıklı olarak mukayese edeceği

---

(72) Yg. İçt. Bir. Kar. 22.10.1944, 27/32, Sicilli Kavanin, C.26, sh.1076 veya RG. 1944, S.5955: "Batıl olan bir akit alıcının hüsnüniyeti yahut satıcının sebepsiz sözünden dönerek ahlak kaidelerine muhalif hareketi ile sıhhate kavuşamaz. Tapusuz gayrımenkulün zilyedi tarafından haricen satışı ve alıcıya teslimi kanunen hükümsüz olduğundan, satıcı bu gayrımenkulü geri alabilir".

(73) Yg. İçt. Bir. Kar. 9.10.1946, 6/2, Sicilli Kavanin, C. 28, sh.739 veya RG. 1947, Nr.6637: "Bir kimsenin henüz malik olmadığı tapuda kayıtlı olmayan bir gayrımenkulünü başkasına satıp teslim etmesi, ileride mülkiyet iktisabına yarayan o mal üzerindeki fiili tasarruf hakkını, zilyetliğini devir amacını güder. Aynî bir hak olan zilyetliğin her hak gibi devri caiz ve muteber olup resmî şekle tâbi değildir".

menfaatler, somut olay ile çekişme hâlinde bulunan tarafların menfaati değildir. Hâkim, önündeki somut olaya benzeyen olaylardan ne gibi karşıt menfaatlerin doğabileceğini, önündeki olaydan tamamen sıyrılarak soyut bir şekilde araştırmalıdır; yani ilk iş olarak hâkim, yaratacağı kural ile nasıl bir maksat güdeceğini ve nasıl bir amaca ulaşmak istediğini saptamalıdır; bunu yaparken de *önündeki konunun özelliklerinden çok, hayat ve iş ilişkilerinin gereklerini dikkate almalıdır.* Hâkimin bunu yapabilmesi için, vereceği kararın, yani yaratacağı hukuk kuralının gelecekteki sonuçlarını, toplumda yaratacağı tepkileri de düşünmesi gerekir. Hâkim, bir hukuk kuralı yaratırken gerçi somut bir olaydan hareket edecektir, fakat yarattığı hukuk kuralının bu olaydan ayrı olarak, buna benzeyen bütün olaylarda da uygulanabilecek doğru ve adil bir kural olması gerektiğini hiçbir zaman gözden uzak tutmamalıdır. Diğer bir ifadeyle hâkim, aynen bir kanun koyucunun izlediği yönteme uygun biçimde hareket etmelidir.

Hâkim, her ne kadar somut bir olayı sonuca bağlamak üzere, bu olayda mevcut menfaat çatışmalarından hareket ederek bir kural yaratacak ise de yaratacağı hukuk kuralının *soyut ve genel mahiyet taşımasına özen gösterecek,* olayın özelliklerinden tamamen sıyrılarak onları genelleştirecek, somut menfaat çatışmalarına genel bir mahiyet vermesini (izafe etmesini) bilecektir. Medenî Kanun ***"hâkim kanun koyucu gibi hareket etmelidir"*** derken, işte bütün bunları dile getirmek istemiştir. Bu sebepledir ki hâkim, özellikle yaratacağı hukuk kuralının toplumun gereklerini ve bugünkü, hatta yarınki yaşam biçimi üzerindeki etkilerini göz önünde bulunduracaktır.

Hâkim, bir hukuk kuralı yaratırken özellikle i k i esastan yararlanmalıdır. Bunlar sosyolojik esaslar ile ahlâkî esaslardır.

Sosyolojik esaslar, hâkimin yaratacağı kuralın, önündeki somut olaydan doğan menfaat çatışmasına olduğu kadar, toplumun ihtiyaçlarına ve görüşlerine uygun düşecek bir çözüm yolu olmasını gerektirir. Hâkim öyle bir kural yaratmalıdır ki, bu kural somut olayın özelliklerine olduğu kadar, toplumun hukuk, adalet ve hakkaniyet anlayışlarına da uygun düşen ve özellikle o toplumda geçerli olan hukuk sistemi ile ahenk hâlinde bulunan bir kural olsun.

Hâkim, aynı zamanda *ahlâkî esaslardan* da esinlenmeli, yaratacağı kuralın toplumun ahlâkî duygularını sarsacak, onları rencide edecek mahiyette olmamasına, ahlâk ve hakkaniyet kurallarını çiğnememesine özen göstermelidir. Yani hâkim, hukuk kuralı yaratırken içinde yaşadığı toplumdaki ahlâk ve dürüstlük kurallarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Çekişme hâlinde bulunan kişilerden hangisinin daha fazla

korunmaya lâyık olduğunu belirlerken ve her birinin menfaatini diğerininki ile karşılaştırırken hâkimin uygulayacağı ölçü, daima bu ahlâk ve dürüstlük kuralları olmalıdır[74].

Ancak menfaat çatışmaları bu şekilde tartıldıktan sonradır ki hâkim, daha fazla korumaya lâyık gördüğü tarafın menfaatlerine uygun düşecek bir hukuk kuralı yaratmaya çalışacaktır. Daha doğrusu hâkim, tarafların menfaatleri arasında denge kurulmasını sağlayacak bir kural koyacaktır. Medenî Kanun'un hâkimin "kanun koyucu gibi hareket etmesi" deyimiyle kastetmek istediği de, işte bunlardır. Diğer bir deyişle *Medenî Kanun,* ***hâkimin aynen bir kanun koyucu gibi kendi kişisel görüş ve eğilimlerinden, sempati ve anti patilerinden tamamen sıyrılarak objektif şekilde ve çevrenin sosyal, ahlâkî ve hukukî görüş ve ihtiyaçlarına uyan bir hukuk kuralı yaratmasını istemektedir.*** Bu istek aynı zamanda, somut olayın özelliklerinden uzaklaşarak, daha doğrusu bu olayı genelleştirerek ve soyutlaştırarak bütün bu tür olaylara uygun gelebilecek mahiyette bir hukuk kuralının yaratılması gereğini de ifade etmektedir.

Bununla beraber, bu görüşün aksini iddia edenler de yok değildir. Bunlara göre hâkim, sadece önündeki somut olayı göz önünde tutarak ona uygun gelecek bir hukuk kuralı yaratmalıdır. Bu görüş *"duyguya dayalı mahkeme içtihatları" (Gefühlsjurisprudenz)* görüşü olarak isimlendirilir.

Hâkimlerimiz (mahkemelerimiz) Medenî Kanun'un daha ilk maddesiyle kendilerine tanınmış olan bu yetkiyi çok istisnaî hâllerde kullanmaktadırlar; hâkimler hukuk boşluklarını daha çok kanunu yorumlama yoluyla doldurma eğilimindedirler. Mamafih, pek ender de olsa Yüksek Mahkememizin açıkça Medenî Kanun'un birinci maddesine dayandığını söyleyerek veya maddeden hiç söz etmeksizin bu yetkiyi kullanmak suretiyle vermiş olduğu kararlar da vardır[75] [76].

---

(74) FJS 1096, sh. 2.

(75) Örneğin tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların hukukî rejimi ile ilgili olan çok isabetli bir içtihadı birleştirme kararı için bk. Yg. İçt. Bir. Kar. 9.10.1946, 6/12, Sicilli Kavanin, C.28, sh.739 vd.; Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/29, RG.16.4.1960, Nr.10482.

(76) Bu konuda açıkça MK. m. l hükmüne dayanılarak verilmiş olan bir kararı örnek olarak analım: "Bir dedenin varisi (mirasçısı) olan torunu ile her zaman görüşmek istemesi, kan birliğinin tahammülsüz (dayanılmaz) bir arzusu bulunduğundan, Medenî Kanun'un birinci maddesi sarahatine (açıklığına) göre hâkimin yazılı kanun (kanun koyucu) gibi hareketle çocuk ile dede arasında münasebet tesisine (ilişki kurulmasına) dair hüküm verişi doğrudur": 2. HD. 9.3.1944, 3144/4361, **Olgaç, S.:** age., sh.13. Başka bir karar için bk. Yg. İçt. Bir. Kar. 18.11.1964, 2/4, RG. 27.11.1964, Nr.11867. Federal Mahkemenin durumu hakkında bk. **Du Pasquier, C.:** Les lacunes des Droit et la Jurisprudence du Tribunal fédéral, Bale 1951.

B) HÂKİMİN YARATTIĞI HUKUK KURALININ MAHİYETİ

Medenî Kanun her ne kadar hâkimin kanun koyucu gibi bir hukuk kuralı yaratmasından söz ediyorsa da, bu, hiçbir zaman *hâkimin yarattığı hukuk kuralının bir kanun hükmü mahiyetinde olduğu anlamına gelmez.* Çünkü kanun koymak, Anayasa ile yalnız yasama organına tanınmış olan bir yetkidir (Ay. m.7). Medenî Kanun'umuz, birinci maddedeki hükmüyle hâkimin objektif şekilde hareket ederek genel ve soyut bir hukuk kuralı yaratması gerektiğini göstermek ister. Gerçekten, ***hâkimin yarattığı hukuk kuralı kanun gücünde değildir,*** kanundan hem şekil hem de mahiyet itibariyle farklıdır. Kanun, genel ve soyut mahiyette olup kapsamına giren her olayda uygulanması gerekli olan hukuk kurallarıdır. İlke olarak kanun kuralları (hükümleri), herhangi somut bir anlaşmazlık doğduğu için değil, fakat böyle bir anlaşmazlığın *doğumundan önce* konulmuş olan kurallardır. Oysa hâkimin yarattığı hukuk kuralı, somut bir anlaşmazlığın *doğumundan sonra* ve esasen salt bu anlaşmazlığın çözümlenmesini sağlamak maksadıyla konulmuş (yaratılmış) olan bir kuraldır. Bu kural ne kadar genel ve ne kadar soyut bir biçimde yaratılmış olursa olsun, bir mahkeme kararı, hâkim tarafından konulmuş bir hukuk kuralı olma niteliğini yitirmez *ve* ***diğer hâkimleri ve hatta onu yaratmış olan hâkimi dahi sonradan önlerine gelecek somut olaylarda bağlamaz.*** Bu hukuk kuralını koymuş olan hâkim ve diğer hâkimler, buna benzer olaylarda aynı şekilde karar vermekle veya evvelce konulmuş olan böyle bir kuralı olduğu gibi uygulamakla yükümlü değildirler.

Önceki Medenî Kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan bir kanunla bazı mahkeme kararları âdeta bir hukuk kaynağı düzeyine çıkarılmıştır. Hâlen yürürlükten kalkmış bulunan Temyiz Mahkemesinin Teşkilâtına Dair Kanun'un 1953 yılında değiştirilen 8 inci maddesiyle içtihadı birleştirme (tevhidi içtihat) kararlarının "emsali (benzeri) hâdiselerde (olaylarda) mahkemeleri bağlayacağı" esası getirilmiştir(77). Sonradan çıkarılan ve hâlen yürürlükte bulunan Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesi aynı mahiyette bir hükmü içermekte olduğundan, bu hüküm karşısında *Yargıtay'ın Medenî Kanun'un birinci maddesine dayanarak içtihadı birleştirme yoluyla yarattığı hukuk kurallarının hem bizzat Yargıtay'ı, hem de bütün mahkemeleri bağlayıcı gücü vardır.* Yani benzer olaylarda gerek kişilerin, gerek mahkemelerin ve hatta Yargıtay'ın bu hukuk kurallarına uyması ve onları uygulaması zorunludur(78).

---

(77) Sicilli Kavanin, C.34, sh.313 vd. Bu hususta bk. **Bilge, Necip:** Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1965, sh.55 vd.

(78) İçtihadı birleştirme kararlarının bu bağlayıcı gücü hakkında bk. HGK. 18.1.1950, 1-150/60, **Olgaç, S.**: age., sh.12; Yg. İçt. Bir. Kar. 9.5.1960, RG. 28.6.1960.

IV- BİLİMSEL GÖRÜŞLER VE YARGI KARARLARI

Türk medenî hukukunun, hatta bütün özel hukukun uygulanmasında hâkimlere çok büyük ve çok geniş serbestlik tanınmıştır. Bu serbestlik, kanunun yorumlanmasında olduğu kadar ve belki de ondan daha çok, hâkimin hukuk yaratmasında görülür. Bu bakımdan hâkimlerin geniş görüşlü, geniş kültürlü, toplumun gerçeklerine ve menfaatlerine iyice nüfuz etmiş olmaları gereklidir. Medenî Kanun'umuz, birinci maddesinin ikinci fıkrasıyla zaten hâkimlerin hukuku uygularken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanmalarını istemektedir. Önceki Medeni Kanun bu konuda *"ilmî ve kazaî içtihatlar"*dan söz ediyordu. Yeni Medenî Kanun bunu *"bilimsel görüşler ve yargı kararları"* şekline dönüştürmüş ise de eski ve yeni iki deyim arasında arılaştırma dışında esasa ilişkin önemli bir fark yoktur.

Hâkim, sadece hukuk boşluklarını doldururken değil, aynı zamanda kanunu uygular veya yorumlarken, hatta örf ve âdet hukukunu uygularken dahi bilimsel ve yargısal görüşlerden (içtihatlardan) yararlanabilir ve hatta yararlanmalıdır. Hâkim, hukuku uygularken bir karara varmadan önce, önüne gelmiş olan sorunla ilgili bilimsel görüşleri ve yargı kararlarını araştırmış ve incelemiş, bunlarda ileri sürülmüş olan görüş ve kanaatler hakkında bir bilgi ve fikir sahibi olmuş bulunmalıdır.

Bilimsel görüşler ile yargı kararlarından yararlanma, hâkim için bir tür zorunluluktur, fakat bu zorunluluğun bir yaptırımı da yoktur. Medenî Kanun *bilimsel görüşler ve yargı kararlarının hâkime sadece yol göstericilik işlevini kabul ederek* onun hukuku doğru ve toplumun ihtiyaçlarına uygun biçimde uygulayabilmesi için bunlardan yararlanmasını istemiştir. Medenî Kanun'un bu konuda bir yaptırım öngörmemiş olması, bilimsel görüşler ve yargı kararlarının hâkimi bağlamayacağı anlamına gelir. Bu sebepledir ki bunlara doktrinde *"yardımcı kaynaklar"* denilmektedir.

Medenî Kanun, birinci maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmüyle bilimsel görüşler ve yargı kararlarını birinci fıkrası anlamında bir hukuk kaynağı düzeyine çıkarmış da değildir. Başka bir deyişle MK. m. l/II hükmü, bilimsel görüşler ve yargı kararlarının hâkimler tarafından aynen uygulanması gerektiği anlamına gelmez. Bunlar hâkim için sadece *"yol gösterici"* mahiyettedirler. Hâkim bilimsel görüşleri ve yargı kararlarını bilmezlikten gelemeyeceği gibi, onları aynen uygulamakla yükümlü de değildir. *Bir bilimsel görüş ne kadar değerli olursa olsun, hâkim bunda ileri sürülen fikir ve görüşleri benimsemek ve onları aynen uygulamak zorunda değildir. Aynı şey yargı kararları hakkında da geçerlidir. Yargı kararlarının da benzer olaylarda mutlaka ve aynen uygulanması gerekmez.* Hâkim

ancak şu veya bu konuda bir bilimsel görüşün veya mahkeme kararının mevcut olduğunu bilecek, onları eleştirici bir görüşle inceleyecek, kanunu yorumlarken veya hukuk boşluklarını doldururken ya da hukuku uygularken onlardan veya dayandıkları ilkelerden yararlanacak, yani onlarda ileri sürülen görüş, kanaat ve bilgileri kabul veya reddedecektir[79]. Medenî Kanun'un birinci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm bu şekilde anlaşılmalıdır. Ancak, belirtelim ki bu anlayış, menfaatler durumunun büyük benzerlik gösterdiği hâllerde, bir bilimsel görüş veya yargı kararında ileri sürülen ve hâkim tarafından da doğru ve yerinde görülen bir fikrin hiçbir surette aynen uygulanmayacağı anlamına da gelmez.

Yargı kararları bakımından uygulamadaki durumun bu söylediklerimizin tam aksi yönde geliştiğini belirtmekte de yarar vardır. Hâkimlerimizin meslekte yükselmelerini bir ölçüde vermiş oldukları kararların Yargıtay'ca onanması ya da bozulması oranına tâbi tutan sistem karşısında, hâkimler ne yazık ki kendilerini ister istemez, Yargıtay dairelerinin kararları ile bağlı hissetmektedirler.

A) BİLİMSEL GÖRÜŞLER

Bilimsel görüşler *(Doctrine, bewaehrte Lehre)*[80], *hukuk bilimi ile uğraşanlar tarafından hukukî konu ve sorunlar hakkında ileri sürülen kanaatler, fikirler ve çözüm yollarının tümünden oluşur.* Bu kanaat, fikir

---

(79) İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: BGE 71 I 229. Bu hususta ayrıca bk. **Meier Hayoz:** age., m. l, Nr.422 vd.

(80) Türkiye'de medenî hukuk ile ilgili olarak yayımlanmış eserlerin tam bir listesini vermek mümkün olmayacağından, bu alanda yayımlanmış olan bibliyografik yayınlara yollama yapmakla yetineceğiz. Bu suretle sadece medenî hukuk ile değil, fakat hukuk biliminin tamamı ile ilgili kitap ve makalelerin neler olduğu ve nerelerde bulunabileceği hakkında bir fikir edinmek mümkün olacaktır.
Hirs, Ernst: Türk Hukuk Neşriyatı Bibliyografyası, İstanbul 1941 (1934 ilâ 1940 yıllarındaki yayınları içerir); **Saymen, Ferit Hakkı:** Türk Hukuk Kroniği, İstanbul (Bu kronik her yıl veya iki yılda bir yayınlanmakta olup kitap hâlinde 1943 yılında yayımlanmaya başlamıştır.) **Erciyes, Rıdvan Bülent:** Yirmi Senelik Türk Hukuk Bibliyografyası, İstanbul 1956 (1935 ilâ 1954 yıllarındaki yayınları içerir). **Erciyes Bülent:** Türk Hukuk Bibliyografyası (Yirmi Senelik Türk Hukuk Bibliyografyasına Ek), Ankara 1959 (1955 ilâ 1957 yıllarındaki yayınları içerir); **Karayalçın, Yaşar:** Borçlar-Ticaret ve Banka Hukuk Bibliyografyası, Ankara 1956, 1962 (İki cilt halindedir; birinci cilt 1928-1955 yılları arasındaki, ikinci cilt 1956-1960 yılları arasındaki yayınlan içermektedir). Prof. Karayalçın'ın bu yayını Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını olarak muntazam şekilde yayımlanmaya devam etmektedir.
Bilim adamları tarafından yayımlanmış ve medenî hukuk ile ilgili olan sistematik eserlerin isimleri için ayrıca bk. **Tekinay Selâhattin Sulhi:** Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, B.6, İstanbul 1992, sh.80 vd.

ve çözüm yolları, hukuk hakkında yayımlanmış olan genel nitelikli *sistematik eserlerde* veya belli bir konuyu bilimsel metotla derinlemesine ve ayrıntılı olarak inceleyen *monografik eserlerde* bulunur. Kanun maddelerini tek tek inceleyerek onları manalandırmaya çalışan eserler, yani *şerhler* de bilimsel görüşler grubuna girerler. Herhangi bir sorun hakkında bazı hukukçular tarafından bireysel olarak ileri sürülmüş olan kanaat ve fikirler, bilimsel görüş (içtihat) niteliğini kazanamaz. Bir hukukçu tarafından ileri sürülmüş olan kanaatin veya fikrin bilimsel görüş (ilmî içtihat) düzeyine çıkabilmesi için, bu kanaat veya fikrin *diğer hukukçuların büyükçe bir çoğunluğu tarafından da benimsenmiş olması* gerekir. Yani ileri sürülen bir kanaat veya yorumlama biçimi ya da önerilen bir çözüm yolu, ancak hukuk teorisyenlerinin büyük bir çoğunluğu tarafından doğruluğu kabul edildiği takdirde bilimsel görüş niteliğini kazanabilir. Bir hukukçu tarafından bireysel olarak ileri sürülen bir fikrin bilimsel görüş mahiyetinde bulunup bulunamayacağı konusunda, bu fikri ileri sürmüş olan hukukçunun kişiliğinin büyük ölçüde önemi vardır. Bir ülkenin hukuk hayatında yer etmiş, fikirlerinin ve görüşlerinin isabeti, doğruluğu ve tarafsızlığıyla tanınmış, hukuk biliminde otorite sayılan bir hukukçunun fikri veya kanaati, tek kalsa bile, yine de bir bilimsel görüş (içtihat) olarak kabul olunabilir.

Bir hukukî fikrin veya kanaatin bilimsel görüş olarak kabul edilebilmesi için, onun hukukun ana ilkelerine, teorisine, toplumun ihtiyaçlarına elverişli ve uygun olması da zorunludur. Hâkim, ancak bütün bu nitelikleri nefsinde toplayan, hukuk doktrininde de değeri kanıtlanmış olan bir bilimsel görüşten esinlenecektir. Önceki Medenî Kanun'umuza çevrilmemiş olmakla beraber İsviçre Medenî Kanun'unun *"les doctrines consacrées"," die bewaehrte Lehre"* sözcüğüyle kastetmek istediği husus da işte budur. Aynı şey yeni Medeni Kanun'umuz bakımından da geçerlidir.

Hukukun yorumlanmasında veya uygulanmasında hâkimin yararlanacağı bilimsel görüşler, sadece kendi ülkesinin bilimsel görüşleri de değildir. *Hâkim bu konuda karşılaştırmalı hukuk biliminden de yararlanacaktır. Hâkimlerimizin özellikle İsviçre'deki bilimsel görüşlere başvurmaları çok gerekli ve faydalıdır. Nitekim Yüksek Mahkememiz de bu görüştedir*. Gerçekten bizzat Yargıtay da "Medenî Kanun'un birinci maddesi hükmünce kanunun yorumlanmasında ve uygulanmasında hâkimin göz önünde tutacağı İsviçre ilmî (bilimsel) içtihatlarına[81]" sıklıkla başvurmaktadır.

---

[81] Bk. Yg. İçt. Bir. Kar. 26.3.1962, 23/3, RG. 7.6.1962.

Hâkim sadece hukuk doktrininden değil, gerektiğinde diğer bilimlerden de yararlanmalıdır. Bunlar arasında hâkimin özellikle hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, ekonomi ve diğer sosyal bilimlere olduğu kadar, biyoloji bilimine, tıbba ve adlî tıbba, diğer tabiî bilimlere de başvurması ve onların verilerinden yararlanması gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi, kararlarında sıklıkla doktrinden söz eder, doktrin tarafından ileri sürülen fikirleri kendi görüşlerine destek yapar veya bunlardan esinlenmediği durumlarda bile kararlarında şu veya bu fikirden neden yararlanmadığını göstermek için bunların uzun uzun tartışmasına girişir.

Yargıtay'ın yeni bazı kararlarını bilimsel görüşlere dayandırdığını, onlara yollamalar yapmaya başladığını görmekten büyük mutluluk duyulmaktadır[82].

Bilimsel görüşler söz konusu olduğu zaman, şöyle bir soru ile karşılaşılabilir: Acaba Türk hâkimi, Medenî Kanun'u uygular veya yorumlarken kanunun aslı olan İsviçre Medenî Kanunu'na başvurmalı mıdır? Yani İsviçre Medenî Kanunu, Türk hâkimleri için bir bilimsel görüş mahiyetinde görülebilir mi?

Önceki Medenî Kanun'umuzda bazen maddenin anlaşılmasını son derece güçleştirecek derecede çeviri yanlışları vardı. Böyle durumlarda kanunun aslına başvurmak, hâkime kanunun gereği gibi anlaşılmasında ve yorumlanmasında büyük kolaylık sağlayabilir. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. Yüksek Mahkeme bir kararında "kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda ilmî (bilimsel) içtihatlardan faydalanabilineceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz" demiştir[83].

B) YARGI KARARLARI

Yargı kararları *(kazaî içtihatlar) (jurisprudence, Überlieferung), birbirine benzeyen olaylarda mahkemeler tarafından verilmiş olan aynı mahiyetteki kararlardır*. Medenî Kanun bunları birinci maddesinin ikinci fıkrasında

---

(82) Buna örnek olarak 9.3.1955, 22/2, RG. 27.6.1955, Nr.9039: 4.6.1958, 15/6, RG. 1.10.1958, Nr. 10021; 23.3.1962, 23/3, RG. 7.6.1962, Nr. 11122: 15.7.1965, 3/3, RG. 5.7.1965, Nr. 12049 tarih ve sayılı içtihadı birleştirme kararları gösterilebilir.

(83) Yg. İçt. Bir. Kar. 28.11.1974, **Tepeci, K.:** age., sh.455. Bu hususta ayrıca bk. **Arslanlı, Halil:** İsviçre Kanunu Medenîsi ve Borçlar Kanunu veya İsviçre Hukukunun Bulduğu Bir Tefsir Normu Türk Hukukuna Müessir Olabilir mi? Medenî Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, sh.326 vd.

"yargı kararları" şeklinde isimlendirmiştir. Ülkemizin hukuk hayatında yargısal içtihatlar denildiği zaman akla ilk olarak Yargıtay'ın kararları gelir. Fakat hâkimin bütün mahkeme kararlarından olduğu gibi, Yargıtay'ın kararlarından da ***ancak yararlanması söz konusu olabilir; hâkim onları aynen uygulamak zorunda değildir.*** Türk hukuk sisteminde Anglo-Amerikan hukukunda olduğu gibi *"örnek kararlar sistemi" (case law)* mevcut değildir. Yani *hâkimler kendilerinin vermiş oldukları önceki kararlar ile bağlı olmadıkları gibi, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararları dışındaki kararları ile de bağlı değildirler.* Zaten böyle bir sisteme bağlanmak, hukukumuz bakımından da özenilmeye değer bir şey değildir [(84)] [(85)].

Hâkimlerin yargı kararlarından yararlanabilmeleri, ancak bu kararların devamlı ve sistematik şekilde yayımlanmasıyla mümkün olabilir. Ülkemizde İsviçre'de olduğu gibi hiç değilse Yargıtay kararlarının muntazam ve sistematik şekilde yayınlanmakta olması övülmeye değer.

§ 5. HÂKİMİN, TAKDİR YETKİSİNE DAYANARAK MEDENÎ KANUN'U UYGULAMASI

I- TAKDİR YETKİSİ KAVRAMI

Takdir yetkisi (pouvoir d'appréciation, Richterliches Ermessen), Medenî Kanun'un hukukun uygulanmasında hâkime tanıdığı önemli yetkilerden biridir. Hâkim, önüne gelen olayı çözüme kavuşturmak üzere, ilk önce kanunu uygulamakla yükümlüdür. Fakat çoğu hâllerde kanundaki hüküm, somut olayı bütün ayrıntılarıyla içine alamayacak kadar genel veya olayın özelliklerine uymayacak kadar soyut veya elâstikî olabilir. İşte, bu gibi durumlarda kanundaki hükmü somut olaya uydurabilmek için, onun uygulama biçimini ve kapsamını belirleme yetkisi, Medenî Kanun'un 4 üncü maddesiyle hâkime verilmiştir. Kanun hükmünün somut olaya olduğu gibi mutlak şekilde uygulanması, bazen kanunun amacını aşan sert sonuçlar doğurabilir veya tarafların durumuna uygun düşmeyebilir. Kısaca kanunda *"gerçek olmayan kanun boşluğu"* bulunabilir. Bu gibi hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasını önlemek içindir ki, bazı hükümlerin olduğu gibi uygulanmasının gerekip gerekmediğini veya ne biçimde uygulanması gerektiğini, hayat ile karşı karşıya bulunan hâkimlerin anlayışına bırakmak uygun olur. Medenî Kanun'umuz işte bu düşüncelerin etkisiyle,

---

(84) **Schwarz, A.B.:** Hukuk Kurumu Konferansı, Ankara 1936, sh.12; **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.115.

(85) Bununla beraber bu ilkenin istisnaları ve fiilî durum hakkında "Hâkimin Yarattığı Hukuk Kuralının Mahiyeti" bahsine bakınız.

hâkimlere *kanunu takdir yetkisine dayanarak uygulama serbestliğini* vermiştir. Örneğin Medenî Kanun'un 27 nci maddesi bir kimsenin haklı sebeplere dayanarak mahkeme kararıyla adını (ismini) değiştirebileceğini öngörür, fakat haklı sebeplerin neler olduğunu göstermez. Çünkü bu sebepler her somut olayın gereklerine ve özelliklerine göre değişik olabilir. Adın bazen söylenmesinin (telâffuzunun) güç veya anlamının çirkin olması, bazen o kişinin şu veya bu niteliğine ters düşmesi veya aynı adın kötü şöhretli bir kimse tarafından da taşınması dolayısıyla kişinin şeref ve haysiyetini zedelemekte olması mümkündür. Hâkim, takdir yetkisine dayanarak somut olayın bütün bu özelliklerini göz önünde tutmak suretiyle ileri sürülen sebebin *"haklı"* olup olmadığına karar verecektir.

Medenî Kanun'un 166 ncı maddesinin birinci fıkrası, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasını boşanma sebebi saymış, fakat hangi hâllerde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağını belirtmemiştir. İşte bu durumda da kanun, bu hâllerin takdir yetkisine dayanarak hâkim tarafından belirleneceğini öngörmektedir.

O hâlde ***hâkimin takdir yetkisi,*** *sonuç itibariyle, kanunun çok genel, soyut ve elâstiki mahiyetteki hükümlerini, somut ve özel bir olaya uygun gelecek biçimde uygulama yetkisi demektir.*

II- TAKDİR YETKİSİNİN MAHİYETİ

Hâkimin takdir yetkisi, hâkimin kanun karşısında sahip olduğu serbestliğin önemli bir sonucu olarak görünür. Bu hak ya da yetki, *hâkimin hukuk yaratma yetkisinden farklıdır.* Her ne kadar bazı hukukçular takdir yetkisi dolayısıyla hâkimin kanunu değiştirici mahiyette bir hukuk yaratma yetkisinden söz ederlerse de[(86)], bu görüşün MK. m.4 hükmü karşısında geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira hâkimin, kendisine tanınan hukuk yaratma yetkisini kullanabilmesi için, hem kanunda hem de örf ve âdet hukukunda önündeki somut olayla ilgili hiçbir hüküm bulunmaması gerekir. Oysa hâkimin takdir yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde, kanunda hâkimin önündeki olaya uygulanabilecek bir hüküm vardır. Fakat bu hükümde, olaya uygulanabilecek çözüm yolu sadece ana hatlarıyla gösterilmiş, bundan bütün ayrıntılarıyla sonuç çıkarılarak bu hukuk kuralının somut olaya uydurulması yetkisi hâkime bırakılmıştır. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda hâkim, *az çok kanunla bağlıdır.* Zira takdir yetkisinin hangi hususlarda kullanılacağını kural olarak bizzat kanun

(86) **Enneccerus-Nipperdey:** age., sh.213.

belirler. Yani takdir yetkisinin "sahası ölçülüp işaretlenmiş, çevrilmiştir", takdir yetkisinin alanı MK. m. l/I hükmünde öngörülen hâkimin hukuk yaratma yetkisine oranla daha sınırlıdır[87]. Örneğin Önceki Medenî Kanun'un 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunan 142 nci maddesi, boşanma hâlinde hâkimin, kusurlu olan tarafın bir yıldan az iki yıldan fazla olmamak üzere belli bir süre geçmeden yeniden evlenmesini yasaklayabileceğini öngörmüştü. Kanun koyucu burada sadece genel bir hüküm koymuş, kusurlu eş hakkında evlenme yasağına hangi hâllerde karar verilmesi gerektiğini ve bu sürenin bir yıl mı, iki yıl mı olacağını her olayın özelliklerini göz önünde tutmak suretiyle takdir yetkisine dayanarak karara bağlamayı hâkime bırakmıştı. Örnek olarak belirttiğimiz 142 nci madde 1988 yılında yürürlükten kalkmıştır.

Medenî Kanun'un hâkime 4 üncü maddesiyle tanımış olduğu takdir yetkisi, hâkimin usul hukuku uyarınca sahip bulunduğu "*kanıtları serbestçe takdir yetkisi"*nden de farklıdır. Bu sebeple, her iki takdir yetkisinin birbirine karıştırılmamasına dikkat edilmelidir. Kanıtların (delillerin) takdiri bir usul hukuku konusudur ve esas itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198 inci maddesi hükmüne tâbidir. Mamafih *"Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir"* şeklinde çok genel mahiyette kaleme alınmış olan bu maddenin, Başlangıç Hükümleri arasında yer almış olan MK. m.4 hükmüyle tamamlanması gerekir.

III- HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİNİN BULUNDUĞU HÂLLER

Hâkim, takdir yetkisine genellikle kanunun kendisine bu yetkiyi verdiği yerlerde sahiptir. Nitekim Medenî Kanun'un 4 üncü maddesinden böyle bir anlam çıkabilir. Bununla beraber, takdir yetkisini sadece kanunla tanınmış olan hâllere indirgemek (hasretmek), MK. m.4 hükmünün amacına uygun düşmez. Bu itibarladır ki, herhangi bir hukukî ilişkinin takdir yetkisinin kullanılmasını haklı göstereceği yerlerde ve özellikle gerçek olmayan kanun boşluklarında da bu yetkinin hâkim tarafından kullanılması, MK. m.4 hükmünün amacına uygun düşer[88].

Kanunun hâkime nerelerde takdir yetkisi verdiği nasıl anlaşılacaktır?[89].

---

(87) **Egger-Çernis:** age., sh.112.

(88) **Oğuzoğlu, H.C.:** age., sh. 156, **Meier Hayoz:** age. m.4, Nr.56 vd.

(89) Bu konuda geniş bilgi ve örnekler için bk. **Diener, Emil:** Das Ermessen, Zürich 1920, sh. 88 vd.

A) KANUNDA AÇIKLIK BULUNAN YERLER

Medenî Kanun bazen açık ve seçik olarak hâkimin takdir yetkisinden söz eder. Ancak bu, Medenî Kanun'un sıklıkla kullandığı bir yöntem değildir.

Medenî Kanun'un açıkça hâkimin takdir yetkisinden veya hakkından söz eden maddelerine örnek olarak 182 ve 766 ıncı maddeler ile Borçlar Kanunu'nun 62, 402, 435, 480 inci maddelerini gösterebiliriz. Nitekim MK. m.182 nin kenar başlığında *"Hâkimin takdir yetkisi"* deyimi kullanıldığı gibi, m.766/II de "... *hâkim takdir eder"* denilmiştir. Aynı şekilde BK. m. 529'da *" …hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür"* denilmektedir.

B) KANUNDA KULLANILAN DEYİMLER

Medenî Kanunda açıkça takdir yetkisinden veya hakkından söz edilmemekle birlikte, kullanılan belli bazı deyimlerden hâkime takdir yetkisinin verilmek istendiği anlaşılır.

Örneğin *haklı* veya *önemli sebepler:* MK. m.27, 67, 80, 124/II, 128, 164, 380, 385, 414, 415, 615; *uygun miktar*: MK. m.121, 174, 772; *hakkaniyet*: BK. m. 37, 50, 64, 344, 406, 500; *gerekli (önlemler):* MK. m.183; *uygun bir miktar:* BK. m. 56; *haklı sebepler:* BK. m. 323, 349, 355, 45, 437; *işin niteliği:* BK. m. 173, 183, 504, 513 gibi deyimler, bu hâllerde hâkime takdir yetkisi verildiğini gösterir.

C) KANUNUN YAZILIŞ BİÇİMİ

Hâkime takdir yetkisi verilmek istendiği bazen de maddelerin yazılış biçiminden anlaşılır.

Örneğin "dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verile**bilir**" diyen MK. m.170/III; "Onbeş yaşını dolduran küçük,.....mahkemece ergin kılına**bilir**" diyen MK. m.12; "hâkim.....evlenmesine izin vere**bilir**" diyen MK. m.124/II ve 128/I hükümleri ile "hâkim.....denkleştirilmesine karar vere**bilir**" diyen MK. m.730/II hükmü; "hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir" diyen BK. m. 52 ile "hâkim.....kararın yayımlanmasına hükmedebilir" diyen BK. m. 58 örnek olarak gösterilebilir.

IV- TAKDİR YETKİSİNİN KULLANILIŞI

Hâkim, kanunun kendisine takdir yetkisi tanıdığı yerlerde, bu yetkiyi kendi keyfine ve eğilimine göre kullanamaz. Hukukun takdir yetkisine dayanılarak uygulanması da *objektif esaslara ve kanunun amacına uygun olmalıdır.* Diğer deyişle hâkim, bu yetkisini kullanırken sübjektif ve keyfî şekilde davranamaz; kişisel sempati, anti pati duygularına ve eğilimlerine dayanan kararlar veremez. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken kanunu, önündeki somut olaya en uygun gelecek şekilde uygulamak durumundadır. Bunu yapabilmek için de somut olayın bütün özelliklerini, bu olayla ilgili kişilerin durumlarını göz önünde tutarak, bunlar arasındaki anlaşmazlıkta hangisinin menfaatinin daha fazla korunmaya lâyık olduğunu inceler. Kanun takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime yol da göstermektedir (m.4). Maddeye göre, hâkim takdir yetkisini ***"hukuka ve hakkaniyete uygun biçimde"*** kullanmak zorundadır.

Önceki Medenî Kanun, hâkimin takdir hakkını *"hak ve nısfet dairesinde"* kullanması gereğinden söz ediyordu (m.4). Doktrinde hak ve nısfetin farklı iki ayrı kavram olmayıp, her ikisinin de tek bir kavram olduğuna ve aynı anlama geldiğine işaret edilmekteydi(90). Bu görüşü kabul edenlere göre hak ve nısfet demek "hakkaniyet, adalet düşüncesi" demekti(91).

Oysa fikrimizce hak ve nısfet kavramları birbirinin eş anlamı olarak kullanılmış olamazdı. Her ikisi de *farklı anlamlara gelmek üzere* kullanılmış iki ayrı kavram idi.

Kanun koyucu, *hak* sözcüğü ile hâkimin takdir hakkını veya yetkisini kullanırken hukuk kurallarından esinlenmesini ve vereceği kararın pozitif hukukun ana ilkelerine uygun olmasına özen göstermesi gerektiğini göstermek istemiştir(92). Nitekim yeni Medenî Kanun *"hak"* sözcüğü yerine *"hukuk"* sözcüğünü kullanmaktadır.

Nısfet ise, "adalet düşüncesi, adalet duygusundan" daha farklı bir anlama gelir. Nitekim örnek kanunun (ZGB) ne Fransızca, ne de Almanca metinde "adaletten" *(justice, Gerechtigkeit)* söz edilmeyerek nısfet *(equité, Billigkeit)* terimi kullanılmıştır. Nısfet veya nasafet, *adalet değil,* ***hakkaniyet*** demektir.

---

(90) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.199; **Oğuzoğlu, H.C.:** age., sh.157; **Saymen, Ferit Hakkı:** Medenî Hukukun Umumî Esasları, İstanbul 1960, sh.169; **Egger-Çernis:** age., sh.114; **Meier Hayoz:** age., m.4, Nr.11.

(91) **Velidedeoğlu, H.V.:** ibid; **Saymen, F.H.:** ibid.

(92) Federal Mahkemenin kararından bu açık olarak anlaşılır: JdT 1934,630.

Zaten Önceki Medenî Kanun'un 4 üncü maddesinde ifade edilen "nısfet'i *"adalet düşüncesi"* şeklinde anlamak, bizzat maddenin amacına aykırı olur. Söz konusu madde, kanunun olduğu gibi uygulanmasının doğuracağı sakıncaları önlemek ve kanunun genel ve elâstikî hükümlerini somut olayların özelliklerine uydurmak maksadını güder. Maddenin amacı, hâkim tarafından takdir yetkisine dayanılarak verilecek kararların salt *adalete en uygun düşen bir karar olmasını istemek değildir*. Zira nısfet Prof. *Arsebükün* de haklı olarak işaret ettiği gibi "sübjektif bir adalet düşüncesine" dayanır(93).

Adalet, olayın özelliklerini göz önünde bulundurmaksızın ya da dikkate almaksızın objektif bakımdan en doğru olan çözüm yolunu bulmaya yönelir. ***Nısfet*** ise, somut olaylara ait özelliklerin ve bu olaylara ilişkin hâl ve şartların ve menfaat çatışmalarının da göz önünde tutulması suretiyle, kanunun onları en iyi tatmin edecek (doyuracak) ve somut olayların özelliklerine en uygun gelecek biçimde uygulanmasını gerektirir.

O hâlde, hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini hak ve nısfet dairesinde kullanması, karar verirken kanunu, özellikle davada taraf olanların içinde bulundukları özel durumları, aralarındaki menfaat çatışmalarını, olayın taşıdığı özellikleri göz önünde tutarak bütün bunları en iyi biçimde tatmin etmekle beraber, aynı zamanda pozitif hukukun ana ilkelerine, sistemine ve amacına da uygun düşecek biçimde uygulaması demektir.

Memnuniyetle ifade edelim ki, bu görüşümüz yeni Türk Medenî Kanunu Tasarısını hazırlayan uzmanlar komisyonunda da benimsenmiş ve 4 üncü madde İsviçre örneğine de uygun olarak şöyle kaleme alınmıştır:

"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerine ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, ***hukuka*** *ve* ***hakkaniyete*** *göre karar verir."*(94)

---

(93) Medenî Hukuk, c.l, İstanbul 1938, sh.87.

(94) Eski öğrencilerimizden **Doç. Dr. Veysel Başpınar,** "Yeni Türk Medenî Kanunu Hakkında Düşünceler" adlı makalesinde (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 1-2), Kanun'un 4 üncü maddesinde kullanılan hakkaniyet yerine adalet denilmesi gerektiğini, zira İsviçre Medenî Kanunu'nun adalet anlamına gelen *Billigkeit* terimini kullandığını ifade ediyor. Oysa İsviçre Medenî Kanunu'nda kullanılan ***Billigkeit*** terimi adalet değil, **hakkaniyet** demektir (Bkz. Türk Hukuk Lügati, 4.Bası, Ankara 1998, sh.267.) **Adalet** ise ***Gerechtigkeit*** terimiyle ifade edilir. (Aynı Lügat, sh.2).
Bazı hukukçular da maddede kullanılan ***"hukuk"*** terimini, hâkimin her zaman hukuka göre karar vereceği düşüncesiyle, anlamsız ve gereksiz buluyorlar **(Oğuzman-Barlas,** age., sh.63, dn.92). Yukarıda İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararını da belirterek ***"hukuka göre"*** deyiminin ne maksatla kullanılmış olduğunu açıkladığımız üzere, bu deyimin anlamsız ve gereksiz olduğuna değil, tam aksine çok anlamlı ve çok da gerekli olduğuna inanıyoruz.

İkinci Bölüm
HAKLARIN DOĞUMU VE HÜKÜMLERİNİ MEYDANA GETİRMELERİNİN TÂBİ OLDUĞU ANA İLKE: İYİNİYET

Medenî Kanun'un Başlangıç Hükümlerinde yer alan 3 üncü madde, hakların doğumuna, hüküm ve sonuçlarına uygulanacak olan ana ilkeyi koyar. Bu ilke, *iyiniyet ilkesidir*[1].

§ 1. İYİNİYET

I- GENEL OLARAK HAKLARIN KAZANILMASI

İyiniyet (Önceki Medenî Kanun döneminde alışılmış ismiyle *sübjektif hüsnüniyet*), sadece malvarlığı (mamelek) haklarının[2] değil, istisna da olsa bu hakların dışında kalan diğer hakların, örneğin aile hukuku ile ilgili bazı hakların da kazanılmasında (edinilmesinde), hüküm ve sonuçlar doğurmasında da önem taşır. Kişilerin sahip bulundukları haklar ömür boyunca aynı kalmaz. Kişilerin yeni haklar kazanmaları veya mevcut haklardan bazılarını kaybetmeleri her zaman söz konusu olabilir. Yeni bir ev satın almak suretiyle yeni bir mülkiyet hakkının kazanılması; bir kimsenin, saatini bir arkadaşına hediye etmek (bağışlamak) suretiyle onun üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmesi olağan olaylardandır. Bir hakkın bir kişiye bağlanmasına hukuk dilinde *"hakkın kazanılması" (iktisabı)* denir[3]. Malvarlığı hakları kategorisine giren bir hak genellikle iki şekilde kazanılabilir:

---

(1) Bir hak kazanıldıktan sonradır ki, o hakkın kapsamı ve kullanılması söz konusu olabilir. İşte bu sebeple biz şimdiye kadar doktrinde yapıldığının aksine önce iyiniyeti, ondan sonra da dürüst davranma konusunu inceleyeceğiz.

(2) Para ile ölçülebilen hak ve borçların tümü kişilerin malvarlıklarını (mameleklerini) oluşturur.

(3) **Velidedeoğlu, H.V.:** Medenî Hukuk, sh.259.

• ***Devren Kazanma:*** Bir kimse, sahip olduğu hakkı bir diğerine devreder (temlik eder). Örneğin evi üzerindeki mülkiyet hakkını, satış veya bağışlama sözleşmesi yaparak başkasına devreder; evini kiralamak suretiyle mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı evi kullanma yetkisini geçici olarak kiracıya devreder. Bu hakların devredildiği kişiler, devredilmiş olan bu hakları *devren* kazanmış olurlar İşte buna *"hakkın devren kazanılması"* denir. Devren kazanma, bir hakkın hak sahibinden bir başka kişiye geçmesi yoluyla gerçekleşir.

• ***Aslen Kazanma:*** Bir kimse, o ana kadar hiç kimseye ait olmamış olan bir eşya üzerinde kendi fiiliyle kendi lehine bir hak kurar (tesis eder). Buna da "*hakkın aslen kazanılması"* denir. Aslen kazanmada, bir hak ilk defa bir hak sahibine ait olmak üzere doğmuş olur. Örneğin bir kimsenin denizde avlamış olduğu balık üzerinde mülkiyet hakkı kazanması, aslen kazanmadır.

İyiniyet kurumu, özellikle hakların devren kazanılmasında çok önemli bir işlev görür.

II- İYİNİYET KAVRAMI

İyiniyet *(Bonne foi, Guter Glaube)*, genel olarak *bir kimsedeki dürüstlüğü ve iyi ahlâkı gösteren bir kavramdır.* Medenî Kanun'umuz 3 üncü maddesiyle *kişilere, hak kazanırlarken namuslu ve dürüst davranmaları gerektiğini bildirir.*

Hakların geçerli bir şekilde kazanılabilmesi için gerekli olan şartlar, kanunlarla ve özellikle Medenî Kanunla düzenlenir. Medenî Kanundaki hükümlerin büyük bir çoğunluğu, hakların doğumu ve kazanılma şartlarını düzenler. Örneğin mülkiyet hakkının ne yolla kazanılacağı, MK. m.705 vd. ile MK. m.763 vd. hükümlerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Kural olarak mülkiyet hakkının geçerli surette devren kazanılabilmesi için, hakkın konusu olan *eşyayı devredenin malik olması* gerekir. Bu, *"kimse sahip bulunduğu haktan fazlasını başkasına devredemez"* diyen eski bir Roma Hukuku kuralının gereğidir. Mülkiyet hakkının dışındaki diğer aynî hakların doğumuna ve kazanılmasına ilişkin şartlar da Medenî Kanun'un Eşya Hukuku kitabının "Sınırlı Aynî Haklar" başlığını taşıyan İkinci Kısmında; kişisel hakların doğumu ise esas itibariyle Borçlar Kanunu'nun birinci maddesinde ve kanunun İkinci Kısmında düzenlenmiştir.

Herhangi bir hak kazanılırken, o hakkın doğumu veya kazanılması için zorunlu olan şartların olayda mevcut olup olmadığının araştırılması gerekir. ***Kanundaki bu zorunlu şartlara uyulmaksızın edinilmiş olan bir hak, geçerli surette kazanılmış olmaz.*** Ancak, bazen öyle durumlar söz konusu olabilir ki, orada hakkın kazanılması için gerekli olan şartların mevcut olup olmadığını anlamak hiç de kolay olmaz. Bütün dış görünüşler, hakkı kazanan kişide kanunî şartların olayda mevcut olduğu kanaatini uyandırabilir. Hakkı kazanan kimse bütün araştırmalarına karşın, hakkın kazanılmasını önleyen bir durumun varlığını anlayamaz; yani *kişide hakkı kazanırken, hakkın kazanılması için gerekli olan bütün şartların olayda mevcut olduğu hususunda yanlış ve hatalı bir bilgi vardır.* Örneğin bir saatçiden saat satın alınmıştır, fakat o saat saatçinin malı olmayıp oraya tamir edilmek üzere bırakılmış bir saattir. Saati satın alan kişi bu durumu bilmemektedir, bilebilmesine de imkân yoktur. Çünkü kural olarak aynı tür mal satan dükkânlardan alınan malların, onları satanlara ait olması hayat deneyimleri ve iş ilişkilerinin gereğindendir.

İyiniyet, hakkın geçerli surette doğumunu veya kazanılmasını önleyecek bir durumun hak kazanılırken hakkı kazanan kişi tarafından bilinmemesidir. Diğer bir söyleyişle *iyiniyet, hakkın geçerli surette kazanılması için gerekli olan bir şartın veya hakkın geçerli surette kazanılmasını önleyen bir durumun hak kazanılırken olayda varlığı veya yokluğu hakkında kişide mevcut hatalı ve yanlış bilgidir*. Hak kazanırken böyle bir bilgisizlik veya hatalı bir bilgiyle hareket eden kimse, iyiniyetlidir. İyiniyet, kişilerde dürüst ve samimî bir ruhsal davranış sonucunda dış olgulara gösterilmiş olan yerinde bir güvendir.

Önceki Medenî Kanun hem bu kavramı, hem de 2 nci maddesinde düzenlediği kavramı *hüsnüniyet* (iyiniyet) terimiyle ifade ediyordu. Bu iki tür iyiniyeti birbirinden ayırmak için, ÖMK. m.3 de düzenlenen iyiniyet, mahiyetine de uygun düşeceği düşüncesiyle doktrinde *"Sübjektif Hüsnüniyet"* olarak isimlendiriliyordu[(4)]. Yeni Medenî Kanun bu karışıklığı önlemek amacıyla, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda olduğu gibi, 3 üncü maddede düzenleneni ***"İyiniyet"****; 2* nci maddede düzenleneni, yani bugüne kadar *"Objektif Hüsnüniyet"* olarak kullanılanı ise ***"Dürüst Davranma"*** olarak isimlendirmiş bulunmaktadır.

---

(4) Aynı terim **Prof. H. A. Göktürk** ve **Prof. H.V.Velidedeoğlu** tarafından dipnotlarda andığımız eserlerinde kullanılmıştır.

III- İYİNİYETİN UNSURLARI

Hak kazanılırken hakkın kazanılmasını önleyen bir durumun olayda varlığı veya yokluğu hakkındaki her bilgisizlik, hakkı kazanan kişiyi iyiniyetli kabul etmeye yetmez. Buna bazı başka şartların da eklenmesi gereklidir. Nitekim bazı durumlarda, hak kazanan kimse biraz daha özenle (dikkatle) davranmış olsaydı, biraz daha etraflı araştırmada bulunsaydı, hakkın kazanılması için gerekli olan şartların olayda mevcut olmadığını kolaylıkla anlayabilirdi. Öyleyse her bilgisizliğin değil, ancak belli şartlara sahip *nitelikli bir bilgisizliğin* varlığı hâlinde iyiniyetle hareket edilmiş olduğundan söz edilebilir. Medenî Kanun'un 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası *"Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz"* demek suretiyle işte bu noktaya işaret eder. Gerçekten, Medenî Kanun'un bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, bir kimse iyiniyet iddiasında bulunabilmek için, her özel durumun gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olmak zorundadır. Yani bilgisizliğini veya yanlış bilgisini gidermek üzere elinden geleni yapmış olmalıdır. Bu kimse dış olgunun içine nüfuz etmeye, o olguya gösterdiği güvenin yerinde olup olmadığını araştırmaya mecburdur. Ancak bütün bunları yaptıktan sonra dahi bilgisizliğini veya yanlış bilgisini gidememiş olursa, o zaman iyiniyetli kabul edilebilir. Örneğin saatçiden satın alınan saatin arka yüzünde kazılmış bazı harflerin bulunması durumunda, saati satın alan kişi iyiniyet iddiasında bulunamaz. Meğerki bu saatin orijini (menşei) hakkında araştırmalarda bulunarak onun gerçekten saatçiye ait olup olmadığını soruşturmuş bulunsun.

Bir kimsenin iyiniyet iddiasında bulunabilmesi için, *bilgisizliğin veya yanlış bilginin kendi ihmalinden veya kusurundan ileri gelmemiş olması şarttır.* O kimse kendi kusuruyla yanılgıya düşmüş olmamalı, bu bilgisizliğini gidermek için hâl ve şartların gerekli kıldığı her şeyi yapmış bulunmalıdır. Kısaca, o kimsenin bilgisizliği h o ş g ö r ü l e b i l e c e k bir bilgisizlik mahiyetinde olmalıdır.

Bütün bu açıklamalarımızdan sonra iyiniyeti şöyle tanımlayabiliriz:

İ y i n i y e t, bir hak kazanılırken olayda kazanmayı önleyen bir durumun varlığı veya kazanma için gerekli bir unsurun yokluğu hakkında kişide mevcut hoş görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Bu tanımdan iyiniyetin aşağıdaki unsurları ortaya çıkıyor:

A) BİLGİSİZLİK VEYA YANLIŞ BİLGİ

İyiniyetin ilk unsuru, hakkın geçerli biçimde doğumunu veya kazanılmasını önleyen bir durumun varlığı veya yokluğu konusunda bilgisizlik veya yanlış bilgidir. Yanlış bilgi, ya hakkın kazanılması için gerekli olan bir şartın yokluğunun bilinmemesi ya da olayda hakkın geçerli biçimde kazanılmasını önleyecek bir durumun bulunduğundan haberdar olunmaması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin taşınır bir eşyayı satanın, onun maliki olmadığı hâlde öyle zannedilmesi veya çalınmış bir eşyanın çalıntı olduğu bilmeden satın alınması gibi.

B) HOŞ GÖRÜLEBİLİRLİK

Kişide mevcut bilgisizlik veya yanlış bilgi hoş görülebilecek (mazur sayılabilecek) bir bilgisizlik olmalı, yani *kişinin kendi kusurundan ileri gelmiş olmamalıdır.* Bir Roma Hukuku ilkesi gereği, hiç kimse kendi kusuruna dayanarak kendi lehine bir hak kazanamayacağına göre, kusurdan doğan bir bilgisizlik de hukuken korunamaz. Hakkın kazanılmasını önleyen bir durumun varlığından veya hakkın kazanılması için gerekil olan bir şartın, bir unsurun olayda mevcut bulunmadığından şüphe eden kimseye, bu şüphesini giderme yükümlülüğü düşer.

O hâlde, bir kimse *dış görünüşlere körü körüne güvenmemeli, bu görünüşlerin doğru olup olmadığını araştırmalı, bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermelidir*. Ancak bunları yaptıktan sonra dahi dış olgu hakkında doğru bilgiye sahip olamazsa, o zaman kendisinin yanlış bilgisi mazur görülebilir, hoşgörüyle karşılanabilir.

Kendisine düşen özen yükünü yerine getirmemiş olan kimse, iyiniyet iddiasında bulunamaz. Zira bu durumda onun bilgisizliği ya da yanlış bilgisi bizzat kendi kusurundan kaynaklanmış olmaktadır; yani *bilmese bile bilebilecek durumdadır*. Çünkü araştırmada bulunmamıştır. Öyleyse böyle bir kimse artık iyiniyetin tam karşıtı olan *"kötü niyetli",* daha doğru ifadeyle *"iyi niyetli olmayan"* bir kimse durumundadır. MK. m.1024 anlamında bu kimse *"bir şeyi bilen veya bilmesi gereken"* bir kişidir.

1) Kanundan Doğan Bilme Zorunluluğu

Bazen kanundan ötürü belli hususlar hakkında mutlaka bilgi sahibi olmak zorunluluğu vardır. *Kanundan ötürü bir şeyi bilmek zorunda olan kişinin bilgisizliği hoş görülebilir bilgisizlik değildir.* Bu sebepledir ki bir

kimse, kanundan doğan bu zorunluluğa karşın bilgi sahibi olmadığını iddia ederse, iyiniyetli kabul edilemez. Kanundan doğan bu bilme zorunluluğu özellikle şu hâllerde söz konusu olur:

a) Kanun uyarınca *ilân edilmesi zorunlu tutulan hususlar* hakkında bilgisizlik ileri sürülemez. Herkes ilân edilmiş olan bu hususları kanun gereği öğrenmiş, dolayısıyla onu biliyor varsayılır. Örneğin eşlerden birinin evlilik birliğini temsil etme yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması, bu durumun hâkimin kararıyla ilân edilmiş olmasına bağlıdır (MK. m.190/II). Aynı şekilde, mahkemece verilen kısıtlama kararları da iyiniyetli üçüncü kişileri ilândan önce etkilemez (MK. m.410/II).

b) Kanunen *açıklık (aleniyet) ilkesine tâbi tutulan sicillerdeki kayıtları* da herkes bilmek zorundadır. Bunlar hakkındaki bilgisizlik veya yanlış bilgi hoş görülemez. Örneğin herkes tapu sicilindeki işlemleri (kayıtları) kanundan ötürü bilmek zorundadır (MK. m.1020/III).

2) Hukuk Kuralları Hakkındaki Bilgisizlik

Hukuk kuralları hakkında yanılma, bir kimsenin ya bir hukuk kuralının varlığı ya da bir hukuk kuralının içeriği hakkında sahip bulunduğu yanlış bilgidir.

Bir hukuk kuralı hakkındaki bilgisizlik hoş görülebilen bir bilgisizlik olarak kabul edilebilir mi? Yoksa bu hususta *"kanunu bilmemek özür sayılmaz"* kuralı, olduğu gibi mutlak şekilde uygulanır mı?

Bu konu oldukça tartışmalıdır. Hukuk doktrinindeki yeni eğilimler, herhangi bir hukuk kuralının bir kimseye yükletilmesi mümkün olmayan bir kusur sonucunda bilinmemesinin, o kimseyi mutlaka da kötü niyetli kabul etmek için yeterli bir sebep oluşturmayacağı yönündedir[5].

İlke olarak bir hukuk kuralının varlığı veya içeriği, hukukta deneyimli kimseler için bile şüpheliyse veya yeterince açık değilse, bu takdirde yanılgıya düşen kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği görüşü egemendir. Aynı koruma, yanılgıya karşı tarafın sebebiyet vermiş olması durumunda da mevcut olmalıdır, denir[6].

---

(5) **Derreux (Çev. Gürel, J.):** Kanunu Bilmemek Özür Sayılmaz Kuralı Üzerinde Bazı Düşünceler, AHF. Der. 1945; **von Tuhr:** Algemeiner Teil des Deutschen Rechts, Leipzig 1954, Bd. II/l, sh.127 vd.; **Gruphe:** Le principe de la bonne foi, Paris 1928, sh.13 vd.; **Akipek, Jale:** Sübjeküf Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri, AHF. Der. 1957, S.1-4, sh.64.

(6) **Jaeggi, Peter:** Berner Kommentar, m.3, Nr.130.

3) Kişilere Düşen Dikkat ve Özen Yükünün Derecesi

Medenî Kanun, gösterilmesi gerekli dikkat ve özenin derecesini 3 ncü maddesinin ikinci fıkrasında *"durumun gereklerine"* göre belirler. Bu ölçüt (kıstas) objektif bir ölçüttür. Gerçekten, gösterilmesi gerekli dikkat ve özen, yani araştırma yükü, her olayın özel mahiyetine göre aynı olmayabilir. Bu değişiklik herkesin kendi kişisel işindeki davranışlarına göre değil, fakat o tür olaylarda genellikle normal ve orta zekâlı kişilerin göstermesi alışılmış (mutat) olan dikkat ve özene göre farklı olur. Dikkat ve özenin derecesi, yani araştırma yükünün kapsamı, dürüstlük kurallarına göre tayin edilir.

Gerekli olan dikkat ve özenin gösterilmiş olup olmadığına, takdir yetkisine dayanarak hâkim karar verir.

§ 2. İYİNİYETİN HÜKÜMLERİ

İyiniyetin en önemli hükmü, *hakların kazanılmasını mümkün kılmasıdır*. Bir hakkın kazanılması için gerekli olan unsurların mevcut olmamasına karşın iyiniyetle hareket eden kimse, iyiniyeti olması sayesinde o hakkı geçerli biçimde kazanmış olur. Önceki Medenî Kanun, 3 üncü maddesinde iyiniyetin hükümlerini sadece hak kazanımına indirger (hasreder) görünüyordu. Zira madde *"bir hakkın doğumu için* kanunen hüsnüniyet şart kılınan hâllerde asıl olan, onun vücududur" şeklinde ifade edilmişti. Bu durum, maddenin Türkçeye yanlış ve iyiniyetin hükümlerini daraltıcı şekilde çevrilmesinden ileri geliyordu. İsviçre Medenî Kanunu'ndan ve özellikle kanunun Fransızca metninden, iyiniyetin hükümlerinin sadece hakların kazanılmasını değil, aynı zamanda *hakların hüküm ve sonuçlarını da kapsadığı* açıkça anlaşılır. Zaten Önceki Medenî Kanun, birçok maddesiyle iyiniyetin hakların hüküm ve sonuçlarını meydana getirmelerinde de önem taşıdığını gösteriyordu. Bu sebepledir ki, Önceki Medenî Kanun'un 3 üncü maddesini ifadesine bağlı kalmadan kanunun ruhuna uygun olarak anlamak ve maddeyi sadece hakların kazanılmasını değil, fakat hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesini de kapsayacak biçimde manalandırmak gerekiyordu.

Nitekim yeni Medenî Kanun maddeyi bu şekilde ifade etmek suretiyle yanlış yorumu önlemiştir: *"Kanunun iyiniyete* ***hukukî sonuç bağladığı*** *durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır"*.

I- İYİNİYETİN HAKLARIN KAZANILMASINDAKİ ÖNEMİ

İyiniyetin hakların kazanılmasındaki önemi, aynî hakların ve bunlar içinde de özellikle mülkiyet hakkının kazanılmasında görülür.

A) AYNÎ HAKLARIN KAZANILMASINDA İYİNİYET

İyiniyetin aynî hakların kazanılmasındaki önemi, özellikle ***hak sahibi olmayandan hak kazanılmasını mümkün kılmasında görülür***. İyiniyetin aynî hakların kazanılmasındaki işlevi (fonksiyonu) iki şekilde olur:

1) Aynî Hakların Kazanılmasında Dolaylı Hükmü

Bir kimsenin iyiniyetli olması, kendisine doğrudan doğruya bir aynî hakkı ve özellikle mülkiyet hakkını kazandırmaz. Mülkiyet hakkının kazanılabilmesi için, iyiniyete diğer bazı unsurların daha eklenmesi *lâzımdır*. Bu unsurlar bazen zamanaşımıyla kazanmada veya sahibinin elinden istek (rıza) dışı çıkan bir eşyanın mülkiyetinin kazanılmasında olduğu gibi *zaman unsurudur* (MK. m.712, 777, 989). Bazen de başkasının arsasına yapılan inşaatta veya işlemede (hukukî tağyirde) olduğu gibi *değer (kıymet) unsurudur* (MK. m.724, 775).

2) Aynî Hakların Kazanılmasında Doğrudan Doğruya Hükmü

İyiniyet bazen aynî hakların doğrudan doğruya kazanılmasının bir şartını oluşturur. Kazananın iyiniyetli olması, kendisine mülkiyet hakkını diğer başka unsurların buna eklenmesine gerek kalmaksızın doğrudan doğruya kazandırır. Biz burada sadece mülkiyet hakkının iyiniyetle doğrudan doğruya kazanılması konusu üzerinde duracağız.

a) Taşınır Mülkiyetinin İyiniyetle Kazanılması

Medenî Kanun'un 763 üncü maddesi uyarınca, bir kimse taşınır bir eşyanın mülkiyetini devralırken iyiniyetli ise, eşyayı kendisine *devreden kişi onun maliki olmasa dahi*, o taşınır üzerinde mülkiyet hakkını kazanır. Söz konusu 763 üncü madde bu hükmüyle genel bir ilke koyar. Taşınır mülkiyetinin iyiniyetle doğrudan doğruya kazanılabilmesi için, taşınır eşyaların sahibinin elinden çıkış biçimine göre bir ayırım yapmak gerekir:

aa) Sahibinin Elinden Rızası Olmadan Çıkan Taşınırlarda

Sahibinin elinden rızası olmadan çıkan taşınırlar üzerinde kural olarak iyiniyetle doğrudan doğruya *mülkiyet kazanılamaz*. Bunlar üzerinde istisna olarak ve ancak belli şartların gerçekleşmesiyle mülkiyetin kazanılması mümkün olabilir. Gerekli olan bu şartları MK. m.989 hükmü belirler[7]. Bazı *istisnalar dışında* ilke olarak, sahibinin elinden rızası olmadan

---

(7) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Akipek. Jale G.:** Menkul Dâvası, Ankara 1959.

çıkmış, yani çalınmış, düşürülmüş, kaybedilmiş veya zorla alınmış (gasp edilmiş) taşınırlar üzerinde iyiniyetle mülkiyet hakkının kazanılması mümkün değildir. Taşınırı bu şekilde elinden çıkmış olan zilyet, taşınırını elinde bulunduran herkese karşı b e ş y ı l içinde açacağı taşınır davasıyla taşınırını geri alabilir.

Bu konudaki istisnaların birini ***"para"***, diğerini ***"hamile yazılı senetler"*** oluşturur. Nitekim MK. m.990 uyarınca, sahibinin elinden rızası olmadan çıkan para ve hamile yazılı senetlerin iyiniyetle *kazanılması mümkündür*[8].

bb) Sahibinin Elinden Rızasıyla Çıkan Taşınırlarda

Taşınır eşyalar üzerindeki mülkiyetin iyiniyetle kazanılması, kural olarak a n c a k sahibinin elinden rızasıyla (isteğiyle) çıkmış, yani *"tevdi edilmiş"* olan taşınır eşyalar hakkında söz konusu olur (MK. m.988).

Tevdi edilmiş (bırakılmış) taşınır eşyalar malikin, daha doğrusu taşınırın zilyedinin aralarındaki bir hukukî işleme dayanarak taşınırını kullanılmak, saklanmak veya güvence (rehin) olmak üzere bir başkasına verdiği, yani zilyetliğini ona devretmiş olduğu eşyalardır. Bu hukukî işlem bir kira sözleşmesi (BK. m. 299), bir kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmesi (BK. m. 379), bir saklama (vedia) sözleşmesi (BK. m. 561) veya bir rehin sözleşmesi (MK. m.939) olabilir. Başkasının taşınırını bir hukukî işlem dolayısıyla elinde bulunduran kimse, o eşyayı mevcut hukukî işlemin kendisine tanıdığı yetkiler içinde kullanabilir, fakat kural olarak bu eşya üzerinde "temliki tasarruflarda" bulunamaz; yani bu eşya üzerinde başkası lehine bir aynî hak kuramaz; örneğin eşyanın mülkiyetini satış veya bağışlama sözleşmesi yoluyla bir başkasına devredemez. Zira aralarında yapmış oldukları yukarıda sayılan sözleşmelerden hiçbiri, kendisine böyle bir yetki vermez. Fakat buna karşın devrederse ne olur?

Örneğin A, saatini kullanmak üzere ariyet olarak (kullanma ödüncüyle) B' ye verirse, saat tevdi edilmiş (bırakılmış) taşınır niteliğini alır. Malik A'nın rızasıyla saati elinde bulunduran B, saati onun haberi olmadan C' ye satıp teslim ederse, acaba A saatini C' den geri alabilir mi? Daha doğru bir ifadeyle, acaba C satın aldığı saatin maliki olmuş mudur? Bu sorunun cevabı, C' nin iyiniyetli olup olmamasına göre farklıdır. Zira bu sorunu çözen MK. m.988 *"bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde*

---

(8) Bu hususta bk. **Akipek. J.:** age., sh.66 vd. Hâmile yazılı senet kavramı için bk. **Karayalçın, Yaşar:** Ticaret Senetler, Ankara 1959, sh.21 vd.

iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur" demektedir. O hâlde taşınırı edinen kişi, (örneğimizdeki C) iyiniyetli ise, tevdi edilmiş taşınır olan saat üzerinde mülkiyet hakkını kazanmıştır. İyiniyetli değilse, asıl hak sahibi (örneğimizdeki malik A) MK. m.991 hükmüne dayanarak ona karşı her zaman taşınır davası açmak suretiyle taşınırını (saatini) geri alabilir. Buradaki iyiniyet şunlar hakkında olmalıdır:

Taşınırı (saati) devralmış (satın almış) olan kişi, ya taşınırı kendisine devredenin malik olmadığını bilmemeli, bilâkis onu yanlış ve hatalı bir bilgiye dayanarak gerçek malik zannetmelidir ya da onun malik olmadığını bilmekte, fakat yanılarak onu eşya üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili zannetmelidir, örneğin onun malikin temsilcisi olduğu ya da malikin ona eşyayı devretme konusunda yetki verdiği hususunda yanlış bir kanaate sahip bulunmalıdır.

b) Taşınmaz Mülkiyetinin İyiniyetle Kazanılması

Taşınmazlar üzerindeki aynî hakların doğumu, devredilmesi ve kazanılması *tapu siciline tescil yoluyla* gerçekleşir (MK. m.705, 1021, 1022). Tapu sicilleri devlet memurları tarafından tutulan resmî sicillerdendir (MK. m.1006, 1007). Bu sebepledir ki, tapu sicilindeki işlemleri doğru olarak kabul etmekte herkes haklıdır. Diğer taraftan, tapu sicilleri açıktır (alenîdir), yani "ilgisini inanılır kılan" herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memurunun önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir (MK. m.1020). ***Hiç kimse tapu sicilindeki bir işlemi, bir kaydı bilmediğini iddia edemez.*** Zira MK. m.1020 hükmü gereğince *herkesin tapu sicilindeki işlemleri bildiği varsayılır.* MK. m.1020 tapu sicillerinin ilgililer tarafından bilindiği hususunda kesin, yani çürütülmesi mümkün olmayan bir *karine* koyar[(9)].

Tapu sicili hukukunun bu ana ilkelerinden çıkan sonuç, tapu sicilindeki doğru olmayan bir tescile dayanarak iyiniyetle hak kazanılabileceğidir. Tapu sicilindeki bir işlemin doğru olmadığını, gerçeği yansıtmadığını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kimse, tapuda malik olarak görünen kişiden iyiniyetle edindiği taşınmazı asıl sahibine geri vermekle yükümlü değildir (MK. m.1023). Örneğin gerçekte A' ya ait olduğu hâlde, yanlışlıkla B adına tescil edilmiş olan bir taşınmazı tapu sicilindeki bu tescile dayanarak B' den iyiniyetle edinen C, bu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını

(9) Karineler hakkında bk. aşa. İkinci Kısım, Beşinci Bölüm.

geçerli surette kazanmış olur. Asıl malik A da aslında kendisinin olan bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmiş olur ve bu sebeple de artık istihkak davası açarak onu iyiniyetli C' den geri alamaz. Bu sonucu şöyle formüle edebiliriz: ***Tapu sicilindeki bir kaydın yanlış olduğunu bilmeksizin bu kayda dayanarak mülkiyet veya sınırlı aynî bir hak kazanan kimse iyiniyetlidir; tapu sicilindeki mevcut yanlışlık kendisine karşı ileri sürülemez.***

Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin iyiniyetle kazanılmasıyla ilgili olarak verilen bilgiler, aynen sınırlı aynî haklar hakkında da geçerlidir (Bu hususta MK. m.939, 950/II ve 1023 hükümlerine bakınız).

B) AYNÎ HAKLAR DIŞINDAKİ HAKLARIN KAZANILMASINDA İYİNİYET

Aynî haklardan başka hakların iyiniyetle kazanılmasının önemli olduğu yerler özellikle şuralarıdır:

1) Aile Hukuku İle İlgili Hakların Kazanılması

Medenî Kanun'un 130 ve 145 inci maddelerine göre, evli iken yeniden evlenen bir kimsenin ikinci evliliği geçerli değildir. Böyle bir evlilik mutlak butlan yaptırımına tâbidir, yani gerek ilgililer, gerek C. savcısı açacakları bir davayla bu evliliği her zaman iptal ettirebilirler. Hatta dava açma C. savcısı için aynı zamanda bir ödev mahiyetindedir. Ancak, ikinci kez evlenen kişinin mevcut ilk evliliği, sonradan herhangi bir sebeple ortadan kalkmış ve *ikinci evlilikteki eşi* de iyiniyetle evlenmiş bulunuyorsa, yani evlendiği kimsenin zaten evli olduğunu bilmiyor idiyse, onun bu iyiniyeti ikinci evliliğin geçerli bir evlilik hâline gelmesi sonucunu doğurur (MK. m.147/III). Yani artık bu evliliğe karşı mutlak butlan sebebiyle iptal davası açılamaz.

2) Borçlar Hukuku İle İlgili Hakların Kazanılması

Borçlar hukuku ile ilgili hakların iyiniyetle kazanılmasının en açık örneğini MK. m.190 hükmü verir: Eşlerden birinin, temsil yetkisine dayanarak ailenin sürekli ihtiyaçları için yapmış olduğu hukukî işlemler sonucunda, üçüncü kişiler eşlere karşı bir alacak hakkı kazanırlar. Eşlerden birinin temsil yetkisini kötüye kullanması durumunda hâkim, diğer eşin istemde bulunması üzerine onun temsil yetkisini kaldırabilir ya da sınırlandırabilir. Ancak bu kaldırmanın veya sınırlandırmanın hüküm ifade edebilmesi için ilân edilmesi gereklidir. Kaldırmadan sonra eşin, temsil

yetkisine dayanarak yaptığı işlemlerden artık diğer eş sorumlu olmaz. Ancak diğer eş, yetkinin kaldırılmış olduğunu kişisel duyuru yoluyla bildirmemişse veya durum hâkimin kararıyla ilân edilmemişse, bundan haberleri olmayan iyiniyetli üçüncü kişiler MK. m.190/II hükmü uyarınca diğer eşe karşı da bir alacak hakkı kazanmış olurlar.

II- İYİNİYETİN HAKLARIN HÜKÜM VE SONUÇLARINI MEYDANA GETİRMESİNDEKİ ÖNEMİ

İyiniyet, hakların geçerli biçimde kazanılması için gerekli olan şartların kazandığı hakta mevcut olmadığını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişilerin lehine olarak bu hakların bazı hüküm ve sonuçlar doğurmasını da mümkün kılar. Aşağıda örnekleriyle bu konuyu açıklayacağız[10].

A) BEDEL KARŞILIĞI GERİVERME

Bir kimse sahibinin elinden rızası olmadan çıkmış, yani çalınmış, kaybedilmiş veya elinden zorla alınmış (gasp edilmiş) olan bir taşınırı iyiniyetle edinmiş olsa bile, ilke olarak bunun üzerinde aynî bir hak kazanamaz (MK. m.989). Taşınırı elinden rızası olmadan çıkmış olan zilyet, onu kimin elinde görürse o kimseye karşı MK. m.989 hükmüne dayanarak beş yıl içinde açacağı taşınır davasıyla geri alabilir. Ancak, eğer bu taşınırın zilyedi onu *iyiniyetle ele geçirmişse, iyiniyeti şu suretle korunur:* Zilyet bu taşınırı, sahibinin elinden rızası olmadan çıkmış olduğunu bilmeyerek, yani iyiniyetle *açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan edinmiş (satın almış) olsa dahi,* yine de geri vermekle yükümlüdür, zira mülkiyet hakkını kazanmış olamaz. Fakat iyiniyetli olması yüzünden *kendisine karşı taşınır davası, ancak ödemiş olduğu bedelin geri verilmesi şartıyla açılabilir* (MK. m.989/II). Buna doktrinde *"bedel karşılığı geri verme"* denir.

B) İYİNİYETLİ KİMSENİN DAHA FAZLA KORUNMASI

Bazı durumlarda iyiniyetli kimse, kendisi ile aynı durumda bulunan iyiniyetli olmayan (kötü niyetli) kimseden daha fazla korunur. Bunun tipik bir örneği "miras sebebiyle istihkak davası"nda karşımıza çıkar. Bu dava iyiniyetli mirasçıya (zilyede) karşı *on yılda*, iyi niyetli olmayan mirasçıya (zilyede) karşı ise *yirmi yılda* zamanaşımına uğrar (MK. m.639).

---

(10) Daha ayrıntılı bilgi almak için bk. **Akipek, Jale G.:** Sübjektif Hüsnüniyetin Mahiyeti ve Hükümleri, AHF. Der. 1957, S.1-4.

Diğer bir örnek de zilyetliğin geri verilmesinde (iadesinde) görülür. İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir. İyiniyetli zilyet, şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından ya da hasara uğramasından sorumlu olmaz (MK. m.993). Oysa iyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar karşılığında tazminat ödemek zorundadır (MK. m.995/I). Aynı şekilde, eşyayı geri verme durumunda bulunan iyiniyetli zilyet, onun için yapmış olduğu bütün zorunlu ve yararlı giderleri asıl hak sahibinden isteyebilir ve bu giderleri kendisine ödeninceye kadar eşyayı yanında alıkoyabilir (MK. m.994/I). Oysa iyiniyetli olmayan zilyedin ancak zorunlu giderleri isteme hakkı vardır (MK. m.995/II). (Bu konuda ayrıca BK. m. 80, MK. m.157, 559, 566 hükümlerine bakınız).

C) İYİNİYETİN BORCU ORTADAN KALDIRMASI

İyiniyet bazen de bir borcun ortadan kalkması sonucunu doğurur. Alacaklı, alacağını üçüncü bir kişiye temlik edebilir, yani devredebilir (BK. m. 183). Hatta bunun için borçlusunun rızasını almasına da gerek ve zorunluluk yoktur. Borçlu, yapılan bu temlikten haberdar olmaksızın borcunu iyiniyetle eski alacaklısına öderse, borcundan kurtulur; iyiniyetli olması dolayısıyla yeni alacaklıya ikinci bir ödemede bulunmak zorunda kalmaz (BK. m. 186). İşte bu durumda, bir kimsenin iyiniyetli olması, onu bir borçtan kurtarmaktadır.

§ 3. İYİNİYETİN KORUNMASI SEBEPLERİ

İyiniyet kural olarak, hukuka uygun davrandığı kanısında olan kimseyi korur. Fakat aynı zamanda, hukuka uygun davrandığı kanısında olanın korunmasını haklı gösterecek bir sebebin mevcut olması da gereklidir. Gerçekten, iyiniyetin kanunen korunduğu bütün durumlarda, daima birbiriyle çarpışan iki karşıt menfaat vardır. Bunlardan biri, iyiniyetli kişinin menfaati, diğeri ise onun karşısındaki kişinin menfaatidir.

Kanunu bu farklı ve karşıt menfaatlerden iyiniyetli kişininkini diğerininkinden daha fazla korumaya yönelten sebep ve etkenler çok çeşitli olabilir. Bunlar bazen karşı tarafın tutum ve davranışı olabilir, örneğin

karşı tarafın kendisiyle sözleşme yapanın yanlış kanaatini gidermek için hiçbir davranışta bulunmamış olması (MK. m.1023) veya bu yanlış bilginin doğumuna kendisinin sebebiyet vermiş bulunması (BK. m. 35, 44; MK. m.190) gibi.

İyiniyetin korunmasında kamu yararı ve iş ilişkilerinin gerektirdiği güven de önemli bir rol oynar. Nitekim sahibinin elinden rızasıyla çıkan bir taşınırı iyiniyetle edinen kimse, işte bu sebeple korunmaktadır (MK. m.988). Kamu yararı, karşılıklı ilişkilerin güven ve huzur içinde akıp gitmesini ister. Bir ilişkideki hukukî bir eksikliğin yıllar sonra ileri sürülmesi, bu güven ve huzuru sarsacak mahiyettedir. Bu itibarladır ki, geçerli bir sebep olmadan bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı, bu eşyanın mahiyetine göre beş veya on yıl geçtikten sonra kesin olarak kazanılmış olur (MK. m.777, 712). İyiniyetin korunduğu bütün bu durumlarda iyiniyetli kişinin dış olgulara göstermiş olduğu güven yerindedir; onun bilgisizliği hoş görülmeye lâyıktır. Gerçekten herkes, taşınır bir eşyayı elinde tutan kimseyi o eşyanın maliki (sahibi) saymakta haklı olduğu kadar, tapu sicilindeki kayıtların doğru olduğuna inanmakta da haklıdır. Bunlara güvenmiş veya dış olguların doğru olup olmadığını araştırmak için gerekli dikkat ve özeni göstermiş olan bir kimseden, daha fazlasını yapması istenemez. Zaten sosyal ilişkiler de karşılıklı güvene dayanır. O hâlde kanun koyucuyu iyiniyetli kimseleri korumaya yönelten amaçlar çeşitli olabilir. Bu çeşitli amaçlar çoğu kez birlikte bulunur. Bu amaçlar içerisinde *iş ilişkilerini doğruluk ve karşılıklı güvene dayandırarak yürütme isteği, en başta gelenlerdendir.* Bu sebepledir ki, MK. m.3 hükmünün geniş biçimde anlaşılması gerekir. Yani kanunun sözüne (lâfzına) karşın iyiniyet, sadece kanunda gösterilen hâllerde değil, fakat korunması kanunun özüne (ruhuna) uygun düştüğü her yerde korunmalıdır[11].

§ 4. İYİNİYETİN MAHİYETİ

Medenî Kanun kişilerin birbirleriyle hukukî ilişkilerde bulunurken ve özellikle hak kazanırken ahlâklı ve dürüst surette davrandıkları varsayımından hareket eder. Bunu da 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında *"kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır"* şeklinde ifade eder. Başka bir deyişle kanun, esas

(11) **Egger-Çernis:** Şahsın Hukuku, Ankara 1947, sh.102; **Jaeggi, R:** Berner Kommentar, m.3, Nr.63 vd.

itibariyle herkeste iyiniyetin mevcut olduğunu kabul eder. Kanun, m.3/I hükmündeki anlam itibariyle iyiniyete bir k a r i n e niteliği verir. O hâlde medenî hukukumuzda bir ***iyiniyet karinesi*** mevcuttur. *Karine,* mevcut ve bilinen birtakım olgu, hukukî fiil veya ilişkilerin yardımıyla bilinmeyen bazı olgu, hukukî fiil veya ilişkilerin varlığını çıkarmak, onların mevcudiyetini kabul etmek demektir(12).

Medenî Kanun, 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında iyiniyete bir karine niteliğini vermek suretiyle herkesin, hak kazanırken bu hakkın kazanılması veya doğumu için gerekli olan şartların mevcudiyetini araştırdığı ve bu hususta hâl ve şartların gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermiş olduğu esasından hareket eder. İyiniyetin karine niteliği, özellikle ispat yükü bakımından önem taşır. Çünkü MK. m.6 uyarınca kural olarak herkes iddiasını ispat etmelidir. Bu kurala sıkı sıkıya sadık kalınsaydı, iyiniyet iddiasında bulunan kimseye de iyiniyetini ispat etme yükü düşecekti. Oysa MK. m.3/I bir anlamda ***"herkes hak kazanırken kanun gözünde iyiniyetle davranmış varsayılır"*** demek istiyor ve böylece de iyiniyet iddiasında bulunan kişiyi iddiasını ispattan kurtarıyor. Bu durumda bu kişinin iyiniyetli olmadığını iddia eden kimse, bu iddiasını ispat etmek zorunda kalacaktır. Yani hakkı kazanan kişinin iyiniyetli olmadığını ispat, karşı tarafa düşer. Bir kimsenin herhangi bir hak kazanırken iyiniyetli olmadığını (ya da kötü niyetli olduğunu), yani hakkın kazanılmasını engelleyen hususları bilerek hareket ettiğini ispat etmek, imkânsız olmasa bile son derecede güçtür. Çünkü bu, tamamen içsel (derunî) ve ruhsal olan bir olgunun kanıtlanması demektir. Bunun güçlüğünü göz önünde tutan kanun koyucu, ispat yükü kendisine düşen tarafın durumunu oldukça hafifletmiştir. Zira MK. m.3/II ye göre bu taraf karşı *tarafın kötü niyetli olduğunu ispat edecek değildir.* Onun ispat edeceği husus, iyiniyet iddiasında bulunan *karşı tarafın, hâl ve şartların gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermemiş olduğudur*, yani bilgisizliğinin bizzat kendi kusurundan kaynaklanmış bulunduğudur. Bu, karşı tarafın dış olgulara gösterdiği güvenin yerinde olup olmadığını araştırmadan onlara inanmış olduğunu gösterir. İspat edilecek husus, tek kelimeyle karşı tarafın bilgisizliğinin *"hoş görülebilecek bir bilgisizlik olmadığı"*dır. Örneğin biraz dikkat etseydi saat üzerindeki kazınmış harfleri görebilirdi; biraz daha fazla araştırmada bulunsaydı tapu sicilindeki tescilin doğru olmadığını (yolsuz tescili) anlayabilirdi. Kısaca, ispat edilecek olan husus, kişinin

(12) Karine hakkında bk. aşa. İkinci Kısım, Beşinci Bölüm.

dürüstlük kurallarının gerekli kıldığı dikkat ve özeni göstermemiş olduğu, yani bilgisizliğinin bizzat kendi kusurundan kaynaklanmış bulunduğudur. Bunların ispatı hâlinde, iyiniyet karinesi çürütülmüş, dolayısıyla iyiniyet de ortadan kalkmış olur.

Fikrimizce, iyiniyet iddiasında bulunan kişinin gerekli olan dikkat ve özeni göstermemiş olduğu, durumun gereklerinden açık ve seçik olarak anlaşılmakta ise, artık karşı tarafın bu hususu ispatına gerek bile kalmaz. Bu durumda bulunan bir kimsenin iyiniyetli sayılamayacağı mahkemece doğrudan doğruya (resen) kabul olunmalıdır[13].

[13] Yg. İçt. Bir. Kar. 14.2.1931, 17, **Olgaç, S.:** age., sh.21.

Üçüncü Bölüm
HAKLARIN KULLANILMASININ VE BORÇLARIN YERİNE GETİRİLMESİNİN TÂBİ OLDUĞU ANA İLKE: DÜRÜST DAVRANMA

Dürüst davranma ya da doktrinde bazen kullanıldığı üzere *"dürüstlük kuralı"*[1], *"doğruluk kuralı"*[2], hakların nasıl ve hangi kurallara uyularak kullanılacağını ve borçların nasıl ve nelere uyularak yerine getirileceğini gösterir; böylece de hakların içeriğini ve kapsamını belirler[3]. Medenî Kanun'umuz ikinci maddesinin kenar başlığında *"Hukuki İlişkilerin Kapsamı"* demek suretiyle bunu açıkça ifade etmektedir. Ancak, maddenin kenar başlığına karşın, dürüst davranmanın sadece medenî hakların değil, fakat özel hukuk tarafından kişilere tanınan bütün hakların, hatta kamu hukukundan doğan hakların da kullanılmasının kapsam ve içeriğini çizen genel bir işlevi vardır. Bu sonuç, MK. m.2 hükmünün bir "başlangıç hükmü" olmasından ileri gelir.

§ 1. DÜRÜST DAVRANMA

I- GENEL OLARAK HAKLARIN KULLANILMASI

Hak, hukuken korunan ve bu korumadan yararlanan kimsenin kendi iradesine bırakılan menfaat ve yetkilerdir. ***Hakkın kullanılması,*** *kişilerin hukuken korunan menfaat ve yetkilerden fiilen yararlanmak üzere harekete geçmeleri demektir.* Bu kullanma, hakkın mahiyetine göre değişik görünümler gösterir. Şöyle ki:

---

(1) Bk. **Gözübüyük, Şeref:** Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, B.3, Ankara 1978, sh.146.

(2) Bk. **Tekinay, Selâhattin Sulhi:** Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, B.6, İstanbul 1992, sh.165.

(3) Önceki Medenî Kanunda bu kurum için de "hüsnüniyet" terimi kullanılmakta olduğundan, doktrinde buna ***"objektif hüsnüniyet"*** denilmekte idi.

Aynî hakların kullanılması, hak sahibinin, hakkının konusunu oluşturan eşya üzerinde fiilî ve hukukî tasarruflarda bulunması suretiyle gerçekleşir. Örneğin malikin, taşınmazında (evinde) bizzat oturması veya onu satması yahut taşınmazı üzerinde değişiklik yaptırması, onun mülkiyet hakkını kullanması demektir.

Şahsî (kişisel) hakların kullanılması, hak sahibinin (alacaklının) borçlusundan hakkın konusunu oluşturan edimi yerine getirmesini veya hakkın konusuna uygun bir davranışta ya da kaçınmada bulunmasını istemesiyle olur. Yani edimin yerine getirilmesi isteminde bulunan (ifasını talep eden) şahsî hak sahibi, hakkını kullanıyor demektir. Örneğin kiracının kiralanan yerin kendisine teslim edilmesini istemesi, kiralanan eşyayı kullanmaya başlaması; satıcının alıcıdan sattığı malın bedelini ödemesini istemesi, hep şahsî hakların kullanılması örneklerindendir.

Hakların nasıl kullanılması gerektiği ve borçların nasıl yerine getirileceği, genel olarak kanunlarla ve özellikle Medenî Kanunla düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin çok büyük bir kısmı da bu düzenlemelerle ilgilidir.

Bir hakkın kullanılmasının veya bir borcun yerine getirilmesinin söz konusu olduğu hâllerde, daima menfaatleri az çok birbirine karşıt olan iki grup karşı karşıya bulunur. Bir aynî hakkın, örneğin mülkiyet hakkının kullanılmasında hak sahibinin karşısında oldukça kalabalık bir komşular grubu, hatta toplumun bizzat kendisi vardır. Hak sahibinin menfaati, mülkiyet hakkını dilediği biçimde kullanmak, örneğin taşınmazını istediği şekilde işletmektir. Oysa komşuların menfaati, komşu taşınmazın kendilerine en az zarar verecek biçimde kullanılması veya işletilmesidir.

Şahsî haklar söz konusu olunca, hak sahibinin karşısında sadece borçlu durumunda bulunan kişinin menfaati vardır. Örneğin kiracının menfaati, kiraladığı taşınmazı kendisine en uygun gelecek biçimde kullanmak iken, kiraya verenin (kiralayanın) menfaati, taşınmazının kiracı tarafından ona en az zarar verecek biçimde kullanılmasıdır.

Haklar kullanılırken ve borçlar yerine getirilirken hak sahibi veya borçlu, karşısında bulunan kişinin menfaatini h a n g i ö l ç ü d e dikkate almak zorundadır?

Hayat sürekli bir akış halindedir ve çok değişik görüntüler içerir. Kanun hükümleri ise, esas itibariyle statik (sabit, durağan) ve genel mahiyettedir. Bu sebeple kanundaki hükümler, hakların nasıl kullanılacağını veya borçların nasıl yerine getirileceğini çok genel bir biçimde düzenlerler.

Hatta taraflar bir hukukî işlemle, bir sözleşmeyle dahi hakların ve borçların içeriğini çoğu kez önceden bütün ayrıntılarıyla görüp düzenleyemezler. Böylece kanunla veya hukukî işlemlerle genel bir biçimde saptanmış olan aslî hak veya borcun yanında, bunların kullanılması veya yerine getirilmesi anında çeşitli ikincil (talî) mahiyette *yan hakların* doğması da mümkündür. Taraflar, sonradan doğacak ikincil mahiyetteki bu yan hakları nasıl kullanmalı veya borçları nasıl yerine getirmelidirler? Örneğin satış sözleşmesinde BK. m. 207 uyarınca satıcıya düşen borç, satılan malın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya nakil ve devretmedir. Bu, çoğu hâllerde malın alıcıya hemen teslim edilmesiyle gerçekleşir. Malın tesliminin ne şekilde yapılacağı kanunda düzenlenmiş olmadığı gibi, çoğu kez sözleşmeyle de saptanmaz. Kumaş satıcısı, satılan kumaşı alıcının eline vermekle borcunu yerine getirmiş olur mu, yoksa ona kumaşı paket etme yan borcu da düşer mi? Düşerse paket nasıl olmalıdır? Örneğin kumaşın kullanılmış eski bir gazete kâğıdına sarılması paketleme sayılır mı? Bir ariyet (kullanım ödüncü) sözleşmesinde ariyet (ödünç) alanın hakkı, kendisine ariyet (ödünç) olarak verilen taşınırı sözleşmeye uygun olarak, eğer sözleşmede bir şey belirtilmemişse eşyanın mahiyetinden anlaşılacağı üzere kullanmaktır (BK. m. 380). Bir otomobili ariyet olarak alan kimse, onu sadece kendisi mi kullanmalıdır, yoksa aile bireylerini ve arkadaşlarını bu otomobille gezdirme hakkına da sahip midir? Bu otomobili şehirlerarası seyahat amacıyla da kullanabilir mi? Otomobili kullanırken yanına ücretle başkalarını da alabilir mi?

Bütün bu ve buna benzer sorunlar, sonunda belli bir somut olayda hakların nasıl kullanılacağı veya borçların nasıl yerine getirileceği, bunların içerik ve kapsamlarının nasıl saptanacağı noktasında düğümlenir. Medenî Kanun bütün bu sorunların çözümü için, ikinci maddesinde genel bir ana ilke koyar: ***"Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır"***. Bu ana ilke, kişilerin sadece medenî hakların ve hatta özel hakların değil, fakat bütün hakların kullanılmasında ve bütün borçların yerine getirilmesinde uymakla yükümlü bulundukları genel bir ödevi belirler.

Ancak, MK. m.2/I hükmü, bu anlamda her çeşit hakkın ve borcun içeriğini ve kapsamını önceden belirleyen ve saptayan soyut bir hüküm de değildir. Madde, hakların kullanılması veya borçların yerine getirilmesi ile ilgili her somut olayda, bunların kapsamı belirlenirken göz önünde tutulması gerekli olan esasların neler olduğunu göstermektedir[(4)].

---

(4) Bk. JdT 1962, 87.

II- DÜRÜST DAVRANMA KAVRAMI VE İÇERİĞİ

A) TERİM SORUNU

Önceki Medenî Kanun hem 2 nci, hem de 3 üncü maddesinde "*hüsnüniyetten"* (iyiniyetten) söz ediyordu. Her iki maddede de söz konusu olan iyiniyet gerek mahiyetleri, gerek işlevleri bakımından birbirinden farklı olan kavramlardı. Birbirlerinden farklı olan bu iki kavramın aynı terimle ifade edilmesinin sebebi, Medenî Kanun'un İsviçre Medenî Kanunu'nun Fransızca metninden çevrilmiş olmasında aranmalıdır. Almanca metinde bu kavramlar için farklı terimler kullanılmıştır. Gerçekten sübjektif iyiniyet *"Guter Glaube"* (İyiniyet), objektif iyiniyet ise *"Treu und Glauben"* (Doğruluk ve Güven) terimleriyle ifade edilmiştir. Kanun'un 2 nci maddesinde düzenlenmiş bulunan iyiniyet için Türk hukukunda değişik terimler kullanılmakta idi[(5)].

Yeni Medenî Kanun'umuz İsviçre örneğine uygun olarak her iki maddede birbirinden farklı terimler kullanmıştır. Gerçekten, kanun koyucu 2 nci maddede *"dürüst davranma"* terimine, üçüncü maddede ise *"iyiniyet"* terimine yer vermiş bulunmaktadır.

B) KAVRAM VE İÇERİK

Medenî Kanun herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranmasını emrediyor. Bu kurallar, herhangi bir yerde *yazılı olan kurallar değildir.* Bunlar toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlâk, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucunda oluşan ve toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen kuralların tümüdür[(6)]. Bu kurallar toplumdaki ahlâk, namus, doğruluk, iş hayatındaki dürüstlük anlayışlarının oluşturduğu esaslardır. Bunlar kişiler arasındaki ilişkilerde geçerli olan ve toplumun çoğunluğu tarafından benimsenip kendilerine uyulan âdetlerdir.

---

(5) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.324 ve **Saymen, F.H.:** Türk Medenî Hukuku, C.l, İstanbul 1956, sh.338 de "hakların iyi kullanılmasından" söz ederler. **Göktürk, H. A**.: Şahsın Hukuku, Ankara 1956, sh.94 çoklukla "doğruluk ve inan" terimini kullanır. **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukuka Giriş, sh.184; **Oğuzoğlu, H.C.:** age., sh.161 vd.; **Birsen, Kemalettin:** Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul 1958, sh.120 "objektif hüsnüniyet" terimini kullanırlar.

(6) **Schwarz, A.B.:** age., sh.188.

Dürüst davranma, *doğrulukla ve dürüstlükle karşısındakinin kendisine gösterdiği güvene uygun şekilde hareket etmek demektir.* Dürüstlük kuralı, bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken "dürüst, namuskâr, makul ve fiilinin sonucunu bilen orta zekâlı bir insanın benzer olaylarda takip edeceği" şekilde davranmasını emreder(7). Dürüst davranmanın esasını ne sadece teamül kuralları, ne sadece ahlâkî esaslar ve ne de sadece iş ilişkilerindeki âdetler oluşturur. Dürüstlük kuralları bütün bunların tümünü birden içerir.

Dürüstlük kurallarında *karşılıklı güven* esaslarının payı büyüktür. Bir hukukî işleme girişen kimse, diğer tarafa karşı göstermiş olduğu güvende aldatılmamalıdır. Bir hukukî ilişkide taraflardan her biri, diğerinin ahlâk, namus, karşılıklı güven ve iş ilişkilerinin gereklerince kendisinden haklı olarak bekleyebileceği hususları göz önünde tutarak bunlara uygun hareket etmelidir.

Dürüstlük kuralları, *toplumun bilincinde yerleşmiş olan ve toplumun büyük çoğunluğu tarafından beğenilerek ve uygun görülerek uyulan namusluluk, doğruluk, dürüstlük, işlem ve iş ilişkilerindeki dikkat, özen ve karşılıklı güven esaslarının oluşturduğu bir davranış düsturudur.* Bu itibarla da tamamen "objektif" mahiyettedirler. Yani bunlar, hakkını kullanan veya borcunu yerine getiren kişilerin dışında kalan ve kendilerine uyulması toplum tarafından dayatılan (empoze edilen) davranış kurallarıdır. Bunlar, kişilerin kendi anlayışlarından, ahlâk ve namus hakkındaki sübjektif anlayışlarından, ruhsal davranışlarından tamamen ayrı ve bağımsız olarak, herkes tarafından uyulması gereken kurallardır. Kişiler, bu hususdaki kişisel düşünüşleri, inançları ve hayat anlayışları ne olursa olsun, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken hukuk kurallarına olduğu kadar, dürüstlük kurallarına da uygun davranmak zorundadırlar. Medenî Kanun'un 2 nci maddesi bunu emretmektedir.

§ 2. DÜRÜST DAVRANMANIN İŞLEVİ

Dürüst davranmanın esas işlevi *(fonksiyonu), hukuk kurallarının genel, soyut ve donmuş kurallar olmasından doğan sertliği yumuşatmaktır*. Hukuk kuralları ve özellikle yazılı hukuk kuralları bir şekil, bir kalıptan ibarettir. Kanun maddeleri bu şekil ve kalıplar içinde toplumda meydana gelen, meydana gelmesi olası ve hukuken önemli olan bazı sosyal menfaat çatışmalarını çok genel biçimde düzenlerler. Kanun koyucu bu düzenleme-

(7) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.325.

yi yaparken, birbirine tamamen karşıt menfaatler arasında bir denge kurmak amacıyla hareket eder. Bu sebeple de, karşıt menfaatlerden bazılarını daha fazla korur. İşte, karşıt menfaatler arasında onları koruma bakımından yapılan bu yeğleme (tercih), bir kanunun veya bir hukuk kuralının amacını oluşturur. Bir hukuk kuralı amacına uygun surette kullanıldığı sürece ve oranda, kendisinin tanımış olduğu hakkı kullanmakta olan kişiyi korur. Kişiler bu kalıplar içinde hareket ederlerken şeklen bu kalıplara uymakla birlikte, bu kuralların konuluş amacını aşabilirler; kendilerine tanınan hakları, kanunun korumadığı bazı menfaatlerin gerçekleşmesini sağlamak maksadıyla kullanabilirler. Örneğin, Medenî Kanun ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için eşlerden her birine evlilik birliğini temsil etme hakkını tanımıştır (m.188/I). Eşlerden her biri, kendisine tanınan bu hakka dayanarak, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak üzere üçüncü kişilerle çeşitli hukuki işlemler yapar, örneğin bakkal, kasap, manav, fırıncı ile sözleşmeler yapmak suretiyle evin ihtiyacı olan gıda maddelerini satın alır. Eşler bu işlemlerden doğan borçlardan üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar (MK. m.189/I).

Bir eş, kanunun kendisine tanımış olduğu bu temsil hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. O hâlde aylık geliri pek de fazla olmayan ailede bir eş, alış verişlerde ailenin gelir durumunu hiç dikkate almaz ve pahalı şeyleri satın alarak diğer eşi de ağır derecede borç altına sokarsa, hakkını kullanırken dürüstlük kurallarına uymamış olur. Eğer MK. m.2 hükmü olmasaydı, "eş kendisine tanınan hakkı kullanmaktan başka bir şey yapmamıştır" denilebilirdi. Oysa eşin bu davranış biçimi, hem evlilik birliğinin temsilinde eşlere temsil yetkisi tanıyan MK. m.188 hükmünün *ratio le*gis'ine, hem de güven, ahlâk ve dürüstlük kurallarına aykırıdır.

Kadın eşin, ortak konutu seçme hakkını düşük gelirli kocaya karşı şehrin en pahalı semtlerinde bir villada oturma şeklinde kullanmakta direnmesi, dürüst davranma ilkesine açıkça aykırıdır.

Dürüst davranmanın önemi daha Roma Hukukundan beri bilinmektedir. Birçok yabancı kanunlar, örneğin Alman Medenî Kanunu (§ 157) ve Fransız Medenî Kanunu (m.1134/II) maddeleri arasında dürüst davranmaya yer vermişlerdir. Fakat hiçbir kanun dürüst davranmaya Türk Medenî Kanunu'nun 2 nci maddesindeki kadar kapsamlı bir işlev tanımamıştır. Gerek Alman Medenî Kanun'u, gerek Fransız Medenî Kanunu dürüst davranmayı *sadece borçlar hukukunda* düzenlemişlerdir. Alman Medenî Kanunu, sözleşmelerin dürüstlük kurallarına uygun olarak

yorumlanacağını; Fransız Medenî Kanunu ise, sözleşmelerin dürüstlük kuralları dairesinde yerine getirileceğini (ifa edileceğini) öngörür. Oysa Türk hukukunda dürüst davranma, *tüm hakların* kullanılmasının sınırını çizmek suretiyle hakların kapsamını belirler, bu hakların sözleşmeden veya kanundan doğmuş olması bakımından bir fark yapmaz.

Medenî Kanun'un 2 nci maddesi *kişilere* hitap eden bir hüküm içerir ve onların haklarını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmalarını ve borçlarını da yine bu kuralları göz önünde tutarak yerine getirmelerini emreder. Bu kurallar aynı zamanda *hukuku uygulamakla yükümlü olanlara, özellikle hâkimlere* de yönelir. Çünkü bir hakkın kullanılması veya bir borcun yerine getirilmesi ile ilgili olarak taraflar arasında çıkan bir anlaşmazlığın çözümlenmesi için konu, eninde sonunda hâkimin önüne gelecektir. Hâkim, MK. m.2 uyarınca hakların içeriğini ve kapsamını dürüstlük kurallarına göre belirlemek zorundadır. Diğer taraftan, hakların nasıl kullanılacağı ve borçların nasıl yerine getirileceği, hiç olmazsa ana hatları itibariyle, taraflar arasındaki sözleşmeler veya kanunlarla düzenlenmiştir. Gerek kanun gerek tarafların iradelerini yansıtan sözleşmeler çoğu zaman açık olmayabilir veya içlerinde boşluklar bulunabilir. Bunun içindir ki, uygulanmalarından önce yorumlanmaları veya tamamlanmaları gerekebilir[8]. İşte gerek kanunların gerek hukukî işlem ve sözleşmelerin yorumlanmasında ve tamamlanmasında dürüstlük kurallarının önemi büyüktür.

Türk hukukunda dürüst davranmanın işlevi şuralarda görülür:

• Hakların kullanılmasının ve borçların yerine getirilmesinin sınırlarını çizer. Yani hakların ve borçların içerik ve kapsamını belirler.

• İrade açıklamalarının, yani hukukî işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasında esaslı bir görevi vardır.

• Kanunu yorumlarken ve tamamlarken hâkimlere yol gösterir.

I- DÜRÜST DAVRANMANIN HAKLARIN KULLANILMASI VE BORÇLARIN YERİNE GETİRİLMESİNDEKİ İŞLEVİ

Kanun koyucu, MK. m.2/I hükmüyle kişilerin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken kişisel eğilimlerle, kişisel düşünce ve duygularla ve özellikle salt kişisel menfaatlerle hareket etmelerini önlemek ister. Haklar iyi kullanılacak, amaçlarından saptırılarak kanun tarafından

(8) **Tuor:** Le Code Civil Suisse, Zürich 1949, sh.42.

korunmayan menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet ettirilmeyecektir. Kişiler haklarını kullanırken, karşılarındakilerin menfaatlerini çiğnemeyecek şekilde davranacaklardır. Kanuna karşı hileli işlemler de esas itibariyle dürüstlük kurallarına aykırıdır[9].

II- DÜRÜST DAVRANMANIN HUKUKÎ İŞLEMLERİN YORUMLANMASINDA VE TAMAMLANMASINDAKİ İŞLEVİ

A) HUKUKÎ İŞLEMLERİN YORUMLANMASI VE SÖZLEŞMELERİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

Tarafların hukukî işlemlerde, özellikle sözleşmelerde iradelerini açıklamak üzere kullandıkları ifadeler her zaman açık ve seçik olmayabilir. İki taraf bu ifadelere aynı anlamı vermeyebilir. İrade açıklamalarının çok genel veya elâstikî bir surette ifade edilmiş olmaları dolayısıyla, hukukî işlemlerden tarafların hak ve borçlarının içerik ve kapsamı açık olarak anlaşılamayabilir. Bütün bu durumlarda hukukî işlemlerin yorumlanması ve hatta tamamlanması gerekebilir. İrade açıklamalarının yorumlanması hakkındaki genel kuralı BK. m. 19 koyar. Buna göre, *tarafların kullandıkları ifadeler ne olursa olsun, hukukî işlemler yorumlanırken onların* ***gerçek ortak maksatları*** *araştırılır.* Çünkü bir hukukî işlemin yapılmasıyla güdülen amaç, çoğunlukla taraftarlardan birisine, genellikle de her ikisine bir menfaat sağlamaktır. O hâlde hâkimin bir irade açıklamasını yorumlarken araştıracağı husus, tarafların iradelerini açıklarken veya kendilerine karşı yapılan bir irade açıklamasını kabul ederken buna nasıl bir anlam verdikleri, bu irade açıklamasıyla ne kastetmek istedikleridir. Hâkime bu konuda yol gösterecek olan da dürüstlük kurallarıdır. Taraflarca irade açıklamalarına verilen anlamın birbirine karşıt olması, ya da irade açıklamalarının anlamı ve kapsamı hakkında tarafların açık ve seçik bir bilgi ve anlayışa sahip olmamaları durumunda hâkim, bunları açıklamak, bunları yorumlamak üzere dürüstlük kurallarına başvurur[10].

Hukukî işlemlerin, sözleşmelerin veya bunları meydana getiren irade açıklamalarının yorumlanması, çoğu kez tarafların hak ve borçlarının kapsamını belirleme maksadıyla yapılır. Bir irade açıklamasına muhatap olan kimse, ilke olarak bu açıklamayı dürüstlük kurallarının ona vereceği anlama

---

(9) **Sauser-Hall:** La bonne foi dans le droit privé turc, introduction â l'etude du nouveau droit civil en Turquie, İstanbul 1926, sh.115.

(10) Bu hususlar hakkında bk. **Merz, Hans:** Berner Kommentar, m.2, Nr.121 vd.

uygun surette anlamak zorundadır. Yani "onu namuslu, doğru bir adamın anlayacağı gibi anlamalıdır"[11]. Aksi hâlde, yani bunu iradeyi açıklayanın bu açıklamaya vermek istediği anlamda anlamak zorunluluğu, iş ilişkilerine egemen olan güveni sarsar. Bu sebepledir ki, hâkim de irade açıklamalarını ve hukukî işlemleri yorumlarken onları bu şekilde, yani *iş ilişkilerinde geçerli olan güven esasları çerçevesinde* manalandırmalıdır; bu irade açıklamalarına, bu hukukî işlemlere esas itibariyle dürüst bir kişice, dürüst bir iş ilişkisince verilen anlamı vermelidir. Alman Medenî Kanunu *"sözleşmeler, iş ilişkilerinin gerekleri de dikkate alınarak karşılıklı güven ve dürüstlük esasları dairesinde yorumlanmalıdır"* der (§ 157). Yargıtay, bir sözleşme yorumlanırken, dürüst davranma esasları gereğince o sözleşmede bulunması gereken şartların dahi, sanki sözleşmenin içinde mevcutmuş gibi dikkate alınmasının MK. m.2 hükmü gereği olduğu görüşündedir[12] İsviçre Federal Mahkemesi de *"irade açıklamalarının hâl ve şartların gerekli kıldığı dürüstlük kurallarını karşıladığı (tekabül ettiği) göz önünde tutularak yorumlanmalıdır"* esasından hareket eder[13]. Bu, bir bakıma şu demektir: ***Karşısındakine güven gösteren kimse, bu güveninden dolayı fazla yük altına girmemelidir.*** Örneğin bir kira sözleşmesinde, *"kiracı kiralanan konutla ilgili her türlü giderleri ödeyecektir"* hükmüne yer verilmişse, kiracı acaba elektrik, su, doğal gaz, kapıcı ücreti ve ortak giderlerden başka bina vergisinden ve deprem sigortasından da sorumlu olacak mıdır?

İrade açıklamalarının iş ilişkilerinde egemen olan dürüstlük ve güven gereklerine uygun olarak yorumlanması gerektiği hususundaki bu görüşe *"güven ilkesi" (itimat prensibi)* denir. Güven ilkesi doğrudan doğruya dürüstlük kurallarına dayanan bir ilkedir.

Kısaca ifade etmek gerekirse *hâkim, hukukî işlemleri ve sözleşmeleri yorumlarken dürüst insanların bu tür hukukî işlemlere vereceği anlam çerçevesinde tarafların iradesini ortaya çıkarmaya çalışmalıdır.*

Sözleşmelerin bu suretle yorumlanması, genel olarak verilen söze sadakati gerektirir. Sözleşmenin yapılmasından sonra durum ve şartlardaki değişikliklerin ve özellikle borçlunun kişisel durumunda meydana gelen değişmelerin, sözleşmeden doğan borçlar üzerine etkisi olmamalıdır. Zira verilen söze uymak, dürüstlük gereğidir. Buna *"sözleşmeye bağlılık"* veya *"ahde vefa ilkesi" (pacta sunt servanda)* denir.

---

(11) **Göktürk, H.A.:** age., sh.95.

(12) HGK. 5.10.1960, 56/248, Ad. Der. 1962, sh.355.

(13) JdT 1958, 475.

Genel ilke böyle olmakla beraber, Medenî Kanun bazı hukukî ilişkilerde hâl ve şartlarda veya tarafların durumunda meydana gelen önemli değişikliklerin, hukukî ilişkiyi ya tamamen ortadan kaldıracağını ya da borçlunun edimini etkileyeceğini kabul eder. Nitekim Borçlar Kanunu'nun bağışlamadan dönmeyi (BK. m. 296), kira sözleşmesinin önemli sebeplerle feshini (BK. m. 331), tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinde ödünç verenin sözleşmeden dönme hakkını (BK. m. 390) düzenleyen hükümleri ile Medenî Kanun'un irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka veya maddî tazminatın artırılması veya azaltılmasına ilişkin m.176/IV hükmü, bu konudaki çarpıcı örneklerdir. Sözleşmenin kurulmasından veya hukukî işlemin yapılmasından s o n r a *hâl ve şartlarda olağanüstü bir değişiklik olursa,* taraflardan yine de sözleşmeye sadakat göstermeleri istenebilir mi ve böyle bir istem dürüstlük kurallarına uygun düşer mi?

Pacta sunt servanda (sözleşmeye bağlılık) kuralının sözleşmenin yapılmasından sonraki durum ve ilişkilerde sözleşmenin yapıldığı zamana göre bir değişme görülmediği veya değişikliğin pek de önemli olmadığı hâllerde uygulanması, dürüstlük kurallarına aykırı değildir. "Zira âkitler (taraflar) mukavele (sözleşme) ile bir taahhüt altına girerken, akit zamanındaki mevcut olan şartların değişmeyeceği"[14] esasından hareket ederler. Fakat hâl ve şartlarda dürüst ve namuslu kimselerin dahi önceden düşünemeyecekleri şekilde olağanüstü ve objektif bazı sebepler dolayısıyla önemli değişikliklerin meydana gelmesi hâlinde, borçludan yine de sözleşme hükümlerine uygun olarak edimini yerine getirmesini istemek, dürüstlük kurallarına aykırı olur. "Zira bir mukavelenin akdi (sözleşmenin kurulması) ile taraflar arasında teessüs eden mütekabil itimat (oluşan karşılıklı güven) ve sadakat, bir tarafın diğer tarafı istismar eylemesine manidir (sömürmesine engeldir). Hüsnüniyetin (iyiniyetin) akdî münasebetlere (sözleşme ilişkilerine) soktuğu tesanüt mefhumu (dayanışma kavramı) edalar (edimler) arasında bidayette tesis edilen mütekabiliyetin... (başlangıçta kurulan karşılıklılığın) hiç olmazsa ana hatlarıyla idamesini icap ettirir (sürdürülmesini gerektirir)"[15].

İşte bu sebepledir ki, hâl ve şartlarda önceden görülmesi mümkün olmayan önemli bir değişikliğin meydana gelmesi durumunda, borçludan sözleşmeye uygun olarak borcunu aynen yerine getirmesini istemek, dürüst

---

[14] **Gürsoy, Kemal Tahir:** Hususî Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Ankara 1950, sh.11.

[15] **Gürsoy, K.T.:** age., sh.36,37.

davranmaya aykırı olur. Hâkim, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için değiştirebilmeli veya gerektiğinde feshedebilmelidir. Bu ilkeye ***"sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması"*** *(clausula rebus sic stantibus)* denir. Bu ilke uzun süreli sözleşmelerde, sözleşmenin yapılmasından sonra hâl ve şartlarda meydana gelen ve taraflarca önceden görülmesi (öngörülebilmesi) veya düşünülmesi mümkün olmayan olağanüstü değişiklikler, yani hâl ve şartların borçlunun aleyhine olarak ağırlaşması yüzünden tarafların edimleri arasındaki dengenin bozulması durumunda uygulanır. Alacak ile borç arasındaki bu denge o suretle değişmiş ve borçlunun aleyhine o derece ağırlaşmış olmalıdır ki, borçludan edimini önceden kararlaştırılmış olduğu şekilde yerine getirmesini istemek, dürüstlük kurallarına aykırı düşsün; yani dürüst, namuslu ve güvene dayanan bir iş ilişkisi anlayışı ile bağdaştırılması mümkün olmasın. *Clausula rebus sic stantibus'un* uygulanması için, hâl ve şartlarda sonradan meydana gelen olağanüstü değişiklik, tamamen *objektif mahiyette* olmalıdır. Örneğin, teslim edilecek malın fiyatının âniden çıkan savaş yüzünden çok artması[16], sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan enflâsyondan dolayı para değerinin çok önemli ölçüde düşmüş veya sözleşmeden sonra gümrük resimlerine % 400, % 500 gibi önemli sayılacak zamlar yapılmış olması yahut taahhüt edilen malın yabancı ülkeden dışalımının (ithalinin) savaş çıkması sebebiyle mümkün olamaması gibi borçlunun ediminin sonradan önemli surette ağırlaşması sonucunu doğuran sebeplerin meydana gelmesi objektif mahiyetteki değişikliklerdir.

Borçlunun kişiliğinde meydana gelen değişiklikler, örneğin borçlunun bütün servetini kaybetmesi, fabrikasının yanması ve hatta ölümü, kural olarak bu ilkenin uygulanmasını gerektirmez. Yani hâl ve şartlardaki değişiklikler hem objektif olmalı hem de dürüst ve namuslu herhangi bir kimse için dahi edimini yerine getirmeyi imkânsız kılacak derecede önemli ve gerçek olmalıdır[17]. Bu durumlarda hâkimin sözleşmeyi yeniden gözden geçirerek sözleşmeden doğan taahhütleri bu yeni hâl ve şartlara uyarlamasını kabul eden teoriye *"öngörmezlik teorisi" (emprevizyon nazariyesi)* denir[18].

Türk kanun koyucusu, *clausula rebus sic stantibus* ilkesini açık ve genel bir ilke olarak Borçlar Kanunu'nun 138 inci maddesinde düzenlemektedir. Buna göre, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-

---

(16) BGE 15 II 345. JdT 1961, 561.

(17) Bütün bu hususlarda ayrıntılı bilgi için bk. **Gürsoy, K. T.:** age., sh.106 vd.

(18) Bu teori hakkında bk. **Gönensay, A. Samim:** Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, sh.161 vd.

yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkarsa madde uygulama alanı bulur. Sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olgular, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir[19]. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'nun 480 inci maddesinin ikinci fıkrası da eser (istisna) sözleşmeleri yönünden böyle bir durumda hâkimin, sahip bulunduğu takdir yetkisine dayanarak ya kararlaştırılmış olan bedelin yükseltilmesine veya sözleşmenin feshine karar verebileceğini düzenlemektedir.

B) HUKUKÎ İŞLEMLERİN TAMAMLANMASINDA DÜRÜSTLÜK

Hâkim, hukukî işlemleri sadece yorumlamak durumunda değil, bazen tamamlamak durumunda da kalır. Hukukî bir ilişkiye giren taraflar, çoğunlukla yaptıkları sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde durup sadece onları düzenlemekle yetinirler; ikinci derecedeki noktalar üzerinde durmayı gerekli görmezler veya bu konuda hüküm koymayı unuturlar. Böyle durumlarda, sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında ikinci derecedeki noktalar hakkında aralarında çıkan anlaşmazlığın ne yolla çözüme bağlanacağı, sözleşmenin hükümlerinden anlaşılamaz. Çünkü tarafların bu noktaları öngörmemiş olmaları yüzünden sözleşmede boşluk vardır. Borçlar Kanunu'nun 2 nci maddesine göre, ikinci derecedeki noktalar " üzerinde durulmamış olsa bile" tarafların esaslı noktalar üzerinde uyuşmalarıyla birlikte sözleşme meydana gelmiş (kurulmuş) olur. Borçlar Kanunu'nun 207/III ve 394/II maddelerinde de buna benzer birer hüküm vardır. Gerçekten BK. m. 207 uyarınca, duruma göre belirlenmesi mümkün olan semen (satış bedeli) saptanmış semen (satış bedeli) hükmündedir. Aynı şekilde BK. m. 394/II'ye göre, hizmet belirli süre için kabul edilmiş olur ve işin durumuna göre o hizmet ancak ücret karşılığında yapılabilirse, hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Taraflarca üzerinde durulmamış olan ikinci derecedeki noktalar hakkında çıkan anlaşmazlığı çözümlemek üzere bunları tamamlama işi, BK. m.2/II hükmüyle yine hâkime düşer. Söz konusu hüküm *"ikinci derecedeki noktalar hakkında uyuşulamadığı*

(19) Bu konuda bk.; **Baysal, B.:** Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul, 2017; **Arat A.;** Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.

takdirde hâkim, işin mahiyetine bakarak onları tayin eyler" der. Bununla da sözleşmelerin dürüstlük kurallarına göre *tamamlanması gerektiğini* ifade etmek ister.

Hukukî işlemlerdeki boşluklar kural olarak kanunun tamamlayıcı kurallarıyla doldurulursa da boşlukların mutlaka bu hükümlerle doldurulacağı hakkında emredici bir hüküm de yoktur. Hukukî işlemlerin amacından, mevcut boşlukların tamamlayıcı hükümlerle doldurulmasının, tarafların menfaatine uygun düşmediği sonucu çıkar veya bu mahiyette bir hüküm bulunmazsa, bu durumda *hâkim bu boşlukları dürüstlük kurallarına göre doldurarak sözleşmeleri tamamlar.* Hâkim, hukukî işlemleri tamamlarken, tarafların bu işlemle güttükleri amacı göz önünde tutarak, onların varsayılan iradesini araştırır ve işlemi bu iradeye uygun şekilde tamamlamaya çalışır. Yani sözleşme yapılırken taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkmış olsaydı, onların bunu ne suretle çözecekleri esasından hareket edilmek gerekir. Hâkim bu varsayılan iradenin ortaya çıkarılmasında dürüstlük kurallarından yararlanır; dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı kişilerin benzer bir ilişkiye girerken öngörecekleri hükme uygun düşecek bir hüküm bulmaya çalışır. Başka bir deyişle, tarafların iradesinin hâl ve şartların, dürüst ve namuslu bir iş ilişkisinin, yani güven ilkesinin buna benzer ilişkilerde aradığı, gerekli kıldığı bir iradeyle örtüştüğünü kabul eder.

Bu konuyu açıklamak üzere şöyle bir örnek verebiliriz: Varsayalım ki bir dernek, tanınmış bir ses sanatçısı ile oldukça yüksek bir ücret karşılığında bir konser vermesi konusunda sözleşme yapmıştır. Taraflar sözleşmede ses sanatçısının konserde kaç şarkı okuyacağını belirlememişlerdir. Sanatçı, konser gecesi sahnede üç şarkı okuyarak konserin sona erdiğini söyleyip sahneden ayrılmıştır. Dernek, bu durum karşısında mahkemeye başvurarak sanatçının edimini (borcunu) gereği gibi ifa etmediği iddiasıyla tazminat isteminde bulunmuştur. Açılan bu davada hâkim, tarafların konserde kaç şarkı okunacağı konusunu sözleşmede açık bıraktıklarını dikkate alarak, *ikinci derecedeki bu noktayı* dürüstlük kurallarına göre tamamlayacak, yani davanın kabulüne veya reddine karar verebilmek için, yüklüce bir ücret almış olan ses sanatçısının dürüstlük kuralları gereği en az kaç şarkı okumasının gerekli olduğunu saptayacaktır. Diğer bir deyişle hâkim, bu davada davalı ses sanatçısının üç şarkı okumak suretiyle edimini ifa etmiş (borcunu yerine getirmiş) olduğuna ilişkin savunmasının, dürüstlük kurallarına uygun düşüp düşmediğini belirledikten sonra, davayı bu yönde karara bağlayacaktır.

Yargıtay, ev hizmetlerinde besleme adıyla boğaz tokluğuna çalıştırılan küçüklerin, bu hizmetlerine karşılık bir ücret isteme hakları olduğunu, dürüstlük kuralları gereğince kabul eder görünür[20].

Hukukî işlemlerin dürüstlük kurallarına göre tamamlanması hukuk alanında *tahvil* kurumunun ortaya çıkmasını sağlamıştır[21].

Tahvil *(konversiyon), hükümsüz bir hukukî işlemin yerine, kendisiyle az çok aynı hüküm ve sonuçları doğuran diğer geçerli bir hukukî işlemin konulmasıdır.* Kanunî şartlara uygun olmaması sebebiyle geçerli olmayan bir hukukî işlem, kendisiyle az çok benzer hüküm ve sonuçlar meydana getirebilecek olan diğer bir hukukî işlemin geçerlilik şartlarını taşıyorsa, bu ikinci işlem olarak geçerli olur. Örneğin yazılı şekilde yapılmadığından geçerli sayılmayan bir alacağın devri (temliki) işlemi, *"kabza yetki",* yani söz konusu alacağı borçlunun ödemesini kabul etmeye yetki[22] sayılabileceği gibi, onaltı yaşındaki ayırt etme gücüne sahip bir küçük tarafından yapılmış olmasından ötürü geçersiz olan bir miras sözleşmesi de *"vasiyetname"* olarak geçerli olabilir[23].

---

(20) Bk. 4. HD. 19.9.1949, 4546/4933, TİK 1951, sh.494; **Saymen, F.H.** İHF. Mec. 1945, S.1-2, sh.66. Beslemeler hakkında **Davran, Bülent:** Die Rechtstellung der Pflegekinder und die Rezeption des Schweizerischen Zivilgezetzbuches, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1954, S.4, sh.404 vd.

(21) Bu konuda bk. **Akipek (Güral), Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953, sh.51 vd., 126 vd.; JdT 1950, 51; 1. HD. 4.11.1959, 32/28, Hukuk Postası 1959, sh. 989.

(22) **Arsebük, Esat:** Borçlar Hukuku, Ankara 1937, sh.155

(23) **Von Tuhr, A.:** Partie général du code fédérale des obligations, t.1, Lausanne 1924, sh.202.

Dördüncü Bölüm
HAKLARIN KÖTÜ KULLANILMASINI YASAKLAYAN ANA İLKE: HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI

Medenî Kanun'un 2 nci maddesi, bütün hukukumuz bakımından önemli i k i kural koyar. Bunlardan biri, her somut olayda hakların kullanılmasının kapsam ve içeriğini sınırlayan *"dürüst davranma",* diğeri ise, hakların kötü kullanılmasının sonucunu gösteren ve bunun hukuk düzeni tarafından korunmayacağım bildiren *"hakkın kötüye kullanımı"*dır.

Medenî Kanun dürüst davranmaya sadece borçların yerine getirilmesini değil, aynı zamanda hakların kullanılmasını da sınırlayan bir işlev tanıdığı içindir ki, maddenin iki fıkrası birbirini tamamlar mahiyettedir. Çünkü bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması, hakkın kötüye kullanımını (suiistimalini) oluşturduğu gibi, bir hakkın kötü kullanılması de çoğunlukla dürüstlük kurallarına aykırı düşer[1]. Bu bakımdan, hakların dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasının sonuçlarını ve yaptırımlarını, hakkın kötüye kullanımını yasaklayan ikinci fıkra belirliyor, denilebilir.

§ 1. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KAVRAMI VE İÇERİĞİ

I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KURUMUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Hakkın kötüye kullanımı (abus de droit, Rechtsmissbrauch) kurumu, hukukun şekilciliğinden doğan sertliği gidermek maksadıyla ortaya çıkmıştır. Zira teknik gerekler dolayısıyla belli kalıplara sokulmuş olan hukuk kuralları tarafından kişilere tanınan yetkilerin olduğu gibi kullanılması,

---

(1) **Schwarz, A.B.:** Medenî Hukuka Giriş, sh.193; HGK. 22.1.1948, 1/7 Tatbikatta Yargıtay Kararları, 1958, S.9.

diğer kişiler ve toplumlar için çoğu kez katlanılması güç olan sonuçlar doğurabilir. İşte MK. m.2/II, hukukta ortaya çıkabilecek olan bu gibi gerçek olmayan kanun boşluklarının giderilmesi amacını güden bir hüküm mahiyetindedir[2]. Bununla beraber, hakkın kötüye kullanımı kurumunun hukuk biliminde yerleşmesi ve pozitif hukuk düzeni tarafından bütün sonuçlarıyla birlikte kabulü ve uygulanması kolay olmamıştır.

A) BİREYCİ HUKUK GÖRÜŞÜ

Yazılı hukuk kurallarının egemenliğini kabul eden bireyci (ferdiyetçi) hukuk görüşü, her zaman hakkın kötüye kullanımı kurumuna karşı olmuştur. Zira bu görüş, kişilere hukuk düzeni tarafından tanınan ve aynı zamanda da korunan yetki ve menfaatlerin kullanılmasında kanundan başka bir sınır tanımaz. Bu itibarla kişiler çeşitli haklarını kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi kullanabilirler. Hakkın bu suretle kullanılmasından dolayı zarar gören diğer kişilerin onlara karşı yönelmeleri mümkün olmaz. Bu görüşe göre, hakkını kanun dairesinde kullanan bir kimse, başkalarına zarar veremez[3]. Zira kişi, kanunun kendisine tanıdığı yetkileri kanun hükümlerine uygun olarak kullandığı sürece hakkını kullanıyor demektir, hakkını kullanırken kanunun çizdiği sınırların dışına çıkması durumunda ise, artık ortada bir hak kalmaz. Çünkü kişi bu durumda kanun tarafından kendisine tanınmış olmayan birtakım yetkileri kullanıyor demektir. Bu da "kanuna aykırılık" oluşturur, yani ortada bir "haksız fiil" mevcut olabilir[4]. Bu sebeple de hak mevcut olmadığından, hakkın kötüye kullanımından da söz edilemez.

B) SOSYAL HUKUK GÖRÜŞÜ

Hayatın yansıttığı türlü ve değişik görüntüler ve özellikle ekonomik ve ahlâkî zorunluluklar, bazen bir hakkın kanun sınırları içinde kalarak kullanılmasından dolayı diğer kişilerin uğrayacağı zararların giderilmesini (tazminini) haklı gösterebilir. Zira hukukun işlevini salt bireyci bir görüşle açıklamaya imkân yoktur. Hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan yetkilerin bireysel menfaatlerin korunmasından başka, sosyal bir

---

(2) Gerçek olmayan kanun boşlukları hakkında bk. yuk. İkinci Kısım. **Merz, H.:** age., m.2, Nr.25; **Meier Hayoz:** Berner Kommentar, m. l, Nr.293.

(3) Böyle bir görüş 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nun 1305. maddesinde mevcuttur.

(4) **Planiol-Ripert:** Traité élémentaire du droit civil, t.2, Paris 1901, sh.286.

amacı da vardır. Her hak kişilere, hukuk düzeni tarafından korunan belirli menfaatlerin -bireysel olduğu kadar sosyal menfaatlerin de- gerçekleşmesi amacıyla tanınır. Hakkın, amaçlarına uygun olarak kullanılmasından diğer kişilerin bazı menfaatleri zedelense bile, onların buna katlanmaları gerekir. Örneğin mülkiyet hakkı, malikin hakkın konusu olan eşyasından en geniş biçimde yararlanması amacıyla tanınmış bir yetkidir. Bir taşınmaz maliki, taşınmazından kanunun çizdiği sınırlar içerisinde en geniş şekilde yararlanabilir; taşınmazında inşaat mevzuatına uymak şartıyla kendisine bir menfaat sağladığı oranda inşaatta bulunabilir. Malikin, mülkiyet hakkını amacına uygun olarak kullanmasından, komşusunun arabasını o arsaya bırakma imkânı ortadan kalkmış olsa, komşunun malike yönelme hakkı olamaz.

Bazen öyle durumlar olabilir ki, bir hak kanun tarafından çizilen sınırlar içerisinde kalmakla beraber, amacını aşan veya ona aykırı olan maksatlar için kullanılır. Yani hak gerçi kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalarak kullanılmaktadır, fakat bu kullanma hak sahibine ya yasal (meşru) olmayan birtakım menfaatler sağlamakta ya da hak sahibinin elde ettiği menfaatler, başkalarına verdiği zarar ile karşılaştırılamayacak kadar az olmaktadır. Diğer taraftan, hakları düzenleyen kanun hükümleri ve hatta taraflar arasındaki sözleşmeler, çoğu kez pek genel mahiyettedirler; hakların nasıl kullanılması gerektiğinden ya hiç söz etmezler veya bunu çok genel şekilde düzenlerler. Örneğin Medenî Kanun'un 188 inci maddesi eşlerden her birinin evlilik birliğini temsilinden söz eder. Kanun'un 339 uncu maddesi ana ve babanın çocuğun eğitimi konusunda gerekli kararları alıp uygulamalarını belirtmekle yetinir. İşte bu durumlarda hakkın kötüye kullanımı (suiistimali) kurumu, hakların oldukları gibi sınırsız biçimde kullanılmalarına set çekme imkânlarını sağlar. Zira hakların kanundan anlaşıldığı gibi kullanılmasından doğabilecek sosyal sakıncalar, doğruluk ve dürüstlük, hakkaniyet ve güven esaslarına aykırı sonuçlar, ancak hakkın kötüye kullanımının korunmayacağına ilişkin ilkenin uygulanmasıyla giderilebilir.

Hakkın kötüye kullanımının söz konusu olduğu yerlerde, kişinin bir hakkı vardır; fakat bu hak dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmaktadır. Bu sebepledir ki, bireyci görüşün iddia ettiği gibi "hakkın kötüye kullanımının başladığı yerde hak ortadan kalkar ve yerini haksız fiile bırakır" demek doğru olmaz. Çünkü hakkın kötüye kullanımında başkalarının menfaatlerine karşı hukuk kurallarının çiğnenmesi suretiyle yapılmış haksız bir saldırı yoktur. Aksine zarar, mevcut bir hakkın kullanılması,

hem de kanun hükümlerine uygun olarak kullanılması sonucunda meydana gelmektedir. Ancak, kanun hükümlerine tamamen uygun olan bu kullanma, *hakkın amacına aykırı olma veya dürüstlük kurallarına uygun bulunmama* dolayısıyla hakkın kötüye kullanımı mahiyetindedir. Örneğin bir taşınmaz malikinin, bahçesinden attığı bir taşla komşu binanın camlarının kırılmasına sebebiyet vermesi, bir haksız fiildir. Çünkü bu durum, kanuna aykırı bir fiil sonucunda meydana gelmiştir. Fakat aynı taşınmazın sahibi mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı kullanma yetkisine dayanarak bahçesine yerleştirmiş olduğu jeneratörün yaptığı sarsıntı sonucunda komşu evin camlarının kırılmasına sebebiyet verirse, o zaman bu, hakkın kötüye kullanımı sayılır.

Hakkın kötüye kullanımı kurumunun hukuk doktrinine, mevzuata ve özellikle hukuk uygulamasına geniş çapta girmesi, sosyal görüşün etkisiyle olmuştur.

II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMI KURUMUNA YER VEREN HUKUK SİSTEMLERİ

Hakkın kötüye kullanımı, hakların olduğu gibi kullanılmasından doğan sakıncaları gidermek amacını güder. Hakkın kötüye kullanımı kurumu, hakların sadece kanunun şekilce dar kalıplarından başka bir sınır tanımadan kullanılmasına karşı adalet, hakkaniyet, güven ve dürüstlük kurallarının ve hayat gereklerinin bir reaksiyonunu oluşturur. Bu itibarla da en bireyci bir hukuk görüşüne ve sistemine sahip bulunan ülkelerde, örneğin Roma Hukukunda(5) ve Anglo-Amerikan hukukunda bile(6) hakkın kötüye kullanımı kurumunun izlerine rastlanır.

Hakkın kötüye kullanımının sıklıkla uygulanmasına Fransız hukukunda da rastlanır. Durum böyle olmakla beraber, Fransız Medenî Kanunu'nda hakkın kötüye kullanımı ile ilgili bir tek hüküm yoktur. Fakat Fransız Medenî Kanunu'nu canlılığını biçimde yorumlamayı bilen Fransız hâkimleri, hayat gereklerinden doğan bu kurumu da Fransız hukukunun içine sokmayı bilmişlerdir. Gerçekten, Fransız hâkimleri hakkın kötüye kullanımını Medenî Kanun'un 1382 nci maddesinden yorum yoluyla çıkarmışlardır(7).

---

(5) **Schwarz, A.B.:** age., sh.194.

(6) **Saymen, Ferit Hakkı:** Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali, İHF. Mec. 1946, C. XII, sh.1131; **Velidedeoğlu, H. V.:** Türk Medenî Hukuku, sh.334.

(7) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Josserand:** De l'ésprit des droits et leur relativité, Paris 1939; **Saymen, F.H.:** age., sh.1131; **Paniol-Ripert:** Traité de droit civil français, t.6, Paris 1952, sh.803 vd.

Hakkın kötüye kullanımı mevzuata ilk olarak Alman Medenî Kanunu'nun 226 ncı paragrafıyla girmiştir. Ancak bu kuruma en kapsamlı bir ilke niteliğini veren, İsviçre ve dolayısıyla da Türk Medenî Kanunu'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası olmuştur.

III- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ DAYANDIĞI ESASLAR

Hakkın kötüye kullanımının hukuk düzeni tarafından korunmayacağı hakkındaki ilke, günümüzde artık hem hukuk doktrininde, hem de hukuk uygulamasında yerleşmiş olan bir ilkedir. Acaba bir hakkın kullanılmasının ne zaman kötüye kullanım mahiyetinde olduğu, nereden ve nasıl anlaşılacaktır? Başka bir deyişle, hakkın kötüye kullanımının dayandığı esaslar ve bunu belirleyen ölçütler nelerdir? Bu konuda hukuk doktrininde ve çeşitli ülkelerin kanunlarında bir sistem birliği yoktur. Hakkın kötüye kullanımının dayandığı esaslar ve ölçütler hakkındaki görüşler başlıca ü ç grupta toplanabilir:

- Hakkın kötüye kullanımını sübjektif esasa dayandıran görüş,
- Hakkın kötüye kullanımını objektif esasa dayandıran görüş,
- Hakkın kötüye kullanımını sübjektif ve objektif esaslara dayandıran görüş.

A) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI SÜBJEKTİF ESASA DAYANDIRAN GÖRÜŞ

Bu görüş, hakkın kötüye kullanımını *başkasına zarar verme (ızrar) niyetine ve kastına* dayandırır[8]. *Bir hakkın salt başkasına zarar vermek kastıyla kullanılması hâlinde hakkın kötüye kullanımı vardır*. Zira kanun, hakları insanların yaşaması için gerekli olduğundan dolayı onlara tanımıştır; yoksa onların kötü tutkularını (ihtiraslarını) tatmine alet ederek başkalarına zarar vermeleri için değil.

Hakkın başkalarına zarar vermek maksadıyla kullanılması ölçütü, ilk zamanlarda hakkın kötüye kullanımının tek dayanağı olarak kabul ediliyordu[9].

---

(8) Bu görüş hakkında daha etraflı bilgi için bk. **Topçuoğlu, Hamide:** Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, sh.226 vd.; **Josserand:** age., sh.365 vd.; **Trüeb, H.:** Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht, Bern 1909, sh.14 vd.; **Planiol-Ripert:** age.. sh. 800 vd.

(9) Fransız mahkeme içtihatları özellikle bu görüşten esinlenmişlerdi: **Josserand:** age., sh.367 vd**.**

B) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI OBJEKTİF ESASA DAYANDIRAN GÖRÜŞ

Objektif görüş, hakkın kötüye kullanımının bir kimsenin ruhsal davranışına, yani sübjektif bir esasa dayandırılamayacağını savunur. Hakkın salt başkasına zarar vermek maksadıyla kullanılması pek ender olarak gerçekleşir. Hak sahibi, başkasına zarar vermek maksadının yanında diğer başka maksatlarla da hareket eder. Öte yandan, hakkın kullanılmasındaki yegâne kastın zarar verme kastı olduğunun ispatı da oldukça güçtür. Bu itibarla sübjektif görüş, hakkın kötüye kullanımının kapsamını çok daralttığı gibi, ispat güçlükleri de onun pratik değerini çok azaltmaktadır.

Objektif görüşe göre, yukarıda ifade edilen sebeple hakkın kötüye kullanımının esasını hak sahibinin başkasına zarar verme kastında aramak doğru olmaz. Bunu, hak sahibine yabancı olan objektif dış (haricî) esaslara dayandırmak gerekir. Hakkın kötüye kullanımının dayanacağı bu objektif ölçütün ne olduğu hususunda da çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bazılarına göre bu ölçüt, hakkın yasal (meşru) bir menfaatin sağlanması için kullanılmış olup olmadığında aranmalıdır(10). Bazılarına göre bu ölçüt hakkın, sosyal ve ekonomik amacına aykırı bir şekilde kullanılmasıdır(11). Nihayet bazılarına göre ise, hakkın ahlâk kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması, hakkın kötüye kullanımının objektif ölçütü olmalıdır.

Hakkın kötüye kullanımının esasını bu objektif ölçütlerden sadece birine dayandırmak doğru olamaz. Çünkü bu ölçütler, hakkın kötüye kullanımının bütün hâllerini içerecek derecede genel bir mahiyete sahip değildirler. *Hakkın kötüye kullanımının ölçütünü dürüstlük kurallarında aramak, en doğru ve isabetli yoldur*(12). Dürüstlük kuralları, hakların içeriğinin sınırını çizmek suretiyle hakkın kötüye kullanımının nerede başlayacağını da göstermiş olurlar. Bu, genel bir ölçüt mahiyetini taşır. Zira dürüstlük kuralları, hakkın ahlâk kurallarına aykırı olarak kullanılmasını olduğu kadar, amacından saptırılmasını, sahibinin hiçbir menfaati olmaksızın veya yasal (meşru) bir menfaati olmaksızın kullanılmasını ve hatta sadece başkalarına zarar vermek maksadıyla, yani ızrar kastıyla kullanılmasını da kapsamına alacak kadar genel bir kavramdır.

---

(10) Bu konuda bk. **Josserand:** age., sh.388 vd, 384 vd.; **Topçuoğlu, H.:** age., sh.231 vd.

(11) **Staudinger:** Kommentar; Berlin 1957, sh.1181.

(12) **Sauser-Hall:** age., sh.101; **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.334. Aynca bk. **Merz, H.:** age., m.2, Nr.285 vd.

İsviçre Medenî Kanunu hakkın kötüye kullanımını düzenlemede işte bu objektif görüşten esinlenmiştir. Bu, İsviçre Medenî Kanunu'nun *"bir hakkın aşikâr kötüye kullanımı hukuken korunmaz"* diyen 2 nci maddesinin ikinci fıkrasından anlaşılır.

C) HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI SÜBJEKTİF VE OBJEKTİF ESASLARA DAYANDIRAN GÖRÜŞ

Hakkın kötüye kullanımını hem sübjektif, hem de objektif esaslara dayandıran bu görüşe kısaca*"ortalama görüş"* denebilir. Bu görüşe göre, hakkın kötüye kullanımından söz edebilmek için, sübjektif görüşün savunduğu gibi hak sahibinin hakkını salt başkasına zarar vermek maksadıyla kullanmış olması yeterli değildir. Bundan başka, objektif bakımdan hakkın bu maksattan başka bir maksatla kullanılması imkânının bulunmadığının da anlaşılması lâzımdır. Bu unsur özellikle başkasına zarar vermek maksadıyla kullanılan hakkın, hak sahibine hiçbir menfaat sağlamaması durumunda ortaya çıkar.

Ortalama görüşün savunduğu sistem Alman Medenî Kanunu tarafından kabul edilmiştir(13). Nitekim hakkın kötüye kullanımını kabul ederken 226 ncı paragraf "Bir hakkın başkasına zarar vermekten başka bir amacı olmadan kullanılmasına izin yoktur" demek suretiyle bunu açıkça gösterir(14).

§ 2. MEDENÎ KANUNUN HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI DÜZENLEME BİÇİMİ

I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ MEDENÎ KANUNDAKİ DAYANAĞI

Önceki Medenî Kanun'un 2 nci maddesinin ikinci fıkrası *"Bir hakkın **sırf gayrı ızrar eden** suiistimalini (kötüye kullanımını) kanun himaye etmez (korumaz)"* diyordu. Madde bu şekliyle Önceki Medenî Kanun'umuzun aslı olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 2 nci maddesinin

---

(13) **Trüeb:** age., sh.80 vd.; **Staudinger:** age., sh.1185; **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.338. Aksi görüş: **Saymen, F.H.:** agm. sh.1134. Prof. Saymen Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) salt sübjektif esasa dayandığı görüşündedir.

(14) Alman Medenî Kanunu'nun ortalama sistemi benimsediğini göstermesi bakımından önemli olan **"haben kann"**ı belirtmek maksadıyladır ki madde "başka bir amacı olmadan" yerine **"olamadan"** diye çevrilmiştir.

ikinci fıkrasından farklı gibi görünüyordu. Zira İsviçre Medenî Kanunu, hakkın aşikâr kötüye kullanımının kanun tarafından korunmayacağından söz eder ve bu hükmüyle hakkın kötüye kullanımını tamamen objektif bir ölçüte dayandırır. Hakkını kötüye kullananın başkasını ızrar (zarara sokmak) kastıyla hareket edip etmediğini araştırmaya İsviçre hukuku bakımından lüzum yoktur. Önemli olan husus, hakkın kötüye kullanımının, yani hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasının şüphe götürmez bir biçimde, orta zekâlı dürüst ve ahlâklı kişiler tarafından da kolayca anlaşılabilecek kadar açık olmasıdır. Yani hakkın kötüye kullanımının İsviçre hukukundaki objektif ölçütü, hakkın dürüstlük kurallarına açıkça aykırı olarak kullanılmasıdır[15].

Önceki Medenî Kanun'umuzun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasının yazılış biçimi, hiç değilse sözü (lâfzı) itibariyle, İsviçre Medenî Kanunu'nunkinden farklı idi. Zira maddede hakkın "*sırf gayrı ızrar eden*" kötüye kullanımından söz edilmekteydi. Bu sebepledir ki, Önceki Türk Kanun'u Medenîsinin hakkın kötüye kullanımını objektif bir esasa mı, yoksa tamamen sübjektif bir esasa mı dayanarak düzenlediği hususu doktrinde hayli tartışmalı idi.

Kanunun gerçek düzenleme biçiminin ne olduğu hususundaki tartışmanın önemi, sadece teorik (nazarî) değildi, aksine pratik önemi de vardı. Zira hakkın kötüye kullanımının dayanağının objektif veya sübjektif esasa dayanmakta olması, maddeye geniş veya dar bir içerik verilmesi sonucunu doğuracaktı. Maddenin sübjektif esasa dayandığı kabul edilirse, her somut olayda hak sahibinin başkasını ızrar (zarar verme) kastıyla mı hareket ettiğinin araştırılması gerekecekti. Izrar kastı mevcut olmayan veya olsa da ispat edilemeyen hâllerde ise, hakkın kullanılması objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına ne kadar aykırı olursa olsun, hakkın kötüye kullanımından söz edilemeyecekti.

Bazı hukukçular, Medenî Kanun'un hakkın kötüye kullanımını salt sübjektif esasa dayanarak düzenlediğini iddia ediyorlardı. Bu fikri savunan *Prof. Esat Arsebük'e* göre hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için, "hakkın istimalinde (kullanılmasında) sırf ızrar kastından başka bir saik bulunmamalıdır.... Bizde hakkın suiistimalinin (kötüye kullanımının) ölçüsü ızrar kastından ibarettir"[16].

Prof. Ferit Hakkı Saymen ise, Medenî Kanundaki hakkın kötüye kullanımı ilkesinin ortalama bir esasa dayanılarak düzenlendiği fikrinde

---

(15) **Egger-Çernis:** age., sh.94; **Tuor:** age., sh.44.

(16) Medenî Hukuk, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938, sh.108.

idi. Ona göre, "Türk hukukunun sistemi ne Alman sistemi kadar dar ve sübjektif, ne de İsviçre sistemi kadar geniş ve objektiftir. Kanunumuz bu iki sistemi meczetmek (birleştirmek) istemiş ve mutavassıt (ortalama) bir sistem yaratmıştır"[17].

Önceki Medenî Kanun'un 2 nci maddesinin ikinci fıkrasının İsviçre Medenî Kanunu'ndan Türkçeye y a n l ı ş çevrilmiş olmasının yarattığı bu tartışmalar, nihayet yeni Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesiyle tamamen kesilmiş bulunmaktadır. Çünkü kanun koyucu, sözü geçen fıkra hükmünü aslına uygun biçimde kaleme alarak *"Bir hakkın **açıkça** kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"* demiştir. Böylece 75 yıl gibi uzunca bir süre tartışılmış ve farklı görüşlerin ortaya atılmasına sebep olmuş bulunan yanlış çeviri de düzeltilmiş olmaktadır.

O hâlde, *maddeyi hakkın dürüstlük kurallarına a ç ı k ç a aykırı kullanılmasının hakkın kötüye kullanımı demek olacağı şeklinde anlamalıdır.* Hâlen doktrinde egemen olan görüş de zaten böyledir[18]. Yargıtayımız da "sübjektif bir hakkın objektif hüsnüniyet kaidesine (dürüstlük kuralına) aykırı olarak dermeyanı (ileri sürülmesi), hakkın suiistimali (kötüye kullanımı) mahiyetini alır" demek suretiyle maddeyi tamamen objektif ölçüte dayandırır[19].

Bir hakkın, dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar vermesi, hakkın kötüye kullanımını oluşturur. MK. m.2/1 hükmü, herkesin haklarını toplumda geçerli doğruluk, dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven anlayışına uygun olarak kullanmasını emreder. Hakkın kötüye kullanımının ölçütünü, Medenî Kanun'umuza göre *dürüstlük kuralları* verir. Bunun yanında, ayrıca hak sahibinin başkasını ızrar kastıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Önemli olan, başkasına zarar verme kastı değil, fakat *hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması sonucunda başkasının zarar görmüş olmasıdır.*

Bu, genel bir ölçüttür. Zira hakkın başkalarına zarar vermek maksadıyla kullanılması, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı olması itibariyle bu ölçütün kapsamına girdiği gibi, hakkın hak sahibine gerçek hiçbir

---

(17) Türk Medenî Hukuku, C.l, İstanbul 1960, sh.324. Sayın Saymen'in Alman Medenî Kanunu'nun hakkın kötüye kullanımım tamamen sübjektif bir esasa dayandırdığını kabul ettiğine işaret edelim.

(18) **Schwarz:** ibid; Göktürk: ibid; **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.342; **Oğuzoğlu, H.C.:** age., sh.176; **Arık, K.F.:** Türk Medenî Hukuku, C.I, Ankara 1963, sh.350.

(19) HGK. 22.1.1958, 1/7, Tatbikatta Yargıtay Kararlan 1958, S. 9.

menfaat veya çok küçük bir menfaat sağlamasına karşılık, başkalarının hukuken korunan önemli menfaatlerini zedelemesi de dürüstlük kurallarına aykırı olduğundan, hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Çünkü haklar, kişilere belli yasal (meşru) menfaatlerin gerçekleşmesini sağlamak amacıyla tanınmaktadır. Bir kimsenin, hakkını hukuken korunan bir menfaati olmaksızın kullanması ve bunun sonucunda bir diğerinin yasal menfaatlerini çiğnemesi (zedelemesi) hukuken korunamaz. Aynı gerekçe iledir ki bir hakkın, amacına aykırı olarak kullanılması da onun kötüye kullanımı mahiyetindedir. Dürüstlük kuralları, hakkın karşı tarafta uyandırılan güvene aykırı surette kullanılmasının da hakkın kötüye kullanımı olarak kabulünü gerektirir.

Görüldüğü gibi hakkın kötüye kullanımı, Medenî Kanunda çok genel bir ölçüte dayanılarak düzenlenmiştir. Bu ölçüt de ***"dürüsttük kurallarına aykırılık"*** tır. Bunun içine ana hatları itibariyle hakkın; (a) esas amacına aykırı biçimde kullanılması[20], (b) yasal bir menfaat olmaksızın kullanılması ve (c) dürüstlük, doğruluk ve iş ilişkilerinde geçerli olan karşılıklı güvene aykırı olarak kullanılması girer. Bu genel ölçütü her özel olguya uygulayıp hakkın kötüye kullanımının varlığına veya yokluğuna hükmedecek olan kimse, hâkimdir. Hâkim bunu her olayın özelliklerinden çıkan türlü unsurlara göre yapacaktır. Bir olayda a) hakkın yasal bir menfaat olmadan kullanılması, (b) değişik şekillerde kullanılmasının mümkün olduğu hâllerde bunlar içinden başkasına zarar veren şeklin seçilmesi, (c) zararın ağırlığı, (d) hakkın ahlâk kurallarına aykırı olarak kullanılması gibi hususlar, hakkın kötüye kullanımının varlığını belirlemede başvurulacak ikinci dereceden ölçütler olabilir[21]. Hâkim, örnek olarak belirttiğimiz bütün bu hususların mevcut olması durumunda bile, ayrıca hakkın bu suretle kullanılmasının dürüstlük kurallarınca hoş görülüp görülemeyeceğini de araştırmalıdır[22].

II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ UNSURLARI

Hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için gerekli olan unsurlar şunlardır:

---

(20) JdT 1961, 211.

(21) **Markovitch, Mülivoié:** La théorie de l'abus des droits en droit comparée, Paris 1936, sh.441 vd.

(22) Bu hususta ayrıca bk. JdT 1964, 565 vd.

A) HUKUKEN TANINMIŞ BİR HAKKIN VARLIĞI

Hakkın kötüye kullanımı, *bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı surette kullanılması demektir.* Bu sebepledir ki, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce kişiye hukuk tarafından tanınan ve korunan bazı yetkilerin, yani hukuken tanınmış olan bir hakkın varlığı gereklidir. Ancak kişi, bu hakkının kullanılması için kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalır görünmekle beraber, bu hakkını dürüstlük kurallarının hoş görmeyeceği biçimde kullanırsa, hakkın kötüye kullanımından söz edilir.

Bir kimsenin hukuken sahip olmadığı bir hakkı, esasen kendisine tanınmamış olan yetkileri sanki varmış gibi kullanmaya kalkışması, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilemez. Bu durumda hukuka aykırı bir eylem, BK. m. 49 vd. anlamında bir *"haksız fiil"* işlenmiş olur. Hakkın kötüye kullanımı ile haksız fiil arasındaki fark da zaten buradan ortaya çıkar: Yani hukuken sahip olunan bir hakkın kötüye kullanılması veya hukuken tanınmış bir hakka sahip olmadan hareket edilmesi. Birincisi hakkın kötüye kullanımını, ikincisi ise haksız fiili oluşturur.

B) HAKKIN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AÇIKÇA AYKIRI KULLANILMASI

Hakkın kötüye kullanımının oluşabilmesi için, hukuken tanınmış olan bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanılması şarttır. Bu ölçüt, genel bir ölçüt olduğundan, bunun içine hakkın hukuken korunmaya lâyık bir menfaati sağlamak maksadı olmaksızın kullanılması girdiği kadar[23], hakkın sosyal işlevinden saptırılması da girer[24]. Fakat hakkın kötüye kullanımının unsuru olarak sadece bunların gösterilmesi, bu kavramın kapsamını daraltacağı gibi, kanunun özüne de (ruhuna da) uygun düşmez[25].

Diğer taraftan, dürüstlük kurallarına aykırılığın da a ş i k â r, a ç ı k olması gereklidir. Hak açıkça ve şüphe götürmez bir biçimde doğruluk, dürüstlük ve karşılıklı güven kurallarına veya amacına aykırı biçimde kullanılmış olmalıdır. Bu kullanış ayan beyan, apaçık bir şekilde ortaya çıkmalıdır, kolayca görülebilmelidir. Kötüye kullanımın aşikâr, açık olup olmadığını takdir, yine hâkime düşen bir görevdir.

---

(23) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.341; **Saymen, F.H.**: age., sh.326.

(24) **Saymen, F.H.:** age., sh.295.

(25) Bu hususta yukarıda dipnot 23 ve 24 de anılan eserlere bakınız.

C) HAKKIN DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI SURETTE KULLANILMASINDAN BAŞKALARININ ZARAR GÖRMÜŞ VEYA ZARAR GÖRME TEHLİKESİ İLE KARŞILAŞMIŞ OLMASI

Hakkın kötüye kullanımının kabul edilebilmesi için, bundan zararlı bir sonucun doğmuş olmasının gerekli bir unsur olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Bazı hukukçular, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için, hakkın bu şekilde kullanılmasından mutlaka başkaları için zararlı bir sonucun doğmuş olmasının şart olmadığı görüşündedirler(26). Fikrimizce hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasından başkalarının zarar görmüş veya hiç değilse zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmış bulunmaları gereklidir. Bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasından başkalarının hiç zarar görmemiş olduğu hâllerde, hakkın kötüye kullanımından söz edilemez. Söz konusu zarar, diğer kişilerin hukuken korunan maddî veya manevî menfaatlerinin çiğnenmesi (zedelenmesi) biçiminde ortaya çıkar. Yani hakkın kötüye kullanımı dolayısıyla kişilerin parayla ölçülebilen menfaatlerinde bir zararın doğması kadar, kişilik haklarında şeref veya haysiyetleri üzerinde bir saldırı, bir zedelemenin meydana gelmiş olması da mümkündür.

Zaten hakkın kötüye kullanımını kendisine oldukça benzeyen *"kanuna karşı hile"*den ayırmaya yarayan ölçütlerden biri de *sonuçta bir zararın doğmuş olmasıdır*(27). Zira kanuna karşı hile, kanunun emredici bir hükmünün izin vermediği bir hukukî sonucu, kanunun diğer bir hükmüne dayanarak elde etmektir. Başka bir ifadeyle ***kanuna karşı hile,*** *kanunun emredici bir hükmünden kurtulmak maksadıyla kanunun diğer bir hükmüne bu hükmün amacına aykırı bir şekilde dayanmaktır.* Kanuna karşı hilede, amacından saptırılan bir hukuk kuralı mevcuttur. Bu kuralın kendi amacından saptırılması, başka bir hukuk kuralının hükmünden kaçınmak, kurtulmak içindir. Kanuna karşı hilede başka bir kişinin bundan zarar görmüş olması şart değildir. Kanuna karşı hile dolayısıyla daha çok hukuk

(26) **Josserand:** age., sh. 272 vd.; **Egger:** age., sh.93 vd. dan böyle bir anlam çıkar. Bu hususta ayrıca bk. **Topçuoğlu, H.:** age., sh.234; **Özsunay, Ergun**: Medenî Hukuka Giriş, B.5, İstanbul 1986, sh.321; **Akyol, Şener:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, sh.20.

(27) Bu konuda bk. **Topçuoğlu, H.:** age., sh. 241 vd.

kurallarının otoritesi sarsılmış olur[28]. Oysa hakkın kötüye kullanımında, kişilere tanınmış olan haklar dürüstlük kurallarının izin vermeyeceği şekilde amacından saptırılmalı, hakların bu suretle amaçlarına aykırı olarak kullanılmasından da başkaları mutlaka zarar görmelidir.

§ 3. HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ YAPTIRIMI

Hakkın kötüye kullanımı çok genel ve kapsamı geniş olan bir kavramdır. Esas itibariyle her hak, ister kanundan ister taraflar arasındaki bir hukukî ilişkiden doğmuş olsun, kötüye kullanılabilir. Aynı şekilde, borçlar hukukundaki haklar kadar, aile hukukundan doğan haklar, aynî haklar ve hatta kişiler hukuku tarafından tanınmış olan haklar da kötüye kullanılmaya elverişlidir. Bu sebepledir ki, hakkın kötüye kullanımının bağlanacağı yaptırım, kötüye kullanılması mümkün olan bütün hakların mahiyetlerine uygun düşebilecek kadar genel ve kapsamlı olmak zorundadır.

Bu konudaki yaptırım aynı zamanda MK. m.2/1 hükmüne de uygulanacak bir yaptırımdır. Zira hakların dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması, hakkın kötüye kullanımından başka bir şey değildir. Medenî Kanun'umuz, 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla belki de birinci fıkranın yaptırımını düzenleyen bir hüküm koymak istemiştir.

Medenî Kanun hakkın kötüye kullanımının yaptırımını belirlerken şöyle bir yol izlemiştir: 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla önce genel mahiyette bir yaptırım koymuş ve ***hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeninin korumayacağı ilkesini getirmiştir***. Bu demektir ki bir hak sahibi, hakkını dürüstlük kurallarına aykırı surette kullanırsa, bununla güttüğü amacı, elde etmek istediği menfaati hukukî yollardan sağlayamaz. Hukuk düzeni ona istediği sonucu elde etmesi için gerekli olan himayede bulunmaz, yani onu korumaz. Örneğin alacaklısında borcunu zamanında ödeyeceği kanaatini uyandırarak onun süresi içinde kanunî yollara başvurmasını önlemiş olan bir borçlunun, dava açıldıktan sonra zamanaşımı def'inde bulunması, karşılıklı güven esaslarına aykırıdır; bu yüzden de borçlu, zamanaşımı def'i yoluyla ulaşmak istediği sonuca ulaşamaz. Yani dava, onun ileri sürdüğü zamanaşımı def'i dolayısıyla reddedilemez[29]. Kanun, bu genel yaptırımın yanında ayrıca bazı hakların kötüye kullanımının özel mahiyetteki yaptırımlarını da düzenlemiştir.

---

(28) Kanuna karşı hile kavramı hakkında bk. **Topçuoğlu, H.:** Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950, **Simonius:** Melange Sauser-Hall.

(29) BGE 61 II 150; BGE 49 II 321; JdT 1964, 151.

I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMININ ÖZEL MAHİYETTEKİ YAPTIRIMLARI

Medenî Kanun özellikle aile hukukundan doğan bazı hakların kötüye kullanımının sonuçlarını özel birtakım yaptırımlara bağlamıştır. Çünkü özel nitelikteki bu hakların kötüye kullanımına genel yaptırımın uygulanması, onların mahiyetine uygun düşmediği gibi, çoğu hâllerde bu nitelikteki hakların kötüye kullanımının sonuçlarını ortadan kaldırmaya da yeterli olmaz.

- Eşlerden biri, kanunun kendisine tanıdığı evlilik birliğini temsil yetkisini kötüye kullanırsa, diğer eş hâkimden bu yetkiyi onun elinden almasını veya sınırlamasını isteyebilir (MK. m.190/I).

- Mal ortaklığında ortaklık malları üzerinde eşlerden biri tarafından yapılması kanuna veya sözleşmeye göre diğer eşin rızasına bağlı tasarruflar için, diğer eşin rıza vermekten dürüstlük kurallarına aykırı olarak kaçınmasının (rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesinin) yaptırımı, bu mal rejiminin başvuru üzerine hâkimin kararıyla mal ayrılığına dönüştürülmesidir (MK. m.206).

- Velâyet hakkından doğan yetkilerin ağır biçimde kötüye kullanılmasının yaptırımı, velâyet hakkının ana veya babadan yahut her ikisinden de alınmasıdır (MK. m.348).

- Vasilik sıfatının kötüye kullanılmasının yaptırımı, vasinin görevden alınmasıdır (MK. m.483).

- İrade bozukluğu hâllerinden yanılmada (hatada), yanılgıya düşen taraf, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkını dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanamaz. BK. m. 34 hükmü bunu emreder. Bu hakkın kötüye kullanımı hâlinde, yapılmış olan hukukî işlem mevcut yanılmaya karşın geçerli sayılır.

- Hakkın kötüye kullanımının yaptırımı en ayrıntılı biçimde mülkiyet hakkı ile ilgili olarak düzenlenmiştir. Medenî Kanun'un 730 uncu maddesi, mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasından dolayı bir zarara uğrayan veya uğrama tehlikesiyle karşılaşan kimseye, bu durumun ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere çeşitli istem (talep) hakları tanımaktadır[30]. Gerçekten bu kimse, *zarar doğduktan sonra*

---

(30) Bu konuda daha fazla bilgi için bk. **Akipek, Jale G.:** Gayrimenkul Malikinin Mesuliyetinin Neticeleri, İstanbul 1955, Ayrıcı bk. JdT 1948, 132; JdT 1953,593.

açacağı bir tazminat davasıyla hakkını kötüye kullanan malikten zararının giderilmesini isteyebilir. *Zararın sürekli* olması hâlinde ise, zararı yaratan durumun ortadan kaldırılmasını *"eski hâlin iadesi davası"* açmak suretiyle sağlar. Bu dava sonucunda fiilî durumun eski hâle, yani zararlı fiilden önceki duruma getirilmesi mümkün olur. Örneğin malikin, mülkiyet hakkını kötüye kullanmak suretiyle inşa ettirmiş olduğu yüksek bir duvardan dolayı manzarası veya havası kapatılmış bulunan komşu, bu davayla duvarın yıktırılmasını istemek hakkına sahiptir. Yahut yine malikin, dürüstlük kurallarına aykırı olarak komşu bahçenin tam önüne yığdırmış olduğu kömürden çıkan tozlardan rahatsız olan komşu, bunların ortadan kaldırılmasını bu davayla isteyebilir. Malikin, mülkiyet hakkını kötüye kullanması yüzünden *ileride gerçekleşeceği pek olası bir tehlike* ile karşılaşma tehdidi altında bulunan kişiler, bundan bir zarar doğmadan önce hâkimden gerekli önlemlerin alınması isteminde bulunabilirler. Bu istem *"tehlikenin önlenmesi davası"* yoluyla ileri sürülür. Bu dava, zararın doğmasından önce açılan bir davadır ve zararın doğumunu önleyici mahiyettedir[31]. Örneğin taşınmazında (arsasında) inşaat yapmakta olan malik, komşusunun penceresinin tam önünde bir kireç kuyusu açtırmaya başlamıştır, ya da oturmaya (yerleşmeye) ayrılmış taşınmazların bulunduğu mahalledeki arsası üzerinde bir oto tamirhanesi inşasına girişmiştir. Bu durumlarda komşular için henüz bir zarar doğmuş değildir. Fakat bu durumdan bir zararın pek yakında ortaya çıkması olasılığı çok kuvvetlidir. Bu sebeple komşular tehlikenin önlenmesi davası açmak hakkına sahiptirler.

II- GENEL YAPTIRIM

Hakkın kötüye kullanımının genel yaptırımı*, herhangi bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmasını hukuk düzeninin korumamasıdır*. Bu, bir kimsenin hakkını dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanmakla gerçekleşmesini arzuladığı amacın ya da hukukî sonucun elde edilmesini sağlayacak imkânlardan yoksun bırakılması demektir.

Genel mahiyetteki bu yaptırım, hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı veya davalı durumunda bulunduğu hâllerde önemli sonuçlar doğurur. Çünkü hakkını kötüye kullanan kimseden ilke olarak ileri sürdüğü

(31) Daha fazla bilgi için bk. **Akipek:** age., **Saymen, F.H.:** Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi, İHF. Mec. dan ayrı bası, İstanbul 1959.

hak esirgenecektir. Yargıtay genel mahiyetteki bu yaptırıma dayanarak bir derneğin, hakkını kötüye kullanarak dernekten çıkardığı (ihraç ettiği) üyeye bu karara karşı itiraz davası açma hakkını tanımıştır[32].

Hakkını kötüye kullanan kimse eğer *davalı durumunda* ise, davacının iddiasının zamanaşımına uğradığına, hak düşümü sebebiyle ortadan kalktığına, şekil eksikliği dolayısıyla geçersiz (hükümsüz) olduğuna ilişkin def'i ve itirazları dikkate alınmayacaktır. Zamanaşımı süresi içerisinde tutum ve davranışıyla dava açılmasını önleyen davalının, sonradan dava açılınca zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanımının tipik bir örneğidir[33]. Aynı şekilde, evlilik dışı bir çocuğun tanınacağına dair davacıda dürüstlük kurallarına aykırı olarak uyandırılmış olan güven sebebiyle zamanında açılmayan bir babalık davasında davalının, dava hakkının düşmüş olduğu yolundaki itirazı dikkate alınmaz. Ya da bir hukukî işlemin aranılan şekle uyularak yapılmamasına kendi davranışıyla sebebiyet veren davalının, sonradan şekil noksanına dayanarak bu işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi ve işlemin iptali isteminde bulunması, hakkın kötüye kullanımı mahiyetinde olduğundan kabul edilemez ve şekle uygun olmamasına karşın bu işlem geçerliymiş gibi hüküm ve sonuçlar doğurur[34].

Hakkını kötüye kullanan kimsenin *davacı olması durumunda* ise, hakkını dürüstlük kurallarına aykırı kullanmış olması, davasının reddi için bir sebep oluşturur. Örneğin "şekle uygun olmamasına rağmen (karşın) bir akit (sözleşme) tamamen icra edildikten (yerine getirildikten) sonra şekil noksanı sebebiyle iptalini istemek, hakkın suiistimalini teşkil edeceğinden (kötüye kullanımını oluşturacağından)" davacının hükümsüzlük iddiası kabul edilmeyecektir[35]. Bir taşınmazın boşaltılmasını (tahliyesini) sağlamak maksadıyla ihtiyacın bizzat davacı tarafından yaratılması da dürüstlük kurallarına aykırıdır; bu sebeple de böyle bir davanın reddi gerekir[36]. Bir taşınmazın salt boşaltılmasını sağlamak maksadıyla satın alınması hâlinde, yeni malikin açacağı boşaltma (tahliye) davası reddedilir[37].

---

(32) Yg. Içt. Bir. Kar. 20.9.1956, 4/10, **Olgaç, S.:** age., sh.18.

(33) JdT 1964, 151.

(34) Bu konuda bk. **Akipek (Güral), J.:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953, sh.138 vd.; JdT 1943, 70; JdT 1946, 386, JdT 1961, 211; JdT 1962, 301.

(35) 1. HD. 14.12.1957, Ad. Der. 1958, S.3-4, sh.275, JdT 1961, 211'e de bakınız.

(36) TD. 17.8.1957, 1733/3504, **Olgaç, S**.: age., sh.21; HGK. 8.3.1958, 3/297-18, ibid.

(37) 3.HD. 4.7.1954, 4097, **Olgaç,S.:** age., sh.22.

Diğer taraftan, MK. m.730 (ÖMK. m.656) da düzenlenmiş bulunan tazminat, eski hâle getirme ve tehlikenin önlenmesi davaları, özel bir yaptırımı bulunmayan bütün kötüye kullanım hâllerine de uygulanabilecek genel bir yaptırım niteliğindedir[38]. Meğerki bunların uygulanması olayın mahiyetine uygun düşmesin. Nitekim ancak bu davalarladır ki, hakkın kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağına ilişkin MK. m.2/II hükmünün pratik bir değeri olabilir. Çünkü çoğu zaman hakkını kötüye kullanmış olan kimse ulaşmak istediği amacı zaten elde etmiş olmaktadır. Örneğin uygun olmayan bir zamanda vekâlet sözleşmesine son veren vekil veya vekâlet veren (müvekkil) (BK. m. 512); belirsiz süreyle yapılmış olan bir hizmet sözleşmesini kötü niyetle fesheden işveren veya işçi (BK. m. 435, 437)[39] istediğini elde etmiş durumdadırlar. Bu ve buna benzer hâllerde hakkın kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı hakkındaki genel yaptırımın uygulanmasına imkân yoktur. Bu durumda ancak karşı tarafın uğramış olduğu zararın giderilmesi (tazmini), hakkın kötüye kullanımının etkili bir yaptırımı olabilir. Zira ancak başkasına zarar veren ve kanunun amacına aykırı olan bu sonucun ortadan kaldırılmasıyladır ki, hakkın kötüye kullanımı gerçekten hukuk düzenince korunmamış olur.

III- HÂKİMİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANIMINI KENDİLİĞİNDEN DİKKATE ALMASI

Hakkın kötüye kullanımının kendiliğinden (resen) dikkate alınıp alınmayacağı konusu tartışmalıdır. Hakların dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılmasının etkin bir surette sağlanabilmesi, ancak hâkimin bunu kendiliğinden dikkate almasıyla mümkün olabilir. Bu itibarladır ki, hâl ve şartlardan bir hakkın doğruluk, dürüstlük, ahlâk ve karşılıklı güven kurallarına uygun olarak kullanılmamış olduğunu veya amacından saptırılmış bulunduğunu anlayan hâkim, taraflarca bu yolda bir iddiada bulunulmamış olsa dahi, bunu dikkate almalıdır[40]. Diğer bir deyişle, hakkın kötüye kullanılmış olduğunu anlayan hâkimin, bu durumun karşı tarafça def'i yoluyla ileri sürülmesini beklemesi ve böyle bir def'i ileri sürülmediği için davayı hakkını kötüye kullanan lehine karara bağlaması, MK. m.2/II hükmünün özüne (ruhuna) aykırı olacağı gibi, hakkın kötüye kullananlara hiç de lâyık olmadıkları bir prim verme anlamına gelir.

---

(38) **Tuor**: age., sh.47 vd.; **Saymen, F.H.:** age., sh.318 vd.

(39) JdT 1943, 504; **Saymen, F.H.:** age., sh.323.

(40) HGK. 17.1.1951, 1/274-151, **Olgaç, S.:** age., sh.21; JdT 1962, 300.

Beşinci Bölüm
İSPAT YÜKÜ

§ 1. GENEL OLARAK

İster doğrudan doğruya kanundan ister herhangi bir hukukî ilişkiden doğmuş olsun haklar, sahiplerine hukuken korunan birtakım yetki ve menfaatler sağlarlar. Böylece her hak, sahibine tanıdığı çeşitli yetki ve menfaatlerin tümünden oluşur. Bu çeşitli yetkilerin en önemlileri, hakkın içeriğinde mevcut bulunan istem (talep) ve d a v a hakkıdır.

***İstem hakkı**, hukukî ilişkinin içeriğini oluşturan edimin yerine getirilmesini isteme yetkisidir.* Günümüzde istem hakkını içermeyen bir hakkın varlığı düşünülemez. Hak sahibinin istemine karşın borçlu yine de edimini yerine getirmezse ne olur? Modern hukuk sistemlerinde kendiliğinden hak alma (ihkakı hak) pek ender hâllerde kabul edilir. Bu istisnalar dışında kişilerin bizzat hak alma yetkileri yoktur. Zira kural olarak her hak, sahibine aynı zamanda dava hakkı da verir.

***Dava hakkı,** borçluyu devlet eliyle edimini yerine getirmeye zorlama yetkisidir.* Diğer bir deyişle dava hakkı, istem hakkını devletin organları önünde ileri sürme ve onlar vasıtasıyla yerine getirtilmesini isteme yetkisidir. Dava hakkı vermeyen haklar, zamanaşımına uğramış haklar (BK. m. 133 vd.) ile kumar ve bahisten (BK. m. 604) ve evlenme simsarlığından (BK. m. 524) doğan alacak haklarıdır. Nitekim m.*524 "Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılamaz ve takip yapılamaz"* hükmünü içermektedirler. Bunların devletin organları vasıtasıyla zorla yerine getirtilmeleri mümkün olmadığından, hukuk doktrininde bunlara *"doğal borçlar"* ya da *"eksik borçlar"* denir.

Hukuk düzeni tarafından kişilere tanınmış olan hakların pratik bir değere sahip olabilmesi, ancak bu haklara başkalarınca saygı gösterilmesini (riayet edilmesini) istemek ve gerekli saygı gösterilmediği takdirde

bunu devletin organı olan mahkemeler eliyle zorla sağlamak suretiyle mümkün olabilir. Yoksa gerektiğinde devlet eliyle yerine getirtilemeyecek bir hakkın, mevcut olmayan bir haktan hiç de farkı yoktur.

Haklara saygı gösterilmemiş olmasından veya borcun yerine getirilmemiş bulunmasından dolayı kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkların sonuca bağlanması, böyle bir hakkın veya borcun varlığının ispat edilmiş olup olmamasına bağlıdır. Hakkın varlığı veya yokluğuna ilişkin anlaşmazlık karşılıklı rızayla çözümlenemediği takdirde, iş bir davanın açılması, yani hakkın devlet organlarının önünde ileri sürülmesi sonucuna götürür. Hak sahibi olduğunu iddia eden kimse, bu hakkın tanıttırılmasını veya yerine getirtilmesini devletten ister.

İlke olarak her davada mutlaka i k i t a r a f vardır. Bunlardan biri, hakkının çiğnenmesinin önlenmesini veya hakkının tanınmasını yahut hakkının yerine getirtilmesini isteyen kimse, yani d a v a c ı, diğeri ise, davacının iddia ettiği gibi bir hakkının bulunduğuna itiraz eden kimse, yani d a v a l ı dır. O hâlde davacı, birtakım iddialarda, bazı istemlerde bulunan kişi; davalı (dava olunan) ise, bu iddiaların söz konusu olmadığını ileri sürerek daha çok savunmada bulunan kişi durumundadır.

Taraflardan her biri mahkemede kendisinin haklı olduğunu göstermek üzere birtakım olgular veya olaylar ileri sürer. Bunlara yargılama (usul) hukuku dilinde iddia (sav) denir. **İddia** veya bazen **müddea**, çekişme hâlinde bulunan tarafların haklarının esasını, dayanağını oluşturan olgulardır (vakıalardır). Örneğin 2000 liralık alacağının ödenmesi istemiyle dava açan davacı, bu paranın tüketim ödüncü (karz) veya kira sözleşmesinden doğmuş olduğunu söylerse, davalı ile aralarında bu hakkının dayandığı bir tüketim ödüncü (karz) veya kira sözleşmesinin bulunduğunu iddia ediyor demektir.

Bir davada davacı, bir hakkın varlığını; davalı ise böyle bir hakkın mevcut olmadığını ileri sürer. Böylece birbirine karşıt (zıt) iki iddia karşısında kalan hâkim, bunlardan hangisinin doğru, yani hangi tarafın haklı olduğu sonucuna nasıl varacaktır?

Önüne çekişmeli bir konu gelmiş olan hâkim, ya davayı kabul etmek suretiyle davacının iddia ettiği hakkın varlığını ya da davayı reddetmek suretiyle davalının haklı olduğunu kabul edecektir. Çünkü hâkim, davayı şu veya bu şekilde mutlaka bir sonuca bağlamak zorundadır. O hâlde hâkimin, ilk önce bu karşıt iddialardan hangisinin doğru ve gerçeğe uydu-

ğu hususunda bir kanaate sahip olması gerekir. Karşılık iddialarda bulunan taraflar, hâkimi iddialarının doğruluğuna inandırmalıdırlar. Bu ise, iddiaların taraflarca **i s p a t e d i l m i ş** olmasını gerekli kılar.

Taraflar, iddialarının doğruluğu hakkında hâkime kanaat vermek, haklarının dayanağı olduğunu iddia ettikleri olguların varlığını ve doğruluğunu göstermek maksadıyla kanıt getirirler. **K a n ı t** (delil, beyyine), iddia olunan hakkın dayandığı olguların doğruluğuna hâkimi inandırmak, onu ikna etmek üzere taraflarca başvurulan araçlardır.

Taraflarca iddiaların doğruluğunu ispat maksadıyla getirilecek olan araçlar, yani kanıtlar nelerdir, bunlar nasıl ileri sürülür ve incelenir, bunların doğruluğu veya sahteliği nasıl anlaşılır, hâkim bunlara dayanarak nasıl karar verir? Bütün bu konular bir yargılama (usul) hukuku sorunu, bir şeklî hukuk[1] konusudur. Bu bakımdan bizim konumuzun dışında kalır. Bu sorunlar şekli hukukun kaynağı olan 6100 sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 187 vd. maddelerinde *"İspat ve Deliller"* başlığı altında ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Şekli hukuk konuları hakkında ender olmakla beraber Medenî Kanunda da birtakım istisnaî hükümler vardır. Bunların başında boşanmalardaki yargılama usulünü düzenleyen 184 üncü madde hükmü gelir.

Şeklî hukuk ile maddî hukuk niteliğindeki medenî hukuk arasında büyük bir ilişki vardır. Zira bir davada tarafların karşılıklı olarak ileri sürdükleri iddiaların ispat edilmiş olup olmaması, hakkın kazanılması veya kaybedilmesi üzerine önemli derecede etki yapar. O hâlde, bir hakkın varlığının veya yokluğunun belirlenmesi, sonuçta bir hakkın varlığını göstermek üzere ileri sürülmüş bulunan olguların ispat edilmiş olup olmamasına bağlıdır.

Medenî Kanun hakların varlığı üzerinde önemli etkileri görülecek bir sorunu bu sebeple düzenlemek zorunluluğunu duymuştur. Bu sorun, davada taraf olanların haklarına dayanak olarak ileri sürdükleri olguların

---

(1) Kişilere birtakım yetkiler, yani haklar tanıyan, hakların türlerini, içeriklerini, kazanma ve ortadan kalkış şekillerini düzenleyen hukuka **"maddî hukuk"** denir. Medenî hukuk tarafından düzenlenen hakların anlaşmazlık hâlinde nasıl tanıttırılabileceğini, hakların dava yoluyla nasıl ve ne suretle alınacağını, davalara hangi mahkemelerce ve nasıl bakılacağını, hakların ispat şekillerini ve ispat araçlarının (kanıtların) nelerden ibaret bulunduğunu, mahkemelerin nasıl karar vereceğini ve verilmiş olan kararların nasıl yürütüleceğini de **"şeklî hukuk"** düzenler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu şeklî hukukla ilgili kanunlardır.

ispatının k i m e d ü ş e c e ğ i sorunudur. Taraflarca ileri sürülen iddiaların doğruluğu hakkında hâkime kanaat verebilmek için, bu olguların gerçekten var olduğunu göstermek üzere taraflardan hangisi kanıt getirmek zorundadır?

Bu konu, esas itibariyle şeklî hukuk konusudur. Fakat İsviçre'de federal bir hukuk usulü kanununun bulunmaması sebebiyle, Medenî Kanun'un bütün İsviçre'de birörnek (yeknesak) bir biçimde uygulanmasını sağlama arzusu, ispat yükü sorununun Medenî Kanunla düzenlenmesi zorunlu kılmıştır.

§ 2. İSPAT YÜKÜ KAVRAMI VE İÇERİĞİ

İddia olunan bir hakkın dayanağı olarak birtakım olguların ileri sürülmesi yeterli değildir. Ayrıca hâkime bunların doğru ve mevcut oldukları hakkında bir kanaat vermek de gereklidir. İddiaya dayanak yapılan olguların doğruluğu karşı tarafça kabul olunmazsa, bunların ispat edilmesi zorunlu olur; doğru olduklarının yasal kanıtlara dayanılarak ortaya konulması gerekir[(2)].

Bir davada birbirine karşıt iddialarda bulunan taraflardan hangisine iddiasını ispat etmek için kanıt getirme yükü düşer? Bu sorunu Medenî Kanun'un 6 ncı maddesi çözümlemektedir. Gerçekten, sözü geçen madde, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlü olduklarını öngörür.

İspat yükünü, kanun tarafından iddiaların ispatı konusunda taraflara yükletilmiş bir borç mahiyetinde anlamamalıdır. Zira her borcun yerine getirilmemesinin bir yaptırımı, hem de olumlu (müspet) bir yaptırımı vardır. İspat yükü (beyyine külfeti) hakkındaki MK. m.6 hükmünün yaptırımı ise, tamamen olumsuz (menfi) mahiyettedir. Yani kanıt (delil) getirmek zorunda olan taraf kanıt getiremeyecek olursa, iddiasına ispat edilmemiş gözüyle bakılır ve hâkime hakkının dayanağı olan olguların varlığı ve doğruluğu hakkında kanaat vermemiş sayılır. Bu yüzden de iddia ettiği gibi bir hakkının mevcut olduğu anlaşılamadığından, davası reddedilir.

---

(2) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Umar, Bilge - Yılmaz, Ejder:** İspat Yükü, B. 2, İstanbul 1980; **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, B. 6, İstanbul 2001, sh.1972 vd.

O hâlde ispat yükünün yerine getirilmemesinin sonucu, iddianın geçerli olmaması, iddia olunduğu gibi bir hakkın varlığının anlaşılamamış olmasıdır. Bu da sonuç olarak, iddia edildiği gibi böyle bir hakkın fiilen mevcut olmaması demektir. Zira ispat edilememiş olan bir hak, mevcut olmayan bir hak demektir. Bu itibarladır ki, ispat yükümlülüğü (mükellefiyeti) yerine *"ispat yükü"* veya *"beyyine külfeti"* demek daha doğru olur. Nitekim Medenî Kanun'umuz da 6 ncı maddenin kenar başlığında "ispat yükü" terimini kullanmıştır. Biz de aynı anlama gelmek üzere bu terimi kullanıyoruz.

İspat yükü kavramının içeriğini birbirinden farklı iki konu oluşturur. Başka bir ifadeyle, ispat yükü kavramı altında şu i k i sorun söz konusu olur:

1) Gerçek ve teknik anlamda ispat yükü kime düşer, yani iddiasını ispat etmek üzere taraflardan hangisi kanıt getirmelidir? Başka bir deyişle, Medenî Kanun tarafından kanıt getirme yükü taraflar arasında nasıl dağıtılmış ve paylaştırılmıştır?

2) Kanıt getirme yükü kendisine düşen taraf neleri ispat etmekle yükümlüdür? Yani ispat edilecek hususlar nelerdir: Hukuk kuralları mı, yoksa maddî ve fiilî olgular mı?

Medenî Kanun; 6 ncı maddesinde *"kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür"* demek suretiyle aynı anda her iki soruya da değinerek ikisini de cevaplamıştır. Bu konuda Önceki MK. m.6 hükmü, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun bu maddeyi karşılayan 8 inci maddesi hükmü kadar açık değildi. Yeni Medenî Kanun maddeyi İsviçre örneğine uygun biçimde yeniden düzenleyerek istenen açıklığı sağlamıştır.

Biz şimdi sırasıyla ispat yükünün içeriğini oluşturan bu iki sorun üzerinde duracağız.

§ 3. İSPAT YÜKÜNÜN DAĞILIŞ VE PAYLAŞIM BİÇİMİ

I- İLKE: TARAFLARIN İDDİALARINI İSPATLA YÜKÜMLÜ OLMASI

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ilke olarak taraflardan her biri, iddiasına veya savunmasına dayanak yaptığı olguların varlığı ve doğruluğu hakkında kanıt getirmek zorundadır. Davacı, davasının doğruluğunu ispat edecektir. Davalı da savunmasının haklı olduğunu göstermek amacıyla ileri sürdüğü olgular hakkında kanıt getirecektir. Taraflardan

herhangi biri bunu yapmaması, ileri sürülen hakkın varlığının veya yokluğunun ispat edilemediğini göstereceğinden, iddia veya savunmanın reddi sonucunu doğuracaktır. Örneğin davalıdan 1500 lira alacağı olduğunu iddia eden davacı, bu alacağının dayanağı olan alacak hakkının varlığını ispat edecektir. Bu da dava konusu alacağı doğuran olgunun ispat edilmesi suretiyle olur. 1500 liralık meblağı manevî tazminat olarak isteyen davacı, manevi tazminatın haksız fiilden mi, yoksa boşanmadan veya nişanın haklı bir sebep olmaksızın bozulmasından mı doğmuş olduğunu iddia ederek haksız fiil, boşanma ve nişanın bozulması sonucunda manen büyük bir elem ve üzüntü duyduğunu ispat etmek üzere kanıt getirmek durumundadır. Davacı, 1500 liralık alacağının tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinden doğduğunu iddia ediyorsa, bu sözleşmenin varlığını ispat etmek zorundadır.

Görüldüğü gibi, davanın ilk aşamalarında davacının aktif bir durumu vardır. Çünkü davayı açmak suretiyle harekete ilk geçen ve bir hak iddia eden taraf, davacıdır. Bu sebeple de iddia ettiği hakkını doğuran olguları ispat etmek, kendisine düşer.

Davalı, ilk anlarda daha çok pasif bir durum takınır; yani kendisini savunma durumundadır. Ancak davacının, iddia ettiği hakkını dayandırdığı olguları ispat etmesinden sonradır ki davalı, daha aktif bir duruma girerek davacının iddia ve hatta ispat ettiği gibi bir hakkının varlığının kabul edilemeyeceğini veya bu hakkını dava yoluyla isteme yetkisinin bulunmadığını savunma olarak ileri sürer. Bu takdirde davalı da artık bir iddiada bulunan kimse durumuna girer, dolayısıyla da savunmasına dayanak olarak ileri sürmüş olduğu olguların varlığını ve doğruluğunu ispat etmek de kendisine düşer.

II- DAVA KARŞISINDA SAVUNMA

Açılan bir davada davalı durumunda bulunan taraf kendisini aşağıdaki şekillerde savunabilir:

A) DAVACININ İDDİALARINI İNKÂR ETME

Dava açılırken dava dilekçesinde, davaya dayanak olan ve davanın esasını oluşturan olguların, yani iddiaların gösterilmesi ve mahkemeye bildirilmesi şarttır. Davalı için en kolay yol, davanın dayanağını oluşturan bu olguların doğru olmadığını ileri sürmek, yani onları inkâr etmektir[3],

(3) **Schwarz, A.B.**: Medenî Hukuka Başlangıç, İstanbul 1942, sh.165.

Örneğin "ben davacının iddia ettiği gibi bir haksız fiil işlemedim veya boşanma sebebinin doğumunda bana yükletilebilecek bir kusur yoktur yahut davacıdan iddia ettiği gibi 1500 lira borç almadım" der.

İnkâr eden davalı, savunmasına dayanak olarak birtakım olgular ileri sürmediğinden, bu aşamada ispat edeceği bir şey de yoktur. İddiada bulunan davacı olduğuna göre, iddiasını ispatla yükümlü olan da kendisidir. Davacı iddiasını ispat etmek üzere kanıt getirmez veya getirdiği kanıtlar hâkime iddiasının doğruluğu hakkında yeterli derecede kanaat vermezse, davası reddedilir.

B) DAVACININ İDDİASININ SONUCUNU KABUL ETME

Kabul, davacının iddia ettiği gibi bir hakkının var olduğunun davalı tarafından mahkeme önünde yapılan bir açıklamayla tanınmasıdır[4]. Kabul durumunda artık ortada çekişmeli bir konu kalmamış olacağından, davacı hak kazanmış olur, yani dava onun lehine sonuçlanır (HMK.m. 308).

C) DAVACININ İLERİ SÜRDÜĞÜ OLGULARIN DOĞRULUĞUNU İKRAR ETME

İkrar, davalının mahkemede "kendi aleyhine ileri sürülen olguların doğru ve gerçek olduğuna dair yaptığı açıklamadır"[5]. Davalı, davacının iddiasına dayanak olarak ileri sürmüş olduğu bütün olguları ikrar edebileceği gibi, bunlardan sadece bazılarının doğru ve gerçek olduğunu da söyleyebilir. İkrarla davada sadece ileri sürülen bazı olguların doğruluğu ve gerçekliği açıklandığından, kabulde olduğu gibi dava sonuçlanmış olmaz. Zaten davalı, ikrarına karşın varlığını kabul ettiği olgulardan davacının iddia ettiği sonuçların çıkmayacağını da ileri sürmek suretiyle davanın reddini isteyebilir.

İkrar eden davalı, yeni birtakım olguları ileri sürerek savunmada bulunmadığından, ortada ispat edilecek bir husus kalmaz. Davacının ileri sürdüğü olguların doğruluğu ve gerçekliği bu suretle ispatlanmış olur. Fakat davalı, ikrar ettiği olguların doğumundan sonra meydana gelen bazı olayları, yaptığı ikrarına ekleyerek bunların mevcut hukukî ilişkiyi ortadan

---

(4) **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1957, sh.176; **Kuru, B.**: age., C. II, sh.1759; **Bilge, Necip:** Medenî Yargılama Usulü, Ankara 1965, sh.269 vd.

(5) **Ansay, S.Ş.**: age., sh.250. Ayrıca bk. **Kuru, B.**: age., C.II, sh.2037.

kaldırdığını ileri sürebilir. Örneğin "davacının iddia ettiği 1500 lirayı borç aldım, fakat borcumu ödedim" der. Bu takdirde ispat yükünün kime düşeceği sorunu söz konusu olur. Bu husus tartışmalı olmakla beraber, kural olarak ikrarına eklediği olguları davalının ispat etmesi gerekir[6].

D) İTİRAZDA BULUNMA

İtiraz (Einwendung), davacının iddia ettiği gibi bir hakkın geçerli şekilde doğmamış olduğunu ya da hâlen ortadan kalkmış bulunduğunu göstermek üzere birtakım karşı olgular ileri sürmektir. Bu hâlde davalı, davacının iddiasının dayanağını oluşturan olguların doğru olmadığını göstermek maksadıyla birtakım olguları ileri sürerek kendisini savunur[7]. İtirazda bulunan davalı, karşı iddialar ileri sürmüş olur. Bu iddiaları ispat etmek üzere kanıt getirme yükü de MK. m.6 uyarınca kendisine düşer. Davalının, örneğin karz (tüketim ödüncü) sözleşmesi yapılırken kendisinin ayırt etme gücünden yoksun bulunduğunu veya davacının iddiasına dayanak yaptığı kefalet sözleşmesinin BK. m. 583 hükmünde öngörülen yazılı şekilde yapılmamış olduğunu söyleyerek kendisini savunması, itirazda bulunmaya iki güzel örnek oluşturur. Çünkü davalı, kendisinin ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu veya şekle uyulmamış olduğu olgusunu ileri sürmekle, her iki hâlde de davacının iddia ettiği hakkın geçerli surette doğmamış olduğunu göstermeye çalışmaktadır; bu olguları ispat ederse, davayı reddettirmeyi başarmış olur.

E) DEF'İ İLERİ SÜRME

Def'i (Einrede), "davalının borçlu olduğu edimi özel bir sebebe dayanarak ifa etmekten kaçınmasına imkân veren bir savunma yoludur"[8].

Def'i ileri sürmek, davacının henüz istem hakkına sahip olmadığını veya istem hakkının ortadan kalkmış bulunduğunu iddia etmek demektir.

---

(6) İkrarda ispat yükü sorunu usul hukukunun en tartışmalı ve karışık konularından biridir. Bu, ikrarın bölünüp bölünmeyeceği (tecezzi kabul edip etmeyeceği) sorunudur. Bu konularda geniş bilgi için bk. **Ansay, S.Ş.:** age., sh.250 vd.; **Postacıoğlu, İlhan:** Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1959, sh.361; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.2051 vd.; **Bilge, N.:** age., sh.379 vd.; 3.HD. 14.2.1961, 1470/1152.

(7) Bu hususta bk. **von Tuhr:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, sh.22. Eserin Türkçe çevirisi için bk. **Edege, Cevat:** Borçlar Hukuku, İstanbul 1952; **Schwarz, A.B.:** age., sh.165.

(8) **Oğuzman-Barlas:** age., sh.198. Ayrıca bk. **Kuru, B.:** age., C. II, sh.1761.

Davalı, def'i ileri sürmek suretiyle davacının istem hakkının mevcut olmaması dolayısıyla, kendisinin ifaya (borcunu yerine getirmeye) zorlanamayacağını göstermek ister. Def'i ileri süren davalı, davacının hakkının varlığını kabul etmiş, fakat buna karşılık kendisinin sahip bulunduğu bir hakkı ileri sürerek davacının bu hakkının henüz istenemeyeceğini veya bu hakkın istenebilir bir hak olmadığını yahut istem hakkının hâlen ortadan kalkmış bulunduğunu iddia etmiş olur.

Def'ilere örnek olarak, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ödemezlik def'i,[9] kefalette tartışma def'i ve taksim def'i[10] ile genel anlamda zamanaşımı def'i verilebilir.

İtirazdan farklı olarak def ide istem hakkı ortadan kalkmış veya henüz doğmamış olmakla birlikte istem hakkını doğuran asıl hak geçerli bir şekilde meydana gelmiştir ve geçerli bir şekilde hâlen de mevcuttur. Bu sebepledir ki, ***davalı tarafından ileri sürülmüş olmadıkça hâkim, def'iyi kendiliğinden dikkate alamaz.***

İstem hakkını ortadan kaldıran def'inin en önemlisi, zamanaşımı def'idir. Borçlar Kanunu'nun 146 ıncı maddesi uyarınca bütün haklar doğumlarından itibaren belli bir sürenin (genel olarak on yılın) geçmesinden sonra istenemez ve dava edilemezler.

Def'ide bulunan davalı bu suretle bir karşı iddia, bir hak ileri sürmüş olur. Bu sebeple, karşı iddiasını dayandırdığı olguları ispat etmek de kendisine düşer. Örneğin davacının istem hakkının zamanaşımına uğramış olduğunu def'i yoluyla ileri süren davalının, def'ini dayandırdığı olguyu, yani kanunun bu konuda belirlemiş olduğu sürenin hâlen geçmiş bulunduğunu ispat etmesi gerekir.

Medenî Kanun'un 6 ncı maddesindeki ilkeye göre, d a v a c ı, davasının (iddiasının) dayanağını oluşturan olguları; **d a v a l ı,** ***def'i veya itirazının (savunmasının) dayandığı olguları ispat etmek zorundadır.*** Def'i veya itirazını dayandırdığı olguları ispat edemeyen davalı karşısında,

---

(9) ***Ödemezlik defi,*** iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin kendi edimini yerine getirmeden veya yerine getirmeyi karşı tarafa teklif etmeden ondan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği demektir (BK. m.97).

(10) ***Tartışma defi,*** adî kefalette kefilin önce asıl borçluyu takip etmeden doğrudan doğruya kefile başvuramayacağı demektir (BK. m.585). ***Taksim defi,*** adî birlikte kefalette kefillerden her birinin ancak kendi payından sorumlu olduğunun ileri sürülmesi demektir (BK. m.587).

davayı iddiasını dayandırdığı olguları ispat etmiş olan davacı kazanır. Söz konusu 6 ncı madde kanıt (delil) getirme yükünün kime düştüğü konusunda çok genel mahiyette bir ilke koyar, yani bazı direktifler verir. Maddeyi her somut olayın özelliklerine uydurabilmek için bazen yorumlamak, bazen ilkenin sınırlamasına gitmek, bazen de ilkeye istisnalar getirmek gerekebilir. Bu bakımdan hâkim, çoğu zaman dürüstlük kurallarından yararlanmak ve takdir yetkisini kullanmak zorunda kalacaktır. Zaten MK. m.6 hükmü bu ilkenin mutlak olmadığını "kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça" demek suretiyle göstermiştir.

III- TARAFLARIN İDDİALARINI İSPATLA YÜKÜMLÜ OLMASI İLKESİNİN İSTİSNALARI

Bir davada *"taraflardan her biri iddia veya savunmasına dayanak olarak ileri sürdüğü olguları ispat etmekle yükümlüdür"* ilkesi, her somut olayda, olduğu gibi uygulanamaz. Bu ilkenin bazen dürüstlük kurallarından ve hakkaniyet esaslarından, bazen de doğrudan doğruya kanundan doğan istisnaları vardır. Bu gibi istisnaların varolması hâlinde, normal *ispat yükü ilkesi tersine çevrilir.* Bu hâllerde ispat yükünün düzenlenmesinde bir değişiklik meydana gelir; artık iddiasının veya savunmasının esasını oluşturan olguların varlığını veya gerçekliğini ispat etmek, bunları ileri sürmüş olan tarafa düşmez, tam aksine karşı taraf bu iddia veya savunmanın söz konusu olamayacağını ispat etmek durumunda kalır.

A) DÜRÜSTLÜK KURALLARINDAN DOĞAN İSTİSNALAR

Taraflardan her birinin iddiasını ispatla yükümlü olduğu ilkesinin en önemli istisnasını, dürüstlük kuralları yaratır. Herkes haklarını doğruluk, dürüstlük ve karşılıklı güven kurallarına uygun olarak kullanmalıdır. Bu kurallar, iddiasını ispat etme bakımından güç durumda bulunan tarafa, anlaşmazlık konusu olan olayın aydınlatılması bakımından karşı tarafın da yardımda bulunmasını gerektirir. Bu sebepledir ki, *kanıtları taraflardan hangisi daha kolaylıkla getirebilecek durumda ise,* ispat yükü kural olarak ona düşer. Örneğin anlaşmazlık konusu olan sorunu aydınlatacak mahiyetteki bazı belgeleri elinde bulunduran taraftan, bunları mahkemeye ibraz etmesi (sunması) istenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219 uncu maddesinden böyle bir anlam çıkar.

B) HAKKANİYET ESASLARININ GEREKTİRDİĞİ İSTİSNALAR

Medenî Kanun'un 6 ncı maddesindeki ilkeye göre, kural olarak iddiasını (davasını) ispat etmek davacıya, def'i veya itirazını (savunmasını) ispat etmek de davalıya düşer. İlk bakışta çok yalın gibi görünen bu ilke, bazı somut hâllerde ispat yükünün taraflardan hangisine düşeceğini belirlemeye yeterli olmaz. Zira bazen iddia veya savunmaya dayanak yapılan olgular birbirine girift ve karışık bir mahiyet taşıyabilir. Örneğin iddiasını bir kefalet sözleşmesine dayandıran davacıya, kefalet sözleşmesinin geçerli bir surette doğmuş olduğunu ispat etme yükü de düşecek midir? Veya karz (tüketim ödüncü) sözleşmesine dayanılarak 500 liralık alacağın dava edilmesi hâlinde, böyle bir sözleşmenin varlığını kabul eden, fakat bunun şarta bağlı olduğunu savunma olarak ileri süren davalının karşısında, sözleşmenin şarta bağlı olmadığının ispatı davacıya mı düşecektir?

Bu durumlarda hakkaniyet esaslarından yararlanmak gerekir. Bu esaslar, ***ispat yükünün bir hakkın varlığını alışılmış (mutat) ve normal sayılan olgulara dayanarak ileri süren tarafa düşmemesini haklı gösterir.*** Buna karşılık, ***alışılmış ve normal olan bir durumun aksini iddia edene, bunu ispat etme yükü düşer.*** Bir olgunun alışılmış veya normal olup olmadığı ise, hayat deneyimlerine ve iş ilişkilerindeki esaslara göre belirlenir. Örneğin kefalet sözleşmelerinin şekle uygun olarak yapılması alışılmış ve normal olduğundan, davacı şekil şartına uyulmuş olduğunu ispat edecek değildir; uyulmamış olduğunu davalı ispat edecektir. Aynı şekilde, tüketim ödüncü (karz) sözleşmelerinin şarta bağlı olması istisnaî bir durum olduğundan, şartın varlığını ispat etmek de davalıya düşecektir[(11)].

Bazı hâllerde belli bir olgunun olayda mevcut olduğunu ispat etmek dahi güç olabilir. Bunu dikkate alan kanun koyucu, hakkaniyet esaslarından hareket ederek bazı yerlerde ispat külfetini tersine çevirmiştir. Bu durumlarda ispatı güç olan belli bir olgunun varlığı hususunda kanıt getirmek, bunu iddia edene düşmez; karşı taraf bu olgunun olayda mevcut olmadığını ispat etme durumunda kalır. Bu durum, özellikle içe dönük, derunî olan olguların ispat edilmesinde kendini gösterir. Bunun içindir ki, örneğin sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden (kötü ifadan) doğan tazminat istemlerinde, borçlunun kusurunu ispat, davacıya düşmez.

---

(11) **Postacıoğlu, İ.:** age., sh.356; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.1989; **Schwarz, A.B.:** age., sh.157; **Egger-Çernis:** Şahsın Hukuku, sh.131; 2. HD. 17.12.1943, 3606/5171, **Olgaç, S.:** age., sh. 36.

