

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2016
ISSN 2146 - 1708



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

YAYININ ADI HACETTEPE HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YIL 2016 CİLT (6) SAYI (2) AY ARALIK
YAYIN SAHİBİNİN ADI Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adına
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ Doç.Dr. Sedat ÇAL
YAYIN İDARE MERKEZİ Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Hukuk Fakültesi
06800 / ANKARA
YAYIN İDARE MERKEZİ TEL. +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77
FAKS +90 (312) 297 62 93
İNTERNET ADRESİ <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>
E-POSTA hukukdergi@hacettepe.edu.tr
YAYIN DİLİ Türkçe ve yabancı diller
YAYIN TÜRÜ Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM, EBSCO ve
HEINONLINE Hukuk Veri Tabanları tarafından taranan hakemli
bir dergidir.
Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi yerel ve süreli bir yayındır.
YAYINLANMA BİÇİMİ Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır.
BASIMCININ ADI Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA
BASIMCININ TEL. 0 (312) 310 9790
BASIM TARİHİ / YERİ 2 HAZİRAN 2017 / ANKARA
ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Editör

Doç. Dr. Sedat ÇAL

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

Arş. Gör. Durmuş KILINÇ

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

Doç. Dr. Sedat ÇAL

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Rona AYBAY

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Meltem CANİKLİOĞLU

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Füğen SARGIN

Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Doç. Dr. Çetin ARSLAN

Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN

Doç. Dr. Luigi CORNACCHIA

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(National University of Singapore)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Università Degli Studi di Lecce Facolta di

Giurisprudenza)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(Victoria University of Wellington)

Doç. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Doç. Dr. Gus Van HARTEN

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Dr. Şefik Taylan AKMAN

Yrd. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL

Yrd. Doç. Dr. Muammer KETİZMEN

Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

NAME OF PUBLICATION **HACETTEPE LAW REVIEW**

YEAR **2016 VOLUME 6 NUMBER 2 MONTH DECEMBER**

PUBLISHER On behalf of Hacettepe University Faculty of
Law Deanship
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

RESPONSIBLE MANAGER Assoc. Prof. Sedat ÇAL

ADDRESS Hacettepe Üniversitesi Beytepe Kampüsü
Hukuk Fakültesi
06800 / ANKARA

PHONE +90 (312) 297 62 76 - +90 (312) 297 62 77

FAX +90 (312) 297 62 93

URL <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr>

E-MAIL hukukdergi@hacettepe.edu.tr

LANGUAGE Turkish and foreign languages

TYPE OF PUBLICATION Hacettepe Law Review is a refereed journal indexed by
ULAKBIM, EBSCO and HEINONLINE Law Databases.
Hacettepe Law Review is a local periodical journal.

FORM OF PUBLICATION Published twice a year in June and December

NAME OF PRESS Hacettepe Üniversitesi Hastaneleri Basımevi
Sıhhiye 06100 / ANKARA

PHONE OF PRESS 0 (312) 3109790

DATE AND PLACE OF PRINTING 2 JUNE 2017 / ANKARA

ISSN 2146 - 1708

Hacettepe Law Review

All rights reserved. No parts of the Hacettepe Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Hacettepe University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Hacettepe University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Editors

Assoc. Prof. Dr. Sedat ÇAL

Deputy Editors

Res. Asst. Onur Çağdaş ARTANTAŞ

Res. Asst. Durmuş KILINÇ

Editorial Board

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Assoc. Prof. Dr. Ferhat CANBOLAT

Assoc. Prof. Dr. Sedat ÇAL

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Hacettepe University Faculty of Law

Board of Advisors

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. Rona AYBAY

Prof. Dr. Kadriye BAKIRCI

Prof. Dr. Meltem CANİKLİOĞLU

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI

Prof. Dr. Merdan HEKİMOĞLU

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Prof. Dr. Erdal ONAR

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Türkan YALÇIN SANCAR

Prof. Dr. Füğen SARGIN

Prof. Dr. Muthucumaraswamy SORNARAJAH

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Assoc. Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Assoc. Prof. Dr. Öykü Didem AYDIN

Assoc. Prof. Dr. Luigi CORNACCHIA

(Giurisprudenza)

Assoc. Prof. Dr. Sibel HACİMAHMUTOĞLU

Assoc. Prof. Dr. Gus Van HARTEN

Asst. Prof. Dr. Ertuğrul AKÇAOĞLU

Asst. Prof. Dr. Şefik Taylan AKMAN

Asst. Prof. Dr. Bilge BİNGÖL

Asst. Prof. Dr. Muammer KETİZMEN

Asst. Prof. Dr. Erdem İlker MUTLU

Asst. Prof. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Dr. Joel I. COLÓN-RÍOS

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Gazi University, Faculty of Law)

(Near East University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Dokuz Eylul University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Baskent University Faculty of Law)

(Izmir University Faculty of Law)

(TOBB ETU University Faculty of Law)

(Bilkent University Faculty of Law)

(Galatasaray University Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(National University of Singapore)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Ankara University, Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Universita Degli Studi di Lecce Facolta di

(Hacettepe University Faculty of Law)

(York University Osgoode Hall Law School)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Hacettepe University Faculty of Law)

(Victoria University of Wellington)

İçindekiler

Makaleler

I. HAKEMLİ MAKALELER

Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti.....11 Av. Fatih Burak UZUN	11
Reform of Director's Duties in Turkish Public Companies: Legislative Experiences from UK Companies.....49 Av. Zeynep DİNÇER	49
Karşılaştırmalı Hukukta Resmi Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi107 Dr. Yasin SÖYLER	107
Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü.....135 Öğr. Gör. Dr. Mehmet Ali AKSOY	135
Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri169 Yrd. Doç. Dr. Hulki CİHAN	169
İdari Yargı Kararları Işığında 1062 Sayılı Mukabele-İ Bilmisil Kanununun Uygulanışı.....181 Sinan ŞİĞVA	181

Contents

Articles

REFEREED ARTICLES

- Natural Persons' Capacity to Have Rights And Applicable Law to The Capacity to Have Rights.....11
Av. Fatih Burak UZUN
- Reform of Director's Duties in Turkish Public Companies: Legislative Experiences from UK Companies.....49
Av. Zeynep DİNÇER
- Official Journals In The Comperative Law and The Principle of Legal Security.....107
Dr. Yasin SÖYLER
- Bookkeeping Obligation in the Context of Turkish Commercial Code135
Dr. Mehmet Ali AKSOY
- The Characteristics of Defective Intentitions for Representative.....169
Asst. Prof. Dr. Hulki CİHAN
- According to the Administrative Judicial Decisions the Implenmentation of the Law No.1062 Relation in Kind181
Sinan ŞİĞVA

Sunuş

Hukukun oluşumu sürecine, hukuk kültürünün ve adalet bilincinin gelişmesine katkıda bulunabilecek, ülke ve dünya sorunları ile yakından ilgilenebilecek, ulusal ve küresel ölçekteki gelişmeleri yorumlayıp değerlendirebilecek nitelikte seçkin hukukçular yetiştirmek amacıyla 10 yıl önce kurulan Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kuruluş kararı, 5 Ağustos 2005 tarih ve 2005/9184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. İlk defa 15 Eylül 2007' de Dekan atanması ile fiilen açılan ve 2012-2013 Eğitim-Öğretim yılında 82 öğrenci ile lisans eğitimine başlayan Fakültemiz, halen 948 lisans öğrencisi ile eğitime devam etmektedir ve ilk mezunlarını Haziran 2016' da vermiştir. Bilişim Hukuku İkinci Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programında 2008-2009 Bahar Döneminden buyana eğitim-öğretim sürdürülmekte ve program her dönem daha fazla rağbet görmektedir. Özel Hukuk yüksek lisans ve doktora programları ile Kamu Hukuku yüksek lisans ve doktora programı ile Anadolu Üniversitesiyle ortak yürütülen doktora programı devam etmektedir. Ekonomi ve Enerji Hukuku İkinci Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programı 2016-2017 eğitim yılı bahar döneminde eğitim öğretim faaliyetine başlamıştır.

Bu yıl Hacettepe Üniversitesi 50 nci, Hacettepe Hukuk Fakültesi 10 uncu yaş gününü kutlamaktadır. Bu nedenle dergimizin bu sayısını Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun 10. Yılına Armağan olarak çıkarmaktayız. 50 inci yılımız da, 10 uncu yılımız da kutlu olsun. Hukuk ve adalet yolunda azim ve gayretle çalışan Fakültemizin tüm personeli ve öğrencilerine "nice 10 yıllar" diliyorum. Daha ileriye, daha iyiye.

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Dekan

Gerçek Kişilerin Hak Ehliyeti ve Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukukun Tespiti

Hakemli Makale

Fatih Burak UZUN

Avukat

Attorney at Law

İÇİNDEKİLER

A. Hak Ehliyeti	13
1. Hak Ehliyeti Kavramı.	13
2. Hak Ehliyeti Kavramı Üzerine Düşünceler	14
3. Hak Ehliyetinin Başlangıcı	17
4. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması.	20
5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesi	25
B. Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kapsamı ve Sınırları . . .30	
1. Hak Ehliyetinin Başlangıcına, İçeriğine ve Sınırlandırılmasına Uygulanacak Hukuk	30
2. Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk	31
3. İsim	32
4. Özel Ehliyet Kuralları	34
5. İşlem Güvenliği Kuralı.	35
6. Ehliyete İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (Conflit Mobile)	44
7. Hak Ehliyetine İlişkin Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeninin Müdahalesi (Ordre Public)45	
Kaynakça	46

ÖZET

Hukukun en temel kavramlarından olan hak ehliyeti ile milletlerarası özel hukuk kapsamında hak ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti bu çalışmanın temel konusunu oluşturmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde karşılaştırmalı hukuk disiplini çerçevesinde çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinin gerçek kişilerin hak ehliyetine yaklaşımı incelenmektedir. Bu kapsamda hak ehliyetinin başlangıcına ilişkin yaklaşımlar, hak ehliyetinin sınırlandırıldığı durumlar ve hak ehliyetinin sona erdiği haller incelenmiştir. Bunlara ek olarak hak ehliyetinin gerekliliğine ve gelecekte yapay zekâ gibi kavramlar karşısındaki konumunun ne olması gerektiğine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise milletlerarası özel hukukta gerçek kişilerin hak ehliyetine uygulanacak hukuk, yine birçok değişik ülkenin hukuk sistemlerinin karşılaştırılması yoluyla incelenmiştir. Söz konusu incelemeler hak ehliyetinin başlangıcı, içeriği ve sona ermesi şeklinde üç başlık altına ayrılarak daha detaylandırılmaya çalışılmıştır. Son kısımda ise isme uygulanacak hukuk değerlendirilmiş ve özel ehliyet kuralları, işlem güvenliği kuralı, statü değişikliğinin etkisi ve kamu düzeninin müdahalesi hususları irdelenmiştir.

Bu çalışmanın amacı gerçek kişilerin hak ehliyeti ve gerçek kişilerin hak ehliyetine uygulanacak hukuk konularında kayda değer bir çalışma ortaya çıkarmak ve aynı zamanda çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerin de bilinmesini sağlamak olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda tüzel kişilerin hak ehliyeti bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hak Ehliyeti, Hak Ehliyetinin Başlangıcı, Hak Ehliyetinin Kısıtlanması, Hak Ehliyetinin Gerekliliği, Yapay Zekanın Hak Ehliyeti, Ölüm ve Ölüm Karinesi, Gaiplik, Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk, Ölüm, Ölüm Karinesi ve Gaipliğe Uygulanacak Hukuk, İsmi Uygulanacak Hukuk, Özel Ehliyet Kuralları, İşlem Güvenliği Kuralı, Conflit Mobile, Kamu Düzeninin Müdahalesi.

ABSTRACT

Natural Persons' Capacity to Have Rights And Applicable Law to The Capacity to Have Rights

The primary subject of this article consists of capacity to have rights, which is one of the most fundamental concepts of law, and the determination of the applicable law to the capacity to have rights within the scope of private international law. In the first section of the article, the approach of various jurisdictions to the natural persons' capacity to have rights within the frame of comparative law discipline is evaluated. In this scope, the approaches towards the commencement of capacity to have rights and the events in which the capacity to have rights is restricted or expired, are analysed. Additionally, necessity of the term of capacity to have rights, and what should be the position of the capacity to have rights towards future concepts as artificial intelligence are discussed.

The second section of the article also evaluates the applicable law to the natural persons' capacity to have rights in private international law, by comparing various jurisdictions. The said evaluations are intended to be detailed by being divided into three sections as the beginning, content and expiration of the capacity to have rights. In the last section, the applicable law to names is evaluated and the issues of special capacity rules, transaction safety rule, conflit mobile and intervention of public order are examined.

The purpose of this article is designated as both creating a noteworthy work on the subject of natural persons' capacity to have rights and applicable law to natural persons' capacity to have rights, and providing information about the regulations in various jurisdictions. In accordance with this purpose, legal persons' capacity to have rights excluded from the scope of this article.

Keywords

Capacity to Have Rights, Beginning of the Capacity to Have Rights, Restrictions to the Capacity to Have Rights, Necessity of Capacity to Have Rights, Capacity to Have Rights of Artificial Intelligence, Death and Presumption of Death, Absence, Applicable Law to the Capacity to Have Rights, Applicable Law to Death, Presumption of Death and Absence, Applicable Law to Names, Special Capacity Rules, Transaction Safety Rule, Conflit Mobile, Intervention of Public Order.

A. HAK EHLİYETİ

1. Hak Ehliyeti Kavramı

Kişi bir hukuk terimi olarak, hak sahibi olabilen varlık anlamına gelmektedir.¹ Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmakta olup tüzel kişiler de niteliği uygun düştükçe gerçek kişilerin sahip olduğu haklardan yararlanabilmektedirler.² Gerek tüzel kişilerin gerekse gerçek kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilmelerine imkân tanıyan ehliyete Kıta Avrupası hukuk sisteminde hak ehliyeti adı verilmektedir.³ Öte yandan bu çalışma boyunca yalnızca gerçek kişilerin hak ehliyeti incelenecektir ve buna bağlı olarak hak ehliyeti kavramı gerçek kişilerin hak ehliyetini kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

Hemen her ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukuku (TMK m. 8) da her insana hak ehliyeti tanımış, aynı zamanda her insanın hukuk düzeninin sınırları içinde hak ehliyetini eşit bir şekilde kullanabileceğini hüküm altına almıştır.⁴ Bunun yanında ülkelerin anayasaları ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁵ (madde 1, 2, 4, 6) her insanın hak sahibi olabileceğini güvence altına almış ve dolayısıyla köleliği yasaklamıştır. İnsanlığın geldiği mevcut durum itibarıyla köleliği tanıyan herhangi bir hukuk sistemi dünya üzerinde kalmamıştır.⁶

1 M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015 s. 2; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 s. 1; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 3; Jale Akipek/Turgut Akintürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2015, s. 229; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 5; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 201.

2 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 2; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 2; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 168; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 541.

3 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 40; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 3; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 19; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 267; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 39; Serozan **a.g.e.** s. 415.

4 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 41; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 4; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 20; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 272; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 40; Serozan **a.g.e.** s. 418.

5 Metine ulaşmak için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> 22.10.2016.

6 Dünyada köleliğin durumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Walk Free Foundation, **The Global Slavery In-**

Hukuk sistemlerindeki mevcut durum incelendiğinde ise Kıta Avrupası hukuk sistemi ile İslam hukuku⁷ sistemine dâhil olan ülkelerde hak ehliyeti kavramının varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Buna karşılık *İngiliz hukukunda*⁸ ve Anglosakson hukuk sisteminde hak ehliyeti kavramının kullanımı terk edilerek her insanın doğal hukuk düzeni gereği haklara sahip olmaya ehil olduğu kabul edilmiştir.⁹ Dolayısıyla da hak ehliyeti gibi bir kavramın kullanılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Hak ehliyetinin tüm insanlara tanınmasının doğuştan gelen farklılıklar nedeni ile var olan eşitsizlikleri giderememekte olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira hukuk düzeni mevcut farklılıkları ortadan kaldırmaya yetkin olmadığı gibi söz konusu farklılıkları ortadan kaldırmayı da amaçlamamıştır. Ayrım yapmaksızın herkesin hak ehliyetine sahip olması, kişilerin hak ve borçlara sahip olma konusunda potansiyel olarak eşit olması anlamına gelmektedir.

Günümüzde her kişinin istisnasız bir şekilde hak ehliyetine sahip olduğu düşünülünce kişilik ve hak ehliyeti kavramlarının neden ayrıldığı ve bu ayrımın hangi amaçlara hizmet ettiğini değerlendirmek gerekmektedir. Kişilik ve hak ehliyeti kavramları Roma hukuku döneminden itibaren kölelerin hukuki statüsünü tespit etmek amacıyla birbirilerinden ayrılmışlardır.¹⁰ Roma hukukunda köleler de kişi olarak kabul edilmelerine rağmen hak edinmelerini engellemek adına hak ehliyetinden yoksun bırakılmışlardır. Buna karşılık doğal hukuk ekolünde her insan eşit olarak kabul edildiği için hak ehliyeti ve kişilik kavramlarının ayrılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.¹¹

2. Hak Ehliyeti Kavramı Üzerine Düşünceler

Hak ehliyeti kavramının kişilik kavramından ayrılmasının temel sebebi, yukarıda da açıklandığı üzere Roma Hukukunda özgür kişiler ile köleler arasındaki farkı belirlemektedir. Bir başka deyişle, hak ehliyeti kavramı, kölelik kurumunun özel hukuk içerisinde konumlandırılmasını sağlamaktadır. Günümüzde kölelik kurumunun hukuk sistemleri içerisinden tamamen kaldırıldığı göz önüne alındığında, kanaatimizce köleliğin özel hukuk

dex 2013, http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf 22.10.2016.

7 Joseph Schacht, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press 1982 s. 124.

8 İngiliz hukuku Anglosakson hukuk sistemini doğuran hukuk olarak kabul edilebilecek niteliktedir. İngiliz hukukunun üç temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki yüzyıllardır mahkemelerce verilmiş kararlardan oluşan ve hala gelişmeye devam eden *Common Law* hukukudur. İkinci kaynak *Common Law* tarafından oluşturulan hukuk kurallarının adaletsizliğe sebep olduğu durumları düzeltmeyi amaçlayan ve tarihi dönemler içerisinde kral tarafından özel olarak oluşturulmuş bir mahkemenin kararlarından oluşan *Equity Law* hukukudur. *Equity Law* bağımsız hukuk kuralları olmayıp yalnızca *Common Law* tarafından oluşturulan kuralları adaletli hale getirmektedir. İngiliz hukukundaki son hukuk kaynağı ise İngiltere Parlamentosu tarafından çıkarılan yasalardır. (Sarah Worthington, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003, s. 3 vd.).

9 William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765 s. 155.

10 Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 138; Ziya Umut, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999 s. 156; Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiihliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 19; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 1.

11 Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015 s. 301; Umut, **a.g.e.** s. 157.

içerisinde yer alabilmesini sağlama amacıyla yaratılmış olan ve güncel hukuk düzeni içerisinde önemli bir işleve sahip olmayan hak ehliyeti kavramının hukuk düzeni içerisinde kaldırılması gerekmektedir. Bir başka deyişle hak ehliyeti tekrar kişilik kavramı içerisine dahil edilmelidir. Bu doğrultuda kanaatimizce hak ehliyeti konusunda, kavramı tamamen ortadan kaldıran İngiliz hukukunun yaklaşımı, en makul yaklaşımı oluşturmaktadır.

Hak ehliyetinin kaldırılması fikrinin doğurabileceği ilk akla gelen soru, ceninin durumunun ne olacağıdır. Zira hak ehliyeti ceninin ana karnındayken, tam ve sağ doğmak koşuluyla, mirasçı olabilmesine ve haksız fiillerden dolayı tazminat talep edebilmesine imkân vermektedir. Ancak kanaatimizce, cenine bahsi geçen imkanları tanımak için hak ehliyetinin varlığı mutlak bir gereklilik değildir. Nitekim aşağıda açıklandığı üzere İngiliz hukukunda hak ehliyeti kavramı bulunmamasına rağmen, cenine yine de mirasçı olma ve haksız fiillere karşı tazminat talep etme imkânı tanınmaktadır. Türk hukuku açısından konuya bakıldığında ise kanaatimizce, cenine tam ve sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyeti değil kişilik tanınması, ceninin mirasçı olmasını ve haksız fiillere karşı tazminat talep edebilmesini sağlayabilecektir. Üstelik esasen bir insan olan ceninin kişilik kavramından mahrum bırakılması da engellenmiş olacaktır. (Önemle belirtmek gerekir ki doğumdan bir gün önceki cenin ile doğumdan bir gün sonraki bebeğin zihinsel ve fiziksel gelişim olarak hukuki açıdan önemli bir farkı bulunmamaktadır. Buna rağmen mevcut düzen içerisinde ceninin kişiliği bulunmamaktayken, yeni doğan bebeğin kişiliği bulunmaktadır.)

Hak ehliyetinin gerekliliği açısından üzerinde durulması gereken bir diğer konu da yapay zekadır. Yapay zekâ geliştirilmesine yönelik çalışmalar, yakın gelecekte hak ehliyeti kavramının tekrardan önem kazanmasını sağlayabilecek niteliktedir. Yapay zekanın gelişmesiyle birlikte insan gibi (hatta daha da iyi) düşünebilen ve algılayabilen varlıklar ortaya çıkabilecektir. Bahsi geçen varlıkların hukuki anlamda statüsünün ne olacağı ve hak sahibi olup olmayacakları gibi konular, hak ehliyeti kavramı vasıtasıyla çözümlenebilecek niteliktedir.

Yapay zekâ, temel olarak güçlü yapay zekâ ve zayıf yapay zekâ olarak ikiye ayrılmaktadır. Güçlü yapay zekâ gerçekten bir insan gibi düşünebilme yeteneğine sahiptir. Zayıf yapay zekâ ise ancak düşünmeyi simüle edebilmektedir.¹² Örnek olarak satranç ustalarını satrançta yenebilen yazılımlar gösterilebilecektir. Söz konusu yazılımlar, zayıf yapay zekaya örnek teşkil etmektedir. Zira burada ilgili yazılım, satranç oynama fiilini bir insan gibi kavrayamamakta, bunun yerine kendi kodu çerçevesinde olasılık hesapları yaparak oyunu oynamaktadır. Bir başka deyişle insan gibi düşünememekte, bunun yerine düşünme yeteneğini simüle etmektedir.¹³ Zayıf yapay zekaya sahip yazılımlar günümüzde mevcuttur. Ancak güçlü yapay zekaya sahip yazılımlar ise henüz tam anlamıyla geliştirilememiştir.

12 Benjamin D. Allgrove, **Legal Personality for Artificial Intelligence: Pragmatic Solution or Sience Fiction?**,

2004, s. 3, [13 Allgrove, **a.g.e.** s. 6.](https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=629021065069065011022108069116029072004042024048051009122065089096091124110066032078080102069096123097068114004081000086104116031067010106087123127064122084119068112&EXT=pdf, 03.01.2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Zayıf yapay zekâ, bu çalışma açısından önem arz etmemektedir. Zira zayıf yapay zekanın bilinci bulunmamakta ve bir insan ile aynı şekilde düşünmemektedir. Dolayısıyla zayıf yapay zekanın bir hakkın objesi değil süjesi olması yerinde olacaktır. Nitekim doktrinde zayıf yapay zekâ tarafından üretilen fikri ürünler üzerinde eser sahibinin, yapay zekanın mülkiyetine sahip kişi olacağı kabul edilmektedir.¹⁴ Buna ek olarak zayıf yapay zekanın fiillerinin sorumluluk konusunda çeşitli sorumluluk derecelerinin (örneğin hayvan sahibinin sorumluluğu, köle sahibinin sorumluluğu, temsilcinin fiillerinden sorumluluk, çocuğun fiillerinden sorumluluk gibi) uygulanabileceğine ilişkin görüşler de bulunmaktadır.¹⁵

Bu çalışma kapsamında değerlendirilmek istenen esas unsur ise gerçekten düşünme yeteneğine sahip olan güçlü yapay zekanın hak ehliyetine sahip olup olmayacağıdır. Nitekim bu husus, yukarıda da belirtildiği üzere, hak ehliyeti kavramının tekrar önem kazanmasını sağlayabilecek ve dolayısıyla hak ehliyetinin hukuk düzeninden kaldırılması gerektiğine ilişkin görüşümüze karşı bir argüman olarak öne sürülebilecektir. Zira güçlü yapay zekanın özel hukuk içerisinde konumlandırılabilmesi ve sorumluluğunun sağlanabilmesi için hak ehliyeti elverişli bir kurumdur. Ancak hak ehliyeti ile kişilik kavramlarının ayrı tutulması, insanlık açısından binlerce yıllık bir ayıp olan köleliğe geri dönüş imkânı yaratabilecektir. Bilince ve düşünme yeteneğine sahip güçlü yapay zekaya, kişilik vermeden hak ehliyeti vermek ya da hak ehliyeti vererek kişilik vermemek, güçlü yapay zekanın köleleştirilmesine zemin hazırlayabilecektir. İnsanlık açısından binlerce yıllık bir ayıp olan köleliğin geri dönmesi, köleliğin tarih boyunca sebep olduğu acılar göz önüne alındığında, feci sonuçlar doğurabilecektir. Sırf bu riski ortadan kaldırmak adına kanaatimizce Roma hukukunda ortaya atılmış ve kölelik kurumunun güncel hukuk sistemindeki son kalıntılarından olan kişilik ve hak ehliyeti ayrımının terk edilmesi gerekmektedir.

Önceki paragrafta değerlendirilen husus, güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınması halinde, bu hak sahipliğinin niteliğinin ne olacağıdır. Ancak bundan önce güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınıp tanınmamasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde bu konuda tartışmalar bulunsal¹⁶ da kanaatimizce bilince ve düşünme yeteneğine sahip güçlü yapay zekaya hak sahibi olma imkânı tanınması gerekmektedir. İnsanı, diğer canlılardan ayıran en önemli özelliğin bilinç ve düşünme yeteneği olduğu göz önüne alındığında, aynı yeteneklere sahip bir varlığa hak sahibi olma imkânı tanınmaması yerinde olmayacaktır. İnsanlık henüz kendisi haricinde bilince ve düşünme yeteneğine sahip olan varlıklarla karşılaşmadığı için

14 Ben Hattenbach/Joshua Glucof, **Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence**, 19 Stan.Tech. L.Rev. 32 (2015), s. 51, <https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf>, 12.12.2016.

15 Sam N. Lehman-Wilzig, **Frankenstein Unbound Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence**, 1981, s. 447 vd., http://proflaw.com/wp-content/uploads/academic/40_Frankenstein_Unbound.Towards_a_legal_definition...pdf, 04.01.2017.

16 Samir Chopra/Laurence White, **Artificial Agents-Personhood in Law and Philosophy**, s. 4, <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf>, 11.01.2017.

önemli bir gündem olmayan bu konu, kanaatimizce gelecekte ciddi bir tartışma konusu haline gelecektir.

Son olarak insan dışındaki varlıklara hak ehliyeti tanınmasının uygulama açısından nasıl olabileceği üzerinde durulacaktır. Bilindiği üzere hak ehliyeti yalnızca gerçek kişilere değil aynı zamanda tüzel kişilere de tanınmaktadır. Tüzel kişiler ise insanlar tarafından oluşturulmuş hayali kişilerdir.¹⁷ Tüzel kişiler, esasen hayali varlıklar olsalar dahi, hukuk sistemleri içerisinde önemli bir alanı kaplamaktadır. Tüzel kişilerin işleyişi, hak ve sorumlulukları hakkında çok detaylı birçok kural bulunmaktadır. Kanaatimizce, güçlü yapay zekaya da kişilik tanınması ile birlikte tüzel kişilerle benzer olarak güçlü yapay zekaya ilişkin yeni hukuk kurallarının da üretilmesi gerekecektir.

3. Hak Ehliyetinin Başlangıcı

Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Gerçek kişiler insanlardan oluşurken, tüzel kişiler dernek, vakıf ve şirketler gibi hukuk düzeni tarafından kişilik tanınmış organizasyonlardan oluşmaktadır.

İnsanların kişilik kazanması, Türk hukukuna (TMK m. 28) göre sağ ve tam olarak doğma şartına bağlıdır. Sağ ve tam olarak doğma şartının sağlanabilmesi için çocuğun anadan ayrılması ve bir an için de olsa bağımsız yaşayabilmesi gerekmektedir.¹⁸ Çocuğun insan biçiminde doğmamış olması, Roma hukukunun aksine (Roma hukukunda yer alan insan formunda doğmayan çocuğa hak ehliyeti tanınmaması kuralı, dönemin dini inançlarından kaynaklanmaktadır), kişiliğin kazanılmasına engel değildir.¹⁹ Türk hukukunda (TMK m. 28) kişiliğin başlangıcı ile hak ehliyetinin kazanılması aynı anda gerçekleşmemektedir. Hak ehliyeti kişinin, sağ ve tam olarak doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanılırken hukuki anlamda kişilik doğumun tamamlanması ile kazanılmaktadır.²⁰ Açıklanan durumun neticesinde cenin kişi olarak kabul edilmemesine rağmen ceninin hak ehliyetine sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile sağlamaya çalıştığı amaç, doğmamış çocuğun sağ ve tam olarak doğması halinde, ana rahminde bulunduğu süre boyunca çocuğa malvarlığı hakları açısından koruma sağlamaktır.²¹

*Alman hukukunda,*²² Türk hukukundan farklı olarak, kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcı doğum olarak kabul edilmektedir. TMK'ya göre daha kazuistik yapıda olan BGB'de, cenine hak ehliyeti tanınmamasına rağmen, ceninin miras paylaşımında ya da haksız fiil-

17 Yuval Noah Harari, **Hayvanlardan Tanrılara Sapiens**, 20. Baskı, İstanbul, Kolektif Kitap, 2016, s. 42.

18 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 10; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 10; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 241; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17; Serozan **a.g.e.** s. 422.

19 Umur, **a.g.e.** s. 155.

20 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 16; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17.

21 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 16; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 15; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 21; Serozan **a.g.e.** s. 422.

22 Almanya Medeni Kanunu m. 1 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf 22.10.2016.

ler sonucu zarar görmesi halinde korunabilmesi için özel kurallar getirilmiştir. Bu durum cenine hak ehliyeti tanınmamasından dolayı Alman doktrininde eleştirilmektedir.²³

Alman hukukunun izlerini takip eden *Çin hukukunda*²⁴ da hak ehliyetinin başlangıcı olarak doğum kabul edilmiş ve cenine hak ehliyeti tanınmamıştır. Mevcut düzenlemelerle ceninin miras açısından korunması sağlanmışsa da Alman hukukundan farklı olarak ceninin haksız fiillerden korunması için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁵

*İspanyol hukukunda*²⁶ da her kişinin hak ehliyetine sahip olduğu ve hak ehliyetinin kişiliğin kazanılmasıyla başlayacağı kabul edilmektedir. Kişiliğin başlangıcı ise doğum olarak kabul edilmiştir. Cenine hak ehliyeti tanınmamış ise de ceninin çıkarlarının gerektirdiği durumlarda ceninin, sağ doğmak şartıyla, doğmuş kabul edilebileceği hükmü getirilmiştir. İspanyol Medeni Kanunu, sağ doğmanın şartlarını da doğan bebeğin insan görünümünde olması ve anneden tamamen ayrıldıktan sonra 24 saat yaşaması olarak belirlemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, yeni doğan çocuğun insan biçiminde olması şartını aramak çağ dışı bir uygulamadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan *Filipinler hukukunda*²⁷ Türk hukukundan farklı olarak hak ehliyetinin sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşme ile kazanılması şeklinde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık İspanyol hukukuna benzer olarak ana rahminde olan çocuğun, çocuğun çıkarlarının gerektiği durumlarda, doğmuş olarak kabul edilmesi kuralı kabul edilmiştir. Doğmuş olarak kabul edilebilme konusunda da Filipinler hukuku çocuğun sağ doğması şartını aramış ve bu şartın sağlanması konusunda çocuğun rahimde kalış süresine göre ayrıma gitmiştir. 7 ay veya daha az süreli ana rahminde kalarak erken doğan çocuğun sağ doğma şartını sağlayabilmesi için anneden tamamen ayrıldıktan sonra en az 24 saat yaşaması gerekmektedir. 7 aydan fazla ana rahminde kalan çocuklar için ise doğum anında sağ olmak yeterli kabul edilmiştir.

*Katar Medeni Kanunu'nun*²⁸ ilk maddesi şeriat hükümlerinin ancak kanunda hüküm bulunmaması halinde uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Kanunda da hak ehliyeti ile ilgili düzenlemeler bulunduğu için İslam hukukundaki ehliyet düzenlemelerini uygulama imkânı ortadan kalkmıştır. Katar Medeni Kanunu da Türk hukuku gibi sağ doğmak koşulu ile ceninin de hak sahibi olabilmesine imkân vermiştir. Yine aynı şekilde cenini kişi olarak kabul etmemiş ve kişiliğin başlangıcını doğum olarak belirlemiştir.

23 Dural/Öğüz a.g.e. s. 21.

24 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 9 <http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf> 22.10.2016.

25 Bu durumun gerekçesinin Çin'de uygulanan sert tek çocuk politikası olduğu söylenebilir. Zira tek çocuk politikasına aykırı olarak hamile kalan kadınların, hamileliğinin hangi döneminde olduğuna bakılmaksızın kürtaja tabi tutuldukları bilinen bir gerçektir. Bu durum uzun yıllardır insan hakları ihlallerine sebep olmaktadır.

26 İspanya Medeni Kanunu m. 29 - 30 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319 22.10.2016.

27 Filipinler Medeni Kanunu m. 37 - 41 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=225740 22.10.2016.

28 Katar Medeni Kanunu m. 39 - 40 <https://tr.scribd.com/doc/156926796/Qatar-Civil-Code-English> 05.11.2016.

*Suudi Arabistan hukukunda*²⁹ kişiliğin başlangıcına ilişkin olarak açık bir fetva bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olabilecek birkaç fetvada³⁰ sperm, yumurta ve embriyonun canlı varlıklar olduğu kabul edilmiştir. Ancak ceninin 4 aylık ya da daha küçük olması durumunda, söz konusu 4 aylık süre içinde doğan bebeğe cenaze töreni yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak ise hamileliğin ancak 4. ayında cenine ruh üflendiği gösterilmiştir. Bu durum Suudi Arabistan hukukunda kişiliğin, hamileliğin 4. ayından itibaren başladığı şeklinde yorumlanabilecektir. Hak ehliyeti açısından ise cenin sağ doğmak koşulu ile döllenenmeden itibaren hak ehliyetine sahip olarak kabul edilmektedir. Ceninin yaşam hakkı tanınmış olup kürtaj, hamileliğin annenin sağlığını ciddi bir şekilde tehlikeye düşürdüğü durumlar hariç olmak üzere, sert bir şekilde yasaklanmıştır.³¹ Ceninin miras hakkı da tanınmış ve konuyla ilgili olarak detaylı fetvalar yayınlanmıştır.³²

Yukarıda da açıklandığı üzere doğal hukuk ekolünü takip eden *İngiliz hukukunda* hak ehliyeti kavramı bulunmamakta olup her insanın insan olması nedeniyle hak sahibi olabileceği kabul edilmektedir. Ceninin kişiliği ise İngiliz hukukunda kabul edilmemektedir. Buna rağmen ceninin, sağ doğması koşuluyla, mirasçı olabilme hakkı bulunmaktadır.³³ Ayrıca ceninin ana karnındayken haksız fiiller sonucu zarara uğraması halinde zararlarını tazmin etme hakkı bulunmaktadır.³⁴

Hak ehliyeti ve kişiliğin başlangıcı konusunda yukarıda incelenen çeşitli hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı düzenlemeler yapmış oldukları görülmektedir. Bu nedenle hak ehliyeti konusunda uluslararası alanda bir yeknesaklaşmadan bahsetmenin mümkün olmadığı sonucuna varılabilecektir. Öte yandan her ne kadar incelenen hukuk

29 Suudi Arabistan'da modern anlamda bir medeni kanun yürürlükte bulunmamaktadır. Bunun yerine İslam hukuku ülkede uygulanmaktadır. İslam hukukunun uygulanması ve Kur'an-ı Kerim'in yorumlanması konusunda ise yetkilendirilmiş bir devlet kurumu oluşturulmuştur. Bu kurumun çıkarmış olduğu fetvalar bağlayıcı hukuk kuralları olarak kabul edilmektedirler.

30 Fatwas of the Permanent Committee, Group 1, Volume 1: `Aqidah (1), Creeds, Tawhid-ul-Rububiyah, Creation of mankind, <http://www.alifita.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12&PageNo=1&BookID=7>, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 7: Fiqh - Salah 3, Washing and shrouding the dead, Rulings on miscarried fetuses, <http://www.alifita.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12887&PageNo=1&BookID=7>, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 7: Fiqh - Salah 3, Washing and shrouding the dead, If the fetus was miscarried after it was four months old, <http://www.alifita.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=12880&PageNo=1&BookID=7>, 27.12.2016; Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 4: Fiqh - Taharah, Postpartum blood, Having a miscarriage during the first months of pregnancy, <http://www.alifita.net/Fatawa/FatawaChapters.aspx?languagename=en&View=Page&PageID=11707&PageNo=1&BookID=7>, 27.12.2016.

31 Fatwas of the Permanent Committee, Group 1, Volume 21, Fatwa No. 17576, Part No. 21, Page No. 435 <http://www.alifita.net/Search/ResultDetails.aspx?languagename=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=8274&searchScope=7&SearchScopeLevels1=&SearchScopeLevels2=&highlight=1&SearchType=exact&SearchMoesar=false&bookID=&LeftVal=0&RightVal=0&simple=&SearchCriteria=allwords&PagePath=&siteSection=1&searchkeyword=0970981111411610511110#firstKeywordFound>, 23.12.2016.

32 Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Ruling on Pregnancy, Part No. 20; Page No. 167, <http://www.alifita.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?languagename=en&BookID=14&View=Page&PageNo=1&PageID=3935>, 24.12.2016.

33 Andrew Burrows, **English Private Law**, 3. Bası, Oxford University Press, 2013 s. 702.

34 Burrows, **a.g.e.** s. 939.

düzenlerinde farklı yaklaşımlar bulunsa da genel olarak hepsinde aynı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Zira incelenen her hukuk sisteminde tüm insanlara hak ehliyeti tanınmıştır ve cenin miras ile haksız fiiller açısından korunmaktadır.

Hak ehliyetinin başlangıcı konusunda ceninin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira cenine sağ ve tam doğmak koşulu ile döllenmeden itibaren hak ehliyeti tanınmakta ya da hak ehliyeti tanınmasa bile malvarlığı açısından korunması sağlanmaktadır. Ancak cenine mal varlığı edinme hakkı tanınmasına rağmen yaşam hakkı tanınmaması (Suudi Arabistan hukuku hariç³⁵) eleştirilere maruz kalmakta ve durumun etikliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Kanaatimizce mevcut teknolojik imkânlar dâhilinde bu durum annenin ve toplumun yararlarını korumak adına yerinde bir düzenlemedir. Ancak, tıpkı babalık karinelerinin DNA testinin geliştirilmesi ile önemini kaybetmesi gibi, ceninin ana karnından sağ olarak alınıp yapay yöntemlerle yaşamını devam ettirmesine olanak sağlayan teknolojilerin gelişmesi halinde mutlaka cenine yaşam hakkı da tanınmalıdır.

4. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması

Hak ehliyetinin mutlak olarak sınırlandırılması günümüzde hukuk düzenleri tarafından cevaz verilen bir durum olmaktan çıkmıştır. Ancak kişilerin farklılıkları nedeniyle hak ehliyetinin bazı durumlarda sınırlandırılması mümkün hale getirilmiştir. Bunun yanında tarihi dönemler içinde, dine, cinsiyete ve ırka dayalı sebeplerle hak ehliyetinin sınırlandırıldığı görülmüştür. Hatta cinsiyete dayalı olarak hak ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin uygulamaların bazıları günümüzde dahi devam etmektedir.

Hak ehliyetinin sınırlandırılması konusunda yapılacak incelemede öncelikle tarihi dönemler içerisinde hak ehliyetinin kısıtlandığı bazı olaylar incelenecek ve ardından hak ehliyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak günümüzdeki durumlar ele alınacaktır.

a. Hak Ehliyetine Tarihi Dönemler İçinde Getirilen Kısıtlamalar

Tarihi dönemler içinde hak ehliyetine getirilen en büyük kısıtlamalardan biri köleliktir. Antik çağlardan 19. yüzyıla kadar olan dönemde kölelik olgusu varlığını sürdürmüştür.³⁶ Köle, hak ehliyeti olmayan ve mal statüsünde bulunan insan anlamına gelmektedir. Günümüzde köleliğin ortadan kaldırılmış ve hak ehliyetinin her insana tanınmış olmasına rağmen insanlığın bu seviyeye ulaşabilmesinin bedeli ağır olmuştur. Antik Yunan fi-lozofları; köleliğin, her insanın eşit olduğunu kabul eden doğal hukuk düzenine aykırı olduğunu belirtmiş olmalarına rağmen kölelerin özgür bırakılmasına ilişkin herhangi bir adım atmamışlardır.³⁷ İslam hukukunda kölelik kurumunun durumu tartışmalıdır. **Hatemi'ye** göre İslam hukukunda kölelik kurumu bulunmamaktadır. Köle olarak kabul edilen savaş esirleri koruyucu ailelere verilmekte ve o ailelerin fertleri gibi muamele

35 Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 11 vd.

36 Çoşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016, s. 109; Köleliğin tarihi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Slavery's Roots: War and Economic Domination**, <http://www.freetheslaves.net/about-slavery/slavery-in-history/> 05.11.2016.

37 Işıktaç, **a.g.e.** s. 79; Umur, **a.g.e.** s. 157.

görmektedir. Yani bir başka deyişle köle olarak kabul edilen savaş esirlerinin hak ehliyetinin ortadan kaldırılması değil fiil ehliyetinin sınırlandırılması söz konusudur. Ancak **Hatemi** örfi hukuk yoluyla İslam toplumuna kölelik kurumunun yerleştirilmiş olduğunu belirtmektedir.³⁸

Yeniçağda, 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde³⁹ ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde⁴⁰ tüm insanların eşit olduğu ilan edilmiştir. Bu belgelerin özel hukuktaki yansıması, hak ehliyetine tüm insanların sahip olması gerektiği düşüncesidir. Bu gelişmelere rağmen köleliğin yasaklanması daha ileri tarihlerde gerçekleşebilmiştir. Hatta Amerika Birleşik Devletlerinde köleliğin kaldırılması ancak uzun bir iç savaş sonucu mümkün olmuştur. İngiltere’de ise ilk defa 1597’de verilen bir mahkeme kararıyla İngiltere topraklarına ayak basan her kölenin özgür olacağı kabul edilmiştir.⁴¹ Köleliği tamamen kaldıran 1833 tarihli yasaya kadar olan dönemde anılan bu kararlar aynı doğrultuda veya aksi görüşte birçok mahkeme kararı ortaya çıkmıştır.⁴²

Hak ehliyetinin kısıtlanması konusunda en çarpıcı örneklerden birisi de Nuremberg Kanunları olarak bilinen kanunlarından birisi olan 15 Eylül 1935 tarihli Alman Kanununun ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanundur.⁴³ Bu kanun, Yahudilerle Almanların evlenmesine yasak getirerek hak ehliyetine ırk ayrımına dayalı bir sınırlama getirmiştir. Buna benzer kanunlar Nazi Almayasının müttefiki olan diğer ülkelerde de çıkarılmıştır.

b. Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasına İlişkin Güncel Sorunlar

1. Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasında Genel Kural

Türk hukukunda hak ehliyetinin yalnızca belirli bir gruba ait kişilere tanınması şeklinde bir kısıtlama yapmak Anayasa m. 10 gereği mümkün olmamaktadır. Buna karşılık TMK m. 8 hukuk düzeninin hak ehliyetinin kullanılmasını kısıtlayabileceğini öngörmüştür. Buna bağlı olarak da yaş, cinsiyet, yabancılik gibi unsurlara dayanılarak hak ehliyetine kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalara tipik örnekler; evlenme yaşı, kadının soy bağıını reddetme hakkının bulunmaması, yabancıların Türkiye’de mal edinme haklarının kısıtlanması örnek gösterilebilmektedir. Diğer ülkelerin hukuk düzenleri de hak ehliyetine çeşitli kısıtlamalar getirmektedir. Ancak bu kısıtlamalar ülkelerin kültürlerine, coğrafi konumlarına ve diğer özelliklerine bağlı olarak değişmektedir. Bu duruma en temel örnek, evlenme yaşının her ülkede farklı olması gösterilebilmektedir.

38 Hüseyin Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012 s. 77.

39 http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html 22.10.2016.

40 http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf 22.10.2016.

41 Cartwright kararı olarak anılan bu kararın orijinal belgelerine ulaşamadım. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=74904&strquery=cartwright%20russia> 22.10.2016.

42 Köleliğin Kaldırılması Kanunu 1833 (*Slavery Abolition Act 1833*) http://www.pdavis.nl/Legis_07.htm 22.10.2016.

43 <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/nurmlaw2.html> 22.10.2016.

2. Hak Ehliyetinin Kısıtlandığı Bazı Durumlar

Günümüzde hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan yabancıların taşınmaz edinmesine getirilen sınırlamalar, evli kadının soyadını koruyamaması ve eşcinsel evlilikler bu başlık altında değerlendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kısıtlamalardan evlenen kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu ve eşcinsel evliliklere müsaade edilmemesi konuları dünyada güncel olarak tartışılmakta ve söz konusu sınırlamalar kaldırılmaya başlanmaktadır.⁴⁴ Ülkemizde ise eşcinsel evlilikler konusunda henüz somut bir adım atılmaktan uzak olursa da evli kadının kendi soyadını koruması konusunda verilen Anayasa Mahkemesi kararları, belirli bir aşama kaydedilmesini sağlamıştır.

a. Yabancıların Taşınmaz Edinmesi

Hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan birisi yabancıların bir başka ülke içinde taşınmaz edinmelerine getirilen sınırlamalardır. Eski çağlardan itibaren var olan bu uygulamaya göre, yabancıların mal edinmesi bazı dönemlerde tamamen kısıtlanmış; bazı dönemlerde ise, özel bir ayrıcalık olarak belirli kişilere tanınmıştır.⁴⁵ Günümüzde ise yabancıların bir başka ülkede taşınmaz edinmesi konusunda hemen her ülke mevzuatında kısıtlamalar bulunmaktadır. Türkiye’de de Anayasa’nın 16. maddesi gereği yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin dolayısıyla da yurtiçindeki mülkiyet haklarının sınırlandırılabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar bu durumun hak ehliyetinin sınırlandırılması olarak kabul edilmesi mümkünse de bu sınırlamanın, meşru dayanaklar bulunması nedeniyle, devam etmesi gerekmektedir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu’nun 1868’de yabancıların taşınmaz edinmelerini serbest bırakmasından sonra yabancıların aşırı miktarda taşınmaz satın aldığı ve bu durumun birçok ekonomik, siyasal ve sosyal sakıncalara sebep olduğu görülmüştür. Bir başka örnek olarak günümüzdeki İsrail devletinin temellerinin Yahudi göçmenlerin Filistin’de taşınmaz edinmeye başlamaları ile atılması olarak gösterilebilmektedir.

b. Evli Kadının Kendi Soyadını Koruyamaması

Türk hukukunda (TMK m. 187), evlenen kadın erkeğin soyadını almak zorundadır. Ancak kadının kendi soyadını, erkeğin soyadı ile birlikte taşımasına müsaade edilmektedir. Bu durum kadının soyadı konusundaki hak ehliyetini sınırlayan önemli bir unsur olarak ortaya çıkmakta; evlenen kadının erkeğin soyadını taşıma zorunluluğu geçmişten gelen ataerkil düzenin günümüzdeki bir yansıması olarak devam etmekte ve aile birliğinin korunması, nüfus kayıtlarının tutulması gibi sebeplerle hala savunulmaktadır. Soyadının aynılaştırılması ile beklenen faydalar, günümüzdeki kayıt teknolojileriyle soyadı aynılaştırılmadan da sağlanabilir hale gelmiştir. Kanaatimizce evlenen kadının kendi soyadını kullanamaması, hak ehliyetinin sebepsiz yere kısıtlanmasıdır.

44 Eşcinsel evliliklerin serbest bırakıldığı ülkeler için bkz. <https://www.washingtonpost.com/graphics/world/gay-rights/>, 29.12.2016.

45 Aysel Çelikel/Günseli Gelgel Öztekin, **Yabancılar Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016, s. 299.

Kadının erkeğin soyadını taşıması zorunluluğunun yarattığı eşitsizlik ve dolayısıyla kadının hak ehliyetinin sınırlanması, bazı ülkelerde bu kuralın değiştirilmesine sebep olmuştur. Örneğin, ABD'nin California eyaletinde 2007 yılında çıkarılmış olan İsim Eşitliği Hakkında Kanun⁴⁶ ile birlikte eşlere soyadlarını seçmeleri konusunda birtakım seçenekler getirilmiştir. Bu kanuna göre eşlerden birisi diğerinin soyadını alabilmektedir ya da iki eşin soyadının birleşimi ya da birlikte kullanımı ile oluşturulacak tek bir soyadının kullanımı söz konusu olabilmektedir. Son olarak Türk hukukunda olduğu gibi birlikte soyadı kullanımına da izin verilmiştir. California'da yürürlükte olan kanunun en temel özelliği yalnızca kadına değil erkeğe de aynı imkânları getirerek eşler arasında tam bir eşitlik sağlamış olmasıdır. California ile benzer durum Alman⁴⁷ hukukunda da gözlemlenmektedir.

Evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu konusunda Türkiye'de henüz bir kanun değişikliği söz konusu değildir. Ancak konu birkaç kez Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir ve bir kez de AİHM konuyla ilgili karar vermiştir.

Evli kadının erkeğin soyadını alması ile ilgili ilk karar 1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi bu kararda evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunu kamu düzeni ile açıklamış ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Evli kadının soyadı konusunda AİHM'de Türkiye'ye karşı açılan bir davada AİHM, kadına getirilen bu zorunluluğun insan hakları ihlali olduğuna karar vererek Türkiye'yi tazminata mahkûm etmiştir.⁴⁹ Evli kadının soyadı konusu 2009 yılında yerel mahkemelerce yapılan itirazlar sonucu bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi bu kararında da kamu düzenine öncelik tanıyarak evli kadının erkeğin soyadını almak zorunda olmasının Anayasa'nın ihlali anlamına gelmediğine hükmetmiştir. 2013 yılında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesi eski içtihatlarından dönerek evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğunun Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁵¹ Böylelikle ilk defa bir Türk yargı organı evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunun Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi 2014 ve 2015 yıllarında açıkladığı bireysel

46 [https://www.cdph.ca.gov/certlic/birthdeathmar/Documents/NameEqualityActPamphlet-\(1-13\).pdf](https://www.cdph.ca.gov/certlic/birthdeathmar/Documents/NameEqualityActPamphlet-(1-13).pdf) 05.11.2016.

47 Almanya Medeni Kanunu m. 1355.

48 Anayasa Mahkemesi, 1997/61 E. 1998/59 K. T. 29.09.1998, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm> 22.10.2016.

49 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ünal Tekeli v. Türkiye, B. N. 29865/96, K. T. 16.11.2004, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1190332-1236514#{"itemid":\["003-1190332-1236514"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1190332-1236514#{) 22.10.2016.

50 Anayasa Mahkemesi, 2009/85 E. 2011/49 K. T. 10.03.2011, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm> 22.10.2016.

51 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/2187, T. 19.12.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf> 22.10.2016.

başvuru kararlarında da paralel şekilde karar vermiştir.⁵² Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir diğer kararla da velayete sahip kadının çocuğuna soyadını verememesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesine ve aile hayatına saygı duyulması ile aile hayatının gizliliğini belirten 20. maddesine aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir.⁵³ Böylelikle evli kadının çocuğun soyadı konusunda erkeklerle eşit haklara sahip olması konusunda ciddi bir aşama kaydedilmiştir.

c. Eşcinsel Evlilikler

Eşcinsel evlilikler son yıllarda büyük tartışmalara sahne olan bir konudur. Eşcinsel evliliklere izin verilmemesi, eşcinsel bireylerin evlenme ehliyetlerinin dolayısıyla da hak ehliyetlerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Eşcinsel evlilikler konusunda dünyada çeşitli yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Batı ülkelerinde genelde bu tür evliliklere izin verilirken bazı Ortadoğu ülkelerinde eşcinsel olmak dahi kişiye idam cezası verilmesi için yeterlidir.⁵⁴ Bu konuyu derinlemesine incelemek bu çalışmanın konusu dışında kalırsa da kanaatimizce eşcinsel evliliklere izin verilmemesinin herhangi bir hukuki faydası yoktur. Zira hukuk düzenimizde herkesin evlenmeden evlilik hayatı yaşaması mümkündür. Aynı durum doğal olarak eşcinsel bireyler için de geçerlidir. Dolayısıyla eşcinsel bireylerin evlenmesine izin vermemek, fiili olarak eşcinsel birliktelikleri engellemek anlamı taşımamaktadır. Bu durumda evlilik kurumunun eşlere sağladığı hukuki korumaları eşcinsel bireylerden esirgemenin herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Aynı şekilde eşcinsel bireylerin evlenmesinin heteroseksüel bireylerin evlenmesine herhangi bir etkisi de yoktur. Bu açıklamalara rağmen AİHM'in eşcinsel evlilik hakkının AİHS tarafından korunmadığına yönelik içtihadı bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir.⁵⁵ Öte yandan ABD Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu güncel bir kararda eşcinsel bireylerin evlenme haklarının kısıtlanmasının ABD Anayasasında belirtilen temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir.⁵⁶

52 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/4439, T. 06.03.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140425-18.pdf> 16.04.2014; Anayasa Mahkemesi, B. N. 2014/5836, T. 16.04.2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/07/20150721.htm>, 22.10.2016.

53 Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/7979, T. 11.11.2015, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/12/20151224-12.pdf>, 22.10.2016.

54 Candan Yasan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı** Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013 s. 11. Eşcinsel evlilikler ve milletlerarası özel hukuka ilişkin durum hakkında da anılan eserde detaylı bilgi bulunabilmektedir.

55 Schalk ve Kopf v. Avusturya [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["schalk"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-99605"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) 22.10.2016; AİHM verdiği bir kararda eşcinsel birlikteliklerin medeni hukukta tanınması gerektiğine, ancak bu tanınmanın evlilik birliği olmasının zorunlu olmadığına hükmetmiştir. Söz konusu karar için bkz. Oliari ve diğerleri v. İtalya, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265>, 30.12.2016.

56 Karar metni için bkz. http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf 22.10.2016.

5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesi

Hak ehliyeti her kişiye tanınmış bir ehliyet olduğundan, kişinin hak ehliyetini kaybetmesi ancak kişiliğin sona ermesi ile mümkün olabilmektedir. Gerçek kişiler için kişiliği sona erdiren temel unsur her hukuk düzeninde ölüm olarak kabul edilmektedir. Ölüm haricinde kişiliği sonlandıran diğer hukuki kurumlar ölüm karinesi ve gaipliktir. Ancak her hukuk düzeninde ölüm karinesi ayrı bir kavram olarak yer almamaktadır. Buna rağmen ölüm karinesi ile meydana getirilebilen sonuçlara bu hukuk sistemlerinde de ulaşmak mümkün olmaktadır.

a. Ölüm ve Ölüm Karinesi

Türk hukukunda hak ehliyetini sonlandıran haller, gaiplik haricinde, ölüm ve ölüm karinesi olarak sıralanmaktadır. Ölüm, biyolojik ölüm ve beyin ölümü olarak ayrıma tabi tutulmaktaysa⁵⁷ da TMK'da bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zira ölüm anının tespiti hukuk biliminin değil tıp biliminin sorunudur⁵⁸ ve hukukun tıptaki gelişmeler karşısında esnek olması gerekmektedir. Bu esnekliğin sağlanması amacıyla gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde ölüm anının tespitine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bir kişinin ölümünün kesin olduğu bir durum içinde kaybolması halinde, sırf bu kişinin cesedine ulaşılamaması nedeniyle onun öldüğü sonucuna varamamak, ölüme bağlı hukuki sonuçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Örnek vermek gerekirse havada infilak eden bir uçağın içinde bulunan kişilerin cesetlerine ulaşılamadığı gerekçesiyle kişilerin ölmediği sonucuna varmak, söz konusu kişilerin mallarının mirasçılarına geçmesini engellemektedir. Kişilerin cesetlerine ulaşmanın hiçbir zaman mümkün olmayacağı göz önüne alındığında mirasın intikali hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Bunun gibi sakıncalı durumları ortadan kaldırmak için TMK m. 31'de düzenlenen ölüm karinesi kurumu geliştirilmiştir. Ölüm karinesi, kişinin öldüğü kesin olan durumlar içinde kaybolması ve kendisinin cesedinin bulunamaması durumunda, söz konusu kişinin ölmüş gibi kabul edilmesine imkân tanımaktadır. Ölüm karinesinin ayırt edici özelliği ölümü kesin olarak kabul etmeyi mümkün kılan risk seviyesi taşıyan bir durum içinde kişinin kaybolmasıdır.⁵⁹ Bahsedilen kesinlik seviyesinin sağlanamaması halinde kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi imkân da doğmaktadır. Ayrıca TMK m. 29/2, birden fazla kişinin, ölümlerini kesin olarak kabul etmeye elverişli bir durum içerisinde kaybolmaları halinde ve ölüm anlarının tespit edilemediği durumlarda hepsinin aynı anda öldüğüne dair bir karine kabul etmiştir. Bu paragrafta açıklanan karinelerin hiçbirisi kesin olmayıp söz konusu karinelerin aksinin ispatlanması her zaman mümkündür.⁶⁰

57 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 19; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 138; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 23 vd; Serozan **a.g.e.** s. 424.

58 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 19.

59 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 26; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 71; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 140; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 251; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 26.

60 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 27; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 71; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 141; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 250; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 27.

b. Gaiplik

Türk hukukunda kişiliğin sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer kurum da gaipliktir. Ancak Türk hukukunda gaiplik kararı verilene kadar geçen süre boyunca kendisinden haber alınamayan kişinin mal varlığının yönetimine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda kişinin malvarlığının yönetimi için TMK m. 427 kapsamında temsil kayyımı atanması mümkündür. Buna karşın bazı yabancı hukuk sistemleri söz konusu döneme ilişkin özel düzenlemeler yapmıştır.

1. Kişinin Ortadan Kaybolması Halinde Alınacak Önlemler

*İspanyol hukukunda*⁶¹ bir kişinin ortadan kaybolması durumu ile ilgili olarak son derece detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ilk olarak bir kişinin yerleşim yerinden veya yaşadığı son yerden haber bırakmaksızın ortadan kaybolması durumunda herhangi bir süre geçmesine gerek olmadan hâkimin kaybolan kişiye ilgililerin talebi üzerine bir temsilci atmasını mümkün hale getirmektedir. Bu kapsamda atanacak temsilci sırasıyla eş, dördüncü dereceye kadar akraba ya da hâkim tarafından seçilecek bir kişi olmaktadır.

Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişi için eşin, dördüncü dereceye kadar olan akrabaların ya da savcının ve bunlara ek olarak kaybolan kişinin mal varlığı hakkında iddiaları bulunan herkesin, kişinin kayıp olarak ilan edilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilmesi için kişinin malvarlığını yönetecek bir temsilci bırakmadığı hallerde bir yıl, mal varlığının yönetimi için temsilci bıraktığı hallerde ise üç yıl geçmesi gerekmektedir. Süre şartlarının sağlanmasının ardından kayıp olarak ilan edilen kişinin malvarlığının yönetimi⁶² sırasıyla eş, çocuk ve kardeşlere, bunların bulunmaması halinde ise mahkemece atanacak kişiye geçmekte ve bu kişilere kayıp olarak ilan edilen kişiyi arama görevi yüklenmektedir. Kayıp olarak ilan edilen kişinin öldüğü kabul edilmemekte dolayısıyla kişiliği ve hak ehliyeti sona ermemektedir. Kayıp olarak ilan edilme kurumu, ortadan kaybolan kişinin geride kalan mal varlığının korunması için getirilmiş bir koruma metodu olarak değerlendirilmelidir.

*Çin hukukunda*⁶³ ortadan kaybolan kişilerle ilgili kayıp olarak ilan edilme ile ölmüş olarak ilan edilme şeklinde iki kurum bulunmaktadır. Kişiden iki yıl boyunca haber alınamaması halinde söz konusu kişi mahkemece kayıp olarak ilan edilmektedir. Kayıp olarak ilan edilmek, kişiliği ve hak ehliyetini ortadan kaldırmamaktadır.

*Filipinler hukukunda*⁶⁴ haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişilere hâkim tarafından herhangi bir süre şartıyla bağlı olmaksızın mevcut şartların gerektirmesi durumunda bir kişinin temsilci olarak atanması mümkün olmaktadır. Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilebilmesi için son haber alma tarihinden

61 İspanya Medeni Kanunu m. 181 - 198.

62 Malvarlığının yönetimi konusunda detaylı düzenlemeleri incelemek için İspanyol Medeni Kanunu'nun 185 vd. hükümlerine bakılmalıdır.

63 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 - 25.

64 Filipinler Medeni Kanunu m. 381 - 396.

itibaren iki yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Eğer kişi ortadan kaybolmadan önce arkasında bir temsilci bırakmışsa, bu süre beş yıla çıkmaktadır. Mahkemenin kayıp ilanı vermesinden itibaren altı ay geçmesiyle birlikte kişinin kayıp olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmaktadır. Bu mahkeme kararının sonucu olarak kayıp olarak ilan edilen kişinin mallarının yönetilmesi için mahkemece bir temsilci atanmaktadır.

2. Gaiplik Kararı Verilebilmesinin Şartları

TMK m. 32'ye göre bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ya kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması ya da kişiden uzun süreden beri haber alınamaması gerekmektedir. Kişi hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için kişinin tehlike içinde kaybolduğu andan itibaren bir yıllık ya da kişiden en son haber alınan tarihten itibaren ise beş yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Gaiplik kararı verilebilmesinin diğer bir şartı da mahkemenin usulüne uygun şekilde ilan yaptırması ve bu ilandan itibaren en az altı ay beklemesidir. Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi, söz konusu kişinin ölmüş gibi muamele görmesine yol açmaktadır. Yani gaiplik kararı kişinin kişiliğini, dolayısıyla da hak ehliyetini sona erdirmektedir.

İsviçre hukukunda⁶⁵ gaiplikle ilgili Türk hukukundan iki önemli farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki Türk hukukunda (TMK m. 33) en az altı ay olan ilandan itibaren bekleme süresinin, İsviçre hukukunda bir yıl olarak kabul edilmiş olmasıdır. Diğer farklılık ise gaipliğin sonuçlarında görülmektedir. Zira İsviçre hukukunda gaiplik kendiliğinden evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmaktayken, Türk hukukunda (TMK m. 131) evliliğin sona ermesi için sağ olan eşin talebi gerekmektedir.

*İspanyol hukukunda*⁶⁶ kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi ya da Türk hukukundaki terime uygun şekilde gaip olarak ilan edilebilmesi için kayıp olan kişiden en son alınan haber üzerinden on yıl geçmesi gerekmektedir. Kayıp olan kişinin yetmiş beş yaşını doldurmuş olması halinde ise bu süre beş yıla düşmektedir. Söz konusu kişinin hayati tehlike içeren bir kaza sırasında ya da silahlı çatışma yaşanan bir bölgede kaybolması halinde kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren iki yıl geçmesi yeterli görülmektedir. Ülkenin savaş durumunda olduğu hallerde, kişinin bu savaş kapsamında görev yapan silahlı birliğin üyesi olması ya da bu savaş sırasında görev yapan yardım organizasyonuna dâhil olması veyahut da savaş bölgesinde gazetecilik yapması söz konusu olup kişinin bu görevler esnasında ortadan kaybolması durumunda, savaşın bitiminden itibaren iki yıl geçmesine rağmen kişi hala kayıpsa kişinin öldüğü ilan edilmektedir. Söz konusu sürenin başlangıcı olarak savaşı bitiren barış antlaşması ya da resmi ilan dikkate alınmaktadır. Kişinin gemi kazası sonucu ya da denizde seyir halindeyken kaybolması halinde, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içinde kişiden haber alınmazsa kişi ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kişinin bulunduğu geminin seyir esnasında kaybolması halinde, gemiden son haber alma tarihinden itibaren, eğer hiç haber alınamamışsa geminin limandan ayrılışından itibaren altı ay geçmesiyle kişinin ölmüş olarak ilan edilmesine

65 İsviçre Medeni Kanunu m. 546 - 550 <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf> 22.10.2016.

66 İspanya Medeni Kanunu m. 181 - 198.

karar verilmektedir. Kişinin uçak kazası sonucunda ortadan kaybolması halinde ya da bulunan cesetlerin kimlik tespitine imkân tanımaması halinde kazadan itibaren üç ay içerisinde kişinin ölmüş olduğu ilan edilmektedir. Eğer kişi yolculuk esnasında kaybolan bir uçakta bulunuyorsa, uçağın kaybolmasından itibaren altı ay sonra ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kayıp ilanı ile ölüm ilanı arasındaki temel fark, kayıp ilanının kişiliğin sonlanması sonucunu doğurmamasıdır. Buna karşılık ölüm ilanı kişinin ölmüş gibi muamele görmesine sebep olmaktadır. Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüm ilanı kararlarının tamamında kişinin varsayılan ölüm tarihinin de belirtilmesi gerekmektedir.

*Çin hukukunda*⁶⁷ kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi için kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren dört yıl geçmesi gerekmektedir. Kişinin bir kaza sırasında kaybolması halinde ise söz konusu dört yıllık süre iki yıla düşürülmüştür. Ancak burada bahsedilen kazalar Türk hukukunda ölüm karinesine sebebiyet verecek kesinlikte ölüm sonucunu doğuran kazalar olarak kabul edilmemektedir. Kişinin savaş esnasında kaybolması halinde ise söz konusu sürelerin savaşın son gününden itibaren hesaplanacağı kanunda belirtilmiştir. Kişinin ölmüş olarak ilan edilmesi, kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyetini sonlandırmaktadır. Bu durum miras paylaşımı gibi ölüme bağlı sonuçların doğmasını sağlamaktadır.

*Filipinler hukuku*⁶⁸ kişinin ortadan kaybolduğu durumlarda, kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesi açısından bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma göre kişinin kayıp olduğuna ilişkin mahkeme kararından itibaren yedi yıl sonra kişinin ölmüş olduğu kabul edilmekte ve kişiliği sona ermektedir. Ancak kişinin malvarlığı hakları söz konusu yedi yıllık süre sonrasında da hala devam etmekte ve mirası mirasçılara intikal etmemektedir. Bir başka deyişle kişiliğin sona ermesinden sonra hak ehliyetinin bir süre daha devam etmesine izin verilmektedir. Bu durum cenine miras hakkı tanınması için kişilik tanınmadan hak ehliyeti tanınması haliyle benzerlik göstermektedir. Mahkemenin kişinin kayıp olduğuna ilişkin olarak verdiği karardan itibaren on yıl geçmesiyle birlikte kişinin malvarlığı üzerindeki hakları da sona ermekte ve mirası mirasçılara geçmektedir. Söz konusu on yıllık süre kaybolan kişinin yetmiş beş yaşından büyük olması halinde beş yıla inmektedir. Kişinin seyir esnasında kaybolan bir uçak ya da gemide bulunması, savaş esnasında görev yapan bir silahlı birlikte görev yapması ya da ölüm tehlikesi içinde kaybolması halinde ise kaybolmadan itibaren dört yıl geçmesiyle birlikte kişi ölmüş olarak kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda kişinin malvarlığı üzerinde de herhangi bir hakkı kalmamaktadır.

Suudi Arabistan hukukunda gaiplik ile ilgili fetvalar⁶⁹ incelendiğinde diğer hukuk sistemlerine benzer şekilde kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolması şeklinde ikili ayrımla karşılaşılmaktadır. Buna göre eğer kişi ölüm tehlikesi içinde ya da ölüm ihtimalinin yüksek olduğu bir durumda ortadan kaybolmuşsa, kişiden alınan en son haberden itibaren dört yıllık sürenin dolmasıyla

67 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 - 25.

68 Filipinler Medeni Kanunu m. 381 - 396.

69 Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Rulings on a Missing Person, Part No. 20; Page No. 171, <http://alifta.net/Fatawa/fatawaDetails.aspx?language=en&View=Page&PageID=3936&PageNo=1&BookID=14, 24.12.2016>.

kişinin ölmüş olduğu kabul edilmektedir ve kişinin mirası paylaşılmaktadır. Kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlarda ise, kişinin doğumundan itibaren doksan yıl geçmesiyle ya da bir başka deyişle kişinin doksan yaşını doldurmasıyla birlikte kişinin ölmüş olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlara ticaret veya turizm amaçlı geziler örnek gösterilebilmektedir.

İngiliz hukukunda 2013 yılına kadar ortadan kaybolmuş kişilerle ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta olup bu konu *Common Law* ya da bir başka deyişle mahkeme kararları vasıtasıyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu durumun yarattığı sakıncalar ve günün ihtiyaçlarını cevaplamakta yetersiz kalması üzerine, 2013 yılı içerisinde konuyla ilgili olarak bir kanun çıkarılmıştır.⁷⁰ Yeni kanun, eski mahkeme kararlarıyla da uyumlu olarak, haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin ölmüş olarak kabul edilmesi için ya kişinin ölmüş olduğunun ispatlanmasını ya da kişiden en son alınan haberden itibaren yedi yıl geçmesini aramaktadır. Mahkemeye bu konuda başvuru yapma yetkisi sadece kaybolan kişinin eşine⁷¹, anne ya da babasına, çocuklarına ya da kardeşlerine tanımıştır. Ayrıca mahkemeye başvuracak tarafın, dava konusu kişinin ölmüş olarak kabul edilmesinde önemli derecede hukuki yararının bulunması şartı da aranmaktadır. Mahkemece kişinin ölmüş olduğuna karar verilmesi halinde, ölüm tarihi olarak yedi yıllık sürenin bitim tarihi kabul edilmektedir. Kişinin mahkemece ölmüş olarak kabul edildiği tarihten itibaren kişiliğin sona erdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu tarihten itibaren kişinin mirası mirasçılara geçmektedir ve evliliği ya da medeni birlikteliği sona ermektedir.

c. Genel Değerlendirme

Hak ehliyetinin sona ermesi konusunda incelen tüm hukuk sistemlerinin bir kişinin ölmü ya da ortadan kaybolması hallerine aynı sonuçları bağladıkları görülmektedir. Ancak bu sonuçların ne kadar sürede ve nasıl elde edilecekleri konularında farklılaşmalar ve değişik uygulamalar görülmektedir. Bir kişinin ortadan kaybolduktan sonra hangi şartlarda ölmüş kabul edileceği, geride kalan kişilerle kaybolan kişinin menfaatlerinin dengelenmesi sorundur. Nitekim bu konuda yapılan düzenlemeler hem ülkelerin hukuk politikalarından hem de tarihi tecrübelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Amerika Kıtasında ve dünyanın diğer yerlerinde sömürgeler kuran ve denizcilikle yoğun olarak uğraşan bir ülke olan İspanya'da denizde kaybolmalarla ilgili detaylı düzenlemelerin bulunması bu açıdan normal karşılanmalıdır. Benzer şekilde Suudi Arabistan hukukunda, diğer hukuk sistemlerine göre çok farklı bir uygulamanın bulunması bu ülkenin İslam dini etkisi altında kalmasıyla açıklanabilmekteyken, Türkiye ve İsviçre arasında son derece benzer düzenlemeler bulunmasına karşın gaipliğin evlilik üzerindeki etkisi açısından farklılık bulunması bu ülkelerin hukuk politikalarının farklılığı ile açıklanabilmektedir.

70 İngiltere Ölüm Karinesi Kanunu 2013 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/13/pdfs/ukpga_20130013_en.pdf 22.10.2016.

71 Hem evlilik birliğindeki eşin hem de medeni birlikteki eşin başvuru yapma hakkı vardır.

B. HAK EHLİYETİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARININ KAPSAMI VE SINIRLARI

1. Hak Ehliyetinin Başlangıcına, İçeriğine ve Sınırlandırılmasına Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetine ilişkin olarak ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeler, daha önceki bölümlerde çeşitli hukuk sistemlerinden verilen örneklerle de açıklandığı üzere henüz yeknesaklaşmaktan uzaktır. Ancak hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi gibi konuların özellikle miras hukukunda gösterdiği etkiler göz önüne alındığında, hak ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinin son derece önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu öneme istinaden bu başlık altında hak ehliyetinin başlangıcına ve kapsamına uygulanacak hukuk, daha sonra ise hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukuk hakkında inceleme yapılacaktır.

MÖHUK m. 9'a göre, bir kişinin hak ehliyetine uygulanacak hukuk, kişinin milli hukukudur. Yani ehliyete uygulanacak hukuk konusunda bağlama noktası olarak vatandaşlık esası kabul edilmiştir. Alman⁷² ve Japon⁷³ hukuklarına göre de kişinin hak ehliyetine ilişkin milli hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık İsviçre hukukunda⁷⁴ kişinin doğrudan İsviçre hukukuna göre hak ehliyetinin tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. Çin hukukunda⁷⁵ ise kişinin mutlak meskeni hukukunun hak ehliyetine uygulanacağı kabul edilmiştir.

Türk hukukuna göre hak ehliyetine uygulanacak hukuk, aynı zamanda hak ehliyetinin içeriğini de belirlemektedir.⁷⁶ Bunun yanında hak ehliyetinin başlangıcına uygulanacak hukuk da hak ehliyetine uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir.⁷⁷ Aynı durum Türk hukuku yanında Alman, Japon ve Çin hukukları için de geçerlidir. İsviçre hukukunda⁷⁸ ise hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesinin bu konuya ilişkin hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka göre tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

72 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/introductory_act_to_the_civil_code.pdf, 22.10.2016.

73 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4, http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf, 22.10.2016.

74 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34, [http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf), 22.10.2016.

75 Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 11, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611, 22.10.2016.

76 Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2015 s. 215; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016 s. 57; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman - Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015 s. 107; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016 s. 203; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016 s. 250.

77 Nomer, **a.g.e.** s. 215; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 57; Şanlı/Esen/Ataman - Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 107; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 203; Doğan, **a.g.e.** s. 250.

78 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

2. Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetini sona erdiren unsurlar Türk hukukunda ölüm (TMK m. 28), ölüm karinesi (TMK m. 31) ve gaiplik (TMK m. 32) olarak kabul edilmektedir. Yabancı hukuklarda ise, daha önceki bölümlerde incelendiği üzere, konuyla ilgili farklı kurumlar ve uygulamalar bulunmaktadır. Kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesinin başta miras açısından olmak üzere çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Açıklanan bu nedenlerle hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukukun son derece önem taşıyan bir konu olduğunu söylemek mümkündür.

a. Ölüm

Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüme uygulanacak hukuk genel olarak hak ehliyetine uygulanacak hukuk kapsamına girmektedir. Türk hukukunda (MÖHUK m. 9) bu milli hukuk olarak kabul edilmektedir. Alman⁷⁹ ve Japon⁸⁰ hukukları da Türk hukuku ile benzer olarak ehliyetin sona ermesine dolayısıyla da ölüme ilgilinin milli hukukunu uygulamaktadır. İsviçre'de ise hak ehliyetinin sonlanmasına hak ehliyetiyle ilişkisi olan hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun uygulanacağı özel olarak düzenlenmiştir.⁸¹ Bu konuda örnek vermek gerekirse mirasla ilgili olarak hak ehliyetinin ne zaman sonlandığı tespit edilmek istiyorsa mirasa uygulanacak hukuka göre bu tespit yapılacaktır. Çin hukukunda⁸² ise hak ehliyetinin sonra ermesine mutata mesken hukuku uygulanmaktadır.

b. Ölüm Karinesi ve Gaiplik

Türk hukukunda gaiplik ve ölüm karinesi ile diğer hukuk sistemlerindeki her türlü ölmüş sayılma kararları MOHÜK m. 11 gereği hakkında söz konusu kararların verileceği kişinin milli hukukuna tabi olmaktadır. Bunun yanında madde milli hukukuna göre hakkında gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişiler hakkında Türk hukukuna göre gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilebilmesinin önünü iki durum için açmıştır. Bu durumlardan birisi kişinin mallarının Türkiye'de bulunması, diğeri ise eşin ya da mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olmasıdır.⁸³

*İsviçre hukukunda*⁸⁴ ise gaiplik kararları konusunda, gaipliğin sebeplerine ve sonuçlarına İsviçre hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıca yurtdışında alınan gaiplik kararlarının tanınması için kararın gaibin son bilinen yerleşim yeri devletinden ya da vatandaşı olduğu devletten alınmış olması gerekmektedir. Aksi durumda kararların İsviçre'de tanınması mümkün olmamaktadır. İsviçre, getirdiği bu düzenlemelerle gaiplik

79 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

80 aponya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

81 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

82 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 11.

83 Yargıtay 2. HD, 1992/10936 E. 1992/11578 K. 19.11.1992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-1992-10936.htm&kw=1992/10936+E#fm>, 30.12.2016; Yargıtay 2. HD. 2007/5428 E. 2008/4768 K. 07.04.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2007-5428.htm&kw=2007/5428+E#fm>, 30.12.2016.

84 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 41 ve 42.

kararını ya kendi hukukuna ya da ilgili kişinin yerleşim yeri veya da milli hukukuna göre alınması gerektiğini benimsemiş olmaktadır.

*Alman hukuku*⁸⁵ da gaiplik ve ölmüş sayılma ile ilgili kararlara ortadan kaybolan kişinin milli hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir. Ancak bu konuda esas alınan nokta kişinin en son hayatta olduğu bilinen zamandaki vatandaşlığıdır. Kişinin ortadan kaybolmasından sonra vatandaşlığının değişmesi durumunda, kişinin yeni edindiği milli hukukunun uygulanması kabul edilmemektedir. Aynı zamanda makul sebeplerin varlığı halinde yabancı kişinin Alman hukukuna göre de gaip ilan edilebilmesi mümkün kılınmıştır.

*Japon hukukunda*⁸⁶ ise kişinin ortadan kaybolma anında Japonya'da yerleşim yeri bulunması halinde ya da Japon vatandaşı olması halinde Japon hukukuna göre hakında da gaiplik kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Kişinin Japonya'da yerleşim yeri bulunmadığı ya da Japon vatandaşı olmadığı durumlarda ise kişinin Japonya'da taşınmazının bulunması, Japon hukukunun uygulandığı hukuki ilişkilerinin bulunması, Japonya ile yerleşim yeri, vatandaşlık ya da diğer unsurlar vasıtasıyla bağlantısı bulunan kişilerin ya da diğer sebeplerin var olması durumlarında ilgili kişi hakkında Japon hukukuna göre gaiplik kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır.

*Çin hukuku*⁸⁷ kişinin kayıp olarak ilan edilmesine veya ölmüş olarak ilan edilmesine uygulanacak hukuku kişinin mutlak meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak belirlemiştir. Diğer hukuk sistemlerinin aksine Çin hukukunda herhangi bir istisna kuralı öngörülmemiştir.

Yukarıda verilen ülke düzenlemeleri incelendiğinde, Çin hariç, her ülkede belirli şartların varlığı halinde gaiplik ve ölmüş sayılma kararının davaya bakan mahkemenin bulunduğu ülkenin hukukuna göre verilebileceği öngörülmektedir. Söz konusu istisnaların amacı yabancı ülke vatandaşı hakkında söz konusu yabancının vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilememesinin yargılamanın yapıldığı ülkede doğurabileceği olumsuz sonuçları engellemektir. Şöyle ki, kişiliğin sona ermesinin temel etkileri mirasın intikali ve evliliğin sona ermesi üzerinde ortaya çıkmaktadır. Hakkında ölmüş sayılma veya gaiplik kararı verilmesi gereken yabancı için bu kararın yabancının milli hukukuna göre verilemediği durumlarda, kişiliğin sona ermesinin mirasın intikali ve evlilik üzerindeki sonuçları doğamamaktadır. Bunun sonucu olarak eşlerden birinin olmadığı evlilikler ve sahipsiz mallar gibi sakıncalı durumlar ortaya çıkmaktadır. Devletler yabancılar hakkında gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilemeyen durumların yarattığı sakıncalardan kendi vatandaşlarını korumak ve kendi ülkelerindeki taşınmazların böyle bir duruma maruz kalmasını engellemek amacıyla bahsedilen istisna kurallarını getirmişlerdir.

3. İsim

MÖHUK'da isime uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bu konuda herhangi bir hukuki boşluk bulunmadığı kabul edilmektedir.⁸⁸

85 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 9.

86 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 6.

87 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 13.

88 Nomer, a.g.e. s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, a.g.e. s. 124; Şanlı/Esen/Ataman - Fıganmeşe, a.g.e. s. 116; Çeli-

Zira isimin kişiye en yakın hukuki kurumlardan biri olması nedeniyle kişisel statüye tabi olması esası kabul edilmiştir. Böylelikle Türk hukukunda ismin kişinin milli hukukuna tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁸⁹ Bunun yanında isimin aile hukuku ilişkilerinden etkilenen kısmı için ise MÖHUK'un aile hukukuna ilişkin bölümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.⁹⁰ Konuyla ilgili Yargıtay kararları da doktrinde kabul edilen bu görüşü desteklemektedir.⁹¹

İsim bireylerin toplum içinde ayırt edilmesini sağlayan hukuki bir araç olarak tanımlanabilmektedir.⁹² İsim ad ve soyadı olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Soyadı kişinin üyesi olduğu aileyi göstermekteyken ad ise kişinin bireysel olarak ayırt edilmesini sağlamaktadır. İsim kapsamına ayrıca takma adlar, lakaplar ya da unvanlar gibi diğer unsurlar da dâhildir.⁹³ İsim konusunda yaşanan en büyük uyuşmazlıklar ismin değiştirilmesi ve evlenme yoluyla kadının erkeğin soyadını alması durumlarıdır. Söz konusu uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması halinde konuya uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir.

*Alman hukukunda*⁹⁴ ise isimle ilgili kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır. Bu kurallara göre isime uygulanacak hukuk ilgili kişinin milli hukukudur. Ayrıca evlenme halinde isme uygulanacak hukuk ile çocuğun alacağı soyadına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân verilmiştir. Evli çiftlerin eşlerden birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunun ya da eşlerden birisinin mutat meskeninin Almanya'da bulunması halinde Alman hukukunun uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Çocuğun soyadı için ise anne babadan birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunu, soyadını alacak kişinin milli hukukunu ya da anne babadan birisinin mutat meskeninin Almanya'da olması halinde Alman hukukunu uygulamak mümkün hale getirilmiştir.

*Hindistan hukukunda*⁹⁵ ise isme uygulanacak özel bir düzenleme bulunmamasıyla beraber Hindistan hukukunda yerleşim yeri hukukunun en önemli bağlama noktası olarak kabul edilmesi karşısında isme uygulanacak hukukun da yerleşim yeri hukuku olacağı kabul edilmektedir. Doğumun kaydı gibi konularda ise uygulanacak hukuk olarak doğum yeri hukukunun kabul edilmesinin pratik açıdan faydalı sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.

kel/Erdem, **a.g.e.** s. 206; Doğan, **a.g.e.** s. 267.

89 Nomer, **a.g.e.** s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 124; Şanlı/Esen/Ataman - Figanmeşe, **a.g.e.** s. 117; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 206; Doğan, **a.g.e.** s. 267, Hatice Selin Pürselim, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 299.

90 Nomer, **a.g.e.** s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 125; Şanlı/Esen/Ataman - Figanmeşe, **a.g.e.** s. 116; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 207; Doğan, **a.g.e.** s. 267.

91 Yargıtay 2. HD, 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-9678.htm&kw='2009/9678'+E.+#fm>, 22.13.2016.

92 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 106; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 109; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 418; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 165.

93 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 107; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 110; Akipek/Akintürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 420; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 167.

94 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 10.

95 K. B. Agrawal/Vandana Singh, **Private International Law in India**, Kluwer Law International, 2010, s. 81.

İsviçre hukukunda⁹⁶ isime uygulanacak hukuku tespit eden genel kurala göre İsviçre’de yerleşim yeri bulunan kişilerin isimlerine İsviçre hukuku uygulanacaktır. Bunun yanında yerleşim yeri yurtdışında bulunan kişilere ise söz konusu ülkenin milletlerarası özel hukuk mevzuatı kapsamında uygulanması gereken hukuk uygulanacaktır. Ayrıca kişinin, ismine uygulanacak hukuk olarak vatandaşlık hukukunu seçebilmesine de imkân getirilmiştir. İsmi değiştirilmesi konusunda ise yabancının İsviçre’deki yerleşim yerinde bulunan makamların yetkili olacağı kabul edilmiştir. İsviçre’de yerleşim yeri bulunmamasına rağmen İsviçre vatandaşı olan kişilerin ise vatandaşı oldukları kantonun makamlarına başvurabilmelerine imkân tanınmıştır. İsmi değiştirilmesine uygulanacak hukuk olarak ise İsviçre hukuku kabul edilmiştir. İsmi değiştirmek isteyen kişinin yerleşim yeri hukukuna ya da milli hukukuna uygun olarak karar verilmiş olması halinde, yurtdışında verilen isim değiştirme kararlarının İsviçre’de tanınabileceği kabul edilmiştir.

4. Özel Ehliyet Kuralları

Hak ehliyetine uygulanacak hukuku tespit eden MÖHUK m. 9 genel kural niteliğinde olup her türlü işlem ehliyetini kapsamamaktadır. Kanun koyucu bazı işlemler için özel ehliyet kuralları belirlemiştir. Söz konusu özel ehliyet kuralları genel olarak dâhil oldukları ya ilgili oldukları işlemin yapıldığı andaki milli hukuku ya da işlemin dâhil olduğu hukuka uygulanacak hukuku yetkili kılmaktadır.

MÖHUK m. 12 nişanlanma ehliyeti ve şartlarının, MÖHUK m. 13 evlenme ehliyeti ve şartlarının tarafların nişanlanma ve evlenme anlarındaki milli hukuklarına göre belirleneceğini hüküm altına almaktadır. Benzer bir şekilde MÖHUK m. 18 evlat edinme ehliyet ve şartlarını taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukuklarına tabi kılmıştır. Yine MÖHUK m. 20/5 ölüme bağlı tasarruf ehliyetini tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabi tutmuştur. MÖHUK m. 20’de yer alan “miras ölenin milli hukukuna tabidir” hükmünden mirasçı olma ehliyetinin ölen kişinin milli hukukuna göre belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁹⁷ Vasi olma ehliyeti konusunda vasinin hem kendi milli hukukuna hem de vesayetin esasına uygulanan hukuka göre de vasi olma ehliyetinin varlığının aranacağı belirtilmektedir.⁹⁸ Taşınmaz mülkiyeti elde etme ehliyeti ise taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenmektedir.⁹⁹ Son olarak daha önceki bölümlerde açıklandığı üzere kambiyo senetlerine ilişkin özel ehliyet kuralları bulunmaktadır.

Kaynağı 19.03.1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi olan TTK m. 766, bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyetin söz konusu kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre belirleneceğini hüküm altına almıştır. Anılan madde TTK m. 778/j gereği bonolar için, TTK m. 818/ş gereği çekler için de uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde vatandaşlık

96 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 37 - 39.

97 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 234, Doğan, **a.g.e.** s. 337.

98 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 60, Doğan, **a.g.e.** s. 253.

99 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 59, Doğan, **a.g.e.** s. 253.

kriterinin benimsendiğini söylemek mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda TTK'da yer alan hükümlerin MÖHUK'a göre özel hüküm olduğunu belirtmek gerekmektedir.¹⁰⁰ İlgili kişinin birden fazla vatandaşlığı bulunduğu ya da mülteci veya vatansız olduğu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda TTK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle açıklanan konularda TTK'ya göre genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m. 4'de yer alan hükümler uygulanacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere MÖHUK kişinin hukuku ve aile hukuku konularında atıf teorisini tek derece ile sınırlı olmak üzere kabul etmiştir. TTK m. 766 da MÖHUK ile benzer şekilde tek derece ile sınırlı olarak kambyo senetlerine ilişkin ehliyet konusunda atıf teorisini kabul etmektedir. Yani ilgili kişinin milli hukuku tekrar Türk hukukunun uygulanacağını ya da üçüncü bir hukukun uygulanacağını söylüyorsa; bu hukuklar ehliyete uygulanacaktır.

TTK'da çeklere özel olarak çekin muhatabı olabilme ehliyeti düzenlenmiştir. Çekin muhatabı olabilme, çekin üzerine düzenleneceği kişi olabilme imkânı anlamına gelmektedir. Örneğin Türk hukukunda çekin muhatabının yalnızca bankalar olması kabul edilmiştir. Ancak bu durumun her hukuk sistemi için böyle olması zorunlu değildir. Dolayısıyla çekin muhatabı olma ehliyeti konusunda uygulanacak hukukun tespiti sorunu doğmaktadır. Çekin muhatabı olabilme ehliyeti konusunda TTK m. 819 çekin ödeneceği ülkenin hukukunu bağlama noktası olarak almıştır. Konuyu örnekle açıklamak gerekirse yabancı bir ülke hukukuna göre Türkiye'deki bir gerçek kişinin muhatap olarak kabul edildiği bir çekte, söz konusu kişinin muhatap olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ödeme yeri hukuku olan Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukuku çekin muhatabının yalnızca banka olabileceğini kabul ettiğinden muhatap gerçek kişiye başvurulması mümkün olmayacaktır.¹⁰¹ Bu durumun çekin üzerinde imzası bulunan diğer ciranta ve avalistler hakkında nasıl bir etki doğuracağı yine TTK m. 819'da düzenlenmiştir. Söz konusu madde muhataba başvurma mümkün olmadığı durumlarda, muhataba başvurma noktasında hukuka aykırılık öngörmeyen ülkelerde ciranta ve avalistler ile diğer çek üzerine imza atan kişilerin borçlarının geçerli olacağını belirtmiştir.¹⁰²

5. İşlem Güvenliği Kuralı

Ehliyetin milli hukuka tabi tutulması, kimi durumlarda ehliyetsizliğin öne sürülmesi nedeniyle birtakım işlemlerin hükümsüz kılınmasına sebep olabilmektedir. Bu durum işlem güvenliği olarak adlandırılan kişilerin işlem yeri hukukuna uygun olarak yapmış oldukları işlemlerin geçerli olacaklarına dair duydukları güveni zedeleyebilecek niteliktedir. İşlem güvenliğinin korunması hukuk sistemlerine duyulan güven açısından önemli

100 Mesut Aygün, **Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**, 2012, s. 941, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf> 22.10.2016.

101 Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 251; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 238.

102 Bu konuda ayrıca bakınız. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 111 - 150 arası, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/19_1_4.pdf, 23.11.2016.

olduğundan ülke içinde yapılan işlemler hakkında işlem güvenliğinin sağlanması için gerek MÖHUK'da gerekse diğer ülkelerin milletlerarası özel hukuk mevzuatında işlem güvenliği kuralı düzenlenmiştir. İşlem güvenliği kuralı kişinin milli hukukuna göre ehil olmamasına rağmen işlem yaparken bulunduğu ülkenin hukukuna göre ehil olması halinde söz konusu işlem için ehliyetli olarak kabul edilmesidir.¹⁰³

a. İşlem Güvenliği Kuralının Ortaya Çıkışı

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkışı Fransa yüksek mahkemesinin 1861 tarihli meşhur *Lizardi* kararı¹⁰⁴ ile olmuştur.¹⁰⁵ *Lizardi* adında 21 yaşındaki bir Meksika vatandaşı Fransa'da Fransız bir tacirden yüksek değerde mücevher satın almıştır. Tacirin ödeme talep etmesi üzerine *Lizardi*, Meksika'da erginlik yaşının 25 olduğunu ve kendisinin henüz ergin olmadığını öne sürerek tacir ile arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürmüştür.

Fransız yüksek mahkemesi öncelikle bir Fransız vatandaşından yabancı ülkelerin kanunlarını bilmesinin beklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu yorumla birlikte yabancı ülke hukukunu bilme konusunda işlemin yapıldığı ülke vatandaşının iyiniyetli olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayla ilgili olarak mahkeme, *Lizardi'nin* Fransız hukukuna göre ergin olması ve sözleşme kurulduğu sırada ailesinin de yanında bulunması karşısında Fransız tacirin *Lizardi'nin* ehliyetsiz olduğunu bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla yüksek mahkeme Fransız tacirin iyiniyetli olarak hareket ettiğine ve *Lizardi'nin* dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğine karar vererek sözleşmeyi geçerli saymıştır.

Fransız yüksek mahkemesinin bu kararı ile birlikte işlem güvenliği kuralı ve bu kuralın şartları doğmuştur. İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için yabancı olan kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olması, işlemin işlem güvenliği korunacak ülkede ve hazırlar arasında yapılmış olması ile işlem yapılan ülkede yabancıyla sözleşmeyi yapan kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Mahkeme kararında ortaya konulan bu şartlara sonradan işlemin aile veya miras hukukuna ya da yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili olmaması kuralı da eklenmiştir. Ayrıca işlem güvenliği kuralının uygulanmasında iyi niyetin gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar çıkmıştır.

b. İşlem Güvenliği Kuralının Şartları

1. Kişinin Milli Hukukuna Göre Ehliyetsiz Olması

İşlem güvenliği kuralının ilk şartı, işleme taraf olan yabancı kişinin, kendi milli hukukuna

103 Nomer, **a.g.e.** s. 222; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 65; Şanlı/Esen/Ataman - Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Çelik/Erdem, **a.g.e.** s. 209; Doğan, **a.g.e.** s. 257.

104 Karar metni için bakınız: <http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lizardi.htm> 22.10.2016.

105 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 65; Nomer, **a.g.e.** s. 223; Şanlı/Esen/Ataman - Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Hatice Özdemir, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı", **Agumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:9 Sayı:57, Ekim Kasım Aralık 1998, s. 459 http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf 22.10.2016.

göre ehliyetsiz olmasıdır.¹⁰⁶ Bu konuda Türk hukuku ile bu çalışma kapsamında incelenmekte olan Roma I Direktifi¹⁰⁷ ile İngiliz,¹⁰⁸ Alman¹⁰⁹ ve Japon¹¹⁰ hukukları açısından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Türk hukuku (MÖHUK m. 9), kişinin “milli hukukuna göre” ehliyetsiz olmasını ararken diğer ülke düzenlemelerinde “işlemin yapıldığı ülke hukukundan başka bir ülke hukukuna göre” ehliyetsiz olmasını aramaktadır. Düzenlemenin lafzında yer alan bu farklılık, ehliyetin vatandaşlık bağı dışında bir bağlama noktası ile tespit edildiği durumlarda kendisini göstermektedir. Örneğin Türkiye’de İngiliz hukuku anlamında yerleşim yeri sahibi olan bir İngiliz vatandaşına karşı işlem güvenliği kuralına dayanılarak dava açıldığında, eğer dava Türk mahkemelerinde görülmekteyse, mahkeme kişinin ehliyetini İngiliz hukukuna göre tespit edecektir. Buna karşılık davanın İngiliz mahkemesinde açılması halinde, İngiliz hukuku işlem güvenliği kuralını milli hukuk bazında düzenlemediği için, olağan ehliyet kuralları kapsamında davalının ehliyetini Türk hukukuna göre tespit edecektir. Her ne kadar sonuç açısından kayda değer bir fark yaratılmamaktaysa da söz konusu farklılığın belirtilmesinde yarar görülmektedir.

İşlem güvenliği kuralının uygulanmasında bağlama noktası olarak vatandaşlık yerine başka bağlama noktaları kullanan ülkeler de bulunmaktadır. İsviçre¹¹¹ kişinin yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktayken, Çin¹¹² kişinin mutata meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktadır. Her ne kadar bu durum ilgili ülkelerin ehliyete uyguladıkları bağlama noktaları ile paralellik gösterse de pratik sonuçlar açısından vatandaşlık esasını kabul eden ülkelere göre birtakım farklılıklara sebep olmaktadır. Şöyle ki İsviçre’de yerleşim yeri olan yabancılar ile Çin’de mutata meskeni olan yabancılar bu ülkelerdeki işlem güvenliği kuralından istisna tutulmuş olmaktadır. Örneğin mutata meskeni Çin’de olan bir Türk vatandaşının Türk hukukuna göre ehliyetsiz ancak Çin hukukuna göre ehliyetli olduğu varsayımında, kişinin Çin’de yaptığı bir işlem nedeni ile ehliyetsizliğini öne sürmesi mümkün olmayacaktır. Zira Çin hukuku söz konusu Türk vatandaşının ehliyetini Türk hukukuna göre değil mutata meskeni kapsamında Çin hukukuna göre belirleyecektir. Böylelikle işlem yeri hukukuna gidilmesine gerek kalmayacaktır. Bir başka deyişle işlem yeri hukuku ile mutata mesken hukuku sürekli aynı olacağı için söz konusu kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Aynı durum yerleşim yeri açısından İsviçre için de geçerlidir. İşlem güvenliği kuralında yerleşim yeri veya mutata meskenin vatandaşlık esası

106 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66; Nomer, **a.g.e.** s. 222; Şanlı/Esen/Ataman - Figanmeşe, **a.g.e.** s. 110; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 209; Doğan, **a.g.e.** s. 258; Özdemir, **a.g.e.** s. 461.

107 Roma I Direktifi (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Hakkında Direktif) m. 13 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF> 22.10.2016.

108 Sözleşmeler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu 1990 (*The Contracts (Applicable Law) Act 1990*) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/contents> 22.10.2016 (Bu kanun Roma I Direktifini İngiliz Hukukuna aktarmaktadır.).

109 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 11.

110 Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

111 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 36.

112 Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 12.

yerine kullanılması, *Lizardi* kararında belirtilen kişinin yabancı hukukları bilmesinin beklenemeyeceği prensibi ile uyumsuzdur. Zira söz konusu durumda kişiden milli hukukunu bilmesi değil mutad meskeni hukukunu ya da yerleşim yeri hukukunu bilmesi beklenmiş olmaktadır.

İlgili kişinin vatansız ya da mülteci olması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanmasını değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü bu halde kişinin milli hukuku yerine yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku uygulanmaktadır. Kişi eğer yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu yerde bir işlem yapmışsa, ehliyet de yerel hukuka göre tespit edileceği için, kişinin ehliyetsizliği nedeniyle işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık vatansız ya da mülteci kişinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülke de işlem yapması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olacaktır.

Kişinin milli hukukuna göre ehliyete sahip olması halinde, artık işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır.¹¹³ Kişinin milli hukukuna göre ehliyetinin kısıtlanmış olmasına karşın yerel hukuka göre tam ehliyetli olması halinde yerel hukuk uygulanacaktır. İşlem güvenliği kuralının temelini oluşturan kişinin kendisine uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması unsurunu düzenleyen hükümler gerek Roma I Direktifinde gerekse İngiliz, Alman, Japon, İsviçre ve Çin hukuklarında bulunmaktadır. Ayrıca kuralın Roma I Direktifinde yer alması, tüm AB üyesi ülkelerde işlem güvenliği kuralının uygulanmakta olduğunu göstermektedir.

2. İşlemin, İşlem Güvenliği Sağlanacak Ülkede Yapılmış Olması

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin kurala tabi olacak yabancı kişinin ülkesinden başka bir ülkede yapılması gerekmektedir.¹¹⁴ Bir başka deyişle işlem, işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanan ülkede yapılmalıdır. Burada ülke sınırları içine açık denizdeki gemiler ya da uçaklardaki işlemlerin de dâhil olduğunu belirtmek gerekmektedir. Böylelikle karşı tarafın işlem yaptığı kişiyle ilgili hukuk kurallarını bildiği ya da bilmesi gerektiği kuralı devre dışı kalmaktadır. *Lizardi* kararında da belirtildiği üzere bir kişiden kendi ülkesinin hukukunu bilmesi beklenebilirken başka ülkelerin hukukunu bilmesi beklenemez. Bu varsayım işlem güvenliği kuralının temelini oluşturmaktadır.

2675 sayılı eski MÖHUK'da işlem güvenliği kuralı milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişilerin Türk hukukuna göre ehliyetli olması halinde Türkiye'de yaptıkları işlemlerle bağlı olacakları hüküm altına alınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'da ise kural çok yanlı hale çevrilerek kuralın uygulama alanı genişletilmiştir. Böylelikle kuralın uygulanması için işlemin mutlaka Türkiye'de yapılma zorunluluğu kaldırılmıştır. Bunun yanında işlem yapan kişilerden herhangi birinin Türk olmasına da gerek bulunmamaktadır.¹¹⁵

Türk hukukuna ek olarak Roma I Direktifi ile Alman, İngiliz, Çin, Japon ve İsviçre

113 Tekinalp/Çavuşoğlu, a.g.e. s. 66.

114 Nomer, a.g.e. s. 223; Tekinalp/Çavuşoğlu, a.g.e. s. 66; Çelikel/Erdem, a.g.e. s. 210; Doğan, a.g.e. s. 258; Özdemir, a.g.e. s. 462.

115 Nomer, a.g.e. s. 224; Tekinalp/Çavuşoğlu, a.g.e. s. 66; Çelikel/Erdem, a.g.e. s. 210; Doğan, a.g.e. s. 259.

hukuklarında da işlem güvenliği kuralı çok yanlı olacak şekilde düzenlenmiştir.

3. İşlemin Hazırlar Arasında Gerçekleştirilmiş Olması

Doktrinde işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için gereken bir diğer şart da işlemin hazırlar arasında yapılması olarak belirtilmiştir.¹¹⁶ Doktrinde hazırlar arasında yapılıma terimi, işlemin yüz yüze yapılması olarak kabul edilmektedir. Ancak işlemin hazırlar arasında yapılması terimi borçlar hukukunda tarafların iradelerinin vakit kaybetmeksizin ya da bir diğer deyişle eşzamanlı olarak birbirlerine ulaştığı durumu ifade etmektedir.¹¹⁷ Hazırlar arasında yapılan işlemlere en temel örnek kişilerin yüz yüze kurduğu sözleşmelerdir. Bununla beraber TBK m. 4 telefon ve bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlarla kurulan sözleşmeleri de hazırlar arasında kabul etmiştir. Yani bir işlemin hazırlar arasında yapılması işlemin mutlaka tarafların aynı ortamda ve yüz yüze yapıldığı anlamına gelmemektedir. Kanaatimizce doktrinde kullanılan işlemin hazırlar arasında kullanılması terimi yerine işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması deyimini kullanmak daha yerinde olacaktır.

Doktrinde kullanılan hazırlar arasında yapılıma deyiminden işlem yapacak kişilerin aynı ülkede bulunması ve işlemi yüz yüze yapmaları anlaşılmalıdır. Bu kural, *Lizardi* kararında da belirtildiği üzere, vatandaş olan kişinin yabancı kişinin dış görünüşünden etkilenerek kişinin ehliyetli olduğu kanaatine varması şartını sağlamaya yöneliktir.¹¹⁸ İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması şartı, MÖHUK m. 9/2'de yer almamaktadır. Buna rağmen doktrinde işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılmasının gerektiği kabul edilmektedir. Yabancı hukuklar incelendiğinde, Roma I Direktifinde kişilerin aynı ülkede bulunması şartının yer aldığı görülmektedir. Alman hukukunda da kişilerin aynı ülke içinde bulunması gerekmektedir. Buna karşılık Japon hukukunda kural kişilerin aynı hukuk sistemine tabi bölgeler içinde yer alması şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre hukuku ise Türk hukukundaki düzenlemeyle paralel olarak söz konusu şarta kuralı düzenleyen madde metninde yer vermemiştir.

AB, İngiliz, Çin, Alman ve Japon hukuklarında yer alan aynı ülkede ya da aynı hukuk sistemine tabi bölgede bulunma şartının, kuralın ilk çıkış amacıyla uyumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bu durum aynı ülke içerisinde telefonla kurulan bir sözleşmede işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân tanımaktadır ki bu durum şartın ilk ortaya çıkış mantığı ile uyumsuzluk göstermektedir. Çünkü telefonla yapılan sözleşmede vatandaş olan kişinin işlem yaptığı yabancının dış görünüşünden etkilenmesi mümkün değildir. Öte yandan kuralın bu şekilde genişletilmesinin kuralın işlemin yapılması sırasında aralarında mesafe bulunan kişiler hakkında da uygulanabilmesini sağlamak amacına hizmet ettiğini öne sürmek mümkündür. Kuralın uygulama alanının söz konusu şekilde genişletilmesinin günümüz şartlarına daha uygun düşmekte

116 Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67.

117 M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 62; Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, Çeviren: Av. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 178.

118 Doğan, **a.g.e.** s. 258; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67.

olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu genişletmenin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim günümüzde mevcut olan görüntülü iletişim teknolojileri tarafların aynı fiziksel ortamda bulunmadan birbirlerinin fiziki görünüşlerine vakıf olarak eşzamanlı irade paylaşımı yapmasına imkân tanımaktadır. Bu durumda kişiler aynı ülkede ya da aynı ortamda fiziken bulunmasalar bile iletişim araçları sayesinde fiziken aynı ortamda bulunmaya eşdeğer bir durum içinde olmaktadır. Böyle durumlarda taraflar aynı ülkedeymiş gibi yorum yapmak kuralın uygulama amacına uygun düşecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki Türk ve İsviçre hukuklarında kişilerin fiziki olarak aynı ortamda bulunmaları şartının kanunda düzenlenmemesi ile konunun doktrine ve yargı kararlarına bırakılması, söz konusu hukuklarda kuralın uygulanmasına esneklik kazandırılmasını sağlamaktadır.

İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılması şartının getirdiği bir diğer sonuç temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde, aynı fiziki ortamda bulunan kişiler arasında işlem yapma durumu söz konusu olmayacağından, işlem güvenliği kuralının uygulanmaması durumudur. Kanaatimizce burada vatandaş kişinin işlem yaptığı yabancıdan dış görünüşünden etkilenecek ehliyetli olduğuna inanması şartının yerine gelmesi mümkün olmamaktadır.

4. İşlemin Niteliğinin Kuralın Uygulanmasına Elverişli Olması

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için, söz konusu işlemin aile veya miras hukukuna ilişkin olmaması gerekmektedir. Bunların yanında işlemin yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla da ilgisinin bulunmaması gerekmektedir. İşlem güvenliği kuralının amacı taraf menfaatlerini korumak değildir. Hal böyle olunca, taraf menfaatlerini öne çıkaran miras ve aile hukukunda işlem güvenliği kuralını uygulama imkânı kalmamaktadır.¹¹⁹ Yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili olarak da işlem güvenliği kuralını uygulamanın herhangi bir faydası bulunmamaktadır.¹²⁰ Zira işlem güvenliği kuralının güttüğü ülke içinde işlem güvenliği sağlama amacı, yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili işlemlere müdahale etmeyi gerektirmemektedir. Açıklanan istisnalar Alman, Japon, Çin, İngiliz ve İsviçre hukuklarında da yer almaktadır.

c. İşlem Güvenliği Kuralının İyiniyet İle İlişkisi

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkmasına sebep olan *Lizardi* olayı incelendiğinde, kuralı meydana getiren temel unsurlardan birinin *Lizardi'nin* dürüstlük kuralına aykırı davranışı diğerinin ise tacirin *Lizardi'nin* tabi olduğu milli hukuku bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması yani iyiniyetli olması olduğu görülmektedir. Yani ortaya çıkış itibarıyla işlem güvenliği kuralı işlemin muhatabının iyiniyetini (sübjektif iyiniyet) ve milli hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu öne süren kişinin dürüstlük kuralına aykırı davranışını (objektif iyiniyet) içermektedir. Ehliyetsiz olan kişinin hemen her durumda dürüstlük

119 Nomer, **a.g.e.** s. 224; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67; Şanlı/Esen/Ataman - Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 464.

120 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67; Nomer, **a.g.e.** s. 224; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Doğan, **a.g.e.** s. 259; Özdemir, **a.g.e.** s. 464.

kuralına aykırı davranışta bulunduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Buna karşılık işlemin muhatabının iyiniyetli olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

Doktrinde 1980'lere kadar hâkim olan görüş¹²¹ işlemin muhatabının iyiniyetli olup olmadığının önem taşıması şeklindedir. Ancak bu dönemden sonra iyiniyetin önem taşıması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Hâkim görüşün değişmesi ile beraber iyiniyetin gerekliliğine ilişkin hükümler de kanunlara girmeye başlamıştır. Her ne kadar MÖHUK m. 9'da iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir ibare bulunmasa da İsviçre düzenlemesinde iyiniyetin gerekliliği açıkça vurgulanmıştır. Paralel düzenlemeye Roma I Direktifinde, İngiliz ve Alman hukuklarında da rastlamak mümkündür. Japon hukukunda ise iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk doktrinindeki hâkim görüşlere¹²² uygun olarak kanaatimizce de işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin muhatabının mutlaka iyiniyetli olması gerekmektedir. Aksi durum kuralın suiistimal edilmesine zemin hazırlayacaktır. Her ne kadar MÖHUK'da iyiniyet şartından bahsedilmemişse de TMK'nın başlangıç kuralları gereği, işlemin muhatabının iyiniyetli olmaması onun işlem güvenliği ilkesini öne sürerken dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği anlamına gelecektir. Dürüstlük kuralına aykırı bir hareketin hukuk düzenimizce korunması mümkün olmadığından netice itibarıyla Türk hukukunda da işlem güvenliği kuralının uygulanması için iyiniyetin aranacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için iyiniyetin aranması, kuralın aynı vandaşlığa sahip kişiler arasında uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Örneğin iki Türk vatandaşının yurtdışında yaptığı bir işleme işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira işlem güvenliği kuralının uygulanması noktasında işlem muhatabının, ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin ehliyet durumunu bilmemesi ya da bilmesinin beklenmemesi gerekmektedir. Ancak her kişinin kendi milli hukukunu bildiği varsayıldığı için iki Türk vatandaşının birbirlerinin ehliyetlerine uygulanacak hukuku bilmemeleri, dolayısıyla da işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğu, kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla Lizardi kararında ortaya atılan "bir kişinin yabancı hukuk kurallarını bilmesi beklenemez" prensibi aynı vandaşlığa sahip kişiler arasında yapılan işlemlerde uygulama alanı bulamayacaktır. Verilen örnekte işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesinin tek yolu işlem muhatabı kişinin ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin vandaşlığını bilmemesi ya da bilmesinin beklenmemesi durumudur. Zira bu halde işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğunu söylemek mümkün olmaktadır.

d. İşlem Güvenliği Kuralının Tüzel Kişilere Uygulanması Sorunu

İşlem güvenliği kuralının gerçek kişiler hakkında uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamasına rağmen kuralın tüzel kişiler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı

121 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 68.

122 Nomer, **a.g.e.** s. 223; Şanlı/Esen/Ataman - Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 210; Özdemir, **a.g.e.** s. 463; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 68; Doğan, **a.g.e.** s. 260.

konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

MÖHUK m. 9/2'de işlem güvenliği kuralının tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Aynı durum İsviçre hukukunda da geçerlidir. Ancak her iki ülke kanununda da işlem güvenliği kuralından sonra kuralın miras ve aile hukukuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu hukuk dallarının gerçek kişileri ilgilendirdiği düşünüldüğünde bu ülke kanunlarının işlem güvenliği kuralını yalnızca gerçek kişiler için getirdiği sonucuna lafzi yorum ile varmak mümkün olmaktadır. Roma I Direktifinde ise kuralın doğrudan gerçek kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiş ve tüzel kişiler kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı durum İngiliz, Alman ve Çin hukukları için de geçerlidir. Japon hukukunda ise düzenleme metninde tüzel kişilerin kapsam dışı bırakıldığına ilişkin bir ibare bulunmasa da doktrinde ve uygulamada Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun'un ehliyetle ilişkin 4. maddesinin yalnızca gerçek kişileri kapsadığı kabul edilmektedir.¹²³ Dolayısıyla Japon hukukunda da işlem güvenliği kuralının yalnızca gerçek kişilere uygulanacağı kabul edilmektedir.

Türk doktrininde ve yargı kararlarında işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.¹²⁴ Tüzel kişilere işlem güvenliği kuralının uygulanmasını savunan doktrindeki görüşler bu fikri *ultra vires* ilkesi nedeniyle tüzel kişi ile işlem yapan kişilerin tüzel kişinin ehliyetli olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmayacağı varsayımı ile gerekçelendirmektedir. Yargıtay ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, tüzel kişilere de işlem güvenliği kuralının uygulanacağını bu konuda herhangi bir gerekçe göstermeden kabul etmiştir.¹²⁵ Ek olarak kararda sözleşmenin Türkçe hazırlanmasının, sözleşmeye imza koyan tanıkların ve hakemin Türk olmasının ve bu kişilerin Türkiye'de ikamet etmelerinin sözleşmenin Türkiye'de düzenlendiği şeklinde yorumlanması da kanaatimizce yerinde değildir. Her ne kadar olayla ilgili detaylı bilgi bulunmasa da gerek sözleşme dilinden gerekse sözleşmeyle borç altına girmeyen kişilerin imzalarından ya da yerleşim yerlerinden hareket ederek sözleşme yerini belirlemek, sözleşme tarafları için adil bir durum yaratmamaktadır.

Kanaatimizce işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında uygulanması mümkün değildir. Zira tüzel kişilerin işlem güvenliği kuralının uygulanması için gereken şartları sağlamaları mümkün değildir. Her ne kadar bir tüzel kişinin idare merkezi hukukuna göre ehliyetsiz olması ve kendi ülkesinden başka bir ülkede işlem yapabilmesi mümkün olsa da tüzel kişinin fiziki olarak işlemin karşı tarafı ile aynı ortamda bulunması mümkün değildir. Tüzel kişiler ancak yetkili organları vasıtasıyla işlem yapabildiklerinden tüzel

123 Dai Yokomizo, "International Company Law in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tubingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 177.

124 Nomer, **a.g.e.** s. 222; Şanlı/Esen/Ataman - Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 114; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 81; Doğan, **a.g.e.** s. 265; Musa Aygül, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A. Ş. 2007, s.231.

125 Yargıtay 11. HD, 2005/4621 E. 2005/7778 K. 19.07.2005 Kaynak: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2005-4621.htm&kw=`2005/4621`#fm 04.11.2016>.

kişilerin yaptığı her işlem temsilci vasıtasıyla yapılmış olmaktadır.¹²⁶ Burada iradi temsil yerine kanuni temsilden bahsedilmekte olsa da işlem güvenliği kuralı açısından her iki temsil türünün sonuçları hakkında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Doktrinde temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde işlem güvenliği kuralının uygulanmayacağına kabul edildiği düşünülünce, ortaya çelişkili bir durumun çıktığı görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar yanında bir tüzel kişinin ehliyeti ile ilgili olarak karşılaşılan en büyük sorun *ultra vires* ilkesinin tüzel kişinin ehliyetini sınırlamasıdır.¹²⁷ Yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* ilkesinin kaldırılması nedeniyle artık ehliyetine Türk hukuku uygulanan bir şirketin, ehliyetine uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması söz konusu olmayacaktır.¹²⁸ Bunun sonucu olarak söz konusu şirketler hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Türkiye’de işlem yapan ve *ultra vires* ilkesine tabi olan yabancı şirketler hakkında da işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Böyle bir durumda söz konusu şirketin esas sözleşmesinin şirketin sermayesi, adresi gibi bazı bilgileri tespit etmek amacıyla kullanıldığı düşünüldüğünde şirketin işlem konusu hakkında ehliyetsiz olduğunu bilmemek çok çok düşük bir ihtimal olarak kalmaktadır. Zira şirketin işlem yapabileceği alanlar da söz konusu esas sözleşmede belirtilmekte olduğu için işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu söyleme imkânı ortadan kalkmakta ve dolayısıyla işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmamaktadır. Yine de işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu ispatlayabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

İşlem taraflarından birisinin tüzel kişi diğeri gerçekte kişi olduğu durumlarda işlem güvenliği kuralının uygulanması yalnızca işlemden ehliyetsizlik nedeniyle caymak isteyen gerçek kişi hakkında işlem güvenliği kuralının şartlarının varlığı halinde mümkün olacaktır. Tüzel kişinin işlemden ehliyetsiz olduğu gerekçesi ile caymak istemesi halinde tüzel kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması yukarıda açıklanan sebeplerle mümkün olmayacaktır.

e. Kambiyo Senetlerinde İşlem Güvenliği Kuralı

İşlem güvenliği kuralı kambiyo senetleri için de uygulanmaktadır. TTK m. 766/2 kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre ehliyetli olmamasına rağmen poliçeyi kendisini ehliyetli sayan bir ülkede imzalaması halinde kişinin söz konusu poliçeyle ehliyetliymişçesine bağlı olacağını kabul etmiştir. Anılan maddenin poliçe yanında çek (TTK m. 818) ve bonolar (TTK m. 778) hakkında da uygulanabildiği göz önüne alındığında işlem güvenliği kuralının tüm kambiyo senetleri için uygulanabilir olduğu görülmektedir. Söz konusu maddelerin 1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne dayandığı göz önüne alındığında bu hükümlerle ilgili olarak uluslararası alanda büyük oranda yeknesaklaşma sağlandığını söylemek mümkün olmaktadır.