Tam tersine kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini davalı ispat edecektir (BK. m. 112). Fakat haksız fiillerde durum tamamen aksinedir, yani davalı durumundaki failin kusurunu, zarara uğramış olan davacının ispat etmesi gerekecektir (BK. m. 49).

Aynı güçlük, olumsuz (menfi) bir olayın ispatının gerekli olduğu hâllerde de ortaya çıkar. Bu sebepledir ki, yukarıda sözü edilen ilkeler -ispat yükünün taraflardan birine yükletilmesi için özel bir sebep bulunmayan hâllerde- kural olarak olumsuz bir olayı iddia edenin değil, fakat olumlu bir olaya dayanarak iddiada ya da savunmada bulunan tarafın kanıt getirmesini haklı kılar(12). Nitekim MK. m.512/II hükmüne göre, mirasçılıktan çıkarmaya (ıskata) itiraz eden mirasçı, kendisinde çıkarma sebeplerinin bulunmadığını ispat edecek değildir. Tam aksine, çıkarma sebeplerinin varolduğu hakkında kanıt getirme yükü, bu çıkarmadan yararlanan ve davalı durumunda bulunan mirasçılara düşer.

Bazı öyle olgular söz konusu olabilir ki, bunların bütün kapsamıyla ispatı, imkânsız olmasa bile fevkalâde güç olabilir. Bu durumlarda kanun koyucu, hâkime hakkaniyet esaslarına dayanarak karar verme zorunluluğunu yüklemek suretiyle, iddiada bulunan tarafı kanıt getirmekten kurtarır. Bunun güzel bir örneğini Borçlar Kanunu'nun *"Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."* hükmünü içeren m. 50/II hükmünde buluruz.

İddiasını *maruf ve meşhur olan (herkesçe bilinen) olgulara dayandıran* taraf, bunların varlığın ispat etmek zorunda değildir. Bu da hakkaniyet esaslarının gerekli kıldığı bir istisnadır ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından da kabul edilmiştir. (HMK.m. 187/II). *Maruf ve meşhur olgular* ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ifadesi ile *herkesçe bilinen vakıalar*, genellikle öyle birtakım sosyal veya doğal olaylardır ki, bunların vuku bulmuş olduğu, vuku bulduğu yer ve zaman ciddî itirazlara yol açmadan geniş bir halk kitlesi tarafından bilinir veya bilindiği kabul edilir. Örneğin Cumhuriyetin ilânı, Türk Ordusunun İzmir'e girişi, İkinci Dünya Savaşının sona erişi, Atatürk'ün ebediyete göçüşü hep birer maruf ve meşhur olgu mahiyetindedirler. Bu itibarladır ki, örneğin 2000 yılında açılan bir davayla kendisinden ödenmesi istenen 250 liralık parayı, davacıdan Cumhuriyetin

(12) **Bilge, N.:** age., sh.369. Ayrıca **Kummer, Max:** Berner Kommentar, m. 8, Nr.194 vd.

50.Yıldönümünün kutlandığı günde ödünç olarak almış olduğunu ileri sürerek zamanaşımı def'inde bulunan davalı, 50.Yıldönümünün 29 Ekim 1973 tarihine rastladığını ispat etmek zorunda olmayacaktır.

Hangi olaylara böyle bir mahiyet verilebileceğini ve buna dayanan tarafın bu olayları ispat etmekle yükümlü olup olmadığını, hâkim takdir edecektir. Aynı şekilde, meşhur olgular gibi genel deneyime (tecrübeye) dayanan olguların da ispatına lüzum yoktur[13]. Zira bunlar çekişmeli sayılmaz (HMK. m. 187/II).

C) TARAFLARDAN BİRİ LEHİNE KANUNÎ KARİNENİN BULUNMASI

Karine, kanunen mevcut ve bilinmekte olduğu kabul edilen belirli bir olaydan veya olgudan bilinmeyen bir olayın veya olgunun varlığı (mevcudiyeti) hakkında çıkarılan sonuçtur. Başka bir deyişle karine, bilinen ve mevcut olaylara dayanarak bilinmeyen bir olayın varlığının ve gerçekliğinin kanun tarafından farz ve kabul edilmesi anlamına gelir. Karineler, mevcut ve bilinen bir olaydan, bilinmeyen bir olayın varlığı lehine olarak kanun veya hâkim tarafından çıkarılan sonuçlardır[14]. Bu tanımlardan, başlıca i k i türlü karine olduğu anlaşılır: 1) Hâkim tarafından bazı olguların mevcut ve bilinmekte olmasından dolayı bilinmeyen bazı olguların varlığı lehine çıkarılan sonuçlar, 2) Kanunî karineler.

• Kanunî Karineler

İspat yükünün karşı tarafa geçmesi, yani ters çevrilmesi bakımından önemli olan, sadece kanunî karinelerdir. Kanun, iddiasını belirli ve bilinen bir duruma dayanarak bilinmeyen bir olayın varlığının kuvvetle kabul edilmesini haklı gösteren olgulara dayandıran tarafı, bu iddiasını ispat yükünden kurtarır. Çünkü kanun, mevcut bu olay yardımıyla, bilinmeyen ve taraflardan birinin iddiasının dayanağını oluşturan olgunun varlığını bizzat kabul eder. Mevcut ve bilinen olgulardan kanunun çıkardığı gibi sonuçların çıkmayacağını, yani karinenin varlığı dolayısıyla iddiada bulunan tarafın lehine varlığı kabul edilen bilinmeyen olguların olayda bulunmadığını ispat etmek, bunu iddia edene düşer. Başka bir deyişle, mevcut ve bilinen olgulardan kanunun çıkardığı gibi sonuçların çıkmayacağını,

---

(13) **Ansay, S.Ş.:** age., sh.261; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.1968.

(14) FJS 1177, fiche de remplacement, 1957. Bu hususta ayrıca bk. **Kummer, M.:** age., m. 8, Nr.317 vd.

kanundaki karine dolayısıyla karşı taraf lehine olarak varlığı kanundan ötürü kabul edilen bazı olay ve olguların, somut olayda fiilen ve gerçekten bulunmadığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Çünkü kanunî karineler hâkimi bağlar. Bunu iddia eden taraf, karinenin aksini ispat etmelidir; teknik deyimle karineyi çürütmek için kanıt getirmek, karşı tarafa düşer.

1) Kanunî Karinenin Türleri

Karineler aksinin ispatı, yani çürütülmelerinin mümkün olup olmaması bakımından i k i gruba ayrılır:

a) Adî karineler: Aksi ispat edilebilen, yani çürütülmeleri mümkün olan karinelerdir.

b) Kesin Karineler: Aksi ispat edilemeyen, çürütülmeleri mümkün olmayan karinelerdir ki, bunlar aynı zamanda "kanunî fiksiyonlar" ya da "yasal varsayımlar" (praesumptio juris et de jure) olarak da isimlendirilirler. Nitekim bazı hukukçular kesin karinenin kabul edildiği yerlerde, bir kanunî fiksiyon, bir yasal varsayımın mevcudiyetinden söz ederler(15).

Hukukumuzdaki karinelerin büyük çoğunluğu, kesin bir hükmü olmayan adî karine türündendir. Kesin, yani çürütülmesi mümkün olmayan karineler yok denilecek kadar azdır. Bunlara örnek olarak tapu sicilindeki kayıtların herkesçe bilindiği hakkındaki karine (MK. m.1020); herkesin yeni bir yerleşim yeri kurmadıkça eskisini koruduğunun kabul olunacağı hakkındaki karine (MK. m.20); irade bozukluğunu öğrendikten sonra hükümsüzlüğü yasal süresi içinde ileri sürmemek suretiyle sözleşmenin onaylanmış olduğunu kabul eden karine (BK. m. 39) ile evlenmede irade bozukluğu hâlinde, öngörülen süre içinde nisbî butlana dayanarak iptal davası açmamanın, kurulmuş olan evliliği kabullenme anlamına geldiği sonucu çıkarılabilen karine (MK. m.152) gösterilebilir.

2) Kanunî Karinelerin Kabulünü Gerektiren Zorunluluk

Kanun koyucuyu, normal ispat yükü ile ilgili kuralları ortadan kaldıracak mahiyetteki karineleri kabule yönelten zorunluluklar çeşitlidir. Kanun koyucu;

a) Y a hayat deneyimlerinin daima bilinen ve belirli olan bir olgunun arkasında bilinmeyen ve ispatı gereken olgunun varlığını (mevcudiyetini)

(15) **Homberger:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1933, sh.17; **von Tuhr:** age., sh.143 vd.; **Kummer, M.:** age., m. 8, Nr.344 vd.

göstermiş olması esasından hareket eder, normal ve alışılmış (mutat) durumun da bu olduğu temeline dayanır. Hayattan edinilen bu deneyim dolayısıyla da bilinen ve belirli olan bu olguya dayanarak bir hak iddia edenin lehine çekişmeli olayın varlığını kabul eder, onu kanıt getirmekten kurtarır. Örneğin zilyetlikten doğan aynî veya şahsî (kişisel) hak karineleri böyle bir düşünceyle konulmuşlardır. Medenî Kanun'un 985 inci maddesi *"Taşınır zilyedi onun maliki sayılır"*; 986 ncı maddesi ise *'Taşınıra bir sınırlı aynî hak veya kişisel hak iddiasıyla zilyet bulunan kimsenin iddia ettiği hakkın varlığı karine olarak kabul edilir"* hükmünü içerir. Bu demektir ki, bir eşyayı ve özellikle bir taşınırı zilyetliğinde bulunduran kimsenin, taşınır üzerinde iddia ettiği gibi bir hakkı bulunduğu kanundan ötürü kabul edilir. Böylece de bu kimseden iddia ettiği gibi sınırlı aynî veya şahsî (kişisel) bir hakkının varlığını ispat etmesi istenemez. Çünkü hayat deneyimleri ve iş ilişkilerinden edinilen bilgiler göstermiştir ki, genellikle bir eşyanın zilyedi, o eşyayı kendisine zilyet olma yetkisini veren aynî veya şahsî (kişisel) bir hakka dayanmak suretiyle fiilî egemenlik alanında bulundurur. Medenî Kanun'un 285 inci maddesindeki *"babalık karinesi"* de aynı temele dayanır: *"Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası, kocadır."*

b) Y a d a bazı olguların ispatının son derece güç olduğunu dikkate alarak, belli olguların mevcut olmasından, ispatı son derece güç olan bu olguların varlığı sonucunu çıkarır. Örneğin aynı kazada ölenlerden hangisinin diğerinden daha önce ölmüş olduğunun belirlenmesi çok zordur. Bu sebepledir ki, kanun koyucu *"birlikte ölüm karinesini"* getirmiştir (MK. m.29/II). *"Babalık karinesi"* de aynı sebeple kabul edilmiştir. Evlilik dışı ilişkilerde ananın kritik dönemde, yani doğumdan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında doğal baba ile cinsel ilişkide bulunduğunun ispat edilmiş olması, ispatı çok güç olan diğer bir olgunun, yani davalının babalığının kabulü için yeterlidir (MK. m.302).

c) Bazı karinelerle ise, hukukî güven ve istikrar (devamlılık) sağlanmak istenmiştir, *"iyiniyet karinesi"* (MK.3), *"resmî sicil ve senetlerin doğruluğu hakkındaki karine"* (MK. m.7/I), *"paylı mülkiyet karinesi"* (MK. m.222, 245, 721) ile *"gecikmiş faizlerin asıl alacak ile birlikte temlik edilmiş (devredilmiş) olduğu karinesi"* (BK. m. 189/II ve BK. m. 195/III'deki karine hep bu zorunlulukların etkisiyle kabul olunmuşlardır.

3) Medenî Kanundaki Bazı Önemli Karineler

a) İyiniyet karinesi (MK. m.3): İyiniyetin herkeste var olduğu kabul olunarak iyiniyete dayanmak suretiyle bir hak kazandığını iddia eden kimsenin bu kazanımı (iktisabı) geçerli kabul olunur.

b) Resmi sicil ve senetlerin doğruluğu karinesi (MK. m.7): Resmî sicil ve senetlerin içeriklerinin aksi ispat edilinceye kadar doğru oldukları kabul edilir. Bunun içindir ki, resmî sicile dayanarak bir iddiada bulunan kimsenin bu iddiası gerçek olarak kabul edilir ve ondan ayrıca iddia ettiği husus hakkında kanıt getirmesi istenemez.

c) Ayırt etme gücü karinesi (MK. m.13): Ergin olan kişiler ayırt etme gücüne sahip sayılırlar, yani ergin olan kimseden ayrıca ayırt etme gücüne de sahip bulunduğunu ispat etmesi istenemez.

d) Birlikte ölüm karinesi (MK. m.29/II): Aynı olayda birden fazla kişiden hangisinin daha önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsinin aynı anda öldükleri kabul olunur. Özellikle miras hukuku bakımından önemli olan bu karine uyarınca, birlikte ölenler birbirlerinin mirasçısı olamazlar.

e) Ölüm karinesi (MK. m.31): Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan bir kimse, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.

f) Gaiplik karinesi (MK. m.32): Hakkında mahkemece gaiplik kararı verilmiş olan kimse ölmüş kabul edilir.

g) Babalık karinesi (MK. m.285): Evlilik devam ederken veya evliliğin ortadan kalkmasından itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

h) Paylı mülkiyet karinesi (MK. m.721): İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır.

ı) Mirasın reddi karinesi (MK. m.605): Ölümü tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır.

i) Mülkiyet karinesi (MK. m.985): Taşınır bir eşyanın zilyedi onun maliki sayılır.

j) Zilyetlikte hak karinesi (MK. m.985, 986): Bir taşınırı zilyetliğinde bulunduran kimsenin o taşınır üzerinde iddia ettiği hakka sahip bulunduğu kabul olunur.

k) Tapu kayıtlarının herkesçe bilindiği karinesi (MK. m.1020/II): Tapu sicillerindeki kayıtların herkes tarafından bilindiği kabul edilir.

l) Taksitlerin ödendiği karinesi (BK. m. 104): Taksitler hâlinde ödenecek bir borçta çekince (ihtirazı kayıt) belirtilmeksizin bir taksit için makbuz verilmesi, ondan önceki taksitlerin ödenmiş olduğu anlamına gelir.

m) Müteselsil borçlulukta eşitlik karinesi (BK. m. 167): Müteselsil borçlulukta borçlulardan her birinin yüklendiği borç miktarlarının birbirine eşit olduğu kabul edilir[16].

4) Karinelerin Hükmü

Karinelerin hükmü, iddiasını bir karineye dayandıran tarafı ***ispat yükünden kurtarması veya ispat yükünü tersine çevirmesidir.*** Lehine kesin veya adî bir karine mevcut olan taraf, artık iddiasının dayanağını oluşturan olguları ispat etmek zorunda olmayacak, sadece karinenin dayandığı olguların olayda kendi lehine olarak mevcut olduğunu ispatla yetinecek, böylece de iddiasının doğru olduğu kanıtlanmış olacaktır. Karinelerin kabulü için zorunlu olan olguların, ileri sürülen iddiada mevcut olduğu anlaşıldıktan sonradır ki hâkim, o tarafın iddiasına ispat edilmiş gözüyle bakacaktır.

Karinelerin ***ispat yükünden kurtarması hükmü,*** kendisini mutlak olarak kesin karinelerde gösterir. Zira kesin karinelerin aksi ispat edilemez; hâkim, iddiasını kesin karineye dayandıran tarafın iddiasının doğru olduğunu kabul ederek, anlaşmazlığı buna uygun surette çözümler. Örneğin BK. m. 39 hükmündeki *"bir yıllık süre içinde irade bozukluğunun ileri sürülmemiş olmasından"*, ilgili tarafın işlemi onaylamış (icazet vermiş) olduğu kesin sonucu çıkar, dolayısıyla da böyle bir hukukî işlemin varlığına ve geçerliliğine dayanarak dava açmış olan taraf davayı kazanır. Adî karinelerin bu hükmü, kesin karinelerinki gibi mutlak değildir. Zira karşı tarafın karinenin aksini ispat etmek, yani karineyi çürütmek imkânı vardır.

Karinelerin ***ispat yükünü tersine çevirmesi hükmü,*** yani ispat yükünü karşı tarafa geçirmeleri işlevi ise, adî karinelerin bir diğer ve asıl

---

(16) Borçlar Kanunu'ndaki diğer karineler hakkında bk. FJS 1177, II, sh.2.

hükmünü oluşturur. Karinenin varlığına (mevcut olmasına) karşın, bu karineye dayanan davacı veya davalının iddiasının haklı olmadığını ileri süren tarafa, bunun ispatı düşer. Karinenin önemi de burada, yani ispat yükünün tersine çevrilmesinde kendisini gösterir. Böylece ispat yükü, artık iddiasını bir karineye dayandıran taraftan kalkmış, karşı tarafa geçmiş olur. Artık iddiada bulunan taraf iddiasının doğruluğunu değil, fakat karşı taraf bu iddianın doğru olmadığını ispat edecektir. Karşı taraf bunu çeşitli şekillerde yapabilir. Şöyle ki:

a) Ya bilinmeyen ve karineye dayanılarak mevcut olduğu varsayılan olguların gerçekte mevcut olmadığını ileri sürer. Örneğin, hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişinin hâlen sağ olduğunu veya davacının taşınırın zilyedi olmasına karşın onun maliki olmadığını, zira kiracı durumunda bulunduğunu; taşınır üzerinde aynî veya şahsî (kişisel) bir hakkı bulunmadığını iddia ve ispat edebilir, yani aksini iddia ve ispat etmek suretiyle karineyi çürütebilir.

b) Ya da karineden karşı taraf lehine onun iddia ettiği gibi sonuçlar çıkarılamayacağını ileri sürer. Örneğin evlilik içinde doğmuş olmasına karşın çocuğun soybağının sonradan reddedilmiş olduğunu iddia ve ispat ederek karineyi çürütebilir (Babalık Karinesi MK. m.286).

İşte, adî karinelerin ispat yükünü ters çeviren, onu karşı tarafa geçiren hükmü (işlevi) de kendisini bu suretle göstermiş olmaktadır.

§ 4. İSPAT EDİLECEK OLGULAR

İspat yükü kendisine düşen tarafın ispat edeceği hususlar acaba nelerdir? Bu soruyu Önceki Medenî Kanun'un altıncı maddesi pek de açık olmayarak *"iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur"* demek suretiyle bir dereceye kadar cevaplandırmakta idi. Bu konuda daha açık olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 8 nci maddesi ise *".... taraflar haklarına dayanak olarak ileri sürdükleri olguları ispat etmek mecburiyetindedirler"* şeklinde kaleme alınmıştı. Yeni Medenî Kanun'umuz, İsviçre örneğinde olduğu gibi *".... taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür"* demek suretiyle maddeye açıklık getirmiştir. Zira kural olarak ispatı gerekli olan hususlar, maddî olgular, yani tarafların kendi lehlerine hak çıkarmak istedikleri olgulardır. Zaten bunlar iddianın dayanağını oluştururlar.

Belli bir hukukî sonucun, bir hukukî ilişkinin meydana gelmesi, değişmesi veya ortadan kalkması için zorunlu olan maddî olguların neler oldu-

ğunu hukuk kuralları gösterir[17]. Ancak bunların tarafların iddialarında gerçekten mevcut olduğu anlaşılmış olduğu takdirdedir ki, onların ileri sürdüğü gibi bir hukukî ilişkinin veya bir hukukî sonucun meydana gelmiş olduğu sabit (ispatlanmış) olabilir. Bu sebeple de taraflardan her biri, iddiasının temelini oluşturan ve ileri sürülen hakkın mevcudiyeti için zorunlu olan bu olguların, olayda gerçekten hukuk düzeninin aradığı şekilde mevcut olduğu hususunda hâkime kanaat vermek için kanıt getirmek zorundadır.

O hâlde ispat edilecek hususlar, bir hukukî sonucun, bir hukukî ilişkinin doğması (varolması), hükümlerini meydana getirmesi veya ortadan kalkması için hukuk kuralları tarafından zorunlu kabul edilen olgulardır. Bundan çıkan sonuç, hukuk kurallarının taraflarca ispatına gerek olmadığıdır.

Önündeki hukukî anlaşmazlığa uygulanacak olan hukuk kurallarının neler olduğunu belirlemek ve bunları arayıp bulmak, hâkimin görevidir.

I- HUKUK KURALLARININ VARLIĞINI İSPAT ETMENİN TARAFLARA DÜŞMEMESİ

Çekişmeli konuya uygulanması gerekli olan hukuk kurallarının gösterilmesi ve varlığının ispatı, kural olarak taraflara düşmez (HMK. m. 33). Olayla ilgili hukuk kurallarını ve bunlar içinden davanın sonuçlandırılmasına yarayacak olanı belirleyerek onu uygulamak, hâkimin yetkisini ve aynı zamanda görevini oluşturur[18]. Hâkim ilgili hukuk kuralını MK. m. l uyarınca hukukun şekli kaynaklarından çıkaracak ve o kuralı yine MK. m. l ve m. 4 hükümlerinin kendisine vermiş olduğu direktifler dairesinde dürüstlük kurallarına uygun olarak uygulayacaktır. Bunu yaparken gerektiğinde takdir yetkisini kullanacak, hatta gerekirse gerçek hukuk boşluğu karşısında bizzat hukuk yaratarak kendisinin koyacağı kuralı uygulayacaktır.

Olayla ilgili bir hukuk kuralının var olduğunu (mevcudiyetini) iddia etmek, böyle bir kuralı bulup getirmek veya bir hukuk kuralının varlığı

---

(17) Bu hususlarda bk. **Enneccerus-Nipperdey:** Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Halbband, Tübingen 1955, sh.570 vd. **Gürdoğan, Burhan:** Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk, SBF. Der. 1957, S.3, sh.258 vd.; **Rosenberg, Leo:** Die Beweislast, München-Berlin, 1953.

(18) Yg. 14. HD. 9.10.1998, 7126/7127, RG. 13.11.1998, S. 23522, sh.19 vd.

hakkında kanıt göstermek, taraflara düşmez. Ancak, bu ilke de mutlak mahiyette değildir, bazı istisnaları vardır. Şöyle ki:

• Devletler özel hukuku ile ilgili anlaşmazlıklarda devletler özel hukukunun ilkeleri uyarınca olaya yabancı bir hukuk kuralının uygulanması gerekebilir. İşte, çekişme konusu olaya yabancı bir hukuk kuralının uygulanması gereken hâllerde, yabancı hukuk kuralına dayanan taraf, böyle bir hukuk kuralının mevcut olduğunu ispat etmek zorundadır [19].

• İlkenin diğer bir istisnasını da örf ve âdet hukuku kuralları oluşturur. Çekişme konusu olayla ilgili bir örf ve âdet hukuku kuralının mevcut olduğunu iddia eden taraf, çoğu kez onun mevcudiyetini ispat etmek durumunda kalır[20].

II- MADDÎ (FİİLÎ) OLGULARIN İSPAT EDİLMESİ

Davacı, davasının (iddiasının), davalı ise def'i veya itirazının (savunmasının) doğru olduğunu göstermek maksadıyla çeşitli olguları ileri sürerler. Bunlar iddianın dayanağı olan olgulardır. Daha doğru bir ifadeyle, bunlar iddianın dayanağını oluşturan bir hakkın doğması, hükümlerini meydana getirmesi veya ortadan kalkması için hukuk düzeninin zorunlu saydığı olaylardır. Bu olgulardan bir kısmı salt fiilî olan olgulardır, fakat bu olgulara hukuk düzeni tarafından belli sonuçların bağlanmış olması, onlara aynı zamanda hukukî olgu mahiyetini kazandırır.

Davacının, davasını kazanabilmek için, iddiasının dayanağını oluşturan olguların mevcudiyetine hâkimi inandırmış olması gerekir. Aynı şey davalının ileri sürdüğü def'i veya itiraza dayanak oluşturan olgular hakkında da geçerlidir. O hâlde, tarafların ispat edecekleri husus, iddialarının temelini oluşturan olguların mevcudiyetidir. Bu husus MK. m.6 hükmünden de açıkça anlaşılabilir.

Demek oluyor ki, genellikle *hakkı doğuran, değiştiren veya ortadan kaldıran olgular ispat edilecektir.* Bu itibarla da tarafların kanıt olarak getirecekleri hususlar kural olarak ya bir *hukukî olay*, ya bir *hukukî fiil* ya da bir *hukukî işlem* olacaktır.

Kanun, iddiaların dayanağı olan olguların ispat edileceğini söylerken, yine çok genel mahiyette bir ilke koymaktan ileri gitmez. Zira nelerin ispat edilmesinin gerekli olduğu, bütün kapsamıyla bu ilkeden çıkarılamaz.

---

[19] Mamafih bunun bütün sertliğiyle uygulanması doğru değildir.

[20] Bu da mutlak bir kural değildir. Bu hususta örf ve âdet hukuku bahsine bakınız. Ayrıca bk. **Bilge, N.:** age., sh.231; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.1967.

Nitekim davacı, iddia ettiği hakkının doğumuna sebep olan olguları ispat edecektir; fakat bundan kendisinin ayrıca, ileri sürdüğü hakkının geçerli surette doğması için hukuken bulunması zorunlu olan bütün olguların çekişmeli olayda mevcut bulunduğunu da ispat etmesinin gerekip gerekmeyeceği anlaşılamaz. Örneğin tüketim ödüncü (karz) sözleşmesine dayanarak 1000 liralık bir alacak dava edilirse, davacı sadece tüketim ödüncü sözleşmesinin mevcudiyetini mi ispat edecektir; yoksa ayrıca bu sözleşmenin geçerli şekilde kurulmuş olduğunu, bu sırada kendisinin ve davalının fiil ehliyetine sahip bulunduklarını da ispat etmesi gerekecek midir? Bu konuda duraksamaya düşülebilir (tereddüt edilebilir).

Diğer taraftan bir kimsenin, hakkının doğumu için zorunlu olan olguları ispat etmekle yükümlü olduğunu öngören bu ilkeden, bu kimseye aynı zamanda hakkının doğumuna hukuken engel olacak olguların çekişmeli olayda bulunmadığını ispat etmenin de düşüp düşmeyeceği anlaşılamaz. Örneğin davacı, tüketim ödüncü (karz) sözleşmesinin şarta bağlı olarak kurulmadığını veya irade bozulduğuyla sakatlanmış olmadığını ispat etmeli midir?

Bu ve buna benzer sorunların çözümünde, hâkime yine dürüstlük kuralları ve hakkaniyet esasları yol gösterecektir.

III- İLKENİN İSTİSNALARI

A) HER HUKUKÎ İLİŞKİDE NORMAL OLARAK BULUNMASI ZORUNLU OLAN OLGULARIN İSPATININ GEREKMEMESİ

Her hukukî ilişkide alışılmış (mutat) ve normal olarak bulunması zorunlu olan olguların ispat edilmesine gerek yoktur. Bunlar, her türlü hukukî ilişkinin meydana gelebilmesi için hukuk düzeninin aradığı ve şart koştuğu olgulardır. Bu sebeple de her hukukî ilişkide normal olarak mevcut oldukları farz ve kabul olunur. Bunların her hukukî ilişkinin doğabilmesi için mevcut olmaları asıl olduğundan, ayrıca çekişmeli her olayda da mevcut olduklarının ispatına gerek yoktur. Kural olarak ayırt etme gücü, erginlik ve hukukî işlemlerde irade açıklamaları böyledir. Bunun içindir ki, örneğin kefalet sözleşmesine dayanılarak açılmış bir davada tarafların ayırt etme gücüne sahip bulundukları, sözleşmenin geçerli (yazılı) şekilde kurulmuş olduğu, kefalet senedinin altındaki imzaların taraflara ait olduğu gibi olguların davacı tarafından ispat edilmesi gerekmez[21].

---

[21] **Egger-Çernis:** age., sh.126, **Ansay, S.Ş.:** age., sh.248; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.1989;

Bir hukukî ilişkide mevcut olması alışılmış ve asıl olan bu olgular nelerdir? Bunları kural olarak MK. m.9, 10 vd. hükümleri ile BK. m. l vd. hükümleri gösterir. Her hukukî ilişkinin özel mahiyetine göre o ilişkide bulunması zorunlu olan olgular nelerdir? Bunlar belirli bir hukukî ilişkinin doğması, hükümlerini meydana getirmesi veya ortadan kalkması için hukuk kuralları veya taraflar arasındaki anlaşma gereğince, o ilişkide bulunması gerekli olan özel bazı hususlar, özel bazı olgulardır. Bunların neler olduğu, ileri sürülen hakkı veya hukukî ilişkiyi düzenleyen hukuk kurallarının ve gerektiğinde taraflar arasındaki anlaşmanın incelenmesinden anlaşılır(22). Zira hukukî ilişkinin veya hukukî sonuçların meydana gelmesi için zorunlu olan özel şartların, özel olguların nelerden ibaret olduğu, bu ilişkiyi düzenleyen hukuk kuralları veya taraflar arasındaki hukukî işlemle belirlenir. Örneğin kefalet sözleşmesinin doğumu, yazılı bir anlaşmanın yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azamî bir meblâğın gösterilmesine bağlıdır (BK. m. 583). Taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi, resmî şekilde yapılmış bir anlaşmanın varlığını gerektirir (BK. m. 237). Bir çocuğun, doğumu anında babası ile kanundan ötürü soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için, evlilik içinde veya evliliğin ortadan kalkmasını izleyen üçyüz gün içinde doğmuş olması şarttır (MK. m.285). Tüketim ödüncü (Adi karz) sözleşmesinde faiz istenebilmesi için, taraflar arasında bu konuyla ilgili bir anlaşma bulunmalıdır (BK. m. 387).

O hâlde, ispat edilecek olguların neler olduğu, ileri sürülen hukukî ilişkinin veya hakkın mahiyetine göre belirlenir. Zira hakların doğumu için gerekli olan hususların neler olduğu, kanunlarda genel biçimde düzenlendikten başka, her hakkın özel mahiyetine göre zorunlu olan özel şartlar da ayrıca düzenlenmiştir. Bunların neler olduğu, bu hakkı düzenleyen hukuk kurallarının veya taraflar arasındaki anlaşmaların incelenmesi sonucunda anlaşılır.

İspat edilecek olgular, kural olarak belirli bir hukukî ilişkinin doğumu, hükümlerini meydana getirmesi veya son bulması için o ilişkide özel olarak bulunması gerekli olan hususlardır. Hâkim, ispat yükü kendisine düşen tarafın hangi özel olguları ispat edeceğini belirlemek üzere, öncelikle çekişmeli konunun hukukî mahiyetini ve hangi hukukî kuruma dahil olduğunu saptamak, bunun geçerliliği için gerekli olan özel şartların neler olduğunu

(22) **Sauser-Hall:** age., sh.188; **Karafakıh, İsmail Hakkı:** Beyyine Külfeti, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1959, S.2, sh.10.

ortaya çıkarmak ve ancak bundan sonra özel şartların mevcut olduğunun ispat edilmesi için, bu ilişkiye veya kuruma dayanmakta olan taraftan kanıt istemek durumundadır.

B) İSTİSNAÎ OLGULARIN OLAYDA BULUNMADIĞININ İSPATININ GEREKMEMESİ

Taraflar, iddialarına dayanak oluşturan olguların varlığını (mevcut olduğunu) ispat edeceklerdir. Hayat deneyimlerine göre herhangi bir hakkın, bir hukukî ilişkinin doğumunu engelleyen istisnaî mahiyetteki olguların olayda bulunmadığının ispatı gerekmez. Bunun ispatı, olayda böyle istisnaî bir durumun mevcut olduğunu iddia eden tarafa düşer. Bu sebepledir ki, örneğin bir hukukî işleme dayanarak açılan davada, irade bozukluğunu veya işlemin şarta bağlı olduğunu ileri süren davalı, bunları ispat etmelidir. Yoksa böyle bir iddia karşısında kalan davacıdan işlemin şarta bağlı olmadığını veya irade bozukluğu bulunmadığını ispat etmek üzere kanıt getirmesi istenemez.

§ 5. RESMÎ SİCİL VE SENETLER

I- KANIT SERBESTLİĞİ-KANIT ŞEKİLCİLİĞİ SORUNU

Medenî Kanun ispat yükünün taraflardan hangisine düşeceği ve ispat yükü kendisine düşen tarafın neleri ispat etmesi gerekeceği gibi iki ana konuyu düzenlemekle yetinmiş, iddiaların ne gibi kanıtlarla ispat edileceği (kanıt türleri), kanıtların sunulması biçimi ve hâkimin bu kanıtlara dayanarak nasıl karar vereceği (kanıtları takdir), kısaca ispat yükünün nasıl ve ne şekilde yerine getirileceği gibi konuların düzenlenmesini yargılama (usul) hukukuna bırakmıştır. Zaten hakların ispatı ve elde edilmesiyle ilgili konular şeklî hukuka ait olduğundan, bunların medenî kanunların içinde yer almaları doğru da olmaz. Bu bakımdan Medenî Kanun'un bu konudaki tutumu son derece isabetli olmuştur.

Medenî Kanun, kanıtların nelerden ibaret olduğu ve iddiaların ne gibi kanıtlarla ispat edileceği konularını yargılama hukukuna bırakmış olmakla birlikte, hakların doğumunu ilke olarak bir şekle tâbi tutmaması, resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığının her türlü kanıtla ispat edilebileceğini kabul etmiş olması karşısında, onun Türk hukukuna "kanıt serbestliğini" getirdiği söylenebilir. Çünkü ilke olarak hakların doğumunun

hiçbir şekle tâbi tutulmamış olması[23], hakların varlığı (mevcutluğu) konusunda çıkan anlaşmazlıkların her türlü kanıtla, hatta tanıkla dahi ispat edileceğinin örtülü olarak (zımnen) kabul edilmiş olduğunu gösterir. Medenî Kanunla Türk hukukuna getirilmek istenen kanıt serbestliği, önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un 288 inci maddesi ile az çok ortadan kaldırılmış; aynı düzenleme 1 Ekim 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200 üncü maddesine de alınmıştır. Nitekim söz konusu madde belli bir miktardan fazla kıymet içeren hakların[24] ancak senetle ispat edilebileceğini hükme bağlamıştır. Ticarî işlemler hakkındaki kanıt serbestliğini saklı tutan 291 inci madde, Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki Kanunu'nun 47 nci maddesiyle kaldırılmıştır. Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesiyle ticarî işlemler hakkında da kanıt şekilciliği kabul edilmiştir.

Yargılama (usul) hukukuna göre kanıtları i k i grupta toplamak mümkündür: Sözlü kanıtlar ve yazılı kanıtlar. **Yazılı kanıt**, herhangi bir iddianın ispat edilebilmesi için mahkemeye getirilmesi gereken yazılı belgelerdir. Bunlara **senet** de denir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 199 uncu maddesi ve devamı senetlerden söz eder.

Yazılı kanıtlar (deliller) iki türlüdür:

a) *Adî yazılı kanıtlar,* tarafların kendi aralarında özel bir surette düzenlemiş oldukları belge ve senetlerdir. Bunlara *"adî senet"* ya da *"özel senet"* denir.

---

(23) Medenî Kanun tarafından istisna olarak doğumları belli bir şekle tâbi tutulmuş olan haklar da vardır. Örneğin evlenme sözleşmesi *(nikâh)* resmî memur önünde yapılmalıdır (m.141); mal rejimi sözleşmeleri resmî şekilde (m.205); ölüme bağlı tasarruflar yazılı veya resmî şekilde (m.532, 545); taşınmazlar üzerindeki aynî haklar resmî şekilde (m.781, 856) yapılmış olmak zorundadır. Borçlar Kanunu'na göre ise, alacağın temliki (devredilmesi) (m.184), kefalet (m.583) ve kaydı hayatla irat (m.607) sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması şarttır. Bu hakların mevcudiyetini iddia eden kimse, mutlaka bunların doğumlarını sağlayan sözleşmelerin kanunen öngörülen şekle uygun olarak yapılmış olduklarını ispat etmek zorundadır.

(24) Daha önce 14.7.2004 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik ile 400 Türk Lirasına çıkartılmış olan bu miktar, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili hükmü ile ***2500 Türk Lirası*** olarak belirlenmiştir.

b) *Resmî yazılı kanıtlar,* senet düzenlemekle görevli ve yetkili olan resmî bir memur tarafından düzenlenen ve onun tarafından imzalanan senetlerdir. Resmî senetler de i k i türlüdür: (1) Adî senet şeklinde düzenlenen ve sadece senetteki imzaların ve tarihin resmî memur tarafından onaylanmış olduğu senetler, (2) Resmî memur tarafından bizzat düzenlenmiş olan senetler[25]. Bu sonunculara *"resmî memur tarafından resen düzenlenen senetler"* de denir.

Bazı kanunlar, çok önemli saydıkları bazı işlemlerin geçerli olarak meydana gelebilmesi için, bu işlemlerin resmî memurlar tarafından tutulan kütüklere (defterlere) yazılması zorunluluğunu da koyarlar. Bu resmî kütüklere **"resmî siciller"** denir.

Resmî sicil ve senetler, kural olarak iddiaların ispatına yarayan birer araç, yani kanıttır. Bunlar o derece önemli kanıt sayılırlar ki, Medenî Kanun kanıtlar üzerinde hiç durmamışken, Başlangıç Hükümleri arasındaki 7 nci maddesinde bunlar hakkında bir hüküm getirerek onlara karine niteliğini tanımıştır.

II- RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN İSPAT KUVVETİ

A) RESMÎ SİCİL VE SENET KAVRAMI

1) Resmî Senetler

Medenî Kanun, önemli saydığı bazı hakların doğumunu resmî şekle tâbi tutmuştur. Bu hakların doğumu, ancak bunlara ilişkin hukukî işlemlerin resmî bir memur tarafından senede (resmî senede) bağlanmasıyla mümkün olur. Öte yandan taraflar, kanunun geçerliliğini resmî şekilde yapılmasına bağlamamış olduğu hukukî işlemlerin, örneğin taşınmaz kira sözleşmesinin geçerliliğini, aralarında anlaşarak resmî şekle tâbi tutabilirler. Bu durumda hukukî işlem, yani örneğimizdeki kira sözleşmesi resmî şekilde kurulmadıkça geçerli olarak varlık kazanamaz (BK.m.12). Medenî ve Borçlar Kanunları tarafından resmî şekle tâbi tutulan belli başlı hukukî işlemler şunlardır:

- Vakıf senedi resmî şekilde düzenlenir (MK. m.102).
- Mal rejimi sözleşmeleri resmî şekilde yapılır (MK. m.205).
- Tanıma resmî senetle de yapılabilir (MK. m.295).
- Miras sözleşmesi resmî şekilde düzenlenir (MK. m.545, 532).

---

(25) Bu konularda geniş bilgi için bkz. **Bilge, N.**: age., sh.411 vd.; **Kuru.B.**: age., C. II, sh.2074-2437.

- Taşınmazlar üzerinde aynî hak kurulmasına ilişkin hukukî işlemler resmî şekle tâbidir (MK. m.706, 781, 840, 856; Tap.K. m.26).
- Önalım hakkından feragat resmî şekilde yapılır (MK. m.733)
- İpotekli borç senedi ve irat senedi (MK. m.912) resmî şekilde düzenlenir.
- Taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki bir aynî hakkın bağışlanması taahhüdü resmî şekilde yapılır (BK. m. 288)
- Taşınmaz satışı resmî şekilde yapılır (BK. m. 237)
- Ölünceye kadar bakma sözleşmesi resmî şekilde yapılır (BK. m. 612).

Bunların dışında, mahkeme ilâmları da resmî senet mahiyetinde kabul edilir (HMK. m. 204).

Türk hukukunda resmî senet düzenlemekle görevli ve yetkili olanların başında noterler gelir. Bununla beraber, belli hakların doğumu ile ilgili olarak bazı resmî senetlerin düzenlenmesi kanunla başka mercilere de bırakılmış olabilir. Örneğin taşınmazlar üzerindeki aynî hakların kurulmasına ilişkin resmî senetleri düzenleme görevi ve yetkisi, tapu memurlarına verilmiştir (Tap.K. m.26).

2) Resmî Siciller

Kanun koyucu, toplum hayatı bakımından önemli olan bazı işlemlerin resmî memurlar tarafından tutulan kütüklere kaydedilmesini yararlı görebilir. Resmî memurlar tarafından tutulan bu kütüklere *"resmî siciller"* denir. **Resmî siciller,** özellikle önemli olan bazı işlemlere açıklık (aleniyet) sağlamak, bunları ilgili kişilerin bilgisine sunmak maksadıyla tutulur. Mamafih bazı hakların geçerli bir şekilde doğumu, ancak tescilleriyle, yani resmî bir sicile yazılmalarıyla mümkün olur. Örneğin taşınmazlara ilişkin aynî haklar tapuya tescil ile doğduğu gibi (MK. m.1021), vakıflar da mahkeme siciline tescil edildikten sonra kişilik kazanırlar (MK. m.102).

Resmî sicillerin belli başlıları şunlardır:

- Nüfus memurları tarafından tutulan kişisel durum sicili (nüfus kütükleri) (MK. m.37).
- Mahkemeler tarafından tutulan vakıf sicili (MK. m.102).
- Noterler tarafından tutulan mülkiyeti saklı tutma sicili (MK. m.764).

- İcra daireleri tarafından tutulan hayvan rehni sicili (MK. m.940).
- Tapu memurları tarafından tutulan tapu sicili (MK. m.997 vd.), ki tutulan resmî sicillerin en önemlilerinden biridir.
- Ticaret Kanunu hükümlerine göre ticaret sicil memurları tarafından tutulan ticaret sicili (TK. m. 24) ve gemi sicili (TK. m. 1031).

B) RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN KARİNE MAHİYETİ

Hukukî işlemlerin kanun tarafından şekle tâbi tutulmasının sebeplerinden biri de, onların ispatını kolaylaştırmak amacıdır. Çünkü iddiasının dayanağı olarak şekle bağlı bir hukukî işlemi gösteren taraf, iddiasını ancak kanunun öngördüğü şekilde yapılmış olan bir belgeyle ispat edebilir. Bu bakımdan resmî senet ve siciller de kanıt mahiyeti taşırlar. Resmî senet ve siciller kamu hizmeti gören kişiler, yani memurlar tarafından düzenlenmekte ve tutulmakta olduklarından, gerçeği olduğu gibi yansıtırlar. Senet veya sicilde yazılı olan bir hususun doğru olduğunu kabul etmekte herkes haklıdır. İşte, resmî sicil ve senetlerin bu mahiyetini dikkate alan kanun koyucu, onların doğruluğu hakkında bir karine koymuştur. Buna göre, resmî sicil ve senetlerde gösterilmiş olan hususlara doğru ve gerçek gözüyle bakılır; herkesçe onların içerikleri doğru olarak kabul edilir (MK. m.7). Bu bakımdan iddiasını bir resmî sicil veya senede dayandırmış olan tarafın iddiasına ispat edilmiş gözüyle bakılır, kendisinden bu konuda başkaca kanıt getirmesi istenemez.

Böyle olmakla beraber Medenî Kanun, resmî sicil ve senetlere kesin ve hâkimi mutlak surette bağlayan bir karine mahiyetini tanımış da değildir. Zira bir resmî sicil veya senedin mevcudiyetine karşın diğer taraf gerçek durumun başka türlü olduğunu, yani senedin içeriğinin doğru olmadığını iddia ve ispat edebilir. Örneğin henüz fiil ehliyetine sahip olmadığını iddia eden ve bu iddiasını nüfus siciline dayanarak ispat etmiş olan bir kimseye karşı, diğer taraf bu kişinin gerçekte ergin olduğunu, çünkü nüfustaki kayıtta yanlışlık yapıldığını pekalâ iddia edebilir. Yahut açılmış olan bir istihkak davasında malik olduğunu tapu siciline dayanarak ispat etmiş olan davacıya karşı davalı, bu tescilin doğru olmadığını, zira geçerli bir hukukî sebebe dayanmadığını (yolsuz tescil) ileri sürebilir.

Resmî sicil ve senetler MK. m.7 hükmüyle adî karine mahiyetinde düzenlenmiştir. Bu sebepledir ki karşı taraf, resmî sicil ve senedin mevcu-

diyetine karşın davacının iddiasının geçerli olmadığını ileri sürebilir, fakat bunu ispat da kendisine düşer. Böyle bir savunma, resmî sicil ve senetlerin içeriğinin doğru olmadığını söylemek anlamına gelir. O hâlde resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığını iddia eden taraf, onların içeriğinin aksini, yani resmî sicil ve senedin doğru olmadığını, gerçeğe uymadığını ispat etmelidir.

C) RESMÎ SİCİL VE SENETLERİN AKSİNİN İSPATI

1) Resmî Sicil ve Senetlerin Aksini İspat İmkânı

Resmî sicil ve senetlerin aksinin, yani doğru olmadıklarının ispatı ile ilgili olmak üzere hukukumuzda i k i değişik hüküm mevcuttur.

a) **MK. m.7 hükmü,** resmî sicil ve senetlerin içeriklerinin doğru olmadığının ispatın kural olarak herhangi bir şekle tâbi tutmamıştır. Bu demektir ki bu yoldaki iddialar her türlü kanıtla ispat edebilecektir. Meğerki kanunlarda başka bir hüküm bulunmuş olsun. Bununla beraber, resmî sicil ve senetlerin resmî memurlar tarafından tutulan ve düzenlenen belgeler olması karşısında, içeriklerinin doğru olmadığı, yani gerçeğe uymadığı yolundaki iddiaların kabulünde daha titiz davranmak gerekir. Zira böyle resmî bir belgedeki beyanların (açıklamaların) gerçeğe uygun olmaması olasılığı, özel (adî) senetlere oranla çok daha az söz konusu olabilir[(26)].

b) Bu konudaki diğer hüküm **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204 üncü** maddesidir. Sözü geçen hükme göre, mahkeme ilâmları ile noterlerce resen düzenlenmiş bulunan senetler, sahteliği ispat olununcaya kadar k e s i n kanıt oluştururlar. Buna benzer bir hüküm de Noterlik Kanunu'nun 48 inci maddesinde yer almıştır. Her iki maddede de sözü geçen *"resmî senet"* deyimiyle resmî memurlar tarafından bizzat yapılmış, yani onlar tarafından resen düzenlenmiş olan senetler kastedilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204 üncü maddesi hükmü, MK. m.7 hükmünden esaslı şekilde farklıdır. Çünkü 204 üncü madde resmî senetlerin aksinin ispatını s a h t e l i ğ e indirgemek suretiyle MK. m.7 hükmünün kapsamını bir hayli daraltmış görünmektedir. Nitekim kanun koyucu 7 nci maddenin yeni düzenlemesinde "kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça" ifadesine yer vermekle, her türlü kanıtla ispat ilkesinin

---

(26) **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.377; **Schwarz, A.B.:** age., sh.182.

istisnalarının da bulunabileceğine işaret etmiştir ki, bunlardan biri işte bu HMK. m. 204 hükmüdür. Bu durum karşısında 204 üncü maddeyle MK. m.7 hükmünün kapsamının daraltılmış olduğu ve resmî senetlerin içeriğinin doğru olmadığı hakkındaki iddiaların sadece sahtelik iddialarına indirgenmiş olacağı söylenebilir.

Bu konudaki görüşler çeşitlidir. Yargıtay, açıkça noterde resen düzenlenmiş olan senetlerin aksinin ispatına imkân (cevaz) olmadığı görüşündedir[27]. Doktrin ise, her iki maddenin hükümlerinin bağdaştırılabileceği kanaatindedir. Gerçekten, fikrimizce HMK. m. 204, MK. m.7 hükmünü değiştirmiş olmayıp, tam aksine onu tamamlamaktadır. Şöyle ki:

Resmî senetlerin içeriklerinin bir kısmını, doğrudan doğruya resmî memur tarafından yapılmış olan beyan ve ifadeler oluşturur. Bir diğer kısmını ise, resmî memurun kendi gözlemlerine dayanarak kendi önünde yapıldığını bildirdiği beyan ve ifadeler meydana getirir. **Resmî memurun bizzat kendisinden çıkan beyanların ancak sahteliği iddia ve ispat edilebilir**. **Bunların aksinin ispatı, HMK. m. 204 hükmü uyarınca mümkün değildir**[28].

Resmî senetlerin içeriklerinin diğer kısmını ise, resmî memurun kendi gözlemlerine dayanarak kendi önünde yapıldığını bildirdiği beyan ve ifadeler meydana getirir. Diğer bir deyişle, bunlar tarafların ifade ve sözlerinden resmî memurca naklen yapılan beyanlardır. Memurun tarafların ifade ve sözlerini yanlış nakletmiş olması olası (muhtemel) olabileceği gibi, tarafların da memurun önünde gerçeğe uymayan beyanlarda bulunmuş olmaları pekâlâ mümkündür. Bundan dolayıdır ki, resmî senette memur tarafından, tarafların veya tanıkların ifade ve sözlerine dayanılarak yapılan beyanların doğru olmadığını, bunların gerçeğe uymadığını iddia ve ispata imkân (cevaz) vardır. Yani resmî senetlerin bu gibi içeriklerinin aksini ispat konusunda mutlaka da sahtelik iddiasında bulunmaya lüzum yoktur, bunların aksi MK. m.7 uyarınca ispat edilebilir. Örneğin senedin muvazaalı (danışıklı) olduğu, senette verildiği iddia olunan paranın gerçekte verilmemiş olduğu veya senet yapılırken taraflardan birinin ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu gibi iddialar, senedin sahteliğinin ileri

---

(27) Yg.İçt.Bir.Kar. 5.2.1947, 20/6, Sicilli Kavanin, C. 28, sh.748.

(28) **Ansay, S.Ş.:** age., sh.290 vd.; **Kuru, B.:** age., C. II, sh.2158; **Karafakıh, İsmail Hakkı:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, sh.187; **Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri, İstanbul, sh.269; **Bilge, N.:** age., sh.424 vd.; **Velidedeoğlu, H.V.:** age., sh.378.

sürülmesine gerek kalmaksızın ortaya atılıp ispat edilebilir. Fakat senedin tarihinin doğru olmadığı, senedin noterden düzenlenmemiş bulunduğu veya senetteki bazı beyanların sonradan değiştirilmiş olduğu gibi iddialar, senedin sahteliğinin ileri sürülmesini gerektirir.

2) Resmî Sicil ve Senetlerin Aksini İspat Şekli

Resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığının ne gibi kanıtlarla ispat edileceği konusu da tartışmalıdır. Medenî Kanun bu konuda da yine 7 nci maddesiyle kanıt serbestliği ilkesine sadık kalmıştır. Zira sözü geçen maddeye göre, resmî sicil ve senetlerin içeriklerinin doğru olmadığı, her türlü kanıtla ispat edilebilir. Fakat bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK.m. 201) tamamen farklı bir hüküm mevcuttur. Bu hüküm karşısında resmî sicil ve senetlerin doğru olmadığının da mutlaka yazılı kanıtla ispatının gerekip gerekmeyeceği konusu doktrinde tartışılmaktadır.

Prof. Velidedeoğlu ve Prof. Saymen'e göre, resmî sicil ve senetlerin aksinin ne gibi kanıtlarla ispat edilebileceğini belirleme, hâkimin takdirine kalmış bir konudur[29].

Aksi görüşü savunan Prof. Postacıoğlu'nun haklı olarak işaret ettiği gibi[30], Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun *"senede bağlı olan her türlü iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukukî işlemler, kırkmilyon (**şimdi ikibinbeşyüz**) liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz"* hükmü karşısında, resmî senetlerin içeriğinin doğru olmadığının veya sahteliğinin her türlü kanıtla, örneğin tanıkla ispatına imkân yoktur. Zira önceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 288 inci maddesi gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200 üncü maddesi de Medeni Kanun'un getirdiği kanıt serbestliğini değiştirmiş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 290 ıncı maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 201 inci maddeleri de MK. m.7 hükmünden çıkarılan *"resmî senetlerin aksinin her türlü kanıtla ispat edilebilmesi imkânını"* kısmen sınırlamıştır. Şöyle ki:

HMK. m. 201 hükmünde sadece hukukî işlemlerden söz edilmiş olduğuna göre, salt bu mahiyetteki resmî sicil ve senetlerin aksi her türlü

(29) **Velidedeoğlu, H.V.:** Türk Medenî Hukuku sh.378; **Saymen, F.H.:** Türk Medenî Hukuku, sh.353.

(30) **Postacıoğlu, İlhan:** Şahitle İspat Memnuiyeti ve Bunun Hudutları, İstanbul 1952, sh.176. Aynı görüş için bk. **Bilge, N.:** age., sh.430.

kanıtla ispat edilemez[31]. Buna karşılık, bu mahiyette olmayan ve sadece hukukî fiil veya hukukî olayları saptayan resmî sicil ve senetlerin, örneğin doğum ve ölüm sicillerinin aksinin tanıkla ispatı mümkün olabilir. Aynı şekilde Prof. Postacıoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi "bir tapu kaydında görülen hududun (sınırın) arazide nereye tekabül ettiği (uyduğu) hakkında da şahit (tanık)" veya sair deliller (kanıtlar) dinlenebilir"[32]. Zira bu hâllerde de "tarafların iradesi mahsulü (ürünü) olan muamelenin (işlemin) aksini ispat etmek" söz konusu değildir[33].

Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Yüksek Mahkeme "resmî memur tarafından yapılan senetlere karşı şahit (tanık) dinlenmeyeceğine" hükmetmiş iken[34], nüfus sicilinin doğru olmadığı hakkındaki iddiaların tanık veya diğer kanıtlarla ispat edilebileceğini kabul etmiştir[35].

Prof. Kuru ise, "resmî senetlerin sahteliğinden maksat, senedi düzenleyen (veya onaylayan) noterin veya resmî kişinin, tamamen sahte bir senet düzenlemiş (veya onaylamış) olması veya resmî senet düzenlenmesi sırasında (veya sonradan) senede gerçeğe uygun olmayan kayıtlar (bölümler) koymuş olması demektir" dedikten sonra sahtelik iddiasının tanık ile de ispat edilebileceği görüşünü ileri sürüyor. Prof. Kuru görüşünü şu gerekçeye dayandırıyor: "Sahtelik iddiası, resmî senedi düzenleyen (veya onaylayan) noterin veya resmî kişinin haksız fiil işlemesi demek olduğundan, tanık ile de ispat edilebilir (HMK.m.203)"[36].

---

(31) **Postacıoğlu, İ.: age.,** sh. 176.

(32) İbid.

(33) İbid.

(34) HGK. 16,7,1953, 4255/3316, **Olgaç, S.:** age., sh.37.

(35) HGK. 7.11.1951, 2-326/178, **Olgaç, S.:** age., sh.96; 2.HD. 15.7.1935, 1954/2800, **Olgaç, S.:** age., sh.101.

(36) **Kuru, B.:** age., C. II, sh.2158, 2161.

İkinci Cüz
KİŞİLER HUKUKU

Birinci Kısım
TEMEL BİLGİLER

§ 1. KİŞİ KAVRAMI, İÇERİĞİ VE TÜRLERİ

I- KİŞİ KAVRAMI

Hukuk, kişiler arasındaki toplumsal ilişkileri düzenleyen, aralarındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri belirleyen maddî yaptırımlı, yani uyulması zorunlu kurallar bütünüdür. Bu sebepledir ki k i ş i (şahıs), sadece medenî hukukun ya da sadece özel hukukun değil, fakat aynı zamanda bütün hukuk dallarının da ana kavramını, temel unsurunu oluşturur. *Hukuk, varlığını ancak kişilerle sürdürebilir.* Zira hukuk kuralları tarafından düzenlenen hak ve yükümlülüklerin sahibi, süjesi kişilerdir.

Hukukî anlamda ***kişi***, *haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir*. Başka bir deyişle hukuk dilinde ***kişi*** *hak sahibi, hak süjesi anlamına gelir.* O hâlde, hukuk düzeni tarafından kendilerine haklara ve borçlara sahip olma, ehil olma iktidarı tanınmış olan varlıkların her biri, birer k i ş i d i r. Bu anlamıyla kişi terimi aynı zamanda *"hak ehliyeti"* terimini de karşılar. Zira hak süjesi olması itibariyle her kişi, haklara ve borçlara ehil olma iktidarına da sahiptir. Bu ise, hak ehliyetinden (medenî haklardan yararlanma ehliyetinden) başka bir şey değildir. Bu sebepledir ki, kişi terimi modern hukuk düzenlerinde hak ehliyetinin eşanlamı olarak da kullanılmaktadır.

Hukuk bakımından kişi, hukuk düzeni tarafından kendisine hak sahibi, hak süjesi olma iktidarı tanınmış bulunan varlık olduğuna göre, *kişi kavramı doğal değil, fakat tamamen hukukî bir kavram* olmaktadır. Zira kimlerin veya hangi varlıkların "kişi" sayılacağını belirleme işi, doğrudan doğruya hukuk düzenine kalmıştır. Nitekim Romalıların hak süjesi olan "kişi"yi belirtmek üzere kullanmış oldukları terim bu gerçeği çok açık ve manidar bir biçimde ifade etmektedir. Roma Hukukunda hak süjesini, hak sahibini belirtmek üzere ***"persona"*** terimi kullanılıyordu. Günümüzde

bütün batı dillerinde kişiyi ifade eden "personne", "Person" terimleri de hep Romalıların "persona"sından gelmiş terimlerdir. *Persona* Roma'da artistlerin sahneye çıkarlarken yüzlerine taktıkları bir tür maske idi[1]. Romalılar haklara ve borçlara ehil olan varlıklara da *persona* demek suretiyle, kişi olma iktidarının âdeta hukuk düzeni tarafından belli kategori varlıklara giydirilmiş bir maske olduğunu belirtmek istemişlerdir.

II- KİŞİ KAVRAMININ İÇERİĞİ

Hukuk dilinde ***kişi**, haklara ve borçlara ehil olan, yani hakları ve borçları bulunabilen varlık demektir.* Bu tanımdan, kişi kavramının i k i yönü olduğu anlaşılır. Bunlardan biri kişinin aktif yönü, yani *haklara sahip olabilme iktidarıdır.* Diğeri pasif yönü, yani *borçları bulunabilme iktidarıdır*[2].

Kişi kavramının pasif yönü, bir kimsenin bizzat kendi fiil ve işlemleriyle kendisini borç altına sokabileceği anlamına gelmez. Fakat aynı şekilde bu yön, bir kimsenin borçlarını bizzat kendi fiiliyle yerine getirme (ifa etme) ehliyetine sahip olduğunu da ifade etmez; yani kişi kavramının pasif yönü, kişi kavramına fiil ehliyetinin de (medenî hakları kullanma ehliyetinin de) girdiğini göstermez. *Kişi kavramının pasif yönü* sadece, kişilerin borçları bulunabilme, ödev ve yükümlülüklere sahip olabilme iktidarının da bulunduğunu ifade eder. Bununla, bir kimsenin, henüz kendi fiil ve işlemleriyle kendisini borç altına sokacak bir ehliyete sahip bulunmasa, örneğin küçük veya akıl hastası olsa bile, yine de hukuk karşısında "kişi" olarak kabul edildiği, dolayısıyla da borçlara sahip olma iktidarının mevcut olduğu gösterilmek istenir. Böyle bir durumda kişi, fiil ehliyetinin bulunmamasından dolayı kendi fiilleriyle borçlar yaratamamasına karşın, yasal temsilcisi vasıtasıyla borç altına girebilmek ve bunları yine yasal temsilcisi vasıtasıyla yerine getirebilmek (ifa edebilmek) imkânlarına sahiptir. Fakat yasal temsilci vasıtasıyla yaratılmış olan borçların yükümlüsü, yine de borçlu durumunda bulunan kişinin bizzat kendisidir ve borçlu sıfatıyla da bu borçlardan dolayı kendi malvarlığıyla sorumludur.

III- KİŞİ TÜRLERİ

Kişi, hukuk düzeni tarafından kendisine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınmış olan varlıktır. Bu bakımdan *kişi, tamamen hukukî*

---

(1) Bk. **Capitant, H.** : Vocabulaire Juridique, Paris 1936, "personne" kelimesi.

(2) Bu konularda bk. **Schwarz, A.B.** (Çev. **Davran, B.)**: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1948.

bir kavramdır. Hak sahibi olma iktidarını tanıyan hukuk düzeni olduğuna göre, hangi varlıkların kişi olarak tanınacağını belirlemek de yine hukuk düzenine kalmış bir sorundur[3]. Öteden beri hukuk düzeni tarafından i k i kategori varlık kişi olarak kabul edilmektedir:

a) ***Gerçek kişiler*** (hakikî şahıslar), yani insanlar,

b) ***Tüzel kişiler*** (hükmî şahıslar), yani belli bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla ve başlı başına bir varlığa sahip olmak üzere bir araya gelmiş kişi toplulukları, örneğin dernekler ve şirketler İLE bağımsız bir varlığa sahip olmak üzere belirli ve sürekli bir amaca özgülenen (tahsis edilen) mal toplulukları, örneğin vakıflar ve kurumlar.

Modern hukuk düzenleri bu iki tür kişi dışında kalan herhangi bir varlığa kişi niteliğini vermiş değildir.

Hayvanlar günümüzün hukuk düzenlerinde kişi olarak kabul edilmemektedir. Ceza kanunlarıyla hayvanların korunmuş olması ve onlara kötü davrananların, eziyet edenlerin belli cezalarla cezalandırılacak olmaları, hayvanların kişi sayıldığı anlamına gelmez. Ceza kanunlarındaki bu hükümlerde dolaylı olarak yine de kişi olan insanları gözetme düşüncesi egemendir ve insanî birtakım duygular dolayısıyla, bir kişi olan insanı rencide eden bu tür davranışlara engel olunmak istenmiştir. Nitekim yürürlükten kalkmış bulunan765 sayılı Türk Ceza Kanunu bu konuyu da düzenlemişti (m.577); yeni Türk Ceza Kanunu'nda böyle bir hüküm yoktur. Zaten hayvanların korunmasına ilişkin bu hükümlerle yine de dolaylı olarak hak sahibi olan insanlara yükletilmiş birtakım yükümlülükler söz konusu olmaktadır.

Gerçek bir kişi olan insanın kişi olma niteliği hukukî bakımdan ölümle sona erer. Bu sebeple *cesede* hukukî anlamda kişi gözüyle bakılamaz[4]. Bununla beraber, yine insanî duygular dolayısıyladır ki, ölülere karşı girişilen küçük düşürücü söz ve fiiller suç oluşturur (TCK. m.130, 153). Aynı şekilde, ölülerin hatırasına karşı girişilen saygısızca davranışlar da MK. m.24 hükmü anlamında onların mirasçılarının kişilik haklarına hukuka aykırı saldırı niteliğinde kabul edilir[5].

---

(3) **Eugen Huber**: Exposé des Motifs de l'avant-projet, t. l, Bern 1901, sh.37.

(4) Bu konuda daha fazla açıklama için bk. aşa. "Gerçek kişiler ve kişiliğin korunması.

(5) Aynı anlamda **Colin-Capitant**: Traité de droit civil, t. l, Paris 1957, sh.341.

§ 2. KİŞİLİK TERİMİ, KAVRAMI VE İÇERİĞİ

I- KİŞİLİK TERİMİ

Hukuk dilinde haklara ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan varlıkları göstermek üzere kişi teriminden başka bir de *"kişilik"* (şahsiyet] terimi kullanılır. Kişilik teriminin hukuk dilinde biri dar, diğeri daha geniş ve kapsamlı olmak üzere i k i anlamı vardır.

Dar anlamda kişilik kişi kavramını karşılar, yani haklara ve borçlara ehil olmayı, hak süjesini ifade eder. Bazı hukukçular kişilik kavramına sadece böyle dar bir anlam verirler. Örneğin *Ord. Prof. Esat Arsebük* kişiliği "hak ve vecibelere (borçlara) ehil olan varlıklar" olarak tanımlamak suretiyle kişiliği dar anlamda alır[6].

Geniş anlamda kişilik bundan çok daha kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Bu anlamda kişilik sadece hak süjesini, yani hak ehliyetini karşılayan "kişi" kavramını göstermez. Bu itibarladır ki, kişilik ile kişiyi, yani hak ehliyeti kavramını birbirinden ayırmak gerekir. Kişi ve kişilik kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu, Medenî Kanun'un 47 ve 48 inci maddelerinin kenar başlıklarında kullanılan ifadelerden de anlaşılır. Gerçekten, 47 nci maddenin kenar başlığı "tüzel kişilikten", 48 inci maddenin kenar başlığı ise "hak ehliyetinden" söz eder.

Fikrimizce hak ehliyetini, hak süjesini ifade etmek üzere "kişilik" terimini kullanmaktan kaçınmak gerekir. Bu kavramı daima "kişi" terimiyle ifade etmek doğru olur. Kişilik terimi de daima geniş anlamda kişilik kavramını ifade etmek üzere kullanılmalıdır. Zira bu suretle hukukî terimler arasında olduğu kadar, bu iki kavram arasında da açıklık sağlanmış olur. Nitekim Medenî Kanun da böyle yapmış ve kişilik terimini daima geniş anlamında, diğer bir deyişle gerçek anlamında kullanmıştır. Bu, Medenî Kanun'un kişiler hukukuna ayırdığı Birinci Kitabının Birinci Kısım Birinci Bölümüne başlık olarak verdiği *"Kişilik"* isminden olduğu kadar, bu bölümdeki maddelerin kenar başlıkları arasındaki ayırımdan da anlaşılır. Gerçekten, Birinci Bölümün ilk maddesi olan 8 inci madde "A-Genel olarak" kenar başlığını taşımaktadır. 8 inci ve daha sonraki maddeler tam olmamakla beraber kişiliğin içeriğinin düzenlenmesine, 23 üncü ve daha sonraki maddeler ise kişiliğin korunmasına ayrılmışlardır. Medenî Kanun aynı terminolojiyi tüzel kişilere ayırmış olduğu İkinci Kısımda da korumuş ve kişilik terimini burada da geniş anlamında kullanmıştır. Bu husus, tüzel kişilikten söz eden 47 nci maddenin kenar başlığından açıkça anlaşılır.

---

(6) Medenî Hukuk, C.l, İstanbul 1937, sh.171.

II- KİŞİLİK KAVRAMI

Geniş anlamda kişilik, hak ehliyetinden daha kapsamlı olan bir kavramdır[7]; çünkü kişilik, kişinin hukuken sahip olduğu bütün ehliyetleri, hukuken bir değer taşıyan maddî ve manevî varlıklarını (kişilik hakkını) ve kişisel durumlarını (şahsî hâllerini) içine alır.

Kişilik, *hukuk süjesinin bir kişi olması dolayısıyla sahip bulunduğu hak ve fiil ehliyetlerinin, bir hak süjesi olması itibariyle sıfatına bağlı maddî ve manevî varlıklarının ve kişisel durumlarının tümünü içeren bir kavramdır.*

Gerçek kişiler kadar tüzel kişilerin de bu anlamda bir kişiliği vardır. Ancak, tüzel kişilerde kişiliğin içeriği, gerçek kişilerin kişiliğine oranla farklı olabilir. Gerçek ve tüzel kişileri de ufak tefek değişikliklerle kapsayan bu içerik, esas itibariyle aşağıda ele alacağımız çeşitli unsurlardan oluşmaktadır.

III- KİŞİLİĞİN İÇERİĞİ

Kişiliğin içeriğini oluşturan çeşitli unsurlar vardır. Şimdi bunlara kısaca değineceğiz:

A) EHLİYETLER

Kişi, haklara ve borçlara ehil olma anlamını ifade eder. Bu itibarla, kişiliğin içeriğine her şeyden önce *hak ehliyeti* girer ki, bu husus MK. m.8 ve m.48'in kenar başlıklarından açıkça anlaşılır.

Hak süjesi çoğu kez bizzat kendi fiil ve işlemleriyle kendisini alacaklı veya borçlu kılma ehliyetine de sahiptir. *Fiil ehliyeti* denilen bu ehliyet de kişiliğin içeriğine girmektedir (MK. m.9, 49).

B) KİŞİLİK HAKKI

Her hak süjesinin bir ismi (adı) ve bu isim üzerinde de bir hakkı vardır. İsim üzerindeki bu hak, kişiliğin içeriğini oluşturan bir unsurdur (MK. m.26).

---

(7) **Oğuzoğlu, H.C.** : Medenî Hukuk, C.I Şahsın Hukuku, B.4, Ankara 1958, sh.219; **Velidedeoğlu, H.V.**: Türk Medenî Hukuku, C.I, 2.cüz Şahsın Hukuku, İstanbul 1960, sh.27 vd; **Saymen, F.H.**: Türk Medenî Hukuku, C.II Şahsın Hukuku, İstanbul 1948, sh.14; **Egger-Çernis**: İsviçre Medenî Hukuku Şerhi, C.I Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, sh.153; **Zevkliler, A.**: Medenî Hukuk, B.3, Ankara 1995, sh.170; **Dural, M. - Öğüz, T.:** Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, B. 6, İstanbul 2002, sh.8.

Kişinin kendi kişiliğine bağlı, hukuken bir değer taşıyan maddî ve manevî birtakım varlıkları vardır. Diğer bir deyişle, kişinin *maddî ve fizikî bütünlüğü* üzerinde bir hakkı olduğu kadar, *manevî bütünlüğü,* yani şeref ve haysiyeti ile *iktisadî bütünlüğü* üzerinde de bir hakkı vardır. ***Kişilik hakkı*** denilen bu hak da kişiliğin unsurlarından birini oluşturur. Bu husus, pek açık olmasa da MK. m.23, 24 ve 25 hükümlerinden anlaşılır.

C) KİŞİSEL DURUMLAR

Bir kimsenin, bir gerçek kişinin (insanın), kendisini aile ve toplum içerisinde diğer kişilerden ayırmaya yarayan ve hukuk düzenince kendilerine bazı hüküm ve sonuçlar bağlanmış bulunan niteliklerine *"kişisel durumlar" (şahsî hâller)* denir.

Herkesin bu bakımdan kendine özgü bir kişisel durumu vardır. Bir gerçek kişi aile içindeki niteliği itibariyle ya evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuştur; toplum içindeki niteliği itibariyle ya küçük ya kısıtlı veya ergindir. Yine her gerçek kişi toplum içindeki niteliği itibariyle bekâr, nişanlı, evli, dul veya boşanmış kişisel durumlarından birine sahiptir. Gerçek kişilerin sahip bulunduğu bu kişisel durumlar da kişiliğin içeriğini oluşturan unsurlardır[8].

§ 3. KİŞİLER HUKUKUNUN MEDENÎ KANUNDAKİ DÜZENLENME BİÇİMİ

Kişi, sadece medenî hukukun veya sadece özel hukukun değil, fakat hukukun tamamının temelini oluşturur. Zira hakların "muhakkak surette bir hak sahibine bağlı bulunması gerekir"[9]. Bu itibarla kişi, hukukun en temel kavramlarından biridir. Kimlere kişi niteliğinin verileceği pozitif hukukun çözümleyeceği bir sorundur. Hukuk bakımından kimlerin kişi sayılacağı veya kimlere kişi gözüyle bakılacağı konusu, ülkelerin hukuk sistemlerinde medenî kanunla düzenlenir.

Türk hukukunda da durum aynıdır. Medenî Kanun'umuz ilk önce bu sorunu sonuca bağlamak üzere Birinci Kitabını kişiler hukukuna ayırmıştır. Medenî Kanun'un bu kitabında sadece kimlerin hak süjesi,

---

(8) Bu konuda daha geniş bilgi kişisel durum sicili münasebetiyle ileride verilecektir. Bu konuda bk. **Planiol-Ripert**: Traité pratique de droit civil français, t.l, Paris 1952, sh.12 vd.; **Colin-Capitant,** sh.46.

(9) **Schwarz, A.B.** : Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1935, sh.140.

yani kişi olacağının saptanmasıyla yetinilmemiş, ayrıca kişinin hukuken sahip olacağı ehliyetleri, hukuken değer taşıyan maddî, manevî ve iktisadî varlıkları ile kişisel durumları da düzenlenmiş, kısaca kişilikle ilgili hükümler getirilmiştir. Bu bakımdan Birinci Kitaba "Kişilik Hukuku" yerine *"Kişiliğin Hukuku"* adının verilmesi belki de daha doğru ve isabetli olurdu(10).

Medenî Kanun, Kişiler Hukuku Kitabında kişilikle ilgili bütün sorunları bir araya toplamıştır. Bu kitapta kimlerin hak süjesi yani kişi olacağı, kişiliğin içeriği ve korunmasına ilişkin hükümler ile kişisel durumlara ilişkin hükümler derli toplu olarak düzenlenmiştir. Kişiler Hukuku Kitabının düzenleme biçimi Medenî Kanun'un, kişilik hukukunu bölen Pandekt Hukuku sistemini benimsememiş olduğunu gösterir(11). Bu suretle Türk Medenî Kanunu, Alman ve Fransız Medenî Kanunlarından da sistem itibariyle esaslı surette ayrılır. Nitekim Alman Medenî Kanunu'nda "Kişiler Hukuku" adıyla ayrı bir kitap mevcut değildir. Kişiler hukukuyla ilgili hükümler "Umumî Hükümler" arasında düzenlenmiştir (BGB §1-89). Kişiler hukukuna ilişkin sorunlar Fransız hukukunda da ayrı şekilde (müstakilen) düzenlenmiş değildir. Fransız Medenî Kanunu (CC), kişiler hukuku ile aile hukukunu bir arada "Kişi" (Des Personnes) adı altında birleştirerek aile ve kişiler hukukuyla ilgili sorunlara Birinci Kitabını ayırmıştır. Bu kitabın 7-143 üncü maddeleri kişiler hukukuna ilişkin olan hükümleri içeriyordu. Ancak, 133-143 üncü maddeler 28.12.1977 tarihinde 77-1447 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

Kişiler Hukuku kısmındaki maddelerin pek çoğu hukukun bütün dallarında da uygulanabilir hükümleri içermektedir. Örneğin kimlerin hukuk süjesi yani kişi sayıldığına, kişiliğin içeriğine, isim (ad) üzerindeki hakka ve yerleşim yerine ilişkin olanlar bütün hukuk dallarında da uygulanabilir nitelikteki hükümlerdir. Bu sebepledir ki, bu hükümlerin çoğu genel hüküm mahiyetinde görülmelidir.

Medenî Kanun'umuz, Kişiler Hukuku Kitabını i k i kısma bölmüş, Birinci Kısmı *"gerçek kişiliğe",* İkinci Kısmı ise *"tüzel kişiliğe"* ayırmıştır. Bununla beraber, birinci kısımdaki hükümlerin büyük bir çoğunluğu, her iki tür kişiliğe de uygulanabilir nitelikteki ilkelerden oluşmaktadır(12). Bu

---

(10) Buna karşın biz de Türk hukukunda yerleşmiş ve alışılmış olan ***"kişiler hukuku"*** deyimini kullanmaya devam edeceğiz.

(11) **Egger-Çerniş,** sh.149.

(12) **Tuor**: Le Code Civil Suisse, Zürich 1942, sh.52.

nitelikteki ilkeler özellikle *hak ve fiil ehliyetlerini, yerleşim yerini, isim (ad) ve kişiliğin korunmasını* düzenlemekte olan hükümlerde görülür. Bundan dolayıdır ki, gerçek kişi ve gerçek kişiliğin içeriğiyle ilgili olan hükümler, âdete *"kişiler hukukunun genel hükümleri"* mahiyetinde olup, tüzel kişiliğin bünyesine aykırı düşmedikçe onlar hakkında da uygulanır.

Biz de Medenî Kanun'un sistemine az çok sadık kalarak, önce ayrı bir kısım altında gerçek kişileri, daha sonra da yine ayrı bir kısım altında tüzel kişileri inceleyeceğiz.

İkinci Kısım
GERÇEK KİŞİLİK

Birinci Bölüm
GERÇEK KİŞİLİK KAVRAMI
KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI VE SONU

§ 1. GERÇEK KİŞİLER HAKKINDA GENEL BİLGİ

I- GERÇEK KİŞİ KAVRAMI

Gerçek kişiler, *insanlardır.* Bugünkü modern hukuk sistemlerinde *her insan* yerli-yabancı, kadın-erkek, yaşlı-genç farkı gözetilmeksizin hukuk karşısında k i ş i , yani hak süjesidir. Bu itibarla da her insan haklara ve borçlara ehildir. Diğer bir söyleyişle, her insan aynı zamanda hukukî bir kişidir ve dolayısıyla da hak ehliyetine sahiptir. Haklara ve borçlara ehil olmak bakımından insanlar birbirlerine *eşittir.* Bu husus bütün medenî kanunlarda açıklıkla ifade edilmiştir (CC. m.7, 8; BGB § 1). Türk Medenî Kanunu'nun 8 inci, İsviçre Medenî Kanunu'nun 11 inci maddelerinden de aynı sonuç çıkar: ***"Her insanın hak ehliyeti vardır."*** Önceki Medenî Kanun'umuz aynı maddelerde *"her şahıs"* (kişi) deyimini kullanmıştı. Yeni Medenî Kanun'umuz maddede *"insan"* sözcüğüne yer vermekle, canlılar içerisinde *sadece insanların* hukuk düzeni tarafından kişi sayıldıkları konusuna açıklık getirmiştir (m. 8/I).

Her insanın hak ehliyetine sahip olduğu ve hukuk karşısında kişi olarak görüldüğü, 10 Aralık 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesiyle* Birleşmiş Milletler Teşkilâtı tarafından da açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır (m. l, 2, 4, 6).

Gerçek kişiler sadece insanlardır. İnsan hukuk karşısında kişi olma niteliğini *ölümle* kaybeder. Henüz doğmamış olan bir kimse de kişi sayılamaz; hatta kendisine gebe kalınmış olsa bile durum değişmez. İnsanların

kişi olma niteliği, doğa kanununa uygun olarak geçici bir süreyle, *ömürleri süresince* sınırlanmıştır. İnsanların kişi olma niteliğinin geçici olması acaba ortaya sahipsiz haklar sorununu çıkarmaz mı?

Türk hukuk sistemi bakımından sahibi, süjesi bulunmayan hakların söz konusu olamayacağını kabul etmek gerekir. Zira bir kişinin malvarlığı (mameleki) ölümü anında herhangi bir işleme gerek olmaksızın kanundan ötürü bir bütün (kül) hâlinde mirasçılarına geçer (MK. m.575, 599). En son yasal mirasçı devlet olduğuna göre, hukukumuzda sahibi bulunmayan haklar mevcut olamaz. Diğer taraftan, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar da ölümle birlikte ortadan kalkarlar. Medenî Kanun hakların sahipsiz kalmasını önlemek amacıyla bazı hâllerde kendisine gebe kalınmış olan çocuğa, yani *cenine* de kişi niteliği tanımış, fakat bunu kanunî bir şarta, *"ceninin sağ doğması şartına"* bağlamıştır (MK. m.28/II, 582). Ceninin sağ doğmak şartıyla kişi sayıldığı MK. m.427 b. 3 hükmünden de anlaşılır. Bu hükümler özellikle ceninin mirasçı olabilmesi ve doğumundan önce kendisi lehine yapılmış olan bir bağışı kazanabilmesi bakımından son derece önemli olan hükümlerdir.

II- TARİHÇE

A) KÖLELİK

İnsanlığın her aşamasında bütün insanlar hukukî anlamda kişi olarak tanınmamışlardı. Bütün insanların aralarında yaradılıştan, cinsiyetten, yaştan, yerli veya yabancı olmaktan ve hatta toplum içindeki sosyal düzey ayrımından ileri gelen farklılıklar dikkate alınmaksızın kişi kabul edilmeleri oldukça yenidir. Roma Hukukunda bile insanlar *"hür"* ve *"köle"* olmak üzere ikiye ayrılmıştı. Yalnız hür olanlar kişi ve dolayısıyla hak ehliyetine sahipti. Köleler hak süjesi (kişi) olarak kabul edilmedikleri için, haklara ve borçlara sahip olma iktidarından yoksun idiler. Köleler hukuk karşısında "mal" sayılıyorlar ve aynen mallar gibi haklara konu olabiliyor, örneğin alınıp satılabiliyor veya kiraya verilebiliyorlardı[(1)].

Hür olmakla beraber aile reisinin, yani *Pater Familias*'ın egemenliği altında bulunanların hukukî durumları da az çok kölelerin hukukî durumuna benziyordu. Esas itibariyle onlar da hak ehliyetine sahip değillerdi.

---

(1) **Koschaker, P. (Çev. Ayiter, K.)**: Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1950, sh.66 vd.; **Di Marzo, S.**: Roma Hukuku, İstanbul 1954, sh.30 vd. Ayrıca bk. **Schwarz, A.B.** : Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1954, sh.240 vd.

İnsanları hak sahibi olan ve hak sahibi olmayan, yani hür ve köle diye ikili bir ayırıma tâbi tutan kölelik kurumu orta çağa kadar yaşamış, bu çağdan sonra esirlik, servaj mahiyetini alarak varlığını Fransız İhtilâline ve hatta ondan sonralara kadar devam ettirmiştir[2].

Her insanın bir "kişi" olma iktidarının hukuken tanınması, ancak köleliğin ortadan kaldırılmasından (ilgasından) sonra mümkün olabilmiştir[3].

B) MEDENÎ ÖLÜM

Günümüzün modern hukuk sistemlerinde "medenî ölüm" denilen bir kurum mevcut değildir. ***Medenî ölüm,*** *yaşamakta olan bir insanın bazı sebeplerle hukuken kişi olma niteliğini kaybetmesi demektir*. Gerçek kişi olan insan fiilen yaşamakta olmasına karşın hukukî varlığını, yani hukuk açısından haklara ve borçlara sahip olma ehliyetini kaybediyordu. Çünkü medenî ölüm, kişiliği ve buna bağlı olan hakların büyük bir kısmını ortadan kaldırıyordu. Fransa'da 1850 yılına kadar hukukî bir kurum olarak varlığını sürdüren medenî ölüm kurumu, bazı suçlardan hüküm giyenler ile ruhban sınıfına katılanlar hakkında uygulanıyordu[4].

C) YERLİ-YABANCI FARKI

Kişi olma bakımından yerliler ile yabancılar arasında da farklar vardı. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde Roma vatandaşı olmayanlar, yani yabancılar jus civile bakımından kişi sayılmazlardı. Cermen Hukukunda da durum bundan farklı değildi[5].

III- GERÇEK KİŞİYİ BELİRTEN TERİMLER

Hukuk terminolojisinde hak sahibi olan insanı göstermek üzere değişik terimler kullanılmaktadır:

---

(2) Örneğin Fransa'da kölelik ve esirlik kurumu ancak 1848 tarihli kanunla bütün sömürgeleri de kapsamak üzere ortadan kaldırılmıştır: **Planiol-Ripert,** sh.7 not 1.

(3) Ülkemizde esir ticareti 1898 tarihli "Üserayı Zencüye Ticaretinin Men'ine Dair Kanunname" ile kaldırılmıştır.

(4) Bu konuda daha fazla bilgi için bk. **Colin-Capitant,** sh.341.

(5) **Otto von Gierke:** Deutsches Privatrecht, Bd. l Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.

A) DOĞAL KİŞİ TERİMİ

Hak süjesi olan insan bazen *"doğal kişi" (tabîî şahıs)* terimiyle ifade edilmek istenir[6]. Bu terim günümüzün modern hukuk anlayışı karşısında yerinde bir terim olarak kabul edilemez. Zira bundan, insanların bizatihi insan olmalarından dolayı kişi oldukları, tüzel kişilere ise kişi olma iktidarının hukuk tarafından verilmiş olduğu anlamı çıkar. Oysa tarihçe kısmındaki açıklama, tüzel kişilere olduğu kadar, insanlara da kişi olma iktidarının hukuk düzeni tarafından verilmiş olduğunu göstermektedir[7].

B) GERÇEK KİŞİ TERİMİ

Hak süjesi olan insanları göstermek üzere kullanılan *"gerçek kişi" (hakîkî şahıs)* terimine de aynı itiraz yöneltilebilir[8]. Bu terimden, insanların gerçekten var olan kişiler, tüzel kişilerin ise gerçekten var olmayan sanal (farazî, fiktif) kişiler olduğu gibi yanlış bir kanıya varılabilir. Oysa tüzel kişiler de özellikle Medenî Kanun anlamında gerçek kişiler, yani insanlar kadar gerçek (reel) olan varlıklardır. Aralarındaki tek fark, gerçek kişi olarak isimlendirilen insanların biyolojik varlıklar, tüzel kişilerin ise sosyal varlıklar olmasından ibarettir.

C) BİREYSEL KİŞİ TERİMİ

Alman hukuk dilinde yerleşmiş olan *"bireysel kişi" (ferdî şahıs) (Einzelperson, personne individuelle),* belki ifade ettiği anlam itibariyle doğru olan bir terimdir. Zira Alman hukukunda tüzel kişiler hakkında da Türkçeye *"kollektif kişi"* şeklinde çevirebileceğimiz *Verbandsperson, personne association* veya *personne collective* terimi kullanılmaktadır. Fakat bu terimler bizim hukuk dilimize yabancı ve Türkçeye çevrilmeleri de güç olduğundan, kullanılması salık vermeye (tavsiyeye) değer değildir[9].

D) FİZİK VEYA MADDÎ KİŞİ TERİMİ

Bütün yanlış anlamaları önleyecek bir terim olarak hak süjesi insanı göstermek üzere *"fizik kişi"* veya *"maddî kişi"* teriminin kullanılması müm-

---

(6) Bu terim **Homberger** tarafından (Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1933, sh.24) ve İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde kullanılmıştır.

(7) Aynı anlamda **Tour,** sh.51. Bu konuda ayrıca bk. **Eugen Huber,** sh.38. vd.

(8) Gerçek kişi terimi Medenî Kanun tarafından kullanılan bir terimdir. Türk Hukuk Doktrin ve Uygulaması tarafından da benimsenmiştir.

(9) Nitekim **Huber** de bu sebeple bunları kanun içinde kullanmaktan vazgeçmiştir: sh.38.

kündür. Bu suretle insanın hukuk bakımından bir kişi olmakla beraber, aynı zamanda maddî, fizikî bir varlığa sahip bulunduğu da ifade edilmiş olur. Buna karşılık, tüzel kişiler için de *"sosyal kişi"* terimi kullanılabilir ve bu suretle de onların sosyal bir varlık oldukları ifade edilmiş olur. Bu iki terimin yeni olmaktan başka bir kusuru olmadığı kanısındayız. Zira bu terimler her iki kişinin de mahiyetlerine çok daha uygun düşmektedir[10].

§ 2. GERÇEK KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI

Medenî Kanun'umuza göre ***"kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar"*** (m.28/I). Bu bakımdan fizyolojik ve doğal bir olay olan doğum, aynı zamanda *hukukî bir olay* mahiyetini de taşır; zira hukuk bakımından çok önemli bir sonuç meydana getirir; yeni bir hak süjesinin ortaya çıkmasını sağlar.

I- DOĞUM

Medenî Kanun'un m.28/I hükmünden anlaşılacağı üzere, kişiliğin başlayabilmesi için, doğum olayının aşağıdaki biçimde gerçekleşmiş olması gerekir:

A) TAM DOĞUM

Çocuğun tam doğması, *anasının vücudundan tamamıyla ayrılarak bağımsız bir varlık hâline gelmiş olması demektir.* Doğumun hangi anda tam olarak gerçekleşmiş olduğunu belirleme, fizyolojik bir konudur. Bu itibarladır ki, doğum anını ve doğumun tam olarak gerçekleşmiş olup olmadığını saptama işi, tıp bilimine aittir. Bu konularda çıkacak olası anlaşmazlıklarda, bilirkişi olarak tıp ilgililerinin dinlenmesi gerekir. Çocuk anasının vücudundan tamamen ayrılmış olduğu anda kişilik kazanır; göbeğinin kesilmiş olup olmamasının önemi yoktur.

B) SAĞ DOĞUM

Kişiliğin kazanılabilmesi için, çocuğun tamamıyla doğmuş olması yeterli değildir. Medenî Kanun ayrıca çocuğun sağ olarak doğmuş olması

---

(10) Bu terimler yeni ve hukukumuzda henüz yerleşmemiş olduğundan tarafımızdan kullanılmayacaktır. Onun yerine yukarıdaki eleştirilerimiz saklı kalmak üzere yine ***"gerçek kişi"*** terimini kullanmaya devam edeceğiz.

şartını da aramaktadır. O hâlde gerçek kişiliğin başlangıç anı, çocuğun ***sağ olarak*** anasının vücudundan ***tamamen ayrılmış*** olduğu andır. Bunun dışında başka bir şart, örneğin çocuğun insan şeklinde doğmuş olması, herhangi bir sakatlığının bulunmaması veya yaşama şans ve yeteneğine sahip bulunması gerekli değildir. Bu bakımdan İsviçre, Türk ve Alman Medenî Kanunları açıkça Fransız Medenî Kanunu'ndan ayrılırlar. Çünkü Fransız Medenî Kanunu doğan çocuğun hukuken kişilik kazanabilmesini, yaşama yeteneğine sahip bulunması şartına bağlamıştır (m.725, 906)[11].

İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında kişiliğin başlangıcı için önemli olan t e k ş a r t, çocuğun *sağ olarak anasının vücudundan tamamıyla ayrılmış olmasıdır*. Çocuk anasının vücudundan sağ olarak ayrıldıktan hemen sonra ölmüş olsa dahi, sağ olarak doğmuş olduğundan, hukuk düzeni onu bu kısacık süre içinde kişilik kazanmış kabul eder ve çocuk bu kısacık sürede haklara ve borçlara ehil olur. Bu sonuç özellikle miras hukuku açısından ve lehine yapılmış olan bağışları kazanma bakımından önemlidir. Çocuk sağ olarak doğmuş olduğuna göre, doğumundan önce kendisine düşmüş olan ve resmen yönetilmekte bulunan miras payını ve lehine yapılmış olan bağışları kazanır. Eğer aynı çocuk ölü doğmuş olsaydı kişilik kazanamayacağından, resmen yönetilmekte olan miras payı kendi mirasçılarına değil, kendisine miras bırakmış olanın (kendi mirasbırakanının) mirasçılarına geçecek idi. Sağ doğması şartına bağlı olarak yapılmış olan bağışta ise, şart gerçekleşmiş olmayacağından, bağışlanan şey bağışlayanın malvarlığında kalmaya devam edecek idi.

Sağ doğmak demek, *canlı olarak doğmuş olmak* demektir. Canlılık ise nefes almış olmakla anlaşılır. O hâlde çocuğun canlı olarak doğmuş olup olmadığı, anasının vücudundan ayrıldıktan sonra bir kerecik nefes almış olup olmamasına bağlıdır. Sadece bir kerecik nefes almış olan çocuk, sağ doğmuş demektir.

Çocuğun sağ mı, yoksa ölü olarak mı doğmuş olduğunu saptama işi, tıp bilimine aittir. Anlaşmazlık hâlinde hâkim, görevlendireceği hekim bilirkişiler yardımıyla anlaşmazlığı çözümler[12].

---

(11) Bu konuda bk. **Enneccerus-Nipperdey**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, Tübingen 1952, sh.317 vd.; **Colin-Capitant,** sh.340.

(12) Genellikle çocuğun sağ olarak doğmuş olup olmadığını anlamak için şöyle basit bir deney yapılır: Çocuğun akciğeri su dolu bir kaba konur; eğer ciğer suyun yüzünde kalırsa çocuk sağ doğmuştur, suyun dibine inerse ölü doğmuş demektir.

C) DOĞUM VE SAĞLIĞIN İSPATI

Hukuk düzeninin bireylere tanıdığı haklardan yararlanabilmek için, bireyin (insanın) kişilik olarak varlık kazanmış olması gereklidir. Bunun içindir ki, herhangi bir hakka sahip olduğu iddia edilen bireyin ilk önce gerçekten kişilik kazanmış olduğunun, yani *doğumunun*, daha sonra da *hâlen yaşamakta (sağ) olduğunun* ispat edilmesi şarttır. İspat yükü, MK. m.29 uyarınca "bir hakkın kullanılması için bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu veya belirli bir zamanda ya da başka bir kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren" kimseye düşer. Kişinin doğumuna veya yaşadığına ilişkin iddiaların ispatına yarayan en güçlü kanıtlar, kişisel durum sicilidir (MK. m.30). Kişisel durum sicili (nüfus kütükleri) resmî sicillerden olup MK. m.7 uyarınca belgelediği olguların doğruluğu hakkında bir karine niteliğindedir.

Kişisel durum sicilinde kişinin doğumu hakkında herhangi bir kaydın bulunmaması veya bulunan kaydın gerçeğe uygun olmaması da mümkündür. Bu gibi durumlarda kişinin doğumuna veya yaşadığına ilişkin iddiaların her türlü kanıtla (delille) ispat edilmesine MK. m.30/II hükmü izin vermektedir[13].

II- CENİNİN HUKUKÎ DURUMU

A) CENİNİN HAK EHLİYETİ VE EHLİYETİN ŞARTLARI

1) Hak Ehliyeti

Kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar (MK. m.28/I). ***Cenin,*** *yani kendisine gebe kalınmış olan çocuk,* hukuk karşısında henüz bir kişiliğe sahip değildir. Bununla beraber, ceninin haklarının korunması düşüncesiyle bazı önlemlerin alınmış olduğuna her hukuk düzeninde rastlanır. Bu konuda gerek Alman Medenî Kanunu'nda (BGB SS 331/II, 844/II, 1912, 1923), gerek Fransız Medenî Kanunu'nda (CC m.725, 906) bazı hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin pek çoğu ceninin mirasçı olma sıfatının tanınması ve lehine yapılmış olan bağışların kazanılmasının sağlanması amacını gütmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun durumu Alman ve Fransız Medenî Kanunlarından farklıdır. Medenî Kanun'umuz her ne kadar kişiliğin ancak tam

---

(13) Kişisel durum sicili hakkında bk. aşa. İkinci Kısım, Beşinci Bölüm.

ve sağ doğum sonunda kazanılacağını kabul etmişse de, hak ehliyetinin başlangıcını saptama bakımından bir adım daha atarak ceninin hak ehliyetini, doğumdan daha önceki bir andan itibaren tanımıştır[14]. Medenî Kanun bunu bir ilke hâlinde *"çocuk hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla* ***ana rahmine düştüğü andan başlayarak*** *elde eder"* şeklinde ifade etmiş (m.28/II), buna paralel bir hükmü de miras hukukunda MK. m.582/I de tekrarlamıştır. Kanun bu hükümlerinde, henüz doğmadan önceki aşamada dahi cenine medenî haklardan yararlanma, yani hak ehliyetini açıkça tanımış olmaktadır.

Hak ehliyeti, medenî haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı demektir. Bu itibarla cenin, *ana rahmine düştüğü andan itibaren* yasal mirasçı olabileceği gibi, lehine yapılmış olan bağışları ve vasiyetleri kazanma hakkına da sahip olur. Zaten MK. m.525 ve 583 hükümlerinden, cenine "artmirasçı atama suretiyle vasiyette bulunulabileceği", yani ceninin vasiyet alacaklısı (lehine vasiyette bulunulan) olarak tayin edilebileceği anlaşılır. Aynı şekilde ceninin, örneğin nafaka yükümünden doğan borçları, kendisine düşen mirastan doğan borçları veya mülkiyet hakkından doğan borçları da bulunabilir[15].

2) Hak Ehliyetinin Şartları

Medenî Kanun ceninin hak ehliyetini bazı şartlara bağlı olarak kabul etmiştir. Aşağıda bu şartlara değineceğiz:

a) Ceninin Varlığı

Ceninin hak ehliyetine sahip olabilmesi için var (mevcut) olması, yani *"ana rahmine düşmüş bulunması"* gerekir. Ceninin hangi andan itibaren varlık kazandığı, esas itibariyle tıp biliminin saptayacağı bir sorundur. Medenî Kanun tıp biliminin verilerinin ışığı altında gebeliğin en çok ***üçyüz gün*** devam edeceğini kabul eder (m.285, 302). Bu itibarla sağ olarak doğan bir çocuk, doğumundan itibaren geriye doğru hesaplanacak *üçyüzüncü günde cenin olarak varlık kazanmış, yani ana rahmine düşmüş sayılır* ve doğumuna kadar geçecek üçyüz günlük bu süreçte hak ehliyetine sahip olur. Örneğin bu süreçte kendisine yapılmış olan bir bağışı sağ olarak doğduğu anda kazanır; bu süreçte ölmüş olan yakınlarına da mirasçı olur.

---

(14) Bu kavram hakkında bk. aşağıda "Hak Ehliyeti" Bölümü.

(15) **Egger-Çernis,** sh.340.

b) Ceninin Sağ Doğması

Cenin ancak sağ doğmak şartıyla hak ehliyetine sahip olur. Ölü doğan cenin hiçbir zaman hak ehliyetini kazanmış sayılmaz. Zira ceninin hak ehliyetine sahip olabilmesinin ikinci kanunî şartı da *sağ olarak doğmasıdır*. Bu kanunî şart mahiyeti itibariyle geciktirici (talikî) şarta benzer bir şart olarak düşünülebilir. Bundan da şöyle önemli bir sonuç çıkar: Hak ehliyetinden doğan sonuçlara bağlanan hükümler, ceninin sağ doğma şartı gerçekleşinceye kadar askıda kalır; bu hükümler ancak doğumdan sonra kesinleşmiş olurlar. Mamafih bu hukukî sonuçlar MK. m.28/II uyarınca hükümlerini *ceninin ana rahmine düştüğü ana kadar geri götürürler,* yani hükümlerini o andan itibaren doğururlar ve cenin ana rahmine düştüğü anda hak ehliyetini kazanmış kabul edilir. Sağ olarak doğumuna kadar geçecek süreçte cenine düşen hakların olduğu gibi korunması için gerekli önlemlerin alınması lâzım gelir. Zaten biraz sonra açıklanacak olan MK. m.427 b.3 ve m.643 de bu hususla ilgili hükümler vardır.

Ceninin hak ehliyetinin kanunî bir şarta tâbi tutulmuş olmasından, pratik bakımdan çok önemli birtakım sonuçlar doğar. Şöyle ki: Cenine düşmüş olan miras payı, sağ olarak doğumundan sonra hemen ölmesi hâlinde kendi mirasçılarına geçer. Fakat ceninin ölü doğması hâlinde bu miras payı kendi mirasçılarına değil, ona miras bırakanın mirasçılarına geçer. Aynı şekilde cenin, örneğin doğumundan altı ay önce bağışlanan ve bankaya yatırılan bir miktar parayı sağ doğduğu anda kazanacak, fakat bu kazanma geriye doğru hüküm ve sonuç doğuracağından, paranın altı aylık birikmiş faizleri de cenine ait olacaktır.

B) CENİNLE İLGİLİ KORUMA ÖNLEMLERİ

Ceninin sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olduğunu kabul eden MK. m.28/II hükmünden aşağıdaki çeşitli sonuçlar çıkar:

1) Ceninin medenî haklara sahip olma hakkı vardır. Ceninin kazandığı bu hakların onun doğumuna kadar, oldukları gibi korunması gerekir. MK. m.427 b.3 bu tür önlemlerin alınması için gereken hâllerde cenine mahkemece bir kayyım atanmasını öngörür.

2) Evlilik dışı cinsel ilişki sonucunda varlık kazanan cenin adına doğumundan önce de babalık davası açılabilir (MK. m.303).

3) Cenine düşen miras payının olduğu gibi kendisine ulaşmasını sağlamak amacıyla mirasçılar arasında ceninin de bulunması durumunda mirasın paylaşılması (taksimi) onun doğumuna kadar ertelenir (m.643/I).

III- GELECEKTEKİ KİŞİLER

Medenî Kanun henüz ana rahmine düşmemiş, yani cenin olarak dahi varlık kazanmamış olan gelecekteki (müstakbel) kişiler hakkında da bazı hükümler getirmiştir. Bunların başlıcaları şunlardır:

1) Velâyetin kaldırılması ileride doğacak bütün çocukları da kapsar (MK. m.348/III).

2) Borç ödemeden aciz sebebiyle mirasçılıktan çıkarmanın (koruyucu ıskatın) geçerli olması için, çıkarılan altsoyun saklı payının yarısının onun doğmuş veya doğacak çocuklarına özgülenmesi şarttır (MK. m.513).

3) Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye (gelecekteki kişiye) artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir (MK. m.583/I).

§ 3. GERÇEK KİŞİLİĞİN SONU

Kişilik esas itibariyle ***ölümle birlikte*** *kendiliğinden sona erer*. Ölüm, insanın fizikî varlığı ile beraber hukukî kişiliğini de ortadan kaldırır. Doğal bir olay olan ölüm, hukuken önemli pek çok sonuç doğurur, hukukî durumların ve hakların süje değiştirmesini gerektirir. Bu bakımdan ölüm tıpkı doğum gibi bir *hukukî olay* mahiyetindedir. Ölümden özellikle miras ve aile hukuku bakımından önemli olan birtakım sonuçlar ortaya çıkar.

I- ÖLÜMÜN HUKUKÎ SONUÇLARI

A) MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN

Miras hukukundaki hükümlerin uygulanması için, ölüm olayının gerçekleşmiş olması zorunludur. Zira ölüm bir hak süjesi olan kişiliğin ortadan kalkması sonucunu doğurmak suretiyle, bu hak süjesine ait olan hak ve borçların geleceğiyle (akıbetiyle) ilgili sorunlar yaratır. Medenî Kanun'un sistemine göre miras ölümle açılır (m.575). *Ölenin bütün hak ve borçları bir kül (bütün) hâlinde ölüm anında kendiliğinden mirasçıla-*

rına geçer (MK. m.599/I). Mirasçılara geçen bu hak ve borçlar, ölenin para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tümü, yani malvarlığıdır. Malvarlıksal (mamelekî) olmayan haklar, yani kişilik hakları ile kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların pek çoğu mirasçılara geçmeyerek, ölümle birlikte kendiliğinden ortadan kalkmış olurlar.

B) AİLE HUKUKU BAKIMINDAN

Ölümle birlikte aile hukuku ile ilgili olan haklar da ortadan kalkarlar. Ölüm anında *evlilik birliği de kendiliğinden sona erer*; böylece ölenin eşi *"evli"* kişisel durumundan çıkarak *"dul"* kişisel durumuna girer ve yeni bir evlilik yapma imkânına sahip olur. Ölmüş olan ana veya babanın, çocukları üzerindeki *velâyet hakkı da* ölümle birlikte kendiliğinden sona erer. Buna karşılık ölüm, kan ve hatta kayın hısımlığından doğan bağı ortadan kaldırmaz (MK. m.18); nitekim ölenin dul kalmış olan eşi hakkında kayın hısımlığından doğan evlenme yasağı devam eder. Bu sebepledir ki sağ kalan dul eş, ölen eşin üstsoy veya altsoyu ile evlenemez (MK. m.129 b.2).

II- CESEDİN HUKUKÎ DURUMU

Ölümle birlikte gerçek kişilik kendiliğinden ortadan kalkmış olur. ***Ceset*** *artık hak süjesi değildir, fakat hukuk anlamında bir "eşya" mahiyetini de kazanmaz ve bir eşya gibi haklara konu olamaz*[16], örneğin mirasçılar tarafından satılamayacağı gibi, üzerinde diğer aynî haklar da kurulamaz. Ancak ölenin vasiyeti gereğince veya mirasçılarının hepsinin ittifak etmesi şartıyla cesedin, üzerinde bilimsel incelemeler yapılmak üzere bir bilim kurumuna verilmesi mümkündür[17] [18].

Cesedin geleceğinin (akıbetinin) ne olacağını, naaşının nasıl ve nereye defnedileceğini (gömüleceğini) mirasçılar kararlaştırırlar; Cenaze giderleri MK. m.507/II uyarınca terekeden ödenir. Terekeden sağlanamayan paranın mirasçılar tarafından ödenmesi gerekir. Bu husus Borçlar Kanunu'nun 53 üncü maddesi hükmünden örtülü olarak (zımnen) anlaşılır.

---

(16) **Egger-Çernis,** sh.342; **Enneccerus-Nipperdey** cesedi taşınır bir mal mahiyetinde görür, ancak cesedin edinilmeye elverişli (temellüke salih) bir mal olmadığını da kabul eder: sh.496.

(17) **Saymen,** sh.35; **Velidedeoğlu,** sh.144.

(18) Bu konuda ayrıca bk. yuk. İkinci Kısım, § 1.

III- ÖLÜM OLAYININ İSPATI

Ölüm olayının ne zaman gerçekleşmiş olduğunun kesin olarak bilinmesi, birçok bakımlardan önemlidir. Zira bir kimsenin mirasçısı olabilmek için, o kimsenin ölümü anında sağ olmak (hayatta olmak) gerekir (MK. m.580). Yeni bir evlenme yapabilmek için, ilk evliliğin ölüm dolayısıyla ortadan kalkmış olduğunun anlaşılması, daha doğru deyimle ispat edilmesi şarttır (MK. m.130). Bu sebepledir ki, bir kimsenin sağ veya ölü olması olgusundan kendi lehine haklar çıkarmak isteyen kişi, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (MK. m.29).

A) KİŞİSEL DURUM SİCİLİ

Ölüm olayı kural olarak kişisel durum siciliyle (nüfus kütük kayıtlarıyla) ispat edilir. Kişisel durum sicili kişisel durumların, doğum ve ölüm olgularının kaydedildiği, devletçe atanan memurlar tarafından tutulan sicildir (MK. m.36 vd.)[19]. Bu sicil MK. m.7 anlamında "resmî sicil" olduğundan, içeriğinin doğruluğu hakkındaki karineden yararlanır. Ancak, bu karine "adî karine", yani çürütülmesi mümkün olan karine niteliğinde olduğundan, kişisel durum sicilindeki kayıtların aksinin her türlü kanıtla ispatı kabildir[20].

Bazı durumlarda ve özellikle mirasçılık sıfatının söz konusu olduğu hâllerde, sadece bir kimsenin ölmüş olduğunun ispat edilmesi yeterli olmaz; çünkü bir kimsenin mirasçısı olabilmek için, onun ölümü anında sağ olmak veya hiç değilse "cenin" hâlinde bir varlık kazanmış bulunmak da gereklidir.

B) BİRLİKTE ÖLÜM KARİNESİ

Birbirinin mirasçısı olabilecek durumda olan iki kişiden hangisinin diğerinden daha önce ölmüş olduğunun belirlenmesi hukuk, özellikle de miras hukuku bakımından büyük önem taşır. Zira ikisi de aynı anda ölmüş olan iki kişiden hiçbiri diğerinin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı (lehine mal vasiyetinde bulunulanı) olamayacak, her ikisinin de mirası kendileri mevcut değilmiş gibi daha alt derecedeki mirasçılarına geçecek, vasiyet onu yerine getirmekle yükümlü olanların malvarlığına katılacaktır. Bu kişilerden birinin diğerinden daha önce ölmüş olduğunun anlaşılması hâlinde ise, diğerinden bir dakika bile sonra ölmüş olan kişi, kendinden daha önce ölmüş olanın mirasına konabilecek, kendisine vasiyet yoluyla bırakılmış olan belirli malın sahibi olabilecektir.

---

[19] Bu konuda bk. aşa. İkinci Kısım, Beşinci Bölüm.

[20] Bu konuda bk. yük Birinci Kısım, Beşinci Bölüm.

Ancak, aynı olayda ölmüş olan ve birbirinin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı durumunda bulunan birçok kişiden, hangisinin daha önce ölmüş olduğunun saptanmasına imkân bulunamazsa ne olacaktır? Bu sorun özellikle büyük ve genel kazalarda ölenler bakımından ortaya çıkar. Varsayalım ki bir sel baskınında veya bir trafik kazasında baba ve oğul ölmüşlerdir veya bir depremde karı ve koca enkaz altında kalarak can vermişlerdir. Birlikte uyuyan kardeşler ocaktan veya sobadan çıkan karbon monoksitten zehirlenmişlerdir; bir cinayet esnasında ana ve oğul öldürülmüşlerdir. Bu örneklerin birincisinde baba daha önce ölmüşse, mirası kendisinden sonra ölmüş olan oğluna kalacaktır. Oğul da babadan kısa bir süre sonra ölmüş olduğundan, babasından kendisine geçen miras, kendi malvarlığı (terekesi) ile birlikte eğer varsa karısı ve çocuklarına geçecek ve böylece babasının ana ve babası veya kardeşleri ölen oğullarının veya kardeşlerinin mirasından MK. m.495 uyarınca bir şey alamayacaklardır.

Bir kazada birlikte ölenlerden birinin diğerinden daha önce ölmüş olduğunu iddia eden kimse, bu iddiasını ispat etmek zorundadır; bunu her türlü kanıtla (delille) ispat edebilir. Fakat aynı kazada birlikte ölenlerden hangisinin daha önce ölmüş olduğunun ispat edilemediği hâllerde, sorun MK. m.29/II hükmüne göre çözümlenir. Gerçekten MK. m.29/II bu konuda bir karine getirmiştir. Buna göre ***"Birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü ispat edilemezse, hepsi aynı anda ölmüş sayılır"***. Buna ***"birlikte ölüm karinesi"*** denir. Bu karine de, Medenî Kanundaki diğer karinelerin çoğu gibi adî karine niteliğinde olduğundan, aksinin her türlü kanıtla (delille) ispatı, yani çürütülmesi mümkündür.

Birlikte ölüm karinesinden miras hukuku bakımından çok önemli olan şu sonuç çıkar: Birlikte ölenler aynı anda ölmüş sayılacaklarından, MK. m.580'deki ilke uyarınca birbirlerinin mirasçısı olamazlar. Her birinin mirası (terekesi) kendi mirasçılarına geçer. Örneğin yukarıda verdiğimiz örnekte baba ve oğul aynı anda ölmüş kabul edildiklerinden, babanın mirası, sağ kalan eşi ve başka altsoyu bulunmadığı takdirde ikinci parantele, yani kendi ana ve baba paranteline geçer; evli olan oğulun (çocuğun) mirası ise, sağ kalan eşine geçer[21]. Bu itibarla olayımızda ölen babanın

---

(21) Eğer bu örnekte a) Baba daha önce ölmüş olsaydı, mirasın MK. m.495 uyarınca oğluna ve onun da ölmüş olması dolayısıyla oğulun terekesi ile birlikte oğulun dul kalan karısına geçecekti, b) Eğer oğul daha önce ölmüş olsaydı, mirası MK. m.496 ve 499 uyarınca baba ve anasına ve karısına, babanın sonradan ölmüş olması dolayısıyla da anasıyla MK. m.496/II uyarınca kardeşlerine ve karısına kalacaktı.

ana ve babası veya onlar ölmüşlerse kardeşleri baba ile oğlunun aynı anda ölmüş olmaları sebebiyle mirasın kendilerine kaldığını iddia edecekler ve iddialarını ispat etmek üzere MK. m.29/II deki karineyi ileri sürmekle yetineceklerdir.

IV- SAĞLIĞI VEYA ÖLÜMÜ BİLİNMEYEN KİŞİLERİN DURUMU

Bir kimsenin sağ mı ölü mü olduğunun saptanması, bazı hâllerde oldukça güçtür. Örneğin aile ve iş ilişkilerinin toplandığı yerleşim yerini terk etmiş ve kendisinden uzun süreden beri haber alınamamış veya hayat deneyimlerine göre ölümle sonuçlanması olası ve hatta kesin olan bir kazada kaybolmuş ve hayatta mı, ölmüş mü olduğu hakkında hiçbir haber alınamamış bir kimse söz konusu olabilir. Oysa bu gibi durumlarda, söz konusu olan kişinin sağ ya da ölü olduğunun kesin olarak bilinmesinde, birçok kimsenin menfaati vardır. Zira bu kimseler aile hukukundan veya malvarlığı hukukundan doğan birtakım hukukî ilişkilerle o kişiye bağlı bulunabilirler veya miras hukuku ilişkileri söz konusu olabilir.

Medenî Kanun'umuz ölü mü sağ mı olduğu bilinmeyen (akıbeti meçhul olan) kişiler hakkında birtakım karineler kabul etmiştir. Bu karineler özellikle hakkını bir kimsenin ölümüne dayandıran kişilerin lehine olarak düşünülmüştür. Zira bu kişiler karinelerin uygulanması için gerekli olan şartların varlığı hâlinde, bu karinelere dayanacaklar ve bilinmeyen ölüm olgusunu ispat etmekten kurtulmuş olacaklardır. Bu karinelerin dayanağı olan olguların ispat edilmesiyle birlikte, sağlığı veya ölümü bilinmeyen kişinin ölmüş olduğu sonucu da karineyle kabul edilmiş olacaktır. Bu karineler i k i tanedir ve her ikisi de çürütülmeleri mümkün olan adî karine niteliğindedir.

A) ÖLÜM KARİNESİ

Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolmuşsa, cesedi bulunamamış olsa bile, elde ölümü veya sağlığı hakkında kanıtlar bulunmamasına karşın, kanundan ötürü gerçekten ölmüş sayılır. MK. m.31 de düzenlenmiş bulunan bu karineye ***"ölüm karinesi"*** denir.

1) Karinenin Uygulanma Şartları

Ölüm karinesinin uygulanabilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

a) Ölüme Kesin Gözle Bakılacak Durumlarda Kaybolma

Kişi öyle bir durum içinde kaybolmuş olmalıdır ki, hayattan edinilen deneyimlere göre bu durumdan (örneğin kazadan) sağ olarak kurtulmasının mümkün olmadığı kolaylıkla söylenebilsin. Örneğin düşmüş ve tamamen yanmış bir uçakta veya açık denizde yanarak batmış bir gemide yolculuk etmekte olan kişinin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek bir durumda (kazada) kaybolmuş olduğu kabul edilebilir.

b) Cesedin Bulunamamış Olması

Hayat deneyimlerine göre ancak ölümle sonuçlanabilecek, yani ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren böyle bir durumda (kazada) kaybolmuş bulunan kişinin cesedinin de bu durumdan (kazadan) sonra bulunamamış veya mevcut cesetler içinde teşhis ve tespit edilememiş (tanınamamış) olması gerekir. "Ancak iz bırakmaksızın vâki olan (gerçekleşen) ve mantıken ancak ölümle izahı kabil (izah edilebilir) olan ve başka türlü izah edilmesi mümkün bulunmayan"[(22)] bir kazada kaybolanlar hakkında ölüm karinesi uygulanır.

2) Ölüm Karinesinin Hükümleri

Ölüm karinesinin oluşması için gerekli olan şartların varlığı hâlinde, ölümü veya sağlığı bilinmeyen kişi, *kanunen ölmüş sayılır.* Kişinin ölü olarak kabul edilebilmesi için *ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur.* Kesin bir ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan kişinin kişisel durum sicilindeki (nüfus kütüğündeki) künyesine, o yerin en büyük mülkî âmirinin emriyle ölüm kaydı düşürülür (MK. m.44/I). Ölüm kaydının düşürülmesine ilişkin istemin (talebin) en büyük mülkî âmir tarafından kabul veya reddi hâlinde, ilgililere mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır (MK. m.44/II). İlgililer böylece dava yoluyla, ölümüne kesin gözle bakılan bir durumda (kazada) kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan kişinin gerçekten ölmüş mü, sağ mı olduğunun veya gerçek ölüm tarihinin saptanmasını da isteyebilirler.

Ölümüne kesin gözle bakılmayı haklı gösteren bir durum içinde kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan kişi, *karine ile ölmüş sayılır ve ölüme bağlanan bütün hukukî sonuçlar kendisi hakkında da uygulanır.* Gerçekten, bu kişinin mirası (terekesi) miras hukuku hükümlerine göre güvence (teminat) göstermelerine gerek olmaksızın mirasçılarına geçer; mevcut evliliği aynen ölüm olayında olduğu gibi kendiliğinden ortadan kalkar.

---

(22) **Egger-Çernis,** sh.350. Bu konuda ayrıca bk. BGE 50 I 550.

B) GAİPLİK KARARI - GAİPLİK KARİNESİ

Bazı durumlarda bir kimsenin sağ mı, ölü mü olduğu kesin olarak bilinmeyebilir. Örneğin bu kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolmuş değildir. Fakat kendisi yaşadığı alışılmış yerlerde görülmediği gibi, kendisinin ne olduğu, nerede bulunduğu hiç kimse tarafından bilinmemektedir, bu konuda kimsenin bilgisi yoktur. Örneğin bu kimse bir geziye çıkmıştır, fakat ailesi ve yakınları uzun süreden beri kendisinden hiçbir haber alamamışlardır. Bu kimsenin seyahat etmekte olduğu gemi batmıştır, fakat çok iyi yüzücü olan kişi kurtulanlar arasında yoktur. Bir başka olayda bir kimse sandalıyla balık avlamak üzere denize açılmıştır, fakat o günden sonra kendisini bir daha gören olmamıştır.

Bütün bu örneklerde ya kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan veya ölümüne olası (muhtemel) gözle bakılan bir durum içinde kaybolmuş olan bir kimse söz konusudur ve bu kişinin sağ mı, ölü mü olduğu bilinmemektedir. Hayatından yakınlarına bilgi vermeyen veya tehlikeli bir kaza geçirmiş olan kişinin ölmüş olması kadar, sağ olması olasılığı da vardır. Öte yandan, bu durumdaki bir kimsenin akıbetinin ne olduğunun, yani sağ mı, ölmüş mü olduğunun kesin olarak bilinmesinde birçok kimsenin menfaati vardır. Bunların başında o kişinin eşi ve çocukları, daha sonra da olası mirasçıları, alacaklıları ve borçluları gelir. Bunlar karşısında ve bu menfaatlere zıt olarak bizzat durumu bilinmeyen kişinin menfaatleri de söz konusudur[23]. Bu kişinin menfaati, haklarının olduğu gibi korunmasında, evlilik birliğinin ve çocukları üzerindeki velâyet hakkının ortadan kalkmamasındadır.

Görüldüğü gibi, nerede ve ne oldukları bilinmeyen bu kişilerin hukukî durumları ve menfaatleri üzerinde bir şüphe, bir belirsizlik vardır. Hukuk düzeni bu belirsizliği, daha açık deyimle bu istikrarsızlığı kaldırmak ve mevcut hukukî durumu aydınlatmak amacıyla bazı hükümler koymak zorundadır. Çeşitli hukuk sistemleri bu soruna çözüm getirirken değişik görüşlerden hareket etmişlerdir. Bazıları, durumu bilinmeyen kişinin

---

(23) **Gaip** teknik bir terim olup hakkında gaiplik kararı verilmiş bulunan kişiyi gösterir. Hakkında henüz böyle bir karar verilmemiş bulunan kişiyi göstermek üzere biz biraz uzun olmakla beraber "durumu bilinmeyen kişi" (akıbeti meçhul olan kişi) terimini kullanacağız. Yeni Medenî Kanun ise m.131 de **"kaybolan"** terimini kullanıyor. **Prof. Göktürk** bu anlama gelmek üzere **"yitik"** terimini kullanır: Türk Medenî Hukuku, 1. Kitap Şahsın Hukuku, Ankara 1954, sh.164, dn.4 ve sh.165, dn.5.

menfaatini koruma düşüncesiyle geçici olarak bu kişi hakkında alınacak önlemlerin, zamanla kesinlik kazanacağını kabul etmişlerdir: Fransız, Türk ve İsviçre sistemleri böyledir. Bazıları ise, diğer kişilerin menfaatlerini daha fazla koruma düşüncesiyle ölüm beyanı sistemini benimsemişlerdir[24].

1) Ölüm Beyanı Sistemi

Alman Medenî Kanunu'nun sistemi olan ölüm beyanı *(Todeserklaerung, déclaration de la mort)* sisteminde, kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan veya ölümüne olası gözle bakılan hâller içinde kaybolmuş bulunan kişiler hakkında, ilgililerin başvurusu üzerine mahkeme tarafından belli bir yapay ölüm günü belirlenir (Alman Gaiplik Kanunu, m.3 vd.)[25]. Kişi belirlenen bu yapay ölüm gününe kadar sağ, bugünden sonra da ölmüş sayılır. Başka bir ifadeyle bu kişi hakkında yapay ölüm gününe kadar *"sağlık karinesi"*, bugünden itibaren de *"ölüm karinesi"* geçerli olur (Alman Gaiplik Kanunu, m.9, 10). Bu ölüm karinesinin çürütülmesi, yani aksinin ispat edilmesi ancak açılacak bir dava ile mümkün olabilir[26].

Ölüm beyanı sisteminde, durumu bilinmeyen kişi mahkemece belirlenen belli günden (yapay ölüm gününden) itibaren ölmüş sayılacağı içindir ki, kişinin mirası da bu yapay ölüm gününde açılır. Mirasçıları güvence vermeye gerek kalmaksızın terekeye (mirasa) el koyarlar. Evlilik birliği herhangi bir işleme gerek kalmaksızın yapay ölüm gününde kendiliğinden ortadan kalkmış olur[27].

2) Gaiplik Kararı Sistemi

Bu sistem Fransız Medenî Kanunu ile Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının benimsediği sistemdir. Zaten bu sistem Türk hukukuna Fransız Medenî Kanunu'ndan gelmiştir. Gaiplik kararı sistemi, Alman sistemine, yani ölüm beyanı sistemine oranla çok daha yalın ve mantıksaldır. Bu sistemde ne yapay ölüm günü ne de bugüne kadar sağlık veya ölüm karineleri mevcuttur.

---

(24) Bu konularda bk. **Staudingers** Kommentar, Berlin 1957, sh.147; **Planiol-Ripert,** sh.50 vd.

(25) BGB nin bu konuyla ilgili olan hükümleri ilga edilerek ayrı bir Gaiplik Kanunu *(Verschollenheitsgesetz)* çıkarılmıştır. 1951 yılında yürürlüğe girmiş olan bu kanun yine ölüm beyanı *(Todeserklaerung)* sistemine sadık kalmıştır.

(26) **Enneccerus-Nipperdey, sh.366 vd.**

(27) Bu konularda daha fazla açıklama için bk. **Frey, Alfred:** Die Rechtssellung des Vershollenen, Zürich 1948, sh.40 vd.; Staudingers Kommentar, sh.165 vd.

Gaiplik kararı sisteminin bütün özelliği, *ispat yüküne ilişkin kuralların ters çevrilmiş olmasında* görülür[28]. Gerçekten, ispat yükü kurallarına göre, bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu iddia eden kişi, bu iddiasını ispat etmek zorundadır (MK. m.6). Bu itibarla durumu bilinmeyen kişinin sağ veya ölü olduğunu iddia eden kimse, bu iddiasını ispat etmelidir. Fakat gaiplik kararı sisteminde, belli bazı şartların gerçekleşmiş olması dolayısıyla bir kişi hakkında gaiplik kararı alındıktan sonra, o kişinin ölümüne dayanan kimsenin artık bu iddiasını ispat yükünden kurtulacağı kabul olunur. Buna karşılık ispatla yükümlü olan kişi, *gaibin hayatta olduğunu iddia edendir*. Böylece gaiplik kararından sonra kişinin ölmüş olduğu hakkında kanunî bir karine varlık kazanır. ***"Gaiplik karinesi"*** denilen bu karine de adî karine niteliğindedir. Karinenin aksini iddia eden, yani onu çürütmek isteyen kimse, gaibin hayatta veya şu ya da bu tarihte ölmüş olduğunu her türlü kanıtla ispat edebilir[29].

3) Medenî Kanun'un Gaiplik Kararını Düzenleme Biçimi

Medenî Kanun gaiplik kararını m.32 vd. ve m.584 vd. da düzenlemiştir.

a) Gaiplik Kararının Verileceği Hâller

Medenî Kanun, durumu bilinmeyen kişi hakkında i k i hâlden her birinde gaiplik kararı verilmesinin hâkimden istenebileceğini öngörmektedir (m.31). Bu *alternatif hâlleri* aşağıda ele alacağız:

aa) Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Durumu bilinmeyen kişi uzun zamandan beri, genellikle bulunması gereken alışılmış yerlerde ve özellikle yerleşim yerinde ve konutunda bulunmamaktadır; yerleşim yerinden hiçbir haber bırakmadan ayrılmıştır ve nerede olduğu ve akıbeti (hayat ve mematı) hakkında herhangi bir bilgi edinilememiştir. Kişinin hâlen nerede olduğu bilinmediği gibi, bu bilinmezlik ve kendisinden haber alınamama durumu da uzun zamandan beri devam etmektedir. Örneğin bir kimse, gezi amacıyla veya çalışmak üzere Amerika Birleşik Devletleri'ne gitmiş, oradan ailesine sadece bir mektup göndererek adresini bildirmiş, bundan sonra hiç mektup veya haber göndermemiştir. Adresine ailesi tarafından gönderilen mektuplar geri gelmekte ve adreste böyle bir kimsenin oturmadığı bildirilmektedir; bu kimse hakkında hiçbir bilgi yoktur ve bu durum da beş yıldan beri devam etmektedir.

---

(28) İspat yükü hakkında bk. yuk. Birinci Kısım, Beşinci Bölüm.

(29) Fransız sistemi hakkında bk. **Frey,** sh.62 vd.; **Planiol-Ripert,** sh.53 vd.

bb) Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Durumu bilinmeyen kişinin geçirmiş olduğu bir kazadan kurtulmuş olup olmadığı belirsizdir (meçhuldür). Sağ olduğu kadar ölmüş olması olasılığı da vardır. Bununla beraber kişi öyle bir kaza içinde kaybolmuştur ki, normal hayat deneyimleri bu kazadan sağ kurtulma olasılığının oldukça az olduğunu göstermektedir. Her ne kadar bu kaza sonucunda kişinin ölmüş olmasına kesin gözüyle bakılmasa da ölümü hakkında kuvvetli olasılık vardır. Örneğin denizde bir sandalla gezintiye çıkan ve bir daha geri dönmeyen ya da avlanmak amacıyla ormana giden ve izine bir daha rastlanmayan bir kimse kadar, sahile yakın bir yerde batan bir gemide bulunan veya bir dağa tırmanan ve ne olduğu bilinmeyen bir kimsenin de durumu böyledir. Aynı şekilde, savaş veya isyan alanında bulunan kişinin[30] veya savaşa katılmış olan bir askerin durumu da yukarıdakilerin durumundan farklı değildir. Kaybolmanın gerçekleşmiş olduğu bu örnek durumlara, kazanın gerçekleştiği andan bu yana devam eden habersizlik de eklenince, ölüme çok olası gözle bakılabilmek gerekir[31], yani kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık vardır denebilir.

Sonuç olarak ifade edelim ki, gaiplik kararının verilebilmesi, yukarıdaki iki hâlde de kişinin ölümü hakkında k u v v e t l i olasılığın varlığına bağlıdır.

b) Gaiplik Kararının Şartları

Gaiplik kararının verilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Aşağıda bu şartlara değineceğiz:

aa) Süre

Gaiplik kararı verilebilmek için bir kimsenin sağ mı, ölü mü olduğu *uzun zamandan beri* bilinememelidir, yani kendisi hakkında alınmış olan son bilgiden itibaren uzunca bir süre geçmiş olmalıdır. Hiçbir bilgi edinilmeden böyle uzunca bir sürenin geçmiş olması, kişinin sağlığı hakkında ciddî şüpheler uyandırmaya yeterlidir. Bu sebeple, bu kişinin hayatından artık ümit kesilebilirse de onun ölmüş olması kadar sağ olması olasılığı da vardır. İşte, Medenî Kanun habersiz geçen böyle uzunca bir süreden sonradır ki, gaiplik kararı verilmesinin istenebileceğini öngörmektedir. Gaiplik kararının verilebilmesi için, her iki hâlde de kişi hakkında az çok uzunca bir habersizlik süresinin geçmiş olması gerekecektir. Bu süre her iki hâlde

---

(30) 2. HD. 5.12.1952, 3997/3502, **Olgaç, S.**: Kazaî ve İlmî içtihatlarla Türk Kanunu Medenîsi, C. l, Ankara 1956, sh.84.

(31) **Egger-Çernis,** sh.354.

de aynı değildir. Zira her iki hâlde de kişinin hayatından aynı derecede kuvvetle ümit kesilmez. Bu sebepledir ki, gaiplik kararının istenebilmesi için, son haber alma tarihinden itibaren geçen sürenin daha uzun olması mantıksaldır. Gerçekten, MK. m.33' e göre, *son haber alma tarihinden itibaren* ***b e ş yıl*** geçmeden gaiplik kararının verilmesi istenemez. Bu süre *ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda* ***bir yıl*** dır[32].

Sürelerin başlangıcı, en son haber alma tarihi veya kaybolma olayının gerçekleştiği gündür.

bb) İstem

Medenî Kanun gaiplik kararını düzenlerken, bu kararın verilmesinde menfaati bulunan kişiler ile durumu bilinmeyen kişinin menfaatini dengelemeye, onlar arasında bir ahenk kurmaya çalışır. Bu itibarladır ki, gaiplik kararının "resen" değil, ancak ilgililer tarafından yapılacak bir istem üzerine verileceğini kabul eder (m.32/I). Medenî Kanun'a göre ancak *"hakları ölüme bağlı kimseler"* gaiplik kararının verilmesi için istemde bulunabilirler.

Hakları ölüme bağlı olanlar kimlerdir sorunu da yine bu görüşten hareket edilerek çözümlenmek gerekir. Bu kişiler genel olarak bir kimsenin ölümüyle bir hak kazanacak veya bir yükümlülükten kurtulacak olan kişilerdir. Gaiplik kararı gaibin menfaatlerine esaslı şekilde zarar veren bir durum niteliğinde olduğundan, MK. m.32/I hükmü dar bir yoruma tâbi tutulmalıdır.

Hakları ölüme bağlı kimseler esas itibariyle sağlığı veya ölümü bilinmeyen kişinin eşi, yasal ve atanmış mirasçıları, vasiyet alacaklıları (lehine vasiyette bulunulmuş olanlar), durumu bilinmeyen kişi ile birlikte mirasçı olanlar veya onun yüzünden mirasa katılamayacak olanlardır (MK. m.586)[33].

Sağlığı veya ölümü bilinmeyen kişiye BK. m. 292 anlamında cayma (rücu) şartıyla bağışlamada bulunmuş olan kimsenin de böyle bir hakkı olması gerekir.

En son yasal mirasçı olması itibariyle devlet de hakları ölüme bağlı kişiler kategorisine girdiğinden, gaiplik kararı verilmesi konusunda devletin de istemde bulunma hakkını kabul etmek gerekir[34]. Devletin gaiplik kararının verilmesini isteme konusunda i k i türlü yetkisi vardır:

---

(32) Bu konularda bk. **Frey,** sh.78 vd.

(33) Bu konuda ayrıca bk. **Saymen,** sh.49 vd.

(34) Adalet Bakanlığının 23.7.1945 tarih ve 24/85 sayılı genelgesi de bu görüşü desteklemektedir: **Tepeci, Kâmil:** Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenîsi, Ankara 1955, sh.47; **Escher,** Kommentar, Bd. II, 1937, sh.528.

Bu yetkilerden birincisi, onun *"mirasçılık sıfatından"* doğar (MK. m.501). Devletin bu sıfatla gaiplik kararı verilmesi isteminde bulunabilmesi için, kendisinden önce mirasçı olacak kimselerin veya durumu bilinmeyen kişinin eşinin mevcut olmaması lâzımdır[35].

Devletin gaiplik kararı verilmesini isteme hususundaki diğer yetkisi ise, ikincil (talî) niteliktedir ve *hiçbir mirasçının gaiplik kararı verilmesi konusunda istemde bulunmamış olması hâlinde* söz konusu olabilir. Devlet, Medenî Kanun'un 588 inci maddesinde düzenlenen bu yetkisini sağ mı, ölü mü olduğu bilinmeyen ve malvarlığı veya kendisine düşmüş olan miras payı on yıldan beri mahkeme eliyle resmen yönetilen kişilerle, mallarının yönetimi on yıldan az olmamakla birlikte bu süre dolmadan önce yüz yaşını dolduracak olan kişiler hakkında kullanabilir. Bu durumda gaiplik kararının verilmesi şartlarının, yani MK. m.32 vd. da öngörülen şartların gerçekleşmiş olmasına da lüzum yoktur[36]. Durumu bilinmeyen *kişinin alacaklılarının* gaiplik kararı verilmesi konusunda istemde bulunma haklarının olup olmadığı tartışmalıdır[37]. Onlara da bu hakkın tanınması yerinde olur kanısındayız.

cc) Mahkeme Kararı

Gaiplik kararı mahkeme tarafından verilir. Bu konuda *yetkili mahkeme,* durumu bilinmeyen kişinin 'Türkiye'de son yerleşim yeri mahkemesidir (MK. m.32/II). Zira kişinin aile ve iş ilişkileri yerleşim yerinde toplandığına göre, kendisini en iyi tanıyan ve kendisi hakkında en fazla bilgi sahibi olan kimseler de orada bulunur. Durumu bilinmeyen kişi eğer Türkiye'de hiç yerleşmemişse yetkili mahkeme, nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir (MK. m.32/II).

Gaiplik kararının verilmesi konusunda *görevli mahkeme* hakkında Medenî Kanunda bir açıklık yoktur. Görev hakkındaki genel ilkeler uyarınca görevli mahkemenin asliye mahkemesi olması gerekir[38].

c) Gaiplik Kararının Verilmesinde İzlenecek Usul

Gaiplik kararının verilmesinde izlenecek yargılama usulü az çok MK. m.33 vd. ile düzenlenmiştir. Bu maddeler uyarınca kararın verilmesi için aşağıdaki şartlar aranır:

---

(35) **Escher,** ibid.

(36) **Escher,** ibid.

(37) Bu konuda bk. **Frey,** sh.81; **Egger-Çernis,** sh.365; **Rossel:** Manuel du droit civil suisse, 1.1, Géneve 1922, sh.110.

(38) Aynı görüş **Saymen,** sh.49.

aa) *İlgililer Tarafından Yetkili Mahkemeye Başvurma*

Gaiplik kararının verilmesinde ilgili olan kişiler MK. m.31/I, m.586 ve m.588'e göre belirlenir. Hâkim, gaiplik kararı verilmesi isteminde bulunan kişinin böyle bir istemde bulunma hakkının olup olmadığını, gaiplik kararının sebep ve şartlarının bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır. Bunların mevcut olması hâlinde istem kabul edilir.

bb) İlân

Şartların mevcut olduğu saptandıktan sonra mahkemece gaiplik işlemine girişilmek üzere bir ilân yapılır. İlândan amaç, bir taraftan durumu bilinmeyen kişinin mirasının açılması ve bu suretle haklarının tasfiyesi sonucunu doğuracak gaiplik kararından önce, durumdan kendisini haberdar ederek ortaya çıkmasını sağlamaktır. Diğer taraftan da, durumu bilinmeyen kişi hakkında bilgisi bulunanların mahkemeye davet edilmesiyle, bu kişinin durumunu kesin olarak saptamak imkânının sağlanmasıdır. İlân açık olarak (alenen) kamuya karşı yapılır. Bu itibarla "resmî ilân" niteliğindedir. Medenî Kanun'a göre ilânın *en az iki kere yapılması şarttır* (m.33/II). Hâkim, ilân süresini hâl ve şartları göz önünde bulundurmak suretiyle takdir yetkisine dayanarak belirler. Ancak, *iki ilân arasında geçecek süre* ***altı aydan az olamaz*** (MK. m.33/III). Yani gaiplik kararı, ilk ilândan itibaren altı ay geçtikten sonra yapılacak ikinci bir ilânın süresi dolduktan sonra verilebilecektir.

Yapılan ilân üzerine aşağıdaki ü ç farklı durumla karşılaşılabilir:

- İlân üzerine durumu bilinmeyen kişi bizzat çıkıp gelebilir veya sağ olduğunu mahkemeye bildirebilir.
- Durumu bilinmeyen kişi hakkında bilgi sahibi olanlar, kişinin sağ veya ölmüş olduğunu mahkemeye bildirebilirler.

Yukarıdaki iki hâlde de durumu bilinmeyen kişinin sağ veya ölmüş olduğu kesinlikle belirlenmiş olacağından, hakkında gaiplik kararı verilmesine gerek kalmaz. Diğer bir deyişle, *"gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınırsa ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer"* (MK. m.34).

- İlân sonuçsuz kalabilir; yani durumu bilinmeyen kişi hakkında herhangi bir bilgi elde edilemez. Bu takdirde bu kişi hakkında gaiplik kararı verilir ve karar hâkimin bildirmesi üzerine ölüm kütüğüne kaydolunur (MK. m.35/I, 45).

cc) Yargılama Usulü

Gaiplik kararının verilmesi çekişmeli yargıya (nizalı kazaya) girmez; yani herhangi bir kimseye karşı dava açılmasına gerek yoktur. Gaiplik kararı çekişmesiz yargı (nizasız kaza) hakkındaki yargılama usulüne göre verilir.

d) Gaiplik Kararının Mahiyeti

Durumu bilinmeyen kişi mahkemece gaiplik kararının verildiği andan itibaren ***gaip*** kişisel durumunu alır. Kişinin gaipliğine karar verilmiş olması, onun ölmüş olduğunun mahkeme kararıyla tespit edilmiş olması anlamına gelmez. Gaiplik kararı kişinin ölmüş olabileceğine ancak bir "karine" mahiyetindedir[39]; yani *bu kararla beraber* ***gaibin ölmüş olduğu*** *karine olarak kabul edilir*. Ancak, gaiplik kararı niteliği itibariyle "adî" bir karine olmaktan da ileri gidemez. Bu bakımdan her ilgili, gaibin hâlen sağ olduğunu veya şu ya da bu tarihte ölmüş bulunduğunu iddia ve her türlü kanıtla ispat ederek bu karineyi çürütebilir.

e) Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları

Gaiplik kararının en önemli hükmü, doğurduğu hukukî sonuçların *geçmişe etkili* (makable şâmil) olmasında görülür. Gerçekten gaiplik kararı, verildiği andan itibaren değil, fakat kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hukukî sonuçlar doğurmağa başlar. Diğer bir deyişle gaiplik kararı, *hükümlerini gaipten alınan son haber tarihine veya ölüm tehlikesi içinde kaybolma anına kadar geri götürür* (MK. m.35/II). Durumu bilinmeyen kişinin belirtilen "bu anlarda" ölmüş olduğu karineyle kabul edilir.

Medenî Kanun gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş değildir. Kanun gaipliğe ilişkin maddelerinde bu hükümlere hiç değinmeyerek sadece *"ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır"* demekle yetinmiştir (m.35/I). Bu konuda daha ayrıntılı hükümleri miras hukukunda bulmak mümkündür (MK. m.584 vd.). Zira gaiplik kararının özellikle miras hukukuyla ilgili olan hükümleri önemlidir. Gaiplik kararının hükümlerini incelerken, onun ölüme karine oluşturduğu ve geçmişe etkili sonuçlar doğurduğu esasından hareket etmek gerekir.

Gaiplik kararının hükümlerini inceleyebilmek için, gaiplik kararını ü ç aşamaya ayırmak yerinde olur[40].

---

(39) **Escher,** ibid; **Egger-Çernis,** sh.359.

(40) **Tuor,** sh.84; **Oğuzoğlu,** sh.233.

aa) İlk Aşama: Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama: İhtiyatî Tedbirler Aşaması

Gaiplik kararının verilmesinden önceki aşama, durumu bilinmeyen kişiden alınan son haberden veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği andan, gaiplik kararının verildiği ana kadar geçen süreçtir. Bu aşamada kişinin sağ mı, ölü mü olduğu bilinmemektedir. Ölmüş olması kadar, sağ olması olasılığı da vardır. Bu itibarla, bu kişinin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla gerekli önlemlerin alınması gerekir. Bu önlemler onun menfaatlerini olduğu kadar, gerektiğinde üçüncü kişilerin menfaatlerini de koruma amacını güder: Örneğin durumu bilinmeyen kişinin velâyeti altındaki çocukların korunması düşüncesiyle, gerekiyorsa bir vasi atanarak çocuklar vasinin gözetimine bırakılır. Eğer durumu bilinmeyen kişi evvelce vasi olarak atanmış idiyse, üzerindeki vesayeti yürütmek üzere yeni bir vasi atanması yoluna gidilir.

Durumu bilinmeyen kişinin sağ olması da olası olduğundan, bu aşamada onun malvarlığı *mirasçılarına geçmez.* Ancak, mallarının olduğu gibi korunması için gerekiyorsa, malları yönetmek üzere MK. m.427 b.l uyarınca bir kayyım atanabilir.

Durumu bilinmeyen kişinin sağ mı, ölü mü olduğu bilinmediğinden, bu aşamada kendisine düşen miras payı, ne kendisinin olası mirasçılarına ne de mirasbırakanın mirasçılarına teslim edilmeyip, mahkeme tarafından resmen yönetilir (MK. m.586/I, 588).

Bu aşamada alınan önlemler sürekli olmayıp geçicidir. Zira bu aşama, er veya geç sona erecek olan geçici bir aşama mahiyetindedir. Zaten ***"ihtiyatî tedbirler aşaması"*** ismi de bu özelliğinden ileri gelir. Bu aşama, durumu bilinmeyen kişinin günün birinde bizzat çıkıp gelmesiyle, sağ veya ölü olduğunun anlaşılmasıyla ya da mahkeme tarafından gaiplik kararının verilmesiyle sona erer.

bb) İkinci Aşama: Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama: Güvence ya da Geçici Zilyetlik Aşaması

Gaiplik kararının en önemli aşaması bu aşamadır. Gaiplik kararının mahiyeti ve hükümlerinin geçmişe etkili olması, özellikle bu aşamanın incelenmesiyle daha berrak bir şekilde ortaya çıkar. Zira gaiplik kararının verilmesiyle birlikte, artık kişinin ölmüş olmasına çok olası gözle bakılır ve ölümü karineyle kabul edilir. Bununla beraber, bu karineden Medenî Kanun tarafından Fransız hukukunda olduğu gibi tam anlamıyla man-

tıksal sonuçlar çıkarıldığı da söylenemez. Zira gaiplik kararıyla birlikte gaibin mirasının açılacağını kabul eden Medenî Kanun'umuz (m.35/I, 575), aynı kararla evlilik birliğinin kendiliğinden ortadan kalkacağını kabul etmemektedir. Bundan da gaibin[41] eşinin, kendisiyle evli kalmakta devam etmesine karşın, onun mirasçısı olması gibi mantıksal açıdan kabulü mümkün olmayan bir sonuç çıkmaktadır. Oysa Fransız Medenî Kanunu, 1977 yılında yapılan değişiklikten önce gaiplik kararından sonra mirasçıların, mirasçı sıfatıyla değil, fakat mal emanet edilen (emanetçi, *dépositaire*) sıfatıyla gaibin terekesine el koyacaklarını kabul ediyordu (m.125)[42].

Gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını aşağıdaki iki bakımdan incelemek gerekir:

aaa) Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar

Gaiplik kararının verilmesiyle birlikte *gaibin mevcut evliliği kendiliğinden* ***ortadan kalkmaz;*** zira gaibin ölmüş olduğu kesinlikle söylenemez. Onun hakkında ölmüş olduğuna ilişkin sadece adî bir karine mevcuttur. Bu itibarladır ki, Medenî Kanun'umuz bu konuda özel bir düzenleme yapmayı, örneğin evliliğe son verip vermeme konusunda karar verme hakkını gaibin eşine bırakmayı uygun görmüştür. Gaibin sağ olma olasılığı da söz konusu olabildiğinden, gaibin eşi evliliği devam ettirmekte bir yarar görebilir.

Evliliğin ortadan kaldırılabilmesi için, Önceki Medenî Kanun'umuz 94 üncü maddesinde gaibin eşine şöyle bir imkân tanımıştı: Gaibin eşi gaiplik kararının verilmesine ilişkin dava ile birlikte evliliğin feshine de karar verilmesini isteyebilirdi veya gaiplik kararından sonra açacağı ayrı bir "evliliğin feshi davası" ile aynı sonucu elde edebilirdi. Bu iki hâlde de mevcut evlilik hâkimin evliliğin feshine karar vermesiyle ortadan kalkmış oluyordu.

Sonucu aynen böyle düzenlemiş olan Önceki Medenî Kanun'un 94 üncü maddesinde 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla bir değişiklik yapıldı. Eski madde hükmünün II. fıkrası bu değişiklikle aşağıdaki hâle getirildi:

---

(41) Medenî Kanun hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişiyi ***"kaybolan"*** şeklinde ifade ediyor (m.131). Fakat biz bunun yerine alışılmış olması itibariyle ***"gaip"*** terimini kullanmaya devam edeceğiz.

(42) **Planio-Ripert**, sh.72 d.

"Gaibin karı veya kocası ya gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini ister ya da gaiplik kararı verilip de nüfusa tescil edilmiş ise ***nüfus idaresine müracaat ile*** *evliliğin feshinin tescilini talep eder. Bu tescil evliliğin feshinin tüm neticelerini hasıl eder".*

Yapılan bu değişiklik doktrinde büyük ölçüde eleştirilere uğradı[43]. Madde birinci fıkrasında *"Gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı, evlilik feshedilmedikçe evlenemez"* hükmünü içerirken, ikinci fıkrayla getirilen yeni hüküm *Nüfus İdaresine evliliği feshetme yetkisi tanımış olmaktaydı* ki, bunu Medenî Kanun'un sistemiyle bağdaştırmak mümkün değildi. Daha doğrusu bu değişiklikle aynı madde içerisinde çelişik bir durum yaratılmış oluyordu. Bu değişikliğin gaibin eşine kolaylık ve usul ekonomisinde tasarruf sağlamak amaçlarıyla yapılmış olduğu ileri sürülebilmekte idiyse de böyle bir savunma evliliği feshetme yetkisinin yargı organının yanında, idarî bir organa da tanınmış olmasını haklı gösteremezdi. Bu değişiklikle gaibin eşi gaiplik kararının verilmesinden sonra ayrıca bir dava açmak zorunda kalmadan Nüfus İdaresine başvurmak suretiyle mevcut evliliğine son verdirebilecekti. Doktrinde, Yargıya ait bir yetkinin İdareye tanınması gibi hiç de isabetli olmayan ve kanunun sistemine ters bakan bu değişikliğin kaldırılarak maddenin eski hâline getirilmesinde büyük yarar olduğu kanısı dile getiriliyordu.

Yeni Medenî Kanun'umuz haklı olarak ağır eleştirilere uğramış olan bu değişikliği uygun görmeyerek 131 inci maddesini, Önceki Medenî Kanun'un 94 üncü maddesinin değişiklikten önceki durumuna benzer biçimde kaleme aldı: ***"Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir davayla isteyebilir."***

Evlilik birliği feshedilmek suretiyle ortadan kalktıktan sonra gaibin geri gelmesi hâlinde eski eşiyle yeniden birleşebilmesi için, yeni bir evlenme sözleşmesini (nikâh işlemini) yapması zorunludur[44]. Yoksa feshedilmiş olan eski evlilik gaibin geri gelmesiyle birlikte kendiliğinden geçerlilik kazanmış olmaz.

Velâyet ve vesayet hakkında ilk aşamada alınmış olan geçici önlemler bu aşamada kesin bir durum kazanabilir veya hâkim gerektiğinde onların yerine kesin mahiyette başka önlemler alabilir.

---

(43) Bu konuda bk. **Arpacı, Abdülkadir:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993, sh.180; **Zevkliler,** sh.509.

(44) Bk. **Frey,** sh.88 vd.

bbb) Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar

Gaiplik kararının verilmesiyle birlikte gaibin mirası da kendiliğinden açılır; ölüme bağlı haklar tıpkı gaibin ölümü gerçekleşmiş gibi kullanılır (MK. m.35/I); yani terekesi sanki gaip gerçekten ölmüş gibi mirasçılarına geçer.

Kimlerin gaibin mirasçısı sıfatıyla terekesine el koyacağının belirlenmesi önemlidir. Bir kimseye mirasçı olabilmek için, onun ölümü anında sağ (hayatta) olmak lâzımdır. Kimlerin gaibe mirasçı olacağının belirlenmesinde, gaiplik kararının geçmişe etkili olduğu esasından hareket edilir; yoksa gaibin mirasçıları gaiplik kararının verildiği ana göre belirlenmez. Kimlerin mirasçı olacağının belirlenmesi bakımından önemli olan an, *"gaipten son haber alma anı"* veya *"ölüm tehlikesinin oluştuğu an"*dır. Bu anlarda hayatta olan ve MK. m.495 ve m.516 hükümleri gereğince gaibin mirasçısı durumunda bulunan kişiler, gaibin terekesine el koyabilirler.

Bununla beraber, gaipliğine karar verilmiş olsa dahi, yine de gaibin hayatta olması ve günün birinde çıkıp gelmesi olasılığı gözden kaçırılmamalıdır. Gaip bizzat gelmese bile, her zaman mirasına el koymuş olan mirasçılardan daha üstün dereceli mirasçıların çıkıp gelme olasılığı vardır. Örneğin gaibin mirasına en yakın mirasçı olarak kardeşleri el koymuştur diyelim. Oysa yabancı bir ülkeye gitmiş olan ve orada evlenmiş bulunan gaibin yurtdışında doğmuş olup varlığı bilinmeyen bir çocuğunun günün birinde yurda dönmesi mümkündür.

İşte, bütün bu olasılıkları göz önünde tutan kanun koyucu, bizzat gaibin veya daha üstün bir mirasçısının çıkıp gelebileceği düşüncesiyle, terekenin mümkün olduğu ölçüde heder olmadan aynen kendisine veya daha üstün mirasçılarına geri verilmesini (iadesini) sağlamaya yarayan önlemleri de almıştır. Gerçekten, MK. m.584 uyarınca, gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler gerektiğinde mirası bizzat gaibe veya kendilerinden daha üstün derecedeki hak sahiplerine geri vereceklerine dair *güvence (teminat) göstermek zorundadırlar.*

İkinci aşamanın özelliği, mirasa güvence karşılığında el koymak olduğundan, bu aşamaya ***"güvence aşaması"*** denir.

Gaibe birinci aşamada düşen ve mahkeme eliyle resmen yönetilmekte olan mirasın durumu (akıbeti) ne olacaktır?

Gaiplik kararının hükmü geçmişe etkilidir. Gaibin, kendisinden alınan son haber tarihinde veya ölüm tehlikesinin oluştuğu anda ölmüş oldu-

ğu karine ile kabul edilir. Bu bakımdan gaibin bu tarihten sonra mirasçı olabilme ehliyeti de artık ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü onun, kendisine miras bırakmış olandan daha önce ölmüş olduğu, yani mirasbırakanın ölümü anında hayatta (sağ) olmadığı kabul edilmektedir. Bu sebepledir ki, birinci aşamada gaibe düşmüş olan ve MK. m.586 uyarınca mahkemece resmen yönetilmekte olan miras, kendi mirasçılarına geçmez; kendisine miras bırakmış olanın mirasçılarına geçer. Başka bir deyişle, bu miras payını gaip dolayısıyla mirasçı olmayanlar kazanırlar (MK. m.586). Bu miras payına onlar da MK. m.586 uyarınca ancak güvence karşılığında el koyabilirler. Örneğin birinci aşamada gaibin babası ölmüş ve mirası tek mirasçı olarak altsoyu gaibe geçmişti diyelim. Gaibe geçmiş olan bu miras, gaiplik kararının verilmesinden sonra, babasının ölümü sırasında gaibin hayatta olduğunun varsayılmasından dolayı mirasçı olamamış bulunan büyük ana ve büyük babasına, onlar da ölmüşse amca ve halalarına, yani gaibin babasının gaibin dışındaki diğer mirasçılarına verilecektir.

Güvence aşaması normal olarak *gaibin çıkıp gelmesi veya sağ olduğunun öğrenilmesi anında* sona erer. Bu durumda, gaibin mirasına güvence karşılığında el koymuş olanlar, mirası gaibe geri vermekle yükümlüdürler.

Güvence aşamasının diğer bir son bulma hâli de kanundan doğar. Gerçekten, MK. m.584 hükmünden anlaşılacağı üzere *gaibin yüz yaşına vardığı anda* mirasçıların göstermiş olduğu güvenceler serbestleşir. Mirasçıların terekeye geçici olarak ve güvence karşılığında gerçekleşmiş bulunan zilyetlikleri de artık bu andan itibaren kesin bir nitelik kazanmış olur.

Kanaatimizce, bu geçici zilyetlik aşaması gaibin ölmüş olduğunun anlaşılmasıyla sona ermez. Zira günün birinde gaibin hâlen terekeye el koymuş bulunan mirasçılarından daha üstün dereceli mirasçılarının ortaya çıkması mümkün ve olasıdır. Bu mirasçıların haklarının da korunması gerekir. Ancak, hâlen terekeye el koymuş bulunan mirasçıların göstermiş olduğu güvencelerin ilelebet bağlı kalması da onların menfaatlerine ters düşer. Bu itibarladır ki kanun koyucu, birbirine karşıt bu iki menfaati, *güvence aşamasının devamını bir süreyle sınırlamak suretiyle* dengelemeye çalışmıştır. Gerçekten, MK. m.584 hükmüyle bu aşamanın en uzun (azamî) süresi şöyle düzenlenmiştir:

Gaiplik kararı uzun süreden beri haber alınamama hâline dayanılarak verilmiş ise, güvence aşamasının en uzun (azamî) süresi, son haber tarihinden itibaren ***on beş yıldır***. On beş yıl geçtikten sonra güvence aşaması kendiliğinden ortadan kalkar.

Eğer gaiplik kararı ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâline dayanılarak verilmiş ise, güvence aşamasının en uzun (azamî) süresi, mirasa el konulduğu andan itibaren ***beş yıldır***. Söz konusu on beş ve beş yıllık sürelerin geçmesinden sonra, güvenceler ortadan kalkar, mirasçıların gaibin terekesini kazanımları (iktisapları) kesin bir nitelik alır. Bununla beraber, gaibin veya daha üstün dereceli mirasçılarının günün birinde çıkıp gelmesi olasılığı tamamen ortadan kalkmış denilemez. Gaip veya daha üstün derecedeki mirasçıları gelirlerse, durumları ne olacaktır? Bu sorunu da aşağıda gaiplik kararının üçüncü aşamasında inceleyeceğiz.

cc) Üçüncü Aşama: **Güvenceden Kurtulma Aşaması**

Son aşama, gaibin geri dönmediği ve ölümünün de kesinlikle anlaşılamadığı hâllerde beş veya on beş yıl devam eden güvence aşamasından sonra işlemeye başlayan aşamadır. Bu aşamada, mirasçıların göstermiş olduğu güvenceler serbestleşir, yani aynî güvenceler (rehinler) kendilerine geri verilir, kişisel güvence oluşturan kefiller ise kefaletten kurtulurlar. Bu sebepledir ki, bu aşamaya ***"güvenceden kurtulma aşaması"*** adı verilir.

Bu aşamada incelenmesi gereken konu, gaip veya üstün dereceli mirasçılarından birinin çıkıp gelmesi durumudur[45]. Bu aşamada artık terekenin onlara geri verileceğine dair bir güvence de mevcut olmadığına göre, gaibin veya üstün dereceli mirasçılarının hakkı nasıl korunmaktadır?

aaa) Gaibin Gelmesi

Gaibin günün birinde çıkıp gelmesi hâlinde, mirasçılar tereke mallarını *gaibe aynen geri vermekle yükümlüdürler*. Gaibin gaiplik kararının verilmesini gerektiren olaylardan veya hatta gaiplik kararının verilmesinden itibaren çok uzunca bir süre sonra geri dönmüş ya da hayatta olduğunun anlaşılmış olması, kural olarak önemli değildir. Başka bir deyişle, aradan uzunca bir sürenin geçmiş olması, mirasçıların geri verme borcunu etkilemez.

---

(45) Üstün dereceli mirasçıların kimler olduğu MK. m.495 ve devamındaki "parantel sistemi"ne göre tayin edilir. Aynı parantel içindeki üstün mirasçılık, bu mirasçılar ile ölen arasındaki hısımlık derecelerine göre saptanmak gerekir. MK. m.495'e göre, ölenin altsoyu ana ve babasından daha üstün dereceli mirasçıdır. Altsoy söz konusu olduğu zaman, ölenin birinci derecedeki altsoyu, yani çocukları, ikinci derecedeki altsoyundan, yani torunlarından daha üstün dereceli mirasçılardır. Saklı paylı (mahfuz hisseli) mirasçıların söz konusu olmadığı hâllerde, atanmış mirasçıların yasal mirasçılardan daha üstün dereceli mirasçı sayılmaları gerekir. Üstün dereceli mirasçılar mirasa tercihan diğer mirasçılardan önce sahip olurlar.

Mallarının gaibe geri verilmesi, *zilyetliğin geri verilmesi*, yani MK. m.993 vd. hükümlerine göre gerçekleşir. Bu bakımdan mirasçıların iyiniyetli olup olmamaları geri vermenin kapsamı ve sorumluluklarının derecesi açısından son derece önemlidir (Karş. MK. m.995, 996 ve 997)[46].

bbb) Daha Üstün Dereceli Mirasçıların Gelmesi

Terekeye el koymuş olan mirasçılardan daha üstün dereceli bir mirasçının çıkıp gelmesi durumunda geri verme yükümlülüğü, oldukça uzun sayılabilecek sürelere bağlanmıştır. Bu süreler "miras sebebiyle istihkak davası"na uygulanan sürelerdir. MK. m.585/II ye göre, tereke mallarını teslim almış olanlar iyiniyet sahibi iseler, kendilerinden üstün derecelilere karşı geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davası için geçerli olan zamanaşımı süresiyle sınırlıdır. Geri verme, miras sebebiyle istihkak davasıyla, yani MK. m.637 vd. hükümlerine göre istenebileceğinden, iyiniyetli olmayan mirasçılara karşı geri vermeyi isteme hakkı MK. m.639 hükmü gereğince daha uzun bir süreyle sınırlı olacaktır.

Medenî Kanun, iyiniyetli zilyede karşı açılacak miras sebebiyle istihkak davasını, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten itibaren *bir yıllık,* herhâlde mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren *on yıllık* zamanaşımına tâbi tutmuştur (m.639). Aynı madde hükmüne göre, miras sebebiyle istihkak davası iyiniyetli olmayan zilyetlere karşı *yirmi yılda* zamanaşımına uğrar.

Gaiplik kararı verilmesi durumunda bu on ve yirmi yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıç anının ne suretle saptanacağı hakkında bir açıklık yoktur. Sürelerin başlangıç anını MK. m.639 hükmüne kıyasen *"gaiplik kararının verildiği an"* olarak kabul etmek uygun olur[47].

Üstün dereceli mirasçıya terekenin geri verilmesi de MK. m.995 vd. hükümlerine göre gerçekleşir.

---

(46) Bu konularda ayrıntılı bilgi için bk. **Feyzioğlu, F.N.:** Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü, İstanbul 1958.

(47) Aynı görüş **Tuor,** Le code civil suisse, 4e éd. Zürich, sh.85.

İkinci Bölüm
KİŞİNİN EHLİYETLERİ

Bu bölümde önce geniş anlamda kişiliğin içeriğini oluşturan iki önemli iktidarı, iki önemli ehliyeti inceleyeceğiz[1]. Bunlar, kişinin hak sahibi olabilme iktidarı, yani ***hak ehliyeti*** ile kişinin sahip olduğu hakları bizzat kullanabilme iktidarı, yani ***fiil ehliyeti*** dir.

Bu iki ehliyetten birincisi "kişi olma" niteliğinin karşılığı olduğundan, doğumla birlikte kazanılan ehliyettir. Bu itibarla da kişilikten ayrılması mümkün olmayan bir ehliyet, bir iktidar mahiyetindedir. Kişiliğin içeriğinin en başta gelen unsuru haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı, yani *hak ehliyetidir*. Bu durum gerçek kişiler kadar, tüzel kişiler hakkında da geçerlidir.

İkinci ehliyete, yani *fiil ehliyetine gelince*: Fiil ehliyeti, *gerçek kişilerin* az çok belli bir olgunluğa erişmiş olmasıyla kazanacağı bir ehliyet, bir iktidar niteliğini taşır; kapsamı da kişinin olgunluk düzeyine göre değişiklikler gösterir; hele bazı kişilerde, örneğin ayırt etme gücüne sahip olmayanlarda hiç bulunmayabilir. *Tüzel kişiler* ise, kuruluşlarından sonra ancak organlarının oluşturulmasıyla fiil ehliyetini kazanırlar.

Bu bölümde ele alınacak konular sadece gerçek kişilerle ilgili değildir; bunların büyük bir kısmı tüzel kişilerle de ilgilidir. Özellikle hak ve fiil ehliyetlerinin anlam ve içeriklerine ilişkin olan konular, bazı istisnalarla tüzel kişiler için de söz konusu olur.

§ 1. HAK EHLİYETİ

I- KAVRAM

Hak ehliyeti (Rechtsfaehigkeit, La jouissance des droits civils), *haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarıdır.* Hukuk düzenince kendilerine

---

(1) Kişilik kavramı hakkında bk. yuk. Birinci Kısım, § 2, sh.244 vd.

haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı tanınmış bulunan varlıklar, hak süjesi olan birer "kişi"dir. Modern hukuk düzeninde artık hak ehliyeti, daima hak süjesi olan *"kişi"* anlamına gelir ve çoğu kez onun bir eşanlamı olarak kullanılır.

Hak ehliyeti kişinin en önemli niteliklerinden, iktidarlarından birini oluşturur. Fakat kişiliğin içeriği sadece hak ehliyetinden ibaret de değildir. Kişiliğin bundan çok daha kapsamlı bir içeriği vardır.

Hak ehliyeti, Medenî Kanun'un Kişiler Hukuku Kitabının ilk maddesi olan 8 inci maddeyle düzenlenmiştir. Hak ehliyetinin bugünkü hukukta taşıdığı anlam karşısında, bu düzenleme çok mantıksal bir düzenlemedir. Zira madde, bu suretle bütün hukukun dayanağını, süjesini oluşturan "kişi" kavramıyla ne anlaşılması gerektiğini de göstermiş olmaktadır. Bu itibarla MK. m.8 hükmü *genel bir hüküm* mahiyeti taşır ve esas bakımından bütün kişiler, yani gerçek kişiler kadar, tüzel kişiler hakkında da uygulanabilir niteliktedir. Bununla beraber, tüzel kişilerin hak ehliyetinin içerik ve kapsamını ve başlangıç anını düzenleyen özel bir hüküm, MK. m.48 de mevcuttur.

Hak ehliyeti, hak süjesinin hakları bulunabileceğini ve borçlara sahip olabileceğini ifade eder; yani hak süjesinin haklara ve borçlara sahip olma iktidarını gösterir. Bu itibarladır ki, hak ehliyeti i k i yönlü bir içeriğe sahiptir. Hak ehliyeti *aktif yönüyle,* kişilerin ***haklara sahip olabilme iktidarını***; *pasif yönüyle* ise ***borçlara sahip olabilme iktidarını*** ifade eder[(2)]. Hak ehliyetinin bu iki yönü, haklar karşısında daima borçların bulunduğunu göstermesi bakımından da önemlidir. Bu husus, "Buna göre ***bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler"*** diyen MK. m.8/II hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır.

Hak ehliyetinin pasif yönü, kişinin kendi fiil ve işlemleriyle bizzat kendi aleyhine borçlar yaratabileceği, yani fiil ehliyetine de sahip olacağı anlamına gelmez. Aynı şekilde bu pasif yön, kişinin borçlarının bizzat kendisi tarafından yerine getirilmesinin (ifasının) gerektiğini de göstermez. Zira bunun için kişinin aynı zamanda fiil ehliyetine de sahip olması şarttır. Hak ehliyetinin bu pasif yönü, sadece kişinin borçları bulunabileceğini ve bu borçlara karşı da bizzat ve kendi malvarlığıyla sorumlu olacağını ifade eder.

---

(2) Bu konularda daha fazla bilgi için bk. **Schwarz,** Borçlar Hukuku Dersleri, sh.76 vd.; **Enneccerus-Nipperdey,** sh.312.

II- HAK EHLİYETİ TERİMİ

Haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarını gösteren hak ehliyetini ifade etmek üzere hukuk doktrinimizde genellikle *"medenî haklardan istifade ehliyeti"* terimi kullanılırdı[3]. Zaten Önceki Medenî Kanun'un kullandığı terim de bu idi. *"Hak ehliyeti"* terimini hukuk dilimize ilk defa sokan, medenî hakları kullanma ehliyeti terimini de haklı olarak eleştiren hukukçu, büyük bir üne sahip olan *Ord. Prof. A.B. SCHWARZ* olmuştur[4].

Gerçekten, *"medenî haklardan istifade"* terimi hiç de isabetli değildir. Bu terim anlam itibariyle doğru olmadığı gibi, genellikle fiil ehliyetini göstermek üzere kullanılan *"medenî hakları istimal"* terimiyle de karışıklığa sebep olacak mahiyetteydi[5].

Diğer bazı hukukçular ise, hak ehliyetini ifade etmek üzere sadece *"ehliyet"* sözcüğünü kullanırlardı[6]. Ehliyet sözcüğünün hak ehliyeti yerine kullanılması da doğru değildir. Zira ehliyet terimi hukukumuzda çok değişik anlamları olan bir terimdir; hak ehliyetini göstermekten başka, fiil ehliyeti anlamına da gelmektedir[7]. Kaldı ki, bu terimin bir de geniş anlamı vardır. Geniş anlamıyla ehliyet, hem hak ehliyetini, hem de fiil ehliyetini ifade etmek üzere kullanılır[8]. Yeni Medenî Kanun'umuz doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından kullanılmakta olan ***"hak ehliyeti"*** terimini tercih etmiş ve 8 inci maddenin kenar başlığını *"Hak Ehliyeti"* biçiminde düzenlemiştir.

III- HAK EHLİYETİNİN İÇERİĞİ

Hak ehliyeti kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarıdır. Hak ehliyetinin içeriğini oluşturan haklar ve borçlar, kişilere sadece ***özel hukuk*** tarafından tanınmış olan haklar ve borçlardır. O hâlde, hak ehliyetini belki de *"özel hukuk tarafından tanınan haklara sahip olma"* ve yine *"özel hukuk tarafından yükletilen borçları bulunabilme"* iktidarı olarak tanımlamak daha doğru olur. Medenî Kanun'umuz, 8 inci maddesinde *"Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin*

---

(3) **Oğuzoğlu,** sh.204 vd.; **Velidedeoğlu,** sh.32 vd.; **Saymen,** sh.62 vd.

(4) **Schwarz,** Ibid.

(5) Bu hususta ileride fiil ehliyeti konusunda daha fazla bilgi verilecektir.

(6) **Arsebük, E.:** Medenî Hukuk, sh.257.

(7) Karş. **Arsebük,** ibid. Ayrıca bk. **Velidedeoğlu,** sh.62 vd.; **Saymen,** sh.98 vd.

(8) Karş. **Arsebük,** ibid.

sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler", özellikle de **h e r i n s a n** demek suretiyle özel hukuk bakımından olan hak ehliyetinden söz eder. Medenî Kanun'un bu hükmü karşısında hak ehliyetinin sadece özel hukuk anlamında haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarı olduğu açık olarak anlaşılır. Zira her insanın, doğduğu günden itibaren kamu hukukunun tanıdığı bütün haklara sahip olması söz konusu değildir.

Bu itibarladır ki, özel hukuktan doğan hakların dışında kalan haklara ve borçlara sahip olabilmenin hak ehliyeti ile hiç ilgisi yoktur. Zira kamu haklarından ve özellikle de siyasî haklardan kural olarak herkes yararlanamaz. Bir insanın kişi olması, kamu hukukundan doğan haklara ve borçlara sahip olabilmesi için yeterli değildir. Bunlara sahip olabilmek için, gerekli olan diğer şartların da bulunması lâzımdır: Örneğin yabancı olmamak veya belli bir yaş olgunluğuna erişmiş bulunmak, kamu haklarına ve özellikle siyasî haklara sahip olabilmek için aranılan şartların en başta gelenleridir. Zaten Anayasamız da dördüncü bölümünde sadece "Türklerin" kamu haklarından söz etmektedir. Bununla beraber, bütün insanların yerli-yabancı farkı gözetilmeksizin her yerde asgarî birtakım kamu haklarından yararlanmaları imkânını sağlamak üzere öteden beri gayret gösterilmektedir. Her insanın yerli-yabancı farkına bakılmaksızın asgarî surette her yerde yararlanabileceği bu haklara *"insan hakları"* da denilebilir. Birleşmiş Milletler Teşkilâtı Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarihinde kabul etmiş olduğu *"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"* bu gayretlerin bir ürünü olarak nitelendirilebilir[9].

Hak ehliyetinin içeriğine yargılama hukuku anlamında "taraf ehliyeti" de girer. ***Taraf ehliyeti,*** *kişinin hukukî koruma isteyebilme ehliyetidir*. Diğer bir deyişle, kişinin özel hukuk tarafından kendisine tanınan haklarının korunmasını sağlamak üzere mahkemelerde "davacı" sıfatıyla dava açabilme ve kendisine karşı davalı olarak dava açılabilme iktidarıdır[10].

IV- HAK EHLİYETİNİN NİTELİKLERİ

Hak ehliyeti, kişinin hakları ve borçları bulunabilme iktidarıdır. Her kişi bir "hak süjesi" olduğuna göre, aynı zamanda hak ehliyetine de sahip bulunmaktadır. Zaten "hak ehliyeti" ile "kişi" kavramları günümüzün çağdaş hukuk sistemlerinde eşanlamda görülmektedir. Bu itibarla her kişi aynı zamanda haklara ve borçlara ehildir ya da haklara ve borçlara sahip

(9) Metin için bk. Sicilli Kavanin, C.30, 1949, sh.839.

(10) Bu konuda bk. **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Yargılama Usulü, Ankara 1957, sh.104 vd.; **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, B. 6, İstanbul 2001, sh.887 vd.

olabilen her varlık kişidir. Bu ilke özellikle gerçek kişiler, yani insanlar hakkında istinasız uygulanmakta olan bir ilkedir. Nitekim Medenî Kanun da 8 inci maddesinde ***"her insanın** hak ehliyeti vardır"* demek suretiyle bu gerçeği açık ve kapsamlı bir biçimde ifade etmektedir.

Her insanın hak ehliyetine sahip bulunduğunu bu kadar genel ve açık biçimde ifade eden bir hüküm ne Alman ne de Fransız Medenî Kanunlarında mevcuttur. Fransız Medenî Kanunu bu ilkeyi sadece Fransızlar hakkında genel biçimde ifade etmekte (m.8), yabancılara hak ehliyetini esas itibariyle "karşılıklılık" (mütekabiliyet) esasına göre tanımaktadır (m.11, 14)[11]. Alman Medenî Kanunu'nda buna ilişkin bir hüküm yoktur. Sözü geçen kanun birinci maddesinde sadece hak ehliyetinin doğumla başladığından söz eder. *Enneccerus-Nipperdey,* her insanın hak ehliyetine sahip olmasının zorunlu olmasından dolayı kanunda bundan ayrıca söz edilmemiş olduğunu ifade ediyorlar[12].

Hak ehliyetinin i k i önemli ilkesi vardır. Bunlar *"genellik"* ve *"eşitlik"* ilkeleridir. Aşağıda bu iki ilkeyi ele alacağız:

A) GENELLİK İLKESİ

Hak ehliyetine sahip olabilmek için, hukuk karşısında kişilik kazanmış olmak yeterlidir. Zira hak ehliyeti tıpkı kişilik gibi "doğumla başlar" ve "ölümle ortadan kalkar". Sağ doğmak şartıyla her insan, doğumu anından itibaren hak ehliyetine de sahip olur. Hatta sağ doğmak şartıyla kendisine gebe kalınmış olan çocuk **(cenin)** dahi hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanmış olur. Günümüzün çağdaş hukuk sistemlerinde hak ehliyetinden herkes yararlanır. Hak ehliyetinden yoksun insanlar, yani kölelik artık söz konusu değildir, tarihe karışmıştır[13].

***"H e r insanın** hak ehliyeti vardır"* diyen MK. m.8/I hükmü bu suretle, hak ehliyetinin bütün insanlara tanınmış genel bir iktidar olduğunu açık ve seçik olarak dile getirmiş olmaktadır. Bu itibarladır ki MK. m.8 hükmü karşısında Türk hukukunda hak ehliyeti bakımından insanlar arasında bir ayrım yapılamaz. Türkiye'de her insan aynı zamanda hak ehliyetine de sahiptir. Hak ehliyetinin bu genellik ilkesi 1948 tarihli İnsan

---

(11) Mamafih Fransız mahkemeleri bu maddeleri geniş bir şekilde ve yabancılar lehine olarak yorumlama eğilimindedirler. Bu hususta bk. **Planiol-Ripert,** sh.8; **Colin-Capitant.** sh.487

(12) Ayrıca bk. **Westermann, Harry:** Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Veröffentlichung der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Heft 47, 1955.

(13) Bu konuda bk. yuk. İkinci Kısım, Birinci bölüm, § l.

Hakları Evrensel Beyannamesiyle de bir kez daha ifade edilerek pekiştirilmiştir (m.2,4,6).

Bununla beraber, günümüzde dahi modern bazı ülkelerde hak ehliyetinin bazı kişiler aleyhine olarak sınırlandırılmakta olduğuna tanık olmaktayız[14].

B) EŞİTLİK İLKESİ

Her insan hak ehliyetine sahiptir ve hak ehliyetine sahip olma bakımından *insanlar birbirine eşittir.* Herkes diğeri ile aynı derecede hak ve borçlara sahip olmak hakkından yararlanır. Kişilerin ve özellikle de *gerçek kişilerin hak ehliyetlerinin kapsamı, kural olarak birbirine eşittir.* Yerli ya da yabancı, küçük ya da ergin olmanın gerçek kişilerin hak ehliyetinin kapsamına ve içeriğine hiçbir etkisi olmadığı gibi, cinsiyetten doğan bir farklılık da kural olarak söz konusu değildir. Aynı şekilde, insanların mesleklerinin, dinlerinin, ırklarının ve öğrenim durumlarının da hak ehliyetine etkisi yoktur. Sosyal konumu, mesleği, cinsiyeti, dini, ırkı ve öğrenimi ne olursa olsun, bütün insanlar hak ehliyeti bakımından birbirine eşit durumdadır.

Anayasamız kişilerin kanun karşısındaki bu eşitliğini 10 uncu maddesinde ilân ettiği gibi, 7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla aynı maddenin ikinci fıkrasında *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür"* hükmüyle pekiştirmiştir[15]. 7.5.2010 tarihli 5982 sayılı yasa ise eşitlik ilkesinin çerçevesini daha detaylandıracak şekilde bu amaçla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağını ve çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını da hükme almıştır. Aile içinde eşler arasındaki eşitlik ise 4709 sayılı yasa ile 41 inci maddede açıkça düzenlenmiştir[16]. Medenî Kanun'umuz da bu eşitliği 8

---

(14) Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde zenciler hakkında birtakım sınırlamaların bugün dahi yürürlükte olduğu bilinmektedir.

(15) RG. 22.5.2004, S. 25469. Anayasanın 10 uncu maddesinin son fıkrasında yer alan "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmünde önce 9.2.2008 tarihli ve 5735 sayılı yasa ile "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiş; daha sonra bu ibare Anayasa mahkemesinin 5.6.2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

(16) RG. 17.10.2001, S. 24556.

inci maddesinde bütün insanları kapsamak üzere hak ehliyeti bakımından şöyle ifade eder: *"...bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada* ***eşittirler"***. Böylece hak ehliyeti bakımından bütün insanlar arasında eşitlik olduğu genel bir ilke olarak konulmuş olmaktadır. Hak ehliyeti bakımından insanların birbirine eşit olduğu hakkındaki ilke genel bir ilke niteliği taşır. Bununla beraber, bu ilkenin "mutlak" bir mahiyeti de yoktur. Zira aynı madde, insanlar arasındaki bu eşitliğin *"hukuk düzeninin çizdiği sınırlarla sınırlanmış"* olduğunu da belirtir. Gerçekten, insanlar arasındaki birtakım fiilî eşitsizlikler, onların hak ehliyeti bakımından mutlak bir surette birbirine eşit tutulmalarının imkânsızlığını ortaya koyar. İşte, kanun koyucu da 8 inci maddeyle ilke olarak birbirlerine eşit olarak kabul ettiği insanların, bu fiilî eşitsizliklerine uygun olarak hak ehliyetlerine bazı sınırlamaların getirilebileceğini söylemek ister.

İnsanlar arasında yaş, cinsiyet, yerli veya yabancı olmaktan ileri gelen farklılıklara uygun olarak bazı kimselerin birtakım hak ve borçlara sahip olamayacağı hukuk düzenince kabul edilebilir. Bu sınırlama ancak hak ehliyetinin içerik ve kapsamının belli ölçüde sınırlanması mahiyetinde olabilir. Sınırlama, örneğin belli bir olgunluğa erişmemiş olanların, kişiye bağlı bazı haklardan yararlanamayacakları biçiminde kanunlarla belirlenen birtakım haklara indirgenebilir, fakat hiçbir şekilde insanların kişi olma iktidarının ortadan kalkması sonucunu doğuracak kadar geniş ve kapsamlı olamaz; insanların hak ehliyetinin tamamı kendilerinden hiçbir surette alınamaz.

V- HAK EHLİYETİNİN SINIRLANMASI

Hukuk düzeni, insanlar arasında fiilî ve tabiî farklılıklardan ileri gelen eşitsizliğe paralel olarak, onların hak ehliyeti bakımından eşit olduklarına ilişkin ilkeye bazı istisnalar getirebilir. Belli kategori kişilerin, örneğin yabancıların veya kadınların belli bazı haklardan yararlanamayacağını öngörebilir. Bu sınırlama ancak belli alanlara indirgenebilir; fakat bir insanın hukuk bakımından kişi olma niteliğini hiçbir zaman ortadan kaldıramaz. Başka bir deyişle sınırlama, MK. m.8 hükmünde açıkça belirtilen bütün insanların medenî haklardan yaralanacağına ilişkin genel ilkeyi hiçbir surette bertaraf edemez. Zira bugün Türk hukukunda "medenî ölüm" diye bir kurum mevcut değildir. ***Türk hukuku, hak ehliyetinin hukuk düzeni tarafından sınırlanmasının dışında başka bir surette sınırlanmasına izin vermediği gibi, onu kişinin yapacağı hukukî işlemlerle bizzat sınırlamasını da geçerli saymaz*** (MK. m.23; BK. m. 27).

Hak ehliyeti sınırlanmış olan kişi, belli bazı haklara sahip olamayan, belli bazı borçları bulunamayan bir kimse demektir. Bu itibarla, bu tür hakların kazanılması için gerekli olan işlemleri bizzat yapamayacağı gibi, bir başkası, örneğin iradî veya yasal temsilcisi vasıtasıyla da bu tür hakları edinemez; bu tür hakları edinemediğinden, onların kullanılması da söz konusu olamaz. Hak ehliyetinin sınırlanmasını fiil ehliyetinin sınırlanmasından ayıran husus da, zaten kendini burada göstermektedir. Fiil ehliyeti sınırlanmış olan kişi, esasında hak ehliyetine sahiptir. Fakat sahip bulunduğu bu haklardan bazılarını kanunda (MK. m.14 ve 16) belirtilen sebepler dolayısıyla bizzat kullanamaz. Bu haklar onun adına yasal temsilcisi tarafından kullanılır.

Türk hukukunda hak ehliyetinin sınırlanmasında etkili olan hususlar şunlardır:

A) YAŞ

Medenî Kanun yaş bakımından insanlar arasındaki eşitsizliği, onların hak ehliyetinin sınırlanması hususunda da bir sebep olarak ele alır. Gerçekten, öyle birtakım haklar vardır ki, onlara sahip olabilmek, ya bu hakların mahiyetleri ya da gösterdikleri özel önem gereği, kişinin belli bir olgunluk yaşına erişmiş olmasına bağlıdır. Bu haklar özellikle şunlardır:

1) Bazı Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar[17]

Medenî Kanun'umuz kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların önemli bir kısmından yararlanabilmek için, kişide az çok bir olgunluk derecesi arar. Bu sebeple de belli bir yaşı henüz doldurmamış olanların, bu yaşı doldurmuncaya kadar bu haktan yaralanamayacağını öngörür.

a) Ergin Kılınma İsteminde Bulunma Hakkı

Ergin kılınmayı, yani normal erginlik yaşı olan onsekiz yaşını doldurmadan önce mahkemece erginliğine karar verilmesini isteme hakkına, ancak onbeş yaşını doldurmuş olanlar sahiptir (MK. m.12).

b) Evlenme Hakkı

Evlenme sözleşmesi yapabilmek (evlenebilmek), ancak onyedi yaşını doldurmuş olan kadınlar ile erkeklerin sahip olabilecekleri haktır (MK. m.124/I). Çok önemli bir sebepten dolayı olağanüstü hâllerde bu hak

---

(17) Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramı için bk. aşa. sh.331 vd.

hâkim kararıyla onaltı yaşını doldurmuş olan kadın veya erkeğe de tanınabilir (MK. m.124/II).

c) Evlât Edinme Hakkı

Evli olmayan bir kimsenin evlât edinme hakkına sahip olabilmesi için, otuz yaşını doldurmuş olması gerekir (MK. m.307). Ancak, en az beş yıldan beri evli olan eşler otuz yaşını doldurmamış olsalar bile, birlikte evlât edinme hakkına sahip olurlar (MK. m.306/II).

d) Din Seçme Hakkı

Türk hukukunda ana ve baba çocuklarına dinî eğitim vermekle yükümlüdürler (MK. m.341/I). Çocuğa verilecek dinî eğitimi belirleme hakkı onlara aittir. Küçük durumundaki çocuk ana ve babasının verdiği dinî eğitime ergin oluncaya kadar tâbi olmak zorundadır; ancak ergin olduktan sonradır ki, serbestçe dinini seçmek ve hatta değiştirmek imkânına sahip olur (MK. m.341/II). Demek ki din seçme hakkı ancak "ergin" olanlara tanınmaktadır.

e) Ölüme Bağlı Tasarruflarda Bulunma Hakkı

Ancak onbeş yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip bulunan bir kişi, tek taraflı bir irade açıklamasıyla ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma, yani "vasiyet" yapma hakkından yararlanır (MK. m.502). Ancak, bir kimsenin "miras sözleşmesi" yapmak suretiyle ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması, kısıtlı olmaması gerekir (MK. m.503).

f) Cinsiyet Değiştirme İsteminde Bulunma Hakkı

Bir kimsenin mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesi isteminde bulunabilmesi için, onsekiz yaşını doldurmuş bulunması şarttır (MK. m.40).

2) Vasi Olma Hakkı

Vasi, fiil ehliyetleri mahkeme kararıyla kaldırılmış veya sınırlandırılmış olan ergin kişiler (kısıtlılar) ile velâyet altında bulunmayan küçüklerin kendilerini ve mallarını gözetmek ve yönetmek amacıyla mahkemece atanan yasal temsilcidir. Bir gerçek kişinin diğer bir kişinin vasisi olarak atanabilmesi için mutlaka ergin olması gerekir (MK. m.393/I, 397/II). O hâlde, vasi olma hakkından sadece ergin kişiler yararlanır.

3) Oyunun Alınmasını İsteme ve Hesapta Hazır Bulunma Hakkı

Vesayet altında bulunan kişilerin, kendilerine ait mallarla ilgili işlemler yapılırken vasi tarafından oyunun alınmasını isteme veya hesap verilirken hazır bulunma hakkından yararlanabilmeleri için, görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olmaları gerekir (MK. m.450/I, 454/III).

4) Rekabet Yasağı Yükleniminde Bulunabilme Hakkı

Bir kimsenin rekabet yasağını içeren bir yüklenimde (taahhütte) bulunabilmesi için, ergin olması şarttır. Henüz ergin olmayanlar bu haktan yararlanamazlar.

B) SINIRLI FİİL EHLİYETSİZLİĞİ

Kanun koyucu, karşılıksız (ivazsız) olmaları dolayısıyla, onları yapan kişi bakımından tehlikeli olabilecek bazı hukukî işlemlerde bulunabilme hakkını, ancak ayırt etme gücüne sahip, ergin fakat kısıtlanmış olmayan, yani fiil ehliyeti tam olan kişilere tanımıştır. Bunlar önemli bağışlar yapma, kefil olma ve vakıf kurma işlemleridir. Bu gibi işlemleri sınırlı ehliyetsiz kişi bizzat yapamayacağı gibi, yasal temsilcisi de onun adına yapamaz. Medenî Kanun'un *"yasak işlemler"* başlığını taşıyan 449 uncu maddesinin hak ehliyetini mi, yoksa fiil ehliyetini mi sınırladığı, tartışılmakta olan canlı bir konudur. Bizce burada hak ehliyetinin sınırlanması söz konusudur.

C) CİNSİYET

Cinsiyet bakımından hak ehliyetine getirilmiş olan sınırlamalar, özellikle kadının hak ehliyetinin erkeğin hak ehliyetine oranla daraltılmasını gerektirmiştir. Kadının daha çok korunup gözetilmesi esasına ve dinî görüşlere dayanılarak kadın aleyhine konulmuş olan bu sınırlamalar, eski hukuklarda ve özellikle Osmanlı Hukukunda pek fazla idi[18]. Yeni Medenî Kanun bu eşitsizliği tam anlamıyla gidermeye çalışmış ve bu konuda çok önemli düzenlemeler getirmiştir. Kadının hak ehliyeti medenî hukuk bakımından eskisiyle karşılaştırılamayacak derecede düzelmiş olmakla beraber, hâlen dahi hak ehliyetine *kadınlık dolayısıyla konulmuş* olan sınırlamaların az da olsa mevcut olduğuna işaret etmek gerekir. Kadının hak ehliyetini sınırlayan hükümler, daha çok evli kadınların hak ehliyetiyle ilgilidir. Bu itibarla, aşağıda evli kadının hak ehliyetini sınırlayan hükümlere kısaca değineceğiz.

---

[18] Bu konularda daha geniş bilgi için bk. **Velidedeoğlu,** sh.394 vd.

Evli kadının hak ehliyetine Medeni Kanun'la getirilmiş olan sınırlamalar, evli olmayan kadınınkine oranla fazladır.

a) Bu sınırlamalardan bir kısmı kadın ile erkek arasındaki *cinsiyet farkından* kaynaklanan doğal ve mantıksal sınırlamalardır: Soybağının reddi davası açmak (MK. m.286) ve tanıma yapmak (MK. m.295) hakkından kadınlar yararlanamaz.

b) Diğer bir kısım sınırlamalar nesebin sağlıklı olmasını koruma amacını güder: Yasal bekleme (iddet) süresi içinde kadının evlenememesi gibi (MK. m.132).

c) Evli kadın (karı), soyadının kocası ve çocukları tarafından taşınmasına ilişkin bir haktan da yararlanamaz. Bu hak da sadece erkeklere (kocaya) aittir (MK. m.187)[19].

D) ŞEREF VE HAYSİYET

Şeref ve haysiyet, kişiye içinde bulunduğu çevre tarafından verilen manevi değeri gösterir. Bir kimsenin sürdüğü yaşam biçiminden, eylem ve davranışlarından ötürü şerefsiz ve haysiyetsiz olarak tanınması, onun bazı haklardan yararlanmasına engel olur:

Bazı hâllerde, kötü yaşam sürmenin veya şeref ve haysiyetsizliğin bir suç niteliği taşıması ve kişinin bir mahkeme kararı sonucunda belli bazı haklardan yararlanma ehliyetinden yoksun bırakılması gerekebilir:

Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun m.53/I hükmü gereğince, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezası almış olanlar:

a) Velâyet hakkından yararlanamazlar,

b) Vasi olma hakkından yararlanamazlar (MK. m.418),

c) Kamu haklarından yasaklanmış olanlar resmî vasiyetnamenin yapılmasına tanık sıfatıyla katılma hakkından yararlanamazlar (MK. m.536).

---

(19) Bu hükümler aşağı yukarı bütün Kara Avrupası Hukukunda da mevcuttur. Bununla beraber, son zamanlarda bu alanlarda önemli değişiklikler yaparak kadın ile erkek arasında hak ehliyeti açısından ortaya çıkan eşitsizlikleri gideren yeni kanunlar yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu konuda **"Kadın İle Erkek Arasındaki Eşitlik Kanunu"** *(Die Gleichberechtigungsgesetz)* adını taşıyan 1957 tarihli Alman Kanunu örnek gösterilebilir. Bu kanun Alman mevzuatında kadınlar aleyhinde mevcut bütün eşitsiz hükümleri bertaraf etmek amacıyla çıkartılmıştır. Bu sebepledir ki, Kanun Alman Medenî Kanunu'nda özellikle aile ile velâyet hukukunda kadınların hak ehliyetini sınırlayan bütün hükümleri yürürlükten kaldırmış ve yerine kadın-erkek eşitliğini sağlamaya ilişkin hükümler koymuştur. Bunda ne derece başarılı olduğu şüphelidir. Bu konularda bk. **Dietrich Reinicke-Elisabeth Schwarzhaupt**, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Stuttgart 1957.

Kötü yaşam tarzının bir kısıtlama sebebi oluşturacağına ilişkin MK. m.406, haysiyetsiz hayat sürmenin ve küçük düşürücü bir suç işlemenin boşanma sebebi olacağına ilişkin MK. m.163 hükümleri, Medeni Kanun'umuzun "şeref ve haysiyet" kavramına verdiği büyük önemi gösterir.

E) SAĞLIK

Bir kimsenin sağlık durumunun hak ehliyeti üzerine etkisi, sadece evlenme hakkında söz konusu olur. Nitekim MK. m.133 ve 145 hükümleri gereğince akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler. Bu hüküm, akıl hastalarının kural olarak evlenme hakkına sahip olmadıklarını gösterir.

F) YABANCILIK

Günümüzdeki hukuk sistemlerinde geçerli olan genel ilkeye göre, her insan hukuk anlamında bir kişidir ve bunun sonucu olarak da hak ehliyetine sahiptir. Yabancılar da esas itibariyle bütün medenî haklardan yararlanırlar. Medenî Kanun'un 8 inci maddesi hükmünden çıkan bu genel ilke, zaten evvelce yabancıların hak ve ödevlerine ilişkin olan 1330 tarihli geçici kanunla da kabul edilmişti (m. l)[20]. Bu ilkenin istisnası sadece taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı münasebetiyle söz konusu olur. Nitekim 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesi Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler, kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak elde edebileceklerini kabul eder[21] Kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan yabancı tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri içinse ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmele-

---

[20] Memaliki Osmaniyedeki Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Muvakkat Kanun. Bu geçici kanun 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı **"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"** un 46 ncı maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

[21] Son olarak 2/7/2018 tarihli ve 698 sayılı KHK ile değişikliğe uğramış olan Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin ilk fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: *"Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Cumhurbaşkanı kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir."*.

rine imkan tanınmıştır. Diğer taraftan 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87 nci maddesi yabancılar hakkında bir sınırlama daha getirmişti. Daha sonra 2003 yılında kaldırılmış bulunan bu sınırlama, yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilerin köylerde taşınmaz sahibi olmalarına imkân tanımıyordu[22]. Belirtmiş olalım ki, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8 inci maddesi gereğince yabancılar bu sınırlamalardan Cumhurbaşkanı Kararı ile istisna edilebilirler[23].

G) SOYBAGI

Kişilerin evlilik içinde ve dışında doğmuş olmalarının, onların hak ehliyetleri üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Önceki Medenî Kanun, sahih (düzgün) olmayan nesepli füru (altsoy), sahih (düzgün) nesepli füru (altsoy) ile beraber mirasçı oldukları takdirde, miras haklarının sahih nesepli fürunun miras hakkının yarısı olduğunu öngörmüş idi (m.443/II). Ancak bu, kanunun sahih olmayan nesepli çocukların miras hakkından yararlanamayacaklarına dair hüküm koyduğu anlamında anlaşılmıyordu. Bu hüküm, sadece sahih olmayan nesepli çocukların bu hâlde miras paylarının azalacağını ifade ediyordu. Bu itibarla madde hükmü, hak ehliyetinin bir sınırlaması olarak algılanmıyordu. Sözü geçen madde hükmü eşitsizliği zedelediği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 11.9.1987 tarihli ve 1/18 sayılı kararıyla iptal edildiği gibi, ÖMK. m.443 hükmü 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yeniden düzenlenerek "Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" şekline getirildi. Yeni Medenî Kanun'umuz aynı ilkeyi benimseyerek "Evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar" hükmüne yer vermiştir (m. 498).

§ 2. FİİL EHLİYETİ

I- KAVRAM

Her insan hak ehliyetine sahiptir; yani haklara ve borçlara sahip olma bakımından bütün insanlar birbirine eşittir. Fakat herkes, sahip olduğu bu hakları bizzat kullanamadığı gibi, borçlarını da bizzat yerine getiremez. Başka bir deyişle, herkes bizzat kendi fiil ve işlemleriyle kendi lehine hak-

---

(22) Bu sınırlama 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 38 inci maddesiyle kaldırılmıştır.

(23) 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 68 inci maddesiyle, maddede yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

lar ve aleyhine borçlar yaratma iktidarına sahip değildir. Bunları yapabilmek için bir diğer ehliyete, fiil ehliyetine sahip olmak gerekir. ***Herkes fiil ehliyetini hak ehliyeti gibi doğumla birlikte kanundan ötürü kazanmaz.*** Bir kimsenin hukukî bir hüküm ve sonuç doğuracak biçimde fiil ve davranışlarda bulunabilmesi, yani fiil ehliyetine sahip olabilmesi için, *tabiî ve hukukî bir olgunluk düzeyine erişmesi* gerekir. Herkes, küçük-büyük farkı olmaksızın hak ehliyetinden yararlanır. Oysa bir kimsenin kendi fiilleriyle haklar yaratabilmesi veya borçlar yüklenebilmesi, kanunen bazı şartlara tâbi tutulmuştur.

Fiil ehliyeti Medenî Kanun'un 9. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Fiil ehliyeti hakkında genel bir ilke mahiyetinde olan 9 uncu madde hükmü, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapmaksızın bütün kişiler hakkında uygulanabilir. Kanun'un 10. ve devamı maddeleri ise, içerdiği hükümler bakımından sadece gerçek kişiler hakkında geçerlidir. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti, mahiyetlerine uygun düşecek şekilde, ayrı bir madde hâlinde (m.49) düzenlenmiştir.

Önceki Medenî Kanun fiil ehliyetini 9 uncu maddesinde *"Medenî hakları kullanmağa salâhiyettar olan kimse, iktisaba da iltizama da ehildir"* şeklinde tanımlamakta idi, fakat verilen bu tanım doğru değildi. Doğru olmayan bu ifade biçimi, maddenin Türkçeye çevrildiği İsviçre Medenî Kanunu'nun 12 nci maddesinin Fransızca metninde de aynen mevcuttur. MK. m.9 bu yazılış biçimiyle fiil ehliyetini, hem yanlış anlamalara meydan verecek, hem de eksik şekilde tanımlamıştı[24]. Maddedeki tanım fiil ehliyetinden çok hak ehliyetine uygun düşmekteydi. Zira hak ehliyetine sahip olan bir kimse, yasal temsilcisi vasıtasıyla hak ve borçlar kazanabilir. Onun yapamayacağı şey, ***kendi fiilleriyle*** *kendi lehine hak ve aleyhine borç yaratmak*tır. İşte, MK. m.9 hükmündeki eksiklik de bundan, yani maddede *"kendi fiilleriyle"* sözcüklerinin bulunmamasından ileri gelmekte idi.

Fiil ehliyeti hakkında en doğru metin Eugen HUBER'in kaleminden çıkmış bulunan İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninin 12 nci maddesidir. Önceki Medenî Kanun'umuzun 9 uncu maddesinin karşılığı olan bu 12 nci madde aynen şöyledir: *"Fiil ehliyetine sahip bulunan kimse kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratmağa ehildir".*

O hâlde, ***fiil ehliyeti*** *(Handlungsfaehigkeit, Exercice des droits civils)*,

---

(24) Bu konularda bk. **Schwarz:** Borçlar Hukuku Dersleri, sh.178 vd.; **Cosman, R.:** La capacité civile en droit suisse, Geneve 1941, sh.18 vd.

kişinin bizzat kendi fiilleriyle kendi lehine haklar yaratmak, bu hakları sınırlamak veya ortadan kaldırmak ve kendi fiilleriyle kendisini borç altına sokmak iktidarıdır. Başka bir ifadeyle fiil ehliyeti, kişinin bizzat yapacağı hukukî işlemler veya haksız fiillerle kendi lehine hak veya aleyhine borçlar yaratma ve haksız fiillerinden dolayı sorumlu olma iktidarıdır.

Bu tanımlardan, hak ehliyeti ile fiil ehliyetinin birbirinden tamamen farklı ve bağımsız ehliyetler olduğu anlaşılmaktadır. Esasında her iki ehliyet de kişiliğin en önemli ve en esaslı iktidarlarını oluştururlar. Bununla beraber, her kişilikte mutlaka da her iki ehliyetin bir arada bulunması gerekmez. Kişilik fiil ehliyeti bulunmaksızın da varolabilir; yani kişinin sadece hak ehliyetine sahip bulunması, hukuken hak süjesi olmasına engel değildir. Zira her kişinin hak ehliyeti vardır. Kişiliğin esasını, özünü de zaten bu hak ehliyeti oluşturur. Ancak, bunun tersi söz konusu olamaz. Hak ehliyeti bulunmayan (hak ehliyetine sahip olmayan) bir kişilik günümüzün hukukunda, hiç değilse Türk hukukunda tasavvur dahi edilemez[25][26].

II- FİİL EHLİYETİ TERİMİ

Kişilerin kendi fiilleriyle kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratma iktidarını göstermek üzere Türk hukukunda çoğunlukla *"medenî hakları kullanma ehliyeti"* terimi kullanılırdı[27]. Ancak, bu terim hem karışıklığa meydan veren, hem de kurumun mahiyetini tam anlamıyla yansıtmayan bir terim niteliğindedir. Medenî hakları kullanma ehliyeti yanlış anlamaya yol açan şaşırtıcı bir terimdir. Hukukumuzda hak ehliyetine *"istifade ehliyeti"* denildiği göz önünde tutulursa, medenî hakları kullanma ehliyeti teriminin isabetsizliği açık olarak görülür. Zira bir şeyden istifade, esas itibariyle o şeyi kullanmak suretiyle olur. Oysa her medenî haktan istifade eden kimse, onu kullanma ehliyetine hukuken sahip değildir[28]. Öte yandan, medenî hakları kullanma ehliyeti, kurumun mahiyetine uygun düş-

---

(25) Roma Hukukunda bu mümkündü. Örneğin Roma Hukukunda köleler ve aile evlâtları esas itibariyle hak ehliyetinden yoksun idiler, fakat fiilleriyle egemenliği altında bulundukları kimseyi ve kısmen de kendilerini yükümlülük altına sokabilirlerdi: **Schwarz,** sh.177.

(26) Aynı görüşte **Velidedeoğlu,** sh.47; **Eugen Huber,** sh.49. Aksi görüşte **Saymen,** sh.77, dn.4.

(27) Bu kavramı ifade için sadece Prof. **Hüseyin Avni Göktürk** "Muamele Ehliyeti" terimini kullanır: Şahsın Hukuku, Ankara 1954, sh.122. Kanaatimizce bu terim fiil ehliyetinin tümünü değil, ancak içeriğinin bir kısmını göstermesi bakımından isabetli değildir.

(28) Bu konuda etraflı açıklama için bk. **Schwarz,** sh.178 vd.

meyen, hatta onunla tezat oluşturan bir terimdir. Zira bu ehliyetin içeriğine haksız fiiller yoluyla borç altına girme ehliyeti de girmektedir. Ancak, haksız fiil bir hakkın hukuka uygun olarak kullanılması değil, tam aksine hukuka aykırı olan bir fiildir (BK. m. 49 vd.). Medenî hakları kullanma terimi, insanı haksız bir fiilin işlenmesinin âdeta "medenî hakları kullanma anlamına geldiği" gibi hukuken mantıksız olan bir sonuca da götürür. Bu sebeplerledir ki, *Ord. Prof. A.B. Schwarz*'ın önerisine uyarak kurumun mahiyetine de uygun düşen *"fiil ehliyeti"* terimini kullanmak gerekir.

Nitekim bu eleştirilerin haklılığı, yeni Medenî Kanun'umuzun bu ehliyeti ifade etmek üzere 9 uncu maddesinin kenar başlığında ***"Fiil Ehliyeti"*** terimini kullanmış olmasıyla anlaşılmış bulunmaktadır.

III- FİİL EHLİYETİNİN İÇERİĞİ

Fiil ehliyeti, kişinin *özel hukuktan doğan hakları* bizzat kullanmak ve kendi fiilleriyle kendi leh veya aleyhine özel hukuk tarafından düzenlenen hak ve borçları yaratmak iktidarıdır.

Bu itibarla fiil ehliyeti, kişiye kamu hukukundan doğan hakları kullanmak veya kendi fiilleriyle kamu hukukuna giren borçları yaratmak yetkisini vermez. Fiil ehliyeti, kişilerin sadece özel hukuka giren hak ve borçları kendi fiilleriyle kendi lehlerine veya aleyhlerine olarak yaratabilme ehliyetidir. Kamu hukukundan doğan hakların kullanılması konusunda kamu hukuku çeşitli ehliyetler aramaktadır. Örneğin seçim hakkını kullanabilmek için 18 yaşını, milletvekili seçilebilmek için ise yine 18 yaşını doldurmuş olmak gerekir. Anayasanın, milletvekili seçilebilmek için 25 yaşını doldurma şartını arayan m.76/I hükmü, gençlerin bu alanda hizmet etmelerine imkân sağlamak üzere 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla değiştirilmiş, yaş 25'den 18'e indirilmiştir[29]. Ceza hukuku bakımından kişinin kendi fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için, ceza kanunlarında düzenlenmiş olan "cezaî sorumluluk" şartlarına sahip bulunması gerekir[30].

---

[29] RG. 11.02.2017, S. 29976. 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişiklikleri 16.4.2017 tarihinde Halkoyuna sunularak kabul edilmiş, buna ilişkin 27.4.2017 tarihli ve 663 sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı 27.4.2017 tarihli ve 30050 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[30] Ceza hukuku bakımından sorumlu olma diyoruz. Zira Türk Ceza Kanunu tarafından yaptırım altına alınmış olan her yasak fiil, medenî hukuk anlamında da hukuka aykırı bir fiil, BK. m.41 vd. anlamında bir "haksız fiil" oluşturur. Bu itibarladır ki bir kimse, TCK. m.24 vd. hükümleri uyarınca cezaî sorumluluğunun bulunmadığı hâllerde dahi, fiil ehliyetine sahip bulunmak şartıyla haksız fiilinden bizzat sorumlu olur.