126 Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 221.

127 Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 81; Aygül, **a.g.e.** s. 231.

128 TTK m. 371/2’de yer alan şirketin işlemle bağlı olmaması imkânı, şirketin hak ehliyetine ilişkin değil şirketin temsiline ilişkin bir konudur.

TTK'da yer alan kambiyo senetleri için işlem güvenliği kuralı, MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralına göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak her iki kuralın birbirinden farkı olmaması karşısında özel hüküm genel hüküm farkının pratikte bir önemi kalmamış olmaktadır. Yine her iki kanunda yapılan düzenleme, işlemin yapıldığı yeri yalnızca Türkiye olarak sınırlamamakta ve işlemin yapıldığı yer fark etmeksizin her işleme uygulanabilmektedir.

Son olarak önceki bölümlerde MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralı için yapılan açıklamaların TTK'da yer alan kambiyo senetlerine özel işlem güvenliği kuralı için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir.

6. Ehliyetle İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (Conflit Mobile)

Ehliyetle uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları olan yerleşim yerinin, vatandaşlığın ve mutat meskenin ilgili kişinin iradesine göre her zaman için değiştirilmesi mümkündür. Bu şekilde meydana gelen bir değişim, ehliyetle ilişkin uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku da değiştirmektedir. Bu nedenle statü değişikliklerinin milletlerarası özel hukukta nasıl bir etki doğuracağına incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda MÖHUK m. 3 uygulanacak hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esaslarına göre belirlendiği durumlarda, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenin esas alınacağını düzenlemektedir. Ancak kanunun getirmiş olduğu dava tarihi kriteri doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre statü değişikliğinden doğan ihtilafların her zaman yargı önüne getirilmesi söz konusu olmamaktadır. Yine işlem yapılırken geçerli hukuk taraflar tarafından göz önüne alınmaktadır. Böyle durumlarda dava tarihi kriteri uygulanacak hukukun tespitinde haksızlıklara sebep olabileceğinden dava tarihi yerine işlem tarihi kavramının kullanılması önerilmiştir.¹²⁹ Kanaatimizce işlem tarihi kavramının dava tarihi yerine kullanılması görüşü yerindedir. Zira yukarıda açıklanan nişanlanma, evlenme, evlat edinme ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyetleri ilgililerin işlem anındaki milli hukuklarına tabi tutulmuştur. Yani kanun koyucu sayılan özel ehliyetler için işlem tarihi esasını; sözleşme yapma ehliyeti gibi MÖHUK m. 9'a tabi ehliyetler için ise dava tarihi esasını benimsemiş olmaktadır. Bu ayrımın herhangi bir hukuki faydası bulunmadığı gibi işlem güvenliğine de zarar verdiğini söylemek mümkündür.

MÖHUK m. 3'de yer alan genel kural statü değişikliği hakkında özel hüküm bulunmayan tüm hukuki ilişkilere uygulanacaktır. Ancak statü değişikliği sorunlarının tek bir genel kural ile çözümlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu evlenme ehliyeti, taşınır mülkiyeti gibi bazı konularda özel kurallar öngörmüştür. Ehliyetle ilişkin konularda da açıklanan kapsamda bir özel hüküm bulunmaktadır. Söz konusu özel hüküm bir kez kazanılan erginliğin statü değişikliği sebebiyle bir daha kaybedilmesinin söz konusu olmayacağını düzenlemektedir. Nitekim MÖHUK m. 9 kapsamında Türk hukuku

129 Doğan, a.g.e. s. 238.

ile Alman¹³⁰ ve İsviçre¹³¹ hukuklarında kişinin milli hukukuna göre kazanmış olduğu erginliğin vatandaşlığın değişmesinden etkilenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle bir kez erginliğe ulaşan kişinin bir daha vatandaşlık değişmesi nedeniyle erginliğini kaybetmesi önlenmiş olmaktadır. Açıklanan genel ve özel kural ile statü değişikliklerinin yaratacağı belirsizliklerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

7. Hak Ehliyetine İlişkin Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeninin Müdahalesi (Ordre Public)

Hak ehliyetine ilişkin olarak kamu düzeninin müdahale ettiği durumlar genellikle kişinin hak sahibi olmasının engellenmesi ya da hak ehliyetinin gereksiz yere kısıtlanması gibi hallerde söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda özellikle evlenme ehliyeti konusunda kamu düzeninin müdahale etmesi durumu yaygın olarak görülmektedir. Bununla beraber kanaatimizce hak ehliyetini tamamen ortadan kaldıran hususlar, henüz bebeklik çağında olan çocukların büyük borçlar altına girebilmesini sağlayan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Evlenme ehliyetini çok küçük çocuklara tanıyan yabancı hukuk düzenlemelerinin, eşe ya da çocuklara miras payı alma hakkı vermeyen yabancı hukuk düzenlemelerinin, hak ehliyetinin tamamen ortadan kaldırılmasına sebep olabilecek düzenlemelerin, kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi sonucu doğuran düzenlemelerin ve bu durumlara benzeyen temel hakların özünü ortadan kaldırabilecek ya da kanunen korunan bir değerini tamamen korunmasız bırakılmasına sebep olabilecek yabancı hukuk düzenlemelerinin kanaatimizce Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği öne sürülebilmektedir. Ek olarak eşcinsel evliliklere izin veren ve hapis cezalarının hak ehliyetini tamamen ortadan kaldırmasına imkân tanıyan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bir kararında evlat edinme ehliyetine ilişkin düzenlemelerin de kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir.¹³² Buna karşılık hakkın özünü müdahale etmeksizin hakkın kullanılması için geçilmesi gereken prosedürlerin Türk hukukundan farklı olması, genellikle Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu duruma örnek olarak cinsiyet değişikliğinde TMK'nın öngördüğü prosedürlere uyulmamasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine dair Yargıtay kararı¹³³ gösterilebilmektedir.

Kamu düzeninin müdahalesi konusunda İngiliz mahkemelerinin¹³⁴ verdiği bir kararda, iki Portekiz vatandaşının İngiltere'de evlenip evlenemeyecekleri değerlendirilmiştir. İngiliz hukukunda evlenme ehliyetine uygulanacak hukuk tarafların yerleşim yeri hukuku olup dava konusu olayda tarafların yerleşim yeri Portekiz'dir. Aynı zamanda kar-

130 Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

131 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 35.

132 Yargıtay 2. HD, 2004/9169 E. 2004/10282 K. 20.09.2004 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2004-146.htm&kw=`2004/9169`+fm> 04.11.2016.

133 Yargıtay 2. HD, 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2009-9678.htm&kw=`2009/9678`+fm> 04.11.2016.

134 Sottomayor, Otherwise De Barros V. De Barros. <http://www.uniset.ca/other/cs3/3PD1.html> 22.10.2016.

deş çocukları olan çiftin evlenebilmesi, Portekiz hukukuna göre Papa'nın iznine bağlı tutulmuştur. İngiliz mahkemesi ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, her ne kadar tarafların evlenme ehliyeti konusunda tarafların yerleşim yeri hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilmiş olsa da uygulanacak hukukun İngiltere kamu düzenine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Tarafların İngiltere hukukuna göre herhangi bir evlenme engeli bulunmadığı gibi Portekiz hukukuna göre de Papa'nın izni haricinde herhangi bir evlenme engeli bulunmamaktadır. Bu durumda İngiliz mahkemesi Papa'nın izninin alınmasını İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlara aykırı olduğunu dolayısıyla da tarafların geçerli şekilde evlenebileceklerine karar vermiştir. Böylelikle mahkeme kamu düzeni anlayışı ile Portekiz hukukunun bir kısmını uygulamayı reddetmiştir. Bu örnekte ülkelerin kamu düzeni anlayışlarının ne kadar değişken olabileceği görülmektedir. Zira İngiliz mahkemesinin Papa'nın izin vermesini kamu düzenine aykırı görmesinin temel sebebi İngiltere'nin Katolik mezhebinden dolayısıyla Papa'nın dini otoritesinden ayrılması sırasında çıkarılan kanunlardır.

KAYNAKÇA

- Agrawal K. B./Singh Vandana, **Private International Law in India**, Kluwer Law International, 2010
- Akipek Jale/Akintürk Turgut/Ateş Karaman Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2015
- Aksaray Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- Allgrove, Benjamin D., **Legal Personality for Artificial Intelligence: Pragmatic Solution or Science Fiction?**, 2004, [http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf](https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?id=629021065069065011022108069116029072004042024048051009122065089096091124110026118092123124006123042032124109108125123021107033075045069018065126022001029104066032078080102069096123097068114004081000086104116031067010106087123127064122084119068112&EXT=pdf, 03.01.2017</p>
<p>Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014</p>
<p>Aygül Musa, Millîterarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara, Seçkin Yayıncılık A. Ş. 2007</p>
<p>Aygün Mesut, Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti, 2012, s. 925-972, Erişim Tarihi: 09.10.2014 <a href=)
- Blackstone William, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765
- Burrows Andrew, **English Private Law**, 3. Bası, Oxford University Press, 2013
- Chopra, Samir/White, Laurence, **Artificial Agents-Personhood in Law and Philosophy**, <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/agentlawsub.pdf>, 11.01.2017
- Çelikel Aysel/Erdem B. Bahadır, **Millîterarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016
- Çelikel Aysel/Gelgel Öztekin Günseli, **Yabancılar Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2016
- Doğan Vahit, **Millîterarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2016
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013
- Harari, Yuval Noah, **Hayvanlardan Tanrılara Sapiens**, 20. Baskı, İstanbul, Kolektif Kitap, 2016
- Hatemi Hüseyin, **İslam Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)**, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014

- Hattenbach Ben/Glucof Joshua, **Patents in an Era of Infinite Monkeys and Artificial Intelligence**, 19 Stan.Tech. L.Rev. 32 (2015), <https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law-review/print/2015/10/19-1-2-hattenbach-glucoft-infinite-monkeys.pdf>, 12.12.2016
- Işıktaç Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015
- Lehman-Wilzig, Sam N., **Frankenstein Unbound Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence**, 1981, http://proflw.com/wp-content/uploads/academic/40._Frankenstein_Unbound.Towards_a_legal_definition...pdf, 04.01.2017
- Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2015
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 15. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Özçelik, Gülüm Bayraktaroğlu, **Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/19_1_4.pdf, 23.11.2016.
- Özdemir Hatice, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı", **Agumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:9 Sayı:57, Ekim Kasım Aralık 1998, http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf 22.10.2016.
- Öztan Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012
- Pürselim, Hatice Selin, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad**, 1. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 299.
- Schacht Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press, 1982.
- Serozan Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Slavery's Roots: War and Economic Domination**, Erişim Tarihi: 05.11.2016 <http://www.freetheslaves.net/about-slavery/slavery-in-history/>
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Fıganmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, 10. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014
- Tekinalp Gülören/Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016
- Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Umur Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999
- Üçok Çoşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2015
- Von Tuhr Andreas **Borçlar Hukuku**, Çeviren: Av. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983
- Walk Free Foundation, **The Global Slavery Index 2013**, 2013, Erişim Tarihi: 22.10.2016 http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf
- Worthington Sarah, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003
- Yasan Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birlikte İhtilafları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- Yokomizo Dai, "International Company Law in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008

Reform in Duties of Directors in Turkish Public Companies: Legislative Experiences From UK Companies

Hakemli Makale

Zeynep DİNÇER

Avukat

Attorney at Law

İÇİNDEKİLER

Introduction	51
I. Companies In Turkish Legal System	51
A. General Information About Turkish Companies.	51
B. Publicly-Held Company.	53
C. Basic Characteristics of Joint Stock Companies	55
D. Board of Directors.	57
E. Duties and Responsibilities of Board of Directors	60
II. Companies in British Legal System	67
A. General Information About British Companies	67
B. Public & Private Companies	68
C. Basic Characteristics of Limited Liability Companies	69
D. Board of Directors.	70
E. Director's Duties.	71
Conclusion	79
Appendices	83
Related Articles of TCC.	83
Bibliography	104

ABSTRACT

This article is related to the duties of directors in public companies within the jurisdiction of two countries; namely, Turkey and the United Kingdom. Since public companies have a more important role in economic life compared to private companies, the focus is directed onto public companies hereinafter. The countries in study have only one type of company that can be held to public; Joint Stock Company in Turkey and Limited Liability Company in the UK. Having these two types of public companies as basis, this article aims to analyze duties of directors in both countries, and to find out main similarities and differences between the two countries in terms of the content of the duties.

Keywords

Company Law, Board of Directors, Duties, Responsibilities, Joint Stock Company, Limited Liability Company, British Law System, Turkish Law System.

ÖZET

Bu makale, Türkiye ve İngiltere'deki halka açık şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarına ilişkindir. Ekonomik hayatta halka açık şirketlerin özel şirketlere kıyasen daha önemli bir yere sahip olduğunu düşündüğüm için bu makalemde yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarını incelerken halka açık şirketleri esas aldım. Bahsi geçen ülkelerde halka açık şirket tipleri Türkiye'de yalnızca anonim şirketler; İngiltere'de ise yalnızca limited şirketler olduğundan makalede yalnızca bu iki şirket tipine yer verilmiştir. Makalenin amacı iki farklı ülkedeki halka açık şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarına ilişkin benzerlikleri ve farklılıkları saptamaktır.

Anahtar Kelimeler

Şirketler Hukuku, Yönetim Kurulu, Görev, Sorumluluk, Anonim Şirket, Limited Şirket, İngiliz Hukuk Sistemi, Türk Hukuk Sistemi

LIST OF ABBREVIATIONS

A.	Article
BOD	Board of Directors
CA	Companies Act
CC	Civil Code
CO	Code of Obligations
CMB	Capital Market Board
CML	Capital Market Law
GA	General Assembly
JSC	Joint Stock Company
LLC	Limited Liability Company
S.	Section
TCC	Turkish Commercial Code
TR	Turkey
UK	United Kingdom

Introduction

In this study, corporate legal systems of two different countries focusing on duties of directors in public companies will be examined. The Board of Directors of a company has been one of the most significant areas in the commercial environment. In order to examine this specific subject field first, a general information about corporate legal systems of the two countries and their legislations will be given and then features of a public company and duties of directors will be mentioned.

In addition, this paper will compare and contrast the similarities and differences in both countries in terms of their corporate systems, especially in terms of duties of directors. Comparing and contrasting related duties and differences in these similar duties will be examined to determine which country's legislation on duties of directors is more advantageous and as a result, this paper will discuss necessary changes relevant to these duties.

This article will be based mainly on the legislations of both countries, and these subjects and arguments will be explored in depth with knowledge from a range of sources; such as books, articles and online sources. Additionally, my supervisor provided some guidance on the content and the ideas about more specific subjects that can be of importance, while discussing the similarities and differences between the United Kingdom and Turkey.

Taking these together, I find that comparing the duties of directors in both countries, putting emphasis on similar regulations in both countries, and examining them in detail to explore the differences between the legislations of these two countries was an enlightening experience.

I. Companies in Turkish Legal System

A. General Information About Turkish Companies

1. The Concept of Company and Its Definition

In Turkey, company law is governed primarily by the Turkish Commercial Code ("TCC") which has recently been adopted. Besides the TCC, the Civil Code ("CC") and the Code of Obligations ("CO") contain some provisions regulating Turkish company law¹. The new TCC "was passed by the Grand National Assembly of Turkey on January 13th, 2011. After being signed by the President, it was published in the Turkish Official Journal on February 14th, 2011"². The corporate governance approach of the new TCC adopted four main principles that have universal characteristics within the context of corporate governance; full transparency, fairness, accountability and responsibility³. The TCC consists of six main chapters: Enterprise Law, Company Law, Securities Law, Transportation Law,

1 AGN INTERNATIONAL, **Brief Summary of Turkish Tax System**, <http://www.agn-waa.org/publications/Tax%20GuiDe%20TurKeY%202010.pdf>, (Access date 04.07.2014).

2 TEKINALP, Ü. "Introduction To The New Commercial Code And The Reform Of Limited-liability Companies", **The Rabel Journal**, Year 2013, Volume: 77, Number: 1, p.70.

3 PWC, **New Turkish Commercial Code: A Blueprint For The Future**, https://www.pwc.com.tr/en_TR/TR/publications/ttk-assets/pages/ttk-a_blueprint_for_the_future.pdf, (Access date 04.07.2014).

Maritime Commercial Law and Insurance Law. The first chapter of the Company Law is dedicated to general principles of company law. Contrary to expectations, the TCC does not include any provision defining the company and determining its elements. On the other hand, the CO Article 620 which is regulating partnership, defines company as “an agreement between two or more people putting their labor and assets together in order to achieve a common target”, and this definition is accepted as a general definition which is valid for all types of companies ⁴.

Companies are legal entities that compromise of people that come together with a legitimate common aim and an intention of making profit and sharing it⁵. Based on the definitions partaking in law and doctrine, the elements of a company can be detected as person, agreement, capital, common purpose and the fact of working together in order to achieve this common purpose (*affection societatis*)⁶.

2. Companies in TTC

Commercial Companies are counted in the TCC as a finite number (*numerous clauses*), and it is not possible to form another commercial company other than these⁷. These are as follows:

- Collective Company (TTC A. 211-303).
- Commandite Company (TTC A. 304-328).
- Joint Stock Company (TTC A. 329-563).
- Limited Company (TTC A. 573-644).

Although it is not regulated in the TCC, Cooperatives are also counted as commercial companies according to the article 124/I of the TCC ⁸. Each commercial company type counted in the TCC has its own legal entity (TCC A. 124/I) contrary to the partnership that is regulated in article 620 of the CO that does not have any legal entity. If the company does not have a legal entity, then the primary liability belongs to partners.

For commercial companies, firstly, specific provisions related to each company type regulated in the TCC should be applied, and if there is no provision there, CC’s general articles related to legal entities are applied. In case of an absence of provisions about related subject in CC, the CO’s related provisions about partnership are applied as applicable (TCC A. 126).

3. Company Types

There are two main types of companies; namely, sole traders and capital companies. Sole trader is a type of the company in which personalities of partners, their commercial

4 ALAŞEHİR TICARET BORSASI, **Anonim Şirketler**, <http://www.atb.org.tr/uploads/AnonimSirketler.PDF>, (Access date 12.07. 2014).

5 KARAHAN, S., **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, p.22.

6 KARAHAN, **2013**, p.22.

7 KARAHAN, **2013**, p.26.

8 KARAHAN, **2013**, p.26.

standings, economic powers and assets remain at the forefront. Collective Companies and Commandite Companies can be classified as sole traders based on Article 124/II of the TCC. Capital Company is a type of company in which capital is more important than identities and personalities of partners. Joint stock companies, limited liability companies and partnerships limited by shares are classified as capital companies. In capital companies, liability of partners pertaining to corporate debts is limited and is towards the company. Creditors cannot refer to personal assets of partners. Partners do not have any personal liability due to corporate debts. In capital companies, liabilities of partners are limited by the shares and they are committed to the company⁹.

B. Publicly- Held Company

In Turkish Company Law, the only company type that may offer its shares to the public and trade its shares on the stock exchange is known as the Joint Stock Company ("JSC")¹⁰. The concept of publicly held joint stock company first came to light in 1963-1964 in the State Legislation about Framing and Encouragement of Capital Markets which was aiming to regulate Capital Markets¹¹.

In terms of their function in economic life, JSCs are the ones having a significant importance among these different types of companies. One of these functions is collecting smallholders and steering them to investments and ensuring social justice in the economic field by spreading the concept of property among society, and in order to meet this purpose, shares of joint stock companies should be distributed among the investors; in other words, the number of publicly-held joint stock companies having many partners should increase¹².

The main code regulating JSCs is the TCC. A publicly held JSC, "as emphasized by Cadbury's first corporate governance report, is a category not fully covered by the TCC"¹³. Although it has been mentioned in the article 346 of the TCC that shares of joint stock companies can be offered to public during establishment¹⁴, the TCC has not been designed for a specific class of joint stock companies; it covers both private and public ones. After the Capital Market Law ("CML") coming into force, the JSC, which wants to offer their shares to public, follows the CML which regulates the ways of public offering and the methods of selling, the capital system to be preferred, the share of profit to be issued, the number of bonds to be exported, accounting standards to be applied and obligations towards the Capital Market

9 KARAHAN, 2013, p.29.

10 AGN INTERNATIONAL, 2012, p.3.

11 YANLI cited in KILIÇ, S., *Halka Açık Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Hakkı*. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara University, 2007, p.4.

12 UNAL cited in KILIC, S., 2007, p.4.

13 PWC, 2011, p.34.

14 ALTAŞ, S., *Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, p.63.

Board (“CMB”)¹⁵ which is “the regulatory and supervisory authority in charge of the securities markets in Turkey”¹⁶.

The CMB’s primary function is “to foster securities market development in Turkey and to contribute to the efficient allocation of financial resources in Turkish economy. It is also responsible for determining the operational principles of the capital markets and providing adequate protection for investors”¹⁷. The CMB, which is the administrative body in charge of public markets and the body which sets the securities market’s main principles, was established by the first CML (Law No. 2499, 30 July 1981)¹⁸. The CML enacted in 1981 governed regulations on the issuance of securities instruments and the underlying provisions on Intellectual Property Offices. “All securities and certain private placements publicly offered in Turkey need to be registered with the CMB. The registration is mandatory whether the company’s existing shareholders are selling part of their shares to the public or the company is issuing new shares and offering the shares as part of a capital increase”¹⁹. The Istanbul Stock Exchange is the only securities exchange in Turkey “established to provide trading in equities, bonds and bills, revenue-sharing certificates, private sector bonds, foreign securities and real estate certificates as well as international securities. It is supervised by the CMB to ensure proper operation”²⁰.

Although the CML has different regulations compared to the TCC concerning joint stock companies, the CML is not a code that should be taken as the only source which regulates everything related to joint stock companies. However, “public offering of shares is conducted in accordance with the CML, and is applied in conformity with the regulations of the CMB”²¹. The CML article 3/I e) defines a publicly held corporation as “a joint stock corporation, the shares of which are offered to public or are deemed to be offered to public” and a public offer as “a general call made through any means for the purchase of capital market instruments and the sale realized after this call” in article 3/I f)²². Public offering is the fact of issuing call to public in all kinds of means by aiming the capital market instruments to be purchased, inviting the public to be a founder of or a partner to a joint stock company²³. To put it differently, companies can go to public in different ways; the shares of which are offered to public (CML S. 3/e) or are deemed

15 KILIC, 2007, p.9.

16 CAPITAL MARKETS BOARD OF TURKEY, **Our Mission**, <http://www.cmb.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=0&pid=0&submenuheader=-1> (Access date 10.07.2014), p.1.

17 AZIZ, E./ COLLAK, O., “Taking a Company Public In Turkey”, **International Financial Law Review**, Year: 2005, Volume: 24, Number:3, p.83.

18 SOMAY, M. “Sources of Corporate Governance Rules and Practices”. **Corporate Governance 2010**, Law Business Research Ltd., London, 2010, p.230.

19 AZIZ/ COLLAK, 2005, p.85.

20 AZIZ/ COLLAK, 2005, p.84.

21 ALTAS, 2013, p.63.

22 CML cited in ALAŞEHİR TICARET BORSASI, 2008, p.116.

23 ALAŞEHİR TICARET BORSASI, 2008, p.116.

to be offered to public and the shares of which are traded on exchange (CML S. 16/1)²⁴.

Real or legal entities which want to offer their shares to the public will have to provide a commitment to offer its shares to the public. "The respective shares will then be offered to the public, and that part of the sold shares, which corresponds to the nominal value, will be paid to the company, while all of the unsold shares will be left to the party who made the commitment. Public offerings will have to be performed in compliance with the CMB communiqués"²⁵. "Pursuant to the CML, no capital may be collected from the public without the permission of the CMB in the guise of establishing companies, increasing capital or other such activities"²⁶. "The CMB regularly promulgates new communiqués and is continuously improving secondary legislation to ensure a transparent and sound capital markets environment"²⁷.

As it can be understood from its definition mentioned earlier, the first condition of being a publicly held company is to be founded as a joint stock company. It has been pointed out that only the TCC can be applied to private joint stock companies which are not held in public; while both the CML and the TCC can be applied to public joint stock companies. Even though both the TCC and the CML can be applied to public companies, the first one that should be applied should preferably be the CML²⁸. In other words, public joint stock companies are firstly subject to the CML²⁹. Aiming to focus on duties of directors in public companies in both countries, this article is going to focus on the JSC in Turkey, owing to the fact that it is the only one that can be held in public in Turkey.

C. Basic Characteristics of Joint Stock Companies

The TCC makes three organs compulsory for joint stock companies. These are; general assembly ("GA"), board of directors ("BOD") and auditors. GA is the organ which has the broadest authority compared to the others. Although both of them are organs of a company, BOD is different from GA in terms of being permanent³⁰. The declarations that are used and explained by the general assembly and the power exercised are related to the internal affairs of the company. Auditors are the parties who are responsible for controlling the acts and transactions of the company. Board of directors, which derives its power from the general assembly, is the organ that directs and represents the company, and it is the organ that has the binding authority. Board of directors is the second most important organ after the general assembly. The partnership named San Giorgio that was founded in 1407 in Genoa has been accepted to be the first joint stock

24 KARAHAN, 2013, p.337.

25 KULELİ, T., "New Rules for Turkish Joint Stock Companies", **Private Das Gel-Magasin**, Year: 2011, Volume: 4, p.42.

26 INCI, P./ YALÇIN, U., "Liabilities Of Board Members Under The New Turkish Commercial Code", **Hergüner Bilgen Özeke Newsletter**, 2012, p.5.

27 AZIZ/ COLLAK, 2005, p.83.

28 KILIC, 2007, p.28.

29 KARAHAN, 2013, p.337.

30 PULAŞLI cited in KARAHAN, 2013, p.389.

company in the history³¹. However, today's joint stock companies were started to be founded after the end of the 16th century in Turkey, and the first joint stock companies started to be regulated after the Commercial Code dated to 1850s³².

Characteristics of the JSC, its foundation, its partnership structure, its capital and its insolvency are regulated in the TCC, in between the articles 329 and 563 . Article 329/I of the TCC defines joint stock company as "a company the capital of which is certain and divided into shares, and which is solely responsible for its debts as an amount of its assets", and in the second part, it is mentioned that "shareholders are solely responsible to the company, and their responsibility is limited to their subscribed shares". Pursuant to article 338 of the TCC, one real or legal person is now enough to establish a JSC. The TCC states that "one" or "more" shareholder founders are required for the incorporation of a joint stock company. This single shareholder joint stock company is a significant change introduced by the new TCC, satisfying a major need in the establishment of a joint stock company. Through application of this new concept in single-member JSCs, the formation of publicly held companies will be greatly simplified and accelerated³³.

Considering the developments in the EU Law, the TCC launches the joint stock company with a sole shareholder (TCC A. 338/1). "Three essential functions of this regulation are 1) to reconcile the legal regime with the economic truth 2) to establish a new model for investors who require limited liability 3) to constitute a model facilitating the launching and the conduction of group of companies, institutionalization of enterprises and further the establishment of foundations"³⁴. One of the reasons why JSCs are preferred is due to its structure enabling a foundation between family members, which gives the opportunity to go to public, and the fact of being convenient for multi-partnered structure and the easiness of shares to be passed on to other hands³⁵.

A joint stock company is "a company whose capital is fixed and divided into shares which makes it more suitable to be incorporated for all kinds of economic purposes and scopes, but may not be formed for an unlawful purpose"³⁶. In a JSC, capital is divided into shares. In Turkish law, the word "pay" or "share" is used with several meanings. "It refers to a part of the share capital, but it also signifies a single unit of shareholders' aggregate rights. Because of this rule, a shareholder enjoys these rights according to the number of shares that are held"³⁷. JSCs have two types; the classic, private ones

31 KARAHAN, **2013**, p.335.

32 KARAHAN, **2013**, p.335.

33 TEKİNALP, **2013**, p.95.

34 DELOITTE, **The New Turkish Code Of Commerce Rules Regarding The Corporations In A Nutshell**, İstanbul, 2011, p.6.

35 KARAHAN, **2013**, p.335

36 CEREBRA, **The New Turkish Commercial Code**. http://www.dce.gov.ro/Materiale%20site/Indrumar_afaceri/cod_com_%20Turcia2013.pdf, (Access date 10.07.2014), p.13.

37 TEKİNALP, **2013**, p.96.

regulated by the TCC which are closed to the public, and the other ones regulated by the CML and which are open to public³⁸.

As it was mentioned earlier while talking about publicly held joint stock companies, during the formation of a JSC, at least one of the founders “commits himself to making a public offering of the shares to which he subscribes within two months of the date of the company’s registration and to paying the value of subscription with the proceeds from the sale of such shares”³⁹. In publicly held joint stock companies which have essential importance on the development of the capital market, the property of capital and its administration are entirely separated, and smallholder owners generally leave their administrative rights to the directors of the company⁴⁰. “The board of directors and the management are authorized to make decisions with regard to all kinds of business and transactions required to perform the scope of activity of the company, excluding those which are subject to the authority of the general assembly according to the law and articles of the association”⁴¹. According to the TCC, regarding the economic importance of joint stock companies, the board of directors, which has the power of representation and direction besides having binding authority, must be liable under some circumstances⁴². For this reason, especially in public companies, board membership which constitutes responsibility is an even more important position compared to the board membership in private companies, due to the fact that members are under the obligation of directing a property belonging to the public⁴³.

D. Board of Directors

BOD is the body of a JSC that is responsible for managerial acts in internal affairs and that represents the company in external affairs⁴⁴. As it is regulated in the part entitled “Operation Basis” in CMB’s annunciation, BOD should conduct its activity by pursuing certain principles; such as transparency, equity and responsibility in publicly held companies⁴⁵. While regulating the functions of BOD, CMB’s annunciation regulates BOD’s duties and responsibilities, and states that while making strategic decisions, BOD represents and directs the company by considering company’s risk, growth and return

38 KILIC, 2007, p.1.

39 TEKİNALP, 2013, p.95.

40 OSORKHAN, U., **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2004, p.1.

41 CEREBRA, 2013, p.17.

42 GÜVEN, İ., **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri Ve Hukuki Sorumluluğu**, 2009, p.1.

43 OSORKHAN, 2004, p.1

44 UYSAL, L. “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Year: 2009, Volume: 80, p.317.

45 ERDOĞMUŞ, A., **Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görevleri, hakları ve sorumlulukları anlamında yeni Türk Ticaret Kanunu ne gibi önemli yenilikler getirmiştir?**, <http://www.erdogmusdanismanlik.com>, (Access date: 02.07.2014), p.8.

balance with a rationalist and cautious understanding of risk management; it considers long-term profit of the company and defines its strategic aims, determines the financial and human resources that the company may need, controls the management performance of the company and observes the legal compliance of its activities⁴⁶. The concept of management has two different meanings; first of all, it covers all management works, and secondly, it reflects the executive organization of the company⁴⁷. According to A. 374 of TCC, "the BOD and the management, to the extent delegated to them, shall be authorized to make decision with regard to all business and transactions required to perform the company's scope of activity, excluding those subject to the authority of the GA by law and the articles of association"⁴⁸.

"A joint stock company may have a board of directors which consists of one or more persons assigned by the articles of association or elected by the general assembly"⁴⁹. TCC A. 359/I states that one member is sufficient for the incorporation of a JSC, which means that the BOD of a JSC can be comprised of one single member. Another issue which is mentioned by the TCC is that legal entities can be a member of board, and that legal entities can also be responsible for their acts⁵⁰, which shows that the TCC paves the ways for legal entities to be a part of the BOD by A. 359/II. It is stated that "in the event a legal entity is elected as a member of the BOD only one real person, determined by the legal entity on its behalf, shall also be registered and announced with the legal entity⁵¹ duty to the fact that they need organs in order to use their civil rights (CC m. 47)⁵². To put it differently, with the TCC, both individuals and legal entities can be appointed as board members; however, "for the avoidance of any doubt, a legal entity may only be represented in the Board by one individual representative"⁵³. Only this registered person can participate in and vote on behalf of the legal entity at the meetings" by aiming to provide security to the company, to the shareholders and to the creditors⁵⁴. The Commercial Code does not bring any limit to minimum or maximum number of Board members to be appointed. Beside this, as per A. 359, it is no longer mandatory to be a shareholder of a company in order to be a board member⁵⁵.

46 ERDOĞMUŞ, 2013, p.8.

47 SOYKAN cited in DEDEAĞAÇ, E./ SAPAN, O. (2013). **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Sorumluluğu**, 1st Edition, [ebook] ARCS Ofset Matbaacılık, Ankara. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf>, (Access date 11.07.2014), p.8.

48 DEDEAĞAÇ & SAPAN, 2013, p.42.

49 CEREBRA, 2013, p.17.

50 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p.9.

51 KEPKEP, B. (2012). **Board of Directors Under The Turkish Commercial Code**, <http://www.jdsupra.com/legalnews/board-of-directors-under-the-turkish-com-14032/>, (Access date: 08.08.2014).

52 UYSAL, 2009, p.317.

53 KEPKEP, 2012, p.1

54 ALTAŞ, 2013, p.177.

55 KULELİ, 2011, p.42.

It is clear that regarding the relationship between the company and the BOD, the latter is classified as an organ of the company. However, the relationship between board members and the company is complicated and disputable. In doctrine, it is defended that this relationship between board members and the company is based on an attorney or on a service agreement⁵⁶. Although some authors, such as ÖZDEĞİRMENCİ may defend that "the relationship between the company and the board members is accepted as a "service agreement" under law and such agreements impose a loyalty obligation on the board members" and so that the board members are found to be under obligation to consider the interest of the company and to prefer the interest of the company over his/her own interest⁵⁷, according to BOZKURT, the relationship between board members and the company should be classified as an attorney agreement unless otherwise stated⁵⁸ and in general, as BOZKURT defends; the relationship between board members and the company is accepted to be based on an attorney agreement⁵⁹. However, the BOD's power of attorney is not limitless; to put it in another way, the BOD cannot represent the company in every respect⁶⁰.

In TCC, boards of directors have been designed to be company organs which can be easily convened, which can take decisions expeditiously, and whose functional areas are clearly defined; their members possess ultimate rights of purview and access to information both within the board and throughout the company and may, when necessary, have recourse to the courts in order to exercise such rights. In this new system a board may, by means of organizational regulation, delegate any respect of their company's management to one or more company officers save for those authorities and duties which the law states are non-delegable and inalienable⁶¹.

The Board of Directors of a joint stock company has been one of the most significant areas in the commercial environment, and its absence can even cause the dissolution of the company according to the TCC A. 530/I. "The reason for such significance of BOD could be due to the fact that, the BOD is the representation and administration body of a joint stock company among third parties or another reason for such significance

56 BOZKURT, T., "Türk Ticaret Kanunu Ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu :Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları Ve Yargı Uygulaması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Year: 2009, Volume: 83, p.155.

57 ÖZDEĞİRMENCİ, E., **Liabilities of the Board of Directors in a Joint Stock Company in the Consideration of the Current Turkish Commercial Code**, 2010, p.6.

58 BOZKURT, 2009, p.155.

59 ARSLANLI cited in ÖTLEGEN, M. Z., **Anonim Otaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğunu Sona Erdiren Nedenlerden İbra Ve Zamanaşımı**. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2003, p.27.

60 KARAHAN, 2013, p.396.

61 TEKİNALP, 2013, p.99.

could be on the basis that majority of the shareholders desire to manage the company and in doing so they would like to elect their own directors"⁶². In addition to this, being an organ of the company, the BOD should be audited frequently due to the fact that the BOD is the representative and managerial body of a corporation and, at the same time, while conducting the business of the corporation, it act as a proprietor⁶³. For the abovementioned reasons, I would like to draw attention to the title "Board of Directors of a Joint Stock Company" under the Turkish Commercial Code and would like to examine its duties and responsibilities in detail.

E. Duties and Responsibilities of the Board of Directors

The board is the unit responsible for the management and representation of the company. While analyzing and evaluating transactions of the BOD, its duties and powers should be considered together owing to the fact that power is needed in order to achieve the duties. Otherwise, if the duties are assigned without power, it cannot be accepted from the BOD to function properly⁶⁴. The duties which can be applied to all shareholders in sole traders can just be applied to the board members and managing directors in JSCs. The board owes legal duties primarily to the company, and indirectly to its shareholders and creditors. The power of the BOD can be based on law or can arise from the article of association⁶⁵. The primary duties of the board members are to:

Although the main duty of members of the board is to participate in board meetings unless there is a legal restriction (TCC A. 393) or a personal restraint and to present an opinion and to object to the decision which they doesn't approve⁶⁶ in general terms, their duties can be stated as follows: "management, representation, keeping the books of the company accurately, duties regarding the general meeting, execution of the decisions of the general meeting, arranging company accounts and annual reports, duties in case of a decrease in assets, duties in case of a decrease or increase in the capital, duties in case of the termination or receivership of the company, duty of the registry and announcement, duties arising out of bonds, duties of care and loyalty"⁶⁷. And regarding their actions and their duties, board members are liable to the joint stock company, shareholders and the creditors. According to ÖZDEĞİRMENCİ, this is not a personal liability but a joint liability⁶⁸.

62 ÇELEBİ, N. (2009). **Board Of Directors Of A Joint Stock Company In The Light Of Draft Turkish Commercial Code** <http://www.mondaq.com/x/85028/Corporate+Governance/Board+Of+Directors+Of+A+Joint+Stock+Company+In+The+Light+Of+Draft+Turkish+Commercial+Code> (Access date 18.07. 2014).

63 OSORKHAN, **2004**, p.1.

64 KARAHAN, **2013**, p.391.

65 POROY/ TEKİNOĞLU/ ÇAMOĞLU cited in KARAHAN, **2013**, p.396.

66 KARAHAN, **2013**, p.423.

67 ÖZDEĞİRMENCİ, **2010**, p.2.

68 ÖZDEĞİRMENCİ, **2010**, p.4.

1. Duty of Care and Duty of Loyalty (A. 369)

The TCC explains the concept of duty of care and duty of loyalty of the BOD with the business judgment rule dealing with the concept of a prudent businessman.