Fiil ehliyetinin içeriğine aşağıdaki ehliyetler girmektedir:

A) HUKUKÎ İŞLEM EHLİYETİ

Hukuki işlem ehliyeti *(Geschaeftsfaehigkeit, Capacité de faire des actes juridiques)*, *kişilerin bizzat hukukî işlemler yapabilme ehliyetidir*. **Hukukî işlem,** hukuk düzeni tarafından öngörülen belli bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla irade açıklamasında bulunmaktan doğan bir hukukî olgudur(31). Kişiler yapacakları hukukî işlemlerle kendilerini alacaklı veya borçlu kılarlar. Hukukî işlemler bir hak yaratmak, bir borç yüklenmek, mevcut bir hakkın veya borcun bir başkasına devir ve temlik edilmesini sağlamak amacıyla yapılır.

Bu sebepledir ki, bazı hukuk sistemlerinde genel olarak "fiil ehliyetinden" değil, fakat sadece "hukukî işlem ehliyetinden" söz edilir. Örneğin Alman hukukunda durum böyledir. Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) üçüncü babı, § 104 ten itibaren tamamen ve doğrudan doğruya "hukukî işlem ehliyetine" *(Geschaeftsfaehigkeit)* ayrılmıştır. Hukukî işlemlerin en önemlilerini, kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarına dayanan "sözleşmeler" (akitler) oluşturur. Nitekim Medenî Kanunda özel olarak hukukî işlemlerden söz edilmemiş iken, Borçlar Kanunu'nun Birinci Kısmının Birinci Fasılı "sözleşmeden (akitten) doğan borçlara" ayrılmıştır.

Fiil ehliyetine sahip bulunan her kişi, ilke olarak hukukî işlem ehliyetine ve dolayısıyla "sözleşme ehliyeti"ne de sahiptir. Bununla beraber, kanun koyucu önemli saydığı bazı hukukî işlemler hakkında özel bazı ehliyetler öngörmüştür: Örneğin *"evlenme ehliyeti"* ve *"ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyeti"* gibi. Bu özel durumlarda kişiler hak ve fiil ehliyetlerine aynı anda sahip olurlar. Bununla ifade etmek istediğimiz şey, bir kimsenin evlenme ehliyetine sahip olduğu anda, evlenme hakkını bizzat kendi fiiliyle kullanma ehliyetini de kazanmış olacağıdır.

B) TASARRUF EHLİYETİ

Fiil ehliyetinin içeriğine giren ehliyetlerden biri de tasarruf ehliyetidir. ***Tasarruf ehliyeti*** *(Verfügungsfaehigkeit), kişinin hakları üzerinde kendi fiilleriyle doğrudan doğruya etkiler yapabilme konusunda sahip olduğu iktidardır.* Fiil ehliyetine sahip bulunan bir kimse, bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak onu devretme, sınırlama, değiştirme ve ortadan kaldırma ehliyetine de sahiptir(32). Nitekim malik, sahip bulunduğu

---

(31) Hukukî işlem kavramı hakkında bk. **Schwarz,** sh.152 vd.; **Von Tuhr-Edege,** İsviçre Borçlar Hukuku, C.l, İstanbul 1952, sh.140.

(32) Bu hususta bk. **Saymen,** sh.80: **Cosman,** sh.23 vd.

mülkiyet hakkını aynî haklarla sınırlayabilir (takyit edebilir), üzerinde bir rehin ya da taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti) kurabilir; mülkiyet hakkını başkalarına devredebilir, hatta terk edebilir.

Ancak, belli bir hak üzerinde tasarrufta bulunma söz konusu olduğu zaman, sadece tasarruf ehliyetine sahip bulunmak yeterli olmaz. Kişinin aynı zamanda bu belli hak üzerinde "tasarruf yetkisinin" de bulunması gerekir. ***Tasarruf yetkisi*** *(Verfügungsmacht, pouvoir de disposer)*, *bir kimsenin belli bir hak üzerinde doğrudan etkilerini gösterecek, sonuç doğuracak işlemlerde, yani tasarruf işlemlerinde bulunabilme yetkisidir.* Tasarruf yetkisi ile fiil ehliyetinin içeriklerinden biri olan tasarruf ehliyetini birbirine karıştırmamak gerekir. Fiil ehliyetine sahip bulunan her kişi, dolayısıyla tasarruf ehliyetine de sahiptir. Zira hukukî işlem ehliyeti kişiliğin hukukî bir niteliğidir. Tasarruf yetkisinin böyle bir niteliği yoktur. Tasarruf yetkisi bir kişi ile belli bir hak arasındaki bir ilişki, bir bağlantıdan ibarettir. Bu itibarla, tasarruf ehliyeti bulunan bir kimse belli şartlar altında kanundan ötürü şu veya bu hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayabilir. Fiil ehliyeti olmayan kişiler, yasal temsilcileri vasıtasıyla hukukî işlem ve tasarruf ehliyetlerini kullanırlar. Oysa belli bir hak üzerinde tasarruf yetkisi olmayan bir kimse, bizzat kendisi veya yasal temsilcisi vasıtasıyla o hak üzerinde etkilerini gösterecek işlemler yapamaz[33]. Örneğin hakkında iflâs kararı verilmiş bulunan bir kimse (*müflis),* fiil ehliyetine ve dolayısıyla tasarruf ehliyetine de sahip bulunmasına karşın, iflâs masasına giren malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir (İİK. m.191). Terekenin resmen yönetiminde (MK. m.593) veya resmî tasfiyede (MK. m.632 vd.) mirasçıların tereke üzerinde tasarruf yetkileri yoktur.

Hemen belirtelim ki, belli bazı haklar üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması, kişinin fiil ehliyeti ve dolayısıyla tasarruf ehliyeti üzerine herhangi bir etkide bulunmaz. Zira tasarruf yetkisinin yokluğu, ancak kanunda açıkça belirtilen belli hâlleri kapsadığından, kişiler bu hâllerin dışında, diğer malları üzerinde tasarruf yetkilerini muhafaza ederler.

C) HAKSIZ FİİLLERDEN SORUMLU OLMA EHLİYETİ

Haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti*, bir kimsenin hukuk kurallarına aykırı fiilleri sonucunda başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumlu tutulabilme ehliyetidir.* Diğer bir deyişle bu ehliyet, haksız

(33) Tasarruf yetkisi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bk. **Arsebük, E.:** Borçlar Hukuku, Ankara 1950, sh.294 vd.; **Von Tuhr-Edege,** sh.199 vd.; **Schwarz,** sh.164, 181 dn.13; **Egger-Çernis,** sh.165; **Cosman,** sh.23 vd.

fiiller sonucunda üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan, bizzat haksız fiili işlemiş olan kişinin (failin) kendi malvarlığıyla sorumlu olması demektir. Hukuk doktrininde bu ehliyeti göstermek üzere kullanılan *"haksız fiil ehliyeti"* terimi kısa olmakla birlikte, fikrimizce hem yanlış hem de şaşırtıcı bir terimdir. Zira haksız fiil işlemek hukuken kabul edilen bir eylem veya davranış olmadığına göre, bu konuda bir ehliyet pek tabiîdir ki söz konusu olamaz. Bu itibarla biz bu konuda biraz uzun olmakla beraber *"haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti"* terimini kullanıyoruz(34).

D) DAVA EHLİYETİ

Dava ehliyeti, yargılama (usul) hukukuna ilişkin bir ehliyet olmakla beraber, fiil ehliyetinin de içeriğine girer. Zira "bu ehliyet Medenî Kanun hükümlerine göre tayin edilir, şu suretle ki her medenî hakları kullanma yeteneğine (fiil ehliyetine) sahip olan kimse dava ehliyetine de sahiptir"(35).

***Dava ehliyeti**, (Prozessfaehigkeit) bir kimsenin bizzat veya atayacağı vekili vasıtasıyla mahkemelerde davacı veya davalı olarak bulunma ve yargılama hukukuna ilişkin hakları kullanarak ikrar, yemin, sulh, kabul vs. gibi yargılama hukuku işlemlerini bizzat yapabilme iktidarıdır*.

IV- FİİL EHLİYETİNİN ŞARTLARI

Fiil ehliyetine sahip olabilmek kanunen bazı şartların bulunmasına tâbi tutulmuştur. Hak ehliyetine sahip bulunan herkesin, aynı zamanda mutlaka haklarını bizzat kullanma iktidarına, yani fiil ehliyetine de sahip olması gerekmez. Zira bir kimsenin kendi fiilleriyle kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilmesi için, belli bir olgunluk çağına gelmiş olması zorunludur.

Fiil ehliyetine sahip olabilmek, kanunen bazı şartlara tâbi tutulmuştur dedik: İşte bu şartlar da ***"ayırt etme gücü", "erginlik"*** ve ***"kısıtlı olmama"***dır. Bu şartlardan ilk ikisi fiil ehliyetinin "olumlu", yani bu ehliyete sahip olabilmek için mutlaka bulunması gerekli olan şartlardır. Sonuncu şart ise, "olumsuz" bir şarttır. Zira fiil ehliyetine sahip olabilmek için bu şartın bulunmaması, yani kişinin "kısıtlanmış olmaması" gerekir. Aşağıda bu şartları ayrı ayrı ele alacağız:

---

(34) Aynı anlamda **Velidedeoğlu,** sh.48.

(35) **Ansay,** sh.105. Ayrıca bk. **Postacıoğlu, İlhan:** Medenî Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975, sh.205 vd.; **Kuru, B.:** age., C. I sh.1026.

A) AYIRT ETME GÜCÜ

Fiil ehliyetinin olumlu şartlarından *ayırt etme gücü (temyiz kudreti),* doğal olan bir şart olup, *kişinin belli bir aklî olgunluğa erişmiş olduğunu gösterir.* Bu itibarla da *fiil ehliyetinin en önemli şartını oluşturur.* Ayırt etme gücü fiil ehliyeti bakımından şu anlamda önemlidir ki, bu güce sahip bulunmak şartıyla kişi, henüz kanunun öngördüğü belli yaşa gelmemiş olsa veya hâlen kısıtlanmış bulunsa dahi, kendi fiilleriyle lehine birtakım hakları ve aleyhine birtakım borçları yaratabilme ehliyetini kazanmış olur(36). Oysa ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler, ergin olsalar veya kısıtlanmamış bulunsalar dahi, hiçbir surette kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratamazlar ve kazanamazlar.

Ayırt etme gücü *(Urteilsfaehigkeit, faculté de discernement)* doğal bir kavramdır, *gerçek kişideki belli bir psikolojik olgunluğu gösterir*. Ayırt etme gücü, hukuk alanına ilk defa İsviçre Medenî Kanunu'yla girmiş olan yeni bir kavramdır. İsviçre Medenî Kanunu'ndan önceki kanunlarda bu kavrama rastlanmaz. Alman Medenî Kanunu'nun 104 üncü paragrafı ile Fransız Medenî Kanunu'nun 1123 vd. maddelerinden bunu kolaylıkla anlayabiliriz(37). Bu maddelerde ayırt etme gücünden söz edilmeksizin fiil ehliyetinin şartları düzenlenmektedir. Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde fiil ehliyetinin en esaslı ve en önemli şartlarından birini, ayırt etme gücü oluşturur. Medenî Kanun'un 14 ve 15 inci maddeleri ile 16 ncı maddesinin karşılaştırılması, bu hususu açık olarak ortaya koyar.

Fiil ehliyeti bakımından bu kadar önemli olan "ayırt etme gücü"nün derli toplu bir tanımını Medenî Kanun'umuzda bulamayız. Medenî Kanun, 13 üncü maddesiyle ayırt etme gücünü olumsuz bir biçimde tanımlamaya çalışmıştır. Bu tanıma göre, *"Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu Kanun'a göre ayırt etme gücüne sahiptir"*. Medenî Kanun'un bu tanımından zıt kanıt yoluyla çıkan anlam, ayırt etme gücünün ***"akla uygun biçimde davranma yeteneği"*** olduğudur. Ancak, bu tanım kısa olmakla beraber ayırt etme gücünü tam anlamıyla açıklayan bir tanım değildir.

---

(36) Bk. aşa. fiil ehliyetinin dereceleri konusu ve özellikle sınırlı ehliyetsizlik.

(37) Alman Medenî Kanunu'nun sistemi hakkında **Staudinders Kommentar**, sh.533 vd.; **Lange, Heinrich:** Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, München 1956, sh.134 vd. Fransız Medenî Kanunu'nun sistemi hakkında bk. **Planiol-Ripert**, sh.327 vd.; **Josserand**, Cours de droit civil positif français, t.1, Paris 1930, sh.181vd. Ancak, Fransız Medenî Kanunu'nun 1124, 1125 ve 1126 ncı maddelerinde 3.1.1968 tarihinde değişiklik yapılmıştır.

Akla uygun biçimde davranma demek, belli bir olay karşısında normal insanlardan çoğunun izleyeceği davranışa uygun biçimde hareket etmek demektir. Belli bir olay veya bir hukukî olgu karşısında akla uygun biçimde hareket etmeyen bir kişinin, ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ileri sürmek ise, o kadar kolay ve doğru değildir. Örneğin kalabalık bir cadde üzerinde bulunan bir bahçe içinde silah eğitimi yapmak akla uygun bir davranış değildir. Aynı şekilde, pencereden sokağa öteberi atmak veya sınıfta ders esnasında uyumak ya da gazete okumak da akla uygun bir hareket sayılmaz. Fakat bunları yapan kimselerin bu davranışlarına bakarak, onların akla uygun davranma iktidarından yoksun ve dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını söylemek de, çok ileri gitmek olur ve gerçek durumu asla yansıtmaz. Bunun aksi de olabilir. Nitekim akla uygun biçimde davranır görünen bir kişinin, bu davranışından dolayı ayırt etme gücüne sahip bulunduğu da kesinlikle söylenemez. Zira akla uygun davranır görünmesine karşın o kimse bazen yaptığı fiil ve hareketin anlamını, sebebini kavrayabilecek durumda olmayabilir veya akla uygun görünen hareketleri kendi iradesine ve arzusuna uygun bulunmayabilir. Yani bunları belli bir amacın gerçekleşmesi için değil, bilinçsiz bir şekilde, bir otomat gibi hareket ederek yapmış olabilir. Akıl hastalarının ve küçük yaştaki çocukların fiil ve hareketlerinden biri böyle bir mahiyet gösterebilir. Bu gibi durumlarda da kişinin ayırt etme gücüne sahip olarak hareket ettiğini iddia etmek biraz zordur.

Psikoloji biliminin verilerine göre, insanın her fiili, her hareketi kısmen düşünce ve muhakeme, kısmen irade ve arzu ve nihayet kısmen de icra (yürütme) aşamalarından geçer veya oluşur[38]. Normal ve akla uygun bir harekette bulunan kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğunun iddia edilebilmesi için, bu hareketin bu üç psikolojik aşamadan geçmiş olması gerekir. Yani kişinin, yapacağı fiilin sebebini ve güdüsünü (saikini) düşünmüş *-düşünce ve muhakeme aşaması-,* bu güdüye (saike) uygun olanını istemiş *-istek ve irade aşaması-* ve nihayet istediği şekle uygun olarak harekete geçmiş olması *-icra (yürütme) aşaması-* gerekir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu'nun ilk projesinde ayırt etme gücünü bu suretle etraflı biçimde açıklayan ve bugünkü ZGB. m.16 yı (MK. m.13 ü) karşılayan şöyle bir hüküm mevcut idi: "Yaşın küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ayyaşlık veya bunlara benzer durumlarda bulunma dolayısıyla

(38) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. **Peter, Adolf:** Die Urteilsfaehigkeit, Eichbei Sempach 1940, sh.15 vd.; **Cosman,** sh.47 vd.

fiil ve hareketlerinin saikini ve sonuçlarını doğru olarak idrak edemeyen[39] *veya doğru bir idrake uygun hareket edemeyen kimse,* fiil ehliyetine sahip değildir"[40]. "Sonradan ilk projedeki bu formülün yerine sadeliği ve daha kolay anlaşılması açısından Kanun'a 16 ncı maddenin çok daha kısa hükmü (MK. m.13) konuldu; bununla beraber ilk projedeki formül de yine MK. m.13 hükmünün anlamını tayin bakımından önemlidir"[41].

Görüldüğü gibi ayırt etme gücü, sadece yapılan bir fiilin sonuçlarını kavrayabilme (idrak edebilme) kabiliyetinden ibaret olmayıp, aynı zamanda kişinin bu kavrayışa (idrake) uygun olarak hareket edebilmesi için yabancı etkilere karşı koyabilme yeteneğini, yani iradeyi de kapsar[42].

Bu açıklamanın ışığı altında Medenî Kanun anlamında ayırt etme gücünü şöyle tanımlayabiliriz: ***Ayırt etme gücü, bir kimsenin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsamını ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun hareket edebilme yeteneğidir***. Daha basit bir biçimde ifade edilmek istenirse, ***"ayırt etme gücü,*** *yapılan fiillerin sebebini, anlamını anlayarak ve bunlara uygun olarak bu fiilleri istemek ve bu isteğe göre de onları icra etmek konusunda kişinin sahip olduğu aklî bir yetenektir"* denebilir. Ayırt etme gücünün bu tanımından aşağıdaki sonuçlar çıkar:

1) Ayırt Etme Gücünün Psikolojik Bir Kavram Olması

Ayırt etme gücü psikolojik bir kavramdır. Normal olarak, aklî melekeleri (yetileri) herhangi bir fizyolojik bozukluğa uğramamış veya sonradan yakalanılan bir hastalık sonucunda kötüleşmemiş olan her insanda ayırt etme gücü mevcuttur. Bu güce sahip olmak için mutlaka da belli bir yaşa, belli bir olgunluk çağına erişmiş olmak gerekmez. Bu sebepledir ki Medenî Kanun, bir kimsede ayırt etme gücünün mevcut olması için bir alt yaş sınırı (en düşük yaş) saptamış değildir. Ancak, yaşın aklî melekelerin tam ve mükemmel bir biçimde gelişip olgunlaşması üzerindeki etkisi de tamamen inkâr edilemez (yadsınamaz). Bunu da göz önünde tutan kanun koyucu, esas itibariyle ergin olan herkesin aynı zamanda ayırt etme gücüne de sahip bulunduğunu kanundan ötürü, yani karine olarak kabul etmiştir ki, buna ***"ayırt etme gücü karinesi"*** (mümeyyizlik karinesi) denir.

---

(39) ***İdrak etmek,*** bir şeye akıl erdirmek, bir şeyi kavramak, iyice anlamak manalarını içeren bir deyimdir. ***Konumuz bağlamında idrak;*** kişinin yaptığı fiil ve davranışlarının sebebini ve doğuracağı sonuçları görebilme ve değerlendirebilme yeteneğidir.

(40) Maddenin aslı için bk. Exposé de motifs, t.1, Bern 1901, sh.45; **Peter,** sh.21. Çeviri Adolf Peter'in kitabındaki almanca metninden yapılmıştır.

(41) **Schwarz,** sh.191.

(42) JdT 1928, 200; JdT 1930, 98.

2) Ayırt Etme Gücünün Nisbî Bir Kavram Olması

Ayırt etme gücü kişilerin; fiillerinin sebebini, güdüsünü anlama, bunları isteme ve bu isteğe uygun olarak hareket etme yeteneği olarak, mahiyeti itibariyle nisbî (göreli) olan bir kavramdır; yapılan fiillerin mahiyet ve önemine göre kişide mevcut olan veya olmayan bir duyudur (hassadır). Bu doğal mahiyetine uygun olarak Medenî Kanunda da mutlak bir ayırt etme gücü kavramı saptanmış değildir. Ayırt etme gücü hukuk bakımından da bu nisbîliğini korur. Bu sebepledir ki, fiili yapan kişinin ayırt etme gücüne sahip olarak mı, olmayarak mı hareket ettiğinin, her somut olayın özelliklerine göre araştırılması ve saptanması gerekir. Hukuk bakımından önemli olan husus, ayırt etme gücünün kişide *"fiilin yapıldığı anda"* mevcut olup olmadığıdır. Anlaşmazlık hâlinde, belli bir fiilin yapılmış olduğu anda kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına karar verecek olan, hâkimdir. Hâkim buna karar verirken psikolojinin verilerinden hareket ederek söz konusu kişinin durumunu incelemek zorundadır.

3) Ayırt Etme Gücünün Sürekli Bir Güç Olmaması

Ayırt etme gücünün nisbî nitelikte olması, onun sürekli bir güç olmadığını da gösterir. Kişiler belli fizyolojik etmenler veya iradeyi etkileyen güdüler dolayısıyla belli bir anda, belli bir işlemi yaparken akla uygun biçimde hareket etme imkânından yoksun bulunabilirler. Örneğin bir kimse geçirmekte olduğu ateşli hastalık sırasında yaptığı vasiyetnameyle pek az tanıdığı bir kişiyi mirasçı atayabilir; bir kızgınlık anında altsoyunu mirasçılıktan çıkarabilir; aşırı bir sevginin etkisiyle bütün malını sevdiği bir kimseye bağışlayabilir veya akıl hastası olması sebebiyle akla uygun biçimde hareket edemez, yani ayırt etme gücünü kaybetmiş olabilir. Ayırt etme gücünün kaybedilmiş olması az çok uzunca bir süre devam edebilir veya sürekli olur yahut sadece bir ya da birkaç fiilin yapıldığı ana indirgenmiş bulunabilir, geçici olabilir. Burada önemli olan, belli bir fizyolojik veya psikolojik durumun kişinin ayırt etme gücünü ortadan kaldıracak mahiyette olup olmadığıdır. Zira Medenî Kanun'un 13 üncü maddesine göre, akla uygun biçimde hareket edemeyen bir kişide ayırt etme gücünün bulunmadığını söyleyebilmek için, akla uygun olmayan hareketin kanunda sayılan veya benzeri hâllerden biri yüzünden ileri gelmiş olması gerekir.

4) Ayırt Etme Gücünü Ortadan Kaldıran Hâller

Medenî Kanun belli bazı hâller veya sebepler dolayısıyla akla uygun biçimde hareket edemeyen kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu kabul eder (m.13). Ancak, MK. m.13 hükmündeki bu hâller sayılı

(tahdidî) olarak belirtilmiş de değildir. Maddede sayılanlara benzer diğer hâllerden ötürü, hareketlerinin anlamını ve kapsamını kavrama ve bu kavrayışa uygun hareket etme imkânından yoksun olan kimseler de, ayırt etme gücüne sahip sayılamaz. Örneğin insanlar ateşli bir hastalık anında veya keyif verici alkollü içkiler ve eroin, kokain, afyon vs. gibi zehirlerin etkisi altında yahut hipnotizma, manyetizma ile uyutulmuş olma sonucunda akla uygun biçimde hareket edemedikleri sürece ayırt etme gücüne sahip sayılamazlar. Bu gibi sebepler altındaki kişinin *"ayırt etme gücünden yoksun"* olduğundan söz edilir. Ayırt etme gücünden yoksunluğu (gayrı mümeyyizliği) doğuran belli başlı hâller veya sebepler şunlardır:

a) Yaş Küçüklüğü

Çocuklar çok küçük yaşlarda iken ayırt etme gücünden tamamen yoksundurlar; ancak yaşları ilerledikçe fiil ve hareketlerinin anlamını kavramaya ve buna uygun biçimde hareket etmeye başlarlar. Yani çocukların yaşlarıyla beraber aklî melekeleri (yetileri) de zamanla gelişir. Medenî Kanunda ayırt etme gücünün hangi yaştan itibaren kazanılmış olacağı hakkında bir hüküm yoktur. Zaten bu konuda kesin bir alt yaş sınırı saptamaya psikoloji biliminin verileri de uygun değildir. Bu itibarladır ki, her somut olayda çocuğun ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığını saptamak, hâkimin takdirine kalmıştır. Hâkim, her somut olayın mahiyetini, çocuğun ruhî ve aklî gelişme derecesini, muhakeme ve fikrî becerisini ve içerisinde yaşadığı sosyal çevreyi göz önünde tutarak sonuca varacaktır. Çünkü bilindiği gibi ayırt etme gücü, hem yapılan fiilin sonuçlarını ve mahiyetini anlama ve kavrama, hem de isteyerek harekete geçebilme iktidarıdır[43]. Bu sebepledir ki, doğal olarak çok küçük yaştaki çocukların ayırt etme gücünden yoksun olduklarını kabul etmek gerekir.

b) Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı, *ruhî ve aklî melekelerde (yetilerde) bozukluk, değişiklik ve anormallik yaratan hastalıklardır.* Ne gibi hastalıkların böyle bir nitelik taşıdığı ve akıl hastalığının saptanması, tıp ve psikiyatri bilimlerinin bilebileceği konulardandır[44]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[45].

---

(43) Karş. 4. HD. 11.3.1981, 1247/3013, YKD. 1981, S.2, sh.1417.

(44) Bu konuda daha geniş bilgi için bk. **Peter,** sh.26 vd.; **Brandt, Hans:** Verkehrssicherheit und Geschaeftsunfaehigkeit, Stuttgart 1936; **Cosman,** sh.57vd.; **Egger-Çernis,** sh.182.

(45) HGK. 11.6.1930, 46/39, **Olgaç,** sh.45.

Her akıl hastalığı ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaz. Sara (epilepsi) ve histeri gibi bazı hastalıklarda kriz anları dışında hastalar ruhî ve aklî melekelerine tamamen sahiptirler. Özellikle bu tür hastalığın ilk dönemlerinde ve henüz pek fazla ilerlememiş olduğu hâllerde de durum böyledir. Diğer bazı akıl hastalıkları ise, hastanın akla uygun biçimde hareket etme iktidarını etkilemekle beraber, bunu sürekli olarak ortadan kaldırmazlar. Hasta bazı durgunluk anlarında ayırt etme gücüne tam anlamıyla sahip bulunabilir. Bu sebepledir ki, akıl hastalığının ayırt etme gücünden yoksun olma sonucunu doğurması bakımından önemli olan, hastalığın türü ve ayırt etme gücünü kaldırıcı nitelikte olup olmaması değildir. Önemli olan, kişinin yakalanmış olduğu akıl hastalığından ötürü, *belli bir hukukî fiilin yapıldığı anda* ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığıdır. O hâlde, belli bir fiili yapan kişinin akıl hastası olduğunun saptanmasıyla sorun çözülmüş olmaz. Hâkimin önemle üzerinde durması gereken husus, akıl hastası olduğu saptanmış olan bu kişinin ***o hukukî fiili yaptığı anda*** ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığıdır. Hâkim, bu durumu saptamak hususunda özellikle ruh ve akıl hastalıkları alanındaki hekim bilirkişilere başvurmak zorundadır.

c) Akıl Zayıflığı

Akıl zayıflığı, doktrinin de oybirliğiyle kabul ettiği gibi, akıl hastalıklarının hafif bir derecesini göstermez[46]. Akıl zayıflığı, akıl hastalığından farklı bir kavramdır. ***Akıl zayıflığı****, aklî melekelerde, aklî ve ruhî faaliyetlerde ya doğumdan gelen ya da sonradan oluşan bir yeteneksizlik, bir duraklamadır.* Diğer bir söyleyişle *akıl zayıflığı, aklî ve ruhî melekelerin normal olarak gelişememesi veya gerilemesidir*. Akıl zayıflığına örnek olarak "aptallık", "budalalık", "geri zekâlılık" gösterilebilir. Akıl zayıflığının ayırt etme gücünü kaldırdığı kesin olarak söylenemez. Her somut olayda *hukukî fiilin yapıldığı anda* akıl zayıfı olan kişinin bu zayıflık dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bulunup bulunmadığının hâkim tarafından araştırılması ve saptanması gerekir.

d) Sarhoşluk

Sarhoşluk*, bünyeye giren alkolün yarattığı etkiden ötürü kişinin ayırt etme gücünün geçici bir süre ortadan kalktığı durumdur.* Kişi, vücuduna giren alkolün etkisiyle iradesinin kontrolünü bir süre kaybeder. Sarhoşluğun kişinin akla uygun biçimde hareket etme iktidarını hangi

(46) Yukarıdaki dipnotta adı geçen eserlerden başka bk. **Velidedeoğlu,** sh.53; **Schwarz,** Borçlar Hukuku, sh.193.

andan itibaren ortadan kaldırdığını saptamak oldukça zordur. Bu konuda kesin bir ölçüt (kıstas) verilemez; zira bu durum ne alınan alkolün miktarına, ne de içkinin türüne göre belirlenebilir. Bu konuda bunlar kadar, kişinin içkiye dayanma durumunun, kişiliğinin ve yapılmış olan fiilin mahiyetinin de rolü önemlidir. Hâkim, bütün bu faktörleri dikkate alarak sarhoşluğun *hukukî fiilin yapıldığı anda* ayırt etme gücünü kaldırmış olup olmadığını, takdir yetkisini kullanarak saptayacaktır.

e) Benzeri Diğer Sebepler

Benzeri diğer sebepler, Medenî Kanun'un 13 üncü maddesinde sayılmış olan sebepler gibi, *kişinin aklî ve ruhî melekeleri üzerine yaptıkları olumsuz etkiler dolayısıyla ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebeplerdir.* Bunların neler olduğunu önceden tek tek belirleyip saymak mümkün değildir. Ne gibi sebeplerin bir kimsenin ayırt etme gücünü ortadan kaldıracağını takdir etme, hâkime aittir. Bununla beraber felç, ateşli ağır hastalıklar esnasındaki sayıklama anları ve uyurgezerlik (somnanbülizm) gibi bazı hastalıklar, kokain, eroin ve afyon gibi keyif verici zehirler ile bir kimsenin iradesini ortadan kaldırarak onu bir diğerinin egemenliğine sokan manyetizma ve hipnotizma gibi hâller, benzeri diğer sebeplere örnek olarak gösterilebilir[47].

5) Ayırt Etme Gücünün İspatı

Kişilerin kendi lehlerine haklar ve aleyhlerine borçlar yaratabilmeleri, ayırt etme gücüne sahip olmalarına bağlıdır (MK. m.15). Bu itibarla, bir dava sırasında taraflardan biri kendisinin veya karşı tarafın ayırt etme gücüne sahip bulunmadığını iddia ederse, bu iddiasını MK. m.6 gereğince ispat etmekle yükümlü olacak mıdır?

Bu sorunla ilgili olmak üzere MK. m.13 de iki karine mevcuttur. Bu karineler, ilke olarak ergin kişiler lehine olan ***"ayırt etme gücü karinesi"*** *(mümeyyizlik karinesi)* ile maddede sayılan küçükler, akıl hastaları, akıl zayıfları ve sarhoşlar hakkında geçerli olan ***"ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi"*** *(gayrı mümeyyizlik karinesi)* dir. Karine normal ispat yükü kurallarını ters çevirdiğine göre[48], ayırt etme gücünün mevcut olduğunu ispat etmenin bunu iddia edene düşüp düşmeyeceği sorunu, kişinin ergin olup olmamasına göre saptanacak demektir.

---

(47) Daha geniş bilgi için **Cosman,** sh.62; **Peter,** sh.42 vd.

(48) Karine ve hükümleri hakkında bk. yuk. sh. 219 vd.

a) Ayırt Etme Gücü Karinesi

MK. m.13 "yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin" Medenî Kanunca ayırt etme gücüne sahip bulunduğu ilkesini koymuştur. Bundan çıkan sonuç, ergin olan ve aynı zamanda akıl hastalığı veya akıl zayıflığı da söz konusu olmayan herkesin, akla uygun biçimde hareket etme iktidarına sahip bulunduğunun kanundan ötürü asıl olmasıdır. Kanun bu hükmüyle *"ayırt etme gücü karinesi"* koymuş olmaktadır. Bu itibarladır ki, ergin olan kişiler arasında çıkan anlaşmazlıklarda ilke olarak, taraflardan hiçbirinin hak veya borç doğuran hukukî işlemin yapıldığı ya da haksız fiilin işlendiği anda ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu ispat etmeye gerek yoktur. Zira tarafların "ergin" olması, zaten onların ayırt etme gücüne sahip bulunduklarını gösterir. Ancak, kendisinin veya karşı tarafın ayırt etme gücüne *sahip bulunmadığını* iddia eden tarafa, bu iddiasını ispat etme yükü düşer. Zira ayırt etme gücü karinesi, diğer karinelerin pek çoğu gibi adî karine mahiyetindedir. Bu karineyi çürütmek üzere kanıt (delil) getirme yükü de karinenin aksini iddia eden kişiye düşer.

Aksini iddia eden kişinin, ayırt etme gücü karinesini çürütmek için, fiilin yapıldığı anda MK. m.13 de sayılan sebepler veya benzeri diğer bir sebep yüzünden, akla uygun biçimde hareket etme yeteneğinden yoksun bulunduğunu ispat etmesi şarttır. Örneğin iddia edilen bağışlama sözleşmesini sarhoşluk anında yapmış olduğunu, haksız fiili işlediği anda sara nöbeti geçirmekte bulunduğunu ispat eden kimsenin, o anda ayırt etme gücünden yoksun olduğu ortaya çıkmış olur.

b) Ayırt Etme Gücünden Yoksunluk Karinesi

MK. m.13 hükmünden açıkça olmasa bile örtülü olarak (zımnen), belli kişilerde ayırt etme gücünün bulunmadığının kanunen kabul edilmiş olduğu anlaşılır. Maddeye göre ergin olmayanların (küçüklerin), akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların akla uygun biçimde hareket edememeleri asıldır. Bu sebeple de bu gibi kişiler hakkında, kendilerinin ayırt etme gücünden yoksun bulunduklarına ilişkin bir karine vardır. Buna *"ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi"* denir. Anlaşmazlık hâlinde, bir küçük ile yapılan hukukî işlemden veya bir akıl hastasının işlediği haksız fiilden kendisinin lehine bir hak doğmuş olduğunu iddia eden taraf, sadece hukukî işlemi veya haksız fiili ispat etmekle yetinemez; ayrıca küçüğün veya akıl hastasının (yani karşı tara-

fın), hukukî işlemin yapıldığı ya da haksız fiilin işlendiği anda ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu da ispat etmek zorundadır. Başka bir deyişle, ayırt etme gücünden yoksunluk karinesini çürütme yükü, küçüğün veya akıl hastasının o anda ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu iddia eden kişiye düşer.

Haksız fiilden doğan davalarda BK. m. 59 bu kuraldan ayrılan bir hüküm içermektedir. Hakkaniyet düşüncesiyle konulmuş olan bu hüküm, *kişinin ayırt etme gücünü kendi kusuruyla geçici olarak kaybetmiş olduğu hâllerde* uygulanır. Örneğin "alkollü içkilerle sarhoş olma veya sinirleri etkileyen diğer vasıtalarla kendinden geçme ve nihayet hipnoz denilen duruma girme"[49] gibi sebepler, kişinin ayırt etme gücünün kendi kusuruyla geçici olarak kaybedilmesi sonucunu doğurur. Bu gibi durumlarda kişinin MK. m.13 hükmündeki ayırt etme gücünden yoksunluk karinesine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinin kendi kusurundan kaynaklanmamış olduğunu da ispat etmesi gerekir[50]. Bunu da, örneğin kendisine ağır tehdit altında cebirle uyuşturucu madde içirildiğini veya katıldığı davette ikram edilen meyve suyunu içine çok miktarda içki konulmuş olduğunu bilmeden içtiğini ispat ederek yapabilir.

Ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna ilişkin iddialar her türlü kanıtla (delille) ispat edilebilirse de, hâkimin vereceği kararın esas itibariyle bu alandaki bilirkişilerin görüşlerine dayanması gerekir[51].

B) ERGİNLİK

1) Normal Erginlik

Fiil ehliyetinin olumlu şartlarından biri de belli bir yaş düzeyine erişmiş bulunmak, yani *"ergin olmak"*tır (MK. m.l0). Fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip olabilmek için, kişinin ruhen ve fikren belli bir gelişim aşamasına erişmiş bulunması gerekir. İnsanların genellikle belli bir yaşa geldikten sonra ruhî ve fikrî gelişim düzeyine ulaştıklarını göz önünde tutan kanun koyucular, bu konuda bir yaş sınırı saptamışlardır. *Medenî Kanunlar*

---

(49) **Oser-Seçkin:** Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Ankara 1950, sh.503.

(50) **Oser-Seçkin,** ibid. **Guhl, Teo:** Le droit fédéral des obligations, Geneve 1946. sh.134.

(51) HGK. 6.5.1959, 34/36, Mukayeseli Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 1959, sh.260 vd.; 6 HD. 17.8.1958, 4049/3730, TİK. 1958, sh.3; sh.98.

tarafından saptanmış bulunan bu yaş sınırına ***"erginlik yaşı"*** veya sadece ***"erginlik"*** (*rüşt*) denir. Ergin olmak (reşit olmak) şartı, fiil ehliyetinin daha çok şeklî, hukukî olan şartıdır. Kanun koyucular, erginlik yaşını o ülke toplumunun sosyal ve doğal gereklerine göre bizzat ve serbestçe belirlerler. Erginlik yaşının belirlenmesinde sadece doğal faktörlerin değil, fakat zamanla değişen sosyal faktörlerin de rol oynadığının çok açık bir örneğini Almanya ve Fransa verir. Nitekim Almanya'da bu yaş başlangıçta 21 iken, 1974 yılında (31.7.1974) yapılan bir değişiklikle 18 yaşa indirildi (BGB § 2). Aynı yıl (5.7.1974) Fransa'da da erginlik yaşı 21 den 18 yaşa indirildi (CC. m.388, 488). Son olarak İsviçre'de de 20 olan erginlik yaşı 1.1.1990 tarihinden geçerli olmak üzere 18 yaşa indirilmiş bulunuyor (m. 14)[52].

Erginlik yaşının Medenî Kanunlar tarafından belli bir yaş olarak saptanması yerine herkesin fikrî ve özellikle bedenî gelişimine bırakılmasının daha doğru olup olmayacağı sorunu, tartışılmaya değer bir sorundur[53]. Eski hukuklar bu ikinci sistemi benimsemiş idiler. Örneğin eski hukukumuzda erginlik, kişinin *"buluğa ermesiyle"* gerçekleşirdi; bununla beraber kişinin ergin sayılabilmesi için alt yaş (en düşük) sınırı erkeklerde 12, kadınlarda 9 yaştı. Üst yaş (en yüksek) sınırı ise, gerek kadın gerek erkek için 15 yaşın tamamlanması idi (Mecelle m.985, 986 vd.).

Modern hukukta erginlik yaşı kesinlikle Medenî Kanunlar tarafından saptanmaktadır. Bu yaş çeşitli hukuk sistemlerinde 18 ile 23 yaş arası olarak belirlenmiştir. Örneğin normal erginlik İsviçre (ZGB. m.14), Fransa (CC. m.488) ve Almanya'da (BGB § 2) 18 yaşın, Avusturya'da (ABGB S 2/II) 19 yaşın doldurulmasıyla başlar.

Medenî Kanun'umuz Ülkemizin sosyal ve doğal bünyesine uygun olarak erginlik yaşını 18 yaş olarak saptamıştır. Gerçekten, MK. m.11/I uyarınca *"Erginlik, onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar",*

Erginlik yaşının başlangıcının nasıl hesap edileceği hakkında Medenî Kanun'umuzda bir açıklık yoktur. MK. m.11 erginlik yaşının 18 yaşın doldurulmasıyla başladığını söylediğine göre, her gerçek kişi *18 inci yaşının bitmesi ve 19 uncu yaşının başlamasıyla* ergin olacak demektir. Her kurumu Medenî Kanun'umuza oranla daha kazuistik (ayrıntıcı) metotla düzenlemiş olan Alman Medenî Kanunu'nun 187 nci paragrafında bu konuda da ayrı bir hüküm *(Fristbeginn)* mevcuttur.

---

(52) İsviçre'de erginlik yaşı 7.10.1994 tarihli Kanunla yapılan değişiklik sonucunda 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren 18 yaşın doldurulmasına indirilmiştir.

(53) Bu konuda bk. **Schwarz,** sh.186 vd.

Türk hukukunda erginlik normal olarak 18 yaşın doldurulmuş olduğu anda kazanılır. Buna doktrinde ***"normal erginlik"*** denilmektedir. Medenî Kanun'umuz, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla, bazen erginlik yaşına erişmeden önce kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratmak için gerekli olgunluğa erişilebileceğini gözden uzak tutmayarak ya belli bir kişisel durumu kazanmakla (yani evlenmekle) ya da hâkimin hükmüyle normal erginlik yaşı doldurulmadan önce ergin olabilme imkânını getirmiştir. Bunu da ***"erken erginlik"*** olarak isimlendirmek mümkündür(54).

2) Erken Erginlik

Erken erginlik i k i hâlde söz konusu olabilir. Aşağıda bu hâlleri ele alacağız:

a) Evlenme İle

Evlenme yoluyla ergin olunabileceği MK. m. 11/II de gayet açık ve seçik olarak *"evlenme kişiyi ergin kılar"* şeklinde ifade edilmiştir.

Medenî Kanun, evlenmenin özelliklerine ve Ülkemizdeki erken evlenme geleneğine uyarak evlenme yaşını erkek ve kadınlar için *onyedi* yaşın doldurulması olarak saptamıştır (m.124/I). Fakat olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin bulunması hâlinde normal evlenme yaşı daha da küçültülerek *onaltı* yaşını doldurmuş olan erkeklerin ve kadınların hâkimin izniyle evlenebilmelerine imkân sağlanmıştır (MK. m.124/II).

Evlenme yoluyla erken erginlik, evlenme sözleşmesinin (nikâh töreninin) yapıldığı anda kazanılmış olur. Evlenebilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak da şart olduğundan, ergin olmadan evlenmiş olan kişi, evlenme sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte başkaca bir işleme gerek olmaksızın, kanundan ötürü tam fiil ehliyetini de kazanmış olur. Evlenmenin henüz normal erginlik yaşına gelmemiş olan küçükleri kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhlerinde hak ve borçlar yaratmaya ehliyetli kılması, Türk ve İsviçre hukuk sistemlerine özgü bir özellik değildir. Fransız Medenî Kanunu'nda da durum aynıdır (m.476). Buna karşılık Alman hukukunda evlenme kişiyi ergin kılmaz.(55)

Evlenme henüz 18 yaşını doldurmamış, fakat normal evlenme yaşına erişmiş olan küçükleri ergin kılar. Bu itibarladır ki, sadece yaş küçüklüğüne dayanan vesayet, evlenmeyle sona erer. Yoksa evlenme mevcut olan kısıtlılık durumunun ortadan kalkmasını gerektiren bir sebep değildir.

---

(54) Erken rüşt **(erginlik)** terimini ilk olarak **Ord. Prof. Dr. H.V. Velidedeoğlu** kullanmıştır: Şahsın Hukuku, sh.57.

(55) **Staundiger's** Kommentar, sh.69.

Yani evlenen ergin kişi kısıtlı idiyse, yine kısıtlı kalmakta devam eder, tam fiil ehliyetine sahip kişi durumuna gelmez. Zira kısıtlama kararının nasıl ortadan kalkacağı konusunda Medenî Kanunda özel hükümler vardır (MK. m.470 vd.).

Mevcut evlilik küçük olan eşin henüz 18 yaşını doldurmasından önce herhangi bir sebeple ortadan kalkacak olursa, bunun evlenmeyle kazanılmış olan erginlik üzerinde hiçbir etkisi olmaz. Hatta evliliğin hükümsüzlük yaptırımı dolayısıyla sona ermesi durumunda bile, evlenmeyle kazanılmış olan erginlik korunur. Evlenmenin hükümsüzlüğünü düzenleyen MK. m.157 vd. hükümlerinden böyle bir sonuç çıkar.

b) Ergin Kılınma İle

Ergin kılınma (kazaî rüşt) *(Volljaehrigkeitserklaerung, Mündigerklaerung*[56], *émancipation)*, küçüklerin normal erginlik yaşını doldurmadan önce erginliğe erişmesini sağlamaya yönelik bir kurumdur. Ergin kılınma kurumu, hukuk tarafından hayat zorunluluklarının etkisiyle düzenlenmiştir. Çünkü başka ülkelerde olduğu gibi Ülkemizde de küçüklerin henüz 18 yaşını doldurmadan önce kendi başlarına belli işlerle ve mesleklerle uğraşı içerisinde bulundukları sıkça görülen olağan şeylerdendir. İşte ergin kılınma bu gibi küçüklerin kendi başlarına haklarını kullanmalarına veya borç altına girmelerine imkân yaratan ve böylece onlara büyük ölçüde yarar sağlayan bir kurumdur.

Ergin kılınma, *henüz 18 yaşını doldurmamış bulunan ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün mahkeme kararıyla erginliğine hükmedilmesi demektir.* Hakkında ergin kılınma kararı verilen küçük bu suretle tam fiil ehliyetini kazanmış olur. Tam fiil ehliyetini kazanmış olur, çünkü küçüğün bu karar verilirken ayırt etme gücüne de sahip bulunması şarttır. Bu şart, ergin kılınmanın kanunda ayrıca belirtilmesine lüzum göstermeyecek kadar doğal olan şartıdır.

aa) Ergin Kılınmanın Şartları

Ergin kılınmanın şartları, erginliğe hangi hâllerde hükmedilebileceğini düzenleyen MK. m.12 hükmünden çıkarılabilir:

---

(56) Bu Almanca terimlerin birincisi Alman hukukunda, ikincisi ise İsviçre hukukunda ergin kılınmayı belirtmek üzere kullanılmakta idi. Ergin kılınmayı düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun §§ 3-5 hükümleri 31.7.1974 tarihinde; İsviçre Medenî Kanunu'nun aynı konuyu düzenleyen 15 inci maddesi ise, normal erginlik yaşını 18'e indiren 7.10.1994 tarihli Kanunla yürürlükten kaldırılmış, böylece Almanya ve İsviçre'de bu yoldan erken erginliğe erişme imkânına son verilmiştir.

aaa) Onbeş Yaşın Doldurulması

Bu şart, ergin kılınmanın esaslı ve en başta gelen şartıdır. Zira 15 yaşın doldurulmasından önce ergin kılınma isteminde bulunulamayacağı gibi, hâkimin ergin kılınmaya karar vermesi de mümkün değildir.

bbb) Küçüğün İstemde Bulunması

Ergin kılınmayı isteme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu itibarladır ki, istemde (talepte) bulunma hakkı küçüğe aittir ve bizzat kendisi tarafından kullanılır. Küçüğün istemi olmaksızın ergin kılınmasına hükmedilemez.

Küçüğün, kendisine tanınmış olan istem hakkını diğer bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda (örneğin nişanlanma ve evlenmede) olduğu gibi, yasal temsilcisinin oluruyla (rızasıyla) kullanması söz konusu değildir. Her ne kadar MK. m.12 hükmü "velisinin rızasından" söz ediyorsa da, velilerin rızası, küçüğün ergin kılınma isteminde bulunmasına rıza göstermek değildir. Küçük böyle bir rızaya gerek bulunmaksızın doğrudan doğruya bizzat istemde bulunabilir. Ergin kılınma ana ve babanın velâyet haklarının ortadan kalkması sonucunu doğuracağından, onlardan aranılan rıza, bir taraftan velâyet haklarının ortadan kalkmasına rıza gösterip göstermediklerinin anlaşılması, diğer taraftan da mahkemece dinlenmeleri suretiyle küçüğün aklî ve ruhî olgunluğu hakkında hâkimi aydınlatmaları düşüncesine dayansa gerektir. Yoksa bu rıza küçüğün istem hakkını kullanmasıyla ilgili değildir.

ccc) Velisinin Rızası

MK. m.12 hükmünden anlaşılacağı üzere, küçüğün ergin kılınmasına ancak velisinin rızasıyla hükmedilebilir. Bu rıza, "kendilerinden velâyetin kaldırılması için ortada hiçbir sebep bulunmayan velilerin (ana ve babanın), kendi rızaları olmaksızın velâyet hakkından yoksun bırakılmamaları içindir"[(57)]. Bu sebepledir ki, ana ve baba bu konuda anlaşamazlarsa, babanın oyu yeğlenmez (tercih edilmez). Küçüğün velisinin inandırıcı bir sebep olmaksızın rızasını bildirmemesi, velâyet hakkının kötüye kullanılmasını oluşturur[(58)].

Yeni Medenî Kanun Önceki Kanunda kullanılan "ana ve babanın muvafakati" deyimi yerine *"velisinin rızası"* deyimini kullanarak, velâyeti

(57) **Egger-Çernis,** sh.173.

(58) **Saymen,** sh.95; **Velidedeoğlu,** sh.60; **Staudinger's** Kommentar, sh.73. Aksi görüş **Egger-Çernis,** sh.173; **Schwarz,** sh.189.

kaldırılmış bulunan ana veya babanın rızasının aranmayacağını açıklamış olmaktadır. Vesayet altındaki küçüğün ergin kılınmasında vesayet dairelerinin de izni gerektiğinden (m.463, b.1), Önceki Kanun'un aksine artık *vasinin dinlenmesine gerek kalmamıştır*.

ddd) Küçüğün Menfaati

Ergin kılınmaya hükmedilebilmek için, bunda küçüğün korunmaya değer menfaatinin bulunması gerekir. Fransız Medenî Kanunu'nun değişik 477 nci maddesine göre karar verilebilmesi, "haklı bir sebebin bulunması"na bağlıdır. Alman Medenî Kanunu'nun 31.7.1974 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan 5 inci paragrafında bu konuda açık bir hüküm mevcuttu. Medenî Kanun'umuzda böyle bir açık hüküm bulunmamasına karşın, ergin kılınmaya ancak küçüğün hayrına olduğu, yani korunmağa değer bir menfaatinin bulunduğu hâllerde karar verilmek gerekir. Zaten 12 nci maddenin yazılış biçiminden, diğer şartların bulunmasına karşın, hâkimin ergin kılınmaya karar verip vermemek hususunda takdir yetkisine sahip bulunduğu anlaşılmaktadır.

eee) Vesayet Dairelerinin İzni

Ergin kılınma isteminde bulunan küçük *vesayet altında bulunuyorsa,* diğer şartlara ek olarak vesayet dairelerinin de izni gereklidir. Bu itibarla küçüğün ergin kılınmasına önce vesayet makamı olan sulh mahkemesinin, daha sonra da denetim makamı olan asliye mahkemesinin izin vermesi Medenî Kanun'un 463 üncü maddesinin 6 numaralı bendinin emridir.

Önceki Medenî Kanun, 12 nci maddesinde küçük vesayet altında ise vasisinin de dinleneceği hükmünü getirmişti. Yeni Medenî Kanun'umuz bu hükme yer vermediğinden, vasinin mahkemeye çağrılarak görüşünün alınmasına ihtiyaç kalmamıştır.

fff) Mahkeme Kararı

Ergin kılınma, yetkili mahkeme tarafından verilen bir karar sonucunda gerçekleşmiş olur. Oysa Fransız hukukunda başlangıçta ergin kılınma velilerin sulh hâkimi önünde yapacakları tek taraflı bir irade açıklamasıyla gerçekleşen bir özel hukuk işlemi mahiyetinde idi. Fakat Medenî Kanun'un 477 nci maddesinde 1974 yılında yapılan değişiklikten sonra artık Fransa'da da ergin kılınma hâkimin kararıyla gerçekleşmektedir.

Ergin kılınma kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre belirlenecektir. Zira Önceki Medenî

Kanunda yer alan "mahkemei asliye" yerine yeni Medenî Kanunda maddeye sadece *"mahkemece"* deyimi konulmuştur. Mahkeme, küçüğün istemi üzerine *çekişmesiz yargı usulüyle* yapacağı yargılama sonucunda küçüğün ergin kılınmasına karar verir.

bb) Ergin Kılınmanın Hükümleri

Ergin kılınmasına karar verilen küçük, kararın kesinleşmesiyle birlikte velâyet veya küçüklükten doğmuş olan vesayet altında bulunmaktan kurtularak tam fiil ehliyetine sahip bir kişi durumuna girer. Bunun sonucu olarak da, bütün haklarını kendi başına kullanma imkânına kavuşur; bunları kullanmak için ilke olarak kimsenin rızasını almak zorunda değildir; fakat bizzat hak sahibi tarafından kullanılması kanundan dolayı belli bir yaşın doldurulması şartına bağlanmış olan haklarını kullanabilmesi için, aranılan yaşı fiilen doldurmuş olması şarttır. Örneğin 15 yaşını doldurmuş bulunan bir küçük mahkemece ergin kılındığı takdirde, evlenebilmek için 17 yaşını doldurmak zorundadır. ***Ergin kılınma, küçüğün 18 yaşını doldurmuş olduğu anlamına gelmez. Küçük aynı yaşında kalmaya devam eder.***

Ergin kılınma, ergin kılınmış olan kişiden hiçbir surette *geri alınamaz*. Ancak, mahkeme kararıyla ergin kılınmış olan kişide daha sonra ehliyetinin kısmen veya tamamen kaldırılmasını gerektirecek hâllerin ortaya çıkması, kendisinin MK. m.405 vd. hükümlerindeki sebeplere dayanılarak kısıtlanması veya MK. m.429 hükmü uyarınca kendisine bir yasal danışman atanması sonucunu doğurur.

C) KISITLI OLMAMAK

Fiil ehliyetinin olumsuz şartını kişinin "kısıtlı olmaması", yani "kişinin fiil ehliyetinin MK. m.405 vd. hükümlerinde öngörülen sebeplerden birine dayanılarak mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen kaldırılmamış olması" oluşturur. Kısıtlanmış olan kimsenin, kendi fiilleriyle kendi lehine hak ve aleyhine borç yaratabilme ehliyeti mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen kaldırılmış olur. Bu itibarladır ki, *sadece ergin olan kişiler kısıtlanabilir,* küçükler zaten tam fiil ehliyetine sahip bulunmadıklarından kısıtlanmalarına lüzum yoktur. Küçükler esas itibariyle velâyet altında bulunurlar; velisi bulunmayan küçüğe, kısıtlanmasına gerek olmaksızın, vesayet makamı (sulh mahkemesi) tarafından bir vasi atanır (MK. m.404).

Aynı şekilde, kısıtlıya da kendisi adına hukukî işlemler yapmak, yani onu üçüncü kişilere karşı temsil etmek üzere bir yasal temsilci atanır. Kısıtlıyı temsil edecek, mallarını yönetecek ve gerektiğinde onu gözetecek olan bu yasal temsilciye *vasi* denir (MK. m.413). Mamafih, kısıtlıya bir vasi atanacak, yani kısıtlı vesayet altına sokulacak yerde, onun ana ve babasının velâyeti altına konulması da mümkündür (MK. m.335/II, 419/II); zaten aslolan da budur (MK. m.419/III).

Ergin bir kimsenin hangi sebeplere dayanılarak kısıtlanabileceği MK. m.405 vd. hükümlerinde tek tek sayılmıştır. Bu maddelere göre ***kısıtlama sebepleri*** şunlardır: *Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (m.405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (m.406), bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza (hapis) ile hüküm giyme (m.407), isteğe bağlı kısıtlama (m.408)*[59].

§ 3. FİİL EHLİYETİNİN ÇEŞİTLİ DERECELERİ

Fiil ehliyetine sahip olabilmek için, kişinin ayırt etme gücünün bulunması, ergin olması ve kısıtlı bulunmaması şarttır. Böylece, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan ve aynı zamanda kısıtlı da bulunmayan kişiler, tam anlamıyla fiil ehliyetine sahip olurlar.

Kişiler birçok bakımdan olduğu gibi, fiil ehliyetinin gerektirdiği şartlar bakımından da birbirlerinden farklı durumlarda bulunurlar. Bazıları sadece ergin, fakat aklî melekelerinin gösterdiği sakatlık dolayısıyla akla uygun biçimde hareket etme iktidarından yoksun durumdadırlar. Bazıları henüz küçük olmakla beraber, fiil ve hareketlerinin sebebini kavrayarak kendi serbest iradeleriyle bu sebebe uygun hareket etme iktidarına sahiptirler. Yine gerçek kişilerden bazıları ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber, kanunda öngörülen birtakım sebeplerle, örneğin kötü yaşama tarzı veya kötü yönetim yahut savurganlıkları dolayısıyla kısıtlanmışlardır. O hâlde, fiil ehliyetinin bu çeşitli kişi kategorilerine uygun olarak, az çok değişik bir içeriğe sahip bulunması mümkündür. Başka bir deyişle fiil ehliyeti, bu kişi kategorilerinde mevcut olan veya olmayan şartları açısından değişik derecelerden oluşur. Böylece gerçek kişiler, fiil ehliyetinin şu veya bu şartına sahip olup olmamalarına göre, hukuk bakımından çeşitli kategorilere ayrılırlar. Bu kategorilere göre fiil ehliyetinin dereceleri ve dolayısıyla da kişilerin hukukî durumları, birbirinden farklı bir görünümdedir.

---

(59) Vesayet ve kısıtlama hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bk. **Akmtürk, Turgut:** Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, B.10, İstanbul 2006, sh.481, 493 vd.

Fiil ehliyetinin dereceleri bakımından gerçek kişiler d ö r t kategoriye ayrılırlar.

Birinci kategorideki kişiler, ***tam fiil ehliyetine sahip olanlardır***. Bunlar ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan, aynı zamanda kısıtlı da olmayan kimselerdir (MK. m.l0).

İkinci kategoriye giren kişiler, birincilerin tam aksine ***fiil ehliyetinden tamamen yoksun olanlardır***. Bu kategorideki kişiler, ister ergin ister küçük olsun, ayırt etme gücü bulunmayanlardır.

Üçüncü kategorideki kişiler, ***fiil ehliyetsizliği sınırlı olanlardır.*** Ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar bu kategori altında toplanırlar. Bunların fiil ehliyetsizliği asıldır. Fakat kanun koyucu, bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip bulunduklarını dikkate alarak, onları fiil ehliyetinden tam anlamıyla da yoksun bırakmamıştır. Medenî Kanun, daha doğru deyişle hukuk düzeni, bunların kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhlerine bazı hak ve borçları yaratabileceklerini kabul etmektedir. Böylece de bu durumda ayırt etme gücüne sahip bulunan küçükler ve kısıtlılara *belli ölçüde fiil ehliyeti tanınmış olmaktadır*. Bu sebepledir ki, bu kategoriye giren kişilerin ehliyetsizliği tam değil, fakat az çok sınırlı olan bir ehliyetsizliktir.

Dördüncü kategorideki kişiler, ***fiil ehliyeti sınırlı olanlardır***. Bunlar ayırt etme gücüne sahip ve ergin oldukları gibi, kısıtlı da değildirler; bu bakımdan tam fiil ehliyetine sahip bulunmaları gerekir. Fakat kanun koyucu, salt koruma ve kollama amacıyladır ki bu kişilerin, bazı önemli işlemleri yapabilmelerini, belli bir kişinin rızasını veya görüşünü alma şartına bağlamıştır. Böylece de bu kişilerin sadece kanunda açıkça belirtilen bazı önemli işlemleri yapabilme iktidarları *kısmen sınırlandırılmış* olmaktadır. Bu sebepledir ki, bu kategoridekilerin fiil ehliyetleri aslında tam olmakla birlikte, oldukça dar bir alanda sınırlandırılmış bir ehliyet görünümündedir.

Fiil ehliyetinin sınırlanmasına veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin olan hükümler, özellikle belli bir hukukî veya tabiî durumda bulunan kişilerin *korunup gözetilmesi amacına yöneliktir.* Bu hükümlere uymamanın yaptırımı hükümsüzlük olmakla beraber, bu hükümsüzlük derecesi "kesin hükümsüzlük" (mutlak butlan) değildir. Zira hükümsüzlük yaptırımı, uygulanacak hükmün amacına uygun olarak çeşitli derecelerden oluşur[60].

---

(60) Bu konularda bk. **Güral** (Akipek), **Jale:** Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953.

Fiil ehliyetiyle ilgili hükümlerin çiğnenmesinde (ihlâlinde) uygulanacak hükümsüzlük yaptırımının dereceleri de, bu hükümlerin amacına göre değişik derecelerdeki yaptırımlardır. Nitekim tam fiil ehliyetsizliği hakkındaki MK. m.15 de ayırt etme gücünden yoksun bulunanı koruma düşüncesinin yanında, kamunun yararlarının ve özellikle iş hayatının gereklerinin korunması düşüncesi de söz konusudur. Bu itibarladır ki, bu hükmün yaptırımı diğerlerine oranla daha ağır bir derecededir ve çok defa da mutlak butlana yaklaşır.

Aşağıda sırasıyla çeşitli kategorilerdeki gerçek kişilerin fiil ehliyeti bakımından hukukî durumlarını ele alacağız.

I- TAM EHLİYETLİLER

Medenî Kanun'umuzun 10 uncu maddesine göre ***"ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır"***. O hâlde, kısıtlı olmamak şartıyla ergin olan ve ayırt etme gücüne sahip bulunan kişilerin fiil ehliyeti tamdır, yani bunlar *"tam ehliyetliler"* kategorisini oluştururlar. Bu kişiler fiil ehliyetinin içeriğine giren bütün ehliyetlere, örneğin hukukî işlem ehliyetine, haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetine, dava ehliyetine ve tasarruf ehliyetine de sahiptirler. Böylece her türlü hukukî işlemi bizzat yapabilecekleri gibi, bütün haklarını da bizzat kullanabilirler. Bu hakların aile hukukundan, miras hukukundan, eşya hukukundan ya da borçlar hukukundan doğmuş olup olmaması hiç de önemli değildir. Tam ehliyetli bu kişiler, kendi fiilleriyle ve BK. m.26 ve 27 hükümlerinin belirlediği sınırlar içerisinde kalmak şartıyla hukukî işlemleriyle kendi leh ve aleyhlerine her türlü hak ve borçları yaratabilirler. Hukuka aykırı fiilleriyle (haksız fiilleriyle) başkalarına vermiş oldukları zararlardan da kendileri sorumludurlar. Çekişme hâlinde bulunan bir hakkın yerine getirilmesini sağlamak üzere bizzat dava açabilecekleri gibi, kendilerine karşı açılmış olan davalarda da mahkemede taraf sıfatıyla hazır bulunarak yargılama hukukuyla ilgili bütün işlemleri bizzat yapabilirler.

II- TAM EHLİYETSİZLER

Tam ehliyetsizler, yani fiil ehliyetine mutlak surette sahip bulunmayanlar, MK. m.13 hükmünde sayılan sebeplerden dolayı akla uygun davranma yeteneğinden, yani *ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerdir.* Türk ve İsviçre hukuklarında Alman hukukunda olduğu gibi yaştan kaynaklanan

mutlak bir fiil ehliyetsizliği mevcut değildir[61]. Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarının sistemine göre mutlak fiil ehliyetsizliğinin kaynağı, *ayırt etme gücünden yoksunluktur* (MK. m.14, 15). Fiil ehliyetinden yoksunluk ancak ve sadece kanundan ötürü meydana gelir. Başka deyişle kişiler, kendi iradeleriyle fiil ehliyetlerinden vazgeçemeyecekleri (feragat edemeyecekleri) gibi, bu ehliyetlerini hukukî işlemleriyle sınırlama yoluna da gidemezler. Fiil ehliyetinin sınırlanmasına ilişkin hukukî işlemler, kişiliğin içe karşı, yani kişinin kendisine karşı korunmasını düzenleyen ve emredici hüküm niteliğinde olan MK. m.23'e aykırı olması itibariyle BK. m. 26 ve 27 hükümleri uyarınca kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) yaptırımına tâbidir.

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin hukukî durumuyla ilgili genel ilke, MK. m.15 de ***"kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz"*** şeklinde ifade edilmiştir. Madde, ifade biçimi itibariyle bu ilkenin mutlak olmadığını, birtakım istisnalarının da bulunduğunu belirtmektedir.

A) TAM EHLİYETSİZ OLANLAR

Fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun olanlar, *ayırt etme gücüne sahip bulunmayan* kişilerdir (MK. m.15). Ayırt etme gücünden yoksun olmanın, yaş küçüklüğünden veya aklî sakatlıktan ileri gelmiş olmasının, fiil ehliyetinden yoksunluk üzerine bir etkisi yoktur. Aynı surette, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı söz konusu olan hâllerde, kişinin bu sebeplerden dolayı kısıtlanmış olup olmaması da kural olarak fiil ehliyetinden yoksunluk bakımından önemli değildir[62]. Ayırt etme gücünden yoksunluğun sürekli veya geçici olmasının da, bu durumun devamı süresince kişinin fiil ehliyetine sahip olmaması üzerine bir etkisi yoktur. Kanun koyucu, ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluğun, yapılmış olan işlemin geçerliliği üzerine olan etkisini sadece evlenme hukukunda dikkate almıştır (MK. m.148).

B) TAM EHLİYETSİZLERİN HUKUKÎ DURUMU

Tam ehliyetsizler, yani fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun bulunanlar, kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhlerine hiçbir zaman hak ve borç yaratamazlar. İsviçre Medenî Kanunu'nun Medenî Kanun'umuzun 15 inci

---

(61) BGB, 7 yaşını doldurmamış olan çocukların fiil ehliyetinden mutlak surette yoksun olduğunu kabul eder (§104).

(62) Bk. 3.HD. 19.6.1958, 4448/3830, TİK. 1958, sh.3.

maddesini karşılayan 18 inci maddesinin Almanca metni bunu gayet açık ve seçik olarak şöyle ifade etmektedir: *"Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse kendi fiilleriyle hukukî sonuçlar yaratamaz"*.

Ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kişiler, hukuken kabul edilen (makbul) geçerli bir irade açıklamasında bulunma iktidarından yoksundurlar; yapmış oldukları fiil ve hareketlerin sebebini anlama yetenekleri de yoktur. Bu sebepledir ki, kendi iradeleriyle leh ve aleyhlerine borç doğuracak hukukî işlemleri yapamazlar; yani *hukukî işlem ehliyetleri yoktur*. Bu kişilerin, ister tek taraflı, ister iki taraflı olsun, hukukî işlemleri kendi başlarına yapmaları hukuken söz konusu olamaz.

Tam ehliyetsizler, yaptıkları fiil ve hareketlerin sonuçlarını kavrayacak bir aklî melekeye (yetiye) sahip bulunmadıklarından, kusurlu hareket edip etmedikleri de söz konusu olamaz. Bu itibarladır ki, kural olarak BK. m.49 vd. hükümleri anlamında işledikleri *haksız fiillerden de sorumlu tutulamazlar*; yani hukuka aykırı fiilleriyle başkalarına verdikleri zararlardan dolayı kendilerine herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Üçüncü kişiler böyle bir kişi tarafından kendilerine verilen zararları ancak MK. m.369 hükmündeki şartlar içinde, ayırt etme gücü olmayan kişiye özen göstermekle yükümlü olan ev başkanına tazmin ettirebilirler. Pek istisnaî olarak hâkim, *hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde*, ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişiyi, vermiş olduğu zararı kısmen veya tamamen gidermeye (tazmin etmeye) mahkûm eder (BK. m. 65).

Ayırt etme gücünden yoksun olanların oluşturduğu tam ehliyetsizlerin, hukukî işlem ve haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetleri bulunmadığı gibi, *dava ehliyetleri de yoktur.* Bu itibarla davalarda davacı veya davalı sıfatıyla hazır bulunarak, örneğin yemin, sulh, kabul vs. gibi yargılama hukukuna giren işlemleri bizzat yapmaları söz konusu olamaz.

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişiler normal olarak bir *"yasal temsilciye"* sahiptirler. Ayırt etme gücünden yoksun kişi küçük ise, velâyet altında bulunduğundan, yasal temsilcisi ana ve babası, yani *velileridir*. Ergin olanlar ise, aynı zamanda akıl hastası veya akıl zayıfı yahut alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı olmaları sebebiyle kısıtlandıklarında mahkeme, kısıtlama kararıyla birlikte kendilerine bir vasi atayacağından, onların yasal temsilcileri *vasileridir*.

Tam ehliyetsizler kategorisine giren kişilerin yasal temsilcileri, onlar adına hukukî işlemler ile yargılama hukukuna ilişkin işlemleri yapmak yetkisine sahiptirler. Temsilcinin temsil yetkisi doğrudan doğruya kanun-

dan doğduğu içindir ki, bunlara *"yasal temsilci"* denir. Yasal temsilciler tam ehliyetsizleri üçüncü kişilere karşı temsil ettikleri gibi, mahkemelerde de temsil ederler ve haklarını onların adına kullanırlar.

Ayırt etme gücünden yoksunluğun mahiyetine uygun olarak, Türk ve İsviçre hukuklarında bu kavrama mutlak bir nitelik verilmez. Medenî Kanun'umuz ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin belli alanlarda veya belli bazı işlemleri yaparken, akla uygun biçimde hareket etmesinin mümkün olabileceğini kabul eder. Zira akıl hastası olan bir kişinin bazı durgunluk anlarında, aklî melekelerine (yetilerine) tamamen sahip olması tıbben mümkündür. Örneğin sara (epilepsi) hastalığı olanlar, kriz anları dışında ayırt etme gücüne sahiptirler. Bu kişilerin, durgunluk anlarında fiil ehliyetine sahip bulundukları kabul edilir. Hukuk bakımından önemli olan, kişinin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması değil, fakat belli bir hukukî işlemi yaparken veya bir haksız fiili işlerken ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmamasıdır.

Akıl hastası veya akıl zayıfı ya da sarhoş olanlar ile küçükler lehine "ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi" mevcut olduğundan, hukukî işlemin yapıldığı veya haksız fiilin işlendiği anda bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu iddia eden kimse, bunu ispatla yükümlü olur.

Akıl hastasının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın yapamayacağı bir tek hukukî işlem vardır. O da "evlenme sözleşmesi"dir. Gerçekten, bir akıl hastası durgunluk anında bile, *evlenmesinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemez"* (MK. m.133)

1) MK. m.15 Hükmünün Yaptırımı

a) Klâsik Görüş

MK. m. 15 hükmünde *".... ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz"* denilmektedir. Bununla kanun, böyle bir kişinin hukukî işlemlerinin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulduğunu ve işlediği haksız fiillerden dolayı sorumlu olmayacağını ifade etmek istemiştir.

Hukukî işlemler söz konusu olunca madde metninde bu hükümsüzlüğün derecesinin ne olduğu konusunda bir açıklık yoktur[63]. Durum böyle

(63) Hükümsüzlük yaptırımı ve dereceleri hakkında bk. **Güral** (Akipek) **J.**: Hükümsüzlük, sh.l vd.

olmakla beraber, gerek doktrinin büyük bir kısmı[64], gerek mahkeme içtihatları[65] bu hükümsüzlüğün *mutlak butlan (kesin hükümsüzlük)* olduğunu kabul ederler. Bu görüşe göre, yapılan işlemin geçerli olmadığı iddiası bütün ilgililerce ileri sürülebilir; yani bizzat tam ehliyetsiz kişi, yasal temsilcisi, karşı taraf ve her iki tarafın mirasçıları mutlak butlanı ileri sürerek işlemin iptalini isteyebilirler. Mutlak butlanın ileri sürülmesi belli bir süreyle sınırlandırılmış da değildir.

Hukukî işlemin sonradan yasal temsilcinin onam (icazet) vermesiyle geçerli bir işlem durumuna gelmesine de imkân yoktur[66]. Tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılmış olan bir hukukî işlem, ne kadar akla uygun bir işlem görünümü gösterirse göstersin veya ehliyetsizin ne kadar lehine (yararına) bulunursa bulunsun, durum değişmez. Hukukî işlemin geçerli olmaması üzerine karşı tarafın iyiniyetli olması veya olmamasının (kötü niyetli olmasının) da bir etkisi yoktur[67]. Tam ehliyetsizin yaptığı hukukî işlemlerin mutlak butlan yaptırımına tâbi olduğunu kabul eden bu görüş, akla uygun biçimde hareket etme imkânına sahip bulunmayanların *en geniş anlamıyla korunmaları gerektiği düşüncesine dayanır*. Ancak, ayırt etme gücüne sahip bulunmayanların korunması esasına dayanan bu görüş, bu kişilerin yaptıkları hukukî işlemleri mutlak butlan yaptırımına tâbi tutmakla, bu amacını her zaman gerçekleştiremez. Zira mutlak butlan bütün ilgililer ve dolayısıyla karşı tarafça da ileri sürülebilir ve hatta hâkim tarafından resen (kendiliğinden) dikkate alınabilir. Mutlak butlan yaptırımının bu özelliği, butlanın çoğu zaman tam ehliyetsizin aleyhine sonuçlar doğurmasına yol açabilir. Çünkü karşı tarafın mutlak butlandan ehliyetsizin zararına olarak yararlanması mümkündür. Örneğin tam ehliyetsizin yararına olan bir hukukî işlemin hükümsüzlüğünün karşı tarafça ileri sürülmesi veya ehliyetsizlik iddiasının işlem ifa edildikten çok sonraki bir tarihte ileri sürülmesi, bunun en çarpıcı örneğini oluşturur. Bazı hâllerde de böyle bir işleme mutlak butlan yaptırımının

---

(64) **Saymen,** sh. 122; **Schwarz,** Borçlar Hukuku, sh.195; **Dural-Öğüz:** age., sh. 63; **Oğuzman-Seliçi-Oktay:** age., sh. 59; **Rossel-Mentha:** Manuel de droit civil suisse. Geneve 1952, sh.88; v. **Tuhr:** Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, sh.188.

(65) 3. HD. 19.6.1958, 4448/3830, TİK 1958, sh.3; 4. HD. 6.5.1952, 1772/2424, **Olgaç,** sh.46; Içt.Bir.Kar. 28.7.1941, 4/21 Sicilli Kavanin, c.22, sh.570 vd. veya RG. 28.7.1941, Nr.4871; JdT 1930, 98.

(66) 7. HD. 13.4.1981, 3667/4492, YKD. 1981, sh.992.

(67) **Schwarz,** sh.195; 1941 tarihli ve yukarıda dn. 61 de sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararı.

uygulanması, tam ehliyetsize hiçbir yarar sağlamadığı gibi, iş ilişkilerinin aleyhine birtakım sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, yapılmasından çok sonraki bir tarihte tam ehliyetsiz tarafından hiçbir yararı olmaksızın yapılan işlemin butlanının ileri sürülmesi gibi. Bu durum, dürüstlük kurallarına aykırı olduğu gibi, karşı tarafın menfaatlerine de ters düşer. İşte, kanunun amacına olduğu kadar, hakkaniyet ve dürüstlük kuralarına da aykırı düşen bu tür sonuçları önlemek maksadıyladır ki, kanun koyucu "ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz" ilkesine hukuk düzenince bazı istisnaların getirilebileceğini de öngörmüştür[(68)].

b) Modern Görüş

Ayırt etme gücü bulunmayanın yapmış olduğu hukukî işlemlerin yaptırımının mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) olduğu hakkındaki görüşe karşı gerek hukuk doktrininde, gerek mahkeme içtihatlarında haklı olarak bazı reaksiyonlar görülmüştür. Doktrin alanında özellikle Almanya'da Medenî Kanun'un (BGB) 104 ve 105 inci paragraflarının çok sert biçimde uygulanmasına karşı itirazlar yükselmeğe başlamıştır[(69)]. İsviçre Hukukunda *Egger* bu görüşü savunmaktadır. Türk hukukunda *Velidedeoğlu* bu görüşe taraftar görünüyor[(70)].

Modern görüş, haklı olarak tam ehliyetsizlerin hiçbir surette kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratamayacaklarına ilişkin MK. m.15 hükmünün çok sert bir biçimde uygulanmasının karşısındadır. Zira bu uygulama sakıncalı sonuçlar doğurur. Diğer taraftan, bu uygulama zaten bizzat maddenin sözüne (lâfzına) ve özüne (ruhuna) de aykırı olur. Gerçekten, MK. m.15 hükmü *mutlak butlan terimini kullanmaksızın* bu kişilerin hukukî işlemlerinin *hukukî sonuç doğurmayacağını* belirtmektedir. Bu ifade biçimi mutlak butlana oranla daha az kesinlik gösterir[(71)]. Madde teknik bir biçimde kaleme alınmamış, sadece çok genel ve belki de açık olmayan

---

(68) Her ne kadar gerek Türkçe, gerek Fransızca ve Almanca metinler "kanunî istisnalardan" (gesetzlichen Ausnahmen) söz etmekte iseler de, bununla hukuk düzeninin kastedilmek istendiği meydandadır. Zaten hak ehliyeti söz konusu olduğu zaman Almanca metin açıkça hukuk düzeninden *(Rechtsordnung)* söz etmektedir.

(69) Bu konuda etraflı bilgi için bk. **Egger,** Die Rechtsgeschaefte urteilsunfaehiger Personen, Zürcher Festschrift für G. Cohn, 1915. Bu makale **Tahir Çağa** tarafından "Gayrı Mümeyyizlerin Hukukî Muameleleri" adı altında Türkçeye çevrilmiştir: Ad. Der. 1940, sh.123.

(70) **Egger,** agm.; **Velidedeoğlu,** sh.65 vd. Ayrıca bk. **Cosman,** sh.74 ve özellikle 81 vd.

(71) **Egger,** agm., sh.124.

(müphem) bir ilke konulmakla yetinilmiştir. Maddenin yazılış biçiminden, kanun koyucunun maddedeki genel ilkeden anlamlar çıkarmayı ve onu her somut olayın özelliğine uygun surette anlamayı doktrine ve özellikle hâkimlere bırakmak istediği anlaşılıyor[72].

Medenî Kanun ayırt etme gücü bunmayanların fiil ehliyetsizliğine ilişkin hükümleriyle, her şeyden önce bu kişileri korumak istemektedir. Başka deyişle MK. m.15 hükmüne *kamunun yararından çok, tam ehliyetsizlerin korunması amacı egemendir.* Bu itibarladır ki, MK. m.15 hükmünü bu amacına uygun olarak yorumlamak ve her somut olayda tam ehliyetsizin menfaatinin söz konusu olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu ilkeden hareket edilirse aşağıdaki şu sonuçlarla karşılaşılabilir:

Tam ehliyetsizin yapmış olduğu bir hukukî işlemin geçerli olmadığının karşı tarafça ileri sürülmesi, tam ehliyetsizin menfaatini çiğneyecekse veya yapılan işlem tam ehliyetsizin lehine olan hukukî sonuçlar doğurmuşsa, bu gibi işlemlerin iptalini haklı gösterecek bir sebep mevcut değildir. Örneğin kendisi ile yapılan bir hizmet sözleşmesinde tam ehliyetsiz olan işçi edimini (borcunu) tamamen yerine getirdikten sonra, karşı tarafın (işverenin) hizmet sözleşmesinin geçerli olmadığını ileri sürerek ona (işçiye) sözleşmeyle kabul edilen ücreti ödemekten kaçınması, buna güzel bir örnek oluşturur. Bazen bunun aksi bir durumla da karşılaşılabilir. Tam ehliyetsizin korunmasını gerektirecek bir menfaat bulunmadığı hâllerde, onun tarafından hukukî işlemin iptalini istemek, hem MK. m.15 hükmünün amacına, hem de dürüstlük kurallarına aykırı olur. Bu itibarladır ki, bu gibi durumlarda, tam ehliyetsiz tarafından yapılmış olmasına karşın hukukî işlemin iptali yoluna gidilmemek gerekir.

"Bu mülâhazalara (düşüncelere) dayanaraktır ki pek çok yazar tam ehliyetsizlerin hukukî işlemlerinin yaptırımının ***"iptal kabiliyeti"*** ya da ***iptal edilebilirlik*** *(anfaechtbarkeit)* olması gerektiği görüşündedirler. Nitekim İngiliz hukukundaki durum böyledir ve bu iptal yetkisi de sadece kötüniyetli (iyiniyetli olmayan) taraf karşısında mevcuttur"[73].

Fransız mahkeme içtihatları da bu görüşü benimsemekte ve ehliyetsizlerin hukukî işlemlerine iptal kabiliyeti yaptırımını uygulamakta[74]; yani işlemin geçerli olmadığını ileri sürme yetkisini esas itibariyle ancak fiil ehliyetine sahip bulunmayan kişiye tanımaktadırlar.

---

(72) **Egger-Çernis,** sh.194; **Güral (Akipek), J.:** Hükümsüzlük sh.169 vd.

(73) **Güral** (Akipek), **J.**: Hükümsüzlük, sh.170.

(74) **Josserand,** sh.279 vd.; **Planiol-Rippert,** sh.336 vd.

Yargıtay da giderek klâsik görüşe bağlı kalmaktan vazgeçme eğilimindedir[75]. Bu yeni eğilim Yüksek Mahkemenin 1955 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında çok yerinde olarak açık biçimde ifadesini bulmuştur[76]. Sözü geçen kararda -arılaştırılmış Türkçeyle- aynen şöyle denilmektedir: "MK. m.15 deki hükmün konulmasında güdülen amaç, ayırt etme gücü bulunmayanı korumaktır; bu itibarla böyle bir kişi ile işlem yapan kimsenin söz konusu maddeyi ayırt etme gücü bulunmayanın aleyhine bir hüküm doğurmak için ileri sürmesi, bu amaca aykırı olur ve adil olmayan sonuçlar doğurur. Fakat bu maddenin ayırt etme gücü bulunmayan kimse tarafından diğer taraf aleyhine ileri sürülmesi de hâl ve şartlara göre iyiniyet esaslarına aykırı bir durum yaratabilir... Sonuç olarak, ayırt etme gücü bulunmayanın yaptığı hukukî işlemin hükümsüzlüğü iddiası, dürüstlük kurallarına aykırı olduğu takdirde dinlenemez".

2) MK. m.15 Hükmünün İstisnaları

MK. m.15 hükmünde ayırt etme gücü bulunmayanın kendi fiilleriyle hak ve borçlar yaratamayacağı genel bir ilke hâlinde ifade edildikten sonra, "*kanunda gösterilen ayrık durumların saklı olduğu"* bu ifadeye eklenmiştir. Maddede kullanılan bu ifadeyi geniş olarak *"hukuk düzeni tarafından getirilecek istisnalar"* şeklinde anlamak, daha uygun ve isabetli olur.

a) Medenî Kanun'un Getirdiği İstisnalar

Medenî Kanun tarafından konulmuş olan istisnalar özellikle toplum içindeki iş ilişkilerinin gerektirdiği *güven ve hakkaniyet esaslarından* esinlenerek öngörülmüştür.

aa) Hukukî İşlemler Alanındaki İstisnalar

Bazı işlemlerin taşıdığı önem dolayısıyla Medenî Kanun'umuz, bu işlemlerin tam ehliyetsiz tarafından yapılmış olsalar dahi, ancak bir mahkeme kararıyla ortadan kalkacakları ve hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasına kadar geçerli bir işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracaklarını kabul eder. Hatta işlemin bazı hükümleri, iptalinden sonra da kanundan ötürü yürürlükte kalmakta devam eder. Nitekim ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunanların yaptıkları *evlenmeler* bakımından durum böyledir (MK. m.145 b.2, 156). Böyle bir evlilikten doğan çocuklar evlilik

---

(75) HGK. 1-103/62 Temyiz Kararları 1935, sh.217; 1. HD. 2313/3240, Temyiz Kararları 1938.

(76) 9.3.1955, 22/2, RG. 27.6.1955, Nr. 9039 veya Ad. Der. 1955, S. 8.

içinde doğmuş sayılırlar (MK. m.157/I). Eşler evlenme ile kazandıkları kişisel durumu evliliğin butlan (iptal) davasıyla ortadan kaldırılmasından sonra da korurlar (MK. m.158).

Akıl hastalığı dolayısıyla tam ehliyetsiz olan eşin, sonradan ayırt etme gücünü kazanması hâlinde, evliliğin butlanını (iptalini) isteme hakkı, sadece kendisine ait olur (MK. m.147/II).

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılan bazı işlemlerin yaptırımının iptal kabiliyeti (iptal edilebilirlik) veya nisbî butlan olacağı, kanun tarafından kabul olunur. Örneğin ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun bulunanlar tarafından yapılan evlenmelerin yaptırımı böyledir. Böyle bir evliliğin iptalini ancak bu durumdaki eşin bizzat kendisi isteyebilir (MK. m.148).

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufların iptalini de, ancak mirasçılar veya vasiyet alacaklıları (lehine vasiyette bulunulmuş olanlar) isteyebilirler (MK. m.537 b.1). İptal davası açma hakkı MK. m.559 uyarınca belli hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır.

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılmış olan işlemlerle ilgili bazı hükümler de BK. m. 517, 528 ve 582 de mevcuttur. Örneğin BK. m. 582/II uyarınca, borçlunun ehliyetsiz oluşu sebebiyle geçerli olmayan bir sözleşmeden doğan borca kefil olunmuşsa kefil, kefalet sözleşmesinin kuruluşu sırasında bu durumu biliyor idiyse, yapılan kefalet geçerli olur.

bb) Haksız Fiillerden Sorumlu Olmayla İlgili İstisnalar

Tam ehliyetsizlerin haksız fiillerinden dolayı mutlak surette sorumlu olmayacaklarını söylemek, uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Bu sebepledir ki, BK. m.65 haksız fiiller alanında da genel ilkeye istisna oluşturan hükümler koymuştur. Maddede bu konuyla ilgili olarak i k i ayrı hüküm mevcuttur:

Bu hükümlerden birincisi, *hastalık veya yaş küçüklüğü gibi fizyolojik sebepler dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun bulunanlar* hakkındadır. Bu kişiler BK. m. 65 hükmü uyarınca her somut olayın özellikleri, yani *"hakkaniyet gerektiriyorsa"* haksız fiillerinden sorumlu tutulabilirler.

Ayırt etme gücü bulunmayanın başkalarına vermiş olduğu zararlardan sorumlu olup olmayacağının, hakkaniyet düşüncesine dayanılarak

belirlenmesi, MK. m.4 hükmü uyarınca hâkime aittir. Hâkim, takdir yetkisine dayanarak bunu belirlerken özellikle tarafların malî durumlarını, zararın ağırlığını veya zararın bir üçüncü kişiye, örneğin ev başkanına ya da sigortacıya ödettirme imkânının bulunup bulunmadığını dikkate almalıdır(77). Borçlar Kanunu'nun 65 inci maddesiyle kabul edilen ***"hakkaniyet sorumluluğu"***, BK. m. 114/II hükmünün yardımıyla hukukî işlemler hakkında da uygulanır. Başka deyişle, hakkaniyet düşüncesi gerektirirse, tam ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılmış olmasından ötürü geçerli olmayan bir sözleşmeden dolayı karşı tarafın uğradığı zarar ziyanın tamamen tazmin ettirilmesi yoluna gidilebilir(78).

Bu hükümlerden ikincisi, *ayırt etme gücünden* ***geçici*** *olarak yoksun bulunanlar* hakkındadır. BK. m. 59 hükmü bu kişilerin, işlemiş oldukları haksız fiillerden dolayı bizzat sorumlu olacaklarını ilke olarak kabul eder. Nitekim bu hüküm dolayısıyladır ki, örneğin sarhoşluk veya sair uyuşturucu zehirler veya hipnotizma etkisiyle akla uygun biçimde hareket imkânını geçici olarak kaybetmiş olan bir kimse, bu durumda iken haksız bir fiiliyle başkasına verdiği zararı gidermekle (tazmin etmekle) yükümlüdür. Esas ilke böyle olmakla beraber, aynı fıkra hükmü haksız fiili işlediği sırada tam ehliyetsiz durumunda olana, bu sorumluluktan kurtulmak üzere bir *"kurtuluş beyyinesi"* getirme imkânını da tanımıştır. Buna göre, haksız fiil faili olan tam ehliyetsiz sorumluluktan kurtulmak için, akla uygun biçimde hareket etme iktidarından geçici olarak yoksun olmasının kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmelidir. Örneğin almış olduğu içkinin etkisiyle veya yapay surette uyutulmuş olduğu sırada bir haksız fiil işlemiş olan kimse, bundan zarar gören üçüncü kişinin zararını gidermek zorundadır. Ancak, uyuşturucu maddenin kendisine tehdit altında ve zorla veya kandırılarak içirilmiş olduğunu veya rızası olmadan hipnotize edilmiş (uyutulmuş) bulunduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Başka deyişle, *ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinin kendisine yükletilebilecek bir kusurdan ileri gelmemiş olduğunun ortaya çıkması*, onun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurur. Nitekim yeni Borçlar Kanunu 59 uncu maddesinde önceki kanundaki yanlış ifadeyi düzelterek ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin ***kaybetmede kendi kusuru olmadığını ispatla*** sorumluluktan kurtulacağını hükme bağlamıştır.

---

(77) **Funk, Fritz:** Commentaire du code fédéral des obligations, Neuchâtel 1930, sh.51; JdT 1946, 153.

(78) JdT 1929, sh 403.

b) Hukuk Biliminin Genel İlke ve Temel Kurallarının Gerektirdiği İstisnalar

aa) Maddî *Fiiller*

İradenin hiç söz konusu olmadığı, hukukî sonuçların sadece objektif şartlara veya hukukî olaylara bağlı olduğu hâllerde, yani maddî fiillerle hak kazanmanın hukuken mümkün bulunduğu yerlerde, ayırt etme gücü bulunmayanlar da kendi maddî fiilleriyle lehlerine hak yaratabilirler. Örneğin mirasçı olabilirler; işleme (hukukî tağyir) (MK. m.775), karışma ve birleşme (MK. m.776) yoluyla taşınırlar üzerinde mülkiyet veya zilyetlik kurabilirler[79].

bb) Varması Gerekli İrade Açıklamaları

Hüküm ve sonuçlarını meydana getirebilmeleri için karşı tarafın (muhatabın) katılımına, yani herhangi bir fiil veya hareketine veya kabulüne gerek bulunmayan irade açıklamaları, ayırt etme gücü bulunmayanlara karşı yapılmış olsalar dahi hüküm ifade ederler. Zira bu tür irade açıklamaları esas itibariyle karşı tarafın etki alanına girdikleri andan itibaren bütün hukukî sonuçlarını doğururlar. "*Varması gerekli irade açıklamaları*" denilen bu tür açıklamaların ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişiye yapılmış olması hâlinde de durumun böyle olması gerekir[80]. Örneğin kira veya hizmet sözleşmesinin feshini bildirme (feshi ihbar), böyle bir kişiye yapılmış olsa dahi hüküm ifade eder. *Prof. Schwarz* da kabul haberinin varmasından önce icapta (öneride) bulunan kişinin "fiil ehliyetinden yoksun olmasının, sözleşmenin kurulması üzerine bir etkisi olmayacağını" beyan eder[81].

cc) İlliyet Sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğunun kusura değil, fakat salt illiyet esasına dayandığı yerlerde de ayırt etme gücü bulunmayanların, üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan sorumlu tutulmaları uygun olur. Örneğin adam çalıştıranın (istihdam edenin) sorumluluğu (BK. m. 66), hayvan bulunduranın[82] sorumluluğu (BK. m. 67), bina sahibinin sorumluluğu

---

(79) Bu konuda bk. **Akipek, J.G.:** Menkul Davası, Ankara 1959, sh.40 vd.

(80) **Cosman,** sh.88 vd.; bazı çekinceler altında **Egger** (Çev. **Çağa, T.**) : Gayrı Mümeyyizlerin Hukukî Muameleleri, Ad. Der. 1940, sh. 127.

(81) Borçlar Hukuku Dersleri, sh.221.

(82) ***Hayvan bulunduran,*** hayvanın muhafazasında, gözetiminde, bakım ve kullanılmasında karar yetkisine sahip olan kişi demektir.

(BK. m. 69), taşınmaz malikinin sorumluluğu (MK. m.730) hakkındaki hükümler ayırt etme gücünden yoksun olanlar hakkında da uygulanmalıdır.

c) Dürüst Davranmanın Zorunlu Kıldığı İstisnalar

Ayırt etme gücü bulunmayanlar tarafından yapılmış olmakla beraber, kendi menfaatlerini çiğnemeyen, hüküm ve sonuçları itibariyle aynı şartlar altında tam fiil ehliyetine sahip kişilerin yapacağı işlemlerden farksız mahiyette olan işlemler geçerli sayılmalıdır. Zira böyle bir işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürmek, MK. m.2 deki esaslara aykırı olur. Hukukî işlemin iptalini isteme hakkı, tam ehliyetsiz veya yasal temsilci tarafından kanunun amacına uygun olarak kullanılmalıdır. Tam ehliyetsizin korunmasını zorunlu kılmayan durumlarda bu istem hakkının kullanılması MK. m.2/II anlamında hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Nitekim tam ehliyetsiz kişinin bir lokantada yemek yedikten veya bir taksiye binerek istediği yere gittikten sonra, hesabı veya taşıma ücretini ödememek için ayırt etme gücünün bulunmadığını ileri sürmesi, buna tipik bir örnek olarak gösterilebilir. Nitekim Yargıtay da "MK. m. 15 hükmünü ayırt etme gücü bulunmayan kimse tarafından diğer taraf aleyhine ileri sürmenin, hâl ve şartlara göre dürüst davranmaya (objektif hüsnüniyete) aykırı olacağını ve sonuçta hakkın kötüye kullanımını oluşturacağını" kabul ederek *"ayırt etme gücü olmayanın yaptığı hukukî işlemin hükümsüzlüğü iddiası dürüstlük (objektif hüsnüniyet) kurallarına aykırı olduğu takdirde dinlenmez"* demek suretiyle gerçekten çok isabetli bir sonuca varmıştır.[83]

Tam ehliyetsiz ile hukukî işleme girişmiş olan taraf dahi, kural olarak işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkına sahiptir. Ancak, bu hakkın kullanılmasının sınırları MK. m.2 hükmündeki şartlarla belirlenmiştir. Bu bakımdan, tam ehliyetsiz tarafından yapılmış olan bir işlemin hükümsüzlüğünü ileri sürme hakkının MK. m.15 hükmünün amacına aykırı surette kullanılması, MK. m.2/I hükmüne aykırı olur ve böylece hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Örneğin tam ehliyetsiz bir kişi ile yapılan hizmet sözleşmesinden doğan edimin kendisi tarafından ifa edilmesinden sonra, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek buna güzel bir örnek olabilir. Aynı şekilde, ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bildiği kişi ile bir hukukî işleme girişen veya sözleşmenin kurulmasından çok uzun süre geçtikten sonra, sözleşmenin iptalini isteyen ya da hâl ve davranışlarıyla

(83) İçt. Bir. Kar. 9.3.1955, 22/2, RG. 27.6.1955, Nr. 9039.

sözleşmeyi geçerli olarak kabul ettiğini belli eden kimsenin, sonradan aynı sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesine de MK. m.2/II hükmü uygun değildir. Çünkü bütün bu örneklerde MK. m.15 hükmünün, amacına aykırı olarak tam ehliyetsiz kişinin aleyhinde kullanılması durumu söz konusudur. Bu ise "kanunun amacına aykırı olur ve adil olmayan sonuçlar doğurur"[84].

3) Tam Ehliyetsizlerin Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar Bağlamında Hukukî Durumu

a) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Kavramı

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kavramının derli toplu bir tanımını bulmak çok zordur. Bu hak doktrinde çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır[85]. Gerek doktrin, gerek yargısal içtihatlar genellikle bu hakkı "*kullanılması tamamen kişisel birtakım takdirlere, kıymet hükümlerine, duygusal düşüncelere dayanan ve bu itibarla da hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekli olan hak"* biçiminde tanımlarlar[86].

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar esas itibariyle i k i karakteristik nitelik gösterirler. Bunlardan birincisi, bu hakların kişiyi çok yakından ilgilendirmesi dolayısıyla kullanılmasında duygusal etkilerin, kişisel düşüncelerin büyük rol oynamasıdır. Diğer nitelik ise, bu sebepten ötürü bu hakların mutlaka da bizzat hak sahibi tarafından kullanılmasının zorunlu olması ve bu konuda temsilin geçerli olmamasıdır. Medenî Kanun, 16 ncı maddesinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların neler olduğundan söz etmeksizin, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla küçükler ile kısıtlıların bu hakları bizzat kullanabileceklerini belirtmiştir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara çoğunlukla kişiler ve aile hukuku alanlarında, istisnaî olarak da miras hukuku (ölüme bağlı tasarruflarda bulunma hakkı gibi) ile eşya hukuku alanlarında (oturma hakkı, intifa hakkı gibi) rastlanır.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olmak üzere, özel kişilik haklarının büyük bir kısmı ile kişiliğin korunmasını isteme hakkı, ergin kılınma

---

(84) 9.3.1955 tarihli İçt. Bir. Kararından. Aynı görüş **Egger-Çernis,** sh. 194.

(85) Bu tanımlar hakkında bk. **Jaccard, Marc:** La répresentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, Lausanne 1955, sh.16 vd.

(86) **Saymen, F. H.:** İHF. Mec. 1955, S.1-4, sh.469; HGK. 13.1.1954, **Olgaç,** sh.50; JdT 1951, 355; BGE 85 II 223; **Dural-Öğüz:** age., sh.72.

isteminde bulunma hakkı, nişanlanma ve evlenme hakkı, nişanı bozma hakkı, boşanma hakkı, soybağının reddi ve babalık davalarını açma hakkı, tanıma hakkı ile evlât edinme hakkı gösterilebilir[87].

b) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Tam Ehliyetsizler Tarafından Kullanılması

aa) Doktrin ve Yargısal İçtihatlara Egemen Olan Görüş

Tam ehliyetsizler ayırt etme gücünden yoksun olduklarından, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanamazlar. Bu hakların kullanılmasında yasal temsil de geçerli olmadığından, tam ehliyetsiz adına yasal temsilci tarafından kullanılmaları da mümkün değildir.

Bu görüşten hareket edilerek, tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara sahip olma iktidarından yoksun bulundukları sonucuna varılabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilir. *Egger*, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hak sahibinin kendisi tarafından kullanılması gerektiği hakkında MK. m.16/I hükmünün sadece genel bir ilke koyduğu görüşündedir[88]. Bu fıkraya bizzat kanun koyucu tarafından bazı istisnalar getirilmiştir. Bazı hâllerde ise bu ilkenin istisnalarını bulmak, önüne gelmiş olan somut olayın özelliklerine göre hâkime ait olmak gerekir. Zira *Egger*'e göre "bu hakların şahsî (kişisel) içeriği ve kullanılış bakımından muhtaç oldukları koruma derecesi çeşitlidir" [89]. Bundan dolayıdır ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı her hakta temsilin geçerli olup olmayacağını hâkim takdir etmelidir. Hâkimin bu konuda hareket noktası, herkesin haklara ve borçlara ehil olmak hususunda birbirine eşit bulunduğu hakkındaki MK. m.8 hükmündeki genel ilkedir.

Egger kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında yasal temsilci tarafından kullanılabilecek olanlar ve kullanılamayacak olanlar biçiminde bir ayırım yapar ve:

a) Hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gereken ve dolayısıyla da *temsil geçerli olmayan* haklara örnek olarak nişanlanmayı (MK. m.118), evlenmeyi (MK. m.124) ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunmayı (MK. m.514) gösterir. Zira kanun koyucu bu işlemlerin yapılabilmesi için, kişinin mutlaka ayırt etme gücüne sahip olması şartını aramaktadır[90].

---

[87] Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. **Egger-Çernis,** sh. 200vd.; **Cosman,** sh.104 vd.; **Jaccard,** sh.43 vd.

[88] **Egger-Çernis,** sh.201.

[89] **Egger-Çernis,** sh.201.

[90] Böyle bir nitelik arzeden diğer haklar için **Egger-Çernis,** ibid.

b) *Temsilin geçerli olduğu* kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak da kişilik hakları ile bunların korunmasına ilişkin hakları ve özellikle tıbbî müdahalelere muvafakat etme (olur verme) hakkını belirtir[91].

Öte yandan, öyle birtakım kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar vardır ki, hak sahibinin bunları ayırt etme gücünden yoksunluğu sebebiyle kullanamayacağı durumlarda, bunları kullanma yetkisi kanundan ötürü talî (ikincil) olarak diğer kişilere tanınmıştır. Bu kişiler sözü geçen hakları asıl hak sahibinin adına değil, fakat bizzat kendi adlarına kullanırlar. Ancak, bu hakların kişisel bir içeriğe sahip bulunmaları, etkilerini ayırt etme gücünden yoksun olan asıl hak sahibinin kişisel menfaatleri çerçevesinde de göstermesini gerektirir: Soybağının reddi (MK. m.286), evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun tanınması veya babalık davasında davalı olarak bulunma hakkı böyledir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin bu istisnalar dışında yasal temsilcisi vasıtasıyla da olsa kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamayacağını iddia etmek, birçok hâllerde onun kişisel menfaatlerinin zedelenmesine sebep olur. Örneğin bu ilkeyi olduğu gibi uygulamak, ayırt etme gücünden yoksun kişinin hiçbir surette *boşanma davası açamayacağı*[92] veya boşanma davasında davalı taraf olarak bizzat bulunamayacağı sonucunu doğurur. Bu ise pek çok hâllerde bu kişinin aleyhine olur. Örneğin bu kişinin eşinin kendisine pek kötü ve onur kırıcı davranışlarda bulunması, hayatına kastetmesi veya zina işlemesi hâllerinde durum böyledir. İşte bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyladır ki yargısal içtihatlarda, özellikle boşanma davaları münasebetiyle, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarına karşı yapılan saldırının anlamını az çok kavrayabilecek durumda bulunduğu takdirde tam ehliyetsize hukukî korumanın tanınması eğilimleri baş gösterdi[93]. İsviçre Federal Mahkemesi bu eğilimlerin etkisi altında, tam ehliyetsize özellikle aleyhine açılmış olan boşanma davalarında, mahkemede davalı olarak bizzat bulunmak ve hakkını az çok savunmak imkânlarını tanımıştır[94]. Federal Mahkeme, aynı kararıyla böyle bir kavrayışa (idrake) dahi sahip bulunmayanlar aleyhine açılmış boşanma davalarında ise, onların yasal temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerektiğini kabul etmiştir.

---

(91) **Egger-Çernis,** sh.203.

(92) BGE 78 II 101; BGE 85 II 223.

(93) JdT 1951. 355.

(94) BGE 85 II 223.

Kanaatimizce bu görüşü tam ehliyetsizin davacı olarak hukukî korumadan yararlanması gereken hâllere de yaymak (teşmil etmek) doğru olur[95] Nitekim Yargıtay da tam ehliyetsizlerin, yasal temsilcileri vasıtasıyla boşanma davası açabileceklerini kabul etmektedir[96].

bb) Yeni Bir Görüş

Egemen olan görüş, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsizin yasal temsilcisi tarafından kullanılamayacağı yönündedir ve bu sonucu veya ilkeyi de söz konusu hakların mahiyetinden çıkarmaktadır. Ancak, bu görüş aynı zamanda bu ilkenin çok sert biçimde uygulanmasının kanunun tam ehliyetsizlerin korunmasına ilişkin amacına aykırı düştüğünün de bilincindedir. Bu itibarla, tam ehliyetsizlerin korunması düşüncesiyle bu ilkeye bazı istisnalar getirmek zorunda kalmış olmakla birlikte, bu istisnaların ölçütlerinin neler olduğu hususunda sağlam dayanaklar gösterememekte ve dolayısıyla da istikrarsızlık yaratmaktadır.

Klâsik görüş, esas itibariyle tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara sahip olmadıkları sonucuna gitmektedir. Bir hakkın ne bizzat, ne de temsil yoluyla kullanılamaması, o hakkın mevcut olmadığını gösterir. Zira hak mevcut olursa, temsilin de geçerli olacağını kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, yasal temsil çok kapsamlı bir kurumdur ve ilgili bütün işlemlerin yapılmasını ve korunmasına yönelik bütün önlemlerin alınmasını gerektirir. *Marc Jaccard* tarafından bu sorun hakkında ileri sürülen ve tarafımızdan da benimsenen bu yeni görüş, işte bu esaslardan hareket etmektedir[97].

Kural olarak *tam ehliyetsizlerin de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara sahip olma iktidarı vardır.* Kanunda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda temsilin geçerli olmayacağına ilişkin genel bir kural yoktur. Medenî Kanun sadece sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kendilerinin kullanması gerektiğine işaret etmektedir. Bunun sebebi de kişiyi çok yakından ilgilendiren bir konu hakkında iki irade, yani hak sahibinin iradesi ile yasal temsilcisinin iradesi arasında bir çatışmayı önlemektir[98].

---

(95) Aynı görüş **Velidedeoğlu, H.V.:** Türk Medenî Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1960. sh.192; **Saymen, F.H.:** Türk Medenî Hukuku, C.III Aile Hukuku, İstanbul 1957, sh.26.

(96) 2. HD. 3.3.1947, 5923/1219; 2. HD. 27.2.1950, 1480/1039: **Kömürcüoğlu-Ergüney:** Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara 1951; 2. HD. 27.12.1994, 10866/16256, YKD. 1995, S. 8, sh. 125.

(97) **Jaccard,** sh.30 vd.

(98) **Jaccard,** sh.32.

Zaten Medenî Kanun, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan bazılarının temsilci tarafından da kullanılacağını kabul etmektedir; örneğin tam ehliyetsizin evlâtlığa alınmasında durum böyledir (MK. m.309).

Hak ehliyetine sahip olmak ile belli bir hakka sahip olmak arasında da bir fark yapmak gerekir. Medenî Kanun kişiye sıkı sıkıya bağlı bazı haklara sahip olabilmek için kişide birtakım özel nitelikler arar. Örneğin bazı haklardan sadece ayırt etme gücüne sahip olanların yararlanacağını açıkça kabul eder: Evlenme ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma hakları böyledir (MK. m.125, 502 ve 503). Fikrimizce buraya nişanlanmayı da eklemek gerekir (MK. m.118).

Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan bazılarından yaralanabilmenin ayırt etme gücüne sahip olmayı gerektirdiği ise, o hakkın mahiyetinden örtülü olarak (zımnen) anlaşılır. Örneğin ergin kılınma (yargısal erginlik) isteminde bulunma hakkı böyledir. Aynı şekilde, temelden sarsılmaya (geçimsizliğe) dayanarak boşanma davası açma hakkı da böyle bir haktır; zira ortak hayatı sürdürmenin çekilmez hâle gelmiş olduğunu kişinin bizzat hissetmesi gerekir.

İşte, kanunun sahip olabilmeyi kişilerde belli niteliklere bağladığı haklardan yararlanabilmek için, o niteliklere sahip olmak gerekir. Bu niteliklere sahip olmayan kimseler, söz konusu haklardan yararlanamadıkları için, böyle bir hakkı ne bizzat ne de temsil yoluyla kullanabilirler. O hâlde özet olarak diyebiliriz ki, ayırt etme gücünden yoksunluk, ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan bazılarına sahip olabilmek için ayırt etme gücüne sahip bulunmanın açıkça veya örtülü olarak şart kılındığı hâllerde söz konusu olabilir. Ayırt etme gücünün bir hakka sahip olabilmek için şart kılınmadığı hâllerde ise, bundan yoksun olanlar bu haklardan yararlanır ve dolayısıyla da hakkı temsil yoluyla kullanabilirler[(99)].

III- SINIRLI EHLİYETSİZLER

A) SINIRLI EHLİYETSİZ OLANLAR

Fiil ehliyetine sahip olabilmek için, kişinin ergin olması, ayırt etme gücünün bulunması ve kısıtlanmış olmaması gerekir. Fiil ehliyetinin doğal ve en önemli şartı, *ayırt etme gücüne sahip olmaktır.* Bu güce sahip olan bir kimse küçük veya kısıtlı olsa bile, akla uygun biçimde hareket etme

(99) **Jaccard,** sh.41, 93 ve bu ilkenin çeşitli haklara uygulanması hakkında sh.43.

iktidarına sahip bulunduğundan, az veya çok oranda kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilecek durumdadır. Fakat kendisinde fiil ehliyetinin diğer şartlarından biri (erginlik veya kısıtlı olmamak şartı) mevcut olmadığından, fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip olamaz.

Medenî Kanun'umuz kimlerin kanunen sınırlı ehliyetsiz sayıldığını 16 ncı maddesinde belirtmiştir. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere i k i kategori kişi sınırlı ehliyetsizler grubunu oluşturur: *a) Ayırt etme gücüne sahip küçükler, b) Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar.*

1) Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler

Henüz onsekiz yaşını doldurmamış olanlar, yani normal erginliğe erişmemiş olan *küçükler* ayırt etme gücüne sahip bulunuyorlarsa, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsiz kategorisine girerler. Türk hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi ne yaştan gelen mutlak ehliyetsizlik, ne de yaş ile belirlenen sınırlı ehliyetsizlik hâli söz konusudur. Nitekim Alman Medenî Kanunu (BGB) § 104'e göre, yedi yaşını doldurmamış olanlar fiil ehliyetine sahip değildirler; bunlar tam ehliyetsizdirler. Yedi yaşın doldurulmasıyla birlikte sınırlı ehliyetsizlik aşaması başlar.

Türk ve İsviçre hukuklarında ise, ergin olmayan kimseler yaşları ne olursa olsun, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla sınırlı ehliyetsizlik kategorisine girerler. Ayırt etme gücü nisbî (göreli) bir kavram olduğundan, yedi yaşından küçük bir çocuğun, belli ve somut bir fiilde bulunurken veya işlem yaparken akla uygun biçimde hareket etmesi mümkündür. Medenî Kanun fiil ehliyetini düzenlerken yaştan çok erginliğe önem vermiş olduğundan, bir kimsenin evlenmekle veya ergin kılınmak suretiyle (yargısal erginlik yoluyla) henüz onsekiz yaşını doldurmadan önce dahi tam fiil ehliyetini kazanması mümkündür.

2) Ayırt Etme Gücüne Sahip Kısıtlılar

Fiil ehliyetleri mahkeme kararıyla tamamen kaldırılmış veya sınırlandırılmış, yani *kısıtlanmış olan kişiler* de ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla, sınırlı ehliyetsiz sayılırlar. Kısıtlama ancak ergin olanlar hakkında söz konusu olabileceğinden, ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar hâlen onsekiz yaşını doldurmuş olan kişilerdir. Kısıtlama sebepleri MK. m.405 vd. da düzenlenmiştir. Akıl hastaları ve akıl zayıfları ile belki de alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları dışında, kısıtlıların büyük bir kısmı ayırt etme gücüne sahiptirler. Çünkü istisnaî hâller hariç, esas itibariyle kısıtlılardan savurganlar, kötü yaşama tarzında ve kötü yönetimde bulunanlar, bir yıl veya daha uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya (hapis cezasına)

mahkûm olanlar ile kendi istekleri üzerine kısıtlanmış bulunanlar, ayırt etme gücüne sahip bulunan kimselerdir.

Kısıtlıların sınırlı ehliyetsizlik durumu, kısıtlama kararının kesinleşmesiyle birlikte başlar. Mamafih kısıtlama kararının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için, ilân edilmiş olması şarttır (MK. m.410/II). Kısıtlama kararı ilân edilmiş olmadıkça, iyiniyetli kişiler kısıtlıyı tam ehliyetli bir kimse olarak kabul etmekte haklıdırlar. Bu itibarla da kısıtlı, bu kişilere karşı tam ehliyetliler gibi sorumlu olur, yani yasal temsilcisinin rıza veya muvafakatini (olurunu) almaksızın yapmış olduğu hukukî işlemler geçerlidir ve kendisi bunlardan doğan edimleri yerine getirmeğe mecbur tutulur(100).

Sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetleri tam değildir. Bu itibarladır ki, bu kişiler adına hukukî işlemlerde bulunmak ve onların haklarını kullanmak üzere bir yasal temsilcilerinin bulunmasına gerek vardır. Nitekim küçükler doğumla birlikte ana ve babalarının velâyetine tâbi olurlar (MK. m.335 vd.). Ana ve babalar küçüğün yasal temsilcisidir. Velisi bulunmayan küçüğe mahkemece bir vasi atanması gerekir; zira küçüklük aynı zamanda vesayet altına konulmayı gerektiren bir sebeptir (MK. m.404).

Kısıtlama da bir vesayet altına konulma sebebi olduğundan, vesayet makamınca (sulh mahkemesince) kısıtlama kararıyla birlikte kısıtlıya bir vasi atanır (MK. m.405 vd.). Vasi, kısıtlının yasal temsilcisidir (MK. m.448).

B) FİİL EHLİYETİ BAKIMINDAN HUKUKÎ DURUMLARI

Sınırlı ehliyetsizler kategorisine giren kişiler, kendi fiilleriyle lehlerine haklar ve aleyhlerine borçlar yaratmak için gerekli olan kanunî şartların hepsine sahip değildirler. Bu kişiler ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber, ya ergin değildirler ya da fiil ehliyetleri yasal sebepler dolayısıyla mahkemece sınırlandırılmıştır, yani kısıtlanmışlardır. Bu itibarla da fiil ehliyetinden yoksundurlar. Ancak, *akla uygun biçimde hareket etme yeteneğine sahip bulunduklarından,* ehliyetsizliklerinin bu iktidara sahip bulunmayanlarınki kadar mutlak ve tam olması, hem kendi menfaatlerine hem de iş ilişkilerinin gereklerine ters düşer. Bu kişiler fiil ve hareketlerinin anlam ve kapsamını kavrayabilecek fikri olgunlukta olduklarına göre, kendi fiilleriyle lehlerine hak yaratabilmeli ve başkalarına verdikleri zararlardan da sorumlu tutulabilmelidirler. Bu gibi kişileri ancak tecrübesizlikleri veya manevî ya da ahlakî dengesizlikleri dolayısıyla kendilerini

(100) **Arık, Fikret:** Hacir İlânının Gayrımümeyyiz ve Mümeyyiz Mahcurların Muamelâtı Üzerinde Tesirleri, Ad. Der. 1942, sh.180 vd.

düşüncesizce ve kolaylıkla yükümlülük altına sokmağa elverişli olan fiillerine karşı korumak haklı olabilir. MK. m.16 bu düşüncelerden esinlenerek, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların fiil ehliyetsizliğinin tam ve mutlak olmayıp ***sınırlı bir ehliyetsizlik*** olduğunu kabul eder. Sözü geçen maddeye göre, sınırlı ehliyetsizler kural olarak kendi fiilleriyle aleyhlerine borç doğuran hukukî işlemleri kendi başlarına yapamazlar. Ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlıların sınırlı ehliyetsizliğe sahip olduklarına ilişkin m.16 hükmü, esasında onların korunması amacını gütmektedir. Bu bakımdan MK. m.16 hükmünün yaptırımı mutlak butlan olmayıp, hükmün amacına uygun olan daha hafif derecede bir hükümsüzlük yaptırımı, yani ***"tek taraflı bağlamazlık"*** tır.

Medenî Kanun'umuzun hükümlerine göre sınırlı ehliyetsizlerin hukukî durumlarını başlıca d ö r t bölümde ayrı ayrı incelemek gerekir:

(1) Kendi başlarına yapabileceği işlemler,

(2) Yasal temsilcileri vasıtasıyla yapabileceği işlemler,

(3) Kendileri ve yasal temsilcileri tarafından yapılamayacak işlemler,

(4) Haksız fiillerden dolayı sorumluluğu.

1) Kendi Başlarına Yapabileceği İşlemler

Sınırlı ehliyetsizler, kural olarak kendi aleyhlerine borç doğurabilecek, yani kendilerini borç altına sokabilecek olan işlemleri kendi başlarına yapamazlar; kendi başlarına yapabilecekleri işlemler, *kendilerini borç altına sokmayan, kendilerine sadece yarar sağlayan hukukî işlemlerdir.*

Sınırlı ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahiptirler. Bu bakımdan kullanılması sahibinin kendi takdirine bırakılmış olan *kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları da bizzat kullanma yetkisine sahiptirler.*

Medenî Kanun'un 16 ncı maddesine göre sınırlı ehliyetsizler aşağıdaki işlemleri bizzat, yani yasal temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın kendi başlarına yapabilirler:

a) Kendilerine Karşılıksız Kazanma Sağlayan İşlemler

Karşılıksız kazanma (ivazsız iktisap) *sağlayan işlemler* öyle birtakım işlemlerdir ki, bir kimseye her hangi bir yükümlülük yüklemeksizin sadece hukukî birtakım yararlar ve haklar sağlarlar. Bir işlemin karşılıksız olup olmadığı, bir kimseye ekonomik bakımdan sağladığı yararlarla belirlenemez veya ölçülemez. İşlemin karşılıksız olup olmadığı, *yalnızca hukukî*

bakımdan, yani bir kimseye yükümlülük veya edim (borç) yükleyip yüklemediği esasına göre belirlenir. Bu esastan hareket edilmek suretiyledir ki, ekonomik bakımdan ne kadar büyük yararlar sağlarsa sağlasın, satış sözleşmesi daima karşılıklı (ivazlı, ödünlü) bir işlem olarak kabul edilir. Zira sağladığı ekonomik yarara karşılık, alıcı veya satıcı durumunda bulunan tarafa daima hukuken birtakım borçlar (edimler) yükleyen sözleşme mahiyetindedir (BK. m. 207, 210, 211, 232).

O hâlde, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının bir işlemi kendi başına yapabilmesi için, söz konusu olan işlemin hukukî mahiyeti itibariyle *kendisine sadece hukukî yararlar ve haklar sağlamağa yönelik bir işlem olması zorunludur.* Alman Medenî Kanunu (BGB) sınırlı ehliyetsizlerin kendilerine sadece hukukî yararlar sağlayan işlemleri yapmak için yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymadıklarını açık bir biçimde ifade etmektedir (§ 107).

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, ***kendilerine hukukî yarar sağlayan işlemleri bizzat yapabilirler. Böyle bir işlemi yapmak için yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler;*** kendi fiilleriyle kendi lehlerine hak doğuran işlemleri tam ehliyetli durumunda bulunan kişiler gibi kendi başlarına yapmak yetkisine sahiptirler. Böyle işlemlerin tipik bir örneğini *"bağışlama sözleşmesi"* oluşturur. Zira bağışlama, "karşılığında bir edim taahhüt edilmeksizin (yüklenilmeksizin) bir malın tamamını veya bir kısmını diğer bir kimseye devretmek" demektir (BK. m. 285). O hâlde ayırt etme gücüne sahip bir küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin rızasını almaya gerek olmaksızın kendisine yapılan bağışı kabul edebilir. Zaten bu hususta ayrıca BK. m. 287/I hükmünde de açıklık vardır. Bağışlamanın ahlâka aykırı amaçlarla yapılmış olması veya sınırlı ehliyetsize manevî bakımdan ağır yükler yüklemesi mümkündür. Böyle durumlarda kanun koyucu, sınırlı ehliyetsizi korumak maksadıyla yasal temsilciye sınırlı ehliyetsizi bu bağışlamayı kabulden menetme yetkisini vermiştir (BK. m. 287/II).

Şart ve yükümler içeren bağışlamalar, bağışlanana hukukî anlamda birtakım borçlar (edimler) yüklediğinden (BK. m. 290), sınırlı ehliyetsiz böyle bir bağışlamayı yasal temsilcisinin rızası olmadan kabul edemez.

Kendilerine hukukî yararlar sağlayacağı cihetle sınırlı ehliyetsizler *alacaklı sıfatıyla kefalet sözleşmesi dahi yapabilirler*[(101)].

---

(101) **Schwarz,** sh.199.

Sınırlı ehliyetsizler, *karşılık olmaksızın kendilerini yükümlülükten kurtaran sözleşmeleri de bizzat yapabilirler.* Örneğin ibra anlaşması yaparak mevcut bir borcundan kurtulabilirler (BK. m. 129).

Sınırlı ehliyetsizler sadece açıklamada (beyanda) bulunanı yükümlülük altına sokan, fakat karşı tarafa hukuken ancak yararlar sağlayan irade açıklamalarına da muhatap olabilirler. Örneğin borç ikrarını, şartsız ve yükümlüksüz olmak üzere yapılmış olan vasiyetleri kabul edebilirler. Üçüncü kişi lehine şart yoluyla lehlerine yapılmış olan bir sözleşmeyle de hak kazanabilirler (BK. m. 129).

b) Serbest Mallarıyla İlgili İşlemler

Sınırlı ehliyetsizler serbest mallarıyla ilgili bütün işlemleri yasal temsilcilerinin rızasını almaya gerek olmaksızın bizzat yapabilirler. Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının *serbest malları,* ya kanundan ötürü veya yasal temsilcileri tarafından kendilerinin yönetimlerine bırakılmış olan mallardır. Nelerin kanundan ötürü serbest mal sayıldığı MK. m.357 vd. ve 453 hükümlerinde gösterilmiştir. Bir malın yönetimi, onunla ilgili birçok hukukî işlemlerin yapılmasını gerektirir. Sınırlı ehliyetsizler, serbest malın yönetimiyle ilgili bu işlemler kendilerini borç altına sokacak mahiyette olsalar dahi, onları yasal temsilcilerinin rızasını almaya gerek kalmaksızın bizzat yapabilirler.

c) Bir Meslek veya Sanatla Uğraşma

Sınırlı ehliyetsizlerin bir meslek veya sanatla bağımsız olarak uğraşmasına izin verilebilir (MK. m.359, 453). Kendisine bu yolda izin verilmiş bulunan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, böylece bu meslek veya sanatın normal olarak yürütülmesi için gerekli olan bütün işlemleri bizzat yapma ehliyetini de kazanmış olur. Bu durum, "vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur" diyen MK. m.453 hükmünden anlaşılır.

d) Bir Başkasının Temsilcisi Olarak Hareket Etme

Sınırlı ehliyetsizler, yasal temsilcilerinin rızasını almaya gerek olmaksızın bir başkası adına hukukî işlemler yapabilirler. Zaten bu husus, velâyet altındaki küçüğe ana veya babası tarafından kendilerini (aileyi) temsil etme yetkisi verilebileceğini öngören MK. m.344 hükmünden de açıkça anlaşılır.

e) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hakların Kullanılması

Medenî Kanun m.16/I de genel bir kural olarak sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kendi başlarına kullanabileceklerini kabul etmektedir. Bu itibarla, sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kendileri adına yasal temsilcileri tarafından hiçbir surette kullanılamaz. Zira sınırlı ehliyetsizler bu hakların kullanılması bakımından kanundan ötürü tam ehliyetli kişilerle eşit tutulmuşlardır. Tam ehliyetliler hakkında ise yasal temsil söz konusu değildir.

Sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında kural olarak yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler. Nitekim sınırlı ehliyetsiz olan küçük onbeş yaşını doldurmuşsa, yasal temsilcisinin iznini almaksızın ergin kılınması için başvuruda bulunabilir. Aynı şekilde, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı da izne gerek olmaksızın soybağının reddi davası açabilir.

Bununla beraber, Medenî Kanun kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan çok önemli sonuçlar doğurmaya elverişli olan bazılarının, örneğin *nişanlanma* ve *evlenme* hakkının kullanılmasını istisna olarak yasal temsilcinin rızasına tâbi tutmuştur. Yasal temsilcinin rızasına tâbi tutulan bu haklar, rıza verilince yine hak sahibi olan sınırlı ehliyetsiz tarafından bizzat kullanılacaktır; yani yasal temsilcinin bu hakların kullanılmasında sınırlı ehliyetsizi temsil etme yetkisi söz konusu değildir. Yasal temsilci ancak bu hakkın kullanılmasına rıza gösterip göstermemek yetkisine sahiptir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bu hakların yasal temsilcinin rızası olmaksızın kullanılması geçerli değildir ve yapılan işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Ancak, yasal temsilcinin haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermekten kaçınması, hakkın kötüye kullanımı mahiyetinde değerlendirilir ve böylece de MK. m.2/II hükmü uyarınca hukuk düzenince korunmaz. Rıza göstermeyen yasal temsilci vasi ise, onun bütün kararlarına karşı olduğu gibi, bu kararına karşı da vesayet makamına, yani sulh mahkemesine MK. m.461 uyarınca şikâyette bulunulabilir. Zaten ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların veli veya vasinin evlenmeye izin vermemesi durumunda mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili olarak MK. m.128 hükmünde ayrıca açıklık da vardır.

Yasal temsilcinin rızasına bağlı olarak kullanabilecek olan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar özellikle şunlardır: *Ergin kılınma*[102] (MK. m.12),

[102] Ergin kılınma isteminde bulunma hakkının kullanılması, yasal temsilcinin rızasına bağlı değildir. Yasal temsilcinin rızası, hâkimin ergin kılınma istemini olumlu

nişanlanma (MK. m.118), *evlenme* (MK. m.126, 127), *evlenmeye izin*[103] (MK. m.124/II) ve *evlâtlığa alınma* (MK. m.308).

2) Yasal Temsilciler Tarafından Yapılacak İşlemler

Sınırlı ehliyetsiz kişilerde, fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip olmak için gerekli olan üç şarttan biri eksiktir. Bu itibarladır ki, bu kişiler yukarıda açıklanan işlemler dışında bizzat kendi fiilleriyle haklar ve borçlar yaratamazlar. Öyle birtakım işlemler vardır ki, bu işlemlerin girdiği alanda, sınırlı ehliyetsizler az çok fiil ehliyetine sahip olmayanların hukukî durumuna benzer bir durumdadırlar. Bu alana giren işlemleri kural olarak ancak onların yasal temsilcileri yapabilir; yani bu alanda bütün kapsam ve sonuçlarıyla "yasal temsil" geçerli olur. Bununla beraber, sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücüne sahip bulunmaları, kendilerine az çok bir hareket serbestliğinin tanınmasını da gerekli kılar. Nitekim fiil ehliyetinden yoksun bulundukları bu alanla ilgili hukukî işlemlerin, *yasal temsilciler tarafından rıza gösterilmesi hâlinde,* bizzat kendileri tarafından yapılması da pekâlâ mümkün olabilir.

a) Yükümlülük Altına Sokan İşlemler

Medenî Kanun'umuz *"ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler"* demek suretiyle genel bir ilke koymuş bulunmaktadır (m.16/I). Öte yandan MK. m.451 biraz daha açık olan şöyle bir hüküm içermektedir: "A*yırt etme gücüne sahip vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir".* Bu hüküm MK. m.343 yardımıyla velâyet altındaki ayırt etme gücüne sahip küçükler hakkında da uygulanır.

Kanun'un amacı, sınırlı ehliyetsizleri korumaktır. Bu amacın gerçekleşmesi maksadıyladır ki, bütün bu hükümler sınırlı ehliyetsiz durumunda bulunan kişilerin kendi fiilleriyle *malvarlıklarında bir azalma doğurabilecek mahiyette olan işlemleri yapamayacaklarını öngörür.* Malvarlığında azalma doğurabilecek olan işlemleri i k i grupta toplamak mümkündür:

aa) Sınırlı Ehliyetsize Borç Yükleyen İşlemler

Sınırlı ehliyetsize borç yükleyen işlemler esas itibariyle borç doğuran, borçlar hukukuyla ilgili olan işlemlerdir. Bu işlemler etkilerini daha çok

---

karara bağlaması, yani küçüğün ergin kılınmasına karar verebilmesi için gereklidir.

(103) Burada "rıza"dan çok yasal temsilcisinin "dinlenmesi" söz konusudur.

malvarlığının pasif kısmı üzerinde göstererek pasifin kabarması sonucunu doğururlar. Örneğin satış sözleşmesi, kira sözleşmesi ve trampa sözleşmesi gibi hukukî işlemler bu gruba girerler. Bu işlemler ekonomik bakımdan sınırlı ehliyetsizlerin ne kadar yararına olursa olsunlar, yine de hukuken her iki tarafa borç yükleyici özelliklerini kaybetmezler. Örneğin çok büyük ve konforlu bir apartman dairesinin oldukça düşük bir bedelle bir sınırlı ehliyetsize kiralanması, ekonomik açıdan onun oldukça lehine olan bir işlemdir. Fakat kira sözleşmesinin kiracıya borç yükleyen mahiyeti, böyle bir sözleşmenin sınırlı ehliyetsiz tarafından ancak MK. m.451 hükmündeki şartlar altında, yani yasal temsilcinin rızasıyla yapılmasını gerektirir.

bb) Etkilerini Sınırlı Ehliyetsizin Hakları Üzerinde Gösteren İşlemler

Birtakım işlemler etkilerini malvarlığının aktif kısmı üzerinde meydana getirerek, malvarlığı haklarının başkalarına devredilmesi veya başka bir hakla sınırlanması (takyit edilmesi) sonucunu doğururlar. Sınırlı ehliyetsizler MK. m.451 hükmündeki açıklık karşısında bu tür *"tasarruf işlemlerini"* de kendi başlarına yapamazlar; örneğin bir haktan feragat edemezler, mülkiyet hakkını başkasına devir veya terk edemezler yahut başka aynî haklarla sınırlayamaz, örneğin üzerinde rehin, intifa veya oturma hakkı kuramazlar.

b) Yükümlülük Altına Sokan İşlemlerin Yapılması

aa) Yasal Temsilci Tarafından

Sınırlı ehliyetsizi yükümlülük altına sokan işlemlerde tam anlamıyla yasal temsil geçerli olur. Bu işlemler esas itibariyle sınırlı ehliyetsizler adına kendilerinin yasal temsilcileri tarafından yapılır.

bb) Yasal Temsilcinin Rızasıyla Bizzat Sınırlı Ehliyetsiz Tarafından

Akla uygun biçimde hareket etme iktidarına (ayırt etme gücüne) sahip bulunan bir kimsenin büyücek sayıdaki bir kısım işlemlerinin bir başkası tarafından yapılması, oldukça sıkıcı bir durum yaratır. Bu sebeple de bazı hukuk sistemlerinde, örneğin İngiliz hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin hayatın normal gereklerine göre ihtiyaç duydukları bazı mal ve hizmetleri elde edebilmelerini mümkün kılmak üzere, borçlandırıcı mahiyetteki bazı sözleşmeleri kendi başlarına yapmalarına izin verilir(104).

(104) **Schwarz,** sh.200 ve orada belirtilen eserler.

İşte, yine bu düşüncelerin etkisiyledir ki, Medenî Kanun'umuz *yasal temsilcinin rızasıyla* bu işlemlerin bizzat sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabileceğini kabul etmektedir. MK. m.16/I de ifadesini bulan bu hüküm, İngiliz hukukundaki hüküm kadar ileri gitmemekle birlikte, yine de sınırlı ehliyetsize az çok hareket serbestliği tanımaktadır. Zira yasal temsilcinin rızası tek ve belli bir işleme ilişkin olabileceği gibi, genel mahiyette bütün bir hukukî işlemler çevresini veya belli bir alanla ilgili olan hukukî işlemleri de kapsayabilir. Örneğin rıza, taşınır malların satışına ilişkin olan işlemlerin veya sadece okul ihtiyaçlarını sağlanmasıyla ilgili hukukî işlemlerin yapılması hakkında olabilir.

aaa) Rızanın Veriliş Biçimi[105]

Rıza, tek taraflı ve varması gerekli olan irade açıklaması şeklinde bir hukukî işlemdir[106]. Rızanın verilmesi herhangi bir şekle tâbi değildir. Bizzat sınırlı ehliyetsize karşı verilebileceği gibi, onunla işleme girişmiş bulunan tarafa karşı da verilebilir.

Rıza esas itibariyle *izin* veya *onama (icazet)* biçiminde verilebilir. Yani yasal temsilci ya sınırlı ehliyetsizin kendisini yükümlülük altına sokacak olan işlemi bizzat yapmasına işlemin yapılmasından önce muvafakat ederek (olur vererek) bu işlemin yapılmasına rızası bulunduğunu açıklar, yani izin verir veya önceden izni alınmaksızın yapılmış olan işleme sonradan rıza göstererek onu tasvip eder, yani onam verir. Nitekim MK. m.451 hükmünde de izin veya onamadan söz edilmektedir.

İzin, *bir hukukî işlemin yapılmasından ö n c e açıklanan rıza ya da muvafakati*; ***onama*** ise, *hukukî işlemin yapılmasından s o n r a açıklanan rıza ya da muvafakati gösterir.* Onama geçmişe etkili sonuçlar doğurduğundan, izinsiz yapılmış olan işlem ilk yapıldığı andan itibaren geçerli duruma gelir.

Rıza ya da muvafakat *"açık" (sarih)* olarak verilebileceği gibi, *"örtülü" (zımnî)* olarak da verilebilir; yani hâl ve şartlardan yasal temsilcisinin rızasının bulunduğu örtülü bir şekilde anlaşılabilir. Örneğin vasinin, önceden izni alınmadan yapılmış olan işleme karşı hiç ses çıkarmaması veya bu işlemin yerine getirilmesine (ifasına) girişmiş olması gibi hâllerde örtülü bir rıza, bir onama söz konusu olur.

---

(105) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Staudinger's** Kommentar, sh.107.

(106) Varması gerekli irade açıklamaları hakkında bk. **von Tuhr-Edege,** sh.168 vd.; **Arsebük, E.:** Borçlar Hukuku, Ankara 1950, sh.243 vd.

bbb) Rıza Alınmadan Yapılan İşlemlerin Yaptırımı

Sınırlı ehliyetsizi yükümlülük (borç) altına sokan hukukî işlemler, ancak yasal temsilci ya da onun rızası bulunmak şartıyla bizzat ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılabilir.

Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını almadan yapmış olduğu hukukî işlemlerin hükmü nedir?

MK. m.16/I ve m.451 esas itibariyle sınırlı ehliyetsizleri koruma düşüncesiyle konulmuş olan hükümlerdir. Bu bakımdan, söz konusu hükümlerin yaptırımının da, amacına uygun olarak sınırlı ehliyetsizin menfaatlerini sağlamayı ve kollamayı hedef tutan bir hükümsüzlük derecesi olması gerekir. Bu hükümsüzlük derecesinin ne olacağı hakkında kanunda açıklayıcı bir hüküm yoktur. Doktrinde bu hükümsüzlük derecesinin mutlak butlan olmadığı haklı olarak kabul edilmektedir. Çoğunluğun görüşüne göre[107] bu hükümsüzlük derecesi, ***"tek taraflı bağlamazlık"*** yaptırımıdır[108].

Tek taraflı bağlamazlık yaptırımının izinsiz yapılan hukukî işlem üzerindeki etkileri şöyledir:

Sınırlı ehliyetsiz ile işleme girişmiş olan karşı taraf, yasal temsilcinin rızası alınmadan yapılmış olan hukukî işlemle *geçerli bir surette bağlanır*[109]. Bu itibarla da bu hukukî işlemden doğmuş olan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak, karşı tarafın bu bağlılığı az çok geçici mahiyettedir. Şu bakımdan geçicidir ki, yasal temsilcisinin yapılan işleme sonradan onam vermemesi hâlinde, artık bu bağlılık da ortadan kalkmış olacaktır.

O hâlde, yasal temsilcinin rızası olmaksızın sınırlı ehliyetsiz ile bir hukukî işleme girişmiş bulunan karşı taraf, bu işlemle âdeta "bozucu bir şartla" bağlanmış olur. Bu bozucu şart, yasal temsilcinin yapılmış olan işleme onam vermemesi hâlidir. Öyleyse karşı tarafın bağlılığı az çok

---

(107) Bu terimi açık olarak kullanmamakla beraber **Prof. Schwarz,** sh.202; **Velidedeoğlu,** sh.**76; von Tuhr-Edege,** sh.219; **Oğuzoğlu,** sh.269 bu görüştedirler. **Prof. Saymen** kanaatimizce pek de doğru olmayarak nisbî butlan terimini kullanmasına karşın bununla tek taraflı bağlamazlığı kastetmektedir: sh.108 ve özellikle Aile Hukuku, sh.573. Başka bir görüş: **Cosman,** sh.127.

(108) Tek taraflı bağlamazhk yaptırımı hakkında bk. **Güral** (Akipek), **J.:** Hükümsüzlük, sh.194 vd. Bazı yazarlar bu durumu *"askıda hükümsüzlük"* olarak isimlendiriyorlar: **Dural-Öğüz:** age., sh.83; **Oğuzman-Seliçi-Oktay:** age., sh.72.

(109) JdT 1929, sh. 261.

bir belirsizlik durumu gösterir. Kanun koyucu, karşı tarafı bu belirsizlik durumundan kurtarmak için, kendisine şöyle bir imkân tanımıştır: Bu kişi (karşı taraf), izinsiz yapılmış bulunan hukukî işleme onam verip vermeyeceğini bildirmesi için yasal temsilciye, ya bizzat belirleyeceği veya hâkime tayin ettireceği bir süre verir. Yasal temsilcinin bu süre içinde onam vermemesi, bu kişiyi (karşı tarafı) bağlılıktan kurtarır; yani yapılmış bulunan işlem onun hakkında da "hükümsüz" olur. Yasal temsilcinin verilen belli süre içinde s u s m a s ı, *onam verilmediği anlamına gelir;* meğerki hâl ve şartlar veya dürüstlük kuralları bu susmanın onama anlamında kabulünü haklı göstermiş olsun.

Yasal temsilcinin rızası olmadan (izinsiz) yapılmış olan hukukî işlem, sınırlı ehliyetsiz açısından geçerli bir işlem değildir. Bu itibarla da sınırlı ehliyetsiz bu işlemle bağlanmış olmaz. MK. m.451 deki hüküm özellikle sınırlı ehliyetsizin korunması amacıyla konulmuş olduğundan, hükümsüzlüğü sınırlı ehliyetsiz veya yasal temsilcisi ileri sürebilir. Sınırlı ehliyetsizin korunmasında toplumun da menfaati bulunduğu için, hükümsüzlüğü hâkimin kendiliğinden dikkate almasında fayda görülebilir.

Sınırlı ehliyetsiz bakımından geçerli olmayan bu işlem, yasal temsilcisinin onam vermesiyle birlikte geçerli hâle gelir ve o andan itibaren de her iki taraf bu işlemle kesin şekilde bağlanmış olur. Sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin onam vermesinden önce tam ehliyetli bir kimse durumuna gelirse, artık kendisi de bu işlemi kabullenerek (tasvip ederek) geçerli duruma getirebilir[110].

cc) Onam Verilmemesi Hâlinde Edimlerin Geri Alınması

Sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin rızasını (iznini) almadan yapmış olduğu bir hukukî işlem, ancak temsilcinin onam vermesiyle kesin ve geçerli olarak her iki tarafı da bağlar. Onam verilmeden önce böyle bir işlemle sadece karşı taraf geçerli surette bağlanmış olur.

Her iki taraf da yapılmış olan hukukî işleme dayanarak kendi edimini yerine getirdikten sonra, yasal temsilci tarafından onam verilmemesi hâlinde, hukukî işlem artık hükümsüz duruma düşmüş olur ve bu işleme dayanılarak yerine getirilmiş olan edimlerin karşılıklı olarak geri verilmesi gerekir. Örneğin sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin rızasını almadan birtakım elbise satın almış ve satış bedelini de ödemişse, elbiseyi geri vererek ödediği satış bedeli geri alacak, satıcı da satış bedelini geri vererek

(110) JdT 1950, 362.

elbiseyi geri alacaktır. Medenî Kanun edimlerin karşılıklı geri verilmesi konusunda sınırlı ehliyetsizi korumak amacıyla MK. m.452 hükmünü getirmiştir. Bu madde hükmüne göre, edimlerin geri verilmesi bakımından sınırlı ehliyetsiz ile tam ehliyetli olan karşı taraf farklı kurallara tâbi tutulmuşlardır.

Nitekim sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin onam vermemesi üzerine, elde etmiş olduğu edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verir; onun hakkında BK. m. 77 vd. hükümleri uygulanır. BK. m. 80 ve MK. m.452 hükümlerinden çıkan anlama göre, sınırlı ehliyetsiz karşı taraftan elde etmiş olduğu edimden "yararlandığı miktarı" veya geri verme zamanında bu edim dolayısıyla malvarlığında meydana gelen ve "hâlen mevcut olan fazlalığı" geri verecektir, yani geri vermede bu oranda sorumlu olacaktır. Eğer elde etmiş olduğu edimi iyiniyetle elinden çıkarmış ise, hiçbir şey geri vermeyecektir. Örneğin satın aldığı elbise geri vermenin istendiği anda elinde ise, onu bulunduğu hâliyle geri verecektir. Fakat elbiseyi X liraya satmışsa, malvarlığında meydana gelen bu X lira fazlalık oranında sorumlu olacak, yani X lirayı geri vermekle yükümlü tutulacaktır.

Sebepsiz zenginleşmeye dayanan geri vermelerde geri verme yükümlüsünün iyiniyetli olup olmamasının, *geri vermenin kapsamı* üzerindeki etkileri son derece önemlidir. Nitekim MK. m.452 hükmü, sınırlı ehliyetsizin iyiniyetli olmaması (kötüniyetli olması) hâlinde, elinde hiçbir şey kalmamış olsa dahi, diğer tarafa karşı kötü niyetle elinden çıkarmış olduğu oranda sorumlu olacağını kabul eder.

Sınırlı ehliyetsizin sorumluluğu, diğer bir hâlde daha da ağırlaşır. Bu da onun *kendisini karşı tarafa gerçeğe aykırı olarak tam ehliyetli göstermesi hâlidir.* Bu durumda çoğunlukla sınırlı ehliyetsiz tarafından gerçeğe aykırı birtakım sözlerle karşı tarafın yanıltılması söz konusudur. Sınırlı ehliyetsiz karşı tarafı kendisiyle hukukî ilişkiye girişmeye yöneltmek için gerçeğe uymayan beyanlarda bulunmak suretiyle hukuka aykırı bir fiil işlemiş olur. Burada *"culpa in contrahendo",* yani "*sözleşmenin yapılması sırasında gerçekleşmiş bir kusur"* söz konusu olur. Zaten MK. m.452/II hükmü de, sınırlı ehliyetsizin haksız fiillerinden sorumlu olmasının bir uygulama örneğini oluşturur[111]. Bu sebeple karşı taraf böyle bir durumda *haklı olarak korunmaya muhtaçtır.* Mamafih, bu durumda dahi kanun koyucu onun korunmasını, yasal temsilcinin rızası olmadan yapılan işlemi geçerli sayacak kadar ileri götürmeyerek

(111) JdT 1954, 455.

sadece MK. m.452/II deki hükmü koymakla yetinmiştir. Buna göre *"vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur"*. Burada sınırlı ehliyetsizin gidermekle (tazmin etmekle) yükümlü olduğu zarar, karşı tarafın "m e n f i zararı", yani hukukî işlemin geçerli olmamasından dolayı uğramış olduğu zarardır. Örneğin savurganlığından dolayı kısıtlanmış olan bir kimse, kısıtlı olduğunu gizleyerek otomobilini X liraya A'ya satmıştır. Otomobili satın alan A üç ay içinde teslim etmek ve etmediği takdirde Y lira cezaî şart ödemek kaydıyla aynı otomobili B'ye satmıştır. Yasal temsilcinin ilk satışa onam vermemesi üzerine A, B'ye cezaî şart olarak Y lira ödemek zorunda kalmıştır diyelim. İşte burada A'nın Y liralık bir menfi zararı vardır ve bu zarar, sınırlı ehliyetsiz ile yapmış olduğu ilk satış sözleşmesine yasal temsilcisinin onam vermemesi sonucunda geçersiz olmasından kaynaklanmıştır. Zira A, bu yüzden otomobili zamanında B'ye teslim edememiştir. A'nın uğramış olduğu bu zararın MK. m.452/II uyarınca sınırlı ehliyetsiz tarafından giderilmesi (tazmin edilmesi) gerekir.

Karşı tarafın, elde etmiş olduğu edimi geri vermesi ise, normal hükümlere göre olur; yani karşı taraf, elde etmiş olduğu şeyi *aynen* geri vermekle yükümlüdür. Eğer o şey herhangi bir suretle elinden çıkmış veya yok olmuş bulunuyorsa, *şeyin kıymetini ödemek* (tazmin etmek) zorundadır.

3) Yasak İşlemler

Öyle birtakım hukukî işlemler vardır ki, mahiyetleri ve özellikle doğurdukları sonuçlar bakımından çok önemli işlem sayılırlar. Etraflıca ve bütün sonuçlarıyla birlikte düşünülmeden bu işlemlere girişmek, çoğu kez girişen kimsenin ekonomik çöküntüye uğramasıyla sonuçlanabileceği gibi, onun hayat alanında ilerleme ve gelişme imkânlarını da etkileyebilir. Bu itibarladır ki Medenî Kanun, 449 uncu maddesinde *"Yasak İşlemler"* başlığı altında belirttiği işlemlerin sınırlı ehliyetsizler tarafından ne bizzat, ne de yasal temsilcinin izniyle yapılmasına izin vermediği gibi, yasal temsilciye de bu işlemleri sınırlı ehliyetsiz adına yapma yetkisi tanımamıştır. Kanaatimizce burada fiil ehliyetinin sınırlanmasından çok, hak ehliyetinin sınırlanması söz konusudur. Çünkü yasal maddede temsil yoluyla dahi kullanılması mümkün olmayan haklar söz konusu olduğuna göre, sınırlı ehliyetsizlerin bu haklara sahip olma iktidarları yok demektir. MK. m.449 ve BK. m. 444 hükümlerinde sayılan bu haklardan yararlanabilmek, yani onlara sahip olabilmek için, ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak ve aynı zamanda kısıtlı da bulunmamak, kısaca ***tam ehliyetli olmak*** gerekir. Burada bu gibi haklara sahip olma iktidarı ile bunları kullan-

ma iktidarının şartları birbiriyle örtüşüyor demektir. Bu haklar MK. m.449'a göre şunlardır:

- *Önemli bağışlarda bulunma hakkı*
- *Kefil olma hakkı*
- *Vakıf kurma hakkı*
- *Rekabet yasağı yükleniminde bulunma hakkı* (BK. m. 444).

Yukarıda belirttiğimiz MK. m.449 ve BK. m.348/III hükümlerinin yaptırımı *"mutlak butlan" (kesin hükümsüzlük)* tür[112]. Bu itibarladır ki, yapılan işlemin geçersizliği bütün ilgililer, özellikle bizzat sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisi ve hatta sözleşmenin diğer tarafınca da ileri sürülebilir.

4) Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti

Sınırlı ehliyetsizler işlemiş oldukları bütün haksız fiillerinin sonucundan bizzat sorumlu olma ehliyetine sahiptirler. Bu, onların ayırt etme gücüne sahip bulunmalarının doğal ve hukukî sonucunu oluşturur. O hâlde, bir sınırlı ehliyetsiz giriştiği bir haksız fiille başkasına vermiş olduğu zararları bizzat gidermekle (tazmin etmekle) yükümlüdür.

5) Dava Ehliyeti

Sınırlı ehliyetsizler, bizzat kendi fiilleriyle haklar ve borçlar yaratma iktidarına sahip oldukları alanlarla sınırlı olmak üzere, dava ehliyetine de sahiptirler; yani bu alanlarla ilgili olan çekişmelerde bizzat haklarının korunmasını istemek maksadıyla mahkemelerde dava açabilecekleri gibi, davacı sıfatıyla yargılama hukuku işlemlerini de bizzat yapabilirler. Aynı şekilde, kendilerine karşı açılmış bulunan davalarda da davalı sıfatıyla mahkemelerde bizzat bulunabilirler ve yargılama hukuku işlemlerini bizzat yapabilirler[113]. Bu konularda yasal temsilcilerinin rızasını almalarına gerek yoktur.

Sınırlı ehliyetsizler, kendi başlarına yapabilecekleri hukukî işlemleri veya işledikleri haksız fiilleri söz konusu olduğu zaman, fiil ehliyeti bakımından tam ehliyetlilerle aynı hukukî duruma sahiptirler. Bu itibarladır ki, sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetlerinin böyle durumlarda tam olduğundan söz edilir.

---

(112) JdT 1938, 88.

(113) İçt. Bir. Kar. 15.4.1942, 14/9, **Olgaç,** sh.50 veya RG. 6.4.1942, Nr. 5150; 4.HD. 14.4.1943, 931/1294, age. sh.52; JdT 1951, 355.

IV- SINIRLI EHLİYETLİLER

A) SINIRLI EHLİYETLİ OLANLAR

Sınırlı ehliyetliler, ergin ve ayırt etme gücüne sahip bulunan ve aynı zamanda da kısıtlı olmayan kişilerdir. Bu itibarla bu kişiler *esasen fiil ehliyetine tam olarak sahiptirler.* Ancak, bu kişiler özel durumları gereği, *ya kendilerinin ya da rızası gereken kişinin korunması düşüncesiyle,* kanundan ötürü belli sayıdaki işlemleri ancak başka bir kişinin o işleme rıza göstermesi veya olumlu görüş bildirmesi üzerine yapabilirler. Başka kişinin rızası özellikle bu kişilerin korunması esasına dayanır. Mamafih bu rızanın bazen bizzat bu işleme rıza gösterecek olan kimsenin menfaati gereği arandığı da söz konusudur. Bu sebepledir ki, sınırlı ehliyetli kişileri tek bir kategori altında toplamak mümkün değildir. Sınırlı ehliyetliler grubunu ***"evli kişiler"*** ile ***"kendilerine yasal danışman atanmış olanlar"*** oluşturur.

B) SINIRLI EHLİYETLİLERİN HUKUKÎ DURUMU

Sınırlı ehliyetlilerin hukukî durumunu genel bir şekilde açıklamak oldukça zordur. Bu sebepledir ki, bunların her birinin hukukî durumuna ayrı ayrı ele almak gerekir[(114)]. Bu gruba giren kişilerin hukukî durumu hakkında geniş ve ayrıntılı bilgiler aile hukukuyla ilgili eserlerde yer alır[(115)].

1) Evli Kişiler

Önceki Medenî Kanunu'muz evli kişilerin kendi aralarında veya evli kadınların üçüncü kişilerle yapacakları kanunda açıkça belirtilmiş bulunan hukukî işlemlerin geçerliliğini hâkimin onayına veya uygun bulması şartına bağlamıştı. Örneğin karının kocasının lehine yapacağı kefalet sözleşmesi ancak hâkimin onayıyla geçerli oluyordu (m.169/II).

Yeni Medenî Kanun'umuz Önceki Medenî Kanun'un evli kişilerin fiil ehliyetini sınırlayan 169/I ve 173/II gibi hükümlerine yer vermeyerek fiil ehliyetini sınırlayan hâlleri bir hayli azaltmıştır. Önceki Medenî Kanunda da yer alan bir hüküm (m.150 b.5) yeni Kanun'a m.184 b.5 olarak aynen

---

(114) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Cosman,** sh.147 vd.; **Horisberger, René** L'intercession de la femme mariée, Lausanne 1956; **Esener, Turhan:** L'obligation de reparer les prejudices résultant du divorce en droit suisse, Geneve 1951; **Bilge, Necip:** Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukukî Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi, AHF. Der., C.VIII, S.1-2, sh.575 vd.; **Postacıoğlu, İlhan:** Evlenme Mukaveleleri ve Karı Koca Arasındaki Anlaşmaların Hâkim Tarafından Tasvibi, İHF. Mec., 1946, S.3-4.

(115) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Akmtürk, Turgut:** Türk Medenî Hukuku, C. II. Aile Hukuku, B.10, İstanbul 2004.

alınmıştır. Buna göre evlilik devam ederken eşlerin kendi aralarında yapacakları *"boşanmanın veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar,* ***hâkim tarafından onaylanmadıkça*** *geçerli olmaz"*.

Yeni Medenî Kanun eşleri ve özellikle evlilik birliğini korumak amacıyla önemli bir sınırlama getirmiştir. Gerçekten,*"a i l e k o n u t u"* kenar başlığını taşıyan 194 üncü maddesinin birinci fıkrasında *"Eşlerden biri,* ***diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,*** *aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz"* denilmektedir.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla getirilen benzer bir sınırlama hükmü de, *"tasarruf yetkisinin sınırlanması"* kenar başlığını taşıyan 199 uncu maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, *"Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların* ***ancak onun rızasıyla*** *yapılabileceğine karar verebilir"*.

"Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri ***diğerinin rızası olmadan*** *paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz"* diyen MK. m.223/II; mal ortaklığında olağan yönetim dışında kalan konularda bir eşin ancak ***diğerinin rızasıyla*** ortak mallarda tasarrufta bulunabileceğini düzenleyen MK. m.263/I ve mal ortaklığında eşlerden birinin ***diğerinin rızası olmaksızın*** ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul edemeyeceğini öngören MK. m.265/I hükümleri de fiil ehliyetinin k ı s ı t l a n m a s ı olarak gösterilebilir. Ancak, bu kısıtlamalardan hangilerinin eşlerin hukuki işlem ehliyetini, hangilerinin tasarruf yetkisini kısıtladığı tartışmaya açıktır.

Evli kişilerle ilgili bir diğer düzenleme ise yeni Borçlar Kanunu'nun 584 üncü maddesinde yer bulan ve bu kişilerin yapacakları ***kefalet*** sözleşmelerini ***diğer eşin yazılı rızası*** şartına bağlayan hükümdür. Bu madde yürürlüğe girdikten sonra özellikle eşlerden birinin ticaretle uğraştığı durumlarda oldukça fazla eleştirilmiş; nihayetinde 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı yasa ile hükme eşlerden birinin ticari işlerine bağlı kefaletler yönünden istisna getirilerek sayılan durumlarda diğer eşin rızası şartı kaldırılmıştır[(116)].

---

(116) RG. 11.4.2013, S. 28615. Evli kişilerin fiil ehliyetine getirilen aynı düzenleme bizden önce İsviçre Borçlar Kanunu'yla getirilmiştir. Buna göre İsviçre'de kefalet hukuku 1941 yılında değiştirilirken kanuna eklenen yeni bir hüküm uyarınca evli olan kişiler ancak eşlerinin rızasıyla kefil olabilirler.

Hemen belirtelim ki, evli kişilerin (eşlerin) sınırlı ehliyetliler grubuna girip girmediği, İsviçre ve Türk hukuk doktrininde oldukça tartışmalı bir konudur.

Buna karşılık, *kendilerine yasal danışman oy danışmanı) atanmış olanların*, MK. m.429 da dokuz bent hâlinde sayılmış olan hukukî işlemler bağlamında fiil ehliyetlerinin sınırlanmış olduğu konusunda ise tartışma ve duraksama yoktur. Zira bizzat Medenî Kanun, yasal danışman atamanın fiil ehliyetini sınırlamak olduğunu kabul ve bunu da "..korunmaları bakımından *fiil ehliyetlerinin sınırlanması* gerekli görülen ergin kişilere .." demek suretiyle açıkça ifade etmektedir.

Evli kişiler bakımından ise, eşlerden birinin kanunda açıkça belirtilen bazı hukukî işlemleri geçerli olarak yapabilmesinin *diğer eşin rızasına bağlanmış olması,* genellikle fiil ehliyetinin, daha doğru deyişle *hukukî işlem ehliyetinin sınırlanması* olarak yorumlanmıyor.

İsviçre Hukukunda baskın görünen görüş, özellikle aile hukukunda 1984 yılında gerçekleşen değişiklikten sonra, *eşleri sınırlı ehliyetsizler kategorisinde gösteriyor.* Bu görüşün çıkış noktası şudur: Kanunda geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmış bulunan bir hukukî işlem rıza alınmadan yapıldığında, aynen yasal temsilcinin izni ve onamı olmadan sınırlı ehliyetsizin yapmış olduğu işlem gibi geçersiz olacaktır.

Bu görüşün yanında, söz konusu hükümlerin *eşlerin fiil ehliyetini değil, sadece tasarruf ehliyetini sınırladığı görüşü* ile *aile konutuyla ilgili rızanın diğer eşin katılım hakkı sebebiyle bir geçerlilik şartı olduğu görüşü* yer almaktadır(117).

Türk Hukukunda baskın görüş ise, bu hükümlerin ve özellikle aile konutuyla ilgili 194 üncü madde hükmünün, *hukukî işlem ehliyetini sınırlamadığı* yönünde olup, *eşlerin bu hükümler dolayısıyla sınırlı ehliyetliler grubuna girmeyeceğini* savunan görüştür(118).

Biz bu konuda İsviçre'de geçerli olan baskın görüşün ileri sürdüğü çıkış noktasına aynen katılarak, bu hükümlerin de aynen sınırlı ehliyetsizlerde olduğu gibi eşlerin hukukî işlem ehliyetini ve dolayısıyla da fiil

---

(117) Bu konuda geniş açıklamalar için bk. **Şıpka, Şükran:** Türk Medenî Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002, sh.39 vd., 43, 63.

(118) **Dural-Öğüz:,** sh.59 vd.; **Kıhçoğlu, Ahmet:** Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, sh.5; **Şıpka,** sh.49.

ehliyetlerini sınırladığını kabul ediyor, fakat eşlerin *sınırlı ehliyet**sizler*** kategorisinde gösterilmeleri görüşüne katılamıyoruz. Evli kişiler, ehliyette aranan şartlarda bir noksanlık bulunmuyorsa, aslında tam ehliyetli oldukları için, onların sınırlı ehliyet**liler** kategorisinde yer almaları gerektiğine inanıyoruz. Bu sebeple de evli kişilerin sınırlı ehliyetliler grubunda yer alması yolunda savunduğumuz görüşümüzü, *azınlıkta kalsak da,* koruyoruz.

2) Kendilerine Yasal Danışman Atanmış Olanlar

Kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunmaları bakımından *fiil ehliyetlerinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişilere* hâkim tarafından bir yasal danışman atanır (MK. m.429). Kendilerine yasal danışman atanmış olanlar da, aynen evli kişiler gibi ayırt etme gücüne sahip ve ergin olan, aynı zamanda kısıtlı da bulunmayan kimselerdir. Bu itibarla onların da fiil ehliyetlerinin tam olması asıldır. Bu kişiler kanunda açıkça belirtilmiş olan ve özellikle malvarlıkları bakımından büyük önem taşıyan ve çok önemli sonuçlar doğurabilen işlemleri ancak *yasal danışmanlarının (oy danışmanının) olumlu oyunu almak suretiyle* yapabilirler. Medenî Kanun'un 429 uncu maddesinde 9 bent hâlinde sayılmış bulunan bu işlemlerin dışında kalan işlemler bakımından bu kişiler tam fiil ehliyetine sahiptirler. Yasal danışmanın (oy danışmanının) olumlu oyuyla yapılabilecek olan işlemler MK. m.429 da sayılı (tahdidî) olarak şöyle belirlenmiştir:

1. Dava açma ve sulh olma,

2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,

3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi,

4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,

5. Ödünç verme ve alma,

6. Anaparayı alma,

7. Bağışlama,

8. Kambiyo taahhüdü altına girme,

9. Kefil olma.

Kendisine yasal danışman (oy danışmanı) atanmış olan kişi, sayılan bu hukukî işlemleri yasal danışmanının ***olumlu oyunu almak suretiyle***

bizzat yapar; yani *bu işlemler onun adına yasal danışman tarafından yapılmaz.* Çünkü yasal danışman, danışman olarak atanmış olduğu kişinin yasal temsilcisi değildir. Yukarıda sayılan hukukî işlemlerin yasal danışmanın olumlu oyu alınmaksızın yapılmış olması hâlinde, bunun yaptırımı ***"tek taraflı bağlamazlık"****tır,* yani kendisine yasal danışman atanmış olan kişi bu işlemle bağlı değildir, fakat karşı taraf bağlıdır. Bu işlemler sonradan yasal danışmanın onama (icazet) vermesiyle her iki taraf için de bağlayıcı, yani geçerli duruma gelirler. Onam verilmezse, yapılmış olan işlem her iki taraf için de geçersiz işlem hâline dönüşür[(119)].

SONUÇ

Çeşitli sınırlı ehliyetlilerin hukukî durumlarının bu kısa incelenmesinden çıkan sonuçlar şunlardır:

1) Bu kişiler, kanunda sayılan belli bazı işlemler dışında kalan konularda tam fiil ehliyetine sahiptirler. Bu itibarlardır ki, ehliyetlerinin "sınırlı" olduğundan söz edilir. Sınırlılık da özellikle hukukî işlem ehliyeti alanındadır.

2) Rızasına (iznine ya da onamına), onayına veya olumlu oyuna ihtiyaç duyulan kişiler, sınırlı ehliyetlilerin yasal temsilcisi değildirler. Bu kişiler sınırlı ehliyetlinin yasal temsilcisi olmadıklarından, kanunda sayılan işlemleri onun adına yapamazlar. İşlemin mutlaka da sınırlı ehliyetli kişi tarafından bizzat yapılması gerekir.

3) Sınırlı ehliyetlilerin rıza veya olumlu oy verilmeden yapmış oldukları hukukî işlemlerin yaptırımı kural olarak *"tek taraflı bağlamazlık"* yaptırımıdır, yani sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasını almadan yapmış oldukları hukukî işlemlerin tâbi olduğu hükümsüzlük derecesinin aynıdır. Hâkimin onayına bağlı anlaşmalar ise, hâkim tarafından onaylanmadıkça hüküm ifade etmezler.

---

(119) Doktrinde, yapılan işlemin hukukî durumu, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin iznini almadan yapmış olduğu borçlandırıcı işlemin durumuna benzetiliyor ve MK. m.451 hükmünün kıyas yoluyla uygulanacağına işaret ediliyor: **Oğuzman-Seliçi-Oktay:** age., sh.80; **Dural-Öğüz:** age., sh.62.

Üçüncü Bölüm
KİŞİLİĞİN KORUNMASI

§ 1. KİŞİLİK VE KİŞİLİK HAKKI KAVRAMLARI

I- KİŞİLİK KAVRAMI

Hukuk anlamıyla ***kişi***, haklara ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan varlıklardır. Kişilerin doğal olan ve kendilerinden ayrılması mümkün olmayan iktidarı da budur. Bu iktidar onların hak ehliyetini oluşturur. Bu ehliyetin yanında kişilerin kendi fiilleriyle lehlerine haklar ve aleyhlerine borçlar yaratma iktidarları, yani fiil ehliyetleri de vardır.

Kişilerin sahip bulundukları hak ve fiil ehliyetlerinden başka, kişi olma niteliğine bağlı olan ve hukuk düzenince korunan birtakım maddî ve manevî varlıkları ve menfaatleri ile bunlar üzerinde birtakım hakları vardır. İşte, kişilerin ehliyetleri ile kişi olmaları dolayısıyla sahip bulundukları bu maddî ve manevî menfaatleri üzerindeki haklarının tümü hep birlikte ***kişiliği*** *(şahsiyeti)* oluşturur. Bu anlamı itibariyle gerçek kişilerin olduğu kadar, tüzel kişilerin de birer kişiliği ve bu kişilik üzerinde bazı hakları mevcuttur. Ancak, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bünye ve mahiyetlerinden kaynaklanan farklılık, etkilerini kişiliğin içeriği üzerinde de gösterir. Nitekim gerçek kişiliğin içeriği, çoğu kez tüzel kişiliğin içeriğine oranla daha geniştir. Mahiyetlerinden ve bünyelerinden kaynaklanan bu farklılık dışında, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında başkaca bir fark bulunmadığından, kişiliğin korunmasına ilişkin kurallar, tüzel kişiliğin mahiyetine aykırı düşmedikçe genellikle onlar hakkında da uygulanır[(1)].

Bu bölümde önce kişilik kavramı ve kişilik hakkı geniş bir şekilde incelenerek kişiliğin hukuk düzeni tarafından niçin ve ne şekilde korunmakta olduğu konusu, daha sonra da Medenî Kanun'umuzun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri üzerinde durulacaktır.

---

(1) Bu konuda bk. **Kunzler, Fritz:** Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Zürich 1951, sh.141 vd.; JdT 1942, 629.

İster gerçek kişi, ister tüzel kişi olsun her kişinin, kişi olması dolayısıyla mutlaka bir kişiliği vardır. Kişilik esas itibariyle *doğumla* veya öngörülen usule uygun olarak *kurulmakla* başlar, hak süjesinin *ortadan kalkmasıyla* da sona erer.

Kişilik nedir ve ne gibi maddî ve manevî varlıklardan[2] ve menfaatlerden oluşur? Diğer bir deyişle, kişiliği oluşturan unsurlar nelerdir? Aşağıda bunları ele alacağız:

A) KİŞİLİĞİN İÇERİĞİ

Kişilik kavramının içeriği esas itibariyle şunlardan oluşur:

1) Kişinin Ehliyetleri

Kişinin hukuk süjesi olması dolayısıyla sahip bulunduğu ehliyetler *"hak ehliyeti"* ile *"fiil ehliyeti"*dir. Her iki ehliyet konusunda daha önceki bölümde oldukça geniş ve ayrıntılı bilgi verdiğimiz için, burada onların sadece isimlerini anmakla yetiniyoruz.

2) Kişinin Kişisel Durumları

Kişisel durumlar (şahsî hâller), bir gerçek kişinin toplum ve aile içindeki hukukî durumunu yansıtan ve hukuk düzenince önemli sayılan nitelikleri, yani bir insanın bekâr, nişanlı, evli, dul veya boşanmış; ergin veya küçük; erkek veya kadın olması gibi durumlardır.

3) Kişinin Maddî Varlıkları

Bir kimsenin maddî nitelikleri, başka bir deyişle *maddî, cismanî varlıkları,* özellikle onun *hayatı ve sağlığı* gibi beden (vücut) bütünlüğünü oluşturan unsurlardır.

4) Kişinin Manevî Varlıkları

Bir kimsenin manevî niteliklerine, başka bir deyişle *manevî varlıklarına,* özellikle de onun hürriyetleri, dinî ve vicdanî inançları, şeref ve haysiyeti, toplum içindeki saygınlığı (itibarı) ile fikir alanındaki faaliyetleri örnek olarak gösterilebilir. Manevî varlıklar içerisine, kişinin ismi (adı) ile resmini de sokmak gerekir. Aynı şekilde, kişinin kendi özel hayatıyla ilgili olan gizlilik (mahremiyet) ve giz (sır) çevresi de manevî varlıklara girmektedir.

---

(2) Kişilik hakkının konusunu oluşturan unsurlara **"varlık"** mı (Gut) yoksa **"değer"** mi (Wert) demenin daha isabetli olacağı konusunda bk. **Zevkliler,** sh. 379. Ayrıca bkz. **Ateş,** age, sh. 118 vd. ile sh. 163. vd.

5) Kişinin İktisadî Varlıkları

Kişinin iktisadî varlıkları, başka bir deyişle *iktisadî bütünlüğü,* bir kimsenin iktisadî faaliyete katılabilme konusundaki serbestliği, meslekî ve ticarî itibar ve kredisi ile meslekî ve ticarî sırları gibi hususları ifade eder.

Bu açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere, doğal olduğu kadar hukukî bir varlık olan kişilik, hukukî anlamda çeşitli unsurlardan oluşmakta ve çeşitli yönlere sahip bulunmaktadır. Yani bütün bu unsurların bir kül oluşturmasıyla meydana gelen kişiliğin, bir *maddî ve cismani yönü,* bir *manevî yönü,* bir de *iktisadî yönü* vardır. Bu sebeplerdir ki, bazen iktisadî kişilikten, bazen manevî kişilikten söz edilir. Kişilik bir b ü t ü n oluşturduğundan, onu bu şekilde çeşitli yönlere, çeşitli unsur ve varlıklara ayırmak belki konunun kolaylıkla anlaşılmasını sağlar, fakat bir bakıma da yapay mahiyet taşır. Çünkü kişilerin "hukuku ilgilendiren yönü, yalnız sosyal hayattaki yönüdür .. bu yön de bir kül oluşturur"[3].

Diğer yandan, kişiliğin bu çeşitli yönleri veya unsurları birbiri içine o suretle girer ki, bunlar arasında kesin bir ayırım yapmak çok yapay olur. Hukuk düzeni kişiliği bu çeşitli yönleriyle korumakta ve hak süjesine, kişiliğinin bu çeşitli yönlerine veya unsurlarına karşı olası saldırıların önlenmesini istemek yetkisini tanımaktadır. Bu suretle de kişiliği oluşturan bu çeşitli unsurların bütünlüğü ve dolayısıyla da *bir bütün olarak bizzat kişilik korunmuş olmaktadır.* Bu da kişiliğin hukuk düzeni tarafından bir *"hukukî varlık"* olarak kabul edildiğini göstermektedir.

II) KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi bütün kişilerin, kendi kişiliklerini oluşturan çeşitli unsurların tamamı üzerinde hukuken korunan bir menfaati var demektir. İşte bu, *"kişilik hakkı"*dır.

Kişilik hakkı, *her kişiye bedenî ve maddî bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını başkalarından isteme yetkisini verir*[4]. Bir bakıma ***kişilik hakkı****, kişinin hak süjesi olarak herkes*

---

(3) **Simonius, A.** (Çev. **Arık, Fikret):** Şahsiyet Hakları, SBF. Der., 1955, s.l, sh.189.

(4) **Simonius,** sh.188. Bu konuda ayrıca bk. **Bucher, Eugen**: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, Zürich 1956; **Regamey, Marcel**: La protection de la personnalité en drolt civil, Lausanne 1929; **Gierke:** Deutsches Privatrecht, Erster Band, Leipzig 1895, sh.702 vd.; **Staudinger's** Kommentar, sh.57 vd.; **Jaeggi, Peter:** Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Revue de droit suisse, 1960/4, sh.137a vd; **Grossen, Jacques-Michel:** La protection de la personnalité en droit prive, Revue de droit suisse, 1960/3, sh.l a vd.

tarafından tanınmasını istemek ve bu sıfatla itibar görmek konusundaki menfaat ve yetkileri anlamına da gelir.

Genel bir kişilik hakkının mevcut olup olmadığı sorunu hukuk doktrininde ve çeşitli hukuk düzenlerinde tartışmalıdır. Daha çok Roma Hukukunun etkisinde kalmış olan hukukçular ve bunların başında *Savigny* kişilik hakkının varlığını inkâr eder(5). Bu hukukçulara göre, hak süjesinin kendi kişiliğini oluşturan maddî ve manevî varlıkları ile olan ilişkisi, hak mahiyetinde ve niteliğinde olmayan hukukî menfaatlerden ibarettir. Bu görüş, kanunlarla kişiliğin korunmasını genel olarak öngörmemiş olan Almanya'da destek bulmuştur. Zira Alman Medenî Kanunu (BGB), sadece haksız fiillerin düzenlendiği kısımda yer verdiği bazı hükümleriyle münferit (özel) mahiyette bazı kişisel menfaatlerin hukuka ve ahlâka aykırı surette çiğnenmesinin (ihlâlinin) tazminatı gerektireceğini öngörmüştür (§§ 823, 826).

Mamafih, genel mahiyette bir kişilik hakkı fikri, ilk defa yine Alman hukukçular tarafından ortaya atılmıştır. Cermen Hukukunun etkisiyle bu fikir özellikle *Dernburg, Gierke ve Kohler* gibi hukukçular tarafından savunulmuştur. Bu hukukçulara göre, her kişinin kendi kişilik alanını oluşturan varlıkları üzerinde kendisine egemenlik sağlayan bir kişilik hakkı vardır. Bu hak, sahibine kişisel varlıklarından dilediği gibi yararlanma ve kişisel kudretini dilediği yönde geliştirme yetkilerini verir. Kişilik hakkı, kişiye doğrudan doğruya kendi kişisel menfaatleri çevresini oluşturan maddî ve manevî varlıkları üzerinde egemenlik sağlayarak başkalarının bu alana karışmasını (müdahalesini) önlemek imkânlarını verir(6). Alman Medenî Kanunu'nun (BGB) 823 ve 826 ncı paragrafları karşısında, uzun zamandan beri şüphe ile karşılanmış olan bu son görüş, hâlen kendisine pek çok taraftar kazanmış bulunmaktadır. "Herkes, başkalarının haklarını ve Anayasaya uygun olan düzenleri veya ahlâk kurallarını çiğnememek şartıyla, kişiliğini serbest şekilde geliştirme hakkına sahiptir". "İnsan şeref ve haysiyetine dokunulamaz; şeref ve haysiyete saygı göstermek ve onu korumak devletin ödevlerindendir" diyen Bonn Anayasası, bu hükümleriyle genel bir kişilik hakkının varlığını Alman pozitif hukuku içine de sokmuş olmaktadır(7).

---

(5) **Staudinger's** Kommentar, sh.59; **von Tuhr** da bu görüştedir: Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Leipzig 1910, sh.149 vd. Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bk. **Velidedeoğlu,** sh.102 vd.; **Enneccerus-Nipperdey,** sh.291.

(6) **Gierke,** sh.703 vd.

(7) **Staudinger's** Kommentar, sh.58; **Enneccerus-Nipperdey,** sh.293.

Almanya'daki bu yeni görüşün etkisinde kalmış olan İsviçre hukukunda da genel bir kişilik hakkı fikri gerek doktrin[8], gerek mevzuat ve mahkeme içtihatları tarafından benimsenmiş bulunmaktadır. İsviçre Medenî Kanunu'nun 27 ve 28 inci maddeleri böyle genel bir kişilik hakkının varlığı temeline dayanır. Bu maddelerle kişilik hakkı en geniş ve mutlak şekilde bütün saldırılara karşı korunmak istenmektedir.

Türk hukukunda da durum aynıdır. Doktrin "her kişinin bir kişiliği, kişisel değer ve niteliklerinin tümünden oluşmuş bir kişisel bütünlüğü ve sırf bu kişiliği gereği olarak doğan menfaat ve haklarının mevcut olduğu ve bunların başlı başına bir korunmaya mazhar olması gerektiği" görüşündedir[9]. Bu koruma Türk hukukunda kişilere geniş bir şekilde Anayasa (m.12 vd.) ve Medenî Kanunla (m.23-27) tanınmış bulunmaktadır.

A) KİŞİLİK HAKKININ İÇERİĞİ

Kişilik hakkının içerik ve sınırlarını açık ve kesin bir şekilde belirleyecek ve onu diğer haklardan ayırmağa yarayacak bir tanımını bulmak oldukça güçtür. Bu güçlük, kişilik hakkının içeriğinin belirlenmesi hususunda doktrinde henüz tam bir görüş birliğinin sağlanamamış olmasından kaynaklanmaktadır. Hatta doktrinde, hak süjesinin bir kişi olarak tanınmasını, varlığını sürdürmesini, maddî ve manevî bütünlüğüne dokunulmamasını, şeref ve haysiyetinin saldırılardan dokunulmaz (masun) kalmasını, kişiliğini dilediği biçimde geliştirip ilerletebilmesini isteme yetkisini veren genel anlamda bir kişilik hakkının kabulü gerekip gerekmediği konusu bile tartışmalıdır. Özellikle bazı Alman hukukçuları genel bir kişilik hakkının varlığını inkâr ederek sadece özel (münferit) bazı kişilik haklarından söz ederler. Onlara göre, hukuk düzeni tarafından korunmakta olan hürriyetlere yönelen saldırıların önlenmesini istemek gibi özel bazı kişilik hakları vardır.

Kişiliğin içeriğini belirlemeye çalışırken karşılaşılan ilk güçlük, *genel bir kişilik hakkının mevcut olup olmadığı sorunudur.* Hâlen böyle genel bir kişilik hakkı Türk ve İsviçre hukukları bakımından tartışmalı değildir. İsviçre Medenî Kanunu (m.27) ve Türk Medenî Kanunu (m.23) bu sorunu olumlu biçimde çözümlemişlerdir.

---

(8) **Tuor,** sh.69; **Egger-Çernis,** sh.224 vd.; **Homberger,** sh.32.

(9) **Velidedeoğlu.** sh.100; **Saymen,** sh.286; **Göktürk,** sh.141; **Arsebük, E**.: Medenî Hukuk, sh.289; **Dural-Öğüz:** age., sh.92; **Oğuzman-Seliçi-Oktay:** sh.116.

Genel anlamda kişilik hakkının varlığının kabul edilmesiyle dahi sorun tamamen çözümlenmiş olmamaktadır. Çünkü bu *genel kişilik hakkının içeriğinin belirlenmesi* hususunda da doktrinde henüz bir görüş birliğine varılamamıştır. Genel kişilik hakkı fikrini ilk önce savunan *Gierke* ve *Dernburg* gibi hukukçular, bu hakka çok geniş bir içerik vermek istemişlerdir. Örneğin *Gierke*'ye göre kişilik hakkı "kişinin bir hak süjesi olarak tanınması hususundaki" hakkıdır(10). Yazara göre bu hak öyle genel ve kapsamlı bir içeriğe sahiptir ki, pozitif hukuk tarafından özel bir surette düzenlenmemiş olan diğer bütün hakları, kamu haklarını olduğu kadar, özel hukuktan doğan hakları da kapsamına alır(11); böylece özel kişilik haklarının da kaynağını oluşturur. *Gierke'*ye göre, özel kişilik hakları hak süjesine, kişiliğini oluşturan çeşitli unsurlar üzerinde egemenlik sağlayan haklardır(12). Bunlar, kişinin bizzat kendisi üzerindeki haklarıdır. Fakat bunların neler olduğunu kesin olarak saptamaya henüz imkân yoktur; zira hayatın akışı ve gelişmesi her gün kanun koyucu tarafından yeni birtakım kişilik haklarının düzenlendiğini göstermektedir. Örneğin mülkiyet hakkı, velâyet hakkı gibi birtakım kişilik hakları kanunlarla özel bir biçimde düzenlenmişlerdir.

*Prof. Velidedeoğlu'*nun da haklı olarak işaret etmiş olduğu gibi, *Gierke*'nin bu görüşü aynen benimsendiği takdirde, "hak sahibine kişisel varlığından yararlanma ve kişisel kudretini faaliyetlendirme hususlarını diğer kişilere karşı sağlayan bütün haklar kişilik hakkı kavramı içine girer"(13). Nitekim *Gierke* eser sahibinin telif (yazar) haklarını, ihtira haklarını ve marka haklarını da kişilik hakkı olarak ifade eder(14). *Gierke*'nin kişilik hakkına bu kadar geniş bir içerik tanımış olması, bu hakkı belirsiz ve sınırsız bir hâle sokmaktadır.

B) GENEL KİŞİLİK HAKKI-ÖZEL KİŞİLİK HAKLARI

Gierke'nin anladığı kadar geniş ve kapsamlı bir içerik tanımamakla birlikte, genel bir kişilik hakkının varlığını kabul etmek gerekir. **Genel kişilik hakkı,** *kişinin bedenî ve maddî bütünlüğüne, kişiliğini oluşturan diğer unsur ve varlıklara yönelen haksız saldırılardan kaçınılmasını her-*

(10) sh.703, 265.
(11) sh.704 vd.
(12) sh.704.
(13) sh.104.
(14) sh.717.

kesten istemek konusundaki hakkıdır. Egger'e göre kişilik hakkı, kişinin "mevcut olmak, gelişmek, hür olmak hususundaki hakkıdır; bu hak onun saygı görmek hususundaki hakkıdır"[15]. *Staudinger* şerhinde de kişilik hakkı "ferdin (bireyin) insan olarak saygı ve itibar görmek ve kişiliğini serbestçe geliştirmek hususundaki hakkı" olarak tanımlanmıştır[16]. *Velidedeoğlu*'na göre ise kişilik hakkı, "kişinin bedenî ve fikri varlığının tamamı üzerindeki hakkıdır"[17]

Esasen tek bir kişilik mevcut olduğuna göre, kişiliğin korunmasına ilişkin olmak üzere de *tek ve genel mahiyette bir kişilik hakkı mevcuttur.* Bu hak ile korunan, daima kişinin bizzat kendisidir. Fakat böyle olmakla birlikte, kişiliği oluşturan varlıklardan bir kısmı hukuk düzeni tarafından özel bir korumaya da kavuşmuşlardır. Örneğin Türk ve İsviçre hukuklarında "isim hakkı" böyledir. Zira kişiliğin genel bir surette korunmasını düzenleyen MK. m.23, 24 ve 25 hükümlerinin yanında, isim üzerindeki hak MK. m.26 hükmüyle ayrıca korunmaktadır.

Özel kişilik haklarının nelerden ibaret olduğunu belirleme, esas itibariyle pozitif hukuka kalmış bir konudur. Kişilik çeşitli unsurlardan, varlıklardan ve hukukî menfaatlerden oluşan bir bütündür. Kişiliği oluşturan bu unsurlar ve menfaatler, örneğin kişinin maddî ve manevî bütünlüğü farklı biçimlerde çiğnenmeye elverişli olduğundan, bu genel kişilik hakkı çeşitli özel kişilik haklarına ayrılır[18]. Fakat bu çeşitli ve özel haklarla korunanın, daima yine kişinin kendisi olduğunu unutmamak gerekir. Zira *bu özel kişilik hakları esas itibariyle genel kişilik hakkının içindedirler.*

Genel bir kişilik hakkını tanıyan hukuk sistemlerinde, örneğin Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, kişiliği oluşturan varlıkların korunmasında kişinin bir menfaatinin bulunup bulunmadığını saptama, MK. m.23 vd. hükümlerinde hâkime bırakılmıştır[19]. Bu itibarla *özel kişilik haklarının nelerden ibaret olduğunu önceden belirlemek ve saptamak mümkün değildir.* Bununla birlikte, hukuk doktrininden ve mahkeme içtihatlarından çıkan sonuca göre, özel kişilik hakları aşağıdaki gruplarda toplanabilir. Bu gruplama kişinin bizzat kendisinden başlayarak onu

---

(15) **Egger-Çernis,** sh.292.

(16) sh.107.

(17) sh.59. Bu konuda ayrıca bk. **Westermann,** agm.**; Tekinay, S.S.**: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, B. 6, İstanbul 1992, sh.249.

(18) **A. Simonius-Arık,** sh.188; **Egger-Çernis,** sh.292.

(19) **Regamey,** sh.20.

diğer kişilerle birleştiren ilişkilere doğru inmek suretiyle yapılmıştır[20]. Ancak, daha yukarılarda kişilik kavramı dolayısıyla değinmiş olduğumuz gibi, böyle bir gruplama her zaman az çok yapay bir görünüm sunmaya mahkûmdur[21].

1) Maddî Bütünlük Üzerindeki Haklar

Maddî ya da bedenî, cismanî bütünlükle ilgili kategoriye giren haklar, kişiliğin maddî varlıkları üzerindeki özel kişilik haklarını oluşturur. Bu haklar kişiye hayatının, sağlığının, vücut bütünlüğünün her türlü saldırılardan dokunulmaz (masun) kalmasını istemek yetkisini verirler.

2) Manevî Bütünlük Üzerindeki Haklar

Bunlar kişiliğin manevî varlıkları üzerindeki özel kişilik haklarıdır. Hürriyetlerin, dinî ve vicdanî inançların her türlü saldırıdan dokunulmaz (masun) kalmasını istemek hakkına herkes sahiptir. Kişilerin ismi, resmi, şerefi, haysiyeti ve saygınlığı (itibarı) üzerindeki hakları da bu anlamda manevî bütünlük üzerindeki özel kişilik hakları grubuna girer. Kişilerin fikrî faaliyetlerinin ürünü olan eserlerine başkaları tarafından saygı gösterilmesini istemek hakları da aynı şekilde manevî bütünlükle ilgili özel kişilik haklarındandır.

3) Sır Çevresi ve Gizlilik Alanı Üzerindeki Haklar

Kişilerin, kendi özel hayatlarıyla ilgili olan sorunlarının, bedensel sakatlıklarının yabancılardan gizli kalmasını istemek konusunda da kişilik hakları vardır. Bu hak, sahibine hayatının gizli (mahrem) yönlerine kimsenin karışmamasını (müdahalede bulunmamasını) ve bunları tesadüfen öğrenmiş olanların onları etrafa açıklamamalarını (ifşa etmemelerini) istemek yetkisini tanır. Bu sebepledir ki kişilerin, meslekî sırlarının olduğu kadar, özel yazışmalarının, hesaplarının, ailevî sorunlarının yabancılardan gizli kalmasını, mektuplarının başkaları tarafından açılmamasını, telefon görüşmelerinin dinlenmemesini istemek konusundaki hakları da bu anlamda birer özel kişilik hakkıdır.

4) İktisadî Bütünlük Üzerindeki Haklar

Kişilerin ekonomik hayata serbestçe katılma hakları ile ekonomik kredilerinin, yani malî itibarlarının ve ödeme gücünün tanınması konusunda sahip oldukları haklar da özel kişilik haklarını oluşturur.

---

(20) Az çok benzer bir gruplama için bk. **Saymen,** sh.117 vd.; FJS, 1166 vd. Bu konuda ayrıca bk. **Regamey,** sh.27 vd.

(21) Bk. yuk. sh.358 I A. Ayrıca bk. **Simonius-Arık,** sh.169 vd.

Özel kişilik hakları arasında yapılan bu gruplama mutlak ve kesin değildir. Zira özel kişilik haklarının daima birbiri üzerine taşması mümkündür. Örneğin resim üzerindeki hak manevî bütünlük üzerindeki özel kişilik hakları arasında gösterilmekle beraber, onu aynı zamanda vücut bütünlüğünün bir görüntüsü olarak algılamak da mümkündür. Bu husus, bütün özel kişilik haklarının genel kişilik hakkının değişik yönlerden görünüşünden başka şey olmamasının sonucudur[22].

C) KİŞİLİK HAKKININ MAHİYETİ

1) Kişilik Hakkının Karakteristik Nitelikleri

Kişilik hakkının karakteristik i k i niteliği vardır, aşağıda bu iki niteliğine kısaca değineceğiz:

a) Mutlak Hak Oluşu

Kişilik hakkı, hak süjesine kişiliğini oluşturan unsurların haksız saldırılardan dokunulmaz kalmasını *herkesten istemek yetkisini verir.* Kişilik hakkı aynı zamanda herkese diğer kişilerin kişiliğine saygı gösterme borcunu da yükler. Bu özellikleri itibariyle kişilik hakkı *"mutlak hak"* mahiyetindedir.

b) Kişiye Sıkı Sıkıya Bağlı Hak Oluşu

Kişilik hakkı, kişinin maddî ve manevî varlıkları ile iktisadî bütünlüğü ve sır çevresi üzerinde sahip bulunduğu haktır. Konusunu para ile ölçülebilen şeyler değil, fakat kural olarak sadece hak sahibi açısından değer taşıyan birtakım kişisel varlıklar oluşturur. Bu itibarla kişilik hakları "malvarlıksal" (mamelekî) haklar olmayıp, *"kişiye sıkı sıkıya bağlı"* olan haklardandır. Bu niteliklerinden ötürüdür ki, *miras yoluyla mirasçılara geçmezler, hak süjesinin ölümüyle kendiliklerinden ortadan kalkarlar.* Hak süjesinin ölümünden sonra hayatta kalan yakınlarının, saklı paylı mirasçı olmasalar dahi, ölenin şeref ve haysiyetine, sır çevresine ve hatta cesedine yöneltilen saldırıları bertaraf ettirmek konusunda bir kişilik hakkı vardır. Bu hak, ölenin hatırasına saygı gösterilmesini istemek konusunda bizzat yakınlarının sahip bulunduğu bir özel kişilik hakkıdır.

2) Kişilik Hakkının Benzeri Haklardan Farkı

a) Kamu Haklarından Farkı

Kişilik hakkı özel hukuk tarafından tanınmış olan bir haktır. Bu itibarla kişilere devlete karşı anayasalarla tanınan haklardan, yani kamu

---

(22) **Simonius- Arık,** sh.198.

haklarından farklı mahiyettedir. Bununla beraber, Anayasamızla kişilere tanınan kamu haklarından pek çoğu ve özellikle hürriyetler (Ay. m.17 vd.) ile kişilik hakkı arasında çok büyük bir benzerlik vardır[23]. Her iki hak grubu arasındaki fark, kamu haklarının kişileri devletten gelebilecek olan saldırılara karşı koruması; kişilik hakkının ise, kişilere diğer kişilerden gelebilecek olan saldırıları önlemeyi sağlayacak yetkileri tanımış olmasından ibarettir.

b) Fikrî Haklardan Farkı

Fikrî haklar, kişilerin fikrî çalışmalarının ürünü olarak meydana getirdikleri eserler üzerindeki mutlak haklardır. Bu haklar, sahibine eserini ekonomik olarak dilediği gibi değerlendirmek yetkisini verir. Diğer taraftan eser, kişilerin fikrî ve aklî yeteneklerinin, kültürlerinin, bilgilerinin ve yaratma becerilerinin içerisinde cisimlendiği (tecessüm ettiği) bir fikir ürünüdür. Yani yaratılan eser, esas itibariyle sahibinin manevî kişiliğini yansıtır. Bu bakımdan eser sahibinin, eserine başkalarının saldırıda bulunmamasını, yani eserinin başkaları tarafından taklit edilmemesini, eseri üzerinde rızası alınmadan değişiklikler yapılmamasını herkesten istemek yetkisi vardır. Bu husus Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 13 vd. maddelerinde açıklıkla belirtilmiştir.

Fikrî haklar i k i yönlü bir mahiyet gösterir. Bu haklar bir taraftan sahibine eserini ekonomik bakımdan dilediği gibi değerlendirme yetkisini verir; eser sahibinin eserini çoğaltma, başkasına devretme ve hatta aynî haklarla sınırlama (takyit etme) yetkisi vardır. Öte yandan fikrî haklar, eser sahibine eserinin kamuya sunulup sunulmayacağını belirleme, eserinin üzerinde mutlaka adının belirtilmesini isteme, eserinde değişiklik yapılmasını yasaklama, hatta değişiklik yapılmasına izin vermiş olsa dahi, şeref ve itibarını sarsacak veya eserinin niteliğini değiştirecek biçimde değişiklikler yapılmasını önleme yetkilerini de verir (FSEK. m.14-18). Eser sahibinin ölümünden sonra bu yetkiler mirasçıları tarafından kullanılır..

Bütün bu özellikleri fikrî hakların, kişilik hakkı ile malvarlıksal (mamelekî) hakların karakteristiklerini bünyesinde toplamış bir hak niteliğinde olduğunu gösterir. Fikrî haklar bu nitelikleri itibariyle kişilik hakkının farklı bir grubu oluştururlar[24].

---

(23) **Simonius- Arık,** sh.189. Ayrıca bk. **Bucher,** sh.62 vd.

(24) Fikrî haklar hakkında bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Türk Medenî Hukuku, C. I, İstanbul 1959, sh.234; **Hirş, E.:** Fikrî Haklar, Ankara 1984, sh.66 vd., 181 vd.; **Arslanlı, H.:** Fikir Hukuku Dersleri, İstanbul 1954, sh.77 vd. Ayrıca bk. JdT 1943, 339.

§ 2. KİŞİLİĞİN KORUNMASI GEREĞİ VE KORUMA YOLLARI

I- KİŞİLİĞİN KORUNMASI GEREĞİ

Modern hukuk sistemlerinde bütün kişiler, özellikle gerçek kişiler hür ve birbirine eşittirler. Modern devletlerin hepsinin anayasalarında ifadesini bulan *"hürriyet ve eşitlik ilkesi",* özel hukuk alanında da geçerlidir. Hürriyet ve eşitlik ilkesinin özel hukuk alanında i k i önemli ortaya çıkış şekli vardır: Bunlardan birincisi, kişilerin hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde "*haklara ve borçlara sahip olmakta birbirlerine eşit oldukları"* kuralını koyan MK. m.8 hükmüdür. İkincisi ise, bir kimsenin kendi kişisel faaliyetlerini, yapacağı hukukî işlemlerle dilediği gibi düzenleyebileceğini kabul eden *"sözleşme özgürlüğüne"* ilişkin BK. m. 26 hükmüdür.

Sözleşme özgürlüğü (akit serbestisi), kişilere kendisiyle işleme girişecekleri karşı tarafı serbestçe seçme, hukukî işlemin tipini ve içeriğini diledikleri gibi belirleme serbestliğini tanır. XIX. Yüzyılda egemen olan *bireyci (ferdiyetçi) ve liberal görüş,* sözleşme özgürlüğü ilkesine herhangi bir sınırlama getirilmesini kabul etmiyordu. Bu görüş, hukuk düzenine sadece bireyin sahip bulunduğu hürriyetleri koruma ve güvence altına alma görevlerini veriyordu(25). Fakat bu sınırsız hürriyet anlayışı, bizzat bireyler ve dolayısıyla da toplum aleyhine birtakım sonuçlar doğurmuştu. Zira *"herkesin istediğini yapabileceği bir yerde hiç kimse istediğini yapamaz. Herkesin efendi olduğu bir yerde esasen herkes köledir"*(26).

Gerçekten, bir toplum içerisinde yaşayan kişiler genellikle birbirleriyle barış içinde sürekli bir yarışma hâlindedirler. Bu hayat yarışı, akıl, bilgi ve beceri bakımından üstün ve maddî imkânları müsait olanların, maddî durumları pek de iyi olmayanlara hükmetmesine, onlara dilediğini kabul ettirmesine yol açabilir ve böylece de istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Kısaca sözleşme özgürlüğü kötüye kullanılabilir ki, bu da bizzat toplum için olduğu kadar, kişilerin hürriyetleri ve kişilikleri için de tehlikelidir; kişileri küçük bir menfaat karşılığında maddî ve manevî varlıkları üzerinde özverilerde bulunmaya zorlayabilir. XIX. Yüzyılın ikinci yarısından sonra teknik alanda gerçekleşen büyük gelişme ve ilerleme ve bunun doğurduğu ekonomik savaşım (mücadele) işte bu sebeplerle güçlüyü daha güçlü ve zayıfı daha zayıf yapmaya başlamıştı(27). Bu suretle hukuk

---

(25) **Egger-Çernis,** sh.245.

(26) **Bossuet, Beudant:** Le droit individuel et l'Etat, Paris 1920, sh.6 dan naklen.

(27) Bu konularda daha geniş bilgi için bk. **Egger-Çernis,** sh.245 vd.; **Egger** (çev. **Velidedeoğlu, H.V.**): Sosyal Medenî Hukuk Veya Bugünkü Medenî Hukukta Cemiyet ve Fert, Ankara 1938, Hukuk İlmi Yayma Kurumu Konferanstan Serisi, 39.

düzeninin sadece hürriyeti sağlamakla yetinemeyeceği, aynı zamanda kişilerin sahip bulunduğu bu hürriyeti korumakla da yükümlü olduğu fikri yayılmaya başladı; bu sebeple de bireyci ve liberal görüş hukuk alanında yerini *"sosyal hukuk anlayışı"*na bırakmak zorunda kaldı. Gerçekten hukuk düzeni, herkese haklara ve borçlara sahip olma bakımından eşitlik ve haklarını diledikleri gibi kullanmak konusunda özgürce davranma imkânı tanımakla yetinemez. Hukuk düzeni aynı zamanda kişiliği ve kişiliği oluşturan varlıkları, pek tabiî bu arada kişinin hürriyetlerini de korumakla yükümlüdür. Ancak hukuk düzeni tarafından sağlanan bu koruma sayesindedir ki, kişilik hakkı bir anlam kazanır ve kişilere kişiliğini serbestçe geliştirebilme, kişiliğine yönelen saldırıları önleyebilme ve hürriyetlerinden yararlanabilme imkânları da sağlanmış olur.

Kişilik, sosyal düşünce ve fikirlere geniş ölçüde yer vermiş olan İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında, Alman ve Fransız Medenî Kanunları ile kıyaslanamayacak derecede koruma altına alınmış bulunmaktadır. Bu koruma bir taraftan, bu konudaki özel hükümlerle (MK. m.23, 24, 25; BK. m. 58), diğer taraftan da sözleşme özgürlüğünün sınırlanması suretiyle (BK. m. 26, 27) gerçekleştirilmektedir. Kişiliğin bu kadar kapsamlı biçimde korunması, İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının en önde gelen sosyal karakteristiklerinden biridir[28].

II- KİŞİLİĞİ KORUMA YOLLARI

Hak süjesi olan kişiler, toplum hâlinde hep birlikte bir arada yaşamak zorundadırlar. Böyle bir arada yaşayan kişiler, her zaman diğer kişiler ve hatta bizzat devlet tarafından kişiliklerine yönelebilecek saldırılarla karşı karşıyadırlar. Örneğin bir kimse diğerinin şeref ve itibarını küçük düşürecek sözler sarf eder, bir başkasının tesadüfen öğrenmiş olduğu bir sırrını şuna buna anlatır; bir fotoğrafçı müşterilerinden birinin resmini izinsiz olarak vitrininde sergiler ise, bu yollarla o kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırıda bulunulmuş olur.

Çok büyük malî sıkıntı içinde bulunan bir kimse, dinini değiştirmesi karşılığında kendisine bağışta bulunulacağı sözverisini (vaadini) kabul edebilir veya çok yüksek bir ücret karşılığında bütün ömrü boyunca (ölünceye kadar) belli bir kurumda çalışmayı yüklenebilir (taahhüt edebilir). Bir evlât, ana ve babasına karşı beslediği büyük saygı ve hayranlık dolayısıyla onlarla birlikte yaşamak amacıyla, ölünceye kadar hiç evlenmeme

---

(28) **Schwarz;** Borçlar Hukuku Dersleri, sh.344.

yükleniminde (taahhüdünde) bulunabilir. Kısaca, kişiler yaptıkları birtakım sözleşmelerle kendi özel kişilik haklarından bazılarını belli güdüler (saikler) dolayısıyla bizzat kısıtlayabilirler.

Anayasalarla bireylere tanınan kamu haklarından birçoğu ile özel hukuktaki kişilik hakkı ve özellikle hürriyetler arasında büyük bir benzerlik vardır. Bu itibarla, devlet tarafından da bu haklara saldırıda bulunulması mümkündür. Örneğin çıkarılan özel kanunlarla Anayasaya aykırı olarak bireylerin toplanma, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerine veya vicdan ve din hürriyetlerine saldırıda bulunulması, özellikle totaliter rejimlerde olağan işlerdendir.

Kişiler acaba kişiliklerine karşı çeşitli biçimlerde gerçekleşen bu saldırılardan kaç yoldan ve ne şekilde korunmaktadırlar?

Kişilik, modern hukuk sistemlerinde her türlü saldırılara, kısaca gerek dıştan diğer kişilerden ve devletten, gerek içten kişinin bizzat kendisinden gelebilecek olan saldırılara karşı korunmaktadır. Hukuk düzenince sağlanan bu koruma şu biçimlerde gerçekleşir: Koruma, bir taraftan gerek kamu hukuku karakterli kanunlar, gerek özel hukuk karakterli kanunlar ve bunlar içerisinde özellikle Medenî Kanun yoluyla gerçekleştirilir. Diğer taraftan, hukuk düzeni bazı istisnaî hâllerde kişiliğin maddî ve manevî bütünlüğüne yönelen saldırılara karşı kişiye *"zor kullanma"* suretiyle kendi kendisini bizzat koruma hakkını da tanır. Aşağıda bu koruma yollarına kısaca değindikten sonra, Medenî Kanun'un kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri üzerinde ayrıntılı biçimde duracağız.

A) KİŞİNİN KİŞİLİĞİNİ BİZZAT KORUMASI: HAKLI SAVUNMA HAKKI

Hukuk düzeni pek istisnaî durumlarda bir kimseye kişilik hakkına yöneltilmiş olan haksız saldırılara karşı kuvvet kullanarak savunma hakkını, yani bu saldırılara karşı *kendini bizzat koruma yetkisini* tanımıştır. Gerçekten, BK. m.63 ile TCK. m.25 hükümlerinde düzenlenmiş bulunan *"haklı savunma hakkı"* bunu açık olarak gösterir.

Kişilik hakkına ve özellikle maddî bütünlüğüne, şeref ve haysiyetine veya hürriyetlerine yöneltilen haksız bir saldırıdan kurtulmak için, saldırganın kişiliğine zarar veren kimse, bu zarardan dolayı tazminatla sorumlu tutulamayacağı gibi, bu fiilinden dolayı kendisine bir ceza da verilemez.

Hemen belirtelim ki, kişiliğine yöneltilen saldırılara karşı kişinin kendisini bizzat koruması yolu, pek ender hâllerde ve ancak kanunlarda belirtilen şartların bulunması ve bu şartlara uyulması durumunda söz konusu olabilir[29]. Asıl olan, kişiliğin *kanun yoluyla* korunmasıdır.

B) KİŞİLİĞİN KANUN YOLUYLA KORUNMASI

Kişilik kanunlarla i k i yoldan korunmaktadır. Bu yollardan biri, kamu hukuku karakterli kanunlarla, diğeri ise özel hukuk karakterli kanunlarla korumadır. Aşağıda bu iki koruma yolunu ayrı ayrı ele alacağız.

1) Kamu Hukuku Karakterli Kanunlarla Koruma

Kişilik kamu hukuku karakterli kanunlardan T.C. Anayasası ve Türk Ceza Kanunu tarafından iki biçimde korunmaktadır.

a) Anayasa İle Koruma

"Özel hukukun kişilik haklarıyla donattığı bir varlık devlet tarafından da saygı görmelidir"[30]. Zaten bireyler de devlet karşısında Anayasanın tanıdığı birtakım kamu haklarıyla donatılmıştır. Bu haklar, bireye devlet karşısında belli hürriyetler tanırlar, böylece de onu devletin haksız saldırılarına karşı korumuş olurlar. Gerçi kamu hakları kişilik hakkının içeriğine girmez. Fakat bu haklar ile özel kişilik hakları ve özellikle bireyin özel hukuk alanındaki hürriyetleri arasında bir ahenk, bir benzerlik vardır. Anayasamızda sayılan kamu haklarının çok büyük bir kısmı, aynı zamanda özel hukuk anlamında bir hürriyet ve dolayısıyla da kişiliğin içeriğini oluşturan hukukî varlıklardır. Böylece, kişinin bunlar üzerinde bir kişilik hakkı mevcuttur. Bununla beraber kişiler, devlet tarafından kamu haklarına Anayasaya aykırı kanunlarla yapılan saldırılara veya kanunla devlete tanınmamış olan karışmalara (müdahalelere) karşı kişilik haklarına değil, fakat kamu haklarına dayanmak suretiyle korunmalarını isteyebilirler.

Kişilik hakkının içeriği Anayasada sayılan kamu haklarından çok daha kapsamlıdır. Anayasalarda sayılmış olanların yanında yazılı olmayan özel kişilik hakları da mevcut olabilir ve nitekim mevcuttur da.

---

(29) Haklı savunma hakkında geniş bilgi için bk. **Oser-Seçkin:** sh.475 vd.; **Erem, Faruk:** Türk Ceza Hukuku, c. l, Ankara 1960.

(30) **Egger-Çernis,** sh.271.