Duty of Care

Duty of care can be named after the duty of being attentive. Behavior can just be an internal attitude or can concern an action. Besides thinking and deciding carefully, directors are also expected to bring their decisions into action carefully⁶⁹. Article 369 of the TCC states that “BOD members and third parties in charge of management shall be held liable for prudent performance and protection of the company’s interests”. Under the TCC, board members are required to act prudently and diligently, while carrying out their duties and the business of the company⁷⁰. In accordance with that provision “the board members and third parties in charge of management are liable for performing their duties with due care of a prudent manager and to protect the company’s interests in good faith”⁷¹. “Being cautious” is a behavioral pattern and “taking precautions” is an act. The one that makes the act a habit is the one that transforms the precaution into an adjective for himself and the one who becomes a “cautious and prudent business man” which is what law wants⁷².

What is meant by “acting as a prudent businessman” is acting with the knowledge, experience and prudence that can be expected from him. Prudent businessman standards accept that board members can make the right decision according to corporate governance principles, and these are based on the principle of not holding the members liable when a risk arises while making these decisions⁷³. In other words, if the BOD’s decision is made after doing all necessary researches and after collecting all necessary information from relevant people, in that case, even if the company has lost money, negligence should be besides the mark⁷⁴. The concept of a “prudent businessman” is not only a way of measurement for negligence or fault, but also means the objective behavior in acts. But it does not cover the caution behind the objective expectation and behind the control⁷⁵. To give an example to act as a prudent businessman, in case of an economic crisis or any other sectoral risks, board members and directors should evaluate the situation in details regarding all possibilities and to take necessary precautions, they should follow the developments in the market and determine the ones that

69 BATTAL, A., “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Year: 2012, Volume: 2, p.32.

70 SOMAY, 2010, p.232.

71 CEREBRA, 2013, p.20.

72 BATTAL, 2012, p.32.

73 PWC, **A.Ş.lerde Yönetim Kurulu Üyeleri ve YK Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, <https://www.okul.pwc.com.tr/images/uploadfile/content/635224429755498499.pdf> (Access date: 04.07.2014), p.8.

74 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p.52.

75 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p.52.

the company may be interested in, and by doing all these they should aim to protect the interest of the company⁷⁶.

Article 553/3 of the TCC draws the lines of this measurement by stating that “a BOD member cannot be held liable for the violation of law, the articles of association or fraudulent activities which are beyond his/her control. This unaccountability may not be challenged based on duties of care and supervision”. In addition to these, A. 557 of the TCC defends and necessitates that the prudence and the caution should be evaluated based on the person itself; “in case more than one person is liable to compensate for the same damage can be attributed personally, shall be jointly liable of the damage with the others. The claimant can sue more than one liable person for the entire damage and can ask the judge to determine the damage liability of each of the defendants in the same case”.

The law just mentions the degree of the duty of care, not its necessity, which shows that board members are definitely under the duty of care⁷⁷. Some people believe that duty of care is an objective duty, and there is no need to consider the subjective qualities of board members; such as knowledge, ability etc. According to ÖZGÖDEK, the duty of care must have a character independent of any personal matters explained above, and should not have a character with personal features⁷⁸. In other words, he defends that the duty of care of board members is not of a subjective, *idiosyncratic* character, but is on the contrary an objective (independent of personal matters) one. However, the objectivity of the duty of care of the BOD should be discussed between the board members of JSCs having same qualifications, status and size. Board members of a public joint stock company and the ones of a small-scaled company should not be compared, due to the fact that the same knowledge and experience as a public JSC’s board members cannot be expected from board members of a small-scaled company⁷⁹. This is the reason why sometimes it is needed to make the objective average prudent businessman standards subjective⁸⁰.

‘The TCC requires board members to act as cautious executives and protect the interests of the company while performing their duties in accordance with the principle of good faith. A cautious executive must make business judgment rules in accordance with the principles of corporate governance’⁸¹. This is the reason why the justification of the article 369 of the TCC criticizes the previous TCC, stating that it leaves the care totally out of the coverage or that it hardly covers the concept of care in terms of protecting the private capital connected to the field of operation, in relations with associates and

76 ERDOĞMUŞ, **2013**, p.4.

77 KARAHAN, **2013**, p.428.

78 ÖZGÖDEK, D. G., “Evaluation of the Principle of “Duty of Care” In Terms of the Responsibilities of the Board Members of Corporations”, **Ankara Bar Review**, Year:2008, Volume: 2, p.67.

79 PULAŞLI cited in UYSAL, **2009**, p.365.

80 BATTAL, **2012**, p.33.

81 INCI/ YALCIN, **2012**, p.3.

in terms of dividend and finance policy⁸². The article 369 of the TCC, as it is mentioned in its justification, defines the care with the prudent businessman standards and puts emphasis on company's interests and it accepts good faith as a criterion for this. The fact of looking after the company's interest should be applied according to the good faith principle. The main function of the "Bona Fide" rule is to draw a limit in exercising rights and fulfilling obligations, and moreover to serve largely to interpret judicial rules, particularly codes, and completing loops. Judges will also make use of these rules while creating jurisdiction or using discretionary powers⁸³. So, protecting company's interest in conformity with good faith means to act according to the objective standards and behavioral patterns that the good faith principle requires to be⁸⁴. After stating all these, it is clear that the duty of care of board members, which they must strictly follow while representing and managing the company, is important socially and legally as much as commercially⁸⁵.

Duty of Loyalty

JSC as a legal entity, through the GA, should trust the people whom they are chosen to govern and to represent the company, and board members should respond this trust with the duty of loyalty⁸⁶. It is mentioned above that article 369 of the TCC sets forth the level of duty of care and duty of loyalty of BOD members. BOD members are obligated to act as cautious executives and to protect the interests of the company, while performing their duties in accordance with the principle of good faith. "A cautious executive must make business judgments pursuant to the principles of corporate governance. Articles 203 and 205 of the TCC are reserved. As long as the BOD members act as cautious executives in good faith, no liability arises"⁸⁷. The reason for the existence of duty of loyalty is to prevent the directors having the secret of the company from endangering them, because of other interests and from damaging the company⁸⁸.

Duty of loyalty has keeping the business secrets and considering the company's interest in the first place at its heart⁸⁹. Even though the TCC does not include any provision directly referring to the liability of secrecy, while the justification of the article 369 and its content stating the necessity of looking after the company's interest according to good faith are evaluated together, it can be said that these statements

82 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p. 55.

83 PULAŞLI cited in ÖZGÖDEK, 2008, p.69.

84 BATTAL, 2012, p.34.

85 ÖZGÖDEK, 2008, p.69.

86 KIRCA/ MANAVGAT cited in KARAHAN, 2013, p.428

87 KOCAMAN, E./ PELİT, N., **Liabilities Of The Board Of Directors In Joint Stock Corporations Under Turkish Commercial Code**, http://www.koicuoglu.av.tr/Home/OpenDocument/ebulletinliabilitiesoftheboardirectorsinjsc_d5F3Lnk8, (Access date: 03.08.2014).

88 DOMANIÇ cited in KARAHAN, 2013, p.430

89 PULAŞLI cited in KARAHAN, 2013, p.428

bring with the liability of secrecy for board members⁹⁰. Duty of care is regulated as an independent duty without referring to any other duties. However, duty of loyalty cannot be evaluated without the obligation of faithfulness⁹¹. The duty of loyalty regulated in this article means to protect the company's interest in conformity with the good faith principle. This provision becomes important especially when there is a conflict between company's interest and shareholders'/partners' interest occurs⁹². The relationship between the BOD and the JSC is based on confidence. For this reason, board members should be loyal to the company and its shareholders, and they should value company's interest over everything else and keep the company's secrets⁹³. Keeping the secret of the company means not giving the partnership certificate to any body or not sharing it with anyone, not keeping its copies or photocopies and giving back some documents at the end of their duty period as a board member⁹⁴. The duty of keeping secret continues even after the duty period ends.

2. Non-compete Obligation (A. 396)

Board members should try to prevent the unfair competition within the scope of the company by regulating the rules covering this issue⁹⁵. This provision puts the board member under the obligation of an extensive loyalty to the company apart from making them rely on the prohibition of competition, and oblige the insiders having secret information from the company to obey to the prohibition of trade⁹⁶ (DEDEAĞAÇ & SAPAN, 2013, p.53). Article 396 states that "no board member can conduct any transaction of a commercial nature falling under the scope of activity of the company in his/her account or any other person's account without obtaining permission from the GA, and he/she cannot participate in a company involved in the same kind of commercial business as a partner with unlimited liability" (TCC). So, the first condition for a breach of competition is a business which falls under the scope of activity of the company, which can be defined as de facto activities that company is dealing with.

In this article, the aim is to prevent board members from doing a business transaction which falls under the scope of activity of the company; in other words, to prevent board members from putting their own interest, the shareholders' interests and the natural people's or legal entities' interests who are close to them in the first place compared to the company's own interest. This provision makes it essential for the BOD to take the necessary precautions and to bargain in accordance with the competition conditions in order to protect company's interests in case of a conflict of interests. The

90 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, **2013**, p. 55

91 BATTAL, **2012**, p.32.

92 BATTAL, **2012**, p.33.

93 UYSAL, **2009**, p.365.

94 BAHTİYAR cited in UYSAL, **2009**, p.366.

95 ERDOĞMUŞ, **2013**, p.15.

96 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, **2013**, p. 53.

company can claim compensation from the board member in case of a breach of non-compete obligation or alternatively, instead of the compensation, “the company may consider the concerned transaction as it was made in the name of the company and claim any benefits arising from that transaction”⁹⁷. As it can be understood from the literal of the article 335, the TCC just banned the commercial affairs that fall under the scope of company’s activities; so, it can be deduced that the ones cannot be classified as commercial affairs should be outside of the breach of competition⁹⁸.

3. Prohibition to Conduct Transaction with Company and to Become Indebted to Company (A. 395)

Prohibition to Conduct Transaction with Company

In spite of the fact that freedom of contract is valid in Turkish law, this is not an absolute norm and one of the exceptions to this norm arises from the transaction between board members and the company⁹⁹. According to the article 395 of the TCC, “a board member cannot conduct any transaction with the company in his/her or any other person’s name without permission from the GA. If this provision is violated, the company can claim the transaction is null and void”. This means that board members cannot conduct any transaction of a commercial nature that relates to the scope of the company’s activity in his or her name or in the name of any other persons without obtaining permission from the general assembly, which shows that A. 395 sets bounds to the fact of board members doing business on his or any other person’s name,¹⁰⁰ and the only exception to this provision is stated as the permission of the GA. In order to carry out the prohibition of conducting transaction with the company, the company should claim nullity through the GA¹⁰¹. Furthermore, “board members cannot be involved in a company that has the same type of business as a partner with unlimited liability”¹⁰².

Although it can be thought at the first sight that non-compete obligation and prohibition of conducting a transaction with the company covers the same issues, after examining both provisions, it is clear that they do not have much in common due to the fact that in article 396/I, the company that board member does business with can be any company; the important thing here is the existence of the fact of doing business with another company that falls under the scope of activity of the company which s/he is a member of. On the other hand, in article 395/I, the situation is a bit different; in that case, it is prohibited for a board member to do a business directly with the company which that s/he is a member of.

97 CEREBRA, **2013**, p.25.

98 UYSAL, **2009**, p.360.

99 KARAHAN, **2013**, p.429.

100 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, **2013**, p. 58.

101 KARAHAN, **2013**, p.429.

102 CEREBRA, **2013**, p.25.

Prohibition of Becoming Indebted to the Company

Article 395/II of the TCC puts forward the following: “the board member, his/her relatives specified in Article 393 (who are not shareholders, and a person of his/her lineal consanguinity or his/her spouse or one of his/her blood and in-law relatives up to third degree, including the third degree cannot borrow cash from the company), the personal companies of which the said member and his/her relatives in question are partners, and joint stock companies in which they have at least 20 percent shareholding cannot become indebted in cash or in kind to the company. The company cannot provide surety, guarantee or security for these persons, undertake liability or take over their debts. Otherwise, the creditors of the company can start execution proceedings directly against these people for the debt of the company in the amount for which the company is liable”.

It is stated that without obtaining permission from the general assembly, the board member cannot conduct any transaction mentioned above with the company directly or indirectly, due to the fact that they should care about the interest of the company and should “provide that the company business is conducted in compliance with the legislature and the articles of incorporation of the company”¹⁰³. To the contrary, creditors of the company may directly pursue these persons for the company debts to the amounts for which the company is liable for¹⁰⁴ and “if such permission is not obtained, the company may claim that the concerned transaction is invalid. However, the counter party may not make such a claim”¹⁰⁵.

4. Prohibition of Participating in Discussions in Cases of Conflict of Interests (A. 393)

As it is mentioned earlier, JSC carries its business through the BOD which is the organ responsible from the management of the company. In order to fulfill this duty, the BOD should make decisions via board meetings. Article 393/1 of the TCC brings a prohibition about a fact that can be classified as a conflict of interest; “a board member cannot participate in discussions regarding matters which lead to a conflict between interests of the company and personal interests of the member or a person of his/her lineal consanguinity or his/her spouse or one of his/her blood and in-law relatives up to and including the third degree”. The TCC aims to prevent board members from participating in a meeting about any conflicts of interests that may occur between the company's interests and personal interests of board members or the aforementioned individuals¹⁰⁶.

Another situation regulated in article 393 that requires board members not to participate in a board meeting is, “in cases where acting in good faith requires the

103 ÖZDEĞİRMENÇİ, 2011, p.4.

104 CEREBRA, 2013, p.25.

105 CEREBRA, 2013, p.25.

106 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p. 63.

non-participation of a board member in the discussion"¹⁰⁷. If integrity requires non-participation of the board member in discussions, then the prohibition may be applied. "In cases where there is doubt or in cases where the conflict of interest is not known by the board, the concerned member is obliged to declare it and abide by the prohibition so that the board should vote to make the final decision. The member concerned cannot participate in this voting"¹⁰⁸.

II. Companies in British Legal System

A. General Information About British Companies

Although the notion of "corporation" covers more than the notion "company", in the UK, the word 'company' has been used for a long time and even the main code regulating the corporate law has been entitled as Companies Act since 1862, and this act makes it clear that a company is a corporation¹⁰⁹. Companies Act 2006 ("CA"), which is the one that is still in force, is the one that regulates and codifies duties of directors for the first time¹¹⁰. A company, for the lawyer, "is an organizational form, provided by the law, through which the suppliers of the various inputs necessary to achieve a certain objective can come together and coordinate their activities of a business nature and designed to earn profits"¹¹¹. All companies should be formed according to the CA, which can be qualified as the primary source regulating companies. According to CA 2006, companies "are separate legal persons that may, amongst others, own property, enter into contracts, sue and be sued"¹¹². The notion that "the company is a legal person separate from its shareholders, directors, creditors, employees, indeed from anyone else involved in it, is fundamental to the conceptual structure of company law"¹¹³. British company law not only focuses on the relationships between and within three different groups: shareholders, directors, and creditors, but also "seeks to regulate, to some extent, the mechanisms by which people join or leave one of these groups as well as their rights and duties once they have joined a group"¹¹⁴. British company law is regulated on a shareholder basis which means that "shareholder primacy would be maintained as a key principle of UK company law ... and this is reflected in the structure and framework of UK company law, which requires directors to advance shareholders' interest as a whole"¹¹⁵.

107 DEDEAĞAÇ/ SAPAN, 2013, p. 63.

108 CEREBRA, 2013, p.25.

109 LOWRY, J./ REISBERG, A., **Pettet's Company Law: Company Law & Corporate Financ**, Pearson, London, 2012, p.15.

110 FOLLAND, N., "Directors' Duties", **Practical Law For Companies**, Year: 2007, Volume:18, Number:1, p. 19.

111 CRAIG, P, **Introduction to Company Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010, p.2.

112 KERSHAW, D., **Company Law in Context**, Oxford University Press, Oxford, 2012 p.12.

113 CRAIG, 2010, p.9.

114 CRAIG, 2010, p.4.

115 ACCA, **Shareholder Primacy in UK Corporate Law: An Exploration of the Rationale and Evidence**, The Association of Chartered Certified Accountants, London, 2011, p.5.

In accordance with CA 2006, a company can be formed with limited or unlimited liability, and to benefit from limited liability, the company's constitution must provide that liability of its members is limited¹¹⁶. If there is no provision limiting the liability of members, then, in that case, this company is called an unlimited company and "this type of companies has no limit on the liability of its members"¹¹⁷ and limited companies in the UK can be formed as either limited by shares or guarantee. "Companies limited by guarantee are often used for bodies carrying out quasi-governmental or non-profit functions"¹¹⁸.

B. Public & Private Company

A company can be founded as a private or a public company according to CA 2006, "English company law, unlike that most of other European countries, deals with both public and private companies in the same Act"¹¹⁹. The vast majority of provisions in the Act 2006 apply equally to both public and private companies. However, in certain contexts, "public companies are subject to more onerous regulation"¹²⁰. A public company can be defined as "a company with a certificate of incorporation that states it is a public company and that has complied with all the necessary provisions of the Act as registration or re-registration as a public company"¹²¹ and a private company can be defined as any company that is not in public.

Generally, companies are established as private companies and then converted to public companies. The reason behind this is to collect and build the necessary amount while being a private company, and to become large enough to be a public company which can benefit from offering its shares to the public¹²². It should be realized that, in economic terms, "some public companies are quite small, perhaps smaller than some of the larger private companies. The mere fact that its legal type is "public" does not of itself guarantee economic size"¹²³. Although, for some reasons, it may seem that being a public company is more advantageous than being a private company because of being able to offer shares to the public for investment by advertisement (S. 755); they are subject to a greater degree of regulation by the law compared to private companies.

Essentially, the distinction in terms of capital raising between the two types of companies is that the law presumes that in private companies, the investment is largely provided by the founding members either through their personal savings or from bank

116 KERSHAW, **2012**, p.11.

117 SEALY, L.S./ WORTHINGTON, S., **Cases And Materials In Company Law**, Oxford University, Oxford Press, 2013, p.20.

118 KERSHAW, **2012**, p.11.

119 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.21.

120 KERSHAW, **2012**, p.12.

121 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.21.

122 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.16.

123 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.15.

loans, and that, in public companies, the intention is to raise large amounts of money from the general public"¹²⁴. Other than the distinction in terms of capital raising, there are other differences between private and public companies; a public company may offer shares to the public. A private company may not do this, and private companies can be established as limited or unlimited companies; however, "public companies can be founded only as a company limited by shares" (CA 2006, S. 4(2))¹²⁵.

Focusing on public companies that can only be founded as companies limited by shares, the concept of LLC and its features should be examined.

C. Basic Characteristics of Limited Liability Companies

The establishment of a limited liability company is permitted by Limited Liability Act in 1855¹²⁶. According to the principle of limited liability, "the rights of the company's creditors are confined to the assets of the company and cannot be asserted against the personal assets of the company's members"¹²⁷. There are two types of limited liability companies: namely, companies limited by shares and those limited by guarantee. In a company limited by shares, "a member is not liable for the company's debts beyond the amount remaining unpaid on his or her shares"¹²⁸, and in a company limited by guarantee, "a member is only liable to make a contribution to the assets of the company in the event of its being wound up, and the amount of this contribution is fixed at the outset by the company's constitution"¹²⁹.

The company limited by shares is the most preferred company type in the UK regarding the easiness of carrying an economic activity¹³⁰. In a company limited by shares, "a member is only liable to pay what he agreed to pay for the shares which may be paid or unpaid"¹³¹. It refers to the restricted liability fixed by "the terms of issue of the shares or by the company's constitutional documents"¹³². It should be mentioned that limited liability has no relation with the liability of the company, because the liability which is limited is the liability of members, not the company's. In other words, "creditors' rights can be asserted to the full against the company's assets"¹³³. Limited liability is "widely regarded as a mechanism that encourages entrepreneurship and makes a

124 DIGNAM, A./ LOWRY, J., **Company Law**. Oxford University Press, Oxford, 2010, p.64.

125 DIGNAM/ LOWRY, **2010**, p.65.

126 MALTBY, J., "UK Joint Stock Companies Legislation 1844-1900: Accounting Publicity And "Mercantile Caution"". **Accounting History**, Year: 1998, Volume: 3, Number: 1, p.23.

127 CRAIG, **2010**, p.10.

128 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.21.

129 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.21.

130 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.15.

131 KERSHAW, **2012**, p.12.

132 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.20

133 CRAIG, **2010**, p.10.

major contribution to the law of business organizations"¹³⁴, due to the fact that limited liability promotes free transfer of shares. Other than that, "shares with limited liability are fungible; they trade at one price regardless of the identity of seller or purchaser; so, limiting the amount of investigation and negotiation needed on the part of the buyer. This facilitates the control of agents through the market price of those shares"¹³⁵.

Having public company as our focus, the type of a company limited by shares and its features is more important, in order to understand the reason why this type of a company is chosen to be a public company, and all these advantages make it clear why the company limited by shares is more preferable and why it is found more suitable to offer its shares to public.

D. Board of Directors

The separation of ownership and control can be shown as one of the defining characteristics of the corporate form¹³⁶. It means that the parties that own the company and the ones that manage the company are not the same parties. "Shareholders own the corporation, but the board of directors controls the corporation and is responsible for managing the business and affairs of the corporation"¹³⁷. In other words, directors are "obligated by statute to manage their corporate charge on behalf of the shareholders, to the benefit of the corporation and shareholders"¹³⁸.

Board of Directors can be named as the main organ of a company and is classified as the agent of the company, due to the fact that "any physical act that has to be done in order to make a company a party to voluntary transaction has to be done by a human being acting on the company's behalf"¹³⁹, and that the one that acts on the company is the BOD. UK Companies generally have a single or unitary board¹⁴⁰. The CA 2006 tells nothing about the function of the board; however, S. 154 of the Act states that "a private company must have at least one director and that a public company must have at least two directors, thereby requiring that a public company has a board of directors"¹⁴¹. BOD is the main organ of a company, because of being the decision making body which manages a company. In this body, directors are the key decision makers and the managers, and this is valid "for organizations in the private sector and public sector, and whether a company is a family business or part of a transnational group"¹⁴². Directors

134 FREEDMAN, J., "Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms", **The Modern Law Review**, Year: 2000, Volume: 63, Number: 3, p.317.

135 FREEDMAN, **2000**, p.328.

136 BERLE and MEANS cited in NOWICK, E. A., "A Director's Good Faith", **Buffalo Law Review**, Year: 2007, Volume: 55, Number: 2, p.462.

137 Del. Code Ann. Tit. 8, S. 141(a) cited in NOWICK, **2007**, p.463.

138 NOWICK, **2007**, p.458.

139 MAYSON, S.W./ FRENCH, D./ RYAN, C., **Company Law**, Oxford University Press, Oxford, 2013, p.610.

140 KERSHAW, **2012**, p.234.

141 KERSHAW, **2012**, p.252.

142 BELCHER, A., **Directors' Decisions and the Law: Promoting Success**, Routledge, London, 2014, p.1.

do not only represent the company, do business and act on behalf of the company, but also regarded as the company itself in some situations¹⁴³.

Having a BOD has some advantages and disadvantages; "concentrated expertise, relative independence from the company's various stakeholders and the efficiency of centralized decision-making"¹⁴⁴ can be counted among advantages. The disadvantage of having a BOD is that "the directors may manage the company in their own interests rather than in the interests of those they are supposed to serve"¹⁴⁵. Although it seems that it has more advantages than disadvantages, this one disadvantage is enough to give irreparable harms to the company. This is the reason why sometimes being a director is not easy and requires a responsible and a prudent approach. Therefore, while appointing directors, the power to appoint directors should be exercised carefully by prioritizing company's benefit as a whole, without thinking of any other personal benefits or interests¹⁴⁶. Because, after becoming a director, even his/her personal actions can be related to the company or can affect company's interest.

In corporate management theory, "the idea has been mooted that the board of directors should not simply be a senior executive committee, but ought to take a broad-ranging, long-term view of the company's activities and objective"¹⁴⁷. Directors and board members should evaluate lots of things at the same time: they should consider both sides of an act, take necessary precautions in order to consider what is the most beneficial for the company, in order to protect company from potential harms. The position of the directors can be classified as a fiduciary one, and "directors are obligated to act with a primary fidelity to their beneficiary"¹⁴⁸, in order to fulfill their duties properly. Lots of people want to be a director just to take the advantages of limited liability, "so as to exploit their entrepreneurial skills and instincts, and may not be temperamentally suited to statutory control or constitutional restraint"¹⁴⁹. Therefore, it is absolutely true that being a director is easy, but being a responsible one is not, due to the fact that being a responsible director requires fulfilling lots of duty with an intensive care.

E. Duties of Directors

According to KERSHAW, "a duty is an obligation to conduct yourself in a particular way or not to conduct yourself in a particular way"¹⁵⁰. Because of the fact that directors are viewed as agents of the company and as such, they are subject to "the full rigor of the

143 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.142.

144 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.309.

145 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.309.

146 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.280.

147 DEAN, J., **Directing Public Companies**, Cavendish Publishing Limited, London, 2001, p.8.

148 BAINBRIDGE cited in NOWICK, **2007**, p.466.

149 FEAVER, L. **Director's Duties**, http://www.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0010/133966/Directors-duties.pdf, (Access date: 17.07.2014).

150 KERSHAW, **2012**, p.313.

fiduciary duties developed by equity to ensure strict compliance with the overriding principle that fiduciaries must not benefit from their position of trust¹⁵¹.

Managing other people's property, directors have different kinds of duties in common law; the first and perhaps the most important one is the "duty of loyalty to the company which requires them not to put themselves in a position in which their personal interest and that of the company may conflict. Secondly, they have a duty to use the powers given to them by the company's constitution for the purposes for which the powers were intended and not for some other purpose. Thirdly, they have a duty to show reasonable care and skill in doing whatever they undertake on behalf of the company"¹⁵².

Duties of directors were regulated and governed by so many different sources until today as common law, equity and case law; section 170 of the Companies Act 2006, which is the main source of UK Company Law in our day and "which made the duties more accessible"¹⁵³, makes references to common law rules and equitable principles and states that the duties of directors should be interpreted according to these principles¹⁵⁴. Part 10 of the CA 2006, covering general duties of directors, begins by "addressing the scope and nature of the duties in S.170 and it the goes on to lay down the substantive duties owed by directors to the company"¹⁵⁵. The rules regulating duties owed by directors are mandatory ones that cannot be derogated from. In other words, "the nature of duties cannot be altered by any means, including altering the corporate constitution"¹⁵⁶.

To whom are the duties owed?

It is mentioned above that directors are the agents of the company. "In the law, neither the company nor the board of directors is an agent of a principal shareholder. It follows clearly, therefore, that the duties directors owe are owed to the company that they serve. These duties are not owed to shareholders, individually or collectively, or to any other constituency or group that has a relationship with the company"¹⁵⁷. Section 170 of the CA makes it clear that duties are owed to the company and because of that, only the company has the right to bring actions in case of a breach of duties.

151 DIGNAM/ LOWRY, **2010**, p.312.

152 HOFFMAN, L., "Duties of Company Directors", **European Business Law Review**, Year: 1999, Volume: 10, Number: 3-4, p.78.

153 GODDARD, R., Directors' Duties. **The Edinburgh Law Review**, Year: 2008, Volume: 12, Number: 3, p.472.

154 ATTENBOROUGH, D., "How Directors Should Act When Owing Duties to the Companies' Shareholders: Why We Need to Stop Applying Greenhalgh", **International Company and Commercial Law Review**, Year: 2009, Volume: 20, Number: 10, p.345.

155 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.159.

156 KERSHAW, **2012**, p.450.

157 KERSHAW, **2012**, p.331.

1. Duty to Act Within Powers (S. 171)

The directors are obligated to act according to company's constitution and they are not allowed to use their power outside of their scope of authority. In other words, directors cannot act contrary to the constitution. "Even if the directors believe that action contrary to the constitution would promote the success of the company, they are not free to take it"¹⁵⁸. Older cases such as *Smith and Fawcett* [1942] Ch 304¹⁵⁹ put emphasis on the fact that "they must exercise their discretion bona fide in what they consider-not what a court may consider-is in the interests of the company, and not for any collateral purpose". This shows us that company's constitution provides the framework of directors' power of authority "within which the directors are required to confine the exercise of their discretion rather than being simply an element which they are obliged to take into account"¹⁶⁰.

2. Duty to Promote the Success of the Company (S. 172)

Directors are expected to be careful and act prudently while making their decisions, and they are expected to make good or reasonable decisions by considering the interests of the company. "English law separates these expectations into two separate duties: the duty to promote the success of the company (previously, the duty to act in good faith in the best interests of the company); and the duty of care, skill and diligence"¹⁶¹. To start with, the first duty, the "success" in the duty to promote the success of the company is a subjective concept, and, for this reason, it should be determined on a company-by-company basis, due to the fact that it cannot be expected from large and small companies to have the same success and that "it is for the directors to interpret the company's objectives and make practical decisions about how best to achieve them"¹⁶². But, in general terms, it can be said that success means the long-term sustainable economic income and profit arise from the increase in financial value.

The duty to promote the success of the company, which is mainly based on the duty of loyalty by directors before codification, can be counted as the main fiduciary duty of directors¹⁶³. This duty which can be named as the sub-duty of the duty of loyalty, "regulates the exercise of discretion by directors; it provides the law's standard of competence in relation to the quality of the decision or action as distinct from the process that led up to the decision or action, which is regulated by the duty of care"¹⁶⁴.

158 CRAIG, 2010, p.157.

159 *Smith and Fawcett* [1942] Ch 304. [Case study].

160 CRAIG, 2010, p.157.

161 KERSHAW, 2012, p.334.

162 SEALY/ WORTHINGTON, 2013, p.339.

163 KEAY, A., "Good Faith And Directors' Duty To Promote The Success Of Their Company", **The Company Lawyer**, Year: 2011, Volume: 32, Number: 5, p.138.

164 KERSHAW, 2012, p.334.

As in *Item Software (UK) Ltd v Fassihi*¹⁶⁵, Fassihi, who used to be the director of the Item Software, was dismissed because of the breach of his duty to act bona fide in the interests of the company by stealing the company's customer. Fassihi made Isoterm terminate its distribution agreement with Item Software, and made them enter into a new agreement with his own company. This shows that this duty is applicable to all the activities of directors without making discrimination and that it necessitates the trust and confidence between the company and its directors.

Before CA 2006, there used to be a requirement about acting in the company's best interests, which "required the promotion of the success of the company, but not in its own right as a separate legal person, but for the benefit of the shareholder constituency"¹⁶⁶. However, current duty refers directly to member interests as a whole, rather than indirectly through the "best interest of the company". "The success of the company is not about the individual interests of members, but about their interests as members of an association with the purposes and the mutual arrangements embodied in the constitution; the objective is to be achieved by the directors successfully managing the complex of relationships and resources which comprise the company's undertaking"¹⁶⁷. According to CRAIG, since the company is a legal entity that can have no interests, this duty can clearly be named as a shareholder-centered statement of rule¹⁶⁸. This is the reason why the interests of a company have long been understood to mean the interests of its members, including the interests of present and even future members as a whole. For most companies, acting in the 'company's interests' means acting to promote shareholder value, due to the fact that the interests of the members will usually be in increasing the value of their shareholding¹⁶⁹. The CA also states that "this duty has effect to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of the company's creditors. Therefore, in times of insolvency or threatened insolvency, the duty to consider creditors' interests remains as well"¹⁷⁰ which shows that the list in S. 172 does not include everything and that sometimes directors should consider other relevant factors which do not fall into this list.

Good Faith

Regarding this duty, good faith is another notion that should be examined, owing to the fact that S. 172 regulating this duty emphasizes the good faith of directors. The CA states that while aiming to promote the success of the company, it is important for

165 *Item Software (UK) Ltd v Fassihi* [2004] EWCA Civ 1244. [Case study].

166 KERSHAW, 2012, p.382.

167 SEALY/ WORTHINGTON, 2013, p.339.

168 CRAIG, 2010, p.155.

169 KERSHAW, 2012, p.336.

170 DAVIDSON, R., "The Companies Act 2006: Directors' Duties And Promoting the Company's Success", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Year: 2007, Volume: 22, Number: 11, p.632.

directors to make their decisions in good faith. Good faith duties can arise “within employment relationships, fiduciary relationships, insurance contracts and other areas”¹⁷¹. In order to oblige directors to act in good faith or penalize them for not acting in good faith, an affirmative definition of good faith is needed¹⁷². Good faith in this context means that “they must deal with the trust property properly, and solely for the benefit of the beneficiaries”¹⁷³.

It is mentioned earlier that the duty in section 172 is subjective. The section states that “*a director of a company must act in a way that he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company...*” (CA 2006). Acting in good faith should be accepted as a continuing duty, especially while evaluating whether it is in the best of the company. A decision which can be classified as in the best interest of the company in a certain period of time may not be considered as in the best interest of the company in another period of time regarding the circumstances. If it cannot be considered in the best interests of the company; then, according to good faith, the director must change and realign the decision with the company’s interests¹⁷⁴. It is the director himself who should “judge and form a good faith judgment about what is to be regarded as success for the members as a whole”¹⁷⁵, and this is the court which will decide whether directors act in good faith or not, by considering all the circumstances.

The duty to act *bona fide* in the best interests of the company is “sometimes loosely conceived of as the pre-eminent duty from which other duties stem or as an aspect of the overarching duty of loyalty, which directors owe to their company”¹⁷⁶. According to DIGNAM & LOWRY, there were two significant problems with this duty: the first one is related to its enforceability, because it could only be enforced in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors (S. 309(2) CA 1985). Either the company had to sue for its breach, or a shareholder had to bring a derivative action. Secondly, it was difficult to identify the precise scope of the duty for the purposes of determining whether it had been discharged or not. Directors were not bound to give the interests of the priority of employees over those of shareholders”¹⁷⁷.

3. The Duty to Exercise Independent Judgment (S. 173)

The duty to exercise independent judgment can be classified as another aspect of the duty of good faith. Directors must exercise independent judgment without taking directions or orders from anyone else. According to DIGNAM & LOWRY, this is an “incident

171 CHEYNE, J./ GRIERSON, S./ TAYLOR, P., “Commercial Good Faith”, *The New Zealand Law Journal*, Year: 2001, p.245.

172 NOWICK, **2007**, p.458.

173 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.162.

174 KERSHAW, **2012**, p.351.

175 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.165.

176 AHERN, D. “Nominee Directors’ Duty to Promote the Success of the Company: Commercial Pragmatism and Legal Orthodoxy”, *The Law Quarterly Review*, Year: 2011, January, p.126.

177 DIGNAM/ LOWRY, **2010**, p.329.

of the over-arching duty to promote the success of the company laid down in section 172¹⁷⁸. The main aim here is to prevent directors from being affected by third parties and to prevent them from making their decision according to anything else than the company's interest. This duty to exercise independent judgment can be breached in some cases. So, there should be a legal framework regulating the circumstances under which this duty can be counted as breached or not breached. According to SEALY and WORTHINGTON, this duty to exercise independent judgment is not breached "if the director merely takes advice, or acts in accordance with an agreement duly entered into by the company, or acts in a way permitted by the company's constitution"¹⁷⁹.

4. Duty to Exercise Reasonable Care, Skill and Diligence (S. 174)

According to KERSHAW, "a director must make decisions that they considers will promote the success of the company, and the exercise of corporate power must be for a proper purpose"¹⁸⁰. It is mentioned before, while explaining the duty to promote the success of the company, that directors are expected to act carefully and prudently by considering company's success and interests while making a decision. Duty of care, skill and diligence covers mostly the same areas. Therefore, duty of care can be classified as a pre-condition of duty to promote the success of the company, owing to the fact that a director cannot promote the company's success and consider company's interest without being carefully and acting prudently, which makes him/her exercise reasonable care, skill and diligence. Although the section refers to care, skill and diligence, "there is only one duty provided here which is applicable to all activities undertaken by the director in his function as director. There are not separate duties of care, skill and diligence".¹⁸¹

There are mainly two different views about director's duty of care; objective and subjective views.

Subjective standard is one that is specified by reference to what a person with the director's actual abilities are able to achieve. In other words, the less qualified or more incompetent the director, the less the law would expect of that person. Objective standard is formulated by reference to what a reasonable director in the position of the actual director could be expected to achieve, irrespective of what the actual director was capable of achieving.¹⁸²

According my point of view, subjective view is more applicable and fair, due to the fact that, as stated before, the same degree of care cannot be expected from the directors of small-scaled and large-scaled companies. As it is stated in *Re City Equitable Fire*

178 DIGNAM/ LOWRY, **2010**, p.332.

179 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.350.

180 KERSHAW, **2012**, p.410.

181 KERSHAW, **2012**, p.448.

182 CRAIG, **2010**, p.150.

Insurance Co Ltd [1925] Ch. 407¹⁸³ “the larger the business carried on by the company, the more numerous, and the more important the matters that must of necessity be left to the managers ...”, which shows that generalization cannot be made in terms of the degree of care expected from a director.

The provision regulating the duty of care uses the word “reasonable care” to define the degree of care expected from directors. Reasonable care means “the level of care that would, hypothetically, be provided by an average person qualified to operate in the relevant walk of life, whether it be surgery or driving a car”¹⁸⁴. In other words, the term reasonable care has a large scale which covers the degree of care from no care to complete care, which means that the law can always select a care below reasonable care¹⁸⁵. The standard of care is regulated in S. 214 (4) of the Insolvency Act 1986. By S. 214 (4), the director was required to behave as “a reasonably diligent person having both the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company and the general knowledge, skill and experience that director has”.

For some people, duty of care can be classified as fiduciary duty and according to this view, directors are expected to use the amount of care which a prudent and careful man would use. “This standard of conduct -the care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances- is clearly very generous to directors, as it, by its terms, requires nothing more than the normal level of care a person would use in his business”¹⁸⁶. So, it may be more convenient to change this standard by replacing the word “men” with “businessmen”. However, according to the modern view, “duty of care is not a duty of a fiduciary character, but is to be assimilated to the well-known duty to avoid negligence imposed by the common law. Thus, duty of care is to be distinguished from all the other duties which are categorized as fiduciary duties or duties of loyalty”¹⁸⁷. It is important to remind that this duty is owed to the company; not to the members. “As well as liability to the company, breach of this duty may show unfitness to be concerned in the management of the company and so, lead to disqualification under the Company Directors Disqualification Act 1986 s 6”¹⁸⁸.

5. Duty to Avoid Conflicts of Interest (S. 175)

Duty to avoid conflicts of interest is one of the core duties of directors. Section 175 (1) provides that “a director must avoid a situation in which they has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict with the interests of the company” (CA, 2006). The duty to avoid conflicts of interest covers the duty of

183 Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd [1925] Ch 407. [Case study].

184 KERSHAW, **2012**, p.418.

185 KERSHAW, **2012**, p.418.

186 EISENBERG cite in NOWICK, **2007**, p.458.

187 CRAIG, **2010**, p.154.

188 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.353.

loyalty in some points and also falls within one of the duties mentioned earlier, such as the duty to promote the success of the company. “Directors have personal interests, desires, aspirations, and ambitions. In certain circumstances, those personal interests and concerns may come directly into conflict with the interests or the success of the company”¹⁸⁹, and this duty tries to make directors avoid from situations where their interests and the company’s interest conflict. Any situation “which ostensibly gives rise to a conflict between the director’s personal interests, and his duty to the company, is treated as a situation from which the director cannot benefit; or can only benefit after protective procedures have been complied with”¹⁹⁰.

The result of some conflicts can have a direct effect on the increase in the director’s personal wealth, while other conflicts are less apparent. Taking *Aberdeen Rly Co v Blaikie Bros* [1854] 1 Macq 461¹⁹¹ as an example, the chairman of the BOD of a company entered into a contract on behalf of the company with his own firm. Although in that case “his duty to the company imposed on him the obligation of obtaining these chairs at the lowest price, his personal interest would lead him to an entirely opposite direction, would induce him to fix the price as high as possible”. The provision needs to make some points clear about what is covered with the conflict of interest. The Acts states that this duty applies “in particular to the exploitation of any property, information or opportunity (and it is immaterial whether the company could take advantage of the property, information or opportunity). This duty does not apply to a conflict of interest arising in relation to a transaction or arrangement with the company”¹⁹². Regarding this provision, directors are not under a duty to avoid transactions or arrangements with the company. However, directors “must disclose any interest in a transaction or arrangement that the company is proposing to enter into or that has already been entered into, whether their interest is direct or indirect. Once declared, no authorization is required, and this is the same as the position before the Act”¹⁹³.

6. Duty to Not to Accept Benefits from Third Parties (S. 176)

Duty to not to accept benefits from third parties tries to prevent directors from being influenced by third parties. Third parties can influence directors’ decisions by offering bribes or secret commissions to them. This provision states that directors must not accept any benefits “their being a director or their doing (or not doing) anything as director” (S. 175, CA, 2006). According to SEALY and WORTHINGTON, “this duty is clearly related to the no conflict duty in S. 175, since duty, too, is not infringed, if acceptance of the benefit cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest

189 KERSHAW, **2012**, p.476.

190 LOWRY/ REISBERG, **2012**, p.172.

191 *Aberdeen Rly Co v Blaikie Bros* [1854] 1 Macq 461. [Case study].

192 COMPANY ACT cited in DAVIDSON, **2007**, p.631.

193 FEAVER, **Director’s Duties**.

(S. 176(4))¹⁹⁴. Benefits are not defined in the CA 2006. However, it can be defined as “a favorable or helpful factor, circumstance, advantage or profit”¹⁹⁵. A benefit may be financial or non-financial, of any shape or size. “S. 176(4) ensures that trivial benefits are not caught by the provision, and S. 176(3) covers payment of normal salary and benefits. The most significant difference between S. 175 and S. 176 is that there is no provision for authorization by the board of directors”¹⁹⁶.

7. Duty to Declare an Interest in a Proposed (S. 177) or in Existing (S. 182) Transaction or Arrangement

S. 177

S. 177 regulating duty to declare an interest in a proposed transaction or arrangement states that “directors with direct or indirect interests in transactions proposed by the company must declare to the other directors the nature and the extent of those interests, unless it is an interest or involves a transaction, of which the director is unaware”¹⁹⁷. The declaration of interest must be done before the company enters into the transaction or arrangement, so that necessary precautions can be taken. By including indirect interest, lawmaker tries to cover the transactions that a director is not a part of and widens the duty’s scope of application.

S.182

If the company enters into a suspicious transaction, the director is under a new and continuing duty to disclose interests in substantially similar terms in S. 182. Contrary to S. 175, in this section, the director need not be a party to the transaction or arrangement for this duty to apply. “There are separate requirements for directors to declare their interests in transactions or arrangements that the company has already entered into”¹⁹⁸.

Section 175 (duty to avoid conflict of interest) and S. 177 and S. 182 (duty to declare an interest in proposed or existing transaction or arrangement) are framed to “encompass the equitable obligations which are generally described, respectively, as the “no conflicts’ rule, the ‘no-profits’ rule and the ‘self-dealing’ rule”¹⁹⁹. These above mentioned provisions covering these principles can all be classified as incidents of the core fiduciary duty of loyalty.

Conclusion

This article aims to examine the British and Turkish Company laws in terms of the public companies and duties of their directors. I compare the British and Turkish company law

194 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.408.

195 **Oxford English Dictionary**, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.43.

196 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.408.

197 SEALY/ WORTHINGTON, **2013**, p.409.

198 DAVIDSON, **2007**, p.631.

199 DIGNAM/ LOWRY, **2010**, p.338.

and investigate whether similarities exist between these two countries regarding duties of their BODs.

Duties of board of directors of these two countries are examined in detail in the previous part of this article, in order to allow a clearer comparison, and to evaluate the advantages of duties in both countries to their board members. Without having a general knowledge about company laws of these countries, it is not possible to evaluate their advantages and disadvantages.

To start with, it should be mentioned that law systems of these two countries have completely different bases; British law system is based on common law principles and Turkish law system is based on civil law principles. Common law is generally uncodified, while civil law is codified. In other words, common law is generally based on precedents that put judges in the foreground. However, in the civil law, "the judge's decision is consequently less crucial than the decisions of legislators and legal scholars who draft and interpret the codes, due to the fact that the judge's role is just to establish the facts of the case and to apply the provisions of the applicable code"²⁰⁰.

To examine the public companies in these two countries, company types that can be held to public are determined firstly. In the UK, Limited Liability Company is the only type of public companies, while in Turkey, the only type of the company that can offer its shares to public is Joint stock Company. For this reason, this article mainly focuses on these respective companies.

Company Act 2006, which regulates the company law in the UK, suggests that provisions are generally valid for every type of companies. This indicates that there are no specific provisions according to the different types of companies. However, some specific provisions about public companies include the definition of public offer and the number of board members in a public company. Although the TCC has different sections regulating different types of companies, it makes no differentiation between public and private JSCs. To put it differently, present provisions under JSCs are valid for both types; public and private ones. Public companies in Turkish Law are mainly regulated using a different code called CML that includes the definition of public companies, the ways to offer shares to public and other relevant rules specific to public companies.

The first important conclusion from the discussion of two countries is, according to the CA S. 7, "a company is formed under this Act by one or more person" and according to TCC A. 338, "one or more shareholder founders are required for incorporation of a joint stock company". This shows that LLC in the UK and JSC has no differences in terms of their establishment. Although similarly in both the UK and TR that one person is enough to establish a company, some discrepancy arises while concerning the number of board members. S. 154 states that "a public company must have at least two directors" and adds that "a company must have at least one director who is a natural person" in S. 155. This shows that legal entities can be a board member under one condition; having

200 BERKELEY **The Common Law and Civil Law Traditions**, <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>, (Access date: 05.08.2014), p.2.

another natural person board member. In Turkey, according to A. 359, “the joint stock company shall have a BOD which consists of one or more persons” and “in the event a legal entity is elected as a member of the BOD, only one real person, determined by the legal entity on its behalf, shall also be registered and announced with the legal entity”. Although the UK requires the BOD to be comprised of at least two people, in terms of having a legal entity as a board member, both countries share the same opinion that legal entities cannot be a member on their own without a natural person. In Turkey, this natural person is just the representative of this legal entity; however in the UK, this natural person is another member of the board; not its representative.

More specifically, directors are classified as agents of the company in British Company Law, while they are considered as attorneys in Turkish Company Law. Although two different concepts are used, they both refer to the same relationship of representing the company.

Moreover, commenting on the duties of directors in a public company in these two countries, the first thing that should be mentioned is that the CA uses the concept of duty while the TCC mostly uses the concept of prohibition while referring to the duties. But in both countries, contradictions to these provisions referring to these different concepts result in the same way; liabilities of directors.

The following part will be a review of the comparison of duties between two different legislations. The first common duty in both countries is the duty of care. This is covered as “duty of care & loyalty” in the TCC and as “duty to exercise reasonable care skill and diligence” in the UK. The TCC uses the concept of prudent businessman, while the CA uses the concept of reasonable care that can be expected from a normal person to refer to the degree of care expected from directors. Directors are businessmen, and they have more responsibilities than normal people. In that case, the degree of care expected from a businessman and a normal person cannot be of the same level. Directors are not only representing the company, but also managing the company; hence, this puts them under pressure to be more careful while making decisions, due to the fact that they are managing someone else’s property and their decisions can affect other people’s interests.

Both countries adopt an objective view while evaluating the degree of care expected from a director and deciding whether they violates his duty of care. Adopting a strong objective view that is not flexible and that cannot be changed according to different circumstances does not seem true, due to the fact that there are lots of other factors affecting the care; such as knowledge, experience, and logic. In other words, the same degree of care cannot be expected from two different directors having different backgrounds. So, it should be something between objective and subjective standards that are inclined to the flexibility according to the circumstances. Although both countries adopt an objective standard about the duty of care, Turkey’s understanding of the objective standard is closer to the one mentioned above, which is somewhere between objectivity and subjectivity considering different circumstances. In addition to this, evaluating the degree of care expected from a director according to the prudent

businessman principle is more convenient compared to the reasonable care of a normal man principle. In my perspective, in terms of duty of care, adapting the TCC related article to the CA would be more efficient.

In the TCC, the duty of care is related to the duty of loyalty, and both of them are covered in the same provision. In the CA, there is no duty entitled specifically as the duty of loyalty. However, the duty of loyalty of the TCC and the duty to avoid conflict of interest in the CA can be matched, owing to the fact that duty of loyalty is mainly expected from directors to protect the interests of the company. It has been mentioned already that managing a company is a big responsibility as directors are responsible for managing the company, gaining the trust of owners to consign their company to them. So, duty of loyalty of board members can be described as a response to company's trust towards them. The TCC tries to protect the secrets of the company in order to protect the company's interest, which suggests that the duty of loyalty includes keeping the business secrets in itself, which brings the liability of secrecy. This is something that is not covered in the CA; however, it is based on the same aim to protect the interests of the company.

Furthermore, the TCC, especially while referring to the duty of care and loyalty, puts an enormous emphasis on the concept of good faith. According to the TCC, directors should fulfill their duties in good faith. Having good faith is an indicator of care and prudence, and these two qualifications are the ones expected from directors while performing their duties. The CA also puts emphasis on good faith, especially while referring to the duty to promote the success of the company, which can be classified as the core duty of directors related to other duties. Both countries based the duties of their directors on the good faith principle.

It is stated that some duties covering same subject with the CA are named as prohibitions in the TCC. One of these prohibitions in the TCC is the prohibition of participating in discussion in cases of conflict of interest. The same subject is covered by the CA as duty to avoid conflict of interest as mentioned above. This duty in the UK is also related to the duty of not accepting benefits from third parties, due to the fact that benefits from third parties can influence directors' decisions and endanger company's interest accordingly.

Another prohibition regulated in the TCC is the prohibition to conduct transaction with company. The reason behind this regulation is to prevent board members from doing a transaction with the company without having the permission of the GA. This prohibition aims to prevent conflict of interests that can arise between the company and the directors. Contrary to the TCC provision, in CA 2006, there is no prohibition preventing directors from conducting transaction with company; on the contrary, the provision entitled duty to declare an interest in existing transaction or arrangement to enable directors to conduct transactions on condition that directors should declare interests, in case a direct or indirect interest arises from the transaction.

Although there are different duties entitled with different names in both the CA and

the TCC, the main aim underlying on each provision regulating the duties of directors is protecting the company's interest in both countries by acting in good faith. Regarding this, it can be said that the duty to promote the success of the company is the core duty regulated in the CA, which covers many other duties within its scope, due to the fact that all duties have the same basis to protect the interests of the company. This duty cannot be evaluated separately from other duties. It covers even some duties from the TCC that cannot be matched with a duty in the CA as non-compete obligation or as prohibition to become indebted to company.

As a whole, the TCC mostly talks about the liabilities of directors, while the CA talks about their duties. Some of the duties considered in the CA are regulated as prohibitions that directors should avoid in the TCC. Other than this, some differences between regulations are also stated. Even provisions covering the same issues are different from each other in terms of content. But in terms of result, all of them cause liability of directors. Although the result in case of a breach is always the same, this does not mean that the degree of liability will be the same.

The TCC's provisions are more strict compared to the CA provisions regulating the duties of directors. The first reason for this deduction is the wording of the provisions; the TCC uses the word "prohibition" or "obligation", which have more pressure on directors compared to the CA, which prefers to use the word "duty", which gives more space to board members. Another factor behind this deduction is that the CA has lower expectations from directors compared to the TCC. The differences between the degrees of care of these two countries can be an example to prove this low expectation of the CA.

Although freedom helps people to have more accurate decisions in certain circumstances, this can harm company and company's interest in case of a misuse. Directors are not ordinary people or ordinary employers. They have a serious responsibility in managing a company. Being human beings, people have weaknesses regarding money and power. In that case, strict provisions can sometimes help directors to act within certain limits and more in good faith and constrain them to be more careful while thinking about company's interests and to distinguish company's interests from their own interests. But, this pressure arising from provisions should never be too strict to prevent directors from having accurate decision or taking initiative while heading the company.

Appendices

Related Articles of TCC

Part Four

Joint Stock Company

Section One

General provisions, incorporation and fundamental principles

A) General Provisions

I - Definition

Article 329-(1) A joint stock company is a company whose capital is certain and divided into shares and which is solely responsible for its debts as an amount of its assets.

(2) Shareholders are solely responsible to the company and their responsibility is limited to their subscribed shares.

II - Joint stock companies that are subject to special laws

Article 330-(1) The provisions in this Section shall apply to joint stock companies that are subject to special laws, with the exception of certain provisions.

III-Purpose and scope Article 331-(1) Joint stock companies can be incorporated for any economic purposes and scopes not legally prohibited.

IV -Minimum capital amount

Article 332-(1) The capital stock representing the entire capital subscribed in the articles of association cannot be less than TRY50,000. The initial capital cannot be less than TRY100,000 in non-public joint stock companies which have adopted the registered capital system disclosing the authorisation ceiling given to the BOD. This minimum capital amount can be increased by the Council of Ministers.

(2) Within the meaning of the New Law, the initial capital in joint stock companies which adopt the registered capital system is the mandatory capital which must be possessed at stage of incorporation and when initially adopting the system, whereas the issued capital is the capital which represents the total of nominal values of the entire shares issued.

(3) Non-public joint stock companies can leave the registered capital system with permission of Ministry of Industry and Trade when they cease to qualify for the system; they shall also be removed from the system by this Ministry even in the absence of their claim if they lose the qualifications required for entry to the system.

(4) The provision in Article 12 of Capital Markets Law No. 2499, dated 28 July 1981, will remain valid.

V-Government supervision

1. Permission

Article 333-(1) Joint stock companies whose operational areas are determined and declared with the communiqué published by Ministry of Industry and Trade are established with permission of Ministry of Industry and Trade. The amendments to the articles of association of these companies shall also be subject to the permission of this

Ministry. The inspection of the Ministry can be carried out only in terms of whether there is any contradiction to the mandatory provisions in the law. Apart from this, regardless of nature, scope of activity and the legal position of the joint stock company, its incorporation and amendments to its articles of association are not subject to the permission of any authority.

2. Representation of public legal entities on the board of directors

Article 334-(1) The state, special provincial administration, municipalities and other public legal entities, even if they are not shareholders, can have the right to appoint a representative to the BoD of public service joint stock companies under the provision stated in the articles of association.

(2) The board of representatives of public legal entities holding shares in the companies described in paragraph 1 can be removed from appointment only by these public legal entities.

(3) The representatives of public legal entities on the BoD shall have the rights and duties of the members elected by the GA. Public legal entities are responsible to the company, its creditors and shareholders for the actions and transactions carried out by their representatives on the company's BoD. The legal entity's right to recourse will remain valid.

B) Incorporation

I-Incorporating act

Article 335-(1) The company shall be incorporated upon the founders' declaration stating their decision to incorporate a joint stock company in the articles of association approved by a notary and prepared in accordance with law and in which the founders absolutely committed to pay the entire capital.

(2) The provision in paragraph 1 of Article 355 will remain valid.

II - Incorporation documents

Article 336-(1) The articles of association, the declaration of founders, fair value reports, agreements with founders and other entities related to incorporation and the transaction auditor report are incorporation documents. All incorporation documents shall be placed in the registration file and a copy of each shall be kept by the company for a period of five years.

III - Founders 1. Definition

Article 337-(1) Real persons and legal entities who have subscribed to a share and signed the articles of association are founders.

(2) If the founders perform the transactions stated in paragraph 1 on behalf of a third party, this person shall also be considered as a founder in terms of liability resulting from incorporation. The third party cannot claim that he/she was unaware of the matter which is known or is required to be known by the person acting on his/her behalf.

2. Minimum number

Article 338-(1) One or more shareholder founders are required for incorporation of a joint stock company. The provision in Article 330 will remain valid.

(2) If the number of shareholders decreases to one, the BoD shall be notified of this situation in writing within seven days as of the date of the transaction causing this result. The BoD shall register and announce that the company is a single-shareholder joint stock company within seven days of the date of receipt of this notification. Furthermore, in the event the company is incorporated by a single shareholder or the shares come to be held by a single person, the name, domicile and nationality of the single shareholder shall be registered and announced. A shareholder who fails to announce this and the BoD that fails to register and announce this shall be responsible for any damage incurred.

(3) The company cannot acquire or have acquired its own shares if it becomes a single shareholder.

IV - Articles of association 1. Contents

Article 339-(1) The articles of association must be in writing and the signatures of all founders must be authorized by a notary.

(2) The following shall be written in the articles of association: a) company's trade name and location of the headquarters b) company's scope of activity with its fundamental points specified and defined

- c) company's capital and the nominal value of each share, condition and circumstance of their payment
- d) whether share certificates are registered or bearer; privileges provided for certain shares; transfer restrictions
- e) rights and non-monetary assets contributed as capital and their values; amount of shares to be given in consideration of these, in case of an acquisition of a business and non-monetary assets; consideration of goods and rights purchased by the founders on behalf of the company for the incorporation of the company and amount of the fee; the allowance or the bonus that needs to be paid to those who provided services during the incorporation of the company
- f) benefits to be provided from the company profit to the founders, members of the BOD and other persons
- g) number of members of the BOD; members who are authorized signatories on behalf of the company.

- h) invitation for GA; voting rights i) if duration of the company is limited to a period, such period j) the form of announcements related to the company k) types and amounts of capital shares subscribed by shareholders l) accounting period of the company (3) The members of the first BoD shall be assigned the articles of association.

2. Mandatory provisions

Article 340-(1) The articles of association can depart from the provisions in the New Law relevant to joint stock companies only if allowed in the New Law. The supplementary provisions of articles of association allowed to be stipulated by other laws shall be effective specifically for that law.

V - Approval of subscription

Article 341-(1) The subscription of the entire shares constituting the basic capital which was made by the founders in the articles of association shall be approved by a notary annotation to be affixed to the articles of association.

VI - Capital in kind

1. Assets that can be contributed as capital in kind

Article 342-(1) Assets without such restriction as measure, pledge and encumbrances on them, which can be convertible to cash and which are transferable, including intellectual property rights and virtual environments, can be contributed as capital in kind. Service, personal effort, commercial reputation and non-due receivables cannot be contributed as capital.

(2) The provision in Article 128 will remain valid.

2. Evaluation

Article 343-(1) Enterprises and non-monetary assets to be acquired during incorporation with capital in kind shall be evaluated by experts assigned by the commercial court of first instance at the location of the company's headquarters. The valuation report must explain in detail and with justifications the existence of receivables, the possibility of collection and compliance with Article 342, and that the selected evaluation method is appropriate. Shares amount and Turkish lira equivalence related to each asset contributed as capital in kind shall be explained satisfactorily and in accordance with the accountability principle. The founders, the transaction auditor and stakeholders can object to this report. The expert report approved by a court is definitive.

VII - Payment of shares

1. Capital in cash

Article 344-(1) At least 25 percent of the nominal value of the shares subscribed in cash must be paid before registration and the remaining shall be paid within 24 months

following the registration. The entire issuance premium of shares shall be paid before registration.

(2) The provisions in the Capital Markets Law relevant to the payment of shares are reserved.

2. Location of payment

Article 345-(1) Cash payments shall be made into a special account opened on behalf of the company which will be incorporated, at a bank which is subject to Banking Law No. 5411, dated 19 October 2005, and this account can be used only by this company. The fact that the amount stated in law or articles of association for subscribed shares has been paid and a higher amount than foreseen in the law has been paid for subscribed shares shall be proven with a bank letter to be addressed to the Trade Registry. Upon the submission of a letter prepared by the registration office confirming that the company has acquired a legal personality, the bank shall pay the amount concerned only to the company.

(2) If the company is unable to acquire legal personality within three months as of the date of notarization stated in paragraph 1 of Article 335, the amounts shall be paid by the bank to their owners, upon the submission of a letter prepared by the registration office confirming this matter.

3. Shares to be offered to public

Article 346-(1) The equivalent of shares subscribed in the articles of association, determined and also guaranteed in the articles of association to be offered to the public at latest within two months as of the registration of the company shall be paid from the income from the sale. The public offering of share certificates shall be initiated in accordance with the capital markets legislation. At the end of the sale period, the nominal value and issuance premium less expenses if any shall be paid to the company and the amount that will remain after the expenses are deducted shall be paid to shareholders offering their share certificates to the public.

(2) The total amount of shares offered to public but not sold within the prescribed period and 25 percent of the equivalent of shares not offered to public within the prescribed period shall be paid within three days after the two-month period.

VIII - Shares Premium

Article 347-(1) A share cannot be issued at a price less than its nominal value and shares cannot be issued at less than fair value. Shares can be issued at more than fair value if there are provisions in the articles of association determined by GA resolution.

IX - Benefits of Founders

Article 348-(1) Granting a benefit resulting in a decrease of the company's capital, such as paying money and giving shares to founders for their efforts during the incorporation of the company, is prohibited. Rules in the articles of association that conflict with this article are invalid. However, after legal reserves stipulated in paragraph 1 of Article 519 and a dividend of 5 percent for the shareholders are allocated from the distributable profit, one-tenth of the remaining amount shall be paid to founders as redeemed shares.

(2) Joint stock companies incorporated after the effective date of this law shall cancel redeemed shares before public offering without any payment. Otherwise, redeemed shares are invalid by themselves.

(3) If there is distributable profit, founders get profit as stated in the articles of association even the company decides to not distribute any profit.

X- Founders declaration

Article 349-(1) A declaration regarding incorporation shall be signed by the founders. The declaration shall be prepared accurately and completely in accordance with the principle of providing information in a true and fair manner. If capital in kind is contributed or if an enterprise or a non-monetary asset is acquired, the declaration must contain explanations, justifications and definite expressions regarding the appropriateness of the amount given, the necessity of such capital and the acquisition and the benefit of these for the company. In addition, securities acquired by the company, their acquisition cost, information regarding the valuation and analysis of financial or if necessary consolidated financial statements for the last three years of those who have issued this securities, significant commitments undertaken by the company, connections, prices, commissions regarding the purchase of machinery and similar goods and of any asset and all kinds of debts shall be explained by comparison with equivalents.

(2) Furthermore, the benefits with justification provided for the founders shall be stated in the declaration. Those who have subscribed shares for the purpose of public offering and the number of shares subscribed, the relationship of those who have subscribed shares with another; if these are included in a group of companies, their relationship with the group, the fees paid to the transaction auditor inspecting the corporation and to others providing services shall be explained in the declaration with comparing equals.

XI-Commitment for public offering

Article 350-(1) In accordance with Article 346, in the event a share is subscribed for public offering, the public offering shall be considered as approved by the founders, BOD or any authorized body.

XII-Transaction auditor report

Article 351-(1) The report regarding the audit of the incorporation shall be prepared by one or more transaction auditor. The transaction auditor shall declare that all shares have been subscribed; that the minimum amount of the share equivalent, stated in the law or in the articles of association, has been deposited in the bank in accordance with the law and that the bank letter in this regard has been made available; that there is no indication that this liability has been evaded; that a valuation has been made for contribution and acquisition in kind by experts appointed by the court and that the report which has been certified by the court has been presented in the file; that the benefits of the founders comply with law; that there is no express non-conformity regarding the declaration of founders and that there is no over-valuation and no obvious corruption in the transactions, that all other incorporation documents have been made available and that the required notary approvals and permissions have been obtained in line with the accountability principle with statement of justifications.

XIII - Transfer of share subscription before incorporation

Article 352-(1) Transfer of share subscription before the company's registration shall be invalid as regards the company.

XIV - Termination court case

Article 353-(1) A joint stock company cannot be declared null and void. However, if the interests of creditors, shareholders or public are being risked or violated during the incorporation of the company, on the request of the BOD the Ministry of Industry and Trade, the related creditor or shareholder the commercial court of first instance at the location of the company's headquarters shall rule on the termination of the company. The court shall take necessary measures on the date the court case is opened.

(2) The court can give time to complete pending matters and to correct matters conflicting with the articles of association or with the law.

(3) The evidence and all required information shall be included in the court application. Once the trial stage commences no additional evidence or proof can be presented unless court determines that a concrete reason exists for the plaintiff to present additional evidence and information. In the event of such findings, the court can set a deadline for the presentation of such material. REWORDED, PLEASE NOTE.

(4) The court case must be opened within the three-month prescription period as of the registration and announcement of the company.

(5) When a court case has been opened, the definitive court decision shall be, immediately and ex officio, registered with the Trade Registry and announced in Turkish Trade

Registry Gazette. In addition, the BoD shall declare the registered and announced matter in at least one national newspaper with a circulation of at least 50,000 and publish it on its Web site.

XV -Registration and announcement of the company

Article 354-(1) The full version of the articles of association of the company shall be registered with the Trade Registry at the location of the company's headquarters and announced in Turkish Trade Registry Gazette within 30 days as of obtaining permission for the incorporation of a joint stock companies from the Ministry of Industry and Trade and other companies incorporated in accordance with sub-clause 1 of Article 335. Apart from those listed below, the provision in paragraph 1 of Article 36 shall not be applied for the registered and announced articles of association. These points are as follows:

- a) date of articles of association
- b) company's trade name and headquarters
- c) duration of the company, if any
- d) company's capital, the method and terms of its payment and the nominal values of shares, privileges, if any
- e) types of shares, and whether they are bearer or registered shares f) representation of the company
- g) names and surnames, titles, domiciles and nationalities of members of the BoD **and** those who are authorized to represent the company.
- h) form of announcements to be made by the company; the way the decision of the BoD shall be notified to shareholders in case there is a provision relevant to this in the articles of association

(2) Branches shall be registered with the Trade Registry at their location by reference to the Trade Registry of the headquarters.

(3) Expert report in accordance with Article 343 is registered and announced.

XVI -Acquiring legal personality

Article 355-(1) The company shall acquire legal personality upon registration at the Trade Registry.

(2) Those who conduct transactions and enter into commitments on behalf of the company before registration shall be personally and successively responsible for these transactions and commitments. However, if it is declared that transactions and commitments have been carried out on behalf of the company that will be incorporated in the future and if such commitments have been accepted by the company within the three-month period following the registration of the company with the Trade Registry, the company shall be exclusively responsible for these transactions.

(3) Unless accepted by the company, the incorporation costs shall be paid by the founders. They shall not have any right to recourse to shareholders.

Section Two

Board of Directors

A) In general

I - Appointment and election

1. Number and qualifications of the members

Article 359-(1) The joint stock company shall have a BOD which consists of one or more persons assigned by the articles of association or elected by the GA. At least one member who is authorized for representation must be a Turkish citizen domiciled in Turkey.

(2) In the event a legal entity is elected as a member of the BOD only one real person, determined by the legal entity on its behalf, shall also be registered and announced with the legal entity; in addition the registration and an announcement shall be immediately declared on the company's Web site. Only this registered person can participate in and vote on behalf of the legal entity at the meetings.

(3) The members of the BOD and the real person registered on behalf of the legal entity must be able to act in full capacity. At least one-quarter of the members of the BOD must be university graduates. This requirement is not be applicable in the case of boards consisting of a single member.

(4) If a member of the BOD is terminated, then this person cannot seek re-election to the BOD.

2. Representation of certain groups on the board of directors

Article 360-(1) Provided that it is stated in the articles of association, certain share groups, shareholders consisting of a certain group in terms of their qualities and nature, and minorities can be granted the right to be represented on the BOD. For this purpose the articles of association can stipulate that board members shall be elected from among shareholders comprising a certain group, certain share groups and minorities, or that the right to nominate a candidate for the BOD can also be granted to them in the articles of association. It is mandatory that the candidate nominated by the GA as a board member or who is a member of the group and the minority to whom the right to nominate is granted shall be elected absent fair cause to oppose that candidate. The number of board members performing representation in this way cannot exceed half of the members of the BOD in public joint stock companies. The regulations regarding independent board members remain in force.

(2) The shares entitled to be represented on the BOD according to this article shall be considered as privileged shares.

3. Insurance

Article 361-(1) If the damage incurred by the company through the fault of board members while performing their duties is insured at a price exceeding 25 percent of the company capital and the company is secured, in the case of public companies this matter shall be announced in the bulletin of the CMB and if the shares are listed on a stock exchange this shall also be announced in the stock exchange bulletin, and such matter shall be taken into account in the assessment of compliance with the principles of corporate governance.

4. Term of appointment

Article 362-(1) BOD members are elected for a term of no more than three years. Unless otherwise specified in the articles of association, board members may be candidates for re- election.

(2) The provision in Article 334 will remain valid.

II - Vacancy on the board

Article 363-(1) Without prejudice to the provision in Article 334, in the case of a vacancy on the board for any reason, the BOD shall elect a person who meets the legal requirements as a board member on temporary basis and submit him/her to the approval of the first GA. A member elected in this way shall perform his/her duties until the GA meeting at which he/she is submitted for approval, and in the event his/her membership is approved he/she shall complete the appointment term of his/her predecessor.

(2) If a board member goes bankrupt or under interdiction, or if he/she loses the legal conditions or the qualifications required to be a member stated in the articles of association, this person's membership shall automatically terminate without any proceeding.

III - Dismissal from appointment

Article 364-(1) Even if board members have been assigned through the articles of association, in case of fair cause and despite the existence or absence of a relevant item on the agenda, they can be dismissed from the board by resolution of the GA. The legal entity who is a board member can, at any time, replace the person registered in his/her name.

(2) The provision in Article 334 and the right to indemnity of the member removed from appointment remain in force.

B) Management and representation

I - In general

1. Principle

Article 365-(1) The joint stock company shall be managed and represented by the BOD. The exceptional provisions in the law remain in force.

2. Division of duties

Article 366-(1) Every year the BOD shall elect a chairman, and at least one vice chairman from among its members to replace the chairman in case of absence. The articles of association may stipulate that the chairman and the vice chairman, or one of them, be elected by the GA.

(2) The BOD can establish committees and commissions which can also have board members for the purpose of monitoring the course of business, having reports prepared regarding matters to be presented to the board, enforcing BOD decisions or for internal audit purposes.

3. Delegation of management

Article 367-(1) In accordance with an internal regulation to be drawn up by the board based on a provision to be inserted into the articles of association, the BOD can be authorized partially or fully to delegate management to one or more board members or to a third party. This regulation shall organize the management of the company; it shall define the duties required for management, indicate their positions, and particularly specify who is subordinated to whom and who is obliged to provide information. The BOD shall, upon request, inform in writing the shareholders and the creditors who can make a persuasive case that their interests are worthy of protection.

(2) In the event management is not delegated the company shall be managed by all board members.

4. Commercial representatives and commercial agents

Article 368-(1) The BOD can appoint commercial representatives and commercial agents.

5. Duty of care and duty of loyalty

Article 369-(1) BOD members and third parties in charge of management shall be held liable for prudent performance and protection of the company's interests.

(2) The provisions in Articles 203 to 205 remain in force.

II. Authority to represent

1. In general

Article 370-(1) Unless otherwise stipulated in the articles of association or unless the BoD comprises one member, representational authority shall be exercised by the BoD by affixing two signatures.

(2) The BoD can delegate this authority to one or more executive directors or to third parties, but at least one board member must have representational authority.

2. Scope and limits

Article 371-(1) Those who are authorized to represent can carry out on behalf of the company all manner of business and legal transactions within the purpose and scope of activity of the company and can use the trade name of the company for this purpose. The company reserves the right to recourse arising from transactions contrary to law and the articles of association.

(2) Transactions conducted with third parties outside the scope of activity by those who are authorized to represent the company shall bind the company, provided it is proven that the third party was aware that the transaction is outside the scope of activity or they were capable of being aware as a requirement of the situation. The announcement of the company's articles of association shall not be solely sufficient evidence to prove this matter.

(3) The restriction on representational authority shall not be effectual against third parties in good faith; however, the restrictions which are registered and announced in relation to limiting representational authority solely to the business of the headquarters or a branch or to the exercising thereof jointly are valid.

(4) The fact that the transaction performed by authorized persons is against the articles of association or the GA resolution does not prevent third parties, acting in good faith, from making claims due to that transaction.

(5) The company shall be responsible for tort by those authorized to represent or manage while performing their duties. The company reserves its right to recourse.

(6) Regardless of whether the company is represented by a single shareholder during the conclusion of a contract, in single-shareholder joint stock companies the validity of such contract between this shareholder and the company requires that the contract be in written form. This requirement shall not apply to contracts regarding daily, insignificant and ordinary transactions according to market conditions.

3. Form of signature

Article 372-(1) Persons entitled to sign on behalf of the company shall affix their signatures under the trade name of the company. The provision in paragraph 2 of Article 40 will remain valid.

(2) The headquarters of the company, the location where it is registered and the registration number shall be indicated in the documents prepared by the company.

4. Registration and announcement

Article 373-(1) The BOD shall submit the notarized copy of the resolution indicating the persons authorized to represent and the forms of representation to the Trade Registry for registration and announcement.

(2) Following the registration of representational authority at the Trade Registry, any legal defect regarding the election or appointment of the concerned persons can be put forward by the company against third parties, provided it is proven that the legal defect is known by these persons.

III-Duties and powers

1. In general

Article 374-(1) The BOD and the management, to the extent delegated to them, shall be authorized to make decision with regard to all business and transactions required to perform the company's scope of activity, excluding those subject to the authority of the GA by law and the articles of association.

2. Non-delegable duties and powers Article 375-(1) The non-delegable and indispensable duties and powers of the BOD are

as follows:

- a) Top-level management of the company and giving instructions in this regard.
- b) Determination of the company's management organization.
- c) Establishment of the necessary system for financial planning to the extent required, and for accounting and finance audit.
- d) Appointment and dismissal of managers and persons performing the same function and authorized signatories.
- e) High-level supervision of whether the persons in charge of management act in accordance with the law, articles of association, internal regulations and written instructions of the BoD.
- f) Keeping the share book, resolution book of the board and the GA meeting and discussion register, preparation of the annual report and corporate governance disclosure and submission thereof to the GA, organization of GA meetings, and enforcement of GA resolutions.
- g) Notifying the court regarding the company's state of excess of liabilities over assets.

3. Capital loss, excess of liabilities over assets.

a) Liability to convoke and notify

Article 376-(1) If it is clear in the last annual balance sheet that half of the sum of the capital and statutory reserves is unsecured due to loss, the BoD shall immediately convoke the GA and submit the remedial measures it considers appropriate.

(2) According to the last annual balance sheet, if it is clear that two-thirds of the sum of the capital and statutory reserves are unsecured due to loss, unless the GA immediately convoked decides to fully supplement the capital or to be satisfied with one-third of the capital, the company shall automatically terminate.

(3) If suspicions are raised that the company's liabilities exceed its assets, the BoD shall have an interim balance sheet prepared based on the going concern value and based on liquidation value of the assets and shall give it to the auditor. The auditor shall inspect this interim balance sheet within seven business days and shall present his/her evaluation and proposals to the BoD in the form of a report. The proposals of the early detection committee regulated in Article 378 must also be taken into account in the proposals of the auditor. If it is clear in the report that the assets are not sufficient to cover the receivables of creditors of the company, the BoD shall notify the commercial court of first instance at the location of the company's headquarters of this situation and shall file a claim for bankruptcy. This shall be done provided that before the adjudication of bankruptcy, the company's creditors representing an amount sufficient to cover the company's deficit and to eliminate the indebtedness of the Company accept in writing that they will be ranked after all other creditors and that the legitimacy, authenticity and validity of this declaration or contract is verified by experts assigned by the court which shall be notified of the request for bankruptcy by the BOD. Otherwise the application made to the court for an expert inspection shall be considered as notification of bankruptcy.

b) Postponement of bankruptcy

Article 377-(1) The BOD or any creditor can request the postponement of bankruptcy by presenting to the court an improvement project indicating the objective and actual sources and measures, including the new capital contribution in cash. In such case, Articles 179 to 179/b of the Execution and Bankruptcy Law shall be applied.

4. Early risk detection and management

Article 378-(1) For companies whose shares are listed in the stock exchange the BOD is required to set up an expert committee to run and to develop the system for the purpose of early detection of the causes that jeopardize the existence of the company, its development and continuity of the business unit in danger, of applying the necessary measures and remedies in this regard, and of managing the risk. In other companies a similar committee, if deemed necessary and if the BOD is notified in writing by the

auditor, shall be constituted and shall submit its first report at the end of the month following its constitution.

(2) In a bimonthly report to the BOD, the committee shall evaluate the situation, indicate the dangers, if any, and suggest remedies. The report shall also be sent to the auditor.

5. Company's acquisition of its own shares or acceptance thereof as pledge

a) In general

Article 379-(1) A company cannot acquire and accept as pledge its own shares in return for consideration, at an amount which exceeds or will exceed as a result of a transaction, one-tenth of its basic or issued capital. This provision shall also be applicable to the shares which a third party acquires or accepts as pledge in his/her name, but in the account of the company.

(2) In order for the shares to be acquired or accepted as pledge in accordance with the provision in paragraph 1, the GA must have authorized the BOD to act in this matter. This authorization, which can be granted for a maximum of five years, must show the lower limit and upper limit of the price which can be paid for shares to be acquired and the total nominal values of the shares to be acquired or accepted as pledge. The BOD must state in each of its proposals for permission that the legal requirements have been met.

(3) In addition to the requirements set out in paragraphs 1 and 2, after the prices of the shares to be acquired are deducted, the company's remaining net assets must be at least equal to the sum of the reserves that may not be distributed according to law and articles of association, and of basic or issued capital.

(4) In accordance with the above-mentioned provisions only shares that have been paid in full can be acquired.

(5) The provisions in the paragraphs above shall also be applied in case that the parent company's shares are acquired by its subsidiary. The CMB shall determine the regulation needed in accordance with the principles of transparency and in regard to the price of the companies whose shares are listed in the stock exchange.

b) Evasion of law

Article 380-(1) Legal transactions which the company performs with a person for the acquisition of its shares with regard to granting an advance, a loan or security, shall be null and void. This nullity provision shall not be applied to transactions within the scope of activity of credit and finance organizations and to legal transactions in regard to granting an advance, a loan or security to the employees of the company or of its dependent companies for the purpose of acquiring the company's shares. However, these exceptional transactions shall be invalid if they reduce the reserves which the company is obliged to allocate according to law and the articles of association, if they violate the

rules in Article 519 regarding the expenditure of legal reserves and if they make it impossible for the company to allocate the legal reserves stipulated in Article 520.