Devletin bunlara da saygı göstermesi (riayet etmesi) gerekir[31]. Zira hukuk düzeni bir bütündür; bu itibarla kamu hukuku ve özel hukukun birbirleriyle ahenk içinde bulunması zorunludur.

b) Türk Ceza Kanunu İle Koruma

Kişiliğin özellikle üçüncü kişilerin suç niteliğindeki dıştan gelen haksız saldırılarına karşı korunması, büyük ölçüde ceza kanunlarıyla sağlanmaktadır. Gerçekten, kişinin maddî bütünlüğüne (vücut tamlığına) (TCK. m.81 vd., 86 vd.), hürriyetlerine (TCK. m.106-124), sır çevresine (TCK. m.132 vd.)[32], şeref ve haysiyetine (TCK. m.125 vd.) yönelik saldırılar, ceza hukuku bakımından da yasak olan fiiller, yani "suç" mahiyetindedir. Bu itibarladır ki, Türk Ceza Kanunu'nda ceza yaptırımı altına alınan bu tür saldırılarda bulunanlar hakkında ceza kovuşturmasında bulunulur. Mamafih, ceza hukuku ile medenî hukukun işlevlerinin ayrı olması, cezaî bir mahkûmiyetin varlığı hâlinde dahi, saldırıya uğrayan kişinin Medenî Kanun'un kişiliği koruyan hükümlerine başvurmasını engellemez. Çünkü kişilik hakkına yöneltilen saldırıdan dolayı ceza kovuşturmasının yapılması, ancak saldırının durdurulması sonucunu doğurur; fakat bu saldırı dolayısıyla uğranılan zararların giderilmesi imkânlarını kural olarak vermez. Bu imkânları özel hukuk karakterli kanunlar ve özellikle Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu sağlar.

2) Özel Hukuk Karakterli Kanunlarla ve Özellikle Medenî Kanunla Koruma

a) Kişiliğin Özel Hukuk Tarafından Korunmasının Sebepleri

Kişiliğin haksız saldırılara karşı kamu hukuku karakterli kanunlar yoluyla korunması, her zaman yeterli olmayabilir. Bir kere, kişiliğe yapılan haksız saldırıdan dolayı saldırganın cezalandırılması, saldırıya uğrayan için manevî bir doyum (tatmin) oluşturabilirse de, aynı zamanda bu saldırı yüzünden uğranılan zararların giderilmesini sağlamaya yaramaz. Oysa kişiliğe yapılan saldırı yüzünden uğranılan zararların giderilmesi imkânlarının da tanınmış olması sayesindedir ki, kişiliğin korunması kendisinden beklenen sonuçları doğurabilir. Kişiliğe yapılan saldırılar her zaman üçüncü kişilerin haksız fiil işlemeleriyle meydana gelmez. Bunun yanında, bir kimse düşüncesizlik, deneyimsizlik veya duygusal güdülerle

---

(31) **Egger-Çernis,** ibid.

(32) Bu konularda bk. **Erem, Faruk:** Hürriyet ve Suç, Ankara 1952.

(saiklerle) ya da maddî menfaatler karşılığında yaptığı bazı hukukî işlemleriyle kendi kişilik haklarını bizzat çiğneyebilir; maddî veya manevî bir menfaat karşılığında hürriyetlerinden ağır özverilerde bulunmaya razı olabilir yahut hak ve fiil ehliyetlerini kısmen veya tamamen sınırlayabilir. Darda kalmış olan bir kişi, yaptığı bir sözleşmeyle, kendisine sunulan büyük bir imkân dolayısıyla ömrü boyunca belli bir kurumda çalışmayı, çalıştığı bu kurumun yürüttüğü ticaret ve sanatla ilgili işi kurumdan ayrıldıktan sonra dahi ölünceye kadar yapmamayı; bir başka kişi de yaptığı sözleşmeyle duygusal eğilimleri dolayısıyla hiçbir surette ölüme bağlı tasarruflarda bulunmamayı veya belli bir kişiye karşı hiçbir zaman dava açmamayı kabul etmiş olabilir. Yapılan bir hizmete karşılık minnettarlık duygusunu belirtmek veya bir ricanın yerine getirilmesini sağlamak hususunda kullanılan *"kulun kölen olayım"* sözcükleri, kişilerin kendi işlemleriyle kendi kişilik haklarını bizzat nasıl sınırlayabileceklerini çok veciz biçimde belirtir. İşte, kişileri bu tür kendi fiillerinden, kendi hukukî işlemlerinden gelecek saldırılara karşı korumak, ancak özel hukuk karakterli kanunlarla mümkün olabilir. Bu sebepledir ki, kişilik özel hukuk ve özellikle medenî hukuk tarafından esaslı bir şekilde korunmaktadır. Bizim üzerinde duracağımız sorun da, kişiliğin medenî hukuk tarafından nasıl ve ne şekilde korunduğudur. Kişiliğin kamu hukuku tarafından korunması şekilleri ve bunların düzenleniş biçimi konumuzun dışında kalacaktır.

b) Kişiliğin Özel Hukuk Tarafından Korunması Yolları

Kişiliğin korunması konusunda Medenî Kanun'un 23, 24 ve 25 inci maddeleri hükümleri iki genel ilke koymaktadırlar.

MK. m.23 hükmü, *kişilik haklarının hukukî işlemlerle insanî duygulara, hukuk ve ahlâk kurallarına aykırı derecede sınırlanamayacağı ilkesini koyar.* Böylece de kişileri kişilik haklarını hukukî işlemlere konu yapmaktan, bu haklardan vazgeçmekten (feragat etmekten) veya onları aşırı derecede sınırlayan işlemlere girişmekten alıkoymak ister. Hukuk doktrininde MK. m.23'ün "kişiliği bizzat kendisine karşı koruduğundan" söz edilir. Hukuk dilinde bu koruma ***"kişiliğin içe karşı korunması"*** veya ***"kişiliğin kişinin kendisine karşı korunması"*** olarak isimlendirilir. Biraz sonra kişiliğin içe karşı korunması bahsinde üzerinde etraflı şekilde duracağımız gibi, MK. m.23 hükmüyle kişiliğin bizzat kişinin kendisine karşı korunduğu hakkındaki görüşün ne dereceye kadar doğru olduğu şüphelidir. Zira bu madde hükmüyle kişinin kendisine karşı değil,

fakat sözleşmede kendisinden maddeten veya manen ve özellikle ekonomik bakımdan daha kuvvetli durumda olan diğer tarafa karşı korunması söz konusu olur[33]. MK. m.23 hükmü, kişiliğin bu şekilde korunması hakkındaki genel kuralı koyar. Bu maddeyi tamamlar mahiyette olmak üzere BK. m. 26, 27 hükümlerini anmak gerekir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen BK.m. 27 hükmü, bu sınırlardan birinin de kişilik hakkına ilişkin hükümler olduğunu söyler. Yani BK. m. 27 *kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlerin çiğnenmesi suretiyle sözleşme yapılamayacağını* ifade ederek MK. m.23 hükmünü tamamlar. MK. m.23 ve BK. m. 27 hükümlerinin çiğnenmesi suretiyle yapılan sözleşmelerin yaptırımını, genel biçimde BK. m. 27 hükmü belirler. Bu yaptırım, hükümsüzlüğün en ağır derecesi olan *"mutlak butlan"*, yani *"kesin hükümsüzlük"*tür[34].

Kişiliğin üçüncü kişilerin haksız saldırılarına karşı ne şekilde korunacağına ilişkin genel ilke, MK. m.24 ve m.25 hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu maddeler *kişiliği üçüncü kişilerin haksız fiillerinden gelecek zararlara karşı korumak isterler.* Bu koruma şekline hukuk doktrininde ***"kişiliğin dışa karşı korunması"*** veya ***"kişiliğin üçüncü kişilere karşı korunması"*** denilmektedir. Kişiliğin dışa karşı korunması hakkındaki diğer genel bir ilke de BK. m. 58 hükmünde mevcuttur. İkisi de genel hüküm mahiyetinde olan MK. m.25 ve BK. m. 58 hükümlerinin birbirleriyle nasıl bağdaştırılacağı sorununa daha sonra değineceğiz.

Maddî bütünlüğe yönelen haksız saldırılar hakkında özel hükümler BK. m. 49 vd. (BK. m.45 vd.) da mevcuttur.

---

(33) Bazı yazarlara göre MK. m.23 hükmü, bir kimseyi bizzat kendisine karşı korumaktadır: **Köprülü,** sh.290; **İmre, Zahit:** Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1980, sh.443; **Ataay, A.:** Şahıslar Hukuku, sh.148; **Ayiter, Nûşin:** Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AHF. Der. 1968, C. XXV, S. 1-2, sh.139; **Velidedeoğlu, H.V.:** Türk Medenî Hukuku, C.I, 2.cüz Şahsın Hukuku, B.6, İstanbul 1963, sh.125. Diğer bazı yazarlar ise MK. m.23 hükmünün de aynen MK. m.25 hükmü gibi bir kimseyi dıştan gelecek olan haksız saldırılara karşı korumakta olduğunu ifade etmektedirler. Bu yazarlara göre MK. m.23 hükmü kişiliğin hukukî işlemlerle çiğnenmesine, MK. m.25 hükmü ise dıştan gelecek saldırılarla çiğnenmesine karşı korunmasını amaçlamaktadır. Aralarındaki fark da budur: **Karayalçın, Yaşar:** Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AHF. Der. 1962, C.XIX, S. 1-4, sh.266; **Tandoğan, Halûk:** Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHF. Der. 1963, C.XX, S. 1-4, sh.15 vd.; **Dural, M.:** Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, sh.154; **Jaeggi, P.:** Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, Zeit. f. schw. Recht 1960, 79/2, sh.119; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.129.

(34) Bu konuda özel olarak bkz. **Ateş,** age., sh. 163 vd. ile sh. 277 vd.

İsim üzerindeki özel kişilik hakkının korunmasına ilişkin olmak üzere MK. m.26 ve m.27 de bazı hükümler vardır. Bu hükümler aslında 25 inci maddenin özel bir uygulama biçiminden başka bir şey değildir.

§ 3. KİŞİLİĞİN İÇE KARŞI KORUNMASI

I- İÇE KARŞI KORUMA KAVRAMI

Hukuk düzeni bir kimsenin, kendi kişiliğini oluşturan unsurlar üzerinde; yaşaması, ilerlemesi ve gelişmesi imkânlarını ortadan kaldıracak şekilde hukukî işlemler yapmasına izin vermez; bir kimsenin kendi iradesiyle de olsa maddî, manevî ve iktisadî bütünlüğünü tehlikeye sokacak şekilde kişiliğini oluşturan unsurları sınırlamasına engel olmak ister. Böylece de kişiliği *"âdeta kendi kendisine karşı"*, yani *"kendi hukukî işlemleriyle kendisine yönelebilecek saldırılara karşı"* korumak ister, kişiliği oluşturan unsurların aşırı derecede sınırlanması sonucunu doğuran hukukî işlemleri geçerli saymaz.

İşte, hak süjesinin kendi kişiliğini aşırı derecede sınırlamasının geçerli olmadığına ilişkin ilke, hukuk dilinde *"kişiliğin içe karşı korunması ilkesi"* olarak isimlendirilir[35]. Aslında bir kimsenin kişiliğinin bizzat kendisine karşı korunduğundan söz etmek ilk bakışta mantığa aykırı görünür. Ancak, kişiliğin içe karşı korunması ilkesiyle güdülen amaç, aslında iş ilişkilerinde geçerli olan sözleşme özgürlüğü ve serbest rekabete (yarışmaya) dayanarak bir kimsenin sözleşmenin kendisinden daha güçlü olan karşı tarafına (karşı âkide) karşı boyun eğmesini önlemek ve kendisini; kişiliğini oluşturan unsurlar üzerinde hukukî işlemlerde bulunarak onları ağır derecede sınırlamasına karşı korumaktır.

II- İÇE KARŞI KORUMA GEREĞİ

İnsanlar doğa gereği bencildirler ve başkalarıyla olan ilişkilerinde daima kendi kişisel menfaatlerini göz önünde tutarak hareket ederler. Böylece mümkün olduğu ölçüde kendi lehlerine olan ve kendilerine fayda ve menfaat sağlayan hukukî işlem ve ilişkilere girişme eğilimindedirler. Durum böyle iken, onların ayrıca hukuk düzenince korunmasına niçin gerek duyulduğu sorusu, haklı olarak ortaya atılabilir. Ancak, ilk bakış-

---

(35) Bu ilke bazen *"kişiliğin hukukî işlemle saldırıya karşı korunması"* **(Oğuzman-Seliçi-Oktay:** age., sh.129) veya *"kişiliğin hukukî işlem sonucu olan tecavüzlere karşı korunması"* **(Dural-Öğüz:** age., sh.135) olarak ifade edilmektedir.

ta çok doğru gibi görünen bu düşüncenin her zaman gerçeklere uyduğu söylenemez. Serbest rekabet ve sözleşme özgürlüğüne dayanan toplumsal hayatta birbirleriyle ilişki içinde bulunan kişiler zekâ, bilgi, beceri, malî güç ve maddî imkânlar açısından birbirleriyle eşit durumda değildirler. Kişiler arasındaki bu eşitsizlik, maddî ve manevî boyutlu bu farklılık, zayıf olanların kendilerinden daha güçlü olanların irade ve isteklerine istemeyerek de olsa boyun eğmelerine ve onlarla giriştikleri hukukî işlemlerle o andaki maddî ve manevî ihtiyaçlarını karşılamak pahasına kendi yaşama imkânlarını bertaraf edecek biçimde çok büyük özverilerde bulunmalarına yol açabilir. Örneğin malî sıkıntılar içerisinde bulunan bir iş adamı, yüklü bir bedel karşılığında ölünceye kadar aynı türden bir işle uğraşmamak şartıyla işyerini bir başkasına devredebilir. Uzun süredir işsiz kalmış ve büyük ölçüde geçim sıkıntısı çekmekte olan bir kimse, bütün ömrü boyunca bir apartmanda kapıcılık yapması şartını kabul etmek suretiyle iş bulma yoluna gidebilir. Öğrenimine maddî imkânsızlık sebebiyle devam edemeyen bir genç, ölünceye kadar hiç evlenmemesi şartıyla büyükçe bir bağışı kabul edebilir. Sakat ve engelli durumda bulunan bir kimseye, malvarlığı üzerinde ölüme bağlı hiçbir tasarrufta bulunmaması şartıyla kendisine ölünceye kadar bakılacağı, saklı paylı olmayan uzak bir mirasçısı tarafından taahhüt ettirilebilir. Bir kimse çok sevdiği bir kızla evlenebilmek için dinini değiştirmeye razı olabilir. İşte, bütün bu örneklerde sözleşmenin maddeten ve manen daha üstün durumda bulunan tarafı karşısında, diğer tarafça maddî veya manevî zorunluluklar veya duygusal güdülerin etkisiyle kişiliğini oluşturan unsurlardan bazen hürriyetlerin, bazen hak ehliyetinin, bazen de fiil ehliyetinin aşırı derecede nasıl sınırlanabileceği gözler önüne serilmeye çalışılmıştır. Toplumsal hayatta bunlara benzeyen ve oldukça değişik yönleri olan daha pek çok örnekler bulmak mümkündür.

Medenî Kanun maddî imkânlar bakımından eşit durumda bulunmayan kişiler arasında serbest rekabet ve sözleşme özgürlüğü esasına dayanan hayat gerekleri sonucunda, kişiliğin aşırı derecede sınırlanmasını önlemek ve herkese kişiliğini az çok dilediği biçimde geliştirebilmek ve hayat yolunda ilerlemek imkânlarını sağlamak amacıyladır ki, kişiliğin içe karşı korunması hakkında MK. m.23 hükmündeki ilkeyi getirmiştir.

III- İÇE KARŞI KORUMAYLA İLGİLİ ANA HÜKÜMLER

Kişiliğin bizzat hak süjesinin hukukî işlemleriyle aşırı derecede sınırlanmasına karşı korunması (içe karşı korunması) konusu, MK. m.23 hükmüyle düzenlenmiştir. Medenî Kanundan önceki kanunların hiçbirin-

de kişiliğin genel anlamda korunmasına ilişkin böyle bir hüküm mevcut değildi. Medenî Kanun'un *"Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı"* kenar başlığını taşıyan 23 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, ***"Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez"***

Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, ***"Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"***.

Üçüncü fıkraya göre: ***"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz".***

MK. m.23 hükmüyle konulan ilke, kişiliği oluşturan unsurların, ehliyetlerin ve özellikle maddî, manevî ve iktisadî varlıkların *hiçbir surette hukukî işlemlere konu olamayacağıdır*.

Borçlar Kanunu'nun 26 ıncı maddesi hükmü medenî hukuk alanındaki diğer önemli bir ilkeyi, *"sözleşme özgürlüğü ilkesi"*ni düzenlemektedir. Bu ilkeye göre taraflar diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapma hürriyetine sahiptirler. Fakat daha yukarılarda değindiğimiz sebepler dolayısıyla bu hürriyetin de bir sınırının olması zorunludur ve bu sınır da yine bizzat BK. m. 27 hükmüyle belirlenmiştir. Bu fıkraya göre sözleşme özgürlüğü, *hukukun emredici hükümleri*[(36)], *kamu düzeni, ahlâk kuralları* ve *kişilik haklarıyla* sınırlanmıştır. Yani bu demektir ki taraflar, giriştikleri bir hukukî işleme ancak hukukun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlâk kurallarına ve nihayet kişilik haklarına aykırı düşmemek şartıyla diledikleri konu ve içeriği verebilirler.

Bir sözleşmenin konusu ne zaman kişilik hakkına aykırı olur, başka deyişle özel kişilik hakları hukukî işlemlere konu olabilir mi, olabilirse hukukî işlemlerle ne dereceye kadar sınırlanabilir sorunu, MK. m.23 hükümlerine göre çözümlenir. Bu bakımdan MK. m.23 hükmü sözleşme özgürlüğüne ilişkin BK. m. 26 hükmünü tamamlayıcı niteliktedir.

O hâlde, özel kişilik haklarına ilişkin sözleşmeler MK. m.23 hükmünün çizdiği sınırlar içerisinde kaldıkları oranda BK. m. 27 hükmüne uygun ve dolayısıyla geçerli kabul edilir. Diğer taraftan, özel bir kişilik hakkının

---

(36) Emredici hükümler hakkında bk. yuk. sh.108 vd.

ortadan kalkması sonucunu doğuracak derecede ağır olan sınırlamalar hemen daima ahlâka da aykırı olduklarından, hem MK. m.23 hükmüne, hem de BK. m. 27 hükmüne ters düşerler. Bu durumun temel sebebi, aslında (genel) ahlâk kuralları ile korunan değerlerin "kişiliğe" dahil olan menfaatleri içermesi yani ahlâk kuralları kavramının temelde kişilik haklarını kapsamasıdır. Çünkü toplumlardaki ahlâk kuralları belirlenirken bu kuralların aslında bir yanları ile temel hak ve özgürlüklere paralel *"kişisel değerleri"* diğer yanları ile ise sosyal düzeni koruyarak *"toplumsal değerleri"* korudukları görülür[37].

IV- İÇE KARŞI KORUMA YOLLARI

A) GENEL İLKE

Kişiliğin içe karşı korunması hakkındaki genel ve mutlak ilke, MK. m.23 hükmünün kenar başlığında yer almıştır. Kenar başlık *"Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı"* şeklindedir.

Medenî Kanun bu hükmüyle kişileri; kişiliklerinin bütünlüğünün, varlığının, ilerleme ve gelişme imkânlarının tamamen veya kısmen bile olsa ortadan kalkması sonucunu doğuracak hukukî işlemleri yapmaktan alıkoymak ister. MK. m.23 kişiliği bir bütün (kül) olarak koruduğu kadar, kişiliği oluşturan unsurları ve varlıkları da korur. Maddede yasaklanan husus, özel kişilik haklarından tamamen vazgeçmek veya onları neredeyse ortadan kalkmaları sonucunu doğuracak derecede ağır biçimde sınırlamaktır.

Bu genel ilkenin yanında, madde içinde kişiliği oluşturan en önemli unsurlardan bazıları hakkında özel hükümler de mevcuttur. MK. m.23 bu genel ilkeden başka, kişiliği önemli olan üç yönüyle ele almış ve onların korunmasına ilişkin esaslar getirmiştir. Bunlar da kişiliğin hak ve fiil ehliyetleri ile manevî yönünün en önemli ve esaslı unsuru olan hürriyetlerdir.

Kişiliğin içe karşı korunmasına ilişkin genel ilkeye göre, kişilik kendisini oluşturan tüm unsurlarıyla ve tüm yönleriyle birlikte bir bütün, bir küldür. Bu itibarla bu bütünü ortadan kaldıracak, ***kişiliğin maddî, manevî ve iktisadî bütünlüğünün sona ermesi sonucunu doğura-***

---

(37) Ahlâk kuralları da tıpkı kişilik hakları kavramı gibi kanun koyucu tarafından bilinçli ve iradi olarak bırakılmış *"kural içi kanun boşluklarıdır"* (intra legem). Bu boşlukları doldurması gereken kişi MK. m. 4 hükmü gereğince hakimdir. İşte hakim söz konusu kavramların içeriğini doldururken korunmak istenen bu *"kişisel"* ve *"toplumsal"* değerlerden yola çıkar. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş,** age., sh. 109 vd.

cak olan sözleşmeler yapılamaz. Başka deyimle, ne kadar büyük bir bedel veya menfaat karşılığında olursa olsun, kişiliğin maddî veya manevî bütünlüğünün yok olmasını gerektirecek surette bu unsurların başkalarına devir ve temliki asla mümkün değildir. Kısaca bu unsurlar üzerindeki kişilik hakkının kullanılmasından vazgeçilemez (feragat edilemez). Bu genel ilke, kişiliği oluşturan ve hukuk düzeni tarafından özel surette düzenlenmemiş bulunan bütün özel kişilik haklarında da uygulanır.

1) Maddî Bütünlüğün (Beden Bütünlüğünün) Korunması[38]

Kişiler, hayat ve yaşama hakkından hiçbir surette vazgeçemezler; hayatlarını, sağlıklarını, beden (vücut) bütünlüklerini çiğneyecek, cismanî varlıklarını veya onun esaslı unsurlarını tahrip edecek (bozacak) surette sözleşmeler yapamazlar. Örneğin bir kimse ne kadar büyük bir bedel karşılığında olursa olsun, *öldürülmesine veya sakatlanmasına razı olamaz.* Bu konuda yapılmış olan sözleşme ve buna ilişkin rıza BK. m. 27 hükmü uyarınca mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımına tâbi olur, yani geçersizdir, hiçbir sonuç doğurmaz. Bu itibarladır ki, aralarında mevcut böyle bir sözleşme veya anlaşmaya dayanılarak bir kişinin öldürülmesi veya sakatlanması, bu sonucu doğuran fiilin BK. m. 49 ve devamı hükümleri anlamında bir *"haksız fiil"*, ceza hukuku anlamında ise bir *"suç"* sayılmasına engel olmaz. Böylece de fail BK. m. 53 vd. hükümleri uyarınca "tazminat" ödemekle yükümlü tutulur veya Türk Ceza Kanunu'nun m.81 vd. hükümleri uyarınca ceza kovuşturmasına uğrayarak cezalandırılır. Ancak, bu fiilden zarar görmüş olan kişi, yaptığı anlaşmayla beden bütünlüğüne zarar verilmesine önceden rıza göstermiş olduğundan, failin ödeyeceği tazminatın BK. m. 52 hükmüne uyularak hâkim tarafından indirilmesi mümkündür.

Anayasamız da 17 nci maddesinde aynen *"Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz"* demek suretiyle bir kimsenin kişilik haklarının en kutsalı olan ***yaşama (hayat) hakkını*** koruma altına almış bulunmaktadır.

Bu konuda önemli bir sorun, iyileşmeleri (şifa bulmaları) hiçbir şekilde mümkün olmayan hastaların, çekmekte oldukları dayanılmaz acılara son vermek amacıyla, kendi rızalarıyla öldürülmelerine ilişkin sözleşme-

(38) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Von Gubert, Griot:** Das Recht am eigenen Körper, Zürich 1921.

lerin, kişiliğin içe karşı korunması hakkındaki ilkeye aykırı olup olmadığıdır. *Euthenasie (Ötenazi),* yani iyileşmeleri mümkün olmayan hastaların, acı çekmeden öldürülmelerine rıza gösterip gösteremeyecekleri sorunu, hukuk doktrininde olduğu kadar, tıp âleminde de bir hayli tartışmalara sebep olmuş bulunmaktadır. İnsanî duyguların etkisiyle Euthenasie'nin lehinde ileri sürülebilecek görüş ve fikirler ne olursa olsun, Hollanda gibi bazı ülkelerde kabul edilmiş olmasına karşın, MK. m.23 hükmü karşısında bunun mümkün olmadığını kabul etmek gerekecektir[39]. Hasta Hakları Yönetmeliği de ötenaziyi yasaklamıştır (m.13)[40].

Düello, bir kimsenin düello yapmayı kararlaştırdığı kişi tarafından öldürülmesi tehlikesini göze alarak onunla silâhlı çatışma sonucunda öldürülmesine önceden razı olması demek olduğuna göre, bu da MK. m.23 hükmü karşısında geçerli değildir[41]. Çünkü hiç kimse bir başkasının kendisini öldürmesiyle ilgili bir sözleşme yaparak hayatına son verilmesine rıza gösteremez.

Bir kimsenin kendi hayatına bizzat son verme, yani *"intihar girişiminde bulunması"* MK. m.23 hükmünün kapsamına girmez. Zira bu maddenin amacı, kişiliği bizzat kendisinden gelecek olan haksız fiillere ve saldırılara karşı korumak olmayıp, kişiliği oluşturan unsurların kişiliğin yok olmasını gerektirecek surette bizzat hak süjesi tarafından "hukukî işlemlere konu edilmesini" önlemektir. Bu itibarlardır ki, intihar girişimi maddenin kapsamı dışında kalır, fakat bir kimseyi *"intihara teşvik"* (özendirme) amacıyla yapılan sözleşmeler maddenin kapsamına girerler ve geçerli olmazlar. Örneğin bir kimseye intihar etmesi şartına bağlı olarak yapılan bir bağışlama taahhüdü bu mahiyettedir, dolayısıyla da hiçbir sonuç doğurmaz. İntihara teşvik, ceza hukuku açısından bakıldığında bir "suç"tur ve Türk Ceza Kanunu'nun 84 üncü maddesinde öngörülen cezaî yaptırıma tâbidir.

Bir kimsenin yaptığı ve kendi beden bütünlüğünün ortadan kalkma-

---

(39) Bu konuda bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Şifasız Hastaların Ölümünü Kolaylaştırma Meselesine Hukukî Bir Bakış, CHP Konferanslar Serisi, Kitap 10, Ankara 1939, sh.25 vd.; **Künzler**, sh.67 vd.; **Velidedeoğulu, H.V.:** Tötung auf Verlangen Eutenasie, Selbsmord und Teilnahme am Selbsmord, Zürich 1933; **Artuk, M. Emin:** Ötenazi, YG.Der., C. 18, S.3, sh.301; **Tunç Sevim:** Ötenazi, AB Der. 1955, S.2, sh.700; **Çağlayan, Muhtar:** Ötenazi ve İntihar. Ad. Der. 1966, S.l, sh.3 vd.; **Bayraktar, Köksal:** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972.

(40) Ötenazi hakkında bkz. **Ateş,** age, sh. 120 vd. ve özel olarak dipnot 319'da belirtilen yazarlar.

(41) Aynı görüş için bk. **Dural-Öğüz:** age., sh.97.

sı sonucunu doğurabilecek olan sözleşmeler, MK. m.23 hükmü uyarınca geçerli değildirler. Bu, genel ilkedir, fakat her genel ilkenin olduğu gibi bu ilkenin de istisnaları yok değildir. Bu istisnaların neler olduğu aşağıda açıklanacaktır.

Kural olarak bir kimse *kendi beden bütünlüğüne saldırı niteliğinde görülebilecek müdahalelere rıza gösteremez*. Başka bir deyişle, kişinin bu konuda yapmış olduğu sözleşmeler MK. m.23 hükmü karşısında geçerli olmazlar; zira kişinin rıza göstermiş olması, yapılan saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.

Kural böyle olmakla beraber, yukarıda da kısaca değinmiş olduğumuz gibi, bu kuralın istisnaları da yok değildir. Bu istisnaî durumlarda kişinin, kendi beden bütünlüğü üzerinde bazı müdahalelerde bulunulmasına ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler MK. m.23 hükmünün dışında kalırlar, yani geçerli olurlar. Ancak, hemen belirtelim ki, bu müdahalelerin geçerliliği bazı şartların bulunmasına da bağlıdır. Bu şartların başında *"r ı z a"* (*i z i n)* gelir. Gerçekten, beden bütünlüğüne müdahalede bulunulacak olan kişinin bu konuda rızasının (izninin) bulunması şarttır. Medenî Kanun'un 24 üncü maddesinde *"kişinin rızasına dayanan saldırıların hukuka aykırı olmadığı"* hükmü getirilmiştir. Maddede rızanın veriliş şekli belirtilmemiş olmakla beraber, MK. m.23/III hükmüne kıyasen rızanın *y a z ı l ı* şekilde verilmesi gerektiği söylenebilir. Rızasını açıklayan kişinin açıklanan rızasını her zaman geri alabileceği, kendisine karşı bir ifa isteminde bulunulamayacağı gibi, edimini ifa etmemesi sebebiyle aleyhine maddî veya manevî tazminat davası da açılamayacağı, yine aynı fıkra hükmüne kıyasen ifade edilebilir(42).

İkinci şart, beden bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin rızasını bildirmiş olan kişiye fazla bir zarar vermemesi, onu *"hayatî bir tehlike ile karşı karşıya bırakmaması"*dır. Aksi takdirde rızasını bildiren kişinin kişilik hakkı aşırı derecede sınırlanmış olacağından verilen rıza, daha doğrusu bu konuda yapılmış olan sözleşme, MK. m.23 hükmüne aykırılık sebebiyle geçerli olmaz.

Beden bütünlüğüne yapılacak olan müdahalelerin geçerliliği için son şart, bu *"müdahalenin ü s t ü n a m a ç taşıması"*dır. Bu şart, 24 üncü maddeden anlaşılmaktadır: "...daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararı ya da... sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır". Müdahalede bulunulacak olan kişinin bizzat kendisinin veya bir başkasının hayatının kurtarılmasına veya sağlığına

(42) Bk. **Zevkliler,** sh.420.

kavuşturulmasına yönelik olan müdahalelerde üstün amaç şartının varlığı kabul edilmektedir[43].

Üstün amaç şartının bulunması, *yapılan saldırının hukuka aykırılığını kaldırmaktadır*. "Hatta vücut bütünlüğüne vaki bazı müdahaleler, eğer sağlık veya başka bir üstün amaç söz konusu ise, istisnaen rıza olmadan da hukuka uygun sayılabilmektedir. Meselâ genel sağlığın korunması için bulaşıcı hastalıklara karşı kişilerin rızası olmasa da aşı yapılması hukuken mümkündür (Ay. m.17/II; UHK. m.90)"[44]. Aynı şekilde Medenî Kanun'un getirdiği yeni bir düzenlemeyle, soybağının belirlenebilmesi için, taraflara ve üçüncü kişilere zorunlu olan ve kendilerinin sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere, örneğin DNA testine tâbi tutulmaya rıza gösterme yükümlülüğü konulmuştur (m.284 b.2). Bu hâlde de hukuka aykırılık ortadan kalkar.

Bu konuda örnek olarak aşağıdaki istisnalar belirtilebilir:

a) *Yüksek ve ulvî amaçlarla maddî bütünlüğü oluşturan unsurlar üzerinde sözleşme yapılabilir veya bu amaçlarla maddî bütünlüğe karşı yapılacak müdahalelere rıza gösterilebilir.* Bunun tipik örneğini *"**kan verme**"* ve *"**kan bağışlama**"* sözleşmeleri oluşturur. Bu sözleşmelerin bir yandan başkalarına yardım amacına yönelik olmaları, öte yandan kan vermenin sağlık ve beden bütünlüğü üzerinde devamlı ve zararlı etkisinin söz konusu olmaması, yapılan hukukî işlemin geçerli sayılması için haklı bir sebeptir[45]. Ancak, bir kimsenin belli bir para karşılığında kan vermeyi taahhüt etmesine ilişkin sözleşmeler geçerli sayılamaz. Zira kişiliği oluşturan unsurlar "satış" ve dolayısıyla da para kazanma konusu yapılamaz.

Bir kimsenin, özellikle bir genç kızın uzamış olan saçlarını kestirerek teslim etme taahhüdünü içeren sözleşme de, maddî bütünlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla geçersiz sayılamaz. Fakat bu taahhüdün zorla yerine getirilmesi mümkün değildir, taahhüde uymama ancak tazminata konu olabilir. Zira bu tür bir taahhüdün zorla yerine getirilmesini istemek, kişiliğe karşı "ahlâka aykırı bir baskı niteliğini taşır"[46].

b) *Yazılı rıza üzerine* insan kökenli biyolojik maddelerin alınması,

---

(43) Bk. **Akünal, Teoman:** Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukukî Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum, İstanbul 1983, sh.20 vd.; **Zevkliler,** sh.421.

(44) **Arpacı,** sh.105/106.

(45) Bu konuda bk. **Eckard, Carl:** Blutübertragung und Recht, Wertheim am Main 1938.

(46) **Tekinay,** sh.257.

aşılanması ve nakli mümkündür. Bu imkân Medenî Kanun'un 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrasıyla getirilmiştir. Daha doğrusu Önceki Medenî Kanun'un 23 üncü maddesine 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla eklenen üçüncü fıkra hükmü, yeni Medenî Kanunda da aynen yer almıştır. Bu fıkra hükmüne göre, *"yazılı rıza üzerine* ***insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür****. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesini istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz".*

Sözü geçen fıkra hükmünde yer alan *"biyolojik madde"* ile canlı organizmadaki her türlü dokular, parçalar veya parçacıklar kastedilmektedir(47). Bu gibi maddelerin alınması için kendisinden madde alınacak olan kişinin (vericinin) onsekiz yaşını bitirmiş olması ve rızasını açıklaması gereklidir. Rıza açıklamasının yazılı olması şarttır, bu husus fıkrada açıkça belirtilmiştir. Rıza şartının aranması, aynı zamanda rıza açıklamasında bulunacak olan kişinin *ayırt etme gücüne sahip olması* şartını da beraberinde getirmektedir. Zira ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerin rıza açıklamasında bulunmalarına hukuken imkân yoktur. Kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza gösteren kişi, bu taahhüdünü yerine getirmezse, kendisinin aleyhine ifa isteminde bulunmak veya maddî ya da manevî tazminat davası açmak mümkün olamaz. Biyolojik madde alınmasına razı gösteren kimse, açıklamış olduğu rızasını sonradan geri alabilir. Bu sonuca, söz konusu fıkra hükmünün yazılış biçiminden kolaylıkla varılabilir.

c) Tartışmalı olan bir konu, *salt bilimsel amaçlarla beden bütünlüğünün örselenmesine, yani vücudu üzerinde deney yapılmasına verilen rızanın geçerli olup olmadığıdır*. Örneğin bir kimse kanser hastalığının sebebinin araştırılmasını sağlamak amacıyla vücudunda deneyler yapılmasına razı olabilir mi? Böyle bir rızanın geçerli olup olmadığı MK. m.23 hükmü karşısında çok şüphelidir. Bununla beraber, beden bütünlüğü üzerinde sürekli etkiler yaratmayan veya kişiler için zararlı sonuçları olmayan deneylere ilişkin rıza ve sözleşmeler geçerli sayılabilir(48). Nitekim hayvanlar üzerinde uzun uzadıya yapılan deneylerden sonra zararlı olmadığı kesin olarak anlaşılan yeni bulunmuş bir ilâcın, tamamen yeni bir hastalığın tedavisi amacıyla kendisi tarafından kullanılmasına ilişkin tıbbî öneriye rıza göstermek, fikrimizce geçerli sayılmalıdır.

Fransız Medenî Kanunu'nun değişikliği hakkındaki Öntasarının 153

(47) **Tekinay,** sh.257.

(48) Aynı anlamda **Künzler,** sh.87 vd.

ve 154 üncü maddeleri, kişilerin tedavi veya bir davada kanıt sağlama maksadıyla dahi olsa tıbbî ve cerrahî müdahalelere rıza göstermeye zorlanamayacaklarını öngörür. Bu takdirde kişi tıbbî müdahale sayesinde kurtulacağı hastalığa herhangi bir surette dayanamayacağı gibi, hâkim tıbbî müdahaleyle ortaya çıkarılmak istenilen olgunun sabit olmuş bulunduğunu da kabul edebilir[49].

d) Bir kimsenin *bilimsel amaçlarla cesedini belli bir bilimsel kuruma bağışlamasına* ilişkin sözleşmenin geçerli olup olmayacağı da şüphelidir. Bununla birlikte, böyle bir sözleşmede açıklanmış olan rıza mirasçıları bağlamalıdır[50].

e) Beden bütünlüğünün korunmasında önemli olan konulardan birisi de **tıbbî müdahaleler**dir[51].

Tıbbî müdahalelerden *a m e l i y a t l a r* beden bütünlüğünü belli ölçüde örseledikleri için, esas itibariyle hukuka aykırı bir saldırı niteliği taşırlar. Fakat müdahalenin bizzat hastanın rızasına dayanması ve özellikle hastanın hayatını ve sağlığını kurtarma amacına yönelik olması, müdahalenin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır. Yeter ki müdahale tıp biliminin koymuş olduğu kural ve esaslara uygun biçimde gerçekleşmiş bulunsun. Bu şarta uymayan müdahaleler hukuka aykırı sayılırlar. Müdahalede bulunacak olan hekimin müdahaleye hangi sebeple girişileceği ve müdahalenin sonucunda ortaya çıkması olası sıkıntılı durumlar hakkında hastayı bilgilendirmesi gerektiği gibi, rızasını bildirecek olan kişinin de rızasını hiçbir etki altında kalmadan serbest iradesiyle açıklaması şarttır[52].

Müdahalede bulunulacak olan *hastanın rızasını açıklamasının fiilen mümkün olmadığı hâllerde,* örneğin büyükçe bir kaza geçirmiş olan ve ağır koma hâlinde hastaneye getirilmiş bulunan bir kimsenin, acilen ameliyata alınmasının gerekmesi durumunda, artık onun rızasını aramaya hiç de gerek olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, ameliyat edilecek kimsenin veya yasal temsilcisinin rızasını ifadeye muktedir olmaması durumunda, rızanın aranmayacağını öngörmektedir (m.70). Aynı sonuç Hasta Hakları Yönetmeliğinde de öngörülmüş bulunmaktadır (m.5, 24).

---

(49) Maddelerin metni için bk. **Colin-Capitant,** sh.345, dn.1.

(50) **Künzler,** sh.59.

(51) Ayrıntılı bilgi için bk. **Ayan, Mehmet:** Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, İstanbul 1994.

(52) Bk. **Arpacı,** sh.107; **Dural,** sh.121.

Tıbbî müdahalelerin tedavi ve hayat kurtarma amacıyla yapılması gereği karşısında, *"estetik ameliyatların"* durumu düşündürücüdür. Bu tür ameliyatlardan bir kısmı kişinin (hastanın!) ruh sağlığı için belli ölçüde önemli sayılabileceğinden, tedavi amacına yönelik ameliyatlar olarak kabul edilebilir(53).

Bir kimsenin *vücudundan organ ve doku alınması, saklanması ve nakli* söz konusu olunca, bu müdahalelerde 29.5.1979 tarihli ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" devreye girecektir(54). Bu Kanunun düzenlediği konularla ilgili olmak üzere 17.6.1982 tarihli "İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik" de yayımlanmıştır.

Söz konusu Kanun, *"Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması"* ile *"Ölüden Organ ve Doku Alınması"*nı ayrı i k i bölüm hâlinde düzenlemektedir. Kanun'un 2 nci maddesine göre *"organ ve doku* deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto-grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tâbi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbî deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir". Kanun bir bedel veya başkaca menfaat karşılığı organ ve doku alınmasını ve satılmasını yasaklamaktadır (m.3). Bilimsel, istatistikî ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı hâlleri dışında, organ ve doku alınmasına ve verilmesine ilişkin her türlü reklâm yasaktır (m.4). Onsekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınması da yasaklanmıştır (m.5).

Onsekiz yaşını doldurmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve etkiden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur (m.6.)

Kanun, organ ve doku alacak olan hekime vericiyi bu konularda bilgilendirme ödevini yüklemektedir (m.7). Kanun, haklı olarak vericinin hayatını kesin surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan, örneğin kalp, pankreas gibi organ ve dokuların alınmasını yasaklamaktadır (m.8).

Bir kimse, sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını tedavi, teşhis (tanı) ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı

(53) Bk. **Arpacı,** sh.112.

(54) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Akıncı, Şahin:** Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996.

bir vasiyetnameyle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, ergin çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz (m.14)[55].

Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılanması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi işlemlerinin Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş, gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlar tarafından yapılması zorunludur (m. 10).

Adı geçen Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir (m.11). Ancak, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır (m.12).

Tıbbî müdahalelere bir bakıma **cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler** de girer. Gerçekten, bir kimsenin cinsel hayatına ve üreme faaliyetlerine yapılacak müdahaleler, kişiliğin maddî bütünlüğüne yönelik saldırı sayılır ve tabiatıyla hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık ancak müdahalenin kişinin rızasıyla gerçekleşmiş olması hâlinde ortadan kalkar.

Cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler, 24.5.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun uyarınca i k i biçimde gerçekleşebilir: a) Üreme faaliyetinin önlenmesi, b) Gebeliğin sona erdirilmesi.

Üreme faaliyetinin önlenmesi, sterilizasyon ve kastrasyon yoluyla gerçekleşir. *Sterilizasyon* (kısırlaştırma) "bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsî ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izolesi ! (izole edilmesi olması gerek) için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbî sakınca olmadığı takdirde reşit (ergin) kişinin isteği üzerine yapılır" (m.4/I, II). Sterilizasyon ameliyatı yaptırmak isteyen ergin kişi evli ise, eşinin de rızası gereklidir (m.6/II).

---

(55) Beden bütünlüğünün korunması hakkında etraflı ve ayrıntılı bilgi için bk. **Zevkliler,** sh.417-436; **Arpacı,** sh.103 vd.; **Öztan,** sh.118-128; **Dural-Öğüz:** sh.96 vd.

Görüldüğü gibi, *sterilizasyon* ameliyatı *ergin kişinin isteğiyle* ve *gebeliği önleme amacıyla* yapılmaktadır. Ancak, bir ameliyatın yürütülmesi sırasında tıbbî zorunluluk sebebiyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hâllerde, kişinin rızasına bakılmaksızın *kastrasyon* ameliyesi yapılabilir (m.4/III).

Gebeliğin önlenmesi, önleyici ilâç ve araçların kullanılması yoluyla da sağlanabilir, ancak bu yol konumuzun dışında kalmaktadır.

Müdahalenin ikinci yolu, ***gebeliğin sona erdirilmesi****dir*. Gebeliğin sona erdirilmesi, başka bir deyişle *rahmin tahliye edilmesi* yoluna, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbî sakınca olmadığı takdirde istek üzerine başvurulabilir (m.5/I). Gebelik süresi on haftadan fazla ise, rahim ancak gebelik annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği ya da doğacak çocuk ile onu izleyecek kuşaklar için ağır bir sakatlığa sebep olacağı hâllerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir (m.5/II). Her iki durumda da annenin rızası, eğer anne evliyse hem annenin hem de babanın rızalarını bildirmeleri şarttır (m.6/II). Bu kanun hükümleri dışında ayrıca bu kanuna dayanılarak çıkartılmış 14.11.1983 tarihli "Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük"de yürürlüktedir.

2) Manevî Bütünlüğün Korunması

Bir kimsenin maddî bütünlüğünün yanında, manevî bütünlüğü de Medenî Kanun'un 23 üncü maddesindeki genel ilkeyle, toplumsal hayatta hukukî ilişkilere girişmek ve kendileriyle hukukî işlemler yapmak zorunda olduğu ve kendisinden daha güçlü olan kişilere karşı korunur.

Manevî bütünlük, kişiliğin maddî olmayan yönünü, yani ahlâkî, sosyal ve medenî yönünü oluşturarak onun diğer kişiliklerden ayrılmasını sağlar. Manevî kişiliğin en önemli unsurunu oluşturan "hürriyetler" MK. m.23/II hükmüyle ayrı bir düzenleme biçimine tâbi tutulmuş olduğundan, burada söz konusu edilmeyecek, ileride açıklanacaktır.

Şeref ve haysiyet üzerindeki haktan kısmen veya tamamen vazgeçmeyi (feragati) gerektiren sözleşmeler MK. m.23 hükmüne aykırıdır. Bu bakımdan bir kimsenin, şeref ve haysiyetinin çiğnenmesi hâlinde hiçbir surette maddî veya manevî tazminat isteminde bulunmayacağını taahhüt etmesi geçerli değildir. Bir kimsenin, borcunu yerine getireceğine namusu üzerine söz vermesi ve bu borcu yerine getirmediği takdirde alacaklıya

herkese karşı kendisinin sözüne güvenilemeyeceğini alenen ilân etmek yetkisini tanıyan sözleşme yapması, şeref ve haysiyetten vazgeçmeyi gerektirmesi itibariyle geçerli değildir[56].

Esas itibariyle hiç kimse özel veya da meslekî yaşamı ya da yabancı gözlerden gizli kalmasını istediği, kendi kişiliğiyle ilgili *sır çevresi* üzerindeki hakkından tamamen vazgeçmeyi içeren sözleşmeler de yapamaz, fakat bu hakkını sınırlayabilir. Yani hukukî işlemleriyle bu çevrenin belirli bir kısmına üçüncü bir kişinin müdahale etmesine rıza gösterebilir veya sır çevresi üzerindeki gizliliğe son verebilir. Örneğin üçüncü bir kişinin, kendi resmini sergilemesine (teşhir etmesine)[57], özel hayatıyla ilgili mektuplarını yayımlamasına izin verebilir; mektuplarının üçüncü bir kişi tarafından açılmasına, hayatının yazılmasına veya bir edebî esere konu yapılmasına rıza gösterebilir.

B) EHLİYETLER VE HÜRRİYETLER BAKIMINDAN KORUNMA

"Kimse medenî haklardan ve onları istimalden (kullanmaktan) kısmen olsun feragat edemez". "Kimse hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye (genel ahlâka) mugayir (aykırı) surette takyit dahi edemez (sınırlayamaz)" diyen Önceki Medenî Kanun'un 23 üncü maddesi yanlış anlamalara yol açabilecek biçimde kaleme alınmış idi. Bu durum, maddenin örnek kanun olan İsviçre Medenî Kanunu'ndan Türkçeye doğru olarak çevrilememiş olmasından kaynaklanmaktaydı. Maddenin asıl anlamının iyice kavranabilmesi için, İsviçre Medenî Kanunu'nun kendisini karşılayan 27 nci maddesine uygun olarak şu şekilde anlaşılması gerekiyordu:

"Kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen veya tamamen olsun vazgeçemez.

Kimse hürriyetlerini ferağ edemediği gibi onları hukuka veya ahlâka aykırı derecede sınırlayamaz".

Her iki metin arasındaki fark, özellikle maddenin birinci fıkrası bakımından önem taşımaktaydı. Şöyle ki:

Önceki MK. m.23 hükmünün amacı, Türkçe metnin yanlış olarak ifade ettiği gibi, kişilerin yapacakları sözleşmelerle herhangi bir medenî hakka sahip olmaktan veya onu kullanmaktan vazgeçemeyeceklerini söylemek değildi. Böyle bir şey günümüzün sosyal hayat ilişkilerine ve gerçeklerine

---

(56) **Egger-Çernis,** sh.262; **Künzler,** sh.102 vd.

(57) Bu konuda bk. **Landwehr, Wilfried:** Das Recht am eigenen Bild, Zürich 1955.

ters düşerdi. Çünkü kişiler arasındaki hukukî ilişkiler çok kereler belli medenî haklardan vazgeçme veya belli hakların kullanılmaması biçiminde cereyan eder. Örneğin bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının veya alacak hakkının başkasına devir veya temliki suretiyle o hakka sahip olmaktan tamamen vazgeçilebileceği gibi, irtifak haklarına (üst hakkı, kaynak hakkı gibi) ilişkin sözleşmelerle mülkiyet hakkının kullanılmasından belli bir süre vazgeçmek de mümkündür.

Maddenin asıl amacı, İsviçre metninden de anlaşılabileceği üzere bir kimsenin, kişiliğinin en esaslı nitelik ve iktidarını oluşturan *hak ve fiil ehliyetlerinden* vazgeçemeyeceğini ve onların içeriklerini de hukukî işlemlerle sınırlayamayacağını dile getirmekti. Başka bir deyişle, hiç kimse kendisine taahhüt edilen karşı edim ne olursa olsun, hiçbir surette vasi olmayacağını veya çocukları üzerinde velâyet hakkından vazgeçeceğini taahhüt edemez. Aynı şekilde, hiç kimse hiçbir surette hukukî işlemler yapmayacağını da taahhüt edemez.

Önceki Medenî Kanun'un 23 üncü maddesindeki bu yanlışlık yeni Medenî Kanun tarafından düzeltilmiş ve madde aşağıdaki biçimde kaleme alınmıştır:

"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz".

Medenî Kanun, 23 üncü maddesiyle, kişiliği *hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve hürriyetler* bakımından ele alarak kişiliği oluşturan çok önemli bu nitelik ve unsurların hukukî işlemlere konu yapılamayacağı, bunlardan hukukî işlemlerle hiçbir surette ne kısmen ne de tamamen vazgeçilemeyeceği ve sınırlamaya dahi tâbi tutulmalarının mümkün olmadığı ilkesini koyar. Fakat sözü geçen madde, hak ve fiil ehliyetleri ile hürriyetler arasında bir fark da yaratır. Nitekim hak ve fiil ehliyetlerinin kısmen dahi olsa sınırlanmasına razı olmaz iken, hürriyetlerin hukuk düzeninin ve ahlâk kurallarının izin verdiği ölçüde kısmen sınırlanmasına imkân tanır.

Aşağıda bu üç önemli unsuru bakımından kişiliğin içe karşı ne surette korunmakta olduğunu ele alacağız:

1) Hak Ehliyetini Koruma

Hiç kimse hak ehliyetinden tamamen ve hatta kısmen dahi vazgeçmez (feragat edemez) (MK. m.23/I). Başka bir ifadeyle, ***hiç kimse haklara ve borçlara sahip olma iktidarını tamamen veya kısmen ortadan***

kaldıracak veya sınırlayacak içeriğe sahip sözleşmeler yapamaz. Hiç kimse hak ehliyetinden tamamen vazgeçmeyi gerektirecek, yani onu ortadan kaldıracak surette bir hukukî işlemde bulunamaz. Çünkü hak ehliyeti, kişiliğin kendisinden ayrılması mümkün olmayan bir iktidarını, bir niteliğini oluşturur. Böyle bir taahhüt, kişinin hukuk süjesi, hak sahibi olma niteliğinin, yani kişi sıfatının ortadan kalkması sonucunu doğurur. Bu ise kişinin hukukî hayata ve dolayısıyla sosyal hayata katılma imkânlarının tamamen yok olmasıyla sonuçlanır(58), onu bir köle ya da bir eşya durumuna düşürür. MK. m.23/I hükmü uyarınca hak ehliyetinin kısmen sınırlanması sonucunu doğuran sözleşmeler de yapılamaz. Bu demektir ki, bir kimse ne kadar büyük bir bedel (ödün) karşılığında olursa olsun, şu veya bu medenî hakka sahip olma ehliyetinden vazgeçeceğini taahhüt edemez. Örneğin hiçbir surette mülkiyet hakkına sahip olmayacağına veya hiçbir zaman evlenmeyeceğine(59), hiç kimseye mirasçı olmayacağına veya taraf ehliyetine sahip olmayacağına ilişkin sözleşmeler yapamaz. Çünkü bütün bu sözleşmeler, hak ehliyetinin kısmen sınırlanması sonucunu doğurmakta, kişinin mülkiyet hakkına, evlenme hakkına veya mirasçı olma hakkına sahip olabilme iktidarından (ehliyetinden) vazgeçmesini gerektirmektedir. Böyle bir sözleşme aynı zamanda, kişiler arasında haklara ve borçlara ehil olma konusunda MK. m.8 hükmüyle konulmuş bulunan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Buna karşılık, belirli bir kişiye mirasçı olunmayacağına, belirli ve somut bir mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olunmayacağına veya belirli bir kişi ile evlenilmeyeceğine ilişkin sözleşmeler, gerek hak gerek fiil ehliyetinin sınırlanması mahiyetinde değildirler. Bunlar belki de etkilerini bir kimsenin serbest bir şekilde karar verme hürriyeti üzerinde göstererek bu hürriyetin sınırlanması sonucunu doğururlar(60). *Hürriyetlerin kısmen sınırlanması* ise MK. m.23/II hükmünde belirtilen şartlar içerisinde mümkündür. Zaten bizzat Medenî Kanun da 475 inci maddesiyle belirli bir kişiye mirasçı olmaktan feragat edilebileceğini öngörmüş bulunmaktadır.

S o n u ç olarak, bir kimse hak ehliyetinden, yani bir hakka sahip olabilme iktidarından kısmen dahi vazgeçemez ise de, belli bir hakkını (örneğin alacak hakkını) kullanmayacağını taahhüt edebilir veya o hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Zira bu durum o kimsenin hak ehliyetini sınırlaması veya ondan vazgeçmiş olması demek değildir.

---

(58) Bk. JdT 1925, 340.

(59) 2.HD. 25.10.1943, 3004/4457, **Tepeci**, sh.37.

(60) JdT 1971, 627.

2) Fiil Ehliyetini Koruma

Fiil ehliyeti de, hak ehliyeti gibi kişiliğin kendisinden ayrılması mümkün olmayan bir niteliğini oluşturur. Bu itibarladır ki, MK. m.23/I hükmü uyarınca fiil ehliyetinden de tamamen ve hatta kısmen vazgeçilemez (feragat edilemez). Yani ***hiç kimse bir başkası ile sözleşme yaparak, kendi fiilleriyle kendi lehine haklar veya aleyhine borçlar yaratmamayı, mahkemelerde bizzat bulunmamayı taahhüt edip kendisini her türlü hukukî ilişkilerde temsil etme yetkisini bu kişiye veremez.*** Böyle bir sözleşme, *fiil ehliyetinin tamamen sınırlanması anlamına gelir.*

Aynı şekilde, ***hiç kimse hukukî işlemleriyle fiil ehliyetini kısmen dahi olsun sınırlayamaz.*** Örneğin malları üzerinde tasarrufta bulunmamayı, kendisini borçlu durumuna sokan sözleşmeler yapmamayı veya hiç kimseye karşı hiçbir surette dava açmamayı taahhüt edemez. Çünkü bu tür taahhütler fiil ehliyetinin kısmen sınırlanması mahiyetindedir. Buna karşılık bir kişinin bir diğerine karşı açmış bulunduğu davadan feragat etmesinde veya diğer kişinin borcunu ibra etmesinde (borcu silmesinde), fiil ehliyetinin kısmen dahi sınırlanması söz konusu değildir.

Fiil ehliyetinin tamamen veya kısmen sınırlanmasını yasaklayan MK. m.23/I hükmü ile isteğe bağlı kısıtlanmaya ilişkin MK. m.408 hükmü arasında bir çelişki yoktur. Kısıtlama, kanunda sayılan sebeplere dayanılarak fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması demektir. İsteğe bağlı kısıtlanmada gerçi fiil ehliyeti kişinin bizzat kendi rızasıyla sınırlanmaktadır. Fakat fiil ehliyetinin sınırlanması için sadece kişinin rızası yeterli değildir; ayrıca ortada bu tür bir kısıtlanmayı gerektirecek objektif ve yasal şartların ve bu şartlara dayanılarak yetkili mahkeme tarafından verilmiş olan bir kararın bulunması da zorunludur. Yoksa bunlar olmadan bir kimsenin kendi isteği üzerine kısıtlanması asla söz konusu değildir.

3) Hürriyetleri Koruma

Kişilerin hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde diledikleri gibi ve diledikleri şekilde hareket etmeleri, kişiliklerini diledikleri gibi geliştirerek genel ve hukukî hayata katılmaları demek olan ***hürriyet,*** kişiliğin en doğal ve aslî unsurudur. Bu anlamıyla *hürriyet,* kişiliğin manevî varlıkları arasında en önemlilerinden birini oluşturur. Böyle olmakla beraber, toplum hâlinde yaşayan kişiler arasındaki ortak hayat ve özellikle hukukî ilişkiler, ancak karşılıklı olarak hürriyetlerin sınırlanması sayesinde mümkün

olabilir. Bütün hukukî işlemler ve bunlar içinde özellikle borçlandırıcı nitelikte olanlar, esas itibariyle karşılıklı olarak tarafların hürriyetlerinden fedakârlık yapmaları (özveride bulunmaları) temeline dayanır. Nişanlanma ve evlilik ilişkisinde, miras sözleşmesinde, hizmet (iş) ve rekabet yasağı sözleşmesi gibi sözleşmelerde hürriyetin sınırlanması daha da açıkça görülebilir. Bu sebepledir ki, kişinin bizzat kendisine karşı korunmasında (içe karşı korumada) hürriyetler özel bir önem kazanırlar.

Hürriyetlerin bizzat hak süjesi (kişi) tarafından hukukî işlemlere konu edilmesi caiz midir? Caizse hürriyeti sınırlayan sözleşmeler ne oranda ve hangi şartlar altında geçerlidir? İşte, kanun koyucunun çözümlemek durumunda olduğu sorun budur.

Bu sebepledir ki Medenî Kanun, 23 üncü maddesinde kişilikten ayrılması mümkün olmayan hürriyetleri de kişiliği oluşturan diğer iki iktidarla, yani hak ve fiil ehliyetleriyle birlikte dikkate almış ve maddenin ikinci fıkrasında hürriyetlerin mahiyetine uygun düşen özel bir hüküm getirmiştir. Söz konusu fıkra hükmüne göre, ***"kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz"***. Bu demektir ki, hürriyetlerin tamamen ortadan kalkması sonucunu doğuracak olan sözleşmeler yapmak, aynen hak ve fiil ehliyetlerinin tamamen yok olması sonucunu doğuran sözleşmeler yapmak gibi *yasaktır*. Hürriyetlerin kısmen sınırlanması ise mümkündür. Şu şartla mümkündür ki, bu sınırlama hukuk ve ahlâk kurallarına aykırı olmasın.

Medenî Kanun'un 23 üncü maddesinde söz konusu olan *"özgürlükler" (hürriyetler)* kavramını en geniş anlamında, yani bir kimsenin sahip olabileceği *bütün özgürlükleri (hürriyetleri)* kapsamına alabilecek şekilde anlamak gerekir. Bu itibarla, bireysel (ferdî) hürriyetler, düşünce, inanış, din ve vicdan hürriyeti olduğu kadar, toplanma, haberleşme ve söz hürriyeti, yerleşim yeri seçme hürriyeti ve özellikle iktisadî hürriyetler de maddenin kapsamına girer[(61)].

Kişiliğin, hürriyetlerin sınırlanması sonucuna götüren hukukî işlemlere karşı ne suretle korunduğu konusunu i k i bakımdan incelemek gerekir:

a) Hürriyetlerden Vazgeçme

Hürriyetlerden vazgeçme (feragat)*, bireysel hürriyetlerin tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucunu doğuracak şekilde aşırı biçimde sınırlanması demektir.* Hiç kimse yapacağı hukukî işlemlerle hürriyetle-

(61) Hürriyet kavramı ve kapsamı hakkında bk. **Henri Capitant,** Vocabulaire Juridique, Paris 1936; Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944; **Hirş, E.**: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949, sh.184 vd.

rinden tamamen vazgeçemeyeceği gibi, onları başkalarına devretmesi de mümkün değildir. Böyle bir taahhüt, o kişinin âdeta kişiliğinin en esaslı manevî varlıklarından olan hürriyetlerden tamamen yoksun kalması demektir. Çünkü bu tür taahhütler, taahhütte bulunan kişinin her alanda serbest hareket etme iktidarının karşı tarafın eline geçmesini gerektirir. Bu ise, sonuçta kişinin köle durumuna düşmesi demektir.

Hiç kimse hürriyetlerinin tümünden tamamen vazgeçemeyeceği (feragat edemeyeceği) gibi, bunların bazılarından vazgeçmesi dahi mümkün değildir. Hiç kimse hürriyetlerinden bazılarını hiçbir zaman kullanmayacağını sözleşmeyle taahhüt edemez. Örneğin ömrünün sonuna kadar şu veya bu siyasî görüşe sadık kalacağını veya yerleşim yerini hiçbir surette değiştirmeyeceğini[(62)], şu veya bu mesleğe girmeyeceğini, hiçbir surette dernek kurmayacağını veya seyahat etmeyeceğini sözleşmeyle kabul edemez. Ederse böyle bir hukukî işlem MK. m.23/II hükmüne aykırı olduğundan, BK. m. 27 uyarınca mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımına tâbi olur; meğerki hürriyetin tamamen ortadan kalkmasını gerektirecek derecedeki sınırlamalar hakkında kanunda özel yaptırımlar mevcut bulunsun. Nitekim böyle özel bir yaptırım hizmet sözleşmesinde bulunmaktadır. Önceki Borçlar Kanunu'nun 343 üncü maddesinde hayat boyunca yapılan hizmet sözleşmelerinin işçinin çalışma hürriyetini ortadan kaldırması bakımından mutlak butlan (kesin hükümsüzlük) yaptırımına tâbi olmak yerine işçiyi *on yıl* süreyle bağlayacağı ve on yıl geçtikten sonra işçinin her zaman belli bir fesih öneline uymak şartıyla tazminat vermeksizin sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmekte idi. Yeni Borçlar Kanunu'nda ise aynı hüküm yer almamakla birlikte 430/III hükmü şu şekilde düzenlenmiştir: *"Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir.."* Buna benzeyen bir başka hüküm de ortaklardan birinin hayatı boyunca yapılmış olan adî ortaklık (şirket) sözleşmesi hakkında BK. m. 640 da mevcuttur.

b) Hürriyetlerin Sınırlanması

Medenî Kanun'un 23 üncü maddesinin amacı, kişiliği oluşturan esaslı varlıkların sözleşme konusu yapılmasına engel olmak suretiyle, kişiliğin bütünlüğünü ve sosyal, hukukî ve iktisadî hayata diğer kişilerle birlikte aynı eşit şartlar altında katılarak, her alanda gelişmesini ve ilerlemesini sağlamaktır. Hukukî ve iktisadî hayata katılma, günümüzün modern toplumunda ancak hukukî işlemler vasıtasıyla mümkün olabilir. Denilebilir

(62) JdT 1955, 169.

ki bütün sosyal ve iktisadî ilişkiler, tarafların hukuk düzenince izin verilen (caiz olan) hukukî işlemlerine dayanır. Hukukî işlemler ise, esasen bireysel (ferdî) hürriyetlerin karşılıklı olarak az veya çok oranda sınırlanmasını gerektirir. Ancak hürriyetlerin hukukî işlemlerle sınırlanması sayesindedir ki kişiler bu işlemlerle gütmekte oldukları amaçlara, özellikle iktisadî amaçlara ulaşabilirler(63).

Medenî Kanun sosyal hayatın bu gerçeklerini göz önünde tutarak, hürriyetlerin sınırlanmasının mümkün olduğunu ilke olarak kabul etmektedir (m.23/II). Hürriyetlerin sınırlanması ilke olarak kabul edildikten sonra, çözümlenmesi gereken diğer bir sorun da, *bu sınırlamanın ölçülerini belirlemektir*. Çünkü sınırlamalar hürriyetlerin ortadan kalkması sonucunu doğuracak kadar ağır olursa, hürriyetlerden hiçbir surette vazgeçilemeyeceği hakkındaki MK. m.23 hükmüne egemen olan ana ilkenin de kıymeti kalmaz.

Medenî Kanun'un m.23/II hükmü ancak aşırı olmayan, makul ölçüler içinde kalan sınırlamaların mümkün olduğunu kabul ederek, bunu ***"özgürlüklerin (hürriyetlerin) hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağı"*** biçiminde ifade etmiştir. Ahlâk kuralları, belli bir anda bir toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğu tarafından doğru olarak kabul edilen ve kendilerine uyulan davranış kurallarıdır. Bu kurallar toplumda uygarlık, kültür ve bilim alanında meydana gelen gelişim ve ilerlemelerle ahenkli olarak sürekli bir değişim hâlinde olduklarından, az çok nisbî (göreli) bir mahiyet taşırlar. Bu itibarla da aynı toplum içinde dahi dünden bugüne değişmiş olabilirler. Bu değişim özellikle bir devrim ve ihtilâl geçirmiş olan toplumlarda daha açık şekilde hissedilir. O hâlde, hürriyetlerin sözleşmeyle sınırlanmasının ahlâka aykırı olup olmadığı araştırılırken, sözleşmenin yapıldığı andaki ahlâk kuralları kadar, sözleşmenin yerine getirildiği anda topluma egemen olan ahlâkî görüş ve anlayışların (telâkkilerin) de göz önünde tutulması gerekir. Bu sebeple kişisel ahlâk kurallarından farklı olarak genel yani toplumsal ahlâk kurallarının temelinde her zaman toplumsal ilişkiler yatar(64).

Hürriyetlerin hukuk veya ahlâk kurallarının belirlediği çerçeveyi aşan sınırlamaları ***aşırı sınırlama*** mahiyetindedir ve bu itibarla da geçerli

---

(63) JdT 1925, 341.

(64) Bir ahlâk kuralının varolduğu toplum içinde genel bir ahlâk kuralı olabilmesi için iki unsuru bir arada barındırması gerekir. Bunlardan ilki ahlâk kurallarının belli bir yerde ve zamanda o topluluğa dahil dürüst ve makul insan modelinin ahlâk anlayışı olarak benimsenmesi (objektif şart). Diğeri ise kuralın toplumsal şuur içinde benimsenmesi yani kamusal vicdandan doğmasıdır (subjektif şart). Bu konularda ayrıca bkz. **Ateş,** age, sh. 83 vd.

değildir. Bir sözleşmenin bu mahiyette bir sınırlama içerip içermediğinin belirlenmesi ve takdiri, hâkime aittir. Hâkim, bu konuda esas itibariyle hürriyetlerin kişiliğin varlığı ve gelişmesi için gerekli olan serbest hareket ve serbest karar verme imkânlarını tehlikeye sokacak surette sınırlanmış olup olmadığını ve taahhütte bulunan kişinin mutlak surette karşı tarafın irade ve egemenliğine tâbi kılınıp kılınmadığını araştıracaktır[65].

aa) Hukuk Kurallarına Aykırılık

Hürriyetlerin hukuk kurallarına aykırı olarak aşırı derecede sınırlanmış olup olmadığı saptanırken, yazılı hukuk kuralları ile örf ve âdet hukukundan olduğu kadar, hukukun ana ve temel ilkelerinden de esinlenmek gerekir.

Medenî Kanun'umuz bazı hükümleriyle birtakım tip sözleşmeleri hürriyetin aşırı sınırlanması mahiyetinde görür. Bu tip sözleşmelere örnek olmak üzere aşağıdakiler belirtilebilir:

- Nişanlıların birbirleriyle mutlaka evleneceklerine dair yaptıkları taahhütler (MK. m.119/I).
- Ana babanın, çocuklarını şu veya bu dinde yetiştireceklerine dair önceden kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yapmış olduğu sözleşmeler (MK. m.341/II).
- Malikin, rehin ettiği taşınmaz üzerinde daha sonra yeni sınırlı aynî haklar kurmayacağına dair rehinli alacaklıya önceden yapmış olduğu taahhütler (MK. m.869/I).
- Borçlunun alacaklı ile yaptığı bir sözleşmeyle zamanaşımı def'ini ileri sürmekten önceden vazgeçmesi (feragat etmesi) (BK. m. 160).
- Kefilin alacaklıya halef olma hakkından önceden vazgeçmesi (feragat etmesi) (BK. m. 582).

bb) Ahlâk Kurallarına Aykırılık

Bir hukukî işlemin ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığını belirleme, tamamen takdir konusu olması bakımından, hâkime aittir. Bu itibarla, bireysel (ferdî) hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin sözleşmelerin MK. m.23/II hükmündeki şartlara uygun olup olmadıklarını belirleyecek olan da, hâkimdir. Hâkim, bu sorunu takdir yetkisine dayanarak çözümlerken, kendisinin veya olayla ilgili olan kişilerin kişisel ahlâk anlayışlarından (telâkkilerinden) esinlenmemeli, bu konuda tamamen toplumun sosyal, iktisadî ve manevî değer ve ölçülerinden hareket etmelidir.

---

(65) Bu konuda bk. **Künzler,** sh.40; **von Tuhr-Edege,** sh.265.

Hürriyetlere getirilmiş olan sınırlamanın bu objektif ölçütlere göre ahlâk kurallarına aykırı, dolayısıyla da aşırı bulunup bulunmadığının araştırılması oldukça zordur. Bu konuda teorik ve felsefî ölçütlerden çok, pratik düşünce ve görüşlerden (mülâhazalardan), iş hayatının gerekli kıldığı zorunluluklardan esinlenmek gerekecektir. Genel hareket noktasını, hiç kimsenin hürriyetlerini; varlığı ve hayatını, hayat alanındaki ilerleme ve bir meslek veya sanatı icra etme (yürütme) imkânlarını ortadan kaldıracak ya da tehlikeye sokacak biçimde sınırla-yamayacağı ve böyle bir sınırlamanın ahlâk kurallarıyla bağdaşmayacağı esası oluşturmalıdır. Bu ölçüt İsviçre Federal Mahkemesinin çeşitli kararlarından çıkmaktadır(66).

Öte yandan, özellikle iktisadî hürriyetlerin sınırlanması konusunda, sınırlamanın ağırlığı ile bu sınırlama sonucunda elde edilen menfaat arasında uygun bir oranın, bir dengenin bulunup bulunmadığı hususu da önemlidir(67). İktisadî bir hürriyetin sınırlanmasına karşılık elde edilen uygun bir menfaat veya karşı edim (ödün), çoğu kez bu sınırlamanın ahlâka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır. Çünkü bu suretle kişinin varlığı ve yaşama imkânlarının bertaraf edilmesi önlenmiş olur. Örneğin satış, kira, hizmet veya bir ticarî teşebbüsün bütün aktif ve pasifiyle birlikte devredilmesine ilişkin sözleşmelere konulan rekabet yasağı şartının geçerliliği, bu yasağa karşılık uygun bir maddî edimin, bir ödünün sağlanmış olup olmamasına bağlıdır. Çünkü ancak belli bir mesleğin icra edilmemesi (yürütülmemesi) karşılığında sağlanmış olan maddî bir edim (bir ödün) sayesindedir ki kişi, yaşama ve varlığını devam ettirme imkânlarına sahip olabilir.

Rekabet yasağı, *bir kimsenin, kendisine taahhüt edilen belli bir karşı edim (bedel,ödün) karşılığında bir diğerinin yaptığı türden bir sanat ve ticaretle uğraşmamayı kabul etmesidir.* Rekabet yasağı çoğunlukla işverenler ile işçiler arasında yapılır. Yani rekabet yasağı, çoğu kez hizmet sözleşmesiyle birlikte bulunur ve bu hizmet sözleşmesiyle bağlanmış bulunan işçinin, işverene karşı onun yanından ayrıldıktan sonra, belli bir süreyle belli bir yerde işverenin yaptığı türden bir sanat veya ticaretle uğraşmamayı, bir bedel (ödün) karşılığında kabul etmesi anlamına gelir. Rekabet yasağı iktisadî hürriyetin, bir kişinin dilediği türden bir sanatla uğraşabilme hürriyetinin sınırlanmasıdır. Böyle bir sınırlama hizmet sözleşmesine bağlı bulunduğu hâllerde, ancak BK. m. 444 ve 445

(66) Örneğin JdT 1925, 341.

(67) **E. Huber** tarafından ileri sürülmüş olan bu ölçüt hakkında bk. **Tuor,** sh.72; JdT 1957, 202.

hükümlerindeki şartlara uygun olarak yapıldığı takdirde geçerli olur. Bu madde hükümlerine göre, rekabet yasağı ancak kurumun (müessesenin) müşterilerini tanımak veya işlerinin sırlarını öğrenebilmek durumunda bulunan işçiler tarafından *süresi, yeri ve türü* açıklıkla belirtilmek suretiyle yapıldığı takdirde geçerli olur[68].

Mamafih rekabet yasağına ilişkin taahhütlerin satış veya kira sözleşmeleriyle birlikte bulunması da mümkündür. Bu sözleşmelerdeki taahhütler hakkında BK. m. 444 ve 445 hükümleri uygulanmaz[69]. Çünkü bu sözleşmelerde iktisadî bakımdan eşit olmayan ve bu sebeple de korunması gereken kişiler söz konusu değildir[70]. Bu sebepledir ki, hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşmelere konulan rekabet yasağı taahhütlerinin geçerli olup olmadığı, MK. m.23/II hükmündeki esaslara göre belirlenir. Burada önemli olan husus, bu taahhütlerin uygun bir edim (bedel, ödün) karşılığında yapılmış olup olmadığıdır[71]. Zira herhangi bir kişinin kendi rıza ve iradesiyle dahi olsa varlığını, yaşama ve hayat yolunda ilerleyip gelişme imkânlarını veya meslek ya da sanatının icrasını (yürütülmesini) engelleyecek veya tehlikeye düşürecek derecede sınırlaması, ahlâka aykırıdır. Bu, onun iktisadî kişiliğinin harap olmasına ve hatta tamamen ortadan kalkmasına sebep olabilir. Ancak, bu sınırlama sonucunda bir karşı edimin (ödünün) elde edilmiş olması, bu tehlikeyi bertaraf ederek sözleşmenin ahlâka aykırılığını ortadan kaldırır.

İsviçre Federal Mahkemesi, bu görüşlere dayanarak bir fırıncının tüketim ödüncü (karz) sözleşmesindeki "on yıl süreyle kendisi için gerekli olan unu belli bir kişiden alma taahhüdünü" geçerli saydığı gibi[72], bir kahvecinin "kahvehanesinde on yıl süreyle sadece belli bir fabrikanın ürettiği birayı satmayı taahhüt etmesini" de ahlâka aykırı bulmamıştır[73].

Yukarıdaki hareket noktasına bakılarak, bir kimsenin önceden tahmin edilmesi mümkün olamayacak kapsamdaki tehlikelere (risklere) katlanmasını gerektirecek taahhütlere girmesi de, kişiliğin aşırı derecede sınırlanması mahiyetinde görülmelidir. Çünkü bu taahhütler ileride kişinin yaşama veya meslek ya da sanatını icra etme (yürütme) imkânlarını ortadan kaldıracak derecede kapsamlı olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi

---

(68) Bu konuda ayrıca bkz. **Ateş,** age., sh. 136 ve 255.

(69) JdT 1925, 615.

(70) JdT 1925, 618.

(71) JdT 1925, 619; JdT 1925, 337.

(72) BGE 51 II 162.

(73) BGE 40 II 233.

bu görüşe dayanarak, "borç kime nakledilirse edilsin kefaletin devam edeceği şartıyla yapılmış olan bir kefalet sözleşmesini" geçerli saymamıştır[74]. Yüksek Mahkeme yine aynı görüşle, "sendikalar tarafından ileri sürülen bütün şartlara ne olursa olsun herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmaksızın uyulacağına ilişkin taahhütleri", iktisadî hürriyetlerin aşırı sınırlanması sayarak, önceden ihbar edilmek suretiyle bunların her zaman feshedilebileceğini kabul etmiştir[75]. Yine aynı Yüksek Mahkeme bir dişçinin, "muayenehanesini müşterileriyle birlikte devretmek üzere yaptığı sözleşmeye konulmuş olan rekabet yasağına ilişkin şartı" da geçerli saymamıştır. Çünkü bu şart dişçinin mesleğini icra etme (yürütme) imkânını tamamen ortadan kaldırdığı gibi, bu özveriye karşılık olarak sözleşmede herhangi bir karşı edimin (ödünün) taahhüt edilmemiş olması, kendisinin (dişçinin) yaşama imkânlarını da bertaraf edecek mahiyette görülmüştür[76].

Buna karşılık, bir kimsenin serbest karar ve takdirine dayanarak hareket etmesi gerekli olan alanlarda, hürriyetlerin bir edim (ödün) karşılığında olsa bile sınırlanması, ahlâka aykırıdır. Çünkü bu durumlarda o kimse tamamen karşı tarafın iradesine tâbi duruma girmiş olur. Örneğin belli bir kişinin evlâtlığa alınmamasına, belli bir siyasî partiye üye olunmamasına veya belli bir yerde ikamet edilmemesine (oturulmamasına) ilişkin sözleşmeler, böyle bir mahiyet taşırlar[77]. Zira bu durumlarda karşı tarafın elde ettiği menfaat ile hürriyetin sınırlanması arasında herhangi bir oran bulunmadığı gibi, kişi hiç olmazsa yaşama şevk ve arzusunu bu bakımdan kaybedecek kadar karşı tarafın iradî egemenliği altına girmiş olur.

§ 4. KİŞİLİĞİN DIŞA KARŞI KORUNMASI

I- DIŞA KARŞI KORUMA KAVRAMI

Kişiliğe dıştan, yani başkaları tarafından da saldırılarda bulunulabilir. Bu tür saldırılar kişinin rızası bulunmaksızın, hatta çoğu kez onun iradesine karşın üçüncü kişilerin kusura dayanan veya dayanmayan fiilleriyle gerçekleşir. Başka bir deyişle, bu saldırılar kişiye yabancı olan, onunla hukukî bir ilişki içinde bulunmayan kimselerden gelir. Bu itibarladır ki, *kişiliğin üçüncü kişilerin fiilleriyle gerçekleşen, yani hukukî işlem niteliğinde olmayan eylem ve davranışlarıyla yapılan saldırılara karşı*

(74) JdT 1942, 85.
(75) JdT 1936, 354; JdT 1936, 401.
(76) FJS 1165, sh. 7.
(77) **von Tuhr-Edege,** sh.264.

korunmasına, hukuk dilinde ***"kişiliğin dışa karşı korunması"*** denir[78].

Bir topluluk hâlinde birlikte yaşama zorunluluğu, kişileri her an diğer kişilerin saldırılarına uğrama korkusuyla karşı karşıya bırakır. Hukuk düzeni, bu korkuyu gidermek ve kişilerin huzur ve güven içinde yaşamalarını sağlamak üzere, bu tür saldırılara karşı onları koruyacak hukukî koruma araçlarını sağlamak zorundadır.

Bu zorunluluk gereği, kişiliğin dışa karşı korunmasına ilişkin hükümler öncelikle ayrıntılı biçimde *ceza kanunlarıyla* düzenlenmiştir. Fakat ceza kanunlarıyla sağlanmış olan koruma, kişiliği her zaman için dıştan gelecek saldırılara karşı korumada yeterli olamaz. Bu itibarla da kişiliğin dışa karşı korunmasını sadece ceza kanunlarıyla sağlamaya çalışmak yetersiz olur[79]. Zira cezaî yaptırımların uygulanması için aranılan ilk şart, saldırıda bulunan kişinin *kusurlu hareket etmiş olması*dır. Zira kusurun bulunmadığı hâllerde, aslında suç da söz konusu olamaz.

Bu sebepledir ki, Türk hukukunda kişilik ve kişilik hakkı, *üçüncü kişilerin hukukî işlem niteliğinde olmayan fiil ve davranışlarla yaptıkları saldırılara karşı*, Medenî Kanundaki hükümlerle korunmaktadır. Medenî Kanun, başkasının kişilik hakkına saldırıda bulunanların *kusurlu olup olmadıklarına değer vermeksizin,* saldırıya uğrayanlara hâkimden bu saldırılara karşı korunmasını isteme konusunda bir istem hakkı tanımıştır (m.24, 25).

İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında yer verilen, "kişiliğin dışa karşı korunmasıyla ilgili genel ve kapsamlı bir hüküm", bu kanunlardan önceki yabancı mevzuatta mevcut değildir. Nitekim Alman Medenî Kanunu (BGB) münferit bazı hükümlerle özel kişilik haklarını dıştan gelecek saldırılara karşı korur. Örneğin 823 üncü paragraf maddî bütünlük ve hürriyetlerin, 824 üncü paragraf ise iktisadî saygınlık (itibar) ve şöhretin[80] örselenmesiyle (ihlâliyle) ilgili hükümler içerir.

II- MEDENÎ KANUN'UN DIŞA KARŞI KORUMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Kişiliğin dıştan gelecek hukuka aykırı saldırılara karşı korunması, genel olarak Medenî Kanunun 24 üncü maddesiyle sağlamaktadır. İki fıkradan oluşan bu madde şöyle kaleme alınmıştır:

---

(78) Doktrinde bu tür koruma ***"Kişinin sözleşme dışı saldırılara karşı korunması"*** şeklinde de ifade edilmektedir: **Dural-Öğüz,** sh.138.

(79) Bütün bu hususlar hakkında bk. yuk. sh.369 vd.

(80) Bu konuda bk. **Helle, Ernst:** Der Schutz der persönlichen Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, Tübingen 1957, sh.49 vd.

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Doktrinde, maddenin Önceki Medenî Kanunda da aynen yer almış olan ikinci fıkra hükmünün gereksiz, yanlış ve isabetsiz olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, hukuka aykırılık kavramını kişilik hakkı bakımından tanımlayıp diğer hâlleri tanımsız bırakmak doğru olmadığı gibi, yanlış anlamalara da sebebiyet verebilir. Ayrıca saldırıya uğrayanın rızasının hiçbir kayıt konulmaksızın hukuka aykırılığı kaldırıcı bir sebep olarak kabul edilmesi, MK. m.23 hükmünün temel felsefesinin geniş ölçüde inkârı demektir[81].

Medenî Kanun'un 24 üncü maddesinin *birinci fıkrası*, kişiliğin dışa karşı, yani üçüncü kişilerden gelebilecek olan hukuka aykırı saldırılara karşı korunmasına ilişkin *genel bir hüküm* mahiyetindedir. Bu hüküm kişilere, kişiliklerini oluşturan maddî, manevî ve iktisadî varlıklarından herhangi birine karşı dıştan gelen her saldırının ortadan kaldırılmasını veya saldırı tehlikesinin önlenmesini isteme imkânını tanımaktadır. Kişiliğe yönelik hukuka aykırı saldırılara karşı, saldırıya uğrayan kişinin açabileceği davaların neler olduğu ise, Medenî Kanun'un 25 inci maddesiyle belirlenmiştir. Bu davaları daha sonra ayrıca ele alacağız.

Kişiliğin tam anlamıyla korunması, sadece hukuka aykırı saldırıya son verilmesi ya da saldırı tehlikesinin önlenmesiyle sağlanmış olamaz. Zira bu gibi saldırılar sonucunda kişilerin gerek maddî, gerek manevî birtakım zararlara uğramış olmaları da olasıdır. Maddî bütünlüğe yapılan saldırılar sonucunda saldırıya uğrayan kişinin daima maddî, çoğu kez de manevî zararı söz konusu olur. Manevî bütünlüğe karşı yapılan saldırılar, saldırıya uğrayanı manevî bakımdan büyük acı ve üzüntüye uğratmak suretiyle daima onu bir manevî zarara sokarlar.

O hâlde, kişiliğin dışa karşı korunmasının tam ve mükemmel olabilmesi için, uğranılan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) imkânlarının da tanınmış olması gerekir. Nitekim Medenî Kanun bu hususu da öngörmüş ve 25 inci maddesinde maddî ve manevî tazminat ve vekâletsiz iş

---

(81) **Tekinay,** sh.259; **Arpacı,** sh.142. Ayrıca bk. **Hatemi, H.:** Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, sh.105.

görme davalarına yer vermiştir. Bunlardan başka Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesinin de, manevî zararın giderilmesine ilişkin olması itibariyle, kişiliği dışa karşı koruyan hükümler arasında incelenmesi gerekir. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.".

Yeni Medenî Kanun'un 25 inci maddesi ise şöyledir:

"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir".

İşte, kişiler bütün bu hükümlerle kişiliklerine kendi rızaları olmaksızın başkaları tarafından yapılan saldırılara karşı korunmaktadırlar. Diğer bir deyişle kişiliğin dışa karşı korunması bu hükümlerle sağlanmaktadır.

III- DIŞA KARŞI KORUMANIN KAPSAMI

Kişiliğin dışa karşı korunmasına ilişkin olan ve yukarıda belirttiğimiz hükümler, kişilik hakkına karşı hukuka aykırı saldırıda bulunulmuş olan herkese, bu saldırıya son verilmesini ve bu saldırı yüzünden uğramış bulunduğu maddî ve manevî zararlarının giderilmesini (tazmin edilmesini) isteme konusunda bir "istem hakkı" tanır.

Bu hükümlerle, kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel varlıklar, dıştan gelen veya gelebilecek olan hukuka aykırı saldırılara karşı korunmaktadır. Kişisel varlıklar, esas itibariyle "kişinin kendisiyle ilgili olan hürriyet, namus, şeref, isim ve sır gibi kıymetlerdir"[82]. Kişisel varlıklar hakkındaki bu sayış, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararından da anlaşılacağı üzere, sınırlı (tahdidî) değildir. "Zira hayat şartlarının değişmesi, yeni teknik kazançlar, yeni saldırı imkânları, yeni şahsî hukukî varlıkların kabul edilmesi sunucunu doğurur"[83]. Bu itibarla her somut olayda, yapılmış olan saldırının kişilik hakkına konu olan ve korunması gereken bir varlığa karşı yöneltilmiş olup olmadığını araştırmak, hâkime düşecektir. Hâkim, bu araştırmayı Medenî Kanun'un 4 üncü maddesinin kendisine tanıdığı takdir yetkisine dayanarak yapacaktır. Zira gerek MK. m.25 hükmü, gerek BK. m. 58/I hükmü çok genel ve kişisel varlıkların tümünü içine alacak kadar kapsamlı bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu sebeple, kişiliği oluşturan bütün varlıklar, yani maddî ve manevî bütünlük üzerinde olduğu kadar, iktisadî bütünlük ve sır çevresi üzerindeki menfaatler de, üçüncü kişilerin hukuka aykırı saldırılarına karşı bu maddelerle korunmaktadır.

A) MADDÎ BÜTÜNLÜĞE YÖNELİK SALDIRILAR

Maddî bütünlüğe bir kimsenin hayatı, beden (vücut) tamlığı ve sağlığı gibi kişisel varlıkları girer. Hiç kuşkusuz bu varlıklar içinde en önemlisi, kişinin h a y a t ı dır. Zira kişisel varlıkların tümünün kaderi, hayatın varlığına bağlıdır. Bu itibarladır ki, ***hayat hakkı*** Anayasa ile de koruma altına alınmıştır. Gerçekten, Anayasamızın 17 nci maddesine göre, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz".*

T.C. Anayasasının yanında Türk Ceza Kanunu da kişileri hayat ve beden bütünlüğüne yönelik saldırılara karşı koruyucu hükümler (örneğin m.81 vd.) içermektedir.

Bir kimsenin bedenî ve cismanî varlığına (vücuduna) karşı üçüncü kişilerden gelen hukuka aykırı her saldırı, o kimsenin maddî bütünlüğünü, hayat ve sağlığını zedeleyecek mahiyette oluştuğundan, kişilik hakkına

---

(82) HGK. 6.6.1951, 4-191/122, **Olgaç,** sh.70.

(83) **Egger-Çernis,** sh.278.

karşı yapılmış bir saldırı olarak görülür. Örneğin bir kimseyi öldürmek, o kimsenin kişiliğini tamamen ortadan kaldırmak demek olduğundan, hayata, cana ve dolayısıyla maddî bütünlüğe karşı yapılmış hukuka aykırı bir saldırıdır. Ayni şekilde, bir kimseyi yaralamak, sakatlamak veya bir kimseye işkence yapmak da, o kimsenin cismanî ve bedenî varlığına ve hatta hayatına yöneltilmiş bir saldırı mahiyetindedir. Maddî bütünlüğe, beden tamlığına yönelik saldırılara bir kimsenin *sesine* ve *yüz güzelliğine* karşı yapılan hukuka aykırı saldırılar da girmektedir(84).

Bütün bu durumlarda, bir kimsenin hukuka aykırı saldırılara karşı korunması konusunda MK. m.25 deki tazminata ilişkin hükümler, aynı maddedeki saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesini öngören hükümlerden daha önemlidir. Zira maddî bütünlüğe yönelik saldırıların hemen hepsi Türk Ceza Kanunu açısından bir "suç" sayıldığı ve ceza yaptırımına bağlanmış bulunduğundan, bu saldırılara son verilmesini veya saldırıların önlenmesini sağlama bakımından Türk Ceza Kanunu hükümleri daha etkin ve sonuca daha çabuk götürücü niteliktedir.

Maddî bütünlüğe karşı yapılan saldırılar sonucunda uğranılan zararların giderilmesi konusunda, Borçlar Kanunu'nda özel hükümler mevcut olduğundan, BK. m. 58/I deki genel hüküm değil, fakat MK. m.25/III hükmü yardımıyla bu özel hükümler, yani *adam ölmesi hâlinde* BK. m. 53, *diğer cismanî zararların doğması hâlinde ise* BK. m. 54 ve 55 hükümleri uygulanır.

Maddî bütünlüğe karşı yapılan saldırılar incelenirken, kişinin rızası alınmaksızın girişilen *tıbbî müdahalelerin ve ameliyatların* da, kişiliğe karşı dıştan gelen hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde olup olmadıkları sorunu oldukça önemlidir. Örneğin bir kazada yaralanmış ve kendisini kaybetmiş olan bir kimseye tıbbî bir müdahalede bulunulması, kan alınması veya kan verilmesi, o kimsenin kişiliğine dıştan gelen hukuka aykırı bir saldırı olarak görülebilir mi?(85). Bilimin çizdiği sınırlar içinde kalmak şartıyla yapılan bu müdahaleler *yüksek amaçlarla,* yani *kişinin hayatını kurtarmak maksadıyla* yapılmış olduklarından, gerçek ve teknik anlamda kişiliğe yöneltilmiş hukuka aykırı saldırı olarak kabul edilemezler.

---

(84) 4. HD. 27.3.1979, 13013/4136, YKD. 1980, S.2, sh.216.

(85) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Bucher, Eugen:** Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der aerzlichen Taetigkeit, Zürich 1956.

Kan grubunun veya kandaki alkol miktarının belirlenmesi gibi amaçlarla mahkemeler tarafından yapılmasına karar verilen tıbbî muayenelerin, cismanî bütünlüğe yapılmış bir saldırı sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bunların da kişiliğe yapılmış hukuka aykırı saldırı olarak kabul edilmemesi gerekir[86].

Nitekim yeni Medenî Kanun'umuz, soybağına ilişkin davalarda tarafları ve üçüncü kişileri, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere, örneğin DNA testine, rıza göstermekle yükümlü kılmaktadır (m.284 b.2).

B) MANEVÎ BÜTÜNLÜĞE YÖNELİK SALDIRILAR

Kişilik, maddî ve manevî bir varlıktır. Bu itibarladır ki kişiliğin, maddî bütünlüğü kadar manevî bütünlüğünün, yani duygu hayatı, tasavvur âlemi, şeref ve haysiyeti, sır çevresi, resmi ve ismi (adı) üzerindeki hakları ile hürriyetlerinin de üçüncü kişilerden gelebilecek hukuka aykırı saldırılara karşı korunması gerekir[87]. Kişiliğin manevî bütünlüğünü oluşturan varlıklar, onun kişiliğini cisimlendiren (tecessüm ettiren) ve kişileri birbirlerinden ayırmaya yarayan manevî nitelik ve değerlerdir. Bunların nelerden ibaret oldukları ve korunmaya lâyık bulunup bulunmadıkları, her somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilir.

Manevî varlıklara karşı yapılan hukuka aykırı saldırılar, çoğu hâllerde saldırıya uğrayan kişiye manevî keder ve üzüntü verdirilmek, gücendirilmek, manevî huzur ve sükûnu sarsılmak şeklinde gerçekleşir[88]. Örneğin ölüler hakkında onların şeref ve itibarını sarsacak mahiyette sözler, ölülerin hatıralarına karşı yapılan yersiz saldırılar, yakınları üzerinde bu tür kötü etkiler yaratması itibariyle onların manevî bütünlüğüne karşı yapılmış hukuka aykırı saldırı mahiyetindedir.

1) Şeref ve Haysiyet

Şeref ve haysiyet, *kişilerin toplum içerisindeki hâl ve davranışları ve yaşam tarzlarına göre toplum tarafından kendilerine biçilen değerdir*. Başka bir deyişle, bir kimsenin gerek özel, gerek meslekî yaşam biçimi itibariyle toplumda kazanmış olduğu itibar, erişmiş olduğu saygınlıktır. Bu

---

(86) Aynı anlamda Fribourg İstinaf Mahkemesinin 2.2.1953 tarihli kararı, SJZ 1955, Heft 11, sh.175.

(87) **Egger-Çernis,** sh.280.

(88) **Egger-Çernis,** sh.280.

anlamdaki *"genel şeref"*in yanında, kişinin belirli bir meslek veya sanata sahip olmasından dolayı *"meslekî şeref ve haysiyeti"* de vardır. Örneğin bir tacirin ticarî şerefinden, bir sanatçının edebî şerefinden söz edilir"[89]. Herkesin, şeref ve haysiyetinin başkaları tarafından örselenmesinin, yani halkın gözündeki değer ve itibarının küçük düşürülmesinin önlenmesini isteme hakkı vardır. Bu hak MK. m.24 hükmünden açıkça çıkmaktadır. Öte yandan, kişiler şeref ve haysiyetlerine başkaları tarafından yöneltilen haksız saldırılara karşı Türk Ceza Kanunu ile de korunmaktadırlar. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda şeref ve haysiyete yapılan saldırılar "Şerefe Karşı Suçlar" başlığı altında çeşitli ceza yaptırımlarına bağlanmıştır (m.125 vd.).

Şeref ve haysiyete yönelik hukuka aykırı saldırılar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Gerçekten, bir kimse hakkında asılsız isnatlarda veya ihbarlarda[90] bulunmak, bir kimseden haysiyetsizce bir davranışın beklenebileceği görüşünü bildirmek, birtakım asılsız şayiaları başkalarına nakletmek, iftira ve hakarette bulunmak, bir kimseyi hakkında gerçeğe uymayan yanlış bilgiler vererek kötülemek gibi davranışların her biri şeref ve haysiyete yönelmiş hukuka aykırı saldırı mahiyetindedir. Bu tür saldırılar söz veya yazıyla yapılabileceği gibi, fotomontaj, karikatür ve benzeri yollarla da gerçekleşebilir.

Şeref ve haysiyete yönelik hukuka aykırı saldırılar e l e ş t i r i (tenkit) yoluyla da gerçekleşebilir. Aslında eleştiri, ne kadar sert olursa olsun, şeref ve haysiyete yönelmiş bir saldırı sayılmaz. Ancak, hemen belirtmeliyiz ki eleştirilerde ileri sürülen görüşlerin indî (sübjektif) olmaması, dayandığı objektif esasların ve eleştirilen hususların hiç değiştirilmeksizin (tahrif edilmeksizin) gerçeğe uygun şekilde yansıtılması gerekir. Bu esas ve şartlara uyulmaksızın yapılan eleştiriler veya bir kimse hakkında yanlış izlenimler (zehaplar) uyandırmaya elverişli eleştiri amaçlı sözler ve yazılar, çoğunlukla kişilik hakkına saldırı mahiyetinde görülebilir[91].

Şeref ve haysiyetin korunması sorunu, *basın hürriyeti ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti* ile de çok yakından ilgilidir. Hatta bu hürriyetlerin sınırları, başkalarının şeref ve haysiyetlerinin korunması konusunda sahip bulundukları haklar ile çizilmiştir, daha doğru deyişle sınırlanmıştır denilebilir.

---

(89) **Dural-Öğüz,** sh.118 ve aynı sahifede dn.353 de anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

(90) 4. HD. 14.5.1984, 1995/4747, YKD. 1984, S.11, sh.1662.

(91) **Egger-Çernis,** sh.287.

Nitekim basın hürriyetinin (Ay. m.28) en önemli sınırlanmalarından birini Medenî Kanun'un 24 üncü maddesi oluşturur. Toplumsal hayatta çok büyük işlevi (fonksiyonu) olan ve bundan dolayı da "dördüncü kuvvet" olarak adlandırılan b a s ı n ı n pek çok görevi vardır. Bunlar *"haber verme", "eleştirme ve toplumu aydınlatma"* ve *"kamuoyu oluşturma"* görev veya işlevleri olarak isimlendirilebilir.

Basının görev veya işlevlerinden en başta geleni, kamuoyunu gerek toplumda, gerek dünyada olup biten siyasî, sosyal ve iktisadî olaylardan, bilim alanındaki yeni gelişme ve buluşlardan en çabuk, en doğru ve en objektif biçimde *bilgilendirmek* (haberdar etmek) suretiyle *halkı aydınlatmaktır.* Bu bir ölçüde de aslî olan görevin hakkıyla ve objektif bir biçimde yerine getirilebilmesi için, basın mesleğinde çalışanlara, haberlerin doğruluğunu ve ciddiyetini -onları bir an önce yayma endişesinin imkân verdiği ölçüde- iyice kontrol etme ve doğrulatma (teyit ettirme) yükümlülüğü düşmektedir(92). Bu itibarladır ki, böyle ciddî bir kontrole tâbi tutulmadan yayımlanan bir haber dolayısıyla bir kimsenin şeref ve haysiyetinin örselenmesi (zedelenmesi), kişilik haklarına karşı MK. m.24 hükmü anlamında hukuka aykırı bir saldırı sayılır.

Basının bir diğer önemli işlevi de, halkın yararı doğrultusunda *"kamuoyu oluşturmak"* tır. Basının bu işlevi de en az haber verme işlevi kadar önemlidir. Zaten basın hürriyetinin dayanaklarından birini de halkın, ülkenin gidişatından ve önemli sorunlarından kendisinin günü gününe ve doğru olarak bilgilendirilmesini (haberdar edilmesini) isteme konusundaki menfaatinde aramak gerekir(93). Bu bakımdan basının, kendi görüş ve düşüncelerini yaymak maksadıyla olayları bu görüşün ışığı altında değerlendirmek ve toplumun gidişatını övmek ya da kötülemek hakkı, tek kelimeyle *eleştiri hakkı* vardır. Bu hakka dayanılarak kaleme alınan yazılarla veya yapılan karikatür ve başka yollarla kişilerin davranışlarının eleştirilmesi veya bazı kişiler hakkında eleştirisel yayınların yapılması mümkündür. Bu gibi yazı, resim veya karikatürlerin bir kimsenin şeref ve haysiyetini örseleyip örselemediği (zedeleyip zedelemediği), yani bu değerlere karşı hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde olup olmadığı hususu, son derece nazik bir sorundur. Bu tür yazı, resim veya karikatürlerin kişiliğe yapılmış bir saldırı mahiyetinde olup olmadığını belirlerken

(92) JdT 1942, 629; Sem. Jud. 1953, sh.253.

(93) Bütün bunları çok açık ve güzel biçimde belirten İsviçre Federal Mahkemesinin Jdt 1945, 570 deki kararına bakınız.

hâkimin, *basının belli bir kişi hakkında halkı aydınlatma konusundaki menfaati* ile *bu kişinin böyle bir yazıya konu olmama hususundaki menfaatini* karşılıklı olarak tartması gerekir. Hâkim, birbirine tamamen karşıt bu iki menfaati tartarken, özellikle basın hürriyetinin dayanaklarından ve basının işlevinden de esinlenmeli, onları göz ardı etmemelidir. Bunlar dikkate alındığı takdirde halkın, öncelikle kamu hizmetlerinde önemli mevkilerde bulunan, devletin ve ülkenin yönetiminde söz sahibi olan kişiler hakkında bilgi edinmek, onların resmî hayatlarını etkileyecek nitelikteki özel hayatlarını dahi öğrenmekte menfaati bulunduğunu unutmamak gerekir. Halkın bu konudaki menfaati, devlet adamlarının bu tür yazılara konu olmamak veya hâl ve davranışlarının eleştirilmemesi hususundaki menfaatlerinden kat be kat üstündür(94). Bu itibarladır ki, devlet yönetimine katılan (veya daha önceleri katılmış olan), siyasî veya sosyal alanlarda çok önemli mevkilerde bulunan (veya daha önceleri bulunmuş olan) kişilerin, kendilerini eleştiren yazılar karşısında diğer kişilere oranla *çok daha hoşgörülü olmaları gerekir*. Hoşgörülü davranmaları kendilerinden beklenen kişiler kategorisine devlet ve siyaset adamlarının yanında, şöhretli yazarları, ün yapmış sanatçılar ile sporcuları da sokmak gerekir. Zira bütün bu kişiler "kendilerini kamunun ilgi ve dikkatine sunmuşlardır ve basının bu sunuş biçimine aykırılık taşımayan yayınlarına engel olmaya kalkışılması, esasen MK. m.2 hükmü ile de bağdaşmaz. Yargıtay da, *kamuya malolmuş kişilerin ve kamu görevlilerinin* özel hayatlarına basın yoluyla müdahalenin birçok hâlde zorunlu olduğunu, basının kamuyu aydınlatma görevi gereğince bunu yapmak durumunda bulunduğunu belirtmiştir"(95).

Eleştiri içeren yazıların kişiliğe yönelik hukuka aykırı saldırı mahiyetinde olup olmadığı saptanırken, her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Eleştiri amaçlı yazının kaleme alınış biçimi, yazıda konu edilen olayın kişiyi küçük düşürecek şekilde değiştirilmiş (tahrif edilmiş) olup olmaması, eleştiride gereğinden fazla ağır ve sert dil kullanılması, ileri sürülen ithamların doğruluğundan kuşku duyulmasını gerektiren pek çok sebep bulunmasına karşın, en küçük bir araştırma ve incelemede bulunulmaksızın bunların yazı içine sokulması, yazıda eleştirilere dayanak olacak olayların objektif bir şekilde gösterilmiş olup

(94) Bk. JdT 1945, 458 vd,

(95) **Arpacı,** sh.129 ve orada anılan 4. HD. 16.12.1978, 9419/12048 sayılı Yargıtay Kararı. Bu konudaki diğer Yargıtay kararları için bk. **Arpacı,** sh.128-129.

olmaması son derece önemlidir. Bunun dışında, böyle bir yazının orta düzeydeki halk kesimi üzerinde yaratacağı etkiler de ihmal edilmemelidir[96].

Bu konuda Yargıtay'ın, aynı yöndeki görüşünde hiçbir değişiklik olmadığı, oldukça yeni bir kararından açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim Yüksek Mahkeme 27.6.2006 tarihli bu kararında[97] aynen şu görüşleri dile getirmektedir: "Anayasanın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünün özel hukuk alanındaki sınırlaması, MK.m.24 ve ÖBK.m.49 maddeleridir. Basının haber verme görevini yerine getirirken kullanacağı bu hakkın özel hukuk alanındaki sınırı; gerçeklik, güncellik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile belirlenmiştir. Haber verme hakkı bu sınırlar içinde kullanıldığı sürece hukuka uygundur. Böyle bir sonuca varılırken diğer olguların yanında ve özellikle kamu yararına yönelik basın açıklamaları bakımından kişilerin toplum içindeki konumları önem taşımaktadır. Eğer kişi, anonim kişilerden değil de konumu ve işinin bir sonucu olarak kamuoyunun dikkatini çekiyorsa, basının onun hakkında normal kişilerden farklı ve bu kişilerin konumuna uygun olacak biçimde açıklamalar yapması doğaldır. Eğer kişi toplumun kendisine verdiği önemi yadsıyan bir davranışa girmiş ise basının bu davranışını eleştirmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bu halde haber ya da eleştiri hukuka uygun hale gelir. Eleştiri belli bir davranış, olay, kişi ve eser konusunda yorumları içerir. Siyasal eleştiri ve değerlendirmeler de aynı çerçevede düşünülür. Özellikle toplumun her an göz önünde olan siyasal kişileri gerektiğinde eleştirmek, basının görevidir. Basında yayın konusu yapılan haber objektif oldukça, doğru olaylara dayandıkça ve doğru amaca yönelik bulundukça eleştiri ser, kırıcı ve kişiyi küçük düşürücü olabilir. Böyle durumlarda hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır".

---

(96) JdT 1935, 230; 4. HD. 9.3.1953, 473/1093, **Olgaç**, sh.68 vd. Bu konularda geniş ve ayrıntılı bilgi için bk. **Kılıçoğlu, Ahmet**: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982; **Karayaalçın, Yaşar**: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AHF. Der. 1962, C. XIX, S.1-4, sh. 266; **Tandoğan, Halûk:** Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHF.Der. 1963, C. XX, S.1-4, sh.l vd; **Riklin, Franz:** Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingreiffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Freiburg 1968.

(97) 4.HD. 27.6.2006, 6753/7795.

2) Sır Çevresi

Sır çevresi ya da ***gizlilik alanı****, bir kimsenin özel ve meslekî hayatı ile ilgili olup da yabancı gözlerden uzak kalmasını arzuladığı hususlardır.* Ortak hayat, herkesin diğerinin gizliliğine (mahremiyetine) saygı göstermesi ve herkesin özel hayatının başkalarının onu öğrenme merakından (tecessüsünden) uzak kalabilmesi temeline dayanır. Aynı şekilde, kişilerin gizli kalmasını arzuladıkları bedenî ve hatta ruhî bazı noksanlıkları, özürleri ve hastalıkları da sır çevresine girer. Bu itibarla rızası olmaksızın bir başkasının özel veya meslekî hayatını gözetlemek, sır çevresine yönelik hukuka aykırı bir saldırıdır[98]. Örneğin bir kimsenin mektuplarının açılması, telefon görüşmelerinin dinlenmesi, o kimsenin sır çevresine yönelik haksız bir saldırı olduğu gibi, bu suretle ve haksız bir şekilde öğrenilmiş olan bilgilerin sonradan şuna buna açıklanması, ifşa edilmesi de MK. m.24 anlamında sır çevresine yapılmış haksız bir saldırı mahiyetindedir. Bir kimsenin kolaylıkla tanınabilecek olan özellikleriyle bir edebî eserin, örneğin roman veya tiyatro eserinin konusu olarak seçilmesi de gizlilik alanına karşı yapılmış bir saldırıdır[99].

Kişilerin özel hayatlarını kamuya açıklar (ifşa eder) mahiyetteki makale ve yazılar da gizlilik alanının çiğnenmesi olarak kabul edilir. Mamafih, hayatı kamuya malolmuş kimselerin bu konularda herkesten çok daha fazla hoşgörülü olmaları gerekir. Zira bu kimselerin özel hayatları, genel hayatlarını veya genel hayattaki davranışlarını ilgilendirdiği veya bu hayatları üzerine etkili olmaya elverişli olduğu ölçüde, herkesten gizli kalma niteliklerini kaybeder. Bu itibarla da özel hayatlarıyla ilgili söz veya yazılar, kişilik hakkına yapılmış hukuka aykırı saldırı mahiyetinde kabul edilmez. Aynı şekilde, kişilerin kamuya malolan hayatlarıyla ilgili konuların herkesten gizli kalmasını isteme hakları yoktur. Bir zamanlar yayınlanan kitapları, makaleleri veya konferans ve söylevleriyle şu veya bu görüşü savunmuş olan ya da şu veya bu partiye katılmış bulunan bir kimsenin, sonradan bu görüşlerinden vazgeçmiş olması dolayısıyla geçmişteki görüşlerinin veya davranış biçiminin herkesten gizli kalmasını ve kimseye açıklanmamasını (ifşa edilmemesini) isteme yetkisi olamaz. Kendilerine bir sır tevdi edilmiş olanların veya başkasının bir sırrını her nasılsa öğrenmiş bulunanların bu sırrı açıklamamaları gerekir. Aksi takdirde bu açıklama kişilik haklarına yapılmış bir saldırı olur. Bu bakımdan avukatlar, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ile noterler gibi

---

(98) BGE 44 II 321.

(99) **Demoque**: Traité des obligations général, t.III, Paris 1923, sh.372 vd.

meslekleri gereği başkalarının gizlilik alanına girenlere büyük ölçüde *"sır saklama ödevi"* düşer. Bu kişiler meslekleri gereği öğrendikleri sırları yaymamak, kendilerine tevdi edilen belgeleri şuna buna göstermemek zorundadırlar. Nitekim onların tanıklıktan ve bilirkişilikten çekinme hakları da vardır (HMK. m. 250; m. 272; CMK m.46,62).

O hâlde, bir avukatın veya hâkimin bir zamanlar bir kimse hakkında şu veya bu sebepten bir ceza davasının açılmış olduğundan şurada burada söz etmesi; bir doktorun bir hastasının bir zamanlar cinsel ve ruhsal bir hastalık geçirmiş olduğunu veya bedenen ya da ruhen şu veya bu sakatlığının bulunduğunu açıklaması (ifşa etmesi); bir noterin bir kimsenin yapmış olduğu vasiyetnameyi o kimsenin daha sağlığında açıklaması, bu kişilerin gizlilik çevresine ve dolayısıyla da kişilik haklarına yönelmiş birer hukuka aykırı saldırı mahiyetindedirler.

3) Resim Üzerindeki Hak

Herkesin kendi resmi üzerinde de kişilik hakkı vardır[(100)]. Bu itibarla, bir kimsenin resminin haberi ve izni olmaksızın bir mağazanın vitrininde sergilenmesi (teşhir edilmesi) veya yayınlanması kişiliğe karşı hukuka aykırı bir saldırı oluşturduğu gibi, resmin reklâm aracı olarak ilânlarda, broşürlerde, reklâm panolarında ve diğer yerlerde kullanılması da MK. m.24 anlamında kişiliğe yönelmiş hukuka aykırı bir saldırıdır. Fakat kişilikleri kamuya malolmuş devlet ve bilim adamlarının, politikacıların, sanatçıların, sporcuların resimlerinin basılması ve satılması böyle bir mahiyet taşımaz. Ancak, bu gibi kişilerin resimlerinin kendilerinin rızası olmaksızın reklâm aracı olarak kullanılması bunun dışındadır. Aynı şekilde, bu kişilerin özel hayatlarına ait resimlerin yayınlanması da yine MK. m.24 anlamında kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırıdır.

Resim üzerindeki hakla ilgili olmak üzere 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu"nda da özel hükümler vardır. Söz konusu Kanun'un 86 ncı maddesine göre, "eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer surette umuma arzedilemez". Görüldüğü üzere kanun koyucu resimlerin yayınlanmasını

---

(100) Yargıtay da resim üzerindeki kişilik hakkını kabul etmektedir: 2.HD. 29.1.1976, 9403/625, YKD. 1976, S. 7, sh. 957. Bütün bu konularda geniş ve ayrıntılı bilgi için bk. **Landwehr, Wilfried :** Das Recht am eigenen Bild, Zürcher Dissertation, Winterthur 1955.

sahibinin iznine tâbi tutmuştur. Resimlerin sahibinin veya ölmüş olması hâlinde mirasçılarının (19. maddede sayılanların) izni olmaksızın yayınlanması, aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla tazminat ve ceza yaptırımına da bağlanmıştır.

Bununla beraber kanun koyucu, 86 ncı maddede ayrıca muvafakat (izin) alınmasına gerek olmaksızın teşhir ve yayınlanabilecek resimlerin neler olduğunu da belirtmiştir. Buna göre, aşağıdaki resimlerin yayınlanması için ilgilinin muvafakatinin (olurunun) alınması şart değildir:

1. Memleketin siyasal ve sosyal hayatında rol oynayan kimselerin resimleri,

2. Tasvir edilen kimselerin katıldığı geçit resmi veya resmî tören yahut genel toplantıları gösteren resimler,

3. Günlük olaylarla ilgili olan resimler ile radyo ve film haberleri için çekilen resimler.

Ancak hemen belirtelim ki, gerek izin alınarak gerek izin alınmasına lüzum olmaksızın sergilenme (teşhir) veya yayınlanma hâlleri, kişiliğe yöneltilmiş hukuka aykırı bir saldırı niteliğinde olduğu takdirde, MK. m.24 ve 25 hükümleri devreye girebilecektir (FSEK. m.86/IV).

C) İKTİSADÎ VARLIKLARA YÖNELİK SALDIRILAR

Kişilerin iktisadî varlıklarına yönelik saldırılar da MK. m.24 hükmünün kapsamına girer. Kişilere diledikleri ticaretle uğraşmalarını önlemek maksadıyla ahlâka ve hukuka aykırı surette yapılan baskılar, iktisadî varlıklara yönelik hukuka aykırı bir saldırı mahiyetindedir. Kişilerin çalışma hürriyetini ve serbestçe iş bulma imkânlarını engelleyen, onların sosyal ve ekonomik geleceklerini olumsuz yönde etkileyen davranışlar da, iktisadî varlıklara yönelik saldırı sayılır[101]. Aynı şekilde, kişileri belli bir iktisadî davranış biçimine yöneltmek maksadıyla alınan iktisadî önlemler de böyledir. Örneğin fiyatları aynı düzeyde tutmak veya rekabeti azaltmak maksadıyla saptadıkları satış fiyatlarına uymayı kabul etmeyen perakendeci tüccara mal satmaktan kaçınan toptancı tüccarların bu hareketi, bir tür *boykot* ve dolayısıyla iktisadî bütünlüğe yönelik hukuka aykırı bir saldırı hareketidir. Esasen ticaret hayatında yasal (meşru) bir hareket sayılan boykot, İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarına göre, boykotu yürü-

(101) 4. HD. 13.12.1999, 8861/110, YKD. 2000, S. 4, sh. 532.

tenlerin elde ettikleri menfaatler ile diğer tarafın uğradığı zarar arasında açık bir oransızlık bulunduğu hâllerde iktisadî bütünlüğe karşı yapılmış hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde kabul edilir[102].

İktisadî varlıklara karşı gerçekleştirilen saldırıların önemli bir görünüm şekli de "haksız rekabet"tir[103]. ***Haksız rekabet,*** *yanlış ilânlar ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla rakibin müşterilerini azaltmaya veya ticarî şeref ve itibarını sarsmaya sebep olan fiillerdir*. Haksız rekabetle rakipleri ezmek ve onları iktisadî faaliyet alanından uzaklaştırmak amacı güdüldüğünden, haksız rekabet iktisadî bütünlüğe yönelmiş hukuka aykırı bir saldırı mahiyetindedir.

Türk hukukunda haksız rekabet, taşıdığı önem dolayısıyla özel surette düzenlenmiştir. Bu konuda Borçlar Kanunu'nda (BK. m. 57) ve Ticaret Kanunu'nda (TK. m. 54 vd.) özel hükümler mevcuttur. Borçlar Kanunu'nun 57/II hükmüne göre, "ticarî işlere ait haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri" uygulanacaktır. O hâlde, haksız rekabetten doğan anlaşmazlıklar ticarî işlerle ilgili ise TK. m.54 vd. hükümlerine, değilse BK. m. 57 hükmüne uyularak çözümlenecektir.

Türk hukukundaki bu düzenleme biçimi doyurucu (tatminkâr) değildir. Çünkü haksız rekabet gibi genel kapsam taşıyan bir kurumun, Ticaret Kanunu gibi özel bir alana ilişkin kanunla düzenlenmiş olmasının ne dereceye kadar doğru olduğu üzerinde kuşkuyla durulmak gerekir[104]. Öte yandan, söz konusu iki hüküm TK. m. 54 ile BK. m. 57 arasında dayanak farkı da vardır. Gerçekten, BK. m. 57 hükmü esas itibariyle iktisadî bütünlüğün korunması temeline dayanmaktadır ve bu açıdan MK. m.24 hükmünde ifadesini bulan genel ilkenin özel bir uygulama biçimini oluşturur. Bu bağlamda yeni Borçlar Kanunu 57 inci maddesinde haksız rekabeti şu şekilde hükme bağlamıştır:

"Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılma-

---

(102) JdT 1957, 202; JdT 1951, 226. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bk. **Thilo, Emil:** Du Boykott, Note du Jurisprudence, JdT 1958, sh.98 vd.

(103) Haksız rekabet konusunda bk. **Örs, Halil Fahri:** Türk Hususî Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, **Karayalçm, Yaşar:** Ticaret Hukuku Dersleri, C.l, B.2, Ankara 1960, sh.341-372; **Arkan, Sabih:** Ticarî İşletme Hukuku, B. 2, Ankara 1995, sh.285 vd.; **Wagen, George:** La théorie de la personnalité et la notion de concurrence deloyale, These, Lausanne 1952.

(104) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve birbirinden farklı iki hükmün mevcudiyeti sebebi hakkında bk. **Karayalçm,** sh.348 vd., Aksi bir görüş için bk. **Örs**, sh.23 vd.

sı ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır."

İsviçre'de 1.3.1988 tarihinde yeni bir Haksız Rekabet Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu yeni kanun da yürürlükten kalkan önceki kanun gibi haksız rekabetin sadece rakipler açısından değil, fakat aynı zamanda toplumun menfaatleri yönünden de önlenmesini temel fikir olarak kabul etmiş ve müşterilerin ve meslekî birliklerin haksız rekabet sebebiyle dava açma haklarını daha da geliştirmiş ve kolaylaştırmıştır(105).

Haksız rekabet hakkındaki BK. m. 57 hükmünün bu kurumu düzenlemeye yetmediği kuşku götürmez(106). Durum böyle olunca, yeni Ticaret Kanunu da 54-63 üncü maddeleri arasında daha ayrıntılı düzenlemelere gitmiştir.

§ 5. KİŞİLİĞİN DIŞA KARŞI KORUNMASINI SAĞLAYAN DAVALAR

Medenî Kanun'umuz kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırılara uğrayan kimselere çeşitli istem (talep) hakları tanımaktadır. Bu istem haklarını mahiyetlerine bakarak başlıca i k i grup altında toplamamız mümkündür.

Birinci gruba giren istem hakkı, bir kimseye *kişilik hakkına yönelik saldırıların durdurulmasını ve tekrarının önlenmesini isteme yetkisini tanır*. İkinci gruptaki istem hakkı ise, kişilik hakkına karşı gerçekleşen *hukuka aykırı saldırılar sonucunda uğranılan maddî ve manevî her türlü zararın giderilmesini isteme yetkisi*ni *tanır*. Aşağıda bu iki kategori hakka dayanan davaları ayrı ayrı ele alarak inceleyeceğiz.

---

(105) Bu kanun hakkında bilgi için bk. **Öztek, Selçuk:** Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, sh.417 vd.

(106) Bk. **Wagen,** sh.57 vd. ve özellikle sh. 78.

I- HUKUKA AYKIRI SALDIRILARIN DURDURULMASINI SAĞLAYAN DAVALAR[107]

A) DAVA TÜRLERİ VE TÂBİ OLDUKLARI ÖZEL ŞARTLAR

Kişiliğin dışa karşı tam anlamıyla korunabilmesi için, ilkin kişiliğe yapılan saldırıların durdurulması ve bunların her ne suretle olursa olsun yeniden tekrarlanmasının önlenmesi gerekir. Bu imkânı sağlayan davalar Medenî Kanun'un 25 inci maddesinin birinci fıkrasıyla düzenlenmiştir.

Önceki Medenî Kanun'a 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla yeni 24/a maddesi eklenmeden önce, m.24 hükmünde ü ç dava türüne yer verilmiş bulunuyordu. Bunlar "saldırının men'i davası", "maddî tazminat davası" ve "manevî tazminat davası" idi. Sözü geçen 24 üncü maddede "önleme davası" ile "tespit davası" açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, doktrinde bu davaların da açılabileceği görüşü yaygın bulunuyordu[108].

Önceki Kanun'a eklenen yeni 24/a maddesi hukuka aykırı saldırıların durdurulmasını sağlamak üzere başlıca üç dava türünü düzenlemekteydi. Bunlar ***"saldırıya sonverme davası"*** ya da kısaca *"sonverme davası"*, ***"saldırı tehlikesinin önlenmesi davası"*** ya da alışılmış kısa adıyla *"önleme davası"* ile ***"saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası"***, ya da kısaca *"tespit davası"*ndan ibaretti.

Yeni Medenî Kanun'umuz *bu üç davayı aynen benimseyerek eski 24/a maddesini m.25 olarak düzenlemiş,* maddenin diğer bir fıkrasında değişiklik yapmıştır.

1) Saldırıya Sonverme Davası

Saldırıya sonverme davasının[109] ya da kısa ismiyle ***sonverme davasının konusu,*** *kişilik hakkına yönelmiş ve hâla da devam etmekte olan saldırının durdurulması ve tekrarına engel olunmasıdır.* Bu dava genel bir mahiyet taşır ve kişiliğin üçüncü kişilerden gelebilecek saldırıla-

---

(107) Bazı yazarlar bu davaları ***"Savunma Davaları"*** olarak isimlendiriyor: **Öztan,** sh.151. Bu davalar hakkında geniş bilgi için bk. **Helvacı, S.:** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyan Davalar, İstanbul 2001.

(108) Bk. **Egger-Çernis,** sh.305; **Ataay,** sh.151; **Velidedeoğlu,** sh.127; **Saymen,** sh.144; **Akmtürk, T.:** Medenî Hukuk, B.6, Ankara 1996, sh.122, 123; **Göktürk,** sh.152.

(109) Bu dava doktrinde ***"Durdurma Davası"*** olarak da isimlendirilmektedir: **Dural-Öğüz,** sh.142; **Öztan,** sh.156.

ra karşı korunmasında önemli bir rol oynar. Çünkü kişilik hakkına karşı gerçekleşmiş ve dava açıldığı tarihte hâla da devam etmekte olan her türlü hukuka aykırı saldırının, bir zarar doğurmuş olup olmamasına bakılmaksızın, bu davayla ortadan kaldırılması mümkün olmaktadır. Sonverme davasının açılabilmesi için aranılan şartlar şunlardır:

a) Kişilik Hakkına Saldırı

Bu dava yoluyla, bir kimsenin kişilik hakkına karşı başkaları tarafından girişilen her türlü saldırılar durdurulabilir.

b) Saldırının Hukuka Aykırı olması

Kişilik hakkına karşı girişilen saldırının hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık kavramını daha sonra "Davaların Genel ve Ortak Şartı" başlığı altında ele alacağımızdan, burada ayrıca açıklama yapmıyoruz.

c) Saldırının Sürmekte Olması

Saldırının davanın açıldığı tarihte hâla devam etmekte, kanundaki deyimiyle *sürmekte olması* da şarttır. Saldırı yapılmış fakat sona ermişse, artık bu davanın açılması söz konusu olamaz. Örneğin bir kimse bir yere kapatılmak suretiyle hürriyetinden yoksun bırakılmaktaysa; bir gazetede kişinin şeref ve haysiyetini örseleyecek nitelikte bir seri yazı yayınlanmaktaysa; haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek el ilânları dağıtılmaktaysa; bir kimsenin resmi kendisinden izin alınmadan reklâm amacıyla reklâm panolarına konulmuş veya duvarlara yapıştırılmışsa, saldırı hâlâ devam ediyor (sürüyor) demektir.

Sonverme davası, gerçekleşmiş olup davanın açıldığı tarihte hâlâ da devam etmekte olan saldırılar hakkında açılır. Bu itibarla, eskiden gerçekleşmiş olmakla beraber hâlen devam etmeyen, yani artık mevcut olmayan saldırılar için bu dava açılamaz. Hatta sona ermiş olan saldırıdan büyük ölçüde zarara uğranılmış olsa dahi durum değişmez. Zira davanın açıldığı tarihte ortada "durdurulması gereken" bir haksız saldırı mevcut değildir, sadece bu saldırının etkileri, yarattığı zararlar mevcuttur. Bu zararların giderilmesi için başvurulabilecek tek yol ise, MK. m.25/III veya BK. m. 57 hükümlerine dayanılarak tazminat davasının açılmasıdır. Mamafih özellikle yayın yoluyla gerçekleşen saldırılarda, yayınlanan yazının elden ele dolaşarak birçok kimsenin eline geçmesi imkânı ve olasılığının kuvvetli olduğu sürece, saldırının hâlâ devam etmekte olduğu kabul edilebilir.

Buna karşılık, maddî bütünlüğe ve hayata yönelik saldırılarda, saldırının yapıldığı an ile sona erdiği an arasında, istisnalar dışında, çoğu kez bir zaman farkı olmayacağından (bıçağın saplanması anı ile yaralanma anında olduğu gibi), bu davanın açılması mümkün değildir[110].

Dava sonunda verilen karar, hâla devam etmekte (sürmekte) olan saldırıya son verilmesine, yani *saldırının durdurulmasına* (ortadan kaldırılmasına) ve *bir daha böyle bir saldırıda bulunulmamasına* (tekrarının men edilmesine) ilişkin olur. Örneğin günlük bir gazetede art arda yayınlanmakta (tefrika edilmekte) olan ve bir kişinin kişilik hakkını zedeleyen romanın geri kalan bölümlerinin bundan böyle yayınlanması yasaklanır veya yayın yoluyla yapılan saldırıya son vermek üzere dağıtıma verilmiş olan yayın organı toplatılır, duvar afişleri söktürülür. Aynı şekilde, hürriyeti kısıtlayan eyleme son verilmesine veya kişinin sergilenmekte olan resminin vitrinden kaldırılmasına, mektuplarının bundan böyle açılmamasına vs. karar verilir.

Ticaret Kanunu'muz da haksız rekabetin durdurulması ve haksız rekabet sonucunda ortaya çıkmış bulunan durumun kaldırılması imkânını tanımaktadır (TK. m. 56).

2) Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası ya da kısaca ***"önleme davası"*** *(Unterlassungsklage), henüz mevcut olmamakla beraber, birtakım eylem ve belirtilerden çok yakın bir gelecekte kişilik hakkına karşı gerçekleşmesi pek mümkün ve olası görülen hukuka aykırı saldırılara karşı açılan davadır.* Bu davayla pek olası saldırılar daha gerçekleşme imkânını bulamadan önlenmiş olur. Örneğin günlük bir gazetenin bir hafta boyunca açıklama yaparak ünlü bir sanatçının özel hayatının çok ilgi çekici yanlarını da içeren bir dizi yayınlayacağını veya çok tanınmış bir siyaset adamının aşk mektupları ile ilginç resimlerini pek yakında yayınlamaya başlayacağını duyurması hâlinde, bu davanın açıldığı gün ortada henüz gerçekleşmiş bir saldırı yoktur, fakat bir saldırının pek yakın bir gelecekte gerçekleşmesi tehlikesi her an için mevcuttur.

Önleme davası, kişilik hakkı pek olası bir saldırıya uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunan kimseye, bu ciddî ve pek yakın saldırıyı daha gerçekleşmeden önce engelletmek imkânını tanır. Dava sonucunda verilen kararın etkileri ve hükümleri geleceğe aittir. Bu kararla, gerçekleşmesi pek olası ve

(110) Bk. **Dural-Öğüz,** sh.142.

ciddî görünen hukuka aykırı saldırı niteliğindeki eylem ve davranışların yapılmasına engel olunur. Örneğin yukarıdaki örnekte olduğu gibi kişinin özel hayatıyla ilgili olan ve gizlilik alanına yönelik bir saldırı niteliği taşıyan yayının yapılmamasına, aşk mektuplarının açıklanmamasına, resimlerinin yayınlanmamasına karar verilir, bunları yapmayı düşünen yayıncıya bu davranıştan kaçınması emredilir. Bu sebeple olsa gerektir ki, doktrinde bu davayı ***"kaçınma davası"*** olarak isimlendiren yazarlar da vardır[111].

3) Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası ya da kısaca ***"tespit davası"*** *(Feststellungsklage)*[112]*, mevcut bir fiil ve davranışın kişiliğe yönelik hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde olduğunun mahkemece karar altına alınmasını sağlayan davadır*. Örneğin yapılmakta olan ilân veya reklâmların haksız rekabet mahiyetinde olduğunun; bir kimse hakkında şurada burada söylenmekte olan sözlerin şeref ve haysiyete karşı hukuka aykırı bir saldırı oluşturduğunun mahkeme tarafından saptanmasını istemek, böyle bir dava ile mümkün olabilir. Tespit davası ayrıca adın korunmasına ilişkin MK. m.26 hükmüyle Medenî Kanun; haksız rekabet dolayısıyla TK. m. 56/1-a hükmüyle de Ticaret Kanunu tarafından açıkça kabul edilmiş ve düzenlenmiştir.

Yeni Medenî Kanunu'muz 25 inci maddesinde, diğer davalar arasında ayrıca "tespit davası"na da yer vermiş bulunmaktadır. Sözü geçen madde uyarınca: "*Davacı sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir*".

Bu ifade biçiminden de anlaşılabileceği gibi, tespit davası açmakla güdülen amaç, davacının kişilik halkına karşı gerçekleştirilmiş olan ve *etkileri hâla da devam etmekte bulunan* davranış veya eylemin hukuka aykırılığının mahkeme kararıyla saptanmasını sağlamaktır. Bu davanın amacı sadece budur. Yoksa saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi, tespit davasının konusu olamaz. Bu mahiyeti itibariyle tespit davası, kişilik hakkına bir saldırının yapılacağı olasılığının söz konusu olduğu ya da saldırının gerçekleştiği anda açılamaz; bu hâllerde "önleme" veya "son verme" davalarını açmak gerekir[113]. Oysa bir görüşe göre[114] MK. m.25 hükmünün ifadesi, "henüz sona ermemiş bulunan ya

---

(111) Bk. **Zevkliler,** sh.426; **Köprülü,** sh.297; **Ataay,** sh.152; **Egger-Çernis,** sh.310.

(112) Tespit davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Kuru, Baki:** Tespit Davaları, Ankara 1963.

(113) Aynı görüş için bk. **Öztan,** sh.155.

(114) **Zevkliler,** sh.457.

da yasaklama (içtinap) davasına temel olmak üzere, çok yakın ve olası bir saldırının tespitini istemeye de engel değildir". Bu görüşe katılamıyoruz. Zira saldırının gerçekleşmiş olduğu veya gerçekleşme olasılığının çok kuvvetli bulunduğu durumlarda "ayrıca" bir tespit davasının açılmasına gerek yoktur. Bu hâllerde açılacak olan son verme veya önleme davalarında zaten saldırıya son verilmesi veya engel olunması kararının alınabilmesi için, saldırının varlığı ile hukuka aykırılığının mahkemece tespiti zorunlu olacaktır. Bu itibarladır ki, tespit davasının açılması, ancak bu hâllerin dışında söz konusu olabilecektir. Gerçekten, saldırı bir anda gerçekleşmiş ve aynı anda da sona ermiş olduğu zaman, artık saldırgana karşı saldırıya son verme davası açılamayacaktır. Oysa saldırının etkileri hâla da devam etmekte ise, daha önce dava açılmamış olduğundan, bu durumun mahkemece tespitinde yarar görülecek ve işte bu durumda tespit davasıyla istenilen sonuç alınabilecektir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tespit davası *diğer davaların açılmasına artık imkân kalmadığı hâllerde* açılabilecek, yani bu hâllerde istenilen sonuç ancak tespit davasıyla elde edilebilecektir(115).

Oysa Önceki Medenî Kanun'a 1998 yılında 3444 sayılı Kanunla yeni 24/a maddesinin eklenmesinden önceki dönemde, tespit davası eski 24 üncü maddede açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın doktrinde kabul ediliyordu ve bu davanın kişiliğe yönelik hukuka aykırı saldırının gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin pek olası olması hâllerinde açılabileceği görüşü egemen bulunuyordu(116).

Tespit davası açabilmenin, saldırının sona ermiş olmasına karşın etkilerinin hâla da devam etmekte olması şartına bağlanmış bulunması, doktrinde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre, davanın böyle bir kayıtla sınırlandırılmasında isabet yoktur ve böyle bir şart anlamsızdır. Yine bu görüşe göre saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilmek için, saldırının sona ermesini beklemek de söz konusu olmamalıdır(117).

Kanun koyucu davacıya, saldırının hukuka aykırılığını tespit eden mahkeme hükmünün gerektiğinde yayınlanmasını veya üçüncü kişilere bildirilmesini isteme hakkını da tanımaktadır (MK. m.25/II) Maddenin ifade biçiminden, mahkeme hükmünün ilânı ya da üçüncü kişilere bil-

---

(115) Aynı görüş **Öztan,** sh.154.

(116) Bk. **Egger-Çernis,** sh.307; **Ataay,** sh.152; **Göktürk,** sh.152; **Özsunay:** Gerçek Kişiler, sh.159.

(117) **Tekinay,** sh.274.

dirilmesinin, ancak tespit davasında ve davacının istemi üzerine söz konusu olabileceği, mahkemenin buna kendiliğinden karar veremeyeceği sonucu çıkmaktadır. Oysa bir görüşe göre, böyle bir istem sadece tespit davasında değil, men (saldırıya son verilmesi) davasıyla birlikte de ileri sürülebilmelidir. Bu konuda dar yorum, maddenin amacına ters düşecektir. "Çünkü kararın ilânındaki veya üçüncü kişilere bildirilmesindeki amaç, kişinin toplumda sarsılan itibarının kısmen olsun iadesidir. Bu durum ise, sadece tespit davası yolu ile değil, durdurma (son verme) davasının istendiği halde de söz konusudur"[118]. Aynı gerekçeyle biz de bu görüşe katılıyoruz.

B) DAVALARIN ORTAK ŞARTI: HUKUKA AYKIRI SALDIRI

Yukarıda açıkladığımız "saldırıya son verme", "saldırı tehlikesinin önlenmesi" (önleme) ve "saldırının hukuka aykırılığının tespiti" (tespit) davalarının açılabilmesi için, kişilik hakkına yönelik saldırının h u k u k a a y k ı r ı olması şarttır.

Genel olarak ***hukuka aykırılık***, *hukuk kurallarına ters düşme, hukuk düzeni tarafından izin verilmeme ve hoş görülmeme demektir*. Buna göre ***hukuka aykırı saldırı*** da, hukuk kurallarına aykırı olan, hukuk düzeni tarafından izin verilmeyen bir eylem ve davranış olup tamamen objektif mahiyettedir. Başkalarının kişilik hakkına yönelik saldırının, kişiliği koruma amacını güden yazılı hukuk kurallarına, örf ve âdet hukukuna ve hatta hâkimin yarattığı hukuk kurallarına aykırı olması, onların emir verme yasaklarını çiğnemesi, bu saldırıya *"hukuka aykırı saldırı"* niteliğinin verilmesi için yeterlidir.

Öte yandan, Medenî Kanun'un 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası hangi saldırıların hukuka aykırı saldırı olarak algılanacağını belirtmektedir. Nitekim söz konusu fıkra hükmüne göre, *"kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır"*. Fıkra hükmünün zıt kavramından, fıkrada sayılan hâllerden birine dayanan saldırıların hukuka aykırı saldırı olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, fıkrada sayılan hâllerden herhangi birinin söz konusu olmadığı durumda yapılmış olan saldırılar "hukuka aykırı saldırı" olarak kabul edilecektir. Bu durumuyla fıkra hükmü bir bakıma *"hukuka aykırılığı*

---

(118) **Öztan,** sh.156.

kaldıran hâlleri" veya başka ifadeyle *"hukuka uygunluk hâllerini"* belirtmek istemektedir. Saldırının hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldıran hâller, *"zarar görenin rızası", "üstün nitelikte bir özel yararın bulunması", "üstün nitelikte bir kamu yararının bulunması"* ve nihayet *"kanunun verdiği bir yetkiye dayanma* "dır[119].

Bunların dışında *"haklı savunma"* ve *"zaruret hâli"* de hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldıran hâllerdir. Kaldı ki haklı savunma, kanunun verdiği bir yetkiye dayanma olarak da kabul edilebilir.

1) Zarar Görenin Rızası

Bir kimse, kişiliğini oluşturan kişisel varlıklarından herhangi birine başka bir kimse tarafından müdahalede bulunulmasına izin vermiş ise, bu müdahale birtakım zararlar doğursa bile, artık "hukuka aykırı saldırı" niteliğinde görülemez. Zira kişisel varlıklarında saldırı mahiyetinde bir müdahaleyle karşılaşan kişinin buna önceden rızasını bildirmiş olması, müdahalenin "hukuka aykırılık niteliğini" ortadan kaldırmış olur.

Gösterilecek rızanın ahlâk ve adaba aykırı olmaması gerekir. Aksi hâlde geçerli olmaz ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Rızanın çoğunlukla açıkça verilmesi gerekir[120]. Ancak, aksine bir hüküm bulunmadıkça, birtakım tutum ve davranışlarla örtülü (zımnî) olarak da verilmiş olabilir[121]. Pek tabiî rıza bildiriminde bulunacak olan kişinin ayırt etme gücüne sahip bulunması da gereklidir. Rıza özellikle tıbbî müdahaleler bakımından son derece önemlidir.

Rızaya dayanan saldırılar sonucunda maddî veya manevî bir zararın doğması mümkün ve olasıdır. Ancak, rızasını bildirmiş olan kimse saldırıda bulunandan bu zararlarının giderilmesini (tazmin edilmesini) isteyemez; zira ortada artık hukuka aykırı bir saldırı mevcut değildir. Bunun en tipik örneği bir kimsenin ameliyat edilmesine veya kendisine anjiyografi uygulanmasına rıza göstermesi oluşturur.

---

(119) MK. m.24/II hükmü, daha önce de kısaca değinmiş olduğumuz gibi, doktrinde bazı yazarlar tarafından şiddetle eleştirilmekte ve bu değişiklik isabetsiz ve son derecede tehlikeli ve sakıncalı bulunmaktadır: **Tekinay**, sh.259/260; **Arpacı,** sh.142; **Hatemi**, sh.105.

(120) MK. m.23/III, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinde rızanın yazılı olarak verilmesini öngörmüştür. Aynı şekilde Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (m. 40) büyük cerrahî ameliyatlar için verilecek rızanın yazılı olmasını istemektedir.

(121) Aynı görüş için bk. **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.137.

2) Üstün Nitelikte Özel Yararın Bulunması

Üstün nitelikteki özel yarara, trafik kazası geçirerek koma hâlinde hastaneye getirilmiş olan ve acilen ameliyat edilmesi gereken kişinin yararı örnek gösterilebilir. Bu durumda bulunan ağır yaralı hastanın rızası alınmaksızın derhal ameliyat edilmesi, onun beden bütünlüğüne karşı hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde görülemez. Zira koma hâlindeki yaralı kişinin derhal ameliyata alınmasında, hayatının kurtarılması gibi üstün nitelikte özel bir yararı söz konusudur.

Hak arama hürriyeti de kişiliğe yönelik saldırının hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır. Ancak, bu hürriyet kötüye kullanılmış ise, böyle bir sonuç doğmaz[122].

3) Üstün Nitelikte Kamu Yararının Bulunması

Bazı hâllerde bir kimsenin rızası olmasa dahi, kişilik hakkına yapılan müdahalede kamunun üstün yararı söz konusudur. Örneğin salgın hastalıklara karşı aşı kampanyası açılmasında veya trafik kazalarının önlenmesi amacıyla araç sürücülerine alkol testi uygulanmasında yahut işlediği suçtan hüküm giyen sanığın cezaevine konulmasında durum böyledir. Bütün bu örneklerde kişiliğine müdahale edilen kimsenin özel yararı ile kamu yararı tartıldığında, kamu yararının ağır bastığı görülür. Bu itibarladır ki, üstün nitelikte kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda, kişilik hakkına yapılan müdahale hukuka aykırı bir saldırı olarak nitelendirilemez ve o kimse müdahaleden dolayı zarara uğradığı iddiasıyla dava açamaz.

4) Kanunun Verdiği Yetkiye Dayanma

Bazen kamu hukuku karakterli veya özel hukuk karakterli kanunlardan, kişiliği oluşturan kişisel varlıklara müdahalede bulunma yetkisi çıkar. Böyle durumlarda gerçekleştirilen müdahaleler hukuka aykırı saldırı olarak nitelendirilemez. Mahkeme kararıyla gizlilik çevresine yönelik saldırılar; örneğin mektupların açılması, telefonların dinlenmesi, ticarî defterlerin incelenmesi veya hürriyetlere yönelik saldırılar, örneğin kişinin belli bir yerde ikamete (devamlı oturmaya) memur edilmesi, gözetim altına alınması veya tutuklama emrinin yerine getirilmesi hâllerinde müdahale yetkisi, kamu hukuku karakterli kanunlardan doğmaktadır. Bunun yanında, özel hukuk karakterli kanunlardan doğan müdahale yetkisine

---

[122] Bk. **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.139; 4. HD. 8.12.1978, 2086/13877, YKD. 1979, S.9, sh.1268.

örnek olarak da, kendi hakkını korumak üzere "kuvvet kullanma yetkisi" gösterilebilir. Haklı savunma (meşru müdafaa) hakkı ise, hem özel hukuk karakterli (BK. m. 63), hem de kamu hukuku karakterli (TCK. m.25) kanunların tanıdığı bir müdahale yetkisidir.

Haklı (meşru) savunma *cana, mala ve ırza yöneltilen hukuka aykırı saldırıları defetmek maksadıyla saldırganın maddî bütünlüğüne yapılan saldırıdır.* Bu saldırı savunma maksadına dayanmakta olduğu ve kanunlar tarafından öngörülmüş bulunduğu içindir ki, hukuka aykırı bir saldırı olarak nitelendirilemez.

S o n u ç olarak tekrar belirtelim ki, saldırıların durdurulmasını sağlayan davaların açılabilmesi için, girişilen saldırıların *hukuka aykırı olması şarttır*. Bu şartın dışında, ayrıca *saldırıların kusura dayalı olması şartı aranmaz.* Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı saldırıların durdurulmasını sağlayan davaların açılabilmesi için, kişiliğe yönelik bu tür saldırıların mutlaka BK. m. 49 vd. hükümlerinde olduğu gibi teknik anlamda "kusura dayalı birer haksız fiil" mahiyetinde olmaları şart değildir. Hukuka aykırı olan bir fiille başkasının kişilik hakkının çiğnenmesi kastı güdülmemiş olsa bile, bu fiilin MK. m.24 veya BK. m. 58 hükümlerine aykırı olması, onun "hukuka aykırı saldırı" niteliğinde kabul edilmesi için yeterlidir. Zaten hukuka aykırı saldırıların durdurulmasını sağlayan davalar ile saldırıların doğurduğu zararların giderilmesini sağlayan tazminat davaları arasındaki en önemli fark da budur. Nitekim hukuka aykırı saldırıların durdurulmasını sağlayan davaların ortak şartı, objektif temele dayanan *"hukuka aykırılık",* buna karşılık zararların giderilmesini sağlayan davaların ortak şartı, sübjektif temele dayanan *"kusurluluk"* tur. Başka bir deyişle, hukuka aykırı saldırının doğurduğu zararların tazmin ettirilebilmesi, yapılmış olan hukuka aykırı saldırının aynı zamanda BK. m. 49 hükmü anlamında bir *"haksız fiil"* olması şartına bağlanmıştır.

II- HUKUKA AYKIRI SALDIRILARIN DOĞURDUĞU ZARARLARIN GİDERİLMESİNİ SAĞLAYAN DAVALAR

Üçüncü kişilerin hukuka aykırı eylem ve davranışlarıyla kişilik haklarında saldırıya uğrayan bir kimsenin, bu saldırı dolayısıyla zarar görmüş olma olasılığı her zaman mevcuttur. Uğranılan bu zarar maddî olabileceği kadar manevî de olabilir. Örneğin maddî bütünlüğe yöneltilen bir fiil sonucunda yaralanan bir kimse, tedavisi için para sarf eder; iktisadî bütünlüğüne karşı yapılmış saldırı sonucunda kişinin müşterileri azalır;

hakkında verilen yanlış bilgiler sonucunda bankalar kredisini keser. Bütün bu örneklerde o kimsenin malvarlığında bir azalma, yani *maddî bir zarar* söz konusu olmaktadır.

Kişiliğe karşı gerçekleşen hukuka aykırı bir saldırı bazen bir kimsenin malvarlığında bir azalma, bir eksilme meydana getirmemekle beraber, o kimseyi manen sarsmış, ona büyük elem ve üzüntü vermiş olabilir. Bir kimsenin, hakkında etrafa yayılan asılsız şayialar sonucunda toplumdaki değerinin, yani şeref ve haysiyetinin örselenmesinden veya gizli kalmasını arzuladığı bedensel bir eksikliğinin (özrünün) açıklanmasından (ifşa edilmesinden) dolayı duyduğu üzüntü, utanç veya küçüklük duygusu, bu anlamda *manevî bir zarar* oluşturur.

İşte Medenî Kanun, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı saldırılar sonucunda kişilerin uğramış oldukları maddî zararlar ile manen duymuş oldukları bu elem ve üzüntüyü (manevî zararları) gidermek, kendilerini bir dereceye kadar tatmin ve teselli etmek maksadıyla, onlara i k i istem hakkı tanımaktadır: *Maddî tazminat istem hakkı* ile *manevî tazminat istem hakkı*. Yeni Medenî Kanun bu iki isteme konu olan davaları 25 inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlemekte ve aynı fıkrada bunlara ek olarak *"vekâletsiz iş görme davası"*na da yer vermiş bulunmaktadır. Bu davaları aşağıda ele alacağız.

A) MADDÎ TAZMİNAT DAVASI

Maddî tazminat davası, *kişilik hakkı hukuka aykırı bir saldırıya uğrayan kimsenin, bu saldırı yüzünden malvarlığında meydana gelmiş olan eksilmenin giderilmesi (telâfi edilmesi) amacına yöneliktir.* Bu dava sonucunda, başkasının kişilik hakkına hukuka aykırı saldırıda bulunmuş olan kimse (saldırgan), kişilik hakkına saldırılmış olanın (zarar görenin) bu yüzden uğramış olduğu maddî zararı karşılayan bir tutarı, maddî tazminat olarak kendisine ödemeye mahkûm edilir.

Tazminatın kapsamını, ödeme şeklini ve miktarını BK. m. 49 vd. hükümlerine uygun olarak hâkim takdir eder. Zira kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı saldırının ancak kusura dayalı olduğu, yani BK. m. 49 hükmü anlamında bir haksız fiili oluşturduğu hâllerde maddî tazminata hükmedilebilir. Meğerki tazminat gerekeceği hakkında kanunda ayrı bir açıklık (sarahat) bulunsun. Nitekim nişanın bozulması hâlinde maddî tazminatı düzenleyen MK. m.120 hükmü ile babalık davasında ananın malî haklarını düzenleyen MK. m.304 ve ev başkasının sorumluluğunu düzenleyen MK. m.369 hükümleri bu açıklığa örnek oluştururlar.

Özel kişilik haklarından bazılarına yönelik saldırılar sonucunda meydana gelen zararların kapsam ve içerikleri hakkında Borçlar Kanunu'nda özel hükümler vardır. Nitekim maddî bütünlüğe yönelen saldırılar hakkında BK. m. 53 ve 54 hükümleri buna örnek oluşturur.

1) Davanın Şartları

Maddî tazminat davasının şartlarını Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinden çıkarmak gerekir. Zira maddî tazminat davasında BK. m. 49 hükmü anlamında bir *"kusur sorumluluğu"* söz konusudur. Yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi, saldırgana karşı maddî tazminat davası ancak, kişilik haklarına yönelmiş saldırının teknik anlamda bir haksız fiil oluşturması hâlinde açılabilir. O hâlde, maddî tazminat davasının şartları da böylece haksız fiil sorumluluğunu gerektiren şartlarla aynı olmaktadır. Bu şartlar ise, *"hukuka aykırı saldırı", "kusur", "zarar"* ve *"illiyet bağı"*ndan ibarettir. Aşağıda bunları ele alarak kısa açıklamalarda bulanacağız:

a) Hukuka Aykırı Saldırı

Maddî tazminat davasının ilk şartı, kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırıda bulunulmuş olmasıdır. Bu konuda daha önce ayrıntılı açıklamalarda bulunduğumuz için, burada aynı şeyleri bir kez daha tekrarlamak istemiyoruz.

b) Kusur

Maddî tazminata hükmedilebilmek için, kişilik hakkına hukuka aykırı olarak saldırıda bulunmuş olan saldırganın *kusurlu olması* şarttır.

Kusur, *"hukuka aykırı sonucu istemek* ***(kast)*** *veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırılıktan kaçınmak için iradeyi yeteri derecede yormamaktır* ***(ihmal)"***[123]. Bir kimsenin bilerek ve isteyerek bir başkasını öldürmesi veya yaralaması ya da bilerek ve isteyerek bir başkasına ait sırları açıklaması hâllerinde, kişilik hakkına kasten yapılmış bir saldırı söz konusudur. Buna karşılık bir kimsenin, elindeki tabancayı kurcalarken karşısında oturan kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermesi ya da bir başkasına ait sırrı kimseye söylememesini tembih ettikten sonra bir dostuna anlatması hâllerinde ise, ihmal sonucu yapılmış bir saldırı söz konusudur. Çünkü ihmalde kasttan farklı olarak, hukuka aykırı sonucun meydana getirilmesi iradesiyle hareket edilmez; fakat iyice düşünülmüş

---

[123] **Saymen, F.H.-Elbir, H.K.:** Borçlar Hukuku Dersleri, C. l, İstanbul 1958, sh.392.

veya özen gösterilmiş olsaydı böyle bir sonucun meydana gelmesinin mümkün olduğu anlaşılabilirdi. O hâlde, ancak kişilik hakkına saldırının kast veya ihmal sonucunda gerçekleşmiş olduğu durumlarda, saldırının doğurmuş olduğu zararların tazmin ettirilmesi (ödetilmesi) yoluna gidilebilir. Eğer saldırgana yükletilebilecek bir kusur mevcut değilse, kendisini zararı tazmin etmekle yükümlü tutmak da mümkün olmaz.

Bununla beraber, doktrinde kusurun bulunmadığı bazı istisnaî hâllerde dahi maddî tazminatın söz konusu olabileceği görüşü savunulmaktadır. Bu görüşe göre[(124)], "maddî tazminat yaptırımı için kusurun şart olduğunu 'kesin biçimde' ifade etmek doğru değildir. Zira kusursuz sorumlulukla ilgili hükümlerin (meselâ BK.m.65, m.66, m.67, m.69; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, mad. 85) kişilik haklarının ihlâli hallerine de uygulanacağından şüphe yoktur. Meselâ, bir akıl hastası (gayrımümeyyiz) ırza tecavüz fiilini işlese ya da birinin kolunu kırsa, hakkaniyet de gerektiriyorsa, bu hareketlerden zarar gören kimsenin maddî tazminat istemesi mümkündür (BK. m. 65)". Hemen belirtelim ki, verilen bu örnekte zaten kusur sorumluluğu yerini hakkaniyet sorumluluğuna bırakmış olmaktadır.

c) Zarar

Maddî tazminat davasının açılabilmesi için, hukuka aykırı saldırıya uğramış olan kimsenin malvarlığında mutlaka *bir zararın meydana gelmiş olması* gerekir. Bu zarar maddî zarar olmalıdır. ***Maddî zarar,*** *saldırıya uğrayan kişinin malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir çoğalma şeklinde ortaya çıkar.* Örneğin varsayalım ki; seyyar satıcılık yapmakta olan bir kimse, kendisine karşı yapılan bir saldırı sonucunda yaralanmış, hastaneye yatırılarak ameliyat edilmiş ve bir ay sonra sağlığına kavuşmuş olarak hastaneden çıkmıştır. Bu saldırı, seyyar satıcının maddî bütünlüğüne yönelmiş hukuka aykırı bir saldırı mahiyetindedir ve bunun sonucunda da birtakım zararlar doğmuştur. Bu zararlar "maddî zarar"dır; zira bu kişinin malvarlığının aktifinde belli oranda bir azalmaya sebep olmuşlardır. Örneğin bu kişi hastane idaresine tedavi ve ameliyat ücreti ödemiştir, ilâç almıştır, hastaneye geliş ve gidişte taşıt ücreti ödemiştir ve nihayet bir ay süreyle çalışamadığı için elde edeceği olası gelirden de yoksun kalmıştır. İşte bu zararların hepsi, saldırganın kendisinin maddî bütünlüğüne karşı yapmış olduğu hukuka aykırı saldırıdan doğmuştur. O hâlde, saldırgana karşı açacağı maddî tazminat davası ile bunların tamamını saldırgan tarafından karşılanmasını isteyebilecektir.

---

(124) **Arpacı,** sh.145.

d) İlliyet Bağı

Uğranılan maddî zarar, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı ve kusurlu bir saldırı sonucunda meydana gelmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, *zarar ile hukuka aykırı kusurlu saldırı fiili arasında illiyet bağı* (sebep-sonuç ilişkisi) *mevcut olmalıdır.* Eğer "hukuka aykırı ve kusura dayalı fiil ile kişilik hakkına saldırıda bulunulmuş olmasaydı bu zarar meydana gelmeyecek idi" denilebiliyorsa, bu durumda zarar ile saldırı fiili arasında böyle bir illiyet (nedensellik) bağı mevcuttur[125]. Böyle durumlarda, uğranılmış olan maddî zararın giderilmesi (tazmin edilmesi) istenebilir. Eğer "haksız rekabet yapılmamış olsaydı zarar doğmayacak idi", eğer "o kimse hakkında gerçeğe uymayan bilgiler verilmemiş olsaydı banka kredisi kesilmeyecek idi" denilebilen hâllerde de, saldırı fiili ile zarar arasında illiyet bağı mevcuttur.

B) MANEVÎ TAZMİNAT DAVASI

Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırıya uğrayan kimse, bu saldırı dolayısıyla herhangi bir maddî zarara uğramamış, fakat şiddetli bir üzüntü ya da utanç duymuş olabilir. Bir kimse herkesten gizli kalmasını arzuladığı özel hayatının aleniyete (kamuya) yansıtılmış olmasından, örneğin bir roman ya da tiyatro eserine konu yapılmasından çok büyük bir utanma duygusuna kapılabilir, huzur ve sükûnunu kaybedebilir. Halkın önünde uğradığı bir hakaret dolayısıyla bir kimsenin şeref ve haysiyetinin ve toplumdaki saygınlığının örselenmesi, kendisinde birtakım ruhsal bunalım ve sarsıntılar yaratmış olabilir. Bunun sonucu olarak bu kimse kendisine olan güvenini yitirebilir, büyük bir ruhsal çöküntüye düşebilir ve hatta yaşama isteği ve sevinci azalabilir.

Görüldüğü gibi bütün bu örneklerde kişinin uğradığı herhangi bir maddî zarar mevcut değildir. Kişilik hakkına yöneltilmiş olan hukuka aykırı saldırı, etkilerini sadece ve sadece kişinin manevî değerleri, kısaca maneviyatı üzerinde göstermiş olmaktadır. İşte bu gibi durumlarda kanun koyucu, böyle bir ruhsal çöküntüye, elem ve üzüntüye veya utanca uğramış bulunan kimseye salt manevî bir tatmin (doyum) ve haz sağlamak, kendisini bir ölçüde teselli etmek amacıyla ona manevî tazminat isteme hakkını tanımıştır.

---

(125) Bütün bu konularda geniş bilgi için bk. **Schwarz:** Borçlar Hukuku Dersleri, sh.124 vd.

Kanundaki bu hükme karşı, manevî acı ve üzüntülerin para ile giderilmesinin mümkün olmadığı, bu bakımdan manevî zararın maddî zarar ile bir tutulmaması gerektiğinden söz edilerek pek çok itiraz yöneltilmiştir(126). Ancak, manevî tazminatın kabulüyle güdülen amacı, uğranılan zararın belli bir miktar para ile karşılanmasından çok, kişilik hakkına yapılmış olan haksız saldırının hukuken cezalandırılmış olduğunun bu konuda en yetkili makam olan mahkemeler tarafından ortaya konulmuş olmasında aramak gerekir(127). Zaten manevî tazminatta rol oynayan husus, hükmedilen para miktarının yüksek oluşu da değildir. Burada önemli olan, davranışın toplumun bir temsilcisi durumunda bulunan yetkili bir makam tarafından uygun görülmemiş (tasvip edilmemiş) olduğunun açıkça belirtilmiş olmasından duyulan tatmin duygusudur. Nitekim manevî tazminatla ilgili genel bir hüküm niteliğindeki BK. m.58 (OBK. m.49) hükmüne göre manevî tazminatın mutlaka da belli miktarda "para" (nakit) olması gerekmez. Gerçi maddenin birinci fıkrasında "bir miktar para"dan söz edilmiş ise de, ikinci fıkrasında *"hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir, özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir"* denilmek suretiyle manevî tazminat olarak mutlaka belli miktarda paraya hükmetmenin zorunlu olmadığı ifade edilmiş oluyor. O hâlde hâkim, bir miktar para yerine veya onunla birlikte örneğin saldırganın saldırıya uğramış olandan açıkça özür dilemesine (ona alenen tarziye vermesine), ortaya atmış olduğu küçük düşürücü ithamların doğru olmadığını gazete ve diğer yayın organlarıyla açıklamasına, tekzipte (yalanlamada) bulunmasına veya mahkeme kararının ilân edilmesine karar verebilecektir. Bu konuda hâkimin çok geniş takdir yetkisi vardır.

Manevî tazminat davası Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesinde düzenlendiği gibi, bu davadan yeni Medenî Kanun'un 25 inci maddesinde de söz edilmektedir. Önceki Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve manevî tazminat isteminin şartları istemde bulunanın lehine büyük ölçüde hafifletilmişti. Gerçekten, bu değişiklikle eski metinde yer almış bulunan *"kusurun ve zararın özel ağırlığı şartı"* kaldırılmıştı. Hatta maddenin yeni metninde kusurdan hiç söz edilmemişti. Bu ise, doktrinde manevî tazminat isteyebilmek için kusurun gerekli olup olmadığı konusunda tartışmalara yol açmıştı. Bu konuda görüşler ikiye ayrılmıştı. Bir görüşe göre, maddede kusurdan söz

(126) Bu konuda bk. **Tuor**, sh.75 vd.

(127) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Kişilik Haklarını Koruyan Manevî Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, sh.144 vd.

edilmemiş olması, kusurun aranmayacağı anlamına gelmez; kusur eskiden olduğu gibi yine de aranacaktır. Zira 49 uncu maddenin düzenlendiği yer kanunun "haksız fiil sorumluluğu"nu düzenlemiş olduğu ikinci fasıldır ki, bu sorumlulukta kusur aranır. Kanun koyucu bunu düşünerek 49 uncu maddede kusurdan söz etmemiştir[128].

İkinci görüşe göre ise, kanun koyucu burada bilerek kusuru aramamıştır, isteseydi pekâla eski metinde olduğu gibi kusur şartını madde metnine koyardı; ama bunu yapmamıştır. "Buna ilâveten, Önceki Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi, vücut tamlığına zarar verilmesi halinde, failin kusurunu aramaksızın, kendisini sorumlu tutmuştur. Kanun koyucunun kişiliğin bazı değerlerini sebep sorumluluğu ile korumasının, diğerlerini ise korumamasının mantıklı bir açıklaması olamaz; çünkü bir kimsenin maddî varlığı kadar, onun manevî varlığı da önemlidir. Böyle bir ihlâl karşısında, zarar veren lehine mağdurun talep hakkının şartlarının ağırlaştırılması isabetli olmayacaktır. Günümüzde de, kişinin şeref ve haysiyetine yapılan tecavüzlerin, zarar verenin kusurlu davranışından kaynaklandığının zarar gören tarafından ispatının zaten çok güç olduğu göz önüne alınarak, maddenin yorumunun kanun koyucunun kusuru aramadığı şeklinde yapılması ihtiyaçların karşılanması açısından isabetli olacaktır[129].

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Borçlar Kanunu ise eski düzenlemeye paralel olarak 58 inci maddeyi şu şekilde hükme bağlamıştır:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

Ayrıca bu hükümle kanun koyucu önceki Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinde yer alan ve hakimin manevi tazminatın miktarını belirlerken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacağı yönündeki düzenleme de yeni maddeye alınmamıştır.

Manevî tazminat davası, hukuka aykırı saldırıyla örselenen kişisel varlığın mahiyetine göre farklı hükümlere dayanılarak açılabilecektir. Nitekim manevî tazminat istekleri; *maddî tamamiyete*, yani hayata, sağlığa ve beden bütünlüğüne karşı yapılan saldırı mahiyetindeki haksız fiiller

---

(128) Bk. **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, B.3, Ankara 1989, sh.32; **Zevkliler,** sh.465/466; **Dural-Öğüz,** sh.148.

(129) **Öztan,** sh.161.

dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun 56 ıncı maddesine; *manevî tamamiyete,* yani şeref, haysiyet, saygınlık ve gizlilik çevresine karşı gerçekleştirilen haksız fiiller dolayısıyla da Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesine dayanılarak ileri sürülecektir. Gerek BK. m. 56, gerek BK. m. 58 hükmü manevî tazminat isteklerini düzenleyen genel hükümler içermektedir.

1) Davanın Şartları

Maddî tazminat davası ile manevî tazminat davasının şartları arasında *hiçbir fark yoktur*. Oysa önceki Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesi 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce her iki davanın şartları arasında önemli bir fark vardı. Şöyle ki: Manevî tazminat davasının açılabilmesi, daha doğru ifadeyle manevî tazminata hükmedilebilmesi için, kusur ve zararın özel bir ağırlık taşıması gerekiyordu. Maddede değişiklik yapılarak bu şartın kaldırılmasından sonra, iki dava arasındaki bu fark da ortadan kalkmış oldu. Mamafih, yukarıda da belirtmiş olduğumuz bir görüşe göre iki dava arasında "kusurun aranıp aranmayacağı" hususunda bir fark vardır. Zira katılamadığımız bu görüş, manevî tazminata hükmedilebilmek için kusurun şart olmadığını savunmaktadır[(130)].

a) Hukuka Aykırı Saldırı

Maddî tazminat davasında olduğu gibi, manevî tazminat davasında da ilk şart, kişilik hakkına karşı *hukuka aykırı bir saldırının gerçekleşmiş olması*dır.

b) Kusur

Manevî tazminata hükmedilebilmek için, kişilik hakkına hukuka aykırı saldırıda bulunmuş olan *saldırganın kusurlu olması* şarttır. Kanun koyucu ÖBK. m.49 hükmünde 3444 sayılı Kanunla yaptığı değişiklikte ve ardından yeni Borçlar Kanunu'nun 58 inci maddesinde *"kusurun özel ağırlığı şartını"* kaldırmıştır. Bu itibarladır ki, kusur konusunda maddî tazminat davası ile manevî tazminat davası arasında evvelce mevcut olan fark da, yukarıda değindiğimiz üzere, artık söz konusu değildir.

Doktrinde, kusursuz sorumluluk hâllerinde dahi maddî tazminat gibi manevî tazminata da hükmedilmesinin mümkün olduğu görüşünde olanlar vardır. Bu görüşe göre, "sorunu ÖBK. m. 47'deki manevî tazmi-

(130) **Öztan,** sh.161. Her nedense **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** bizi de bu görüşe taraftar olarak gösteriyorlar: sh.159, dn.567. Oysa yazarların yollama yaptığı kitabımızın 429 uncu sahifesinden bir sonraki 430 uncu sahifede bu görüşe katılmadığımızı açıklıyoruz. Bu açıklamamız değerli meslektaşlarımızın gözünden kaçmış olsa gerek.

nat açısından olumlu şekilde cevaplandıran 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının ÖBK. 49 bakımından gösterdiği ret gerekçesi, bugün artık geçerliliğini yitirmiştir. Zira yeni ÖBK. 49 ağır kusur ve ağır zarar şartlarını kaldırmış bulunmaktadır. Şu halde, bundan böyle kusursuz sorumluluk hallerinde de, kişilik hakkının "her türlü" ihlâlinin manevî tazminata yol açabileceği sonucuna varmak gerekir(131).

c) Zarar

Manevî tazminata hükmedilebilmesi için, hukuka aykırı saldırı sonucunda saldırıya uğrayanın *manevî bir zarar görmüş olması* gerekmektedir. Manevî zararın ne olduğu hakkında daha önce yeterince açıklamada bulunduğumuz için, aynı şeyleri burada bir kez daha tekrar etmek istemiyor, sadece "zararın özel ağırlığının artık aranmadığını" belirtmekle yetiniyoruz(132).

d) İlliyet Bağı

Uğranılan manevî zarar, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırının sonucunda meydana gelmiş olmalıdır. Başka bir deyişle *hukuka aykırı saldırı ile uğranılan manevî zarar arasında illiyet bağı* (nedensellik, sebep-sonuç bağlantısı) bulunmalıdır.

Yeni Medenî Kanun'un 25 inci maddesinin dördüncü fıkrasında *"manevî tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez"* hükmüne yer verilmiştir.

Manevî tazminata ilişkin istem hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, aslında bu hakkın devredilmesinin veya mirasçılara geçmesinin hiçbir surette söz konusu olmaması gerekirdi. Fakat kanun koyucu ÖMK. m.85/II hükmüyle, nişanın bozulması hâlinde söz konusu olan manevî tazminatın mirasçılara geçmesi konusunda ana kuraldan ayrılmıştı. Nitekim MK. m.85/II "manevî tazminat davası, mirasçıya intikal etmez (geçmez); şu kadar ki miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş (açılmış) ise mirasçılara intikal eder", hükmünü içeriyordu. Bu demekti ki, nişanın bozulması dolayısıyla manevî tazminat talep hakkı doğan nişanlının sağlığında tazminat iddiası karşı tarafça kabul edilmiş ise veya bu nişanlı sağlığında (ölmeden önce) dava açmış ise, tazminat talebinin sonuçları mirasçılara intikal edebilecektir.

---

(131) **Arpacı,** sh.147; **Dural-Öğüz,** sh.148.

(132) **Prof. Tekinay** (sh.271) kusurun özel ağırlığından vazgeçilmesini ve herhangi bir kusurla yetinilmesini savunmanın mümkün olduğunu, fakat saldırının (zararın olsa gerek) ağırlığına ilişkin şartın muhafazasında yarar görüleceğini ifade ediyor.

Önceki Medenî Kanun'a 3444 sayılı Kanunla yeni bir 24a maddesi eklenmesi sonucunda, manevî tazminatın mirasçılara intikalinde (geçişinde), bu maddenin üçüncü fıkrası ile m.85/II arasında bir tutarsızlık ortaya çıkmış oldu; bu tutarsızlık dolayısıyla da "acaba 24a maddesinin üçüncü fıkrası sonraki tarihte yürürlüğe girmiş bir hüküm olması itibariyle m.85/II hükmünü yürürlükten kaldırmış mıdır" sorusu ortaya atıldı. Eğer yeni eklenen MK. m.24a/III hükmü "miras yoluyla intikal eder" yerine "ancak, dava açılmışsa miras yoluyla intikal eder" biçiminde kaleme alınmış olsaydı, iki hüküm arasında böyle bir tutarsızlık doğmamış olacaktı. Zira tutarsızlık ya da çelişki, ölenin sağlığında davayı açmış olup olmamasından kaynaklanmakta idi. Söz konusu MK. m.24a/III hükmü, manevî tazminat isteminin sağlar arası işlemle devredilebilmesini de mümkün kılmakta, ancak bunu, istemin karşı tarafça kabul edilmesi şartına bağlamakta idi. MK. m.24a/III hükmünün getirdiği yeni düzenleme doktrinde çeşitli açılardan eleştiri konusu olmuştu[133].

Yeni Medenî Kanun, 121 inci maddesinde nişanlanmada manevî tazminatın devri veya mirasçılara geçişiyle ilgili herhangi bir hüküm içermediği gibi, 25 inci maddesiyle manevî tazminatın mirasçılara geçişinde ortaya çıkmış olan çelişkiyi de kaldırmış bulunmaktadır.

C) VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME DAVASI

Medenî Kanun'un 25 inci maddesi *"saldırıdan elde edilen kazançları vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca isteme hakkını saklı"* tutmuştur. Bu hükme göre bir kimse, hâl ve şartlar gerektirdiğinde, maddî ve manevî tazminat davalarından başka, vekâletsiz iş görme davası açma imkânına da sahip olacaktır.

Bir kimsenin kişilik hakkına hukuka aykırı surette saldırıda bulunanların, bu saldırıları dolayısıyla birtakım kazançlar ve menfaatler elde etmeleri, daha doğru ifadeyle sebepsiz olarak zenginleşmeleri mümkün olabilir. İşte, ***vekâletsiz iş görme davası,*** *saldırıda bulunan kişinin malvarlığında saldırı dolayısıyla sebepsiz olarak meydana gelmiş olan zenginleşmenin, saldırıya uğrayana ödenmesini sağlayan davadır.* Gerçekten, saldırıya uğramış olan kimse, bu dava ile BK. m. 530 hükmüne dayanarak saldırgandan haksız olarak elde etmiş olduğu kazancı kendisine vermesini isteyecektir. Doktrinde burada BK. m. 530 hükmünde düzenlenen *"gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin"* söz konusu olduğu

(133) Bk. **Tekinay,** sh.276 vd.; **Arpacı,** sh.150; **Öztan,** sh.162.

kabul edilmekte ve bu sebeple istemin bu maddeye dayanacağı görüşü ileri sürülmektedir[134].

Buna örnek olarak, bir genç kızın resminin izni alınmaksızın reklâm amacıyla el ilanlarına veya duvar afişlerine, panolara konulmuş olması veya bir kimsenin kendisine hitaben yazılmış olan çok gizli bir mektubu bir gazeteye para karşılığında satarak yayınlatması[135] olayları gösterilebilir. Bu durumlarda resim üzerindeki hakkına saldırıda bulunulmuş olan genç kız veya gizlilik çevresi bu hukuka aykırı saldırıyla çiğnenmiş olan mektup sahibi, açacakları vekâletsiz iş görme davaları ile saldırganlardan bu saldırıları dolayısıyla haksız surette kazanmış oldukları paraları kendilerine ödemelerini isteyeceklerdir.

D) BAŞVURULABİLECEK DİĞER YOLLAR

Kişilik hakkı hukuka aykırı surette saldırıya uğramış bulunan kimselerin, Medenî Kanunda düzenlenmiş bulunan yukarıda incelediğimiz davalar dışında, başka yollara başvurma imkânları da vardır. Bunlara kısaca değinelim:

1) Düzeltme ve Cevap Hakkı

Düzeltme ve cevap hakkı, Anayasamızın 32 nci maddesinde düzenlenmiş olan kişisel temel haklardan biridir. Buna göre, *"Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir"*.

Maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere düzeltme ve cevap hakkı, basın yoluyla ya da daha geniş bir ifadeyle *"kitle iletişim araçları"* ile yapılan saldırılar için öngörülmüştür. Bu hak aynı zamanda kişilerin manevî bütünlüğünü oluşturan varlıklardan *şeref ve haysiyete* karşı gerçekleşen gerçek dışı yayınlar hakkında söz konusu olmaktadır.

Anayasamızın kanunla düzenlenmesini emrettiği düzeltme ve cevap hakkı, 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'yla düzenlenmişti. Fakat sözü geçen Kanun, 9.6.2004 tarihli ve 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nun 30 uncu maddesiyle yürürlükten kaldırılmış[136] *düzeltme ve cevap hakkı* bu kez Yeni Kanun'un 14 üncü maddesiyle aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

---

(134) Bk. **Tekinay,** sh.275; **Zevkliler,** sh.477**; Arpacı,** sh.153; **Öztan,** sh.162.

(135) **Tekinay,** sh.275.

(136) RG. 26.6.2004, S.25504.

Düzeltme ve Cevap

Madde 14 - Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması hâlinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren *iki ay içinde* göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç *üç gün içinde,* diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren *üç günden sonraki ilk nüshada*, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.

Düzeltme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez.

Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması hâlinde, yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması hâlinde ise yayım tarihinden itibaren *onbeş gün içinde* cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi *üç gün içerisinde*, duruşma yapmaksızın karara bağlar.

Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam *üç gün içinde* itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.

Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse, kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi hâlinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir.

Yeni Basın Kanunu *düzeltme ve cevap hakkının yayımlanmamasının yaptırımını* da 18 inci maddesinde şöyle düzenlemektedir:

Düzeltme ve Cevabın Yayınlanmaması

Madde 18- Düzeltme ve cevabın yayınlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, on milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ağır para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmi milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda elli milyar liradan az olamaz.

Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen ağır para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlara uyulmaksızın yayımlanması hâllerinde hâkim ayrıca, masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüz binin üzerinde olan iki gazetede ilân şeklinde yayımlanmasına da karar verir.

Yeni Basın Kanunu, *basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan sorumluluğu* da 13 üncü maddesiyle düzenlemiş bulunuyor:

Hukukî Sorumluluk

Madde 13- Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması hâlinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Bu hüküm, süreli ve süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınla birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi hâlinde, yayını devir alan, birleşen veya her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedile-

cek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Düzeltme ve cevap hakkı 15.2.2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18. maddesinde de şöyle düzenlenmiştir:

Düzeltme ve cevap hakkı

MADDE 18 – (1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilecek biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullandırılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir.

(2) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir.

(3) Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

(4) Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

(5) Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanma-

dan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarından biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir.

(6) Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlâl eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

(7) İlgili kişi birinci fıkrada belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir.

Anayasamız, düzeltme ve cevabın yayımlanmaması durumunda ne yapılacağını, 32 nci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle düzenlemiştir: *"Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde karar verilir"*.

2) Düzeltme İsteminde Bulunma

Ticaret Kanunu bir kimsenin iktisadî varlıklarına karşı *haksız rekabet yoluyla* saldırıda bulunulduğu takdirde, eğer haksız rekabet *"yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa"*, saldırıya uğrayan kimseye mevcut yanlış beyanların düzeltilmesini isteme yetkisini tanımaktadır (TK. m. 56/1-c).

3) Haklı Savunma

Kişiliğine karşı hukuka aykırı bir saldırıda bulunulan kimse, eğer şartları varsa, haklı savunma (meşru müdafaa) yoluna başvurarak bu saldırıyı bizzat defedebilir.

Haklı savunmanın şartları hem Türk Ceza Kanunu'nda (m.25), hem de Borçlar Kanunu'nda (BK. m. 64/I) düzenlenmiş bulunmaktadır.

E) DAVALARDA YETKİLİ MAHKEME

Medenî Kanun, 25 inci maddesinin beşinci fıkrasında kişiliğin korunmasına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen özel bir düzenleme de getirmiştir. Beşinci fıkraya göre, *"davacı,* kişilik *haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir"*.

Kişiliğin dışa karşı korunması konusuna son vermeden önce bir noktayı belirtmekte yarar görüyoruz.

Kişiliğin korunmasına ilişkin davaların ve başvurulabilecek yolların sadece gerçek kişilerin, yani insanların yararlanmasına sunulmuş olduğu sanılmamalıdır. Pek tabiî bu imkân ve yollar büyük ölçüde gerçek kişiler bakımından başvurulabilecek imkân ve yollardır. Gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındaki özellikle fizyolojik farklılıklar, bizi bazı imkân ve yolların sadece ve sadece gerçek kişiler için uygun olduğu sonucuna götürmektedir. Örneğin, yapıları gereği tüzel kişilerin maddî varlıkları, beden (vücut) bütünlükleri söz konusu olamayacağından, maddî bütünlüğe karşı saldırıda bulunulması mümkün değildir. Aynı şekilde, tüzel kişilerin, kişiliklerini koruma bakımından haklı savunma yoluna başvurmaları da söz konusu olamaz.

Bu ayrık durumların dışında, ***koruma imkân ve yollarından aynen gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de yararlanırlar.*** Hatta Yargıtay tüzel kişilerin kendilerine karşı girişilen hukuka aykırı saldırılardan ötürü manevî tazminat isteyebilmelerini bile kabul etmektedir[(137)].

§ 6. AD VE ADIN KORUNMASI

I- AD KAVRAMI VE AD ÜZERİNDEKİ HAK

A) AD KAVRAMI

Ad ya da ***isim,*** *toplum içerisinde bir kimseyi diğerlerinden ayırmaya yarayan, onu belirten bir kelime, bir tanıtım aracıdır.* "Ad" terimi, yeni Medenî Kanun'un ve 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun kullandığı terimdir. Önceki Medenî Kanun "isim" terimine yer vermişti (m.25, 26). Öz ad ve soyadı terimleri gerek gündelik hayatta, gerek hukuk dilinde yerleşmiş ve yaygın şekilde kullanılmakta olduğundan, yeni kanunumuz ad terimini kullanmayı yeğlemiştir.

Kişilerin, birbirleriyle olduğu kadar toplumla olan ilişkilerinde de kendilerini diğer kişilerden ayırmaya, onları bireyselleştirmeye yarayacak bir tanıtım aracına ihtiyaçları vardır. İşte bu ihtiyacı ad karşılamaktadır. Ad bir taraftan Medenî Kanun, diğer taraftan Soyadı Kanunu ile düzen-

(137) Bk. **Arpacı,** sh. 154 ve aynı sahife dn. 239 da anılan 11. HD. 7.2.1983, 4/499, YKD. 1984, S. l, sh. 73 vd.; 11. HD. 27.12.1982, 5594/5674, YKD. 1983, S.7, sh.1021 vd.; 4. HD. 8.7.1977, 3918/7947 tarih ve sayılı kararlar.

lenmiş bulunmaktadır. Nitekim Medenî Kanun, 26 ncı maddesiyle adın korunmasını, 27 nci maddesiyle de adın değiştirilmesini düzenliyor. Bu hükümlerin dışında, Medenî Kanunun bazı maddelerinde adın ne suretle kazanılacağı düzenlenmiştir (Örneğin m.187, 314, 321, 339).

Soyadı Kanunu kamu hukuku karakterli bir kanun mahiyetindedir. Ülkemizde ilk kez bu kanunla herkesin bir soyadının bulunması ve bunu taşıması zorunluluğu getirilmiştir. Nitekim sözü geçen kanunun birinci maddesi ***"her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur"*** hükmünü içermektedir.

1) Ad Türleri

a) Gerçek ve Dar Anlamda Ad

Gerçek ve dar anlamda ad i k i unsurdan, yani ***öz ad*** ile ***soyadı*** ndan oluşur. Bu, "her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur" diyen Soyadı Kanunu'nun birinci maddesi ile Medenî Kanun'un m.339/V ve 321 hükümlerinin birlikte ele alınmasından anlaşılır. Bugünkü hukuk sistemimize göre, her gerçek kişinin böyle iki unsurdan oluşan bir adı taşıması zorunludur (SK. m.1,2). Soyadı Kanunu bütün modern dünyada egemen olan esaslardan hareket ederek, her gerçek kişinin bir soyadının bulunmasını zorunlu kıldıktan başka, birinci maddesiyle koyduğu bu kuralın uygulanmasına ilişkin birtakım hükümler de içermektedir. Kanun'un 2 nci maddesi batı ülkelerinde egemen olan kuraldan ayrılarak, fakat Ülkemizin geleneklerine de uygun olarak, *soyadının öz addan sonra geleceği ilkesini* koymuştur.

Soyadı, *aile adıdır ve bir kimsenin baba tarafından bağlı olduğu ailenin kuşaktan kuşağa geçen adıdır.* Bu bakımdan soyadı, belli bir aileye mensubiyeti, belli bir aile ile olan bağlantıyı ve çoğu kez de soybağını gösterir(138).

Adın işlevi, kişileri bireyselleştirmek ve bu suretle birbirlerinden ayırt edilmelerini kolaylaştırmaktır. Soyadı tek başına bu işlevi görmeğe yeterli değildir. Zira soyadı, sadece kişilerin bir aileye mensubiyetlerine göre birbirlerinden ayrılmalarına yardım edebilir, fakat belli bir aileye mensup bireylerin kendi aralarında birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlayamaz. Bu itibarladır ki, herkesin ayrıca bir öz adının da bulunması gerekir.

---

(138) Bu konuda bk. **Reşat Osman:** Le nom des personnes dans les codes civils Suisse et Türc, Geneve 1934, sh.40 vd; **Planiol-Ripert,** sh.122 vd.

Öz ad, *çocuğa doğumunda velileri tarafından konulan (takılan) addır.* Gerçek kişileri ve özellikle aynı aileye mensup olan kişileri birbirlerinden ayırt etmek, ancak öz ad sayesinde mümkün olabilir.

Gerek öz adın, gerek soyadının nüfus kütüklerinden aile kütüğüne kaydedilmesi zorunludur (NHK. m.7/I; SK. m.7).

b) Geniş Anlamda Ad

Geniş anlamda ad, kişileri belirtmeye yarayan ve hukuken korunan *diğer tanıtım araçlarıdır*. Geniş anlamda ad kavramına aşağıdaki ad türleri, yani tanıtım araçları girer:

aa) Müstear Ad (Mahlâs)

Müstear ad (Namı müstear) veya mahlâs, *bir kimsenin gerçek adını ve dolayısıyla kimliğini gizlemek maksadıyla bazı faaliyetlerinde kullanmak üzere kendisine takmış olduğu addır.* Müstear ad çoklukla ve özellikle edebiyat ve sanat alanlarında yazarlar ve sanatçılar, bazen de yazılı basında köşe yazısı yazanlar tarafından kullanılmaktadır. Müstear ad Medenî Kanunda yer almış bir ad türü olmamakla beraber, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 11 nci maddesinin birinci fıkrasında "...o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış *müstear adını* kullanan kimse.." denilmek suretiyle müstear ad bir hukukî terim olarak benimsenmiş bulunmaktadır.

Bazı kişiler ya konumları (bulundukları mevkileri) ya da yayınlayacakları eserlerinin veya yazılarının halk tarafından nasıl karşılanacağı hususunda kuşku duymaları sebebiyle, eserlerini veya yazılarını kendilerine taktıkları müstear ad altında yayınlama yolunu seçerler ve zamanla bu ad altında tanındıklarını ve tutulduklarını görünce de, artık onu değiştirmek istemezler. *"Takma ad"* da denilen müstear ad kullanılması çok eski devirlere kadar uzanmaktadır. Örneğin Baki, Fuzulî, Nefî, Moliere, Voltaire, Server Bedii, Ahmet Muhtar, Halikarnas Balıkçısı gibi adlar ile günümüzde kullanılmakta olan Ali Rıza Kardüz, Taha Kıvanç, Cüneyt Arkın, Fikret Hakan, Muazzez Ersoy ve Banu Alkan gibi yazar ve sinema sanatçısı adları müstear ada örnek olarak gösterilebilir. Ancak, sinema sanatçılarının müstear ad kullanmaları, oyunculuklarının izleyiciler tarafından nasıl karşılanacağı kuşkusundan değil, gerçek adlarına oranla akılda daha kolay tutulabilir ve daha çarpıcı nitelikte olmasından dolayıdır.

bb) Lâkap

Lâkap, *bir kimseye belli bir özelliğinden esinlenerek ve bu özelliğini belirtmek maksadıyla başkaları tarafından takılmış olan addır.* O surette ki, bu kimse hiç değilse belli bir çevrede, örneğin arkadaşları veya meslektaşları ya da hemşerileri arasında bu adın takılmasından sonra artık o adla anılmaya ve tanınmaya başlar. Ülkemizde lâkap özellikle 1934 yılından önceki yıllarda oldukça yaygındı. Bunun sebebi ise, Soyadı Kanunu'ndan önceki dönemde aynı öz adı taşıyan kişileri birbirlerinden ayırmakta çekilen güçlük idi. Örneğin bir köyde veya mahallede Mehmet adında birden çok kimse varsa, bunların birbirlerinden ayrılması, soyadları olmadığından, ancak lâkapları vasıtasıyla mümkün olabiliyordu. Bunlara özelliklerine göre örneğin köse Mehmet, kel Mehmet, süslü Mehmet, pinti Mehmet, palavra Mehmet vs. gibi lâkaplar takılarak birbirlerinden ayrılmaları sağlanmış oluyordu.

Lâkap müstear addan farklıdır. Nitekim müstear ad bir kimsenin bizzat *kendisi tarafından* kendisine takılan ad iken, lâkap bir kimseye *başkaları tarafından* takılan ya da onun bir özelliğini dikkate alarak *yakıştırılan* addır. Bir kimse müstear adıyla oldukça geniş bir halk kitlesi tarafından tanınmak ve bunu belli meslekî faaliyetlerinde (örneğin basında, sinemada ve sahnede) kullanmak imkânına sahip iken, lâkap bir kimseyi sınırlı bir kitle arasında bireyselleştirmeye yarar ve o kimsenin meslekî ve diğer faaliyetlerinde kullanılmaz. Meğerki kendisi de takılan bu lâkabı benimsemiş olsun ve her işinde sürekli olarak kullansın.

Lâkaba örnek olarak topal, köse, şaşkın, kirpi, kaptan, şişko, tonton, çavuş, gebeş, cingöz gibi isimler gösterilebilir.

cc) Ticaret Unvanı

Ticaret unvanı ya da ***firma,*** *bir tacirin ticarî işletmesini işletirken kullandığı, daha doğrusu kullanmak zorunda olduğu addır*. Gerçek kişi tacirin ticaret unvanı, kısaltılmadan yazılacak öz ad ve soyadından oluşur; tacir dilerse buna bir ek de koyabilir: Örneğin Ali Şimşek ya da Ali Şimşek Manifatura Mağazası gibi. Bu unvandaki "Manifatura Mağazası" ticaret unvanının eki; Ali Şimşek ise çekirdeğidir.

Ticaret Kanunu her taciri bir ticaret unvanı almaya, onu ticaret siciline tescil ettirmeye ve ticarî işletmesini bu unvan altında işletmeye mecbur tutmuştur (TK. m. 39 vd.).

Tüzel kişi tacirlerin de ticaret unvanları vardır. Örneğin ticaret şirketlerinden kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanları, ortaklarının veya hiç olmazsa onlardan birinin öz ad ve soyadı ile şirketin türünü gösteren bir ibareden oluşur ki, buna *"kişi ticaret unvanı"* denir. Anonim ve limited şirketler gibi sermaye şirketlerinin ticaret unvanlarında kural olarak pay sahiplerinin adı yerine, şirketin işletme konusu yer alır ki, buna da *"konu ticaret unvanı"* denir: Örneğin Beta Basım Yayım Dağıtım Anonim Şirketi gibi.

dd) İşletme Adı

İşletme adı, *ticarî işletmenin sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzerlerinden ayırmak için kullanılan addır* (TK. m. 53).

İşletme adı ticaret unvanından farklıdır. Gerçekten, ticaret unvanı *taciri gösterdiği* hâlde, işletme adı doğrudan doğruya *işletmeyi tanıtır.* Diğer taraftan, her tacir mutlaka bir ticaret unvanı kullanmak zorunda olduğu hâlde, işletme adı kullanmak zorunda değildir. Nihayet, ticaret unvanı sadece tacirler hakkında söz konusu olduğu, yani esnafların ticaret unvanları olmadığı hâlde, işletme adı esnaflar tarafından da kullanılabilir. Kaldı ki Uygulamada esnafların hemen tamamına yakınının işletme adı kullandığı da gerçektir. Örneğin ayakkabı tamircilerinin "sağlam pençe", "garanti kundura"; kasapların "altın kasap", "et galerisi", "şen kasap"; fırıncıların "ekmek fabrikası !", "Cumhuriyet fırını","francala fırını" gibi işletme adları kullandığına yalnız büyük şehirlerde değil, kasaba ve hatta biraz büyücek köylerde dahi tanık olunmaktadır.

İşletme adına örnek olarak Akın Konfeksiyon, Hilton Oteli, Sevinç Matbaası, Emniyet Eczanesi, Şafak Pastanesi, Güneş Sineması gibi isimler gösterilebilir.

c) Tüzel Kişilerin Adı

Tüzel kişilerin de, türlerini gösteren ve aynı türden olanların birbirinden ayrılmasını sağlayan birer adı vardır. Bu, tüzel kişilerin cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği ancak insanlara özgü olanların dışında bütün haklara ve borçlara sahip olabileceğini ifade eden MK. m.48 hükmündeki genel ilkenin gereği olduğu kadar, adın mahiyet ve işlevi gereğidir de. Zaten tüzel kişilerin bir adlarının bulunması gereği, özel nitelikteki birçok hükümle de öngörülmüştür. Örneğin Dernekler Kanunu'nun 4üncü maddesinin (a) bendinde her derneğin tüzüğünde "*derneğin adının"* gös-

terilmesi zorunluluğu belirtilmiştir. Medenî Kanun'un 106 ncı maddesine göre, vakıf senedinde kurulan *vakfın adının* gösterilmesi gereklidir. Aynı şekilde, *ticaret şirketlerinin* de birer adının bulunması gereği, Ticaret Kanunu'nun 39 ve 41 inci maddeleri hükümlerinden anlaşılır. Ticaret şirketlerinin adı, onların ticaret unvanını ya da firmasını oluşturur.

2) Adın Kazanılması

a) Dar Anlamdaki Adın Kazanılması

Dar anlamdaki ad, gerçek kişilerin *öz adı ile soyadından* oluşur. Bu adların hangi yolla kazanılacağı hakkında Medenî Kanun ile Soyadı Kanunu'nda bazı hükümler vardır.

aa) Öz Ad

"Ön ad"[139] ve hatta bazen *"küçük ad"* da denilen ***öz ad,*** *çocuğa doğumundan sonra verilen veya takılan addır*.

Evlilik içinde doğan bir çocuğun öz adını ana ve babası birlikte koyarlar (MK. m.339/V). Çocuğun adı ayrıca nüfus kütüğüne de kaydedilir; fakat adın nüfusa kaydedilmesi adın kazanılması için şart değildir. Başka bir deyişle, öz adın nüfus kütüğüne kaydedilmesi kurucu nitelikte değildir[140]. Çocuk ana ve babası tarafından konulmuş olan öz adını yaşadığı sürece kullanmakla yükümlüdür. Meğerki haklı sebeple bu adın değiştirilmesine ilişkin istemi, MK. m.27 uyarınca mahkeme tarafından kabul edilmiş olsun.

Evlilik dışında doğan bir çocuğun öz adını koyma hakkı, fikrimizce MK. m.321 hükmüne dayanarak anasına aittir.

Çocuğun öz adının konulmasında ana babaya (MK. m.339/V) veya anaya (MK. m.321) büyük bir serbestlik tanınmıştır. Bununla beraber, bu

---

(139) Değerli meslekdaşımız ve aziz dostumuz **Dural** ile yazardaşı **Öğüz,** "Akıntürk Aile 404 de önad terimini kullanmaktadır. Türkçede bulunmayan bu terim, bazı yabancı dillerdeki özad karşılığı olan önadın kelime kelime çevrisi olup, kabul edilemez (!) bir terimdir" diyorlar. (**Dural-Öğüz,** sh.154, dn. 482). Değerli meslektaşlarımız bu terimin "kabul edilmezliğini" Türkçede böyle bir terimin bulunmamasına dayandırıyorlar. Acaba **ÖNAD** terimi özbeöz Türkçe değil mi? Ve acaba bu terimin kullanılmasını yasaklayan, bizim de bilmediğimiz bir kural mı var? Yabancı dillerde kullanılan bir terimin Türkçe karşılığını benimseyerek kullanmanın ne zamandan beri yasaklanmış (!) ve kabul edilemez (!) olduğu bizce bilinmemekte olduğundan, doğrusu samimî olduğuna inandığımız bu eleştiriyi pek yadırgadık.

(140) Bk. **Ataay,** Şahıslar Hukuku, sh.172; **Arpacı,** sh.159; **Öztan,** sh.166.

serbestliğin çocuğun kişiliğini örseleyecek surette kullanılmaması da gerekir. Bu itibarladır ki, çocuğa kötü anlama gelen, gülünç veya söylenmesi ya da yazılması güç ve acayip olan adları koymaktan kaçınılmalıdır. Bu konuda Soyadı Kanunu'nun 3 üncü maddesindeki kural öz adlar hakkında da uygulanmalı ve nüfus memurları "aşiret, yabancı ırk ve millet isimleriyle genel ahlâka uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç" bulunan adları nüfus kütüğüne kaydetmekten kaçınmalıdırlar.

Bu konuda halen yürürlükten kalkmış olan Nüfus Kanunu da sınırlayıcı bir hüküm içeriyordu. Nitekim m.16/IV hükmüne göre, millî kültürümüze, ahlâk kurallarına, örf ve âdetlerimize uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulamazdı. Bu kanunun yerine geçen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda bu gibi sınırlayıcı hükümlere yer verilmemiştir.

bb) Soyadı

Soyadı, *bir kimsenin belli bir aileye, belli bir soya mensubiyetini (bağlantısını) gösteren addır.* Soyadının kazanılması kural olarak kanundan ötürü, istisna olarak da kişinin iradesiyle gerçekleşir.

aaa) İrade İle Kazanma

Soyadının irade ile kazanılması, herkesin mutlaka bir soyadı bulunması ilkesini getiren, yani soyadı taşıma ve kullanma zorunluluğunu öngören Soyadı Kanunu'yla gerçekleşmiştir. Soyadı Kanunu'nun 5 inci maddesi, Kanun'un yürürlüğe girdiği 1934 yılında soyadına sahip bulunmayan ayırt etme gücüne sahip ergin kişilere, dilediği bir ismi soyadı olarak seçip kullanma serbestliği tanımıştır. Kanun'un 3 üncü maddesi rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleri ile genel ahlâka uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç isimlerin soyadı olarak kullanılamayacağını belirtmiş, 4 üncü maddesi ise ailenin soyadını seçme görev ve hakkını evlilik birliğinin başkanı olan kocaya tanımıştır.

bbb) Kanundan Ötürü Kazanma

Soyadının en normal ve doğal kazanılma yolu, kanundan ötürü kazanmadır. Soyadının bu yoldan kazanılması kişilerin herhangi iradî bir fiiline veya rızalarına da bağlı değildir. Kanunda soyadının kazanılması için şart kılınan olgunun gerçekleşmesiyle birlikte soyadı da aynı anda kendiliğinden kazanılmış olur. Kişinin, kazanmış olduğu bu soyadını kural olarak hayatı boyunca kullanma zorunluluğu vardır.

Soyadı, kanundan ötürü i k i şekilde kazanılabilir:

• ***Doğum ile Kazanma:*** Esasen her çocuk sağ olarak doğduğu anda bir soyadına sahip olur. Bu soyadı onun mensup olduğu ailenin ve kural olarak babasının ailesinin soyadıdır. Zira soyadı ilke olarak kuşaktan kuşağa geçer.

Evli olan eşlerden doğan çocukların soyadı, ailenin soyadıdır (MK. m.321). Ana ve baba boşanmış veya baba ölmüş olsa dahi kural böyledir.

Evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukların babalarına bağlantısı hukuken belli değildir. Bu çocukların soyadlarına ilişkin MK.m.321'de yer alan ve "analarının soyadını" alacakları yönündeki hüküm Anayasa Mahkemesi'nin *2/7/2009 tarihli ve E.: 2005/114, K.: 2009/105* sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Buna karşılık kanun koyucu yeni bir yasal düzenlemeye gitmediğinden doğan boşluk halen devam etmektedir(141). Diğer yandan ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuğun ananın bekarlık soyadını alacağı yönündeki madde hükmü ise bu değişiklikte korunmuştur.

Bulunmuş olan, yani ana ve babaları belli olmayan çocuklara çocuğun bulunduğu yer nüfus müdürlüğünce ad ve soyadı ile ana ve baba adı verilir (NHK. m.19/II).

• ***Sözleşme İle Kazanma:*** Soyadının sözleşme ile kazanılması özellikle evlilik ve evlâtlık ilişkilerinin kurulması yoluyla gerçekleşir. Medenî Kanun aile içindeki birliği sağlamak maksadıyla evli kadının, kocasının (m.187); henüz ergin olmayan evlatlığın ise, kendisini evlât edinmiş olanın (m.314/III) soyadının taşıyacağını öngörmektedir.

Evlenme töreninin tamamlanması ve evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte evlenen kadın (karı) kocasının soyadını kazanır ve evlilik devam ettiği sürece ve hatta ölümle sona erdikten sonra da bu soyadını kullanır (MK. m.187). Karının kocasının soyadıyla birlikte kendi soyadını da kullanıp kullanmayacağı hakkında Önceki Medenî Kanunda bir açıklık yoktu. Türk doktrininde bu konuya olumlu bakılmakta ve karının kocasının soyadıyla birlikte kendi soyadını da taşıyabileceği kabul edilmekteydi(142).

Nihayet Ülkemizde de 14.5.1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanunla Önceki Medenî Kanunun 153 üncü maddesinde yapılan bir değişiklik sonucunda, evli kadına (karıya) evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadının önünde önceki soyadını

---

(141) RG. 7.10.2009, S.27369.

(142) Bk. **Ataay,** Şahıslar Hukuku, sh.186; **Dural** sh.182; **Köprülü,** sh.311; **Özsunay,** Gerçek Kişiler, sh.195; **Öztan,** sh.165; **Arpacı,** sh.162; **İmre,** sh.481.

da kullanma hakkı tanındı[143]. Ancak, daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilecektir. Yeni Medenî Kanun da bu değişikliği aynen benimseyip konuyu 187 nci madde olarak düzenlemiş bulunmaktadır. İsviçre hukukunda ise bu sorun kanun değişikliğiyle çözümlenmiş ve İsviçre Medenî Kanunu'nun 160 ıncı maddesine nişanlılara evlenme sonrasında hangi soyadının taşınacağına ilişkin olarak bir seçim hakkı tanınmıştır. Nişanlılar, evlenmeden sonra kendi soyadlarını koruyabilecekleri gibi ortak bir aile adı seçme iradesine sahiplerse, bu seçimlerini evlenmenin kurulmasından önce nüfus memuruna bildirmeleri gerekir. Evlenme sözleşmesinin kurulmasından sonra "eş" sıfatını kazanan taraflar, bu sıfatla aile adı seçiminde bulunamazlar[144].

Evliliğin boşanma veya iptal sebepleriyle ortadan kalkması hâlinde acaba karının soyadı ne olacaktır?

Önceki Medenî Kanun'un bu konuyu düzenleyen 141 inci maddesi 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce "boşanan kadın evlenmeden evvel taşıdığı soyadını (aile ismini) tekrar alır. Eğer kadın evlenmenin yapıldığı sırada dul idiyse, kendi soyadını (aile ismini) taşımasına boşanma hükmüyle birlikte müsaade edilebilir" hükmü uygulanıyordu. Aynı şekilde, evliliğin iptal yoluyla sona ermesi hâlinde de "karı evlenmeden evvelki soyadının tekrar alır" hükmü geçerliydi (MK. m.126/I).

---

(143) Evlenen kadının eşinin soyadını kullanmaksızın sadece evlenmeden önceki soyadını kullanma hakkı bulunup bulunmadığıyla ilgili mesele, Anayasa Mahkemesi tarafından 2002 yılında verilen bir red kararının ardından 16 Kasım 2004 tarihinde *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine* taşınmıştır. Mahkeme kararında, Anayasa Mahkemesinin aksine, mevcut düzenlemeyi, T.C. Anayasası'nda yer alan "cinsiyetler arası eşitliğin sağlanması ilkesine", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine dayanarak ayrımcılık yasağına aykırı bulmuş; Nüfus Müdürlüğü tarafından mahkeme kararı doğrultusunda davacının soyadı değiştirilmişti. Bu gelişmeyi takiben benzer davalar açılmaya devam etmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 18.6.2012 tarihli ve E.2011/7737, 2012/16695 sayılı kararı ile hükmü bozarak kocanın soyadında değişiklik olmadıkça kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olduğu ve aksine bir yasal düzenleme yapılmadıkça da bunun mümkün olamayacağına karar vermişti. ***Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 30.09.2015 tarihli ve E.2014/2-889, 2015/2011 sayılı kararı*** ile haklı bir gerekçe bulunmasına ihtiyaç olmaksızın *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* m.8 ve *Anayasa* m.17 kapsamında kadın ve erkek eşitliği yönünden evli kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine karar vermiştir. Böylelikle Medeni Kanun m.187 hükmünde yasal bir değişiklik yapılmadığı sürece bu imkân bireysel olarak dava açmak suretiyle mümkün kılınmıştır.

(144) ZGB. m.160 hükmü şu şekildedir: "Eşlerden her biri kendi soyadını korur. Nişanlılar, nüfus memuruna yapacakları beyan ile içlerinden birinin soyadını aile adı olarak taşıyabilirler. Nişanlılar, kendi soyadlarını korumaları durumunda çocuklarının hangi soyadını taşıyacağına karar verirler. Somut olayın koşullarının haklı göstermesi durumunda nüfus memuru nişanlıları böyle bir yükümlülükten muaf tutabilir".

Sözü geçen 141 inci maddede yapılan değişiklikle boşanan kadına, hâkimin iznine gerek olmaksızın "bekârlık soyadını yeniden alma" hakkı verilmişti. Aynı değişiklikle kadına boşandığı kocasının soyadını kullanma imkânı da tanınmıştı. Şöyle ki, "şayet boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir" (MK. m.141/I). Kanun koyucu şartların değişmesi hâlinde kocaya bu iznin kaldırılmasını isteme hakkını tanımış ve böylece kocanın bundan dolayı zarar görmesini önlemişti. Yeni Medenî Kanun *bu değişikliği de aynen benimseyip 173 üncü madde olarak aşağıdaki gibi düzenlemiş bulunmaktadır:*

"Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunu kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istem üzerine hâkim, kocasının soyadını kullanmasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir".

Diğer yandan *evliliğin boşanma veya iptal sebepleri ile ortadan kalkması halinde çocukların soyadlarının* ne olacağı ile ilgili güncel bir gelişme yaşanmıştır. Buna göre 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer *alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır."* biçimindeki birinci cümle *Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve E.: 2010/119, K.: 2011/165 sayılı Kararı* ile kişilik haklarına, özel hayatın dokunulmazlığına ve eşitlik ilkelerine aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. (145)

Mevcut evlilik *kocanın ölmesi sebebiyle ortadan kalkarsa*, dul kalan kadın kocasının soyadını taşımaya devam eder. Bu durumda kadının ölen kocasının soyadını taşımaya hakkı olmadığı iddia edilecek olursa kadın, MK. m.26/I hükmüne dayanarak açacağı tespit davasıyla hâkimden bu soyadını taşımaya hakkı olduğuna karar verilmesini isteyebilir.

Evlilik devam ederken kocanın soyadı MK. m.27/I uyarınca değişecek olursa, karının soyadı da kendiliğinden değişmiş olur.

Önceki Medenî Kanun'a göre, *evlâtlık sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte* evlâtlık kendisini evlât edinenin soyadını alıyordu (ÖMK. m.257/I). Önceki Medenî Kanun'un 257 nci maddesinde 16.6.1983 tarihli ve 2846

(145) Hazırlanan ve 1.2.2012 tarihinde Adalet Komisyonuna sunulan yasa teklifi ile soyadı seçme hakkının evlilik birliğini kuran eşlere ait olması, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun kullanacağı soyadını belirme görevinin eşlere ait olması, velayetin anneye bırakılması halinde çocuğun annenin kullanacağı soyadını taşıması amaçlarıyla 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda değişiklik yapılması öngörülmektedir.

sayılı Kanunla yapılan bir değişiklikle maddeye şöyle bir dördüncü fıkra eklenmişti: *"Evlâtlığın, reşit olduktan sonra asıl ana babasının ismini kullanma hakkı saklıdır"*. Pek tabiî fıkrada geçen "isim"den maksat, soyadı idi. Bu hükümden anlaşılacağı üzere evlâtlığın evlât edinenin soyadını alması, ancak evlâtlığın henüz reşit (ergin) durumda olmadığı zaman söz konusu olabilecekti. Yani evlâtlık sözleşmesinin kurulduğu sırada küçük durumda olan evlâtlık, evlât edinenin soyadını taşımakla yükümlü olacak, fakat reşit (ergin) olunca dilerse asıl ailesinin soyadını alabilecekti. Evlâtlık sözleşmesinin kurulduğu sırada reşit (ergin) durumda olan evlâtlık ise, bir seçim hakkına sahipti. Dilerse asıl ailesinin soyadını taşıma hakkından yararlanacak, eğer bu imkândan yararlanma yolunu seçmemişse, o zaman evlât edinenin soyadını taşımakla yükümlü olacaktı[146]. Yeni Medenî Kanun'umuz *bu değişik hükmü benimseyerek* yeniden 314/III hükmü olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak, hemen belirtmiş olalım ki, yeni Medenî Kanun evlâtlık ilişkisinin kurulmasında köklü bir değişiklik yapmıştır. Buna göre ilişki, eskiden olduğu gibi evlât edinen ile evlâtlık arasında yapılacak bir sözleşmeyle değil, fakat hâkimin vereceği kararla kurulacaktır (MK. m.316/I).

Evlâtlığın soyadı konusunda bir diğer sorun da, sadece karı tarafından evlâtlığa alınanın soyadının ne olacağı idi. Acaba evlâtlığın soyadı, evlât edinen kadının evlenmeden önceki soyadı mı, yoksa kocasının soyadı mı olmalıydı? İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında bu konuda bir açıklık olmadığından, sorun tartışmalı idi[147]. Yeni Medenî Kanun eşlerden birinin tek başına evlât edinmesi imkânını m.307/II hükmü dışında kural olarak kaldırmış olduğundan, bu sorun ancak çok istisnaî durumlarda ender olarak söz konusu olabilecektir.

Evlâtlık ilişkisi ortadan kalktığı zaman, evlâtlık evlât edinenin soyadını bırakarak evlât edinilmeden önceki soyadını alır.

b) Geniş Anlamdaki Adın Kazanılması

Bu konuda *tüzel kişilerin adları* ile *ticaret unvanı ve işletme adının kazanılması* önemlidir.

Tüzel kişilerin adlarının kanundan ötürü kazanılacağı hakkında bir hüküm mevcut değildir. Kamu tüzel kişilerinin, özellikle kanunla kurulan

---

(146) **Akıntürk,** Aile Hukuku, sh.383.

(147) Bu konu hakkında bk. **Reşat Osman,** sh.88 vd. **Ataay** (sh.180) bu durumda evlâtlığın kendisini evlât edinen kadının evlenmeden önceki soyadını değil, fakat onun evlilikle kazandığı soyadını taşıyacağını, aksi kabul edildiği takdirde evlâtlığın evlât edinen kadının evlilik dışı çocuğu olduğu izlenimi (zehabı) uyandıracağını ifade etmekteydi.

kamu tüzel kişilerinin adları, kendi kuruluş kanunlarında veya idarî kararda (kararnamede) gösterilmek suretiyle kazanılır. Nitekim Başkent Üniversitesi, Yüksek Öğretim Kurulu, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Ankara Belediyesi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu adlarında durum böyledir.

Adın kişileri birbirlerinden ayırmaya ve onları tanıtmaya yarayan bir araç olduğu esasından hareket edilirse, tüzel kişilerin adlarının konularını ve özellikle türlerini gösterecek surette bizzat kurucuları tarafından şerbetçe seçilebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim Uygulamada da tüzel kişilerin adları bu suretle konulmaktadır. Örneğin Türk Hukuk Kurumu, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrenci Derneği, Türk Eğitim Vakfı, Poyraz Sigorta T.A.Ş. vs. gibi.

Ticaret unvanı ve işletme adının kazanılmasına ilişkin olmak üzere Ticaret Kanunu'muzda çeşitli hükümler vardır (TK. m. 41 vd.).

3) Adın Değiştirilmesi

Ad, kişileri birbirlerinden ayırarak tanıtmaya, onları bireyselleştirmeye yarayan bir araçtır. Belli bir ad altında tanınan ve bu adıyla da nüfus kütüğüne kaydedilmiş bulunan gerçek kişilerin bütün resmî ve özel işlemlerinde bu adlarını kullanmaları gerekir. Herkesin nüfus kütüğünde kayıtlı olan adlarını (öz ad ve soyadını) kullanma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk açıkça Soyadı Kanunu'nun "Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa *mecburdur*" diyen birinci maddesinden ve örtülü olarak da Medenî Kanun'un adla ilgili çeşitli hükümlerinden, özellikle 27 nci ve 173 üncü maddeleri hükümlerinden anlaşılır. Bu itibarla herkes ilke olarak kanundan ötürü kazanmış olduğu adlarını, istisnalar saklı kalmak şartıyla, ömrünün sonuna kadar değiştirmeden olduğu gibi kullanmak zorundadır.

Kişilerin adlarını diledikleri anda ve sıkça değiştirmeye kalkmaları, sosyal ilişkilerdeki devamlılığı (istikrarı) ve güveni sarsar. Bununla beraber kişilerin gülünç, anlamı hiç de hoş olmayan veya kişilikleri hakkında çok yanlış izlenimler uyandırabilecek mahiyetteki adlarını, ölünceye kadar taşımak zorunda bırakılmaları da menfaatlerine aykırı olur. İşte bu iki karşıt menfaati dengelemek maksadıyladır ki Medenî Kanun'umuz, 27 nci maddesiyle *ancak haklı sebeplerin bulunması hâlinde* bir kimsenin adını değiştirebilmesine imkân tanımaktadır.

Genel olarak ad ile ilgili değişiklik i k i şekilde gerçekleşir:

a) Kanundan Ötürü Değişme

Kanundan ötürü adın değişmesi özellikle *soyadı hakkında* söz konusu olur. Nitekim evlenme, boşanma ve evliliğin iptali sonucunda kadının soyadının değişmesi; evlâtlık işlemiyle ergin olmayan evlâtlığın soyadının

değişmesi veya evlâtlık ilişkisinin ortadan kalkması sonucunda evlâtlığın evlât edinenin soyadını kullanma hakkını kaybederek eski soyadına dönmesi buna örnek olarak gösterilebilir.

b) Mahkeme Hükmüyle Değiştirme

Adın gerçek anlamda değişmesinden maksat, onun haklı bir sebebe dayanılarak *mahkeme hükmüyle değiştirilmesidir.* Bu değiştirme, kütükte yazılı adın yazılışının (imlâsının) değiştirilmesi şeklinde olabileceği (örneğin Vahab yerine Vahap veya Lütfi yerine Lütfü) gibi, kullanılmakta olan kütükteki kayıtlı adın terk edilerek yeni bir adın alınması (örneğin Sunusî yerine Sinan veya Mürüvvet yerine Müge) şeklinde de olabilir. Medenî Kanun adın değiştirilmesine istisnaî hâllerde ve ***ancak haklı sebeplerin bulunması şartıyla izin verir***. Adın değiştirilmesini haklı gösterecek sebeplerin neler olduğunun belirlenmesi hâkime aittir. Hâkim haklı sebebin bulunup bulunmadığını, özellikle adının değiştirilmesini isteyen kimsenin kişisel, ekonomik ve ailevî menfaatlerini göz önünde tutarak takdir eder[148].

Gülünç veya çirkin anlamlar ifade eden[149], söylenmesi (telâffuzu) ve yazılması güç veya sahibi hakkında şüphe uyandırabilecek mahiyette olan adların değiştirilmesi, haklı sebebe örnek olarak gösterilebilir. Kişinin ülke içinde kötü şöhretle tanınmış bir aileye mensubiyetini çağrıştıran veya böyle bir görünüm yaratabilecek olan yahut kişinin yabancı olduğu izlenimini uyandıran adların değiştirilmesinde de haklı birer sebep vardır. Dil devriminin akışına uyarak "adlarının Türk adlarıyla değiştirilmesine dair olan"[150] istemler, "hâlen kullanılmakta olan soyadı yerine evvelce maruf ve ticaret hayatında o suretle tanınmış olan lâkaplarının alınması" istekleri de[151] haklı sebep olarak kabul edilmelidir.

"Adın değiştirilmesi ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir" diyen MK. m.27 hükmünde bir açıklama bulunmaması karşısında, görev hakkındaki genel ilke uyarınca *görevli mahkemenin* asliye mahkemesi olduğunun kabulü gerekir. *Yetkili mahkeme* ise, istem sahibinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi olmak gerekir.

Adın değiştirilmesine ilişkin istemin bir dava şeklinde yapılması zorunlu olmakla beraber (MK. m.39; SK. m.6), açılacak davada bir davalının (hasımın) gösterilmesinin gerekip gerekmediği, yani bu davanın çekiş-

---

(148) Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Brunner, Hans Rudolf:** Die Namensaenderung nach Art. 30 ZGB. Bern 1933. Ayrıca bk. **Reşat Osman,** sh.110 vd.; FJS 1167 a; JdT 1946, 296.

(149) 2. HD. 2.4.1946, 1705/1604, **Olgaç,** sh.80.

(150) Adalet Bakanlığının 7.11.1933 tarih ve 37 sayılı Genelgesi: **Olgaç,** sh.44.

(151) HGK 30.1.1952, 3-182-19/30, **Olgaç,** sh.79.

meli yargıya mı (nizalı kazaya mı), yoksa çekişmesiz yargıya mı (nizasız kazaya mı) girmekte olduğu konusunda doktrinde görüş birliği yoktur.

Adın değiştirilmesi davası, istemde bulunan kişinin o güne kadar kullanmakta olduğu adını terk ederek yeni bir ad almasıyla sonuçlanır. Bu dava, nüfus kütüğüne yanlış kaydedilmiş olan adın gerçeğe uygun olarak düzeltilmesi, yani Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36 ncı maddesi anlamında "adın düzeltilmesi davası" mahiyetinde değildir. Zira adın düzeltilmesi davasında gerçek adın nüfus kütüğüne yanlış yazılması söz konusudur. Bu bakımdan, *adın düzeltilmesi davası* ile nüfus kütüğündeki bu yanlışlığın düzeltilmesi istenerek adın gerçek ve fiilî duruma uydurulması sağlanır. Bu sebepledir ki, davanın nüfus müdürlüğüne karşı açılması; nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memurunun hazır bulunması ile görülmesi gerekir (NHK. m.36/I) Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36 ıncı maddesinde 31.3.2011 tarihinde yapılan değişiklikten önce, davanın açılabilmesi için nüfus müdürü (veya görevlendireceği nüfus memuru) ile birlikte Cumhuriyet Savcısının da bulunması gerekmekte idi. Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda değişiklik yapan 6217 sayılı Kanun'un 31 inci maddesi Cumhuriyet Savcılarının bu davalarda bulunma zorunluluklarını ortadan kaldırdı. Diğer yandan, adın değiştirilmesi davasında nüfus kütüğündeki kayıt gerçeğe uygundur. Kütükte kayıtlı olan da davacının gerçek adıdır, fakat davacı haklı bir sebebe dayanarak artık bu adı kullanmayı arzu etmemekte, onun değiştirilmesini istemektedir. Bu itibarla adın değiştirilmesi davasında nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memurunun hazır bulunmasına gerek yoktur [(152)].

Doktrinde yaygın olan görüşe göre[(153)] de adın değiştirilmesi davasında C. savcısı veya nüfus müdürünün veya görevlendireceği nüfus memurunun bulunmasına gerek olmamakla beraber, Uygulamada bunun tam aksine daima davacı olarak Nüfus İdaresi gösterilmekte, bu suretle de dava çekişmeli yargıya dönüştürülmektedir. Oysa bu uygulama, yukarıda da açıkladığımız üzere "adın düzeltilmesi" ile "adın değiştirilmesi" davalarının arasındaki farkı da ortadan kaldırmaktadır.

Yargıtay'ın da doktrinde savunulan görüşe, yani adın değiştirilmesi davalarında Cumhuriyet savcısının ve nüfus müdürünün veya görevlendireceği nüfus memurunun hazır bulunmasının gerekmediği fikrine taraftar olduğu anlaşılmaktadır[(154)].

---

(152) Aynı görüş için bk. **Öktem, İmran:** Soyadı Değiştirme Davası, Yargılama Usulü, Husumet, Hukuk Dergisi (yeni AB.Der.) 1946, S.26, sh.10 vd.

(153) Bk. **Ataay,** sh.207 **Zevkliler,** sh.365; **Arpacı,** sh.167; **Köprülü, Bülent:** Medenî Hukuk, İstanbul 1970-1971, sh.238.

(154) 6. HD. 8.11.1963, 3650/4515; 6. HD. 29.1.1963, 6344; 6. HD. 18.3.1962, 1093/1945, **Olgaç, Senai:** Kazaî ve İlmî İçtihatlara Göre Türk Medenî Kanunu Şerhî İstan-

Adın değiştirilmesine ilişkin mahkeme kararının i k i sonucu vardır: Bunlardan biri, *davacı kişinin o güne kadar kullanmakta olduğu adını terk ederek bundan sonra yeni bir ad taşıma hakkını kazanması*; diğeri ise, *nüfus kütüğündeki kaydın da buna uygun olarak değiştirilmesidir*. Adın değişmiş olduğunun nüfus kütüğüne kaydı ve bunun ilânı zorunludur (MK. m.26/II). Adın değişmiş olması, kişinin yaşının, toplum ve aile içindeki durumunun, bir kelimeyle kişisel durumun değişmesi sonucunu doğurmaz. Şükrü olan adın Şükran olarak değiştirilmesiyle, adın mahiyetine bakılarak, kişinin cinsiyetinin değiştiği sonucuna varılamaz; zira Şükran adı her iki cinsiyete mensup kişiler tarafından kullanılan bir addır. MK. m.27/III hükmü *"Ad değişmekle kişisel durum değişmez"* derken bunu ifade etmek istemiştir.

Bir kimsenin adının değiştirilmiş olmasından dolayı başkalarının zarara uğrama olasılığı vardır. Zira bu kimsenin kendisine yeni seçmiş olduğu adı (örneğin soyadını veya ticaret unvanını) kullanmakta haklı olmaması, yani bir başkasına ait olan bir adı almış olması mümkündür. İşte, adın değişmesine ilişkin mahkeme kararının ilânı, durumdan üçüncü kişileri bilgilendirmek amacıyla yapılmaktadır. Medenî Kanun, adın değişmesinden zarar görenlere, değişikliği öğrenmelerinden itibaren *bir yıl içinde* adın değişmesine ilişkin *kararın kaldırılmasını isteme hakkını* tanımaktadır (m.27/IV). Ancak, bu istemin *dava yoluyla yapılması gerekir*. Bu dava, mahiyeti ve sonucu bakımından ad üzerindeki hakkın korunması amacına yöneliktir. Bu itibarla ancak değişmiş, yeni alınmış olan ad üzerinde hakkı olan ve bu değişiklikten dolayı zarar gören kişiler tarafından açılabilir.

Adın değiştirilmesine ilişkin bu hükümlerin, geniş anlamdaki adın değiştirilmesi hakkında da uygulanması ilke olarak mümkün değildir.

B) AD ÜZERİNDEKİ HAKKIN MAHİYETİ

Ad üzerindeki hakkın mahiyeti konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Fransız hukukunda uzun süre ad üzerindeki hakkın bir *"mülkiyet hakkı"* olduğu görüşü hâkim olmuştur(155).

Türk ve İsviçre hukuklarında, Alman hukukunda da olduğu gibi ad üzerindeki hak *"kişilik hakkı"* olarak kabul edilmektedir. Nitekim İsviçre

---

bul 1967, sh.46. Aksi görüşteki kararlar için bk. 18.HD. 14.2.2000, 1328/1812; 1329/1813; 1330/1814, RG.23.3.200, S.23999.

(155) Bu teoriler hakkında bk. **Planiol-Ripert,** sh.140 vd.; **Reşat Osman,** sh.9 vd.; **Aisslinger, Hermann:** Der Namensschutz nach Art. 29 ZGB, Zürich 1948, sh.18 vd.

ve Türk Medenî Kanunlarının anlayışı da budur. Bu sonuç İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının kişiliğin korunmasını düzenleyen maddeleri arasındaki ayırımdan (taksimattan) da anlaşılır. O hâlde, ad üzerindeki hak bir kişilik hakkı olması itibariyle kanundaki istisnalar dışında, başkalarına devir ve ferağ edilemez. Ancak, Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret unvanının başkasına devredilebileceği ve bu devrin şekli hakkında özel hükümler mevcuttur (TK. m. 49).

Ad üzerindeki hak bu mahiyeti itibariyle aynı zamanda "*mutlak hak*" da sayılır.

II- ADIN KORUNMASI

A) KORUMANIN KAPSAMI

Ad, kişiliğin manevî bütünlüğünü oluşturan varlıkların en önemlilerinden biridir. Zira ad sadece bir kimseyi bireyselleştirerek diğer kişilerden ayırmaya ve kendisini tanıtmaya yarayan bir araç olmakla kalmaz, aynı zamanda aynen resim gibi sahibinin kişiliğini de yansıtır. Bunun dışında, adın bir kimsenin belli bir aileye mensubiyetini (bağlantısını) gösterme işlevi de vardır.

Ad üzerindeki hak bir kişilik hakkı olması itibariyle, Medenî Kanun'un kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanır, yani adın da o hükümlerle korunması mümkündür. Fakat adın gerek toplumun ve bireyin hayatı bakımından taşıdığı önem, gerek üçüncü kişilerin saldırılarına daha kolaylıkla uğrayabilme olasılığı, kanun koyucuyu bu konuda koruyucu özel hüküm koymaya yöneltmiştir. Adın dışa karşı korunmasına ilişkin olan bu özel hüküm, Medenî Kanun'un 26 ncı maddesiyle düzenlenmiştir. Mamafih MK. m.26 hükmü, kişiliğin dışa karşı korunmasına ilişkin olan MK. m.25 hükmünün özel bir uygulama şekli olarak da görülebilir.

Adın korunmasına ilişkin olan bu özel hüküm, *bütün adlar hakkında uygulanır*. Başka bir deyişle dar anlamdaki ad (öz ad ve soyadı) olduğu kadar, geniş anlamdaki ad da (mahlâs, lâkap vs. de) bu hüküm ile korunur[156]. Ancak, mahlâs (müstear ad) ve lâkapların korunabilmesi için, kişinin bu adlar altında tanınmış olması, yani bunların korunmasını haklı gösterecek bir menfaatinin bulunması gerekir[157].

Gerçek kişilerin adları kadar, tüzel kişilerin adları da MK. m.26 hük-

---

(156) JdT 1955, 34; 1958, 130.

(157) **Aisslinger,** sh.47; **Egger-Çernis,** sh.318.

müyle korunur. Ticaret unvanları ile işletme adlarının korunması hakkında Ticaret Kanunu'nda da ana hatlarıyla MK. m.26 hükmüne benzeyen özel koruma hükümleri mevcuttur (TK.m. 51 ve 52).

B) ADIN İÇE KARŞI KORUNMASI

Medenî Kanunda adın içe karşı korunması hakkında özel bir hüküm yoktur. Bu itibarladır ki içe karşı koruma, ancak MK. m.23 hükmüyle sağlanabilecektir. Buna göre, hiç kimse hakkı olan bir adı kullanmaktan sözleşmeyle feragat edemeyeceği (vazgeçmeyeceği) gibi, adını bir başkasına devir de edemez; ancak adının belli amaçlarla kullanılmasına izin verebilir[158]. Ticaret unvanının başkasına devri ise mümkündür; Ticaret Kanunu'nda bu hususu düzenleyen özel bir hüküm de vardır (m.51).

C) ADIN DIŞA KARŞI KORUNMASI

Adın dışa karşı korunmasını sağlayan çeşitli davalar vardır; bunlar kişiliği koruyan davalar ile büyük ölçüde benzerlik gösterirler. Bu davalar da onlar gibi i k i kısma ayrılır: Saldırının durdurulmasını sağlayan davalar ile zararların giderilmesini sağlayan davalar.

1) Saldırıların Durdurulmasını Sağlayan Davalar

Medenî Kanun'umuz ada (isme) yöneltilen hukuka aykırı saldırılara karşı başvurulabilecek ü ç davayı düzenlemektedir. Bunlardan biri, adın çekişmeye (ihtilafa) sebebiyet vermesi hâlinde açılabilecek olan *"tespit davası";* diğerleri ise adın haksız olarak kullanılması (gasp olunması) hâlinde açılabilecek olan *"saldırıya son verme davası"* ile *"önleme dava*sı"dır.

Aşağıda bu davaları ele alacağız.

a) Tespit Davası

Tespit davası MK. m.26 da açıkça düzenlenmiş olan bir davadır: ***"Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir"***.

Bir kimsenin taşımakta olduğu ada (isme) üçüncü kişiler tarafından bu adı kullanmaya hakkı olmadığı yolunda itirazda bulunulmuş olabilir. İşte, *"adının kullanılması çekişmeli olan kişi"* o adı taşımaya hakkı olmadığı itirazıyla karşılaşan kimsedir. Örneğin kocası ölmüş ve bu suretle "dul" kişisel durumunu almış bulunan bir kadına karşı, ölen kocanın

---

(158) **Egger-Çernis,** sh.325.

yakınları tarafından artık kocasının soyadını taşımaya hakkı olmadığı, bu soyadını bırakması ve kendi ailesinin soyadını taşıması gerektiği yolunda itirazlar ileri sürülmüş olabilir. Bu durumda adına itiraz edilen, yani adı uyuşmazlık konusu hâline gelmiş olan dul kadın, tespit davası açarak bu adı taşımak konusunda hakkının bulunduğunun mahkemece karar altına alınmasını isteyebilir. Dava sonucunda verilen karar, adına itiraz edilen kişinin bu adı taşımak hususunda hakkı olup olmadığının tespiti ve kabulüne ilişkin olur. Bu davada verilecek karar, elbette dul kalan kadının kocasının soyadını taşımaya hakkı olduğu yönünde olacaktır.

b) Saldırıya Son Verme Davası

"Saldırının durdurulması" veya *"tecavüzün kaldırılması davası"* da denilen ***"saldırıya son verme davası"*** (kısaca ***men davası****), adın başkaları tarafından haksız kullanılması (gasp edilmiş olması) hâlinde açılacak olan davadır*. Gerçekten, MK. m.26/II ye göre *"Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini isteyebilir"*.

Adın haksız kullanılması, bir kimsenin adının bir başkası tarafından hakkı olmamasına karşın taşınması demektir. Önceki Medenî Kanun buna *"ismin gasp olunması"* diyordu. "Gaspın varlığından söz edilebilmek için, adın haksız olarak bir başka şahsa (kişiye) verilmesi veya başkası tarafından haksız olarak kullanılması gerekir"[159].

Adının onu taşımaya hakkı olmayan bir kimse tarafından kullanılmasına engel olabilmek, yani bir bakıma ada (isme) karşı yapılmış olan hukuka aykırı saldırıyı kaldırtabilmek için, adın gerçek sahibinin, adının haksız kullanılmasından ötürü *zarar görmüş olması* gereklidir. Söz konusu zarar maddî olabileceği gibi, manevî de olabilir. Adın karıştırılmaya (iltibasa) sebep olma tehlikesi gösterdiği her hâlde, o adın gerçek sahibi olan kimse böyle bir zarara uğramış sayılır[160].

Hemen belirtmeliyiz ki, başkaları tarafından kullanılması (gasp edilmesi) söz konusu olabilecek ad öz ad değil, fakat belli şartlarla soyadı ile ticaret unvanı ve işletme adı gibi geniş anlamdaki adlardır. Pek istisnaî hâllerde buraya mahlâs ve lâkap da girebilir.

c) Önleme Davası

Medenî Kanun'un 26 ncı maddesinde açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, adının gelecekte pek olasılıkla başkası tarafından haksız surette

---

(159) **Ataay.** sh.194.

(160) JdT 1955, 38.

kullanılacağına ilişkin birtakım belirtilerin bulunması hâlinde, adın sahibinin bu dava vasıtasıyla adının korunmasını isteme yetkisi de vardır[161].

İncelemiş olduğumuz davaların açılabilmesi için, yukarıda belirtilen şartlardan başka bir şartın bulunmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, her üç davanın da açılması, ada itirazda bulunan veya adı haksız olarak kullanmakta olan ya da ileride kullanması pek olası bulunan kişinin *kusurlu olmasına bağlı değildir*.

2) Zararların Giderilmesini Sağlayan Davalar

Kişiliğin dışa karşı korunmasında olduğu gibi, adın korunmasında da ada (isme) yönelik hukuka aykırı saldırılardan doğan maddî ve manevî zararların giderilmesini sağlamak üzere iki tür dava açma imkânı vardır: Maddî tazminat ve manevî tazminat davaları.

a) Maddî Tazminat Davası

Maddî tazminat davasının açılabilmesi için, ad üzerindeki hakka haksız surette saldırıda bulunulmakta, yani adın haksız olarak kullanılmakta (gasp edilmekte) olması ve bu durumdan adın gerçek sahibinin maddî bir zarara uğramış bulunması gerekir. Bu davanın şartları aynen MK. m.25'de düzenlenen maddî tazminat davasının şartları gibidir. Bu itibarladır ki, adı haksız olarak kullanmakta olan kişinin kusurlu olması da şarttır[162].

b) Manevî Tazminat Davası

Manevî tazminat davası, adı hukuka aykırı bir saldırıya uğrayan veya adı haksız olarak kullanılan (gasp olunan) kişinin bu yüzden manevî bir zarara uğramış olması hâlinde açılabilir. Bir görüşe göre, MK. m.26/II de manevî tazminat davasıyla ilgili olarak *"uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa"* denilmiş olmasıyla zararın özel ağırlığının kast edilmediği, yani bu hüküm ile BK. m. 58 hükmünün değişik metni arasında bir fark bulunmadığı kabul edilmek gerekir. Bu itibarladır ki, manevî tazminat davasında BK. m. 58 hükmü uygulanabilecektir[163]. Ancak, MK. m.26/II de Önceki Kanun'un aksine "manevî tazminat namıyla *bir meblâğ itasından"* söz edilmemekte olduğuna göre, hâkimin tazminat olarak mutlaka belli bir miktar paranın ödenmesine karar vermesi gerekmeyecek, başka bir deyişle hâkim, BK. m.49 hükmünde belirtilen "diğer bir tazmin suretini

---

(161) **Ataay,** sh.195; **Arpacı,** sh.171; **Öztan,** sh.171; **Köprülü,** sh.311; **Tekinay,** sh.286: **Özsunay,** Gerçek Kişiler, sh.207.

(162) **Ataay,** sh.195.

(163) Aynı görüş için bk. **Öztan,** sh.172; **Arpacı,** sh.170.

ikame" edebilecek midir? Yoksa sözü geçen m.26/II'de kullanılan "manevî tazminat ***ödenmesinin*** istenebileceği" ifadesi karşısında, hâkim mutlaka bir miktar paraya hükmetmek zorunda mı kalacaktır? Zira **"ödeme"** sözcüğü alışılmış anlamıyla nakit para için kullanıla gelmektedir. Nitekim satıcının semeni (satış bedelini) içeren ediminin ifası, daima "***semenin ödenmesi*** borcu" şeklinde ifade edilir, zira bu borcun konusu her zaman ve daima "para borcu"dur. Bu durumda acaba kanun koyucu BK. m. 58'deki genel hükümden ayrılarak özel hükümde farklı bir düzenleme yapmak mı istemiştir? Fikrimizce MK. m.26/II hükmünde Önceki Medenî Kanunda olduğu gibi "bir meblâğ itası" deyiminin yerine "ödenme" sözcüğünün kullanılmış olması, maddenin eskisinden farklı bir düzenleme getirmiş olduğu şeklinde yorumlanarak bu konuda BK. m. 58 hükmünün uygulanabileceği sonucuna varılamaz. Zira 26 ncı maddenin gerekçesi bu görüşümüzü desteklemektedir. Nitekim Gerekçede "Maddenin bu fıkrasında manevî tazminat istemi, İsviçre Medenî Kanunu'nun 29 uncu maddesine uygun olarak *sadece bir miktar paranın verilmesine* yönelik olmaktadır. Bu niteliği vurgulamak üzere '*manevî tazminat* ***ödenmesini***' ifadesine yer verilmiştir" denilmiştir.

Bu konuya son verirken belirtelim ki, adının haksız kullanılması (gasp olunması) dolayısıyla maddî veya manevî zarara uğramak daha ziyade *soyadı, ticaret unvanı* ve *işletme adı,* hatta *lâkap* ve *müstear ad* gibi ad türleri bakımından söz konusu olabilir. Öz ad bakımından böyle bir sorun çok istisnaî hâller dışında pek de ortaya çıkmaz. Zira her ülkede aynı öz adı taşıyan yüzlerce insan vardır. Ticaret unvanı, marka ve işaret gibi tanıtma araçlarının karıştırılmaya (iltibasa) meydan verebilecek şekilde kullanılması "haksız rekabet" sayılarak özel surette koruma altına alınmıştır (TK.m.55).

Dördüncü Bölüm
YERLEŞİM YERİ VE HISIMLIK

Kişilerin toplum içerisinde hukuk açısından önemli olan birtakım ilişkileri ve bağlantıları vardır. Bunlardan bir kısmı onların yaşadıkları yer ile olan bağlantılarıdır. Zira kişiler bir ülkenin belli bir yöresinde yerleşmek, orada sürekli şekilde oturmak suretiyle orasını bütün hayat ve iş ilişkilerinin merkezi hâline getirebilirler ki bu yere ***yerleşim yeri*** (ikametgâh) denir.

Kişilerin hukuk açısından önemli olan ilişki ve işlemlerinin bir ülkenin ve hatta dünyanın belli bir yerinde toplanması, bir kimsenin aranıldığı zaman nerede bulunabileceğinin bilinmesi, iş ilişkilerinin güvenliği ve devamlılığı bakımından zorunludur. Bu itibarladır ki hukuk, kişilerin belli bir y e r i l e olan bağlantısını, yani yerleşim yerini ayrıntılı biçimde düzenlemek zorundadır. İfade ettiğimiz bu düşünceler gerçek kişiler hakkında geçerli olduğu kadar, tüzel kişiler hakkında da geçerli olduğu içindir ki, yerleşim yeri ile ilgili hükümler ilke olarak onlar hakkında da uygulanır.

Gerçek kişi olan insanın k a n veya e v l i l i k ya da e v l â t l ı k ilişkisi dolayısıyla bağlandığı bazı k i ş i l e r i l e de arasında bir ilgi, bir yakınlık mevcuttur ki, bu yakınlık ilişkisi ***hısımlık*** olarak isimlendirilir. Kişinin, hısımlarını oluşturan yakınları ile olan ilgi ve ilişkileri, sadece insanî ve ailevî duygu ve sempati bakımından değil, aynı zamanda hukuk bakımından da son derece önemlidir. Bu itibarla, hısımlığın nasıl oluştuğunun, hukuk tarafından hısımlığa verilen önemin ve hısımlığa ayrılan hükümlerin nelerden ibaret bulunduğunun bilinmesinde yarar vardır.

Hısımlık ilişkileri şimdiye kadar incelemiş olduğumuz kurumların aksine, sadece fizyolojik bir varlık olan gerçek kişiler, yani insanlar arasında söz konusu olur. Bu durum, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasındaki doğal mahiyet farkından ileri gelir. Medenî Kanun tüzel kişilerle ilgili

olarak bu durumu açıkça belirtmektedir. Nitekim MK. m.48 hükmünde aynen "tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler" denilmiştir.

Bu bölümde sırasıyla önce her iki kişi türüne de uygulanabilen "yerleşim yeri" konusunu ele alacak, daha sonra sadece gerçek kişilerle ilgili olan "hısımlık" konusu üzerinde duracağız.

§ 1. YERLEŞİM YERİ

İster gerçek kişi, ister tüzel kişi olsun kişilerin mutlaka bulundukları yer ile aralarında hukukun önemsediği bir ilgi, bir bağlantı mevcuttur. Bu ilgi ve bağlantı, birisi *vatandaşlık* ya da *uyrukluk (tabiiyet),* diğeri ise *"yerleşim yeri" (ikametgâh)* olmak üzere başlıca i k i şekilde ortaya çıkar. ***Vatandaşlık*** ya da ***uyrukluk,*** gerçek veya tüzel kişileri bir devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağ demektir(1). Vatandaşlık ilişkisi kamu hukukundan doğduğu ve kamu hukuku karakterli kanunlar tarafından düzenlendiği içindir ki, inceleme konularımızın dışında kalır. Her ülkede, kimlerin o ülkenin vatandaşı olduğu, vatandaşlığın nasıl kazanılacağı veya kaybedileceği özel bir kanunla düzenlenir. Ülkemizde bu konular 12.2.1964 tarihli ve 403 sayılı *Türk Vatandaşlığı Kanunu* ile düzenlenmiştir.

I- YERLEŞİM YERİ KAVRAMI

Medenî Kanun'un 19 uncu maddesinin birinci fıkrasında *"yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir"* biçiminde bir tanım yer almaktadır. Ancak, bu tanım daha çok "isteğe bağlı yerleşim yeri" ya da "iradî yerleşim yeri" olarak isimlendirilen bir tür yerleşim yerinin tanımı olabilir. Başka bir deyişle, bu tanım yerleşim yerinin aşağıda ele alacağımız çeşitli türlerinin hepsini içeren bir tanım değildir. Bu itibarladır ki, yerleşim yerini şöylece tanımlamak belki daha isabetli olur: ***Yerleşim yeri****, kişilerin bir ülkenin belli bir yerinde oturmak, aile ve iş ilişkilerini orada toplamak suretiyle adeta hayat ilişkilerinin merkezi*

(1) Vatandaşlık ilişkisinin tüzel kişiler hakkında da söz konusu olup olmayacağı konusu hukukta tartışmalıdır. Bu tartışmalar hakkında bk. **Berki, Osman Fazıl:** Devletler Hususî Hukuku, Ankara 1959, sh.123 vd.; **Güral** (Akipek)**, Jale:** Hususî Hukuk Tüzel Kişilerinin Milletlerarası Mevcudiyeti, Ankara 1950, sh.10 vd.; **Niboyet, J.P.:** Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, Revue de droit international privé, 1927.

durumuna getirdikleri yerdir[2]. Bu yer onların aynı zamanda hukuken aranacakları yer, bir nevi hukukî adresleri mahiyetindedir. Yerleşim yerini belirtmek üzere bazı yazarlarca *konut* terimi kullanılmaktadır[3]. Konut sözcüğü aslında *oturma yerini* karşılayan ve dolayısıyla da *"mesken"* yerine kullanılan bir sözcüktür. Bu itibarla yerleşim yeri (ikametgâh) ile konut (mesken) arasındaki fark, her ikisinin de aynı terimle ifade edilmesi yüzünden ortadan kalkmakta, daha doğrusu karışıklık doğurmaktadır. Bu sebeple de yerleşim yeri *(Wohnsitz)* yerine konut *(Wohnung)* teriminin kullanılması fikrimizce isabetli değildir. Bu konuda yeni Medeni Kanun'un kabul ettiği, dolayısıyla da doğru olan *"yerleşim yeri"* teriminin kullanılması yeğlenmelidir[4].

Hukuk açısından kişilerin yerleşim yerinin ne suretle belirleneceğinin ve yerleşim yeri için öngörülecek hükümlerin neler olacağının saptanmasında bizzat kişilerin olduğu kadar, kamunun da yararı vardır.

Kişilerin yararı vardır. Zira her kişi hiç olmazsa hukukî ilişkileri bakımından daima yerleşim yerinin bulunduğu yerde mevcut sayılır; hukuk bakımından önem taşıyan bütün işlemlerin, bildirimlerin (ihbarların), ihtarların, öneri (icap) ve kabullerin ve tebligatların kendisine karşı bu yerde yapılması zorunlu olduğundan, bu suretle kişilerin bunlardan en çabuk surette haberdar olması da sağlanmış olur.

Kamunun da yararı vardır. Zira bir kişinin hukukî ilişkilerinin belli bir yere bağlanmasıyla, bu ilişkilerin güvenli (emin) bir şekilde yürümesi sağlanmış olur. Bu kimse yerini ne kadar sık değiştirirse değiştirsin, üçüncü kişilerin kendisini yerleşim yerinin bulunduğu mahalde (yerde) mevcut saymak yetkileri olduğu gibi, aynı zamanda ona karşı yapılan bütün işlemlerin kendisinin eline varmış olduğunu hiç olmazsa karine olarak kabul etmek hakları da vardır. Hukuk bakımından yerleşim yerinin önemi özellikle buralarda görülür.

A) YERLEŞİM YERİNİN ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN ÖNEMİ

Özel hukuk bakımından bir kimse ile yapılacak birçok hukukî işlem ve girişilecek ilişkilerin, bu kimsenin yerleşim yerinin bulunduğu mahalde (yerde) gerçekleşmesi zorunluluğu vardır.

---

(2) Yerleşim yerinin az çok buna benzeyen tanımları için bk. **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.90; **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh.181; **Ataay,** Şahıslar Hukuku, sh.233; **Gönensay,** sh.125; **Egger-Çernis**, sh.195; **Zevkliler**, sh.332.

(3) Bk. **Tekinay,** sh.293; **Özsunay,** Gerçek Kişiler, sh.84.

(4) Aynı görüş için bk. **Arpacı**, sh.78.

1) Medenî Hukuk Bakımından

a) Medenî Kanun'a göre birçok davanın görülmesinde yetkili olan mahkeme, davanın taraflarından birinin yerleşim yerinin bulunduğu yere göre belirlenir:

aa) Gaiplik kararı verme yetkisi, gaibin *son yerleşim yerinin bulunduğu yer* mahkemesine aittir (MK. m.31/II).

bb) Boşanma davasının görülmesinde yetkili mahkeme, eşlerden birinin *yerleşim yerinin bulunduğu yer* mahkemesidir (MK. m.168).

cc) Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki *yerleşim yeri* mahkemesinde açılır (MK. m.283).

dd) Vesayet işlerinde yetkili makam, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının *yerleşim yerindeki* vesayet daireleridir (sulh ve asliye mahkemeleridir (MK. m.411).

ee) Miras, mirasbırakanın *yerleşim yerinde* açılır; iptal, tenkis, mirasın paylaştırılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu *yerleşim yeri* mahkemesinde görülür (MK. m.576).

b) İfa yeri alacaklı veya borçlunun yerleşim yerine göre belirlenir:

Para borçlarının, kural olarak alacaklının borcun ifa edileceği zamandaki *yerleşim yerinde* ödenmesi gerekir (BK. m. 89 b. 1). Poliçe, emre muharrer senet (bono) ve çekler hakkındaki özel hükümler saklıdır (TK. m.671, m.776, m. 780)

Para borçları dışındaki borçlar kural olarak borçlunun *yerleşim yerinde* ifa edilir (BK.m. 89 b.3). Belli bir şeyin teslimi borcuna ilişkin BK.m. 89 b.2 hükmü saklıdır.

2) Devletler Özel Hukuku Bakımından

Devletler özel hukukundan doğan anlaşmazlıkların çözümünde, yabancı unsur içeren bir konuya çeşitli devletlerin kanunlarından hangisinin uygulanması gerektiğinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Pek çok hâllerde, bu konuda uygulanacak kanunun taraflardan birinin *yerleşim yerinin bulunduğu yer* kanunu olduğu kabul edilir. O hâlde, devletler özel hukukunda yerleşim yeri, özellikle kanunlar çatışmasında uygulanacak kanunun belirlenmesi bakımından önemlidir.

3) Ticaret Hukuku Bakımından

Yerleşim yeri ticaret hukuku bakımından da önemlidir. Örneğin Ticaret Kanunu'nun 40, 215, 339, 354, 553 ve 445 inci maddeleri de buna ilişkin hükümler vardır. Bu maddelerde hep şirket merkezinden, yani *şirketin yerleşim yeri*nden söz edilmektedir.

B) YERLEŞİM YERİNİN KAMU HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ

Kamu hukukuyla ilgili pek çok ilişki de kişinin yerleşim yerinin bulunduğu mahalde (yerde) gerçekleşir.

1) Medenî Usul Hukuku Bakımından

a) Yerleşim yeri, *mahkemelerin yer itibariyle görevlerini, yani* ***yetkilerini*** *belirlemeye yarar*. Mahkemelerin yer bakımından görevlerinin (yetkilerinin) belirlenmesi konusunda genel bir hüküm olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6 ıncı maddesine göre, genel yetkili mahkeme, *davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*.

b) Bir kişiye yapılacak olan bütün tebligatların o kişinin *yerleşim yerinin bulunduğu yerde* yapılması gerekir. Mamafih 19.2.1960 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10 uncu maddesi bu esastan ayrılmaktadır: *"Şu kadar ki, kendisine tebligat yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir"*.

2) İcra ve İflâs Hukuku Bakımından

Para veya teminat borcu için takip hususunda yetkili icra dairesi, borçlunun *yerleşim yerinin bulunduğu yer* icra dairesidir (İİK. m.50/I). İflas yoluyla takipte yetkili icra mahkemesi, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesidir (m.154).

3) Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından

Suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa *yerleşim yeri* mahkemesi yetkilidir (CMK. m.13/I).

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılabileceği gibi, yerleşim yeri, hukukun çeşitli alan ve dallarında birçok bakımdan önemlidir. Yerleşim yeri Medenî Kanun'umuzun 19-22 nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

II- YERLEŞİM YERİNİN TÜRLERİ

Yerleşim yerinin birden çok türü vardır. Bunları aşağıda ele alarak açıklayacağız:

A) İSTEĞE BAĞLI YERLEŞİM YERİ

Yerleşim yeri, *kişilerin tüm iş ve aile ilişkilerinin bir araya toplandığı, adeta merkezîleştiği yerdir.* O suretle ki, bu yer kişinin gerek sosyal, gerek hukukî ilişkilerinin odak noktasını oluşturur. Kişi bu yeri bütün ilişkilerinin odağı hâline getirmek suretiyle orada bütün bir ömür boyunca olmasa bile, az çok sürekli bir şekilde yaşamak niyetinde olduğunu gösterir. Bu itibarladır ki, Medenî Kanun özellikle gerçek kişilerin yerleşim yerinden söz eden 19 uncu maddesinde yerleşim yerini *"sürekli kalma niyetiyle oturulan yer"* olarak tanımlamıştır.

Esasında kişilerin bir tek yerle değil, pek çok yerle bağlantıları vardır. Örneğin kişilerin aile ilişkileri bir yerde, iş ilişkileri başka bir yerde bulunabilir veya devamlı surette seyahatte olmaları dolayısıyla hiçbir yerde sürekli olarak oturmayabilirler yahut belli zamanlarda bir yerde, diğer zamanlarda farklı yerlerde bulunabilirler. Yani bir kimse eylemli olarak (fiilen) şurada veya burada oturmak suretiyle birçok yerde konut sahibi olabilir. Bu durumdaki kişinin hukukî bakımdan önemli olan yerleşim yeri nasıl belirlenecektir?

Türk hukukunda kişiler, yerleşim yerlerini *diledikleri yerde seçme serbestliğine sahiptirler.* Yani Türk hukukunda asıl olan yerleşim yeri, *"isteğe bağlı yerleşim yeri",* yani kişinin kendi istek ve iradesiyle seçtiği yerleşim yeridir. Buna *"iradî yerleşim yeri"* de denilmektedir. Ergin olan her gerçek kişi, kural olarak yerleşim yerini serbestçe seçme hak ve hürriyetine sahiptir. Yasal yerleşim yeri, yani kanun tarafından bütün iş ve hayat ilişkilerini belli bir yerde toplama zorunluluğu ise, bazı kişilere istisna olarak yükletilmiş olan yerleşim yeridir.

İsteğe bağlı yerleşim yeri ya da bazı yazarlarca kullanılan "bağımsız yerleşim yeri"[(5)]*, kişilerin sürekli olarak bir yerde oturmaları, iş ve aile ilişkilerinin tümünü orada toplamaları suretiyle kendi istekleri ve iradî fiilleriyle kurulmuş olan yerleşim yeridir.* İradî yolla yerleşim yeri kurma bir hukukî işlem mahiyetinde değildir. Bu, kanun tarafından kendisine bazı hüküm ve sonuçlar bağlanan bir fiil, yani bir "hukukî fiil" mahiyetindedir.

---

(5) Doktrinde bu tür yerleşim yeri için *"bağımsız yerleşim yeri"* **(Dural-Öğüz,** sh.179) terimi de kullanılmaktadır.

Buna karşılık *yasal yerleşim yeri* ise, serbest iradeyle değil, doğrudan doğruya kanunun bir hükmüne dayanarak meydana gelir. Bu konuda kişinin herhangi bir iradî fiilde bulunması gerekmez. Yasal yerleşim yeri, kişinin kanunun kendisine yerleşim yeri olarak belirlediği yerde eylemli olarak (fiilen) oturma, aile ve iş hayatını belli bir yerde toplama niyeti olmamasına karşın, belli kişiler için *bizzat kanun tarafından* belirlenmiş olan yerleşim yeridir(6).

Kişiler diledikleri yeri yerleşim yeri olarak seçme hakkına sahip olduklarına göre, bir kişinin hâlen oturmakta olduğu yerin onun yerleşim yeri olup olmadığı nasıl anlaşılır? Başka bir deyişle konut ile isteğe bağlı yerleşim yeri birbirinden nasıl ayırt edilir?

Medenî Kanun'un 19 uncu ve devamı maddeleri hükümlerinden çıkan sonuca göre, bir yerde eylemli olarak (fiilen) oturmakta olmanın, yani konutun yerleşim yeri olarak kabul edilebilmesi için, birtakım unsurların bulunması gereklidir. Bu unsurlar kanundaki yerleşim yeri tanımından çıkarılabilir. MK. m.19 hükmü uyarınca yerleşim yeri, sürekli kalmak niyetiyle oturulan yerdir. Öyleyse yerleşim yerinin başlıca i k i unsuru vardır. Bunlardan biri psikolojik unsur olan *"sürekli kalmak niyeti",* diğeri ise maddî ve fiilî unsur olan *"eylemli olarak oturmaktır"*..

1) Psikolojik Unsur: Sürekli Kalmak Niyeti

Yerleşim yerinin psikolojik unsuru, bir yerde yerleşmeye, az çok devamlı oturmaya, bu süre içerisinde bir yerde sürekli kalmaya ilişkin olarak kişide mevcut olan *arzu ve istektir.* Kast ve niyet derunî ve başkaları tarafından anlaşılması zor olan bir duygudur. Kast ve niyet kişide mevcut olan arzu ve istektir. Kast ve niyet üçüncü kişilerce ancak haricî birtakım fiil ve hareketlerden, yani görüntülerden (emarelerden) anlaşılabilir. Bu görüntülerin en belirgin olanı, *kişinin iş ve aile ilişkilerini aynı yerde toplamış bulunmasıdır*. Örneğin İstanbul'da oturan bir kimse işini Ankara'ya nakletmiş ve ailesini oraya götürmüş, dolayısıyla da İstanbul'la ilişkisini kesmiş olursa, bu görüntülerden, bu kişinin Ankara'da sürekli kalmak (yerleşmek) niyetinde olduğu anlaşılır. Demek ki, iş ve aile ilişkilerinin bir yerde toplanmış olması, kişinin orayı yerleşim yeri seçme niyet ve kastını gösterir. Eğer iş ve aile ilişkileri farklı yerlerde toplanmış ise ve kişinin bu yerlerden hangisini yerleşim yeri olarak seçtiği hakkındaki niyeti de açık olarak anlaşılamıyorsa, yerleşim yerinin *"aile ilişkilerinin*

(6) **Eneccerus- Nipperdey,** age., sh.574.

toplandığı yerde" olduğu kabul edilir. Çünkü kişiler, genellikle meslek ve iş ilişkileri izin verir vermez hemen özel ilişkilerinin, ailevî ilgi ve bağlarının toplandığı yere, yani ailesinin yaşadığı yere dönerler. İşte bu sebepledir ki, bir kimsenin öğrenim görmek veya tedavi olmak maksadıyla bir kurumda bulunması yahut resmî bir görevle uzunca süre ailesinin bulunduğu yerden başka bir yerde oturması, orasını yerleşim yeri seçtiği hususunda bir kanıt oluşturmaz. Zira kendisinin o yerde sürekli kalmak kast ve niyeti olmadığı gibi, kişi aile hayatını da orada toplamış değildir(7). Zaten Medeni Kanun m.22 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.8 hükümlerinden de bu anlaşılır. Mamafih kişinin meslek ve sanatını yürüttüğü yerdeki faaliyetleri, ailesinin oturduğu yerdeki faaliyetlerinden daha toplu ve önemli ise, yerleşim yeri olarak iş ilişkilerinin toplandığı yerin kabulü doğru ve isabetli olur. Bunun dışında, bir kimsenin vergilerini belli bir yerde ödemesi, açılan davalara karşı yetki itirazında bulunmaması veya belli bir yeri adres olarak vermesi, kendisinin o yerleri yerleşim yeri seçmek hususundaki kast ve niyetini belli eden görüntülerdir. Anlaşmazlık hâlinde kast ve niyetin kişide mevcut olup olmadığına karar vermek, takdir yetkisine dayanarak hâkime kalmış bir konudur.

2) Maddî ve Fiilî Unsur: Eylemli Olarak Oturmak

Yerleşim yerinin maddî ve fiilî unsuru, bir yerde eylemli olarak oturmaktır. Mamafih her oturulan, her yaşanılan yeri hemen yerleşim yeri olarak nitelemeye de imkân yoktur. Eylemli olarak oturulan yerin hukuken yerleşim yeri sayılabilmesi için, bu oturmanın *az çok devamlı mahiyette olması* gerekir. Bu devamlılığın kesintisiz ve sürekli olması zorunlu değildir. Kişinin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerden belli aralıklarla uzunca bir süre için ayrılması, eylemli olarak oturma şartını ortadan kaldırmaz. Zira kişinin bu yerden ayrılması, orada oturmasına ara vermesi belli bir maksada dayanır. Bu maksat sona erince kişi yine sürekli kalmak niyetiyle oturduğu, iş ve aile ilişkilerinin, kişisel ilgi ve menfaatlerinin toplandığı yere dönecektir. Bu sebepledir ki, yazın sayfiyeye gitmek veya meslek gereği devamlı surette seyahat hâlinde bulunmak, bu anlamda oturmanın devamlılık niteliğini ortadan kaldırmaz.

Devamlılık göstermeyen bir oturma yahut da sürekli kalmak kast ve niyetine yönelik olmayarak belli bir yerde yaşama, yaşanılan yerin hukuken yerleşim yeri sayılmasına engeldir. Bu şekilde yaşanılan yere *konut* (mesken, oturma yeri) denir.

---

(7) HGK. 10.1.1951, 2-68/9; 22.11.1950, 2/67, 25/64, **Olgaç,** sh.59.

Konut, *sürekli kalmak kast ve niyeti olmaksızın yaşanılan veya kalınan yer demektir.* Bu itibarla konut sadece fiilî bir durumdur; konut seçilen yerde ne devamlı surette yaşamak ve oturmak, ne de sürekli kalmak kast ve niyeti vardır. Konut ile yerleşim yeri arasındaki fark MK. m.20/II hükmünden de anlaşılır. Kanun istisnaî olarak konuta hukukî bazı hükümler bağlamıştır.

Somut hâllerde, eylemli olarak oturulan yerin yerleşim yeri mi, yoksa konut mu olduğunun belirlenmesi güçlük çıkarabilir. Kural, eylemli olarak oturulan yerin yerleşim yeri olduğunu iddia edenin, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olması, yani ispat yükünün ona düşmesidir. Bu hususta iddiayı ispat etmek üzere birtakım görüntülere (belirtilere, emarelere) dayanılabilir. Yargıtay bir kimsenin[8] ve memurların[9] *nüfusa kayıtlı olduğu yeri* onların yerleşim yeri olarak kabul eder. Bu aksi ispat edilebilen bir karinedir.

B) YASAL YERLEŞİM YERİ

Yasal yerleşim yeri, *bazı kişiler için bizzat kanun tarafından, belli bir yerde sürekli kalma kast ve niyetlerine ve o yerde eylemli olarak oturup oturmadıklarına bakılmaksızın belirlenen yerleşim yeridir.* Bu itibarla yasal yerleşim yerinin, isteğe bağlı yerleşim yeri için öngörülen unsurları içermesi gerekli değildir. Kanundan dolayı kendisine bir yerleşim yeri belirlenmiş olan kişi, iş ve aile ilişkilerini o yerde toplamamış olsa dahi, üçüncü kişiler ve hukuk karşısında o yerde mevcut sayılır. Böylece yasal yerleşim yeri, bu kişiler hakkında isteğe bağlı yerleşim yerine bağlanan tüm hüküm ve sonuçları doğurur.

Medenî Kanun, 21 nci maddesinde kimlerin yasal yerleşim yeri sahibi olacağını belirlemiştir. Bu kişiler i k i grupta toplanır. Aşağıda bunları kısaca açıklayacağız:

Önceki Medenî Kanun evli kadınları da yasal yerleşim yerine bağlamıştı. Evli kadının (karının) yerleşim yeri, kocasının yerleşim yerinin bulunduğu yer idi (m.21). Yeni Medenî Kanun kadın-erkek eşitliği ilkesini gerçekleştirmek üzere bünyesinde bu hükme yer vermemiştir.

---

(8) 2. HD. 27.11.1947, 7086/6129, **Tepeci, Kâmil:** Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenîsi, C. l, Ankara 1955, sh.32; 2. HD. 20.1.1953, 193/306, **Olgaç,** sh.62; 2. HD. 17.2.1999, 13802/11212, YKD. 1999, S.8, sh.1042.

(9) 2. HD. 16.9.1974, 4787/4916, YKD. 1977, S.7, sh.915.

1) Velâyet Altındaki Çocuklar

Henüz onsekiz yaşını doldurmamış veya mahkemece ergin kılınmamış olan yahut evlenme yoluyla erken erginlik kazanmamış bulunan velâyet altındaki çocuğun (küçüğün) yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babasının ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babasının yerleşim yeridir. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır (MK. m.21/I).

Evlilik içinde doğmuş olan çocukların velisi kanundan ötürü ana ve babaları olduğuna göre, çocuğun yerleşim yeri de onların yerleşim yerinin aynıdır. (MK. m.21/I). Bu suretle velâyet ailesinin bir arada yaşaması hukuken de sağlanmış olmaktadır. Ancak, ana ve babanın ortak bir yerleşim yerinin olmaması, yani her birinin ayrı ve bağımsız yerleşim yerine sahip bulunması, örneğin ana baba hakkında boşanmaya veya ayrılığa karar verilmiş olması yahut içlerinden birinin ayrı yaşama hakkını elde etmiş bulunması hâllerinde çocuğun yerleşim yeri, çocuk hangisine bırakılmışsa onun yerleşim yeridir. Bunların dışında kalan diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, yani konutunun bulunduğu yer, onun aynı zamanda yerleşim yeri de sayılacaktır (MK. m.21/I). Meğerki çocuk vesayet altına alınmış bulunsun.

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun anası bellidir, fakat babası hukuken belli değildir. Baba ancak çocuğun kendi sulbünden geldiğini kabul ettiği (tanıma) veya babalığına hükmedilmesi (hâkim hükmü) sonucunda hukuken belli olur (MK. m.282/II). Ana ile baba evli değillerse velâyet anaya aittir (MK. m.337/I). Bu itibarladır ki *evlilik dışında doğmuş olan çocuğun yerleşim yeri*, anasının yerleşim yeridir (MK. m.21/I).

2) Vesayet Altındaki Kişiler

Vesayet altında bulunan kişilerin, yani vesayet altına konulmuş küçükler ile kısıtlanmış ergin kişilerin yerleşim yeri, *bağlı oldukları vesayet makamının, yani sulh mahkemesinin bulunduğu yerdir* (MK. m.21/II). Vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi mümkündür. Değiştirme ancak vesayet makamının (sulh mahkemesinin) izniyle gerçekleşebilir (MK. m.462 b.14). Diğer bir deyişle, *vesayet altında bulunan bir kimse, vesayet makamının izni olmadıkça yerleşim yerini değiştiremez* (MK. m.412/I). Vesayet makamı, değişikliğe izin verirken, vesayet altındaki kişinin menfaatini dikkate almalıdır. Nitekim eğer bu kişi vasisi ile birlikte vesayet makamının bulunduğu yerden başka bir yerde oturacak ise, yerleşim yerinin değiştirilmesine izin verilmesinde kişinin menfaati vardır. Yerleşim yerinin değişmesi hâlinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer (MK. m.412/II).

C) SAYMACA YERLEŞİM YERİ

Yasal yerleşim yeri gibi ***saymaca (itibarî) yerleşim yeri*** de, *bazı kişiler hakkında bizzat kanunun belirlediği yerleşim yeridir.* Gerçekten, belli bir yerde sürekli kalmak kast ve niyeti olmaksızın devamlı surette şurada burada gezen kimseler ile yeni bir yerleşim yeri seçmeksizin eskisini bırakmış (terk etmiş) olanlara kanundan ötürü bir yerleşim yeri belirlenmiştir. Saymaca yerleşim yerine tâbi kılınan kişiler MK. m.20/II uyarınca şunlardır:

• ***Yeni Bir Yerleşim Yeri Seçmeksizin Eskisini Bırakmış Olanlar:*** Yeni bir yerleşim yeri seçmeksizin eskisini bırakmış (terk etmiş) olan kişinin *"eski yerleşim yeri"*, kanundan ötürü yine kendisinin yerleşim yeri olarak kalmakta devam eder (MK. m.20/I).

• ***Hiçbir Yerleşim Yerine Sahip Bulunmayanlar:*** Evvelce bir yerleşim yeri bulunduğu anlaşılamayan, önceki yerleşim yeri belli olmayan kimsenin yerleşim yeri, " *hâlen oturmakta olduğu"* yerdir (MK. m.20/II).

• ***Türkiye'de Yeni Bir Yerleşim Yeri Edinmeden Yabancı Ülkedeki Yerleşim Yerini Bırakmış Olanlar:*** Yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakmış (terk etmiş) olduğu hâlde, Türkiye'de henüz yeni bir yerleşim yeri seçmemiş olan kimselerin, örneğin göçmenlerin veya yurt dışından Türkiye'ye kesin dönüş yapanların yerleşim yeri de konutlarının bulunduğu yer, yani *"hâlen oturmakta oldukları yer"*dir (MK. m.20/II).

• ***Velâyet ve Koruma Altında Olmayan Çocuklar:*** Ana ve baba velâyet hakkına sahip değiller ve çocuk onlardan birinin korumasına bırakılmış da değilse, çocuğun "*hâlen oturmakta olduğu yer"*, onun yerleşim yeridir (MK. m.21/I).

D) TÜZEL KİŞİLERİN YERLEŞİM YERİ (MERKEZİ)

Tüzel kişilerin yerleşim yeri, *bütün iş ilişkilerinin toplandığı, yaşaması, üçüncü kişiler ile ilişkiye girişmesi ve işlemlerde bulunabilmesi için zorunlu olan kararların alındığı ve yerine getirildiği yerdir.* Kısaca, tüzel kişinin tüm hukukî hayatının toplandığı ve üçüncü kişilere karşı hukukî bir varlık olarak göründüğü yerdir. Medenî Kanun'un ifadesiyle de *"kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça* ***işlerinin yönetildiği yerdir"*** (m.51). Bu yerin neresi olacağını belirleme, aynen gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişinin iradesine bırakılmıştır. Her tüzel kişi yerleşim yerini tüzüğüyle veya ana sözleşmesiyle belirler (MK. m.51; TK. m. 399, 354). Her tüzel kişi yerleşim yerini tüzüğüyle veya ana sözleşmesiyle

belirler (MK. m.51; TK. m. 399, 354.) Her tüzel kişinin tüzüğünde veya ana sözleşmesinde yerleşim yerinin gösterilmesi şarttır. (MK.m.58, 106; TK. m.213, 285, m.339, 576; DK. m.4a).

Tüzel kişinin yönetim faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer, hukukta tüzel kişinin ***"yönetim merkezi"*** olarak isimlendirilir. O hâlde kanunen tüzel kişilerin yerleşim yerleri yönetim merkezlerinin bulunduğu yerdir. Yönetim merkezi de genellikle genel kurulun toplandığı yerdir[10].

III- YERLEŞİM YERİNİN TÂBİ OLDUĞU İLKELER

Medenî Kanun'umuz yerleşim yeri konusunda başlıca i k i ilke öngörmüş bulunmaktadır. Bunlardan biri *"yerleşim yerinin zorunluluğu"*, diğeri ise *"yerleşim yerinin tekliği"* ilkesidir. Aşağıda bu ilkelere kısaca değineceğiz:

A) YERLEŞİM YERİNİN ZORUNLULUĞU İLKESİ

Yerleşim yeri hem toplum, hem de bir kimsenin bizzat kendisi için önemli olan ilgi ve ilişkilerin toplandığı, odaklaştığı yerdir. Yerleşim yeri özellikle hukuk açısından kişinin herkes tarafından belli bir yerde bulunabilmesini sağlar. İşte ***yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesi,*** *herkesin mutlaka bir yerleşim yerine sahip olması demektir.* Herkes dilediği yeri yerleşim yeri olarak seçmek hak ve hürriyetine sahiptir. İlke olarak hiçbir kimse belli bir yeri yerleşim yeri seçmeye zorlanamaz. Ancak, yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesinin gereği olarak, yasal yerleşim yeri bulunanlar dışındaki her ergin kişi için kendisine bir yerleşim yeri seçme zorunluluğu vardır. MK. m.20 hükmünden açıkça olmasa bile örtülü olarak (zımnen) çıkan bu ilkeye göre:

1) Herkesin mutlaka bir yerleşim yerinin bulunması gerekir:

Zorunlu olan bu yerleşim yeri, esas itibariyle isteğe bağlı (iradî) yerleşim yeridir. Bu itibarla kişi, serbest şekilde seçmiş olduğu yerleşim yerini istediği zaman bırakabilir. Fakat zorunluluk ilkesine göre:

2) Evvelce mevcut yerleşim yerinin bırakılması ancak bir yenisinin seçilmesine bağlıdır:

Bu sebepledir ki, eski yerleşim yerini bıraktığını iddia eden kimse, hâlen kendisine yeni bir yerleşim yeri seçmiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Aksi hâlde eski yerleşim yeri, kanun karşısında onun hâlen de

---

(10) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. **Akipek. Jale G.:** Tüzel Kişilerin Milletlerarası Mevcudiyeti, sh. 35 vd.

yerleşim yeri olarak kalmakta devam eder. Bu sonuç "*bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır"* diyen MK. m.20/1 hükmünden de anlaşılır.

3) Konut kanundan dolayı yerleşim yeri sayılır:

Evvelce bir yerleşim yeri bulunup bulunmadığı anlaşılamayan kişilerin veya yeni bir yerleşim yeri seçmeden yabancı ülkedeki yerleşim yerlerini bırakmış olanların konutlarının, yani hâlen oturmakta oldukları yerin kanundan ötürü yerleşim yeri sayılması da, zorunluluk ilkesinin bir sonucudur (MK. m.20/II*).*

B) YERLEŞİM YERİNİN TEKLİĞİ İLKESİ

Yerleşim yerinin tekliği ilkesi, *hiç kimsenin birden çok yerleşim yerine sahip olamaması demektir.* Türk hukukunda herkesin ancak bir tek yerleşim yeri bulunabilir. Bu itibarla yeni bir yerleşim yeri seçmiş olan kimse, eski yerleşim yerini bırakmış (terk etmiş) sayılır. Mantıksal görünmesine karşın teklik ilkesi bütün devletler tarafından kabul edilmiş olan bir ilke değildir. Örneğin Alman hukuku bir kimsenin birden çok yerleşim yerine sahip olabileceğini öngörmektedir (BGB § 7/II). Yerleşim yerinin tekliği ilkesi gayet açık ve seçik olarak ifadesini MK. m.19/II hükmünde bulur: *"Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz".*

Yerleşim yerinin tekliği ilkesi tüzel kişiler, özellikle Medenî Kanunda düzenlenmiş olan tüzel kişiler, yani dernekler ve vakıflar hakkında da uygulanır. Bununla beraber MK. m.19/III hükmü *"ticarî ve sınaî kuruluşlar"* hakkında yerleşim yerinin tekliği ilkesine bir istisna koyar gibi görünür. Kanaatimizce madde hükmüyle kastedilen husus, bir ticarî veya sınaî kuruluşun veya bir tüzel kişinin çeşitli yerlerde *şubelerinin bulunması hâlinde,* bu şubelerin yaptıkları işlemlerle ilgili olarak şubenin bulunduğu yer mahkemesinde aleyhlerine dava açılabileceğini veya icra takibatında bulunulabileceğini göstermektir[(11)]. Başka deyişle şubeler yargısal yetkiyi belirleme bakımından yerleşim yerinin sahip bulunduğu işlevi yerine getirirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 14 üncü maddesi bu görüşü destekler niteliktedir. Bu hükümle ticarî ve sınaî kuruluşların sahip bulundukları çeşitli şubelerin ancak kanunlarda belirtilen belli konular

---

(11) **Şube,** bir ticarî işletmenin, bir tüzel kişinin yönetim merkezinden ayrı bir yerde bulunan yardımcı bir dalıdır. Şube hakkında bk. **Akipek, J.G.:** Hükmî Şahısların Milletlerarası Mevcudiyeti, sh.192, not 7; **Karayalçın** Ticaret Hukuku Dersleri, sh.117.

hakkında yerleşim yerinin hükümlerine eşdeğer hükümler meydana getirebilecekleri gösterilmek istenmiştir (BK. m.549, TK. m. 48). Yoksa bu hükümlerle teknik anlamdaki yerleşim yeri kastedilmiş değildir ve kanaatimizce yerleşim yerinin tekliği ilkesi kural olarak ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında da geçerlidir.

§ 2. HISIMLIK

I- HISIMLIK KAVRAMI

Hısımlık, yerleşim yerinin aksine *sadece g e r ç e k k i ş i l e r hakkında* söz konusu olan bir hukukî kurumdur. Medenî Kanun bu durumu 48 inci maddesinde açıkça belirtmiştir. Sözü geçen madde hükmü, gerçek ve tüzel kişi dediğimiz iki kategori kişi arasında doğa gereği ortaya çıkan mahiyet farklılığına dayanmaktadır. Zira hukukî olduğu kadar, doğal ve fizyolojik bir varlık olan gerçek kişiler (*insanlar*), farklı cinsten iki kişinin cinsel ilişkisi sonucunda biyolojik ve fizyolojik esaslara göre meydana gelirler. Oysa tüzel kişilerin meydana gelmesi, sadece sosyolojik ve hukukî esaslar çerçevesinde olur.

Gerçek kişi olan insanın, kendisinin dünyaya gelmesinde etken olan kişiler ile pek çok ilişki ve bağları vardır. İlk bakışta sadece doğumdan ileri gelen, dolayısıyla da doğal gibi görünen bu bağlar, aynı zamanda ana baba ile çocuklar ve hatta ana babanın yakınları ile çocuklar arasında sosyal bir bağ mahiyetindedir. Bu bağın sosyal bakımdan taşıdığı önem, onun hukuk tarafından düzenlenerek kendisine hukukî bir kurum mahiyeti verilmesini zorunlu kılmıştır. Öyle ki bu doğal bağlar, hukuk tarafından düzenlenmiş olmakla aynı zamanda bir tür "hukukî bağ" niteliğini de kazanmış olurlar. İnsanlar arasında *kan bağlantısına dayanan* bu bağlar, sadece doğumdan kaynaklanan doğal bağlardan ibaret de değildir. Ayrı cinsten iki kişinin birleşmesiyle meydana gelen evlilik, eşlerden her biri ile diğerinin ana, baba ve kardeşleri ve hatta kan bağıyla bağlı bulunduğu diğer kişiler arasında bir yakınlığın doğmasına sebep olur. Tamamen ahlâkî ve sosyal esaslara dayanan bu yakınlık, hukuk düzeni tarafından önemli görülerek hükme bağlanmış olduğundan, aynı zamanda hukukî bir mahiyet de gösterir.

İşte, insanların aile bireyleriyle aralarında gerek doğal olarak, gerek evlenme veya evlât edinme dolayısıyla ortaya çıkan bu bağ ve yakınlığın tümü, hukukta **"hısımlık"** denilen bir kurumu ortaya çıkarmıştır.

Medenî Kanunu'muz hısımlık kurumunu Alman Medenî Kanunu'nun aksine "Kişiler Hukuku" Kitabında 17 ve 18 nci maddelerde düzenlemiştir. Oysa Alman hukukunda hısımlık kurumuyla ilgili hükümler Medenî Kanun'un "Aile Hukuku" Kitabında toplanmıştır (§ 1589 vd.).

Hısımlık sadece aile hukuku bakımından değil, fakat hem özel hukukun hem de kamu hukukunun birçok dalları bakımından oldukça büyük öneme sahiptir. Gerçekten hısımlık, miras hukukunun temelini oluşturduğu gibi, kamu hukukunda da özellikle yargılama hukuku bakımından önem taşır. Bu itibarladır ki, hısımlık kurumunun aile hukukunda değil, ana hatları ve esas ilkeleri bakımından genel hükümler mahiyetindeki "kişiler hukuku" kitabında yer alması ve incelenmesi daha uygundur[12].

II- HISIMLIĞIN TÜRLERİ

Hısımlık, gerçek kişiler arasında kan veya bazı sosyal ve hukukî ilişkiler dolayısıyla meydana gelen bir yakınlık ilişkisidir. Hısımlık sadece doğal olan kan esasına dayanan bir yakınlık olmayıp, aynı zamanda hukukî bir bağa da dayanan, doğal olduğu kadar hukukî de olan bir kurumdur. Zira belli kişiler arasında kan esasına dayanan doğal bağ, hukukî anlamda mutlaka da hısımlık ilişkisinin doğmasını gerektirmeyebilir. Örneğin evlilik dışı ilişkiden doğan bir çocuğun, doğumunda etken olan erkek (doğal baba) ile arasında doğal bir kan bağı bulunmasına karşın, bu bağ çocuk ile doğal baba arasında çocuğun doğduğu anda hısımlık ilişkisi olarak kabul edilemez. Hukuk ilkelerine göre, evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuk ile doğal babası arasında bir hısımlık mevcut değildir. Hısımlık ancak doğal babanın hukuk düzeninin aradığı şekillere (MK. m.282/II) uygun olarak çocuğun kendi cinsel ilişkisinin ürünü olduğunu, eskilerin deyimiyle "kendi sulbünden gelmiş bulunduğunu" kabul etmesi, yani çocuğu *"tanıması"* (MK. m.295) veya mahkemece *"babalığına hükmedilmesi"* (MK. m.301) sonucunda doğabilir. Bunun tamamen aksine olarak, aralarında doğal kan bağı mevcut olmayan kimseler, belli hâllerde birbirlerinin yakın hısımı sayılırlar. Bunun en güzel örneklerini daha sonra ele alacağımız üzere, hâkimin evlât edinmeye karar vermesi (MK. m.316/I) sonucunda doğan hısımlık ile evlenme sözleşmesinin doğurduğu hısımlık oluşturur.

O hâlde **hısımlık,** *doğal olarak veya sözleşme ya da yargısal kararla kurulan ilişkiler sonucunda meydana gelen ve belli kimseleri birbirinin yakını hâline sokan doğal ve hukukî bir bağdır.* Bu tanımdan hısımlığın

(12) Aynı görüş için bk. **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh.182.

i k i kaynaktan doğduğu anlaşılır. Çeşitli insanları birbirlerine bağlayan bu hukukî bağ, ya d o ğ a l olarak, yani k a n esasına dayalı olarak *doğumla* meydana gelir ya da kan esasına dayalı olmaksızın *evlenme* veya *evlât edinme kararı* sonucunda y a p a y bir biçimde oluşur. Böylece de hısımlık, meydana geliş (doğuş) şekline göre i k i ye ayrılır: (1) Doğal olarak meydana gelen ve aynı zamanda da doğal bir bağ oluşturan *"kan hısımlığı"*, (2) Evlenme veya evlât edinme kararı sonucunda kanun gereği yapay surette meydana gelen *"kan dışı hısımlık"*.

A) KAN HISIMLIĞI

Kan hısımlığı *bir kimsenin, ana ve babası ve onların ailesi ile olan doğal ve hukukî bağıdır*. Diğer bir deyişle *hısımlık,* bir kimse i l e anası ve babası, onların ana babaları ve kardeşleri (büyük anaları, büyük babaları ile amca, hala, dayı ve teyzesi), kendi kardeşleri ve onların çocukları (yeğenleri), kendi çocukları ve onların çocukları (torunları) arasındaki doğal ve hukukî bağdır. Kan hısımlığı hukukî olduğu kadar doğal bir bağ da oluşturur. Çünkü bu hısımlık biri diğerinden gelen veya biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen, yani *birbirinden* veya *ortak bir asıldan üremiş bulunan kişiler arasındaki yakınlık bağıdır.* Kan hısımlığı biri a n a, diğeri b a b a tarafından olmak üzere iki yönlüdür ve d o ğ u m l a oluşur; yani doğum anında çocuk ile ana baba ve onların aile bireyleri (ailesi) arasında kanundan ötürü kan esasına dayalı bir hısımlık bağı kurulmuş olur. Bu sonuç istisnasız olarak a n a tarafından olan kan hısımlığı ile soybağından doğan hısımlık hakkında geçerlidir.

B a b a tarafından olan kan hısımlığı ise, evlilik içindeki doğuma dayalı olan hısımlık hariç, ancak tanıma (MK. m.295) veya babalığa hüküm (MK. m.301) sonucunda gerçekleşir; zira evlilik dışında doğmuş olan çocuğun babası hukuken ancak bu suretle belirlenmiş olur.

Kan hısımlığı, kendisine hukukî bakımdan çok önemli sonuçlar bağlanan bir hısımlık türüdür. Nitekim kan hısımlığı, medenî hukukta "evlenme engellerini" ve "mirasçılığı" saptama bakımından önemli olduğu gibi, kan bağıyla birbirine bağlı olan kişiler arasındaki "nafaka yükümlülüğünü" belirleme bakımından da önemlidir.

Kan hısımlığı*, hem biri diğerinden gelen kişiler, hem de biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasındaki hısımlıktır.* Bu tanımdan kan hısımlığının i k i y e ayrıldığı anlaşılır. Kan hısımlığının mahiyetine uygun olarak kan hısımları arasında yapılan bu ayırım MK. m.17 hükmünde ifadesini bulmuştur.

1) Kan Hısımlığının Türleri

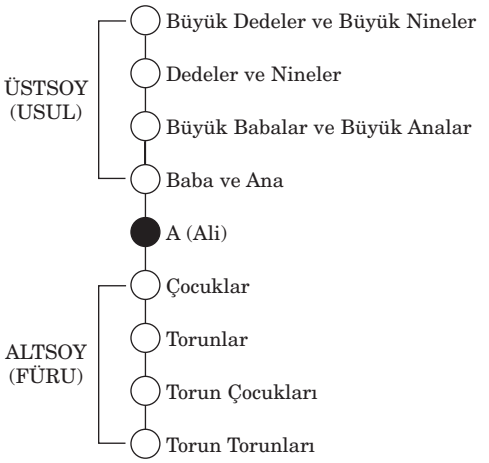
Kan hısımlığının başlıca i k i türü vardır: *"Üstsoy-altsoy hısımlığı"* ve *"yansoy hısımlığı"*. Aşağıda bu iki tür hısımlığı ele alacağız:

a) Üstsoy-Altsoy Hısımlığı

Üstsoy-altsoy hısımlığı (Usul-füru hısımlığı), *biri diğerinden gelen, yani birbirlerinden üreyen kimseler arasındaki hısımlıktır.* Bu tanımdan anlaşılacağı üzere bu hısımlık hem a n a, hem de b a b a tarafından olan bir hısımlıktır. Bu itibarla bir kimse ile ana ve babası, onların ana ve babaları (büyük analar ve büyük babalar), kendi çocukları, çocuklarının çocukları (torunları) ve torunlarının çocukları arasındaki bağ üstsoy-altsoy hısımlığını meydana getirir. Bu hısımlık *sınırsızdır, düz bir çizgi üzerinde uzayıp gider.* Bu sebepledir ki bu hısımlığa ***düz çizgi hısımlığı*** da denir. Kendilerinden gelinen (üremiş olunan) kimseler ***üstsoy*** *(usul)* olarak isimlendirilir. Ana ve baba, büyük analar ve büyük babalar, onların da ana ve babaları (dede ve nineler) vs. bir kimsenin üstsoyunu oluşturur. Üstsoylar y u k a r ı y a doğru düz bir çizgi üzerinde uzayıp giden kan hısımlarıdır.

Bir kimseden gelenlere (üreyenlere) ise ***altsoy*** *(füru)* denir. Bunlar da a ş a ğ ı y a doğru düz bir çizgi üzerinde uzayıp giden kan hısımlarıdır. Çocuklar, torunlar, torun çocukları vs. bir kimsenin altsoyunu oluşturur.

Üstsoy - altsoy kan hısımlığını Şema 1 de görüyoruz.. Bu şemada üstsoy ve altsoy, A (Ali) esas alınarak belirlenmiş bulunmaktadır.



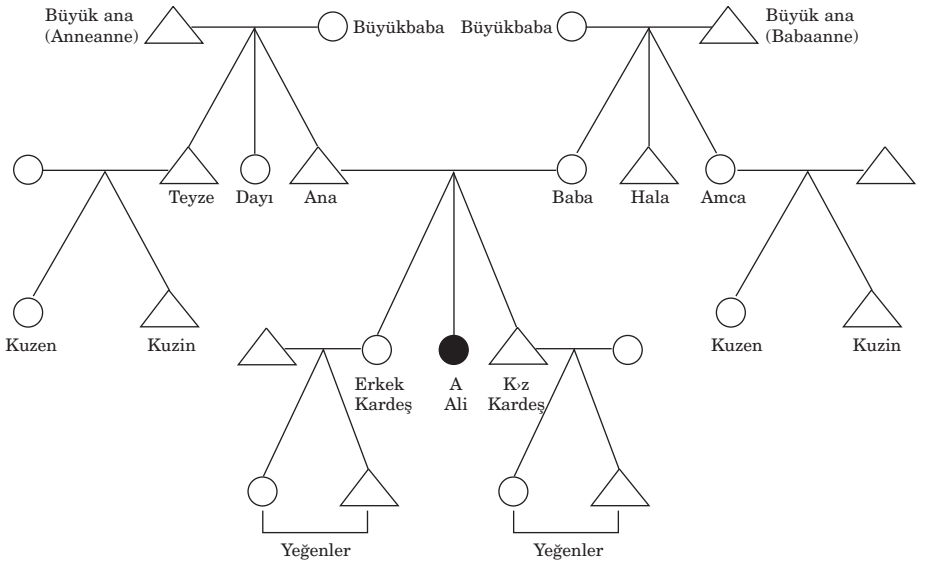
(Şema 1)

Üstsoy-altsoy hısımlığında çocuklar ile ana ve babaları arasındaki hısımlık bağı özel bir önem taşır ve hukukta özel surette isimlendirilir. Ana baba ile çocuklar arasındaki bu hısımlık bağlantısına ***soybağı*** denir. Diğer bir deyişle, birinci derecedeki üstsoy-altsoy hısımlığı, soybağını (nesebi) meydana getirir. Soybağının önemi, ana baba ile çocuklar arasındaki karşılıklı pek çok hak ve yükümlülüğün doğumunda, yani velâyet kurumunun meydana gelmesinde etken olması bakımındandır.

b) Yansoy Hısımlığı

Medenî Kanun *yansoy hısımlığını* (civar hısımlığını), biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasındaki hısımlık şeklinde tanımlamaktadır (m.17/II). Bu tanım, kanunun üstsoy-altsoy hısımlığında da yaptığı gibi, yansoy hısımlığının da sadece baba tarafından bir hısımlık olduğu izlenimini uyandırması bakımından doğru değildir. O hâlde doğru olarak yapılacak bir tanımla ***yansoy hısımlığı,*** *ortak bir soydan gelenler arasındaki hısımlıktır.* Bu ortak soya *"ortak kök"* denir. Ortak kök, erkek olabileceği gibi, kadın da olabilir.

Yansoy hısımlarını aşağıda görüyoruz. (Şema 2).



(Şema 2)

Kan hısımlığının bir türü olan yansoy kan hısımlığı, en az i k i kişinin ortak bir köke bağlanması hâlinde söz konusu olabilir[13]. Böylece bir kimse ile kardeşleri; kardeşlerinin çocukları (yani yeğenleri); halası, amcası, teyzesi ve dayısı ve onların çocukları (yani kuzin ve kuzenleri) arasındaki hısımlık, yansoy hısımlığıdır. Zira bu sayılanların hepsi de ortak bir soydan (kökten) gelmişlerdir. Bu husus Şema 2 de daha açık bir biçimde görülebilmektedir.

Yansoy hısımlığı hem ana, hem de baba tarafından söz konusu olur. Yani normal olarak yansoy hısımları arasında ister kadın ister erkek olsun, soylar (kökler) ortaktır. Örneğin ana baba bir kardeşler (öz kardeşler) aynı ana ve babanın çocukları olduklarından, ortak kökleri ana ve babalarıdır.

Bununla beraber, bazen sadece bir tek soyun (kökün) ortak olması da mümkündür. Örneğin ana bir veya baba bir kardeşlerde durum böyledir. İşte bu bakımdan yansoy hısımlığı aşağıdaki i k i türe ayrılır:

aa) Tam Kan Yansoy Hısımlığı

Tam kan yansoy hısımlığı, *a y n ı ortak kökten gelen kişiler arasındaki hısımlıktır.* Örneğin ana ve babaları bir olan kardeşler arasında veya ana ve babaları bir olan amcalar, halalar, dayılar ve teyzeler ile yeğenleri arasında tam kan yansoy hısımlığı vardır. Halk arasında bu tür hısımlık "öz kardeş", "öz amca" (hala) veya "öz dayı"(teyze) olarak ifade edilir.

bb) Yarım Kan Yansoy Hısımlığı

Yarım kan yansoy hısımlığı, *köklerden sadece b i r i n i n ortak olduğu yansoy hısımlığıdır.* Örneğin anaları bir babaları ayrı ya da babaları bir anaları ayrı kardeşler arasında veya bunlar ile yeğenleri arasındaki hısımlık böyledir. Burada ortak kök, ana veya babadan *sadece biridir*; kardeşlerin babaları veya anaları farklı kişilerdir. Uygulamada bu hısımlık "üvey kardeş", "üvey amca" (hala), "üvey dayı" (teyze) olarak ifade edilir.

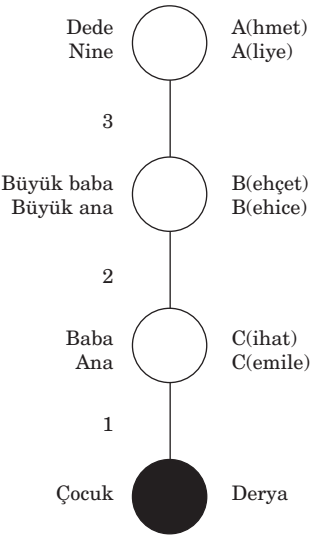
2) Kan Hısımlığında Derece

Hısımlıkta derece, hısımları birbirlerinden ayıran d o ğ u m s a y ı s ı n ı gösterir. Hısımların birbirlerine yakınlığı bu derece ile ölçülür. İki hısım arasındaki doğum sayısı çoğaldıkça, yani hısımlık derecesi büyüdükçe, hısımlar arasındaki yakınlık da ters orantılı olarak o derecede azalır.

---

(13) **Saymen**, sh.192.

Medenî Kanun hısımlıktaki derecenin *"hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olacağını* ifade eder (m.17/I). Buna göre örneğin ana baba ile çocuklar birbirlerinin *"birinci"* dereceden üst soy-altsoy hısımıdırlar. Çünkü bunları birbirlerine bağlayan bir tek doğum vardır. Büyük baba veya büyük ana (babaanne, anneanne) ile torunu arasında iki doğum mevcut olduğundan bunlar birbirlerine *"ikinci"* dereceden üstsoy-altsoy hısımıdırlar (Bk. Şema 3).



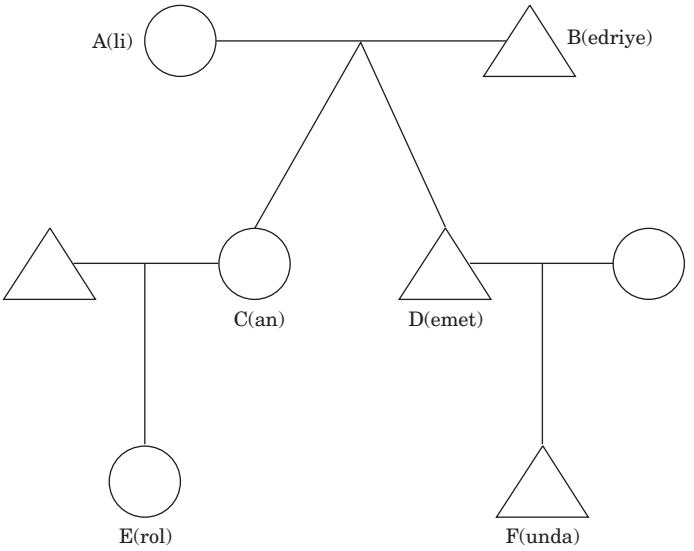
(Üstsoy-Altsoy Hısımlığı)

(Şema 3)

Derya, Cihat ile Cemile'nin oğludur; Onlar ile Derya arasında b i r tek doğum, yani sadece Derya'nın doğumu vardır. O hâlde baba Cihat ve ana Cemile ile oğulları Derya arasında *birinci dereceden* hısımlık vardır. Behçet ile Behice, Derya'nın büyük babası ve büyük anasıdır; onlar ile Derya arasında i k i doğum vardır. Doğumlardan biri Cihat'ın (Cemile'nin) diğeri Derya'nın doğumudur. Bu itibarla büyük baba Behçet ve büyük ana Behice ile torun Derya arasında *ikinci dereceden* hısımlık vardır. Ahmet ile Asiye Derya'nın babası Cihat'ın (annesi Cemile'nin) büyük babası ve büyük anası, yani Derya'nın dedesi ve ninesidir. Derya ile dedesi Ahmet ve ninesi Asiye arasında Behçet'in (Behice'nin) doğumu, Cihat'ın

(Cemile'nin) doğumu ve Derya'nın doğumu olmak üzere ü ç doğum vardır. Öyleyse torununun çocuğu Derya ile dedesi Ahmet ve ninesi Asiye arasındaki hısımlık *üçüncü derecedendir.*

Yansoy kan hısımları aynı soydan (kökten) gelmiş olan kişilerdir. Bu hısımlıkta derece, yakınlıkları söz konusu olan hısımlar arasındaki doğum sayısına göre belirlenir. Buradaki doğum sayısı, *hısımlıkları söz konusu olan kişileri ortak soya (köke) bağlayan doğum sayısıdır.* Bu itibarla, kardeşler *ikinci dereceden;* hala, amca, teyze ve dayı ile yeğenleri *üçüncü dereceden;* kardeş çocukları (kuzin ve kuzenler) birbirleriyle *dördüncü dereceden* yansoy hısımlarıdır (Bk. Şema 4).



(Yansoy Hısımlığı)

(Şema 4)

Can ile Demet tam kan kardeştirler. Onları ortak köke, yani ana ve babalarına bağlayan i k i doğum vardır: Biri Can'ın doğumu, diğeri Demet'in doğumu. Öyleyse iki kardeş arasında *ikinci dereceden* hısımlık vardır. Erol Demet'in, Funda da Can'ın yeğenleridir. Erol ile halası Demet ve Funda ile dayısı Can arasında *üçüncü dereceden* hısımlık vardır; zira

onları ortak köklerine (büyük babaları Ali ve büyük anaları Bedriye'ye) bağlayan ü ç doğum vardır: Erol'un doğumu, Can'ın doğumu ve Demet'in doğumu veya Funda'nın doğumu, Demet'in doğumu ve Can'ın doğumu. Kuzen Erol ile kuzini Funda (yani kardeş çocukları) arasındaki hısımlık *dördüncü derecedendir.* Zira her ikisini ortak köke, yani büyük babaları Ali ile büyük anaları Bedriye'ye bağlayan d ö r t doğum vardır: Erol'un doğumu, Can'ın doğumu, Demet'in doğumu ve Funda'nın doğumu.

3) Kan Hısımlığının Hükümleri

Hukuk düzeni kan hısımlığına pek çok hükümler bağlamıştır. Bu hükümler hısımlara, özellikle yakınlık derecelerine göre karşılıklı birtakım yükümlülükler getirmekte veya onlara hısımlıkları dolayısıyla bazı haklar tanımaktadır. Bunların önemli olanlarını aşağıda ele alacağız:

a) Medenî Hukuk Bakımından

Medenî hukuk bakımından hısımlığın çeşitli konularda önemi vardır. Bunlar hakkında aşağıda kısaca açıklamalarda bulunacağız

aa) Derneklerde Oy Hakkından Yoksunluk

Derneklerde her üyenin genel kurul toplantılarında bir oy hakkına sahip bulunması şarttır. Bir üye bu hakkından hiçbir surette yoksun bırakılamaz (MK. m.68, 69). Ancak, üyelerden birinin üstsoy-altsoy hısımları ile dernek arasında mevcut bir işlem veya bir dava hakkında alınacak kararlarda o üye oy hakkını kullanamaz (MK. m.82).

bb) Evlenme Yasağı

Evlenme ehliyetine sahip bulunan kişiler, kural olarak ayrı cinsten diledikleri bir kimseyle evlenebilirler. Fakat bu evlenme hürriyetinin sınırları da vardır. Bunların en önemlisi, yakın hısımlar ile evlenilemeyeceğini öngören MK. m.129 hükmüdür. Bu maddeye göre, üst soy-altsoy hısımları arasındaki evlenme yasağı kesin ve sınırsızdır Yani bir kimse ne kadar uzak dereceden olursa olsun, üstsoy veya altsoy hısımlarından biriyle asla evlenemez. Bu yasağa karşın her nasılsa yapılmış olan bir evlenme mutlak butlan yaptırımına tâbi olur, yani her zaman ortadan kaldırılabilir (MK. m.145).

Evlenme yasağı yansoy hısımlığında da kesin olmakla birlikte bu kadar sınırsız olmayıp belirli bir yakınlık derecesiyle sınırlandırılmıştır. Gerçekten, MK. m.129 b.l uyarınca *üçüncü dereceye kadar* olan yansoy hısımları, yani kardeşler birbirleriyle; amca, hala, dayı ve teyze de yeğenleri ile evlenemezler. Bu yasağa karşın her nasılsa yapılmış olan evlenmenin yaptırımı da aynı şekilde mutlak butlandır (MK. m.145).

cc) Nafaka Yükümlülüğü

Nafaka yükümlülüğü, kanun tarafından yoksulluğa düşmüş olan kan hısımlarına karşılıklı olarak yükletilen *yardım* zorunluluğudur. Bu zorunluluk düz çizgi hısımlığında (üstsoy-altsoy hısımlığında) sınırsız olarak mevcuttur (MK. m.364). Yansoy hısımlığında ise, sadece ikinci dereceden hısım olanlar, yani kardeşler arasında söz konusu olduğu gibi, ayrıca yükümlü olacak kardeşin "refah hâlinde bulunması" şartına da bağlanmıştır (MK. m.364/II).

dd) Aile Vesayetinin Kurulmasını İsteme

Aile vesayetinin (özel vesayetin) kurulmasını isteme yetkisi, vesayet altına alınan kişinin yakın hısımlarına aittir (MK. m.399). Aile vesayetinde vesayet makamının, yani sulh mahkemesinin yerine geçerek onun ödevlerini görecek olan aile meclisi de, vesayet altındaki kişinin hısımlarından oluşur (MK. m.400/I).

ee) Mirasçılık

Mirasçılık esas itibariyle kan hısımlığına dayanır. Ölenin (mirasbırakanın, murisin) kan hısımları kanundan ötürü onun mirasçısı olurlar, onlara *"yasal mirasçılar"* denir. Fakat Medenî Kanun bütün kan hısımlarına mirasçılık hakkını tanımış değildir. Sadece ölene az çok yakın olan hısımları onun mirasçısı olabilirler. Kimlerin mirasçı olacağı konusu, miras hukukunda kan hısımları arasındaki hısımlık derecesine göre değil, büsbütün başka bir ölçüte, yani *parantel sistemine* göre düzenlenmiştir.

Parantel, *her hısımlık derecesinde ana baba veya bunların altsoyundan oluşan bir hısımlar topluluğudur.* Medenî Kanun'a göre mirasçı olacak hısımlar ü ç parantelde toplanmıştır: Birinci parantel *ölenin altsoyundan;* yani çocukları, torunları, torun çocukları vs.dan oluşur; bunlar ölenin en yakın yasal mirasçılarıdırlar (MK. m.495). İkinci parantel *ölenin ana ve babasından* ve onların altsoyundan, yani ölenin kardeşlerinden, kardeşlerinin çocuklarından (yeğenlerinden) oluşur (MK. m.496). Birinci parantelde hiç mirasçı bulunmadığı, yani ölenin altsoyu olmadığı veya mevcut altsoyunun tamamı mirası reddettiği takdirde, ölenin "ana baba paranteli" mirasa konar. Üçüncü parantel ise, *ölenin büyük ana ve büyük babalarından* ve onların altsoyunun, yani ölenin amca, hala, dayı ve teyzeleri ile onların çocuklarından oluşur; bunlar ancak birinci ve ikinci parantellerde hiçbir mirasçı bulunmadığı takdirde mirasa konar (MK. m.497).

Miras hukuku bakımından derece, mirasa çağrılan bir parantelde mevcut çeşitli hısımlardan hangisinin önce mirasçı olacağını belirleme

bakımından önemlidir. Bu parantel içerisinde önce kimin mirasa konacağı sorunu, ölen ile bu paranteldeki mirasçılar arasında mevcut yakınlık derecesine göre saptanır. Örneğin birinci parantelde ölenin çocukları ve torunları mevcut ise, önce birinci dereceden kan hısımı olan çocukları mirasçı olurlar. Yani aynı parantel içerisinde yakın dereceli hısım mevcut iken daha uzak dereceli hısım mirasçı olamaz.

Miras hukuku bakımından derece, saklı paylı (mahfuz hisseli) mirasçıların saptanması açısından da önemlidir. *Saklı paylı mirasçılar,* ölenin mirasından mutlaka da belli bir pay almaları kanundan ötürü zorunlu görülen mirasçılardır. Medenî Kanun'a göre ölenin ancak çok yakın derecedeki hısımları onun saklı paylı mirasçısı olabilirler. Saklı paylı mirasçıların sınırı MK. m.505 ve 506 hükümleriyle şöyle saptanmıştır: Düz çizgi hısımlarından *altsoy*, ölen ile arasındaki yakınlık derecesine bakılmaksızın sınırsız olarak; üstsoy hısımlarından sadece birinci derecedeki hısımlar, yani *ana ve babadır*[(14)].

ff) Vasiliğe Öncelikle Atanma

Haklı sebepler engel olmadıkça vesayet altındaki kişinin yakın hısımlarının öncelikle (tercihan) vasi olarak atanmaları gerekir (MK. m.414).

gg) Resmî Vasiyetnamenin Yapılışına Katılamama

Resmî vasiyetname noter veya sulh hâkimi gibi resmî bir makam önünde ve iki tanığın katılımıyla düzenlenen vasiyet türüdür. Medenî Kanun, vasiyet yapanın üstsoy ve altsoy hısımları ile ikinci derecedeki yansoy hısımlarının vasiyetnamenin yapılmasına memur veya tanık sıfatıyla katılmalarına izin vermez (m.536).

b) Kamu Hukuku Bakımından

Hısımlığın yargılama hukuku ile ceza hukuku bakımından da önemi vardır. Aşağıda bu konulara kısaca değineceğiz:

aa) Yargılama Hukukunda

Yargılama hukukunda hısımlık özellikle hâkimin davaya bakamaması ve reddi (HMK.m. 34 ve m.36; CMK.m.24 b.1) tanıklıktan çekinme (HMK.m.247; CMK.m.45) ve bilirkişilikten çekinme (HMK.m. 272; CMK.m.70) için haklı birer sebep oluşturur.

---

(14) 10.5.2007 tarihinde yürürlüğe giren ve Medeni Kanun'un 505 inci ve 506 ıncı maddelerinde değişiklik yapan 5650 sayılı yasa ile **"kardeşlerin"** saklı paylı mirasçılığına son verilmiştir. Ayrıca hısımlık ilişkisi bulunmamakla birlikte sağ kalan eşin de "karı-kocalık" ilişkisinden doğan saklı payı vardır.

bb) Ceza Hukukunda

Kan hısımlığı ceza hukukunda bazen cezanın azaltılması için bir sebep oluşturur. Örneğin soybağı (nesep) aleyhine işlenen cürümlerde (TCK. m.231) olduğu gibi. Kan hısımlığı bazen de bunun tam aksine cezayı artırıcı bir unsur olarak dikkate alınır. Örneğin belli durumlardaki adam öldürmede olduğu gibi (TCK. m.82).

B) KAN DIŞI HISIMLIK

Kan dışı hısımlık, insanlar arasında kan bağından kaynaklanmayıp birtakım sosyal etkenler, özellikle hukukî işlem veya mahkeme kararı dolayısıyla meydana gelen bir yakınlığı ifade eder. Bu hısımlığı önceleri doğuş kaynaklarına uygun olarak "sözleşme hısımlığı" şeklinde isimlendirmekte idik[15]. Çünkü bu tür hısımlık ya evlenme sözleşmesi ya da resmî evlâtlık sözleşmesi sonucunda doğuyordu. Yeni Medenî Kanun'umuz evlât edinmede şekil değişikliğine giderek, taraflar arasında yapılacak resmî evlâtlık sözleşmesinden vazgeçmiş, evlât edinmenin mahkemenin kararıyla gerçekleşmesi usulünü getirmiştir (m.315/I). Bu değişiklikten sonra sözleşme hısımlığı terimini kullanmaya devam etmek mümkün olmadığından, onun yerine kısa olması bakımından *"kan dışı hısımlık"* terimini kullanmayı uygun bulduk. Aynı hısımlık türünü *"işlemsel hısımlık"* şeklinde isimlendirmek de mümkün olabilir. Zira bu tür hısımlığı doğuran olgular, yani evlenme ve mahkeme kararı birer idarî veya yargısal işlemdir[16].

Kan dışı hısımlığı oluşumuna göre i k i y e ayırmak mümkündür: "Evlenmeyle oluşan hısımlık" ve "evlât edinmeyle oluşan hısımlık". Bunlardan birincisine *kayın hısımlığı*[17], ikincisine de *yapay hısımlık* denilmektedir.

---

(15) **Dural/Öğüz,** evlât edinme sonucunda doğan hısımlığı ***"sözleşme** hısımlığı"* şeklinde isimlendirerek, bu hısımlığın evlât edinen ile evlâtlık arasında yapılan ***sözleşmeyle*** kurulacağını ifade ediyorlar. **(Dural-Öğüz,** sh.171, 174). Oysa yeni Medenî Kanun bu ilişkinin sözleşmeyle kurulması usulünü kaldırarak evlât edinmenin mahkemenin vereceği bir kararla gerçekleşmesi esasını getirmiştir (m.315/I). Bu bakımdan ***sözleşme hısımlığı*** terimi isabetli ve doğru değildir.

(16) Nitekim *"işlemsel hısımlık"* terimini daha önce Medenî Hukuk, B. 9, İstanbul 2003 adlı kitabımızda kullanmıştık (sh.138).

(17) **Özsunay** bu hısımlığı ***"dünür hısımlığı"*** olarak isimlendirmektedir: Gerçek Kişiler, sh.80. Oysa ***"dünürlük"*** halk tarafından her iki eşin ana ve babaları arasındaki yakınlığı ifade etmek üzere kullanılmakta olup, teknik anlamda hısımlık ilişkisi değildir.

1) Kayın Hısımlığı

Kayın hısımlığı *(sıhrî hısımlık), kan dışı hısımlığın evlenme sonucunda oluşan türüdür.*

Kayın hısımlığı, evlenme sonucunda sadece eşlerden biri ile diğerinin kan hısımları arasında meydana gelen yakınlık ilişkisidir. Medenî Kanun bu tür hısımlığı 18 inci maddesinde şöyle tanımlamaktadır: *"Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur".*

a) Kayın Hısımlığının Doğuşu

Kayın hısımlığı evlenme sözleşmesinin (nikâh töreninin) tamamlandığı anda kanun gereği kendiliğinden doğmuş olur. Kayın hısımlığını yaratan, eşler arasında kurulan evlilik ilişkisidir. Bu itibarladır ki, evlilik herhangi bir sebeple ortadan kalktıktan sonra, artık bu evliliğe dayanılarak *yeni bir kayın hısımlığı kurulamaz.* Kayın hısımlığı tıpkı kan hısımlığı gibi *sürekli olan* bir hukukî bağdır, bir kez doğduktan sonra koparılması, ortadan kaldırılması mümkün değildir. Böyle olduğu içindir ki, kayın hısımlığının doğmasına sebep olan evliliğin sonradan herhangi bir sebeple ortadan kalkması, *evlenmeyle doğmuş bulunan bu hısımlığı etkilemez.* Başka bir deyişle, kayın hısımlığının doğmasına sebep olan evlilik ölüm, iptal, fesih veya boşanma yollarından biriyle ortadan kalksa dahi, kayın hısımlığı yine de devam eder. Bu, "kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz" diyen MK. m.18/II hükmü gereğidir. Evlilik hükümsüzlük yaptırımına dayanılarak mahkeme kararıyla iptal edilse dahi, durum yine aynıdır. Bu husus herhangi bir ayırım yapmaksızın "evliliğin sona ermesinden" söz eden MK. m.18/II hükmüne uygun olduğu kadar, evlenmede hükümsüzlük yaptırımının sonuçlarını düzenleyen MK. m.156 vd. hükümlerine de uygun düşer. Bu itibarladır ki, kayın hısımlığı da tıpkı kan hısımlığı gibi *ebedî olan* bir hısımlık türüdür.

b) Kayın Hısımlığının Kapsamı

Kayın hısımlığı, *eşlerden her biri ile diğerinin kan hısımları arasında evlenme sonucunda meydana gelen hısımlıktır.* Karı veya kocadan her birinin bütün kan hısımları, diğerinin kayın hısımlarıdır. Bu bakımdan kan hısımlığının düz çizgi (üstsoy-altsoy) hısımlığı veya yansoy hısımlığı olması arasında fark da yoktur. Örneğin karının anası, babası, kardeşleri, halası, amcası, teyzesi, dayısı ve bunların çocukları, torunları evlenme

töreninin tamamlanmasıyla birlikte kocanın kayın hısımları olurlar. Aynı şekilde kocanın anası, babası, kardeşleri, halası, amcası, teyzesi, dayısı ve bunların çocukları, torunları da aynı anda karının kayın hısımları olurlar. Dilimizde bütün bu hısımlıkların kendilerine özgü özel isimleri vardır: Kayın peder (kayın baba), kayın valide (kaynana), kayın birader (eşin erkek kardeşi), görümce (kocanın kız kardeşi), baldız (karının kız kardeşi) vs. gibi. Hatta karı veya kocadan birinin önceki evliliğinden olan çocukları ile *diğer eş arasında* da evlenmeyle birlikte kayın hısımlığı kurulmuş olur. Hak dilinde bu hısımlık *"üveylik",* üvey evlât, üvey baba veya üvey ana olarak isimlendirilir.

Kayın hısımlığı sadece eşlerden b i r i ile d i ğ e r i n i n kan hısımları arasındaki bağdır. Bu itibarla:

Eşler birbirinin hısımı değildirler. Eşler arasındaki bağ hısımlıktan ayrı olan *"karı-kocalık"* bağıdır.

Eşlerden birinin *kan hısımları* ile diğerinin *kan hısımları* arasında da ***hısımlık söz konusu değildir***. Örneğin kocanın babası veya anası ile karının babası veya anası arasında yahut karının kardeşi ile kocanın kardeşi arasında hısımlık bağı yoktur. Bu durum belki de Ülkemizin geleneklerine pek uygun düşmez. Çünkü Ülkemizde her iki eşin ana ve babaları arasında "*dünürlük*" olarak isimlendirilen ilişkiye halkımız büyük önem verir, hatta bu kişiler başkalarına birbirlerini çok yakın hısım (!) olarak nitelendirirler.

Aynı şekilde, eşlerden birinin kardeşinin kocası veya karısı, diğer eşin kayın hısımı değildir. Çünkü eşlerden birinin "enişte"si veya "yenge"si ile olan hısımlığı kan hısımlığı olmadığından, diğer eş ile bu kişiler arasında kayın hısımlığı doğmaz.

Derece kayın hısımlığında da söz konusu olur. Eşlerden her birinin kan hısımları, diğer eşin *aynı dereceden* kayın hısımıdır. Bu, MK. m.18/I gereğidir. Örneğin karının babası ile koca arasında birinci dereceden kayın üstsoy-altsoy (düz çizgi) hısımlığı; kocanın kardeşi ile karı arasında ikinci dereceden kayın yansoy hısımlığı; kocanın amcası ile karı arasında üçüncü dereceden kayın yansoy hısımlığı mevcuttur.

c) Kayın Hısımlığının Hükümleri

Kayın hısımlığı hukuk bakımından kan hısımlığı kadar önemli değildir. Bununla beraber hukuk düzeni bu hısımlığa da bazı hukukî sonuçlar bağlamıştır. Aşağıda bunları ele alacağız:

aa) Medenî Hukuk Bakımından

aaa) Evlenme Yasağı

Kayın hısımlığında evlenme yasağı kesin olup sadece *üstsoy-altsoy hısımları arasında* söz konusudur. MK. m.129 b.2 uyarınca kayın hısımlığını doğurmuş olan evlilik herhangi bir sebeple ortadan kalkmış olsa bile, eşlerden biri diğerinin üstsoyu ve altsoyu, yani ana veya babası, büyük ana veya büyük babası ya da çocukları, torunları ile evlenemez. Bu yasak derece farkı gözetilmeksizin tüm düz çizgi hısımlarını kapsar. Bunun sonucu olarak örneğin bir kadın kocasından boşandıktan veya kocası öldükten sonra kocasının dul olan babası veya büyük babası ile evlenemeyeceği gibi, kocasının ilk evliliğinden olan oğlu ile de evlenemez. Zira eşlerden birinin başka bir evlilikten olan altsoyu, diğer eşin de aynı derece kayın hısımı olur ve kayın hısımlığını doğuran evliliğin ortadan kalkmasıyla da sona ermez (MK. m.18).

Evliliğin ortadan kalkmasından sonra artık bu evliliğe dayanan yeni bir hısımlık meydana gelemeyeceğine göre, kocasından boşanan bir kadının boşandıktan sonra ikinci evliliğinden dünyaya gelen kızı ile boşandığı eski kocasının evlenmesine hukuken bir engel yoktur.

Kayın hısımlığındaki evlenme yasağını çiğneyerek yapılan evlenmelerin yaptırımı, aynen kan hısımlığında olduğu gibi mutlak butlandır (MK. m.145 b.4)

bbb) Aile Vesayetinin Kurulmasını İsteme

Aile vesayetinin (özel vesayetin) kurulmasını isteme, aile meclisine katılma ve vasiliğe atanmada öncelik bakımından kan ve kayın hısımları arasında hiçbir fark gözetilmemiştir (MK. m.399, 400, 414).

bb) Kamu Hukuku Bakımından

Yargılama hukuku ile ceza hukukunda esas itibariyle kan ve kayın hısımları arasında bir fark yoktur. Usul kanunlarının yukarıda belirtilen maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun 81 inci maddesinde buna ilişkin kural mevcuttur.

2) Yapay Hısımlık

Yapay hısımlık (calî hısımlık)*, mahkemece evlât edinme kararının verilmesiyle birlikte evlâtlık ile evlât edinen arasında kanun gereği doğan hısımlıktır.* Kanun koyucu, otuz yaşını doldurmuş olan kimseler ile henüz otuz yaşını doldurmamış, fakat en az beş yıldan beri evli olan eşlere ken-

dilerinden en az onsekiz yaş küçük bir kişiyi evlat edinme imkânını tanımaktadır (MK. m.305 vd.). Evlât edinme işlemi mahkemece verilen evlât edinme kararıyla birlikte tamamlandığı anda, evlât edinen ile evlatlık arasında kanundan ötürü *birinci dereceden bir üstsoy-altsoy hısımlığı* meydana gelir. Evlâtlık, kendisini evlât edinmiş olanın birinci dereceden altsoyu, yani âdeta çocuğu konumuna girer. Hatta eşlerin evlât edindiği küçüğün nüfus kaydına ana ve baba olarak evlât edinen eşlerin adları yazılır (MK. m.314). Medenî Kanun evlât edinme kurumunu "Aile Hukuku" adını taşıyan İkinci Kitabında ayrıntılı şekilde düzenlemiştir (m.305 vd.)[18].

a) Yapay Hısımlığın Hükümleri

Evlât edinme sonucunda evlât edinen ile evlâtlık arasında oluşan birinci dereceden üstsoy-altsoy hısımlığının doğal bir bağa, yani kan bağına dayanmadığını göz önünde tutan kanun koyucu, bu sebeple evlât edinmenin hükümlerini özel surette düzenlemiştir.

aa) Hısımlığın Sadece Evlâtlık ile Evlât Edinen Arasında Olması

Evlât edinme dolayısıyla meydana gelen yapay hısımlık, sadece evlâtlık ile evlât edinen arasındadır. Bu itibarla evlâtlık, kendisini evlât edinmiş olan kimsenin kan hısımlarıyla hısım olmaz. Aynı şekilde evlât edinen ile evlâtlığın kan hısımları arasında da herhangi bir hısımlık bağı doğmaz.

bb) Evlenme Yasağı

Yapay hısımlık da evlenme yasağı doğurur. Gerçekten, MK. m.129 b.3 uyarınca *evlât edinen ile evlâtlık ve onlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi evlenemez*. Yani evlât edinenin veya evlâtlığın karısı veya kocası evlâtlık veya evlât edinen ile evlenemeyeceği gibi, evlâtlığın veya evlât edinenin altsoyu da evlât edinen veya evlâtlık ile evlenemez. Bununla beraber bu yasak, evlâtlık bağının yapay niteliği gereği Önceki Medenî Kanunda kesin olmayan, sadece geciktirici mahiyette bir yasak idi. Başka bir deyişle, evlâtlık bağı evlenme akdinin yapılmasına engel oluyordu, fakat evlenme bu engele karşın her nasılsa yapıldıktan sonra, artık aradaki evlâtlık sözleşmesine dayanılarak evliliğin hükümsüzlüğü yoluna gidilemiyordu. Ancak, evlâtlık bağı ile evlilik ilişkisi mahiyetleri gereği bir arada bulunamayacağından, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte evlâtlık ilişkisi ve dolayısıyla yapay hısımlık da kendiliğinden, yani kanundan ötürü ortadan kalkmış oluyordu (m.121).

---

(18) Bu konuda geniş bilgi için bk. **Akmtürk, T.:** Aile Hukuku, sh.381 vd.

Oysa yeni Medenî Kanun, Türk insanı tarafından hiç de hoş karşılanmayan ve bir türlü hazmedilemeyen bu durumu değiştirerek, yani evlenme yasağını kesin olmayan engelden çıkarıp kesin evlenme engeli türüne çevirdi. Bu itibarladır ki, bu yasağa karşın her nasılsa yapılmış olan bir evlenme mutlak butlanla sakat bir evlenmedir ve her zaman iptali yoluna gidilebilecektir (MK. m.145 b.4).

cc) Mirasçılık

Yapay hısımlık doğuran evlâtlık bağı *t e k taraflı* bir mirasçılık meydana getirir. İlke olarak sadece evlâtlık ile evlâtlığın altsoyu sadece evlât edinenin yasal mirasçısı ve hem de saklı paylı mirasçısıdırlar (MK. m.500/I, 506). Evlât edinen ise, evlâtlığın mirasçısı olamaz; aynı şekilde evlât edinenin kan hısımlarının da evlâtlığın mirasçısı olmaları söz konusu değildir (MK. m.500/II).

dd) Nafaka Yükümlülüğü

Evlât edinen ve evlâtlık karşılıklı olarak MK. m.364 de düzenlenmiş bulunan nafaka yükümlülüğü altındadır[19]. Ancak, bu yükümlülüğün sadece evlât edinen ile evlâtlık arasında kalacağı, ne evlât edinenin evlâtlığın altsoyuna, ne de evlâtlığın altsoyunun evlât edinene karşı yardım nafakası ödeme borcunun söz konusu olmadığı kabul edilmelidir.

b) Yapay Hısımlığın Ortadan Kaldırılması

Önceki Medenî Kanun, evlât edinen ile evlâtlığa, evlâtlık ilişkisinin kurulmasındaki kurallara uymak şartıyla bu ilişkiyi karşılıklı rızalarıyla her zaman ortadan kaldırma imkânını tanımış idi (m.258). Aynı maddeye göre bu ilişki, haklı sebeplere dayanarak evlâtlığın, mirastan ıskat sebeplerinden birinin söz konusu olması hâlinde de evlât edinenin istemde bulunması üzerine, hâkimin kararıyla kaldırılabiliyordu. Bu hükümlerden de anlaşılabileceği gibi, evlâtlık ilişkisi ve bu ilişkiden doğan yapay hısımlık, diğer hısımlıklar gibi ebedî mahiyette bir hısımlık olarak düşünülmemiş idi.

Buna karşılık yeni Medenî Kanun bu konuda eskisinden tamamen farklı ve İsviçre Medenî Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme getirmiştir. Nitekim yeni düzenlemeye göre, evlâtlık ilişkisi ve bu ilişkiden doğmuş olan yapay hısımlığın, evlât edinen ile evlâtlığın *karşılıklı rızala-*

---

(19) 2. HD. 24.1.1951, 2788/3105; 24.2.1949, 252/927, **Olgaç, Senai:** Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenîsi, C.I, İstanbul 1956, sh.402, m.257, Nr.1201.

rıyla ortadan kaldırılması mümkün olmadığı gibi, onlardan birinin istemde bulunması üzerine hâkimin kararıyla her zaman ortadan kaldırılması da söz konusu değildir. Evlâtlık ilişkisi ve dolayısıyla yapay hısımlık, ancak MK. m.317 ve 318 hükümleri uyarınca, yasal sebep bulunmaksızın *gerekli rızanın alınmamış olması* hâlinde rızası alınması gereken kişilerin; evlat edinmenin esasa ilişkin diğer *noksanlıklardan biriyle sakatlanmış olması durumunda ise, C. savcısı veya ilgililerin istemde bulunması üzerine hâkimin kararıyla kaldırılabilir.*

Beşinci Bölüm
KİŞİSEL DURUM VE KİŞİSEL DURUM SİCİLİ (NÜFUS KÜTÜĞÜ)

§ 1. KİŞİSEL DURUM

I- KAVRAM

Kişisel durum, *gerçek kişilerin hukukî durumlarının, yani hak ve yükümlülüklerinin saptanmasında etkisi olan doğal ve sosyal niteliklerinin bütününü ifade eder.* Medenî hukuk bakımından kişisel durumu oluşturan sosyal nitelikler içinde önemli olanı, *kişinin sadece ailesi içindeki konumuyla ilgili olan nitelikleridir.* Kişinin meslekî veya siyasî konumu ile ilgili olan niteliklerinin medenî hukuk bakımından onun hak ve yükümlülükleri üzerine herhangi bir etkisi olamaz. Zira medenî hukuk karşısında bütün kişiler eşit hak ve borçlara sahiptir. Bunu MK. m.8 hükmü açık ve seçik olarak belirtmektedir.

Hukukun gerçek kişilere (insanlara) bazı hak ve yükümlülükler tanımak maksadıyla dikkate aldığı doğal ve ailevî nitelikleri, onların kişisel durumunu oluşturur[(1)]. Bu anlamda olmak üzere, bir insanın doğal niteliklerinden olan *yaşı* ve *cinsiyeti* onun kişisel durumlarındandır. Zira bunlar hak ve fiil ehliyetlerinin içerik ve kapsamını ve fiil ehliyeti söz konusu olunca onun varlığını saptamak bakımından önemlidir.

Bir kimsenin *bekâr, nişanlı, evli, dul, boşanmış olma; velâyet veya vesayet altında bulunma* veya *kısıtlı, küçük* ya da *ergin olma* gibi aile içindeki nitelikleri de o kimsenin kişisel durumunu oluşturur. Çünkü bu niteliklere göre kişinin hukukî durumu ile hak ve borçları da değişik olur. Gerçekten, evli kişilere MK. m.185 vd. hükümleriyle tanınan hak ve yükletilen yükümlülükler, boşanmış kimselere yükletilen nafaka (MK. m.175), çocukların ana ve babalarına karşı sahip bulundukları haklar ve

---

(1) **Arsebük,** Medenî Hukuk, sh.238; **Planiol-Rippert,** sh.13.

yüklendikleri ödevler (MK. m.335 vd.), hısımlıktan doğan nafaka yükümlülüğü (MK. m.364) ve mirasçılık ilişkileri (MK. m.495 vd.) bunun birer örneği olarak gösterilebilir.

II- KİŞİSEL DURUMLARIN KAZANILMASI VE SONRAKİ DEĞİŞMELER

Gerçek kişilerin hukukî durumunun belirlenmesi ve saptanmasında ve hatta kişilerin birbirlerinden ayrılmasında önemli bir işlevi olan kişisel durumlar, bütün hayat boyunca hep aynı kalmazlar, devamlı bir değişime tâbi olurlar. Onlardaki bir değişim, ya mevcut bir kişisel durumun tamamen ortadan kalkması veya mevcut kişisel durumun yerine bir yenisinin kazanılması suretiyle ve hukukî olaylar ya da hukukî işlemler sonucunda meydana gelir. Her şeyden önce, doğal bir olay olduğu kadar hukukî bir olay mahiyetinde de olan *"doğum"* ve *"ölüm",* kişisel durumların kazanılmasında veya kaybedilmesinde önemli rol oynarlar. Gerçekten, kişilik doğumla kazanılır, ölümle kaybedilir. Doğumun evlilik içi veya dışı bir doğum olmasına göre, çocuğun aile içerisindeki durumu farklı şekilde ortaya çıkar. Öte yandan *erginlik,* yani onsekiz yaşın doldurulması da hukukî bir olayla meydana gelir.

Kişisel durumlar kanunda öngörülen birtakım hukukî işlemler sonucunda *"kanundan ötürü"* değişikliğe uğrarlar. Bu işlemler bizzat kişisel durumunda değişiklik olan kimseden gelebileceği gibi, üçüncü bir kişiden de gelebilir. Üçüncü kişiden gelen hukukî işlemlerle mevcut kişisel durumun değişmesinin, daha doğrusu yeni bir kişisel durumun kazanılmasının tipik bir örneğini, evlilik dışında doğan bir çocuğun babası ile olan soybağının (nesebinin), ana ve doğal babanın doğumdan sonra birbirleriyle evlenmesi suretiyle belirlenmesi oluşturur. Aynı değişiklik evlilik dışı bir çocuğun tanınması (MK. m.295) veya mahkemece doğal babanın babalığına hükmedilmesiyle de (MK. m.301) gerçekleşmiş olur. Kişinin bizzat kendisinden gelen işlemlerle kişisel durumunun değişmesinin en tipik örneğini de nişanlanma, evlenme ve evlât edinme işlemleri oluşturur.

Bir kimsenin kişisel durumu, kendisinin geniş anlamda kişiliğini oluşturan unsurlardan biridir. Bu itibarla da Medenî Kanun'un kişiliğin korunmasına ilişkin hükümleri, kişisel durumların korunması hakkında da uygulanır. Bu itibarladır ki hiç kimse, kendi iradesiyle de olsa, belli bir kişisel durumundan vazgeçemez (feragat edemez), onu başkalarına devredemez ve kanundaki istisnalar dışında mevcut kişisel durumunu ortadan kaldıramaz. Nitekim Türk hukukunda "evlâtlıktan ret" gibi bir kurum

yoktur. Yani hiçbir ana veya baba evlilik içinde doğmuş olması dolayısıyla kendilerine soybağıyla bağlanmış bulunan çocuğunun bu kişisel durumunu bertaraf edemez, onu evlâtlıktan çıkaramaz. Bunun tek istisnasını, kanunda belirtilen şartların bulunması hâlinde, ilke olarak baba tarafından açılabilecek olan "soybağının reddi davası" (MK. m.286 vd.) oluşturur.

§ 2. KİŞİSEL DURUM SİCİLİ (NÜFUS KÜTÜĞÜ)

I- KAVRAM

Kişisel durum, insanların hukukî durumunu etkileyen doğal ve ailevî niteliklerdir. Kişiler arasındaki ilişkilerin düzen ve güveni bakımından olduğu kadar, kişi ile devlet arasındaki ilişkilerin güvenli bir şekilde gelişmesi bakımından da, kişisel durumların bilinmesinde büyük yarar ve zorunluluk vardır. Zira kişisel durumlar bir gerçek kişinin; hak ehliyetinin kapsamını, fiil ehliyetine sahip olabilmesi için gerekli olan şartları, bir aileye bağlantısını (mensup olmasını), yani soybağını ve hısımlığını göstermesi dolayısıyla, kendisine düşecek olan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde çok önemlidir. Örneğin bir kimsenin yapmış olduğu bir hukukî işlemin geçerli olup olmadığını tespit edebilmek için, o kimsenin fiil ehliyetinin aradığı erginlik şartını taşıyıp taşımadığını bilmek gerekir. Bu ise, ancak o kişinin kişisel durumunu öğrenmekle mümkün olabilir.

Kişisel durumlar bunun dışında, seçme ve seçilebilme, askerlik hizmetini yapma veya ceza ehliyetine sahip olup olmama bakımlarından da önemlidir. Bu itibarladır ki, kişisel durumların sonradan meydana gelen bütün değişiklikleriyle birlikte *kayıtlarla saptanmasında,* bireyler kadar toplumun da menfaati vardır. Nitekim kişisel durumların özel ve kamu hukuku bakımından taşıdığı bu önemden dolayıdır ki, onların *resmî kayıtlar şeklinde saptanması* yoluna gidilmiştir. Tarihin çok eski devirlerinden beri kişisel durumların kayıt ve tescil edilmekte olduğuna tanık oluyoruz. Avrupa devletlerinde ilk önceleri dinî düşüncelerin etkisiyle din adamları tarafından yapılmakta olan bu kayıt ve tescil ödevi, zamanla devletin ödevleri arasına girmiştir[2]. Türkiye'de de[3]

---

(2) Kişisel durum sicilleri hakkında tarihî açıklamalar için bk. **Velidedeoğlu, H.V.:** Şahsın Hukuku, sh.159 vd.; **Tüzemen, Ekrem:** Le régistre de l' état civil, Lausanne 1940, sh.21 vd.

(3) Türkiye'deki nüfus kayıtlarının geçirdiği gelişim hakkında bk. **Barkan, Ömer Lütfü:** Türkiye'de imparatorluk Devrinin Büyük Nüfus ve Arazi Takrirleri ve Hakana Mahsus İstatistik Defterleri, İF.Mec. 1940/41, c.II, sh.20 vd.

bu ödev Medenî Kanun'un 37 nci maddesiyle devlete yükletilmiştir. Nitekim MK. m.37 de *"Kişisel durum sicili,* ***Devletçe atanan memurlar tarafından*** *tutulur. Sicil kayıtlarını tutmak ve örnek vermek bu memurların görevidir"* denilmektedir[4]. Aynı maddenin ikinci fıkrası Yabancı memleketlerdeki Türkiye temsilcilerine, Cumhurbaşkanlığının onayı ile nüfus memurluğu yetkisi verilebilir.

Medenî Kanun'un ***"kişisel durum sicili"*** olarak isimlendirdiği bu sicil, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun yerini almış olan 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı yeni *Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda* ***"nüfus kütüğü"(nüfus kütükleri)*** adıyla düzenlenmiş bulunmaktadır (m.3ş). Bu sebepledir ki, bundan sonraki açıklamalarımızda "kişisel durum sicili" yerine gerektiğinde "nüfus kütüğü" veya "nüfus kütükleri" deyimlerini kullanacağız. Kullanacağımız bu terimlerle hep aynı şeyin kastedilmekte olduğunu da belirtmiş olalım.

Nüfus kütüğünün (kişisel durum sicilinin), MK. m.7 anlamında *"resmî sicil"* ve kişisel durumların ispatı bakımından da *"karine"* mahiyetinde olduğu söylenebilir. O hâlde ***nüfus kütüğü (kütükleri)****, resmî memurlar tarafından ve gerçek kişilerin kişisel durumlarının ve bunlarda sonradan meydana gelen bütün değişikliklerin kaydedildiği resmî sicildir (sicillerdir)*. Kişisel durumların kazanılması ve bunlarda sonradan meydana gelen değişiklikler, hukukî olay ve hukukî işlemler sonucunda gerçekleşir. Bu bakımdan nüfus kütüğü(kişisel durum sicili), *gerçek kişilerin kişisel durumuna ilişkin başlıca hukukî olaylar ile hukukî işlemlerin kayıt ve tescil edildiği, kişisel durumların ispatında belli başlı kanıt (delil) mahiyetinde olan resmî sicildir*[5]. Resmî bir sicil olması itibariyle de içeriğinin doğru olduğu hakkında MK. m.7 hükmündeki karineden yararlanır[6].

Medenî Kanun, 36-42 nci maddeleri arasında kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) hakkında bazı ilkeler koymakla yetinmiş, bu konunun ayrıntılı biçimde, yani sicilin nasıl tutulacağı ve kanunun emrettiği beyanların nasıl ve kimler tarafından yapılacağı hususlarının çıkarılacak bir kanunla düzenlenmesini öngörmüştür (m.36). Düzenleme yapmak amacıyla çıkarılan özel kanun, sonradan bazı değişiklikler geçirmiş bulunan[7] 5.5.1972 tarihli ve 1587 sayılı *Nüfus Kanunu* idi. Nüfus Kanunu'nun 1

---

(4) Kişisel durum sicili (Nüfus kütükleri) İçişleri Bakanlığına bağlı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü örgütünce tutulmaktadır.

(5) Karş. **Saymen,** age., sh.209.

(6) Resmî sicil ve senetler hakkında bk. yuk. sh.230 vd.

(7) En son değişiklik 15.3.2003 tarihli ve 4826 sayılı "Nüfus Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun"la gerçekleşmişti: RG. 20.3.2003, S.25054.

Eylül 1974 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, aynı gün o tarihte yürürlükte olan 14.8.1330 (1914) tarihli *"Sicilli Nüfus Kanunu"* yürürlükten kalkmış oldu. Daha sonra Nüfus Kanunu'nun uygulanmasıyla ilgili olmak üzere 1977 yılında "Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği" yürürlüğe konulmuştu. Bu yönetmelik de 27.7.2002 tarihli "Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetlerine Ait Görev ve Çalışma Yönetmeliği"nin yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmış bulunmaktadır[8]. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi 1587 sayılı Nüfus Kanunu, 29.4.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı *Nüfus Hizmetleri Kanunu* ile yürürlükten kaldırılmıştır (m.71). En son olarak, Türk Medenî Kanunu ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na dayanılarak Bakanlar Kurulunca 29.9.2006 tarihinde 11081 sayılı Kararnamesiyle çıkarılan "Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" 25.11.2006 tarih ve 26355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

II- SİCİLİN (KÜTÜĞÜN) UNSURLARI

Medenî Kanun kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) olarak başlıca ü ç kütük öngörmüştür. Bunlar *doğum kütüğü, ölüm kütüğü* ve *evlenme kütüğü*dür. Bunlardan doğum kütüğü 41 inci, ölüm kütüğü ise 43 üncü maddede düzenlenmiştir. Kanun evlenme kütüğünden 144 üncü maddesinde söz etmiş, fakat bu kütüğün nasıl tutulacağını yönetmeliğe bırakmıştır.

Buna karşılık Nüfus Hizmetleri Kanunu ise, nüfus kütüğünün *"aile kütüğü"* ile *"özel kütük"* ve *yedeklerinden* oluşacağını öngörmektedir. Nitekim bu yeni kanuna göre aile kütüğü, özel kütük ve yedeklerinden oluşan kayıtların tümü, ***"nüfus kütüğü"*** adını alır (m. 3u). Diğer bir anlatımla nüfus kütükleri, *kâğıt* ve *elektronik ortamlarda tutulan* aile kütükleri ile özel kütükler ve bunların mikrofilmlerinden oluşur. Nüfus kütükleri daimî saklanması gerekli resmî belgelerdir. Nüfus kütükleri *i l ç e* esasına göre tutulur (m.5).

Yeni tarihli Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Medenî Kanun arasında tutulacak kütükler bakımından bir farklılık doğmuştur. Nitekim Medenî Kanun'un tutulmasını öngördüğü doğum, ölüm ve evlenme kütükleri, Nüfus Hizmetleri Kanun'unda "özel kütük" içine alınmıştır. Zaten Medenî Kanun da düzenlediği bu üç kütüğün tutulmasına ilişkin usulü ilgili kanun hükümlerine bırakmıştır. Nüfus kütüğünün unsurlarından ***özel kütük;*** *doğum, evlenme, boşanma, ölüm, kayıt düzeltme ve diğer olaylar*

---

(8) RG. 27.7.2002, S.24889.

şeklinde tutulan ve ayrı ayrı tasnif edilen dayanak belgelerinin konulduğu dosyadır (m.3z). Bu kütüklerin bir örneği olayı tescil eden nüfus idaresinde, bir örneği de Genel Müdürlükte Merkez Arşivinde tutulur.

Doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evlât edinme, tanıma, kayıt düzeltme, soybağının düzeltilmesi ve gaiplik gibi bir kişinin kişisel durumunda değişiklik yaratan olaylara ***nüfus olayı;*** aile kütüğüne işlenmiş kişisel bilgilere ***nüfus kaydı;*** nüfus olaylarına ve kişinin nüfusa ve yerleşim yeri adresine ilişkin bilgilerinin toplanmasına, nüfus kütüklerine geçirilmesine, korunmasına ve gerektiğinde tasnif edilerek değerlendirilmesine ilişkin iş ve işlemlere de ***nüfus hizmetleri*** denir. Nüfus hizmetlerini yürütmekle görevlendirilen örgüt, İçişleri Bakanlığına bağlı *Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü*dür. Nüfus hizmetleri, Bakanlığın merkez ve taşra örgütü ile dış temsilcilikler tarafından yürütülür (NHK. m.4).

• **Nüfus kütüklerinin mahiyeti:** Nüfus kütükleri; kişilerin kimliklerinin, yerleşim yeri adreslerinin, aile bağlarının, vatandaşlık durumlarının ve şahsî hâllerinin belirlenmesi amacıyla ilçe ve aile esasına göre nüfus olaylarının tescil edildiği, daimî olarak saklanması gerekli resmî belgelerdir. Aile kütüğü ve özel kütüklerde tutulan kayıtlar ile yedekleri ve bunlardan çıkarılan kayıt örnekleri aynı hukukî değere sahiptir. Kayıtlar arasında farklılık olduğu takdirde, aksi sabit oluncaya kadar kayda esas olan dayanak belgesi geçerlidir. Ayrıca, İçişleri Bakanlığı, elektronik ortamda tutulan aile kütüklerinde kişiye ait tek bir kaydın tutulmasına, kişi ve olay kayıtlarının TC Kimlik numaraları ile ilişkilendirilmesine yetkili kılınmıştır (NHK. m.5).

• **Nüfus kütüklerinin tutulması:** Nüfus kütüklerinin nasıl tutulacağı, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 6 ncı maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Nüfus olayları, iletişim ağı kullanılarak *nüfus müdürlüklerindeki aile kütüklerine* ve *merkezî veri tabanına* tescil edilir. Bakanlık, doğal afet ve olağanüstü hâllere karşı kesintisiz olarak hizmet verilmesini sağlamak amacıyla, merkezî veri tabanının yedeğinin farklı bir yerde tutulmasını sağlar. *Kâğıt ortamındaki aile kütüklerinin* her sayfasına cilt ve sayfa sıra numaraları konur. Kütüğün sonuna kaç sayfadan ibaret olduğu yazılır. Sayfa birleşim yerleri asliye hukuk mahkemesince mühürlenerek sonu onaylanır. Nüfus kütüklerinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, mevzuat ve sistemdeki gelişmelere bağlı olarak değiştirmeye ve kâğıt ortamında tutulan aile kütüklerini uygulamadan kaldırmaya Bakanlık yetkilidir.

Aşağıda aile kütüğü ve özel kütük hakkında çok fazla ayrıntıya girmeksizin açıklamalarda bulunacağız:

A) AİLE KÜTÜĞÜ

Aile kütüğü, *kişisel durumlara ilişkin işlemlerin yapılıp yürütülmesinde kullanılmak üzere her m a h a l l e veya k ö y için aile esasına göre nüfus idarelerince tutulan resmî belgelerdir.*

Aile kütüğünde kişi ve aileler hakkında şu bilgiler bulunur: a) Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, b) Kayıtlı bulunduğu il, ilçe, köy veya mahalle adı ile cilt, aile ve birey sıra numarası, c) Kişinin adı ve soyadı, cinsiyeti, baba ve ana adı ile soyadları, evli kadınların önceki soyadları, ç) Doğum yeri ile gün, ay ve yıl olarak doğum tarihi ve kütüğe kayıt tarihi, d) Evlenme, boşanma, soybağının kurulması veya reddi, ölüm, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi gibi kişisel durumda meydana gelen değişiklik veya yetkili makamlarca yapılan düzeltmeler, e) Dini, f) Medenî hâli, g) Yerleşim yeri adresi, ğ) Fotoğrafı h) Biyometrik verisi. Diğer yandan (a), (g), (ğ) ve (h) bentlerinde belirtilen kayıtlar yani T.C. kimlik numarası, yerleşim yeri adresi, fotoğraf ve kişinin kimlik tespit ve kimlik doğrulama işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla elektronik sistemlerce alınan parmak izi, damar izi ve el ayasından elde edilen kişiye özgü verileri ifade eden biyometrik verisi sadece elektronik ortamda tutulur. Türkiye'de aile kütüğü bulunmayan ve yabancı ülkelerde oturan vatandaşlar Bakanlığın göstereceği bir nüfus müdürlüğünde açılacak aile kütüğüne kaydedilir.

Nüfus kütükleri ilçe esası üzerine tutulurken (m.5), aile kütükleri köy ve mahalle esasına göre tutulur (m.7).

Bir soydan gelen ve aynı soyadını taşıyan kişiler bir aile kütük sıra numarası altında; bir ailenin çocukları, erkek çocuklarının eş ve çocukları ile kız çocuklarının evlilik dışı dünyaya gelmiş çocukları aynı aile sıra numarası altında yazılırlar. Aile bireylerinden birinin sonradan soyadını değiştirmesi, bu haneden çıkarılmasını gerektirmez (NHY.m.19).

• **Kaydın kapatılması ve yeniden açılması:** Nüfus kaydının kapatılması; ölüm, gaiplik, Türk vatandaşlığının kaybı, evlenme, boşanma, evlât edinilme, soybağının düzeltilmesi veya reddi gibi nüfus olayları sebebiyle bir kaydın üzerinde işlem yapılamaz hâle getirilmesi demektir. Kaydın kapatılmasına ilişkin sebep ortadan kalktığında veya kaydın yeni-

den açılmasını gerektirecek yeni bir sebep ortaya çıktığında kayıt yeniden açılır (NHY. m.20/II).

Tanıma; babanın yazılı başvurusu üzerine mahkemede yapılmışsa mahkeme tarafından, notere başvuru üzerine düzenlenen senetle yapılmışsa noter tarafından tanımanın yapıldığı tarihten itibaren *on gün içinde* nüfus müdürlüğüne bildirilir. Tanımanın babanın vasiyetnamesindeki beyanla yapılması durumunda nüfus müdürlüğüne bildirim, vasiyetnameyi açan hâkim tarafından yapılır. Nüfus memuruna yapılan tanıma beyanı ise, doğrudan aile kütüklerine tescil edilir. Tanınan veya babalığı hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir. Yurt dışında yapılan tanıma işlemlerine ait bildirimler dış temsilciliklere veya Türkçeye tercüme edilip, onaylanmış olmak kaydıyla yurt içinde nüfus müdürlüklerine yapılabilir (NHK. m.28).

Evlât edinme kararı mahkeme tarafından *on gün içinde* o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir. Evlât edinme olayı aile kütüklerine tescil edilir ve evlât edinilenin kaydı, evlât edinenin aile kütüğüne taşınır (NHK. m.29). Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlât edinme işlemleri aslî şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye'de de geçerlidir (NHK. m.30).

Kanun gereği ***Türk vatandaşlığını kazananlar,*** yetkili makam veya kurulların kararı üzerine düzenlenecek formlara uygun olarak aile kütüğüne tescil edilir (NHK. m.19).

Nüfus Hizmetleri Kanunu, **tescil görevi ve süresini** 54 ve devamı maddelerde düzenlemiştir. Buna göre, *nüfus olaylarını tescil etmekle görevli memurlar*, nüfus müdürlüğünde düzenlenen ve aile kütüklerine tescil edilmesi gereken dayanak belgelerini *işlem anında*, diğer makamlarca düzenlenen dayanak belgelerini ise, nüfus müdürlüğüne intikal ettiği tarihten itibaren *yedi gün içinde* aile kütüklerine tescil etmekle ve bir örneğini Genel Müdürlüğe göndermekle yükümlüdürler. *Mahkeme yazı işleri müdürleri*, aile kütükleri üzerinde tescil yapılmasını gerektirecek bütün karar ve işlemleri, kesinleşme veya düzenleme tarihinden itibaren *on gün içinde* o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler. *Sağlık kuruluşları ve tabipler* kontrollerindeki doğum ve ölüm olaylarına ilişkin olayın mahiyetini ve ilgilinin kimlik bilgilerini gösteren bir rapor düzenleyerek sahiplerine vermekle görevlidirler.

B) ÖZEL KÜTÜKLER

Özel kütükler kavramına giren çeşitli kütükleri aşağıda kısaca ele alacağız:

1) Doğum Kütüğü

Doğum kütüğü, *bir gerçek kişinin doğumu ve soybağıyla ilgili kayıtları içeren kütüktür.* Doğum kütükleri, nüfus memurlarınca tutulan doğum tutanakları ile yeniden kayda ait bildirimlerin aile kütüklerine işlendiği yer nüfus idaresince yıllar itibariyle gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip dosyalanmasından oluşur. Bu kütükte kişinin doğum günü de belirtilmek suretiyle doğum tarihi ile doğum yeri gösterilir. Pek tabiî bu kütükte kişinin adı ve soyadı, cinsiyeti, ana ve babasının adları ve yerleşim yerleri de yer alır. Medenî Kanun, 41 inci maddesinde "doğumlara ilişkin bildirimler ve kimliği bilinmeyen bulunmuş çocuklar hakkındaki işlemler ilgili kanun hükümlerine göre yapılır" demek suretiyle uygulamayı ilgili kanuna bırakmıştır.

Medenî Kanun'un ilgili kanun olması dolayısıyla yollama yaptığı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na göre, sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye'de *otuz gün içinde* nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise *altmış gün içinde* dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur (NHK.m.15). Maddede yapılan en son değişiklik ile doğum bildirimlerinin, doğumu gerçekleştiren sağlık kuruluşlarına da yapılabilmesi imkânı getirilmiştir.

Doğum bildirimini yapabilecek kişiler; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması hâlinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlardır. Diğer yandan sağlık kuruluşları ve bu kuruluşlar dışında sağlık personeli nezaretinde gerçekleşen doğumlar, ilgili sağlık birimince bulunulan yer nüfus müdürlüğüne beş iş günü içinde doğumu ispatlayan rapor veya resmi belgeler ve doğum tescili talebi ile birlikte bildirilir. Sağlık personeli nezaretinde gerçekleşmeyen doğumların bildirimi ise gebelik sırasında anneyi takip eden doktor ya da sağlık mesleği mensubunca düzenlenen belge ve raporlar ile yapılır. Sağlık personeli takibi dışında doğan çocukların doğum bildirimleri ise nüfus müdürlüklerine sözlü beyan ile yapılır ve beyanın doğruluğu mülki amirin emri ile aile hekimlerince araştırılmak zorundadır.

Ölü doğan çocuklar nüfus kütüğüne yazılmaz. Bir doğumda birden fazla doğan çocuklar doğuş sırasıyla yazılır (m.15). Doğumla ilgili bildirimler nüfus müdürlüklerince doğum tutanağına geçirilir. Yukarıda belirtilen süreleri geçirdikten sonra bildirilen altı yaşını doldurmamış olan çocukların doğum tarihinin tespitinde beyan esas alınır. Çocuk altı yaşını

doldurmuş ise, nüfus müdürlüğüne getirilerek resmî sağlık kuruluşunca yaşının tespit edilmesi sağlanır. Doğuma ait resmî belge ibraz edilmesi hâlinde, yaş tespitine gerek kalmaz (m.16).

Nüfus Hizmetleri Kanunu, *bildirimle yükümlü diğer görevlileri* de ayrıntılı biçimde belirtmektedir. Nitekim "2828 sayılı Kanun'un yetkili kıldığı kuruluş yetkilileri, yetiştirme yurtları, bakım evleri ve benzeri yerlerin sorumluları ile kişiler; yanlarında çalıştırdıkları veya barındırdıkları çocuk veya erginlerin kimlik kartlarını kontrol etmek, aile kütüklerine kayıtlı olmayanların tescillerini sağlamak için nüfus müdürlüklerine beyanda bulunmak ve gerekli işlemleri yaptırmakla görevlidirler" (m.18/I). Kolluk görevlileri; kimlik kontrolleri veya herhangi bir işlem nedeniyle kimliğini ispat edemeyenlerle, nüfusta kayıtlı olmadığını ispat ettikleri kişileri … o yerdeki nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler" (m.18/II). "Okul müdürleri; okula kayıt için başvuran çocuklardan nüfusa kayıtlı olmayanların beyana dayalı kimlikleri ile baba, ana, vasi veya kayyımların kimliklerini ve adreslerini o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler" (m.18/III). Aynı şekilde "kamu veya özel kurumlar iş verecekleri kişilerden kimlik kartı istemekle, nüfusa kayıtlı olmadıklarını anladıkları kişilerin beyana dayalı kimlik ve adreslerini nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdürler" (m.18/IV).

"Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen *bulunmuş çocukların* nüfus kütüklerine kaydedilmesi, kolluk görevlileri veya ilgili kurumların bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına dayanılarak bulundukları yerin nüfus müdürlüğünce yapılır" (m.19/I). "*Zihinsel engelli olup da bulunmuş onsekiz yaşından büyük kişileri*, mahkemece tayin edilecek kayyımları bildirmekle yükümlüdür. Bildirimin tam teşekküllü devlet hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile nüfus müdürlüğüne yapılması zorunludur" (m.19/II). Bulunmuş çocuklar ile zihinsel engelli kişiler hakkında düzenlenen tutanaklarda doğum tarihi, adı ve soyadı ile ana ve baba adı belirtilmemiş ise, nüfus müdürlüğünce ad ve soyadı ile ana ve baba adı verilir. Doğum tarihi belirlenmemişse resmî sağlık kuruluşunca tespit edilmesi sağlanır (m.19/III).

Bir kimsenin kişisel durumlarıyla ilgili olarak doğum kütüğünde bulunan bilgilere 'kişinin künyesi' denir. Herkese künyesinin onaylı bir örneği verilir ki buna ***"kimlik kartı"*** denir. Kimlik kartı kişinin Türk vatandaşı olduğunu ve aile kütüğüne kayıtlı bulunduğunu gösteren resmi bir belgedir. Kimlik kartları düzenlenirken biyometrik verisi alınacak kişilerin şahsen müracaatı esastır. Diğer yandan biyometrik verisi alınmayacak çocuklar bakımından veli, vasi ya da bildirim yükümlülüğü bulunan kişilerin (NHK.m.15, m.17) müracaatı gerekir.

2) Ölüm Kütüğü

***Ölüm kütüğü**, görevliler tarafından tutulan ölüm tutanaklarının aile kütüklerine işlendiği yer nüfus idaresi tarafından gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip yıllar itibariyle dosyalanmasından oluşur.*

Ölüm kütüğüne, ölüm ve ölüme benzer sonuçlar doğuran, yani kişiliğin ortadan kalkmasıyla sonuçlanan olaylar kaydedilir. Ölen kişinin nüfus kütüğünden düşürülmesi işlemi i d a r î bir işlemdir. Mahkemece idareyi işlem yapmaya zorlayacak şekilde hüküm konulması doğru değildir[(9)].

Medenî Kanun, 43 üncü maddesinde "ölümlere ilişkin bildirimler ilgili kanun hükümlerine göre yapılır" diyerek ilgili kanuna yollamada bulunmakla beraber, 44 ve 45 inci maddelerinde, hakkında ölüm karinesi geçerli olan veya gaipliğine karar verilmiş bulunanların bildirilmesini bizzat düzenliyor. Nitekim bu maddelere göre, hakkında ölüm karinesi uygulanacak olan, yani ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolan ve cesedi de bulunamayan kişinin, ölüm kütüğüne o yerin en büyük mülkiye amirinin emriyle ölüm kaydı düşürülür (m.44). Gaiplik hâlinde ise, gaiplik kararının verilmesinden sonra, bu karar hâkimin bildirmesiyle ölüm kütüğüne yazılır (m.45).

Medenî Kanun'un yollamada bulunduğu Nüfus Hizmetleri Kanunu, ölüm ve gaiplik hâlinde bildirimle yükümlü olanları ve bildirim süresini 31 vd. maddelerinde düzenlemektedir. Kanun'un 31 inci maddesine göre ölüm olayını: a) Şehir ve kasabalarda Umumî Hıfzıssıhha Kanunu gereğince defin ruhsatı vermeye yetkili olanlar, b) Köylerde, varsa resmî tabip veya sağlık kuruluşu yetkilileri, yoksa köy muhtarları, c) Hastane ve bakım evi gibi sağlık kurumlarında kurum amirlikleri, ç) Askerî birliklerde tabipler veya iç hizmet mevzuatına göre kıta komutanlıklarınca görevlendirilmiş olanlar ve askerlik şubeleri, d) Doğal afetlerde mülkî idare amirlerince görevlendirilecek memurlar, e) Adlî olaylarda ve kazalarda ilgili Cumhuriyet savcılıkları, olayın meydana geldiği tarihten itibaren, dış temsilcilikler ise olaydan haberdar oldukları tarihten itibaren *o n g ü n içinde* Genel Müdürlüğe ya da nüfus müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdürler. Yurt içinde meydana gelmiş ölümlerde, ölüm nerede meydana gelmişse o yerin nüfus müdürlüğüne, ölüm yerinin tespit edilememesi hâlinde ceset nerede bulunmuşsa o yerin, ölüm bir taşıt içinde olmuşsa bu taşıttan çıkarıldığı yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir. Ölenin kaydı yok ise, yapılacak soruşturma sonunda Türk vatandaşlığı ve ailesi tespit edildiği takdirde doğum tutanağı düzenlenerek aile kütüğüne önce doğum, sonra ölüm olayı işlenir.

---

(9) Bk. 2. HD. 17.02.2005, 16304/2235, RG. 20.03.2005, S.25761.

Ölmüş olduğu hâlde aile kütüklerinde sağ görünenlere ait ölüm tutanakları, ölüm olayının gösterir belge ile başvurulması hâlinde nüfus müdürlüklerince düzenlenir ve gerekli işlem yapılır. Herhangi bir belge ibraz edilememesi durumunda, ölüm beyanının doğruluğu nüfus müdürlüklerince tahkik ettirildikten sonra düzenlenecek ölüm tutanağı, mülkî idare amirinin emri ile işleme konulur (m.33).

Gaiplik kararları mahkemelerce *on gün içinde* o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir (m.34).

3) Evlenme Kütüğü

Evlenme kütüğü, *evlenme sözleşmelerinin tescil edildiği ve evlendirme memurları tarafından tutulan kütüktür.* Evlendirme Yönetmeliğine göre, "yapılan evlenmeler evlendirme memuru tarafından evlenme kütüğüne geçirilir ve karı-koca (eşler), şahitler (tanıklar) ve memur tarafından imza edilir. Böylece evlenmenin şeklî unsuru tamamlanmış olur" (m.35/I). Usulüne göre onaylanmış evlenme kütükleri, evlenmenin yapıldığına karine oluştururlar; fakat evlenmenin hâlen devam edip etmediği hususunda hukukî bir değer taşımazlar. Evlenme kütüğünde silinti ve kazıntı yapılamaz. Yanlış yazılan bilgilerin düzeltilmesi nüfus mevzuatına tâbidir (EY. m.35/II, III).

Evlendirme işlemini yapanlar, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren *on gün içinde* düzenlenecek evlenme bildirimini nüfus müdürlüğüne göndermekle ve müdürlük de evlenmeyi tescil etmekle yükümlüdür. Evlenen kadının kaydı kocasının hanesine taşınır. Kocası ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir. Dış temsilciliklerce yapılan evlenmeler, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren *otuz gün içinde* nüfus müdürlüğüne bildirilir (NHK. m.23). Önceki Medenî Kanun'un yürürlüğe girdiği 4.10.1926 tarihinden önce eski hükümlere göre yapılıp da hâlen dahi nüfus kütüklerine tescil edilmemiş olan evlenmeler, ilgililerin mahkemeden karar almaları suretiyle aile kütüğüne tescil edilir (NHK. m.23/IV).

Evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanan kadın, kocasının hanesine tescil edilir. Bu şekilde aile kütüklerine tescil edilen kadının ölüm dışında evliliğinin sona ermesi hâlinde kaydı, kayıtlı bulunduğu kütüğün sonuna taşınır. *Evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanan erkek,* evlenmeyle karısının kaydının taşındığı haneye tescil edilir. Evliliğin ölüm dışında sona ermesi hâlinde kadının kaydı evlenmeden önce kayıtlı bulunduğu haneye taşınır, erkeğin kaydı ise kayıtlı bulunduğu hanede kalır (NHK. m.25).

4) Boşanma Kütüğü

Boşanma kütüğü, *mahkemeler tarafından verilmiş olan boşanma ilâmlarının tescil işlemini yapan ilçe nüfus idaresince gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip yıllar itibariyle dosyalanmasından oluşur.*

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 27 nci maddesine göre, boşanma veya evliliğin iptaline ilişkin kararlarda şu bilgilere yer verilmesi zorunludur: a) Tarafların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, baba ve ana adları ile kadının evlenmeden önceki soyadı ve aile kütüğünde kayıtlı olduğu yer, b) Evlilik içinde doğmuş çocuklar ve bunların kimlik bilgileri, c) Karara ait usul mevzuatının öngördüğü diğer esas ve usule ait hükümler.

5) Yer Değiştirme Kütüğü

Yer değiştirme kütüğü, *yerleşim yeri değişikliklerinin işlendiği kütüktür.* Bu kütük, yer değiştirme tutanaklarının yeniden yerleşilen yer nüfus idaresi tarafından gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip yıllar itibariyle dosyalanmasından oluşur.

6) Kayıt Düzeltmeleri Kütüğü

Kayıt düzeltmeleri kütüğü, *mahkemelerce her çeşit kayıt düzeltmelerine ilişkin olarak verilen ilâmların aile kütüğüne işlendiği yer nüfus idaresi tarafından gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip yıllar itibariyle dosyalanmasından oluşur.* Bu kütüklere mahkemelerin verdiği yaş düzeltimi, ad değişikliği ve cinsiyet değişikliği gibi aile kütüklerinde mevcut bir kişisel durumun değişmesini içeren kararlar işlenir.

7) Diğer Kişisel Durum Değişiklikleri Kütüğü

Diğer kişisel durum değişiklikleri kütüğü, *tanıma, evlât edinme, soybağının düzeltilmesi, gaiplik, tamamlama, nüfus kaydının silinmesi gibi olay ve durum değişikliklerine ilişkin belgelerin işlendiği nüfus idaresi tarafından gün ve sayı sırasına göre bir araya getirilip yıllar itibariyle dosyalanmasından oluşur.*

III- KİŞİSEL DURUM SİCİLİNİN (NÜFUS KÜTÜĞÜNÜN) MAHİYETİ

Kişisel durum sicilinin (Nüfus kütüğünün) karakteristik niteliklerini üç noktada toplamak mümkündür[(10)].

---

(10) Bu konularda fazla bilgi için bk. **Tüzemen,** sh.117 vd.

A) BİLDİRİCİ MAHİYETTE OLUŞU

Kişisel durum sicili ve dolayısıyla nüfus kütükleri, gerçek kişilerin hukukî durumlarının, hak ve yükümlülüklerinin saptanmasında önemli olan bazı doğal ve ailevî niteliklerinin kaydedildiği sicil ve kütüklerdir. Bunlar insanların doğal ve ailevî durumlarını yansıtır ve onları tanıtırlar. Bu itibarla da *"bildirici"* (déclaratif) mahiyettedirler; bireylerin fiilen sahip bulundukları kişisel durumları gösterirler. Kişisel durumlar ve onlarda gerçekleşen değişiklikler henüz tescil edilmemiş olsalar bile, hukuken yine de hüküm ifade ederler. Yani yeni bir kişisel durumun meydana gelmesini ve değişmesini gerektiren hukukî olay veya hukukî işlemle birlikte birey yeni kişisel durumunu sicile tescilden önce kazanmış olur.

Bu itibarladır ki, "kişisel durum, bu amaçla tutulan resmî sicille belirlenir" diyen MK. m.36/I hükmünün bu ifade biçimi hiç de doğru değildir. Bu ifadeden kişisel durum sicilinin yenilik doğuran, *"kurucu"* (constitutif) bir mahiyeti varmış gibi bir anlam çıkar ki, bu yanlıştır. Zira bir kimseye sahip olduğu kişisel durumu veren, kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) değildir; tam aksine kişi fiilen bu kişisel durumda bulunduğu içindir ki, kişisel durumu sicile kaydedilmiştir. Örneğin bir kimse sicilde evli olarak gözüktüğü için evli kişisel durumunu kazanmış değildir, fiilen evli olduğu için sicilde evli olarak gözükmektedir. Eğer fiilî durum sicildeki kayda uymuyorsa, bu takdirde sicilde yanlışlık var demektir ki, sicilin MK. m.39 hükmüne uygun olarak düzeltilmesi gerekir. Kişisel durum sicilinin bildirici niteliği, İsviçre Medenî Kanunu'nun Medenî Kanun'umuzun 36 ncı maddesini karşılayan 39 uncu maddesinden açıkça anlaşılır. Bu maddede "kişisel durumların belgelenmesi (kaydı) için sicil tutulur" denilmektedir.

B) RESMÎ SİCİLLERDEN OLUŞU

Kişisel durum sicili ve dolayısıyla nüfus kütükleri devlet memurları tarafından tutulan resmî sicillerdir. Bu itibarla da MK. m.7 hükmüyle resmî sicillere verilen bütün niteliklere sahiptirler ve resmî siciller hakkındaki *karineden yararlanırlar*. Resmî sicillerin içeriğinin doğruluğu hakkındaki karine çürütülebilen, yani adî bir karinedir. Bu karinenin aksi, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, her türlü kanıtla ispat edilebilir.

Kişisel durum sicili resmî sicillerden olmakla beraber, tapu sicili gibi (MK. m.1020) *herkese açık olan (alenî) resmî sicillerden değildir.* Yani herkes kişisel durum sicilindeki kayıtları bilmek zorunda olmadığı gibi, zaten bunları serbestçe incelemesi de mümkün değildir ve hatta bu kayıtların

bir örneğinin kendisine verilmesini de isteyemez[11]. Bundan ötürüdür ki, herkesin nüfus kütüklerindeki kayıtları bildiği farz edilemez (varsayılamaz). Nüfus Hizmetleri Kanunu, 9 uncu maddesiyle *gizlilik ilkesini* benimsemiş bulunmaktadır. Sözü geçen madde hükmüne göre, "nüfus kayıtları ve bu kayıtların tutulmasına dayanak olan belgeler g i z l i dir. Bunlar, yetkili ve sorumlu memurlar ile teftiş ve denetim yetkisi olanlar dışında kimse tarafından görülüp incelenemez. Mahkemeler bu hükmün dışındadır. Nüfus kayıtlarına bu bilgileri işleyen memurlar ve Kimlik Paylaşım Sistemi kapsamında nüfus kayıtlarından faydalanan diğer görevliler de bu gizliliğe uymak zorundadırlar. Bu yükümlülük, kamu görevlilerinin görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder".

Nüfus Hizmetleri Kanunu ***nüfus kayıtlarındaki bilgilerin verilmesi*** konusunu da düzenlemiştir. Nitekim*"kayıt örneği verilmesi"* kenar başlığını taşıyan 43 üncü maddeye göre, "kişinin aile kütüğündeki kaydının çıkarılması ve aslına uygunluğunun nüfus müdürlüğünce onanması ile elde edilen *"nüfus kayıt örnekleri"*, aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir. Nüfus kayıt örneği, istenme nedeni ve hangi amaçla kullanılacağının belirtildiği yazılı istek olmadan verilemez. Ancak kişinin kimliğini kanıtlayan resmî bir belge ile şahsen başvurması hâlinde yazılı müracaat aranmaz. Nüfus kayıt örneklerinde, bunları istemeye yetkili olanlar tarafından açıkça ve gerekçeli olarak istenmediği takdirde, kimlik bilgileri dışında kişisel bilgilere yer verilmez. Bu belgeler üzerinde silinti ve kazıntı yapılamaz. Düzenlendikleri tarihten itibaren yüzseksen gün içinde kullanılmayan nüfus kayıt örnekleri geçerliliğini kaybeder. Nüfus kayıt örneğinin kullanılacağı alanlara göre Bakanlık bu süreyi otuz güne kadar kısaltmaya yetkilidir".

Kanun, 44 üncü maddesinde **nüfus kayıt örneğini almaya yetkili olanları** şöyle açıklıyor: Bakanlık, dış temsilcilikler, asker alma işlemleri için Millî Savunma Bakanlığı, adlî makamlar, adlî işlemlerle sınırlı olmak üzere kolluk kuruluşları, evlenme işlemleri için evlendirme işlemini yapmaya yetkili olanlar, ölüm işlemleri için resmî sağlık kuruluşları, kaydın sahipleri veya bunların eşleri ile veli, vasi, alt ve üst soyları ya da bu kişilere ait vekaletnameyi ibraz edenler, nüfus kayıt örneklerini nüfus müdürlüklerinden doğrudan almaya yetkilidirler. Bu sayılanların dışında kalan kurumlar ve tüzel kişiler, yazılı olarak başvurmak ve istem nedenini açıkça belirtmek suretiyle Bakanlık veya mülkî idare amirinin emri ile nüfus kayıt örneğini alabilir. Yerleşim yeri adresi ve diğer adres bilgilerinin verilmesi *kişinin rızasına* bağlıdır. Kaydın sahipleri veya bunların eşleri ile veli, vasi, alt ve üst soyları ya da bu kişilere ait vekillik

(11) FJS 173, sh.5.

belgesini ibraz edenler dışına kalan üçüncü şahıslar medenî hâl bilgisi dışında bir kişinin nüfus kaydına ilişkin örnek veya bilgi alamazlar. Diğer yandan maddede yapılan yeni düzenleme ile, e-Devlet kapısı üzerinden alınan belgelerin nüfus müdürlüklerinden alınan diğer belgeler gibi aynı hukuki değere sahip olmalarına da imkan sağlanmıştır. Buna göre kişiler, kendileri ve alt ya da üst soylarına ait nüfus kayıt örneklerini, kendileri ve ergin olmayan çocuklarının ise yerleşim yeri belgelerini, güvenli kimlik doğrulama araçlarını kullanarak e-Devlet kapısı üzerinden de sorgulayarak örnek alabilmektedir.

Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 45 inci maddesinde yapılan yeni düzenleme ile Kimlik Paylaşım Sistemi kullanımı yeniden ve detaylı olarak düzenlenmiş ve İçişleri Bakanlığına, Kimlik Paylaşım Sistemi merkezi veri tabanında tutulan verileri, Kanunda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kamu hizmeti sunun tüzel kişiler ile maddede belirtilen kurum ve kişilerin hizmetine açabilme imkânı getirilmiştir.

C) İSPAT ARACI OLUŞU

Kişisel durum sicili ve dolayısıyla nüfus kütükleri, bireylerin kişisel durumlarının kaydedildiği siciller olmaları itibariyle, kişisel durumlarla ilgili iddiaların ispatında en güvenilir kanıtı oluştururlar. Bu siciller aynı zamanda MK. m.7 hükmü anlamında bir karine oluşturduklarından, iddiasını kişisel durum sicilindeki (nüfus kütüğündeki) bir kayda dayandıran kimse çok müsait durumda bulunur. Zira ayrıca bu sicilin (kütüğün), dolayısıyla kendi iddiasının doğruluğu hakkında başkaca kanıt getirme yükümünden kurtulur.

Medenî Kanun'un 30 uncu maddesinin birinci fıkrası hükmü, doğum ve ölüm olaylarının ispatı bakımından nüfus siciline ve dolayısıyla nüfus kütüklerine yasal ve zorunlu bir kanıt mahiyeti verir. Zira sözü geçen maddeye göre, *doğum ve ölüm olaylarının mutlaka nüfus sicilindeki (nüfus kütüğündeki) kayıtlarla ispat edilmesi gerekir*. Maddenin bu hükmü karşısında kişisel durum siciline doğum ve ölüm olaylarının ispatında yasal ve zorunlu bir kanıt niteliği verilmelidir. Yani bu hususlaki iddialar kural olarak ancak kişisel durum sicil kayıtlarıyla ispat edilebilmelidir.

Bununla beraber, MK. m.30/II hükmü doğum ve ölüm olaylarının belli şartların bulunması hâlinde başka kanıtlarla ispatına da imkân tanımaktadır. Bu hâller, kişisel durum sicilinde bir kaydın mevcut olmaması veya

sicildeki kaydın doğru olmadığının belirlenmiş bulunması hâlleridir[12]. Ancak bunların ispat edilmiş olmasından sonradır ki hâkim, doğum veya ölümün gerçekleştiği, şu veya bu tarihte meydana geldiği hususunda başka kanıtlar dinleyebilir, MK. m.30/II hükmünün kıyasen kişisel durumlarla ilgili diğer hususların ispatında da uygulanması gerekir.

IV- TÜRKİYE CUMHURİYETİ KİMLİK NUMARASI

Nüfus Hizmetleri Kanunu, 46 ncı maddesiyle şimdiye kadar söz konusu olmayan tamamen yeni bir numara sistemi getirmiştir ki bu, *"Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası"*dır.

T.C. Kimlik Numarası, *Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kişilerin kaydına ulaşmak ve kamu kuruluşlarında tutulan kayıtlar arasında ilişki sağlamak amacını taşıyan bir numara sistemidir.* Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası kişiye bir defa verilir ve değiştirilemez. Türkiye'de kaydı tutulan yabancılara da Bakanlığın tespit edeceği esaslar içerisinde bir kimlik numarası verilir.

Kimlik numarasının kullanımı ise, Kanun'un 47 nci maddesinde düzenlenmiştir. Şöyle ki: Kişiler adına düzenlenecek her türlü form, beyanname, kimlik kartı, vergi kimlik kartı, sürücü belgesi, pasaport gibi bütün tanıtıcı belgelerde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasına yer verilir. Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin her türlü işlem ve kayıtlarında esas alınır. Kimlik numarasının uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar ile tereddüt edilen hususlarda Genel Müdürlüğün görüşü alınır.

V- NÜFUS KÜTÜĞÜNE YAPILAN EKLEMELER VE DÜZELTMELER

Kişisel durum sicili ve dolayısıyla nüfus kütükleri resmî sicillerden olmaları itibariyle MK. m.7 deki karineden yararlanırlar. Başka bir deyişle nüfus kütüklerindeki her kayıt, aksi ispat edilinceye kadar, doğru kabul edilir. Kütükteki kaydın doğru olmadığını, yani fiilî duruma uymadığını ispat, kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her hangi bir özel şekle bağlı değildir. Bu husus ilke olarak her türlü kanıtla ispat edilebilir.

Nüfus kütüğündeki bir kaydın aksi ispat edilince, kütüğün buna göre düzeltilmesi gerekir. Nüfus kütüğünde yapılacak olan *düzeltmeler* i k i şekilde olabilir:

---

[12] Bk. **Egger-Çernis,** sh.348; **Tüzemen,** sh.164 vd., 170 vd.

a) Kişisel durumlarda *sonradan meydana gelen değişiklikler* dolayısıyla mevcut nüfus kaydını değişmiş olan fiilî duruma uydurmak maksadıyla yapılan düzeltmeler ve eklemeler,

b) Nüfus kütüğüne *yanlış geçirilmiş olan bir kaydın düzeltilmesi*, teknik anlamıyla "nüfus kütüğünün düzeltimi" (tashihi).

A) KÜTÜĞE YAPILAN EKLEMELER

Kişisel durumlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin, aynı zamanda kütüğe de yansıtılması gereklidir. Bunu sağlamak için, kişisel durumlarda sonradan değişiklik yaratan hukukî olay ve hukukî işlemlerin "diğer kişisel durum değişiklikleri kütüğüne" kaydedilmesi gerekir. Kişisel durumlarda değişiklik doğuran hukukî olay veya işlemlerin, örneğin ölüm, gaiplik kararı, evlenme, soybağının belirlenmesi (tanıma, mahkeme kararı) vs.nin kütüğe sonradan işlenmesi, *"sicile yapılan eklemeyi"* oluşturur. Bu değişiklikleri meydana getiren işlemlerden bazıları MK. m.42 hükmünde sayılmıştır. Bu maddenin amacı, kütüğün mümkün olduğu ölçüde gerçek durumu yansıtmasını ve kayıtların doğru ve gerçeğe uygun olmasını sağlamaktır. Kişisel durumlarda sonradan meydana gelen değişiklikler, nüfus memurları tarafından resen (kendiliğinden) yapılamaz; bunlar ancak *hâkim* veya *ilgililerin bildirimi ve istemi üzerine yapılır*. Kişisel durum siciline yapılan eklemeler, kişinin künyesine şerh verilmek suretiyle gerçekleşir.

B) KÜTÜĞÜN DÜZELTİLMESİ

1) Kütükteki Yanlışlıklar

Kütüğün bireylerin doğal durumlarından gelen niteliklerini, yani yaşlarını, cinsiyetlerini; aile içindeki konumlarından gelen bekâr, nişanlı, evli, dul, boşanmış, evlilik içinde veya dışında doğmuş olma vs. gibi niteliklerini, kısaca kişisel durumlarını gerçeğe uygun şekilde yansıtması gerekir. Kişisel durumlarla ilgili kütük kayıtlarının gerçek fiilî duruma uymaması, yani kütüğe yanlış bir kayıt düşürülmüş olması her zaman mümkün olabilir. Kütüğe düşürülen kaydın gerçeğe uymaması, yanlış olması aşağıda açıklanacak farklı sebeplerden ileri gelebilir:

a) Yanlış kayıt nüfus memurlarının hatalarından ileri gelmiş olabilir:

Kayıtlar kütüğe genellikle ilgililerin başvurusu üzerine düşürülür.

İlgililerin başvurusu üzerine kütüğe bir kaydın işlenebilmesi için, bu başvurunun belli belgelere dayanmakta olması gereklidir. Bu belgelerin nelerden ibaret olacağı hususunda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda çeşitli hükümler vardır. Nüfus memurunun kendi hatasından doğan yanlışlıklar da çeşitli sebeplere dayanabilir:

aa) Nüfus memuru kendisine yapılan başvuruyu yanlış anlamış veya belgeleri yanlış okumuş olabilir:

Memur nüfusa kaydedilecek kişinin öz adını örneğin Toygun yerine Toygu***r***, Hakan yerine Ha***s***an veya Nazan yerine Na***l***an şeklinde yanlış yazmış yahut kişinin doğum tarihini kütüğe geçirirken yanlışlıkla değiştirmiş olabilir. Aynı şekilde memur, bir başka kişiye ait olan bir kişisel durumu yanlışlıkla bir diğerinin künyesine geçirmiş bulunabilir.

bb) Nüfus memuru kendisine yapılan başvurunun hukukî mahiyetini iyi anlamamış veya bu başvuruya yanlış bir hukukî içerik vermiş olabilir:

Sicile baba yönünden kaydedilmemiş olan evlilik dışında doğmuş bir çocuk ile babası arasındaki soybağı, ana ve tabiî babasının doğumdan sonraki bir zamanda birbirleriyle evlenmesi sonucunda belirlenmiş olur (MK. m.282/II). Buna karşın nüfus memuru kendisine yapılan bu evlenme bildirimine yanlış anlam vererek çocuğun soybağını evlilik içi yerine evlilik dışı olarak düzeltebilir ya da mahkemece iptaline hükmolunan bir evlilikten doğan çocuğu nüfus kütüğüne evlilik içi yerine evlilik dışı olarak geçirmiş olabilir. Aynı şekilde, yanlış bir hukukî mahiyet vererek tanınan çocuğu sicile evlilik içi soybağlı olarak kaydedeceği yerde, evlilik dışı soybağlı olarak kaydetmiş olabilir[(13)].

b) Kütükteki yanlışlık nüfus memuruna yapılan beyanların veya sunulan belgelerin doğru olmamasından ileri gelmiş olabilir:

Sağ olan bir kimsenin ölmüş olduğunu gösteren bir belgenin sunulması üzerine, kişinin künyesine ölü kaydı düşürülmüş olabilir. Evlendikleri bildirilen ve dolayısıyla evli kaydı düşürülen kimseler gerçekte bekârdırlar; hakkında gaiplik kararı verilen ve kütüğe ölü kaydı düşürülen kişi sağdır. Bütün bu örneklerde esas itibariyle şekil bakımından doğru, fakat içerik bakımından yanlış olan bir kayıt söz konusudur. Zira nüfus kütüğüne

---

(13) Geniş bilgi için bk. **Tüzemen,** sh.198; **Egger-Çernis,** sh.391 vd.

düşürülmüş olan bu kayıtlar fiilî duruma, yani kişinin gerçek durumuna uymamakta, onun hâlen ve fiilen sahip bulunduğu kişisel durumundan farklı bir kişisel durumunu yansıtmaktadır. Bu sebeple de yanlış olan bu kayıtların düzeltilmesi, gerçeğe uydurulması gerekir.

2) Kayıt Düzeltme Davası

a) Genel Olarak

Nüfus kütüğüne düşülmüş olan yanlış kayıtlar, hangi sebepten ileri gelmiş olursa olsunlar, bütün ilgililer rıza göstermiş (muvafakat etmiş) olsa dahi, nüfus memurları tarafından kendiliğinden düzeltilemez. Medenî Kanun'un 39 uncu maddesi uyarınca *"mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin* (nüfus kütüğünün) *hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz"*. Medenî Kanun'umuzun 39 uncu maddesini karşılayan ZGB. m.43/II hükmüne göre, bariz (açıkça görülebilen) bir dikkatsizlik veya hatadan ileri gelen yanlışlıkların idarî yoldan, yani kişisel durum sicili memurlarınca düzeltilmesi mümkündür. Bu fıkra hükmü Önceki Medenî Kanun'umuza alınmamış olduğundan, hukukumuzda açıkça görülebilen, en belirgin yanlışlıkların dahi *ancak mahkeme kararına dayanılarak düzeltilmesi* yoluna gitmek zorunda kalınacaktı. Mamafih daha sonraları 1587 sayılı Nüfus Kanunu ile bu katı hükme bir yumuşama getirilerek açıkça görülebilen (bariz) yanlışlıkların memurlar tarafından düzeltilmesine imkân tanınmak suretiyle sorun çözümlenmişti. Yürürlükten kalkmış bulunan bu Kanun'un yerini alan yeni Nüfus Hizmetleri Kanun'u da "Kayıt Düzeltmeleri" başlığını taşıyan Dördüncü Kısmında bu konuyla ilgili olmak üzere aynı yönde bir açıklama getirmiştir. Kanun'un 35 inci maddesinde, aynen Medenî Kanun'un 39 uncu maddesindeki gibi, "*kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz"* denildikten sonra gelen ***"ancak, olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir"*** cümlesiyle de maddî hataların düzeltilmesi için mahkemeden karar alma ihtiyacı ortadan kalkmıştır.

Aynı Kanun'un *"maddî hatalar"* kenar başlığını taşıyan 38 inci maddesine göre de, "aile kütüklerine tescil edilmesi gereken bilgilerden; dayanak belgesinde bulunduğu hâlde nüfus kütüklerine *hatalı veya eksik olarak tescil edilen* ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtlar maddî hata kapsamında değerlendirilir. Bu tür maddî hatalar Genel Müdürlükçe ya da nüfus müdürlükleri tarafından düzeltilir veya tamamlanır".

Kütükteki kayıtlarda *maddî hata dışında* düzeltme yapılabilmesi için, ilgili tarafından mutlaka dava açılarak mahkemeden karar alınması gerektiğini daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. İşte, açılması zorunlu olan bu davaya ***"kayıt düzeltme davası"*** denir.

Kayıt düzeltme davası, düzeltmeyi isteyen kişi tarafından açılabileceği gibi, ilgili resmî dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından da yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılabilir. Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır (NHK.m.36/I) Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36 ıncı maddesinde 31.3.2011 tarihinde yapılan değişiklikten önce, davanın açılabilmesi için nüfus müdürü (veya görevlendireceği nüfus memuru) ile birlikte Cumhuriyet Savcısının da bulunması gerekmekte idi. Ancak Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda değişiklik yapan 6217 sayılı Kanun'un 31 inci maddesi Cumhuriyet Savcılarının bu davalarda bulunma zorunluluklarını ortadan kaldırdı[(14)]. *Görevli mahkeme,* asliye hukuk mahkemesidir. Kural böyle olmakla beraber, bunun istisnası Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218 inci maddesinde görülür. Bu maddeye göre, *"kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması hâlinde mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir".* Görüldüğü gibi, suçtan zarar görenler ile suçluların yaşlarında Ceza Kanunu hükümleri bakımından düzeltme yapılması gerekli olan hâllerde, yaş düzeltme davaları ceza davasına bakan ceza mahkemesinde açılır. Ceza mahkemesi bu davayı Nüfus Kanunu'nun hükümlerine göre sonuçlandırır.

Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davalarının sadece bir kere açılabileceği yönünde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda yer alan hüküm (m.36/1-b) *Anayasa Mahkemesinin 30.3.2012 tarihli ve E.2011/34, K.2012/48 sayılı kararı* ile iptal edilmiş; 19.10.2017 tarihinde yapılan değişiklik ile madde tekrar düzenlenmiştir. Buna göre; haklı sebeplerin bulunması halinde aynı konuya ilişkin düzeltme yapılması hâkimden istenebilir.

Kayıt düzeltme davası dolayısıyla menfaatleri zedelenen kişilerin düzeltme davasına müdahale hakları vardır. Yargıtay, üçüncü kişilerin

---

(14) "Nüfus kayıtlarının düzeltilmesine (ad ve soyadı değişikliği dahil) ilişkin davalarda Cumhuriyet savcısı ile nüfus müdürü veya memurunun bulunması ve kararın onların önünde verilmesi zorunludur. Nüfus İdaresi temsilcisinin yokluğunda yargılama yapılarak hüküm kurulması usul ve yasaya uygun bulunmamıştır": 18. HD. 23.11.2004, 7913/8638, RG. 20.12.2004, S.25676; 18. HD. 7.12.2004, 8412/9201, RG. 9.1.2005, S.25695.

menfaatlerini zedeleyecek mahiyette olan davalarda bu kişilerin taraf olarak gösterilmesini, yani davaların onlara karşı açılmasını istemektedir: Örneğin ölü bir kişinin isminin düzeltilmesini sağlamak üzere açılan davada bu kişinin mirasçılarının menfaatleri söz konusu olduğundan, davanın mirasçılara karşı açılması gerekecektir[15]. Nüfus kaydında sağ gözüken kişinin ölü olduğunun tespiti için açılan davada, öldüğü iddia olunan kişinin tüm mirasçılarının davacı veya davalı olarak yer alması gerekir[16].

Yaş küçültme amacıyla açılmış olan düzeltme davaları, bir kimsenin doğmadan önce nüfus kütüğüne kaydedilmesinin mümkün olamayacağı gerekçesiyle Yargıtay tarafından reddedilmekte idi[17]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise 05.12.2007 tarihli kararında; bir şahsın doğmadan nüfusa kaydının söz konusu olamayacağını; ancak hakimin, nüfus kayıtları arasında çelişki yaratmamak ya da hayatın olağan akışına ters düşecek durumlara yol açmamaya özen göstermek zorunda olduğunu; sağlık kurulu raporunda kişinin nüfustaki yaşından daha küçük olduğu anlaşılırsa, tescil tarihi de dikkate alınarak rapora uygun biçimde ve kayıtlarla çelişki yaratmayacak şekilde kişinin yaşının düzeltilmesi gerektiğine karar vermiştir[18].

Ad değişikliği hâlinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba ve ana adına ilişkin kaydı, *soyadı değişikliğinde ise,* eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir (NHK. m.36). Bir küçüğün kütükteki adının değiştirilmesi için, davanın velâyet hakkına sahip ana ve baba tarafından açılması şarttır. Davayı sadece ananın açmış olması yeterli bulunarak esasa ilişkin karar verilemez[19].

Tarihlerde düzeltme veya tamamlama yetkisi Genel Müdürlüğe aittir. Nitekim NHK. m.39 uyarınca, "Genel Müdürlük, nüfus kayıtlarına göre vatandaşların hicrî veya rumî tarihle yazılmış nüfus olaylarının tarihlerini miladî yıla çevirerek aile kütüklerine geçirmeye, doğum tarihlerinin ay ve günü belli olmayanların da eksikliklerini tamamlamaya yetkilidir.

---

(15) 2. HD. 6.2.1951, 9992/972, **Olgaç,** sh.98. Ayrıntılı bilgi için bk. **Doğanay, İsmail:** Nüfus Kanunu'na ve Medenî Kanun'un 25-26. Maddelerine İstinaden Açılan Davalar, Ad. Der., 1950, sh.475.

(16) 2. HD. 17.02.2005, 16304/2235, RG. 20.03.2005, S.25761.

(17) 3. HD. 20.4.1982, 2001/2024, RG. 1981, S.17495; Yg. İçt. Bir. Kar. 14.6.1965, 4/10, RG. S.12049; 18. HD. 24.4.2000, 4457/4773, RG. 15.5.2000, S.24050; 18. HD. 26.5.2005, 4500/5535, RG. 1.7.2005, S.25862.

(18) HGK. 05.12.2007, 2007/18-925, 2007/944.

(19) 18. HD. 3.5.2004, 2895/3566, RG. 28.5.2004, S.25475; 18. HD. 23.11.2004, 7916/8622; 7917/8625, RG. 21.12.2004, S.25677.

Doğum tarihlerinde doğum yılı yazılıp, doğum ayı ve günü yazılmamış olanların yaşlarının hesaplanmasında doğduğu yılın Temmuz ayının birinci günü, ayı yazılıp da günü belli olmayanlar için de o ayın birinci günü başlangıç olarak alınır.

• **Nüfus kaydının iptali:** Usulüne göre düzenlenmemiş bir belgeye dayanılarak tesis edilmiş nüfus kayıtları, Genel Müdürlüğün ya da nüfus müdürlüklerinin göstereceği lüzum üzerine *mahkemece verilecek kararla* iptal edilir. Nüfus kütüğüne düşülmüş olan şerh ve açıklamaların iptal edilmesi de aynı usule tâbidir (NHK. m.40).

Kayıt düzeltme davalarında nüfus müdürlükleri "taraf" durumundadırlar. Genel Müdürlük ve nüfus müdürlükleri, mahkemece verilen kararlar hakkında her türlü kanun yoluna başvurmaya yetkilidir (NHK. m.37/I).

b) Cinsiyet Değişikliğinde

Doğumdan sonra cinsiyet değiştirmenin, daha doğrusu değiştirme isteklerinin zamanla artmış olduğunu gözden kaçırmayan kanun koyucu, yeni Medenî Kanunda bu konuyu da yeniden düzenleme ihtiyacını duymuş, konuyu kişisel durum sicili (nüfus kütüğü) ile ilgili görerek bu bölümde "IV. Düzeltme" kenar başlığını taşıyan 40 inci maddeyle düzenleme yoluna gitmiştir(20). Fikrimizce kanun koyucunun düşüncesi yerindedir. Buna karşılık, bir başka görüşe göre, cinsiyet değişikliği kişisel durum sicilinin (nüfus kütüğünün) düzeltilmesi ile ilgili olmayıp, daha geniş kapsamlı olarak kişiliği yakından ilgilendirdiği ve şartlarının da etraflı olarak sınırlandırılması gerektiği için, özel bir kanunla düzenlenmesi daha doğru olurdu"(21).

Sözü geçen 40 inci madde hükmüne göre, bir kimse hiçbir kayıt ve şarta tâbi olmaksızın her istediği anda cinsiyetini değiştirme yoluna gidemez. Kanun cinsiyet değiştirebilmeyi her şeyden önce *mahkemeden izin alınması şartına bağlamıştır*: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, ş a h s e n başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir."

Maddede kullanılan ifade biçiminden, cinsiyet değiştirme isteminde bulunma hakkının "kişiye sıkı sıkıya bağlı hak" mahiyetinde olduğu sonucuna varılabilir(22).

---

(20) Geniş bilgi için bk. **Sağlam, İpek:** Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerinde Bir Değerlendirme, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S.3-4, sh.455 vd.

(21) **Dural-Öğüz,** sh.113. Ayrıca bk. **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.111 dn.360.

(22) Aynı görüş için bk. **Dural-Öğüz,** sh.116.

Mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi, aşağıdaki önemli şartların varlığına bağlanmıştır:

aa) İstemde Bulunanın Onsekiz Yaşını Doldurmuş Bulunması

Cinsiyet değiştirme isteminde ancak normal yoldan erginliğe erişmiş olanlar bulunabilecek, erken erginlik yoluyla, örneğin ergin kılınma (yargısal erginlik) veya evlenme dolayısıyla erginlik kazananlar bu haktan yararlanamayacaklardır. Zira maddede açıkça ***"onsekiz*** *yaşın doldurulmuş bulunması"*ndan söz edilmektedir. Pek tabiî başvuran kişinin ayırt etme gücüne sahip bulunması da şarttır.

bb) İstemde Bulunanın Evli Olmaması

Önceki Medenî Kanun evli olan bir kimsenin cinsiyet değiştirmesini önlemiyordu. Hatta cinsiyet değiştiren kişi evli ise, açılacak davada diğer eşe de husumet yöneltilmesini öngörüyor ve mahkemenin vereceği cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evliliğin kendiliğinden sona ereceğini hükme bağlıyordu (m.29/II).

Yeni Medenî Kanun ise, evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesinin mevcut evlilik ve özellikle çocuklar üzerinde yaratacağı olumsuz etkileri dikkate alarak evli olanların cinsiyet değiştirmesine imkân tanımamıştır.

cc) İstemde Bulunanın Transseksüel Yapıda Olması

Bu şart herkesin değil, sadece yaradılışı gereği transseksüel yapıda olanların, cinsiyet değiştirmeden yararlanmalarına imkân vermektedir.

Söz konusu 40 inci maddede *"transseksüel yapıda olmadan"* söz edildiğine göre, bu imkândan yararlanacakların başında *transseksüeller* gelir. Ancak, transseksüellerin yanında, eskilerin hünsa olarak isimlendirdikleri hermofroditlerin de bu madde hükmünün kapsamına girdikleri söylenebilir. Zira *hermofroditler* çifte cinsiyetli olan kişilerdir. Bunların yapılacak bir ameliyat sonucunda bu cinsiyetlerinden birine kavuşturulmaları ve bundan sonra baskın olan bu cinsiyetle yaşamlarını sürdürmelerinin, içinde bulundukları ruhsal çatışmadan kurtulmaları bakımından zorunlu olduğu kabul edilmelidir.

Transseksüeller, dış görünüşleri bakımından erkek veya kadındırlar. Fakat onlar kendilerini bulundukları cinsiyetin karşısındaki cinsten sayarlar. Diğer bir deyişle transseksüeller ruhsal açıdan görünüşte içinde bulundukları cinsiyetten haz duymayıp, kendilerinin gerçek cinsiyetlerinin karşı cins olduğu inancındadırlar, kendilerinin heteroseksüel ilişki içinde olduklarını kabul ederler. Bu sebepledir ki, transseksüellerin cinsiyet değiştirmeleri, aynen hermofroditlerdeki gibi tedavi amaçlıdır ve ruhsal açıdan zorunludur.

dd) İstemde Bulunanın Cinsiyet Değiştirmesinin Ruh Sağlığı Açısından Zorunlu Olması

ee) Yukarıda cc ve dd Bentlerindeki Durumun Eğitim ve Araştırma Hastanesinin Resmî Sağlık Kurulu Raporuyla Belgelenmesi[23]

Yukarıda açıklanan şartların tamamının varlığı hâlinde mahkeme, başvuruda bulunan kişinin cinsiyet değiştirmesine *izin verecektir*. İzin üzerine amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla[24] doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir (MK. m.40/II). Ancak hemen belirtelim ki, mahkemece böyle bir kararın verilebilmesi için, cinsiyeti ameliyat sonucunda değişmiş olan kişinin "kayıt düzeltme davası" açmış olması gereklidir.

Cinsiyet değişikliği konusunda Önceki Medenî Kanun'un 29 uncu maddesine 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla ikinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmişti. Sözü geçen yeni fıkra hükmü şöyle ifade edilmişti: "Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır...".

Nüfus kütüğünde doğum sırasında kaydedilmiş bulunan cinsiyetin sonradan gerçekleşen bir ameliyat sonucunda değişmiş olması hâlinde, ilgili kişinin hâlen içinde bulunduğu kişisel durumu ile kütükte kayıtlı olan durumu arasında farklılık doğmuş olmaktadır. Yani nüfus kütüğündeki kayıt gerçek durumu yansıtmamaktadır. Bu itibarla açılacak olan bir kayıt düzeltme davası ile bu farklılığın ortadan kaldırılması gerekecektir[25]. İşte yeni fıkra bu hususu düzenlemek amacıyla getirilmişti. Ancak cinsiyet değişikliğinin "asgarî sağlık kurulu raporu" ile belgelendirilmesi şartı da aranmakta idi.

---

(23) 20/3/2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarihli ve E.: 2017/130, K.: 2017/165 sayılı Kararı ile 40 ıncı maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ***"...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu..."*** ibaresi iptal edilmiştir.

(24) 2. HD. 6.10.2003, 11898/12737: 'Tek imzalı doktor yazısı yasanın aradığı nitelikte bir rapor olmadığından davanın kabulü doğru değildir (Bu karar henüz yayınlanmamıştır).

(25) **Arpacı,** burada "düzeltme" terimi kullanılmış olmasına karşın, aslında bu işlemin "değiştirme" olduğu görüşündedir: age., sh. 186.

C) KAYIT DÜZELTME DAVASI İLE KİŞİSEL DURUM DAVALARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kişisel durum sicilindeki (Nüfus kütüğündeki) yanlışlıklar bazen kişisel durumlarla ilgili bir davanın sonucu olarak da meydana çıkabilir. Örneğin soybağının reddi davası, evlenmenin butlanı (iptali) davası veya babalık davası bu sonucu doğurabilir. Bu gibi hâllerde kişisel durumlarda bir değişikliğin meydana gelmiş olduğu mahkeme hükmüyle belirlenmiş olur. Bu değişiklik bir *kayıt düzeltme davası açmaya gerek olmaksızın* nüfus kütüğüne şerh edilir.

Görüldüğü gibi kişisel durum davaları ile kayıt düzeltme davası, mahiyetleri ve sonuçları bakımından bir benzerlik gösterirler. Zira kayıt düzeltme davası da pek çok hâlde kişisel durumun değişmesi sonucunu doğuracaktır. Örneğin bir kimse hakkında babanın nüfus kütüğüne düşürülmüş bulunan soybağı kaydının yanlış olduğu iddiası, o kişiyi ana tarafından soybağlı, baba tarafından ise soybağsız bir kimse durumuna sokacak ve böylece soybağmın reddi davasının sonuçlarına benzer bir hukukî durum meydana gelecektir.

O hâlde, kişisel durumla ilgili davalar ile kayıt düzeltme davaları arasında ne fark vardır? Ne zaman kişisel durum davasını ve ne zaman kayıt düzeltme davasını açmak gerekir sorusu ortaya çıkmaktadır.

Kayıt düzeltme davası esas itibariyle *"sicildeki maddî bir hatanın düzeltilmesi" amacını güder.* Oysa ***kişisel durum davaları,*** *doğrudan doğruya kişinin aile içindeki konumu ile ilgilidirler ve kural olarak kişinin aile içindeki konumunu değiştirirler*. Bu itibarla, bir kişinin aile içindeki durumundan doğan niteliklerinin değişmesiyle sonuçlanacak olan istekler, ancak bununla ilgili kişisel durum davasının konusunu oluşturabilir: Örneğin evlilik içinde doğmuş olması dolayısıyla nüfus kütüğüne kaydedilmiş bulunan bir çocuğun evlilik içinde doğmuş olmadığı yolunda sonradan ileri sürülen iddialar veya bir çocuğun tanınmasına karşı ilgililer tarafından yapılan itirazlar, ancak bunlarla ilgili olan *"soybağının reddi davası"* (MK. m.286) veya *"tanımanın iptali davası"*nın (MK. m.298) konusu olurlar. *Fiilî duruma uymadığı iddia olunan kütük kayıtlarının fiilî duruma uydurulabilmesi* kayıt düzeltme davasıyla değil, fakat kişisel durum davalarıyla sağlanabilir. Zira kütükteki kaydın doğru olmadığının anlaşılabilmesi için, önce bu kaydın dayanağı olan belgelerin veya memura yapılmış bulunan beyanların gerçeğe uymadığının, yani o kimsenin kişisel durumunu yansıtmadığının ortaya çıkması gerekir. Bu sebepledir ki,

örneğin babalık karinesinin doğru olmadığının soybağının reddi davasıyla; soybağının gerçekleşmemiş bulunduğunun tanımanın iptali davasıyla ortaya çıkarılmış olması zorunludur[26]. Bunlar mahkeme kararıyla ortaya çıkarıldıktan sonra, artık ayrıca kayıt düzeltme davası açmağa gerek yoktur. Zira kütükte "yanlış bir kayıt" değil, sadece bu davalar sonucunda kişisel durumlarda meydana gelmiş olan bir "değişiklik" söz konusudur. Bu değişikliğin nüfus kütüğüne işlenmesi, yani orada gösterilmesi gerekir. *Kişisel durumlarda sonradan meydana gelen değişiklikler* ise, kütüğe MK. m.42 uyarınca ilgililerin başvurusu üzerine nüfus memurları tarafından şerh verilmek suretiyle işlenir.

VI- SİCİL (KÜTÜK) MEMURLARININ SORUMLULUĞU

Kişisel durum sicili (nüfus kütükleri) devletçe atanmış memurlar tarafından tutulur (MK. m.37). Pek tabiîdir ki, sicili (kütüğü) tutan bu memurlar her memur gibi, görevlerini iyi yapmamalarından ötürü Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre sorumlu olurlar. Önceki Medenî Kanun'umuz da bu memurların görevlerini yerine getirirken ilgili kişilere vermiş oldukları zararlardan ş a h s e n sorumlu olmaları ilkesini getirmişti: "Ahvali şahsiyeyi (kişisel durumları) kayıtla mükellef (yükümlü) nüfus memurları, kendilerinin ve maiyetlerinin (emrindekilerin) kusurlarından ileri gelen zarardan şahsen (bizzat) mes'uldürler (sorumludurlar)" (m.37).

Sözü geçen hüküm dolayısıyla nüfus memurları, kütüklerin yanlış ve gerçeğe aykırı bir surette tutulmasından dolayı kişilerin uğramış oldukları zararları bizzat ödemekle yükümlü olacaklardı. Bu yükümlülük sadece memurların k u s u r l u fiilleri sonucunda doğan zararları kapsamaktaydı. Önceki Medenî Kanun bu sorumluluğu, memurların kendilerine bağlı olarak (maiyetlerinde) çalıştırdıkları memurların kusurlarından ileri gelen zararları da içine alacak derecede genişletmişti. Nüfus memurları kendilerine bağlı olarak emirleri altında çalışan memurları kendileri atama veya azletme (işten çıkarma) yetkisine sahip bulunmadıklarına göre, sorumluluklarını onların fiillerinden ileri gelen zararlara kadar yaymanın ne derecede doğru olduğu tartışma götürür mahiyetteydi. İsviçre Medenî Kanunu'nun Önceki Medenî Kanun'umuzun bu maddesini karşılayan 42 nci maddesi memurların bu sorumluluğunun kendileri tarafından atanan memurların vermiş olduğu zararlar hakkında söz konusu olduğunu açıkça belirtmekte idi.

Önceki Medenî Kanun'umuz sicilin (kütüğün) yanlış veya eksik tutulmasından dolayı kişilerin uğrayacağı zararlardan devletin de sorumlu

---

(26) Bu konularda ayrıca bk. **Egger-Çernis,** sh.392; **Tüzemen,** sh.217 vd.

olacağına ilişkin bir hüküm içermemekte idi. Vesayet işlerinden (m.410) ve tapu sicilinin tutulmasından (m.917) dolayı devletin sorumluluğunu kabul eden Önceki Medenî Kanun'un, nüfus işlerinde aynı sorumluluğu niçin kabul etmediğinin açıklanması kolay değildi. İsviçre Medenî Kanun'unun Önceki Medenî Kanun'umuzun 38 inci maddesini karşılayan 42 nci maddesinin üçüncü fıkrası, kişisel durum sicillerinin tutulmasından dolayı doğmuş ve memurlar tarafından ödenmemiş olan zararlardan, devletin ikinci derecede sorumlu olacağını öngörmekte idi. Bu fıkra hükmünün Önceki Medenî Kanun'umuza niçin alınmamış olduğunu anlamak zordu.

İsviçre Medenî Kanunu son değişiklikle uğranılan zararlardan Kantonun sorumlu olduğunu, ancak Konfederasyon tarafından atanmış olan memurların verdikleri zararlarda Sorumluluk Kanunu'nun *(Verantwortlichkeitsgesetz)* uygulanacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (m.46).

Sorumluluk konusunda Nüfus Kanunu da Önceki Medenî Kanun'a benzer bir yol izlemişti. Nitekim Kanun'un 54 üncü maddesi aynen şöyle idi: "Şahsî hâl (kişisel durum) belgeleri ve aile kütüklerinin iyi tutulmamasından, saklanmamasından ve memurun başka yere kaldırması veya memuriyetten ayrılması hâlinde devir ve teslimin usulüne göre yapılmamasından nüfus memurlarıyla bu işleri yaptırmakla ödevli il nüfus müdürleri ve nüfus başmemurları şahsen sorumludurlar"[27].

Bu tutarsız durum nihayet yeni Medeni Kanun'umuz tarafından düzeltilmiştir. Gerçekten, MK. m.38 uyarınca *"kişisel durum sicilinin tutulmasından doğan zararlar, kusurlu memura rücu edilmek kaydıyla, Devletçe tazmin* edilir. *Tazminat ve rücu davaları, kişisel durum sicilinin tutulduğu yer mahkemesinde açılır"*.

(27) Bu hükümler ile Anayasamızın 129/V hükmünün nasıl bağdaşacağı hakkındaki tartışmalar için bk. **Arpacı, A.:** sh.187; **Dural, Mustafa:** Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, sh.215 vd.

Üçüncü Kısım
TÜZEL KİŞİLER

Birinci Bölüm
TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER

§ l. TÜZEL KİŞİ KAVRAMI

I- TÜZEL KİŞİLERİN ZORUNLULUĞU

Hak sahibi, hukuk süjesi olmak sadece insanlara, yani gerçek kişilere özgü bir nitelik değildir. Eskiden olduğu gibi günümüzde de toplum içerisinde insanların yanında, onlar gibi kendilerine hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara sahip olma iktidarı tanınmış olan birtakım kişi ve mal toplulukları da mevcuttur. Hukuk düzeni tarafından kendilerine haklara ve borçlara sahip olma iktidarı, başka bir deyişle "hak süjesi" *(kişi)* olma niteliği tanınmış olan bu topluluklar, *tüzel kişilerdir.*

Tüzel kişiler insanlar gibi maddî, cismanî varlıklar değildir. Onlar, sosyal hayatın zorunluluklarının yarattığı *sosyal varlıklar*dır. Bu itibarla da bazen pek doğru olmayarak *"manevî kişi"* olarak isimlendirilirler.

Tüzel kişiler sosyal hayat gereklerinin ortaya çıkardığı varlıklardır. Bu bakımdan sanal değil, tam aksine tıpkı gerçek kişiler gibi reel olan, toplumda bizatihi var olan nesnelerdir. Sosyal bir bünyeye sahip bulunmaları, onların gerçek kişiler (insanlar) gibi elle tutulur, gözle görülür olmalarını engellemekte ise de, varlıkları kendisini her zaman hissettirmektedir. Nitekim Kızılay'ın veya Türk Eğitim Vakfı'nın yaptığı yardımlardan, öğrenci derneklerinin düzenlediği etkinliklerden, spor kulüplerinin katıldığı yarışmalardan, bankalarda yapılan çeşitli işlemlerden her zaman ve çok sıklıkla söz edilir.

Tüzel kişilerin ortaya çıkmasında söz konusu olan sosyal zorunluluklar, tarihin her döneminde az çok aynı şiddetle kendisini hissettirmiş ve toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek kişi ve mal topluluklarının doğu-

munda geniş ölçüde etkili olmuştur[1]. Bu suretle önce sosyal ihtiyaçların etkisiyle görülmeye başlanan toplulukları, bu sosyal zorunlulukların baskısı altında bulunan hukuk düzeni de hukukî bir varlık olarak tanımak zorunda kalmıştır. Hukukî bir varlık olarak tanınan, haklara ve borçlara sahip olmaya ehil sayılan bu topluluklar, gerçek kişilerin yanında tıpkı onlar gibi hak süjesi (kişi) olma niteliğini bu suretle kazanmışlardır.

Bir toplum içerisinde yaşayan insanlar arasında az çok ortak olan bazı ihtiyaçlar ve menfaatler vardır. Bu ihtiyaçların hep birlikte daha az emek ve daha az masrafla giderilmesi veya bu menfaatlerin hep birlikte savunulması çok daha kolay ve çok daha verimli olur. Bu ise, menfaatleri veya ihtiyaçları aynı olan kişileri, bu amaçla bir araya gelerek birlikler, topluluklar oluşturmaya yöneltir. Roma'daki dinî topluluklar[2], Orta Çağdaki meslekî kuruluşlar; çağımızdaki kooperatifler ile sendikalar bunun en güzel örnekleridir.

Bir insan bireysel olarak tek başına gerek manen, gerek maddeten sınırlı bir güce sahiptir. Ekonomik alanda olduğu kadar, manevî alanda da büyük işlerin başarılmasına bir insanın tek başına ne gücü ve hatta çoğu kez ne de malî kudreti ve ömrü yeter. Bu bakımdan da insanlar, faaliyetlerini olduğu kadar, maddî imkânlarını da bir araya getirerek topluluk hâlinde hep birlikte çalışmak zorundadırlar. Ekonomik alanda görülen şirketler (ortaklıklar) ile bilim, yardım vs. amaçlarıyla meydana getirilmiş olan dernekler ve vakıflar işte bu zorunluluğun sonucudurlar.

Nihayet insanlar geçici (fani) olan yaratıklardır; zira insan ömrü belirsiz ve oldukça kısadır; bu sebeple, oldukça uzun süren ve sürekli bir faaliyet isteyen alanlarda çalışmaya ve bu çalışmayı bir sonuca ulaştırmaya elverişli değildir. Bu etken ise insanları bir araya gelerek ölümlerinden sonra da başladıkları faaliyetleri sürdürecek olan birlikler, topluluklar kurmaya yöneltir.

Tüzel kişi denilen bu hak süjesinin esasını veya bünyesini i k i şey oluşturur. Bunlardan birincisi, kişilerin belli bir menfaatin birlikte savunulması veya ihtiyacın birlikte giderilmesi yahut sürekli bir işin birlikte yürütülmesi gibi ortak bir amaçla bir araya gelerek çabalarını bu amacın gerçekleşmesine özgülemeleridir. İkincisi ise, kişilerin bir ortak amacın

---

(1) Bu konularda geniş bilgi için bk. **Salleilles, Raymond:** De la personnalité juridique, Paris 1910; **von Gierke, Otto:** Das deutsche Genossenschaftsrecht, Graz 1954.

(2) Bu konularda bk. **Savigny-Guenoux:** Traité de droit Romain. t. 2, Paris 1841, sh.243 vd.

gerçekleşmesine harcanmak üzere bir malı veya bazı malları o amaca özgülemeleridir. Böylece de birinci hâlde *"kişi topluluğu",* ikinci hâlde ise *"mal topluluğa"* biçiminde bir tüzel kişi doğmuş olur.

Ancak, bir kaç kişinin ortak bir amaç etrafında bir araya gelmiş veya belirli ve sürekli bir amacın gerçekleşmesi için o amaca bir malın veya hakların özgülenmiş (tahsis edilmiş) olmasıyla oluşan bu topluluk, hemen tüzel kişilik kazanmış olmaz. Bu topluluğun bir "kişi" sıfatını alabilmesi, yani kendisini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız olarak haklara ve borçlara sahip olma iktidarına kavuşabilmesi için, bu iktidarın ona hukuk düzeni tarafından tanınmış olması, yani bu topluluğa *"kişilik verilmiş bulunması"* da şarttır. Tıpkı Roma Hukukunun ilk dönemlerinde insanın sadece insan olmasının, onun aynı zamanda hukuk karşısında bir kişi olarak kabul edilmesini de zorunlu kılmadığı gibi.

II- TÜZEL KİŞİLERİN HAK SÜJESİ OLARAK TANINMALARININ GEÇİRMİŞ OLDUĞU EVRELER

Bir amaç etrafında toplanmış olan kişi birliklerinin veya mal topluluklarının hukuk düzeni tarafından insanların (gerçek kişilerin) yanında, onlardan ayrı ve bağımsız bir kişilik olarak tanınması pek de kolay olmamıştır. Bugünkü sonuca oldukça uzun bir süreç sonunda erişilebilmiştir. Mal ve özellikle insan topluluklarının hukuk düzeni tarafından ayrı ve bağımsız bir kişilik olarak tanınması olgusu, bir topluma egemen olan sosyal ve siyasal görüşlere göre değişen bir gelişim süreci izlemiştir.