(2) Furthermore, a regulation between the company and a third party which grants this person the right to acquire the company's own shares in the account of the company, of its dependent company or of a company the majority shares of which are possessed by the company, or which stipulates such a liability for this person in this regard, shall be null and void if the transaction is in conflict with Article 379 in the event these shares were acquired by the company.

c) Prevention of an imminent and serious loss

Article 381-(1) In the event it is necessary to avoid an imminent and serious loss, a company can acquire its own shares in accordance with Article 379 in the absence of a GA resolution regarding authorization.

(2) In the event the shares are acquired as above, the BOD shall provide the first GA with written information regarding:

- a) Reason and purpose of the acquisition
- b) Number of acquired shares, sum of their nominal values and percentage of the capital they represent
- c) Price and terms of payment

d) Exceptions Article 382-(1) A company can acquire its own shares without being subject to the provisions in Article 379 in the following cases:

- a) If it is applying the provisions of Articles 473 to 475 relevant to decreasing its basic or issued capital.
- b) If it is a requirement of the universal succession rule. c) If such acquisition is arising from a statutory purchase liability.
- c) Provided that the full price is paid and if it is intended for the collection of a company receivable through execution proceedings.
- d) If the company is a securities and investment banking company.
- e) Gratuitous acquisition Article 383-(1) A company can acquire its own shares gratuitously provided that their prices are fully paid.

(2) The provision in paragraph 1 shall apply comparably in the event a subsidiary acquires shares in the parent company gratuitously.

f) Disposal

Article 384-(1) According to sub-clauses (b) to (d) of Article 382 and to the provisions in Article 383, the acquired shares shall be disposed of as soon as their transfer is possible without causing any loss to the company and in any case within three years as

of their acquisition, unless the sum of these shares owned by the company and by the subsidiary exceeds 10 percent of the company's basic or issued capital.

g) Disposal in case of an acquisition contrary to law

Article 385-(1) Shares acquired or accepted as pledge in a way contrary to Articles 379 to 381 shall be disposed or the pledge on them shall be released within six months from the date of their acquisition or acceptance as pledge.

h) Capital decrease Article 386-(1) Shares that cannot be disposed in accordance with Articles 384 and 385 shall be redeemed immediately through a decrease of capital.

i) Provisions reserved Article 387-(1) Provisions in other laws regarding the company's acquisition of its own shares will remain valid.

j) Prohibition of subscription of its own shares Article 388-(1) A company cannot subscribe to its own shares.

(2) Subscription to the company's shares by a third party or a subsidiary in its own name but on behalf of the company shall be considered as the company subscribing to its own shares.

(3) In case of an act contrary to paragraphs 1 and 2, the shares in question shall be considered as subscribed to by the founders while incorporating the company and by the board members while increasing the capital, and they shall be responsible for the share prices. During the founding of the company and while increasing capital, board members who have proved that they are faultless in the subscription contrary to law shall be exonerated from responsibility.

(4) The provisions in paragraphs 1 and 3 shall be applied to subsidiaries subscribing to the shares of the parent company by analogy. The shares in question shall be considered as subscribed to by the board members of the subsidiary. Members are responsible for the share prices.

k) Exercise of rights

Article 389-(1) The company's own shares acquired by the company and the shares of the parent company acquired by the subsidiary shall not be taken into account while calculating the parent company's GA meeting quorum. Excluding the acquisition of gratis shares, the company's own shares taken over by the company shall not grant any shareholding rights. The voting right pertaining to the parent company shares acquired by the subsidiary and affiliated rights shall be suspended.

IV - Board meetings

1. Resolution

Article 390-(1) Oshall convene with the majority of all members and make its decisions with the majority of the members present at the meeting. This rule shall apply also in the event the BOD convenes in an electronic environment.

(2) The board members cannot vote to represent each other nor are they allowed to participate in the meeting by proxy.

(3) In the event the votes are tied the matter shall be left to the next meeting. If the votes are tied at the second meeting as well, the matter in question shall be deemed to be rejected.

(4) In the event none of the board members request a discussion, BoD resolutions on a proposal regarding a certain matter made by one of the members can be taken by obtaining the written approval of a majority of all members. All members of the BoD must receive the same proposal. Approvals are not required to be on the same paper; however, all papers containing approvals must be attached to the board resolution register or converted into a resolution containing the signatures of approvers and attached to the board resolution book to ensure the validity of the resolution.

(5) The resolutions shall be valid only if they are in written form and signed.

2. Null and void resolutions

Article 391-(1) The court can be asked to determine that the board resolution is null and void. In particular this applies to resolutions that:

- a) contradict the principle of equal treatment
- b) do not comply with the basic structure of the joint stock company or do not maintain the principle of protecting the capital
- c) violate the rights of shareholders or restrict or make these rights difficult to exercise
- d) are within the non-delegable authorities of other bodies and relevant to the transfer of these authorities

3. Right to information and to inspect

Article 392-(1) Each board member can request information, ask questions, and conduct an inspection regarding all business and transactions of the company. The request of a board member for any book, record, contract, correspondence, or document to be brought to the board meeting, inspection or discussion thereof by the board or members, or a request for information from a manager or employee concerned with any matter cannot be rejected. If rejected, the provision in paragraph 4 shall apply.

(2) Persons and committees in charge of company management, as well as all board members, are required to provide information at board meetings. A member's claim regarding this matter cannot be rejected and the member's questions must be answered.

(3) Every board member can obtain information outside of board meetings, from people in charge of managing the company regarding the course of business and about certain individual tasks, with the permission of the chairman of the board, and if required to perform his/her duty, he/she can request from the chairman of the board the company books and files for inspection.

(4) If the chairman rejects a member's claim to obtain information, to ask questions and to conduct an inspection as set forth in paragraph 3, the matter shall be brought to the board within two days. If the board does not convene or rejects this claim, the member can apply to the commercial court of first instance at the company's headquarters. The court can review the claim without a hearing and deliver an order; the court's order shall be final.

(5) The chairman of the board cannot obtain information and inspect company books and files outside of the board meetings without permission of the board. Should a request by the chairman be rejected, the chairman can apply to the court in accordance with paragraph 4.

(6) The board member's rights arising from this article cannot be restricted or abolished. The articles of association and the BoD can extend the members' rights to information and inspection.

(7) Each member of the board can ask the chairman in writing to convene the BOD.

4. Prohibition of participation in discussion

Article 393-(1) A board member cannot participate in discussions regarding matters which lead to a conflict between interests of the company and personal interests of the member or a person of his/her lineal consanguinity or his/her spouse or one of his/her blood and in-law relatives up to and including the third degree. This prohibition shall also be applied in cases where acting in good faith requires the non-participation of a board member in the discussion. If in doubt about the existence of such conflict, a decision shall be made by the BOD, and the member involved may not participate in this voting. Even if the conflict of interest is unknown to the BOD, the concerned member is obliged to declare it and abide by the prohibition.

(2) A board member who acts in contravention of these provisions, members who do not object to the participation of the concerned member in the meeting while the conflict of interest objectively exists and is known, and board members who decide in favour

of the participation of the said member in the meeting shall be liable for damages incurred by the company in regard to this matter.

(3) The reason for non-participation in the discussion because of this prohibition, and related transactions, shall be written in the resolution of the BOD.

V - Pecuniary rights of board members

Article 394-(1) Provided that the amount is determined by the articles of association or the GA resolution, board members can be paid an honorarium, salary, bonus, a premium and a portion of the annual profit.

VI -Prohibition of conducting transaction with company, to become indebted to company

Article 395-(1) A board member cannot conduct any transaction with the company in his/her or any other person's name without permission from the GA. If this provision is violated, the company can claim the transaction is null and void. The counterparty cannot make such a claim.

(2) The board member, his/her relatives specified in Article 393, the personal companies of which the said member and his/her relatives in question are partners, and joint stock companies in which they have at least 20 percent shareholding cannot become indebted in cash or in kind to the company. The company cannot provide surety, guarantee or security for these persons, undertake liability or take over their debts. Otherwise, the creditors of the company can start execution proceedings directly against these people for the debt of the company in the amount for which the company is liable.

(3) Provided the provision in Article 202 remains valid, companies in the group of companies can provide surety and guarantee for each other.

(4) Special provisions of the Banking Law remain valid.

VII -Non-compete obligation

Article 396-(1) No board member can conduct any transaction of a commercial nature falling under the scope of activity of the company in his/her account or any other person's account without obtaining permission from the GA, and he/she cannot participate in a company involved in the same kind of commercial business as a partner with unlimited liability. The company shall be free to file a claim for compensation from the board members acting in contravention of this provision, or instead of compensation, to consider the transaction conducted as made in the name of the company and to file a lawsuit and claim any benefits arising from contracts made in the account of third parties belong to the company.

(2) Board members other than the one who has acted contrary to the provision in paragraph 1 shall have the right to exercise one of the rights stated above.

(3) These rights shall become statute barred three months from the date on which the other board members learned that the said commercial transactions have been conducted or that the board member has participated in another company, and in any case one year after they were conducted.

(4) The provisions relevant to the responsibilities of board members remain valid.

BIBLIOGRAPHY

1. ACCA, **Shareholder Primacy in UK Corporate Law: An Exploration of the Rationale and Evidence**, The Association of Chartered Certified Accountants, London, 2011.
2. AGN INTERNATIONAL, **Brief Summary of Turkish Tax System**, <http://www.agn-waa.org/publications/Tax%20GuiDe%20TuRKeY%202010.pdf>, (Access date 04.07.2014).
3. AHERN, D. "Nominee Directors' Duty to Promote the Success of the Company: Commercial Pragmatism and Legal Orthodoxy", **The Law Quarterly Review**, Year: 2011, January, (pp.118-146).
4. ALTAŞ, S., **Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
5. ALAŞEHİR TİCARET BORSASI, **Anonim Şirketler**, <http://www.atb.org.tr/uploads/AnonimSirketler.PDF>, (Access date 12.07. 2014).
6. ATTENBOROUGH, D., "How Directors Should Act When Owing Duties to the Companies' Shareholders: Why We Need to Stop Applying Greenhalgh", **International Company and Commercial Law Review**, Year: 2009, Volume: 20, Number: 10, (pp. 339-346).
7. AZİZ, E. and COLLAK, O., "Taking a Company Public In Turkey", **International Financial Law Review**, Year: 2005, Volume: 24, Number:3, (pp. 83-85).
8. BATTAL, A., "Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Rejimi", **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Year: 2012, Volume: 2, (pp.31-40).
9. BELCHER, A., **Directors' Decisions and the Law: Promoting Success**, Routledge, London, 2014.
10. BERKELEY, **The Common Law and Civil Law Traditions**, <https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>, (Access date: 05.08.2014).
11. BOZKURT, T., "Türk Ticaret Kanunu Ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu :Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları Ve Yargı Uygulaması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Year: 2009, Volume: 83, (pp.155-188).
12. CAPITAL MARKETS BOARD OF TURKEY, **Our Mission**, <http://www.cmb.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=0&pid=0&submenuheader=-1> (Access date 10.07.2014).
13. CEREBRA, **The New Turkish Commercial Code**. http://www.dce.gov.ro/Materiale%20site/Indrumar_afaceri/cod_com_%20Turcia2013.pdf, (Access date 10.07.2014), (pp.13-26).
14. CHEYNE, J., GRIERSON, S. & TAYLOR, P., "Commercial Good Faith", **The New Zealand Law Journal**, Year: 2001, (pp.245-248).
15. CRAIG, P, **Introduction to Company Law**, Oxford University Press, Oxford, 2010.
16. ÇELEBİ, N. (2009). **Board Of Directors Of A Joint Stock Company In The Light Of Draft Turkish Commercial Code** <http://www.mondaq.com/x/85028/Corporate+Governance/Board+Of+D>

irectors+Of+A+Joint+Stock+Company+In+The+Light+Of+Draft+Turkish+Commercial+Code
(Access date 18.07. 2014).

17. DAVIDSON, R., "The Companies Act 2006: Directors' Duties And Promoting the Company's Success", **Butterworths Journal of International Banking and Financial Law**, Year: 2007, Volume: 22, Number: 11, (pp.631-632).
18. DEAN, J., **Directing Public Companies**, Cavendish Publishing Limited, London, 2001.
19. DEDEAĞAÇ, E. & SAPAN, O. (2013). **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Sorumluluğu**, 1st Edition, [ebook] ARCS Ofset Matbaacılık, Ankara. <http://www.ankarabaru.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf>, (Access date 11.07.2014).
20. DELOITTE, **The New Turkish Code Of Commerce Rules Regarding The Corporations In A Nutshell**, İstanbul, 2011, (pp.1-29).
21. DIGNAM, A. & LOWRY, J., **Company Law**. Oxford University Press, Oxford, 2010.
22. ERDOĞMUŞ, A., **Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin görevleri, hakları ve sorumlulukları anlamında yeni Türk Ticaret Kanunu ne gibi önemli yenilikler getirmiştir?**, <http://www.erdogmusdanismanlik.com>, (Access date: 02.07.2014).
23. FEAVER, L .**Director's Duties**, http://www.city.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0010/133966/Directors-duties.pdf, (Access date: 17.07.2014).
24. FOLLAND, N., "Directors' Duties", **Practical Law For Companies**, Year: 2007, Volume: 18, Number: 1, (pp.19-20).
25. FREEDMAN, J., "Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms", **The Modern Law Review**, Year: 2000, Volume: 63, Number: 3, (pp.317-354).
26. GODDARD, R., Directors' Duties. **The Edinburgh Law Review**, Year: 2008, Volume: 12, Number: 3, (pp.468-472).
27. GÜVEN, İ., **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri Ve Hukuki Sorumluluğu**, 2009.
28. HOFFMAN, L., "Duties of Company Directors", **European Business Law Review**, Year: 1999, Volume: 10, Number: 3-4, (pp.78-82).
29. INCI, P. & YALÇIN, U., "Liabilities Of Board Members Under The New Turkish Commercial Code", **Herğüner Bilgen Özeke Newsletter**, 2012.
30. KARAHAN, S., **Şirketler Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.
31. KEAY, A., "Good Faith And Directors' Duty To Promote The Success Of Their Company", **The Company Lawyer**, Year: 2011, Volume: 32, Number: 5, (pp.138-143).
32. KEPKEP, B. (2012). **Board of Directors Under The Turkish Commercial Code**, <http://www.jdsupra.com/legalnews/board-of-directors-under-the-turkish-com-14032/> (Access date: 08.08.2014).
33. KERSHAW, D., **Company Law in Context**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
34. KILIÇ, S., **Halka Açık Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Hakkı**. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara University, 2007.
35. KOCAMAN, E. & PELİT, N., **Liabilities Of The Board Of Directors In Joint Stock Corporations Under Turkish Commercial Code**, http://www.kolcuoglu.av.tr/Home/OpenDocument/ebulletinliabilitiesoftheboardofdirectorsinjsc_d5F3Lnk8, (Access date: 03.08.2014).
36. KULELİ, T., "New Rules for Turkish Joint Stock Companies", **Private Das Gel-Magasin**, Year: 2011, Volume: 4.
37. LOWRY, J. & REISBERG, A., **Pettet's Company Law: Company Law & Corporate Financ**, Pearson, London, 2012.
38. MALTBY, J., "UK Joint Stock Companies Legislation 1844-1900: Accounting Publicity And "Mercantile Caution"". **Accounting History**, Year: 1998, Volume: 3, Number: 1, (pp.9-32).
39. MAYSON, S.W., FRENCH, D. & RYAN, C., **Company Law**, Oxford University Press, Oxford, 2013.
40. NOWICK, E. A., "A Director's Good Faith", **Buffalo Law Review**, Year: 2007, Volume: 55, Number: 2, (pp.457-535).

41. OSORKHAN, U., **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2004.
42. **Oxford English Dictionary**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
43. ÖTLEGEN, M. Z., **Anonim Otaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî SorumluluğUnu Sona Erdien Nedenlerden İbra Ve Zamanaşımı**. Post Graduate Thesis, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2003.
44. ÖZDEĞİRMENCİ, E., **Liabilities of the Board of Directors in a Joint Stock Company in the Consideration of the Current Turkish Commercial Code**, 2010.
45. ÖZGÖDEK, D. G., "Evaluation of the Principle of "Duty of Care" In Terms of the Responsibilities of the Board Members of Corporations", **Ankara Bar Review**, Year:2008, Volume: 2, (pp.66-75).
46. PWC, **New Turkish Commercial Code: A Blueprint For The Future**, https://www.pwc.com.tr/en_TR/TR/publications/ttk-assets/pages/ttk- blueprint_for_the_future.pdf (Access date 04.07.2014).
47. PWC, **A.Ş.lerde Yönetim Kurulu Üyeleri ve YK Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, <https://www.okul.pwc.com.tr/images/uploadfile/content/635224429755498499.pdf> (Access date: 04.07.2014), p.8.
48. SEALY, L.S. & WORTHINGTON, S., **Cases And Materials In Company Law**, Oxford University, Oxford Press, 2013.
49. SOMAY, M. "Sources of Corporate Governance Rules and Practices". **Corporate Governance 2010**, Law Business Research Ltd., London, 2010, (pp.230-235).
50. TEKINALP, Ü. "Introduction To The New Commercial Code And The Reform Of Limited-liability Companies", **The Rabel Journal**, Year 2013, Volume: 77, Number: 1, (pp.70-110).
51. UYSAL, L. "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarisi Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu". **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Year: 2009, Volume: 80, (pp.315-366).

LEGISLATIONS

1. Capital Market Law, 2012
2. Turkish Commercial Code, 2011
3. Turkish Code of Obligations, 2011
4. Turkish Civil Code, 2001
5. UK Companies Act, 2006
6. UK Insolvency Act, 1986

CASE LAW

1. Aberdeen Rly Co v Blaikie Bros [1854] 1 Macq 461.
2. Item Software (UK) Ltd v Fassihi [2004] EWCA Civ 1244.
3. Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd [1925] Ch 407.
4. Smith and Fawcett [1942] Ch 304.

Karşılaştırmalı Hukukta Resmi Gazeteler ve Hukuki Güvenlik İlkesi

Hakemli Makale

Yasin SÖYLER

Dr., Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü (ya.soyler@hotmail.com)

Dr., Republic of Turkey Prime Ministry, Directorate General of Legislation and Publication

İÇİNDEKİLER

Giriş	109
I. Resmi Gazete ve Hukuki Güvenlik İlkesi	110
II. Resmi Gazetenin Hukuksal Çerçevesi	113
A. Genel Olarak	113
B. Ülkemizdeki Durum	114
III. Resmi Gazeteyi Yayınlayan Kurumlar	118
IV. Resmi Gazetenin Tekliği.	119
V. Resmi Gazeteye Erişilebilirlik (Accessibility)	121
A. Resmi Gazetenin Yazılı Ortam ve İnternet Ortamında Yayınlanması	121
B. Güncellik, Süreklilik, Düzenlilik, Ücretsiz Olma ve Geleceğe Yönelik Olarak Kullanılabilme.	123
C. Resmi Dilde Yayınlanma	127
VI. Resmi Gazetenin İçeriği.	128
A. İçeriği Bölümlendirme	128
B. İçeriğin Yeterliliği	129
Sonuç	131
Kaynakça	133

ÖZET

Resmi gazete, hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesinde önemli bir işleve sahiptir. Bu işlev etkisini belki toplumsal yaşantımızda çok fazla göstermese de resmi gazetenin olmadığı veya olup da kişiler için hukuksal güvence sağlamadığı bir toplumda, güvenilir bir yaşam ve gelecek tasavvurunun oluşamayacağı da hemen herkesçe ifade edilebilir. İşte bu noktada resmi gazetenin, hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesine etki edebilecek özelliklerinin ortaya konulmasının büyük önemi vardır. Resmi gazetelerin hukuksal çerçevesi, hangi kurumlar tarafından yayımlandığı, yazılı ve internet ortamında yayımlanması, güncelliği, sürekliliği, düzenliliği, ücretsiz olması, yayımlandığı dil, bölümlendirilmesi ve içeriği gibi hususlar söz konusu gazetelerin hukuksal güvence sağlayıp sağlamadığı noktasında ele alınabilecek konular olarak karşımıza çıkar. Elbette resmi gazete yayınlarında her ülkenin kendi toplumsal değerlerinden ve dinamiklerinden kaynaklanan farklılıklar vardır. Fakat bir de hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilebilmesi bakımından yerine getirilmesi gereken asgari kriterler vardır. Burada önemli olan, farklılıkların söz konusu kriterlerin altında kalacak şekilde gelişim göstermemesi hususudur. Bu gelişimin ülkemiz özelinde, fakat diğer gelişmiş hukuk sistemleri de ihmal edilmeksizin değerlendirilmesi çalışmanın esaslı amacını oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Resmi gazete, hukuki güvenlik ilkesi, mevzuat bilgi sistemi, erişilebilirlik

ABSTRACT

Official Journals In The Comperative Law and The Principle Of Legal Security

Official gazette has an important function to establish the principle of legal security. Even though this function, probably, does not make its presence felt in our social life, it can be admitted by everyone that in societies without official gazette or with official gazette providing no legal security, a secure life for society and expectations for future will not be developed. At this point, it is crucial to assert the features of official gazette which might have an effect on establishing the principle of legal security. Issues such as legal framework, publisher, online and print publishing, up-to-dateness, continuity, orderliness, being free of charge, language, classification and content of official gazettes might be addressed the fact whether official gazettes in question provide legal security or not. There are, certainly, differences between the countries' official gazettes stemming from social values and dynamics. However, there should be a minimum criteria in terms of establishing the principle of legal security. The crucial point is that differences do not develop under the said criteria's level. The main objective of this article is to address this development specifically in our country without ruling out the legal system of other developed countries.

Keywords

Official journal, the principle of legal security, legislation information system, accessibility

Giriş

Resmi gazete genel olarak içeriğinde yapılan yayınlar ve bunların nitelikleri itibarıyla ele alınabileceği gibi hukuksal fonksiyonları, teknik özellikleri veya tarihsel gelişimi itibarıyla da ele alınabilir. Bu çalışmada resmi gazete *hukuki güvenlik ilkesi* yönünden incelenmiştir. Bir diğer deyişle karşılaştırmalı hukukta resmi gazetelerin hukuki güvenlik ilkesine ne dereceye kadar uygun yayın yaptığı incelemenin temel amacını oluşturmuştur. Resmi gazetenin en önemli işlevlerinden birisinin hukuki güvenliği sağlama işlevi olması, böyle bir incelemeye başlanılmasını teşvik etmiştir.

Resmi gazete yayınlarının hukuki güvenlik ilkesi yönünden sağlıklı bir şekilde değerlendirilebilmesi, birçok farklı ülkeye ait resmi gazete yayınının incelenmesini gerektirir. Ülkemiz Resmi Gazete yayınlarının da hukuki güvenlik ilkesi yönünden değerlendirilebilmesi ancak diğer ülke resmi gazete yayınları ile karşılaştırma yapılarak gerçekleştirilebilir. Fakat konunun çerçevesini net bir şekilde çizebilmek bakımından karşılaştırma yapılacak ülkelerin sınırlandırılması şarttır. Bu çalışmada karşılaştırma yapılacak ülkeler olarak Avrupa devletleri, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada göz önünde bulundurulmuştur.

Diğer taraftan ülke resmi gazeteleri ile ülke hukukuna ilişkin düzenleme ve kararların genel olarak yer verildiği ve tek metin haline getirildiği (*consolidated legislation*) portal veya elektronik sistemleri birbirinden ayırmak gerekir. Resmi gazetelerin amacı devlet organları tarafından uygulanmak istenen hukuksal düzenleme ve kararların hukuksal etki doğuracak şekilde resmi olarak yürürlüğe konulmasıdır. Ülke hukuk kaynakları hakkında bilgi veren portal veya sistemlerde amaç ise devlete ait hukuksal düzenleme ve kararları kodifiye etmek (*consolidation*), toplu halde bir araya getirmek ve güncel bir şekilde kişilerin bilgisine sunmaktır. Söz konusu portal veya elektronik sistemler genellikle resmi gazeteler gibi resmi bağlayıcılığı bulunan yayın araçları değildir¹. Bu sistemler esas olarak vatandaşları bilgilendirici mahiyet taşır. Örneğin, Fransa'da resmi gazete yayınları yanında ayrıca konsolide edilmiş Fransız hukukunun kaynakları hakkında bilgi veren *Legifrance*², İngiltere'de *legislation.gov.uk*³, Avusturya'da *Rechtsinformationssystem (RIS-Avusturya Cumhuriyeti Mevzuat Bilgi Sistemi)*⁴, Avrupa Birliği'nde *EUR-Lex*⁵ isimli portallar bulunmaktadır⁶. Benzer şekilde ülkemizde *Mevzuat Bilgi Sistemi (MBS)*, Türk hukukuna ait temel hukuksal düzenlemeleri konsolide edilmiş

1 Aynı yönde bkz. BLUME, Peter, "Changes in the Sources of Law in Information Society", **International Review of Law Computers & Technology**, Volume 13, No. 3, 1999, s. 329. Aynı yöndeki Fransız uygulaması hakkında bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English>, (Erişim Tarihi: 24.05.2016). Avusturya uygulaması hakkında bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/UI/Erv/Info.aspx>, (Erişim Tarihi: 27.06.2016). Bununla birlikte Estonya örneğinde olduğu gibi kodifiye edilmiş hukuksal düzenlemelere resmi bağlayıcılık tanıyan ülkeler de vardır. Bkz. <https://www.riiqiteataja.ee/en/introduction>, (Erişim Tarihi: 30.05.2016).

2 Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English>, (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

3 Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/aboutus>, (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

4 Bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/UI/Erv/Info.aspx>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

5 Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/content/welcome/about.html>, (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

6 Fransa ve Avusturya'da olduğu gibi bazen ülke resmi gazeteleri sadece söz konusu portallar üzerinden yayın yapmaktadır.

ve güncel bir şekilde kişilerin hizmetine sunmaktadır⁷. Bu portallarda yer alan bilgiler genellikle resmi anlamda bağlayıcılık taşımaz. Bu çalışmada inceleme konusu yapılan hususun resmi gazete yayınları olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

I. Resmi Gazete ve Hukuki Güvenlik İlkesi

Resmi gazete⁸ (*official journal, official gazette, legal gazette*), hukuk devleti niteliğini haiz devletlerin tamamında devletin resmi yayın aracı⁹ olarak faaliyet gösterir ve devlet tarafından yürürlüğe konulmak istenen hukuksal düzenlemeler ile önemli kararlar bu gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur¹⁰. Hukuk devleti niteliğini haiz devletler, ülkelerinde yaşayan kişilere *hukuk güvenliği* güvencesi sağlamak amacıyla resmi bir gazete oluşturur ve yürürlüğe koymak istedikleri hukuksal düzenlemeler ile önemli kararların ancak bu gazetede yayımlanarak yürürlüğe gireceğini garanti ederler¹¹. Önceden belirlendiği çerçeve içerisinde bu gazetede yayımlanmayan hukuksal düzenleme ve kararlar yürürlüğe girmez ve kişiler üzerinde olumsuz bir hukuksal etki ortaya çıkarmaz. Böylece kişiler, kendileri hakkında ne tür hukuksal düzenleme ve kararların yürürlükte olduğunu bilir ve buna güvenerek geleceğe güven içerisinde bakabilir.

Bu durumun aksine, hiçbir resmi gazete sahibi olmayan veya kurumsallaşmamış ve hukuki çerçevesi çizilmemiş ya da yeterli hukuksal güvenceyi veremeyen bir resmi

7 Bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.03.2016).

8 *Resmi gazete* ibaresi özel bir isim niteliği taşımaz. Ülkemizde yayımlanmakta olan resmi gazetenin özel ismi *T.C. Resmi Gazete*'dir. Fakat ülkemizde yayımlanan resmi gazete kastedilerek bir açıklama yapılmak istendiği zaman resmi gazete ibaresinden anlaşılması gereken T.C. Resmi Gazete'si olduğu için *Resmi Gazete* ibaresi de özel bir isim gibi kullanılmaktadır. Bu çalışmada da bu geleneğe uyulmuş ve T.C. Resmi Gazete'sinin kastedildiği yerlerde sadece *Resmi Gazete* ibaresi kullanılarak bir nitelendirme yapılmıştır. T.C. Resmi Gazete'sinin kastedilmediği yerlerde ise bu ibare özel isim olarak ele alınmadığı için *resmi gazete* şeklinde kullanılmıştır. Resmi gazete diğer ülkelerde de özel isim niteliği taşır. Örneğin, Fransa'da resmi gazetenin ismi *Journal Officiel de la République Française (Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesi)*, Almanya'da *Bundesgesetzblatt (Federal Resmi Gazete)*, İtalya'da *Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana (İtalyan Cumhuriyeti Resmi Gazetesi)* ve Avrupa Birliği'nde *Official Journal of the European Union (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)*'dir.

9 Resmîyetten, resmi gazeteye devlet tarafından hukuksal bir misyon yüklenmesi ve bunun hukuksal çerçevesinin çizilmesi, gazetede yayımlanan hukuksal düzenleme ve kararların herkes yönünden hukuki bağlayıcılık taşıması ve aksi kanıtlanıncaya kadar doğruluğunun hukuki karine olarak kabul edilmiş olması gibi hususlar anlaşılır. COGGINS, Timothy L./HOLTERHOFF, Sarah G., "Authenticating Digital Government Information", in **Government Information Management in the 21st Century**, (ed. Peggy Garvin), 2011, s. 136. Özel kişi veya kurumlar tarafından yayımlanan gazeteler bu özelliklere sahip değildir.

10 İngiltere ve Norveç gibi bazı ülkelerde resmi gazete yayınının bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Publications Office of the European Union, **Access to Legislation in Europe**, Guide to the Legal Gazettes and Other Official Information Sources in the European Union and European Free Trade Association, (ed. Albrecht Berger), 2009, s. 179, 185. Fakat her ne kadar söz konusu ülkelerde *resmi gazete* adıyla bir yayın yapılmıyorsa da devletin yapmış olduğu hukuksal düzenleme ve almış olduğu kararların resmi olarak yayımlandığı gazete veya yayınlar mutlaka varlık göstermektedir. Ayrıca bu tür ülke sayısının çok fazla olduğu söylenemez. Örneğin, Avrupa Birliği Yayın Ofisi'nin (*Publications Office of the European Union*) 2009 yılında yayımladığı bir çalışmada, 31 Avrupa ülkesinden sadece ikisinde (İngiltere ve Norveç) resmi gazete yayınının bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 1-236.

11 Hukuk devletinde resmi gazete yayınının önemi hakkında bkz. DURAN, Lütfi, "Resmi Gazetenin Yayınları Üzerine", **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı: 3/1, Mart 1970, s. 5.

gazeteye sahip devletlerin ise hukuk devleti olma konusunda başarılı olamayacakları şüphesizdir. Bu tür ülkelerde hangi düzenleme ve kararların yürürlükte, hangilerinin ise yürürlükte olmadığı net bir şekilde bilinmeyeceği için sürekli bir belirsizlik¹² ve kişiler üzerinde endişe hakim olur¹³. Kişiler geleceği istedikleri gibi planlayamaz ve geleceğe güvenle bakamaz. Resmi gazete yayınları ile sınırlandırılmamış bir devletin ise hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olarak, kendi koyduğu kurallara uyması beklenemez. Daha koyduğu kuralların nelerden oluştuğunun garantisini veremeyen bir devletin koyduğu kurallara uymasını beklemek, boş temenniden başka bir anlam ifade etmez.

Avrupa'daki ülkelere ait resmi gazetelerin kuruluş tarihine bakıldığında genellikle resmi gazetelerin 19. Yüzyıl'da yayın hayatına başladığı görülür¹⁴. Aslında bu dönem Avrupa ve Osmanlı tarihinde aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gelişmeye başladığı ve kanunlaştırma hareketlerinin varlık ve hız kazandığı dönem olarak kendisini gösterir. Buradan yola çıkarak hukuk devletinin gelişimi ve kanunlaştırma faaliyetlerinin, resmi gazetelerin yaygınlık kazanmasında önemli rol oynadığı söylenebilir. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (md. 8) ile 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda (*Civil Code*) (md. 1), kanunların uygulanabilmesi için yayımlanması zorunluluğuna yönelik hükümler getirilmesi¹⁵ de bu görüşü destekleyici bir unsur olarak ele alınabilir¹⁶.

12 1890'lı yıllardan önce İngiltere'de, 1930'lu yıllardan önce ise ABD'de resmi gazete yayınlarının olmayışı veya yetersizliği nedeniyle hukuksal düzenlemelerin tespitinde böylesine belirsiz bir tablonun bulunduğu hakkında bkz. GRISWOLD, Erwin N., "Government In Ignorance of The Law - A Plea For Better Publication of Executive Legislation", **Harvard Law Review**, Vol. 48, 1934, s. 206. Aynı yönde, MCKINNEY, Richard J., "A Research Guide to the Federal Register and the Code of Federal Regulations", **Law Library Lights**, Law Librarians' Society of Washington, Dc., Inc., s. 10, <http://www.llsdc.org/assets/sourcebook/fall02.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).

13 DİK, *Takvim-i Vekayi*'nin kelime anlamının, gazetenin ortaya çıkış nedenlerini de göz önünde bulundurarak "olayları doğru verme / yanlış düzeltme" olduğunu belirtmektedir. DİK, Esra, "Türkiye'de Resmi Gazete'nin Serüveni", **MEMLEKET Siyaset Yönetim**, Cilt: 4, Sayı: 11, 2009, s. 169. Her ne kadar ilk ortaya çıkış koşullarında *Takvim-i Vekayi*, toplumu doğru bilgilendirme ve asılsız haberleri düzeltme gibi bir misyon yüklense de Osmanlı Devleti'nde bu gazeteye duyulan ihtiyacın, aynı zamanda asılsız haberleri düzelterek hukuki güvenliği sağlama gibi bir amacı da bünyesinde taşıdığı söylenebilir.

14 Örneğin, Fransa (1794), Hollanda (1813), Malta (1813), İsveç (1825), Belçika (1831), Yunanistan (1833), Macaristan (1848), Avusturya (1848), İtalya (1860), Norveç (1877), Danimarka (1871). Bu bilgiler için bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 1-236. Benzer yönde ve Alman Resmi Gazete'sinin (*Reichsgesetzblatt*) 1871 yılında kurulduğu hakkında bkz. DİK, **2009**, s. 165-166. TICE, Beatrice A., "Foreign Official Gazettes: Solving a Collection Conundrum", **Law Library Journal**, Vol. 97:2, 2005, s. 301. Bununla birlikte az sayıda da olsa resmi gazetelerini daha geçmiş yıllarda çıkarmaya başlayan devletler de vardır. Örneğin, Portekiz (1715) ve İspanya (1762). Bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 75, 147. TICE, **2005**, s. 301. Ayrıca Kanada Resmi Gazetesi (*The Canada Gazette*) 1841 yılında yayımlanmaya başlamıştır. Bkz. <http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/lm-sp-eng.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016). Osmanlı Devleti'nde ise resmi gazete ilk kez *Takvim-i Vekayi* ismiyle 1831 yılında yayımlanmıştır. Bazı yazarlar, döneminde Osmanlı'nın bir vilayeti olan Mısır'da *Mehmet Ali Paşa* tarafından 1928 yılında yayımlanmaya başlanan *Vakayi-i Mısriye*'yi Osmanlı Devleti'nin ilk Türkçe resmi gazetesi olarak kabul etmektedir. YAZICI, Nesimi, "Vakayi-i Mısriye Üzerine Birkaç Söz", **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı. 2, 1991, s. 269-270.

15 DİK, **2009**, s. 164-165.

16 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi için ayrıca bkz. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf, (Erişim Tarihi: 07.03.2016). 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (*Civil Code*) için ayrıca bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/.../>

Çünkü söz konusu iki belge aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gelişimine önemli katkı sağlamıştır.

Günümüzdeki anlamında resmi gazete, aslında devlet olmanın asli gereklerinden biri olarak ele alınamaz. Henüz kişilere hukuki güvence sağlayan resmi gazetelerin tarih sahnesine çıkmadığı dönemlerde de devletler var olmuş ve bu devletler, ülkelerinde yaşayan kişiler bakımından uyulması zorunlu hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak egemenliklerini sağlamıştır. Fakat bu dönemlerde dahi her ne kadar günümüzdeki anlamda bir resmi gazete vücut bulmamışsa da mutlaka hukuki güvence bakımından yeterli veya yetersiz, hukuk kurallarını halka duyuran mekanizmalar var olmuştur. Kökeni Roma hukukuna dayanan *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz* özdeyişi aslında bünyesinde, kanunun hakkında uygulanacak kişilere duyurulması zorunluluğunu da içerir¹⁷. Fakat devlet olma gereği ile resmi gazete yayını arasında bu şekilde zorunlu bir bağ kurmak her zaman mümkün değilse de hukuk devleti ilkesi bakımından konuya yaklaşıldığı zaman aynı sonuca varılmaz. Bir diğer deyişle hukuk devleti ilkesi ile resmi gazete yayını arasında doğru orantılı bir hukuksal ilişki vardır. Hukuk devleti ilkesinin önemli gereklerinden birisi devletin ülkesinde hukuki güvenliği sağlayacak şekilde resmi bir gazete yayımlaması zorunluluğudur¹⁸.

Öte yandan 19. Yüzyıl'dan itibaren yeni kurulan devletler, egemenliklerini sağlamak ve bağımsız devlet olarak varlıklarını sürdürebilmek amacıyla resmi gazete yayınına vazgeçilmez hale getirmişlerdir. Bu süreçte kurulan devletlere bakıldığında zaman bunların büyük çoğunluğunun, kuruluş ile birlikte resmi gazete yayınına da başladığı görülmür. Örneğin, 20. Yüzyıl'da kurulan Türkiye (7 Ekim 1920), Federal Almanya (1949), Çek Cumhuriyeti (1992), Polonya (1918), Letonya (1993), Slovenya (1991) ve Slovakya (1993) gibi devletler kuruluşlarının hemen akabinde resmi gazete yayımlamaya başlamıştır¹⁹. Bu çerçevede yukarıda yapılan tespit, günümüz devletleri yönünden ileri sürülmesi pek olanaklı görünmemektedir. Bir diğer ifadeyle aslında günümüzde artık resmi gazete yayınının, bağımsız devlet olmanın önemli gereklerinden biri haline geldiği söylenebilir.

Resmi gazete yayınının hukuki güvenliği sağlama gibi önemli bir işlev üstlenmesi, bu gazetenin devletlerin ötesinde uluslararası kuruluşlarca yayımlanması sonucunu da doğurmuştur. Günümüzde bazı uluslararası kuruluşlar, yapmış oldukları hukuksal düzenlemeler veya taraf oldukları uluslararası anlaşmalar ile önemli gördükleri kararlarını kendi çıkardıkları resmi gazetelerinde yayımlamaktadır. Bu kuruluşların en önde geleni

[Code_22.pdf](#), (Erişim Tarihi: 07.03.2016).