A) SOSYAL DÜŞÜNCELER

Bireyci (ferdiyetçi) ve liberal görüş, toplum içerisinde insanı tek ve bağımsız bir varlık olarak ele alır. Bireyin kişiliğinin topluluklar içinde erimesini, toplumun etkisi altında kalarak az çok hareket serbestliğini ve hürriyetini kısıtlamasını hoş görmez. Bu görüşün egemen olduğu devirlerde sosyal zorunlulukların etkisiyle, bir varlık olarak kendiliğinden ortaya çıkan kişi veya mal topluluklarına hukuk düzeni tarafından tüzel kişilik tanınması (verilmesi) zorlaşır. Nitekim XVIII. Yüzyılda ve 1789 Fransız İhtilâli sıralarında Avrupa'da ve özellikle Fransa'da egemen olan bireyci görüş, tüzel kişiliğin bir hukukî varlık olarak kabul edilmesini çok güçleştirmiş ve geciktirmiştir. Bu görüşün etkisiyledir ki, tüzel kişilik kurumu Fransız Medenî Kanunu'na ancak 1901 tarihli Dernekler Kanunu ile girebilmiştir.

Buna karşılık, *sosyal ve kolektivist görüş* ise, insanların bir araya gelerek faaliyetlerini, emeklerini ve hatta sermayelerini birleştirmek suretiyle menfaatlerini daha iyi savunabileceklerine ve hayatta daha kolaylıkla ve daha az emekle başarılı olabileceklerine inanır. Bu sebepledir ki, böyle bir görüşün egemen olduğu ülkelerde ve devirlerde, korporasyon (kişi topluluğu) ve kurum (mal topluluğu) mahiyetindeki birliklerin hukuk düzeni tarafından tanınması kolaylaşır. Örneğin Cermen Hukuku[3] ve bu tür topluluklara kolaylıkla kişilik tanıyan, hatta tüzel kişilerin kurulmasını âdeta özendiren (teşvik eden) Modern Hukuk Sistemleri, bunun güzel bir örneğini oluşturabilir.

B) SİYASAL DÜŞÜNCELER

Devletin mahiyeti ve işlevi konusundaki siyasal görüşler, aynı zamanda tüzel kişilerin hukuk düzeni tarafından tanınması sorunu üzerinde de etkili olmuştur. *"Polis devleti* özel birlikler hayatına düşmandır. Devlet kamunun iyiliği için çalışır, özel birlikler ona ancak zarar verebilir"[4]. Çünkü devlet herkesin, kamunun menfaatlerini temsil eder; oysa tüzel kişiler ancak belirli bir zümrenin kişisel ve yerel (mahallî) menfaatlerini korur. Bu itibarla her kişi topluluğu veya her mal topluluğunun hukuk düzeni tarafından bir hukuk süjesi, bir kişi olarak tanınması, devletin özel izniyle olur. Polis devleti, işlevi gereği tüzel kişileri kendisine rakip kabul ettiğinden çoğalmalarını hoş karşılamaz ve toplum içerisinde güçlenerek fazla nüfuz sahibi olmalarını önlemek maksadıyla da, bu topluluklara tüzel kişi olarak kurulma iznini verirken, kendilerine oldukça sınırlı bir ehliyet tanımak eğilimindedir.

Modern devlet anlayışı, devletin bünyesinde kendilerine özgü amaçlar güden birtakım kurumların varlığını kabul eder. Bunlar öyle birtakım kurumlar ve kuruluşlardır ki, güttükleri amaçların tamamen devlet tarafından gerçekleştirilmesine ve devletin işlevleri arasına sokulmasına imkân yoktur[5]. Bu itibarla modern devletler, toplum içerisindeki kişi ve mal topluluklarının az çok sosyal zorunluluklara dayandığını kabul ederek onların hukuk süjesi, yani tüzel kişi olarak örgütlenmelerini oldukça kolaylaştırırlar ve onlara gerçek kişilere eşdeğer ehliyet tanırlar. Bununla

---

(3) Bu konuda bk. **von Gierke,** sh. l vd.; **Saymen, Ferit Hakkı:** Medenî Hukukumuzda Hükmî Şahıslar, İstanbul 1944, sh.14 vd.

(4) **Egger-Çernis:** Kişinin Hukuku. 2. Kısım: Tüzel Kişiler. Ankara 1948, sh.7.

(5) Bu konuda daha geniş bilgi için bk. **Akbay, Muvaffak:** Umumî Âmme Hukuku Dersleri, C.I, Ankara 1948, sh.422 vd.

beraber, gerçek kişilere oranla gerek manen, gerek maddeten daha güçlü olan bu toplulukların hâlen dahi devletleri ürkütmekte olduğu da gerçek bir olgudur.

Devletler, gerek yukarıda belirtilen sosyal ve siyasal görüşlerin etkisiyle, gerek bu toplulukların güçlenerek devletin bütünlüğünü ve hatta bireylerin hürriyetlerini tehlikeye düşürme tehlikesi karşısında, bütün tarih boyunca tüzel kişiler konusunda daima iki karşıt davranış biçiminden birini izlemişlerdir. Bunlardan biri, tüzel kişilerin kuruluşunu zorlaştıran, hak ehliyetlerini sınırlayan düzenlemeler koymak; diğeri ise, tüzel kişilerin toplum için yararlı kurumlar olduğunu kabul ederek kuruluşlarını kolaylaştıran hükümler ve düzenlemeler koymak.

Çeşitli devirler ve ülkelerdeki mevzuat karşılaştırıldığı takdirde, bu durum bütün açıklığıyla ortaya çıkar.

1) Roma'da

Roma Hukukunun ilk devirlerinde özellikle din adamlarının ve meslek mensuplarının oluşturduğu topluluklar *(collegialar)* mevcut idi. Yine Roma'da özellikle dinî amaçlara, ibadet işlerine harcanmak ve kullanılmak üzere ilâhlara, mabetlere mallar ve paralar özgülenirdi (tahsis edilirdi). Fakat gerek bunlar, gerek insan toplulukları hukuk bakımından kendilerini oluşturan gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız bir hak süjesi olarak kabul edilmiyorlardı[6].

Roma Hukukunda tüzel kişilik kavramı Cumhuriyet Devrinin sonlarına doğru ortaya çıkmağa başlar. İlkin kamu hukuku alanındaki topluluklara, devlete ve kasabalara hak ve borçlara ehil olma yetkisi, yani tüzel kişilik tanındı. Zamanla özel hukuk alanındaki insan toplulukları da kişi sayıldı. Fakat imparatorluğun ilk dönemlerinde sayıları çok artan bu topluluklar *(collegialar)*, toplum için tehlikeli görülerek bir kanunla tamamen ortadan kaldırıldı.

Roma Hukuku sosyal zorunlulukların baskısı altında *Lex julia de collegiis* ile derneklerin *(collegiaların)* yeniden bir tüzel kişi olarak kurulabileceklerine izin vermek zorunda kaldı. Mamafih *Lex julia de collegiis* derneklerin sayıca artmasını önlemek maksadıyla bundan böyle her derneğin ancak devletten alınacak özel bir izinle kurulabileceği ilkesini de getirdi[7].

---

(6) **Savigny,** sh.243 vd., 251 vd.; **Honig, Richard:** Roma Hukuku, İstanbul 1938, sh.152; **Saleilles,** sh.50 vd.

(7) **Savigny,** sh.256 vd.; **Saymen, F.H.:** Hükmî Şahıslar, sh.12 vd.

Derneklerin ancak devletin izniyle kişilik kazanacaklarına ilişkin bu ilke, Roma Hukukunun ana ilkelerinden biri olarak Roma'da devamlı surette uygulandı ve hatta oradan modern hukuka da geçiş yaptı.

Roma Hukukunda belirli bir amaca özgülenmiş olan mal topluluklarına tüzel kişilik tanınması çok sonraları gerçekleşmiştir. Dinî maksatlarla *(pia causa)* ilâhlara, mabetlere harcanması için belirli bir para verilmesi veya vasiyet edilmesi Roma'da da sıklıkla yapılıyordu. Fakat bu maksatla özgülenmiş olan mal topluluklarına kişilik tanınması, ancak Hıristiyanlığın yayılmasından ve Roma'nın resmî dini hâline gelmesinden sonradır[8]. Roma Hukukunun son gelişim döneminde artık iki türlü özel kişiliğin varlığı kabul olunuyordu: Dernekler *(Universitates personarum),* vakıflar *(Universitates bonorum)*.

2) Cermenlerde

Cermenlerde kişisel menfaatlerin birlikte korunması veya dayanışma düşünceleriyle bir araya gelmiş insanlardan oluşan ziraî (tarımsal) ve meslekî topluluklar pek çoktu. Sosyal hayatın doğal zorunluluklarından ortaya çıkan bu topluluklar, ilk zamanlarda tüzel kişiliğe sahip değillerdi. Menfaat bağlarıyla bir araya gelmiş olan bu insanlar, birlikte hareket etmelerinden dolayı dışa, yani üçüncü kişilere karşı sanki tek bir kişi imişler izlenimini verirlerdi. Bu itibarla üçüncü kişilere karşı bir *"birlik"* hâlinde görünür ve herkes tarafından da gerçek bir varlık olarak kabul olunurlardı. Ancak, dışa karşı bir bütün, bir birlik ve âdeta tek bir kişi gibi görünen ve o suretle hareket eden bu topluluğun kendisine özgü özel bir malvarlığı yoktu. Fakat menfaate dayanan sebeplerle bir araya gelmiş olan kişiler, kişisel malvarlıkları bakımından da az çok birleşmiş durumda idiler. Çünkü birliği oluşturanların malvarlıkları her birinin kişisel malvarlığı olmaktan çıkarak, hepsine birden ait olmak üzere *elbirliği mülkiyeti* (iştirak hâlinde mülkiyet) türündeki mülkiyet esaslarına göre yönetilirdi. Tüzel kişilik ile elbirliği ortaklığı (mülkiyeti) arasında ortalama bir hukukî mahiyet gösteren ve salt bireysel menfaat esasına dayanan bu tip birlikler *Genossenschaft*[9] olarak nitelendirilirdi[10].

---

(8) **Savigny,** sh.261 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Saleilles**, sh.135 vd.

(9) Bu terimi ilk olarak **Deseler** kullanmıştır.

(10) **Genossenschaft** hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **von Gierke, Otto:** Das deutsche Genossenschaftsrecht, Graz 1954, Bd. l ve 2; **von Gierke, Otto:** Das deutsche Privatrecht, Leipzig 1895, C.l, sh.456 vd.; **Saleilles,** Genossenschaft'ları Cermen Hukukunun ekonomik bir amaç izleyen dernekleri, yani şirketleri olarak nitelendirir: sh.184. **Saymen** de aynı görüştedir: sh.16.

Genossenschaftlar devletin herhangi bir iznine veya müdahalesine gerek olmadan serbestçe oluşabiliyorlardı. Zamanla Cermenlerde görülmeye başlayan bireyci (ferdiyetçi) eğilimler, Cermen toplumu içerisinde kişilerin gittikçe bağımsızlaşarak, topluluk hayatı ile bireysel (ferdî) hayatlarının birbirlerinden ayrılması sonucunu doğurdu. Bu ise, dışa karşı bağımsız bir kişi gibi görüntü veren *Genossenschaftları* oluşturan kişiler arasındaki ortak ve karşılıklı ilişkilerin de yavaş yavaş silinmesi ve yerini ortak menfaatlerin temsil edildiği bir birlik anlayışına bırakması şeklinde oldu. O suretle ki, ortak menfaatler dolayısıyla bir araya gelmiş olan kişilerden oluşan bu birlik ile kişiler arasındaki ilişkilerin sıklığı, birlik içindeki kişilerin hem iç hem de dış ilişkilerinde tek bir kişi gibi hareket etmelerini gerektiriyordu. Bu da hukuk düzenini, çeşitli kişilerden oluşan bu birlikleri tek bir kişi gibi hak süjesi olarak kabul etmek zorunda bıraktı. İşte, bu andan itibaren de *Genossen- schaft'lar* kişi topluluğu türündeki birer tüzel kişi *(Körperschaft)* oldular.

3) Osmanlı İmparatorluğunda

İslâm Hukukunda tüzel kişilik kavramı yoktur(11). Bu itibarla eski hukukumuzda şirket, dernek gibi tüzel kişi türleri de düzenlenmiş değildi. **Mecelle'**de 1329 ilâ1403 üncü maddeler arasında düzenlenmiş olan şirket, tüzel kişiliğe vücut vermeyen (kişilik doğurmayan) bir sözleşme türüdür(12).

İslâm Hukukunun karakteristik kurumlarından biri olan vakıfların tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır(13). Vakıf, bir malın dinî ve hayrî amaçlara harcanmak maksadıyla bu tür amaçlara özgülenmesidir. İslâm Hukukuna göre vakfın hükmü, "mevkuf (vakfedilen) mal Allah'ın mülkü hükmünde olmak üzere menfaati insanlara mahsus olmaktan ibarettir(14).

Tüzel kişilik kavramı Osmanlı Hukukuna Fransız Ticaret Kanunu'ndan Türkçeye çevrilmiş olan Ticaret Kanunu ve özellikle 1901 tarihli Fransız Cemiyetler Kanunu örnek alınarak hazırlanmış olan 1325 (1909) tarihli Cemiyetler Kanunu ile açık (sarih) bir surette girmiş bulunmaktadır.

---

(11) **Ansay, Sabri Şakir:** Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara 1945, sh.75.

(12) **Ansay.** sh.178; **Saymen,** Hükmî Şahıslar, sh.10.

(13) **Ansay,** vakfın tüzel kişiliğe sahip olmadığı (sh.75); **Velidedeoğlu** ise, tüzel kişiliğe sahip olduğu fikrindedir: Şahsın Hukuku, sh.172. Bugünkü pozitif hukukumuz bakımından sorun 5.6.1935 tarih ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 6 ncı maddesiyle olumlu biçimde çözümlenmiştir: Mülhak vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğünce niyabeten idare olunsa bile ayrı ayrı birer tüzel kişilik sayılır".

(14) **Berki, Ali Himmet:** Vakıflar, İstanbul 1946, sh.40. Vakıflar hakkında ayrıca bk. **Bilmen, Ömer** Nasuhi: Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul 1954, C.4, sh.171 vd.; **İşeri, Ahmet:** Türk Medenî Kanunu'na Göre Vakıf, Ankara 1968.

C) MODERN MEVZUAT

Modern mevzuat da tüzel kişiler konusunda yukarıda sözünü ettiğimiz iki karşıt görüşün etkisinden kendisini kurtaramamıştır.

1) Fransız Medenî Kanunu

Fransız Medenî Kanunu'nda ilk zamanlarda tüzel kişilerle ilgili hiçbir hüküm yoktu. Fransız İhtilâlinden sonra bireyci ve liberal görüşlerin etkisinde kalan Fransız kanun koyucusu, eskiden mevcut olan bütün tüzel kişileri ortadan kaldırdı ve yeni tüzel kişilerin kurulmasını da son derece zorlaştırdı. Fransız hukukuna göre gerçek kişiler ancak devletin izniyle "birlikler" hâlinde toplanabiliyorlardı. Bu birliklerin ya da toplulukların tüzel kişilik kazanabilmesi için, devletin ayrı bir izin vermesi ve onlara kişilik tanıması gerekli idi. Bu izin ancak İdare tarafından kamuya yararlı olarak tanınan topluluklara veriliyordu(15). Bu izin zorunluluğundan sadece iktisadî bir amaç güden dernekler, yani şirketler ayrık (muaf) tutulmuştu.

Ancak 1901 tarihli kanunladır ki, derneklerin devletten izin almadan kişilik kazanabileceği kabul olundu. Fakat bu suretle serbestçe kurulan dernekler dahi devlet tarafından kamuya yararlı bir dernek olarak tanınmadıkça çok sınırlı bir hak ehliyetine (küçük kişiliğe = la petite personalité) sahip olabilirler(16).

Vakıfların tüzel kişilik kazanabilmesi ise, ancak kamuya yararlı bir kurum olarak tanınmalarına bağlı bulunmaktadır.

2) Alman Medenî Kanunu

Alman Medenî Kanunu'na göre, iktisadî bir amacı olmayan dernekler mahkeme siciline tescil edilmekle kişilik kazanır. Bunlara "tescil edilmiş dernekler"(17) *(eingetragene Vereine)* denir (BGB § 21, 55 vd.)(18).

---

(15) Bu konularda daha geniş bilgi için bk. **Colin-Capitant,** Cours élémentaire de droit civil français, t. 1. sh.709 vd.; **Michoud,** sh.422 vd.; **Karayalçın, Yaşar:** Kamuya Faydalı Müesseseler, Ankara 1946.

(16) **Michoud,** sh.448 vd.; **Karayalçın,** sh.42 vd.

(17) Bu konularda geniş bilgi için bk. **Enneccems-Nipperdey**, sh.412 vd.; **Staudinger's** Kommentar, sh.216 vd.; **Lange**, sh.175 vd.

(18) Tescil edilmemiş olan dernekler tüzel kişiliğe sahip değildirler. Tüzel kişiliğe sahip bulunmayan bu topluluğun gerek kendisini oluşturanlar, gerek üçüncü kişiler ile olan ilişkileri ilke olarak elbirliği mülkiyeti esasları çerçevesinde yürür. Fazla bilgi için dn.17 de anılan eserlere bakınız.

Vakıflar ise, ancak merkezinin bulunduğu eyaletin (Land'ın) izniyle kişilik kazanırlar. Merkezi, bir eyalette olmayan vakıflar için Federal İçişleri Bakanının izni gereklidir (BGB § 80).

3) İsviçre ve Türk Medenî Kanunları

İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, tüzel kişilere karşı en hoşgörülü (müsamahakâr) davranan kanunlardır. İsviçre Medenî Kanunu İsviçre'de yerleşmiş geleneğe uyarak gerek kişi topluluklarının, gerek mal topluluklarının kişilik kazanmalarını devletin iznine tâbi tutmamıştır. Manevî (ideel) bir amaç güden derneklerin kişilik kazanabilmeleri için, Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi tescile de gerek yoktur. İsviçre Medenî Kanunu'ndaki düzenlemeye göre (m.60/II) dernekler, dernek olarak kurulma iradeleri kuruluş belgelerinden anlaşıldığı anda tüzel kişilik kazanmış olurlar. Türk Medenî Kanunu'na göre ise, dernekler kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar (m.59). Serbest bir şekilde meydana gelmiş olan derneğin hak ehliyeti, Fransız hukukundakinin aksine, ilke olarak gerçek kişilerinkine benzer. Vakıflar ancak tescil edilmekle kişilik kazanırlar (MK. m.102).

§ 2. TÜZEL KİŞİLERİN BÜNYESİ, MAHİYETİ VE MAHİYETİNİ AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

I- TÜZEL KİŞİLERİN BÜNYESİ VE MAHİYETİ

İktisadî veya manevî bir amacı benimsemiş olan kişiler, bu ortak amaca ulaşmak maksadıyla maddî ve manevî bütün güçlerini bir araya getirerek bu amaç etrafında toplanmış olabilirler. Bir kimse arzuladığı amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere malvarlığının bir kısmını veya belli mallarını ya da bir miktar parayı harcanmak üzere bu amaca özgülemiş olabilir. Bu suretle ortaya çıkan kişi veya mal toplulukları henüz bir tüzel kişi mahiyetinde değildir. Böyle bir ortak amaç etrafında toplanmış olan kişilerin veya belirli bir amaca özgülenmiş olan malların bağımsız bir hak süjesi, ayrı bir kişilik oluşturabilmesi, birtakım şartların veya unsurların varlığına bağlıdır. Bu unsurlar tüzel kişiliği elbirliği ortaklığı (elbirliği mülkiyeti) esasına göre bir araya gelmiş kişi topluluklarından, örneğin adî şirketten, aile malları ortaklığından veya miras ortaklığından ayırmaya da yarar.

Herhangi bir kişi veya mal topluluğunun bir tüzel kişi mahiyetini kazanabilmesi için zorunlu olan unsurları ve şartları aşağıda ele alıyoruz:

A) AMAÇ

Bir araya gelen kişilerin hep birlikte ilgilendikleri ve üzerinde anlaştıkları bir *ortak amaç* (veya ortak menfaatin) bulunması şarttır. Çeşitli kişiler bu ortak amaç dolayısıyla ve bu amaca ulaşmak maksadıyla birleşmiş olmalı veya para, hak ya da mallar bu amaca hizmet etmek üzere özgülenmiş bulunmalıdır.

Amaç sadece manevî veya iktisadî bir amaç olabileceği gibi, sırf ortak menfaatlerin birlikte savunulmasına veya ortak ihtiyaçların birlikte sağlanmasına ilişkin de olabilir.

B) İRADE

Ortak bir amaç etrafında toplanmada veya bir malı, hakkı ya da parayı belirli ve sürekli bir amaca özgülemede, bağımsız olan ve başlı başına varlığa sahip bulunan bir topluluğa vücut verme, bu suretle *yeni bir kişilik yaratma iradesi* mevcut olmalıdır.

Böylece meydana gelen bu topluluk, hem iç hem de dış ilişkiler bakımından kendisini yaratanlardan ayrı ve farklı bir bütün, bir birlik biçimindeki bünyeye sahip olur. O suretle ki, bu topluluğu meydana getirmek üzere bir araya gelmiş (birleşmiş) olan kişiler, bir bütün şeklinde doğmuş olan birlik içinde kaynaşır ve kaybolurlar.

C) ÖRGÜTLENME

Nihayet bu topluluğun ortak amacın gerçekleşmesini sağlayacak biçimde örgütlenmiş olması, diğer bir deyişle, düşünülen hedefe erişme isteğinin gerçekleşmesi için zorunlu olan işlevleri yerine getirecek *organlara sahip bulunması* da gerekir.

Tüzel kişiliği meydana getiren zorunlu unsurlardan en önemlisi, amaç unsurudur. Amacı bulunmayan bir topluluk hiçbir zaman bağımsız bir varlık, bir kişilik olamaz. Zira bütün tüzel kişilerin mahiyetinde bir amacı gerçekleştirmek, bir amaca hizmet etmek isteği mevcuttur[19].

Tüzel kişilerin esasını ve bünyesini, ***ortak bir amaç etrafında başlı başına bir varlığa sahip olmak üzere bir araya gelerek birleşmiş ve bu amaca ulaşacak biçimde örgütlenmiş kişi veya mal toplulukları oluşturur.***

---

(19) **Egger-Çernis,** Şahsın Hukuku, II. Kısım, sh.11.

O hâlde tüzel kişiler, ya belli bir amaç etrafında bağımsız bir kişilik yaratmak iradesiyle bir araya gelmiş olan kişi toplulukları, yani *"korporasyorlar" (Körperschaft, Corporation)* ya da bağımsız bir kişilik yaratmak maksadıyla belirli ve sürekli bir amaca özgülenmiş para, hak veya mallar, yani *"kurumlar" (Stiftung, établissement)* şeklinde ortaya çıkarlar.

Bununla beraber, kişilerin bir amaç etrafında bağımsız bir varlık yaratmak üzere örgütlü bir biçimde toplanmasıyla veya bu şekilde bir malın belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesiyle, o kişi veya mal topluluğu hemen bağımsız bir hak süjesi olarak doğmuş olmaz. Böyle bir kişi veya mal topluluğunun, kendisini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir hak süjesi olabilmesi, yani bir kişi olarak ortaya çıkabilmesi, hukuk düzeni tarafından kendisine hak ve borçlara sahip olma ehliyetinin verilmiş, yani bir kişi olarak tanınmış olmasına bağlıdır.

Öyleyse ***tüzel kişilik,*** *belli bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla ve başlı başına bağımsız bir varlığa sahip olmak üzere örgütlenmiş ve hukuk düzenince kendilerine haklar ve borçlar edinebilme iktidarı tanınmış bulunan kişi ve mal topluluklarıdır.*

Ancak, bu tanımlamaya bakılarak tüzel kişilerin kanun tarafından yaratılmış "yapay" varlıklar olduğunu söylemek doğru olmaz. Çünkü tüzel kişiler, daha önce de ifade edildiği gibi, sosyal zorunlulukların yarattığı topluluklardır. Fakat bu topluluklara kendilerini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir varlık tanıyan, hukuk düzenidir. Bu bakımdan gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında esaslı bir fark bulunduğu iddia edilemez. Çünkü gerçek kişi olan insana kişi niteliğini veren de, yine hukuk düzenidir. Bütün insanların hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara ehil olarak tanınması, yani gerçek bir kişi sayılarak hak süjesi düzeyine çıkarılması ise, az çok uzunca sürmüş olan tarihî bir gelişimin eseridir. Köleliğin kaldırılmasından bu yana çok uzun bir zamanın geçmiş olduğu söylenemez. Mamafih tüzel kişiler ile gerçek kişiler arasında önemli fark vardır ve bu fark da şudur: Günümüzdeki felsefî düşünceler ve hukukun ana ilkeleri, bütün insanların, aralarında hiçbir fark gözetilmeksizin hak süjesi olarak tanınmasını emreder. Kişi veya mal topluluklarına hukukî bir kişilik verilip verilmeyeceğinin takdiri ise, hukuk düzenine bırakılmıştır. Gerek Anayasalarla, gerek 10 Aralık 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesiyle* bireylere toplanma ve dernek kurma hürriyeti tanınmıştır (m. 21, 22). Ancak, tüzel kişilerin devletin iktisadî ve sosyal menfaatleri bakımından taşıdığı önem göz önünde tutulacak olursa, kanun koyucunun her çeşit toplulukları tüzel kişi olarak tanıması gerekmediği de ortaya çıkmış olur.

II- TÜZEL KİŞİLERİN MAHİYETİNİ AÇIKLAYAN TEORİLER

A) TEORİLERİN ÖNEMİ

Tüzel kişilerin esasını ve bünyesini, bir amaç etrafında bağımsız ve yeni bir kişilik yaratma iradesiyle toplanan *kişiler* veya aynı maksatla bu amaca özgülenen *mallar* ya da *haklar* oluşturur. Bu kişi ve mal topluluklarına hukuk düzeni tarafından haklara ve borçlara sahip olma iktidarının tanınmasıyla da bir araya gelmiş bu kişilerin veya özgülenmiş malların yanında, fakat onlardan *ayrı, farklı ve bağımsız yeni bir kişilik* sosyal hayatta kendisini gösterir. Tüzel kişi denilen bu yeni hak süjesinin kendisine özgü olan hakları ve borçları vardır. Bu itibarladır ki bir tüzel kişi, kendisini yaratan kişilerin malvarlıklarından bağımsız ve ayrı bir malvarlığına sahiptir ve üçüncü kişilere karşı borçlarından dolayı bu malvarlığıyla sorumlu olur.

Tüzel kişiler hakkında bu esasların hukuk düzeni tarafından kabulü pek de kolay olmamıştır. Daha önce de değinmiş olduğumuz gibi, karşıt eğilimlerin etkisinde kalan hukukçular, kaçınılması mümkün olmayan sosyal zorunlulukların ortaya çıkardığı bu toplulukların mahiyetini açıklamak üzere ortaya çeşitli görüşler atmışlardır. Bu görüşler ve teoriler (nazariyeler), tüzel kişilik kavramının gelişimini ve tüzel kişilerle ilgili pek çok sorunun çözümünü kolaylaştırmış, hatta tüzel kişiliğin hukuk düzeni tarafından kabulü ve düzenlenmesi üzerinde de etkili olmuşlardır. Zira tüzel kişiliği düzenleyen kanunların bu teorilerin herhangi birinden, örneğin ***varsayım*** *(fiction)* veya ***gerçeklik*** *(realité)* teorisinden esinlenmiş olması, tüzel kişilerin kuruluşu, hak ve fiil ehliyetlerinin kapsamı ve haksız fiillerden sorumlu olmalarının düzenlenmesinde etkilerini göstermiştir.

Bu teoriler bugün için pratik önemlerini kaybetmişe benzerler[(20)]. Zamanla ortaya çıkan sorunlar artık teknik yani hukukî olmaktan çok, sosyal ve iktisadî bir nitelik göstermeğe başlamıştır. Bu itibarladır ki, söz konusu sorunları sadece tüzel kişileri açıklayan teorilerle çözmek mümkün değildir. Bugün bunların çözümü konusunda daha çok sosyal ve iktisadî zorunluluklardan elde edilen sonuçları böyle birtakım teorilerin ışığı altında incelemek de herhalde faydasız sayılmaz. Bir taraftan tüzel kişilik kurumunun geçirdiği gelişimi izleyebilmek, diğer taraftan da Medenî Kanun'un bu konuda benimsemiş olduğu sistemin anlaşılmasını kolaylaştırmak maksadıyla tüzel kişilerin mahiyetini açıklayan teoriler üzerinde kısaca duracağız.

---

(20) **Planiol-Ripert,** sh.80; **Colin-Capitant,** sh.363; **Friedman, W.** (Çev. **Ansay. Tuğrul**): Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikatı, AHF.Der., 1958, C. XV, S.1-4, sh.51 vd.

B) ÇEŞİTLİ TEORİLER

Tüzel kişilerin mahiyetini açıklamaya çalışan çeşitli teoriler mevcuttur. Bütün bu teorilerin ayrıntılı biçimde incelenmesinin yeri tabiî ki burası değildir[21]. Mamafih bütün bu değişik teorileri, esinlendikleri ana fikirleri itibariyle ü ç kategoride toplamak mümkündür: 1) Tüzel kişiliği bir sanı, kanun koyucunun bir buluşu (icadı) sayan görüşler 2) Tüzel kişiliği inkâr eden (yadsıyan) görüşler 3) Tüzel kişiliği bir gerçek (bir realite) olarak kabul eden görüşler. İşte, aşağıda tüzel kişilik hakkında ileri sürülmüş olan bu üç teoriyi kısaca açıklayacağız:

1) Varsayım Teorisi

Varsayım teorisi (Fiksiyon nazariyesi), ilk defa ünlü Alman hukukçu *Savigny* tarafından ortaya atılmış ve XIX. Yüzyılda Fransız hukukçularınca da savunulmuştur[22]. Varsayım teorisinin hareket noktası *"hak"* ve *"hak süjesi"* kavramlarıdır. Bu teoriye göre hak, hukuk düzeni tarafından iradeye sahip bulunan varlıklara tanınmış olan yetkilerdir. Öyleyse irade sahibi olmaları itibariyle *sadece insanlar hak süjesi olabilir.* Fakat sosyal hayatta bir amaç etrafında toplanmış olan insan topluluklarının veya bir amaca özgülenmiş mal topluluklarının varlığı da bir gerçektir. Tüzel kişi denilen bu insan veya mal topluluklarının bazı hakları ve borçları da vardır. Fakat iradeye sahip olmamalarından dolayı, bu hak ve borçların o topluluğa ait olmasına imkân yoktur. Kanun koyucu, kamunun menfaati ve sahipsiz hakların ortaya çıkmasını önleme düşüncesiyle bu toplulukları *sanki kişi imişler gibi kabul eder.* Yani gerçekte bir kişi olmamalarına karşın, kanun koyucu bu pratik düşüncelerle onları sanki kişiliğe sahipmişler gibi işleme tâbi tutar. Kanun koyucu, böylece gerçeğe uymaması ve iradesi bulunmaması dolayısıyla hak süjesi olamayacak topluluklara sanal, yapay, varsayımsal (farazî) bir kişilik tanımış olur. Kısaca, *tüzel kişilik, hukuk düzeni tarafından pratik ve teknik düşünceler dolayısıyla yaratılmış bulunan sanal, varsayımsal (farazî), yapay (sunî) kişilikten başka bir şey değildir.*

Demek ki bu teori, kanun koyucunun iradesi bulunmayan varlıklara sanal, yapay, varsayımsal bir kişilik tanıyabileceğini ve bu suretle onlara

---

(21) Bu teoriler hakkında bk. **Michoud, L.:** La theorie de la personalité morale, t.l, Paris 1932, sh.16 vd.; **Saymen,** Hükmî Şahıslar, sh.30 vd.

(22) Bu teori hakkında bk. **Savigny-M.Ch.Guenoux:** Traité de droit romain, t.2, Paris 1841, sh.234 vd.: **Michoud,** sh.16 vd.; **Tuor,** sh.97; **Enneccerus-Nipperdey,** sh.399, not 2.

irade sahibi insanların yanında hak süjesi olma ehliyetini verebileceğini kabul eder. Zaten varsayım teorisi (fiksiyon nazariyesi) ismi de bundan ileri gelir.

a) Varsayım Teorisinden Çıkan Sonuçlar

Tüzel kişilerin mahiyetinin, hukuk düzeni tarafından yaratılmış, âdeta icat edilmiş bir varsayım olmasından şu sonuçlar doğar:

aa) Bir amacın gerçekleştirilmesi maksadıyla bir araya gelmiş olan kişi veya bir amaca özgülenmiş olan mal topluluklarına yapay, sanal bir kişilik tanıyıp tanımamak kanun koyucunun, dolayısıyla da devletin elindedir. O hâlde, *tüzel kişiliği meydana getirmek için devletten izin almak gerekir.*

bb) Tüzel kişilik gerçekte mevcut olmayan ve kanun koyucu tarafından yaratılan sanal, varsayımsal bir kişiliktir. Öyleyse kanun koyucunun onun *hak ehliyetini istediği gibi sınırlamak yetkisi de vardır.* Örneğin Fransa'da derneklerin taşınmaz mülkiyetine sahip olma hakları yoktur. Bağışlamayı da ancak izinle kabul edebilirler.

cc) Tüzel kişiler iradeden yoksundurlar. Bu sebeple de *fiil ehliyetine sahip değildirler.* Onlar fiil ehliyeti bakımından ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişilerle aynı durumdadırlar, yani hukuk düzeni tarafından "tam ehliyetsiz" işlemi görürler. Medenî haklarını bizzat kullanamazlar; bu bakımdan onların da tıpkı tam ehliyetsiz kişiler gibi yasal temsilcilerinin bulunması gerekir. Nitekim bir derneğin genel kurulu ve yönetim kurulu, bir bakıma onun yasal temsilcisi durumundadır.

dd) Tüzel kişiler tam ehliyetsiz kişi durumunda olduklarından, *haksız fiillerinden de sorumlu değildirler.* Zaten iradeleri bulunmadığından dolayı kusur işlemelerine de imkân yoktur, yani haksız fiillerde bulunamazlar. Yasal temsilcilerinin işlediği haksız fiillerden dolayı da sorumlu olmazlar; zira temsil sadece hukukî işlemler alanında geçerlidir, haksız fiillerde temsil söz konusu olamaz.

b) Varsayım Teorisinin Eleştirisi

Varsayım teorisinin aksayan ve sosyal zorunluluklara uymayan tarafları özellikle şunlardır:

aa) Sosyal zorunluluklar sonucu ortaya çıkmış olan topluluklara kişilik tanıyıp tanımamayı devletin iradesine bırakmış olması,

bb) Tüzel kişilerin haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetini kabul etmemiş olması,

cc) Tüzel kişilik özel hukukta olduğu kadar kamu hukukunda da mevcut olan bir varlık olduğuna göre, tüzel kişileri devlet tarafından yaratılan bir varsayımdan ibaret sayan bu teoriyle, kendisi de bir tüzel kişi olan devleti açıklamaya imkân olmaması.

2) Bir Amaca Özgülenmiş Malvarlığı Teorisi

Bir amaca özgülenmiş malvarlığı teorisine aynı zamanda *"tüzel kişiliği inkâr eden (yadsıyan) görüş"* de denilmektedir. Hak süjesinin sadece irade sahibi insanlardan ibaret olduğunu kabul eden bazı görüşler, tüzel kişiliğin varlığını tamamen inkâr ederler. *"Belli bir amaç etrafında toplanmış olan kişiler yanında, onlardan ayrı ve bağımsız olarak varsayım teorisinin kabul ettiği gibi yapay bir kişi d a h i mevcut değildir"* derler. Tüzel kişiliğin tamamen inkârı sonucuna yönelen bu teorinin taraftarları fikirlerini değişik biçimlerde savunurlar:

a) Bazılarına göre, tüzel kişilik bir amaca özgülenmiş olan sahipsiz bir malvarlığından ibarettir[23].

b) Bazılarına göre ise, bir amaç etrafındaki kişi ve mal toplulukları bağımsız bir kişiliğe sahip değildir. Tüzel kişiye ait olduğu iddia olunan haklar ve borçlar, gerçekte bir amaca ulaşmak maksadıyla o amaç etrafında toplanmış bulunan kişilerin hepsine birden ortaklaşa (müştereken) aittir. Onlar bu malvarlığı üzerinde elbirliği ortaklığı (elbirliği mülkiyeti) esasına göre hak sahibidirler. Yani bu hakların ve borçların asıl ve gerçek sahibi, bu kişilerdir. Elbirliği ortaklığı, bu ortaklığa giren kişiler arasında çok sıkı ve yakın ilişkilere meydan verdiğinden, bu kişiler dışa karşı sanki tek bir hak süjesi, tek bir kişiymişler gibi görünürler. Fakat bu görüntü, gerçekte hukuken kendilerinden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahip olan yeni bir hak süjesinin meydana gelmiş olduğunu ifade etmez

Bu görüş, tüzel kişi denilen hak süjesinin varlığını tamamen inkâr eder, onu elbirliği ortaklığına (elbirliği mülkiyetine) benzetir; bu itibarla da *"kolektif mülkiyet teorisi"* adını alır.

Tüzel kişiliğin elbirliği ortaklığından başka bir şey olmadığını iddia eden bu görüş Fransa'da *Planiol*[24] ve *Berthelemy*[25] tarafından ileri sürülmüştür.

---

(23) Bu, Almanya'da **Brenz'**in görüşüdür. Sahipsiz malvarlığı teorisi hakkında bk. **Michoud** sh.39 vd.

(24) Planiol'un görüşü hakkında bk. **Planiol-Ripert,** sh.82 vd.; aynı yazarın traité élémentaire de droit civil, 1.1, Paris 1925, sh.989 vd.

(25) **Berthelemy:** Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1923, sh.27 vd.

c) Alman hukukçu *Jhering*'in görüşü de az çok bu yöndedir. Bu hukukçuya göre tüzel kişi denilen topluluk, insanlardan ayrı ve bağımsız olan bir hak süjesi değildir. Bu itibarla da belli bir amacın gerçekleşmesi için hukuk düzeni tarafından tanınmış olan ve haklardan faydalanan, tüzel kişi denilen bir varlık yoktur. Hak süjesi, derneklerde derneği oluşturan üyelerdir. Derneğin sadece kendisine özgü hakları da yoktur. Bu haklar üyelerden her birinin bireysel haklarıdır, yani bu haklardan yararlananlar, teke tek kişilerdir[26][27].

3) Gerçeklik Teorisi

Gerçeklik teorisi (Realite nazariyesi), ilk defa Alman hukukçu *Beseler* tarafından savunulmuş ve ilk taraftarlarını özellikle Alman hukukçuları arasında bulmuştur. *Gierke, Zitelmann* Almanya'da; *Eugen Huber* İsviçre'de bu teorinin taraftarları olarak bilinirler.

Varsayım teorisi Roma Hukukunun etkisiyle doğmuş olan bir teoridir. Bu teoriye bir reaksiyon olarak ortaya çıkan gerçeklik teorisi üzerinde ise Cermen Hukukunun etkisi büyük olmuştur.

Gerçeklik teorisine göre tüzel kişilik, kanun tarafından yaratılan bir varsayım, gerçekte var olmayan sanal, yapay bir kişilik değildir. *Tüzel kişilik, sosyal zorunluluklar dolayısıyla meydana gelen ve kendisini yaratmış olan kişilerden ayrı ve bağımsız mevcudiyeti olan bir varlıktır.* Tüzel kişilik, sosyal zorunluluklardan dolayı bu zorunlulukları cevaplandırmak maksadıyla kendiliğinden meydana gelen, gerçekte var olan doğal ve fiilî bir varlıktır. Tüzel kişiler hukuk düzeninin kendilerini bir kişi olarak tanımasından çok önce de mevcuttu. Hukuk düzeni sadece fiilen mevcut olan bu varlıkları düzenlemekle, onlara hukukî bir kişilik tanımakla yetinmiştir; yoksa tüzel kişiliği meydana çıkaran, onları yaratan, hukuk düzeni değildir. Bu itibarla tüzel kişiler gerçek kişiler kadar fiilen var olan gerçeklerdir. Onların gerçek kişilerden farkı, gerçek kişiler gibi elle tutulan, gözle görülen cismanî bir varlığa sahip bulunmamalarıdır. Bu farklılık, her iki kişilik arasındaki bünye ve mahiyet ayrılığından ileri gelir. Nitekim gerçek kişiler hukukî olduğu kadar, doğal ve fizyolojik varlıklardır. Oysa tüzel kişiler, sosyal ihtiyaçlar dolayısıyla meydana çıkmış olan sosyal varlıklardır. Tüzel kişiler zaten felsefî ve doğal anlamda birer kişi olmayıp, sadece hukukî anlamda birer kişidirler.

---

(26) **Jhering:** Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Leipzig, Bd.III, sh.354 vd.

(27) Bu teoriler ve bunların eleştirisi hakkında bk. **Michoud,** sh.38 vd.; **Saymen,** Hükmî Şahıslar, sh.37 vd.

Tüzel kişiler, insanlar arasında ortak olan menfaatlerin gerçekleştirilmesi zorunluluğuyla kendiliğinden meydana gelmişlerdir. Tüzel kişilerin sosyal hayatta ortaya çıkmasını zorunlu kılan bu menfaatler, belli kişilere, belli gruplara ait menfaatler olabileceği gibi, bizzat kamunun menfaatleri de olabilir. Hukuk düzeni bireylerin kişisel menfaatlerini olduğu kadar, bireyler arasındaki ortak menfaatleri de koruyup kollamak zorundadırlar. Bu itibarla, hukuk düzeni bu menfaatlerin yarattığı tüzel kişileri bu menfaatlerin gerçekleşmesine yarayacak şekilde haklara ve borçlara ehil olma iktidarıyla donatmak mecburiyetindedir. Yani tıpkı fizyolojik bir varlık olan insanları olduğu gibi, sosyal bir varlık olan tüzel kişileri de bir kişi olarak tanımak zorundadır.

Tüzel kişiler, belirli amaçlara hep birlikte erişme ihtiyacından doğmuştur. Tüzel kişilerde egemen olan unsur, a m a ç tır. Amaçsız bir topluluğun tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. Bundan dolayıdır ki gerçek kişilerin *"fizyolojik kişi"* olmalarına karşılık, tüzel kişiler *"amaçsal, sosyal kişilerdir"*.

Hak süjesi olabilmek için iradenin zorunlu olduğu iddiasının doğruluğu kabul edilse bile, bu husus, tüzel kişilerde böyle bağımsız bir irade bulunmamasından dolayı onlara kişilik tanımamak için bir sebep olamaz. Gerçekte psikoloji bilimi insan topluluklarının kendilerini oluşturan bireylerin iradelerinden farklı ve bu iradelerin toplamından oluşan bağımsız bir iradeye sahip bulunduğunu göstermiştir. Öte yandan, hiç olmazsa modern hukuk düzeninde hak süjesi olabilmek için, irade sahibi olmaya da hiç gerek yoktur. Henüz bir iradesi bulunmayan çok küçük yaştaki çocukların ve akıl hastalarının modern hukuk sistemlerinde kişi olarak kabul edilmeleri bunun en açık örneğidir.

Gerçeklik teorisi, tüzel kişilerin medenî hakları nasıl kullanacakları sorununu da varsayım teorisinden farklı bir biçimde açıklar: Tüzel kişiler *fiil ehliyetine de tam anlamıyla sahiptirler*. Onlar sahip bulundukları hakları yine bizzat kendileri kullanırlar ve kendi fiilleriyle kendi lehlerine haklar, aleyhlerine borçlar yaratabilirler. Tüzel kişiler, haklarını aynen gerçek kişiler gibi organları vasıtasıyla kullanırlar. Tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi elleri, gözleri ve ağızları, yani maddî anlamda organları yoktur. Fakat kendi iradeleriyle seçtikleri veya atadıkları organları vardır; bunlar derneklerde genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu; vakıflarda ise yönetim organıdır. Tüzel kişilerin bu organları tüzel kişilere karşı yabancı ve onun üçüncü kişi durumundaki *temsilcileri değildir;* aksine

tamamen tüzel kişinin bünyesinde olan, onun iradesini harekete getiren birer araç, birer organ mahiyetindedirler. Tıpkı gerçek kişilerin organları gibi, tüzel kişinin organları da onun bütünlüğüne, bünyesine girmektedir.

Tüzel kişilerin fiil ehliyetlerini bizzat organları vasıtasıyla kullanmaları, gerçeklik teorisinin en önemli görüşlerinden birini oluşturduğu için, bu teoriye bazen *"organ teorisi" (uzuv nazariyesi)* de denir.

Ana hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız gerçeklik teorisini dayanak yaparak ortaya atılan çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler ya da teoriler içinde hukukta en fazla yankı uyandıran teori, Fransız hukukçusu *Hauriou*'nun *"müessese (institution) teorisi"*dir. Özel hukuktan çok kamu hukukuyla ilgili olan, kamu tüzel kişilerinin mahiyetini açıklamaya çalışan müessese teorisini burada sadece ismen anmakla yetiniyoruz. Bu teori daha çok kamu hukukuyla ilgili olduğundan, açıklamasına girişmek konumuzun sınırlarını aşar.

a) Gerçeklik Teorisinden Çıkan Sonuçlar

aa) Tüzel kişiler, iktisadî ve sosyal hayatın ürünü olan gerçek varlıklardır. Onlar daha devlet tarafından tanınmalarından çok önceleri toplum hayatında sosyal ve fiilî bir varlık olarak mevcut idiler. Devlet gerçek bir mevcudiyeti olan bu varlıkları tanımamazlıktan gelemez. Bu itibarla tüzel kişiliğin kurulması için, *devletten izin almaya gerek yoktur.*

bb) Tüzel kişiler ile gerçek kişiler arasında ancak bünyelerinden (yapılarından) gelen bir mahiyet farkı vardır. Bu bakımdan *tüzel kişilerin hak ehliyeti,* bu mahiyet farkı dışında *gerçek kişilerinkine eşit olmalıdır.* Tüzel kişiler bu mahiyet farkının gerektirdiği istisnalar dışında ilke olarak gerçek kişilerin yararlandığı bütün haklardan yararlanmalı, bütün borçları edinebilmelidirler. Zira hak ehliyeti bakımından gerçek kişiler ile aralarındaki fark, sadece mahiyetlerinden ileri gelmektedir. Tüzel kişiler mahiyetleri gereği olarak gerçek kişilerin sahip bulundukları nişanlanma, evlenme, boşanma, evlât edinme ve tanıma gibi bazı haklara sahip olamayacakları gibi, gerçek kişiler de tüzel kişilerin bünyesine özgü bazı haklardan, örneğin üyelerinden ödenti (aidat) isteme, üyelerini bünyelerinin dışına atma (ihraç etme) ve amaçlarının korunmasını isteme haklarından yararlanamazlar.

cc) *Tüzel kişilerin fiil ehliyetleri de tamdır.* Bu sebeple, onların organları temsilci durumunda olmayıp tıpkı gerçek kişilerin eli, dili, beyni gibi tüzel kişilerin bir parçasını oluştururlar. Böylece tüzel kişiler organlarının işlemiş oldukları *haksız fiillerden sorumlu olma ehliyetine de sahiptirler.*

4) Sonuç

Tüzel kişiler hakkındaki teorilerden hiçbiri *Velidedeoğlu'*nun da haklı olarak belirttiği gibi, tüzel kişiliğin mahiyetini ve onlarla ilgili bütün sorunları tek başına ve doğru olarak açıklayacak durumda değildir[28].

Sosyal hayatta kişilerin çevresini, gücünü ve menfaatlerini aşan ve çeşitli kişiler arasında ortak olan birtakım sorunlar vardır. Bunların çözümü çoğu kez büyük malvarlıklarına, büyük emek ve gayretlere ihtiyaç duyar. İşte bu sorunların hep birlikte çözümü için bulunmuş olan en elverişli hukukî yol, tüzel kişiliktir.

Tüzel kişilerin mahiyetini açıklamaya çalışan teorilerin ortak ve doğru olan tarafı, tüzel kişileri bir *"amaç birliği"* olarak kabul etmelerinde görülür. Gerçekten, *tüzel kişilerin varlık sebepleri,* onların doğumundaki etken, birçok defa belirtmiş olduğumuz üzere, *bir amaca hizmet etme işlevidir.* Bütün bu teoriler, az çok kendilerine özgü olan çeşitli kişilerden oluşan bu toplulukların *bir birlik, bir bütün muamelesi görmesini sağlamaya* çalışmaktadırlar. Varsayım teorisi bu birliği topluluğa sanal, varsayımsal (farazî) bir kişilik tanımak suretiyle; gerçeklik teorisi ise, onların gerçek ve fiilî bir kişi olduklarını kabul etmek suretiyle sağlamak ister. Modern hukukta tüzel kişilerin "hukukî mahiyeti vahdet (birlik) muamelesi görmesinden ibarettir. İşte bu vahdet muamelesi görmesi esası, tüzel kişinin hususiyetini (özelliğini) meydana getiren hukuk kaidelerine (kurallarına) temel teşkil eder"[29].

Hareket noktaları değişik olmakla beraber yine bütün bu teoriler, iktisadî ve sosyal zorunluluklar dolayısıyla tüzel kişiliğin hak ve fiil ehliyetlerine sahip olacağını kabul etmek zorunda kalırlar, fakat belki de *bunların kapsamı üzerinde* anlaşmazlığa düşerler. Zaten bugünkü modern hukukta, daha önce de değindiğimiz gibi, tüzel kişilerin mahiyetiyle ilgili tartışmalar önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Bu teorilerin çözmeye çalıştığı sorunların çoğu, ilke itibariyle pozitif hukuk tarafından zaten çözülmüş bulunmaktadır.

Günümüzde hukukçuları tüzel kişilerle ilgili başka sorunlar meşgul etmektedir. Bu sorunların tüzel kişiliğin mahiyetini açıklayan teorilerle çözülmesine imkân yoktur. Bu sorunlar özellikle azınlığın korunması, tüzel kişiyi oluşturan bireylerin birlik (vahdet) muamelesi görmelerinin sınırları, tüzel kişilerin oluşturduğu birlikler, tüzel kişilerin vatandaşlığı gibi önemli sorunlardır[30].

---

(28) Şahsın Hukuku, sh.178.

(29) **Egger-Çernis,** Şahsın Hukuku, II. Kısım, sh.13.

(30) Bu konularda bk. **Egger-Çernis,** sh.13; **Friedman** (Çev. **Ansay**): sh.54 vd.

§ 3. TÜZEL KİŞİLERİN TÜRLERİ

Tüzel kişilik genel bir hukukî kavramdır. Bu kavramın altında gerek bünyeleri (yapıları), gerek güttükleri amaç, gerek tâbi oldukları hukuk kuralları bakımlarından çok çeşitli tip ve türden tüzel kişiler mevcuttur.

Tüzel kişiler tip ve türlerine göre farklı hükümlere tâbi tutulmuşlardır. Bu itibarla, tüzel kişi türleri arasındaki fark ve benzerliklerin belirlenmesinde yalnız teorik değil, fakat aynı zamanda pratik yararlar da vardır. Tüzel kişiler arasındaki bu ayırım, Medenî Kanun'un hükümlerine de uygundur. Nitekim Medenî Kanun, tüzel kişilerle ilgili Birinci Bölümünde böyle bir ayırım yapmakla işe başlar (m.55).

I- BÜNYELERİNE GÖRE

Tüzel kişiler bünyeleri, yani yapıları bakımından değişik tiplerde ortaya çıkarlar. Nitekim tüzel kişinin bünyesini ya bir amacın gerçekleştirilmesini güden *kişi toplulukları* ya da bir amaca özgülenmiş *mal toplulukları* oluşturur. İşte, bu bünye farkına dayanılarak tüzel kişiler ***"korporasyon"*** ve ***"kurum"*** olmak üzere i k i büyük türe ayrılırlar.

A) KORPORASYON MAHİYETİNDEKİ TÜZEL KİŞİLER

Korporasyon mahiyetindeki tüzel kişiler, *ortak bir amaca ulaşmak üzere o amaç etrafında başlı başına bağımsız bir varlığa sahip olmak ve yeni bir hak süjesi meydana getirmek maksadıyla birleşen kişi topluluklarıdır.* Korporasyonlar, ortak bir amaç güden ve bu amacın gerçekleştirilmesine elverişli bir örgüte sahip bulunan kişi birlikleridir[31]. Dernekler ve şirketler (ortaklıklar) gibi özel hukuk tüzel kişileri ile devlet, vilâyet (il özel idaresi), belediye ve köy gibi kamu hukuku tüzel kişileri *(kamu yönetimleri) "korporatif",* yani *"kişi topluluğu"* mahiyetindeki tüzel kişilerdir. Korporasyon mahiyetindeki tüzel kişilerin bünyesini üyeleri oluşturur. Tüzel kişiliği meydana getiren, örgütünü belirleyen ve yöneten de bu üyelerin iradesidir. Korporasyonlar kendi geleceklerini (mukadderatlarını) kendileri belirler. Hatta özel hukuka tâbi olan korporasyonların, kendilerini oluşturan üyelerin iradesiyle ortadan kaldırılmaları, feshedilmeleri bile mümkündür (MK. m.88; TK. m. 243, 529).

---

(31) **Egger-Çernis,** II. Kısım, sh.23.

B) KURUM MAHİYETİNDEKİ TÜZEL KİŞİLER

Kurum (müessese) mahiyetindeki tüzel kişilerin bünyesini, *bağımsız bir hak süjesi meydana getirmek maksadıyla bir amaca özgülenmiş mal toplulukları oluşturur.* Kurum, bir amaca özgülenen malvarlığının kişiselleştirilmesinden meydana gelir. Bu tipteki tüzel kişiler, tüzel kişiye yabancı olan, onun dışında bulunan bir iradenin, yani kurucusunun iradesinin ürünüdürler. Kurumun örgütünü ve yönetim biçimini belirleyen de bu dış iradedir.

Kurumlarda *üyelik söz konusu olamaz;* onlarda sadece kurucunun bizzat belirlediği *organlar* ile *kurumdan yararlananlar* vardır. Kurum mahiyetindeki tüzel kişilerin kendi geleceklerini (mukadderatlarını) kendilerinin belirleme yetkileri de çok sınırlıdır. Kurumun kendi kendini feshetmek, kişiliğine son vermek yetkisi ilke olarak mevcut değildir.

Vakıflar ile kamu hukukundaki *kamu kurumları* (amme müsseseleri) bu anlamda *"kurum"* mahiyetindeki tüzel kişilerdir[32].

II- TÂBİ OLDUKLARI HUKUK KURALLARINA GÖRE

Tüzel kişiler, tâbi oldukları hukuk kurallarına göre *"kamu hukuku tüzel kişileri"* ve *"özel hukuk tüzel kişileri"* olmak üzere i k i gruba ayrılırlar.

A) KAMU HUKUKU TÜZEL KİŞİLERİ

Kamu hukukuna tâbi olan tüzel kişiler, "*kamu hukuku tüzel kişileri"* ve hatta kısaca *"kamu tüzel kişileri"* olarak da isimlendirilmektedir. Kamu hukukunun süjelerini ilke olarak sadece ve sadece tüzel kişiler oluşturur. Kamu tüzel kişileri, kamu hukuku kurallarına tâbi olan kişi ve mal topluluklarıdır (MK. m.55).

Kamu hukukuna tâbi tüzel kişiler ile özel hukuka tâbi tüzel kişiler arasında, bünyeleri itibariyle hiçbir fark yoktur. Aralarındaki fark; doğuşları, işleyiş biçimleri, faaliyet konuları, denetlenmeleri ve nihayet sona erişleri bakımından söz konusu olmaktadır.

---

(32) Somut hâllerde bir tüzel kişinin korporasyon veya kurum mahiyetinde bir tüzel kişi olup olmadığını belirlemek güçlük yaratabilir. Bu güçlükler ve bu konuda başvurulabilecek olan ölçütler (kıstaslar) hakkında bk. **Egger-Çernis,** sh.24.; **Michoud,** sh.210 vd.; **Onar, Sıddık Sami**: İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1952, sh.700 vd.

Kamu tüzel kişileri görevleri itibariyle kamu otoritesini temsil ederler. Bu bakımdan özel hukuk tüzel kişilerine oranla daha geniş yetkilere sahiptirler; fakat öte yandan da devletin daha sıkı denetim ve kontrolü altındadırlar(33).

Kamu tüzel kişileri ancak *kanunla* veya kanunun tanıdığı yetkiye dayanılarak *idarî bir işlemle* kurulurlar. Bunların kendi kendilerini feshetmeleri (kişiliklerine bizzat son vermeleri) mümkün olmadığı gibi, mahkeme tarafından kapatılmaları da söz konusu olamaz; kişiliklerine ancak kuruluşlarındaki usule uyularak son verilebilir.

Bünyelerine göre kamu tüzel kişileri i k i türe ayrılırlar:

Korporasyon türünde olan kamu tüzel kişilerine *"kamu yönetimleri" (amme idareleri)* denir. Kamu hizmetlerini görmekte olan kamu yönetimlerinin başında *"Devlet"* gelir. Devletin yanında *yerel yönetimler* (mahallî idareler) de kamu yönetimi mahiyetindeki tüzel kişilerdir. Nitekim Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrasında *"mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunla gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir"* denilmek suretiyle, Devletle birlikte *"il özel idareleri", "belediyeler"* ve *"köy idareleri"*nin de kamu yönetimi mahiyetinde oldukları açıklanmıştır(34).

Kurum türünden olan kamu tüzel kişilerine ise *"kamu kurumları" (amme müesseseleri)* denir. Kamu kurumu mahiyetindeki tüzel kişilere örnek olarak devlet ve vakıf üniversiteleri (Ay. m.130), Yükseköğretim Kurulu (YÖK) (Ay. m.131), Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT) (Ay. m.133) ile Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (Ay. m.134) gösterilebilir.

Bunların dışında Anayasamızda "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları" olarak isimlendirilen (m.135), özel kanunla kurulmuş pek çok kuruluş mevcuttur. Bunlara örnek olarak Barolar, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Tabipler Birliği, Türkiye Noterler Birliği, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Borsaları Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Esnaf ve Sanatkârlar Odaları ve Üst Kuruluşları gösterilebilir.

---

(33) Bk. **Onar.** sh.696.

(34) Kamu tüzel kişileri hakkında bk. **Onar,** sh.691 vd.; **Derbil**, **Süheyp:** İdare Hukuku, Ankara 1959, sh.247 vd.; **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh.238 vd.

1) Kamu Hukuku Tüzel Kişilerini Özel Hukuk Tüzel Kişilerinden Ayıran Ölçütler

Medenî Kanun'umuz kamu tüzel kişileri hakkındaki kanun hükümlerinin saklı olduğunu söylemekle yetinmiş (m.55), fakat bu iki tip tüzel kişinin birbirinden ayrılmasında yararlanılacak ölçütlerin (kıstasların) neler olduğunu göstermemiştir.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında esaslı farklar vardır. Bununla beraber, bu iki tip tüzel kişiyi birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Güçlük daha çok kurum mahiyetindeki tüzel kişiler bakımından mevcuttur. Devletlerin iktisadî faaliyetlere gittikçe daha fazla müdahalede bulunmaları sonucunda ortaya çıkan tüzel kişilerin kamu hukuku mu, yoksa özel hukuk tüzel kişileri mahiyetinde mi kabul edilecekleri sorununun çözümü çoğu kez güçlük doğurur. Nitekim Türk hukukunda *kamu iktisadî teşebbüslerinin* mahiyeti hakkındaki uzun ve hararetli tartışmalar, bu güçlüğü bütün açıklığı ile ortaya koymuştur[35].

İktisadî devlet teşekkülleri (Kamu iktisadî teşebbüsleri = KİT) deyimi ilk kez 17.6.1938 tarihli ve 3460 sayılı Kanunla ortaya çıkmıştır. Bu kanundaki düzenleme, yerini daha sonra 21.3.1964 tarihli ve 440 sayılı "İktisadî Devlet Teşekkülleri İle Müesseseleri Ve İştirakleri Hakkında Kanun"a bırakmıştır. Bu Kanun'un yerini 2929 sayılı "İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadî Kuruluşları Hakkında Kanun" almış, onun yerini de daha sonraları 8.6.1984 tarihli ve 233 sayılı *"Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" almıştır.*

---

(35) Bu tartışmalar hakkında bk. **Hirş, Ernst:** Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1948. sh.406 vd.; **Hirş:** İktisadî Devlet Teşekküllerinin Hukukî Mahiyeti, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferansları, No. 52, Ankara 1939; **Onar, Sıddık Sami:** İdare Hukuku Bakımından İktisadî Devlet Teşekkülleri, İHF.Mec. 1941, C.VII, S.4, sh.731 vd.; **Onar, S.S.**: İdare Hukukunun Umumî Esasları, sh.665 vd. Bu husta ayrıca bk. Yg. İçt. Bir. Kar. 28.3.1945, 6, RG. 9.2.1946, Nr. 6229; Danıştay İçt. Bir. Kar. 8.2.1944, 58/141. Ticaret Kanunu 18/II inci maddesiyle devlet, vilâyet, belediye ve köyler tarafından özel hukuk hükümleri dairesinde ve ticarî şekilde işletilmek üzere kurulan tüzel kişileri tacir sayar. Bu suretle de iktisadî devlet teşekküllerini özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul etmiş olur. ÖTK. m.18/II hakkında bk. **Karayalçın, Y.**: Ticaret Hukuku Dersleri, sh.134 vd. Bu tartışmalar halâ devam etmektedir. Ayrıntı için bk. **Özsunay, Ergun:** Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982; **Hatemî**, **Hüseyin:** Medenî Hukuk Tüzel Kişileri I. İstanbul 1979; **Serozan, Rona**: Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994.

Eski düzenlemeye, yani 440 sayılı Kanun'a göre, bu kuruluşların sermayelerinin yarısından fazlası devlete aitti. Bu teşebbüsler iktisadî alanda ticarî esaslara göre faaliyette bulunmak üzere özel kanunlarıyla kurulmuşlardı. Sorumlulukları sermayeleri ile sınırlı olup tüzel kişiliğe sahip idiler. Özel kanunla kurulmalarına karşın, bazı ayrık durumlar dışında özel hukuk hükümlerine tâbi idiler ve tacir sıfatları vardı (TK. m. 16).

Hâlen yürürlükte olan 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre, kamu iktisadî teşebbüsleri (KiT'ler) Cumhurbaşkanınca kurulurlar; yeni bir teşebbüsün kurulmasında ve mevcut bir müessese veya bağlı ortaklığın teşebbüs hâline getirilmesinde ekonomik ihtiyaçlar gözetilir (m.1,3).

Kamu iktisadî teşebbüslerinin nasıl kurulacağı, ne gibi mal ve hizmetlerin üretimiyle uğraşacakları, yönetim ve denetim biçimleri hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede ayrıntılı hükümler vardır. Kararnamede belirtilen hususlar dışında kamu iktisadî teşebbüslerine özel hukuk hükümleri uygulanır. Bunlar sermayelerinin yarısından (yüzde ellisinden) çoğu kendilerine ait olmak üzere anonim şirketler kurabilirler; bu şirketlere de özel hukuk hükümleri, örneğin Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.

Kamu iktisadî teşebbüsü, iktisadî devlet teşekkülü ile kamu iktisadî kuruluşunun ortak adıdır (m.2), yani kamu iktisadî teşebbüsü i k i türden oluşur:

1) *İktisadî Devlet Teşekkülleri* (İDT): Bunlar, sermayelerinin tamamı devlete ait olup, özel hukuk hükümleri içerisinde ve ticarî esaslara göre faaliyet gösteren ve kâr amacı güden kamu iktisadî teşebbüsleridir. Bunlara örnek olarak T.C. Ziraat Bankası, Devlet Malzeme Ofisi, Türkiye Selüloz ve Kâğıt Fabrikaları (SEKA) gibi kuruluşlar gösterilebilir.

2) Kamu İktisadî Kuruluşları (KİK) : Bunlar sermayelerinin tamamı devlete ait olan ve genellikle tekel niteliğindeki mallar ile bu temel mal ve hizmetleri üretmek ve pazarlamak üzere kurulan, kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadî teşebbüsleridir. Bunlara örnek olarak da Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü (ÇAYKUR) gösterilebilir. Hâlen TEAŞ ve TEDAŞ olarak iki şirkete ayrılmış bulunan eski Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) da daha önceleri bunlara örnek gösterilebiliyordu.

Sermayelerinin tamamının devlete ait oluşu ve faaliyet esasları bakımından benzer olan bu iki tür kuruluşu birbirinden ayıran özellik, iktisadî

devlet teşekküllerinin (İDT'lerin) kâr amacına yönelik olmalarına karşılık, kamu iktisadî kuruluşlarının (KİK'lerin) daha çok kamu yararına yönelik olmaları ve kârı ikinci plâna atmış bulunmalarıdır.

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayırmaya yarayacak esasların neler olduğunu belirleme sorunuyla daha çok İdare Hukuku uğraşır. Bu bakımdan söz konusu sorun konumuzun dışında kalmaktadır.

a) Tekçi Görüşler

Bu iki tip tüzel kişiyi birbirinden ayırmak maksadıyla birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden bir kısmı, kamu tüzel kişilerini özel hukuk tüzel kişilerinden ayırabilmek için sadece aralarında tek bir farkı ölçüt (kıstas) olarak kabul ederler. Bu sebeple de bu görüşlere *"tekçi görüşler"* denir.

Bu iki tip tüzel kişi arasındaki ayırıcı ölçütü; bazılarına göre kuruluş şekillerinde; bazılarına göre kamu tüzel kişilerinin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde; bazılarına göre amaçlarında ve nihayet bazılarına göre de tüzel kişilerin kendilerini oluşturanlarla olan karşılıklı ilişkilerinde aramak gerekir.

b) Çokçu Görüşler

Kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini sadece tek bir ölçüte dayanarak birbirinden ayırmak mümkün değildir. Bu konuda akla en uygun yöntem, herhâlde bunlar arasında mevcut çeşitli karakter farklarına dayanan bir ölçüt bulmaktır. Bu görüşe göre, amacı kamu hizmetinin yerine getirilmesi olan bir tüzel kişi, amacına ulaşmak için faaliyetlerinde devlete özgü ayrıcalıklarla (imtiyazlarla) donatılmış ise, kamu gücünü ve idarî araçları kullanma yetkisine sahip ise, diğer kişiler ile olan ilişkilerinde onlardan daha üstün ve ayrıcalıklı (imtiyazlı) durumda ise, kendi iradesiyle kendisini ortadan kaldırma yetkisine sahip değilse ve hatta yargı organları (adalet mahkemeleri) tarafından dahi varlığına son verilemiyorsa, bu tüzel kişi bir kamu tüzel kişisi sayılmalıdır.

Kısaca bir tüzel kişinin; faaliyetlerini devlete özgü egemenlik ve üstünlük esasına dayalı olarak yürütüp yürütmemesi, üçüncü kişilerle ilişkilerinde herhangi bir kişi gibi aynı eşit duruma sahip olup olmaması ve ortadan kalkış şekli, kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerini birbirinden ayırmaya yarayan ölçütleri oluşturur[36].

---

(36) Bu konuda bk. **Michoud,** sh. 242 vd.; **Onar,** sh. 750 vd. Ayrıca bu farklardan bazen birine, bazen diğerine dayanır görünen Federal Mahkeme kararları için bk. BGE 44 II 54; JdT 1915, 568; JdT 1955, 290.

B) ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİ

Özel hukuk tüzel kişileri, yukarıda sayılan karakterlere sahip bulunmayan ve özel hukuk kanunları tarafından düzenlenen tüzel kişilerdir. Bunlar esas itibariyle bireysel (ferdî) iradeler yoluyla meydana gelirler (kurulurlar). Kendilerini yaratan (meydana getiren) bu bireysel iradeler tarafından serbestçe kararlaştırılan esaslar çerçevesinde ve özel hukuk kurallarına göre yönetilirler, faaliyetlerini de aynı esaslar içerisinde yürütürler. Diğer kişilerle eşit durumdadırlar. İlke olarak varlıklarına son vermek, yani kendilerini feshetmek ellerindedir. Kanunların emredici hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, yargı organı tarafından ortadan kaldırılırlar.

1) Türleri

Özel hukuk tüzel kişilerini, bünyelerinin ve amaçlarının taşıdığı özelliklere göre çeşitli türlere ayırmak mümkündür.

a) Bünyelerine Göre

Özel hukuk tüzel kişilerinin korporasyon, yani kişi topluluğu mahiyetinde olanlarını *"dernekler"* ile *"şirketler"* oluşturur. Gerçekten, Medenî Kanun ve Ticaret Kanunu başlı başına bir varlığa sahip olmak üzere kurulan kişi topluluklarını dernek ve şirket tipi altında toplarlar (MK. m.56; TK. m. 124. Kurum, yani mal topluluğu mahiyetinde olan özel hukuk tüzel kişileri ise, *"vakıflar"* (MK. m.101) ile *"kamu iktisadî teşebbüsleri"*dir. Fikrimizce bugün için kamu iktisadî teşebbüslerinin (KiT'lerin) özel hukuk tüzel kişisi olduğu TK. m. 16/II hükmüyle örtülü olarak (zımnen) kabul edilmiştir[37].

b) Amaçlarına Göre

Medenî Kanun özel hukuk tüzel kişileri arasında amaçlarına göre de fark yapar. Amaçlarına göre yapılan bu ayrım, özellikle özel hukuk tüzel kişilerinin tâbi olacakları hukuk kurallarını belirleme bakımından önemlidir.

Özel hukuk tüzel kişileri ya m a n e v î ya da i k t i s a d î amaçlarla kurulabilirler. Dernekler manevî (ideel) amaçlı olan, kanunun deyimiyle *"kazanç paylaşma dışında"* bir amaç güden özel hukuk tüzel kişilerini oluştururlar (MK. m.56).

---

(37) Doktrinde üzerinde anlaşma sağlanamamış olan bu konunun leh ve aleyhindeki çözümler için bk. yuk. dn. 35 te anılan yazarlar, **Dural-Öğüz,** kamu iktisadî teşebbüslerinin "karma nitelikte" tüzel kişi olduğu fikrindedirler: sh.215.

Vakıflara gelince: Vakıflar esas itibariyle manevî (ideel) amaçlı tüzel kişiler olmakla birlikte, fikrimizce mevzuatımızda iktisadî amaçlarla kurulmalarını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Zaten vakıfların mahiyeti de iktisadî bir amaca ulaşmak maksadıyla kurulmalarına engel değildir. Hatta iktisadî alanda girişimcilerin sorumluluklarını sınırlamak üzere kanuna karşı hile yoluyla başvurdukları "tek kişi şirketi" *(Einmanngesellschaft)* tipini bu suretle önlemek de mümkün olabilir. Nitekim kamu iktisadî teşebbüsleri Türk hukukunda da iktisadî amaçlarla vakıf kurulabileceğinin en güzel örneğini vermektedir.

Özel hukuk tüzel kişileri arasında amaçlarına göre yapılan ayırım, bu tüzel kişilere uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde önemlidir. Nitekim iktisadî amaç güden dernekler, şirketler hakkındaki hükümlere tâbi olurlar. Amaçları iktisadî değil de manevî olan dernekler hakkında ise, Medenî Kanun ile Dernekler Kanunu hükümleri uygulanır.

Şirketler ayrı bir kanunda, Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıntılı biçimde düzenlenmişlerdir.

Demek oluyor ki, herhangi bir özel hukuk korporasyonunun Medenî Kanun veya Ticaret Kanunu'ndan hangisine tâbi olacağı, amacının iktisadî veya manevî olmasına bağlıdır.

Burada *"iktisadî amaç"* ile *"kazanç paylaşma amacı"*nın aynı anlama gelip gelmediği sorunu üzerinde durmak gerekir. Zira Medenî Kanun (m.56) ile Dernekler Kanunu (m.2a), derneklerin kazanç paylaşma amacıyla kurulamayacağını öngörmekle, dernek ile şirketi birbirinden ayırmak hususunda yeni bir ölçüt koyar görünüyorlar.

c) Dernekler İle Şirketleri Birbirinden Ayıran Ölçütler

Önceki Medenî Kanun, dernekler ile şirketleri birbirinden ayırmak hususunda amacın iktisadî veya gayrı iktisadî olması esasından hareket ediyordu. Nitekim m.45/II hükmü, iktisadî bir amaç güden kişi topluluklarının[38] ancak şirket şeklinde kurulabileceğini kabul ediyordu. Derneklerin kuruluşunu düzenleyen m.53 hükmü de asıl amacı iktisadî olmayan derneklerden söz ediyordu. Yeni Medenî Kanun, *"iktisadî amaç"* ölçütünden ayrılarak, hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 2908 sayılı Dernekler

(38) Önceki Medenî Kanun'un m.45/II hükmünün Türkçeye çevirisi yanlış idi. Maddeyi aslına uygun olarak böyle anlamak gerekiyordu.

Kanunu'nun benimsemiş olduğu *"kazanç paylaşma"* ölçütünü getirmiştir (m.56). Aynı ölçüt daha sonra yürürlüğe giren 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu tarafından da benimsenmiştir (m.2a).

Fransız hukukunda dernekler ile şirketler birbirinden kazanç paylaşma amacı ile ayrılır (CC. m.1832; 1901 tarihli Dernekler Hakkındaki Kanun m.1). Alman hukukunda da amacı iktisadî bir işletmeye yönelik olan dernekler ile böyle bir amaç gütmeyen dernekler arasında bir fark yapılır (BGB § 21, 22).

O hâlde özel hukuk tüzel kişilerinden kişi topluluklarının (korporasyonların) dernek mi, yoksa şirket mi olduğunu belirlemede esas alınacak ölçüt, bu toplulukların konuları değil, fakat güttükleri amaçtır.

A m a ç, tüzel kişi şeklini seçmiş olan topluluğun elde etmek istediği sonuç, ulaşmak istediği son hedeftir. Tüzel kişinin bu hedefe ulaşmak, istediği sonuca varabilmek, yani amacını gerçekleştirebilmek için seçtiği araçlar ise, *tüzel kişinin konusunu* oluşturur. Örneğin "Kültür Yayma Derneği" adıyla kurulmuş olan bir derneğin ulaşmak istediği hedef, ülkede kültürün yaygın ve herkesin kolaylıkla elde edebileceği bir duruma gelmesidir. Dernek bu amacını gerçekleştirmek üzere konferanslar verebilir, kültür filmleri gösterebilir, yabancı dil kursları düzenleyebilir, dergi çıkarabilir. İşte bütün bunlar derneğin konusunu oluşturur.

Yeni Medenî Kanunda derneklerin, amaçlarına ulaşabilmek için *iktisadî bir konu ile uğraşabilmelerini* yasaklayan bir hüküm yoktur. Bu durum, dernekler ile şirketler arasındaki mahiyet farkının konularından değil, doğrudan doğruya amaçlarından doğduğunu göstermektedir.

aa) İktisadî amaç

İktisadî amaç, dernek ile şirket arasındaki farkın kesin ölçütü olan bir kavram değildir. Zira bir tüzel kişinin amacının iktisadî olup olmadığı her zaman kolaylıkla anlaşılamaz. Nitekim iktisadî amaç kavramının ne şekilde yorumlanacağı sorunu doktrinde tartışmalıdır. Herkesin üzerinde anlaştığı husus, doğrudan doğruya bir iktisadî faaliyetin yürütülmesine yönelik olduğu hâllerde, amacın iktisadî bir amaç olduğudur. Kendisine veya üyelerine kazanç sağlamak amacıyla ticarî bir işle uğraşmak üzere kurulan bir tüzel kişinin amacı da ticarî ve pek tabiî sonuçta iktisadîdir[39].

---

(39) **Hirş,** Ticaret Hukuku Dersleri, sh.185; BGE 54 II 528.

Kazanç sağlamak ve elde edilen bu kazancı üyeleri arasında paylaştırmak suretiyle onların malvarlıklarının aktifini çoğaltmak hedefine yönelik tüzel kişiler, iktisadî amaçlı tüzel kişi, yani şirket mahiyetindedirler. Mamafih bazı öyle tüzel kişiler de vardır ki, amaçları iktisadî olmakla beraber, bu amaç üyelerinin malvarlıklarında bir fazlalık (artma) yaratmak, üyelerine parasal (nakdî) menfaatler sağlamak değildir. Böyle bir amaçla kurulmuş olan tüzel kişi dernek mi, yoksa şirket mi sayılmalıdır? Bu, pek tabiî iktisadî amaç kavramının geniş ya da dar şekilde yorumlanmasına bağlıdır.

aaa) İktisadî Amacın Dar Yorumu

Ord.Prof. Mehmet Ali Bilgişin'e göre iktisadî amaç kavramının kapsamını belirlemek biraz takdirî olmakla beraber, bunu üyelerinin malvarlıklarına parayla ölçülebilen maddî bir değer eklenmesi şeklinde anlamalıdır[40]. Bu görüşe göre iktisadî amaç kavramını dar biçimde yorumlamak ve onu *"kazanç paylaşma"* olarak anlamak gerekecektir. Bu takdirde yukarıda anılan kişi topluluklarını ve özellikle kartelleri, amaçlarının iktisadî olmasına karşın kazanç paylaşma amacı gütmediklerinden, "dernek" olarak nitelemek gerekir.

bbb) İktisadî Amacın Geniş Yorumu

İktisadî amacı geniş anlamda yorumlayan görüşe göre kazanç paylaşma, iktisadî amacın belirlenmesinde tek ölçüt olamaz. Üyelerine kazanç paylaşmaktan başka, iktisadî menfaatler sağlamak maksadıyla kurulmuş olan tüzel kişilerin de iktisadî bir amacı olduğu kabul edilmelidir. Üyelerinin meslek veya geçimleriyle ilgili ihtiyaçlarını gidermek veya onlara karşılıklı yardım suretiyle iktisadî refah sağlamaya yönelik amaçlar da iktisadî amaçlardandır[41]. Örneğin "üyelerinin iktisadî ve hukukî menfaatlerini korumak maksadıyla kurulan ev ve arsa sahipleri dernekleri"[42], kiracılar dernekleri, iktisadî amaç güden kişi topluluklarıdır. Belirli bir meslek mensuplarının hareket serbestliğini sınırlamak suretiyle aralarındaki rekabeti önlemek veya fiyatlar üzerinde egemen olmak amacını güden *karteller* de bu anlamda iktisadî amaçlı tüzel kişilerdir. Çünkü rekabeti önlemek veya fiyatları sabit tutmak suretiyle üyelerine iktisadî menfaatler sağlamaktadırlar[43].

---

(40) Ticaret Hukuku Prensipleri, I. Kitap, Şirketler Hukuku, İstanbul 1950, sh.9.

(41) BGE 44 II 78.

(42) **Egger-Çernis,** sh.76.

(43) Karteller hakkında bk. **Hirş,** sh.382; **Arslanlı**, **Halil:** Kollektif ve Komandit Şirketler, I. Kısım. İstanbul 1956, sh.51 vd.

bb) Kazanç Paylaşma Amacı

Önceki Medenî Kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan 4.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu dernekleri "kazanç paylaşma dışında" ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan kişi toplulukları olarak tanımlamıştı (m. 1). Aynı tanım bu kanundan önce yürürlükte olan 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun birinci maddesinde de yer almış bulunuyordu. Yeni Medenî Kanunu'muz (m.56) ile 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun yerini almış bulunan 22.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu (m.2a) da derneği aynı biçimde tanımlamaktadırlar.

Medenî Kanun ile Dernekler Kanunu'nun bu hükümleri karşısında Türk hukukunda dernekler ile şirketleri birbirinden ayıran ölçütün; amacın iktisadî olup olmadığı değil, *kazanç paylaşma* olduğu söylenebilir. Önceki Medenî Kanunu'muz dernekler ile şirketleri birbirinden ayırmaya yarayan ölçütü, *"iktisadî amaç ölçütü"* olarak belirlemiş idi (m.45/II, 53). Yeni Medenî Kanun'umuz bu ölçütü bırakıp onun yerine Dernekler Kanunu'na paralel olarak *"kazanç paylaşma ölçütünü"* getirmiştir.

Kazanç paylaşma, iktisadî amaçlar arasına giren amaçlardan birisidir. Yani kazanç paylaşma amacının iktisadî amaç kavramına oranla daha sınırlı, daha dar bir içeriği vardır. Bu durum karşısında kanun koyucunun Önceki Medenî Kanundaki iktisadî amaç kavramına geniş bir içerik vermek istemediği anlaşılmaktadır. Fakat acaba bu olgudan iktisadî amaç kavramının dar anlamda yorumlanmak istendiği sonucuna varılabilir mi? Bu, işi kazanç paylaşma kavramının yorumuna götürür. Bunun yorumunda da i k i görüş ileri sürülür:

aaa) Kazanç Paylaşmanın Dar Yorumu

Dar anlamda kazanç paylaşma, sadece üyelerin malvarlıklarına parayla ölçülebilen bir kârın bilfiil girmesini, maddî kazançların bölüşülmesini ifade eder. Bu anlamıyla kazanç paylaşma dar anlamda iktisadî amacı karşılar.

bbb) Kazanç Paylaşmanın Geniş Yorumu

Geniş yorum yandaşlarına göre kazanç sağlamak ve sağlanan kazancı paylaşmaktan maksat, üyelerin malvarlıklarında olumlu biçimde bir fazlalığın meydana gelmesi demek olmadığı gibi, parasal biçimde üyelere maddî bir kazanç dağıtmak da değildir. Üyelerin malvarlıklarında bir azalmayı önlemeye yönelik amaçlar da kazanç paylaşma amacının kapsamına girerler. Üyeleri arasında tasarruf sağlamak, üyelerinin ucuz mallar edinebilmesine

yardımcı olmak, örneğin üyelerine ucuz arsa, ucuz ev, ucuz otomobil vs. sağlamak amacıyla kurulan kişi toplulukları, kazanç paylaşma amacını güden topluluklardır. "Kazanç paylaşmanın bu anlamda yorumunda tek şart, üyelerin malvarlığında malî bir faydanın, yani olumlu veya olumsuz bir artışın gerçekleşmesi ve bu artışın üyelerin ortak gayret veya vasıtalarının ürünü olmasıdır"(44). Başka bir deyişle kazanç paylaşma, üyelerin malvarlıklarında ya bir azalmayı önlemek ya da malvarlıklarına bilfiil parasal bir kazanç girmesini sağlamak suretiyle bir fazlalık yaratmak amaçlarıdır.

cc) Sonuç

Yeni Medenî Kanun ile Dernekler Kanunu'ndaki *kazanç paylaşma kavramını dar anlamda yorumlamak gerekir.* O hâlde, üyelerine her türlü iktisadî menfaatler sağlamaya yönelik olan amaçlar değil, fakat sadece onlara malvarlıksal (mamelekî) menfaatler sağlayan amaçlar, kâr paylaşma amacı ve dolayısıyla iktisadî amaç sayılır. Bu itibarladır ki, üyelerinin malvarlıklarında doğrudan doğruya veya dolaylı olarak malî bir yarar sağlamak düşüncesiyle kurulmuş olan kişi toplulukları, kazanç paylaşma amacı güttüklerinden şirket hükmündedir. Örneğin karteller bu anlamda iktisadî amaçlı tüzel kişilerdir. Bu suretle sağlanan malî yararın etkisini tüzel kişinin veya üyelerinin malvarlıkları üzerinde göstermesi gerekir. Tüzel kişinin güttüğü iktisadî amaç, kendisi veya sadece üyeleri için olmayıp da, daha geniş bir çevre için olduğu takdirde, bu tüzel kişi şirket olarak nitelendirilemez(45). Zira burada üyelerin malvarlıklarında ne doğrudan doğruya, ne de dolayısıyla malî bir yarar yaratılmış olur(46). Bu itibarla, üyelerinin iktisadî ve hukukî menfaatlerini korumak amacıyla kurulan tüzel kişiler, örneğin sendikalar, kiracı veya ev sahipleri dernekleri şirket mahiyetinde kabul edilemezler.

III- İKTİSADÎ AMAÇ VEYA KAZANÇ PAYLAŞMA AMACI GÜDEN TOPLULUKLAR

Medenî Kanun hükümlerine göre, kazanç paylaşma amacını güden kişi topluluklarının *şirket* şeklinde kurulması gerekir. Şirketlerin tipleri ve tâbi oldukları hükümler, Ticaret Kanunu'yla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu husus MK. m.55, 56 ve TK. m. 126 hükümlerinden açıkça anlaşılır. Medenî

(44) **Arslanlı, s**h.49. Aynı görüş **Michoud, s**h.286. Az çok aynı anlamda olmak üzere BGE 62 II 34.

(45) BGE 48 II 153.

(46) **Eggcr-Çernis,** sh.75.

Kanun Ticaret Kanunu'na oranla genel bir kanun mahiyetinde olduğundan, Ticaret Kanunu'nun şirketler hakkındaki hükümlerini tamamlar. Bu itibarla, şirketler hakkındaki hükümleri tamamlamak üzere ve onların mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde MK. m.47 vd. hükümleri, şirketler hakkında da uygulanır. Şirketlerle ilgili olan genel mahiyetteki diğer hükümler, Borçlar Kanunu'nun adî şirketlere ilişkin olan "Adi Ortaklık Sözleşmesi" başlığı altındaki 620-640 inci maddeleridir. Nitekim herhangi bir duraksamaya yer vermemek maksadıyla TK. m. 126 hükmü bunu açıkça ifade ediyor. Sözü geçen maddeye göre *"Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanunu'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanunu'nun adi şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır."*.

Ticaret Kanunu'nun 124 üncü maddesi, bünyesi itibariyle en yalınından başlayarak en karmaşık şirket tipine gitmek üzere çeşitli şirket türlerini saymaktadır. Kanundaki bu sayış sınırlıdır (tahdidîdir), yani Türk hukukunda bu şirket tiplerinden başka tipte şirketler kurulamaz. Başka bir deyişle Ticaret Kanunu'ndaki şirket tiplerinden birine uymayan şirketler, Türk hukukunda adî şirket sayılır (BK. m. 620). TK. m. 124 da sayılan şirket tiplerine, en basit bir bünyeye sahip olan ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan "adî şirketi" de eklemek gerekir. Adî şirketler, diğer şirket tiplerinin aksine tüzel kişiliğe sahip değildirler.

Türk hukukunda düzenlenen şirket tipleri şunlardır:

A) ADİ ŞİRKET

Adi şirket, iki veya daha fazla kimsenin faaliyetlerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirmeleriyle meydana gelir (BK. m.620). Tüzel kişiliği olmadığı için şirketin kendisine ait bir malvarlığı yoktur. Bir amaç etrafında birleştirilen mallar elbirliği ortaklığı (elbirliği mülkiyeti) esasına göre yönetilir. Bu itibarladır ki haklar ve borçlar, şirket ortaklarına ait olur.

B) KOLLEKTİF ŞİRKET

Kollektif şirket, ticarî bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortakların sınırsız bir şekilde müteselsil sorumluluğu bulunan bir şirkettir. (TK. m. 211). Kollektif şirket İsviçre ve Alman hukukunun aksine Türk hukukunda tüzel kişiliğe sahiptir (TK. m. 125).

C) KOMANDİT ŞİRKET

Komandit şirket ticarî bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bazılarının sorumluluğunun sınırlanmamış, bazılarının ise belli bir sermaye ile sınırlanmış olduğu şirket türüdür (TK. m. 304). Türk hukukunda komandit şirketler de tüzel kişiliğe sahiptirler.

D) ANONİM ŞİRKET

Anonim şirket, bir unvan altında iktisadî maksat ve konular için kurulan, esas sermayesi belli ve paylara bölünmüş olan, ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı bulunan bir sermaye şirketidir (TK. m. 329).

E) SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ŞİRKET

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, kollektif şirket ile anonim şirketin şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir kısmının kollektif şirket ortakları gibi, diğer bir kısmının ise anonim şirket ortakları gibi sorumlu oldukları bir şirket tipidir (TK. m. 564).

F) LİMİTED ŞİRKET

İki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan, ortaklarının sorumluluğu koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı bulunan ve esas sermayesi belirli olan bir şirket tipidir (TK. m. 573).

G) KOOPERATİF

Günümüzde 1163 sayılı *Kooperatifler Kanunu*'nun *"kooperatif"* olarak isimlendirdiği kişi topluluğu türündeki tüzel kişilik, Önceki Türk Ticaret Kanunu'nun 485-502 nci maddeleri arasında "kooperatif şirket" adı altında düzenlenmiş ve 485 inci maddede şöyle tanımlanmış idi:

"Kooperatif şirket, ortaklarının iktisadî menfaatlerini ve hususiyle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını karşılıklı yardım ve kefalet sayesinde sağlayıp korumak maksadıyla bir ticaret unvanı altında kurulan değişir sermayeli şirkettir."

Kooperatifler Kanunu bir özel kanun olarak yürürlüğe girdiği 10.8.1969 tarihinde Türk Ticaret Kanunu'nun 485-502 maddelerini yürürlükten kaldırdı ve böylece kooperatif şirket de Türk Ticaret Kanunu'nun dışında kalmış olduğu gibi, "şirket" niteliğini de yitirmiş oldu.

Kooperatifler Kanunu ayrıntılı olarak düzenlediği kooperatifi eski tanımına çok benzer şekilde, fakat biraz daha genişleterek şöyle tanımlamaktadır:

Özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıktır" (m.1).

Kooperatiflerin *üretim, tüketim, kredi* ve *yapı kooperatifi* türleri vardır.

İkinci Bölüm
TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞU, EHLİYETLERİ VE SONA ERMESİ

§ 1. TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞU

I- GENEL OLARAK

Tüzel kişiler de aynen gerçek kişiler gibi hak süjesidirler; fakat gerçek kişiler gibi fizyolojik bir bünyeye sahip olmadıklarından, maddî varlıkları yoktur. Bu itibarla da ortaya çıkmaları (kuruluşları) ve kişilik kazanmaları bir hukukî olay mahiyetinde değildir. Tüzel kişiliğin doğuşu, ya kendilerinden ayrı ve bağımsız bir hak süjesi yaratmak maksadıyla bir amaç etrafında toplanmış olan *kişilerin iradelerine* ya da bir malvarlığını belirli ve sürekli bir amaca özgüleyerek onu hak ve borçlara ehil kılmak isteyen *bir kişinin iradesine* dayanır. Yani tüzel kişilerin kuruluşunda ve kişilik kazanmasında etken olan, bireysel (ferdî) bir irade, bir *hukukî işlemdir*. Ancak, kişilerin bir amaç etrafında toplanmış ya da bir malvarlığının bir amaca özgülenmiş olmasıyla hemen yeni bir hak süjesi yaratılmış olmaz. Bir tüzel kişinin meydana gelebilmesi için gerekli olan şartları ve bu şartlara sahip olan kişi veya mal topluluklarının hangi anda kişilik kazanacaklarını belirlemek, hukuk düzenine ait bir sorundur.

Kendine özgü bir malvarlığı ile haklara ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan bir tüzel kişi, kendi fiilleriyle kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratmak, yani üçüncü kişiler ile hukukî ilişkiye girişmek ehliyetine de sahiptir. Bu bakımdan üçüncü kişilerin, bağımsız bir hak süjesinin hangi andan itibaren hukuk hayatına katıldığını, hangi tarihte kurulmuş olduğunu bilmekte menfaatleri vardır.

Öte yandan, tüzel kişiler toplum içerisinde bir tek kişiye oranla daha güçlü etkiler yaratabilirler; devletin ekonomik ve sosyal düzeni ve dolayısıyla güvenliği üzerinde daha etkili olabilirler. Bu bakımdan onların kuruluş anının kesinlikle bilinmesinde devletin de büyük menfaati bulunabilir.

Anayasalar gerçek kişilerin toplanma, dernek ve şirket kurma hak ve hürriyetlerini güvence altına alarak bunu kişilerin kamu hakları arasında sayarlar (Ay. m.33; Alman Anayasası m.9). Bu sebeple gerçek kişilerin menfaati, kendilerine tanınan bu hakka dayanarak herhangi bir formaliteye gerek kalmaksızın bir amaç etrafında toplanmalarıyla birlikte bir tüzel kişiliğin doğmuş olduğunun hukuk düzenince kabul edilmesindedir.

Bu konunun düzenlenmesini etkileyen bir diğer husus da, tüzel kişilerin mahiyetini açıklayan teorilerdir. Bu teorilerden varsayım ve gerçeklik teorisinden birinin benimsenmiş olması, kişi veya mal topluluklarının kuruluş ya da kişilik kazanma anının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir.

Bütün bu karşıt menfaatleri ve değişik görüşleri birleştirmek, hukuk düzenine kalmaktadır. Tüzel kişilerin kuruluşunu, yani kendisini oluşturanlardan ayrı ve bağımsız bir hak süjesi olarak meydana çıkışını, kısaca "başlangıç anını" belirleme konusunda hukuk düzeninde başlıca ü ç sistem mevcuttur. Aşağıda bu sistemleri ele alacağız.

II- TÜZEL KİŞİLERİN KURULUŞ ANINI BELİRLEYEN SİSTEMLER

Bir amaç etrafında toplanan kişilerin veya bir amaca özgülenen malların ne zaman yeni ve bağımsız bir hak süjesi olarak ortaya çıktıklarını, yani tüzel kişilerin kuruluş ve kişiliklerinin başlangıç anını belirleme konusunda ü ç sistem vardır.

A) İZİN SİSTEMİ

1) Genel Olarak

Ruhsat ya da imtiyaz sistemi olarak da isimlendirilen izin sisteminde tüzel kişiler, *devletten alınacak özel bir izinle* kurulabilirler. Tüzel kişi, devlet tarafından bu ***iznin verildiği anda*** kurulmuş ve kişilik kazanmış olur. Başka bir deyişle tüzel kişiliğin başlangıç anı, devletin bir kişi veya mal topluluğuna kişiliği verdiği (tanıdığı) andır. Bu sistemde her bir tüzel kişinin kurulması için, devletten ayrıca ve sadece o topluluğa ait olmak üzere izin almak zorunludur. Bu sebepledir ki, izin sistemine bazen *"ruhsat sistemi"*, bazen de *'imtiyaz sistemi"* denilmektedir. Zira herhangi bir topluluğa kişilik tanıyıp tanımamak devletin bir imtiyazıdır. Bu sistem Alman hukukunda vakıflar hakkında geçerlidir (BGB § 80).

İzin sistemi, tüzel kişilerin kurulmasını hoş karşılamayan hukuk düzenlerinin benimsemiş olduğu bir sistemdir. Bu sistem aynı zamanda tüzel kişiliğin mahiyeti hakkında daha çok varsayım teorisinin etkisinde kalan hukuk düzenlerinde geçerlidir. Örneğin Roma Hukukunda tüzel kişilerin kuruluşu hakkındaki sistem böyle olduğu gibi, Anglo-Sakson hukuku da tüzel kişilerin kuruluşu hakkında izin sistemini kabul etmiştir.

2) Türk Hukukunda

Tüzel kişilerin kuruluşu hakkında yukarıda açıkladığımız izin sistemi Türk hukukunda derneklerle ilgili olarak bir süre söz konusu olmuş idiyse de, genellikle uygulanan bir sistem değildir[1]. Günümüzde özel hukuk tüzel kişilerinden hiçbiri, istisna dışında, kurulmasına devletin izin verdiği anda tüzel kişilik kazanmaz.

Buna karşılık, kamu hukuku tüzel kişilerinin kuruluşu ve tüzel kişilik kazanmalarında izin sistemi geçerlidir. Zira bu tüzel kişiler ancak kanunla veya kanunun açıkça tanıdığı yetkiye dayanılarak idarî bir kararla kurulabilirler (Ay. m.123/III).

İzin sistemi, esnaf ve sanatkârlar dernekleri hakkında geçerli olmaktadır. Bu derneklerin adı 9.5.1991 tarihli ve 3471 sayılı Kanun'un Ek 10 uncu maddesiyle "oda", küçük sanatkârlar deyimi de "sanatkâr" olarak değiştirilmiştir.

507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmasından sonra yürürlüğe giren 7.6.2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 4 üncü maddesi uyarınca bu odalar, kurulmak istenen yerde çalışmakta olan sanat, hizmet ve meslek sahipleri ve esnaftan en az beşyüz kişinin isteği üzerine Sanayi ve Ticaret Bakanlığının i z n i y l e kurulabilirler.

Türk hukukunda izin sisteminin genel olarak anonim şirketler hakkında geçerli olduğu da söylenemez. Gerçi bir anonim şirketin kurulabilmesi için önce Gümrük ve Ticaret Bakanlığından izin alınması TK. m.333 hükümleri gereğince şart ise de, şirket bu iznin verildiği anda hemen kişilik kazanmış olmaz. Nitekim Kanun'un 335 inci maddesi şu şekilde hükme bağlanmıştır*: "Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur."*. Kaldı ki zaten TK.m.333 hükmünde bahsedilen izin şirket esas sözleşmesinin kanunun emredici hükümlerine

(1) Türk hukukunda izin sistemi 1938 tarihli Cemiyetler Kanunu'nda yer almıştı. Fakat sonradan Kanunda yapılan bir değişiklikle "serbest kuruluş sistemi" kabul edildi.

aykırı bulunup bulunmadığının incelenmesiyle ilgilidir. Bu itibarla, uygunsuzluk tespit edilmediği takdirde Bakanlığın izin vermeme gibi bir yetkisinin bulunmadığı söylenebilir. Zira aynı maddenin devamında bu uygunsuzluk dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu durumun tek istisnasını *şirket esas sözleşmesinin tamamı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının iznine bağlı olarak kurulan anonim şirketler* oluşturabilir.

Anonim şirketlerin tüzel kişilik kazanabilmesi, ise şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan ile olur. (TK.m.354) Bu durum Ticaret Kanunu'nun 355 inci maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır: *"Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır."*

Kooperatiflerin ve limited şirketlerin kurulması için de hükümetten izin almak zorunludur (KK. m.3). Fakat bunlar da ancak tescil ile tüzel kişilik kazanırlar (KK. m.7;TK. m. 588).

Türk hukukunda gerek izin alınması zorunlu olan bazı anonim ve limited şirketlerin, gerek kooperatiflerin kuruluşu hakkında ***"izin+tescil"*** sistemlerinin birleşmesinden oluşan karma bir sistem benimsenmiştir denilebilir[2]. İzin almanın zorunlu olmadığı hâllerde anonim ve limited şirketlerin tüzel kişilik kazanmalarında normatif tescil sistemi geçerli olacaktır.

B) NORMATİF SİSTEM

1) Genel Olarak

Normatif sistemde yetkili makamların bir tüzel kişiliğin kurulması için gerekli olan yasal şartların bulunup bulunmadığını, örneğin derneğin tüzüğünde veya şirketin ana sözleşmesinde kanunun emredici hükümlerine aykırılık olup olmadığını incelemek yetkileri vardır. Gerekli şartların bulunduğunu veya emredici hükümlere aykırılık bulunmadığını saptayan yetkili makam, kurulma olurunu vermek zorundadır, bundan kaçınamaz. Bu sistemde yetkili makamın, izin sisteminde olduğu gibi takdir yetkisi yoktur. Olur vermekten kaçınılması hâlinde yargı yoluna başvurma imkânı vardır.

Bu sistemin uygulanması çeşitli ülkelerde farklılıklar gösterir. Tüzel kişilik;

---

(2) Aynı görüş: **Arslanlı, Halil:** Anonim Şirketler, Umumî Hükümler, İstanbul 1959, sh.66

a) bazı ülkelerde tüzüğün resmî organa sunulduğu anda,

b) bazı ülkelerde tüzüğün devletin resmî gazetesiyle yayımlandığı anda,

c) bazı ülkelerde kuruluşun belli bir sicile tescil edildiği anda kazanılmış olur.

Tüzel kişiliğin belli bir sicile tescil ile kazanılması durumunda "*normatif tescil sistemi"* söz konusu olmaktadır[3]. Bu hâlde tüzel kişiliğin başlangıcı, *tescilin gerçekleştiği an*dır. O hâlde, tescilin "yenilik doğurucu" (kurucu) bir niteliği vardır. Tescille tüzel kişilik kazanma Alman Medenî Kanunu'nda iktisadî amaç gütmeyen dernekler hakkında geçerlidir (§ 21). İsviçre hukukunda ise, tescille tüzel kişilik kazanma sistemi kilise ve aile vakfı dışındaki vakıflar hakkında söz konusudur; vakıflar ticaret siciline tescil edilmekle tüzel kişilik kazanmış olurlar (ZGB. m.81/II).

Normatif sistemin bir başka görüntüsü ise, tüzel kişiliğin kazanılma anını, kuruluş iradesinin ve ilgili belgelerin resmî bir makama sunulduğu an olarak öngörür. Bu sisteme de *"normatif bildirim sistemi"* denir.

2) Türk Hukukunda

Normatif sistemin görünüm şekillerinden biri olan *"normatif tescil sistemi",* Türk hukukunda "vakıflar" ile "şirketler" hakkında uygulanır.

Belirli ve sürekli bir amaca özgülenmiş mal topluluğundan oluşan vakıflar, mahkeme siciline tescil edilmekle bağımsız bir hak süjesi niteliği, yani tüzel kişilik kazanırlar (MK. m.102/I).

Şirketlerin de tüzel kişilik olarak varlık kazanacakları an, ticaret siciline tescil edildikleri andır. Normatif tescil sistemi hem kişi, hem de sermaye şirketleri hakkında geçerlidir. Bu itibarladır ki, bu konuda Ticaret Kanunu'nun hükümleri ile Medenî Kanun'un hükümleri arasında ahenk vardır. Normatif tescil sistemi, anonim ve limited şirketler hakkında söylediklerimiz[4] saklı kalmak şartıyla, onlar ve kooperatifler hakkında olduğu kadar, kollektif (TK. m. 232), komandit (TK. m. 317) ve TK. m. 566'den çıkarılabileceği üzere sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında da uygulanır.

Normatif bildirim sistemi ise, derneklerin tüzel kişilik kazanmalarında uygulanan sistemdir. Bu sonuç Medenî Kanun'un 59 uncu maddesinden

---

(3) **Egger-Çernis,** sh.26. Tescile bildirici mahiyet veren **Saymen**'in görüşü Önceki MK. m.45 (yeni MK. m.47) ve Ticaret Kanunu'nun hükümleri karşısında savunulabilir bir görüş değildir.

(4) Bk. yuk. "İzin Sistemi".

çıkıyor: "Dernekler, kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine *verdikleri anda* tüzel kişilik kazanırlar." Önceki Dernekler Kanunu da 9 uncu maddesinde aynen buna benzer bir hüküm içermekte idi. 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu'nda bu konuyla ilgili bir hüküm mevcut değildir.

Medenî Kanun'umuzun 59 uncu maddesi hükmü, kanun koyucunun Önceki Medenî Kanun'un 53 üncü maddesinde açıkça ifade edilen ve uzun süre uygulanan "serbest kuruluş sistemi"ni terk etmiş olduğunu gösteriyor. Nitekim bu görüş doktrinde ağırlık kazanmış bulunmaktadır(5).

Yabancı derneklerin Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilmeleri, temsilcilik veya şube açabilmeleri, dernek veya üst kuruluş kurabilmeleri, kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilmeleri, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının iznine tâbi tutulmuştur (MK. m.92; DK. m.5/II). Ancak, kuruluşta tüzel kişiliğin kazanılma anı, İçişleri Bakanlığınca izin verildiği tarih değildir. İzin alınmasından sonra derneğin kurulması, temsilcilik veya şube açılması, üst kuruluş kurulması için öngörülen birtakım işlemlerin yapılması da gerekli olduğuna göre, bu dernekler hakkında salt izin sisteminin geçerli olduğu söylenemez. Bu derneklerin *izin + bildirim sistemine* girmekte olduğu sonucuna varılabilir.

C) SERBEST KURULUŞ SİSTEMİ

1) Genel Olarak

Serbest kuruluş sisteminde tüzel kişilerin kurulması için gerekli olan yasal şartlar kanunlarla genel ve objektif olarak önceden belirlenir. Bu yasal şartları yerine getiren kişi veya mal toplulukları bir tüzel kişi olarak kurulma iradesini hukuk düzeninin istediği biçimde *açıkladıkları anda* tüzel kişilik kazanmış olurlar. Başka bir deyişle, bu sistemde tüzel kişilik kazanabilmek için, önceden devletten izin almaya veya bir sicile tescil edilmeye gerek yoktur. Kişilik kazanabilmek için, sadece tüzel kişi olarak kurulma iradesinin açıklanması yeterli olmaktadır. Bu sebeple bu sisteme *serbest kuruluş sistemi* denilmektedir. Bu sistem gerçeklik teorisine dayanmaktadır.

2) Türk Hukukunda

Önceki Medenî Kanun'un düzenlemesine göre Türk hukukunda serbest kuruluş sistemi, iktisadî bir amaç gütmeyen kişi topluluklarının, yani

(5) Bk. aşa. dn.6 da anılan yazarlar.

derneklerin tüzel kişilik kazanmasında uygulanıyordu. Manevî, daha doğru deyişle kazanç paylaşmadan başka bir amaç etrafında toplanmış olan kişilerin, dernek kurma iradelerini yazılı biçimde açıklamalarıyla birlikte, bu topluluk bir tüzel kişi olarak varlık kazanıyordu. Derneklerin serbest kuruluş sistemine tâbi oldukları, ÖMK. m.45[6] ve m.53 hükümlerinden anlaşılmakta idi. Nitekim Önceki Medenî Kanun'un 53/I hükmünde "..cemiyetler (dernekler); nizamnamelerinde (tüzüklerinde) cemiyet (dernek) olarak teşekkül (kurulma) arzusunu izhar etmekle (açıklamakla) şahsiyet iktisabederler (kişilik kazanırlar)" denilmekte idi.

28 Haziran 1938 tarihli ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, cemiyetlerin (derneklerin) tüzüklerinden iki nüshayı iliştirerek mahallin en büyük mülkiye âmirine verecekleri bir beyanname ile kişilik kazanacaklarını öngörmüştü (m.4). Söz konusu Kanun 5.6.1946 tarihli ve 4919 sayılı Kanunla değiştirildi ve birinci maddenin ikinci fıkrasıyla Önceki Medenî Kanun'un 53 üncü maddesine uygun olarak "derneklerin tüzüklerinde dernek olarak kurulmak isteğini açığa vurmakla tüzel kişilik sahibi olacakları" kabul edildi. Ancak, daha sonra yürürlüğe giren 22.11.1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu farklı bir hüküm getirdi. Bu Kanun'un 3 üncü maddesine göre, derneğin tüzel kişilik kazanabilmesi için, iradenin açıklanmasıyla birlikte dernek tüzüğünün derneğin kurulduğu yerin en büyük mülkiye âmirine verilmesi de gerekiyordu. Hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 4.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu da buna benzer bir hüküm içermekte idi. Nitekim Kanun'un 9 uncu maddesinde *"dernekler, kuruluş bildirisini ve eklerini merkezlerinin bulunduğu mahallin en büyük mülkî amirliğine vermek suretiyle tüzel kişilik kazanır"* şeklinde ifade edilmişti.

Bir görüşe göre, 2908 sayılı Dernekler Kanunu bu hükmüyle serbest kuruluş sisteminden ayrılarak normatif sistemin bir görüntüsü olan *"normatif bildirim sistemi"ni* benimsemiş bulunmakta idi."[7].

Yeni Medenî Kanun da 59 uncu maddesinde *"Dernekler kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar"* demekle aynı yönde bir hüküm koymuş olmaktadır.

---

(6) MK. m.45 hükmünün doğru çevirisi bk. yük. "Normatif Sistem".

(7) Bk. **Özsunay, Ergun:** Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, B.4, İstanbul 1978, sh.57; **Zevkliler,** sh.545; **Köprülü, Bülent:** Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, B.2, İstanbul 1984, sh.405; **Serozan, Rona:** Tüzel Kişiler, B.2, İstanbul 1994, sh.38

Bir diğer görüşe göre, 2908 sayılı Dernekler Kanunu serbest kuruluş sistemini benimsemişti. Çünkü "Dernekler Kanunu'nun 10 uncu maddesine göre tüzel kişilik, kuruluş bildirisinin en büyük mülkî amire verilmesiyle, yani idarî makamca bir inceleme yapılmadan önce kazanılmakta ve inceleme sonunda eksiklik görülürse, derneğin feshine gidilmekte idi. Bu durumda, dernek başlangıçta serbest kuruluş sistemine uygun olarak kurulmakta; kuruluş bildirisinde eksiklik varsa, feshedilmekte idi"[8].

Yeni Medenî Kanun bu konuda Önceki Medenî Kanun'un 53 üncü maddesinde öngörülmüş olan serbest kuruluş sistemini benimsemeyerek yeni bir hüküm (m. 59) getirmiş olduğundan, fikrimizce bu konuda artık normatif bildirim sistemi söz konusu olacaktır.

§ 2. TÜZEL KİŞİLERİN EHLİYETLERİ

I- HAK EHLİYETİ

A) GENEL OLARAK

Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme iktidarıdır. Hukuk süjesi olan varlıklar (kişiler) aynı zamanda hak ehliyetine de sahiptirler. Tüzel kişiler de hukuk süjesi olduklarına göre, onların da haklara ve borçlara sahip olma iktidarı vardır. Tüzel kişiler hak ehliyetine aynen gerçek kişiler gibi kişi olarak varlık kazandıkları anda sahip olurlar. Bilindiği gibi bu an, gerçek kişilerde sağ ve tam doğum anı, tüzel kişilerde ise kişiliğin kazanıldığı andır. Bu sonuncu an, tüzel kişilerin kuruluşu hakkında kabul edilmiş bulunan sisteme göre belirlenir.

Gerek varsayım teorisi, gerek gerçeklik teorisi tüzel kişilerin haklara ve borçlara ehil olduklarını kabul eder. Bu iki teoriden hangisinin benimsenmiş olmasının önemi, daha çok tüzel kişilerin *hak ehliyetinin kapsamının belirlenmesi* bakımından söz konusu olur.

Tüzel kişiliği kanunun bir icadı sayan ve yapay bir varlık olarak kabul eden varsayım teorisi, tüzel kişilere oldukça sınırlı bir hak ehliyeti tanımak eğilimindedir. *Savigny'ye* göre tüzel kişilerin ancak malvarlığı hakları, yani para ile ölçülebilen hakları ve borçları bulunabilir[9]; tüzel kişiler bunun dışında kalan haklara, örneğin kişilik hakkına sahip olamazlar.

---

(8) Bk. **Öztan**, sh.19; **Oğuzman-Seliçi-Oktay**, sh.174; **Dural-Öğüz**, sh.218.

(9) **Savigny-Guenoux:** Traité de droit romain, t.2, Paris 1841, sh.274 vd.

Oysa gerçeklik teorisi tüzel kişilerin, bünyelerine ve mahiyetlerine aykırı düşmediği ölçüde, özel hukuktan doğan bütün haklara ve borçlara sahip olabileceklerini kabul eder.

Ancak, bugün için tüzel kişilerin hak ehliyetinin düzenlenmesinde, onların mahiyetini açıklayan teorilerden çok, ekonomik ve sosyal etkenler egemendir. Nitekim tüzel kişilik konusunda varsayım teorisini benimsemiş olan bazı hukuk sistemlerinde, örneğin Anglo-Sakson hukukunda, tüzel kişilerin belli birtakım malvarlığı haklarına ya hiç sahip olamayacakları ya da onlardan ancak devletin izniyle yararlanabilecekleri ilkesi geçerlidir. Aynı şekilde, gerçeklik teorisinin etkisinde kalan hukuk sistemlerinde de tüzel kişilerin taşınmaz mülkiyeti hakkından yararlanmalarına bazı kısıtlamalar getirilebilir. Nitekim Türk hukukunda şirketler bakımından durum böyledir.

Tüzel kişilerin *hak ehliyeti hakkında eşitlik ve genellik ilkeleri de geçerli olmaz*. Diğer bir deyişle bütün tüzel kişiler medenî hakların hepsinden yararlanamadıkları gibi, her tipteki tüzel kişinin yararlandığı medenî hakların kapsamı arasında da eşitlik yoktur. Bununla beraber, belli tipteki tüzel kişiler arasında az çok genellik ve eşitlik ilkesi geçerli olabilir; fakat bunun da istisnaları olabilir.

B) HAK EHLİYETİNİN KAPSAMI

Tüzel kişilerin gerçek kişilere eşit olan bir hak ehliyetine sahip bulundukları, modern hukuk düzeni tarafından ilke olarak kabul edilmektedir. Mahiyetlerine aykırı düşmemek şartıyla tüzel kişilere medenî hakların her türüne sahip olma iktidarı tanınmaktadır. Bu konuda tüzel kişilere hak ehliyetini en kapsamlı biçimde tanıyan da, gerçeklik teorisini benimsemiş bulunan Türk ve İsviçre Medenî Kanunlarıdır. Nitekim tüzel kişilerin hak ehliyetini düzenleyen MK. m.48 hükmünde *"tüzel kişiler; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki* ***bütün*** *haklara ve borçlara ehildirler"* denilmektedir.

Görüldüğü gibi, tüzel kişiler sosyal bir kişi olmaları itibariyle kendi bünyeleri ve mahiyetleri gereği yararlanmaları mümkün olmayan hakların dışında kalan bütün hakları edinebilmek ve borçları üstlenebilmek iktidarına sahiptirler. Böylece tüzel kişiler gerçek kişilere oranla içerik itibariyle daha sınırlı olan bir hak ehliyetine sahiptirler. Ancak, başka açıdan bakıldığında da, onların hak ehliyetinin gerçek kişilerinkine oranla daha

kapsamlı olduğu söylenebilir. Gerçekten, tüzel kişiler gerçek kişilerden farklı olarak bünye ve mahiyetleri itibariyle öyle birtakım haklara ve borçlara sahip olabilirler ki, bunlardan gerçek kişi olan insanların faydalanması insanın fizyolojik bünyesi gereği imkânsızdır.

Tüzel kişilerin hak ehliyetinin içeriğine girmekte olan haklar şöyle sıralanabilir(10).

1) Malvarlığı Hakları

Tüzel kişiler ilke olarak bünyelerine uygun düştüğü ölçüde her türlü malvarlığı (mamelek) haklarına ve borçlara ehildirler. Borçlar hukukundan doğan kişisel haklardan olduğu kadar, ilke olarak eşya hukukundan doğan aynî haklardan da yararlanırlar. Ancak mahiyetleri gereği sadece gerçek kişiler lehine kurulabilen bazı aynî haklardan, örneğin oturma (sükna) hakkından yararlanmaları söz konusu olamaz. Aynı şekilde tüzel kişiler, hayat boyu gelir ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde alacaklı sıfatına sahip olamazlar(11).

Miras hukukuyla ilgili hakların büyük bir kısmı hısımlık ve kan bağlantısına dayandığı içindir ki, tüzel kişilerin bunlardan yararlanmalarına, örneğin yasal mirasçı olmalarına mahiyetleri elverişli değildir; fakat kan esasına dayanmayan yasal mirasçılık hakkına sahip olabilirler. Nitekim MK. m.501 hükmüne göre bir kimsenin en son yasal mirasçısı, devlettir. Tüzel kişiler ölüme bağlı tasarrufla vasiyet alacaklısı olabilirler, yani lehlerine vasiyet yoluyla belli mal veya mallar bırakılabilir; hatta ölüme bağlı tasarrufla mirasçı tayin edilmelerine, yani atanmış mirasçı olmalarına da bir engel yoktur(12).

2) Kişilik Hakları

Tüzel kişiler bir hak süjesi olmaları itibariyle kişiliğe ve bu kişilikleri dolayısıyla da özellikle manevî ve iktisadî varlık ve bütünlükleri üzerinde hukuken korunan menfaatlere sahiptirler(13). Örneğin onların da isimleri(14),

---

(10) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Velidedeoğlu, H.V.-Ataay, A.:** Türk Cemiyetler Hukuku, İstanbul 1956, sh.51 vd.

(11) Bk. **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.184; **Dural-Öğüz,** sh.225.

(12) Aynı görüşe: **Enneccerus-Nipperdey,** sh.406; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.184.

(13) Şahsiyet hakları hakkında bk. yuk. İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm, sh.344 vd. Bu konuda ayrıca bk. **Egger-Çernis,** sh.31

(14) JdT 1955, 322; JdT 1955, 130.

şerefleri, saygınlıkları, meslekî sırları ile ticarî kredi ve itibarları mevcuttur ve bunlar da aynen gerçek kişilerde olduğu gibi MK. m.23, 24 ve 25 hükümleri gereği her türlü haksız saldırılara karşı korunurlar. Ancak, tüzel kişiler maddî, cismanî bir bünyeye sahip bulunmadıklarından, maddî bütünlük üzerindeki kişilik hakkından ve bu hakkın çiğnenmesi yüzünden doğabilecek olan haklardan yararlanmaları söz konusu olamaz.

3) Kişiye Bağlı Haklar

Kişiler tarafından bizzat kullanılması şart olan bazı haklardan tüzel kişilerin de yararlanması söz konusu olabilir. Örneğin bir tüzel kişinin, vasiyeti yerine getirme görevlisi (MK. m.550) olarak atanmasına veya bilirkişi olmasına kanaatimizce bir engel bulunmaması gerekir[15].

4) Taraf Ehliyeti

Tüzel kişilerin taraf ehliyeti de vardır; yani kendileri adına davacı sıfatıyla dava açılabileceği gibi, kendilerine karşı davalı sıfatıyla da dava açılabilir.

5) Sadece Tüzel Kişilerin Yararlanabileceği Haklar

Sadece gerçek kişilerin yararlanabileceği haklara karşılık, mahiyetleri gereği sadece tüzel kişilerin yararlanabileceği haklar da vardır. Bunlara *"topluluk hakları"* denebilir"[16]. Bu haklara kısaca değinelim:

a) Üyelerini Çıkarma Hakkı

Üyeleri bulunan tüzel kişilerin, üyelerini bünyelerinden çıkarma (ihraç etme) hakları da doğal olarak bulunmaktadır. Örneğin Medeni Kanun'a göre, tüzüğünde... çıkarma sebepleri düzenlenmemiş olan bir dernek haklı sebeplere dayanarak üyelerini her zaman dernekten çıkarabilir (m.67/III). Dernekler Kanunu da derneğe böyle bir hak tanımaktadır. Böyle bir hakkın var olduğunu, Kanun'un 4 üncü maddesinin (c) bendi hükmünden çıkarmak mümkündür. Buna benzer bir hüküm de kollektif şirketlerle ilgili olarak TK. m. 255 de mevcuttur.

b) Sermaye veya Ödenti İsteme Hakkı

Ortaklar bir şirkete ya da üyeler bir derneğe girerlerken, şirketlerde belli bir sermaye koymayı, derneklerde ise her ay belli bir ödenti (aidat)

---

(15) Yg. Tic.D. 28.5.1952, 4/61-8, **Olgaç,** sh.109.

(16) Bk. **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh.274.

ödemeyi taahhüt ederler. Tüzel kişinin, bu taahhüdünü (yüklenimini) yerine getirmeyen ortağından ya da üyesinden bu borcunu yerine getirmesini isteme hakkı vardır. (MK. m.70; TK. m. 128 vd.)

c) Statüsünde Değişiklik Yapma Hakkı

Tüzel kişiler kuruluşlarına vücut veren statülerini, örneğin dernekler tüzüklerini, şirketler esas sözleşmelerini hukukun emredici kurallarına aykırı düşmemek şartıyla diledikleri gibi değiştirme, bazı hükümleri yeniden koyma, bazılarını çıkarma hakkına sahiptirler.

d) Kendilerini Feshetme Hakkı

Tüzel kişiler bu konudaki kurallara uymak şartıyla kendilerini feshetmek, yani varlıklarına kendi iradeleriyle son vermek hakkına da sahiptirler. Nitekim Medenî Kanun derneklerle ilgili olarak 88 inci maddesinde bunu açıkça öngörmektedir: "Genel kurul, her zaman derneğin feshine karar verebilir".

e) Tüzüğe Uymayı İsteme ve Cezalandırma Hakkı

Tüzel kişiler amaçlarını ve bu amaçlarını gerçekleştirmek üzere girişecekleri etkinlikleri tüzüklerinde gösterirler (MK. m.58/II; DK. m.4b), Tüzel kişiler, örneğin bir dernek, amacını gerçekleştirmek maksadıyla yapılacak çalışmalara bizzat katılmasını her üyeden isteme hakkına sahiptir (MK. m.71). Zira ulaşılması arzulanan amaç, ancak bütün üyelerin çalışmalara bizzat katılmalarıyla gerçekleşebilir. Dernek, tüzüğünün koymuş olduğu kurallara uymayan üyelerini disiplin cezasıyla cezalandırma hakkına da sahiptir.

C) HAK EHLİYETİNİN SINIRLANMASI

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde tüzel kişiler, gerçek kişilerle *eşit* derecede hak ehliyetine sahiptirler. Nitekim Medenî Kanun'umuzun 48 inci maddesi bunu *genel bir ilke* olarak kabul etmiştir. Maddeden anlaşılabileceği üzere, tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin sınırlanması (tahdidi), ancak b ü n y e l e r i n d e n dolayı söz konusu olabilir.

Mamafih açıklıkla ifade edelim ki, günümüz hukuk düzenlerinde tüzel kişilerin hak ehliyetlerinin daraltılmasına, sınırlanmasına yönelen bir akım mevcuttur. Bu akım bazı ülkelerde, tüzel kişilerin kurulurken devlet tarafından kendilerine tanınan haklardan başka haklara sahip

olamayacaklarının bir ilke olarak kabul edilmesi biçiminde görülür. Nitekim Anglo-Sakson hukukunda durum böyledir. Bazı ülkelerde ise, "amaç kişiler" olmaları itibariyle tüzel kişilerin ancak amaçlarıyla sınırlı bir hak ehliyetine sahip olacakları görüşü egemendir. Örneğin Fransız hukukunda durum böyledir. Nihayet bazı ülkelerde de bu sınırlama, özel kanunlardan gelmektedir ki, Ülkemizde durum böyledir. Ancak, bu suretle sınırlanan ehliyetin, hak ehliyeti mi yoksa fiil ehliyeti mi olduğu konusu, hayli tartışmalıdır. Bu konuya daha ileride değineceğiz.

1) Bünyelerinden Gelen Sınırlamalar

Medenî Kanun'umuza göre tüzel kişiler *cins, yaş, hısımlık* gibi yaradılışı gereği fizikî bir varlığa sahip bulunan insanlara özgü haklardan yararlanamazlar (m.48); örneğin vasi olamazlar, evlât edinemezler, devlet dışında yasal mirasçı olamazlar, vesayet altına alınamazlar.

2) Özel Kanunlarla Konulan Sınırlamalar

Kanun koyucular, tüzel kişilerin fazla güç ve kudret sahibi olmalarını önlemek maksadıyla, onların sahip olabilecekleri hak ehliyetini daraltma, sınırlama yoluna gitmektedirler. Bu sınırlamalarda tüzel kişilerin özellikle malî ve iktisadî bakımdan güçlenmelerini önleme düşüncesi egemen olmaktadır. Bu itibarladır ki, getirilen sınırlamaların büyük bir çoğunluğu *malvarlığı alanıyla* ilgilidir. Örneğin 1901 tarihli Fransız Dernekler Kanunu, derneklerin ancak hükümetten alınacak özel bir izinle karşılıksız kazanmalarda (ivazsız iktisaplarda) bulunabileceğini kabul eder. Türk hukukunda 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu'nun m.64/I hükmü derneklerin, ikametgâhları (konutları olması gerek) ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mala sahip olmalarına imkân tanımıyordu[17][18].

Fikrimizce m.64/I hükmüyle getirilmiş olan "fazla taşınmaz edinememe sınırlaması" hak ehliyetinin sınırlanmasından çok fiil ehliyetinin sınırlanması mahiyetinde görülebilirdi.

Öte yandan Cemiyetler Kanunu'nun 2 nci maddesinin 4 numaralı

---

(17) Oysa "Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrımenkuleye Tasarrufları (Tüzel Kişilerin Taşınmaz Mallara Tasarrufları) Hakkındaki 1328 (1912) tarihli Muvakkat Kanun'un 1. maddesi bu hakkı cemiyetlere sınırsız olarak tanımaktaydı: Sicilli Kavanin, C.16, sh.347. Bu kanundan sonraki tarihli ve özel kanun olması itibariyle Dernekler Kanunu, 1328 tarihli Muvakkat Kanunla derneklere tanınmış olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını derneklerin amacıyla sınırlamış oluyor.

(18) Bu konuda 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 2 nci maddesine de bakınız.

bendi, cemiyetlerin (derneklerin) üyelerinden isteyebileceği aidatın (ödentinin) üst sınırını yılda 120 lira olarak belirlemişti.

Yeni Dernekler Kanunu ise, gerek taşınmaza sahip olma, gerek ödenti konusunda *hiçbir sınırlama koymamış,* sadece taşınmazlarla ilgili olarak *bildirim yükümlülüğü* getirmiştir: "Dernekler genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulu kararıyla *taşınmaz mal satın alabilirler* veya *taşınmaz mallarını satabilirler.* Dernekler edindikleri taşınmazları, tapuya tescilinden itibaren *bir ay içinde* mülkî idare amirliğine *bildirmekle* yükümlüdürler" (m.22).

3) Amaç ile Sınırlama

a) Tahsis İlkesi

Tüzel kişiler belli amaçların plânlı bir şekilde izlenmesini sağlamak üzere kurulmuş olan kollektif kişiliklerdir. Amaç, tüzel kişilerin en esaslı ve yapıcı unsurudur. Amaç olmayınca bir tüzel kişi de söz konusu olamaz. Tüzel kişilerin hak süjesi olarak tanınması, örgütlendirilmesi de hep bu amacın gerçekleşmesini sağlamak, bu amaca ulaşmalarını mümkün kılmak içindir. Tek kelimeyle, kişi veya mal topluluklarına hak süjesi niteliğinin verilmesi, hedefleri olan amaca ulaşabilmelerini sağlamak maksadıyladır. Bu sebepledir ki, tüzel kişiler ancak amaçlarının gerçekleşmesine yarayacak haklara ve borçlara sahip olmalıdırlar. Yani bir tüzel kişinin hak ehliyetinin kapsamını, amacı belirlemeli ve sınırlamalıdır.

Tüzel kişilerin *sahip olabilecekleri hakların ve borçların kapsamını amaçlarıyla sınırlamak isteyen* bu görüşe ***"tahsis ilkesi"*** *(principe de la spécialité)* denir. Bu, Fransız hukukunda çok yaygın ve işlenmiş olan bir görüştür. Buna benzer bir görüş İngiliz hukukunda da mevcuttur. İngiliz hukukunda tüzel kişilerin ve özellikle ticaret şirketlerinin hak ehliyetini amaçlarıyla sınırlayan görüşe *"ultra-vires teorisi"* denir [19].

---

[19] Bu görüşler hakkında bk. **Michoud**, C.II, sh.157 vd.; **Ripert, Henri:** Le pincipe de la spécialité, Paris 1906; **Planiol-Ripert,** sh.102; **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.236; **Arslanlı, Halil:** İngiliz Şirketlerinde Ultra Vires Nazariyesi, Ad.Der. 1942, S.4; **Arslanlı,** Halil: Türk Hukukunda Devletçiliğin Anonim Şirketlerin Ehliyeti Üzerine Tesiri, İstanbul 1942; **Akıntürk, Turgut:** Die Kollektivgeselschaft im neuen türkischen Handelsrecht, Würzburg 1958.

b) Tahsis İlkesinin Mahiyeti

Tahsis ilkesinin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Bazıları bunda hak ehliyetinin sınırlanması[20], bazıları fiil ehliyetinin sınırlanması mahiyetini görür[21]. Bazılarına göre ise, tahsis ilkesi her iki ehliyetin de sınırlanması sonucunu doğurur[22].

Tahsis ilkesini; tüzel kişilerin hak ehliyetinin değil, fakat *fiil ehliyetinin sınırlanması mahiyetinde görmek* daha doğrudur[23]. Zira tüzel kişilerin amaçlarının gerçekleşmesi için gerekli olanlardan başka haklara sahip olamayacaklarını söylemek, keyfiliğe yol açar. Bir defa, amacın gerçekleşmesi için gerekli olan hakların neler olduğunun belirlenmesi güçtür. Öte yandan, herhangi bir amacın gerçekleşmesi için dahi çeşitli haklara ve hatta bazen özel hukuktan doğan bütün haklara sahip olmak gerekebilir. Bu itibarla da hak ehliyetinin amaç ile sınırlanacağını söylemenin çoğu kez ancak teorik bir değeri olabilir. Kanaatimizce tahsis ilkesi, bir tüzel kişinin sahip olabileceği her türlü hakları ancak amacının gerçekleşmesine hizmet etmek maksadıyla bu amaca ulaşmak için, amacın sınırları içerisinde kalmak şartıyla *kullanabileceğini gösterir*; bu itibarla da *fiil ehliyetini sınırlar*. Örneğin Kitap Sevenler Derneği, sahip olduğu mülkiyet hakkına dayanarak ancak kitap, dergi ve kitapla ilgili sair şeyler üzerinde mülkiyet edinebilir; amacıyla hiç ilgisi olmayan şeylerin, örneğin müzik aletlerinin mülkiyetini edinemez.

O hâlde tahsis ilkesi, tüzel kişilerin sahip olabilecekleri hakların ancak amaçlarının gerçekleşmesi için kullanılabileceğini göstermek suretiyle fiil ehliyetini sınırlamış olur[24].

c) Tahsis İlkesi Bakımından Türk Hukukundaki Durum

Medenî Kanunda tüzel kişilerin gerek hak, gerek fiil ehliyetlerinin sınırlanmış olduğu hakkında bir hüküm yoktur. MK. m.48 hükmündeki ve özel kanunlardaki sınırlamalar saklı kalmak şartıyla, tüzel kişilerin

---

(20) **Serozan,** sh.33; **Öztan, B.**: Tüzel Kişiler, Ankara 1993, sh.29. Aksi görüş: **Dural-Öğüz**, sh.229.

(21) **Velidedeoğlu,** sh.236; **Rossel-Mentha,** sh.128. Değişik bir görüş için bkz. **Akünal, Teoman,** Türk Medenî Hukukunda Tüzel kişiler, İstanbul 1988, sh.26 vd.

(22) **Planiol-Ripert,** sh.102.

(23) Hükmî Şahısların Milletlerarası Mevcudiyeti adlı tezimizde aksi görüşte idik: **Akipek,** sh.175 vd.

(24) Aynı görüş: **Michoud:** Personalité juridique, t.II, Paris 1954, sh.158; **Saymen**, Hükmî Şahıslar, sh.81; Şahsın Hukuku, sh.290. Mamafih Profesör Saymen'in sh.291 de söyledikleri diğer fikirleriyle zıt gibi görünmektedir.

oldukça kapsamlı bir hak ehliyeti vardır. MK. m.49 hükmü de tüzel kişilerin fiil ehliyeti hakkında herhangi bir sınırlama getirmeksizin fiil ehliyetlerinin şartlarını düzenlemektedir. Bununla beraber gerek Türk, gerek İsviçre hukukunda tüzel kişilerin ehliyetinin; bazılarına göre hak ehliyetinin, bazılarına göre ise fiil ehliyetinin amaçları ile sınırlanması hususunda görüş birliği vardır[25]. Bu konuda ileri sürülen fikirlere göre, bu sınırlama bizatihi tüzel kişilerin mahiyetinden kaynaklanmaktadır[26]. Tahsis ilkesi Önceki Medenî Kanundan sonra yürürlüğe giren Ticaret Kanunu'yla şirketler hakkında açık olarak benimsenmiştir. Gerçekten, TK. m. 125 hükmü açıkça ticaret şirketlerinin "*şirket mukavelesinde yazılı işletme çevresi içinde kalmak şartıyla* ***bütün hakları iktisap ve bütün borçları iltizam edebileceğini"*** öngörür. Ticaret Kanunu'nun bu ifadesinden çıkan anlam, şirketlerin fiil ehliyetinin sınırlanmış olduğudur. Çünkü maddede kullanılan ifade, Medenî Kanun'un fiil ehliyetini tanımlayan 9 uncu maddesindeki ifadenin aynıdır. TK. m. 125 hükmünden de anlaşıldığı gibi, şirketler bütün haklara sahip olabilirler ve lâkin bu hakları ancak amaçlarının (konularının) sınırları içinde kalarak kullanmak zorundadırlar[27]. Anonim şirketler hakkındaki TK. m. 371 hükmü de bu görüşü pekiştirmektedir[28].

II- FİİL EHLİYETİ

A) FİİL EHLİYETİNİN BAŞLANGIÇ ANI

Tüzel kişiler organları vasıtasıyla hak edinir ve borç üstlenirler. Başka bir deyişle tüzel kişiler, yararlandıkları hakları organları eliyle kullanırlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyetini düzenleyen MK. m.49 da *"Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar"* denilmiştir.

Tüzel kişiler, organlarının yaptığı işlemler sonucunda alacaklı veya borçlu durumuna girerler; organlarının hukuka aykırı fiilleri sonucunda başkalarının uğradığı zararlardan da sorumlu olurlar. O hâlde, tüzel kişi-

---

(25) Aksi görüş: **Homberger:** Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1933, sh.36.

(26) Yukarıda anılan hukukçulardan başka **Gönensay, A.Samim:** Şahsın Hukuku, sh.115; **Egger-Çernis,** sh.44.

(27) Ticaret Kanunu'nun gerekçesindeki ifadeler de bu anlama gelir kanaatindeyiz. Bu gerekçe için bk. **Elbir, Halid Kemal:** Gerekçeli, Notlu Sistematik Türk Ticaret Kanunu, sh.50.

(28) Anonim şirketlerin ehliyeti hakkında bk. **Ansay, Tuğrul:** Anonim Şirketlerde Ehliyet Meselesi, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1959, sh.81 vd.; **Arslanlı, H.:** Anonim Şirketler, K.II, İstanbul 1959, sh.126

lerin medenî haklarını kullanabilmeleri için, kanunlarda veya tüzüklerinde öngörülen zorunlu organlara sahip bulunmaları gereklidir. Bu itibarla, tüzel kişilerin fiil ehliyetinin başlangıç anı, kanunlarda veya tüzüklerinde gösterilmiş bulunan *organların oluştuğu andır.* Tüzel kişilerde kural olarak hak ve fiil ehliyetlerinin başlangıç anı, aynı andır. Başka bir deyişle, kişi veya mal topluluğu türündeki bir tüzel kişi kişilik kazandığı anda, genellikle hak ehliyetinin yanında çoğu kez fiil ehliyetini de kazanmış olur. Zira uygulamada kişiliğin kazanıldığı anda, özellikle vakıflarda ve şirketlerde zaten tüzel kişinin organları da oluşmuş bulunur.

B) FİİL EHLİYETİNİN KULLANILIŞ BİÇİMLERİ

1) Organ Kavramı

Tüzel kişinin *iradesi organları vasıtasıyla* oluşur. Tüzel kişiler *haklarını organları vasıtasıyla kullanarak* kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratırlar. Bu itibarladır ki, organlar tüzel kişilerin amaçlarına ulaşabilmeleri için zorunludur. Tüzel kişiler belli bir amacın plânlı bir şekilde gerçekleşmesine hizmet ederler. Bu bakımdan her tüzel kişinin, gütmekte olduğu amaca ulaşabilmesi için yerine getirmesi gereken belli işlevleri vardır. Her tüzel kişi, amacına ulaşmak için nasıl bir yol izleyeceğini ve hangi araçlardan yararlanacağını tüzüğünde bizzat kendisi belirler; yani amacına varabilmek için ne gibi konularla uğraşacağını tüzüğünde önceden gösterir. Pek tabiîdir ki tüzel kişinin bu konularla uğraşabilmesi için, belli işlemler yapması gerekecektir. Öte yandan, tüzel kişinin faaliyetlerin yürütülmesi biçimini de bizzat belirlemesi, yani iradesini açıklaması, içeride *yönetilmesi*, dışarıya karşı ise *temsil edilmesi* gerekir.

Bütün bunlar tüzel kişinin bünyesinden, güttüğü amaçtan ileri gelen birçok işlevin mevcut olduğunu gösterir. Bu işlevlerin yerine getirilmesi için, tüzel kişinin bir örgüte sahip olması da şarttır. İşte *işlevlerini yerine getirmek görevi kendilerine verilen örgüte* ***tüzel kişinin organları*** denir[29].

Organlar tüzel kişinin iradesini açıklar, tüzel kişiyi *içeride yönetir, dışa karşı temsil eder.* Tüzel kişi, konusuyla ilgili işlemleri organları vasıtasıyla yapar; yani faaliyette bulunur. Tek kelimeyle tüzel kişiler organları vasıtasıyla hareket ederler.

---

(29) **Egger- Çernis,** sh. 38. Organ kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Öztan, B.:** Medenî Hukuk Tüzel kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

Organlar tüzel kişinin temsilcisi durumunda değildir. Temsilde daima üç kişi vardır: Temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişi. Temsil ilişkisinde, özellikle vasıtasız temsilde temsilcinin arkasında daima temsil olunan vardır. Temsilcinin yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçlar temsilcinin kendisine ait olmaz; temsilcinin işlemlerinden dolayı alacaklı ve borçlu durumuna giren, adına hareket edilen, yani "temsil olunan" kişidir. Temsilci ise, temsil olunana bir hukukî işlem veya doğrudan doğruya kanun hükmü gereğince bağlı bulunan yabancı bir kişidir.

Oysa organlarda durum hiç de böyle olmayıp tamamen başkadır: ***Organ, tüzel kişinin zorunlu bir unsuru, onun tamamlayıcı parçası*** (mütemmim cüzü) ***mahiyetindedir***. Organ vasıtasıyla harekete geçen, bizzat tüzel kişinin kendisidir. Organın arkasında saklı bulunan başka bir kişi yoktur. Organ, tüzel kişinin bünyesine giren ve ondan ayrılması mümkün olmayan bir parçası durumunda olduğu içindir ki, organ vasıtasıyla harekette bulunan, iradesini açıklayan veya bir hukukî işleme girişen de *bizzat tüzel kişinin kendisi oluyor* demektir. Bu itibarla da organ, tüzel kişinin zorunlu bir unsurudur. Nitekim organların sürekli olarak kurulamamasının tüzel kişinin kanundan ötürü kendiliğinden dağılmasını (infisahını) gerektirmesi de, bu zorunluluğun bir sonucudur. Bir tüzel kişinin, organları olmaksızın yaşayabilmesi mümkün olmadığı içindir ki, her tüzel kişi kuruluş statüsünde, örneğin tüzüğünde ya da esas sözleşmesinde sahip olmak zorunda bulunduğu organlarını açıkça belirtmekle yükümlüdür (DK. m.4; MK. m.58/II).

Tüzel kişilerin ne gibi organlara sahip bulunmaları gerektiği kanunlarda ve kuruluş statülerinde belirtilir.

2) Organ Türleri

Tüzel kişiler, nasıl bir örgüte, yani hangi organlara sahip bulunacaklarını bizzat kendi tüzükleri veya kuruluş belgeleriyle serbestçe belirleyebilirler. Fakat organın tüzel kişilerin hayatındaki önemini gözden uzak tutmayan kanun koyucu, her tüzel kişi tipinde mutlaka bulunması zorunlu olan organların türlerini de belirler. Bunlara *kanunî organ* ya da *zorunlu organ* denir.

a) Kanunî (Zorunlu) Organlar

Her tüzel kişi tipinde bulunması kanundan ötürü zorunlu ve gerekli olan organlar esas itibariyle tüzel kişinin iradesinin oluşmasını sağlayan *"irade organı"* ile tüzel kişinin iradesine uygun olarak onu içte yöneten, dışa karşı faaliyete geçmesini sağlayan *"yönetim ve temsil organı"dır.*

Gerek Medenî Kanun'a, gerek Ticaret Kanunu'na göre her tüzel kişi, iradesini açığa çıkaran bir *irade organına*, yani "genel kurula" (umumî heyete) sahip olmak zorundadır. Bu, MK. m.50 hükmünden örtülü olarak (zımnen) anlaşılır. Fakat MK. m.72 hükmünde derneklerin bir genel kurulunun bulunması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dernekler Kanunu'nda da bu hususta açık (sarih) hükümler mevcuttur (m.4 d,e). Aynı durum Ticaret Kanunu'nda da söz konusudur (TK. m. 415, 446, 448, 536, 622; m.536 vd.). Vakıflarda mahiyetleri gereği olarak irade organı (genel kurul) mevcut değildir.

İrade organından başka, Medenî Kanun ve Dernekler Kanunu'na göre derneklerde *yönetim ve denetim işlevlerini görecek organların*, yani "yönetim kurulu" ile "denetim kurulu"nun da bulunması zorunludur (MK. m.72; DK. m.4 f). Vakıflarda ise, yönetim organı, yönetici veya yönetim kurulu olarak zorunlu bir organdır (MK. m.109). Ticaret Kanunu'na göre, anonim şirketin yönetim ve temsili için "yönetim kurulu" zorunlu organdır (TK.m.359 vd.)

b) İradî (Seçimlik) Organlar

Her tüzel kişi, kanunî ya da zorunlu organlar hakkındaki hükümler saklı kalmak üzere, kendi bünyesine uygun gelecek şekilde örgütlenmek yetkisine sahiptir. Başka deyişle her tüzel kişi, amacına ulaşmak için gerekli gördüğü işlerin yapılmasını sağlayacak organlara da sahip olabilir. Bu organların neler olacağı kuruluş sırasında tüzükte, vakıf senedinde ya da esas sözleşmede gösterilebileceği gibi, sonradan alınacak kararlarla da belirlenebilir. Bu, tamamen tüzel kişinin iradesine kalmış bir iştir. Bu sebepledir ki, bu tür organlara *"iradî organlar"* ya da *"seçimlik organlar"* denilmektedir. Örneğin danışma kurulu, haysiyet divanı, bilim kurulu, onur kurulu vs. gibi organlar iradî organ örnekleridir.

Tüzel kişiler, amaçlarına ulaşmak üzere faaliyette bulunurlarken, kendilerine hizmet veya vekâlet sözleşmesiyle ya da temsil yoluyla bağlanmış olan kimselerden de yararlanabilirler. Böylece organlarının yanında bir tüzel kişinin temsilcileri veya yardımcı kişilerinin bulunması da mümkündür. *Temsilci* veya *yardımcı kişiler* tüzel kişinin organı durumunda olmadıkları için, bunların işlediği haksız fiillerden dolayı tüzel kişi ya hiç sorumlu olmaz ya da BK. m. 66 hükmü esasları uyarınca, yani adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olur. Bu konuda MK. m.50 hükmünde "organlar, hukukî işlemleri ve *diğer bütün fiilleriyle* tüzel kişiyi borç altına sokarlar" şeklinde açıklık vardır. Bu bakımdan, tüzel kişi adına hareket eden kimsenin organ mı, yoksa temsilci ya da yardımcı kişi mi olduğunun

bilinmesinde yarar vardır. Bunu belirleyebilmek için organları yardımcı kişilerden ayırmaya yarayan ölçütlerin neler olduğu konusu üzerinde durmak gerekir.

3) Organların Ayırıcı Nitelikleri

Tüzel kişilerin ve özellikle şirketlerin yönetim kurullarının kendilerine düşen temsil görevini bizzat yürütmeleri pek ender olarak gerçekleşir. Tüzel kişiler, özellikle de ticarî, iktisadî ve sosyal alanlarda önemli rol oynayan büyük çaplı tüzel kişiler, örneğin bankalar, holdingler vs. çok karmaşık bir örgüte sahiptirler. Bunlar konularına giren işlemleri çoğunlukla yönetim kurulları tarafından atanan temsilciler veya hizmet ya da vekâlet sözleşmeleriyle kendilerine bağlı bulunan yardımcı kişiler (profesyonel yöneticiler ve yardımcıları) vasıtasıyla yaparlar, yani faaliyetlerini bunlar eliyle yürütürler.

Tüzel kişiler adına hareket edenlerin organ olup olmadıklarının belirlenmesinde i k i görüş vardır:

a) Organ Kavramına Dar Anlam Veren Görüş

Bu görüşü savunanlardan bazılarına göre, sadece tüzükte gösterilen veya kanunlarla belirlenen örgüte mensup olan kimseler organ sayılır[30]. Bazılarına göre ise, sadece tüzel kişinin iradesinin oluşmasına katılanlar organ sayılır[31].

Kimlerin organ niteliğine sahip olacağını sadece bir tek ölçüte göre belirlemek, organ kavramına dar bir anlam vermek olur ki, bu da doğru değildir. İradenin oluşmasına katılma veya tüzükle belirlenmiş olan işlevlerin yerine getirilmesi, organı yardımcı kişilerden veya temsilcilerden ayırmak için yeterli bir ölçüt değildir[32].

b) Organ Kavramına Geniş Anlam Veren Görüş

Tüzel kişilerin amaçlarının gerçekleştirilmesinde organların işlevi ve görevi çok önemlidir. Çünkü bu amaca ulaşmak için zorunlu olan faaliyetlerin hemen hepsi organlar vasıtasıyla yapılacaktır. Bu itibarladır ki, tüzükte veya kanunlarda belirtilmiş olan işlevleri yerine getirenlerden

---

(30) Bu konuda bk. **Steinbrückel, Rico**: Organ und Hilfsperson. Zürich 1947. İsviçre Federal Mahkemesinin bu görüşü benimser görünen kararı için bk. BGE 54 II 529. Aynı görüş: **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.193.

(31) BGE 48 II 5.

(32) **Steinbrückel**, sh.33, 47 vd.

başka, tüzel kişilerin amaçlarından doğan veya bu amaçla ilgili bir işlevi yerine getirenler dahi organ niteliğine sahip olmalıdırlar. Bu itibarladır ki, tüzel kişilerin yönetim ve temsil işlerine yönetim kurulu ile birlikte katılma yetkisine sahip bulunanlar, tüzel kişiyle ilgili konularda tüzel kişiyi bağlayacak biçimde imza yetkisi yönetim kuruluyla birlikte kendilerine ait bulunanlar, görevlerine yönetim kurulunca son verilemeyenler, yönetim kurulu ile aralarında çıkan anlaşmazlıkların genel kurulca çözümlenmesi gerekenler, yani yönetim kurulunun otoritesine tâbi olmaksızın onunla aynı yetkilere sahip bulunanlar ve az çok sürekli bir işlevi yerine getirenler de, tüzel kişinin organı olarak kabul edilmelidir[33].

C) FİİL EHLİYETİNİN KAPSAMI

1) Genel Olarak

Medenî Kanun, gerçek kişilere olduğu gibi tüzel kişilere de *sınırsız bir fiil ehliyeti tanımıştır*. İlke olarak tüzel kişiler, bünyelerinden gelen bazı farklar dışında, gerçek kişiler ile aynı kapsamda olan bir fiil ehliyetine sahiptirler. Başka deyişle tüzel kişilerin de hukukî işlem ehliyeti, tasarruf ehliyeti, dava ehliyeti ve hatta haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti vardır. Fakat onlar bir hedefe ulaşmak, bir amacı gerçekleştirmek için var olan kişiler oldukları içindir ki, bütün faaliyetlerini bu amaca yöneltmeleri zorunludur. Bu bakımdan tüzel kişiler, sahip bulundukları bütün hakları bu amaca yönelik olarak kullanmalıdırlar.

Bütün bu sözler, ***tüzel kişilerin fiil ehliyetinin amaçları ile sınırlandığını gösterir.*** Bu, zaten tahsis ilkesinin olduğu kadar, tüzel kişilerin bir "amaç-kişi" olmalarının da zorunlu sonucudur. Medenî Kanun bu sebeple bu konuya değinmek gereğini duymamış olabilir. Mamafih Türk hukukunda Önceki Medenî Kanundan sonra yürürlüğe girmiş olan bazı kanunlarda tüzel kişilerin fiil ehliyetinin amaçlarıyla sınırlandığını gösterir mahiyette hükümler de vardır. Gerçekten, Önceki Dernekler Kanunu'nun 64 üncü maddesinde açıkça "dernekler ikametgâhları (konutları, merkezleri) ile amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mala sahip olamazlar" denilmiş olması, bu ilkenin benimsenmiş olduğunu duraksamaya yer vermeyecek açıklıkla göstermekte idi. Bu madde, derneklerin hak ehliyetini değil, fakat fiil ehliyetini sınırlayan bir hüküm içeriyordu. Nitekim aynı maddenin ikinci fıkrası ile "derneklerce

---

(33) BGE 45 II 6 vd.; BGE 72 II 66. Organ kavramı hakkında ayrıca bk. **Bilge, Necip:** La capacité civile des personnes morales en droit suisse, Géneve 1941, sh.86.

satın alınan veya bağış ve vasiyet yoluyla derneklere intikal eden taşınmaz malların dernek adına tapuya tescilinden itibaren üç ay içinde İçişleri Bakanlığına bildirilmesi zorunludur. Bunlardan birinci fıkra esaslarına göre dernek ihtiyaçlarından fazla olduğu tespit edilenlerin, İçişleri Bakanlığınca belli edilen süre içinde dernek tarafından paraya çevrilmesinin öngörülmüş olması" da bunu gösteriyordu.

Yeni Dernekler Kanunu derneklerin, genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulunun kararıyla taşınmaz mal satın alabilmelerine veya taşınmaz mallarını satabilmelerine imkân tanımakta, ancak edindikleri taşınmazları tapuya tescilinden itibaren bir ay içinde mülkî amirliğe bildirme yükümlülüğünü de getirmektedir (m.22).

2) Haksız Fiillerden Sorumlu Olma Ehliyeti

Tüzel kişiler hukukî işlem, tasarruf ve dava ehliyetlerini bizzat kendilerinin bir parçası olarak kendi bünyelerinden oluşturulan organları vasıtasıyla kullanırlar[34]. Aynı şekilde tüzel kişilerin, organlarının işlediği haksız fiillerin sonucunda üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararlardan da sorumlu olmaları gerekir. Tüzel kişileri organlarının işlediği haksız fiillerden sorumlu tutma, hakkaniyet ilkesine de uygundur. Gerçi Medenî Kanunda bu konuda açık bir hüküm mevcut değildir; fakat tüzel kişilerin fiil ehliyetinin kullanılış şeklini düzenleyen MK. m.50/II de "organlar, hukukî işlemleri veya diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar" denilmektedir. Fıkra hükmünde sözü edilen *"diğer fiiller"* deyimiyle organların "*haksız fiillerinin"* ifade edilmek istendiğini kabul etmek gerekir.

Tüzel kişiler organları vasıtasıyla hareket ettiğine göre, hukuka aykırı fiili işleyen de, gerçekte organı oluşturan kişilerdir. Fakat organı oluşturan bu kişiler, tüzel kişinin bünyesine giren bir işlevin yerine getirilmesi sırasında bir haksız fiil işlemiş olduklarından, o fiilin tüzel kişiye bağlanması (izafe edilmesi) ve bu fiilin sonuçlarına da tüzel kişinin katlanması doğru olur.

Tüzel kişilerin organları ilke olarak gerçek kişilerden oluşur. Organ fonksiyonunu gören kişilerin yapmış oldukları hukuka aykırı her hareketten tüzel kişinin sorumlu tutulması, bu bakımdan doğru olmaz. O hâlde, gerçek kişilerden oluşan organların yapmış olduğu haksız fiillerden ne zaman tüzel kişinin, ne zaman bizzat organı oluşturan kişilerin sorumlu

(34) HGK. 15.1.1964 600/T.55, **Olgaç, Senaî:** Kazaî ve İlmî İçtihatlara Göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, İstanbul, 1967, sn.63: Banka müdürü anonim ortaklığın esas mukavelesine göre, bankanın organıdır; avukat olmasa dahi, bankayı mahkemede temsile yetkisi vardır.

olacağını açıklıkla belirlemek gerekir. Bu hususta ölçüt, hukuka aykırı fiilin ***organlık görevinin yerine getirilmesi sırasında*** işlenmiş olup olmadığıdır. Bundan başka, organlık görevinin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş olan haksız fiilin ***organlık işlev ve yetkileriyle az çok ilgili bir fiil olması*** da gereklidir. Organın işlemiş olduğu bir haksız fiilden dolayı tüzel kişiye sorumluluk, ancak bu fiilin organ sıfatıyla ve organlık görevine giren bir işlemin yapılması sırasında gerçekleşmiş olması hâlinde düşer(35). Bu konuda örnek olarak, bir tüzel kişi tarafından yayımlanan gazetenin yayın müdürünün gazetede bir kişinin haysiyet ve şerefine saldırı oluşturan yazıların yer almasına izin vermesini veya bir tüzel kişi tarafından kurulmuş olan bankanın müdürünün sahte bir çek düzenlemiş olmasını yahut bir anonim şirketin idare meclisinin (yönetim kurulunun) rakip bankaların müşterilerinin azalması sonucunu doğuracak şekilde gerçeğe aykırı el ilânları dağıttırmasını verebiliriz.

Bir haksız fiil, organlık yetkisine giren işlevlerin yerine getirilmesi sırasında organ sıfatıyla davranan bir kişinin fiilinden ileri gelmişse, o kişi organ sıfatıyla bu fiili işlemiş sayılır ve bundan dolayı da tüzel kişi sorumlu olur.

O hâlde, tüzel kişilerin, organlarının işlemiş olduğu haksız fiillerden sorumlu tutulabilmeleri için mutlaka i k i şartın gerçekleşmiş olması gerekecektir:

(1) Haksız fiil organ sıfatına sahip olan ve bu sıfatla hareket eden bir kişi tarafından işlenmiş olmalıdır.

(2) Haksız fiil organ sıfatıyla hareket eden kişinin organlık işlevine giren bir işin görülmesi sırasında işlenmiş olmalıdır.

Bu iki şarttan birinin eksik olduğu hâllerde, organın işlemiş olduğu haksız fiillerden tüzel kişiyi sorumlu tutmaya imkân yoktur. Organ tarafından işlenen haksız fiilin, tüzel kişinin bünyesine aykırı düşecek ve bu itibarla da tüzel kişiye mahiyeti gereği bağlanamayacak (izafe edilemeyecek) bir fiil olmaması da gerekir. O hâlde verilen zarar, organlık işlevine giren bir işlem dolayısıyla doğmayıp da, organlık sıfatı fırsat bilinerek işlenmiş bir haksız fiilin sonucu ise, bundan dolayı tüzel kişiyi sorumlu tutmaya imkân yoktur. Örneğin müşterisiyle tartışmaya tutuşan bir banka müdürünün müşteriye hakaret etmesi ya da idare meclisi üyelerinden birinin kendisine selâm vermeyen bir memuru tokatlaması gibi.

---

(35) BGE48 II 9; BGE 48 II 157

Medenî Kanun'un 50 nci maddesinin son fıkrası uyarınca, organların organlık sıfatıyla hareket ederken organlık işlevine giren bir işlemden dolayı başkalarına verdikleri zararlardan, aynı zamanda tüzel kişi ile birlikte k e n d i l e r i de sorumlu olurlar. Bu fıkradaki sorumluluk *"müteselsil sorumluluk"*tur. Bu itibarla, zarar görmüş olan kimse tüzel kişi veya organdan herhangi birine başvurarak zararının tamamını sadece ondan isteyebileceği gibi, her ikisinden birden de istemde bulunabilir(36).

§ 3. TÜZEL KİŞİLERİN SONA ERMESİ

Tüzel kişiler az çok uzunca bir süre devam etmek üzere kurulurlar. Gerçek kişiler (insanlar) gibi maddî ve fizyolojik bir bünyeye sahip bulunmamaları, ömürlerinin sürekli ve hatta ebedî olmasına elverişlidir. Tüzel kişilerin, amaçlarını oluşturan manevî veya iktisadî hedeflere ulaşabilmeleri de çoğu hâllerde zamana bağlıdır. Bu itibarla, tüzel kişilerin bir sonu olmayacağı hiç değilse teorik bakımdan kabul edilebilir.

Bununla beraber, tüzel kişiler pek istisnaî de olsa bazen daha kurulurlarken kendi ömürlerini belirli bir süreyle sınırlamış olabilirler veya tüzel kişinin amacı kurulduktan bir süre sonra gerçekleşmiş bulunabilir. Tüzel kişiler esas itibariyle amaca yönelik kişiler olduklarından, amacı gerçekleşmiş olan bir topluluk, artık kişiliğinin varlık sebebi kalmadığı için, bir hak süjesi olma niteliğini kaybeder.

Tüzel kişiler bünyeleri itibariyle kişi veya mal topluluklarından oluşur. Bu itibarla gerek güçleri, gerek sahip olabilecekleri büyük sermayeler bakımından bir ülkenin sosyal ve iktisadî hayatı üzerinde gerçek kişilerden çok daha etkili ve nüfuzlu bir duruma sahiptirler. Bir tüzel kişinin ülkenin hayatı üzerinde yaratacağı bu etki, ülkenin kültürü, iktisadî ve sosyal yaşamı ve hatta güvenliği bakımından yararlı olabileceği kadar, zararlı da olabilir. Bu sebepledir ki, amacı veya konusu itibariyle devletin güvenliği için tehlike yaratan tüzel kişilerin bizzat devlet tarafından ortadan kaldırılabileceği, yani feshedilebileceği (kapatılabileceği) hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir.

Medenî Kanun, tüzel kişiliğin ortadan kalkmasını gerektiren sebeplerin neler olduğunu, tüzel kişilerle ilgili Genel Hükümler Bölümünde (m.47

(36) Müteselsil sorumluluk konusunda ayrıntılı bilgi için bk. **Akıntürk, Turgut:** Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971

ilâ 55) tüzel kişilerin bütün türlerine uygulanacak biçimde belirlememiş, fakat dernek ve vakıfların kişiliklerini hangi hâllerde kaybedeceklerini, bu iki tip tüzel kişiye ayırdığı İkinci ve Üçüncü Bölümlerinde ayrı ayrı saymıştır. Öte yandan, yeni Dernekler Kanunu'nda Önceki Dernekler Kanunu'ndan farklı olarak (m.49 vd.), "Tüzelkişiliğin Sona Ermesi" başlığını taşıyan ayrı bir bölüm mevcut değildir, fakat bazı maddelerinde sona ermeyi gösteren hükümler vardır. Ticaret Kanunu'nda da her şirket tipinin sona eriş sebepleri ayrı ayrı belirtilmiştir (TK. m. 243, 328, 529 vd.).

Tüzel kişilerin kişiliklerinin ne suretle ortadan kalkacağı konusunu i k i kısımda incelemek gerekir: Önce *tüzel kişiliğin hangi sebeplerle ve ne şekilde sona ereceği*, daha sonra da *tüzel kişiliğin sona ermesinden doğan sonuçların neler olduğu* konuları incelenmelidir. Zira tüzel kişiler de hak süjesi olduklarına göre, birtakım hakları ve borçları mevcut olabilir. Ortadan kalktıktan sonra parasal değeri olmayan hak ve borçları ile malvarlıklarının geleceği (mukadderatı) ne olacaktır? Tüzel kişiler fizyolojik bir bünyeye sahip bulunmadıklarından, malvarlıkları hakkında miras hükümlerinin devreye girmesi söz konusu olamaz. Ancak, tüzel kişilerin sona ermesiyle sahipsiz hak ve borçların ortaya çıkmaması için birtakım önlemlerin alınması da gereklidir. Medenî Kanun bu konuyu 52 vd. maddelerinde düzenlemiştir.

Tüzel kişiliğin sona ermesinin sonuçları kural olarak şunlardır: *Tüzel kişinin malvarlığının tasfiyesi,* yani alacaklarının tahsili ve borçlarının ödenmesi, *tasfiyeden arta kalan aktifin ne olacağının belirlenmesi,* yani sahipsiz kalan malların MK. m.54 hükmü doğrultusunda kimlere veya nerelere verileceğinin belirlenmesi.

I- SONA ERME SEBEPLERİ

Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere, Medenî Kanun'umuz tüzel kişi türlerinin hepsinde uygulanabilecek genel mahiyette sona erme sebeplerini düzenlememiş, sadece dernekler ve vakıflarda kişiliğin sona ermesini gerektiren hâlleri tek tek belirtmiştir. Genel mahiyette hükümler bulunmadığından, burada çok kısa olarak tüzel kişiliğin sona ermesi hâllerine değinecek, geniş ve ayrıntılı bilgileri ise, dernek ve vakıfların incelendiği bölümde vereceğiz.

Tüzel kişilerin tiplerini göz önünde tutmaksızın kişiliğin sona ermesini gerektiren hâlleri iki grupta toplayabiliriz.

A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: D A Ğ I L M A

Dağılma, *bir tüzel kişinin herhangi bir formaliteye, karara veya işleme gerek kalmaksızın, belli sebeplerin ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinden ortadan kalkması, yani "kanundan ötürü" hak süjesi niteliğini kaybetmesi demektir.* Bu sona eriş şekline ***infisah*** da denir ki, bu gerçek kişilerdeki ölüm olayına benzetilebilir. Hangi hâllerin dağılma sebebi sayıldığı, Medenî Kanunda derneklerle ilgili olmak üzere 87 nci maddede; vakıflarla ilgili olarak da 116 ncı maddede belirtilmiştir. Bu konuyu ileride ele alacağız.

B) KARARLA SONA ERME: D A Ğ I T I L M A

Dağıtılma, *tüzel kişilerin kişiliklerinin bir kararla sona erdirilmesi demektir.* Buna ***fesih*** de denir. Dağıtılma ya da feshedilme, bir tüzel kişinin ya bizzat kendisinin veya hâkimin vereceği bir k a r a r l a ortadan kaldırılması demektir. Hangi hâllerde mahkeme kararıyla dağıtılma (kapatılma) yoluna gidilebileceği veya tüzel kişinin bizzat kendi kararıyla kendi hayatına nasıl son verebileceği, derneklerle ilgili olarak Medenî Kanun'un 88 ve 89 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Bu konular da ileride ele alınacaktır.

II- SONA ERMENİN HUKUKÎ SONUÇLARI

Tüzel kişiler ister kişi topluluğu (korporasyon), ister mal topluluğu (kurum) türünden olsunlar, dağılma *(infisah)* veya dağıtılma *(fesih)* sonucunda kişiliklerini kaybederler. Kişilikleri ortadan kalkmakla birlikte ortaya topluluğa ait para ile ölçülebilen alacak ve borçların, yani malvarlığının geleceğini belirleme sorunu çıkar. Belirlemenin yapılabilmesi için ise, önce tüzel kişiye ait alacakların toplanması (tahsili), borçların ödenmesi gerekir. Yani ilk önce yapılacak işlem, tüzel kişinin *malvarlığının tasfiyesidir*. Tamamlanan tasfiye sonucunda tüzel kişinin hukukî hayatı da son bulmuş olur.

Yargıtay, bütün bu işlemlerin yürütülmesini kolaylaştırmak maksadıyla tasfiyenin devamı süresince ve sırf tasfiye işleriyle sınırlı olmak üzere tüzel kişiliğin sürdürüleceğini kabul etmiştir[37]. Yeni Medenî Kanun'umuz da 52 nci maddesinde bunu açıkça ifade ediyor: *"Sona eren tüzel kişinin kişiliği, ehliyeti tasfiye amacıyla sınırlı olmak üzere tasfiye sırasında da devam eder".* Bu konuda Ticaret Kanunu'nda da açıklık vardır (TK. m. 269).

---

(37) Yg.İçt.Bir.Kar. 14.5.1947, 2/16, RG.24.7.1947, Nr.6666. Benzer bir görüş için bk. İİD. 28.10. 1966, 10455/10566, RKD. 1967, S.4, sh.114.

Tasfiye işleminden sonra tüzel kişinin artan mal fazlasının kime ait olacağı, yani *özgüleme (tahsis) sorunu* ortaya çıkar.

Demek ki, tüzel kişilerin ortadan kalkmasıyla birlikte iki hukukî sorun söz konusu olmaktadır: 1) *Tüzel kişinin malvarlığının tasfiyesi* 2) *Tasfiye sonucunda artan fazlalığın özgülenmesi.*

Medenî Kanun Genel Hükümler Bölümünde (m.47-55) tüzel kişilerin ortadan kalkış sebeplerini düzenlememiş olduğu hâlde, ortadan kalkışın sonuçları hakkında bazı hükümler koymuştur: m.53 ve 54. Bunlardan 53 üncü maddede tasfiyenin nasıl yapılacağı, 54 üncü maddede ise artan fazlalığın özgülenmesi konuları düzenlenmiştir.

A) TASFİYE

Tüzel kişiler, sona ermeleri sonucunu doğuran sebebin ortaya çıkmasıyla birlikte hemen o anda kişiliklerini kaybetmezler; Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz İçtihadı Birleştirme Kararında kabul ettiği üzere ve MK. m.52 hükmü uyarınca, o andan itibaren *"tasfiye hâlindeki tüzel kişi"* durumuna girerler. Başka bir deyişle, kişilikleri tasfiye işlemi tamamlanıncaya kadar sırf tasfiye işlemleriyle sınırlı olmak üzere devam eder. Bu durumdaki tüzel kişilerin asıl amaçlarının yerini de "tasfiye amacı" alır. Bu amaç alacaklıların menfaatlerinin korunmasına, sonuçta onların tatmin edilmesine ve malvarlığının önceden belirlenmiş esaslara göre kullanılmasına yöneliktir[38]. Bu husus zaten TK. m. 269 ve 533 hükümleriyle de kabul edilmiştir.

Önceki Medenî Kanun'un 51 inci maddesi uyarınca tüzel kişilerin malvarlığının tasfiyesi, "kooperatif şirketlere uygulanan hükümlere" uyularak yapılıyordu. Kooperatif şirket Ticaret Kanunu'nun 485 ilâ 502 nci maddeleri arasında düzenlenmiş bulunuyordu. Fakat 24.4.1969 tarih ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Ticaret Kanunu'nun kooperatif şirketleri düzenleyen altıncı fasih (485-502) Kooperatifler Kanunu'nun 100 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırıldı ve kooperatifler Ticaret Kanunu'ndan çıkarılarak bundan böyle Kooperatifler Kanunu'na tâbi tutuldular. Bu yeni duruma göre tüzel kişilerin malvarlıklarının tasfiyesi Kooperatifler Kanunu'nun m.81 vd. hükümleri uyarınca yapılmak gerekecekti[39]. Pek tabiî bu tasfiye, tüzel kişinin kişiliğinin

---

(38) **Egger-Çernis,** sh.57.

(39) Bu değişiklikten önce kooperatif şirketlerin tasfiyesinin ÖTK. m.489/III uyarınca anonim şirketlerin tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılması gerekiyordu. Bu ise, bir hayli karışıklık yaratıyor ve bu sebeple de doktrinde eleştiriliyordu. Kooperatifler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu karışık durum da ortadan kalkmış oldu.

iflâsının açılması dışındaki bir sebeple sona ermesi hâlinde söz konusu idi. Eğer tüzel kişi iflâsının açılmış olması sebebiyle kişiliğini kaybediyor ve ortadan kalkıyorsa, bu hâlde tasfiyenin iflâs hukukuna uygun olarak yapılması gerekiyordu.

Yeni Medenî Kanun oldukça karmaşık bu tasfiye sistemini değiştirerek basitleştirdi. Gerçekten, MK. m.53 uyarınca tasfiye, *"kanunda ve kuruluş belgesinde aksine hüküm bulunmadıkça,* ***terekenin resmî tasfiyesine ilişkin hükümlere göre yapılır".*** O hâlde tasfiyede MK. m.632 vd. hükümleri devreye girecektir.

Dernekler Kanunu derneklerin tasfiyesiyle ilgili özel bir hüküm içermektedir. Nitekim Kanun'un "Tasfiye" kenar başlığını taşıyan 15 inci maddesi aynen şöyledir: "*Genel kurul kararı ile feshedilen veya kendiliğinden sona erdiği tespit edilen derneğin para, mal ve haklarının tasfiyesi, tüzüğünde gösterilen esaslara göre yapılır*".

Terekenin resmî tasfiyesine ilişkin hükümler uyarıca tasfiye aşağıdaki şekilde yapılacaktır:

1) Tasfiye Memurunun Atanması

Tasfiye işlemlerinin yürütülebilmesi için yapılması gereken ilk iş, sulh mahkemesince tasfiye memuru veya memurlarının atanmasıdır. Çünkü resmî tasfiye, sulh mahkemesince veya mahkemenin atayacağı bir veya birkaç tasfiye memuru tarafından yapılır (MK. m.634/I).

Tasfiye memuru, göreviyle ilgili işleri sulh mahkemesinin gözetim ve denetimi altında yürütür. Tüzel kişiden alacaklı olanlar ve borçlular, tasfiye memurlarının yaptığı veya tasarladığı işlemlerden dolayı, bunu öğrendikleri tarihi izleyen *yedi gün içinde* yazılı olarak sulh mahkemesine şikâyette bulunabilirler (MK. m.634/IV).

2) Envanter Defterinin Düzenlenmesi

Tasfiye memur veya memurları görevi kabul ederek göreve başlayınca bir defter düzenleme işine girişirler (MK. m.634/II). *"Envanter Defteri"* mahiyetindeki bu defterde tasfiyeye karar verildiği tarihte tüzel kişinin malvarlığının aktifinde yer alan kalemlerin satış değerleri gösterilir.

3) Alacaklıların ve Borçluların Davet Edilmesi

Tasfiye memur veya memurları tüzel kişinin kişiliğinin sona ermiş olduğunu bildirerek alacaklıları alacaklarını, borçluları borçlarını yazdırmaya davet ederler. Bu davet, ilân yoluyla yapılır ve bu iş için belli bir süre verilir (MK. m.634/II).

Tasfiye memurları tasfiye işlerini sulh mahkemesinin gözetim ve denetimi altında yürütürken tüzel kişiyi dışa karşı temsil edebilirler, bu konuda gerekli işlemleri yapabilirler.

Tasfiye memurları, görevlerini yerine getirirken kendilerine düşen yükümlülüklere aykırı davranmak suretiyle kusurlarıyla alacaklılara verdikleri zararlardan dolayı müteselsil olarak sorumludurlar[40].

Tasfiye, eğer kişiliği sona eren tüzel kişinin malvarlığı borçlarını ödemeye yetmiyorsa, sulh mahkemesi tarafından iflâs hükümlerine göre (MK. m.636), bunun dışında ise olağan usule göre (MK. m.635) yapılır.

B) ÖZGÜLEME (TAHSİS)

Tasfiye işleminin tamamlanmasından sonraki ikinci işlem özgüleme (tahsis) işidir. ***Özgüleme,*** *tasfiye sonucunda ortaya çıkan net (safi) malvarlığının k i m e ve n a s ı l verileceği demektir.*

Tasfiyesi tamamlanan tüzel kişinin net (safi) malvarlığının kime özgüleneceği konusunda bütün tüzel kişileri kapsayacak biçimde bir hüküm, Medenî Kanun'un 54 üncü maddesinde bulunmaktadır. Bu hüküm *genel nitelikte* bir hükümdür. Zira bu hüküm ancak özgüleme konusunda tüzel kişinin kuruluş belgesinde (tüzüğünde, vakıf senedinde) bir hüküm bulunmaması veya kanunda özel bir düzenlemenin mevcut olmaması yahut yetkili organca özgülemeye ilişkin başkaca bir karar verilmemiş bulunması hâllerinde uygulama alanı bulabilecektir.

Özgüleme aşağıdaki yollarla gerçekleşebilir:

1) Özgülemenin Özel Kanunla Belirlenmiş Olması

Tasfiye edilen tüzel kişinin net (safi) malvarlığının nereye özgüleneceği hakkında özel kanunlarda bir hüküm bulunabilir. Bu takdirde özgüleme bu kanunun belirlediği şekilde yapılır. Örneğin sendikalarla ilgili olarak Sendikalar Kanunu'nun 3449 sayılı Kanunla değişik 46 ncı maddesinde; siyasî partilerle ilgili olarak Siyasî Partiler Kanunu'nun 110 uncu maddesinde özel hükümler vardır.

Ticaret Kanunu'muz da anonim şirketlerin tasfiyesi sonucunda kalan fazlalığın esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, ortaklar arasında ödedikleri sermayeler ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları oranında paylaştırılacağını öngörmektedir. (TK. m. 543).

---

(40) Bk. **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.95. Aksi görüş için bk. **Öztan,** Tüzel Kişiler, sh.24.

2) Özgülemenin Tüzel Kişice Belirlenmiş Olması

Net (safi) malvarlığının özgülenmesi özel kanunlarla düzenlenmiş değilse, özgülemeyi tüzel kişi bizzat belirleyebilir. Gerçekten, bir tüzel kişi bu konuda kuruluş belgesine bir hüküm koymuş olabileceği gibi, sonradan da yetkili kurulu tarafından özgüleme konusunda karar alabilir. Bu konu hakkında karar alma yetkisi derneklerde genel kurula aittir. Derneklerin tüzüklerinde bu konuyu önceden düzenleyebilecekleri, Dernekler Kanunu'nun m. 4/l hükmünden anlaşılmaktadır. Gerçi m. 4/l de "derneğin feshi hâlinde mal varlığının tasfiye şekli" denilmiş ise de, bunun *"derneğin feshi hâlinde malvarlığının kime özgüleneceği"* şeklinde anlamak doğru olur. Zira "tasfiyenin ne şekilde olacağı" MK. m.53 hükmünde zaten belirlenmiştir.

3) Medenî Kanun'a Göre Özgüleme

Net (safi) malvarlığının özgülenmesi konusunda özel kanunlarda bir hüküm bulunmadığı veya bu konunun bizzat tüzel kişi tarafından tüzükle veya genel kurul kararıyla da belirlenmemiş olduğu durumlarda, özgülemenin Medenî Kanun'un 54 üncü maddesine göre yapılması söz konusu olur. Bu hükme göre, net (saf) malvarlığı *en yakın amacı güden kamu kurum veya kuruluşuna* geçer (MK. m.54/I).

4) Net (Safi) Malvarlığının Kanundan Ötürü Geçmesi

a) İlgili Kamu Kuruluşuna

Medenî Kanun bir hâlde gerek tüzel kişinin iradesini, gerek kuruluş belgesinde (tüzük veya vakıf senedinde) mevcut özgüleme hükmünü dikkate almayarak, net (safi) malvarlığının *ilgili kamu kuruluşuna* geçeceğini kabul eder. Bu hâl, amacın sonradan hukukun emredici hükümlerine ve ahlâka aykırı olması sebebiyle tüzel kişiliğin mahkeme kararıyla feshedilmesi (kapatılması) hâlidir. Bu durumda safi malvarlığının en yakın amaçlı bir kamu kurum veya kuruluşuna geçmesi söz konusu olmaz (MK. m.54/III).

b) En Yakın Amaçlı Derneğe

Dernekler Kanunu'nun "Tasfiye" kenar başlığını taşıyan 15 inci maddesine göre:

Tüzükte tasfiyenin ne şekilde yapılacağının genel kurulun kararına bırakılmış olduğu hâllerde, genel kurul tarafından bu konuda bir karar alınmamışsa veya genel kurul toplanamamışsa yahut dernek mahkeme

kararıyla feshedilmişse, derneğin bütün para, mal ve hakları, mahkeme kararıyla *derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe* devredilir.

Kendiliğinden sona erdiği tespit edilen veya feshine karar verilen derneklerin tasfiye ve devir işlemleri tamamlandıktan sonra dernekler kütüğündeki kayıtları silinir. Feshedilmesi (kapatılması) için hakkında soruşturma veya dava açılmış olan bir dernek, fesih ve buna bağlı olarak dernek mallarının devrine dair bir karar aldığı takdirde, soruşturma ve dava sonuçlanıncaya kadar devir işlemi yapılmaz.

Tasfiye işlemleri sonucu derneklerin defter ve belgelerinin saklanması usulü, süresi ve tasfiyeye ilişkin gerekli belgeler yönetmelikle düzenlenir.

Üçüncü Bölüm
DERNEKLER

§ 1. DERNEK HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I- DERNEĞİN TANIMI VE MAHİYETİ

A) TANIMI

Dernekler, kişi topluluğu (korporasyon) türünde olan medenî hukuk tüzel kişileridir.

Tanımlar vermekten mümkün olduğu ölçüde kaçınan yeni Medenî Kanun, farklı bir tutum izleyerek derneklere ayırdığı İkinci Bölümün ilk maddesi olan 56 ncı maddesinde derneği tanımlamıştır. Aynı tanım 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlığını taşıyan 2 nci maddesinin (a) bendinde de yer almaktadır. Buna göre dernek, "kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu" ifade eder.

Medenî Kanun'un 56 ncı ve yürürlükten kalkmış olan 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu'nun 10 uncu maddelerinde kullanılan *"en az yedi gerçek kişi"* deyimi, 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 10 ve 31 inci maddeleriyle *"gerçek **veya tüzel** en az yedi kişi"* şeklinde değiştirilerek, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de dernek kurucusu olabilmelerine imkân tanınmıştır[(1)]. Bu değişiklik 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu tarafından da aynen benimsenmiştir. Gerçekleşmiş olan bu değişiklikten sonra derneği şöyle tanımlayabiliriz:

---

(1) RG. 7.8.2003. S. 25192. Medenî Kanun'un derneklere ilişkin hükümleri ile Dernekler Kanunu'nun pek çok hükmü 26.3.2002 tarihli ve 4748, 3.8.2002 tarihli ve 4771, 2.1.2003 tarihli ve 4778, 23.1.2003 tarihli ve 4793, 24.4.2003 tarihli ve 4857 ve son olarak 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramıştır.

Dernek, *gerçek veya tüzel en az yedi kişinin, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla kendilerinden ayrı ve bağımsız bir hak sübjesi yaratmak üzere bilgi ve çalışmalarını birleştirmeleri sonucunda oluşan kişi topluluğu biçiminde bir medenî hukuk tüzel kişisidir.*

B) MAHİYETİ

Yaptığımız bu tanımdan da anlaşılacağı üzere dernekler, az çok kalabalık bir kişi grubunun belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek veya aralarında ortak olan menfaatleri korumak maksadıyla oluşturdukları tüzel kişilerdir. Dernekler *korporatif bünyeli*, yani *"kişi topluluğu"* biçimindeki tüzel kişilerdir. Bu yapıları onları şirketlere yaklaştırır. Fakat şirketlerden farkı, amaçlarının manevî oluşunda görülür. Türk hukukunda iktisadî amaç güdecek olan bir kişi topluluğunun dernek biçiminde kurulması mümkün değildir. İktisadî amaçlı kişi topluluklarının mutlaka *şirket* tiplerinden birini benimsemeleri gerekir.

Dernekleri şirketlerden ayıran bir diğer fark da derneği oluşturan kişilerin şirketleri oluşturan kişilerden sayıca çok daha fazla olmasıdır. Dernekler kazanç paylaşmaktan başka amaçlarla, kısaca *manevî* amaçlarla kurulurlar. Bu bakımdan, ne kadar çok sayıda kişi bu amacı benimseyerek derneğe katılırsa, amacın gerçekleştirilmesi de o ölçüde kolaylaşmış olur. Öte yandan, dernekler belirli ve *ortak olan manevî menfaatlerin birlikte korunması* amacıyla da kurulur. İşverenlerin, işçilerin ve kamu görevlilerinin kurdukları sendikalar ile çalışanların oluşturdukları dernekler buna güzel birer örnektir. Menfaatleri ortak olan kişileri bir çatı altında toplamak bakımından da derneklerin büyük yararı vardır.

Oysa şirketler *kazanç paylaşmak amacı ile* kurulurlar. Şirketlerde şirketin menfaati kadar, ortakların menfaati de söz konusudur. Bu itibarla ortaklar, güvenmedikleri kimseleri şirkete almak istemedikleri gibi, ortak sayısının fazlalaşması da ileride ortaklara düşecek kâr paylarını azaltır. Bu sebepledir ki, şirketler sınırlı sayıda kuruculardan oluşur ve kurulduktan sonra şirkete genellikle pek de yeni ortaklar alınmaz. Bu husus TK. m. 253 ve 574 hükümlerinden de anlaşılır. Anonim şirketler ile kooperatifler bu söylediklerimize istisna oluşturur.

II- TERİM SORUNU

Türk hukukunda manevî bir amacın ortaklaşa gerçekleştirilmesi maksadıyla oluşturulan kişi topluluğu değişik terimlerle ifade edilmektedir. Bu konuda en yaygın terim *"dernek"* terimidir. Bunun yanında "cemiyet", "kurum" ve "kulüp" terimlerinin de kullanılmakta olduğu görülmektedir.

"Dernek" terimini Medenî Kanun ile Dernekler Kanunu kullanmaktadır. *"Cemiyet"* terimi Önceki Medenî Kanun'un kullandığı terimdir (m.53 vd.). *"Kurum"* terimi kesin olmamakla beraber daha çok bilimsel amaçlı derneklerce kullanılır. Örneğin Türk Hukuk Kurumu, Kanser Araştırma Kurumu vs. gibi. *"Kulüp"* terimi ise genellikle spor amaçlı dernekler için kullanılan bir terim iken; 22 Nisan 2022 tarihli 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ile spor kulüpleri dernek statüsünde kurulma mecburiyetinden çıkarılarak yeni bir özel hukuk tüzel kişisi olarak yapılandırılmıştır.

Siyasî amaçlı dernekler diyebileceğimiz kişi topluluklarının kullandığı terim *"parti",* aynı işkolunda veya bu işkoluyla ilgili işlerde çalışanların yardımlaşmak ve ortak menfaatlerini korumak amacıyla kurdukları kişi toplulukları ile işverenlerin aynı amaçla kurdukları kişi topluluklarının kullandıkları terim *"sendika"*dır.

Özetle, manevî ortak bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla bir araya gelen örgütlenmiş kişi topluluklarını belirtmek üzere kullanılan çeşitli terimler ne olursa olsun, bu topluluklar bünyeleri ve mahiyetleri itibariyle dernekten başka bir şey değildirler. Kitabımızda manevî bir amacı bulunan tüzel kişileri ifade etmek üzere, hukuk dilinde de yerleşmiş ve yaygın şekilde kullanılmakta olan *"dernek"* terimini kullanacağız.

III- DERNEKLERİ DÜZENLEYEN KURALLAR

Dernekler, belirli ve ortak manevî bir amaca örgütlü bir şekilde ulaşmayı sağlamak maksadıyla bir araya gelmiş olan gerçek ve tüzel kişilerin oluşturduğu bir tüzel kişi tipidir. Bu itibarla kanunlar, sadece bir kişi topluluğunun dernek şeklinde organize olabilmesi için gerekli olan şartları saptamakla yetinerek, derneklerin amaçlarına varabilmeleri için ne şekilde örgütleneceklerini, ne gibi çalışmalarda bulunacaklarını belirleme işini kurucuların iradesine bırakmalıdır. Öte yandan, örgütlü bir şekilde bir araya gelen, böylece de maddî ve manevî bakımdan bireylere oranla daha güçlü olan dernekler, belirli bir sosyal alanda faaliyet gösterecekler-

dir. Bu itibarla devletin, derneklerin kendi sosyal, iktisadî, ahlâkî ve hatta siyasî düzenine zarar verebilecek faaliyetlerde bulunmalarını engellemekte menfaati vardır. Bu da devlete dernekler üzerinde belli ölçüde denetleme hakkı tanıyan, onları kontrol etme yetkisi veren hükümlere ihtiyaç doğurur.

Bütün bunlar, dernekleri düzenleyen hukuk kurallarından bir kısmının özel hukukla, bir kısmının ise kamu hukukuyla ilgili kurallar olduğu gerçeğini ortaya çıkarır.

Derneklerle ilgili hükümler düzenlenirken, her kanun koyucu yukarıda değinilen karşıt menfaatleri az çok bağdaştırmak zorundadır. Bu bağdaştırma bazen bu menfaatlerden birinin diğerinden daha fazla korunması şeklinde olabilir. Örneğin derneklere karşı çok hoşgörülü davranan Önceki Medenî Kanun ve 1938 yılına kadar Türk kanun koyucusu, dernekleri sadece özel hukuk bakımından düzenlemişti. Buna karşılık, 1938 yılında yürürlüğe konulmuş olan 3512 sayılı *Cemiyetler Kanunu,* cemiyetlerin (derneklerin) faaliyetlerini kontrol ve denetleme konusunda devlete geniş yetkiler tanıdı; hatta söz konusu Kanun 1946 yılında değiştirilinceye kadar ondört yıllık süreçte, cemiyetlerin faaliyete geçebilmelerini tescil edilmiş olmalarına bağlı tutmuştu (eski madde 4/III).

Yeni Medenî Kanun dernekleri Önceki Medenî Kanun'a oranla daha geniş bir düzenlemeye tâbi tutmuştur. Nitekim Önceki Kanun derneklere sadece 20 madde ayırmış iken, yeni Medenî Kanun bu konuda 45 madde içermekte olup, daha çok özel hukuk karakterli hükümlere yer vermiş, kamu hukuku karakterli hükümleri özel kanun olan Dernekler Kanunu'na bırakmıştır.

Yürürlükten kalkmış bulunan 6.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı *Dernekler Kanunu,* bir taraftan derneklerin kuruluş ve örgütlenmesiyle ilgili hükümleri, diğer taraftan da devletin dernekler üzerindeki yetkileri ve ceza hukukuyla ilgili hükümleri içerdiği için, yapısı ve mahiyeti itibariyle hem özel hukuk, hem de kamu hukuku karakterli karma bir kanundu. Böylece de kanunun birisi özel hukuk, diğeri kamu hukuku ölmek üzere iki yönü vardı[(2)].

Buna karşılık 22.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5253 sayılı yeni *Dernekler Kanunu* daha çok kamu hukuku karakterli bir kanun mahiyetinde görünüyor. Kanun'un mahiyetini "Amaç ve kapsam" kenar başlığını taşıyan birinci maddesinden anlayabiliriz. Birinci maddeye göre, "bu

---

(2) **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh.304; **Göreli, İsmail Hakkı:** Medenî Kanun Hükümlerine Göre Cemiyetler ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, Medenî Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin, İstanbul 1944, sh.590.

Kanun'un amacı; dernekler, dernek şube ve temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar ve yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube ve temsilciliklerinin yasak ve izne tâbi faaliyetlerini, yükümlülüklerini, denetimlerini ve uygulanacak cezalar ile derneklere ilişkin diğer hususları düzenlemektir".

Derneklerin tâbi oldukları hukuk kuralları ü ç noktada toplanabilir: (A) Kamu hukuku kuralları, (B) Özel hukuk kuralları, (C) Dernek tüzüğündeki kurallar. Aşağıda bu kuralları sırasıyla ele alacağız.

Yapıları itibariyle dernek olan bazı kişi toplulukları kendileri için çıkarılmış olan özel kanunlara tâbidirler. Bunlara örnek olarak siyasî partileri, sendikaları, bazı meslek kuruluşları ile Türkiye Kızılay Derneğini, Türk Hava Kurumunu, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunu gösterebiliriz.

A) KAMU HUKUKU KURALLARI

1) Anayasa

Derneklerle ilgili kamu hukuku kurallarının en önemlileri, Anayasamızdaki ilgili kurallardır. Gerçekten Anayasamız vatandaşların dernek kurma hakkına "temel haklar" arasında yer vermiştir. Anayasamızın "Dernek Kurma Hürriyeti" başlığını taşıyan 33 üncü maddesine göre, *"Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sa*hiptir"[3]. Yürürlükten kalkmış bulunan 1924 ve 1961 Anayasaları da vatandaşların dernek kurma haklarını açıkça belirtmekte idiler. Böylece dernek kurma hakkı bir "kamu hakkı" mahiyetini kazanmış bulunmaktadır. Buna benzer hükümler Medenî Kanunda (m.57/I) ve Dernekler Kanunu'nda da (m.3/I) mevcuttur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 21 nci maddesi, "herkese barışçı toplanma hakkı tanınır"; 22 nci maddesi "herkes başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahiptir" demek suretiyle yerli-yabancı farkı gözetilmeksizin bu hakkın bütün insanlara tanınması gerektiğini ilân eder.

---

(3) Anayasanın 8 fıkradan oluşan 33 üncü maddesinin bazı fıkraları yürürlükten kaldırılmış, bazı fıkralarında değişiklik yapılmıştır: 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun m.2.

Kişilere tanınan dernek kurma hürriyetinin başka bir anlamı daha vardır. Bu da diledikleri derneklere girme konusunda sahip bulundukları serbestliktir. Bu serbestlik hiç kimsenin, rızası olmaksızın herhangi bir derneğe girmeye zorlanamayacağını ifade eder. Gerek Anayasa'mızda (m. 33/III), gerek Medenî Kanun'da (m. 63) bu konuda açık hükümler vardır.

2) Dernekler Kanunu

Bakanlar Kurulunca hazırlanıp T.B.M.M. Başkanlığına sunulan yeni Dernekler Kanunu Tasarısı T.B.M.M. Genel Kurulunda görüşülerek 17.7.2004 tarihinde 5231 sayılı Dernekler Kanunu adıyla kabul edilmiş ve Anayasa gereği Cumhurbaşkanlığına gönderilmişti. Cumhurbaşkanı 10. ve 21 inci maddeleri yeniden görüşülmek üzere Kanun'u 2.8.2004 tarihinde T.B.M.M. Başkanlığına geri gönderdi. T.B.M.M. Genel Kurulu her iki maddede de değişikliğe gerek görmeyerek Kanun'u 4.11.2004 tarihinde *5253 sayılı Dernekler Kanunu* adı altında yeniden kabul ederek Cumhurbaşkanının onayına sundu. Kanun Cumhurbaşkanınca onaylanarak 23.11.2004 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girdi[(4)]. Yeni Dernekler Kanunu 38 H maddesiyle 6.10.1983 tarihli ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nu yürürlükten kaldırdı. Bundan sonraki açıklamalarımızda bu kanundan "Önceki Dernekler Kanunu" (ÖDK.) olarak söz edeceğiz.

5253 sayılı Dernekler Kanunu yürürlüğe girdikten sonra sırasıyla 15.6.2006 tarihli ve 5519 sayılı, 8.2.2008 tarihli ve 5728 sayılı, 23.1.2009 tarihli ve 5832 sayılı ve son olarak da 28.2.2009 tarihli ve 5838 sayılı kanunlarla değişiklikler yapılmıştır.

"Bu Kanun'un amacı; dernekler, dernek şube veya temsilcilikleri, federasyonlar, konfederasyonlar ve yabancı dernekler ile merkezleri yurt dışında bulunan dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşların Türkiye'deki şube ve temsilciliklerinin yasak ve izne tâbi faaliyetlerini, yükümlülüklerini, denetimlerini ve uygulanacak cezalar ile derneklere ilişkin diğer hususları düzenlemektir".

Bu amaç maddesinin ve Kanun'un içeriğinin dikkatle incelenmesinden anlaşılıyor ki, söz konusu yeni Dernekler Kanunu daha çok kamu hukuku karakterli hükümler içermekte, derneklerin kuruluşu, işleyişi, organları ve sona ermesi gibi konularla ilgili düzenleme yapmaktan kaçın-

(4) RG. 23.11.2004, S. 25649.

mış bulunmaktadır. Bizce Kanun'un bu yolu izlemiş olması son derece isabetli olmuş, böylece aynı konularda Medenî Kanunla bir ikilem içerisine düşülmemiştir.

Yeni Dernekler Kanunu birçok cezaî hükümler de getirmiş, ayrıca Medenî Kanunda düzenlenmemiş olan yardım ve işbirliği (m. 10), sandık kurma (m. 12), basımevlerinin sorumluluğu (m. 16), beyanname verme yükümlülüğü (m. 19), kolluk kuvvetlerinin yetkisi (m. 20), yurt dışından yardım alınması (m. 21), taşınmaz mal edinme (m. 22), temsilcilik (m. 24) ve platform oluşturma (m. 25) gibi konuları da düzenlemiştir.

Dernekler Kanunu, kamu hukuku nitelikli çeşitli hükümleri ile devlete dernekler üzerinde, özellikle de malî konularda belli ölçüde *denetim yetkisi tanımakta* ve derneklere birtakım *yükümlülükler ve yasaklar getirmektedir*:

a) Derneklerin şubeleri, genel kurullarının olağan toplantılarını merkez genel kurul toplantısından en az iki ay önce bitirmek zorundadır (m.7).

b) Federasyonlar ve konfederasyonlar temsilcilik dışında her ne ad altında olursa olsun, başka bir örgüt kuramazlar (m.8/II).

c) Dernek gelirleri alındı belgesi ile toplanır ve giderler harcama belgesi ile yapılır. Alındı belgeleri ve harcama belgelerinin saklama süresi beş yıldır. Dernek gelirlerini toplayacak kişiler yönetim kurulu kararıyla belirlenir ve bunlar adına yetki belgesi düzenlenir (m.11).

d) Dernekler yılsonu itibarıyla faaliyetlerini, gelir ve gider işlemlerinin sonuçlarını, düzenleyecekleri beyanname ile her yıl Nisan ayı sonuna kadar mülkî idare amirliğine vermekle yükümlüdürler (m.19/I).

e) Gerekli görülen hâllerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülkî idare amiri tarafından denetlenebilir (m.19/II). Denetim sırasında görevli memurlar tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların, dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur (m.19/III).

f) Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak *usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla,*

yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin *yazılı emriyle* kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine girebilir, arama yapabilir ve buradaki eşyaya el koyabilir (m.20).

g) Dernekler, genel kurulu izleyen *otuz gün içinde* yönetim kurulu ve denetim kurulu ile diğer organlara seçilen asıl ve yedek üyeleri mülkî idare amirliğine bildirmekle yükümlüdürler. Dernek organlarında ve yerleşim yerinde meydana gelen değişiklikler de aynı usule tâbidir (m.23).

h) Dernekler gerekli gördükleri yerlerde dernek faaliyetlerini yürütmek amacıyla temsilcilik açabilirlerse de şubeler temsilcilik açamazlar. Temsilcilikler şube veya dernek genel kurullarında temsil edilmezler. Temsilciliğin adresi, yönetim kurulu kararıyla temsilci olarak görevlendirilen kişi veya kişiler tarafından o yerin mülkî idare amirliğine yazılı olarak bildirilir (m.24).

Dernekler Kanunu'ndaki hükümlere ve bu kanunda yazılı formalitelere uymayan derneklerin ceza yaptırımı olarak mahkemece kapatılması yoluna gidilir.

3) Dernekler Yönetmeliği

Medenî Kanun ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu hükümlerine dayanılarak 31.3.2005 tarihinde yayımlanan *"Dernekler Yönetmeliği"* de derneklerin kuruluş işlemleri, genel kurul toplantıları, yurt dışından yardım alma, uluslararası faaliyetler konularını bağımsız bölümler hâlinde oldukça ayrıntılı biçimde düzenlemektedir.

Yönetmelik ayrıca defter tutma esasları, tutulacak defterler, kayıt usul ve zamanı, gelir ve gider usulü ve belgeleri, kamu yararı için aranacak şartlar, izinle kullanılacak isimler, lokal açma, sandık kurma, beyanname verme konularının yanında, dernekler kütüğü ve tasfiye konularını da içermektedir. Bütün bu konuları düzenleyen kurallar kamu hukuku niteliğindeki hükümlerdir.

B) ÖZEL HUKUK KURALLARI

Dernekler hukukunun özel hukuk yönünü oluşturan kurallar, Medenî Kanun hükümleri (m.56-100) ile Dernekler Kanunu'nun kamu hukuku karakterli hükümleri dışında kalan ve pek de fazla olmayan bazı hükümleridir.

1) Medenî Kanun

Medenî Kanun dernekleri sadece özel hukuk bakımından düzenlemiştir. Kanun, derneklerin kuruluşu, örgütü, üyelerin kendi aralarında ve dernek ile olan ilişkileri ve nihayet kişiliklerinin sona erişi ile ilgili hükümleri içermektedir. Bu hükümler genel mahiyette olan birtakım kurallardır. Zira Medenî Kanun derneklerle ilgili konu ve sorunların düzenlemesini derneklerin kendilerine bırakmıştır; onlara emredici hükümlere aykırı düşmemek şartıyla bu konuları diledikleri şekilde düzenleme yetkisini tanımış[5], fakat derneklere tanınan kendi bünyesine uygun örgütlenme ve faaliyette bulunma serbestliğine de "*dernek tüzüğü emredici hükümlere aykırı olamaz"* hükmüyle bir sınır çizmiştir (m.58).

Medenî Kanun'un derneklerle ilgili hükümlerinden bazıları emredici mahiyetteki hükümlerdir. Kamu düşüncesi veya üyelerin ve özellikle azınlıkta kalan üyelerin korunması maksadıyla konulmuş olan hükümler böyledir. Bu hükümlere her derneğin aynen uyması gerekir. Tüzükler veya dernek kararları bu hükümlere aykırı olamaz[6].

2) Dernekler Kanunu

Dernekler Kanunu Medenî Kanun'un liberal düzenleme biçiminden az çok uzaklaşmış, Medenî Kanunla derneklere tanınan serbestliği oldukça kısıtlamıştır. Dernekler Kanunu'nun özel hukukla ilgili olan pek fazla hükmü yoktur, olanların da hemen tamamı emredici hüküm mahiyetindedir. Dernekler Kanunu özel bir kanun olduğu için, dernekler kural olarak bu Kanun'a tâbidirler. Ancak, Dernekler Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmayan konularda veya Kanun'un kendisine yollamada bulunduğu (atıf yaptığı) yerlerde, Medenî Kanun'un hükümleri uygulanır (DK. m.34, m.36).

C) DERNEK TÜZÜĞÜNDEKİ KURALLAR

"Dernek tüzüğünde düzenlenmemiş konularda kanun hükümleri uygulanır" diyen MK. m.58/IV hükmü, derneklere bir serbestlik tanır. Bu serbestlik, "özel hukuk bakımından çoğunluğun egemenliğini, dernek tüzüğünün ve dernek hayatının çoğunluğun iradesine göre şekillenmesini ifade eder"[7]. Medenî Kanundaki bu hüküm (m.58), derneklerin bir taraftan

---

(5) Bu konuda bk. **Huber, Eugen:** L'exposé des motifs, t.I, sh.72 vd.

(6) **Tuor,** sh.105.

(7) **Egger-Çernis,** sh.89

kanun hükümlerine, diğer taraftan da kendi tüzüklerindeki hükümlere tâbi olacaklarını gösterir. MK. m.58 hükmü karşısında, derneklerin tâbi olacakları kurallar silsilesi şöyle bir sıralamaya bağlanabilir:

1) Hukukun Emredici Hükümleri

Dernekler hakkında özel bir kanun olması itibariyle ilk önce Dernekler Kanunu'nun, orada bir hüküm bulunmadığı takdirde Medenî Kanun'un emredici hükümleri uygulanır[8].

Derneklerle ilgili hükümlerden hangileri emredici hüküm mahiyetindedir? Dernekler Kanunu'ndaki hükümlerin neredeyse tamamı emredici mahiyetteki hükümlerdir. Medenî Kanun hükümlerinden hangilerinin emredici mahiyette olduğu kanunda açık olarak gösterilmemiştir. Alman Medenî Kanunu'nun düzenleme biçimi bu bakımdan enteresandır. Nitekim Alman Medenî Kanunu (BGB) 40. paragrafında hangi hükümlerin "emredici olmadığını" belirtmek suretiyle dernekler hakkındaki hükümlerin çoğuna uymanın zorunlu olduğunu örtülü olarak (zımnen) ifade etmiştir.

Medenî Kanun'un emredici hükümleri, ya kanunda kullanılmış olan kesin ifadelerden ya da bu hükümlerin amaçsal (gaî) yorumundan anlaşılır. Yani bir hükmün emredici olup olmadığı, korumak istediği menfaatlere göre saptanır: Üçüncü kişilerin korunması düşüncesiyle konulmuş ve derneğin tüzel kişilik kazanabilmesi için yerine getirilmesi zorunlu formalitelerle ilgili olan hükümler, yani MK. m.59 vd. ile üyelik haklarının korunmasına ilişkin olan MK. m.63 vd. hükümleri emredici mahiyette olan hükümlerdir. Medenî Kanun'un 57/II, 58, 61, 62, 66, 68, 70/I, 72/II, 74/II, 78/III, 82, 83/II maddelerinin ifade biçimleri, bu maddelerdeki hükümlerin de emredici olduklarını göstermektedir.

2) Tüzük Hükümleri

Dernekler, kanunların emredici hükümlerine aykırı düşmeyecek olan veya hakkında emredici bir hüküm bulunmayan konuları tüzüklerinde *diledikleri biçimde* düzenleyebilirler (MK. m.58/II). O hâlde tüzük hükümleri, Dernekler Kanunu ile Medenî Kanun'un emredici hükümlerinden sonra ikinci sırada uygulanır.

---

(8) Özel dernek türleri hakkında mevcut olan özel kanunlardaki emredici hükümler gerek Dernekler Kanunu gerekse Medenî Kanun'dan önce uygulanır. Özel kanunlara örnek olarak Siyasî Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu vs. gösterilebilir.

3) Dernekler Kanunu ile Medenî Kanun'un Emredici Olmayan Hükümleri

Dernekler Kanunu ile Medenî Kanun'un emredici olmayan hükümleri, yani tamamlayıcı ve yorumlayıcı hükümleri, derneklerin en son tâbi olacağı hükümlerdir.

Derneklerle ilgili konu ve sorunları aşağıda d ö r t gruba ayırarak inceleyeceğiz. Önce derneğin kuruluşu; sonra derneğin örgütü ve bünyesi, yani organlarının türü, oluşum biçimi ve işlevleri ile derneğin faaliyet biçimi; bundan sonra derneğin üyeleri, üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesi; nihayet derneğin sona ermesinin sebep ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

§ 2. DERNEĞİN KURULUŞU

Dernekler, Türk hukukunda Önceki Medenî Kanun'a göre serbest kuruluş sistemine göre kuruluyorlardı. Yani belirli ve ortak manevî bir amaç etrafında toplanan kişilerin bilgi ve çalışmalarını dernek kurma maksadıyla sürekli olarak birleştirdiklerine ilişkin iradelerini tüzük içinde açıklamalarıyla birlikte bu topluluk *"dernek"* niteliğini kazanıyordu (m.53/I). Buna karşılık, yeni Medenî Kanun'a göre, dernekler kuruluş bildirimi ile dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verdikleri anda tüzel kişilik kazanırlar" (m.59/I).

Bir kişi topluluğunun dernek niteliğini alabilmesi için, ü ç esaslı unsurun mevcut olması şarttır. Bu unsurlar; (l) Derneği oluşturacak belli sayıdan az olmayan bir kişi topluluğu, yani *"kurucular",* (2) Yazılı biçimde açıklanan *"dernek kurma iradesi"* ve nihayet (3) Gerçekleşmesi istenilen manevî nitelikte bir *"amaç"*tan ibarettir. Aşağıda bu esaslı üç unsuru ele alacağız:

I- KURUCULAR

Dernek kurmak üzere belirli ve ortak manevî bir amaç etrafında toplanan, çalışma ve bilgilerini bu amacın gerçekleştirilmesi için birleştiren gerçek veya tüzel kişilere *"kurucular"* denir.

A) KURUCULARIN SAYISI

Bir derneğin kurulabilmesi için en az kaç kişinin kurucu sıfatıyla belirli ve ortak manevî bir amaç etrafında toplanması gerektiği konusunda

Önceki Medenî Kanunda açıklık yoktu. Bu itibarla, doktrinde ilk zamanlar derneklerde kararların çoğunlukla alınacağı göz önünde bulundurularak, kurucuların en az üç kişiden oluşması gerektiği görüşü ortaya atılmıştı. Nitekim 1938 yılında yürürlüğe giren 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu da birinci maddesinde "ikiden ziyade kimse"den söz etmekte idi. Daha sonra yürürlüğe giren 22.11.1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu, kurucuların yedi kişiden az olmaması şartını getirdi. Hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 2908 sayılı Dernekler Kanunu da bu sayıyı aynen korumakla birlikte kurucuların "gerçek kişi" olması şartını da getirmişti(9). Yeni Medenî Kanun da en az yedi gerçek kişinin kurucu sıfatıyla bulunması şartını benimsemiştir (m.56). Fakat Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"la Medenî Kanun'un 56 ncı maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de dernek kurucusu olabilmelerine imkân sağlandı(10). Bu değişiklikten sonra günümüzde bir derneğin kurulabilmesi için, ***en az yedi gerçek veya tüzel kişinin*** kurucu sıfatıyla katılması şarttır.

B) KURUCU OLABİLME EHLİYETİ

Dernek kurmak, hukuken tanınmış olan bir hakkın kullanılması demektir. Bu itibarladır ki, gerçek kişilerin bir derneğin kuruluşuna kurucu sıfatıyla katılabilmeleri için, *fiil ehliyetine sahip olmaları* gereklidir. Önceki Medenî Kanunda kurucular hakkında özel bir hüküm yoktu. Buna karşılık Önceki Dernekler Kanunu dernek kurucusu olabilmeyi, *fiil ehliyetine sahip olmak* ve *onsekiz yaşını doldurmuş bulunmak* şartlarına bağlamıştı (m.4/I). Buna göre onsekiz yaşını fiilen doldurmadıkça fiil ehliyetine sahip olsa dahi bir gerçek kişinin dernek kurucusu olması mümkün değildi. Erken erginlik yollarından biriyle, örneğin ergin kılınma (kazaî rüşt) veya evlenmeyle kazanılan erginlik yoluyla fiil ehliyetine sahip olan gerçek kişiler dernek kurucusu olamıyorlardı.

Yeni Medenî Kanun ise, gerçek kişi kurucuların fiil ehliyetine sahip olmalarını yeterli görerek ayrıca onsekiz yaşını doldurmuş bulunmaları şartını aramıyor (m.57/II).

---

(9) 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nda kurucuların mutlaka gerçek kişi olması şartı yer almamış olduğundan, doktrinde tüzel kişilerin kurucu olup olamayacağı tartışma konusu olmuştu. Bu konu için bk. **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.119 vd.

(10) RG. 7.8.2003, S. 25192.

Bu durumda genel kanun olan Medenî Kanun ile özel kanun mahiyetindeki Önceki Dernekler Kanunu arasında çelişki doğmuş oluyordu. Bu çelişki, daha doğru deyişle bu farklı durum karşısında, kuruculardaaranacak şartlar bakımından hangi kanun hükümleri uygulanacaktı? Dernekler Kanunu özel, daha sonraki tarihte yürürlüğe girmiş bulunan Medenî Kanun genel kanun olduğuna göre, l Ocak 2002 tarihinden sonra kurulacak derneklere Medenî Kanun hükümlerinin uygulanması ve dolayısıyla kuruculardaonsekiz yaşını doldurmuş olma şartının aranmaması gerekecekti. Ancak, Önceki Dernekler Kanunu'nun bazı maddelerinin 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanunla[11] değiştirilmesi sırasında kuruculardaonsekiz yaşı doldurma şartını arayan 4 üncü maddeye dokunulmadığı için, Dernekler Kanunu'nun özel ve sonraki tarihli bir kanun olmasından dolayı, son değişikliğin yürürlüğe girdiği 9 Nisan 2002 tarihinden sonra kurulacak yeni derneklerde tekrar onsekiz yaşı doldurma şartı aranacaktı. Böyle olmakla beraber, yeni bir genel kanunu kabul ederek yepyeni bir anlayış getirmiş olan kanun koyucunun, aynı konuda aradan henüz dört ay gibi kısa bir süre geçmeden tekrar eski hâle dönmesini anlamak mümkün olamıyordu.

Önceki Dernekler Kanunu'nun 4 üncü maddesi 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanunla değiştirilirken, "onsekiz yaşın doldurulmuş olması şartı" metinden çıkarılmayarak aynen muhafaza edildiğinden, Medenî Kanun ile Önceki Dernekler Kanunu arasında doğmuş olan çelişki ortadan kalkmamış oldu. Buna karşılık çok daha önceleri 4778 sayılı Kanun, Önceki Dernekler Kanunu'nun "üye olma hakkı"nı düzenleyen 16 ncı maddesini değiştirirken maddede bulunan "ve onsekiz yaşını bitirmiş bulunan" ibaresini kaldırarak "fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler derneklere üye olabilir" demek suretiyle yaş şartının artık aranmayacağını dile getirmişti. Pek tabiî bu değişiklik sonucunda bu defa Önceki Dernekler Kanunu'nun kendi içinde bir çelişki doğmuş oldu. Gerçekten, *dernek kurabilmek için onsekiz yaşın doldurulması şart iken, kurulu bir derneğe tam yetkiyle üye olma hakkını kazanabilmek için bu yaşın doldurulmasına ihtiyaç olmayacaktı.*

Yeni Medenî Kanun'un onsekiz yaşın doldurulması şartını kaldırmasının gerekçesi *"Çocuk Hakları Sözleşmesine* ters düşmemektir. Zira T.C. Hükümetinin de kabul ederek katıldığı bu uluslararası sözleşme, çocukların (küçüklerin) kendileriyle ilgili dernek kurabilmelerine imkân sağlamaktadır.

---

(11) RG. 4.9.2002, S. 24721.

Ortaya çıkan ve devam etmekte olan bu çelişkinin, yapılacak yasal bir değişiklikle kaldırılması yoluna gitmekten başka çare yoktu. Nihayet, bu şartı arayan Önceki Dernekler Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmasıyla, uzunca süre devam eden bu sorun da çözülmüş oldu.

Medenî Kanun *"fiil ehliyetine sahip olmak"* şartını aradığına göre, ister onsekiz yaşını fiilen doldurmak suretiyle, ister erken erginlik yoluyla olsun, fiil ehliyetine tam anlamıyla sahip bulunan gerçek kişilerin *(tam ehliyetlilerin)* dernek kurucusu olabilecekleri kuşkusuzdur. *Sınırlı ehliyetlilerin*, yani kendilerine yasal danışman atanmış olan kişilerin de dernek kurucusu olabilecekleri konusunda duraksama yoktur. Çünkü yasal danışmanın görüşünün alınmasını gerektiren işlemler arasında dernek kurma işlemi yer almamıştır (MK. m.429).

"Fiil ehliyetine sahip olma" şartı karşısında, *tam ehliyetsizlerin* dernek kurucusu olmalarının mümkün olmadığı açıktır. Bu konuda belki "ayırt etme gücüne sahip fakat kısıtlı" durumunda olan *sınırlı ehliyetsizlerin* yasal temsilcilerinin rızasıyla dernek kurucusu olup olamayacakları üzerinde durulabilir. Ancak, Medenî Kanun'un aradığı "fiil ehliyetine sahip olma" şartı karşısında sınırlı ehliyetsizlerin de dernek kurucusu olamayacakları doktrinde herkes tarafından kabul edilmektedir(12).

O hâlde, özel kanunlarında kurucu olamayacakları belirtilmiş kişiler dışında, fiil ehliyetine sahip olan tam ve sınırlı ehliyetli gerçek kişiler ile tüzel kişiler dernek kurucusu olma ehliyetine sahiptirler.

Önceki Dernekler Kanunu, aranılan fiil ehliyetine sahip olma ve onsekiz yaşını bitirmiş bulunma şartlarını yerine getirmiş olsalar dahi bazı kimselerin "sürekli olarak"; bazı kimselerin ise "iki veya bir yıl süreyle" dernek kurucusu olmalarını yasaklamış idi.

Uyum yasaları çerçevesinde çıkarılan 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu bu yasaklara yer vermemiş "dernek kurma hakkı" kenar başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde, fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişilerin önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip bulunduklarını açıkça ifade ettikten sonra, "*ancak, Türk Silâhlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır*" hükmünü getirmiştir..

---

(12) Bk. **Zevkliler,** sh.566; **Öztan**, sh.50; **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.119; **Serozan, Rona:** Tüzel Kişiler, İstanbul 1994, sh.56; **Dural-Öğüz,** sh.265; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.210.

Yeni Dernekler Kanunu, T.B.M.M.'ce onaylanan Çocuk Hakları Sözleşmesine uygun olarak "*çocuk derneği"* kurulmasına da imkân tanımıştır. Nitekim m.3/III hükmüne göre, "Onbeş yaşını bitiren ayırt etme gücüne sahip küçükler toplumsal, ruhsal, ahlakî, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarını, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla yasal temsilcilerinin yazılı izni ile çocuk dernekleri kurabilir veya kurulmuş çocuk derneklerine üye olabilirler"..

Bünyeleri itibariyle siyasî amaçlı dernek mahiyetinde olan siyasî partilerin kurucusu olabilmek için ise, partiye üye olma yeterliğine sahip Türk vatandaşı olmak (en az otuz kişi) gereklidir (SPK. m.8/I).

Medenî Kanun (m.57) ve Dernekler Kanunu (m.3), kuruculardа yukarıda değindiğimiz şartların dışında başka şart aramamaktadır. Örneğin belli bir öğrenim görmüş olmak, belli bir mesleğe veya belli bir malî düzeye sahip bulunmak dernek kurucusu olabilmenin şartları değildir.

Yeni Medenî Kanun *yabancıların dernek kurabilmelerine* şu iki şartla imkân tanımakta idi (m. 93): (1) Türkiye'de yerleşme hakkına sahip gerçek kişi olmak, (2) Karşılıklı olmak, yani dernek kurucusu olacak yabancının uyrukluğunda bulunduğu devletin de ülkesinde Türk vatandaşlarına dernek kurma hakkını tanımış olması. Yeni Dernekler Kanunu "karşılıklı olmak" şartını kaldırdı (m.38 B).

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, *dernek karma hakkı* Anayasamızda kişi hak ve hürriyetleri arasında yer almakla bir bakıma Anayasanın güvencesine de bağlanmış olmaktadır: *"Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir"* (m.33/I). Aynı maddenin üçüncü fıkrası, dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla gösterileceğinden söz eder. Bu düzenleme Ülkemizde son olarak Medenî Kanun ve kısmen de yeni Dernekler Kanunu ile yapılmış bulunmaktadır. Dernekler Kanunu özel bir kanun olduğu içindir ki, derneklerle ilgili konularda Medenî Kanundan ö n c e uygulanacaktır. Böylece de "çocuk derneği" kurucusu olabilmek için, onbeş yaşını bitirmek ve ayırt etme gücüne sahip bulunmak gerekecektir (m.3/III).

II- DERNEK KURMA İRADESİ

Derneğin kurulabilmesi için gerçek veya tüzel yedi ve daha çok kişinin, kendi kişiliklerinden ayrı ve bağımsız bir hak süjesi yaratma konusundaki iradelerini açıklamaları gerekir. Bu konudaki iradeye *"dernek kurma iradesi"* denir. Dernek kurma iradesinin açıklanması, kurucuların bir tüzel kişi yaratmak ve onun üyesi olmak hususundaki isteklerini ifade eder.

Bazılarına göre, bir kişi topluluğu (korporasyon) bu iradenin kanunun aradığı biçimde açıklanmasıyla kişilik kazanmış olur. Ancak, Türk doktrininde egemen olan görüşe göre, yeni Medenî Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren "serbest kuruluş sistemi" yerini "normatif bildirim sistemi" ne bırakmış olduğundan, kişilik bu anda değil, fakat kuruluş bildiriminin, tüzüğün ve gerekli belgelerin yerleşim yerindeki en büyük mülkî idare amire verildiği anda kazanılmış olur (MK. m.59/I)[13].

Dernek kurma iradesinin y a z ı l ı şekilde açıklanması gerekir. Nitekim Medenî Kanun'un 58 inci maddesi bu iradenin t ü z ü k t e açıklanması gerektiğini söyler. Dernekler Kanunu'nun 4 üncü maddesi de, her derneğin bir "tüzüğünün bulunacağı" ve "bu tüzükte madde metninde 12 bent hâlinde sayılan hususların belirtilmesinin zorunlu olduğu" hükmünü içermektedir. Gerek MK. m.58, gerek DK. m.4 hükümlerinin ifade biçimleri karşısında, dernek tüzüklerinin mutlaka yazılı şekilde olmasının gerekip gerekmediği konusunda duraksamaya yer yoktur. Zira tüzük anlamına gelen ve Önceki Medenî Kanunda kullanılan "nizamname" kelimesindeki *"name"* ekiyle Türkçede daima yazılı bir belgenin ifade edilmesi, 58 inci ve 4 üncü maddelerde kullanılan "tüzük" sözcüğünün ifade ettiği manadan, dernek kurma iradesinin mutlaka yazılı biçimde açıklanmasının zorunlu olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Zaten İsviçre Medenî Kanunu'nun 60 inci maddesinin ikinci fıkrası "tüzüğün yazılı olarak düzenlenmesi gerektiği"ni gayet açık biçimde belirtmektedir.

Aynı sonuca tüzüğün kurucu üyeler tarafından *imzalanması gereği*, ayrıca Dernekler Biriminin Kuruluş, Görev, Yetki ve Çalışma Esasları ile Dernekler Kütüğünün Tesisi Hakkında Yönetmelikten de varılabilir (m.5/b). Zaten İsviçre Medenî Kanununun 60 inci maddesinin ikinci fıkrası "tüzüğün yazılı olarak düzenlenmesi gerektiği"ni gayet açık biçimde belirtmektedir.

A) TÜZÜK

1) Kavram

Tüzük, *kurucuların dernek kurma iradelerini açıkladıkları yazılı bir belgedir.* Yeni Medenî Kanun'un (m.58) ve Dernekler Kanunu'nun (m.4) *"tüzük"* olarak isimlendirdiği bu belgeye Önceki Medenî Kanun'umuz *"nizamname"* diyordu: "Her cemiyetin bir nizamnamesi vardır" (m.53/II). Uygulamada bu belgeye bazen "ana nizamname", bazen "dernek statüsü" denildiği de olmaktadır.

---

(13) Bk.yuk. İkinci Bölüm, sh.556, dn.7'de anılan yazarlar.

Tüzük, bir derneğin âdeta *anayasası* hükmündedir. Çünkü derneğin amacı, çalışma konuları ve faaliyet alanı, örgütü, üyeleri ile olan ilişkileri, yönetim merkezi ve gelir kaynakları, iç denetimi ve tasfiyesi gibi önemli ve temel hususların hepsi daha dernek kurulurken tüzükle belirlenmiş olur.

2) Tüzüğün İçeriği

Medenî Kanun'a göre her derneğin tüzüğünde derneğin adının, amacının, yerleşim yerinin, kurucularının, gelir kaynaklarının, üyelik şartlarının, organları ve örgütü ile geçici yönetim kurulunun gösterilmiş olması zorunludur (m.58/II). Dernek tüzüğü, kanunun emredici hükümlerine aykırı olamaz (MK. m.58/III). Derneğin tüzüğünde düzenlenmemiş konularda ortaya çıkan boşluk Medenî Kanun hükümleriyle doldurulur (MK. m.58/IV).

Dernekler Kanunu'nun 4 üncü maddesine göre de her derneğin bir tüzüğü vardır ve bu tüzükte maddede alt alta sayılan on iki husus hakkında açık hükümlerin bulunması zorunludur. Derneğin tüzüğünde mutlaka bulunması gereken, yani zorunlu olan hususlar oniki bent hâlinde aşağıdaki gibi belirtilmiştir:

a) Derneğin adı ve merkezi,

b) Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri ile faaliyet alanı,

c) Derneğe üye olma ve üyelikten çıkmanın şart ve şekilleri,

d) Genel kurulun toplanma şekli ve zamanı,

e) Genel kurulun görevleri, yetkileri, oy kullanma ve karar alma usul ve şekilleri,

f) Yönetim ve denetim kurullarının görev ve yetkileri, ne suretle seçileceği, asıl ve yedek üye sayısı,

g) Derneğin şubesinin bulunup bulunmayacağı, bulunacak ise şubelerin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri ile dernek genel kurulunda nasıl temsil edileceği,

h) Üyelerin ödeyecekleri giriş ve yıllık aidat (ödenti) miktarının belirlenme şekli,

ı) Derneğin borçlanma usulleri,

j) Derneğin iç denetim şekilleri,

k) Tüzüğün ne şekilde değiştirileceği,

l) Derneğin feshi hâlinde mal varlığının tasfiye şekli[14].

Dernekler Kanunu'nun saymış olduğu yukarıdaki konulardan pek çoğu hakkında, Medenî Kanunda düzenleyici hükümler mevcut olduğuna göre, kurucuları bunları ayrıca tüzükte mutlaka göstermeye zorlamanın ne dereceye kadar doğru olduğu şüphelidir.

Yukarıda on iki bent hâlinde belirtilen konular, tüzükte bulunması gereken asgarî (en az) kayıtlardır. Her dernek, Medenî Kanun'un ve Dernekler Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı düşmemek şartıyla, tüzüğüne bünyesine uygun başka hükümler de koyabilir.

Kurucuların, kurmuş oldukları derneğin adını serbestçe belirleme hakları vardır. Ancak, Dernekler Kanunu bu konuda bir kısıtlama getiriyor. Nitekim Kanun'un "Dernek Adları" kenar başlığını taşıyan 28 inci maddesine göre, "Dernek adlarında Türk, Türkiye, Millî, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimeler İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılabilir".

Dernekler Kanunu öte yandan derneklere bazı ad ve işaretleri kullanma yasağı da getirmiştir. Nitekim Kanun'un 29 uncu maddesi uyarınca, "Derneklerin, mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış veya feshedilmiş bir siyasî partinin, bir sendikanın veya üst kuruluşun, bir derneğin veya üst kuruluşun adını, amblemini, rumuzunu, rozetini ve benzeri işaretleri ya da başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk Devletlerine ait bayrak, amblem ve flâmaları kullanmaları yasaktır".

3) Tüzüğün Emredici Hükümlere Uymamasının Yaptırımı

Dernek tüzüğünün Dernekler Kanunu'nun 4 üncü maddesinde oniki bent hâlinde sayılan zorunlu konuları içermemiş olmasının yaptırımı, Medenî Kanun'un 60 ıncı maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

Dernekler kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirine verirler (MK.m.59).

---

(14) MK. m.53 hükmü karşısında bu bent fuzulîdir. Zira Medenî Kanun tasfiyenin nasıl yapılacağını açıklamıştır. Dernekler Kanunu bu hükmüyle herhâlde tasfiyeden sonra kalan net (safi) malvarlığını özgüleme (tahsis) biçimini kastetmek istiyor.

Kuruluş bildirimi, dernek tüzüğü ve ilgili belgelerin doğruluğu en büyük mülkî idare amiri tarafından bizzat veya sivil toplumla ilişkiler birimlerine yetki verilmek suretiyle altmış gün içinde dosya üzerinden incelenir (MK. m.60/I, DY.m.6). Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukukî durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlık saptandığı takdirde, bunların giderilmesi veya tamamlanması derhal kuruculardan istenir. Bu istemin tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde[15] belirtilen noksanlıklar tamamlanmaz veya kanuna aykırılıklar giderilmezse, en büyük mülkî amir, yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin feshi konusunda dava açması için durumu C. Savcılığına bildirir. C. savcısı mahkemeden derneğin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesini de isteyebilir (MK. m.60/II). Bu konuda yetkili ve görevli mahkeme, derneğin yerleşim yerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesidir.

Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve belgelerde kanuna aykırılık veya noksanlık bulunmaz veya otuz günlük süre içinde kanuna aykırılıklar giderilmiş ve noksanlıklar tamamlanmış olursa, kuruluş bildirimini ve tüzüğü inceleyen makam durumu yazı ile derhal derneğe bildirir ve dernek, dernekler kütüğüne kaydedilir (MK. m.60/III).

Görüldüğü üzere tüzükte ve kuruluş bildiriminde, kanunda istenilen emredici hususlara uyulmamış olması durumunda, kanun koyucu hemen mahkemeden derneğin feshinin istenmesi yoluna gitmeyerek, aykırılıkların giderilmesi ve noksanlıkların tamamlanması için kuruculara, daha doğrusu "geçici yönetim kurulu"na *otuz günlük bir süre tanımaktadır*. Ancak bu süre içerisinde istenilenler yerine getirilmediği takdirdedir ki, derneğin mahkeme yoluyla dağıtılması (feshedilmesi, kapatılması) yoluna gidilebilecektir. Kanun koyucu bu hükümle tüzüğünde emredici hükümlere aykırılık bulunmasından dolayı derneği hemen hükümsüz saymayı uygun görmemiş olmaktadır.

Hata ve noksanlıkların giderilmesi konusunda Dernekler Kanunu'nda da bir düzenleme vardır. Nitekim Kanun'un 17 nci maddesine göre, "derneklerin iş ve işlemlerinde, bu Kanun ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile bunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerin hükümlerine aykırılık tespit edilmesi halinde, konusu suç teşkil etmeyen hata ve noksanlıkların

---

(15) Otuz günlük süre hak düşürücü süredir. Buna uymama derneğin feshi sonucunu doğurur: 2. HD. 25.10.1999, 9112/11220, Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.105, 15.2.2000, sh.59.

mülkî idare amirinin yazılı istemi üzerine, ilgili dernek tarafından otuz gün içerisinde giderilmesi zorunludur".

Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve belgelerde kanuna aykırılık veya noksanlıklar bulunmaz veya kanuna aykırılık ve noksanlıklar belli sürede giderilmiş bulunursa, kuruluş bildirisini inceleyen makam durumu derhal yazı ile derneğe bildirir ve dernek, dernekler kütüğüne kaydedilir (MK. m.60/III).

Buna karşılık, yeni Dernekler Kanunu tüzüğün ilân edilmesine ilişkin bir hüküm içermediği gibi, 62 C maddesiyle de Medenî Kanun'un bu konuyu düzenleyen 61 inci maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Böylece tüzüğün bir gazetede yayımlanması zorunluluğu ortadan kalkmış, dernek kuranlar da ağır bir malî yükten kurtarılmış olmaktadır.

4) Tüzüğün Değiştirilmesi

Dernek tüzüğünde ihtiyaç duyulması hâlinde değişiklikler yapılması mümkündür; mevcut hükümler değiştirilebileceği gibi, tüzüğe yeni hükümler de eklenebilir. Ancak, bu değişiklik ve eklemelerin yetkili kurul tarafından yapılması şart olduğu gibi, hukuka ve emredici kurallara aykırı olmaması da gerekir. .

Tüzükte değişiklik yapma hakkı ve yetkisi, sadece derneğin *genel kuruluna* tanınmıştır. Medenî Kanun'un 78 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, genel kurulun değişiklik kararı verebilmesi için gerekli olan *toplantı yetersayısının (nisabının) üçte iki olması şarttır*. Bu yetersayıyla toplanan genel kurul, tüzük değişikliğine ancak toplantıya katılanların *üçte iki çoğunluğuyla karar verebilir* (MK. m.81).

Dernek tüzüğünde yapılan değişikliğin hukuka veya tüzük hükümlerine aykırı olması hâlinde, değişiklik kararına katılmayan üyelerin, genel kurulda alınan bu karara karşı itirazda bulunma hakları vardır. Toplantıda hazır bulunup da değişiklik kararına olumlu oy vermemiş bulunan bir üye, karar tarihinden itibaren *bir ay içinde;* toplantıda hazır bulunmayan her üye, kararı öğrenmesinden itibaren *bir ay içinde* ve herhâlde karar tarihinden itibaren *üç ay içinde* MK. m.83 hükmüne dayanarak mahkemeye başvurmak suretiyle *kararın iptalini isteyebilir.*

B) DERNEK KURMA İŞLEMİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ

En az yedi gerçek veya tüzel kişinin ortak bir amaç etrafında toplanarak kendilerinden ayrı bir dernek tüzel kişisini meydana getirme hususundaki irade açıklamaları, *"dernek kurma işlemi"*ni oluşturur. Bu işlem, "çok taraflı olan bir hukukî işlem"dir. Çok taraflı olması itibariyle acaba bu işlem sözleşme midir?

Sözleşme (akit), iki veya daha çok kimsenin belirli ve aynı olan bir hukukî sonucun elde edilmesini sağlamak maksadıyla iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun surette açıklamalarıyla kurulan (meydana gelen) çok taraflı bir hukukî işlemdir. Her sözleşmede mutlaka belirli ve aynı olan hukukî sonucu elde etmek maksadıyla hareket eden ve fakat karşıt (zıt) menfaatler güden i k i t a r a f vardır ve bunlar birbirleri karşısında "alacaklı" ve "borçlu" durumundadırlar.

Oysa dernek kurma hususunda irade açıklamasında bulunan kurucuların durumu bundan tamamen farklıdır. Gerçekten kurucular, taraf olarak karşı karşıya bulunmadıkları gibi, karşıt menfaatlerle de hareket etmezler. Tam aksine, iradelerini aralarında ortak olan bir menfaat veya amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere hep birlikte ortaklaşa hareket etmek emeliyle açıklarlar. 'Taraf olarak karşı karşıya bulunmayan ve fakat bir arada bir taraf teşkil eden (oluşturan) müteaddit şahısların (birden çok kişilerin) müştereken irade beyanında (açıklamasında) bulunmaları" sonucunda meydana gelen hukukî işleme *"ortak hukukî işlem"* (Gesamtakt) adı verilir[16]. Dernek kurma iradesi de mahiyeti itibariyle işte böyle bir ***ortak hukukî işlemdir***[17]. Zira dernek kurma iradesi, karşılıklı ve birbirine karşıt iradelerden değil, fakat birbiriyle aynı yönde olmak üzere açıklanan ve ortak bir noktada toplanan iradelerin bir araya gelmesi suretiyle gerçekleşmiş olur. Bütün bunlar dernek kurma işleminin bir sözleşme mahiyetinde olmadığını gösterir[18]. Dernek kurma işleminin bu mahiyeti, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin hükümlerinden hepsinin bu işlem hakkında da uygulanmasına engel olur.

---

(16) **Schwarz,** Borçlar Hukuku, sh.171.

(17) Aynı anlamda **Pestalozzi, Ernst:** Der Begriff des Idealen Vereins, Zürich 1952, sh.21; **von Tuhr:** Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. l, Leipzig 1910, sh.476 vd.; **Zevkliler,** sh.568; **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.141; **Akünal,** sh.64. Ayrıca bk. **Serozan**, sh.56/57: "Dernek kurma sözleşmesi, belirli bir statü yaratan, kurucu üyelerini çoğunluk iradesine tabi kılan, sonradan katılacak kişiler de dahil olmak üzere tüm üyelere bir dizi hak sağlayıp yüküm yükleyen kapsamlı etkili, sosyal boyutlu birleşme ve örgütlenme sözleşmesidir."

(18) Sözleşmelerden farkı hakkında bk. **Arslanlı, Halil:** Kollektif ve Komandit Şirketler. I.Kısım, İstanbul 1956, sh.38 vd.

Bazı yazarlar dernek kurma işlemini "kendine özgü sözleşme"[19] bazıları da "adî ortaklık sözleşmesi"[20] olarak nitelendirmektedirler.

III- AMAÇ

A) KAVRAM

Dernek, belirli ve ortak manevî bir amacın gerçekleştirilmesini sağlamak üzere yedi ve daha çok gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve faaliyetlerini birleştirmeleri sonucunda meydana gelen bir tüzel kişiliktir. Kurucuları bir araya getiren ve onları kendilerinden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişi yaratmaya yönelten etken, aralarındaki bu ortak menfaat, yani a m a ç tır.

Derneklerde ***amaç,*** *kurucuların ve derneğe sonradan katılan tüm üyelerin üzerinde birleştikleri ve hep birlikte ulaşmaya çalıştıkları ortak hedeftir*. Amaç, kurucuların ve üyelerin iradelerinin, üzerinde birleştiği ve hepsi arasında ortak olan fikrî menfaattir[21]. Amaç, derneğin kuruluşunda olduğu kadar, yaşamasını sürdürmesi üzerinde de etkili olan ve hukuk açısından büyük önem taşıyan bir kavramdır.

Amaç, dernekler ile şirketleri birbirlerinden ayırmak bakımından da önemlidir. Amaç, aynı zamanda derneklerin fiil ehliyetinin sınırlarını da belirler. Ve nihayet amaç, tüzel kişilerin mahkeme kararıyla dağıtılabilmesi (feshedilebilmesi) üzerinde de etkili olur[22].

B) MANEVÎ AMAÇ

Dernekler manevî amaçlar güden kişi topluluklarıdır. Gerek Medenî Kanun gerek Dernekler Kanunu derneklerin ancak manevî amaçlarla kurulabileceğini olumsuz bir surette ifade ederler. Gerçekten, Medenî Kanun'un 56 ve Dernekler Kanunu'nun 2/a maddeleri *"kazanç paylaşma dışında"* bir amaç güden derneklerden söz ederler [23]. Her iki kanunun da belirtmek istedikleri husus, *iktisadî amaçlarla dernek kurulamaya-*

---

(19) **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1985, sh.115; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, B, 5, İstanbul 1994, sh.269; **Ergin,** sh. 27.

(20) **Dural-Öğüz,** sh. 258.

(21) **Velidedeoğlu, H.V.** - **Ataay, A.**: Cemiyetler Hukuku, sh.44.

(22) Bütün bu sorunlar hakkında ilgili bahislerde etraflı bilgi verilmiş olduğu için, burada sadece değinilmekle yetinilmiştir.

(23) İktisadî amaç kavramı hakkında bk. yuk. Üçüncü Kısım, sh.537.

cağıdır. İktisadî amaçlar güden korporasyonların (kişi topluluklarının) şirket şeklinde kurulması gerekir. Şirketler ancak tescil edilmekle kişilik kazanırlar.

Manevî amaç, üyelerin manevî menfaatlerini, manevî ihtiyaçlarını sağlayacak ya da gerçekleştirecek olan amaçtır. Bununla beraber manevî amacı, sadece üyelerin manevî ihtiyaçlarını veya menfaatlerini sağlayacak amaçlar şeklinde anlamak da doğru olmaz. Çünkü kamunun manevî ihtiyaçlarını sağlamak maksadıyla hareket eden kurucular da manevî bir amaç etrafında toplanıyorlar, demektir. Örneğin "okul yaptırma derneği", "kitaplık kurma derneği", "kanser araştırmaları derneği" veya "veremlileri koruma derneği" gibi dernekler kamunun menfaatlerine hizmet edici amaçlar güden derneklere örnek olarak gösterilebilir.

Bencil olmayan (altruist) maksatlarla başkalarının iktisadî menfaatlerini koruma veya başkalarına iktisadî yardımlarda bulunma amacı da manevî bir amaçtır. Yeter ki bu amaç ile başkalarına yardım etmek üzere kurulan bir dernek, üyelerine veya bizzat kendisine birtakım iktisadî menfaatler sağlamakta olmasın. Hayır derneklerinin büyük bir çoğunluğu böyle altruist (bencil olmayan, diğergâm) maksatlarla başkalarına iktisadî menfaatler sağlamaya çalışan derneklerdir: "Düşkünleri koruma derneği", "yoksullara yardım derneği", "şehri güzelleştirme derneği", "fakir öğrencileri okutma derneği" ve "çevreyi koruma derneği" gibi derneklerin amacı, hep böyledir.

Dernek üyelerini de kapsamak olmak üzere, az çok büyükçe bir topluluğun kazanç paylaşmak dışındaki iktisadî menfaatlerini koruma amacı da, manevî bir amaç olarak görülmelidir. Zira böyle amaçlarla kurulan dernekler, üyelerinin malvarlıklarında fiilî bir çoğalma meydana getirmek veya bir azalmayı önlemek maksadı olmaksızın onların da mensup bulundukları belirli bir topluluğun iktisadî menfaatlerini korurlar. Örneğin "ev sahiplerinin haklarını koruma derneği" veya "kiracılar derneği", böyle bir amaç güden dernekler olduğu gibi, sendikalarda da durum böyledir[(24)].

Önceki Medenî Kanun'un 53 üncü maddesinde örnek olarak bazı manevî amaçlar sayılmıştı: "Siyasî, dinî, ilmî, bedii, hayrî dernekler ile eğlence ve idman dernekleri ve asıl amacı iktisadî olmayan diğer derneklerden" söz edilmek suretiyle de bu sayışın sınırlı (tahdidî) olmadığı vurgulanmak istenmişti. Yeni Medenî Kanunda buna benzer bir hüküm yoktur.

---

(24) Manevî amaç hakkında geniş bilgi için bk. **Specker, Christian:** Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson, Zürich 1948, sh.50 vd.

Ö z e t olarak denilebilir ki, dernekler kendilerine veya üyelerine malvarlıksal (mamelekî) menfaatler sağlamanın dışında kalan her türlü amaçlarla kurulabilirler. Bu amaçlar, hayır işlemeye, bilime, tıbba, güzel sanatlara, eğlenceye ve spora ilişkin amaçlar olabileceği gibi, kamunun çıkarlarıyla ilgili amaçlar da olabilir. Hukukun emredici hükümlerine ve ahlâk kurallarına aykırı olmayan her türlü manevî amaçlar, dernek kurulmasına elverişlidir.

C) YASAK AMAÇLAR

Kanunların emredici hükümleri bazen açıkça, bazen de örtülü olarak her istenilen amaçla dernek kurma hürriyetine sınır koyarlar. Böyle bir sınırlama, kamu hukuku karakterli kanunlardan gelebileceği gibi, özel hukuk karakterli kanunlarla da getirilebilir.

Medenî Kanun ne gibi amaçlarla dernek kurulamayacağını genel olarak m. 56/II hükmünde ifade etmiştir. Buna göre, *"Hukuka veya ahlâka aykırı amaçlarla **dernek kurulamaz**."* Kanun ayrıca "*Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan bir dernek **tüzel kişilik kazanamaz**"* diyen m.47/II hükmüyle de adeta bunun yaptırımını açıklamıştır.

Anayasamız, 33 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasıyla derneklerin "siyasî amaç güdemeyeceklerini ve siyasî faaliyette bulunamayacaklarını" düzenlemişti. Ancak, bu fıkra hükmü Anayasada yapılan değişiklik sırasında 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu, "Kurulması Yasak Olan Dernekler" kenar başlığını taşıyan 5 inci maddesinde "Anayasanın başlangıç kısmında belirtilen temel ilkelere aykırı olarak dernek kurulamaz" dedikten sonra on iki bent hâlinde kurulması yasak olan dernekleri, daha doğru ifadeyle yasaklanmış olan amaçları belirlemişti. Bunlardan bazıları daha sonraları 3713 sayılı Kanunla kaldırılmıştı.

Yeni Dernekler Kanunu ise 2 nci maddesinde "*kanunlarla yasaklanmamış amaçlardan*" söz ettikten sonra, 30 uncu maddesinin (b) bendinde "*Dernekler, Anayasa ve kanunla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz*" hükmüne yer vermiş, fakat bu amaç ve fiilleri tek tek saymamıştır. Medenî Kanun da aynı yolu izlemiştir.

D) AMAÇTA TEKLİK

Dernekler, üyeleri arasındaki belirli ve ortak manevî bir amacın gerçekleşmesini sağlamak üzere kurulurlar; *"amaç-kişi"* oldukları içindir ki, ilke olarak belirli ve t e k bir amaçla kurulmalıdırlar. Derneklerde amacın tek olması kanaatimizce onların bünyesine de uygundur. Esasen Medenî Kanunda derneklerin birden çok amaçlarla kurulmasını önleyen bir hüküm mevcut değildir. Fakat Kanunda kullanılan ifadelerden, örneğin *"belirli bir amaçtan"* söz eden 56 inci maddeden, açık olmasa bile örtülü olarak derneklerin bir tek amaca sahip olmaları gerektiği sonucu çıkmaktadır. Aynı sonuca, Dernekler Kanunu'nun "*derneğin amacı ve **bu amacı*** (amaçları değil) gerçekleştirmek"ten söz eden 4 üncü maddesinin (b) bendi hükümlerinden de varılabilir.

E) BELİRLİ AMAÇLAR

Dernekler Kanunu bazı derneklerin hangi amaçla kurulabileceğini bizzat belirtmiştir. Nitekim Kanun'un 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, *çocuk dernekleri* "küçüklerin toplumsal, ruhsal, ahlakî, bedensel ve zihinsel yetenekleri ile spor, eğitim ve öğretim haklarını, sosyal ve kültürel varlıklarını, aile yapısını ve özel yaşantılarını korumak ve geliştirmek amacıyla" kurulabilir.

Önceki Dernekler Kanunu, 38 inci maddesinde yükseköğretim kurumlarına kayıtlı öğrencilerin kurabilecekleri *"öğrenci dernekleri"*nin, 39 uncu maddesinde ise, "*kamu hizmeti görevlileri*"nin kurabilecekleri derneklerin amaçlarının ne olması gerektiğini açıkça belirtmiş ve söz konusu derneklerin belirtilen bu amaç dışında başka bir amaçla kurulamayacaklarını öngörmüştü.

Yeni Dernekler Kanunu, yukarıda açıkladığımız "çocuk dernekleri" dışında kurulacak derneklerin hangi amaçla kurulabileceğine ilişkin hiçbir hüküm içermemektedir.

F) AMACIN DEĞİŞTİRİLMESİ

Her dernek belirli ve ortak manevî bir amacı gerçekleştirmek maksadıyla kurulur. Amaç, bütün üyelerin içtenlikle benimsedikleri ve ulaşılması için büyük ölçüde severek uğraş verdikleri bir hedeftir; zaten üyeler derneğe bu düşünceyle katılmışlardır. Amaç, derneğin hukukî mahiyetini, faaliyet alanını, fiil ehliyetinin kapsamını belirler. Bu itibarla amacın değiştirilmesi, sonuçta derneğin mahiyetinin değiştirilmesi anlamına

gelir[25]. Bu açıdan bakıldığında, *amacın her istenilen anda ve kolayca değiştirilmemesi gerekir*. Ancak, değişen hâl ve şartlar, yeni oluşumlar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar, bazen amacın değiştirilmesi gereğini, hatta zorunluluğunu ortaya çıkarabilir.

Amacın değiştirilmesi, *ancak tüzüğün değiştirilmesi yoluyla* gerçekleşebilir. Bunun için de fikrimizce genel kurulda *bütün üyelerin oy birliğiyle karar alınması* gerekir[26]. Bu husus Alman Medenî Kanunu'nun açıkça öngördüğü yöntem biçimidir (§ 33). Bizce aynı yöntem Türk hukuku için de geçerli olmalıdır.

Amacın değiştirilmesini uygun bulmayan bir üye, MK. m.66 hükmünden yararlanarak dernekten ayrılma yoluna gidebileceği gibi, MK. m.83 hükmüne dayanmak suretiyle, genel kurulda alınmış olan amaç değişikliği kararının iptal edilmesi için mahkemede dava açma yolunu da yeğleyebilir.

G) DERNEKLERDE KONU

Derneklerde k o n u deyimiyle *bir derneğin, amacını gerçekleştirebilmek ve asıl hedefine ulaşabilmek için başvuracağı araçlar, yani derneği son hedefine ulaştırmayı sağlayacak faaliyetler ifade edilmek istenir.* Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, dernekler tek bir amaç için kurulabilirler, fakat bu amaca ulaşmak için birden çok konu ile uğraşabilir, çok çeşitli faaliyetlerde bulunabilirler. Örneğin "Kitap Sevenler Derneği" adıyla kurulmuş olan bir derneğin amacı, herkese kitap sevgisini ve kitap okuma alışkanlığını kazandırmaktır. Derneğin tek amacı budur. Dernek bu amaca ulaşmak üzere bir kitaplık kurabilir, okullara kitap bağışında bulunabilir, kitap okumanın yararları konusunda konferanslar ve açık oturumlar düzenleyebilir, filmler hazırlatabilir, hatta ucuz kitap satmak üzere bir basım ve yayınevi dahi kurabilir. Bütün bunlar derneğin, amacına ulaşmak için plânlı biçimde yürüteceği faaliyetleri, uğraş vereceği konuları, yani kendisini amacına ulaştıracak araçları göstermesi itibariyle *derneğin konusunu* oluşturur.

Önceki Medenî Kanun'umuz derneklerde konu sorunu üzerinde durmamış ve bu hususta herhangi bir hüküm de koymamıştı. Buna karşılık Önceki Dernekler Kanunu, derneklerde konu sorununa büyük önem vermişti. Nitekim amacını gerçekleştirebilmek için dernekçe sürdürülecek

---

(25) **Egger-Çernis,** sh. 128.

(26) Aynı görüş **Dural-Öğüz,** sh.272; **Akünal,** sh.57; **Özsunay,** sh.168.

çalışma konularının ve çalışma biçimlerinin tüzükte mutlaka gösterilmesini aradığı gibi (m.8 b.2), bazı konularda faaliyet göstermeyi yasaklamış, bazı konulardaki faaliyetleri ise izin alma şartına bağlamıştı.

Yeni Medenî Kanun bu konuya 90 ıncı maddesiyle değinmektedir. Buna göre, "Dernekler, gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirtilen *çalışma konuları ve biçimleri* doğrultusunda faaliyette bulunurlar. Yasaklanan veya izne bağlı faaliyetlerle ilgili kamu hukuku nitelikli özel kanun hükümleri saklıdır." Yeni Dernekler Kanunu da derneklerde konu sorununa büyük önem vererek amacını gerçekleştirebilmek için derneğin sürdüreceği çalışma konularının ve çalışma biçimlerinin tüzükte mutlaka gösterilmesini istemiştir (m.4 b). Şimdi bu hususları kısaca ele alarak açıklayacağız.

1) Yasaklanmış Konular[27]

Yasak olan faaliyetler Dernekler Kanunu'nun çeşitli maddelerinde yer almış olduğu gibi, Kanun Beşinci Bölümü içinde *"Yasak Faaliyetler"* kenar başlığını taşıyan 30 uncu maddesinde de bir düzenleme yapmıştır. Şöyle ki:

a) Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere yapılacağı belirtilen çalışma biçimleri ve konuları dışında faaliyette bulunamazlar (m.30 a).

b) Dernekler askerliğe, millî savuma ve genel kolluk hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim faaliyetlerinde bulunamaz, bu amaçları gerçekleştirmek üzere kamp ve eğitim yerleri açamazlar. Üyeleri için özel kıyafet ve üniforma kullanamazlar (m. 30 c).

c) Derneklerin mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış veya feshedilmiş bir siyasî partinin, bir sendikanı veya üst kuruluşun, bir dernek veya üst kuruluşun adını, amblemini, rumuzunu, rozetini ve benzeri işaretleri ya da başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait bayrak, amblem ve flâmaları kullanmaları yasaktır (m.29).

---

(27) Anayasamız 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında, "Dernekler 13 üncü maddedeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasî amaç güdemezler, siyasî faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremez ve onlara destek olamazlar, sendikalarla kamu kurum niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemezler" demek suretiyle belli konularla ilgili bir yasaklama getirmişti. Ancak, sözü geçen fıkra hükmü Anayasa değişiklikleri sırasında 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun'un 2 nci maddesiyle 33 üncü maddenin metninden çıkarıldı ve böylece derneklerin bu konularda faaliyette bulunamamasına ilişkin yasak da kalkmış oldu.

d) Dernekler, defterlerinde ve kâğıtlarında ve Türkiye Cumhuriyeti'nin resmî kurumlarıyla yazışmalarında Türkçe kullanırlar (m.31).

Hemen belirtelim ki, yeni Dernekler Kanunu yürürlükten kalkmış bulunan 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu'nun 37, 38, 40, 42 ve 44 üncü maddeleriyle pek çok faaliyetleri yasaklamış olmasını benimsememiş, yasak faaliyetlerin alanını büyük ölçüde daraltmıştır. Bu da yeni Kanun'un Önceki Dernekler Kanunu'na oranla ne denli özgürlükçü ve liberal olduğunu gösteriyor.

2) İzne Bağlanmış Konular

Dernekler Kanunu'nun 26 ncı maddesine göre, "Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt, pansiyon; üyeleri için lokal açmaları ve lokallerinde alkollü içki kullanılması ile bu tesislerin işletilmesi mülkî idare amirinden izin almalarına bağlıdır. Bu tesislerin açılması, işletilmesi ve kapatılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir"[28].

Maddede yollama yapılan yönetmelik 31.3.2005 tarihli *Dernekler Yönetmeliği*dir. Bu Yönetmeliğin 56 ncı maddesine göre ***lokal***, dernek üyelerinin sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere mülkî idare amirinin *izniyle açılan* tesistir. Dernekler, başka bir dernek, gerçek veya tüzel kişi ile ortaklaşa lokal açamaz. Federasyon ve konfederasyonlar hariç, bir derneğin lokal açabilmesi için en az bir yıldan beri faaliyette bulunması şarttır. Çocuk dernekleri lokal açamaz. Yönetmelik, hangi yerlerde lokal açılmasına izin verilemeyeceğini ise 57 nci maddesinde sekiz bent hâlinde belirtmektedir. Yönetmelik lokallerle ilgili olmak üzere onaltı madde içeriyor ve 70 inci maddesinde de izinsiz olarak açılan veya izni iptal edildiği hâlde işletilen veya geçici olarak faaliyetten men edildiği hâlde süresinden önce açılan lokallerin kolluk kuvvetlerince kapatılacağını belirtiyor. Bu da İdarenin lokallere ne derece önem verdiğini göstermektedir.

3) Ticarî Konular

Dernekler ancak manevî amaçlarla kurulabilirler; ticarî ya da iktisadî amaçla dernek kurulması mümkün değildir. Bununla beraber Medenî Kanun, derneklerin kendi manevî amaçlarını gerçekleştirmek üzere *"ticarî bir konu ile uğraşmalarına",* daha doğru deyişle *"ticarî işletme işletmeleri-*

---

(28) Anayasa Mahkemesi'nin 16/12/2021 tarihli ve E.:2021/59, K.:2021/90 sayılı Kararı ile bu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "… işletilmesi ve kapatılmasına…" ibaresi iptal edilmiştir. Bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

ne" engel olmaz. Derneğin böyle bir ticarî konuyla uğraşması, kural olarak onun dernek olma niteliğini etkilemez. Pek tabiîdir ki bu sonuç, ticarî işletmenin derneğin asıl amacına oranla arka plânda ve ikinci derecede bir faaliyet oluşturduğu ve derneğin amacına ulaşmasına hizmet ettiği ölçüde böyledir.

Önceki Medenî Kanun'a göre, "amacına erişmek için ticarî şekilde icrayı sanat eden" bir derneğe düşen tek yükümlülük, kendisini tescil ettirmekten ibaretti (m.54/II); fakat tescilin nasıl ve hangi sicile yapılacağı konusunda Kanunda açıklık yoktu. Bu boşluğu Türk Ticaret Kanunu'nun 16 ıncı maddesi doldurmuştur. Sözü geçen maddeye göre, *amacına varmak için ticarî bir işletme işleten dernekler* (kamuya yararlı olanlar hariç) *tacir sayılırlar. "Her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir"* (TK. m. 40/I). Maddeden de anlaşılacağı üzere, ticaret siciline tescil edilecek olan, *derneğin kendisi değil, fakat ticarî şekilde işlettiği işletmesidir.*

Yeni Medenî Kanunda Önceki Kanun'un 54 üncü maddesindeki hükme benzer bir hüküm yoktur. Ancak, benzer bir hükme yer verilmemiş olması, kanun koyucunun derneklerin ticarî bir konuyla uğraşmasını yasaklamış olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Fikrimizce *derneklerin ticarî bir konuyla uğraşması, yeni Medenî Kanunla da yasaklanmış değildir; ticarî konu, derneğin manevî amacına ulaşmasını sağlayacak bir araç olarak kaldığı sürece, derneğin manevî amaçlı bir korporasyon olma niteliğine zarar vermez.* Örneğin "Sinema Sevenler Derneği" sinema sevgisini yaymak üzere bir sinema işletebilir; bir öğrenci derneği öğrencilere ucuz yemek sağlamak maksadıyla bir lokanta açabilir; içkiyle savaş derneği halkı alkolsüz içkilere alıştırmak maksadıyla sadece meyve suları satılan bir satış pavyonu açabilir. Bütün bu faaliyetler manevî amacın yanında ikinci derecede kalır ve derneğin asıl amacına varmak için uğraşacağı bir konu mahiyetini taşırsa, sorun yaratmaz. Fakat bu ticarî konu, dernek için gitgide önem kazanarak üyeleri için manevî amacı bir kenara itecek derecede önemsenen bir konu hâline gelirse, o zaman derneğin amacı artık fiilen kazanç paylaşma amacına dönüşmüş olur. Çünkü bu durumda manevî amaç dernek için ikinci derecede öneme sahip bir hâle gelmiş ve kazanç alanına atlamak için bir vesile olmaktan başka bir rolü kalmamış demektir. Bu takdirde ise, artık bir dernekten çok bir şirketten söz etmek daha doğru olacaktır.

İşlettiği ticarî işletme dolayısıyla tacir sayılan ve işletmesini ticaret siciline tescil ettirmiş bulunan dernek, ticarî işletmesiyle ilgili işlerde Türk Ticaret Kanunu'nun hükümlerine tâbi olur. Tacir sayıldığı içindir ki, iflâsa ilişkin hükümler dernek hakkında da uygulanır.

H) ULUSLARARASI FAALİYET

Önceki Dernekler Kanunu uluslararası beraberlik ve işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde *uluslararası faaliyette bulunma amacını güden* derneklerin kurulmasını, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunun izin vermesine tâbi tutmuştu (m.11 b.1). Türkiye'de kurulan derneklerin yurt dışındaki faaliyetlerine ilişkin 11 inci madde hükmü ile yurt dışında kurulan derneklerin Türkiye'deki faaliyetlerini düzenleyen 12 nci madde hükmü, 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanun'un 7D maddesiyle yürürlükten kaldırılınca[29] Dernekler Kanunu'nda uluslararası faaliyetler konusunda bir boşluk doğmuş oldu.

Ancak kanun koyucu, aradan henüz altı ay bile geçmeden, yürürlükten kaldırmış olduğu 11 ve 12 nci maddeleri, herhâlde yapılan yanlışlığı tamir etmek maksadıyla olsa gerek, tekrar Dernekler Kanunu içerisinde yeniden düzenleme ihtiyacını duydu. Çünkü 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medenî Kanunu, Dernekler Kanunu'nun yürürlükten kalkan 11 ve 12 nci maddeleriyle düzenlenmiş olan *"uluslararası faaliyet"* konusunu önemli bulmuş ve Türkiye'de kurulan derneklerin yurt dışında faaliyet göstermelerine izin veren 91 inci madde ile yabancı derneklerin Türkiye'de faaliyet göstermelerine izin veren 92 nci maddeyi kaldırılan maddelere benzer şekilde yürürlüğe koymuştu.

Kanun koyucu önceki Dernekler Kanunu'nda bu yeni düzenlemeyi 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun'un[30] 3A, B maddesiyle aşağıdaki şekilde yürürlüğe koymuştu:

1) Türkiye'de Kurulan Derneklerin Yurt Dışındaki Faaliyetleri

Uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde; uluslararası faaliyette bulunma amacını güden derneklerin kurulması, bu derneklerin yurt dışında şube açması, yurt dışındaki benzer amaçlı dernek veya kuruluşlara üye olması veya bunlarla işbirliği yapması veya yurt dışında faaliyette bulunması, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak

---

(29) RG. 9.4.2002, S. 24721.

(30) RG. 9.8.2002, S. 24841.

suretiyle, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır.

Yurt dışındaki bir dernek ve kuruluşa üye olmak ya da bunlarla işbirliğinde bulunmak isteyen dernek veya üst kuruluş, bu dernek veya kuruluşun statüsünün Türkçeye çevrilmiş noterden onaylı iki örneğini İçişleri Bakanlığına vermekle yükümlüdür.

Türkiye'deki derneklerin üye olduğu veya işbirliği yaptığı yabancı dernek veya kuruluşların kanunlarımıza ve millî menfaatlerimize aykırı faaliyetlerde bulunması hâlinde, Türkiye'de kurulmuş derneğin, bu yabancı dernek veya kuruluşlarla olan ilişkilerine Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla son verilir (m.11).

2) Yurt Dışında Kurulan Derneklerin Türkiye'deki Faaliyetleri

Yurt dışında kurulan derneklerin, uluslararasında işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde ve karşılıklı olmak koşuluyla, kültürel, ekonomik, teknik, sportif ve bilimsel konularda bilgi veya teknolojilerinden yararlanılmak üzere; Türkiye'de şube açmalarına, Türkiye'de kurulmuş bulunan derneklere üye olmalarına veya bunlarla işbirliği yapmalarına, Türkiye'de faaliyette bulunmalarına, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca izin verilir.

Yukarıdaki fıkrada sözü edilen derneklerin, kanunlarımıza ve millî menfaatlerimize aykırı faaliyetlerde bulunması hâlinde, verilen iznin geri alınmasına Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir (m.12).

Bu yeni düzenleme, aradan uzunca bir zaman geçmeden 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı Kanun'un 37 nci maddesiyle tekrar yürürlükten kaldırıldı[31]. Böylece de Dernekler Kanunu'nda uluslararası faaliyetlerle ilgili düzenleme kalmadı. 4778 sayılı Kanun, 34 ve 35 inci maddeleriyle Medenî Kanun'un uluslararası faaliyeti düzenleyen 91 ve 92 nci maddelerini de aşağıdaki şekilde değiştirdi:

Madde 91- Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, uluslararası faaliyette *ve işbirliğinde* bulunabilirler, yurt dışında şube açabilirler *ve yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara üye olarak katılabilirler.*

(Maddenin bu faaliyetler için Bakanlar Kurulunun iznini gerekli gören ikinci fıkrası metinden çıkarıldı.)

---

(31) RG. 11.1.2003, S. 24990.

Madde 92- Yabancı dernekler, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde ve karşılıklı olmak koşuluyla Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, *İçişleri Bakanlığının izniyle* Türkiye'de faaliyette *ve işbirliğinde* bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler *ve* kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler.

Görüleceği üzere bu değişiklik, Bakanlar Kurulunun izni yerine sadece İçişleri Bakanlığının iznini yeterli görmektedir.

Sonuç olarak belirtelim ki, **uluslararası faaliyet konusu Dernekler Kanunu'nun kapsamından çıkarılarak sadece Medenî Kanun'un düzenlemesine bırakılmış oluyordu.** Ancak, 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu'nun 23.11.2004 tarihinde yürürlüğe girmesiyle uluslararası faaliyet konusu yeniden gündeme geldi. Çünkü yeni Kanun *"Milletlerarası Faaliyet"* kenar başlığını taşıyan 5 inci maddesiyle aşağıdaki düzenlemeyi getirdi:

"Dernekler, *tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, yurt dışında temsilcilik veya şube açabilir, yurt dışında dernek veya üst kuruluş kurabilir veya yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara katılabilir.*

Yabancı dernekler, *Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye'de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilirler, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler".*

Dernekler Kanunu, 38/B maddesi hükmüyle Medenî Kanun'un 92 nci maddesinde yer alan *"uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hâllerde ve karşılıklı olmak koşuluyla"* ibaresini kaldırdı. Bu son değişiklikten sonra 92 nci madde şöyledir:

Madde 92- *Yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler.*

Uluslararası faaliyet konusunda Medenî Kanun'un 91 inci maddesindeki düzenleme ile Dernekler Kanununun 5 inci maddesindeki düzenleme arasında f a r k l ı bir durum ortaya çıktı. Şöyle ki:

Dernekler Kanunu derneklerin yurt dışında *temsilcilik açabilmelerine, dernek veya üst kuruluş kurabilmelerine* imkân tanıdığı hâlde, Medenî Kanun *sadece şube açabilmeleri* imkânını tanımakta, başka deyişle temsilcilik açma, dernek veya üst kuruluş kurma yolunu kapatmış bulunmaktadır (m.91).

Aynı farklılık yabancı derneklerle ilgili Medenî Kanun'un 92 nci maddesi ile Dernekler Kanunu'nun 5 inci maddesi arasında da ortaya çıkıyor. Nitekim Dernekler Kanunu, yabancı derneklerin Türkiye'de *temsilcilik açabilmelerine*, *dernek kurabilmelerine, kurulmuş derneklere katılabilmelerine* imkân tanıdığı hâlde, Medenî Kanun yabancı derneklere bu imkânları tanımamaktadır.

Fikrimizce bu farklı ve hatta bir anlamda çelişik durum, Dernekler Kanunu'nun özel ve daha yeni tarihli bir kanun olması sebebiyle yeğlenerek her iki farklı durumda da Dernekler Kanunu'nun 5 inci maddesinin uygulanması suretiyle giderilebilir. Kanun koyucunun Dernekler Yönetmeliğinin 26 ıncı maddesinde en son değişiklik ile getirdiği *"Yabancı ülkelerde kurulmuş dernekler, Dışişleri Bakanlığının ve gerektiğinde ilgili diğer kurumların da görüşü alınmak suretiyle, Bakanlığın izniyle Türkiye'de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler."* şeklindeki düzenleme de aynı iradeyi ortaya koymaktadır.[32].

Yabancı dernekler işbirliği yapma, temsilcilik veya şube açma, dernek veya üst kuruluş kurma, kurulan dernek veya üst kuruluşlara katılma ve Türkiye'de doğrudan faaliyette bulunma ile ilgili başvurularını İçişleri Bakanlığına gerekli form ve eklerini vererek yaparlar (DY.m.27) Ayrıca, temsilcilik veya şube açma başvurularında faaliyette veya işbirliğinde bulunma başvurularında ise örnek statüdeki bilgileri ihtiva eden ana statünün de verilmesi zorunludur. Başvurular İçişleri Bakanlığınca incelenir, varsa eksiklikleri tamamlattırılır. Dışişleri Bakanlığının ve gerektiğinde ilgili diğer kurumların da konuyla ilgili görüşü alındıktan sonra, İçişleri Bakanlığınca gerekli değerlendirme yapılır ve değerlendirmenin olumlu olması hâlinde izin türü, kapsamı ve süresi de kararda belirtilir. Temsilcilik ve şube açma, dernek kurma veya derneklere üye olma, üst kuruluş kurma veya üst kuruluşlara katılma durumlarında izin süresiz verilir. Başvuru sonuçlandığında başvuru sahibine ve ilgili valiliğe on gün içinde bildirilir. Süreli izinler en çok beş yıldır. Ancak, İçişleri Bakanlığı sürenin yetersiz olması hâlinde bu süreyi uzatabilir. Süre uzatımı istemi, sürenin dolmasından en az üç ay önce ve gerekçeli bir yazıyla yapılır (DY. m.28).

Ülkemizde faaliyetlerine izin verilen yabancı dernekler, her yılsonu itibariyle o yıl içerisindeki faaliyet ve harcamalarına ilişkin beyannameyi takip eden yılın Nisan ayı sonuna kadar verirler. Bu beyanname yabancı derneklerin, temsilcilikleri veya şubeleri tarafından kütük numarasının

(32) RG. 9.7.2020-31180.

kayıtlı olduğu valiliğe, faaliyet veya işbirliği izni verilen yabancı derneklerin yetkilileri tarafından ise yerleşim yerinin bulunduğu valiliğe verilir. Faaliyet veya işbirliği izinleri yıl içerisinde sona eren yabancı dernekler ise beyannameyi izin süresi bitiminden itibaren iki ay içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu valiliğe verirler. Bu beyannameler elektronik ortamda da verilebilir. Ayrıca, bu dernekler Türkiye'deki her türlü faaliyetlerine ilişkin yazılı ve görsel yayınlarının bir örneğini, istenmesi durumunda kütük numarasının kayıtlı olduğu mülki idare amirliğine gönderirler (DY. m.29).

Yabancı dernekler, Türkiye'deki faaliyetlerinde derneklerin tâbi olduğu mevzuat hükümlerine tâbidirler (DY. m.26/II).

İ) KAMU YARARINA ÇALIŞAN DERNEKLER

Manevî amaçla kurulmuş olan derneklerin amaçlarının gerçekleşmesinden, belli bir ölçüde kamunun da yarar sağlaması söz konusudur. Örneğin bir ilçenin güzelleştirilmesi amacıyla kurulmuş olan bir derneğin bu yoldaki çalışmalarından ve sonuca ulaşmasından o ilçede yaşayan insanlar belli ölçüde maddî veya manevî bir yarar görürler. Ancak, manevî amaçla kurulmuş olan her dernek, Dernekler Kanunu'nun deyimiyle "kamu yararına çalışan dernek" veya "kamuya yararlı dernek" olarak nitelendirilemez.

Dernekler Kanunu, bir derneğin kamu yararına çalışan dernek olarak nitelendirilmesini iki şarta bağlamıştır. Bunlardan birincisi, derneğin *en az bir yıldan beri faaliyette bulunması*, diğeri ise derneğin *amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olmasıdır* (m.27/I). Bununla beraber, aranılan bu iki şarttan ikisine de sahip olmak, bir derneğe hemen kamu yararına çalışan dernek statüsünü kazandırmaz. Zira böyle bir statüye sahip olabilmek, birtakım işlemlerin yapılmasına ve sonuçta Cumhurbaşkanının karar vermesine bağlıdır.

Kamu yararına çalışan dernekler Hazine ve Maliye Bakanlığının ve varsa ilgili bakanlıkların görüşü üzerine, Bakanlığın teklifi ve Cumhurbaşkanı kararıyla tespit edilir. (DY.m.48) Kamu yararına çalışan dernek statüsünün kazanılması, kaybedilmesi ve gerekli belgeler ile diğer esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir (DK. m.27). Kanun'un yollama yaptığı yönetmelik 31.3.2005 tarihli Dernekler Yönetmeliğidir. Bu Yönetmelik, kamu yararına çalışan dernek sayılabilmek için aranacak şartlar, istenen belgeler, başvurunun değerlendirilmesi ve kazanılan kamu yararına çalışan dernek statüsünün kaybedilmesi konularını düzenlemektedir. Yönetmeliğin 49 uncu maddesine göre, bir derneğin kamu yararına çalışan dernek sayılabilmesi için derneğin;

a) en az bir yıldan beri faaliyette bulunması,

b) son bir yıl içinde … yılı için belirlenen … YTL.yi geçen alım ve satım işlemlerini rekabet şartlarına uygun olarak yapması,

c) amacı ve gerçekleştirdiği faaliyetlerin, üyelerinin dışında yerel ulusal veya uluslararası düzeyde toplumun ihtiyaç ve sorunlarına yönelik çözümler üretecek ve toplumsal gelişmeye katkı sağlayacak nitelikte olması,

d) yıl içinde elde ettiği gelirin en az yarısının bu amaçla harcanması,

e) sahip olduğu mal varlığının ve yıllık gelirinin tüzüğünde belirtilen amacı gerçekleştirecek düzeyde olması gerekir.

Bu nitelikleri taşımadığı tespit edilen dernekler, kamu yararı kararı için, bu tespitin yapıldığı tarihten itibaren üç yıl geçmeden yeniden başvuramazlar.

Kamu yararına çalışan derneklere yardım toplama, vergi bağışıklığı, işlettiği ticarî işletmeyi ticaret siciline tescil ettirmeme gibi birtakım ayrıcalıklar tanınmış, buna karşılık bu dernekler çok ciddî kontrol ve denetime de tâbi tutulmuşlardır. Nitekim kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, hapis cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi hâlinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir[33]. Görevden uzaklaştırılma kararının derneğe bildirilmesiyle eş zamanlı olarak, dernek merkezinin bulunduğu ilin valisi, görevden uzaklaştırılan organların yerine, merkezin bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinden kayyım atanmasını ister. Kayyımın görevi dava sonucu verilen hüküm kesinleşene kadar devam eder. Ayrıca kayyım atama kararında kayyımın görev ve yetkileri ile dernek tarafından kayyıma yapılacak olan ücret ödemesinin miktarı da belirlenir. (DK. m. 27/IV)[34] Kamu yararına çalıştıklarına karar verilen dernekler, denetimler sonunda bu niteliklerini kaybettikleri tespit edilirse, haklarında alınan kamu yararına çalışan derneklerden sayılma kararı kaldırılır (DK. m.27/III, V).

---

(33) Dernekler Kanunu madde 27/III hükmünde yer alan *"ağır hapis veya ağır para cezası"* ibaresi 8.6.2006 tarih ve 5519 sayılı kanun ile *"hapis cezası"* ibaresi ile değiştirilmiştir.

(34) DK. m. 27/IV düzenlemesi, maddeye 8.6.2006 tarihli ve 5519 sayılı kanunla getirilen ek düzenlemedir.

Kamu yararına çalışan derneklerin mallarına karşı suç işleyenler devlet malına karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır (DK. m.27/VII).

15.1.2009 tarihli ve 5832 sayılı kanun ile Dernekler Kanunu'na kamuya yararlı dernekler için özel bir yeri bulunan Türk Kızılay Derneği ile ilgili olarak 27/A maddesi hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre Türk Kızılay Derneği uluslararası anlaşmalara göre tayin edilen nitelik ve duruma göre, merkezinde genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu, şubelerinde genel kurul ve yönetim kurulu oluşturulması şartı ile tüzüğünde belirtilen şekilde teşkilatlanır ve yönetilir. Maddede bahsedilen tüzük ise 19.2.2009 tarihli Resmi Gazete'de 27146 sayı ile yayımlanan Türk Kızılay Derneği Tüzüğüdür ve tüzüğü onaylama yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. (DK.m.27/6).

J) KÜTÜĞE KAYDOLMA

Medenî Kanun derneklerin *"dernekler kütüğüne"* kaydedilmelerini öngörüyor. Nitekim MK. m.60/III uyarınca "kuruluş bildiriminde, tüzükte ve belgelerde kanuna aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya noksanlık belirli sürede giderilmiş bulunursa; keyfiyet derhal derneğe yazıyla bildirilir ve *dernek dernekler kütüğüne kaydedilir"*.

Bu konuda ayrıca Dernekler Yönetmeliğinde de düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğin 85 inci maddesine göre, tüzüğün ve kuruluş bildirimi ile eklerinin mülkî idare amirliğine verilmesinden sonra, derneklerin il müdürlüklerindeki *Dernek Kütük Defterine* kayıtları yapılır. Dernek kütüğü il dernekler müdürlüğünde tutulur. Defterlerde her derneğe ayrı bir sayfa ayrılır ve mevcut bilgiler defterdeki hanelerine işlenir. Yabancı derneklerin Türkiye'deki şube ve temsilciliklerinin kaydı, İçişleri Bakanlığındaki ayrı bir kütük defterine yapılır. Her şube ve temsilciliğe ayrı bir sayfa ayrılır ve mevcut bilgiler defterdeki hanelerine işlenir (m.85/I,II). Her dernek için sivil toplumla ilişkiler birimlerinde bir dosya açılır. Derneklerin iş ve işlemleri ile ilgili tüm belgeler bu dosyada saklanır. Aynı hüküm yabancı dernekler hakkında da uygulanır (DY. m.88).

§ 3. DERNEĞİN ÖRGÜTÜ

I- ÖRGÜT KAVRAMI

Dernek, üyeleri arasında belirli ve ortak olan manevî bir amaca ulaşmak üzere kurulan bir tüzel kişidir. Bu itibarla dernekler, kuruluşlarının sebebini oluşturan amaçlarına ulaşabilecek biçimde örgütlenmiş olmalıdırlar. Bu örgüt derneğin, amacı gereği üstlenmiş olduğu işlevlerin yerine getirilmesini mümkün kılacak plânlı bir iç ve dış düzene sahip olması demektir. Derneklerde ***örgüt,*** *derneğin içeride (dahilen) nasıl yönetileceğini, iradesinin ne suretle ortaya çıkacağını; dışa karşı (haricen) ise, faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini, üçüncü kişiler ile nasıl ve ne suretle ilişkiye girişileceğini gösterir.* Kısaca ifade edilmek gerekirse örgüt, derneği içeride *y ö n e t m e,* dışarıya karşı *t e m s i l e t m e* sorunudur. Gerek yönetme, gerek temsil etme, dernek tarafından birçok ve pek çeşitli hukukî işlemlerin yapılmasını gerektirir. Dernek kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar doğuracak olan bu hukukî işlemleri ***organları eliyle*** yapacağından, derneğin örgütü, sonuçta *derneğin organlarının neler olduğunu,* organların işlevlerini, işleyiş biçimlerini ve birbirleri karşısındaki durumlarını saptama ve düzenleme konusunda düğümlenmektedir. İşte, derneklerin organlarını ve bunların işleyiş biçimlerini düzenleyen hükümler, derneğin örgütüne ilişkin hükümleri oluştururlar.

II- DERNEĞİN ORGANLARI

Organ, *"kanuna veya tüzüğe göre derneğin işlevlerini bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya kendisine bu işlevleri bağımsız olarak yerine getirme görev ve yetkisi fiilen ve dışarıdan belli olacak şekilde verilmiş olan kişi ve kurullardır"*[35].

Her dernek ilke olarak kendisini en kısa yoldan ve en çabuk şekilde amacına ulaştırabilecek örgütünü bizzat seçme hakkına sahiptir. Nitekim Medenî Kanun "Derneğin zorunlu organları, genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Dernekler zorunlu organları dışında başka organlar da oluşturabilirler" (m.72) demek suretiyle bu hakkı açıkça ifade etmektedir.

---

(35) BGE 48 II 6.

Bu hükümlere göre derneğin organlarını i k i grupta toplamak mümkündür: (A) Zorunlu organlar, (B) İradî organlar.

A) ZORUNLU ORGANLAR

Zorunlu organlar ya da ***kanunî organlar***, *her dernekte kanundan ötürü mutlaka bulunması gerekli olan organlardır.* Bu itibarla Medenî Kanun bu organlara *"zorunlu organlar"* demektedir. Her dernek kişilik kazandığı anda zorunlu organlara sahip bulunmalıdır. Nitekim Medenî Kanun dernek tüzüğünde derneğin organlarının ve örgütünün gösterilmesi zorunluluğunu getirdiği gibi (m.58/I), Dernekler Kanunu da tüzükte zorunlu organların oluşum biçiminin ve yetkilerinin gösterilmesini şart kılmıştır (m.4 d,e,f).

Önceki Medenî Kanun'un öngördüğü başlıca iki zorunlu (kanunî) organ vardı. Bunlar "umumî heyet" (genel kurul) ile "idare heyeti" (yönetim kurulu) idi (m.57, 61). Daha önceleri Cemiyetler Kanunu da zorunlu organ olarak bu iki organı kabul etmişti. Bu durum karşısında, derneklerde bu iki organın yanında ayrıca bir de "murakabe heyetinin" (denetleme kurulunun) bulunmasının zorunlu olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştı. Nitekim bazı hukukçular, Cemiyetler Kanunu'nun "cemiyet hesaplarının ne suretle teftiş ve murakabe edileceğinin nizamnamede gösterilmesi mecburîdir" diyen ikinci maddesi hükmünden hareketle, murakabe heyetinin (denetleme kurulunun) de zorunlu bir organ olduğu görüşünü savunuyorlardı[36].

Doktrinde bir zamanlar tartışmalı olan bu konu bugün artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Zira gerek yürürlükten kalmış bulunan 1630 ve 2908 sayılı her iki Dernekler Kanunu (ÖDK. m.19), gerek yürürlükteki yeni Dernekler Kanunu, zorunlu organlar arasına "denetleme kurulu"nu da katmışlardır (DK. m.4 f). Böylece derneklerde zorunlu organ sayısı ikiden üçe çıkarılmış olmaktadır. Yeni Medenî Kanun da bu üç organa zorunlu organ olarak yer vermiş, fakat Önceki her iki Dernekler Kanunu'nun kullandığı "denetleme kurulu" terimini, yeni Dernekler Kanunu'nda olduğu gibi *"denetim kurulu"* olarak değiştirmiştir (m. 72/I).

---

(36) Bk. **Saymen, Ferit Hakkı:** Türk Hukukunda Hükmî Şahıslar, İstanbul 1944, sh.143; Şahsın Hukuku, 1948, sh.340; **Arsebük**, Medenî Hukuk, sh.222; **Oğuzoğlu**, sh.371. Aksi görüş için bk. **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.226; **Göktürk**, sh.214.

B) İRADÎ ORGANLAR

İradî organlar ya da ***"seçimlik organlar",*** *ihtiyaç duyarsa her derneğin tüzükte göstermek suretiyle kurabileceği organlardır.* Medenî Kanun, derneklerin zorunlu organlar dışında başka organlar da kurabileceğini açıklıkla belirtmiş, ancak bu organlara zorunlu organların, yani genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun görev, yetki ve sorumluluklarının devredilmesini yasaklamıştır (m.72/II). Buradan da anlaşılacağı gibi *derneklerde iradî organların bulunması, zorunlu organlara sahip olma mecburiyetini ortadan kaldırmış olmaz.*

Her dernek, tüzüğüne hüküm koymak suretiyle faaliyetlerinin daha kolaylıkla yürütülmesini, hedefine daha çabuk ve daha kolay ulaşabilmesini sağlayacak olan bazı kuruluşlara "organ" mahiyeti verebilir. Ancak, her derneğin iradî organlara mutlaka da sahip olması gerekmediği gibi, bütün derneklerin iradî organlarının birbirinin benzeri olması da şart değildir. Her dernek kendi bünyesine, amacına ve faaliyet alanına uygun gelebilecek bir veya birkaç iradî organ kurabilir. İradî organların türlerinin neler olduğu konusunda kesin bir şey söylenemez. Bununla beraber, uygulamada çoklukla rastlanan iradî organlar; "haysiyet divanı" ya da "disiplin kurulu", "danışma kurulu", "bilim kurulu", "araştırma kurulu", "genel müdür" gibi organlardır.

İradî organlık işlevine bir tek kişi (örneğin genel müdür veya müdür) sahip olabileceği gibi, bu işlev birkaç kişiden oluşan bir kurula da verilmiş olabilir. Oysa zorunlu organlık işlevinin mutlaka birkaç kişiden oluşan *bir kurula* bırakılması şarttır. Bu sonuç, zorunlu organları ifade eden "kurul" sözcüğünden çıkarılabileceği gibi, Medenî Kanun'un 73, 84 ve 86 ncı maddeleri hükümlerinden de açık ve seçik olarak anlaşılabilir.

İradî organların oluşum biçimi, işlevleri, faaliyet alanı ve faaliyet şekli her dernek tarafından tüzüğünde serbestçe belirlenebilir.

III- GENEL KURUL

A) OLUŞUMU

Genel kurul*, derneğe kayıtlı üyelerin tüzükte veya kanunda gösterilen şekilde toplanmasından oluşan en geniş ve en yetkili organdır*[37]. Genel kurulu oluşturmak üzere kaç üyenin bir araya gelmesi gerektiği konu-

(37) Genel kurula bazen *"Kongre"* de denilmektedir.

sunda ne Medenî Kanunda ne de Dernekler Kanunu'nda açıklık vardır. Medenî Kanun sadece genel kurulun derneğe kayıtlı üyelerden oluşacağını belirtmekle yetinmiştir (m.73). Bu husus derneklerin tüzükleriyle bizzat belirleyecekleri bir konudur. Nitekim Medenî Kanun'un 78 inci maddesinde ***"dernek tüzüğüne göre*** *genel kurula katılma hakkı bulunan üyelerden"* söz edilmekte olması da bu görüşü desteklemektedir.

O hâlde, bir derneğin kayıtlı üyelerinden kaçta kaçının toplanmasıyla oluşan kurulun genel kurul olarak kabul olunacağı ve genel kurula katılma hakkı bulunan üyelerden en az kaçta kaçının toplantıya katılması gerekeceği konuları, tüzüğe kalmış konulardır. Zaten bu konunun tüzükte düzenlenmiş olması zorunluluğu da Dernekler Kanunu'nun 4 üncü maddesinin (d) bendinin emri gereğidir. Derneklere bu konuda tanınmış olan düzenleme serbestliğinin sınırlarını, bütün haklarda olduğu gibi, dürüstlük kuralları belirler. Yüzlerce üyeye sahip bulunan bir derneğin genel kurulunun örneğin yirmi üyeden oluşacağının tüzükle belirlenmiş olması, MK. m.2/I hükmüne aykırı olur ve dolayısıyla da "hakkın kötüye kullanımı" olarak nitelendirilebilir. Çünkü genel kurulun "zorunlu bir organ" olarak kabulünden maksat, dernekle ilgili kararların olabildiğince çok sayıda üyenin katılımıyla alınmasını sağlamak ve çoğunluğun azınlığın egemenliğine tâbi olmasını önlemektir[38].

Genel kurulun toplanabilmesi için en az kaç üyenin bir araya gelmesi gerektiğini bildiren sayıya ***"toplantı yetersayısı"*** *(toplantı nisabı)* denir. Dernekler Kanunu'na göre toplantı yetersayısının tüzükte gösterilmesi şarttır (m.4 d). Öte yandan, Medenî Kanun da toplantı yetersayısının ne olacağını düzenlemiş bulunmaktadırlar. Nitekim MK. m.78/II hükmü uyarınca, genel kurul, dernek tüzüğüne göre genel kurula *katılma hakkı bulunan üyelerin salt çoğunluğunun (yarısından bir fazlasının)* katılımıyla toplanır. İlk toplantıda çoğunluğun sağlanamaması sebebiyle toplantının ertelenmesi durumunda *ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz.* Ancak bu toplantıya *katılan üye sayısı, yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olamaz.* Medenî Kanun, zorunlu olarak yönetim kurullarının en az beş, denetim kurullarının ise en az üç asıl üyeden oluşması şartını getirdiğine göre, pratikte genel kurulun ikinci toplantısına katılanların sayısının en az 16 kişi olması gerekir (m.84,86).

Genel kurulun üyeler tarafından seçilecek delegelerden oluşmasına bir

(38) **Velidedeoğlu-Ataay:** Türk Cemiyetler Hukuku, sh.71.

engel yoktur[39]. Üyelerin genel kurul toplantılarına kendi yerlerine herhangi bir kimseyi *temsilci olarak* gönderip gönderemeyecekleri konusunda Medenî Kanunda açıklık yoktur. Ancak, üyelerin genel kurul toplantılarına *bizzat* katılmaları gerekir; bu konuda ilke olarak temsile imkân yoktur. Önceki Dernekler Kanunu bir üyenin genel kuruldaki oylamalarda oyunu diğer bir üye aracılığıyla kullanmasına imkân tanımış idi (m.18/IV). Fakat bu imkân 2.3.1988 tarihli ve 3415 sayılı Kanunla kaldırıldı.

B) GÖREV VE YETKİLERİ

Genel kurul derneğin en önemli görev ve en geniş yetkilere sahip olan organıdır. Medenî Kanun bunu 73 üncü maddesinde *"genel kurul derneğin en yetkili organı olup, derneğe kayıtlı üyelerden oluşur"* şeklinde ifade etmiştir.

Derneğin iradesinin oluştuğu (ortaya çıktığı) ve dışa açıklandığı organ olması itibariyle genel kurul, bazen ***"irade organı"*** olarak da nitelendirilir. Genel kurul, derneğin geleceğiyle (mukadderatıyla) ilgili her türlü konuda karar almak, bu konularla ilgili olarak derneğin iradesini açıklamak zorundadır. Tüzük çerçevesinde yönetim kurulunun çalışmalarına ve faaliyetlerine yol göstermek de genel kurula aittir[40].

Genel kurulun belli başlı görev ve yetkileri, Medenî Kanun'un 80 inci maddesinde, "üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararı vermek, dernek organlarını seçmek, derneğin diğer bir organına verilmemiş olan işleri görmek, derneğin diğer organlarını denetlemek ve onları görevden almak" olarak belirtilmiştir. Medenî Kanun'un bu konuya ilişkin maddelerinden ve günümüze kadar sürdürülen uygulamalardan esinlenerek genel kurulun en önemli görev ve yetkilerini şöyle sıralayabiliriz:

1. Dernek organlarının seçilmesi,

2. Dernek tüzüğünün değiştirilmesi,

3. Yönetim ve denetim kurullarının raporlarının görüşülmesi, yönetim kurulunun aklanması (ibra edilmesi),

4. Yönetim kurulunca hazırlanan bütçenin görüşülüp aynen veya değiştirilerek kabul edilmesi,

---

(39) Bk. **Egger-Çernis,** sh.91; **Staudinger's Kommentar,** sh.270; BGE 48 II 146.

(40) **Egger-Çernis,** sh.98.

5. Dernek için gerekli taşınmaz malların satın alınması veya mevcut taşınmaz malların satılması hususunda yönetim kuruluna yetki verilmesi,

6. Derneğin federasyona katılması veya ayrılması,

7. Derneğin uluslararası faaliyette bulunması, yurt dışındaki dernek veya kuruluşlara üye olarak katılması veya ayrılması,

8. Derneğin feshedilmesi,

9. Üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hakkında son kararın verilmesi

10. Mevzuatta ve dernek tüzüğünde genel kurulca yapılması belirtilen diğer görevlerin yerine getirilmesi. (Bunlar yürürlükten kalkmış olan Önceki Dernekler Kanunu'nu 26 ncı maddesinde de belirtilmişti).

Bunların dışında, genel kurul derneğin en üst düzeydeki *denetimini* sağladığı gibi, diğer kurulların kararlarına karşı yapılan *itirazları* karara bağlar; derneğin diğer organlarının görevlerine haklı sebeplerle her zaman son verebilir (MK. m.80/II)[41].

Genel kurulun sahip bulunduğu yetkilerden, onun sadece derneğin bir *"iç organı"* olduğu sonucu kolaylıkla çıkarılabilir. Bu itibarladır ki, *genel kurulun derneği temsil etme yetkisi yoktur.* Genel kurulun kararları sadece derneğin içinde, yani üyeleri ile veya diğer organları ile olan ilişkileri bakımından hüküm ve sonuç doğurur. Üçüncü kişiler söz konusu olduğu zaman, bu kararlar ancak üçüncü kişiler ile ilişkiye girme hususunda yönetim kuruluna verilmiş direktifler mahiyeti taşır. Bu bakımdan üçüncü kişilerin bu kararlara dayanarak birtakım iddialarda bulunmaları mümkün değildir.

C) TOPLANMASI

1) Toplantı Türleri

Genel kurul; *"ilk toplantı", "olağan toplantı"* ve *"olağanüstü toplantı"* olmak üzere ü ç türlü toplanabilir.

a) İlk Toplantı

Yeni kurulan her dernek, tüzük ve kuruluş bildiriminin hukuka uygun ve noksansız bulunduğunun, bunları inceleyen mülkî idare amiri tarafından yazıyla bildirilmesi üzerine (MK. m.60/III), yapılan bu yazılı bildirimi izleyen a l t ı a y içinde ilk genel kurul toplantısını yapmak ve organlarını

(41) **Egger-Çernis,** sh.99.

oluşturmak zorundadır. (MK. m.62). Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, dernek kendiliğinden sona ermiş (dağılmış) olur (MK. m.87 b.2). Her ilgili sulh hâkiminden derneğin kendiliğinden sona ermiş olduğunun tespitini isteyebilir (MK. m.87/II).

b) Olağan Toplantı

Genel kurulun olağan toplantısı, derneğin tüzüğünde belirtilen zamanlarda *yönetim kurulunun çağrısı üzerine* yapılır (MK. m.74/I). Uygulamada derneklerin olağan genel kurul toplantılarının çoğunlukla yılda bir kez yapılmakta olduğu görülmektedir.

Medenî Kanun'a göre olağan genel kurul toplantılarının en geç *iki yılda bir* yapılması zorunlu idi (m.74/II). Ancak, yeni Dernekler Kanunu'nun 38/A maddesi Medenî Kanun'un bu maddesindeki süreyi en geç ***üç yılda bir*** olarak değiştirmek suretiyle bir yıl daha uzatmış oldu. O hâlde bir derneğin tüzüğüne bu süreyi üç yıldan fazla uzatan, örneğin "olağan genel kurul *dört yılda bir* şubat ayında toplanır" biçiminde bir hüküm konulamaz. Aksi takdirde bu hüküm Medenî Kanun'un emredici nitelikteki m.74/II hükmüne aykırı olduğu için geçerli olmaz.

Olağan genel kurul toplantıları yönetim kurulunun çağrısı üzerine yapılır (MK. m.74/I).

c) Olağanüstü Toplantı

Olağanüstü toplantı, *dernekle ilgili ivedi ve önemli bir konunun görüşülerek karara bağlanması maksadıyla yapılan genel kurul toplantısıdır.* Olağan genel kurul toplantısının yapılmasından sonraki dönemde, dernekle ilgili çok önemli bir kararın alınması ihtiyacı ortaya çıkabilir. İvedi olan böyle önemli bir konunun karara bağlanması için, bir sonraki olağan toplantıyı beklemek sakıncalar doğurabilir. İşte, kanun oyucu bu sakıncaları önlemek maksadıyla, genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılmasına imkân tanımıştır.

Olağanüstü toplantı, yönetim veya denetim kurullarının gerekli gördüğü hâllerde ya da dernek üyelerinin ***beşte birinin yazılı*** başvurusu üzerine yönetim kurulunun çağrısıyla yapılır (MK. m.75/I). Yönetim kurulunun, toplantı çağrısını denetim kurulunun veya beşte bir üyenin toplantı isteminde bulunmasını izleyen kısa *bir süre içinde* yapması gerekir; eğer çağrıyı bu süre içinde yaparak genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmazsa, toplantı isteğinde bulunan üyelerden birinin başvurusu üzerine

mahallî sulh hâkimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırmakla görevlendirir (MK. m.75/II).

Medenî Kanun'un 75 inci maddesi hükmü "emredici hüküm" mahiyetinde olup dernek üyelerini koruma amacını güder. Bu sebepledir ki, dernek üyelerine tanınmış olan "olağanüstü toplantı isteme hakkı", tüzüğe konulacak bir maddeyle ortadan kaldırılamayacağı gibi, kanunda öngörülmüş bulunan 1/5 oranı da 1/4 veya 1/3 gibi daha yüksek bir orana çıkartılamaz, fakat 1/8 veya 1/10 gibi daha düşük bir orana indirilebilir[42].

Olağanüstü toplantının yapılabilmesi için, mutlaka da denetim kurulunun veya üyelerin beşte birinin başvuruda bulunması şart değildir. Gerçi kanun koyucu bu hâllerde yönetim kurulunu genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmakla yükümlü kılmaktadır. Ancak, bunun yanında yönetim kurulu da gerekli gördüğü takdirde her zaman genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hakkına sahiptir (MK. m.75/I).

Denetim kurulu veya üyelerin beşte birinin olağanüstü toplantı yapılmasına ilişkin başvurusunun (isteminin) derneğin menfaatleri açısından çok önemli sebeplere dayanması ve dürüstlük kurallarına da ters düşmemesi gerekir. Nitekim *Prof. Özsunay*, "yönetim kurulunun bazı yolsuzluklara karışması, derneğin taraf olduğu bir davanın dernek aleyhine sonuçlanacağına ilişkin güçlü belirtilerin varlığı, derneğin malvarlığını oluşturan bazı ekonomik değerlerinin yanlış yatırımlar nedeniyle değerini yitirmesi ya da yok olması tehlikesinin belirmesi veya derneğin sosyal saygınlığına yönelik bazı saldırılara karşı, dernek organlarının, derneğin onur ve saygınlığını yeterince koruyamaması .." gibi sebepleri çağrı istemini haklı kılacak nitelikte önemli sebepler saymakta ve "buna karşılık, dernek üyelerinin beşte birinin bir araya gelerek, olur olmaz nedenlerle olağanüstü toplantı isteminde bulunmaları fikrimce azınlığa tanınan çağrı hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir"[43] diyor. Pek tabiîdir ki, bu görüşe katılmamaya imkân yoktur.

Genel kurulun olağanüstü toplantısı belli konunun görüşülerek karara bağlanması maksadıyla yapıldığından, *toplantının gündemini sadece çağrıda belirtilen bu konu oluşturur*; başka konuların gündeme alınarak görüşülmesi söz konusu olamaz.

---

(42) 2. HD. 15.2.1979, 1739/2122, YKD. 1979, S. 12, sh.1702.

(43) Tüzel Kişiler, sh.178/179.

Genel kurulun olağanüstü olarak toplanmış olması, tüzük gereği yapılması gereken normal olağan toplantıdan vazgeçilmesi için bir sebep oluşturmaz; olağan genel kurul toplantısının tüzükte belirlenen zamanda mutlaka yapılması gerekir.

2) Toplantıya Çağrı

Genel kurul toplantıları, ister olağan ister olağanüstü mahiyette olsun, daima bir çağrı üzerine yapılır. Medenî Kanun çağrının nasıl yapılacağını *"toplantıya çağrı"* kenar başlığı altında ayrıntılı biçimde düzenlemiştir (m.77).

Genel kurulu toplantıya çağırma görev ve yetkisi, *yönetim kuruluna aittir.* Yönetim kurulu, dernek tüzüğünde belli edilen zamanlarda olağan; denetim kurulu veya üyelerin beşte birinin yazılı başvurusu üzerine ya da bizzat kurul olarak gerekli gördüğü hâllerde kendiliğinden olağanüstü toplantı için çağrı yapar.

Yönetim kurulu, dernek tüzüğüne göre genel kurula katılma hakkı bulunan üyelere en az ***onbeş gün önceden*** toplantının gününü, saatini, yerini ve gündemini bir yazıyla bildirir (MK. m.77/I). Aynı madde hükmünde gün, saat, yer ve gündemin "yerel bir gazete ile ilân edilmesi" de öngörülmüş idi. Ancak, yeni Dernekler Kanunu, 77 nci maddenin ilân zorunluluğunu getiren bu kısmını 38/B maddesiyle kaldırıldığı gibi, kendi içinde de böyle bir zorunluluk hükmüne yer vermedi. Medenî Kanun toplantıya çağrı usulü ve toplantının ertelenmesine ilişkin konuların yönetmelikle düzenlenmesini öngörmüştür. Öngörülen bu konular, Dernekler Yönetmeliğinde daha ayrıntılı hükümlerle düzenlemiştir.

Dernekler Yönetmeliğine göre, yönetim kurulu dernek tüzüğü uyarınca genel kurula katılma hakkı bulunan *üyelerin listesini* düzenler. Genel kurula katılma hakkı bulunan üyeler, en az onbeş gün önceden günü, saati, yeri ve gündemi en az bir gazetede veya derneğin internet sayfasında ilan edilmek, yazılı olarak bildirilmek, üyenin bildirdiği elektronik posta adresine ya da iletişim numarasına mesaj gönderilmek veya mahalli yayın araçları kullanılmak suretiyle toplantıya çağrılır. (m.14/I). Dernekler Kanunu, yukarıda açıkladığımız üzere Medenî Kanun'un öngördüğü "ilân zorunluluğunu" kaldırdığına ve kendi içinde de böyle bir zorunluluğa yer vermediğine göre, Dernekler Yönetmeliğinin tekrar "ilândan" söz etmesini anlamaya imkân yoktur. Bu tutum, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu kadar, güdülen hukuk siyasetine de aykırıdır. Zira kanun koyucunun arzulamadığı ve uygun bulmadığı için kaldırdığı ilân zorunluluğunu, daha sonraki bir tarihte yönetmelikle tekrar yürürlüğe koymak, yani kanunda bulunmayan bir kuralı yönetmelikle yaratmak mümkün değildir.

Yönetim kurulunun yapacağı çağrıda, çoğunluk sağlanamaması sebebiyle toplantı yapılamazsa, ikinci toplantının hangi gün, saat ve yerde yapılacağı da belirtilir. İlk toplantı ile ikinci toplantı arasındaki süre *yedi günden az, altmış günden fazla olamaz.* Toplantı, çoğunluk sağlanamaması sebebinin dışında başka bir sebeple geri bırakılırsa, bu durum geri bırakma sebepleri de belirtilmek suretiyle, ilk toplantı için yapılan çağrı usulüne uygun olarak üyelere duyurulur. İkinci toplantının geri bırakma tarihinden itibaren en geç *altı ay içinde* yapılması zorunludur. Üyeler ikinci toplantıya ilk toplantıdaki esaslara uyularak yeniden çağırılır. Genel kurul toplantısı bir defadan fazla geri bırakılamaz (DY. m.14/II, III).

3) Toplantı Yeri

Genel kurul toplantıları, tüzükte aksine bir hüküm olmadıkça, *dernek merkezinin bulunduğu yerde* yapılır (MK. m.78/I). Maddenin ifade biçiminden de anlaşılabileceği gibi, bu hüküm emredici nitelikte değildir. Bu itibarla da, bir dernek kurulurken tüzüğüne genel kurul toplantılarının derneğin merkezinin bulunduğu yerden başka bir yerde yapılabileceğine ilişkin bir hüküm konulabilir.

Dernek tüzüğünde buna benzer bir hüküm bulunmadıkça, genel kurul toplantılarının merkezin bulunduğu yerin dışındaki başka bir yerde yapılmasına, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından karar verilemez. Bu türlü bir karar MK. m.78/I hükmüne açıkça aykırı olur. Genel kurul toplantısı bu aykırılığa karşın, dernek merkezinin bulunduğu yerden başka bir yerde yapılırsa, acaba nasıl bir yaptırımla karşılaşılır? Bu sorunun cevabı Dernekler Kanunu'nun 32 nci maddesinin (b) bendinde şöyle açıklanıyor: "*Genel kurul toplantılarını* kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya d*ernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında* yapan dernek yöneticileri beşyüz milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Mahkemece, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan *genel kurul toplantılarının i p t a l i n e karar verilebilir*".

4) Toplantı Yetersayısı

Toplantı yetersayısı, *genel kurulun toplanabilmesi için en az kaç üyenin bir araya gelmesi gerektiğini bildiren sayıdır.* Toplantı nisabı olarak da ifade edilen bu yetersayının ne anlama geldiğini daha önceki açıklamalarımızda da belirtmiştik.

Medenî Kanun genel kurulun, derneğin tüzüğüne göre toplantıya katılma hakkı bulunan üyelerin *salt çoğunluğuyla*, yani *yarısından bir fazlasının;* tüzük değişikliği ve derneğin feshi hâllerinde ise *üçte ikisinin katılımıyla* toplanabileceğini öngörür. Genel kurul toplantısının açılabil-

mesi için bu yetersayısının sağlanması şarttır; bu yetersayıya erişilemezse toplantı geri bırakılır (ertelenir). Fakat genel kurul toplantısı *bir defadan fazla geri bırakılamaz* (MK. m.78). Yapılacak ikinci toplantıda aynı yetersayı aranmaz. Ancak, ikinci toplantıya katılan üye sayısının derneğin yönetim ve denetim kurulları üye tamsayısı toplamının iki katından az olmaması zorunludur (MK. m.78/II). Örneğin bir derneğin yönetim kurulu 11 asıl, denetim kurulu da 5 asıl üyeden oluşuyorsa, ikinci toplantıda ((11+5) x 2), yani en az 32 üyenin hazır bulunması şarttır. Geri bırakılmış (ertelenmiş) olan genel kurulun ikinci toplantısında kanunun öngördüğü bu yetersayıya (örneğimizdeki 32 üyelik sayıya) erişilemediği takdirde, olağan genel kurul toplantısı y a p ı l a m a m ı ş sayılır.

Eğer bir derneğin olağan genel kurul toplantısı Medenî Kanun'un yukarıda andığımız 78 inci maddesinde aranan yetersayı sağlanamadığı için *üst üste iki defa yapılamamış ise,* bu dernek kendiliğinden dağılmış sayılır (MK. m.87 b.5). Bu itibarladır ki, derneğin kendiliğinden dağılmasının önlenmesi isteniyorsa, olağan genel kurulun yapılamayan birinci toplantısından sonraki ikinci toplantısına mutlaka yukarıda belirtilen sayıda üyenin katılımını sağlamaya çalışılmalıdır.

5) **Toplantının Yapılması**

Önceki Dernekler Kanunu toplantının nasıl yapılacağını, *"toplantının yapılış usulü"* kenar başlığını taşıyan 24 üncü maddesinde ayrıntılı olarak düzenlemişti. Yeni Dernekler Kanunu'nda bu konuda hiçbir hüküm bulunmadığı gibi, Medenî Kanunda da ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Buna karşılık Dernekler Yönetmeliği bu konuyu 15 inci maddesinde oldukça ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Yönetmeliğin 15 inci maddesine göre, genel kurula katılma hakkı bulunan *üyelerin listesi* toplantı yerinde hazır bulundurulur. Toplantı yerine girecek üyelerin resmî makamlarca verilmiş kimlik belgeleri, yönetim kurulu üyeleri veya yönetim kurulunca görevlendirilecek görevliler tarafından kontrol edilir. Üyeler, yönetim kurulunca düzenlenen listedeki adları karşısına imza koyarak toplantı yerine girerler. Kimlik belgesini göstermeyenler, belirtilen listeyi imzalamayanlar ile genel kurula katılma hakkı bulunmayan üyeler toplantı yerine alınmaz. Toplantı yetersayısı sağlanmışsa durum bir tutanakla tespit edilir ve toplantı, yönetim kurulu başkanı veya görevlendireceği yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından açılır. Toplantı yetersayısının sağlanamaması hâlinde de yönetim kurulunca bir tutanak düzenlenir.

Genel Kurul toplantısının açılışından sonra, toplantıyı yönetmek üzere

bir başkan ve yeterli kadar başkanvekili ile yazman seçilir (MK. m.79/I). Toplantının yönetimi ve güvenliğinin sağlanması divan başkanına aittir. Toplantıda görüşülen konular ve alınan kararlar bir tutanağa yazılır ve divan başkanı ile yazmanlar tarafından birlikte imzalanır. Toplantı sonunda, tutanak ve diğer belgeler yönetim kurulu başkanına teslim edilir. Yönetim kurulu başkanı bu belgelerin korunmasından ve yeni seçilen yönetim kuruluna yedi gün içinde teslim edilmesinden sorumludur.

Medenî Kanun, 79 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında genel kurul toplantılarına "*hükümet komiserinin katılmasını*" öngörmüştü. Ancak, bu fıkra hükmü daha sonra 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 38C maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı için, toplantılara artık komiser katılmasına gerek kalmadı.

6) Görüşmeler ve Kararlar

a) Görüşmeler

Genel kurulda görüşülecek konular yönetim kurulu tarafından yazılı biçimde belirlenir. Yönetim kurulunca toplantıda görüşülecek konuların belirlendiği yazılı belgeye ***gündem*** denir. Gündemin onbeş gün önceden genel kurul toplantısına ilişkin çağrı ile birlikte toplantıya katılacak üyelere bildirilmesi zorunludur (MK. m.77/I; DY. m.14/I). Gündemin üyelere bildirilmesinin amacı, görüşülecek konular hakkında kendilerine bilgi vermek ve toplantıya hazırlıklı gelmelerini sağlamaktır. Yine bu amaçladır ki Medenî Kanun, gündemde bulunmayan konuların görüşülemeyeceğini, diğer bir deyişle toplantıda sadece gündemde bulunan maddelerin görüşüleceğini öngörür (m.79/II).

Medenî Kanun'un görüşülecek konuların belirlenmesini tamamen yönetim kurulunun arzusuna (hatta keyfine) bırakan bu hükmü, üyelerin haklarını çiğneyecek mahiyettedir. İşte, bu sakıncayı az çok gidermek maksadıyladır ki, Medenî Kanun aynı maddesinde, toplantıda hazır bulunan *üyelerin en az* ***onda biri*** (1/10) tarafından görüşülmesi istenen konuların gündeme alınması zorunluluğunu getirmiştir (m.79/II).

Genel kurul toplantısına katılan üyelerden her birinin söz alarak gündemde yer alan konular hakkındaki görüş ve fikirlerini açıklama hakkı vardır; bu konuda *üyeler arasında mutlak bir eşitlik geçerlidir; hiçbir üyeye ayrıcalık tanınamaz* (MK. m.68).

Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, genel kurul toplantılarına her üyenin *bizzat katılma hakkı ve ödevi* vardır. Toplantıya bizzat katılamayacak olan üyenin oyunu temsilci bir üye vasıtasıyla kullanması imkânı,

başlangıçta Önceki Dernekler Kanunu tarafından tanınmış idi. Fakat bu imkânı tanıyan 18 inci maddenin dördüncü fıkrası hükmü, 2.3.1988 tarihli ve 3415 sayılı Kanunla değiştirilerek *"her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır; üye oyunu **bizzat kullanmak** zorundadır"* şekline getirildi. Böylece de temsil edilme ve temsil yoluyla oy kullanma imkânı kalkmış oldu. Bu değişiklik bizce isabetli olmuştur. Zira oy kullanma hakkı kişiye bağlı bir hak olarak düşünülmelidir. Zaten Yeni Medenî Kanun da 69 uncu maddesinde *"Her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır, üye oyunu **şahsen kullanmak** zorundadır"* hükmünü getirmiş bulunmaktadır.

Önceki Dernekler Kanunu'nun 16 ncı maddesi 2.1.2003 tarihli ve 4778 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesiyle değiştirilerek *tüzel kişilerin de derneklere üye olabilmelerine imkân tanındı*; aynı Kanun'un 18 inci maddesinin beşinci fıkrasına bir ekleme yapılmak suretiyle de tüzel kişi olan bir üyenin oy kullanmasındaki usul belirlendi: *"Tüzel kişinin üye olması hâlinde, tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı veya temsille görevlendireceği kişi oy kullanır. Bu kişinin başkanlık veya temsil görevi sona erdiğinde, tüzel kişi adına oy kullanacak kimse yeniden belirlenir"*.

Önceki Dernekler Kanunu artık yürürlükte olmadığına ve Medenî Kanunda da bu hususta açık bir hüküm bulunmadığına göre, bu konuda bir boşluk doğduğu düşünülebilir mi? Hemen belirtelim ki, yeni Dernekler Kanunu aynı hükmü, ifadesinde en ufak bir değişiklik yapmadan 6 ncı maddesinde tekrarladığı için, bu konuda herhangi bir boşluk doğmamıştır.

b) Kararlar

aa) Kararların Mahiyeti

Genel kurul, gündeminde bulunan her konunun görüşülmesi sonuçlanınca, o konu hakkındaki görüşünü açıklamak zorundadır. Genel kurulun görüşülen konudaki görüşünü bildirmek üzere açıklanan iradesine ***karar*** denir.

Hukukî yapıları bakımından kararlar *"çok taraflı hukukî işlem"* mahiyetindedirler ve oylamaya katılan üyelerin çoğunluğunun iradesinin aynı noktaya yönelmesiyle meydana gelirler. İrade açıklamaları her konuda daima aynı yönde olmak üzere başkana karşı yapılır.

Oylamaya katılan üyelerin çoğunluğunun irade açıklamasının sonucu olan kararlar, bütün topluluğun kararı ve dolayısıyla *"genel kurul kararı"* sayılırlar. "Genel Kurul kararları, toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğuyla alınır" diyen MK. m.81 uyarınca bu kararlar aynı zamanda derneğin de kararları olmaktadır.

bb) Karar Yetersayısı

Karar yetersayısı, *genel kurul tarafından erişilen bir sonucun dernek kararı niteliğini alabilmesi için, mevcut üyelerin hangi oranda bu sonuca katılmış olmaları gereğini ifade eder.* Medenî Kanun, kararların toplantıda hazır bulunan üyelerin *salt çoğunluğuyla* alınacağını öngörür (m.81). Buna karşılık, Dernekler Kanunda karar yetersayısıyla ilgili bir hüküm yoktur. Dernekler, tüzüklerinde karar yetersayısıyla ilgili hükümlere yer verebilirler. Eğer bu tür hükümlere yer vermemiş iseler, o takdirde MK. m.81 hükmü uyarınca kararların, *toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğunun oyuyla alınması* gerekecektir. Böylece, toplantıya katılan üyelerin yarıdan bir fazlasının belirli bir konu hakkında olumlu veya olumsuz yöndeki irade açıklamalarıyla ortaya bir ***dernek kararı*** çıkmış olur.

Medenî Kanun normal konuların karara bağlanmasında toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğunun oyunu yeterli görürken, *derneğin feshi* ve *tüzüğün değiştirilmesi* konularında özel bir karar yetersayısı, yani *katılan üyelerin* ***üçte ikisinin*** *oyunu* aramaktadır (m.81).

Derneklere karşı son derece liberal davranan Medenî Kanun'umuz, üyelerin genel kurul hâlinde *toplanmalarına gerek kalmaksızın da* karar alınabilmesine imkân sağlamıştır. Nitekim MK. m.76 hükmü, belirli bir konu hakkında bütün üyelerin yazıyla katıldıkları, yani imzaladıkları bir öneriye genel kurul kararı niteliği tanımaktadır. Adı geçen madde hükmüne göre, *"Bütün üyelerin bir araya gelmeksizin yazılı katılımıyla alınan kararlar ile dernek üyelerinin tamamının kanunda yazılı çağrı usulüne uymaksızın bir araya gelerek aldığı kararlar geçerlidir. Bu şekilde karar alınması olağan toplantı yerine geçemez."*

Dernekler, tüzüklerinde bazı önemli konular hakkında özel karar yetersayısı kabul edebilirler. Örneğin derneğin tüzüğüne üyelerin dernekten çıkarılması (ihracı) yahut derneğe ait bir taşınmazın satılması hakkındaki kararların 2/3 veya 3/4 gibi artırılmış (mevsuf) oy çoğunluğuyla alınması şartı konulabilir.

Genel kurul toplantılarında *her üyenin bir oy hakkı vardır.* Üyeler kanunda belirlenen sebeplerin dışında oy hakkını kullanmaktan yoksun bırakılamaz. Mamafih hiçbir dernek üyesi; kendisi, eşi, üstsoy ve altsoyu ile dernek arasındaki bir hukukî işlem veya uyuşmazlık konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz (MK. m.82/I). Bu hüküm tüzel kişi adına oy kullanacak kişi hakkında da uygulanır (m.82/II).

Bir üyeye belli şartlarda birden fazla oy hakkı tanınıp tanınmayacağı konusunda daha önceleri ortaya çıkan tartışma, Önceki Dernekler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle kesin biçimde sonuca bağlanmıştı.

Nitekim Kanun, 18 inci maddesinde *"her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır"* kuralını getirdiği gibi, aynı madde tüzüklerde dernek üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözeten hükümlerin bulunamayacağı ve tüzüğe eşitliği bozan veya bazı üyelere ayrıcalık tanıyan hükümlerin konulamayacağı kuralını da çok açık biçimde belirtmişti. Aynı mahiyetteki bir hüküm de aynı ifade biçimiyle yeni Medenî Kanun'un 69 ve 68 inci maddelerinde yer almış bulunmaktadır: *"Her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır; üye, oyunu şahsen kullanmak zorundadır"* (m. 69). *"Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeplerle ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz"* (m. 68).

cc) Hükümsüz Kararlar

Dernekler, belirli ve ortak manevî bir amacın gerçekleştirilmesi için var olan amaçsal kişilerdir. Bu itibarladır ki derneklerin; bütün faaliyetlerini ve işlemlerini bu amaca yöneltmeleri ve kendilerini amaçlarından saptıracak mahiyette kararlar almamaları gerekir. Gerçek kişiler gibi dernekler de, haklarını kullanırken ve borçlar üstlenirken hukukun emredici hükümlerine aykırı davranmamak zorunda olduklarından, bu hükümleri çiğner mahiyette kararlar alamazlar. Dernekler bir ülkenin manevî yaşamı üzerinde belli ölçüde etkili olabilirler. Bu sebepledir ki, gerçek veya tüzel bütün kişiler gibi ve hatta onlardan çok daha fazla olarak, ahlâk kuralları-nın belirlediği sınırlar içerisinde kalmaya, aldıkları kararlarla bu kuralları çiğnememeye özen göstermek zorundadırlar.

Medenî Kanun sayılan bütün bu kurallara aykırı olan kararların yaptırımını, derneklerin bünyesine uygun gelecek şekilde düzenlemiştir. Nitekim Medenî Kanun'un 83 üncü maddesi hükmü, toplantıya katılmış olup olmadığına bakılmaksızın *her üyeye mahkemeden* "kanuna veya dernek tüzüğüne aykırı olarak alınmış" ve "kendisi tarafından da uygun bulunmamış olan" ***genel kurul kararlarının iptalini isteyebilme hakkını*** tanımaktadır. İptal davasının, toplantıda hazır bulunan ve alınan genel kurul kararına katılmayan her üye tarafından karar tarihini izleyen *bir ay içinde;* toplantıda hazır bulunmayan her üye tarafından ise, kararı öğrenmesini izleyen *bir ay içinde* ve her hâlde karar tarihini izleyen *üç ay içinde* açılması şarttır (MK. m.83/I). Bu süre "hak düşümü" süresidir ve hâkim tarafından kendiliğinden (resen) dikkate alınmalıdır[44].

---

(44) BGE 85 II 525. Ayrıca bk. **Zevkliler,** sh.590, dn.125 de anılan 2. HD. 24.1.1972, 202/391; 2. HD. 26.4.1973, 2778/2670.

O hâlde, hukukun emredici kurallarına veya tüzük hükümlerine aykırı olan kararların yaptırımı, ***"iptal kabiliyeti"****dir* (iptal edilebilirliktir). Ancak, genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır (MK. m.83/III). Genel kurul dışındaki diğer organların, örneğin yönetim veya denetim kurullarının ya da varsa disiplin kurulunun kararlarına karşı dernek içi denetim yolları tükenmedikçe, yani genel kurul nezdinde itirazda bulunulmadıkça iptal davası açılamaz (MK. m.83/II).

7) Toplantının Sona Ermesi

Genel kurul toplantısı gündeminde bulunan konuların görüşülerek karara bağlanmasıyla birlikte sona erer. Divan yazmanları tarafından düzenlenen tutanak başkanlık divanını oluşturanlar tarafından imzalanarak diğer belgelerle birlikte yönetim kuruluna teslim edilir.

Olağan veya olağanüstü genel kurul toplantılarını izleyen *otuz gün içinde,* yönetim ve denetim kurulu ile derneğin diğer organlarına seçilen asıl ve yedek üyeleri içeren Genel Kurul Sonuç Bildirimi yönetim kurulu başkanı tarafından dernek merkezinin bulunduğu dernekler birimine bildirilir. Üyeliğe kabul edilenler ile üyeliği sona erenler bakımından ise, Genel Kurul Sonuç Bildirimi ad, soyad, doğum tarihi ve kimlik numarasını içerecek şekilde, üyeliğe kabul edilme veya sona erme tarihinden itibaren *kırk beş gün* içinde ilgili dernekler birimine gönderilir. (DK.m.23) Genel kurul sonuç bildirimi ile üyeliğe ilişkin bildirimlerin şekli, içeriği ve gerekli belgeler Dernekler Yönetmeliği ile düzenlemektedir. Dernekler Yönetmeliğinin 17 inci maddesi ise şu şekilde metne alınmıştır:

> *"Olağan veya olağanüstü genel kurul toplantılarını izleyen otuz gün içinde, yönetim ve denetim kurulları ile diğer organlara seçilen asıl ve yedek üyeleri içeren ve Ek-3'te yer alan Genel Kurul Sonuç Bildirimi mülki idare amirliğine verilir. Genel kurul toplantısında tüzük değişikliği yapılması halinde; genel kurul toplantı tutanağı, tüzüğün değişen maddelerinin eski ve yeni şekli, her sayfası yönetim kurulu üyelerinin salt çoğunluğunca imzalanmış dernek tüzüğünün son şekli, bu fıkrada belirtilen süre içinde mülki idare amirliğine verilir."*

Genel kurul sonuç bildirimi ve eklerinin mevzuata uygunluğu sivil toplumla ilişkiler birimlerince incelenir. Varsa, eksiklerin veya hataların giderilmesi ilgili derneklerden istenir. Eksiklik ve hataların giderilmemesi veya konusu suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi halinde gerekli yasal işlem yapılır. (DY.m.17/son)

Şube genel kurulu hakkında Dernekler Kanunu'nda ve Dernekler Yönetmeliğinde düzenleme vardır. Buna göre "şube genel kurulları olağan toplantılarını merkez genel kurul toplantısından *en az iki ay önce* bitirmek zorundadırlar" (DK. m.7). Şubeler olağan genel kurul sonuç bildiriminin bir örneğini toplantının yapıldığı tarihi izleyen *otuz gün içinde* mülkî idare amirliğine ve genel merkezlerine bildirmek zorundadırlar (DY. m.16).

8) Toplantının İptal Edilmesi

Mahkeme, genel kurul toplantısının kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılması hâlinde toplantının iptaline karar verebilir. Genel kurulu süresinde toplantıya çağırmayan, toplantıyı kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticileri de para cezasıyla cezalandırılırlar (DK. m.32 b)[45].

IV- YÖNETİM KURULU

A) OLUŞUMU

Derneklerin zorunlu (kanunî) organlarından ikincisi, yönetim kuruludur. *Yönetim kurulu,* genel kurul tarafından genellikle dernek üyeleri arasından gizli oyla seçilmek suretiyle oluşturulur[46]. Mamafih, yönetim kurulunun mutlaka da dernek üyeleri arasından seçilmesi zorunlu değildir. Derneğin tüzüğünde yasaklayıcı bir hüküm bulunmadıkça, genel kurulun dernek üyesi olmayan kimseleri de yönetim kuruluna seçebileceği kabul edilmektedir[47].

Genel kurulun yapmış olduğu seçim, âdeta bir öneri (icap) mahiyetindedir. Bu bakımdan yönetim kurulu üyeliği, ancak seçilmiş olanın bu öneriyi "kabul" etmesiyle tamamlanmış olur. Tüzükle üyelere yönetim kurulu üyeliğini kabul zorunluluğu getirebilir. Medenî Kanun, yönetim

---

(45) DK. m. 32 hükmü 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı kanun ile değişikliğe uğramıştır.

(46) Bir dernek kurulurken, yönetim kurulunun seçilmesine kadar derneği yönetmek ve temsil etmek üzere kurucular tarafından bir *"geçici yönetim kurulu"* oluşturulur ve durum kuruluş belgeleriyle birlikte o yerin en büyük mülkî amirinin bilgisine sunulur.

(47) Bk. **Staudinger's** Kommenter, sh.239; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.235. **Öztan,** "dernek üyesi olmayan, fakat dernek tüzüğüne göre, derneğin doğal üyesi sayılan kimselerin de seçimsiz üye olabilecekleri"ni ifade ediyor: Tüzel Kişiler, sh.74.

kurulunun en az kaç üyeden oluşacağı hakkında asgarî bir sayı (taban) belirlemiştir. Gerçekten, Medenî Kanun'un 84 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca "yönetim kurulu, ***beş*** *asıl ve* ***beş*** *yedek üyeden az olmamak üzere dernek tüzüğünde belirtilen sayıda üyeden oluşur".* Medenî Kanun'un bu hükmü emredici hüküm niteliğinde olduğundan, hiçbir dernek tüzüğünde yönetim kurulu üye sayısı bu sayının altına indirilemez. Buna karşılık, Medenî Kanun yönetim kurulunun azamî sayısını (tavanını) sınırlamış olmadığından, tüzükle bu sayı artırılabilir ve tüzüğe örneğin kurulun yedi, dokuz, onbir gibi daha çok sayıda asıl üyeden oluşacağına ilişkin bir hüküm konulabilir.

Derneğin tüzüğünde yönetim kuruluna seçilebilmek için üye olma şartı aranıyorsa, her dernek üyesinin seçilmek üzere aday olma hakkı vardır. Medenî Kanun bu konuda üyeler arasında "eşitlik" ilkesine yer vermiş ve tüzüğe bu eşitliği bozacak ve bazı üyelere ayrıcalık tanıyacak hükümler konulmasını yasaklamıştır (m.68).

Öte yandan, dernek üyesi olmalarına karşın bazı kimselerin yönetim kurulu üyesi olmaları çeşitli hükümlerle kısıtlanmıştır. Nitekim Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin "özel gelir kaynağı veya özel imkânları kanunla sağlanmış olan kamu yararına çalışan derneklerin" yönetim kurullarında görev almalarını yasaklamıştır (m.82/I). Buna az çok benzer bir hüküm de 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanunda yer almaktadır. Kanun'un 2 nci maddesinin (d) bendi, kamu görevlilerinin dernek organlarında görev almalarını önlememekle beraber, görev unvanlarını kullanarak görev almalarını uygun görmeyerek yasaklamaktadır.

Yönetim kurulunun asıl üyeliklerinde herhangi bir sebeple boşalma olduğu takdirde, yedek üyeler göreve çağrılarak üye sayısı tamamlanır. Yönetim kurulu üye sayısı, boşalmalar sebebiyle yedeklerin getirilmesinden sonra dahi, üye tamsayısının yarısının altına düşerse, genel kurul kalan yönetim kurulu üyeleri veya denetim kurulu tarafından *bir ay içinde* toplantıya çağrılır. Çağrı yapılmazsa, dernek üyelerinden birinin istemi üzerine sulh hâkimi seçeceği üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırmakla görevlendirir (MK. m.84/II).

Yönetim kurulunun tüzük gereğince oluşturulması imkânsız hâle geldiği takdirde, dernek kendiliğinden dağılmış sayılır (MK. m.87 b.4) ve her ilgili, sulh hâkiminden derneğin kendiliğinden sona erdiğinin tespitini isteyebilir (m.87/II).

Yönetim kurulunun görev süresi, derneğin tüzüğünde belirlenmiş olan süredir. Bu süre genellikle genel kurulun olağan iki toplantısı arasında geçecek süre kadardır. Süresi dolan üyeler yeniden seçilebilirler; ancak tüzükte aksine bir hüküm bulunmadıkça, hiçbir üye yönetim kurulu üyeliğini kabule zorlanamaz.

Genel kurulca yönetim kurulu asıl ve yedek üyeliğine seçilmiş olanların, genel kurul toplantısını izleyen *otuz gün içinde* yönetim kurulu başkanı tarafından dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mülki idare amirliğine yazı ile bildirilmesi zorunludur (DK. m.23, DY.m.17).

B) GÖREV VE YETKİLERİ

Genel kurulun *"irade organı"* olmasına karşılık, yönetim kurulu daha çok ***"yürütme organı"***dır. Yönetim kurulu, genel kurul tarafından alınmış olan kararları genel kurulun buyruğu doğrultusunda yürütür. Pek tabiî bu kararların yürütülmesi dolayısıyla da üçüncü kişilerle ilişkilere girer. Yönetim kurulu bu işlevi itibariyle aynı zamanda derneği üçüncü kişilerle karşı temsil eden bir organ, yani ***"temsil organı"***dır. Nitekim Medenî Kanun'umuz da yönetim kurulunun görevlerini buna benzer biçimde şöyle ifade etmektedir: *"Yönetim kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır; bu görevini kanuna ve dernek tüzüğüne uygun olarak yerine getirir.* Temsil görevi yönetim kurulunca, üyelerden birine veya bir üçüncü kişiye verilebilir" (m.85). Sözü geçen maddede, bu ifade şekliyle yönetim kurulunun yetkilerinin ayrıntılı biçimde düzenlenmesini tüzüğe bırakmış olmaktadır.

Yürürlükten kalkmış bulunan 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu ise, yönetim kuruluna derneği temsil etme görevini verdiği gibi, hangi hususların yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi gerektiğini de 27 nci maddesinde bentler hâlinde şöyle belirlemekte idi:

1. Derneği temsil etmek veya bu hususta kendi üyelerinden bir veya birkaçına yetki vermek,

2. Dernek şubelerinin açılmasını kararlaştırmak ve şube kurucularına yetki vermek,

3. Derneğin gelir ve gider hesaplarına ilişkin işlemleri yapmak ve gelecek döneme ait bütçeyi hazırlayarak genel kurula sunmak,

4. Türk vatandaşı olmayanların dernek üyeliğine kabulü halinde bunları on gün içinde mahallin en büyük mülki amirliğine bildirmek,

5. Dernek tüzüğünün ve mevzuatının kendisine verdiği diğer işleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Diğer işler arasında yönetim kurulunun genel kurulu olağan veya olağanüstü toplantıya çağırmak ve toplantıların gündemini hazırlamak gibi görevleri yer alır.

Yeni Dernekler Kanunu, daha çok kamu hukuku karakterli hükümler içerdiğinden, Kanunda yönetim kuruluyla ilgili bir hüküm yoktur.

Sonuçta yönetim kurulunun görevleri ilke olarak iki noktada toplanabilir: (1) Derneği içte yönetme, (2) Derneği dışa karşı temsil etme.

1) Derneği İçte Yönetme

Derneğin yönetimiyle ilgili bütün işleri görmek ve yürütmek, yönetim kurulunun başta gelen görevidir. Nitekim genel kurulu toplantıya çağırmak, derneğe ait işlerin görülmesinde kullanılmak üzere hizmet ve vekâlet sözleşmeleriyle personel görevlendirmek, kira veya satış sözleşmesiyle derneğe merkez olarak faaliyet göstereceği bir yer sağlamak, faaliyetlerin yürütülmesi için araç ve gereç satın almak, bankalarda hesap açtırmak, bütçe ile faaliyet ve hesap raporlarını hazırlamak gibi görevlerin hepsi, yönetim kurulunun iç yönetimde yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerdir.

Derneğin haklarını üyelere karşı ileri sürmek, örneğin üyelerden ödenti (aidat) toplamak, derneğe borçlarını ödemeyen üyeleri veya üçüncü kişileri kanunî yollardan takip etmek de, yönetim kurulunun yönetme görevleri arasındadır.

2) Derneği Dışa Karşı Temsil Etme[48]

Derneğin, faaliyet göstermesi ve amacını gerçekleştirebilmesi için, üçüncü kişilerle temasa geçmesi ve birtakım hukukî işlemler yapması gerekir. Bu işlemleri dernek ***i ç i n*** (dernek *adına değil!*) yapan, üçüncü kişilere karşı derneği alacaklı veya borçlu durumuna sokan, yönetim kuruludur. Yönetim

---

(48) Burada kullanılan *"temsil"* deyimi, bilinen teknik anlamdaki (BK. m.32 vd.) temsili ifade etmiyor. Zira yönetim kurulu, derneğin temsilcisi olmayıp zorunlu bir organdır, işlemlerinde *bizzat derneğin kendisi gibi* hareket eder. Buradaki temsil deyimiyle, yönetim kurulunun üçüncü kişiler **i**le dernekle ilgili işlemlere girişmelerini kastediyoruz.

kurulunun temsil yetkisi, esas itibariyle derneğin amacı ile sınırlanır. Gerçekten, yönetim kurulu *"derneğin amacının belirlediği sınırlar içerisinde"* kalmak şartıyla, dernek için her türlü hukukî işlemi yapma yetkisine sahiptir. Bu husus zaten derneklerin fiil ehliyetinin amaçlarıyla sınırlanmış olduğuna ilişkin ilkenin *(tahsis ilkesi = ultra - vires)* doğal bir sonucudur. Yönetim kurulu, temsil hakkındaki kanunî hükümlere uymak suretiyle başkalarına da derneği temsil etme yetkisi verebilir (MK. m.85/II).

Tüzükte, görevleriyle ilgili düzenleme yapmak suretiyle yönetim kuruluna başkaca görevler de verilebilir; fakat kanunen verilmiş olan görevler ve yetkiler tüzüğe konulacak bir hükümle yönetim kurulundan alınamaz, en fazla belli ölçüde sınırlanabilir.

V- DENETİM KURULU

A) OLUŞUMU

Denetim kurulu, yeni Medenî Kanun'un zorunlu organ olarak öngördüğü bir organdır. Önceki Medenî Kanun sadece genel kurul ile yönetim kurulunu zorunlu organ olarak düzenlemiş, denetim kurulundan söz etmemişti (m.57, 67). 1938 tarihli ve 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu da denetleme kurulunu zorunlu organ olarak düzenlememişti. Denetleme kurulunun zorunlu organ olarak diğer organlar arasına katılması, ilk defa hâlen yürürlükten kalkmış bulunan 1630 sayılı Dernekler Kanunu'yla gerçekleşti; 2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu da denetleme kurulunu zorunlu organ olarak korumuştu (m.19/I b.3). Nihayet yeni Medenî Kanun da bu organı *"denetim kurulu"* adıyla zorunlu organ olarak düzenlemiş bulunuyor (m.72/I). Medenî Kanundan sonra yürürlüğe giren yeni Dernekler Kanunu da "iç denetim" kenar başlığını taşıyan 9 uncu maddesinde denetim kurulundan söz etmektedir.

Derneklerin zorunlu organlarından üçüncüsü olan denetim kurulu, ***üç*** *asıl* ve ***üç*** *yedek* üyeden az olmamak üzere tüzükte belirtilen sayıda üyeden oluşur ve genel kurulca seçilir (MK. m.86/I).

Medenî Kanun, denetim kurulunun en az üç asıl üyeden oluşmasını öngördüğü ve bu hüküm emredici mahiyette olduğu içindir ki, tüzüğe denetim kurulunun bu sayıdan daha az, örneğin bir veya iki kişiden oluşacağı şeklinde hüküm konulamaz. Fakat Kanunda tavan belirlenmemiş olduğuna göre, kurulun daha fazla sayıda üyeden oluşacağına ilişkin hüküm konulmasına engel yoktur.

Her dernek üyesinin denetim kurulu üyeliğine seçilme hakkı vardır. Ancak, yukarıda yönetim kuruluna seçilmelerinin yasaklanmış olduğunu belirttiğimiz kişilerin, örneğin T.B.M.M. üyelerinin, özel gelir kaynakları veya özel imkânları kanunla sağlanmış olan kamu yararına çalışan derneklerin yönetim kurullarında olduğu gibi denetim kurullarında da görev almaları mümkün değildir (Ay. m.82/I). Denetim kuruluna dernek üyesi olmayanların da seçilebileceği kabul edilmektedir.

Genel kurulca seçilen denetim kurulu asıl ve yedek üyelerinin, aynen yönetim kurulu asıl ve yedek üyelerinde olduğu gibi, genel kurulu izleyen *otuz gün içinde* mülkî idare amirliğine yazı ile bildirilmesi gerekir (DK. m.23; DY. m.17).

B) GÖREV VE YETKİLERİ

Denetim kurulu, adından da kolaylıkla anlaşılabileceği gibi, derneğin iç denetimini yapmakla görevlidir. Başka bir deyişle, denetim kurulu, *yönetim kurulunun faaliyetlerini ve hesaplarını inceler.*

Denetim kurulu; derneğin tüzükte gösterilen amaç ve amacın gerçekleştirilmesi için sürdürüleceği bildirilen çalışma konuları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediğini, defter, hesap ve kayıtların mevzuata ve dernek tüzüğüne uygun olarak tutulup tutulmadığını, dernek tüzüğünde tespit edilen esas ve usullere göre *bir yılı geçmeyen aralıkla denetler ve* denetleme sonuçlarını *bir rapor* hâlinde yönetim kuruluna ve toplandığında genel kurula sunar (DK. m.9/II). Denetim kurulunun istemi üzerine, her türlü bilgi, belge ve kayıtların dernek yetkililer tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklentilerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur (DK. m.9/III).

Derneklerde *iç denetim* esastır. Genel kurul, yönetim kurulu veya denetim kurulu tarafından iç denetim yapılabileceği gibi, bağımsız denetim kuruluşlarına da denetim yaptırılabilir. Genel kurul veya yönetim kurulu yahut bağımsız denetim kuruluşlarınca denetim yapılmış olması, denetim kurulunun yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz (DK. m.9/I).

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, denetim kurulu gerekli gördüğü takdirde genel kurulun olağanüstü toplantıya çağrılmasını yönetim kurulundan isteme yetkisine de sahiptir (MK. m.75/I). Yönetim kurulu bu isteğe karşın bir ay içinde genel kurulu toplantıya çağırmazsa, fikrimizce denetim kurulu MK. m.75/II hükmüne kıyasen sulh hukuk hâkimine başvurabilir.

Dernekler Kanunu iç denetimin dışına dernekleri ayrıca ***dış denetime de*** tâbi tutmaktadır. Nitekim Kanun'un *"Beyanname verme yükümlülüğü ve denetim"* kenar başlığını taşıyan 19 uncu maddesine göre, dernekler, yılsonu itibariyle faaliyetlerini, gelir ve gider işlemlerinin sonuçlarını, düzenleyecekleri *beyannameyle* her yıl *Nisan ayı sonuna kadar* mülkî idare amirliğine vermekle yükümlüdürler. Gerekli görülen hâllerde, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları İçişleri Bakanı veya mülkî idare amiri tarafından denetlenebilir. Bu denetimlerde kolluk kuvvetleri mensupları görevlendirilemez. Denetimler mesai saatleri içinde yapılır ve en az yirmi dört saat önce derneklere bildirilir. Denetim sırasında görevli memurlar tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların dernek yetkilileri tarafından gösterilmesi veya verilmesi, yönetim yerleri, müesseseler ve eklerine girme isteğinin yerine getirilmesi zorunludur. Denetim sırasında suç teşkil eden fiillerin tespit edilmesi hâlinde, mülkî idare amiri durumu derhal Cumhuriyet savcılığına bildirir.

VI - ALT KURULUŞLAR

A) ŞUBE

Derneklerin gerekli gördükleri yerlerde şube açmaları imkânından, hem Medenî Kanunda (m.94,95), hem de Dernekler Kanunu'nda (m.7) ve Dernekler Yönetmeliğinde (m.7,8) söz edilmiştir. Ancak, Dernekler Kanunu konunun Medenî Kanunda düzenlenmiş olduğunu dikkate alarak ayrıca bir düzenleme yapma ihtiyacını duymamış, sadece dernek tüzüğünde bulunması gereken kalemler arasında bu konuya da değinmekle yetinmiştir. Oysa Dernekler Yönetmeliği konuyu iki madde hâlinde oldukça açık ve ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. O hâlde, şubelerin açılması konusunda Medenî Kanun'un ve Dernekler Yönetmeliğinin bu konudaki hükümlerine başvurmamız gerekecektir.

Medenî Kanun'a göre, "Dernekler, gerekli görülen yerlerde genel kurul kararıyla şube açabilirler. Bu amaçla dernek yönetim kurulunca yetki verilen en az üç kişilik *kurucular kurulu*, şube açılacak yerin en büyük mülkî idare amirine şube kuruluş bildirimini ve gerekli belgeleri verir. Şube kuruluş bildiriminin içeriği ve gerekli belgeler yönetmelikte gösterilir" (m.94). Medenî Kanun'un "şube kurucularının şubenin açılacağı yerde en az altı aydan beri oturmakta olmaları zorunluluğunu" getiren m.94/II hükmü, 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 35 d maddesiyle kaldırıldı.

Medenî Kanun'un şube kuruluşu konusunda yollama yaptığı Dernekler Yönetmeliği, 7 nci maddesiyle aşağıdaki düzenlemeyi getirmiştir:

Tüzüklerinde şube açabileceği belirtilmiş dernekler, genel kurullarınca yetki verilen yönetim kurullarının yetkili kılacakları en az üç kişinin imzaladığı Kuruluş Bildirimini ve aşağıda belirtilen eklerini şubenin açılacağı yerin mülki idare amirliğine verirler.

a) (Mülga: RG-30/10/2011-28100)

b) (Mülga: RG-30/12/2009-27448)

c) Şube kurucuları arasında tüzel kişiliklerin bulunması halinde; bu tüzel kişilerin unvanı, yerleşim yeri ve kuruluşuna ait belgeler ile tüzel kişiliklerin organları tarafından yetkilendirilen gerçek kişi de belirtilmek kaydıyla bu konuda alınmış kararın örneği,

d) Kurucular arasında yabancı uyruklular varsa, bunların Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olduklarını gösterir belgelerin örnekleri,

e) Geçici yönetim kurulu üyeleri ile yazışma ve tebligatı almaya yetkili kişi veya kişilerin adı, soyadı, yerleşim yerlerini ve imzalarını belirten liste,

f) Şube açılması için yönetim kuruluna verilmiş yetkiyi gösteren genel kurul kararının örneği,

g) Kurucu olarak yetkilendirilmiş kişiler için alınmış dernek yönetim kurulu kararı örneği.

Şube kuruluş bildirimi ve eklerinin mevzuata uygunluğu, altmış gün içinde mülkî idare amiri tarafından bizzat veya sivil toplumla ilişkiler birimlerine yetki verilmek suretiyle incelenir. Şube, şube merkezinin bulunduğu yerin il müdürlüğünce kütüğe kaydedilir (DY. m.8).

Dernekler Kanunu bir derneğin şube açabilmesini "tüzükte belirtilmiş olması şartına" bağladığı hâlde, Medenî Kanun böyle bir şart öngörmemektedir. Nitekim Dernekler Kanunu'na göre, dernekler tüzüklerinde derneğin *şubesinin bulunup bulunmayacağı*, *bulunacak ise şubelerin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri ile dernek genel kurulunda nasıl temsil edileceği* hususlarını belirtmek zorundadırlar (m.4 g). Bu durumda, özel ve sonraki tarihli kanun olması itibariyle Dernekler Kanunu'na uyulması gerekeceğinden, *tüzükte şube açılacağına ilişkin bir hüküm bulunması hâlinde,* genel kurulun yetki vermesi üzerine yönetim kurulunca yetkilendirilen en az üç kişilik kurucular kurulu tarafından şubenin açılacağı yerin mülkî amirliğine yazılı başvuru yapılabilecektir.

Şubelerin organlarına gelince:

Her şubede genel kurul, yönetim kurulu ile denetim kurulu veya denetçi bulunması zorunludur. Bu organların görev ve yetkileri ile şubelere ilişkin diğer hususlar hakkında Medenî Kanun hükümleri uygulanır. (MK. m.95). Dernekler Kanunu ise şube organlarının görev ve yetkilerinin dernek tüzüğünde gösterilmesini öngörmektedir (m.4 g).

Şube kuruluş bildirimi ve eklerinin mevzuata uygunluğu, kuruluş bildirimleri için verilen alındı belgelerinin düzenlendiği tarihten itibaren altmış gün içinde mülki idare amiri tarafından bizzat veya *sivil toplumla ilişkiler birimlerine* yetki verilmek suretiyle incelenir. Tüzüğü incelemeden geçmemiş veya inceleme sırasında belirlenen Kanun'a aykırılıkları veya noksanlıkları yapılan tebligat üzerine süresi içinde gidermeyen derneklerin, şubesi açılamaz. Şube kuruluş bildirimi ve eklerinin incelenmesinde, sonucun kuruculara bildirilmesinde derneklere ilişkin hükümler uygulanır. Şube, şube merkezinin bulunduğu yerin *il müdürlüğünce* kütüğe kaydedilir. (DY.m.8)

B) TEMSİLCİLİK

Temsilcilik, Türk dernekler hukukuna getirilmiş oldukça y e n i bir kurumdur. Temsilcilikten, daha önceleri ne Medenî Kanunda ne de Önceki Dernekler Kanunu'nda söz edilmişti. Temsilcilik ilk defa 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu ile düzenlenmiş bulunuyor. Türkiye'de *temsilcilik açma imkânı,* yeni Dernekler Kanunu'na –bildiğimiz kadarıyla– yabancı dernek ve vakıfların bu konuda ilgili makamlardan istemde bulunmaları üzerine, istemlerinin olumlu karşılanması sonucunda girmiştir. Biz de daha önce bu konudaki görüşümüzü yetkili makama yazılı olarak sunmuştuk. Medenî Kanun, 91 inci maddesinde Türk derneklerine yurt dışında şube açma imkânını tanımış, fakat aynı maddede temsilcilik açma imkânından söz etmemiştir. Buna karşılık, özel ve sonraki tarihli bir kanun olan yeni Dernekler Kanunu derneklerin yurt dışında temsilcilik açabilmelerine imkân tanımıştır (m.5/I). Yabancı ülkelerin, hiç değilse karşılıklılık esası gereği, Türk derneklerinin bu imkândan yararlanarak ülkelerinde temsilcilik açmalarını önlemeyeceklerini ummak istiyoruz.

Dernekler Kanunu'nun tanımlamasıyla ***temsilcilik****, "dernek faaliyetlerinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı olarak açılan, tüzel kişiliği ve bünyesinde organları bulunmayan alt birimdir"* (m.2 i).

Dernekler Kanunu'na göre, "Dernekler, gerekli gördükleri yerlerde dernek faaliyetlerini yürütmek amacıyla temsilcilik açabilirler. Temsilcilikler,

şube ve dernek kurullarında temsil edilmezler. Şubeler temsilcilik açamazlar. Temsilciliğin adresi, yönetim kurulu kararıyla temsilci olarak görevlendirilen kişi veya kişiler tarafından o yerin mülkî idare amirliğine yazılı olarak bildirilir" (m.24).

VII- ÜST KURULUŞLAR

Derneklerin örgütlenmede üst kuruluşlar oluşturabilmelerine, hem yeni Medenî Kanun (m.96 vd.), hem de Dernekler Kanunu (m.8) imkân tanımaktadır. Gerçekten, dernekler federasyon ve konfederasyon türünde üst kuruluşlar kurabilirler.

Federasyon, kuruluş amaçları aynı olan *en az beş derneğin,* amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle kurulur. Her federasyonun bir tüzüğünün bulunması zorunludur. Federasyon, kuruluş bildirimi ile tüzük ve gerekli belgelerin yerleşim yerinin en büyük mülkî amirine verilmesiyle tüzel kişilik kazanır (MK. m.96).

Konfederasyon, kuruluş amaçları aynı olan *en az üç federasyonun*, amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle kurulur. Her konfederasyonun bir tüzüğünün bulunması zorunludur. Konfederasyon, kuruluş bildirimi ile tüzük ve gerekli belgelerin yerleşim yerinin en büyük mülkî amirine verilmesiyle tüzel kişilik kazanır (MK. m.97).

Dernekler, bağlı oldukları federasyonun; federasyonlar da bağlı oldukları konfederasyonun genel kurulunda *en az üçer üye ile* temsil olunurlar. Temsilci üyeler, ilgili derneklerin ve federasyonların genel kurullarınca seçilirler. Federasyon ve konfederasyonlara ilişkin diğer hususlar hakkında Medenî Kanun hükümleri uygulanır (MK. m.98).

Dernekler Kanunu'na göre, federasyonların üye sayısı beşten ve konfederasyonların üye sayısı üçten aşağı düştüğü ve bu durum üç ay içerisinde giderilmediği takdirde, haklarında kendiliğinden sona erme hükümleri uygulanır (m.8/I). Dernekler federasyon, federasyonlar da konfederasyon biçiminden başka şekilde örgütlenemezler. Federasyonlar temsilcilik dışında ne ad altında olursa olsun başka bir örgüt kuramazlar (m.8/II).

Dernekler Yönetmeliğinde de federasyon ve konfederasyonlarla ilgili düzenleme mevcuttur. Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde federasyon kurma başvuruları ve istenecek belgeler, 10 uncu maddede de konfederasyon kurma başvuruları ve istenecek belgeler çeşitli bentler hâlinde alt alta sıralanmıştır. Federasyon ve konfederasyonlar, merkezlerinin bulunduğu yerin il müdürlüğünce kütüğe kaydedilir. (DY.m.11).

§ 4. DERNEKLERDE ÜYELİK

I- ÜYELİK KAVRAMI

Dernek, kişi topluluğu (korporasyon) şeklinde oluşan bir tüzel kişilik tipidir. Dernekler her ne kadar bir tüzel kişi olarak meydana geldikten sonra, kendilerini oluşturan kuruculardan ayrı ve bağımsız bir varlığa sahip olurlarsa da, varlıklarını sürdürebilmeleri ancak amaçlarını benimsemiş kimseleri içlerine almalarıyla mümkün olabilir. Bir dernek aynı fikrî menfaati benimsemiş olan ne kadar çok kimseyi kendi bünyesine alabilirse, amacını gerçekleştirme imkânlarını da o kadar arttırmış olur. Bir derneğin üyelerinin zamanla tamamen değişmiş olmasının, derneğin kişiliği bakımından önemi yoktur. Derneğin amacı sabit ve bâki kaldıkça, derneğin varlığına vücut vermiş olan kurucu üyelerin tamamının dernekten ayrılmış olmaları dahi, derneğin kişiliği üzerine etki yapmaz.

Bir derneğin kurulabilmesi için en az yedi gerçek veya tüzel kişinin varlığı şarttır. Fakat derneklerin kuruluştan sonra kaç üyeye sahip bulunmaları gerektiği veya en çok kaç üyeye sahip olabilecekleri hakkında, kanunlarda açık bir hüküm yoktur. Ancak, Medenî Kanun'un 78 inci maddesinin ikinci fıkrası hükmünden, bir derneğin en az kaç üyeye sahip olması gerektiği örtülü olarak (zımnen) anlaşılmaktadır. Nitekim sözü geçen hükme göre, ertelenen genel kurulun ikinci toplantısına katılan üye sayısı, dernek yönetim ve denetleme kurulları üye tam sayısı toplamının iki katından az olamaz. Bu durumda yönetim kurulu en az beş, denetim kurulu da en az üç asıl üyeden oluşmak zorunda olduğuna göre, kurulan her derneğin *en az on altı* üyeye sahip bulunması gereklidir. Aksi takdirde, olağan genel kurul toplantısının toplantı yetersayısı sağlanamadığı için üst üste iki defa yapılamaması, derneğin kendiliğinden dağılmış sayılması sonucunu doğurur (MK. m.87 b.5).

Her dernek, tüzüğüne koyacağı bir hükümle bünyesine alacağı üye sayısını sınırlamak hakkına sahiptir. Eğer tüzükte sınırlayıcı bir hüküm bulunmuyorsa, dernek dilediği sayıda üyeyi bünyesine alabilir.

II- ÜYELİK TÜRLERİ

***Üyelik**, dernek ile derneğin bünyesine üye sıfatıyla katılan gerçek veya tüzel kişi arasındaki ilişkiyi ifade eder.* Bu ilişkiden hem derneğin, hem de üyenin leh ve aleyhine birtakım haklar, ödevler ve borçlar doğar. Bunları daha sonra ele alarak açıklamalarda bulunacağız. Ancak, daha önce üyelik türlerini açıklamamız gerekiyor.

Dernek üyeliği, *"asıl üyelik"* ve *"onursal üyelik"* olmak üzere i k i türlüdür.

A) ASIL ÜYELİK

Asıl üyelikten maksat, bir derneğin tüzüğünde öngörülmüş bulunan bütün şartlara sahip olarak derneğin yürüttüğü her türlü çalışmalara katılabilme, organlarına seçilebilme ve genel kurul toplantılarına katılarak oy verebilme haklarını sağlayan üyeliktir. Örneğin "Hukukçular Derneği"nin tüzüğünde derneğe üye olabilmek için hukukçu olma şartı varsa, ancak hukukçu olanlar asıl üye olabilirler; hukukçu olmayanların asıl üyeliğe kabul edilmeleri söz konusu olamaz.

B) ONURSAL ÜYELİK

Onursal üyelik ise, asıl üye olabilmek için tüzükte öngörülen şartlara sahip olmayan, derneğin organlarına seçilebilme ve genel kurul toplantılarına katılarak oy kullanabilme hakları bulunmayan, fakat derneğin amacını benimsemiş olduklarından dolayı derneğe maddî ve manevî yardımlarda bulunan üyelerin durumunu ifade eder. Medenî Kanun onursal üyelerin *oy hakkı bulunmadığını ve ödenti vermek zorunda olmadıklarını* hükme bağlamıştır (m.69/II, 70/II). Onursal üye olma imkânının uygulamada daha çok derneğin amacının gerçekleştirilmesinde fikrî ve maddî katkıları olabilecek, kamuoyunda iyi isim yapmış, bilgi ve deneyiminden yararlanılması kaçınılmaz olan seçkin kişilere tanındığına tanık olunmaktadır. Onursal üyelik yönetim kurulu veya genel kurul kararıyla gerçekleşir.

Medenî Kanun, yabancı gerçek kişilerin derneklere asıl üye olabilmelerini Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olma şartına bağladığı hâlde, onursal üyelik için böyle bir şart aramamaktadır (m.93). Maddede geçen "karşılıklı olmak koşuluyla" ibaresi, 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 38B maddesiyle metinden çıkarılmıştır.

III- ÜYELİĞİN KAZANILMASI

Üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesi, Medenî Kanunda düzenlenmiştir[49]. Kural olarak, aranan kanunî ve özel şartlara sahip bulunan her

---

[49] Ayrıntılı bilgi için bk. **Engin, Baki İlhan:** Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul 1995; **Ballar, Suat**: Türk Dernekler Hukuku, B.4, İstanbul 2001.

gerçek ve tüzel kişinin derneklere üye olma hakkı vardır. Ancak, hiç kimse bir derneğe üye olmaya zorlanamaz (Ay. m.33/III; MK. m.63/I).

Dernekler Kanunu derneğe üye olmanın ve üyelikten çıkmanın, derneğin tüzüğünde belirtilmesi zorunluluğunu getiriyor (m.4 c). Bu zorunluluk yerine getirilirken, genellikle tüzükte üye olmanın *özel şartları* da belirtilebilir. Çünkü Medenî Kanun *fiil ehliyetine sahip olma dışında* üyelik şartlarına ilişkin başka bir hüküm getirmemiştir. Ancak, dernek tüzüklerinde üyeliğe giriş konusunda özel şartlar bulunmadığı takdirde, sorunun genel ilkeler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.

Derneklere üye olabilmenin şartlarını, "kanunî şartlar" ve "özel şartlar" şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekir.

A) KANUNÎ ŞARTLAR

Kanunî şartlar, üye olunacak dernek hangi amaçla kurulmuş olursa olsun, genel olarak bir derneğe üye olabilmek için bulunması zorunlu olan şartlardır. Bu şartlar Medenî Kanun'un 64 üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, *"fiil ehliyetine sahip bulunan her gerçek kişi ile tüzel kişiler derneklere üye olma hakkına sahiptir"*. Buna benzer bir hüküm de Dernekler Kanunu'nun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer almıştır: "*Fiil ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına (*pek tabiî kurulu derneğe üye olma hakkına da) *sahiptir.*

Medenî Kanun ve Dernekler Kanunu, üyelik için onsekiz yaşın doldurulmuş olması şartını, yani "normal erginliği" aramadığına göre, fiilen bu yaşı doldurmadan erken erginlik yollarından biriyle ergin sayılmış ve böylece fiil ehliyetine sahip olmuş bulunan gerçek kişiler de derneklere üye olarak katılabileceklerdir. Her iki kanunda da "fiil ehliyetine sahip olma" şartı yer almış bulunduğuna göre, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcileri izin verse dahi, dernek üyesi olmaları mümkün değildir. O hâlde, fiil ehliyeti bakımından *tam ehliyetliler ile sınırlı ehliyetliler* dışında kalan gerçek kişilerin derneklere üye olarak katılmaları söz konusu olmayacak demektir.

Yeni Dernekler Kanunu'nun kurulabilmelerine imkân tanıdığı *çocuk derneklerine* üye olabilmek için aranan kanunî şartlardan biri, küçüğün ayırt etme gücüne sahip ve *oniki yaşını bitirmiş olması*, diğeri de *yasal temsilcinin izni*dir. Çocuk derneklerine sadece oniki yaşını bitirmiş ve onsekiz yaşını doldurmamış küçükler üye olabilir. Onsekiz yaşından büyüklerin üye olma hakları yoktur (m.3/IV, V).

Önceki Dernekler Kanunu, bazı gerçek kişilerin asıl üye olabilmeleri için ehliyet şartından başka şartlar da aradığı gibi, bazı gerçek kişilerin üye olmalarını da yasaklamıştı. Yeni Dernekler Kanunu ise, kimlerin dernek kurucusu olamayacaklarını veya kurulu bir derneğe üye olma haklarının bulunmadığını ayrı ayrı açıklamaksızın şöyle bir hüküm getiriyor: *"Türk Silâhlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır"* (m.3/II). O hâlde, sözü geçen gerçek kişilerden hangilerinin derneklere üye olarak katılamayacakları veya hangi derneklere üye olma imkânına sahip oldukları, mensubu bulundukları kurumla ilgili özel kanuna bakılarak saptanabilecektir.

Medenî Kanun Türkiye'de bulunan yabancıların derneklere üye olabilmelerini şöyle bir şarta bağlamaktadır: *"Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olan yabancı gerçek kişiler, derneklere üye olabilirler"* (m.93).

B) ÖZEL ŞARTLAR

Özel şartlar, asıl üye olabilmek için kanunî şartlara ek olarak her derneğin kendi tüzüğüne koyabileceği şartlardır. Dernekler Kanunu her derneğin tüzüğünde "üye olma ve üyelikten çıkmanın şart ve şekillerinin belirtilmesini" emretmektedir (m.4 c). Bu hüküm gereği dernekler tüzüklerinde üyeliğe girişte, örneğin belli bir öğrenim görmüş olmak, derneğin amacıyla ilgili yayınlarda bulunmuş olmak, yabancı bir dil bilmek vs. gibi birtakım özel şartlar kabul edebilirler.

Bir derneğin tüzüğünde bu gibi özel şartlara yer verilmiş ise, o derneğe üye olmak isteyen kişilerin, kanunî şartların yanında bu özel şartlara da sahip bulunmaları gerekir.

C) ÜYELİK BAŞVURUSUNUN KARARA BAĞLANMASI

Kanunî ve özel şartlara sahip bulunmak, her gerçek veya tüzel kişiye hiçbir formaliteye tâbi olmaksızın herhangi bir derneğe üye olarak girme yetkisini vermez. Bu, olsa olsa o kişiye derneğe karşı üye olarak alınması konusunda istemde bulunma yetkisini verir. Bu istem derneğe karşı yapılmış bir öneri (icap) mahiyetindedir ve ancak derneğin bunu kabul etmesiyle tamamlanır, yani kabul ile üyelik sıfatı kazanılmış olur. Zira bir derneğin amacını gerçekleştirebilmek için; çalışkan, dürüst, derneğin amacını gerçekten içtenlikle benimsemiş, bilgisi ve çalışmalarıyla amaca ulaşmaya katkıda bulunacak kişilere ihtiyacı vardır. Bu itibarla dernekler, kendi bünyelerine üye sıfatıyla alacakları kişileri dikkatlice seçmek

isterler; her başvuruda bulunanı üye olarak kabul etmeye zorlanamazlar. Dernek, tüzüğünde aranan bütün şartlara sahip olsa dahi bir gerçek veya tüzel kişiyi üye olarak kabul edip etmemekte serbesttir[50]. Hiçbir dernek üye kabul etmeye zorlanamaz (MK. m.63).

Üyeliğe kabul konusunda *karar verme yetkisi, yönetim kuruluna aittir.* Nitekim üyeliğe kabul konusunda yönetim kurulunun yetkili olduğu Medenî Kanun'un 64 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir: "Yazılı olarak yapılacak üyelik başvurusu dernek yönetim kurulunca en çok *otuz gün içinde* karara bağlanır ve sonuç yazıyla başvuru sahibine bildirilir. Başvurusu kabul edilen üye, bu amaçla tutulacak deftere kaydedilir". Başvurusu reddedilen kişi, bu karara karşı genel kurula itirazda bulunabilir. Zira Medenî Kanun, üyeliğe kabul hakkında son karar organının genel kurul olduğunu 80 inci maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Dernekler Kanunu'nun 23 üncü maddesi uyarınca, dernekler üyeliğe kabul edilenleri adını, soyadını, doğum tarihini ve kimlik numarasını kabul edilme ve sona erme tarihinden itibaren *kırk beş gün* içinde merkezinin bulunduğu dernekler birimine bildirmekle yükümlüdür.

Derneğe giriş, yani üyeliğe kabul işlemi, dernek ile üyelik isteminde bulunan kişi arasında yapılmış bir "sözleşme" olduğundan her iki tarafa da, yani hem derneğe hem de üye sıfatını kazanmış olan kişiye birtakım haklar ve yükümlülükler doğurur. Bu konuyu daha sonra ele alacağız.

IV- ÜYELİĞİN KAYBEDİLMESİ

Üyelik başvurusunun kabul edilmesiyle üye sıfatını kazanan kişi ile dernek arasında, az çok uzunca bir süre devam edecek olan bir ilişki kurulmuş olur ki bu ilişkiye *"üyelik"* denildiğini daha önce belirtmiştik. Ancak, kurulan bu ilişki ebedî, yani ölünceye dek sürecek bir ilişki de değildir; nitekim bazı hâllerde kendiliğinden sona erebileceği gibi, bazen de taraflardan birinin iradesini tek yanlı olarak açıklamasıyla ortadan kalkabilir. Nitekim kanun koyucu, uzun süreli bütün hukukî ilişkilerde olduğu gibi, üyelikte de her iki tarafa "feshi bildirme" yoluyla bu ilişkiye son verme hakkını tanımıştır.

Feshin üye tarafından bildirilmesine dernekten ***ç ı k m a*** (istifa) denir. Derneğin feshi bildirmesi ise, üyelikten ***ç ı k a r ı l m a*** (ihraç) olarak isimlendirilir.

---

(50) Bk. 2. HD. 20.5.1974, 3152/3166, RKD. 1974/II, sh.291. Ayrıca bkz. 2. HD. 5.3.1987, 614/1811, Yasa Der. 1989/1, s.51.

A) KENDİLİĞİNDEN KAYBETME

Çıkma ve çıkarılma hâllerinin dışında da üyeliğin sona ermesini gerektiren sebep ve olgular vardır. Bu sebep ve olguların ortaya çıkmasıyla birlikte üyelik, herhangi bir işleme veya irade açıklamasına gerek olmaksızın kaybedilmiş, yani üyelik sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olur. Gerçekten üyenin; ölümü, gaipliğine karar verilmesi, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun kalması, üyelik için aranan özel şartlardan birini kaybetmesi; tüzel kişi olan üyenin kişiliğinin sona ermesi, derneğin dağılması (infisahı), dağıtılması (feshi) ya da kapatılması da, üyelik sıfatının kendiliğinden sona ermesini gerektiren sebeplerdir.

Medenî Kanun da 65 inci maddesinde *"üyelik için Kanunda veya tüzükte aranılan nitelikleri sonradan kaybedenlerin dernek üyeliği kendiliğinden sora erer"* demektedir.

B) DERNEKTEN ÇIKMA

Dilediği derneğe üye olabilmek hürriyetine sahip bulunan her gerçek veya tüzel kişi, istediği anda üyelikten çıkma, yani *istifa etme hakkına* sahiptir. Anayasamız ve Medenî Kanunu'muz "*hiç kimsenin dernekte üye kalmaya zorlanamayacağından"* açıkça söz etmek suretiyle bu hakkı her üyeye tanımıştır (Ay. m.33/III; MK. m.66). Dernekler Kanunu da, üyelikten çıkmanın şart ve şekillerinin tüzüklerde gösterilmesinin zorunlu olduğunu ifade ediyor (m.4 c).

Tüzükle, üyelerin hiçbir suretle "üyelikten çıkma bildiriminde bulunarak dernekten ayrılamayacakları" kabul edilemez; tüzüğe konulmuş olan böyle bir hüküm, hürriyetin aşırı sınırlanması anlamına geleceğinden, Medenî Kanun'un 23 üncü maddesi uyarınca geçersizdir, hiçbir hüküm doğurmaz.

Çıkma, hukukî mahiyeti itibariyle üye tarafından dernek ile arasındaki hukukî ilişkinin, kısaca üyelik sözleşmesinin feshini bildirmekten başka bir şey değildir. Tek yanlı bir irade açıklaması mahiyetinde olduğu içindir ki, çıkmanın derneğin yetkili organı tarafından *kabul edilmesine gerek yoktur.* Üyeler çıkma yoluyla dernekten ayrılma yetkisine kanundan ötürü sahip bulundukları içindir ki, tüzükte bu hususun ayrıca gösterilmesine lüzum yoktur. Nitekim Medenî Kanun, 66 ncı maddesinde *"her üye, yazılı olarak bildirmek kaydıyla*[51] *dernekten çıkma hakkını sahiptir"*

---

[51] Maddede öngörülmüş olan *"altı ay önceden"* şartı, 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 33 üncü maddesiyle kaldırılmıştır.

diyor. Söz konusu hüküm emredici hüküm niteliğinde olduğundan tüzük, dernekten çıkma şartlarını ağırlaştıramaz; örneğin üyelerin üye kaydedildiği tarihten itibaren belli bir süre geçmeden ayrılamayacakları veya çıkma için belli bir süre önceden haber vermeleri gerektiği gibi şartlara yer veremez. Eğer tüzükte bu konuda hiçbir düzenleme yapılmamışsa, dernekten çıktığını (istifa ettiğini) bildiren üye, üyelik sıfatını aynı anda kaybetmiş olur.

C) DERNEKTEN ÇIKARILMA

Dernek hayatı, üyeler arasında oldukça samimî bir ilişkiyi zorunlu kılar. Üyeler arasında anlaşma, ahenkli çalışma, derneğin amacına uygun surette hareket etme ve özellikle derneğin amacına aykırı düşen davranışlarda ve faaliyetlerde bulunmama, her derneğin üyelerinden beklediği davranış biçimleridir. Hiçbir dernek bunlara aykırı hareketlerde bulunan, dernek içinde anlaşmazlıklar yaratan, derneğin çalışmalarını güçleştiren ve kendilerine düşen ödev ve yükümlülükleri yerine getirmeyen üyeleri kendi içinde tutmaya zorlanamaz. İşte, bu sebepledir ki Medenî Kanun, derneklere üyelerini dernekten çıkarma *(ihraç etme)* hakkını tanımıştır. Tüzük, üyelerin dernekten çıkarılmasını gerektirecek sebepleri belirlemiş olabilir. Bu durumda, daha sonra ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, çıkarma kararına karşı *belirlenen sebeplerin haklı sayılamayacağı* iddiasıyla itirazda bulunulamaz (MK. m.67/II). Tüzükte çıkarma düzenlenmemişse, üye ancak haklı sebeple çıkarılabilir. Bu durumda çıkarma kararına, *haklı bir sebep bulunmadığı* ileri sürülerek itiraz edilebilir (MK. m.67/III).

Dernekler Kanunu'nda üyelerin dernekten çıkarılmasını düzenleyen bir hüküm yoktur; Kanun 4 ücü maddesinin (c) bendinde, tüzükte üyelerin dernekten çıkmasının şart ve şekillerinin belirtilmesini zorunlu olarak emrettiği hâlde, *çıkarılmanın şart ve şekilleri hakkında* böyle bir zorunluluktan söz etmemektedir.

Medenî Kanun'un 67 nci maddesi hükmünden anlaşılacağı üzere, dernekten çıkarılma sebepleri, "kanuna" ve "tüzüğe" dayanan sebepler olmak üzere i k i y e ayrılmaktadır.

1) Kanuna Dayanan Sebepler

Derneğin tüzüğünde *üyelerin çıkarılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması,* yani *bir düzenleme yapılmamış olması* durumunda, bir üye kanunî sebeplere dayanılarak dernekten çıkarılabilecektir. Medenî Kanun bu hâlde derneğe ancak ***"haklı sebeplere dayanarak"*** üyeleri-

ni çıkarma hakkını tanımaktadır (m.67/III). Haklı sebebin mevcut olup olmadığını dernek takdir edecektir. Üyeliği devam ettirmenin hukuka ve hakkaniyete göre dernekten istenemeyeceği her hâl, çıkarma için haklı sebep oluşturur[52][53]. Nitekim bir üyenin derneğin amacına aykırı davranışlarda bulunması, derneğin amacına taban tabana karşıt amaç güden başka bir derneğe daha kurucu veya asıl üye olarak katılmış olması, türlü yollarla derneğin faaliyetlerini baltalayıcı davranışlarda bulunması, diğer üyelerle geçinememesi ve sık sık olay çıkarması, ödenti borcunu ödemekten sürekli olarak kaçınması, genel kurul toplantılarına katılmamayı bir nevi alışkanlık hâline getirmesi gibi durumlar, böyle bir üyenin dernekten çıkarılması için haklı sebep olarak gösterilebilir.

2) Tüzüğe Dayanan Sebepler

Zorunlu olmamakla birlikte tüzükte çıkarma sebeplerinin neler olduğu tek tek belirlenmiş bulunuyorsa, bu durumda bir üye ancak belirlenmiş olan bu sebeplerden birinin mevcut olması hâlinde dernekten çıkarılabilir. Örneğin tüzükte iki ay üst üste ödenti borcunu ödememenin veya genel kurul toplantılarına özürsüz olarak iki defa katılmamanın çıkarma sebebi olacağı öngörülmüş ise, üyeler ancak öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde dernekten çıkarılabilir. Tüzükte öngörülmüş olan sebeplerin dışında başka hiçbir sebeple hiçbir üye dernekten çıkarılamaz.

Tüzüğe dayanarak üyeleri dernekten çıkarmaya hangi organın yetkili olduğu, yine tüzüğe göre belirlenir. Çıkarma yetkisi tüzükle yönetim kuruluna verilebileceği gibi, iradî bir organa, örneğin *"disiplin kuruluna"* veya *"haysiyet divanına"* da verilmiş olabilir. Tüzükte bu konuda açık bir hüküm bulunmaması hâlinde, çıkarma kararı ancak en yetkili organ olan *genel kurul* tarafından alınabilir (MK. m.80/I).

Üyelerin çıkarılmasına ilişkin karar alma yetkisinin tüzükle haysiyet divanı, onur kurulu, disiplin kurulu gibi iradî organlardan birine ve hatta doğrudan doğruya yönetim kuruluna tanınabileceği gerek doktrinde[54], gerek uygulamada[55] kabul edilmektedir. Ancak, tekrar belirtelim ki yetki bu organlara tanınmış olsa bile, bu konuda son karar yetkisi yine de genel kurula aittir (MK. m.80/I)

---

(52) **Egger-Çernis,** II. Kısım, sh.124.

(53) Hukuk ve hakkaniyet hakkında bk. yuk. sh.53, 154.

(54) Bk. **Egger-Çernis,** sh.124; **Zevkliler,** sh.603; **Öztan,** Tüzel Kişiler, sh.98; **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.249; **Dural-Öğüz,** sh.285.

(55) 2. HD. 1.12.1972, 7221/6790, RKD. 1973, S.2, sh.227.

3) Çıkarma Kararına İtiraz Hakkı

İster kanuna dayanan sebeplere, ister tüzükte tek tek belirlenmiş olan sebeplere dayanılarak verilmiş olsun, dernekten çıkarılan üyenin dava açmak suretiyle çıkarma kararına karşı itirazda bulunma hakkı vardır[56]. Ancak, Medenî Kanun'un 67 nci maddesine dayanılarak açılacak olan itiraz davalarının içerikleri, *itiraz sebebine göre* farklı olacaktır. Şöyle ki:

a) Kanuna Dayanan Çıkarma Kararlarına Karşı

Kanuna, daha doğru deyişle haklı sebeplere dayanılarak verilen çıkarma kararlarına, ya "*haklı bir sebebin bulunmadığı"* ya da *"kararın yetkili organ tarafından alınmamış olduğu"* ileri sürülmek suretiyle itiraz edilebilir. Bu durumda çıkarma kararının dayanağı olan sebebin haklı olup olmadığını MK. m.4 hükmü uyarınca hâkim takdir eder.

b) Tüzükteki Sebeplere Dayanan Çıkarma Kararlarına Karşı

Tüzükte belirlenmiş olan sebeplere dayanılarak verilen çıkarma kararlarına, ya *"çıkarma sebebi olarak belirlenmiş fiil veya durumun gerçekleşmemiş olduğu"* ya da "*kararın usulüne göre alınmamış olduğu"* ileri sürülerek itiraz edilebilir[57]. Bu durumda itirazın gerekçesi olarak, belki de çıkarma kararını veren organın yetkili organ olmadığı, toplantı ve karar yetersayısının bulunmadığı ya da tüzükte öngörülmüş olan sebebin gerçekleşmediği iddiaları ileri sürülebilir. Örneğin tüzüğünde dernek lokaline sarhoş hâlde gelmeyi veya lokalde kâğıt oyunları oynamayı ya da siyasî faaliyette bulunmayı çıkarma sebebi olarak kabul eden bir dernekte, bu sebeplerden birisine dayanılarak çıkarılmış olan üye, çıkarma kararına dayanak yapılmış olan fiilde bulunmadığı iddiasıyla dava açabilir. Fakat tüzükte belirlenmiş olan *bu sebeplerin hiçbir zaman haklı sayılmayacaklarını,* yani *çıkarma sebebi olamayacaklarını* ileri sürerek çıkarma kararına itiraz edemez.

Dernekten çıkarılan üyenin dava yoluna gidebilmesi için, *önce genel kurula itirazda bulunması şarttır.* Zira bir organ, örneğin disiplin kurulu tarafından alınan çıkarma kararı, genel kurul tarafından değerlendirilmedikçe kesinleşmiş bir karar olarak kabul edilemez; bu sebeple bu karara karşı dava açılamaz[58].

---

(56) Yargıtay da Önceki Medenî Kanun yürürlükte olduğu dönemde Kanun'un aksi yöndeki hükmüne karşın üyelerin itiraz hakkına sahip bulunduklarını kabul etmiştir. Yg. İçt. Bir. Kar. 20.9.1950, 4/10, RG. 7.12.1950, S. 7676; **Olgaç,** sh. 121 vd.

(57) Sözü geçen İçt. Bir. Kararından.

(58) HGK. 8.5.2002, 300/385, Bursa Barosu Dergisi, S.71, Nisan 2003, sh.146.

D) ÜYELİKTEN ÇIKIŞIN SONUÇLARI

Çıkma (istifa) yoluyla dernek üyeliğinden ayrılan kimse, üyelik haklarını çıkma tarihinde kaybetmiş olur (MK. m.66).

Dernekten çıkarılmış olan üyenin üyelik sıfatı ise, çıkarma kararının mahiyeti gereği, kararın kesinleşmesiyle birlikte ortadan kalkmış olur.

Dernekten çıkan veya çıkarılan üyeler derneğin malvarlığında herhangi bir hak iddia edemezler (MK. m.68/III). Çıkmış olmak, üyenin ödenti borcunu ortadan kaldırmaz. Bu itibarladır ki, dernekten ayrılmış olan bir üye üyelik sıfatının sona erdiği tarihten önceki borçlarını derneğe ödemekle yükümlüdür (MK. m.70/I).

V- ÜYELİĞİN SONUÇLARI

A) ÜYELİK SÖZLEŞMESİ

Bir derneğe üye olarak katılmak, dernek ile üye arasında yapılan bir hukukî işlemle gerçekleşir. Bu hukukî işlem sonucunda dernek ile üye arasında karşılıklı birtakım haklar, ödevler, yükümlülükler ve borçlar doğar. Bu itibarla, üye olarak derneğe giriş işlemi, bir sözleşme mahiyetindedir. Bu sözleşme sonucunda dernek ile üye arasında doğmuş olan karşılıklı hakların, ödevlerin, yükümlülüklerin ve borçları tümü *"üyelik"* kavramı altında toplanır.

O hâlde ***üyelik,*** *dernek mensuplarının dernek ile aralarındaki hukukî ilişkiyi gösterir*[(59)]. Bu ilişkiden üyeler lehine bazı haklar doğar; dernek, üyeliğe bağlı olan bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür. Her hakkın karşısında bir yükümlülük bulunduğu gibi, üyelik sıfatından üyeler aleyhine derneğe karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları bazı ödevler ve borçlar da doğar. Aşağıda üyelerin haklarını, ödevlerini ve yükümlülüklerini ele alacağız:

B) ÜYELİK HAKLARI

1) Üyelik Haklarının Hukukî Mahiyeti

Kişiler herhangi bir derneğe üye olmakla çokluğa dayanan bir birlik içine girmiş olurlar. Bu birlik çoğunlukla yönetildiğine göre, üyelerin bu çoğunluğa karşı korunmaları gerekir. Bu sebepledir ki kanun koyucu, üye-

(59) **Egger-Çernis**, sh.112.

leri korumak amacıyla onlara derneğe karşı ileri sürebilecekleri birtakım yetkiler tanımıştır. Kanun'un tanıdığı yetkilerin yanında, ayrıca dernek tüzükleriyle de üyelere daha birtakım yetkiler ve haklar tanınabilir.

Üyelik, esas itibariyle dernek ile üye arasındaki kişisel ilişkiye dayanır. Bu itibarla üyelikten doğan haklar *"kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar"* mahiyetinde oldukları[60] içindir ki, başkalarına devredilemedikleri gibi, ölümle mirasçılara da geçmezler. Bu konuda Alman Medenî Kanunu'nun 38 inci paragrafında "üyelik devredilemez ve mirasçılara geçmez. Üyelik haklarının kullanımı bir başkasına bırakılamaz" şeklinde çok açık bir hüküm vardır. Üyelik haklarının bu niteliği İsviçre Medenî Kanunu'nun m.70/III hükmünde belirtilmiş olmasına karşın, bu fıkra hükmü Önceki Medenî Kanun'un 60 ncı maddesine alınmamıştı. Sözü geçen m.70/III de aynen *"üyelik devredilemediği gibi, mirasçılara da geçmez"* denilmektedir. Yeni Medenî Kanun da bu konuyla ilgili bir hüküm içermiyor. Mamafih bazı hukukçular üyeliğin başkasına devredilmesinin veya mirasçılara geçmesinin tüzükle kabul edilebileceği görüşündedirler[61].

Üyelik haklarının temsilci vasıtasıyla kullanılıp kullanılamayacağı hususunda Önceki Medenî Kanunda bir açıklık yoktu. Bu hakların mahiyetleri üye tarafından bizzat kullanılmalarını gerektirir. Nitekim Önceki Dernekler Kanunu, 18 inci maddesinde bir üyenin oyunu başka bir üye aracılığıyla kullanabilmesi imkânını tanımışken, sonradan 2.3.1988 tarihli ve 3415 sayılı Kanunla bu hükmü yürürlükten kaldırdı. Bununla beraber hukukçuların büyük bir kısmı, dernek tüzüğüyle buna izin verilebileceğini kabul ederler[62].

Yeni Medenî Kanun bir üyenin oy hakkını *şahsen kullanmak zorunda olduğunu* hükme bağlamakla, derneklerde temsil yolunu açıkça kapatmış bulunmaktadır (m.69/I).

2) Üyelik Haklarının Türleri

Medenî Kanun üyelik haklarının neler olduğunu belirtmemiş, dağınık bazı hükümleriyle sadece üyelerin bazı haklarına değinmekle yetinmiştir.

---

(60) **Huber, Eugen:** Exposé des motifs, t.1, sh.76; **Enneccerus-Nipperdey,** sh.442; **Dural-Öğüz,** sh.290; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.206, 223 ve dn.165 de anılan yazarlar.

(61) Bk. **Tuor,** sh.110; **Arsebük,** Medenî Hukuk, sh.209.

(62) **Curti, Eugen:** Die Mitgliedschaftsrechte der Vereinsmitglieder nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch; **Egger-Çernis,** sh.177; **Staudinger,** sh.291.

Üyelik haklarının türleri kanunla ve tüzükle belirlenebileceği gibi, üyelerin sahip olacağı haklar derneğin amacından da çıkarılabilir.

Bu haklar doktrinde bir ayırıma tâbi tutularak *"katılma hakları", "yararlanma hakları"* ve *"korunma hakları"* şeklinde isimlendirilmektedir(63). Biz böyle bir ayırıma gitmeden önemli olanlarını inceleyeceğiz.

a) Organlara Seçilebilme Hakkı

Dernek üyelerinin derneğin zorunlu veya iradî organlarına seçilmek üzere aday olma hakları vardır. Zaten tüzükteki şartları yerine getiren her üye, derneğin en yetkili ve en geniş organı olan genel kurulun üyesidir (MK. m.68).

b) Genel Kurul Toplantılarına Katılma Hakkı

Derneğin iradesinin ortaya çıkarıldığı organ, genel kuruldur. Derneğin iradesi bu toplantıda alınan kararlarla açıklanır. Her üyenin derneğin iradesinin oluşumuna katkıda bulunabilmek için genel kurul toplantılarına katılma hakkı vardır (MK. m.73). Bir üyenin MK. m.82 hükmünde sayılan hâller dolayısıyla oy hakkına sahip bulunmaması, toplantıya katılma hakkını ortadan kaldırmaz. Katılma hakkı zaten derneğin örgütüne seçilebilme hakkının da doğal bir sonucudur.

c) Görüşmelere Katılma Hakkı

Toplantıyla katılma hakkının doğal bir sonucu olarak her üyenin genel kurulda görüşülen konular hakkında kendi fikir, görüş ve kanaatlerini açıklama ve eleştirilerde bulunma hakkı vardır.

d) Oy Verme Hakkı

Oy verme hakkı, *her üyenin kendi kanaatini bildirmek üzere iradesini açıklamak suretiyle dernek kararlarının oluşumuna katılma hakkıdır*. Oy hakkını düzenleyen MK. m.69 hükmü, her üyenin genel kurulda bir oy hakkına sahip bulunduğunu ifade eder. Üyeler arasında oy hakkında eşitliği bozucu hükümlerin tüzüğe konulması mümkün değildir (MK. m.68).

MK. m.68/I de "Dernek üyeleri eşit haklara sahiptirler. Dernek, üyeleri arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez; eşitliği bozan veya bazı üyelere bu sebeple ayrıcalık tanıyan uygulamalar yapamaz" denilmektedir.

---

(63) **Dural-Öğüz,** sh.290.

Üyeler oy haklarını diledikleri şekilde kullanmakta hürdürler. Üyeleri oy haklarını kullanmaktan ancak kanun menedebilir. Bu itibarla MK. m.82 de sayılan hâller dışında hiçbir üye oy hakkını kullanmaktan alıkonulamaz. Söz konusu 82 nci madde uyarınca, bir dernek üyesi, kendisi, eşi üstsoy ve altsoyu ile dernek arasındaki hukukî işlem veya uyuşmazlık konusunda alınması gereken kararlarda oy veremez.

e) Çıkma Hakkı

Her üyenin dilediği anda istifa etmek suretiyle, üyesi bulunduğu dernekten çıkma hakkı vardır. Medenî Kanun'un 66 ncı maddesinde düzenlenmiş bulunan çıkma hakkına daha önce değinmiş olduğumuzdan, burada bu konu üzerinde yeniden durmak istemiyoruz.

f) Dernek Kararlarına İtiraz Hakkı

Medenî Kanun'umuz dernek üyelerine, dernek tüzüğüne, hukukun emredici hükümlerine ve ahlâka aykırı gördükleri kararlara karşı itirazda bulunma hakkı tanımaktadır(64). Bu hak üyelerin menfaati kadar, bizzat derneğin menfaatlerinin de korunması düşüncesine dayanır. Gerçekten üyeler, derneğin amacına aykırı ve amacın gerçekleşmesini güçleştirecek mahiyette olan kararlara itiraz etmek suretiyle derneğin, güdülen amacın sınırları içinde kalmasını sağlarlar ve bu suretle de kendi menfaatlerini olduğu kadar, derneğin menfaatlerini de korumuş olurlar.

İtiraz hakkı açılacak bir d a v a y o l u y l a kullanılır. Bu davayla mahkemeden derneğin amacına, kanuna veya tüzüğe aykırı olduğu iddia edilen *dernek kararlarının i p t a l edilmesi* isteminde bulunulur.

Dernek kararlarına karşı bir üye tarafından yapılacak itiraz, MK. m.83 hükmüyle belli şartlara bağlanmıştır:

aa) Dava yoluyla itiraz hakkı ***sadece genel kural kararlarına karşı tanınmış olan bir haktır.*** Zira MK. m.83 hükmünde "genel kurul kararlarından" söz edilmektedir. Bu itibarladır ki, üyelerin derneğin diğer organlarının kararlarına karşı itiraz hakları yoktur. Üyeler diğer organların, örneğin yönetim kurulunun ya da disiplin kurulunun (haysiyet divanının) kararlarına karşı önce derneğin en üst ve en yetkili organı olan ve diğer bütün organlar üzerinde denetim hak ve yetkisi bulunan genel kurula ***şikâyet etme hakkına*** sahiptirler. Genel kurul, üyelerin şikâyetini kabul etmez veya şikâyet edilen kararı onaylarsa (tasvip ederse), o zaman artık

(64) Bk. yuk. Bu Bölüm, § 3, Hükümsüz Kararlar.

ortada bir genel kurul kararı var demektir; pek tabiî bu karara karşı dava açılmak suretiyle itirazda bulunulabilir.

bb) Genel kurul kararlarına ***itiraz eden üye o karar lehinde oy vermemiş olmalıdır.*** Karar alınırken olumlu oy kullanmış olan bir üye, daha sonra kararın yanlış olduğu ve bu kararın alınmasında olumlu oy kullanırken yanılmış olduğu iddiasıyla itirazda bulunamaz. Bir üyenin karar lehine oy vermemiş olması ya karara katılmama ya toplantıya katılma gibi i k i hâlde söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle, toplantıda hazır bulunduğu hâlde *karara olumlu oyuyla katılmamış olan* bir üye ile *toplantıya katılmamış olan* bir üye, "karar lehinde oy vermemiş" sayılırlar. MK. m.83 hükmü bu suretle bir taraftan dernek içinde gereksiz anlaşmazlıkları önlemiş, diğer taraftan da derneğin faaliyetlerinde güvenliği sağlamış olmaktadır. Zira herkes ve özellikle dernek, bir karar lehinde oy vermiş olan üyenin sonradan herhangi bir sebeple kanaatini değiştirmiş olması hâlinde dahi bu karara itiraz edemeyeceğinden emin olmalıdır.

İtiraz hakkı derneğin amacına, kanuna veya tüzüğe aykırı olan kararın aleyhinde oy vermiş veya toplantıya katılamamış olan üyelere aittir. Yani bu hakkın sadece kararın aleyhinde oy vermiş olanlara değil, fakat aynı zamanda aleyhte oy verebilecek durumda bulunan üyelere de ait olması gerekir[(65)].

cc) ***Davanın*** toplantıya katılmış olan üye tarafından karar tarihini izleyen ***bir ay içinde;*** toplantıda hazır bulunmayan üye tarafından ise kararı öğrenmesinden itibaren bir ay içinde ve her hâlde karar tarihinden itibaren ***üç ay içinde açılması gerekir***.

g) Azınlık Hakları

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız çeşitli haklar, üyelerden her birine ayrı ayrı tanınmış olan haklardır. Yani bu haklardan herhangi birini üyelerden her biri tek başına kullanma yetkisine sahiptir. Oysa şimdi üzerinde duracağımız *"azınlık hakları",* üyelerden her birine ayrı ayrı tanınmış haklar değildir. Bu haklar çoğunluğa karşı azınlıkta kalan üyelerin ortak menfaatini koruma amacını güderler. Bu itibarladır ki, bu haklar ancak belli sayıdaki üyeler tarafından hep birlikte kullanılabilirler. Bir üyenin tek başına bu hakları kullanması mümkün değildir. Bu haklar şunlardır:

---

(65) **Curti,** sh.73.

aa) Genel Kurulun Olağanüstü Toplantıya Çağırılmasını İsteme Hakkı

Medenî Kanun'un 75 inci maddesi hükmüne göre, üyelerden *beşte birinin* (1/5) yazılı başvurusu üzerine yönetim kurulu genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmak zorundadır. Yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmazsa, üyelerden birinin başvurusu üzerine sulh hâkimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırmakla görevlendirir. Aynı mahiyette bir hüküm Önceki Dernekler Kanunu'nun 20 nci maddesinde de mevcuttu.

bb) Bir Konunun Gündeme Alınmasını İsteme Hakkı

Medenî Kanun'un 79 uncu maddesi hükmüne göre, genel kurul toplantısına katılan üyelerden en az *onda biri* (1/10) tarafından *görüşülmesi istenen konuların* gündeme alınması zorunludur.

C) ÜYELİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE YAPTIRIMI

1) Üyelik Yükümlülüklerinin Kaynakları

Üyelerin derneğe karşı sahip bulundukları haklara karşılık, birtakım yükümlülükleri de vardır. Üyelerin dernek karşısındaki bu yükümlülükler ya kanundan ya da tüzükten doğar. Bunların yanında, ayrıca anılmamış olsa bile, derneğin bünyesinden ve amacından çıkan bazı yükümlülükler de vardır.

a) Kanundan Doğan Yükümlülükler

Kanundan doğan yükümlülüklerin büyük bir kısmı, üyelik haklarının karşılığını oluşturduğundan gerek Medenî Kanun gerek Dernekler Kanunu bunların üzerinde ayrıca durmamışlardır. Örneğin üyelerin genel kurul toplantılarına katılma, dernekle ilgili konularda oylarını açıklama ve dernek tarafından kendilerine verilen ödevleri yerine getirme gibi yükümlülükleri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Ödenti (aidat) verme borcu, kanunlarla üyelere yükletilen en önemli borçlardan birini oluşturur. Önceki Medenî Kanun'un 64 üncü maddesinde bundan "iştirak hissesi" (katılım payı) olarak söz edilmekte idi. Yeni Medenî Kanun ise bunu *"ödenti verme borcu"* olarak ifade etmektedir (m.70). Ödenti, üyelerin derneğin giderlerini karşılamak üzere derneğe girerken ödemeyi üstlendikleri belli bir paradır. Alışılmış şekliyle "aylık" olarak (aydan aya) ödenir. Dernekler, kendi giderlerini karşılamak üzere

gerekli olan meblâğı başka yollardan, örneğin bağış ve yardım yollarıyla sağladıkları takdirde, üyelerinden ödenti almayabilirler.

Ödenti borcunun mutlaka da para olarak ödenmesi şart değildir. Bazı üyelerin para yerine paraya çevrilebilecek mal veya eşya verme taahhütleri de geçerli olabilir(66). Hatta üyelerden bazılarının para ödeme yerine dernek işlerinde fiilen çalışmayı üstlenmeleri de mümkündür.

Medenî Kanun (m.70) ve Dernekler Kanunu (m.4 h), derneklerin tüzüklerinde "üyelerin ödeyecekleri yıllık ödenti miktarının" gösterilmesini emrederler. Gösterilmesi zorunlu olmakla beraber, tüzükte alınacak ödenti miktarı hakkında bir hüküm bulunmazsa, MK. m.70 hükmü uyarınca, bütün üyelerin dernek için yapılması gerekli olan giderlere *eşit olarak katılmaları* gerekir. Onursal üyeler ödenti vermek zorunda değildir (MK. m.70/II).

Derneklerin ilk girişte üyelerden *"giriş ödentisi"* adı altında ve bir defaya mahsus olmak üzere belli bir miktar para almalarını önleyen bir hüküm ne Medenî Kanun'da, ne de Dernekler Kanunu'nda mevcuttur. Aksine Dernekler Kanunu, dernek tüzüğünde "giriş aidatı" (ödentisi) miktarının belirleme şeklinin gösterilmesini zorunlu görmektedir (m.4 h).

Kanundan doğan bir başka yükümlülük, ***"sadakat yükümlülüğü"***dür. Nitekim Medenî Kanun, 71 inci maddesinde bu yükümlülükten söz etmektedir: *"Üyeler, dernek düzenine uymak ve derneğe sadakat göstermekle yükümlüdürler"*. Bu yükümlülük gereği her üye, derneğin amacının gerçekleşmesine yardımcı olmak üzere, bilgi ve deneyimlerini derneğin yararlanmasına sunmak, üyeler arasındaki dayanışmayı bozmamak, amacın gerçekleşmesini tehlikeye sokacak davranışlardan kaçınmak, derneğin amacına tamamen karşıt amaçlı bir derneğe üye olmamak ve bu doğrultuda yayınlarda bulunmamak zorundadır.

b) Dernek Tüzüğünden Doğan Yükümlülükler

Dernek tüzükleri üyelere ödenti vermekten başka yükümlülükler de getirebilirler. Örneğin tüzük, dernekle aynı amacı güden başka bir derneğe girmemelerini, her yıl bir konferans vermelerini, derneğin konserlerine ve düzenleyeceği diğer etkinliklere katılmalarını, derneğin yayınladığı dergiye abone olmalarını ve dergiye yılda en az bir yazı hazırlamalarını vs. ödev olarak öngörmüş olabilir.

---

(66) Bk. **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.248; **Oğuzman-Seliçi-Oktay,** sh.221; **Dural-Öğüz,** sh.292.

c) Derneğin Mahiyetinden Doğan Yükümlülükler

Dernekler, mahiyetleri gereği üyelerine amaca ulaşmak için organlar tarafından gerekli görülen faaliyetlere katılma, bu faaliyetleri diğer üyelerle birlikte veya tek başına yürütme yükümünü yüklemiş olurlar. Bunun gibi üyeler, derneğin amacına ulaşmasını sağlamak üzere bilgi ve deneyimlerinden derneği yararlandırmak, bilgilerini derneğe özgülemek zorunluluğu altında da bulunurlar.

d) Derneğin Amacından Dürüst Davranma Gereği Çıkan Yükümlülükler

Derneğin amacı, üyelerin derneğe karşı olan yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından da önemlidir. Derneğin amacından üyeler için dürüstlük kuralları gereği birtakım yükümlülükler çıkar. Üyelerin derneğe karşı harekete geçmemeleri, derneğin amacının gerçekleşmesini tehlikeye sokacak davranış ve faaliyetlerde bulunmamaları, derneğin amacına az çok uygun düşen bir hayat sürmeleri hep böyle yükümlülüklerdendir. Bunlar aynı zamanda sadakat yükümlülüğü içerisine de girerler.

2) Üyelik Ödev ve Yükümlülüklerinin Yaptırımı

Üyelik yükümlülüklerinin özürsüz olarak yerine getirilmemesinin en başka gelen yaptırımı, *haklı sebeplere dayanarak üyenin dernekten çıkarılmasıdır* (ihraç edilmesidir). Ayrıca, kanun ya da tüzükte öngörülmüş bulunan yaptırımlar da uygulanabilir. Örneğin dernek, ödenti verme borcunu yerine getirmemiş olan üyeye karşı alacaklılara tanınan yollara başvurabilir; yani üyenin ödemediği ödentiyi dava açmak ya da icra yoluna başvurmak suretiyle tahsil etme imkânını kullanabilir veya tüzüğe hüküm koymak suretiyle, borçlu üyelerin borçlarını ödeyinceye kadar genel kurul toplantılarına katılmalarını önleyebilir.

§ 5. DERNEĞİN FAALİYETTEN ALIKONULMASI

Derneklerin faaliyetten alıkonulması başlığını taşıyan bu paragrafta i k i farklı konuyu ele alacağız. Konulardan birincisi *"faaliyetten alıkonulma"*, ikincisi ise *"arama ve mallara el koymadır"*. Söz konusu konular aynı kanunla değil, farklı kanunlarda düzenlenmişlerdir.

I- ALIKONULMA

Dernekler, belirli ortak ve manevî bir amacı gerçekleştirmek üzere kurulan kişi topluluklarıdır. Her dernek, tüzüğünde belirttiği amacını

gerçekleştirmek ve arzuladığı hedefe ulaşabilmek için çeşitli faaliyetlerde bulunmak zorundadır. Bu faaliyetler hukuka ve ahlâka aykırı olmamak şartıyla belirlenen sınırlar içinde sürdürüldüğü sürece, devletin müdahalede bulunması söz konusu olmaz. Sınırların dışına çıkıldığı ve faaliyetlerin yakın tehlike mahiyetini aldığı durumlarda, müdahalede bulunmak zorunlu hâle gelebilir. Bu müdahale idarî makamlarca yapılır, fakat derneğin bir idarî kararla kapatılmasına kadar uzanmaz. Zira derneği kapatma ya da dağıtma (feshetme) ancak mahkemenin vereceği bir kararla mümkün olabilir, böyle bir hak kural olarak İdareye tanınmamıştır (MK. m.90/III).

Bununla beraber, belli şartlarla ve belirli hâllerde İdarenin bir derneği faaliyetten alıkoymasına imkân tanınmıştır. Nitekim Anayasamızın 33 üncü maddesinde 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, bu imkânı açıkça yaratmıştır.

Anayasamız, m. 33/V de *"Dernekler, kanunun öngördüğü hâllerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonabilir"* dedikten sonra devam ediyor *"Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hâllerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar"*.

2908 sayılı Önceki Dernekler Kanunu da 3.7.1997 tarihli ve 4279 sayılı Kanunla değişik 54 üncü maddesinde, derneklerin maddede belirtilen hâllerde valiliklerce faaliyetten alıkonulabilmelerini düzenlemişti. Yeni Dernekler Kanunu'nda bu konuyu düzenleyici bir hüküm mevcut değildir. Aynı konu hakkında Medenî Kanunda da herhangi bir düzenleme yoktur ve olmaması da doğrudur. Zira Medenî Kanun daha çok kamu hukukuna giren yasaklayıcı düzenlemeler dışında kalan konuları düzenlemiş, kamu hukukuna girenleri Dernekler Kanunu'na bırakmıştır. Nitekim 90 ıncı maddesinde "yasaklanan veya izne bağlı faaliyetlerle ilgili *kamu hukuku nitelikli* özel kanun hükümleri saklıdır" demiştir. Medenî Kanun faaliyetten alıkoyma konusuna sadece "dernek faaliyetleri ile ilgili yasak ve sınırlamalara aykırılık hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle ***mahkemece faaliyetten alıkoyma kararı verilebilir***" diyen m.90/III hükmünde değinmekle yetinmiştir.

O hâlde derneklerin faaliyetten alıkonulması konusundaki ayrıntılı tek düzenleme, Anayasanın yukarıda açıklanan 33 üncü maddesindeki düzenleme olmaktadır.

II- ARAMA VE MALLARA ELKOYMA

Yeni Dernekler Kanunu, derneklerin faaliyetten alıkonulmaları konusunu düzenlememiş ise de, "kolluk kuvvetlerinin yetkisi" kenar başlığını taşıyan 20 nci maddesiyle, derneklerde *"arama yapma ve mallara elkoyma"* konusunda bir düzenleme getirmiştir.

Bu düzenlemeye göre, "Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş *hâkim kararı olmadıkça,* yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda *mülkî idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça*, kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülkî idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur".

§ 6. DİĞER KONULAR

Diğer konular başlığını taşıyan bu paragrafta sırasıyla "maddî yardım ve işbirliği", "sandık kurma", "taşınmaz mal edinme" ve "plâtform oluşturma" konuları ile "kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkiler" konusuna kısaca değineceğiz.

I- MADDİ YARDIM VE İŞBİRLİĞİ

Dernekler Kanunu derneklerin gerek yurt içinden, gerek yurt dışından maddî yardım alabilmelerine imkân tanımaktadır.

A) YURT İÇİNDE YARDIM ALMA

Önceki Dernekler Kanunu tarafından kabul edilmiş bulunan "derneklerin yurt içinde maddî yardım alma ve işbirliğinde bulunma imkânı" (m.61), yeni Dernekler Kanunu'nca da benimsenmiş ve 10 uncu maddede düzenlenmiştir. Sözü geçen maddeye göre, "dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları geçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasî partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve meslekî kuruluşlardan maddî yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler". Ancak Anayasa Mahkemesi, maddenin bu birinci fıkrasında yer alan *"adı geçen kurumlara maddî yardımda bulunabilirler"* ibaresinin

siyasî partiler yönünden iptaline 5.4.2007 tarihinde[67], aynı fıkrada yer alan *"... siyasî partilerden ..."* sözcüklerinin yürürlüğünün durdurulmasına ise 29.12.2004 tarihinde[68] karar vermiştir.

Dernekler Kanunu derneklere, 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun'un hükümleri saklı kalmak üzere, kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda işbirliği yaparak *"ortak projeler yürütebilme"* imkânını da tanımaktadır. Bu projelerde kamu kurum ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde ellisi oranında aynî veya nakdî yardım sağlayabilirler (m.10/II). Maddenin devamına 18.2.2009 tarihli ve 5838 sayılı kanun ile ek düzenleme getirilmiştir. Buna göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30 uncu maddesi çerçevesinde engellilerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonuna, kendi işlerini kurmalarına, engellilerin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojilerine ilişkin projelerde bu oran aranmaz.

B) YURT DIŞINDAN YARDIM ALMA

Kanun koyucu, derneklere yurt dışından da yardım alabilme imkânını *ilk defa* yeni Dernekler Kanunu'yla tanımıştır.

Nitekim Dernekler Kanunu'nun 21 inci maddesine göre, *"dernekler mülkî idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla, yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynî ve nakdî yardım alabilirler. Nakdî yardımların bankalar aracılığıyla alınması zorunludur"*.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu yurt dışından nakdî yardım alınabilecek kurum ve kuruluşların yanında, gerçek ve tüzel kişilere de yer vermiştir. Ancak, her türlü kötüye kullanımları önlemek maksadıyla nakdî yardımların bankalar aracılığıyla yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Çünkü bu konu kötüye kullanıma çok müsaittir.

II- SANDIK KURMA

Derneklerin kendi bünyeleri içinde sandık kurabilmeleri de yeni Dernekler Kanunu ile düzenlenmiştir.

Kanun'un 12 nci maddesine göre dernekler, tüzüklerinde yazılı olmak ve sağlanan kârı üyelerine paylaştırmamak, gelir faiz veya başka adlarla üyelerine aktarmamak şartıyla *üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zarurî ihti-*

---

(67) 3.4.2007 tarihli ve 2004/107 E-2004/44 sayılı karar.

(68) 29.12.2004 tarihli ve 2004/188 E-2004/15 K sayılı karar.

yaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerle kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sandık kurabilirler. Sandık kurulabilmesi için dernek tüzüğünde sandık kurulacağına dair açık bir hüküm bulunması gerekli olduğu gibi, dernek genel kurulunca sandık kurulmasına karar verilmesi de şarttır (DY. m.72).

Dernekler tarafından kurulan sandıklara, derneğin merkez ve şubelerine kayıtlı üyeler dışında üye kabul edilemez. Sandığa üye olmak tamamen üyelerin isteğine bağlıdır. Üyeliğe kabul, sandık yönetim kurulunun kararıyla olur (DY. m.73).

Her sandıkta genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun oluşturulması zorunludur. Sandıklar, derneklerin bir yan kuruluşu olup tüzel kişiliğe sahip değildirler. Sandıkların bütün mal ve hakları dernek malı sayılır. Taşınmazlar dernek adına tescil edilir (DY. m.76,78,79).

III- TAŞINMAZ MAL EDİNME

Dernekler, genel kurullarının yetki vermesi üzerine yönetim kurulu kararıyla taşınmaz mal satın alabilirler veya taşınmaz mallarını satabilirler. Dernekler, edindikleri taşınmazları, tapuya tescillerinden itibaren *bir ay içinde* mülkî idare amirliğine bildirmekle yükümlüdürler (DK. m.22).

IV- PLÂTFORM OLUŞTURMA

Derneklere plâtform oluşturma imkânı da *ilk defa* yeni Dernekler Kanunu ile sağlanmıştır. Nitekim Kanun'un 25 inci maddesi plâtform oluşturmayı şöyle düzenliyor: *"Dernekler, amaçları ile ilgisi bulunan ve kanunlarla yasaklanmayan alanlarda, kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşları ile ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ve yetkili organının kararıyla plâtform oluşturabilirler.* Plâtformlar, kanunların dernekler için yasakladığı amaç ve faaliyet konuları doğrultusunda kurulamazlar ve faaliyet gösteremezler. Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında, bu Kanun ve ilgili kanunların cezaî hükümleri uygulanır".

V- KAMU KURUM VE KURULUŞLARI İLE İLİŞKİLER

Derneklerin kamu kurum ve kuruluşları ile ilişkileri özel bir kanunla düzenlenmiştir. Bu özel kanun 29.1.2004 tarihli ve 5072 sayılı "Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanun"dur.

Kanun'un "Temel İlkeler" kenar başlığını taşıyan 2 nci maddesinde dernekler ile vakıflara aşağıdaki yasaklamalar getirilmiştir:

a) Dernekler, kamu kurum ve kuruluşlarının ismini alamaz, bu kurum ve kuruluşların hizmet binaları ve eklentileri içinde faaliyet gösteremez ve bu kuruluşlara ait araç ve gereçleri kullanamaz.

b) Dernekler, kamu kurum ve kuruluşlarının sundukları hizmetlerle ilgili olarak gerçek ve tüzel kişilerden ücret, bağış, katkı payı ve benzeri adlar altında herhangi bir karşılık alamaz.

c) Kamu hizmetlerinde kullanılan araç, gereç, evrak, form ve benzeri malzemenin, bu Kanun kapsamındaki derneklerden temin edilmesi istenemez.

d) Kamu görevlileri görev unvanlarını kullanarak dernek organlarında görev alamaz.

e) Dernek organlarında görev alan kamu görevlileri, bu görevleri nedeniyle ücret, huzur hakkı veya başka bir ad altında herhangi bir karşılık alamaz.

f) Derneklerin yardım toplama ve bağış kabul hizmetlerinde kamu görevlileri çalıştırılamaz.

g) Kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerinden bu Kanun kapsamındaki derneklere ödenek, yardım veya herhangi bir kaynak aktarılamaz.

h) Kamu kurum ve kuruluşları, personel maaş ve ücretlerinden, kaynağında kesinti yaparak bu Kanun kapsamındaki derneklere aktarma yapamaz.

Tüzüğü bu Kanun'a aykırı olan veya bu Kanun'a aykırı işlemleri tespit edilen dernekler, genel hükümlere göre *kapatılır*. Kapatılan *derneğin malları Hazineye intikal eder* (m.3/III).

Tüzüğünü altı ay içinde bu Kanun'a uygun hâle getirmeyen veya bu Kanun'a aykırı işlemeleri tespit edilen dernekler, genel hükümlere göre kapatılır. Kapatılan derneğin malları Hazineye intikal eder (geçici m.1).

§ 7. DERNEĞİN SONA ERMESİ

Derneklerin ortadan kalkışı ve bunun sonuçlarıyla ilgili konulara daha önce "Tüzel Kişilerin Sona Ermesi" bahsinde kısaca değinmiştik. Burada derneklerin sona erme sebepleri ile sona ermenin sonuçlarını ayrıntılı biçimde ele alarak açıklamalarda bulunacağız.

I- SONA ERME SEBEPLERİ

Derneklerin sona ermesini gerektiren sebepler Medenî Kanunda düzenlenmiştir. Yeni Dernekler Kanunu bu konuda pek fazla hüküm içermiyor. Sona eriş sebeplerini i k i grupta toplamak mümkündür: (A) Kendiliğinden sona erme: *Dağılma (İnfisah),* (B) Kararla sona erme: *Dağıtılma (Fesih).* Aşağıdaki bu iki sona erme hâlini açıklayacağız:

A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: D A Ğ I L M A

Kendiliğinden sona erme ya da *kanundan ötürü dağılma (infisah),* bir derneğin herhangi bir formaliteye, karara veya işleme gerek kalmaksızın belli sebeplerin ortaya çıkmasıyla birlikte kendiliğinden dağılması, yani otomatik olarak hak süjesi niteliğini kaybetmesi demektir. Bu durum gerçek kişilerdeki ölüme benzetilebilir.

Derneklerin kendiliğinden dağılmasını gerektiren sebeplerden bir kısmı onların mahiyetinden doğan sebeplerdir. Diğer bir kısmı ise, bizzat kanun tarafından belirlenmiş olan sebeplerdir. Bu sebepleri aşağıda ayrı ayrı ele alacağız.

1) Derneğin Mahiyetinden Doğan Dağılma Sebepleri

Derneklerin mahiyetinden doğan dağılma sebebi olarak ü ç hâl söz konusu olabilir:

a) Amacın Gerçekleşmiş Olması

Dernekler belli manevî ortak bir amacın gerçekleştirilmesi için var olan hukuk süjeleridir. Bu itibarladır ki, bir derneğin hedef saydığı amaç herhangi bir şekilde gerçekleşmiş olursa, artık bu derneğin varlık sebebi de ortadan kalkmış olur ve kişiliği de bundan dolayı kendiliğinden sona erer (MK. m.87 b.1). Meğerki dernek, tüzüğünde değişiklik yaparak kendisine yeni bir amaç seçmiş olsun. Örneğin okuma- yazma bilmeyenlere okuma-yazma öğretmek amacıyla kurulmuş olan bir dernek, ülkede okur- yazar olmayan hiç kimsenin kalmamış olduğunun istatistiklerle belirlenmesi durumunda, kendiliğinden ortadan kalkmış olur veya dilerse amacını bu kez "yabancı dil öğretme" şeklinde değiştirerek varlığını sürdürme yolunu seçebilir.

b) Amacın Gerçekleşmesinin İmkânsızlaşması

Bir derneğin amacının gerçekleşmesi çeşitli sebeplerden ötürü fiilî veya hukukî anlamda imkânsız hâle gelirse, o dernek kendiliğinden dağılmış, yani kişiliğini kaybetmiş olur. Medenî Kanun bu sona eriş sebebini 87

nci maddesinin l numaralı bendinde belirttiği gibi, vakıflarla ilgili olarak da 116 ncı maddesinde şöyle düzenlemiştir: "Amacın gerçekleşmesi olanaksız hâle geldiği ve değiştirilmesine de olanak bulunmadığı takdirde, vakıf kendiliğinden sona erer ve mahkeme kararıyla sicilden silinir."

c) Sürenin Dolmuş Olması

Bir dernek kurulurken tüzüğünde derneğin devam edeceği sürenin belirtilmiş olması mümkündür. Tüzükte süre belirtilmiş ise, dernek bu sürenin sonunda kendiliğinden ortadan kalkar (MK. m.87 b.1). Bu dağılma sebebi, pek ender olmakla birlikte, özellikle dernekler hakkında söz konusu olabilir. Vakıflar ilke olarak devamlı olmak üzere kurulduğundan, onlarda bu yoldan sona erme söz konusu olmaz. Mamafih bir vakıf kurulurken vakıf senedinde devam süresinin belirtilmesini önleyen bir hüküm de yoktur.

Ticaret Kanunu'nda bu konuda bazı hükümler vardır (TK. m. 529).

2) Kanunla Belirlenen Dağılma Sebepleri

Dernekler, amaçlarını gerçekleştirebilmek ve belirledikleri konularla ilgili faaliyetlerde bulunabilmek için organlara; borçlarını karşılayabilmek için de az çok bir servete, bir malvarlığına sahip olmalıdırlar. Bunlara sahip olmayan derneklerin kanundan ötürü dağılacağını MK. m.87 b.3 hükmü öngörmektedir. Kendisini yönetecek ve temsil edecek bir organa veya borçlarını karşılayacak bir malvarlığına sahip bulunmayan dernek, kendisinden beklenen işlevi yerine getiremeyecek duruma düşmüş demektir. Bu itibarla hak süjesi olarak varlığını sürdürmesi hem imkânsız, hem de faydasız ve anlamsız olur.

a) Yönetim Kurulunu Oluşturamayacak Duruma Gelme

Medenî Kanun'a göre, yönetim kurulunu oluşturamayacak hâle gelmiş bulunan bir dernek, bu sebeple hiçbir işleme gerek olmaksızın kanundan ötürü hak süjesi olma niteliğini kaybeder, yani kendiliğinden dağılmış (infisah etmiş) olur (m.87 b.4).

Yönetim kurulu, derneğin yürütme ve temsil organıdır. Dernekler üçüncü kişiler ile ancak bu organı vasıtasıyla temas kurabilirler, hukukî işlem yapabilirler. Yönetim kurulunun en az kaç üyeden oluşması gerektiği konusunda Medenî Kanunda açık hüküm vardır. Buna göre derneklerin yönetim kurulları *beş asıl üyeden az olamaz* (MK. m.84). Kanun bu hükmüyle yönetim kurulunu oluşturacak üyelerin alt sınırını (asgarî sayısını)

belirlemiş bulunmaktadır. Yönetim kuruluna beş asıl üyeden başka beş de yedek üyenin seçilmiş olması şarttır. Asıl üyeliklerde boşalma olduğu takdirde, bu boşluk yedek üyelerin göreve çağrılmasıyla doldurulur. Kanun, yönetim kurulunun üst sınırını (azamî sayısını) belirlemediğine göre, sayının tüzükle beşten fazla belirlenmesi mümkündür.

Bir dernek, bünyesinde mevcut olan *üye sayısındaki azalma yüzünden kanunda veya tüzüğünde belirlendiği sayıda yönetim organını oluşturamayacak duruma düşerse*, kanundan ötürü kişiliğini kaybetmiş olur. Böyle bir durum genellikle derneğin üye sayısının, yönetim kurulunun asıl ve yedek üyelerinin alt (taban) sayısı olan 10 üyenin altına düşmüş olması hâlinde söz konusu olabilecektir. Her ilgili, sulh hâkiminden derneğin kendiliğinden dağılmış olduğunun tespitini isteyebilir (MK. 87/II).

Yönetim kurulunun oluşturulamaması sürekli mahiyette olmalıdır. Başka deyişle, kanunda veya tüzükte yazılı sayıdaki yönetim kurulunu oluşturamayacak duruma düşme, ancak devamlı olduğu takdirde dağılma sebebi olabilir. Yoksa bir derneğin, yönetim kurulunu oluşturmakta geçici olarak zorlanması, hemen onun kanundan ötürü dağılması sonucunu doğurmaz. Böyle bir durumda Medenî Kanun'un m. 84/II hükmü uyarınca genel kurul toplantıya çağrılarak yeni yönetim kurulunun oluşturulması yoluna gidilir.

b) Aciz Hâline Düşme

Aciz hâline düşme, *bir kişinin mevcut borçlarını ödeyemeyecek derecede kötü bir malî durumda bulunması demektir.* Bu itibarladır ki, bir derneğin malvarlığının aktifi yani para ile ölçülebilen hakları, pasifini yani borçlarını karşılayamadığı takdirde, o derneğin aciz hâline düştüğü söylenir. Bir derneğin aciz hâline düştüğünün en çarpıcı kanıtı, kendisine karşı girişilen icra takiplerinin semeresiz kalmış olmasıdır. Yani takip sonucunda, borçlarını ödeyecek mallarının ve parası bulunmamasından dolayı, alacaklılarına İcra Müdürlüğü tarafından "borç ödemeden aciz belgesi"nin verilmiş olmasıdır[(69)].

Aciz hâline düşmenin kanundan ötürü dağılma sebebi sayılması (MK. m.87 b.3), dernekler için olduğu kadar, vakıflar için de söz konusudur. Vakfın malvarlığının aktifinin borçlarını karşılayamayacak hâle gelmesi, amacının gerçekleştirilmesini sağlayacak malların elde bulunmaması demektir. Bu da sonuçta vakfın MK. m.116/I anlamında amacını gerçekleştiremeyecek bir duruma düşmüş olması demektir.

---

(69) Ticaret şirketleriyle ilgili olarak bk. TK. m.243, 328, 529, 636.

c) İlk Genel Kurul Toplantısının Yapılmaması

Medenî Kanun'un 62 nci maddesi uyarınca, yeni kurulan her dernek, kuruluş bildiriminde, tüzükte ve belgelerde kanuna aykırılık ve noksanlık bulunmadığının yazıyla bildirilmesini izleyen *altı ay içinde* ilk genel kurul toplantısını yaparak organlarını oluşturmak zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, dernek kendiliğinden dağılmış olur (MK. m.87 b.5). Kendiliğinden dağılma hâli, bir ilgilinin istemi üzerine sulh mahkemesince tespit edilir (MK. m.87/II).

d) Olağan Genel Kurul Toplantısının Üst Üste İki Defa Yapılamaması

Bir derneğin olağan genel kurul toplantısı Medenî Kanun'un 78 inci maddesinde öngörülen toplantı yetersayısının bulunmaması sebebiyle üst üste iki defa yapılamazsa, o dernek kendiliğinden dağılmış olur (MK. m.87 b.5).

Olağan genel kurul toplantılarından birincisinde aranılan yetersayı, dernek tüzüğüne göre katılma hakkı bulunan üyelerin yarısından bir fazlasıdır. İlk toplantıda bu yetersayı sağlanamazsa, ikinci toplantıda çoğunluk aranmaz; ancak ikinci toplantıya katılan üye sayısı, dernek yönetim ve denetleme kurulları üye tamsayılarının toplamının iki katından az olamaz (MK. m.78/II). İşte, aranılan bu yetersayının bulunmaması sebebiyle olağan genel kurul toplantısı üst üste iki defa yapılamadığı takdirde dernek infisah eder, yani kendiliğinden dağılmış olur. Her ilgili sulh hâkiminden derneğin kendiliğinden sona erdiğinin tespitini isteyebilir (MK. m.87/II).

e) Üye Sayısının Düşmesi

Yeni Dernekler Kanunu, *federasyon ve konfederasyonların üye sayılarının azalmasını*, onların kendiliğinden sona ermesi sebebi saymıştır. Gerçekten, Kanun'un 8 inci maddesi uyarınca, "federasyonların üye sayısı beşten ve konfederasyonların üye sayısı üçten aşağı düştüğü ve bu durum *üç ay içinde* giderilemediği takdirde, haklarında kendiliğinden sona erme hükümleri uygulanır.

Yeni Medenî Kanun, 87 nci maddesinde belirtilmiş bulunan kendiliğinden sona erme hâllerinde, her ilgilinin derneğin kendiliğinden sona ermiş olduğunun sulh hâkimi tarafından tespit edilmesini istemesine imkân tanımıştır.

B) KARARLA SONA ERME: D A Ğ I T I L M A

Dağıtılma ya da ***fesih****, derneklerin tüzel kişiliğine bir kararla son verilmesi demektir.* Dağıtılma ya bizzat derneğin yetkili organının ya da devletin yetkili organlarının vereceği bir kararla gerçekleşmiş olur. Görüldüğü üzere, derneğin dağıtılabilmesi (feshedilebilmesi) için mutlaka yetkili bir kurul veya makam tarafından bu yolda bir *karar alınmış olması* gerekir. Bu da ü ç şekilde olabilir. Aşağıdaki bu üç hâli ele alacağız:

1) Derneğin Yetkili Organının Kararıyla Dağıtılma

Medenî Kanun bir derneğin kendisini dağıtmaya (feshetmeye) her zaman karar verebileceğini düzenlemektedir (m.88). Bu konuda karar verme yetkisi, derneğin irade organı olan *genel kurula aittir*. Bu yetkinin tüzüğe konulacak bir hükümle veya genel kurulda alınacak bir kararla başka bir organa, örneğin yönetim veya denetim kuruluna verilmesine Medenî Kanun'un m.81 hükmüne göre imkân yoktur. Önceki Medenî Kanun dağıtma (fesih) kararının genel kurulca ne suretle verileceği konusunu saptamamış, bunu her derneğin kendisine, yani tüzükle düzenlemesine bırakmıştı[70].

Buna karşılık Yeni Medeni Kanun, derneklerin kendilerini dağıtabilmeleri için *genel kurul tarafından* uyulması gereken toplantı ve karar yetersayılarını belirlemiştir (m.81).

a) Toplantı Yetersayısı

Derneğin kendisini dağıtmaya (feshe) karar verebilmesi için, tüzüğe göre katılma hakkı bulunan üyelerin *en az* ***üçte ikisinin*** genel kurul toplantısında hazır bulunması şarttır. İlk toplantıda bu yetersayı sağlanamazsa toplantı yapılamaz; üyeler ikinci toplantıya çağırılır. İkinci toplantıda üçte ikilik yetersayı aranmaz; ancak katılanların sayısının, yönetim ve denetleme kurulları üye tamsayıları toplamının iki katından az olmaması gereklidir. Bu sayı sağlandığı takdirde dağıtma (fesih) konusu görüşülebilir (MK. m.78/II).

b) Karar Yetersayısı

Medenî Kanun'a göre, dağıtma kararı ancak toplantıya katılan üyelerin *üçte ikisinin olumlu oyuyla* alınabilir (m.81). İlk toplantıda üçte iki oranında toplantı yetersayısının sağlanamaması üzerine yapılan ikinci toplantıda da dağıtma kararının, toplantıda hazır bulunan üyelerin ***üçte iki*** *(2/3) çoğunluğuyla* alınması zorunludur (MK. m.81).

---

(70) 1. HD. 27.4.1954, 3755, **Olgaç,** sh.126.

Derneğin dağıtılmış (feshedilmiş) olduğu yönetim kurulu tarafından mülkî idare amirliğine yazıyla bildirilir.

Bir derneğin kapatılması için dava açıldıktan sonra, derneğin genel kurulu tarafından verilen dağıtma kararı, açılmış bulunan davanın yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi hâlinde doğacak hukukî sonuçlara engel olmaz.

2) Yargı Organının Kararıyla Dağıtılma

Dernekler bir tüzel kişi olarak devletin menfaatleri ve güvenliği üzerinde gerçek kişilere oranla çok daha etkili bir rol oynamaya elverişlidirler. Bu itibarla her devlet, kamu düzenini ve ülkenin gerek iç, gerek dış güvenlik ve huzurunu bozan derneklerin, varlıklarını sürdürmelerine izin vermez; bu gibi dernekleri dağıtmak (feshetmek, kapatmak) suretiyle ortadan kaldırır. Devletin organları tarafından derneklerin dağıtılması ***sadece yargı organının kararıyla gerçekleşir, idarî makamların böyle bir yetkisi yoktur.***

Derneklerin yargı organının kararıyla, yani m a h k e m e l e r yoluyla dağıtılmasını gerektiren sebepler, Medenî Kanun ve Dernekler Kanunu ile istisna da olsa 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanunda gösterilmiştir. Bu sebepler şunlardır:

a) Amacın Sonradan Hukuka veya Ahlâka Aykırı Hâle Gelmesi

Bir derneğin amacı hukuka veya ahlâka aykırı olamaz. Zaten daha kuruluş aşamasında iken amaçlarının hukuka veya ahlâka aykırı olduğu anlaşılan dernekler *kişilik kazanamazlar* (MK. m.47/II).

Başlangıçta amacı hukuka veya ahlâka aykırı olmayan bir derneğin amacı, sonradan hukuka veya ahlâka aykırı hâle gelecek olursa, bu dernek bir ilgilinin veya C. savcısının istemde bulunması üzerine mahkeme kararıyla dağıtılır (feshedilir) (MK. m.89). Demek oluyor ki, derneğin dağıtılmasına karar verilebilmesi için, amacın *kuruluştan sonraki dönemde* hukuka veya ahlâka aykırı hâle gelmiş olması gerekecektir.

b) Noksanlıkların ve Aykırılıkların Giderilmemesi

Kuruluş bildiriminde, tüzükte ve kurucuların hukukî durumlarında kanuna aykırılık veya noksanlıklar bulunması olasıdır. Bu "noksanlıklar" ve "kanuna aykırılıklar" kuruluş bildirimi ve eklerinin en büyük mülkî idare amir tarafından altmış gün içinde dosya üzerinden incelenmesi sonucunda

saptanmış olur. Bu durumda en büyük mülkî idare amir tarafından bunların giderilmesi veya tamamlanması kuruculardan yazı ile istenir. Bu yazının tebliği tarihinden itibaren *otuz gün içinde* yazıda belirtilmiş olan noksanlıklar tamamlanmaz veya kanuna aykırılıklar giderilmezse, en büyük mülkî idare amiri yetkili asliye hukuk mahkemesinde derneğin dağıtılması (feshi, kapatılması) konusunda dava açması için durumu C.Savcılığına bildirir. C. Savcısı mahkemeden dağıtma (fesih) isteminin yanında ayrıca derneğin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmesini de isteyebilir (MK. m.60/II). Noksanlıkların ve aykırılıkların giderilmesinin istenmesi konusunda ayrıca Dernekler Kanunu'nda da hüküm vardır (m.17).

Acaba olağan genel kurul toplantısının *zamanında yapılmamış* veya *zorunlu organların oluşturulmamış olması* derneğin mahkeme kararıyla dağıtılmasına sebep olur mu?

Önceki Dernekler Kanunu bu soruyu olumlu biçimde cevaplıyordu. Nitekim bu hâllerden biri söz konusu olunca, yani olağan genel kurul toplantısının tüzükte belirtilen zamanda yapılmamış **veya** kanunen oluşturulması zorunlu olan organların oluşturulmamış olması hâlinde, dernek merkezinin bulunduğu yerin en büyük mülkî amirliği derneğe yazılı ihtarda bulunacak, yapılan ihtara karşın bu zorunluluk üç ay içinde yerine getirilmezse, mülkî amirinin yazılı bildirimi üzerine Cumhuriyet Savcılığının istemde bulunmasıyla asliye hukuk mahkemesi derneğin feshine (dağıtılmasına) karar verebilecekti (m.50 b.2, 50/II)[71].

Yeni Dernekler Kanunu'nda ve Medenî Kanunda buna benzer bir hüküm yoktur. Ancak, Medenî Kanun'un değiştirilen 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü, olağan genel kurul toplantılarının en geç üç yılda bir yapılmasının zorunlu olduğuna işaret ediyor. Fikrimizce emredici nitelikteki bu hükme uyulmamasının yaptırımının, derneğin mahkeme kararıyla dağıtılması (feshedilmesi) olduğu kabul edilerek bu boşluğu doldurma yoluna gidilebilir. Nitekim biraz sonra göreceğimiz üzere, bir derneğin kanunun emredici hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunması, mahkeme kararıyla dağıtılma sebebidir. Aksi takdirde MK. m.74/II de düzenlenen emredici hüküm yaptırımsız kalmış olacaktır.

---

(71) Siyasî Partiler Kanunu yürürlüğe girmeden önce, siyasî partiler de derneklerle birlikte Cemiyetler (Dernekler) Kanunu'na tâbi idiler; dolayısıyla partiler de dernekler gibi asliye hukuk mahkemesinin kararıyla kapatılıyordu. Nitekim Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi 960/570-960/784 sayılı kararıyla, uzun süre iktidarda kalmış olan Demokrat Partiyi Cemiyetler Kanunu'nun emredici hükümlerine uymadığı ve genel kurulunu uzun süre toplantıya çağırmadığı gerekçesiyle feshetmiştir (dağıtılmasına karar vermiştir) (Karar yayınlanmamıştır).

c) Emredici Hükümlere ve Ahlâk Kurallarına Aykırı Faaliyetlerde Bulunma

Bir derneğin, tüzüğüne aykırı tek bir faaliyette bulunması genellikle derneğin dağıtılması için yeterli sebep olmaz[72]. Bu sonuca Medenî Kanun'un dernekleri düzenleyen hükümlerinin genel yapısından örtülü olarak (zımnen) varmak mümkündür. Aynı şekilde, bir derneğin amacı ve konusu dışında bir faaliyette bulunmuş olması da mahkeme kararıyla dağıtılması için sebep oluşturmaz. Bu, olsa olsa yapılmış olan konu dışı hukukî işlemlerin genel hükümler uyarınca geçerli sayılmamaları sonucunu doğurur.

Buna karşılık, bir derneğin emredici hükümlere veya ahlâk kurallarına aykırı işlemlerde bulunması ve bu işlemlerin *tekrarlanarak sürekli bir faaliyet hâlini alması durumunda,* iş değişir. Çünkü derneğin emredici hükümlere veya ahlâk kurallarına aykırı olan sürekli faaliyetleri, onun amacının değişmiş olduğunu ve fiilen gütmekte olduğu amacın hukuk veya ahlâk kurallarına aykırı olduğunu gösterir[73]. Örneğin modern resim sanatını yaymak amacıyla kurulmuş olan bir derneğin devamlı surette açık saçık ve sanat değeri olmayan resimlerden oluşan sergiler açması, bu tür resimleri dağıtması, amacını gerçekleştirmek üzere pornografik reklâm broşürleri veya filmleri hazırlatması, bu ölçüde o derneğin ahlâka aykırı faaliyette bulunması şeklinde yorumlanabilir. Yoksullara yardım amacıyla kurulmuş olan bir derneğin yardımlarını mezhep ve ırk esasına dayanacak şekilde yapması veya aynı konularda ayrımcılığı ve bölücülüğü içeren broşür ve kitaplar yayınlaması, konferanslar düzenlemesi de Medenî Kanun'unun emredici kurallarına aykırı faaliyet olarak nitelendirilebilir. Bütün bunlar, Medenî Kanun'un 89 uncu maddesi gereğince derneğin mahkeme tarafından dağıtılması (feshedilmesi) için yeterli bir sebeptir. Bu sebebe dayanarak derneğin feshedilmesi için ilgililerden her biri istemde bulunabilir. İlgililer, derneğin üyeleri ve C.savcısı olabileceği gibi, derneğin dağıtılmasını isteme konusunda korunmaya değer bir menfaati bulunanlar da olabilir. Örneğin derneğin alacaklıları ve dernekle aynı amacı gütmekte olan diğer bir dernek de ilgili sıfatına sahip kabul edilmelidir.

Medenî Kanun'umuz "derneklerin faaliyetleri" kenar başlığını taşıyan 90 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında *"dernek faaliyetleri ile ilgili yasak ve sınırlamalara aykırılık hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle mahke-*

---

(72) **Egger-Çernis,** sh.147.

(73) JdT 1954, 110.

mece faaliyetten alıkoyma kararı verilebilir" demek suretiyle bir derneğin yukarıdaki örneklerde olduğu gibi sürekli olarak yasaklara ve sınırlamalara aykırı davranmasının bir tür yaptırımını belirtmiş olmaktadır.

Biz *Prof. Velidedeoğlu'nun* görüşünün aksine[74], mahallin en büyük mülkî amirinin ilgililer arasına sokulamayacağı kanaatindeyiz. Zira kamunun menfaatinin temsilcisi sıfatıyla harekete geçme yetkisi, idare amirlerine değil, fakat C.savcılarına aittir (MK. m.89). Mahallin en büyük mülkî amiri bu gibi durumlarda ancak derneğin dağıtılmasını (feshini) sağlamak üzere dava açması için C.savcısına bildirimde bulunabilir. Nitekim Önceki Dernekler Kanunu da bu yönde bir düzenleme yapmıştı (m.50/II; 10/II).

Daha önceki bahislerde açıklamış olduğumuz gibi, derneklerin bazı ad ve işaretleri kullanmaları Dernekler Kanunu'nun 29 uncu maddesiyle yasaklanmıştır. Yazılı olarak uyarılmasına karşın bu yasağa aykırı davranışı düzeltilmeyen derneğin dağıtılmasına (feshine) karar verilir (DK. m.32 n). Ayrıca düzenlemede bu yönde harekette bulunan dernek yönetcileri için de adli para cezası öngörülmüştür[75].

23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı kanun ile tekrar düzenlenen Dernekler Kanunu'nun 32 inci maddesi ilk haliyle "Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç oluşturan filleri gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş olan derneklerin feshine karar verileceğini" belirtmekteydi. 5728 sayılı kanun ile tekrar kaleme alınan madde metninden bizce de isabetli olarak bu düzenleme çıkartılmıştır. Zira belirtilen amaçlarla dernek kurulması zaten Dernekler Kanunu'nun 30 uncu maddesinin b bendinde yasaklanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu yasak amaçlardan biri ile kurulan dernek asla tüzel kişilik kazanamayacağına göre artık aynı derneğin feshine de ihtiyaç bulunmamaktadır.

Emredici hükümlere aykırı davranıştan dolayı dağıtılmaya (feshedilmeye, kapatılmaya) son bir örnek, 29.1.2004 tarihli ve 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanunda yer alıyor. Nitekim sözü geçen Kanun'un 3 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, "dernek tüzüğü bu Kanun'a aykırı olan veya Kanun'a aykırı işlemleri tespit edilen dernek, genel hükümlere göre kapatılır, malları Hazineye intikal eder". Aynı mahiyetteki bir hüküm de "tüzüğünü altı ay

---

(74) **Velidedeoğlu-Ataay,** Türk Cemiyetler Hukuku, sh.107.

(75) Dernekler Kanunu'nun 32 inci maddesi 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı kanun ile değişikliğe uğramıştır.

içinde bu Kanun'a uygun hale getirmeyen veya bu Kanun'a aykırı işlemleri tespit edilen dernek, genel hükümlere göre kapatılır" hükmünü içeren geçici birinci maddenin ikinci fıkrasında yer almıştır.

Dağıtma (fesih) kararını vermeye *yetkili mahkeme,* dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. *Görevli mahkeme* ise, asliye hukuk mahkemesidir (MK. m.60/II). Dernekler Kanunu ile ilgili olarak hukuk mahkemelerinde bakılacak davalarda *basit yargılama usulü* uygulanacaktır (DK. m.18/I)[(76)].

3) İdarî Kararla Dağıtılma

Kural olarak idarî makamların derneklerin dağıtılmasına (feshine) karar verme yetkileri yoktur. Bu yetki Medenî Kanun'un 89 uncu maddesindeki açık ve seçik hükme göre, mahkemelere aittir. Nitekim Önceki Dernekler Kanunu da şu açık ve seçik hükmü getirmişti: "Bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen hallerde dernekler, a n c a k m a h k e m e kararı ile temelli olarak kapatılabilir. Mahkeme, davanın her safhasında istem üzerine veya kendiliğinden, derneklerin her türlü faaliyetlerini yasaklayabilir" (m.52). Anayasamız da buna paralel bir hüküm içeriyor: "Dernekler, kanunun öngördüğü hâllerde h â k i m k a r a r ı y l a kapatılabilir veya faaliyetten alıkonabilir (m.33/V).

Bununla beraber, *çok istisnaî bir hâlde* belli bir derneğin faaliyetine son vermek ve dolayısıyla dağıtılması sonucunu doğurmak, idarî bir kararla gerçekleşebilir.

Daha önceki açıklamalarımızda belirtmiş olduğumuz gibi, yabancı bir derneğin Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilmesi, şube açabilmesi, üst kuruluşlar kurabilmesi ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilmesi mümkündür (MK. m.92). Daha sonra yabancı derneklerin Türkiye'de temsilcilik açmalarına da Dernekler Kanunu'nun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla imkân tanınmış oldu.

Bu konuda İçişleri Bakanlığınca kendisine izin verilmiş bulunan ***bir yabancı dernek,*** millî menfaatlerimize ve mevzuatımıza aykırı faaliyetlerde bulunduğu takdirde, İçişleri Bakanlığı aynı yolu izleyerek evvelce *vermiş olduğu izni kaldırırsa,* bu dernek idarî bir kararla faaliyetten menedilmiş, sonuçta da dağıtılmış olur. Nitekim Dernekler Kanunu, 32 nci maddesinin (g) bendinde, yetkili merciin izni olmaksızın açılmış olan

(76) DK. m. 18 hükmünün ikinci fıkrası 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı kanun ile kaldırılmıştır.

yabancı dernek şube veya temsilciliğinin kapatılmasına karar verileceğini açıklıyor.

II- SONA ERMENİN HUKUKÎ SONUÇLARI

Dernekler dağılma (infisah) veya dağıtılma (fesih) sonucunda tüzel kişiliklerini kaybetmiş olurlar. Pek tabiî bu durumda derneğin asıl ve onursal üyelerinin üyelik sıfatları da ortadan kalkmış olur. Sona ermenin en doğal hukukî sonucu da budur.

Derneğin kişiliğinin sona ermesi hâlinde ortaya çıkan önemli bir hukukî sonuç da, derneğin malvarlığının geleceğinin ne olacağı, başka bir deyişle, derneğin elde kalan net (safi) malvarlığının nereye özgüleneceği (tahsis edileceği) sorunudur. Bu sorunun sonuca bağlanabilmesi, derneğin alacaklarının tahsil edilmesi, borçlarının ödenmesi ve bu suretle derneğin net malvarlığının ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bu ise, *malvarlığının tasfiyesi ile* mümkün olabilir.

Bundan önce *'Tüzel Kişilerin Sona Ermesinin Hukukî Sonuçları"* başlığı altında malvarlığının nasıl tasfiye edileceği ve kalan net malvarlığının nasıl ve kimlere veya nerelere özgüleneceği konularını oldukça ayrıntılı biçimde açıklamıştık. Yeni Dernekler Kanunu derneklere özgü tasfiye usulünü 15 inci maddesinde düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye göre, genel kurul kararı ile dağıtılmış (feshedilmiş) veya kendiliğinden sona ermiş (dağılmış) olduğu tespit edilen derneğin para, mal ve haklarının tasfiyesi, *tüzüğünde gösterilen esaslara göre yapılır*. Tüzükte tasfiyenin ne şekilde yapılacağının genel kurul kararına bırakıldığı hâllerde, genel kurul tarafından bir karar alınmamış veya genel kurul toplanamamışsa yahut dernek mahkeme kararı ile dağıtılmışsa (feshedilmişse), derneğin bütün para, mal ve hakları mahkeme kararıyla *derneğin amacına en yakın ve kapatıldığı tarihte en fazla üyeye sahip derneğe devredilir*. Kendiliğinden sona erdiği tespit edilen veya dağıtılmasına (feshine) karar verilen derneklerin tasfiye ve devir işlemleri tamamlandıktan sonra dernekler kütüğündeki kayıtları silinir.

Dağıtılması (feshedilmesi) için hakkında soruşturma veya dava açılmış olan bir dernek tarafından, genel kurulunda dağıtılmaya ve buna bağlı olarak dernek mallarının devrine dair bir karar alınmış bulunuyorsa, malların devrine ilişkin bu karar işlemi soruşturma ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğe konulamaz, dolayısıyla da devir işlemi yapılmaz.

Dördüncü Bölüm
VAKIFLAR

§. 1. VAKIF HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I- VAKFIN TANIMI VE MAHİYETİ

A) TANIMI

Medenî Kanun'un Kişiler Hukuku Kitabında düzenlenmiş olan tüzel kişilerden ikincisi, vakıftır. Derneklerin belirli ve ortak manevî bir amaç etrafında toplanmış gerçek veya tüzel kişilerin meydana getirdiği bir *"kişi topluluğu"* olmalarına karşılık vakıflar, kişilerin malvarlıklarından ayırdıkları belli mal veya hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemelerinden (tahsis etmelerinden) oluşan *"mal topluluğu"*dur. Vakıf kuran kimse (vakfeden, vâkıf) vakıf kurmakla, sahip bulunduğu belli bir malını veya hakkını kendi malvarlığından çıkararak yalnız belirli bir amaca harcanmak veya o sürekli amaç için kullanılmak üzere âdeta dondurulmuş duruma sokmaktadır.

Medenî Kanun, derneği tanımlamış olduğu gibi (m.56), vakıflara ayırdığı Üçüncü Bölümün ilk maddesi olan 101 inci maddesinde vakfın da tanımını yapmış ve bu suretle Alman Medenî Kanunu'nun sisteminden ayrılmıştır. Çünkü Alman Medenî Kanunu (BGB) vakfın tanımını yapmaksızın doğrudan doğruya kuruluş şekillerini düzenlemiştir (§ 80).

Vakıflar ayrıca 20.8.2008 tarihli ve 5737 sayılı *Vakıflar Kanunu*[1], 25.03.2013 tarihli *Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların Tescil ve İlanı Hakkında Tüzük*[2] ile 27.09.2008 tarihli *Vakıflar Yönetmeliği*'[3]nde de düzenlenmektedir. Vakıflar Kanunu vakıfların yönetimi, faaliyetleri, denetimi, yurtiçi ve yurtdışı taşınır ve taşınmaz mal

---

(1) RG. 27.12.2008, S. 26800

(2) 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesi ile Medeni Kanun'un 104 üncü maddesinde yapılan değişiklik sebebiyle ilgili tüzük yerine Cumhurbaşkanı tarafından yönetmelik çıkartılması esası kabul edilmiş; ancak KHK'nin geçici 1 inci maddesi hükmü uyarınca yürürlükten kaldırılana kadar anılan yasal düzenleme hükümlerinin geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir.

(3) RG. 27.9.2008, S. 27010

varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı, yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin esaslar ile Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kuruluş teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenler.

Medenî Kanun'a göre ***vakıf,*** *gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğudur* (m.101). Maddede verilen bu tanım oldukça kısa olmasına karşın, vakfın mahiyetini tam bir açıklıkla ortaya koymaktadır.

Diğer bir tanımla ***v a k ı f,*** *bağımsız ve yeni bir hak süjesi yaratmak üzere bir malın veya hakkın sürekli mahiyetteki belirli bir amaca kanunda öngörülen şekle uygun olarak özgülenmesi sonucunda meydana gelen kurum türünde bir tüzel kişidir.*

B) MAHİYETİ

Vakfın bünyesini bir amaca özgülenmiş olan mal topluluğu oluşturur. Bu itibarla vakıf, ***"kurum"*** mahiyetinde olan bir tüzel kişi türüdür. Vakıf, belirli bir amaca sarf edilmek üzere ayrılmış bulunan malların veya hakların bu amaca hizmet edecek şekilde örgütlenmiş ve aynı zamanda da haklara ve borçlara ehil kılınmış olmasından başka bir şey değildir. Bu bakımdan vakıf, belirli bir amaca özgülenen malın veya hakkın sahibinden ayrıldığını ve özgülemeyle bireyselleştirilmiş olduğunu ifade eder[(4)].

C) BİR MALIN BELİRLİ AMACA ÖZGÜLENMESİ

Bir malın belirli bir amaca özgülenmesi hukuken çeşitli yollardan sağlanabileceğinden, belirli amaca özgülenen malın veya hakkın ne zaman bir hak süjesi, yani bir tüzel kişi olarak bağımsız bir varlık kazanacağının bilinmesi, hukuken çok önemlidir. Mal veya haklar aşağıdaki yollar izlenmek suretiyle belirli bir amaca özgülenebilir:

1) Belirli Amaçlı Bir Kuruma Bağışlama Yoluyla

Bir kimse belirli bir amaca sarf edilmek üzere malvarlığından ayırdığı bir malı veya hakkı, bu amacın gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla kurulmuş olan bir tüzel kişiye bağışlayarak hedefine ulaşabilir. Örneğin yoksullara yardım etmek üzere malvarlığından ayırdığı bir kısım malları veya belli miktar parayı "Yardım Sevenler Derneğine" ya da "X Belediyesi Düşkünler Evine" bağışlayabilir.

---

(4) **Egger-Çernis,** Kısım II, sh.148.

2) Belirli İşlerde Kullanılmak ve Harcanmak Üzere Yüklemeli Bağışlama veya Yüklemeli Ölüme Bağlı Tasarruf Yoluyla

Bir kimse belirli bir maksada uygun olarak kullanılmak üzere bağışlamada bulunmak veya ölüme bağlı tasarruf yapmak suretiyle de bir malının veya hakkının belirli bir amaca harcanmasını sağlayabilir. Örneğin bir arsasını çocuk parkı yapılmak üzere belediyeye bağışlayabilir veya belirlediği miktarını yoksullara dağıtması şartıyla bir kimseye vasiyet yoluyla yüklüce miktarda para bırakabilir. Bunlar BK. m. 290 ve MK. m.515 anlamında yüklemeli (mükellefiyetli) bağışlama ve yüklemeli ölüme bağlı tasarruf işlemleridir.

Yukarıda açıkladığımız iki hâlde de bir vakıf kurulması söz konusu değildir. Zira bu örneklerde söz konusu kişinin bu davranışlarıyla yeni bir hak süjesi, bağımsız bir kişilik yaratma iradesi yoktur; sadece zaten mevcut olan kişilere belirli işlerde kullanılmak ve harcanmak üzere yapılan karşılıksız kazandırmalar (teberrular) söz konusudur.

3) Vakıf Kurma Yoluyla

Bir malın veya hakkın belirli bir amaca sarf edilmek veya belirli amaç için kullanılmak üzere özgülenmesinin "vakıf" olarak nitelendirilebilmesi için;

- o malın veya hakkın belirli ve az çok sürekli olan bir amaca özgülenmiş olması,
- özgüleme iradesinin kanunda öngörülen şekle uyularak açıklanmış bulunması,
- amaca özgülenen malın veya hakkın yeterli ve bağımsız kılınmış olması, yani hiç kimsenin malvarlığı içine sokulmaksızın kendi başına bireyselleştirilmiş olması gereklidir.

D) TERİM SORUNU

Türk hukukunda "kurum" mahiyetinde olan vakıf tüzel kişisini ifade etmek üzere i k i terim mevcut idi: *T e s i s* ve *V a k ı f*.

Daha önceki bahislerde değinmiş olduğumuz gibi, Önceki Medenî Kanun'un Hükmî Şahısları düzenleyen İkinci Babının **"Tesis"** başlığını taşıyan Üçüncü Fasılı, 13.7.1967 tarihli ve 903 sayılı Kanunla değiştirilinceye kadar, uygulamada Kanunda belirlenmiş olan *"tesis"* terimi kul-

lanıldı. Ancak, tesis terimi bu değişiklikle yerini "*vakıf*" terimine bıraktı. O tarihten bu yana mal topluluğu türündeki bu tüzel kişi **"vakıf"** olarak isimlendirilmektedir. Yeni Medenî Kanun da aynı terimi benimsemiştir.

Mamafih vakıf terimi, Ülkemizde ilk defa 903 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra kullanılmaya başlanan "yeni" bir terim de değildir. Zira vakıf terimi Ülkemizde çok eski tarihlerden bu yana bilinmekte ve kullanılagelmektedir. Nitekim İslâm Hukukunda "dernek" terimi hiç bilinmez ve kullanılmaz iken, "vakıf" bir malın belirli bir amaca özgülenmesinden oluşan bir mal topluluğu olarak bilinmekte ve vakıf terimi de kullanılmakta olan bir terim idi. Osmanlı İmparatorluğunda hayır yapmak amacıyla bir malın böyle bir amaca özgülenmiş olması, çok sıklıkla rastlanan bir hukukî gerçek idi. Nitekim büyük camilerin, medreselerin, çeşmelerin çok büyük bir çoğunluğu vakıf yoluyla yapılmıştı ve binlerce vakıf mevcuttu. O devirde kurulmuş vakıflar sayıca o kadar fazla idi ki, onların yönetim ve denetimi için özel *"Evkaf Nezareti"* (Vakıflar Bakanlığı) adıyla bir bakanlık bile kurulmuştu.

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı gibi, vakıf ve tesis terimleri birbirinin eş anlamlarıydı. Bununla beraber, hukukumuzda *vakıf terimi* 13.7.1967 tarihli ve 903 sayılı Kanunla değiştirilinceye kadar, eski hukuka ait olan "tesisleri" göstermek üzere kullanılırdı; *tesis* terimi ise, Medenî Kanun'a uygun olarak yeni kurulan kurum mahiyetindeki tüzel kişiler için kullanılıyordu. Fakat terim bakımından hukukumuzda tam bir kesinlik olduğu da söylenemez. Zira Önceki Medenî Kanun, 73 vd. maddelerinde "tesis'ten söz etmişken, 322 nci maddesinin gerek kenar başlığında, gerek metninde *"aile **vakfı"*** terimini kullanmıştı. Aynı şekilde, Önceki Medenî Kanun Üçüncü Kitabının ölüme bağlı tasarrufların içeriklerine ilişkin Üçüncü Fasılında yine "**vakıf**" terimine yer vermişti (m.473). Kanundaki bu terim ahenksizliği ne olursa olsun, "tesis" teriminin Medenî Kanun'un hükümlerine göre kurulmuş kurum mahiyetindeki tüzel kişileri gösteren teknik bir terim olarak hukukumuzda yerleşmiş olduğu söylenebilirdi[(5)]. Tesis teriminin günlük lisanda genellikle sınaî veya ticarî

(5) Nitekim değişiklikten önce bütün eserlerde daima "tesis" terimi kullanılmıştır. **Arsebük,** Medenî Hukuk, sh.338 vd.; **Oğuzoğlu,** sh.384; **Egger-Çernis,** Kısım II, sh.148 vd.; **Velidedeoğlu,** Şahsın Hukuku, sh.256 vd.; Saymen, Hükmî Şahıslar, sh. 243 vd.; ve Şahsın Hukuku, sh. 405 vd.; **Göktürk,** sh. 222 vd. Sadece **Bülent Köprülü** "vakıf" terimini kullanmıştır: Medenî Kanun Hükümlerine Göre Vakfın (Tesisin) Meydana Gelmesi İçin Mevcudiyeti İktiza Eden Şartlarla Vakıfların (Tesislerin) Nevileri, Tahir Taner Armağanı, sh.670 vd.

teşebbüsleri göstermek üzere, bazen müessese (kurum) yerine kullanıldığı da gerçek bir olgudur. *Kitabın ilk yazarı hocamız Prof. Dr. Jale AKİPEK'e göre* **tesis**, teknik bir terim olarak Medenî Kanun'a göre kurulan ve mal topluluğuna dayanan tüzel kişiler hakkında kullanılmakta devam etmeliydi. Vakıf teriminin ise sadece eski hukuk dönemine ait olan tesisler için kullanılması (eski tesislere hasredilmesi) uygun olurdu(6). Kanunu Medenînin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un (Tatbikat Kanunu'nun) 8 inci maddesi de bu görüşü destekler mahiyetteydi. Gerçekten, maddeye göre, "Medenî Kanun'un yürürlüğe konulmasından önce kurulmuş bulunan vakıflar hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu yayımlanır. Medenî Kanun'un yürürlüğe konulmasından sonra kurulan vakıflar Medenî Kanun'un hükümlerine tâbidir". Ancak, ne yazık ki 903 sayılı Kanundan sonra durum değişmiş, bu Kanunla tesis terimi kaldırılarak yerine vakıf terimi her iki kategori kurum mahiyetindeki tüzel kişiyi ifade etmek üzere yeniden getirilmiştir(7). Prof. Akipek'in kişisel görüşü böyleydi.

Eski hukuka göre kurulmuş bulunan vakıflar hakkında Tatbikat Kanunu'nun yukarıda değindiğimiz 8 nci maddesinde sözü edilen özel kanun, 5 Haziran 1935 tarihli ve 2762 sayılı eski 20.2.2008 5737 "Vakıflar Kanunu" dur. Bu Kanun'un çeşitli maddeleri sonradan çıkarılan kanunlarla değiştirilmiş veya yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Kanunlar "vakıfları âdeta devletleştirmiş ve bazılarının doğrudan doğruya yeni kurduğu bir genel müdürlükle, diğer bazılarının ise dolaylı olarak yine bu genel müdürlük eliyle" yönetilmesini öngörmüştür(8). Eski hukuka göre kurulmuş bulunan vakıflar konumuzun dışında kaldığından, burada sadece Medenî

---

(6) Aynı görüş: **Saymen.** Hükmî Şahıslar, sh.182. Aksi görüş; **Velidedeoğlu,** sh.256, not 1.

(7) Bu görüş elinizdeki bu kitabın birinci basımını yayımlayan muhterem hocam Prof. Dr. Jale G. Akipek'in kişisel görüşüdür. Biz ebediyete göçen aziz hocamızın bu görüşüne ne yazıkki katılma imkânını bulamıyoruz. Zira kendisinin de bir nebze ifade etmiş olduğu gibi, **"tesis"** terimi günlük lisanda genellikle sınaî ve ticarî teşebbüsleri göstermek üzere ve hatta bazen de kurumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bu sebeple de "vakıf kurumunu yeterince ifade edememektedir. Oysa **"vakıf"** terimi Türkler arasında çok iyi bilinen ve yüzlerce yıldan beri kullanılagelmekte olan bir terimdir. Halkın kolaylıkla anlayabileceği yerleşmiş bir terimin yerine başka anlamlara da gelebilen "tesis" terimini kullanmaya devam edilmesini doğrusu içimize bir türlü sindiremiyoruz. Kaldı ki, aynı kurumu kuruluş yıllarına veya kurulduğu dönemdeki mevzuata göre ikiye ayırarak ayrı isimlerle isimlendirmenin ne derece isabetli olduğu üzerinde de durulabilir. Nitekim yeni Medenî Kanun da vakıf terimini benimsemiştir.

(8) **Saymen,** Hükmî Şahıslar, sh.192.

Kanun'un vakıfları düzenleyen hükümleri ile 20.2.2008 tarihli 5737 sayılı Yeni Vakıflar Kanunu düzenlemelerini ele alacağız[9].

E) VAKIFLARDA ÜYELİK

Vakıflar Medeni Kanunu'nun 101. maddesini karşılayan Önceki Medeni Kanunu'nun 73. maddesinde, üyelikle ilgili hiçbir özel açıklama içermeksizin şu şekilde metne alınmıştı:

"Vakıf başlıbaşına mevcudiyeti haiz olmak üzere bir malın belli bir gayeye tahsisidir.

Bir mamalekin bütünü veya gerçekleşmiş veya gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir."

Bu durum, değerli hocamız *Prof. Dr. Turgut Akıntürk*'ün de belirttiği üzere vakıfları yaratanın bireysel irade olması, buna karşılık vakfın kendi bünyesinde ise bir mal topluluğu özelliği taşımasının tabii bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Zira bu gerekçelerle vakıflarda üyeler değil yararlananların bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır[10].

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Medenî Kanunu'nun 101. maddesi değişiklikten sonra genişletilmiş ve üçüncü fıkrada açıkça ***"Vakıflarda üyelik olmaz"*** kuralı getirilmiştir. Kanun koyucu bu yeni düzenlemeyi getirme amacını madde gerekçesinde: *"Bu düzenleme ile ülkemizde belirli dönemlerde söz konusu olabilen dernekleşme yerine vakıf kurma eğilimleri, böylece yeterli mal ve hakların belirli bir amaca özgülenmesinin aranması ve derneklerden farklı olarak vakıflarda üyelik olamayacağının öngörülmesi ile sınırlandırılmış olacak ve bu suretle dernek benzeri vakıflar kurulması değil, gerçek anlamda tarihi gelişimine ve işlevine uygun şekilde vakıf kurulması yolu, yasal güvence altına alınmış olmaktadır" şeklinde açıklamıştır[11]. Gerçekten de ülkemizde son*

---

(9) Vakıflar hakkında ayrıntılı bilgi edinmek için bk. **Arsebük,** Medenî Hukuk, sh.296 vd.; **Saymen,** Hükmî Şahıslar, sh.199 vd.; Şahsın Hukuku, sh.388 vd.; **Berki, Ali Himmet:** Vakıflar, İstanbul 1946; **İşeri, Ahmet:** Medenî Kanun'un Yürürlüğe Girişinden Önceki ve Sonraki Vakıflar, AHF.Der. 1964 C.XXI, sh.199 vd.; Türk Medenî Kanunu'na Göre Vakıf, Ankara 1968; **Hatemî, Hüseyin:** Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi, İstanbul 1969; **Özsunay,** Tüzel Kişiler, sh.353 vd.; **Uluç, Yusuf:** Vakıflar Hukuku ve Mevzuatı, Ankara, 2008.

(10) **Akipek/Akıntürk,** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, yenilenmiş 6. Bası, İstambul, 2007, sh. 661.

(11) Nitekim değerli hocamız Prof. Dr. Akıntürk'ün de belirttiği gibi son yıllarda vakıf sayısında büyük artışlar görülmüş, adeta derneklerin vakıf haline dönüştürülmesi

dönemde faaliyette bulunan bazı vakıfların adeta dernekleştiğini gözden kaçırmamak gerekir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2 inci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü ve 33 üncü maddelerine aykırılığı savıyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne ayrı ayrı iki iptal davası açılmış[12], yüksek mahkeme önce bu iki davayı birleştirmiş, ardından 17.4.2008 tarihli E.: 2005/14, K.: 2008/92 sayılı kararı ile itiraz konusu kuralı, Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir[13].

İptal gerekçesinde temel alınan Anayasa'nın 33 üncü maddesinde, bilindiği üzere herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmaktadır. Her ne kadar maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmektedir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olması gerektiği açıktır. Diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğünden, vakıflara üye olma özgürlüğünü ortadan kaldıran itiraz konusu kuralın ayrıca Anayasa'ya aykırılığı ortaya konulmaktadır.

Bu konuda ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü 2008/14 sayılı bir genelge çıkartarak Vakıf senedinde üyelikle ilgili hüküm bulunan vakıfların üye alımı yapabileceklerini; Vakıf senetlerinde 1.1.2002 tarihinden önce üyelikle ilgili hüküm bulunan ancak Türk Medeni Kanunu'nun "vakıflarda üyelik olmaz" hükmü nedeniyle, senetlerinden üyelik hükümlerini çıkaran vakıfların ise, senet değişikliği yapmak suretiyle, konuya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini müteakip üye alabileceklerini özel olarak düzenlemiştir.

---

faaliyetine girişilmiştir. Bu durumu çekici kılan bir sebep de vakıfların dernekler kadar sıkı denetime tabi tutulmamış olmalarıdır. **Akipek/Akıntürk,** age., sh. 661, 662.

(12) Yapılan iptal başvurularından ilki Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından E. 2005/14 sayı ile yapılan başvuru, diğeri ise Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından E. 2005/49 sayı ile yapılan başvurudur.

(13) RG. 28.6.2008, s. 26920.

§ 2. VAKFIN KURULUŞU

Vakıf, bağımsız bir hak süjesi meydana getirmek üzere mal veya hakların belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesi sonucunda doğar. Kanun'un, 101 inci maddede yapmış olduğu tanımlamadan, tüzel kişi olarak bir vakfın ortaya çıkabilmesi için başlıca d ö r t zorunlu unsura ihtiyaç duyulduğu anlaşılır. Bu unsurlar sırasıyla, (1) vakıf kurma iradesiyle hareket eden bir kişi *(vakfeden),* (2) vakfın bünyesini oluşturan *mal veya hak,* (3) bu malın veya hakkın özgüleneceği bir *amaç* ve nihayet (4) bu malın veya hakkın bu amaca özgülendiğini belirten *vakıf kurma iradesi*dir. Aşağıdaki bu zorunlu unsurları ele alarak açıklayacağız:

I- VAKFEDEN

Medenî Kanun vakıf kurmak maksadıyla bir kısım mallarını veya haklarını belirli ve sürekli bir amaca özgüleyen kişiyi *"vakfeden"* şeklinde isimlendirmektedir (m.102/III). Doktrinde ve uygulamada aynı kişiye *"vakıf kuran", "vakfın kurucusu"* veya *"vâkıf"* denildiğine de rastlamak mümkündür.

Gerçek kişiler kadar, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri de vakıf kurabilirler (MK. m.101/I). Dernek kurucularının mutlaka gerçek kişi olması zorunluluğu, 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 32 nci maddesiyle tüzel kişilerin de kurucu olabilmelerine imkân sağlayacak şekilde değiştirilince, kurucular bakımından vakıf ile dernek arasında mevcut olan fark da ortadan kalkmış oldu.

Vakıf kurabilmek için *gerçek kişilerin* ***fiil ehliyetine sahip bulunmaları şarttır.*** Tam ve sınırlı ehliyetli kişilerin vakıf kurabilmelerine karşılık, sınırlı ehliyetsiz ve tam ehliyetsizlerin vakıf kurmaları söz konusu değildir. Sınırlı ehliyetsiz kişiler, yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin izniyle dahi vakıf kuramazlar. Hatta bu kişiler adına yasal temsilcileri tarafından da vakıf kurulması mümkün değildir. Bu yasak, MK. m.449 hükmünden açıkça anlaşılır. Ancak, hemen belirtelim ki, yukarıda açıkladığımız şart, gerçek kişi *vakfedenlerin sağlıklarında* vakıf kurabilmeleri için gerekli olan ehliyet şartıdır. Eğer vakıf ölüme bağlı bir tasarrufla, yani *vakfedenlerin ölümünden sonra* hüküm ifade etmek üzere kurulacak ise, vakfedenin tam veya sınırlı ehliyetli olması şart değildir. Sınırlı ehliyetsizler de vasiyet yoluyla vakıf kurabilirler. Çünkü MK. m.502 hükmü uyarınca *onbeş yaşını dolduran* ve *ayırt etme gücüne sahip olan* her gerçek kişi vasiyet yoluyla mallarında tasarrufta bulunma ehliyetine sahiptir.

Tüzel kişilerin vakıf kurması hâlinde, vakıf kurma ehliyeti bakımından, tüzel kişilerin ehliyetiyle ilgili MK. m.49 vd. hükümleri uygulanır.

II- MAL VEYA HAK

Vakfın meydana gelebilmesi için zorunlu olan unsurlardan ikincisi, amacının gerçekleşmesine sarf edilmek veya amacı için kullanılmak üzere *özgülenmiş mal veya hakların bulunmasıdır.*

Amaca özgülenecek olan mallar, taşınır veya taşınmaz mal olabileceği gibi, bir hak örneğin vakfedenin üçüncü kişilerden bir alacağı veya sahip bulunduğu fikrî veya sınaî bir hakkı da olabilir. Medenî Kanun'a göre, ***"bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir"*** (m.101/II). Hatta vakfedenin belli bir meblâğı vakfa devredeceğine dair taahhüdü, yani vakfa karşı bir borç yüklenmesi suretiyle de mal özgülenmesi mümkündür. Bu taahhüt, hukuken vakıf lehine yapılmış bir bağışlama vaadi mahiyetindedir. Özellikle vasiyet yoluyla vakıf kurma hâlinde mal özgülenmesi, çoğu kez bu suretle gerçekleşmiş olur.

Özgülenecek olan hakkın ekonomik değeri olan bir hak olması gereklidir. Bu bağlamda sınırlı aynî haklar, fikrî ve sınaî haklar, özellikle de alacak hakları özgüleme konusu olmaya elverişli olan haklardır.

Özgülenecek mal, vakfedenin alacak ve borçlarından oluşan malvarlığının tamamı da olabilir. MK. m.101/II hükmü, yukarıda değindiğimiz gibi, bir malvarlığının gerçekleşeceği anlaşılan her türlü gelirinin dahi özgülenebilmesi imkânını getirmiştir. Örneğin ticarî bir işletmenin sahibi, ticarî işletmesinden elde etmesi mümkün ve olası olan on yıllık ticarî kazancını özgülemek suretiyle bir vakıf kurabileceği gibi, gerçekleşeceği bilinen temettü, faiz ve kâr payı gibi beklenen gelirler de özgülenebilir(14).

Amaca özgülenecek malın miktarını ve türünü vakıf kuran kimse serbestçe belirler. Vakfın kurulabilmesi için özgülenen malın veya hakkın değerinin az veya çok olmasının önemi yoktur. Önemli olan, ***özgülenen malın veya hakkın vakfın amacının gerçekleşmesini sağlamaya yeterli ve elverişli olmasıdır***(15). Başka bir deyişle, özgülenen mal, hak veya para öyle bir mal, hak veya öyle miktarda para olmalıdır ki, o mal, hak veya paranın getirisiyle vakfın amacının gerçekleştirilmesi mümkün

(14) 6. HD. 3.11.1975, 5028/6727, YKD. 1976, S.9, sh.1294.

(15) 6. HD. 1.3.1988, 15162/3073, YKD. 1988, S. 6, sh. 777.

olabilsin. Vakıflar Kanunu'nun 5 inci maddesi, yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgari malvarlığının her yıl mecliste belirleneceği hükme bağlamıştır. Tescili istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen mal veya haklar, amacın gerçekleştirilmesini sağlamaya yetecek değerde bir mal veya hak değilse, vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça, özgülenmiş olan bu mal veya hak denetim makamının görüşü alınarak, hâkim tarafından benzeri amaçlı bir vakfa özgülenir (MK. m.107/III).

III- AMAÇ

Vakfın meydana gelebilmesi için zorunlu olan unsurlardan üçüncüsü, ***belirli ve sürekli*** *bir amacın bulunmasıdır* (MK. m.101/I).

Kanun koyucu, özgülenen mal veya hakların vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli ve elverişli olması şartının gerçekleşmemesinin sonucunu, sadece ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıflar hakkında hükme bağlamış, aynı sonucu vakfedenin sağlığında kurulan vakıflar için de öngörmemiştir.

Doktrinde bu konuda *açık bir boşluk olduğu,* bu boşluğun kanun koyucunun ihmalinden kaynaklandığı görüşü ileri sürülerek, boşluğun aynı maddenin vakfedenin sağlığında kurulan vakıflar hakkında da uygulanması suretiyle doldurulması önerilmektedir ki, bu konuda yapılabilecek en uygun öneri de budur[16]. O hâlde, vakfa özgülenen mal veya haklar amacı gerçekleştirmeye yeterli ve elverişli değilse, hâkim denetim makamının görüşünü alarak vakfa özgülenen malları az çok benzer amaçlı başka bir vakfa özgüleyebilmelidir. Pek tabiî bunun şartı, sağlığında vakıf kurmuş ve hâlen de hayatta olan vakfedenin, bu özgülemeye karşı çıkmaması ve vakıf senedinde aksine bir hükmün bulunmamasıdır.

A) AMAÇ TÜRLERİ

Vakıfta amaç, vakfa özgülenen malların veya hakların sarf edileceği maksadı gösterir. Vakfın amacı, *vakfeden tarafından serbestçe belirlenir.* Vakfa özgülenecek malların belirlenmesinin olduğu kadar, vakfın amacının belirlenmesinin de sadece vakfı kuran kişiye ait olması, vakıf kurma hürriyetinin doğal bir sonucudur. Pek tabiîdir ki, amacın belirlenmesinde söz konusu olan bu hürriyet sınırsız da değildir. Gerçekten, kurulacak olan

(16) **Dural-Öğüz,** sh.335.

vakfın amacının "***Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve milli menfaatlere aykırı"*** olmaması gerektiği gibi, vakfedenin kurulacak vakfa ***"belli bir ırk veya cemaat mensuplarını destekleme"*** amacını da seçmemesi şarttır. Zira bu amaçlar için kurulmuş olan bir vakfın tesciline ve dolayısıyla da tüzel kişi olarak vücut bulmasına imkân yoktur (MK. m.101/IV).

O hâlde vakfeden, hukukun emredici hükümlerine, ahlâk kurallarına aykırı olmamak ve MK. m.101/IV hükmünde belirtilen yasaklanmış amaçların dışında kalmak şartıyla, istediği bir amaca mal veya haklar özgülemek suretiyle bir vakıf kurabilir. Örneğin her yıl Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesini ilk üç dereceyle bitiren öğrencilerin yurt dışına doktora öğrenimi yapmak üzere gönderilmeleri amacıyla bir vakıf kurulabileceği gibi, üniversite öğrencilerinin barınmaları için yurt sağlanması veya herhangi bir bilim dalında araştırma ve yayın yapılması yahut bir üniversitenin geliştirilmesi amaçlarıyla da vakıflar kurulabilir. Yeter ki seçilmiş olan amaç, yukarıda belirttiğimiz yasakları çiğneyen bir amaç olmasın. Aksi takdirde kurulan vakıf Medenî Kanun'un 47/II hükmü uyarınca kişilik kazanamaz. Kaldı ki böyle bir amaç için kurulan vakfın tesciline de asliye hukuk mahkemesince karar verilemez (MK. m.101/IV).

Derneklerin aksine, vakıfların *"iktisadî amaçla"* da kurulması mümkündür. Bu husus her ne kadar MK. m.101 vd. hükümlerinden açıkça anlaşılmıyorsa da, bu maddelerin hükümleri vakfın amacının iktisadî olmasını engelleyici mahiyette değildir. Mamafih uygulamada vakıfların manevî ve hatta daha çok hayır yapma amacıyla kurulmakta olduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

Manevî amaçlar içerisinde özellikle hayır amacıyla kurulan vakıflar sayıca çok fazladır ve gittikçe de artmakta ve önem kazanmaktadır. Birçok özel teşebbüs, çalıştırdıkları personel ve aile bireylerinin ihtiyaçlarını karşılamak, onlara malî yardımlarda bulunmak üzere hayır amaçlı vakıflar türünü yeğlemektedirler[17]. Hatta üniversitelerden pek çoğu gelişebilmek ve öğrencilerine birtakım sosyal yardımlarda bulunabilmek amacıyla vakıf kurma yoluna gitmektedirler. Bu tür vakıfların işlevlerini ve faaliyetlerini kolaylaştırmak maksadıyladır ki, İsviçre Medenî Kanunu'na 1.7.1958 tarihinde yürürlüğe giren 21.3.1958 tarihli bir Kanunla yeni bir

---

(17) Böyle amaçlı vakıflar hakkında bk. **Krafft, Jean-Louis:** Les fonds de prévoyance et la théorie generale des fondations, Lausanne 1956.

m.89 bis hükmü eklenmiştir. Mamafih bu yeni maddenin bazı fıkraları daha sonra 1.1.1972 tarihinde yürürlüğe giren 25.6.1971 tarihli bir Kanunla değiştirilmiş, 4 numaralı bendi de 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe giren 21.6.1 996 tarihli bir kanunla kaldırılmıştır.

Önceki Medenî Kanunu'muzda 13.7.1967 tarihli ve 903 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sırasında kanuna eklenen 77/A maddesiyle "istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları" kurulması imkânı ayrıca düzenlenmişti. Yeni Medenî Kanunu'muz da aynı düşünceyle 110 uncu maddesinde *"çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakfı"* kenar başlığı altında ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir.

Vakıflar amaçlarına göre aşağıdaki türlere ayrılır[18]:

1) Aile Vakıfları

Aile vakfı, *vakıf kuranların kendi aile bireylerinin öğrenimleri, donanım ve desteklenmeleri ve bunlara benzer amaçların gerektirdiği harcamaların yapılması için kişiler hukuku ve miras hukuku hükümleri uyarınca kurdukları vakıftır.*

Aile vakıflarının amacı, *belli bir aileye mensup olanlara yardım etmek ve destek olmaktır.* Aile vakıflarından sadece o aileye mensup olan bireyler yararlanabilir. Medenî Kanun, 372 nci maddesinde aile vakıflarının ne gibi amaçlarla kurulacağını düzenlemektedir[19]. Önceki Medenî Kanun'un vakıflara ilişkin hükümlerinde 903 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce 80 nci madde, aile vakfını özel bir düzenlemeye tâbi tutarak onu kamu yönetimlerinin teftiş ve denetiminden bağışık (muaf) tutmuştu. Bu hüküm 903 sayılı Kanunla kaldırılmış olduğundan, o tarihten sonra aile vakıfları da diğer vakıflar gibi kamu yönetiminin (Vakıflar Genel Müdürlüğünün) teftiş ve denetimine tâbi bulunmaktadır. Yeni Medenî Kanun da aile vakıflarının diğer vakıflar gibi Vakıflar Genel Müdürlüğünce ve vakıf üst kuruluşlarınca denetleneceğini öngörmüştür (m.111).

2) Dinî Vakıflar

Derneklerin aksine, vakıflar "dinî amaç" ile de kurulabilir. Nitekim Önceki Medenî Kanun 1967 değişikliğinden önce bu vakıfları *"diyanî vakıflar"* olarak isimlendiriyordu (m.80/I). Dinî amaçla kurulan vakıflar-

---

(18) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bk. **Güneri, Hasan:** Türk Medenî Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara 1976,

(19) Bu konuda etraflı bilgi için bk. **Egger-Çağa:** Aile Hukuku, Ankara 1949, sh.414 vd.; **İşeri,** sh.40 vd.

dan ibadetle ilgili hizmetin ifası için meydana getirilmiş olanlar, Önceki Medenî Kanun'un 80 nci maddesi uyarınca aynen aile vakıfları gibi teftiş ve denetime tâbi tutulmuyordu. Fakat m.80 hükmünün 903 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonra, artık bu vakıflar da Vakıflar Genel Müdürlüğünün teftiş ve denetimine tâbi duruma getirilmişlerdir. Yeni Medenî Kanun'a göre de aynı durum devam etmektedir (m.111).

3) Çalıştırılanlara ve İşçilere Yardım Vakıfları

Önceki Medenî Kanun'a 1967 yılında 903 sayılı Kanunla eklenen yeni 77/A maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 468 nci maddesinde düzenlenmekte olan ***"çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları"*** kısaca ***personele yardım vakıfları,*** *çalıştırılanlara ve işçilere bazı iktisadî menfaatler sağlamak amacıyla kurulan vakıflardır.* Bu itibarla, "evlenme, doğum, işgöremezlik (malûllük), hastalık ve emeklilikte olduğu gibi, kazalarda zarara uğrama hâllerinde de çalıştırılanlara ve işçilere çeşitli yardımlarda bulunmak üzere kurulan ve hatta ondan yararlananların yiyecek ve giyecek gibi günlük ihtiyaçlarını da sağlayabilen vakıflar, tamamen çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları olarak kabul edilebilecek demektir"[20].

Yeni Medenî Kanun'umuz da bu tür vakıfları Önceki Kanundan pek farklı olmaksızın 110 uncu maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. Bu vakıflar yukarıda belirttiğimiz yardımlardan birkaçını ve hatta sadece birini sağlamak amacıyla da kurulabilirler. Bu tür vakıfları diğer vakıflardan ayıran en önemli ve çarpıcı özellik, *amaçlarının çok özel olması* ile *vakıftan yararlanma imkânının sadece ve sadece çalıştırılanlar ile işçilere tanınmış bulunmasıdır*[21].

Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları, genellikle işveren tarafından belli bir meblâğın (paranın) veya malın personeline yardım amacına özgülenmesi suretiyle kurulur. Bu vakıflar, vakıftan yararlanan personelin ödenti (aidat) verip vermemesine göre i k i y e ayrılır: a) *Tek taraflı personele yardım vakıfları*, (b) *İki taraflı personele yardım vakıfları.* Bu iki kategorinin yanında bir üçüncü kategori olarak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20 nci maddesine tâbi olarak kurulan personele yardım vakıflarından da söz edilebilir. Tek taraflı yardım vakıflarından durumlarını 506 sayılı Kanun'un geçici 20 nci maddesinde aranan

---

(20) **Güneri,** sh.222.

(21) Bk. **Güneri,** sh.224.

şartlara uydurmuş olanlar, MK. m.110 ve TK. m.522 hükümleri dışında ayrıca Sosyal Sigortalar Kanunu'ndaki bazı hükümlere de tâbidirler. İşte bunlar üçüncü kategori olarak nitelendirilebilecek personele yardım vakıflarıdır ki, *"sandık vakıfları"* ya da kısaca *"sandıklar"* olarak isimlendirilirler[22].

a) Tek Taraflı Personele Yardım Vakıfları

Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının bu türünde vakfın amacına özgülenmiş olan mal, vakfedenin (genellikle işverenin) özgülediği f o n l a r d a n ibarettir. Vakıftan yararlanan çalıştırılanlar ve işçiler (personel) *vakfa ödenti vermezler.* Bu tür vakıflarda vakfın organları vakıftan yararlananlara vakfın örgütü, işleyişi ve malî durumu hakkında bilgiyi vermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük bir bakıma, çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının bir özelliğidir. Bu yükümlülük Medenî Kanun'un 110 uncu maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir.

Tek taraflı personele yardım vakıflarında vakıftan yararlananlar vakfa ödenti vermekle yükümlü olmadıkları için, ancak vakfı düzenleyen hükümler kendilerine edimi isteme hususunda bir hak tanımış olduğu takdirle, vakfın edimlerini dava doluyla talep edebilirler (MK. m.110/IV).

Bu tür personele yardım vakıflarında vakıftan yararlananların vakfın yönetimine katılma hakları da yoktur. Bu sonuca MK. m.110 hükmünün ikinci fıkrasından zıt kavram yoluyla (argumentum a contrario) erişilebilir.

b) İki Taraflı Personele Yardım Vakıfları

Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıflarının bu türünde personel, yani vakıftan yararlanan çalıştırılanlar ve işçiler (personel) *vakfa ödenti verirler.* Bu tür vakıfta da, vakfın organları tek taraflı yardım vakfında olduğu gibi, vakıftan yararlananlara vakfın örgütü, işleyişi ve malî durumu hakkında gerekli bilgileri vermekle yükümlüdürler (MK. m.110/I). Bilgi verme konusu itibariyle tek taraflı yardım vakfı ile iki taraflı yardım vakfı arasında fark yoktur. İki vakıf türü arasındaki fark, *yönetime katılma ve edimi isteme* bakımından ortaya çıkar. Gerçekten, vakıftan yararlanan çalıştırılanlar ve işçilerin tek taraflı yardım vakıflarında yönetime katılma hakları olmadığı hâlde, iki taraflı yardım vakıflarında yönetime katılma hakları vardır (MK. m.110/II).

Tek taraflı yardım vakıflarında vakıftan yararlananlar, ancak vakfı

(22) Bu üç kategori personele yardım vakıfları hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bk. **Güneri,** sh.232 vd.

düzenleyen hükümler kendilerine edimi isteme hakkını tanıyorsa, o zaman edimi dava yoluyla talep hakkına sahip olurlar (MK. m.110/IV). Oysa iki taraflı yardım vakıflarında vakıftan yararlananlar vakfa ödenti verdikleri için, her zaman vakfın kendilerine yapacağı edimleri dava yoluyla talep etme hakkına sahiptirler (MK. m.110/IV).

4) Kamuya Yararlı Vakıflar

Kamuya yararlı vakıflar, *gelirlerinin en az yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlerin yapılmasına bırakan vakıflardır.* Bu tür vakıflar Önceki Medenî Kanunu'nda 903 sayılı Kanun'un 2, 4 ve 5 nci maddeleriyle yapılan düzenleme sayesinde diğer vakıflara oranla daha elverişli duruma gelmişlerdi. Nitekim sözü geçen maddeler uyarınca kamuya yararlı nitelikte amaçlar için kurulacak vakıflarda, vakıf kuranın mirasçılarının saklı payları azaltılmış[23] olduğu gibi, bu vakıflara ve onlara yardımda bulunanlara birtakım vergi bağışıklığı da (muafiyeti de) tanınmıştı. Bu özelliğinden ötürü bu tür vakıfları *"vergi muafiyetli vakıflar"* şeklinde isimlendirenler de olmuştur[24].

Bu vakıfların dışında, kamu hukuku ile ilgili bir amaç için de vakıf kurulabilir. Bir kamu hizmetini görmek amacıyla kurulan vakfa *"kamu kurumu"* (müessesesi) denir. Bunlar MK. m.55 hükmü gereğince kamu hukuku kurallarına tâbi olurlar.

5) Diğer Vakıflar

Yukarıda açıklanan vakıf türlerinin dışında 5.6.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'na tâbi vakıflar da vardır. Kanun'un birinci maddesine göre, Önceki Medenî Kanunun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce kurulmuş olan vakıflardan; a) zabdedilmiş olan vakıflar b) idaresi zabdedilmiş olan vakıflar c) mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar d) kanunen veya fiilen hayrî bir hizmeti kalmamış olan vakıflar ile e) mütevelliliği vakfedenlerin fertlerinden başkalarına şart edilmiş olan vakıflar, *Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare olunur.* Bu vakıfların hepsine birden ***mazbut vakıflar*** denir.

Mütevelliliği vakfedenin altsoyuna şart edilmiş olan vakıflar ise,

---

(23) Nitekim bu Kanun, Önceki Medenî Kanun'un 453 üncü maddesinde belirtilen saklı paylan 2/3 oranına indirerek vakıf kuracak olanların tasarruf nisabını (tasarruf edilebilir kısmı) yükseltmişti. Vakıf kurmayı teşvik etme amacıyla yapılmış olan bu değişiklik, yeni Medenî Kanun tarafından benimsenmemiş ve alınmamıştır.

(24) Bk. **Sanver, Salih:** Vakıfların Vergilendirilmesi, EİTİA. Der. 1968, C.IV. S.2, sh.10.

mülhak vakıflar adını alır. Bunlar *mütevellileri tarafından yönetilir*. Cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir ki, bunlara da kısaca ***cemaat vakıfları*** denir.

O hâlde, Medenî Kanun'a tâbi olan vakıfların dışında kalarak Vakıflar Kanunu'nun hükümlerine tâbi tutulmuş bulunan vakıflar, mazbut vakıflar ile mülhak vakıflar ve cemaat vakıflarıdır.

B) AMACIN BELİRLİ OLMASI

Vakfın amacı a ç ı k ç a belirlenmiş olmalıdır (MK. m.101/I). Vakfın ne için ve hangi maksada hizmet etmek üzere kurulduğu, mallarının ne için ve hangi maksatla kullanılacağı ya da harcanacağı açıklıkla belli olmalıdır. Ancak, amacının açıkça belirlenmiş olması, vakfın bir tek amaçla kurulacağı anlamına da gelmez. Çünkü vakıflar, derneklerin aksine, *birden çok amaçlarla da kurulabilir*[25].

C) AMACIN SÜREKLİ OLMASI

Vakfın amacı az çok bir devamlılık göstermelidir. Bu sebepledir ki, yeni Medenî Kanun vakfın amacının *"sürekli olmasından"* söz eder (m.101/I). Bununla beraber amacın sürekli olması, "ebedî" olması anlamına da gelmez. Sürekli olma, sadece geçici amaçlar için vakıf kurulamayacağını ifade eder. Örneğin "bir zelzele (deprem), bir yangın veya bir su baskını neticesinde zarara uğrayanların yardımına koşmak için toplanan iane (yardım parası) vakıf sayılmaz; fakat örneğin bir yerde 'resmî mektep (okul) açılıncaya kadar kaydıyla' vakıf kurulabilir"[26].

O hâlde, özetlemek gerekirse vakıf, hukukun emredici hükümlerine, ahlâk kurallarına ve m.101/II de belirtilen amaçlara aykırı olmayan belirli ve sürekli amaçlar için kurulabilir[27].

D) AMACIN YASAKLANMAMIŞ OLMASI

Vakfın amacının sürekli ve belirli olmasının yanında, yasaklanmış bir amaç olmaması da gereklidir. Medenî Kanun yasak olan amaçları,

---

(25) Amacın belirli olması hakkında bk. **Ackermann, Josef:** Der besondere Zweck der Stiftung unter spezieller Berücksichtigung des Zweckes der Familienstiftung, Freiburg 1950; **Köprülü,** sh.677; **İşeri,** sh.33 vd.

(26) Örnekler Arsebük'ten alınmıştır: Şahsın Hukuku, sh.340.

(27) JdT 1954, 6; JdT 1949, 578; JdT 1948, 66.

yani hangi amaçla vakıf kurulamayacağını m.101/IV de şöyle açıklamaktadır:

"Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz".

IV- VAKIF KURMA İRADESİ

A) VAKIF KURMA İRADESİNİN TABİ OLDUĞU ŞEKİL

Vakfın meydana gelebilmesi için zorunlu olan unsurlardan dördüncüsü ve sonuncusu, *vakıf kurma iradesidir*. Vakfın meydana gelebilmesi için, vakıf kuran kişinin (vakfedenin) başlı başına varlığa sahip bağımsız bir hak süjesine vücut vermek (yaratmak) maksadıyla kendi malvarlığından ayırdığı belli ve yeterli bir malı veya hakkı belirli ve sürekli bir amaca özgüleme konusundaki iradesini açıklaması gereklidir. İşte bu açıklamaya *"vakıf kurma iradesi"* denir. Medenî Kanun'a göre vakıf kurma iradesi şekle tâbidir ve ancak kanunun aradığı şekle uyularak açıklanırsa geçerli olur. Nitekim MK. m.102/I hükmü ve buna ve buna paralel Vakıflar Tüzüğü m. 3 hükmü, vakıf kurma iradesinin ancak ***"resmî senetle"*** veya ***"ölüme bağlı tasarrufla"*** açıklanabileceğini belirtir.

Vakıf kurma iradesinin yer aldığı yazılı belgeye ***"vakıf senedi"*** denir. Vakıf senedi derneklerdeki tüzük veya şirketlerdeki "esas sözleşme"ye benzer. Zira vakıf senedinde vakıf kurma iradesinden başka; vakfın amacı, bu amaca özgülenmiş olan mallar ve haklar, vakfın örgütü, yerleşim yeri (merkezi) ve ismi gösterilir (MK. m.106). Bununla beraber vakfeden, vakıf senedine ayrıca vakfın çalışma ve faaliyet şekli, ortadan kalkış sebepleri ve tasfiyesi hakkında ayrıntılı hükümler koyabileceği gibi, vakıfla ilgili olarak birtakım şart ve yüklemeler (mükellefiyetler) de koyabilir[(28)].

Vakıf senedinde n o k s a n l ı k l a r varsa ne olur? Kanun koyucu bu durumu vakfı ayakta tutacak biçimde hükme bağlamıştır. Nitekim MK. m.107 uyarınca "vakıf senedinde vakfın amacı ile bu amaca özgülenen mal ve haklar yeterince belirlenmiş ise, *diğer noksanlıklar vakfın tüzel kişilik*

---

(28) Vakıflarda şart ve mükellefiyet hakkında bk. **Egger-Çernis,** sh.158. Şart ve mükellefiyet hakkında bilgi için bk. **Akıntürk, Turgut:** Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerinde Bir İnceleme, AUHF. Dergisi. 1970, C.XXVII, S.3-4, sh.219-247.

kazanması için yapılan başvurunun reddini gerektirmez. Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılabileceği gibi, kuruluştan sonra da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır".

Vakıf kurma iradesi aşağıdaki iki şeklî yoldan biriyle açıklanır:

1) Resmî Senet ile

Bir kimsenin, ***sağlığında*** *hüküm ifade edecek* olan bir vakıf kurabilmesi için, vakıf kurma iradesini n o t e r l i k ç e düzenlenecek resmî bir senet içerisinde açıklaması şarttır; yani vakıf senedi resmî şekle tâbidir. Vakfa özgülenen mallar taşınmaz olsa dahi, resmî senet yine de noter tarafından düzenlenebilir[29].

Yeni Medenî Kanun'umuz resmî senetle vakıf kurma işleminin *temsilci aracılığıyla* da yapılabilmesine imkân tanımıştır. Ancak, bunun için temsil yetkisinin noterlikçe düzenlenmiş bir belgeyle verilmiş olması ve bu belgede vakfın amacı ile özgülenecek mal ve hakların belirlenmiş bulunması şarttır (m.102/II).

2) Ölüme Bağlı Tasarruf ile

Bir kimsenin, ***ölümünden sonra*** *hüküm ifade edecek* olan bir vakıf kurması, ancak ölüme bağlı tasarruf şekillerinden v a s i y e t yoluyla mümkün olabilir. Vasiyet, resmî vasiyetname, elyazılı vasiyetname (vasiyetçinin kendi el yazısıyla yazılmış) ya da sözlü vasiyet türlerinden biriyle yapılabilir (MK. m.531) Bu vasiyet türleri belli şekil şartlarına tâbi tutulduğundan (MK. m.532, 538, 539), vakıf senedinin de mutlaka bu vasiyet türlerinin şartlarına uyularak yapılması şarttır. Ölüme bağlı tasarruf ile vakıf kurulabilmesinin usulü Vakıflar Yönetmeliği'nin 6 ıncı maddesinde ayrıca açıklanmaktadır.

B) VAKIF KURMA İRADESİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ

Vakıf kurma iradesi ***"tek taraflı bir hukukî işlem"***dir. Bu işlem aynı zamanda vakıf kuran bakımından "*ivazsız bir işlem",* bir "teberru"[30] mahi-

---

(29) **Velidedeoğlu,** sh.265; **Saymen,** Şahsın Hukuku, sh. 406 ve orada anılan Yargıtay kararı. Aksi görüş: **Arsebük**, sh.342. Yazar bu durumda resmî senedin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerektiği görüşündedir.

(30) Teberru'nun anlamı için bk. Türk Hukuk Lûgati, sh.327.

yetindedir[31]. Zira bir mal veya hakkın karşılıksız olarak devredilmesini içerir. Bu itibarla da vakıf kurma iradesi bir ***"tasarruf işlemi"***dir.

Resmî senedin düzenlemesiyle birlikte vakfeden tarafından vakfın "kurulması ile ilgili" olan işlemler, daha doğru deyişle vakfın kurulması için gerekli unsurlar tamamlanmış olur; fakat bu durumda vakıf henüz tüzel kişilik olarak ortaya çıkmış değildir. Vakfın kişilik kazanması ancak *tescil ile* gerçekleşir.

V- VAKFIN TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASI

Vakfedenin resmî senedi noterliğe düzenlettirmesinden veya vasiyet yoluyla kurulacak vakıflarda vasiyetçinin (vakfedenin) ölümünden sonra, başlı başına varlığa sahip bağımsız bir kurum meydana gelmiş olur. Fakat bu kurum henüz bağımsız bir hak süjesi, yani bir tüzel kişi değildir. Zira Türk hukukunda vakıflar tescil ile tüzel kişilik kazanırlar. Bu itibarladır ki, meydana gelmiş olan bu kurumun "vakıf" adı altında kişilik kazanabilmesi için, *tescil edilmesi gereklidir.*

Önceki Medenî Kanun'un 903 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 74 üncü maddesinde "tesisin (vakfın) mahkeme siciline kaydı, tesis senedi müddeasına (içeriğine)ve tesisi teftiş kendisine ait olan makamın talimatına göre icra olunur" deniyor, fakat tescilin hangi mahkemece yapılacağı belirtilmiyordu. Yargıtay bu boşluğu 1929 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile doldurmuş ve kararında tesisin tescil edileceği mahkemenin asliye mahkemesi olduğunu belirlemiştir[32]. Önceki Medenî Kanun'un 74 üncü maddesi, 903 sayılı Kanunla değiştirildikten sonra tescille ilgili olarak daha ayrıntılı kurallar getirdi. Maddenin yeni şeklinde "tescil, vakfedenin ikametgâhının bulunduğu yerdeki asliye mahkemesinde tutulan sicile yapılır. Mahkeme, tescili yaptıktan sonra tescil hususunu Vakıflar Genel Müdürlüğündeki merkezî sicile kaydolunmak üzere Genel Müdürlüğe resen (kendiliğinden) tebliğ eder" (m.74/I) deniliyordu.

Tescil konusu şimdi de yeni Medenî Kanun tarafından 104 üncü maddede düzenlenmiştir. Özü geçen maddeye göre, *"tesciline karar verilen vakıf,* ***vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilir;*** *ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezî sicile kaydolunur".*

---

(31) **Ackermann,** sh.6; **Staudinger's** Kommentar, sh.370; **Gierke,** Deutsches Privatrecht Bd. l, sh.651 vd.

(32) Yg. İçt. Bir. Kar. 8.5.1929, 2/10, RG. 10.7.1929, S.1238.

Mahkeme siciline tescil, resen (kendiliğinden) değil, ancak istem (talep) üzerine yapılır. Tescili kimlerin isteyebileceği MK. m.102/III ve IV de açıklanmıştır: "Mahkemeye başvurma, resmî senet düzenlenmiş ise vakfeden tarafından; ölüme bağlı tasarrufa dayanıyorsa ilgililerin veya vasiyetnameyi açan sulh hâkiminin bildirimi üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğünce resen yapılır. Başvurulan mahkeme, mal ve hakların korunması için gerekli önlemleri resen alır".

Medeni Kanun'un tescil ve ilanın tüzük hükümlerine göre yapılmasını öngördüğü 104 üncü maddesinin son fıkrası 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Tescil ve ilân Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre yapılır." şeklinde değişikliğe uğramış; ancak anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 1 inci maddesi uyarınca ilgili tüzüğün yani; 25.03.2013 tarihli *"Türk Medeni Kanunun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük"* hükümlerinin yürürlükten kaldırılana kadar geçerli olduğu belirtilmiştir.

Vakıflar Tüzüğünün 3 üncü ve Vakıflar Yönetmeliğinin 5 inci maddeleri gereğince *resmi senetle kurulan vakıflarda* vakfedenin ölmesi halinde mirasçılardan birisi tarafından tescil talebinde bulunulabilir. Vakıf senedinin düzenlenmesini takip eden *üç ay* içinde vakfeden veya ölümü halinde mirasçılardan birisi tarafından tescil talebinde bulunulmamış veya vakfeden tüzel kişiliği haiz olup da bu süre içinde sona ermiş ise vakfın tescili hususundaki başvuru Genel Müdürlük tarafından yapılır. Yetkili mahkemeye başvurulması üzerine, yapılacak harcamalar, ilgili vakıftan alınmak kaydıyla yine Vakıflar Genel Müdürlüğünce karşılanır.

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla kurulan vakıflarda ise, mahkemeye başvuru, ilgililerin veya sulh hâkiminin bildirimi üzerine ya da Vakıflar Genel Müdürlüğünce resen yapılır. (VY.m.6) Bu tür vakıflar, vakfedenin ölümünden sonra tescil edilmek üzere kurulduklarından; yetkili hâkim vakıf kurulmasına esas belgelerin bir örneğini yedi gün içinde Genel Müdürlüğe göndermelidir. Ölüme bağlı tasarrufun açılması tarihinden itibaren *üç ay* içinde söz konusu kişiler tarafından tescil talebinde bulunulmaz ise, vakfın tescili, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yapılır. (VT. m.3/III)

Vakfın tesciline ilişkin başvurular, vakfın yerleşim yerindeki asliye mahkemesince yapılır. (VT.m.3/IV) Tescil isteminde bulunulan asliye mahkemesi, evrak üzerinde ve gerekirse vakfedeni, diğer ilgilileri ve bilirkişi-

leri de dinlemek suretiyle inceleme yaparak vakfın tesciline karar verir. (VT.m.3/IV, VY.m.7/I) Mahkeme vakfın kurulması için gerekli ve zorunlu şart ile unsurların mevcut olup olmadığını, vakıf senedinde eksiklikler veya kanuna aykırılıklar bulunup bulunmadığını inceledikten sonra *tescile karar verir*. Ancak elbette ki tescil kararı verilebilmesi için, vakfın amacının Medeni Kanun'un 101 inci maddesinin IV üncü fıkrasında belirtilen yasaklara aykırı olmaması bir ön şarttır.

Tesciline karar verilen vakıf, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan, vakfeden ile vakıf adının, yerleşim yerinin, organlarının, amaç ve bu amaca özgülenen mal ve haklarının gösterildiği sicil defterine tescil edilir. (VT.m.5/V), VY.m.7/IV) Böylece mahkeme siciline tescil edilen vakıf, ***tescil ile birlikte tüzel kişilik kazanır.*** (MK. m. 102, VT. m.4, VY.m.4)[33]

Mahkemenin tescile ilişkin kararı aynı zamanda resmi senetle birlikte *Vakıflar Genel Müdürlüğündeki merkezi sicile* kaydedilmek üzere Genel Müdürlüğe de resen *tebliğ edilir*. (VT.m. 5, VY.m.7/III) Yerleşim yeri mahkemesinin yaptığı bu bildirim üzerine Vakıflar Genel Müdürlüğü merkezi sicile kaydolan vakfın *Resmi Gazete ile ilanını* da sağlar. (MK.m.104/11, III; VT.m. 7; VY.m.9) İlanda vakfedenin ve vakfın adı, vakfın yerleşim yeri, tescil kararını veren mahkemenin adı ve tescil kararının tarih ve numarası, özel olarak vakfın amacı, vakfedilen mal ve hakların nelerden oluştuğu, vakfedilen taşınmazların yeri ve tapu tarih numaraları ile yönetim organının kimlerden oluştuğu bildirilir. (VT.m.7, VY.m.9) Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki, bir vakfın tüzel kişilik kazanmasında ne Vakıflar Genel Müdürlüğündeki sicile kaydolma, ne de Resmi Gazetede yapılan ilan kurucu değildir, her iki işlem de *bildirici niteliklerdedir*.

Mahkeme tarafından verilen vakfın tescil kararı tebliğ tarihinden başlayarak *bir ay* içinde, başvuran ya da Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temyiz edilebilir. (MK.m.103/1, VY.m.8) Ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğü ile diğer ilgililerin, vakfın kurulmasını engelleyen sebeplerin varlığı halinde iptal davası açabilme hakları da saklıdır. (MK. m.103/II, VY.m.8/II) Bu noktada unutulmaması gereken husus tescil kararına karşı yapılan temyiz ya da iptal başvurularının, vakfın tüzel kişiliğini ortadan

---

(33) İsviçre Hukukunda ise vakıflar ticaret siciline tescil edilmeleriyle tüzel kişilik kazanırlar. (ZGB. m.81/II) Buna karşılık dini vakıflar ile aile vakıfları tescil sisteminin dışında tutulmuşlardır. (ZGB.m.52/11)

kaldırmadığıdır. Çünkü her vakıf vakfeden kişinin yerleşim yerindeki asliye mahkemesince tutulan özel sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır ve temyiz ya da iptal davası süreçleri tek başına *tüzel kişiliği ortadan kaldırmaz.*

Vakfa özgülenen malların mülkiyeti ile haklar tüzel kişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçer. (MK.m.105/1, VY.m.11) Vakfın tesciline karar veren mahkeme, kararın kesinleşmesini beklemeden gayrimenkullerin vakfedildiğine dair kayıtlarına geçici şerh verilmesi için, keyfiyeti resen ve derhal tapu idaresine bildirir. Böylece Tapu idaresince kayıtlara *geçici şerh* verilir. Tescil kararı kesinleştikten sonra ise mahkeme yine resen, vakıf senedinin bir örneğini de ekleyerek vakfedilen taşınmazın vakıf tüzel kişiliği adına *tescil* edilmesini tapu idaresine bildirir. Tapu idaresi bu bildirim üzerine, vakıf adına tescili yapar ve tescil işleminden yine vakıf yöneticileri sorumludur. (MK.m.105/II, VY.m.12)

§ 3. VAKFA İTİRAZ VE VAKIF KURMAKTAN CAYMA

I- VAKFA İTİRAZ

Vakıf, bir gerçek veya tüzel kişinin malvarlığından ayırdığı malların, hakların, paranın veya ekonomik değerlerin belirli bir amaca özgülenmesiyle doğar. Oysa vakıf kuran kişinin malvarlığı, kendisinden alacaklı olan kişiler için en büyük güvencedir. Bu bakımdan gerçek veya tüzel bir kişinin vakıf kurmasından, o kişinin alacaklılarının zarar görmesi pek mümkün ve olasıdır.

Öte yandan bir kimsenin, ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere ölüme bağlı tasarruf (vasiyet) yoluyla vakıf kurmasından, saklı paylı mirasçıları zarar görebilirler[34]. Zira terekenin belirli bir oranda kanundan ötürü kendilerine geçmesi gereken bu mirasçıların saklı payları, vakıf kurulurken çiğnenmiş olabilir; yani vasiyet yoluyla vakıf kurulurken mirasbırakan, terekesinin tasarruf edilebilir kısmını (tasarruf nisabını) aşmış bulunabilir[35]. "Mirasbırakan, terekesinin tasarruf edilebilir kıs-

---

(34) Saklı paylı mirasçılar MK. m.506 hükmüne göre, mirasbırakanın altsoyu, ana ve babası ile sağ kalan eşidir. Bunların saklı paylarının miktarı MK. m.506 hükmünde dört bent hâlinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Kardeşlerin saklı payı ise 4.5.2007 tarihli ve 5650 sayılı yasa ile kaldırılmıştır.

(35) **Tasarruf edilebilir kısım (Tasarruf nisabı)** tereke mevcudundan saklı paylar toplamının çıkarılması sonucunda arta kalan kısımdır. Örneğin terekenin mevcu-

mının tamamını veya bir bölümünü özgülemek suretiyle vakıf kurabilir" diyen MK. m.526 hükmüne aykırı davranılmak suretiyle saklı paylı mirasçılara zarar verilmiş olabilir.

Önceki Medenî Kanun'un saklı payı düzenleyen 453 üncü maddesinde 1967 yılında 903 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik, kamu yararına yapılan bağışlarda ve gelirlerinin yarısından fazlası kamu görevi niteliğindeki işlerin yapımına bırakılarak kurulacak vakıflarda saklı payları, mirasçının sosyal durumuna uygun nafakadan az olmamak kaydı ile belirlenen miktarların üçte birine (1/3 üne) indirmişti. Vakfın gelirinin yüzde yirmisi veya bu vakıflara bağışlanan yahut ölüme bağlı tasarruf suretiyle özgülenen malların gelirinin yüzde yirmisi kendisine bırakılan saklı paylı mirasçının tenkis davası açamayacağı öngörülmüştü.

Söz konusu 453 üncü madde sonradan 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yeniden değiştirildi ve üçte biri (l /3) oranına indirilmiş bulunan saklı pay üçte iki (2/3) oranına yükseltildiği gibi, saklı paylı mirasçılara gelir ödenmesiyle ilgili hüküm de madde metninden çıkartıldı. Bu köklü değişiklikten sonra m.453/II ve III hükümlerinin son şekli şöyle olmuştu:

"Gelirinin yarısında fazlası kamu görevi niteliğindeki işlerin yapımına bırakılarak vakıf kurulmasında mahfuz hisse (saklı pay), yukarıda (yani birinci fıkrada) gösterilen hisselerin (payların) üçte ikisidir. Genel ve katma bütçeye dahil kurum ve kuruluşlarla, il özel idarelerine, belediyelere, Kanunla kurulan fonlara, kamu yararına çalışan derneklere ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğinde işlere harcayan vakıflara yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve hibelerde (bağışlarda) yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır".

Yeni Medenî Kanun saklı payı düzenleyen 506 ncı maddesinde sadece saklı paylı mirasçıların saklı paylarının oranını belirtmekle yetinmiş, yukarıda açıkladığımız hükümlere, yani Önceki Medenî Kanun'un 453 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına bünyesinde yer vermemeyi uygun görmüştür.

Kanun koyucu, vakfedenin saklı paylı mirasçıları ile alacaklılarını

---

du 100 milyar ise, mirasçıların saklı paylarının toplamı da 75 milyar tutuyorsa, tasarruf nisabı 25 milyardır. Mirasbırakan bu 25 milyar üzerinde dilediği ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir, fakat bu rakamı aşamaz.

korumak amacıyla onların bağışlamaya ve ölümle bağlı tasarruflara ilişkin hükümler uyarınca dava haklarını saklı tutmuştur (MK. m.108).

A) SAKLI PAYLI MİRASÇILARIN İTİRAZI

Ölüme bağlı tasarruf (vasiyet) yoluyla kurulan bir vakfa özgülenen malların tasarruf edilebilir kısmı (tasarruf nisabını) aşması hâlinde, saklı paylı mirasçılardan her biri, kurulan bu vakfa itiraz etme hakkına sahiptir. İtiraz, tasarruf edilebilir kısmı aşan bütün ölüme bağlı tasarruflara yapılan itiraz şeklinde, yani ***tenkis davası açmak*** *suretiyle olur*[36]. Medenî Kanun'un 560 ıncı maddesine uygun olarak açılan tenkis davası sonucunda vasiyet, yani vakfa özgülenen mallar, davacıların saklı paylarının kendilerine geri verilmesini sağlamak üzere payları oranında azaltılır.

Vakfedenin sağlığında hüküm ifade etmek üzere kurulan vakfa karşı mirasçılar tarafından bağışlamaya dayanan dava açılabileceği gibi; vakfedenin ölümünden sonra tenkis davası da açılabilir. Çünkü MK. m.108 hükmü mirasçılara bu durumda MK. m.560 hükmüne dayanma yetkisini veriyor.

B) ALACAKLILARIN İTİRAZI

Vakfeden, üçüncü kişilere olan borçlarını ödemeden mallarından bir kısmını vakıf kurma maksadıyla malvarlığından çıkardığı takdirde, alacaklarını tahsil edememiş (alamamış) olan alacaklıları vakfa itiraz edebilirler.

Vakıf da aynen bağışlama gibi ivazsız bir işlem (karşılıksız kazandırma) olduğu içindir ki, alacaklılar İcra ve İflâs Kanunu'nun *bağışlamanın iptali* hakkındaki 278 inci maddesine dayanarak itirazda bulunabilirler. Başka bir deyişle, vakıf kuran kimsenin (vakfedenin) borcunu ödemekten aczi (ödeme güçsüzlüğü) sabit olduğu veya iflâsına karar verildiği hâllerde, alacaklıların itiraz hakkı, İcra ve İflâs Kanunu'nun 278 vd. maddelerinde gösterilen şekilde ***"iptal davası"*** açılmak suretiyle olur[37].

---

(36) Tenkis davası hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Eren, Fikret:** Türk Medenî Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.

(37) **Egger-Çernis,** sh.166; **Eberle, Robert:** Die Behandlung der Stiftungen im schweizerischen Recht, Bern 1929, sh.80 vd.

II- VAKIF KURMAKTAN CAYMA

Vakıf kuranın (vakfedenin) vakıf senedinin düzenlenmesinden sonra vakıf kurmaktan caymasının mümkün olup olmadığı, yani açıklamış olduğu vakıf kurma iradesinden dönüp dönemeyeceği tartışmalıdır.

Vakfın tüzel kişilik kazanmasından, yani mahkeme siciline tescili işleminin yapılmasından, kısaca *tescilden ö n c e* vakfedenin vakıf kurmaktan cayabileceğini kabul etmek gerekir[38]. Eğer vakıf vakfedenin sağlığında hüküm ifade etmek üzere kuruluyorsa, vakıftan caymanın da noterde düzenlenecek bir resmî senetle yapılması gerekir (BK. m. 13)[39]. Vakıf vakfedenin ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere kuruluyorsa, vakfedenin yine aynı yolla, yani vasiyet yoluyla vakıf kurmaktan cayması, başka deyişle vasiyetnameyi hükümsüz hâle getirmesi mümkündür.

§ 4. VAKFIN ÖRGÜTÜ

Kurulan vakfın faaliyete geçebilmesi için bir örgüte, yani *organlara* sahip olması gerekir. Medenî Kanun vakfın organlarını düzenlerken şu düşünceden hareket eder: Vakıf gerçek veya tüzel bir tek kişinin eseridir. Bu sebeple vakfın örgütü ve işleyiş biçimi bizzat vakfı kuran kimse tarafından serbestçe belirlenebilmelidir. Öte yandan vakıf, millî gelirin belli bir kısmının belirli ve sürekli bir amaca özgülenmesiyle vücut bulur. Vakıf kurulmak suretiyle bir amaca özgülenen millî gelirin az çok önemli bir kısmı böylece iktisadî alandan, mübadele (alış-veriş) alanından çekilerek dondurulmuş duruma sokulur. Bu itibarla vakfın iyi işlemesinde, mallarının boşuna harcanmamasında (heba olmamasında) hem toplumun hem de devletin menfaati vardır. O hâlde vakıflar üzerinde devletin ciddî denetimini sağlamak da gereklidir.

İşte kanun koyucu, bu iki karşıt (zıt) menfaati uzlaştırmak maksadıyla MK. m.109 hükmündeki çözüm biçimini getirmiştir. Buna göre, *vakfın bir tek kanunî, zorunlu organı vardır:* ***Yönetim organı.*** Vakfeden bu zorunlu organın dışında vakfın bünyesinde dilediği iradî organa yer verebilir. Vakıflar üzerinde özel hukuk bakımından zorunlu olan denetim, kanun tarafından belirlenen bir kamu makamınca yapılır. Bu makam hem

---

(38) **Velidedeoğlu,** sh.268; **Eberle,** sh.75 vd. Başka bir görüş: **Köprülü,** sh.683; 1. HD. 1246/974, **Olgaç,** sh.136.

(39) **Zevkliler,** sh.632.

Önceki Medenî Kanun'a (m.78), hem de yeni Medenî Kanun'a göre (m.111) Vakıflar Genel Müdürlüğüdür. Buna *"denetim makamı"* denir. Bu makam vakfın bünyesine yabancı, hariçten kanunla tayin edilen bir makam olarak denetim görevini yaparken, ön plânda yine de vakıf kuranın iradesine yer vermek zorundadır[40].

Yeni Medenî Kanun bu resmî makamın yanında *vakıf üst kuruluşlarına* da vakıfları denetleme görev ve yetkisi vermiştir (m.111/I). Vakıfların denetimi konusunu daha sonra ele alacağız.

Medenî Kanun vakıflarla ilgili hükümlerinde mahkemelere vakıflar üzerinde çok geniş yetkiler tanımıştır. Nitekim vakıfla ilgili hayatî önem taşıyan pek çok konuda karar verme yetkisi mahkemelere bırakılmıştır. Buna vakfın amacının değiştirilmesi, örgütünün değiştirilmesi ve tamamlanması konulardaki yetkiler örnek gösterilebilir.

I- ZORUNLU ORGAN: Y Ö N E T İ M O R G A N I

A) OLUŞUMU

Vakıflarda kanundan ötürü mutlaka bulunması gereken, yani zorunlu olan tek organ, *yönetim organıdır*. Bu husus MK. m.109 hükmünden açıklıkla anlaşılmaktadır: ***"Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur".*** Bu organ bir kurul olabileceği gibi, bir kişi de olabilir. Vakıflarda kurul hâlindeki yönetim organına *"yönetim kurulu"* veya *"mütevelli heyeti",* bir kişiden oluşan yönetim organına da *"yönetici"* veya *"mütevelli"* denir.

Vakıfların yönetim organı vakıf senedine göre oluşturulur. (VK. m.6)[41]. Yönetim organının birden çok kişilik bir kurul mu, yoksa bir tek kişiden mi oluşacağını ve bunların kimler olacağını, vakıf kuran kimse vakıf senedinde serbestçe belirleyebilir. Vakıf kuran, yönetim kurulunu oluşturacak olan kişileri vakıf senedinde bizzat isim olarak belirleyebileceği gibi, onların belirlenmesini bir başkasına da bırakabilir. Örneğin vakıf senedine "vakıf şu isimlerden oluşan üç kişilik bir yönetim kurulu

---

(40) **Schweizer, Rudolf:** Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweizerischem Recht, Aarau 1927, sh.11 vd.

(41) Vakıflar Kanunu'nun 6 ıncı maddesi mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları ve esnaf vakıfları yönünden yönetim organının nasıl belirlendiğini ayrıca düzenlemektedir.

tarafından yönetilir" veya "vakıf üç kişilik bir yönetim kurulunca yönetilir. Yönetim kurulu üyeleri üç yılda bir, görev başındaki belediye başkanı tarafından yüksek öğrenim görmüş şehir halkı arasından seçilir" şeklinde hüküm konulabilir. Hatta vakıf kuran kimse vakıf senedine vakfın yöneticisinin sadece kendisi olacağına ilişkin bir hüküm de koyabilir.

Yönetim biçiminin, örneğin vakfın yönetim organının nasıl oluşacağının ve vakfı nasıl temsil edeceğinin vakıf senedinde yeterince belirtilmemiş olması, vakfın geçerli bir surette varlık kazanmasına engel olmaz. Çünkü yönetim organı vakfın varlığı (mevcudiyeti) için değil, fakat faaliyette bulunabilmesi için gereklidir. Yönetim organının vakıf senedinde gösterilmemiş olması hâlinde, bu noksanlık tescil kararı verilmeden önce mahkemece tamamlattırılır; kuruluştan sonra ise, denetim makamının başvurusu üzerine, imkân varsa vakıf kuranın görüşü alınarak vakfın yerleşim yeri mahkemesince tamamlattırılır (MK. m.107/II). Yönetim organı ile ilgili tamamlama yapılıncaya kadar vakfa bir kayyım atanması gerekir (MK. m.427 b.4).

Vakıfların yönetim organlarında ölüm, istifa, ya da herhangi bir nedenle eksilme olduğu takdirde bu kişilerin yerine; vakıf senedindeki hükümlere göre; hüküm bulunmaması halinde vakıf senedi değişikliğine yetkili organın, bunun bulunmaması halinde ise icraya yetkili organın kararı ile ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınarak mahkemece yenisi seçilir. (VK. m. 8).

B) GÖREV VE YETKİLERİ

Yönetim organı, vakfın faaliyete geçmesini ve üçüncü kişiler ile ilişkiye girmesini sağlar. Yönetim organının en başta gelen görevi, *vakfı içeride yönetmek, dışarıda temsil etmektir.* Bu, yönetim organına kanundan ötürü yüklenmiş olan bir ödevdir.

Yönetim organının görevleri vakfeden tarafından vakıf senedinde çok ayrıntılı biçimde belirlenmiş olabilir. Görevlerin vakıf senedinde gösterilmemiş olması hâlinde ise, denetim makamı, görevlerin belirlenmesi için vakfın mahiyetine, önemine ve amacının kapsamına göre oluşturacağı görüşüyle birlikte mahkemeye başvurabilir.

Yönetim organına kanunla yükletilen bazı görevler de vardır. Bunlar kısaca,

- Vakfın yönetim şeklinin değiştirilmesini mahkemeye önermek (MK. m.112/I),

• MK. m.113/I hükmündeki şartların bulunması hâlinde amacın değiştirilmesini mahkemeden talep etmek,

• Vakfın mallarının değiştirilmesini mahkemeye önermek veya denetim makamının başvurusu hâlinde bu hususstaki düşüncelerini mahkemeye yazılı olarak bildirmek (MK. m.113/III),

• Her takvim yılının ilk üç ayı içinde vakfın bir önceki yıla ait malvarlığı durumunu ve çalışmalarını bir rapor hâlinde denetim makamına bildirmek (MK. m.114).

• Her takvim yılının ilk üç ayı içinde vakfın durumunun uygun araçlarla yayımlanmasını sağlamak (MK. m.114).

Yönetim organı vakfa ait malları vakfın amacına uygun şekilde yönetmek, onların bakım ve korunmasına özen göstermek, yok olmalarını ve değer kaybına uğramalarını önlemek için gerekeni yapmak, vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcamakla yükümlüdür. Diğer bir deyişle yönetim organı, faaliyetlerinde basiretli (ileri görüşlü) ve tedbirli bir iş adamı gibi davranmak, böyle bir iş adamından beklenen özeni göstermek zorundadır.

C) SORUMLULUĞU VE GÖREVDEN ALINMASI

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nu 9 uncu maddesi ***"Vakıflarda yönetici olamayacak kişileri"*** düzenlemektedir. Hüküm uyarınca vakıflarda; hırsızlık, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, sahtecilik, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık suçları ile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların birinden mahkûm olanlar yönetici olamazlar. Vakıf yöneticisi seçildikten sonra söz konusu suçlardan mahkûm olanların yöneticiliği ise sona erer[(42)].

Diğer yandan vakıf yöneticilerinin, vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uyma zorunlulukları Vakıflar Kanunu'nun 10 uncu maddesinde özel olarak belirtilmiştir. Yöneticiler vakfın amacına ve mevzuata uygun hareket etmemeleri dışında ayrıca;

---

(42) Vakıflar Genel Müdürlüğü 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren Vakıflar Kanunu'nun ilgili hükmünü 2008/14 sayılı bir genelge ile özel olarak takip etmiş ve genelgeyle vakıf yöneticilerinden 27.02.2008 tarihinden sonraki tarihli adli sicil kayıtları istenmiştir.

— Vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmaları,

— Vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmamaları,

— Ağır ihmal ve kasıtlı filleriyle vakfı zarara uğratmaları,

— Denetim Makamınca tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamamaları, düzeltmemeleri veya aykırı işlemlere devam etmeleri,

— Medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmeleri veya görevlerini sürekli olarak yapmalarına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanmaları,

— Vakıflar Kanunu'nun 11 inci maddesi uyarınca iki defa idarî para cezası almaları durumlarında Vakıflar Meclisinin vereceği karara dayalı olarak Denetim Makamının başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevden alınabilirler[43].

Vakıf yöneticileri mahkeme kararı olmaksızın görevlerinden uzaklaştırılamazlar. Bu sebeple telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek hallerde dava sonuçlanıncaya kadar, Vakıflar Meclisi kararı üzerine Denetim Makamınca, vakıf yönetiminin geçici olarak görevden uzaklaştırılması ve kayyımca yönetilmesi ihtiyati tedbir olarak mahkemeden talep edilir. (MK. m. 427/b,4, VK. m. 10) Ayrıca vakıf yönetiminde yer alan kişiler ile vakıf çalışanları kusurlu fiilleri nedeniyle vakfa verdikleri zararlardan da sorumludurlar. (BK.m. 49 vd.)

II- İRADÎ ORGANLAR

İradî ya da ***seçimlik organlar,*** *derneklerde olduğu gibi her vakfın mutlaka sahip olması gerekmeyen, yani zorunlu olmayan organlardır.* Vakıf kuran kişi, zorunlu organın yanında vakıf senedinde bu gibi

(43) Görevinden alınan vakıf yöneticileri meclis üyesi olamaz ve beş yıl süreyle aynı vakfın yönetim ve denetim organında görev alamazlar. Ayrıca ağır ihmal ve kasıtlı filleriyle vakfı zarara uğratan; Medeni hakları kullanma ehliyetini kaybeden veya görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanan ve Vakıflar Kanunu'nun 11 inci maddesi uyarınca iki defa idari para cezası alan, ve bu sebeplerle görevlerinden alınan vakıf yöneticileri başka bir vakfın yöneticisi ise o görevinden de alınmış sayılır ve beş yıl süreyle hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamazlar.

organlara da yer verebilir (MK. m.109). İradî organ olarak müdür veya genel müdür, danışma kurulu, denetleme kurulu gibi organlar örnek gösterilebilir. Bu gibi seçimlik organlara vakıf senedinde yer veren vakfeden, bu organların oluşum biçimi ile görev ve yetkilerini vakıf senedinde bizzat ayrıntılı olarak belirler. Vakıf senedinde bu yolda bir belirleme mevcut değilse, bu noksanlık MK. m.107/II hükümlerine göre tamamlattırılır.

III- DENETİM

A) DENETİM MAKAMI

Vakıfların denetlenmesiyle ilgili görev ve yetki, MK. m.111 hükmüyle ***Vakıflar Genel Müdürlüğü*** ile ***vakıf üst kuruluşlarına*** verilmiştir. Önceki Medenî Kanunda 1967 yılında 903 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten önce vakıflar, amaçlarına göre devlet, vilâyet, belediye ve köyden hangisini ilgilendiriyorsa onun teftiş ve denetimine tâbi kılınmış idi. Bu değişiklikten önce sadece ibadete ilişkin dinî vakıflar ile aile vakıfları bu teftiş ve denetimden bağışık (muaf) tutulmuşlardı. Değişiklikten sonra ise vakıflar arasında bu tür bir ayrım yapılmaksızın, mevcut bütün vakıflar amaçları ne olursa olsun, Vakıflar Genel Müdürlüğünün teftiş ve denetimine tâbi duruma getirilmişlerdi.

Yeni Medenî Kanun denetim görev ve yetkisini, Vakıflar Genel Müdürlüğünün dışında, vakıf üst kuruluşlarına da tanımak suretiyle genişletmiş bulunmaktadır. Ancak üst kuruluşlarca yapılacak denetim, çıkarılacak özel kanun hükümlerine tâbi olacaktır (m.111/I).

B) DENETİM GÖREVİNİN MAHİYETİ

Vakıflar Genel Müdürlüğüne denetim makamı sıfatıyla bırakılmış olan denetleme görevi, mahiyeti itibariyle özel hukuktan doğan ve özel hukuk karakteri taşıyan bir görevdir. ***Denetim makamı vakfın organı değildir.*** Bu itibarla da vakfı üçüncü kişiler karşısında temsil etme yetkisine sahip bulunmadığı gibi, vakfın yönetimiyle ilgili bir yetkisi de yoktur(44). *Denetim makamının başlıca görevi,* vakfın vakfı kurmuş olan kişinin (vakfedenin) iradesine uygun şekilde örgütlenerek vakıf senedinde belirtilen amaca ve vakfedenin iradesine uygun şekilde faaliyette

(44) **Eberle,** sh.139 vd.; **Schweizer,** sh.14 vd.; **Egger-Çernis,** sh.174 vd. Teftiş ve denetleme hakkında bk. İşeri, sh.162 vd.

bulunmasını, vakıf mallarının amaca uygun şekilde yönetilmesini, vakıf gelirlerinin amaca uygun olarak harcanmasını sağlamaktır. Denetimden maksadın bu olduğu MK. m.111/I hükmünden de anlaşılır. Bu denetim görevi Vakıflar Kanunu'nun 33 üncü maddesinde belirtilen "vakıf yöneticileri en az yılda bir defa yapılacak iç denetim raporları ile sonuçlarını, rapor tarihini takip eden iki ay içinde Genel Müdürlüğe bildirir" işlevinden de farklıdır. (VK. M 33/11).

C) DENETİM GÖREVİNİN KAPSAMI

Vakıfların teftiş ve denetimi görevi Önceki Medenî Kanunca bir tek kamu kurumuna, yani Vakıflar Genel Müdürlüğüne bırakılmıştı ki, bu düzenleme, denetleme yetkisini il, belediye ve köylere tanımış olan önceki düzenlemeden çok daha doğru ve isabetli olmuştu.

Yeni Medeni Kanun vakıfların denetimini 111 inci maddede düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrası "Denetimin nasıl yapılacağı, sonuçları ve bu kanuna göre kurulmuş olsun veya olmasın bütün vakıfların vakıflar Genel Müdürlüğüne ödeyecekleri denetim giderlerine katılma payı, vakfın safi gelirinin yüzde beşini geçmemek üzere tüzükle belirlenir" ifadesini taşımakta idi. Bu fıkra 20.2.2008 tarihli ve 5737 sayılı yasa ile tüm vakıflarda teftiş ve denetleme payının kaldırılması amacıyla yürürlükten kaldırılmıştır[45]. Vakıfların denetimi Medeni Kanun'un 111 inci maddesi dışında ayrıca Vakıflar Kanunu'nun 33 ve 34 üncü maddelerinde ve Vakıflar Yönetmeliğinin ise 39 ile 49 uncu maddeleri arasında düzenlenmektedir. Bu hükümlere yeri geldiğinde değineceğiz.

Yasal düzenlemeler bir arada incelendiğinde vakıflarda denetimin biri dar, diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde yapıldığı anlaşılmaktadır.

1) Dar Anlamda Denetim

Dar anlamdaki denetim, *teknik anlamdaki* denetleme görevidir. Bu, özellikle *vakfın amacına uygun şekilde faaliyette bulunmasını ve mallarının iyi şekilde korunarak amaca uygun şekilde yönetilmesini, vakıf gelirlerinin amaca uygun olarak harcanmasını sağlamak üzere yapılan bir denetlemedir.* Nitekim MK. m.111/I hükmünde "vakıfların vakıf senedindeki hükümleri yerine getirip getirmedikleri, vakıf mallarını amaca uygun

(45) RG. 27.2.2008, s.: 26800

biçimde yönetip yönetmedikleri ve vakıf gelirlerini amaca uygun olarak harcayıp harcamadıkları .. denetlenir" denilmektedir. Vakıflardaki bu amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce yapılır. (VK. m. 33/111). Vakıflar Yönetmeliği ise iç denetimin amacını 41 inci maddede şöyle açıklar: "İç denetim, vakıf faaliyetlerinin mevzuata ve vakfın stratejik planına uygun olarak yürütülmesini, kaynakların etkili, ekonomik ve verimli kullanılmasını; bilgilerin güvenirliğini, bütünlüğünü ve zamanında elde edilebilirliğini sağlamayı amaçlar. İç denetim vakfın risk yönetimi ve kontrol süreçlerinin etkinliğini değerlendirerek sistemli ve disiplinli bir yaklaşımla vakfın amaçlarına ulaşmasına yardımcı olur."

Teftiş (denetim) sonunda düzenlenen raporlar Vakıflar Genel Müdürlüğünce incelenir. Eğer raporda vakıf yöneticilerinin işten uzaklaştırılmalarını gerektirecek bir sebep saptanmış ise, derhal asliye mahkemesine başvurularak yöneticilerin işten uzaklaştırılmaları istenir. Raporda vakfın yönetimine ilişkin işlemlerde düzeltilmesi gereken hususlar bulunduğu belirtilmiş ise, raporun bu kısmı vakıf yöneticilerine tebliğ edilerek düzeltmenin yapılması istenir. Bu konuda Medenî Kanun da denetim makamına, görevlerini gerektiği gibi yerine getirmeyen yönetim organının işten uzaklaştırılmasını asliye mahkemesinden isteyebilme hakkını tanımaktadır (m.112/II)[46].

Vakıf organlarının vakfın amacına aykırı faaliyetlerine veya vakfın mallarını amacına aykırı surette kullanmalarına karşı üçüncü kişilerin, vakfın alacaklılarının ve vakıftan faydalananların denetim makamına başvurma hakları vardır.

2) Geniş Anlamda Denetim

Geniş anlamda denetim, denetim makamının kanunda sayılan *bazı özel yetkilerini* kapsar. Bu özel yetkiler genel olarak şunlardır:

• Vakfın örgütünü tamamlama ve değiştirme konusunda başvuruda bulunma (MK. m.107/II, 112).

• Vakfın amacını değiştirme konusunda başvuruda bulunma (MK. m.113/I).

---

[46] Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.2007 tarihli ve E.: 2002/162, K.: 2007/89 sayılı kararıyla MK. m. 112/II. hükmünde yer alan *"...tüzükte gösterilen sebeplerle"* ibaresi iptal edilmiştir.

• Vakfın mallarını değiştirme konusunda başvuruda bulunma (MK. m.113/III).

• Vakfın dağıtılmasını (feshedilmesini) isteme (MK. m.116/II).

Aşağıda bu konulara ayrı ayrı değineceğiz:

a) Örgütün Tamamlanması

Vakıf kuran bir kimse, vakfın örgütünü vakıf senedinde istediği gibi düzenleme hakkına sahiptir. Buna karşın, vakıf senedinde vakfın organları hakkında bir düzenleme bulunmayabilir veya organlar ismen belirtilmiş, fakat oluşum biçimlerine ilişkin hükümler konulmamış olabilir. Örneğin vakıf senedinde vakıfta bir yönetim kurulu ile bir denetleme kurulunun bulunacağı yazılı olmakla beraber, bu kurulların kaç kişiden ve kimlerden oluşacağı belirtilmemiş olabilir. İsmen atanmış olan kişilerden bazıları veya hepsi bu görevi kabul etmeyebilirler ya da vakıf senedinin düzenlenmesinden sonra ölmüş veya bu görevi yapamayacak duruma düşmüş olabilirler.

Vakfın örgütünün vakıf senedinde eksik gösterilmiş olması veya örgütün vakıf senedine uygun şekilde oluşturulamaması, vakfın bundan ötürü hükümsüz sayılması sonucunu doğurmaz (MK. m.107/I). *Vakfın örgütünün tamamlanması* i k i hâlde söz konusu olabilir. Bunlardan biri, örgütün vakıf senedinde hiç gösterilmemiş veya eksik gösterilmiş olması, diğeri ise, vakıf organlarının oluşturulmasının tescilden sonra imkânsız hâle gelmiş bulunmasıdır.

Her iki hâlde de bu noksanlığın nasıl giderileceği, Medenî Kanun'un 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında şöyle açıklanmıştır: *"Bu tür noksanlıklar, tescil kararı verilmeden ö n c e* ***mahkemece*** *tamamlattırılabileceği gibi, kuruluştan s o n r a da denetim makamının başvurusu üzerine, olanak varsa vakfedenin görüşü alınarak vakfın* ***yerleşim yeri mahkemesince*** *tamamlattırılır".* (VY. m. 10).

Örgütün tamamlanması, vakfın amacına ve vakfedenin iradesine uygun olarak yapılır. Eğer örgütün tamamlanması mümkün olmazsa, mevcut örgütün değiştirilmesi yoluna gidilmek gerekir.

b) Örgütün Değiştirilmesi

Vakfın vakıf senedinde gösterilmiş olan örgütü zamanla vakfın amacına uygun surette faaliyette bulunabilmek için *yetersiz hâle gelmiş* olabilir. Örneğin vakfın, faaliyetlerinin bir hayli artmış ve genişlemiş olmasından dolayı, mevcut yönetim organıyla yönetilmesi zorlaşmış ve hatta imkânsız hâle gelmiş bulunabilir. Vakıf senedinde gösterilen organın oluşum biçimi, vakfın genişleyen faaliyet alanından ötürü yetersiz olabilir veya işbaşındaki örgüt, vakfın hâlen içinde bulunduğu duruma göre fazla masraflı veya gereksiz hâle gelmiş bulunabilir. Bu gibi durumlarda, vakfın örgütünü hâl ve şartlara uydurabilmek ve vakfın vakıf senedinde belirtildiği şekilde amacına uygun surette yürütülmesini sağlamak üzere, örgütün değiştirilmesi gerekli olabilir. Bu değiştirmeyi isteyebilecek olan da, *denetim makamı* veya *yönetim organı*dır.

Denetim makamı veya yönetim organı bu durumlarda organların değiştirilmesini, yetkilerinin yeniden düzenlenmesini veya vakıfta yeni organlar oluşturulmasını istemek üzere, asliye mahkemesine başvuruda bulunmak zorundadır. Medenî Kanun'un 112 nci maddesinin birinci fıkrasında ***"haklı sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın örgütünü, yönetimini ve işleyişini değiştirebilir"*** denilmek suretiyle vakfın yönetiminin değiştirilmesine imkân tanınmış bulunmaktadır. Buna benzer bir hüküm Vakıflar Yönetmeliği'nin 14 üncü maddesinde yer almıştır.

Vakıflarda en önemli husus, vakfın vakfedenin iradesine uygun şekilde varlığını sürdürmesidir[47]. Bu itibarla vakfeden tarafından vakıf senedinde öngörülmüş bulunan örgütte değişiklik yapılırken de vakfedenin iradesi ön plânda gelir. Yani vakfın örgütünün değiştirilmesine, ancak çok istisnaî hâllerde ve vakfın yaşaması bakımından gerçekten zorunlu olması ve haklı sebeplerin bulunması durumunda başvurulabilir. Nitekim MK. m.112/I hükmünden bu anlaşılır.

Vakıf yönetim kurulu, bir yönetim kurulu üyesini vakfı zarara sokan eylemleri nedeniyle azledemez, zira azil, yönetim kurulunun görevleri arasında değildir; azil ancak denetim makamının başvurması üzerine *mahkeme* kararıyla mümkün olur[48].

---

(47) **Krafft, Jean-Louis:** Les fonds de prévoyance et la théorie generale des fondations, Lausanne 1956, sh.117 vd.

(48) 18. HD. 24.9.1998, n7296/9663, YKD. 1998, S.11, sh.1672.

Örgütün değiştirilmesi vakıf bakımından çok önemli olduğundan, Medenî Kanun bunu özel bir şekle tâbi tutmuştur. Gerçekten, MK. m.112/I uyarınca örgütün değiştirilmesi, ancak denetim makamı veya yönetim organının istemi üzerine diğerinin yazılı görüşü alındıktan sonra mahkemece gerçekleştirilebilir.

c) Amacın Değiştirilmesi

Vakfın amacı vakıf senedinde bizzat vakfeden tarafından belirlenir. Vakfın ne gibi maksatlarla kurulduğunu göstermesi bakımından amaç, vakfın zorunlu unsurlarının en önemlisidir. Vakıf bir kişinin iradesinin ürünüdür; bu bakımdan Medenî Kanun, vakıfların varlıklarını vakıf senedinde belirlenmiş olan bu iradeye uygun olarak sürdürmeleri gereğini, genel bir ilke olarak kabul etmiştir. Bu itibarladır ki, *esasında vakıfların amacının sonradan değiştirilmesi mümkün değildir.* Fakat zamanla değişen hâl ve şartlar dolayısıyla amacın asıl anlamını, mahiyeti ve kapsamı itibariyle vakıf kuranın iradesiyle olan uygunluğunu kaybetmesi mümkündür. Hatta vakfın amacı artık vakfedenin o vakfı kurarken güttüğü maksatlara tamamen aykırı hâle gelmiş bile olabilir. Bu gibi durumlarda vakfın amacının değiştirilmesi, vakfın devamı için zorunlu olduğu gibi, bizzat vakfedenin iradesine de uygun olur. İşte bu durumda, vakıf senedinden aksi anlaşılmadıkça, vakfın amacı ile vakfedenin iradesi arasındaki uygunluğu sağlamak üzere amacın değiştirilmesi yoluna gidilir. ***Eğer vakıf senedinden vakfedenin vakfın amacının değiştirilmesini hiçbir surette arzu etmediği anlaşılırsa, amaç değiştirilemez.*** *Ancak, amaç bu durumda gerçekleştirilemez hâle gelmiş olacağından,* vakıf kendiliğinden dağılmış (infisah etmiş) olur (MK. m.116/I). (VY. m. 13)

Amacın değiştirilmesi, ancak vakıf kurulurken göz önünde tutulan maksat ve güdülerin (saiklerin) bu amaca bağlı kalınmasıyla hiçbir surette gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde yapılabilir[(49)].

Medenî Kanun'un *"durum ve koşullardaki değişmeler yüzünden vakıf senedinde yazılı amaca bağlı kalınması, vakfedenin arzusuna açıkça uymayacak hâle gelmiş ise mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilir"* diyen m.113/I hükmünden ve Vakıflar

(49) **Schweizer,** sh.82.

Kanunu'nun 14 üncü maddesinden şöyle bir sonuç çıkarılabilir: Amacın değiştirilmesi yoluna, ancak birtakım objektif ve sübjektif şartların ortaya çıkması sonucunda amaç vakfedenin iradesine, önemsediği güdü ve niyetlere açıkça ters düştüğü takdirde gidilebilecektir.

aa) Objektif Şartlar

Objektif şartlar, *vakfın kurulmasından sonra dış olaylarda meydana gelen değişikliklerdir.* Vakfın amacı, değişmiş olan bu hâl ve şartlar karşısında anlamını ve içeriğini kaybetmiş olmalıdır. O suretle ki, zamanla meydana gelmiş olan bu değişiklikler karşısında vakfın bu amaca hizmete devam etmesi, vakfedenin vakfı kurduğu sıradaki maksat ve iradesine taban tabana zıt bulunsun(50).

Objektif şartların ortaya çıkışı sosyal, iktisadî, bilimsel ve teknik alanlardaki değişiklikler ve gelişmeler sonucunda söz konusu olur. Vakfın güttüğü amacın bilim alanındaki yenilikler karşısında köhneleşmiş, eskimiş, gereksiz hâle gelmiş ya da ekonomik olmayan bir mahiyet almış olması veya artık vakıftan faydalanacak hiç kimsenin kalmamış bulunması hâllerinde objektif şartların gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Örneğin Türkiye'de sıtma hastalığı ile savaşmak amacıyla kurulmuş olan bir vakfın, bu hastalığın kökünün tamamen kurutulmuş olması hâlinde veya Balkan Savaşında şehit düşenlerin dul ve yetimlerine yardımda bulunmak amacıyla kurulmuş olan bir vakfın, yardım edilecek hiç kimsenin kalmamış olması durumunda artık amacının değiştirilmesi gerekir ve bu değiştirme uygun olur.

bb) Sübjektif Şartlar

Vakfın amacının değiştirilebilmesi için objektif şartların yanında, sübjektif şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. ***Sübjektif şartlar,*** *zamanla değişmiş olan amacın vakfedenin iradesi ile mevcut uygunluğunu açıktan açığa (açıkça) kaybetmiş olmasıdır.* O suretle ki, "vakfeden bu durumu görmüş olsaydı veya kendisine sorulabilme imkânı bulunsaydı, o dahi amacın değişmesi gerektiğini kabul edecekti" denilebilsin. Diğer bir deyişle "amacın yeni hâl ve şartlar karşısında gerek içerik, gerek kapsam bakımından aldığı anlamı vakfeden önceden görebilmiş olsaydı, o dahi vakfın olduğu gibi devam etmesinin kendi arzu ve iradesine uymadığını

(50) Bu hususlarda bk. **Krafft**, sh.119 vd.; **Schweizer**, sh.82 vd.; **Egger-Çernis**, sh. 178 vd. Ayrıca bk. **İşeri**, sh.199 vd.

kabul edecek ve amacı bizzat kendisi değiştirme yoluna gidecekti" denilebilen her hâlde, vakfın amacının değiştirilmesi doğrudur.

Objektif ve sübjektif şartların birlikte gerçekleşmesi hâlinde, vakfın amacı önceki amacına mümkün olduğunca uygun olacak şekilde değiştirilir. Daha doğrusu *bu amaca yeni hâl ve şartlara uyacak bir anlam ve içerik verilir*. Örneğin vakfeden, Türkiye'de sıtma hastalığıyla savaş amacıyla bir vakıf kurarken, ülkede büyük ölçüde ölümlere sebep olan ve salgın hâlinde bulunan bir hastalığı önlemek ve etkilerini ortadan kaldırmak maksadıyla hareket etmiştir. Bu itibarladır ki, sıtma hastalığının tıp bilimindeki gelişmeler sayesinde kökünün tamamen kazınması karşısında, amacın ülke için aynı derecede tehlikeli olan ve büyük çapta ölümlere sebep olan verem veya kanser hastalığıyla savaşma amacına dönüştürülmesi, vakfedenin iradesine uygun düşer.

Amacın değiştirilmesinde izlenecek usul MK. m.113/I hükmünde gösterilmiştir. Buna göre, yukarıda açıklanan şartların mevcut olması hâlinde, vakfın yönetim organının veya denetim makamının başvurması üzerine, yetkili asliye mahkemesi diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra vakfın amacını değiştirebilecektir.

Yeni Medenî Kanun vakfın amacının gerçekleşmesini önemli ölçüde güçleştiren veya engelleyen *şart ve yükümlülüklerin kaldırılmasına veya değiştirilmesine* de aynı usule uymak kaydıyla imkân tanımaktadır (m.113/II).

d) Malların Değiştirilmesi

Geliri giderini karşılamayan veya değerine uygun gelir getirmeyen vakıf mallarının, daha yararlı başka mallarla veya parayla değiştirilmesinde vakfın menfaati olabilir. Medenî Kanun, bu gibi durumlarda yönetim organı veya denetim makamının böyle bir malın değiştirilmesini mahkemeye önerebilmesine imkân tanımaktadır. Nitekim MK. m.113/III hükmüne göre, "amaca özgülenen mal ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesini veya paraya çevrilmesini haklı kılan sebepler varsa mahkeme, vakfın yönetim organı veya denetim makamının başvurusu üzerine, diğerinin yazılı görüşünü aldıktan sonra gerekli değişikliğe izin verebilir".

Sözü geçen m.113/III hükmü, *sadece vakfın amacıyla sıkı sıkıya bağlılığı olan mallar ve haklar* hakkında uygulanmalıdır. Vakfın bunların

dışında kalan diğer malları, yönetim organı tarafından bu uzunca formaliteye tâbi olmaksızın her zaman elden çıkarılabilmeli veya başka mallarla değiştirilebilmelidir.

Önceki Medenî Kanun'un vakıfları düzenleyen hükümlerinin 1967 yılında 903 sayılı Kanunla geniş ölçüde değiştirilmesi sonucunda yürürlüğe giren yeni hükümler, vakıflar üzerinde yargı makamlarına da büyük yetkiler tanımıştı. Çünkü gerek örgütün, gerek amacın, gerekse malların değiştirilmesine karar vermeye yetkili makam, mahkemeler idi. Teftiş makamının bu konularda kesin bir karar alma yetkisi yoktu. Teftiş makamının durumu, ancak danışmanlık (istişare) mahiyetindeydi. Oysa 903 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce durum farklı idi. O zamanlar bütün bu işleri yapma ve kesin karar alma yetkisi, Bakanlar Kuruluna tanınmıştı (eski m.78, 79). Yeni Medenî Kanun da 903 sayılı Kanunla yapılmış olan bu değişiklikleri aynen benimsemiş, karar alma konusunda bütün yetkileri mahkemelere tanımıştır.

IV- FAALİYETTEN GEÇİCİ ALIKOYMA

Önceki Medenî Kanunda vakıfların geçici olarak faaliyetten alıkonulmalarını (men edilmelerini) düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildi. Öte yandan, vakıflarla ilgili olarak Dernekler Kanunu'na benzer bir özel kanun da yoktu. Bu itibarla derneklerin faaliyetten geçici olarak alıkonulması (men edilmesi) Önceki Dernekler Kanunu uyarınca (m.54) mümkün iken, vakıfların geçici olarak faaliyetten alıkonulmalarına (men edilmelerine) hukuken imkân bulunamıyordu.

Medenî Kanun'un düzenlediği iki tür tüzel kişi arasında bu konuda ortaya çıkan eşitsizlik, yeni Medenî Kanun tarafından giderilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Kanun'un 115 inci maddesine göre, "***İçişleri Bakanlığı,*** *Anayasada öngörülen hâllerde ve belirlenen usullere uygun olarak, denetim makamının da görüşünü almak suretiyle mahkemece bir karar verilinceye kadar vakfı* ***geçici olarak faaliyetten alıkoyabilir*** *ve derhal mahkemeye başvurur. Hâkim başvuruyu gecikmeksizin karara bağlar".*

Görüleceği üzere, bir vakfı geçici dahi olsa faaliyetten alıkoymak, çok sıkı şartlara bağlanmıştır ki, bu da vakıflara güvence sağlamak amacıyla yapılmıştır. Maddede sayılan şartların varlığı hâlinde İçişleri Bakanlığı Örgütü, bir vakfı geçici olarak faaliyetten alıkoyabilecek, fakat durumu *hemen* yargı organının önüne götürecektir. Yetkili ve görevli mahkeme

gerekli incelemeyi *vakit geçirmeksizin* tamamlayarak *alınan önlemi onaylayacak veya kaldıracaktır*.

V- ULUSLARARASI FAALİYETTE BULUNMA

Vakıfların uluslararası faaliyette bulunmasından maksat, Türkiye'de kurulmuş olan vakıfların yurt dışında faaliyette bulunmasının ve yabancı ülkelerde kurulmuş olan vakıfların Türkiye'de faaliyette bulunmasının hangi esas ve şartlara bağlandığı ve bu konudaki hukukî düzenlemenin nasıl yapıldığıdır.

Derneklerin uluslararası faaliyette bulunmaları konusu Önceki Medenî Kanunda ele alınmamış olmakla beraber, Önceki Dernekler Kanunu'nun 11 ve 12 nci maddelerinde düzenlenmişti. Aynı düzenleme yeni Dernekler Kanunu'nun 5 inci maddesinde de yer almaktadır. Buna karşılık, vakıfların uluslararası faaliyette bulunmalarına ilişkin ilk düzenleme ancak 8.6.1984 tarihli ve 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek m.3 hükmü ile getirilmiştir. Söz konusu Kararnameye 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesiyle eklenmiş olan bu ek madde, daha sonra 30.7.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 29 uncu maddesiyle değiştirildi.

Vakıfların uluslararası faaliyette bulunmalarıyla ilgili ikinci düzenleme, Medenî Kanun Tasarısının Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında 117 nci maddeye eklenen yeni bir fıkrayla[51] yapılmıştır. Bu yeni düzenleme 117 nci maddenin ikinci fıkrasında şöyle ifade edilmiştir: "*Derneklerin **uluslararası faaliyette bulunmalarına** ve üst kuruluşlar kurmalarına ilişkin hükümler kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanır*".

Ayrıca 27.2.2008 tarihli 5737 sayılı *Vakıflar Kanunu* da 25 inci maddesinde vakıfların uluslararası faaliyetlerde bulunmalarıyla ilgili şu ifadelere yer vermektedir.

"*Vakıflar; vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler.*

---

(51) Bk. **Em, A./Sözen, A./Yılmaz, Z./Kaçak, N.**: Açıklamalı-Gerekçeli Türk Medenî Kanunu ve Uygulama Kanunu, Ankara 2002, sh.70.

Vakıflar; yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir".

O halde vakıfların uluslararası faaliyette bulunmalarıyla ilgili yasal düzenlemeler, özel bir kanun olan Vakıflar Kanunu'nun 25 inci maddesi ile Medeni Kanun'un 117 inci maddesi uyarınca konunun Derneklerle ilgili uygulamalarını ortaya koyan ve VK. m. 25 ile örtüşen yine Medeni Kanun'un 91 ve 92 inci maddeleri ile Dernekler Kanunu'nun 5 inci ve hatta Dernekler Yönetmeliğinin de 21-25 inci maddeleridir.

Bu doğrultuda öncelikle **Türk vakıfları**, vakıf senetlerinde gösterilen amaçlarını gerçekleştirmek için uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler; yurtdışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler. Vakıflar Kanunu yabancı vakıfların Türkiye'de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilmeleri, şube açabilmeleri, üst kuruluşlar kurabilmeleri ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilmeleri hususunu ise ayrıca hükme bağlamamıştır. Ancak Medeni Kanun'un 92 inci maddesinde yer alan düzenlemeye, Dernekler Kanunu'nun 5 inci ve Dernekler Yönetmeliğinin 22 inci maddelerine paralel olarak, **yabancı vakıflar**, uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde, karşılıklı olmak koşulu ile Dışişleri Bakanlığının ve gerektiğinde ilgili diğer kurumların da görüşü alınmak suretiyle, Bakanlığın izniyle Türkiye'de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, üst kuruluşlar kurabilir, kurulmuş üst kuruluşlara katılabilir veya kurulmuş vakıflarla işbirliği yapabilirler.

Yabancı vakıflar, temsilcilik veya şube açma, üst kuruluş kurma, kurulan üst kuruluşlara katılma, kurulmuş vakıflarla işbirliği yapma ve Türkiye'de faaliyette bulunma ile ilgili başvurularını Bakanlığa, Yabancı Tüzel Kişilerin Türkiye'de Faaliyette Bulanabilmelerine İlişkin Başvuru Formu ve eklerini vererek yaparlar. Ayrıca, temsilcilik veya şube açma başvurularında faaliyette veya işbirliğinde bulunma başvurularında örnek statüdeki bilgileri ihtiva eden ana statünün de verilmesi zorunludur. (DY. m.23) Başvuru formu ve ekleri Bakanlıkça incelenir ve varsa eksiklikleri tamamlatılır. Dışişleri Bakanlığının ve gerektiğinde ilgili diğer

kurumların da konu ile ilgili görüşü alındıktan sonra, Bakanlıkça gerekli değerlendirme yapılır ve değerlendirmenin olumlu olması halinde, iznin türü, kapsamı ve süresi de kararda belirtilir. Temsilcilik ve şube açma, üst kuruluş kurma veya üst kuruluşlara katılma durumlarında *izin süresiz verilir*. Başvuru sonuçlandıktan sonra, başvuru sahibine ve form ve ekleri ile birlikte de ilgili valiliğe on gün içinde bildirilir. Süreli izinler ise en çok *beş yıldır*. Ancak, Bakanlık sürenin yetersiz olması halinde bu süreyi uzatabilir. Süre uzatımı talebi, sürenin dolmasından en az üç ay önce ve gerekçeli bir yazı ile yapılır. (DY.m.24)

Ülkemizde faaliyetlerine izin verilen yabancı vakıflar, her yılsonu itibariyle o yıl içerisindeki faaliyet ve harcamalarına ilişkin beyannameyi takip eden yılın Nisan ayı sonuna kadar vermekle mükelleftirler. Bu beyanname yabancı vakıfların temsilcilikleri veya şubeleri tarafından kütük numarasının kayıtlı olduğu valiliğe, faaliyet veya işbirliği izni verilen yabancı vakıfların yetkilileri tarafından ise yerleşim yerinin bulunduğu valiliğe verilir. Faaliyet veya işbirliği izinleri yıl içerisinde sona eren yabancı vakıflar ise beyannameyi izin süresi bitiminden itibaren iki ay içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu valiliğe verirler. Bu beyannameler elektronik ortamda da verilebilir. Ayrıca bu beyannameyi vermekle yükümlü olanlar Türkiye'deki her türlü faaliyetlerine ilişkin yazılı ve görsel yayınlarının bir örneğini, istenmesi durumunda kütük numarasının kayıtlı olduğu mülki idare amirliğine gönderirler. (DY.m.25)

VI- ÜST KURULUŞLAR

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 25 inci maddesi açıkça vakıfların uluslararası faaliyete ve işbirliğinde bulunabilmelerine ve üst kuruluşlar kurabilmelerine imkân vermektedir. Derneklerin üst kuruluş kurmalarına ilişkin hükümler kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanacağına göre (MK. m.117/II), derneklerde olduğu gibi, vakıflarda da üst kuruluş olarak i k i kuruluş söz konusu olabilecektir.

A) FEDERASYON

Federasyon, kuruluş amaçları aynı olan *en az b e ş vakfın,* amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle kurulur. Her federasyonun bir vakıf senedinin ya da kuruluş belgesinin bulunması zorunludur. Federasyon, yerleşim yerindeki asliye mahkemesinde tutulan sicile tescil edilmekle tüzel kişilik kazanır. Tescil için başvurulan asliye

mahkemesi, evrak üzerinde ve gerekirse ilgilileri de dinlemek suretiyle inceleme yaparak, federasyonun tesciline karar verir. Mahkeme, federasyonun kurulması için gerekli ve zorunlu şartların mevcut olup olmadığını, vakıf senedinde ya da kuruluş belgesinde noksanlık veya kanuna aykırılık bulunup bulunmadığını incelemeden tescil kararı vermez. Tesciline karar verilen federasyon, ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezî sicile de kaydedilerek Resmî Gazete ile ilân olunur.

B) KONFEDERASYON

Konfederasyon, kuruluş amaçları aynı olan *en az üç federasyonun,* amaçlarını gerçekleştirmek üzere üye sıfatıyla bir araya gelmeleri suretiyle kurulur. Her konfederasyonun bir vakıf senedinin ya da kuruluş belgesinin bulunması zorunludur. Konfederasyon, yerleşim yerindeki asliye mahkemesinde tutulan sicile tescil edilmekle tüzel kişilik kazanır. Tescil için başvurulan asliye mahkemesi yukarıda federasyonla ilgili olarak açıklanan incelemeden sonra tescil kararı verir. Tesciline karar verilen konfederasyon, ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezî sicile de kaydedilerek Resmî Gazete ile ilân olunur.

Federasyon ve konfederasyonlar temsilcilik dışında her ne ad altında olursa olsun, başka bir örgüt kuramazlar (DK. m.8/II).

VII- DİĞER HÜKÜMLER

Medenî Kanun'un "Vakıflar" başlıklı Üçüncü Bölümünün son maddesi olan 117 nci maddenin kenar başlığı "Diğer Hükümler"dir. Üç fıkradan oluşan bu maddenin her fıkrasında ayrı bir konu düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki, Tasarıda *"Zilyetlik ile kazanma yasağı"* kenar başlığını taşıyan tek fıkralık bu maddeye Adalet Komisyonunda iki fıkra daha eklenmiş ve kenar başlığı da *"Diğer hükümler"* olarak değiştirilmiştir[52].

Eklenen ikinci fıkra ile derneklerin uluslararası faaliyette bulunmalarına ve üst kuruluşlar kurmalarına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanması öngörülmüştür. Eklenen bu fıkra hükmüyle bir taraftan dernekler ile vakıflar arasındaki bir tür eşitsizlik giderilirken, öte yandan üst kuruluşlar oluşturmalarına imkân tanınmakla da Türk vakıflarının seslerini yurt içinde, fakat özellikle de yurt dışında daha kuvvetle duyurmaları sağlanmış olmaktadır.

---

(52) ibid.

Eklenen üçüncü fıkra ile de kamuya yararlı veya özel kanunlarla kurulan vakıflar hakkındaki özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

Maddenin *asıl birinci fıkrası* ise, vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla kazanma hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmekle vakıf mallarını koruma amacını gütmekte, bu yolla zilyetlik kazanmayı yasaklamaktadır.

VIII- YURT DIŞINDAN YARDIM ALMA

Vakıfların yurtdışından yardım almaları Vakıflar Kanunu'nun 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında şu ifadelerle düzenlenmektedir:

"Vakıflar; yurtiçi ve yurtdışındaki, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurtiçi ve yurtdışındaki benzer amaçlı, vakıf ve derneklere ayni ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurtdışından alınması veya yurtdışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir".

Buna göre Dernekler Yönetmeliğinin 18 inci maddesine göre, faaliyet izni verilen vakıflar mülkî idare amirliğince önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynî ve nakdî yardım alabilirler. Nakdî yardımların bankalar aracılığıyla alınması ve kullanılmadan önce bildirim şartının yerine getirilmesi zorunludur. Bu vakıfların şube ve temsilciliklerin genel merkezinden aldığı paralar da aynı usulle bildirime tabidir. Yurt dışından yardım alan vakıflara ait bildirimin bir örneği de bilgi için Vakıflar Genel Müdürlüğüne gönderilir.

IX- GETİRİLEN YASAKLAR

Dernekler ile vakıflara 29.1.2004 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair Kanunla birtakım yasaklar getirilmiştir. Bunları kısaca şöyle sıralayabiliriz:

a) Vakıflar, kamu kurum ve kuruluşlarının ismini alamaz, bu kurum ve kuruluşların hizmet binaları ve eklentileri içinde faaliyet gösteremez ve bu kuruluşlara ait araç ve gereci kullanamaz.

b) Vakıflar, kamu kurum ve kuruluşlarının sundukları hizmetlerle ilgili olarak gerçek ve tüzel kişilerden ücret, bağış, katkı payı ve benzeri adlar altında herhangi bir karşılık alamaz.

c) Kamu hizmetlerinde kullanılan araç, gereç, evrak, form ve benzeri malzemenin, bu Kanun kapsamındaki vakıflardan temin edilmesi istenemez.

d) Kamu görevlileri görev unvanlarını kullanarak vakıf organlarında görev alamaz.

e) Vakıfların yardım toplama ve bağış kabul hizmetlerinde kamu görevlileri çalıştırılamaz.

§ 5. VAKFIN SONA ERMESİ

I- SONA ERME SEBEPLERİ

Vakıflar, bizzat kendi kararlarıyla sona erme hâli dışında, tüzel kişileri ortadan kaldıran sebeplerle sona ererler.

Dernekler ile şirketlerin aksine vakıflar, varlıklarının sona ermesine kendi iradeleriyle karar veremezler. Çünkü bu yolla sona erme vakfın mahiyetine uymadığı gibi, vakfın zorunlu organı olan yönetim organının ve hatta bizzat vakfı kurmuş olan kişinin (vakfedenin) dahi vakfın sona ermesine karar verme yetkileri yoktur. Mamafih vakfeden, vakıf kurarken vakfın sona ermesini gerektirecek sebepleri veya vakfın süresini vakıf senedinde belirtmiş olabilir; çünkü buna hakkı vardır.

A) KENDİLİĞİNDEN SONA ERME: D A Ğ I L M A

Vakfın kendiliğinden sona ermesi ya da dağılması, hiçbir karara gerek olmaksızın kişiliğinin (varlığının) kanundan ötürü ortadan kalkması demektir. Medenî Kanun kendiliğinden sona erme sebeplerinden sadece birisini düzenlemiştir. Bu da, *vakfın amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmiş olmasıdır* (m.116/I).

Bu durumun dışında bir vakıf, vakıftan yararlanmaları öngörülmüş olanların tamamının ölmüş veya kuruluş amacının gerçekleşmiş olması yahut aciz (ödeme güçsüzlüğü) hâline düşmüş bulunması hâllerinde de kendiliğinden ortadan kalkmış olur.

1) Amacın Gerçekleşmesinin İmkânsızlığı

Buna *"objektif imkânsızlık"* da denilmektedir. Bu durum, özellikle amacın hâl ve şartlarda meydana gelen değişiklikler dolayısıyla anlamını ve kapsamını tamamen kaybetmiş olması hâlidir. Örneğin kanser

hastalığına karşı aşı bulunması amacıyla kurulmuş olan bir vakıf, bir süre sonra bu hastalığın aşısının bir başka kuruluş veya vakıf tarafından bulunması durumunda, amacını tam anlamıyla kaybetmiş ve dolayısıyla da vakfın kuruluş amacı anlamsız hâle gelmiş olur. Bu durumda çoğunlukla *vakfın amacının değiştirilmesi yoluna gitmek*, örneğin vakfın amacını AIDS aşısının bulunması şekline dönüştürmek gerekecektir. Eğer amacın değiştirilmesi mümkün olmazsa, ancak o zaman MK. m.116/I hükmü uyarınca vakfın ortadan kalkmış olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda vakıf, mahkeme kararıyla sicilden silinir.

2) Aciz Hâline Düşmüş Olma

Vakfın malvarlığı amacın gerçekleştirilmesine veya örgütün devam etmesine yetmiyorsa, bu durumda örgütün değiştirilmesi, amacın kapsamının sınırlanması, yani değiştirilmesi yoluna gidilerek vakfın ayakta kalması sağlanır. Bu itibarla denetim makamının veya yönetim organının bunları mahkemeye önermesi gerekir. Eğer amaç ve örgüt değiştirilemiyorsa veya vakıf mevcut borçlarını tamamen ödeyemeyecek hâle gelmişse, o zaman MK. m.116/I hükmü kıyas yoluyla uygulanarak vakıf kendiliğinden dağılmış sayılmalıdır.

3) Sürenin Dolmuş Olması

Vakfı kuran kişi, kuruluş sırasında bu vakfın belli bir süre faaliyette bulunmasını arzulamış olabilir ve bu arzusunu süreyi göstermek suretiyle vakıf senedinde belirtmiş bulunabilir. Vakıf kuranın (vakfedenin) vakıf senedine bu yolda bir kayıt koyma hakkına sahip bulunduğu genellikle kabul edilmektedir.

Pek ender olmakla birlikte, vakfeden tarafından belirli bir süre için kurulmuş olan bir vakıf, bu sürenin dolmasıyla kendiliğinden ortadan kalkmış olur.

4) Üst Kuruluşlarda Üye Sayısının Azalması

Üye sayısının azalması sebebiyle kendiliğinden sona erme hâli, üyeliğin söz konusu olabildiği üst kuruluşlarda, yani federasyon ve konfederasyonlar hakkında geçerli olur. Nitekim Dernekler Kanunu'nun kıyas yoluyla uygulanması öngörülen 8 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, "*federasyonların üye sayısının beşten ve konfederasyonların üye sayısının üçten aşağı düştüğü ve bu durum üç ay içinde giderilmediği takdirde haklarında kendiliğinden sona erme hükümleri uygulanır*".

B) MAHKEME KARARIYLA SONA ERME: DAĞITILMA

MK. m.101/I hükmü uyarınca "Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz".

Kurulmuş olan bir vakfın yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu sonradan anlaşılırsa veya amacı sonradan yasaklanmış olan vakfın yasaklanan amacının değiştirilmesine imkân bulunmazsa, vakıf denetim makamının veya C.savcısının başvurusu üzerine duruşma yapılarak mahkemece dağıtılır (MK. m.116/II).

Bir vakfın amacı sonradan bu hâle geldiği takdirde, fikrimizce denetim makamı ve C. savcısının yanında her ilgiliye mahkemeye başvurarak vakfın dağıtılmasına karar verilmesini isteme hakkı tanınmalıdır.

Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair 5072 sayılı Kanun'un vakıflara getirdiği yasakları yukarıda açıklamıştık. Bu Kanunun 3 üncü maddesi ile geçici birinci maddesi bu yasaklara uymamanın yaptırımını düzenlemektedirler.

Kanunun üçüncü maddesine göre, "vakıf senedi bu Kanun'a aykırı olan veya bu Kanun'a aykırı işlemleri tespit edilen vakıflar, genel hükümlere göre *kapatılırlar*, yani mahkeme kararıyla kişiliklerine son verilir.

Üçüncü madde ise, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş vakıfların, kanunun yürürlüğe girdiği tarihi izleyen *altı ay içinde* vakıf senetlerini bu kanun hükümlerine uygun hâle getirmelerini emrediyor. Bu vakıflar vakıf senetlerini öngörülen süre içinde bu kanuna uygun hâle getirmezlerse veya bu kanuna aykırı işlemlerde bulundukları tespit edilirse, genel hükümlere göre kapatılırlar, yani yukarıda olduğu gibi kişiliklerine mahkeme kararıyla son verilir.

II- TASFİYE VE MALLARIN ÖZGÜLENMESİ

Vakfın sona ermesi hâlinde, ortaya malvarlığının tasfiyesi ve arta kalan net (safi) malvarlığının özgülenmesi (tahsisi) konusu çıkar.

Yeni Medenî Kanun tüzel kişilerin malvarlıklarının tasfiyesini 53 üncü, net malvarlığının özgülenmesini ise 54 üncü maddelerinde düzenlemiştir. Tasfiyenin nasıl yapılacağı hakkında daha önce tüzel kişilerin sona ermesinin hukukî sonuçları bahsinde geniş açıklamalarda bulunduğumuz

için, aynı şeyleri burada bir kez daha tekrar etmek istemiyoruz.

Tasfiye işlemi sonucunda vakfın malvarlığında herhangi bir mal veya para kalacak olursa, bunların özgülenmesi, MK. m.54 hükmü uyarınca yapılır.

Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları İle İlişkilerine Dair 5072 sayılı Kanun'un 3 üncü ve geçici birinci maddesi uyarınca mahkemece kapatılmalarına karar verilen vakıfların malları Vakıflar Genel Müdürlüğüne intikal eder.

III- SONA ERMENİN TESCİL VE İLÂNI

Vakfın sona ermesi hâlinde eğer sona eriş, amacın gerçekleşmesinin imkânsızlaşması sebebine dayanıyorsa, vakıf mahkeme kararıyla sicilden silinir (MK. m.116/I).

Eğer vakfın kişiliği asliye mahkemesinin kararıyla dağıtılmak suretiyle sona ermişse, durum mahkeme siciline tescil edilir.

ARAMA CETVELLERİ

I- MADDELERE GÖRE ARAMA CETVELİ

A) İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	237	10	667
2	237, 272, 667	13	667
4	237, 272	21	509, 569
5	667	22	509, 569
6	237, 272	33	667

B) TÜRK MEVZUATI [1] T.C. ANAYASASI

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
7	8, 136	115	8
10	19, 24, 272	123	535
12	343	124	8
17	348, 360, 363, 383	127	520
28	387	130	520
32	413, 417	131	520
33	534,569, 570, 579, 629,	133	520
	632, 644, 658	135	520
41	272	138	77
76	282	152	105
82	618, 622	176	54
91	8		

BASIN KANUNU

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
13	415	18	415
14	414		

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU (CMK.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
13	443	62	391
24	462	70	462
45	462	218	491
46	391		

---

[1] Kanun isimlerine göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

DERNEKLER KANUNU (D.K.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	569, 570	19	571, 623
2	525, 526, 528, 565, 586, 588, 625	20	571, 645
		21	571, 646
3	569, 578, 579, 589, 629, 630	22	546, 554, 571, 647
		23	571, 619, 621
4	422, 450, 544, 550, 551, 562, 580, 581, 582, 589, 591, 602, 604, 625, 629, 630, 632, 642	24	571, 625
		25	571, 647
		26	594
		27	598, 600
5	538, 596, 597, 625, 699, 700	27/A	600
		28	582
7	571, 616, 623	29	582, 592, 657
8	571, 626, 652	30	588, 591, 657
9	622	31	592
10	571, 645, 646	32	616, 657, 658
11	571	34	573
12	571, 646	36	573
15	562, 659	49	557
16	571	50	599
17	583, 655	58	580
18	658		

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
11	420	18	348
13	348	19	392
14	348	86	391, 392

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
6	443	200	224, 218
8	446	201	224
14	451	204	220, 222, 223
34	462	247	462
36	462	250	391
46	104	272	462, 391
187	197, 206, 207	308	201
198	143	833	213
199	218		

İCRA VE İFLÂS KANUNU (İİK.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
50	443	191	284
154	443	278	684

KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU

Madde	Sayfa
85	406

KÖY KANUNU

Madde	Sayfa
87	278

NOTERLİK KANUNU (Not. K.)

Madde	Sayfa
48	222

NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU (NHK.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
3	474, 475, 476,	30	478
4	476	31	481
5	475, 476, 477	33	481
6	476	34	482
7	420, 477	35	491
15	479, 480	36	431, 491, 492
16	479	37	493
18	480	39	492
19	425, 477, 478, 480	40	493
20	477	43	485
23	482, 483	44	485
25	483	45	486
27	482	46	487
28	478	47	487
29	478		

NÜFUS PLÂNLAMASI HAKKINDA KANUN

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
4	367, 368	6	367, 368
5	368		

ORGAN VE DOKU ALINMASI–SAKLANMASI VE NAKLİ HAKKINDA KANUN

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
2	366	8	366
3	366	10	367
4	367, 368	11	367
5	367, 368	12	367
6	366, 367, 368	14	367
7	366		

RADYO VE TELEVİZYONLARIN KURULUŞ VE YAYIN HİZMETLERİ HAKKINDA KANUN

Madde	Sayfa
18	416

TABABET VE ŞUABATI SANATLARININ TARZI İCRASINA DAİR KANUN

Madde	Sayfa
70	365

TAPU KANUNU (Tap. K.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
26	220	35	278

TEBLİGAT KANUNU

Madde	Sayfa
10	443

SOYADI KANUNU (Soy. K.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	419	6	430
2	419	7	420
3	424	25	418
4	424	26	418
5	424		

TÜRK CEZA KANUNU (TCK.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
25	351, 403, 417	86	353
53	277	125	353, 386
81	353, 360, 383, 466	130	231
82	463	132	353
84	361	231	463

TURİZMİ TEŞVİK KANUNU

Madde	Sayfa
8	279

TÜRK KANUNU MEDENÎSİ (ÖNCEKİ MEDENİ KANUN)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
2	149, 166, 183, 184, 185	126	426
3	149, 153, 166	141	426
4	145, 146	142	143
6	199	144	136, 139
9	280	150	335
23	369, 370	153	426
24	395, 399	169	334
24a	395, 399, 412	173	334
29	494, 495	257	427
37	497	258	468
45	525, 539	293	125
53	525, 538, 539, 540, 567, 580, 587	294	125
		295	125
54	593, 643	303	125
57	602, 621	304	70
60	637	309	61
61	602	310	125
67	621	312	70
73	664	322	664
74	679	410	497
77A	672	440	69, 98
80	672, 673	443	683, 684
85	412	453	679, 680
88	11, 91	633	133
94	261, 262	634	133
112	98	656	192
120	132	917	498
121	467		

TÜRK MEDENİ KANUNU (MK.)

Madde	Sayfa
1	73, 76, 81, 112, 120, 128, 129, 131, 135, 143, 213
1/II	115, 119, 130, 137
2	10, 65, 73, 76, 128, 149, 163, 165, 168, 169, 170, 171, 177, 178, 181, 189, 193, 314, 315, 325, 388, 604
2/I	314
3	73, 76, 149, 160, 161, 209, 210
4	73, 76, 128, 141, 142, 143, 146, 213, 312, 383
5	72, 73, 74, 76
6	60, 73, 76, 161, 198, 199, 202, 204, 205, 214, 254
7	60, 73, 76, 209, 210, 221, 222, 223, 224, 243, 248, 474, 486, 488
8	19, 23, 62, 100, 232, 237, 268, 269, 271, 272, 273, 279, 316, 349, 371, 471
9	216, 233, 280, 282, 548
10	216, 280, 294, 302
11	111, 295, 296
12	274, 297, 298, 299, 325
13	210, 286, 287, 288, 289, 292, 293, 294, 303
14	109, 274, 286
15	57, 286, 292, 303, 304, 306, 308, 309, 310, 314, 315
16	274, 286, 315, 316, 320, 325, 328, 329
17	453, 454, 456, 458
18	247, 453, 464, 466
19	111, 440, 444, 445, 451
20	208, 447, 449, 451
21	447, 448, 449
22	446
23	16, 64, 100, 109, 122, 232, 234, 273, 343, 345, 350, 354, 355, 357, 358, 359, 361, 362, 363, 364, 368, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 381, 434, 543, 632
24	122, 231, 234, 345, 350, 354, 355, 362, 380, 381, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 395, 398, 400, 403, 543
25	234, 345, 350, 354, 355, 356, 380, 381, 382, 384, 392, 396, 399, 404, 408, 412, 417, 433, 436, 543
26	233, 345, 356, 398, 419, 427, 431, 433, 434, 436
26/II	431
27	142, 356, 419, 423, 427, 429, 430, 431, 432
28	238, 241, 244, 245
29	209, 210, 243, 248, 249, 250
30	243, 487
31	210, 250, 254, 258, 442
32	210, 254, 256, 257
33	256, 257, 258
34	258
35	258, 259, 261, 263
36	248, 474, 484
37	220, 473, 474, 497
38	498
39	430, 484, 490
40	275, 493, 494, 495
41	475, 479
42	488, 492

Madde	Sayfa
43	475, 481
44	251, 481
45	258, 481
45/I	57
47	10, 65, 232, 530, 588, 654
48	232, 422, 440, 541, 544, 545, 547
49	233, 548
50	551, 554
51	449
52	557, 559
53	559, 560, 562, 575
54	557, 559, 561, 562
55	518, 519, 529, 672
56	111, 524, 525, 528, 529, 565, 576, 586, 588, 589, 661
57	103, 569, 574, 576, 579
58	450, 544, 550, 573, 574, 580, 581, 602
59	507, 537, 538, 539, 540, 574, 575, 580, 582
60	582, 583, 584, 600, 607, 655, 658
61	574
62	574, 606
63	570, 574, 629, 631
64	103, 629, 631
65	632
66	574, 590, 632, 636, 639
67	543, 633, 634, 635
68	460, 574, 613, 615, 618, 636, 638
69	460, 613, 615, 628, 637
70	544, 574, 628, 636, 641, 642
71	544, 642
72	551, 574, 601, 602, 603, 621
73	603, 605, 638
74	574, 606, 607, 654
75	607, 608, 622, 641
76	615
77	606, 609, 612
78	610, 611, 626, 652, 653
79	612, 613, 641
80	606, 634
81	584, 653
82	460, 574, 615, 639
83	574, 590, 616, 638, 639, 640
84	604, 605, 618, 650, 651
85	619
86	604, 605, 621
87	558, 607, 619, 649, 650 651, 652
88	518, 558, 653
89	558, 654, 658
90	591, 644, 655
91	595, 597, 625
92	538, 596, 597, 657, 700
93	628, 630
94	623, 624
95	623, 625
96	626
97	626
98	626
101	111, 543, 661, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 676, 677
102	219, 220, 507, 537, 668, 677, 678, 680, 681
103	681, 682
104	679, 680, 681
105	682
106	423, 450, 677
107	690, 693.
108	684
109	551, 685, 686, 690
110	123, 674, 675
111	672, 673, 686, 690, 691

Madde	Sayfa
112	688, 692, 693, 694, 695
113	688, 693, 696, 697
114	688
115	57, 698
116	558, 651, 693, 695
117	700, 701
118	111, 316, 319, 326
119	376
120	404
121	412
124	62, 274, 296, 316, 326
125	319
126	326
127	326
128	144, 325
129	10, 123, 127, 247, 460, 466, 467
130	108, 157, 248,
131	262
132	277
133	278, 306
134	62
141	62
144	475
145	108, 157, 210, 278, 460, 466, 468
147	157, 311
148	304, 311
152	208
153	132, 208
156	310, 464
157	133, 159, 297, 311
158	133, 311
160	133
161	62
163	278
166	142
168	60, 129, 132, 442
173	426, 429
175	471
176	172

Madde	Sayfa
182	122
184	60, 197, 335
185	10, 62, 471
187	277, 419, 425
188	168, 179
189	168
190	152, 160, 190
194	335, 336
195	64
199	335
201	129
205	219
206	190
213	112
219	111
222	209
223	335
245	209
258	57, 58
263	335
265	335
271	58
282	448, 453, 489
283	442
284	60, 385
285	209, 210, 216, 244
286	212, 277, 317, 473
295	219, 277, 453, 454, 472
301	453, 454, 472
302	209, 244
303	245
304	404
305	467
306	275
307	275, 428
308	326
309	58, 319
314	419, 425, 427, 467
315	463
316	427, 453
317	469

Madde	Sayfa
318	469
321	419, 423, 425
335	62, 301, 321, 472
337	448
339	10, 179, 419, 423
340	10
341	275, 376
343	326
344	324
348	190, 246
357	324
359	324
364	10, 461, 468, 472
367	90
369	404
372	672
393	275
397	275
399	466
400	461, 466
404	300, 321
405	300, 301, 320, 321
406	278, 301
407	301
408	372
410	152, 321
411	442
412	448
413	301
414	462, 466
418	278
419	301
427	238, 245, 260, 687
429	300, 336, 337, 578
448	338
449	276, 332, 333, 668
450	276
451	326, 329, 330
452/II	331, 332
453	324
454	276
461	325
462	448
463	299
470	297
475	371
483	190
487	57
493	58
495	62, 64, 249, 263, 461, 472
496	461
497	461
498	279
500	468
501	542
502	64, 275, 319, 668
503	275, 319
505	462
506	462, 468, 683
507	247
512	206, 220
513	246
514	316
515	663
516	110, 263
517	110
525	244
531	678
532	219, 678
536	278, 462
537	311
538	678
539	678
545	219
550	543
559	159, 311
560	684
565	12
566	159
575	238, 246, 261
576	442
580	248, 249

Madde	Sayfa
582	238, 244
583	244, 246
584	254, 259, 263, 264
585	266
586	256, 258, 260, 264
588	257, 258, 260
593	284
599	238, 247
605	210
632	284, 560
634	560
635	561
636	561
637	266
639	158, 266
643	245, 246
650	90, 94
653	90, 94
674	12
675	12
683	64
684	90, 94, 112
686	90, 94
705	74, 133, 148, 156
706	74, 122, 123, 133, 219
712	74, 154, 160
713	74
718	64
721	209, 210
724	154
730	64, 190, 192, 314
733	220
737	64, 94
753	64, 148, 154
763	148, 154
764	220
766	144
775	154, 313
776	313
777	154, 160
781	219
840	219
856	219
869	376
912	220
939	155, 157
940	220
950	157
985	209, 210, 211
986	209, 211
988	155, 160
989	154, 158, 162, 166, 167
990	155
991	156
993	159, 266
994	159
995	159, 266
996	266
997	221, 266
1006	156
1007	156
1020	152, 156, 208, 211
1021	156, 220
1022	156
1023	156, 157, 160
1024	122
1025	122
1028	95, 101
1029	95

TÜRK BORÇLAR KANUNU (BK.)

Madde	Sayfa
1	175
2	174
12	16
13	685
19	170
26	10, 16, 64, 303, 349, 350, 355, 358
27	10, 16, 108, 109, 273, 303, 350, 355, 358, 359, 360, 374
28	10
34	190
35	160
37	57
39	208,211
44	160
49	10, 57, 187, 206, 282, 305, 360, 403, 404, 405
50	144, 206
52	144, 360
53	247, 355, 360, 384, 405
54	384, 405
56	144, 384, 409, 410
57	393. 394
58	144, 350, 355, 382, 383, 384, 389, 396, 403, 408, 409, 410, 436, 437
63	351, 403
64	144
64/I	417
65	305, 312, 311, 406
59	294, 312
66	313, 406, 551
67	313, 406
69	314, 406
77	58
78	10
80	159
83	111
84	111
85	111
86	111
89	109, 111, 442
90	111
91	111
92	111
99	111
101	111
102	111
104	110, 211
112	206
114	312
129	324
133	11, 195
160	376
167	211
173	144
177	90
183	144, 159
186	159
189	209
195	209
207	90, 165, 174, 323
210	90, 323
211	90, 323
231	58
232	323
237	216, 220
246	133
251	90

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
257	314	409	144
279	90	413	90
285	323	417	123
287	323	435	144, 193
288	220	437	144, 193
290	323, 663	444	332, 377, 378
292	256	445	64
296	172	472	90
299	155	498	90
314	90, 172	500	144
323	144	504	144
344	144	512	193
349	144	513	144
355	144	517	311
362	90	524	195
365	279	526	129
368	90	528	195
376	90	549	452
379	155	561	155
380	165	582	311
387	109, 216	583	108, 202, 216
390	172	604	195
394	174	612	220
398	64	620	530
399	64	640	374
406	144	644	195

TÜRK TİCARET KANUNU (TK.)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	89	285	450
2	12, 86	304	531
16	522, 524, 593	317	537, 328, 557
24	221	329	531
39	421, 423	333	353
40	443, 593	339	443, 450
41	423, 429	354	443, 450, 536
48	452	355	536
49	432, 433	359	551
51	433, 434	371	548
52	433, 434	415	551
53	422, 429	522	674
54	393, 394	529	518, 557, 650
55	437	533	559
56	397, 398, 417	553	443
124	524, 530	564	531
125	530, 548	566	537, 561
126	529, 530	574	566
128	544	576	450
211	450	588	536
215	443	622	551
232	537	636	557
243	518, 557	671	442
253	566	776	442
255	543	780	442
269	558, 559	1031	221

UMUMÎ HIFZISSIHHA KANUNU (UHK.)

Madde	Sayfa
90	363

TÜRK MEDENİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜĞÜ VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUN

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	96	12	100
2	100	16	100
3	99	17	97, 99
4	98	18	97, 99
5	97, 100	19	97
9	97, 98, 100		

VAKIFLAR KANUNU

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
10	689	25	699, 700, 701
14	696	33	691

C) YABANCI MEVZUAT ALMAN MEDENÎ KANUNU (BGB)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
1	237	157	169
2	295	187	295
7	451	226	181, 183
21	506, 526, 537	331	243
22	526,	823	342, 380
33	590	824	380
40	574	826	342
55	506	844	243
80	507, 534, 659	1589	453
104	283, 286, 308, 320	1912	243
105	308	1923	243
107	323		

FRANSIZ MEDENÎ KANUNU (CC)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
2	96	477	299
7	237	488	295
8	271	725	242, 243
11	271	906	242, 243
14	271	1123	286
125	261	1134	169
388	295	1382	180
476	296	1832	526

İSVİÇRE MEDENÎ KANUNU (ZGB)

Madde	Sayfa	Madde	Sayfa
2	58, 183	60	507, 580
5	92	70	636
8	212	81	537, 678
12	280	144	129, 132
14	295	160	425
16	287	282	58
27	343	305	59
28	343	322	58
29	436	437	59
39	484	467	59
42	497	481	59
43	489	513	58
46	497	657	59
52	59, 678	940	59
57	58		

II- KAVRAMLARA GÖRE ARAMA CETVELİ

A

Ad; 418
Ad türleri; 419
Adalet; 146,
Âdet Kuralları; 8, 11
Âdi Karineler; 208
Adi şirket; 530
Adın değiştirilmesi; 428
Adın kazanılması; 423
Adın korunması; 433 vd.
Adres paylaşım sistemi; 486
Ahlâk kuralları; 6, 9
Ahvali Şahsiye Komisyonu; 42 vd.
Aile Hukuku; 28
Aile kütüğü; 477
Aile vakfı; 664, 672
Akıl hastalığı; 290
Akıl zayıflığı; 290
Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı; 301
Âli Paşa; 40
Alman Medenî Kanunu; 34, 515
Alman Müşterek Hukuku; 26
Altsoy; 455
Amacın değiştirilmesi; 589, 695
Amaç; 508, 586 vd.
Amaçsal yorum; 124
Anayasa Hukuku; 17
Anonim şirket; 531
Arazi Kanunnamesi; 24, 39
Ayırt etme gücü; 286 vd.
Aynî hak; 154
Azınlık hakları; 640

B

Babalık karinesi; 210
Bağışlama sözleşmesi; 323
Başlangıç hükümleri; 73, 75 vd.
Bedel karşılığı geri verme; 158
Bilgisizlik veya yanlış bilgi; 151
Bilimsel görüşler (içtihatlar); 138
Bilimsel yorum; 115
Bireysel kişi; 240
Birlikte ölüm karinesi; 208, 248
Boşanma kütüğü; 483

C-Ç

Cenin; 243
Ceninin hukukî durumu; 243
Ceset; 247
Cesedin hukukî durumu; 247
Cevdet Paşa; 40
Ceza Hukuku; 18
Cinsiyet değiştirme; 493
Clausula rebus sic stantibus; 172, 173 vd.
Code Civil; 27
Collegia; 503
Culpa in contrahendo; 331
Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; 84
Çalıştırılanlara ve işçilere yardım vakıfları; 673

D

Dağılma; 649, 704
Dağıtılma; 653, 706
Dava ehliyeti; 285, 333
Dava hakkı; 195
Def'i ileri sürme; 202
Delil bk. kanıt; 197
Denetim kurulu; 621
Denetim makamı; 690 vd.
Derneğin kuruluşu; 575 vd.
Derneğin organları; 602
Derneğin örgütü; 601
Derneğin sona ermesi; 648 vd.

Dernekler Kanunu; 573
Dernekler; 565 vd.
Kurucular; 575
Kurucuların ehliyeti; 576
Dernek kurma iradesi; 579
Derneklerde amaç; 586
Manevî amaçlar; 586
Yasak amaçlar; 588
Derneklerde konu; 590
Yasaklanmış konular; 591
İzne bağlı konular; 592
Dernek üyeliği; 627
Asıl üyelik; 628
Onursal üyelik; 628
Üyeliğe giriş; 629
Üyelikten çıkış; 631
Dernekleri düzenleyen kurallar; 567
Dernekten çıkarılma (azil); 633
Dernekten çıkma (istifa); 632
Devletler Hukuku; 18
Devletler Özel Hukuku; 20
Din kuralları; 5
Dinî vakıflar; 672
Dış hukuk;13
Doğal borçlar; 195
Doğal kişi; 240
Doğum kütüğü; 479
Doğum; 241 vd.
tam doğum; 241
sağ doğum; 241
Dünyevî ilişkiler; 6
Dürüst davranma; 163 vd.
Düzeltme ve cevap hakkı; 413

E

Ehliyetler; 233
Emredici hukuk kuralları; 108
Ergin kılınma; 297
Ergin kılınmanın şartları; 297
Erginlik; 294
normal erginlik; 294
erken erginlik; 296
Eski hâlin iadesi davası; 191
Eşya Hukuku; 29
Eugen Huber; 36 vd.
Evlenme kütüğü; 482
Evleviyetle uygulama; 123

F

Faaliyetten geçici alı koyma; 643
Federasyon; 626, 701
Fiil ehliyeti; 279 vd.
Fiil ehliyetinin içeriği; 282
Hukukî işlem ehliyeti; 283
Tasarruf ehliyeti; 283
Dava ehliyeti; 285,333
Haksız fiillerden sorumlu
olma ehliyeti; 284, 333, 566
Fiil ehliyetinin dereceleri; 301
Fiil ehliyetinin şartları; 285 vd.
Ayırt etme gücü; 286
Erginlik; 294
Kısıtlı olmamak; 300
Fizik kişi; 240
Fransız Medenî Kanunu; 34, 506

G

Gaibin evliliği; 259
Gaibin gelmesi; 265
Gaiplik kararı sistemi; 253
Gaiplik kararı; 252
Gaiplik kararının şartları; 255 vd.
Gaiplik karinesi; 252
Gelecekteki kişiler; 246 vd.
Genel kişilik hakkı; 344
Genel kurul; 604
Gerçek kişi kavramı; 237 vd.
Gerçeklik teorisi (realite nazariyesi); 524
Güven ilkesi; 171
Güvence aşaması; 260
Güvenceden kurtulma aşaması; 265

H

Hak ehliyeti; 229, 243, 267, 269 vd.
İçeriği; 269
Nitelikleri; 270
Genellik ilkesi; 271
Eşitlik ilkesi; 272
Sınırlanması; 273
Hak ehliyetinin sınırlanması; 273 vd.
Hâkimin hukuk yaratması; 133
Hâkimin kıyasa başvurması; 132
Hâkimin takdir yetkisi; 141
Hakkaniyet; 145
Hakkaniyet sorumluluğu; 312
Hakkın kazanılması (iktisabı); 147
Hakkın kötüye kullanımı; 177 vd.
Hakkın kötüye kullanımının yaptırımı; 189 vd.
Haklı savunma hakkı; 351, 403
Haklı savunma; 417
Haksız fiillerden sorumlu olma ehliyeti; 284, 333, 566
Hayat hakkı; 383
Hısımlığın türleri; 453
Hısımlık; 452 vd.
Üstsoy-altsoy hısımlığı; 455
Yansoy hısımlığı; 456
Hoş görülebilirlik; 151
Hukuk boşluğu; 131
Hukuka aykırı saldırı; 400, 403, 410
Hukukî işlem ehliyeti; 283
Hukuku Aile Kararnamesi; 42,
Hukuku doğuran kaynaklar; 80
Hukukun sistemi; 12
Hukukun uygulanması; 77
yer bakımından uygulanması; 78
zaman bakımından uygulanması; 79
anlam bakımdan uygulanması; 79
Hukuku bildiren kaynaklar; 80
Hükümsüz kararlar; 615
Hürriyet ve eşitlik ilkesi; 349

I-İ

Islahat Fermanı; 38
İç hukuk; 13
İçtihatları birleştirme kararları; 85
İdare Hukuku; 17
İhtiyati tedbirler aşaması; 260
İkrar etme; 201
İlliyet bağı; 407, 411
İlliyet sorumluluğu; 314
İnkâr etme; 200
İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; 270 vd.
İradî organlar; 563, 608, 683
İspat yükü; 195 vd.
İstem ve dava hakkı; 195
İş Hukuku; 18
İşletme adı; 422
İtirazda bulunma; 202
İyiniyet; 147 vd.,
İyiniyetin korunması sebepleri; 159
İyiniyetin mahiyeti; 160
İzin sistemi; 546
İzin; 328
Jus civile; 26, 27

K

Kabul etme; 202
Kabza yetki; 176
Kaçınma davası; 398
Kamu hukuku tüzel kişileri; 519
Kamu Hukuku; 13
Kamu iktisadî kuruluşları; 532
Kamuya yararlı vakıflar; 671
Kan dışı hısımlık; 463
Kamu yararına çalışan dernekler; 598
Kan hısımlığı; 454
Kan hısımlığında derece; 457
Kanıt serbestliği; 217
Kanıt; 197
Kanun boşlukları; 126
Kanuna karşı hile; 188
Kanunî fiksiyonlar; 208
Kanunî karine; 207

Kanunî karinenin türleri; 208
Kanunlaştırma; 31
Kanunun dili; 56
Kanunun evleviyetle uygulanması; 123
Kanunun özüyle uygulanması; 113
Kanunun sözüyle uygulanması; 112
Kanunun yorumlanması; 114
Karar yetersayısı; 614, 653
Karine; 207
Karşılıksız kazanma (ivazsız iktisap); 323
Kayın hısımlığı; 464
Kayıt düzeltme davası; 490
Kazanç paylaşma amacı; 528
Kazanılmamış (beklenen) haklar; 98
Kazanılmış (müktesep) haklar; 97
Kenar başlıkları; 53
Kesin karineler; 208
Kızılay Derneği; 600
Kimlik kartı; 480
Kimlik Paylaşım Sistemi; 484, 486
Kişi kavramı; 229 vd.
Kişi türleri; 230
Kişiler Hukuku; 28
Kişilerin ehliyetleri; 267 vd.
Kişiliği koruma yolları; 350
Kişiliğin içeriği; 233, 340
Kişiliğin korunması; 349
    içe karşı koruma; 356
    dışa karşı koruma; 379
    hak ehliyetini koruma; 370
    fiil ehliyetini koruma; 372
    hürriyeti koruma; 372
Kişilik (şahsiyet); 232
Kişilik hakkı kavramı; 339
Kişilik hakkının içeriği; 343
Kişilik hakkının mahiyeti; 347
Kişilik hakları; 233
Kişilik kavramı; 233, 339 vd.
Kişinin iktisadî varlıkları; 341
Kişinin maddî varlıkları; 340
Kişinin manevî varlıkları; 340
Kişisel durum sicili; 248, 473 vd.
Kişisel durum; 234, 471
Kişiye bağlı haklar; 315, 325
Klasik yorum teorisi; 117
Kollektif kişi; 240
Kollektif mülkiyet teorisi; 513
Kollektif şirket; 530
Komandit şirket; 531
Konfederasyon; 626, 702
Konut; 447
Kooperatif; 531
Korporasyon; 518
Korporatif (kişi topluluğu); 518
Kölelik; 238
Kurtuluş beyyinesi; 312
Kurum (müessese); 519
Kusur; 405, 410
Küçüğün serbest malları; 324
Kütüğe kaydolma; 601

L

Lâkap; 421
Limited şirket; 531

M

Maddî fiiler; 313
Maddî hukuk; 14
Maddî kişi; 240
Maddî olgular; 214
Maddî tazminat davası; 404, 436
Maddi yardım ve işbirliği; 645
Maddî yaptırım; 4, 87
Maddî zarar; 404
Mahlâs; 420
Mahmut Esat Bozkurt; 46
Mallara el koyma; 645
Malvarlığı hakları; 542
Malvarlığı Hukuku; 28
Manevî tazminat davası; 407, 436
Manevî yaptırım; 8
Mantıksal yorum; 121
Mâruf ve meşhur olgular; 206
Mecelle; 24, 39 vd.,
Medenî ölüm; 239
Medenî hukukun kaynakları; 79,
Medeni Hukukun Sistemi; 27
Medenî Kanunun nitelikleri; 61 vd.
    devrimci niteliği; 61
    ilerici ve modern niteliği; 63

lâik niteliği; 65
demokrat niteliği; 65
Medenî Kanunun uygulanması; 104 vd.
Medenî ölüm; 239
Miras Hukuku; 29
Mirasçılık; 461

Nısfet; 145, 146
Normatif sistem; 536
Normatif bildirim sistemi; 536
Normatif tescil sistemi; 536

Objektif ahlâk kuralları; 6
Onama (icazet); 328
Organ kavramı; 561

Ödemezlik def'i; 203
Ölüm; 246
Ölüm beyanı sistemi; 253
Ölüm karinesi; 250
Ölüm kütüğü; 481
Öngörmezlik (emprevizyon) teorisi; 174
Önleme davası; 435

Pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesi; 172 vd.
Pandekt Hukuku; 26, 33
Parantel; 461
Parmak Biyometri Verisi; 480, 481

Ratio legis; 168
Rekabet yasağı; 377
Resim üzerindeki hak; 391

Modern yorum teorisi; 118
Mutlak butlan; 332
Müddea; 196
Müstear ad; 420
Müsterek Hukuk; 26

N

Nüfus Hizmetleri Kanunu; 475
Nüfus Kütüğü; 473 vd.

O

Organ teorisi (uzuv nazariyesi); 518
Organ türleri; 550

Ö

Örf ve âdet hukuku; 85 vd.
Örf ve âdet hukukunun türleri; 93 vd.
Örf ve âdet hukukunun unsurları; 86
Öz ad; 423
Özel hukuk tüzel kişileri; 534
Özel Hukuk; 13
Özel kişilik hakları; 344
Özgüleme (tahsis); 561, 662

P

Personele yardım vakıfları; 673
Plâtform oluşturma; 647
Pozitif Hukuk; 12
Prusya Devletleri Genel Kanunu; 34, 66, 106

R

Resmî senetler; 219
Resmî siciller; 220

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası; 397
Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası; 398
Saldırıya son verme davası; 395
Sandık kurma; 646
Sarhoşluk; 291
Senet; 218
Serbest kuruluş sistemi; 549
Sicil (kütük) türleri; 475

Şeklî hukuk; 14

Tahsis ilkesi; 546
Tahvil (konversiyon); 175
Takdir yetkisi; 66, 141 vd.
Tam ehliyetliler; 303
Tam ehliyetsizler; 303
Tamamlayıcı hukuk kuralları; 110
Tanımlayıcı hukuk kuralları; 111
Tanzimat; 39 vd.
Taraf ehliyeti; 269, 555
Tasarruf ehliyeti; 283
Tasarruf yetkisi; 284
Tasfiye; 559
T.C.Kimlik Numarası; 486, 487
T.C.Kimlik kartları; 480
Teamül kuralları; 8
Tehlikenin önlenmesi davası; 191
Tek taraflı bağlamazlık; 330
Temsilcilik; 625
Tespit davası; 398, 434

Uluslararası faaliyetler; 594, 699
Üst kuruluşlar; 620, 701
Umumî kısım (genel hükümler); 73

S

Sınırlı ehliyetliler; 334
Sınırlı ehliyetsizler; 319
Sınırlı fiil ehliyetsizliği; 276
Sır çevresi; 390
Soyadı; 424
Soybağı; 279
Sözlü kanıt; 218
Sübjektif ahlâk kuralları; 7
Sözel yorum; 120

Ş

Şeref ve haysiyet; 368, 385

T

Tevdi edilmiş eşya; 155
Ticaret Hukuku; 20
Ticaret ünvanı; 421
Toplantı türleri; 607
Toplantı yetersayısı; 611, 653
Türk Kanunu Medenisi; 25, 49
Türk Medenî Kanununun hazırlanması ve kabulü; 43 vd.
Türk Medenî Kanununun özellikleri; 53 vd.
Tüzel kişi kavramı; 499 vd.
Tüzel kişilerin kuruluşu; 533 vd.
Tüzel kişilerin türleri; 518
Tüzel kişilerin ehliyetleri; 540 vd.
Hak ehliyeti; 540
Fiil ehliyeti; 548
Tüzel kişilerin sona ermesi; 556 vd.
Tüzel kişilik; 499
Tüzük; 580
Tüzükler; 82

U

Usul hükümleri; 60
Uyrukluk (Tâbiiyet); 21

Ü

Üstsoy; 455
Üstsoy-altsoy hısımlığı; 455
Üyelik hakları; 636 vd.
Üyelik ödevleri ve yaptırımı; 641 vd.
Üyelik sözleşmesi; 636
Üyelik türleri; 627
Üyeliğin sonuçları; 636 vd.

V

Vakfa itiraz; 682
    Saklı paylı mirasçıların itirazı; 684
    Alacaklıların itirazı; 684
Vakfeden; 668
Vakfın kişilik kazanması; 679 vd.
Vakfın kuruluşu; 668
Vakfın örgütü; 685
Vakfın sona ermesi; 698 vd.
Vakıf kurma iradesi; 677
Vakıf kurmaktan cayma; 685
Vakıflar; 661 vd.
Vakıflarda amacın değiştirilmesi; 695
Vakıflarda malların değiştirilmesi; 697
Vakıflarda örgütün değiştirilmesi; 694
Vakıflarda örgütün tamamlanması; 693
Vakıflarda üyelik; 666
Varsayım teorisi (fiksiyon nazariyesi); 511
Vatandaşlık; 20
Vekâletsiz iş görme davası; 412
Vergi Hukuku; 18

Y

Yansoy hısımlığı; 456
Yapay hısımlık; 466
Yaptırım; 4
Yargı kararları (içtihatları); 140
Yargılama Hukuku; 18
Yargısal yorum; 115
Yasak işlemler; 332
Yasal danışman; 337
Yasal temsil; 326, 327, 331
Yasama yorumu; 114
Yaş küçüklüğü; 290
Yazılı kanıt; 218
Yedek hukuk kuralları; 109
Yer değiştirme kütüğü; 483
Yerleşim yeri; 440 vd.
    İsteğe bağlı yerleşim yeri; 444
    Saymaca yerleşim yeri; 449
    Yasal yerleşim yeri; 447
Yerleşim yerinin tâbi olduğu ilkeler; 466 vd.
Yerleşim yerinin türleri; 444 vd.
Yorum metodları; 120 vd.
Yorum; 114 vd.
Yorumlayıcı hukuk kuralları; 110
Yönetim kurulu; 617
Yönetim organı; 686
Yönetmelikler; 84
Yurt içinde yardım alma; 645

Z

Zarar; 406, 411
Zarar görenin rızası; 401
Zıt kanıt; 122
Zorunlu organlar; 550, 602, 686

PROF. DR. TURGUT AKINTÜRK'ÜN YAYINLARI

TELİF:

A) KİTAPLAR:

1) **Die Kollektivgesellschaft im neuen türkischen Handelsrecht,** Würzburg 1958, VII+163.

2) **Satış Aktinde Hasarın İntikali,** Ankara 1966, XXVIII+220.

3) **Aile Hukuku Dersleri,** Ankara 1967, XL+414.

4) **Medenî Hukuk (Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku),** Ankara 1968, XXIV+210.

5) **Bankacılar İçin Medenî Hukuk ve Borçlar Hukuku Bilgisi,** Ankara 1969, XL+402.

6) **Müteselsil Borçluluk,** Ankara 1971, XX+250.

7) **Bankacılar İçin Medenî Hukuk Bilgisi.**
İkinci Bası, Ankara 1972. XXXIV+304.
Üçüncü Bası, Ankara 1974, XXXVI+309.
Dördüncü Bası, Ankara 1976, XXXIX+417.
Beşinci Bası, Ankara 1977, XLVIII+419.
Altıncı Bası, Ankara 1980, XLVIII+426.
Yedinci Bası, Ankara 1982, XLVIII+425.
Sekizinci Bası, Ankara 1985, LII+424.

8) **Bankacılar İçin Borçlar Hukuku Bilgisi.**
İkinci Bası, Ankara 1972, XXVIII+247.
Üçüncü Bası, Ankara 1975, XL+250.
Dördüncü Bası, Ankara 1978, XL+315.
Beşinci Bası, Ankara 1980, XL+340.
Altıncı Bası, Ankara 1982, XLII+332.
Yedinci Bası, Ankara 1985, XLIV+336.

9) **Aile Hukuku,** İkinci Bası, Ankara 1975, XLII+460.
Üçüncü Bası, Ankara 1978, XLVI+460.
Dördüncü Bası, Ankara 1996, LII+542.

10) **Temel Hukuk,** Ankara 1976, 149. (Yay- Kur Yayını).

İkinci Bası, Ankara 1977, 183.

Üçüncü Bası, Ankara 1978, 183.

11) **Temel Hukuk,** Ankara 1983, 6 fasikül, 385, (Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını).

İkinci Bası, Ankara 1984, 4 fasikül, 387.

Üçüncü Bası, Ankara 1984, 4 fasikül, 387.

Dördüncü Bası, Ankara 1985, 3 fasikül, 386.

Beşinci Bası, Ankara 1986, 3 fasikül 390.

Altıncı Bası, Ankara 1987, 3 fasikül, 384.

Yedinci Bası, Eskişehir 1988, 2 fasikül, 383.

Sekizinci Bası, Eskişehir 1989, 2 fasikül, 383.

Dokuzuncu Bası, Eskişehir 1990, 2 fasikül, 383.

Onuncu Bası, Eskişehir 1991, 2 fasikül, 383.

Onbirinci Bası, Eskişehir 1992, 2 fasikül, 383.

Onikinci Bası, Eskişehir 1993, 2 fasikül, 383.

Onüçüncü Bası, Eskişehir 1994, 2 fasikül, 383.

Ondördüncü Bası, Eskişehir 1995, 2 fasikül, 383.

Onbeşinci Bası, Eskişehir 1996, 2 fasikül, 383.

12) **Medenî Hukuk**

Birinci Bası, Ankara 1986, XXXII+384.

İkinci Bası, Ankara 1988, XXXIV+388.

Üçüncü Bası, Ankara 1989, XXXIV+388.

Dördüncü Bası, Ankara 1991, XXXIV+388.

Beşinci Bası, Ankara 1994, XXXIV+388.

Altıncı Bası, Ankara 1996, XXXIV+388.

Yedinci Bası, İstanbul 1999, XLII+454.

Sekizinci Bası, İstanbul 2001, XLII+454.

Dokuzuncu Bası, İstanbul 2003, XLIV+478.

Onuncu Bası, İstanbul 2004, XLIV+479.

Onbirinci Bası, İstanbul 2005, XLIV+473.

Onikinci Bası, İstanbul 2006, XXXVIII+484.

13) **Borçlar Hukuku**

Birinci Bası, Ankara 1986 XXIV+240.

İkinci bası, Ankara 1989, XXIV+244.

Üçüncü Bası, Ankara 1990, XXIV+244.

Dördüncü Bası, Ankara 1991, XXIV+244.

Beşinci Bası, Ankara 1994, XXIV+244.

Altıncı Bası, Ankara 1998, XXIV + 288.

Yedinci Bası, İstanbul 1999, XXIV+274.

Sekizinci Bası, İstanbul 2001, XXIV+292.

Dokuzuncu Bası, İstanbul 2002, XXIV+295.

Onuncu Bası, İstanbul 2004, XXIV+318.

Onbirinci Bası, İstanbul 2005, XXIV+318.

Onikinci Bası, İstanbul 2006, XXIV+332 sayfa

14) **Türk Hukukunda Atıf Usülleri ve kısaltmalar,** Ankara, 1964, XII + 100 (ortak eser).

15) **Temel Hukuk (Önlisans Programı),** Eskişehir 1992, 172.

İkinci Bası, Eskişehir 1993, 172.

Üçüncü Bası, Eskişehir 1994, 172.

16) **Hukuk Bilgisi 1 (Liseler İçin),** Ankara 1993, X+172.

17) **Hukuk Bilgisi 1,** Ankara 1996, 164 (Liseler için).

18) **Hukuk Bilgisi 2,** Ankara 1996, 144 (Liseler için).

19) **Hukuk Bilgisi,** Eskişehir 1996, VI+240 (Açıköğretim).

20) **Türk Medenî Hukuku, C. I, Cüz 2: Şahsın Hukuk, B. 2,** Ankara 1996 XXX + 415 (Prof. Dr. Jale G. Akipek ile ortak eser)

21) **Türk Medenî Hukuku, C. I, Başlangıç Hükümleri-Şahsın Hukuku,** B. 3, İstanbul 1998, XXIX + 684 (Prof. Dr. Jale G. Akipek ile ortak eser)

Dördüncü Bası, **Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku**, İstanbul 2002, XXXII+714.

Beşinci Bası, İstanbul 2004, XXXIII+726 sayfa.

Altıncı Bası, İstanbul 2007, XXXIV+730 sayfa.

22) **Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku,** İstanbul 1988, LIV+540 (5. Bası)

Altıncı Bası, İstanbul Nisan 2002, LII+576 sayfa.

Yedinci Bası, İstanbul Ekim 2002, LII+576 sayfa.

Sekizinci Bası, İstanbul 2003, LII+584 sayfa.

Dokuzuncu Bası, İstanbul 2004, XLVI+565 sayfa.

Onuncu Bası, İstanbul 2006, XLVI+595 sayfa.

23) **Temel Hukuk 1** (Ünite 1-28), Yeni Birinci Bası, Eskişehir 1998, XXVI + 407 (Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını)

İkinci Bası, Eskişehir 1999, XXVI+407.

24) **İşletme Hukuku Dersleri,** Ankara 1997 (Teksir).

25) **Hukuka Giriş,** Eskişehir 2002, XIX+344 (Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayını).

İkinci Bası, Eskişehir 2003, XIX+344 sayfa.

Üçüncü Bası, Eskişehir 2004, XIX+344 sayfa.

Dördüncü Bası, Eskişehir 2005, XIX+344 sayfa.

Beşinci Bası, Eskişehir 2005, XIX+344 sayfa.

Altıncı Bası, Eskişehir 2006, XIX+344 sayfa.

26) **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, LIX+964 (Prof. Dr. Jale G. Akipek ile ortak eser)

B) MAKALELER:

1) **Paftos ve Örfü Belde müesseseleri hakkında rapor,** Ank. Huk. Fak. Der., 1962, C. XIX, S. 1-4, sh. 493 vd.

2) **Şart ve mükellefiyet kavramları üzerinde bir inceleme,** Ank. Huk. Fak. Der., 1970, XXVII, S. 3-4, sh. 219-247.

3) **Türk Medenî Kanununun evlilik hukukuna ilişkin hükümlerinde yapılması öngörülen değişiklikler,** Ank. Huk. Fak. Der., 1972, C. XXIX, S. 1-2, sh. 31-59.

4) **Boşanmanın hukukî sonuçları,** Ank. Huk. Fak. Ellinci Yıl Armağanı, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, sh. 175-204.

5) **Türk Medenî Kanunu Tasarısının Aile Hukukunda Yaptığı Değişiklikler,** III. Aile Şurası Tebliğleri, Ankara 1998, sh. 162-172.

6) **Medeni Kanun Tasarısında Kadın-Erkek Eşitliği,** Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, sh. 73-81.

7) **Türk Medenî Kanununda Kadın-Erkek Eşitsizliği ve Giderilmesi,** Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın, Ankara 2002, sh. 189-195.

8) **Man-Woman Equality in the Family in Accordance with the Constitution and new Turkish Civil Code,** T.B.M.M. Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu, Ankara 2003, sh. 95 vd.

ÇEVİRİ:

A) MAKALELER:

1) **Temliki şirketin iznine bağlı nama yazılı hisse senetleri üzerindeki mülkiyetin devri** (Dr. E. Schucany), Batider 1962, C. I. S. 3, sh. 347-360.

2) **İsviçre Borçlar Kanununun hizmet akdini düzenleyen hükümlerinde yapılacak değişiklikler** (Dr. W. Schönenberger), Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, sh. 259-280.

3) **Medenî Usul Hukukunda delillerin takdiri** (Prof. Dr. Arwed Bloomeyer), Ank. Huk. Fak. Der., 1968, C. XXV, S. 3-4, sh. 167-178.

4) **Mukayeseli hukuk açısından Almanya'da sigorta şirketlerinin denetimine ilişkin yeni gelişme eğilimleri** (Prof. Dr. H.Möller), Sigorta Şirketlerinin Murakebesi, Ankara 1968, sh. 467-489.

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI:

1) **Şahsiyetin korunması, basın yoluyla şeref ve haysiyete vâki tecavüzler.** Adalet Dergisi, 1961, S. 3-4, sh. 398-407.

2) **Anonim şirketlerde sermayenin indirilmesi.** Batider 1961, C. I. S. 2, sh. 251-259.

3) **Şiddetli geçimsizlik (imtizaçsızlık) sebebiyle boşanma.** Adalet Dergisi, 1962, S. 3-4, sh. 251-259.

4) **Takastan feragat. Ankara Barosu Dergisi,** 1962, S. 3, sh. 303-305.

5) **Gayrımenkul satımından satım bedelinin hakikî değerden aşağı gösterilmesi.** Batider 1962, C. I, S. 4, sh. 590-595.

6) **Anonim Şirketlerde umumî heyet kararlarının iptali.** Batider 1963, C. II, S. 1, sh. 99-103.

7) **Satış akdinde ayıbın ihbarı ve muayene mahalli.** Batider 1963, C. II, S. 2, sh. 300-304.

DOÇ. DR. DERYA ATEŞ'İN ESERLERİ

A) KİTAPLAR:

1) **BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE AYNEN İFA;** İstanbul, 2021, XVI + 353 s.

2) **BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNDE GENEL AHLAKA AYKIRILIK;** Ankara, 2007, XXXIV+355 s.

3) **EŞYA HUKUKU;** (Prof.Dr. Jale G.Akipek ve Prof.Dr. Turgut Akıntürk ile ortak eser), İstanbul, 2018.

4) **TÜRK MEDENİ HUKUKU, BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ, KİŞİLER HUKUKU,** (Prof.Dr. Jale G.Akipek ve Prof.Dr. Turgut Akıntürk ile ortak eser):

- Yenilenmiş Yedinci Bası, İstanbul, 2010, XXXVIII + 737.
- Yedinci Bası, İstanbul 2009, XXXVIII + 737s.
- Sekizinci Bası, İstanbul 2011, XXXVIII + 741 s.
- Dokuzuncu Bası, , İstanbul 2012, XXXIX + 742 s.
- Onuncu Bası, , İstanbul 2013, XXXIX + 742 s.
- Onbirinci Bası, İstanbul 2014, XXXIX + 742 s.
- Onikinci Bası, İstanbul 2015 XXXIX + 742 s.
- Onücüncü Bası, İstanbul, 2016, XXXIX + 742 s.
- Ondördüncü Bası, İstanbul, 2018, XXXIX + 742 s.
- Onbeşinci Bası, İstanbul, 2019, XXXIX+ 742 s.
- Onaltıncı Bası, İstanbul, 2020, XXXIX+ 742 s.
- Onyedinci Bası, İstanbul, 2021, XXXIX+ 742 s.

5) **TÜRK MEDENİ HUKUKU, AİLE HUKUKU** (Prof.Dr. Turgut Akıntürk ile ortak eser):

- Yenilenmiş Onikinci Bası, İstanbul, 2009. XLVI + 582 s.
- Onikinci Bası, İstanbul 2010, XLVI + 582 s.
- Onüçüncü Bası, İstanbul 2011, XLVI + 582 s.

- Ondördüncü Bası, İstanbul 2012, XLVI + 582 s.
- Onbeşinci Bası, İstanbul 2013, XLVI + 583 s.
- Onaltıncı Bası, İstanbul 2013, XLVI + 583 s.
- Onyedinci Bası, İstanbul 2015, XLVI + 583 s.
- Onsekinizci Bası, İstanbul 2016, XLVI + 583 s.
- Ondokuzuncu Bası, İstanbul 2016, XLVI + 583 s.
- Yirminci Bası, İstanbul, 2017, XLVI + 583 s.
- Yirmibirinci Bası, İstanbul, 2018, XLVI + 583 s.
- Yirmiikinci Bası, İstanbul, 2020, XLVI + 583 s.
- Yirmiüçüncü Bası, İstanbul, 2021, XLVI + 583 s.
- Yirmidördüncü Bası, İstanbul, 2022, XLVI + 583 s.

6) **MEDENİ HUKUK;** (Prof.Dr. Turgut Akıntürk ile ortak eser):
- Genişletilmiş Onüçüncü Bası, İstanbul, 2010, XXXL+484 s.
- Ondördüncü Bası, İstanbul, 2009, XL + 484 s.
- Onbeşinci Bası, İstanbul, 2010, XL + 484 s.
- Onaltıncı Bası, İstanbul, 2011, XL + 485 s.
- Onyedinci Bası, İstanbul, 2012, XL + 485 s.
- Onsekizinci Bası, İstanbul, 2013, XL + 487 s.
- Ondokuzuncu Bası, İstanbul, 2013, XL + 487 s.
- Yirminci Bası, İstanbul, 2014, XL + 487 s.
- Yirmibirinci Bası, İstanbul, 2015, XL + 487 s.
- Yirmiikinci Bası, İstanbul, 2017, XL + 487 s.
- Yirmiiüçüncü Bası, İstanbul, 2017, XL + 487 s.
- Yirmidördüncü Bası, İstanbul, 2018, XL + 487 s.
- Yirmidördüncü Bası, İstanbul, 2019, XL + 487 s.
- Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2020, XL + 487 s.
- Yirmialtıncı Bası, İstanbul, 2020, XL + 487 s.

7) **BORÇLAR HUKUKU;** (Prof.Dr. Turgut Akıntürk ile Ortak Eser):
- Onyedinci Bası, İstanbul 2011, XXVI + 363 s.
- Onsekizinci Bası, İstanbul 2012, XXVI + 363 s.

- Ondokuzuncu Bası, İstanbul 2012, XXVI + 363 s.
- Yirminci Bası, İstanbul 2013, XXVI + 364 s.
- Yirmibirinci Bası, İstanbul 2013, XXVI + 364 s.
- Yirmiikinci Bası, İstanbul 2013, XXVI + 364 s.
- Yirmiüçüncü Bası, İstanbul, 2014, XXVI + 364 s.
- Yirmidördüncü Bası, İstanbul, 2016, XXVI + 364 s.
- Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2016, XXVI + 364 s.
- Yirmibeşinci Bası, İstanbul, 2017, XXVI + 364 s.
- Yirmialtıncı Bası, İstanbul, 2017, XXVI + 364 s.
- Yirmiyedinci Bası, İstanbul, 2018, XXVI + 364 s.
- Yirmisekinci Bası, İstanbul, 2019, XXVI+364 s.
- Yirmidokuzuncu Bası, İstanbul, 2020, XXVI+364 s.

8) **AVUKATLIK VE NOTERLİK HUKUKU;** (Av. Süleyman Çetin ile ortak eser), Ankara, 2018.
- Birinci Bası, Ankara, 2018, 320 s.
- İkinci Bası, Ankara, 2019, 304 s.
- Üçüncü Bası, Ankara, 2020, 304 s.

B) MAKALELER:

1) **İrade Özerkliği Kapsamında MK.m. 23/II hükmü ve karar özgürlüğü**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı 2, Bahar 2007, sh. 135-148.

2) **Sözleşme özgürlüğü yönünden dürüstlük kuralları,** Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 72, Eylül-Ekim 2007, sh. 75-93.

3) **Bk. m. 65 kuralı: Özel olarak genel ahlâka aykırı amaçla verilenlerin iade edilememesi**, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008.

4) **"Sözleşmelerde Genel Ahlak Kurallarının Belirlenmesi"**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2017, Sayı 32, Yıl 8; sh.247-268.

5) **Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5 İnci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması**, İstanbul Hukuk Mecmuası, C.77, S.2, Aralık 2019, sh.669-696.

6) **“İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 144 III 217 İle ATF 142 III 9 Sayılı Kararları Ve Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisinin Hukuki Sorumluluğu”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2020, Sayı 44, Yıl 11; sh. 335-359.

7) **“Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında Ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”** Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2020, Sayı 151, sh. 329-359.

8) **“İsviçre Hukukundaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım Ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü”**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2021, Sayı 47, Yıl 12; sh. 179-214.