17 DİK, **2009**, s. 164.

18 Doktrinde bazı yazarlar hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak hukuksal düzenlemelerin ilan edilmesini şart olarak ortaya koyarken, bu ilanın resmi gazetede yapılması gerekliliği üzerinde yeterince durmamıştır. Bkz. KÖKÜSARI, İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 81-82. ÇAĞLAR, Selda, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi", **Hukuk Güvenliği**, Türkiye Barolar Birliği & Kamu Hukukçuları Platformu, (Hazırlayan: Ece Göztepe), 8-9 Kasım 2013, Ankara, s. 54-55. Kanaatimizce günümüzde hukuki güvenlik ilkesinin sağlanabilmesi için hukuksal düzenlemelerin herhangi bir yayın aracıyla ilan ediliyor olması yeterli değildir. Bu ilanın mutlaka hukuksal çerçevesi çizilmiş ve kendisine resmiyet tanınmış bir gazete ile yapılması gerekir. Benzer yönde bkz. GRISWOLD, **1934**, s. 205.

19 Bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 75, 147. Benzer yönde bkz. TICE, **2005**, s. 301.

Avrupa Birliği'dir. Avrupa Birliği kuruluşunun hemen akabinde, 30 Aralık 1952 tarihinde resmi gazete (*Official Journal of the European Coal and Steel Community*) çıkarılmaya başlamıştır. Benzer şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi hukuksal düzenlemelerini, çıkardığı resmi gazetede (*Official Journal of the International Criminal Court*) yayımlamaktadır²⁰.

II. Resmi Gazetenin Hukuksal Çerçevesi

A. Genel Olarak

Resmi gazeteler hukuksal bir çerçeveye sahip olmak zorundadır. Resmi gazetenin hukuksal çerçevesi ne kadar güçlü olursa bu gazete kendisinden beklenen işlevi o kadar daha etkili bir şekilde yerine getirebilir ve hukuki güvenlik ilkesi güçlenir. Resmi gazetenin hukuksal çerçevesinin güçlü bir şekilde ortaya konulabilmesi için var olması gereken ilk unsur, resmi gazete yayınlarının hukuksal bir düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Hukuksal düzenlemenin niteliği elbette bu hukuksal çerçevenin sağlam bir şekilde oluşturulup oluşturulmadığının belirlenmesinde etkili olacaktır. Gelişmiş hukuk sistemlerinde genellikle resmi gazete yayınları, ilk önce kanun konusu olur ve sonrasında uygulamaya yönelik hususlar düzenleyici idari işlemlerle belirlenir. Konuya ilişkin temel hususların kanunla düzenlenmesi yöntemi, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından düzenleyici işlemlerle düzenleme yöntemine göre daha etkin bir yöntem olduğundan tercih edilir niteliktedir. Fakat diğer taraftan, resmi gazete yayınları hakkında teknik ve ihtisasa ilişkin birçok husus bulunabilir ve resmi gazetenin düzenleyici idari işlemlere konu olan kısmı oldukça geniş bir alan kaplayabilir. Örneğin, Avusturya'da resmi gazete yayınlarına ilişkin temel düzenlemelere 2004 tarihli Avusturya Federal Resmi Gazetesi Hakkındaki Federal Kanunda (*Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 - BGG*) yer verilmiş²¹ ve uygulamaya yönelik hususların düzenlenmesi düzenleyici işlemlere bırakılmıştır (md. 14/2). Hatta söz konusu Kanunda resmi gazete uygulamasına yönelik ayrıntılı birçok hususa yer verilmiştir. Resmi gazeteyi kimin yayımlayacağı ve gazetenin hangi dilde yayımlanacağı (md. 1), kaç bölümden oluştuğu ve bölümlerin ayrıntılı içeriği (md. 2-5), gazetenin internet ortamında yayımlanması ve güvenilirliğine ilişkin hususlar (md. 7-8), erişilebilirlik ilkeleri (md. 9) ve hataların düzeltilmesi (md. 10) gibi hususlar söz konusu Kanunun içeriğini oluşturmuştur. Benzer şekilde Kanada'da resmi gazete yayınlarına ilişkin temel düzenlemelere *Statutory Instruments Act*'ta²² genel olarak yer verilmiş, ayrıntılı ve uygulamaya yönelik düzenlemeler ise *Statutory Instruments Regulations*'da²³ yer almıştır. ABD'de idarenin düzenleyici işlemlerine ilişkin resmi gazete (*The Federal Register*) yayınları esas olarak *Federal Register Act* ve *Administrative Procedure Act*

20 https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Pages/index.aspx, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

21 Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2003_1_100/ERV_2003_1_100.pdf, (Erişim Tarihi: 27.06.2016).

22 laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-22/, (Erişim Tarihi: 27.05.2016).

23 laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/C.R.C.%2C_c._1509/index.html, (Erişim Tarihi: 27.05.2016).

ile düzenlenmiş, uygulamaya yönelik birçok düzenleyici işlem yürürlüğe konulmuştur²⁴.

İkinci unsur söz konusu hukuksal düzenlemelerin kişiler üzerinde yeterli güvenceyi sağlayıp sağlamadığı hususudur. Bir ülkenin sadece resmi gazete yayınları hakkında düzenlemeye sahip olması, o ülke resmi gazetesinin hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirmeye yeterli olduğunu göstermez. Var olan hukuksal düzenleme, aynı zamanda içerik yönünden hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirmeye yeterli olmalıdır. Resmi gazete yayınlarına yüklenen misyon, gazeteyi yayımlayan kurum, gazetenin teklifi veya çokluğu, içeriği ve erişilebilirliği gibi hususların hukuksal düzenleme konusu olması ve hukuksal güvence sağlaması, bu hususta ele alınabilecek konuların başında gelir. Söz konusu hususlar aşağıdaki bölümlerde yeri geldikçe değerlendirilmiştir.

B. Ülkemizdeki Durum

Türkiye, Resmi Gazete'nin hukuksal çerçevesinin kanunla çizildiği ve bu çerçevenin ikincil düzenlemelerle güçlendirildiği ülkelerden biridir. Yalnız ülkemizde Resmi Gazete'nin hukuksal çerçevesi tek bir kanunla düzenlenmiş değildir. Bu hususta iki tane genel kanun ve özellikle hangi tür hukuksal düzenleme ve kararların resmi gazetede yayımlanacağına yönelik birçok farklı kanunda belki yüzlerce özel hüküm bulunmaktadır. Bu hususta genel kanun olarak ele alabileceğimiz kanunlar, 23.05.1928 tarihli ve 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun ve 24.05.1984 tarihli ve 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun'dur²⁵. Her ne kadar adı sadece kanun ve tüzüklerin (nizamnamelerin) ilanına ilişkin olsa da Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun ile genel olarak Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu olan hukuksal düzenleme ve karar türleri tek tek belirlenmiştir. Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun ile ise ne tür yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu iki kanun dışında ayrıca birçok kanunda Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu olan yayınlara yer verilmiş bulunmaktadır. Örneğin Anayasanın 121. maddesine göre, olağanüstü hal ilanına karar verilmesi durumunda bu karar Resmi Gazete'de yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Yine Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de yayımlanmak zorundadır (md. 153/6). Benzer şekilde diğer birçok ülke uygulamasında, resmi gazetede yayım zorunluluğuna ilişkin kanunlarda bu tip düzenlemelere yer verilmektedir.

24 Kanunlar için bkz. <https://www.archives.gov/federal-register/laws/federal-register/>, (28.05.2015).

25 Ayrıca kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girebileceğine yönelik hükümler doğrudan Anayasada yer alır. Anayasanın 151. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açma süresi düzenlenirken dolaylı bir anlatımla kanunların Resmi Gazete'de yayım zorunluluğu da öngörülmüştür. TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul, Nisan 2016, s. 55. Anayasanın 91. maddesinde ise kanun hükmünde kararnamelerin Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe gireceği, ancak kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarihin de gösterilebileceğine yönelik açık bir hükme yer verilmiştir. Benzer şekilde örneğin, Alman Anayasasında da kanunların resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girebileceğine yönelik bir hüküm bulunmaktadır (md. 82). Bkz. https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fcb703634dcd/basic_law-data.pdf, (Erişim Tarihi: 27.06.2016).

Resmi Gazete yayınlarının hukuksal çerçevesine ilişkin yürürlüğe konulmuş temel ikincil düzenlemeleri ise 22.06.1927 tarihli ve 5335 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Resmi Gazete'nin Sureti Neşir ve Muamelelerinin Tarzı İcrasına Dair Yönetmelik²⁶ ile Resmi Gazete'de Yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divanı Kararları Hakkında Yönetmelik²⁷ oluşturur. Bunlardan ilki ile Resmi Gazete'nin genel olarak hukuksal çerçevesi çizilmiş, ikincisi ile ise Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Başkanlık Divanı kararları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda yapılan seçim sonuçlarından hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenlenmiştir. Hangi tür hukuksal düzenleme ve kararların Resmi Gazete'de yayımlanacağına ilişkin diğer başka yönetmeliklerde de özel hükümlere yer verilebilmektedir. Örneğin, 18.03.2002 tarihli ve 2002/3975 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmeliğin 7. maddesinde ÖSYM'nin, KPSS tarihi, başvuru tarihi ve başvurunun ne şekilde ve nereye yapılacağını Resmi Gazete'de ve Türkiye genelinde yayınlanan en yüksek tirajlı ilk üç gazetede farklı tarihlerde ilan vermek suretiyle duyuracağı öngörülmüştür.

Bu çerçevede ülkemizde Resmi Gazete'nin hukuksal çerçevesini düzenleyen ve Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu olan yayınları tek tek belirleyen kanun ve ikincil düzenlemelerin yürürlükte bulunması, Resmi Gazete yayınlarında hukuki güvenlik ilkesinin ilk unsurunun karşılandığını gösterir.

Söz konusu düzenlemelerin içerik yönünden temel hak ve özgürlükleri koruyucu nitelik taşıyıp taşımadığı hususu farklı bir konudur. Bu konu aşağıda ilgili olduğu yerlerde değerlendirilmiştir. Fakat söz konusu hukuksal düzenlemeler hakkında genel bir değerlendirme yapmak gerekirse 1322 sayılı Kanun, 3011 sayılı Kanun ve özel kanunlarda yer alan diğer hükümlerle aslında Türk hukuk sisteminde Resmi Gazete'yi yayımlayan kurumun açıkça belirlendiği²⁸, gazetenin içeriğinde yer alacak yayınların tek tek tespit edildiği, gazete yayınlarında birlikteliğin sağlandığı, güncellik, süreklilik, düzenlilik, ücretsiz olma ve geleceğe yönelik olarak kullanılabilme ilkelerinin hukuksal güvenceye kavuşturulduğu ve böylece genel olarak Resmi Gazete yayınlarında hukuki güvenlik ilkesini sağlamaya yönelik hukuksal mekanizmaların oluşturulduğu söylenebilir. Bununla birlikte eleştirilebilecek bazı hususlar da vardır. İlk olarak her ne kadar Resmi Gazete yayınları kanun düzeyinde hukuksal bir alt yapıya kavuşturulmuş olsa da bu konuda iki tane farklı genel nitelikli kanunun yürürlükte bulunması tartışılmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun, Resmi Gazete hakkında genel kural ve ilkeleri; 3011 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun ise Resmi Gazete'de yayımlanacak olan yönetmelikleri düzenler. Söz konusu hususların iki farklı kanunun

26 RG: 29.6.1927, 620.

27 RG: 01.10.1989, 20299.

28 1322 sayılı Kanuna göre T.C. Resmi Gazete, Başbakanlığın bir ana hizmet birimi olan Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'nce yayımlanır.

konusu olması anlamlı görünmemektedir. 1322 sayılı Kanunun 1. maddesinde Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu olan yayınlar tek tek belirlenmiştir. 3011 sayılı Kanunda ise hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı tek tek belirlenmiştir. Şu halde her iki kanunun konusunu oluşturan hususların belli bir noktada aynı yönde olması itibarıyla birbirinden farklı iki kanunla düzenlenmesi, gereksiz kanun fazlalığı ortaya çıkarmaktan başka bir işe yaramaz. Bu nedenle 1322 ve 3011 sayılı Kanunla düzenlenen hususların tek bir kanun konusu olması gerektiği söylenebilir²⁹.

İkinci olarak, yine genel bir değerlendirme yapıldığında, 1322 sayılı Kanunun oldukça eski tarihli olduğu ve günün ihtiyaçlarını karşılama hususunda yetersiz kaldığı görülmektedir³⁰. 1322 sayılı Kanun, 1928 yılında yürürlüğe girmiş bir kanundur ve o yıllardan günümüze değin mevzuatımızda ve toplumsal hayatımızda birçok değişiklik olmuştur. Bu değişikliklere rağmen 1322 sayılı Kanunda gerekli düzeltmeler yapılmamıştır³¹. Söz konusu kanuna bakıldığı zaman örneğin Kanunun 1. maddesinde yer alan, Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu tutulan yayınlar arasında hala *yasama yorumları* yer almaktadır. Halbuki TBMM’nin yasama yorumu niteliğinde kararlar verebilmesine ilişkin düzenleme 1961 Anayasası ile yürürlükten kaldırılmıştır³². Yani artık TBMM yasama yorumu niteliğinde kararlar verememektedir. Yine benzer şekilde anılan kanunda, “Şürayı Devletçe nizamnamelerin tefsirine ve menafii umumiyeye hadim cemiyetlerin tasdikına” ilişkin kararların Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu kılınmıştır. Danıştay Kanunu ve Dernekler Kanunu’nda yapılan değişikliklerle Danıştay’ın artık tüzükleri yorumlama ve kamuya yararlı dernekleri tasdik etme gibi yetkileri bulunmadığından bu hüküm de işlevsiz hale gelmiştir³³.

Diğer taraftan 1322 sayılı Kanun, Resmi Gazete’nin internet ortamında yayımlanmasına yönelik hiçbir hüküm içermemektedir. Gerçi ülkemizde internet ortamında yayımlanan Resmi Gazete’nin resmi bir bağlayıcılığı bulunmadığı için, sadece bilgi amaçlı internet ortamında yayımlanan gazete yayınlarının hukuksal bir altyapıya kavuşturulmasının anlamsız olduğu söylenebilir. Aşağıda ayrıca belirtildiği üzere gerek Resmi Gazete’nin internet ortamındaki haline resmi bağlayıcılık tanınması yönündeki gelişmeler gerekse bu yönde gelişme olmasa bile nihayetinde idari bir faaliyet olması itibarıyla resmi bağlayıcılık taşımayan Resmi Gazete yayınlarına da hukuksal bir çerçeve çizilmesi gerekliliği karşısında, 1322 sayılı Kanunun teknolojik gelişmeler çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir³⁴. Ayrıca yine örneğin, Resmi Gazete yayınlarında

29 Aynı yönde bkz. TAN, Turgut, “Resmi Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler ve Resmi Gazete Yayınları Üzerine”, **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı: 18/1, Mart/1985, s. 68.

30 TAN, **1985**, s. 68.

31 DURAN, **1970**, s. 6. TAN, **1985**, s. 68.

32 DURAN, **1970**, s. 6. TAN, **1985**, s. 68.

33 DURAN, **1970**, s. 7.

34 Örneğin Avrupa Birliği, resmi gazetenin internet ortamında yayımlanabilmesinin hukuksal altyapısını yürürlüğe koyduğu bir tüzükle gerçekleştirmiştir. Avrupa Birliği Resmi Gazetesinin elektronik ortamda yayımlanmasına ilişkin tüzük (*Council Regulation (EU) No 216/2013 of 7 March 2013 on the electronic publication of the Official Journal of the European Union*) 2013 yılında yürürlüğe girmiştir. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0216>, (Erişim Tarihi: 17.03.2016).

yapılan hatalar ve bunların düzeltilmesi usulüne ilişkin herhangi bir düzenlemeye³⁵ 1322 sayılı Kanunda ve diğer kanunlarda yer verilmemiştir³⁶.

Son olarak 3011 sayılı Kanun bakımından, söz konusu kanunla sadece hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenlenmekle birlikte, yönetmelik dışındaki *tebliğ, genelge, karar, ana statü ve tarife* gibi düzenleyici idari işlemlerden hangilerinin yayımlanacağı hususuna ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olması eleştiri konusu yapılabilir. Buradan yola çıkarak bir an için 3011 sayılı Kanunun eksik bir düzenleme getirdiği düşünülebilir. Fakat doktrinde bir kısım yazarın da belirttiği gibi tebliğ, genelge, karar, ana statü ve tarife gibi düzenleyici idari işlemler de *yönetmelik* olarak değerlendirilebilir ve yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayım usulü her neyse aynı usulün bunlar bakımından da geçerli olacağı ileri sürülebilir³⁷.

Yine 3011 sayılı Kanunda hangi tür yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirlenirken çok genel nitelikli düzenlemelere yer verildiği düşünülebilir. Örneğin, söz konusu kanuna göre "*kamuyu ilgilendiren*" yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanması zorunludur. Kamuyu ilgilendirme kıstası çok genel ve sübjektif bir nitelik taşıdığı için uygulamada hangi yönetmeliklerin kamuyu ilgilendirdiği, hangilerinin ise ilgilendirmediği hususu çoğu zaman tartışmalı olmuştur³⁸. Benzer şekilde 3011 sayılı Kanuna göre "*kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan yönetmelikler(in)*" Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğunda da bir belirsizlik görünmektedir³⁹. Fakat kanaatimizce burada 3011 sayılı Kanunun düzenleniş biçiminden kaynaklanan bir sorun mevcut değildir. Aslında Kanunun getirdiği söz konusu düzenlemeler, soyut ve objektif düzenleme yöntemi bakımından oldukça yerindedir. Yapılması gereken bu düzenlemelerin, düzenleyici idari işlemlerle somutlaştırılmasıdır. Kanaatimizce eksik olan budur. 3011 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin bir yönetmelik yürürlüğe konulmamış ve bu durum Kanunun kendisini tartışmalı hale getirmiştir. Hangi tür yönetmeliklerin kamuyu ilgilendireceği Başbakanlık tarafından çıkarılan bir yönetmelikle daha somut olarak belirlenmiş olsaydı, yukarıda ifade ettiğimiz sorunlar büyük olasılıkla ortaya çıkmayacaktı⁴⁰.

35 Örneğin, 2004 tarihli Avusturya Federal Resmi Gazetesi Hakkındaki Federal Kanunda (*Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 - BGGIG*) resmi gazete düzeltmelerine ilişkin açık bir hükme yer verilmiştir (md. 10). Bu hükme göre *Federal Chancellor*, resmi gazetede yayımlanan mevzuatın orijinal halinde farklılık göstermesi (yayım hataları-*errors of publication*) veya yayın numarası ve sayfa atfı gibi resmi gazetenin kendi iç yapısı ile ilgili hususlarda hata yapılması durumunda düzeltme yapabilir. Bunun dışında, resmi gazetede yayımlanan mevzuatın içeriğini değiştirecek şekilde düzeltme yapılamaz. Kanunun İngilizce çevirisi için bkz.

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_2003_1_100/ERV_2003_1_100.pdf, (Erişim Tarihi: 27.06.2016).

36 DURAN, 1970, s. 12. Resmi Gazete'de yayımlanan kanunlarda hata yapılmasının ortaya çıkarılabileceği hukuksal sorunlar için bkz. TEZİÇ, 2016, s. 33, Dipnot no. 47. SÖYLER, Yasin, **Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü**, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 251 vd.

37 DURAN, 1970, s. 11.

38 TAN, 1985, s. 67.

39 TAN, 1985, s. 67.

40 Aynı yönde bkz. TAN, 1985, s. 67. Aslında Resmi Gazete içeriğinin nelerden oluşacağına yönelik bir düzenlemeye 22.06.1927 tarihli ve 5335 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Resmi Gazete'nin Sureti Neşir ve Muamelesinin Tarzı İcrasına Dair Yönetmelikte (md. 2) yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede sadece

Özet olarak yukarıda ifade ettiğimiz genel çerçevede, 1322 sayılı Kanunun günün ihtiyaçlarına göre 3011 sayılı Kanunla birleştirilerek yeni bir düzenleme getirilmesi *hukuki belirlilik ilkesi* yönünden daha faydalı olacaktır⁴¹.

III. Resmi Gazeteyi Yayımlayan Kurumlar

Resmi gazetenin hangi kurum tarafından yayımlandığı hukuki güvenlik ilkesini etkileyecek hususlardan biridir. Gazeteyi yayımlayan kurumun vatandaş nezdindeki itibarı ve güvenilirliği, gazete yayınlarına güvenilirliği de olumlu veya olumsuz etkileyebilir. Fakat hangi kamu kurumu tarafından yayımlanırsa yayımlansın genellikle gazeteyi yayımlayan kurumun güvenilirliği; gazete yayınlarının düzenliliği, sürekliliği, ciddiliği ve hatasızlığı gibi hususlara ilişkin olmaktadır. Ayrıca gazeteyi yayımlayan kurum her ne kadar merkezileşirse gazeteye olan güven de o ölçüde artmaktadır. Örneğin parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı bir ülkede, resmi gazetenin bir bakanlık yerine Başbakanlık tarafından yayımlanması çoğu zaman tercih edilir nitelikte olmaktadır. Fakat ülkelerin tarihsel, siyasi ve bürokratik gelişimleri ve resmi gazeteye yükledikleri hukuksal işlev farklı yönde tercihler kullanabilmelerini sağlayabilir. Ülkemizde Resmi Gazete TBMM'nin ilk kurulduğu yıllarda parlamentonun yayın aracı olarak faaliyete başlamıştır. O dönemde meclis hükümeti sisteminin benimsenmesinin doğal bir sonucu olarak Resmi Gazete yayının da TBMM tarafından yapılması uygun görülmüştür. Parlamenter sisteme geçilmesi ile birlikte Resmi Gazete yayım sorumluluğu Başbakanlığa verilmiştir. Görüldüğü üzere ülkemizde Resmi Gazete yayınları, benimsenen hükümet sistemine göre sistemin pratikte en etkin gücü tarafından gerçekleştirilmiştir. Elbette bu gelişimde, parlamenter sistemin benimsenmesinin yanı sıra Resmi Gazete bünyesinde, kurumlara ait düzenleyici idari işlemlerin yayım öncesi merkezi olarak Başbakanlık tarafından incelenmesi gibi faaliyetler de etkili olmuştur.

Resmi gazete yayınlarının Başbakanlık sorumluluğunda olduğu birçok ülke vardır. Örneğin, Fransa'da resmi gazete Başbakanlık bünyesinde yer alan *Yasal ve İdari Bilgi Müdürlüğü* (*Direction de l'information Légale et Administrative-DILA*), Avusturya'da *Austrian Federal Chancellery* bünyesindeki *Yasal ve Anayasal Hizmetler Genel Müdürlüğü* (*Legal and Constitutional Service*)⁴² tarafından yayımlanır. Resmi gazete yayım sorumluluğunu bir bakanlığa veya bakanlık dışında ayrıca teşkilatlandırılmış bir başka kamu kurumuna veren ülkeler de vardır. Bu şekilde bakanlıkların görevlendirilmesi halinde, genellikle görevli kılınan bakanlık adalet bakanlığı olmaktadır. Almanya, İtalya, Danimarka ve Belçika gibi ülkelerde resmi gazete yayım sorumluluğu adalet bakanlığına verilmiştir. Bakanlık dışındaki kamu kurumlarının görevli kılındığı ülkeler içerisinde ise İngiltere⁴³,

yönetmeliklerin de (talimatların) Resmi Gazete'de yayımlanmasının zorunlu olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı, hangilerinin ise yayımlanmayacağı anılan yönetmelikle açıkça belirlenmemiştir. Halbuki düzenleyici idari işlem yapma mantığının doğal sonucu olarak, söz konusu Bakanlar Kurulu yönetmeliğinde daha somut ve belirli düzenlemelere yer verilebilirdi.

41 Aynı yönde bkz. DURAN, 1970, s. 15. TAN, 1985, s. 68.

42 <http://www.bka.gv.at/site/6861/default.aspx>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

43 İngiltere'de bizdeki anlamda bir resmî gazetenin bulunmadığı hususunu yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle

İspanya ve ABD gibi ülkeler yer alır. Örneğin, İngiltere’de hem hukuksal düzenlemelerin yer aldığı *legislation.gov.uk* hem de ilanların yer aldığı *The Gazette*, Ulusal Arşiv Kurumu’nun (*The National Archives*) bir parçasını oluşturan *Her Majesty’s Stationery Office*’in gözetimi altındaki *The Stationery Office* tarafından yayımlanır⁴⁴. ABD’de de benzer şekilde yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan hukuksal düzenlemelerin yer aldığı *The Federal Register* ile kanunların yer aldığı *The United States Statutes At Large*’ı yayımlama sorumluluğu, *National Archives and Records Administration* (NARA)’a verilmiştir. *The Federal Register*’ın yayımlanmasında NARA’nın yanı sıra aynı zamanda *Government Printing Office* (GPO) de sorumluluk üstlenmiştir⁴⁵.

IV. Resmi Gazetenin Tekliği

Resmi gazetenin tekliği veya çokluğu, hukuksal düzenleme ve ilanların aynı veya farklı resmi gazetelerde yayımlanması ve devletlerin yapısının üniter veya federal olması ya da ülke içinde özerk bölgelerin bulunmasına göre değişir. Şöyle ki bazı devletler hukuksal düzenleme ve ilanlara aynı resmi gazete içerisinde yer verirken bazıları söz konusu içeriği farklı resmi gazetelerde yayımlar. Türkiye, Belçika ve Kanada gibi devletler birinci grup, İngiltere, Danimarka, Almanya ve Avusturya gibi devletler ise ikinci grupta yer alır⁴⁶. Yine devletin yapısının üniter veya federal olmasına göre ülkede yayımlanan resmi gazete sayısı değişebilir. Genellikle üniter devletlerde devletin yapısı gereğince resmi gazete de bir tane olacak şekilde (üniter yapısından bağımsız olarak bu devletlerde de resmi gazete birden fazla sayıda olabilir), Almanya⁴⁷ ve Avusturya⁴⁸ gibi bazı federal devletlerde ise hem federal hem de federe devletler düzeyinde birden fazla olacak şekilde yayımlanır⁴⁹.

Resmi ilanların, hukuksal düzenleme ve kararların yayımlandığı resmi gazeteden ayrı yayımlanması erişilebilirlik hususunda bir sakınca ortaya çıkarmaz. Hem resmi ilanların hukuksal düzenleme ve kararlardan nitelik olarak farklılık göstermesi ve taşıdıkları işlev hem de hacim olarak kapsamlı oluşları, bunların ayrı yayımlanmalarını gerekli kılabilir. Doktrinde bazı yazarlar ülkemiz yönünden resmi ilanların, özel gazetelere verilen resmi ilanları da kapsamına alacak şekilde çıkarılacak bir “*Resmi İlanlar Gazetesi*” ile Resmi Gazete’den ayrı yayımlanmasının, anlaşılabilirlik ve ekonomiklik bakımından

burada kastedilenin, içerisinde hukuksal düzenlemelerin yer aldığı *legislation.gov.uk* ve ilanların yer aldığı *The Gazette* olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

44 Resmi gazete yayınlarından sorumlu kurumların dağılımını istatistikî olarak gösteren bir çalışma için bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 230.

45 <http://www.archives.gov/federal-register/the-federal-register/about.html>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).

46 Bu bilgilere toplu halde şu eserden ulaşılabilir: Publications Office of the European Union, **2009**, s. 1-236.

47 Publications Office of the European Union, **2009**, s. 54.

48 <https://www.ris.bka.gv.at/UI/Erv/Info.aspx>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

49 Belçika gibi federatif devlet yapısına sahip olmakla birlikte hem federal hem de bölgesel düzeydeki hukuksal düzenlemelerini tek bir resmi gazetede yayımlayan ülkeler de vardır. Bkz. Publications Office of the European Union, **2009**, s. 32.

faydalı olacağını belirtmiştir⁵⁰. Resmi ilanların, hukuksal düzenleme ve kararlardan nitelik olarak farklılık göstermesi nedeniyle Resmi Gazete'den ayrı yayımlanması düşüncesi mantıklı bulunabilir. Fakat kanaatimizce resmi ilanlar kısmı ayrı yayımlansa bile bu kısım, Resmi Gazete'nin eki niteliğinde olmalı, Resmi Gazete'nin bütünlüğü korunmalıdır⁵¹.

Diğer taraftan bazı ülkelerde kanunlar ve düzenleyici işlemler şeklinde hukuksal düzenlemeler arasında da ayırım yapılmakta, söz konusu işlemler farklı gazete veya yayın araçlarında yayımlanmaktadır. Örneğin ABD'de kanunlar, süreklilik arz eden derleme niteliğindeki ve resmi bağlayıcılığı haiz *The United States Statutes At Large*'da⁵², düzenleyici işlemler *Federal Register*'da⁵³; benzer şekilde Danimarka'da birincil ve ikincil düzeydeki yasal düzenlemeler *Lovtidende*'de, yasa altı düzenleyici işlemler ise *Ministerialtidende*'de⁵⁴ yayımlanır⁵⁵. Bu tür ülkelerde kanun ve idarenin düzenleyici işlemlerine, ayrı ayrı vatandaşlar üzerinde ortaya çıkardıkları hukuksal etkinin büyüklüğü göz önünde bulundurularak özel önem atfedilmiş ve kanun ve düzenleyici işlemlerin tamamına bütüncül olarak ayrı resmi gazeteler bünyesinde yer verilmiştir⁵⁶.

Görüldüğü üzere aslında birçok ülke uygulamasında resmi yayınlar sadece bir tane resmi gazete aracılığıyla kamunun bilgisine sunulmamaktadır. İlanlar ve bazen kanunlar, düzenleyici işlemlerden farklı resmi yayın araçlarında yayımlanmaktadır. Fakat kanunların veya düzenleyici işlemlerin yayımlandığı yayın araçlarında bir bütünlük göze çarpmaktadır. Genellikle kanunlar ve düzenleyici işlemler kendi içerisinde bir bütün olarak veya birlikte ele alınarak tek bir yayın aracında yayımlanmaktadır. Aslında resmi gazetenin tekliği ilkesi, belki de bu noktada etkinlik gösterebilir. Kanunların veya düzenleyici işlemlerin kendi içerisinde ayrıştırılarak farklı farklı yayın araçlarında veya gazetelerde yayımlanması, erişilebilirlik bakımından sorun oluşturur ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal edebilir. Ülkemiz özelinde konu ele alındığı zaman ise kanaatimizce kanunlar, düzenleyici idari işlemler, mahkeme kararları ve ilanların bir bütün olarak tek bir yayın aracılığıyla yayımlanması, erişilebilirlik bakımından kaçınılmazdır. Çünkü ülkemizde söz konusu yayınların Resmi Gazete dışında başka yayın araçlarında yayımlanmasının takibi hem oldukça güç hem de maddi açıdan külfetlidir.

50 KARAYALÇIN, Yaşar, "Resmi Gazetenin Yeni Şekli Hakkında Notlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 1978, Sayı: 1, s. 40-41.

51 Aksi yönde, yani ilanların erişilebilirlik bakımından düzenleyici işlemlerin yayımlandığı resmi gazeteden ayrı yayımlanması gerektiği hakkında bkz. GRISWOLD, **1934**, s. 209.

52 https://www.gpo.gov/help/index.html#about_united_states_statutes_at_large.htm, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).

53 Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ofr.gov/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).

54 Publications Office of the European Union, **2009**, s. 47.

55 *The Federal Register*, ABD'de federal yürütme organına ait hukuksal düzenlemelerin bir bütün olarak yayımlandığı resmi gazetedir. *Lovtidende* ve *Ministerialtidende* ise Danimarka devletine ait resmi gazetelerdir.

56 Erişilebilirlik bakımından idarenin düzenleyici işlemlerine diğer hukuksal düzenleme ve ilanlardan ayrı olarak tek bir resmi gazete bünyesinde yer verilmesinin büyük önem taşıdığı hakkında bkz. GRISWOLD, **1934**, s. 205.

V. Resmi Gazeteye Erişilebilirlik (Accessibility)

Resmi gazetenin hukuki güvenlik ilkesi yönünden en fazla önem taşıdığı hususlardan birisi *erişilebilirlik* konusudur. Erişilebilir olmayan veya yeterli düzeyde erişilebilirlik sağlayamayan bir resmi gazetenin hukuksal güvence sağlaması olanaksızdır. Resmi gazete-ye erişilebilirlikte önem taşıdığı düşünülen bazı hususlara ana başlıklarıyla aşağıda yer verilmiştir.

A. Resmi Gazetenin Yazılı Ortam ve İnternet Ortamında Yayınlanması

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin henüz günümüzdeki düzeyde gelişmediği yıllarda resmi gazeteler yazılı formatta yayınlanmakta ve abonelik sistemi ile düşük ücretler mukabilinde isteyen kişi ve kurumlara dağıtılmaktaydı. Bu sistemde resmi gazetenin ülkede yaşayan herkese ücretsiz olarak ulaştırılması imkansızdı. Haliyle bu husus, söz konusu yıllarda resmi gazete-ye erişilebilirlik bakımından olumsuz bir durum ortaya çıkarmaktaydı. 1990'lı yıllarda internetin toplumsal yaşantımıza girmesi ve diğer bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler ile birlikte resmi gazeteler artık sadece yazılı formatta (*paper version*) yayın yapan gazete olmaktan çıkmış ve elektronik ortamda (*electronic version*) yayına başlamıştır. Resmi gazete yayınlarının internet üzerinden yapılması ile birlikte söz konusu yayınlara daha geniş halk kesimlerinin kolayca erişebilmesine imkan tanınmıştır⁵⁷.

Resmi gazetenin yazılı format yanında aynı zamanda elektronik ortamda yayımlanması beraberinde bazı sorunları getirmiştir. Bu sorunlardan en önemlisi, hangi formatın resmi olarak bağlayıcı olacağı (*official version*) hususudur. Ülke uygulamalarına bakıldığı zaman bazı ülkeler sadece yazılı formata resmi bağlayıcılık tanırken, diğer bazı ülkeler ise her iki formata da aynı düzeyde bağlayıcılık tanımaktadır⁵⁸. Türkiye gibi ülkeler resmi gazetenin sadece yazılı formatına resmi bağlayıcılık tanıyan ülkelerdir. Bu ülkelerde resmi gazetenin elektronik versiyonu bilgilendirici mahiyet taşır. Aslıyan resmi gazetenin yazılı formatıdır. Elektronik formatla yazılı format arasında bir uyumsuzluk olduğu zaman hukuki açıdan esas alınacak metin, resmi gazetenin yazılı formatındaki metin olacaktır. Fransa⁵⁹ ve İtalya gibi ülkeler ise resmi gazetenin hem yazılı hem de elektronik ortamdaki haline aynı düzeyde resmi bağlayıcılık tanıır⁶⁰. Bu tür ülkelerde resmi gazetenin hem elektronik hem de yazılı formattaki hali *elektronik imza (electronic signature)* gibi teknolojik araçlarla resmiyet kazandırılan metinlerden oluştuğu için söz konusu formatlar arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkma ihtimali kendisini göstermez.

Resmi gazete yayınlarının elektronik ortamda sunulması, kişilerin bu gazete-ye daha kolay ve ucuz bir şekilde erişebilirliği bakımından her ne kadar oldukça faydalı olmuşsa

57 COGGINS/HOLTERHOFF, 2011, s. 134. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin genel olarak hukuk kaynaklarına erişimi kolaylaştırdığı hakkında bkz. BLUME, 1999, s. 334.

58 COGGINS/HOLTERHOFF, 2011, s. 136.

59 Fransa Resmi Gazetesi'nin internet sitesi için bkz. <http://www.journal-officiel.gouv.fr/>, (Erişim Tarihi: 03.03.2016)

60 Publications Office of the European Union, 2009, s. 82-83. Bu konudaki istatistiki bir veri için bkz. aynı yerde, s. 232.

da gazetenin elektronik formatına resmi bağılayıcılık tanımamak, nispeten bu faydayı olumsuz etkilemiştir. Resmi gazetenin elektronik ortamda yayımlanması ile birlikte artık insanlar gazetenin yazılı formatını takip etmek yerine internet ortamındaki versiyonunu takip etmeye ve buna güvenmeye başlamışlardır. Kişiler resmi gazetenin internet ortamındaki halinin yazılı formattaki hali ile aynı olduğuna güvenmekte ve hukuki işlemlerini ona göre yürütmektedirler. Fakat gerçekte bu tür uygulamaya sahip ülkelerde aslanan ve resmi bağılayıcılığı bulunan resmi gazete formatı, yazılı format olduğu için sadece bu formata güvenerek işlem yapma zorunluluğu ortaya çıkar⁶¹. Bu durumda ise resmi gazetenin internet ortamında yayımlanması, işlevini tam olarak yerine getiremeyebilir. Örneğin, bu tür uygulamanın bulunduğu ülkelerde resmi gazetenin yazılı formatında yer alan bir kanun hükmünün, gazetenin internet ortamındaki formatında hatalı olarak yayımlandığını düşünelim. Uygulayıcılar bakımından, gazetenin resmi bağılayıcılığı bulunan formatı yazılı format olduğu için bu formatta yer alan kanun hükmü esas alınacak olmakla birlikte, hataen internet ortamında yayımlanan formattaki metin ne olarak kabul edilecektir? Bu husus hata olarak kabul edilip internet formatında düzeltme yapılsa bile internet ortamında hatalı metne daha baştan güvenerek hukuki işlem yapan kişilerin hukuksal durumu ne olacaktır? Kişilerin, resmi gazetenin internet ortamındaki haline güvenmeleri hukuken korunmasız mı bırakılacaktır? Görüldüğü üzere söz konusu uygulama beraberinde bazı hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olabilir⁶².

Diğer taraftan resmi gazetenin elektronik ortamdaki haline de resmi bağılayıcılık tanınması bu tür sorunların ortaya çıkmasını önleyebilir. Ayrıca bu yöndeki bir uygulama, kişilerin resmi gazete yayınlarına güvenlerinin korunabilmesi bakımından daha güvencelidir. Madem resmi gazete internet ortamında, yazılı formata nispeten çok daha geniş halk kesimlerinin erişimine açılıyor, o halde bu uygulama işlevsel ve anlamlı hale getirilmeli ve kişilerin her ne formatta olursa olsun resmi gazeteye güveni korunmalıdır. Ancak bununla birlikte resmi gazetenin elektronik ortamdaki haline resmi bağılayıcılık tanınması, elektronik versiyonun e-imza gibi teknolojik araçlarla resmileştirilmesi ve hukuksal anlamda güvenli bir sunum haline dönüştürülmesi (*authentication*) gibi bir zorunluluğu beraberinde getirir⁶³.

61 Resmi gazete yayınlarında internetin çok da güvenilebilecek bir kaynak olmadığı hakkında bkz. TICE, **2005**, s. 307.

62 Örneğin Yargıtay, mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının ilgisine tebliğinin sağlanması için Resmi Gazete'de yapılan *ilanen tebligatlar* hakkında "... resmi dairelerle, belli ve çok sınırlı abonelere gönderilen ve bu nedenle, ilan konusunun ilgisinin bilgisine ulaştıracak en emin gazete niteliğinde olmayan Resmi Gazete ile yaptırılması usulsüz olup..." şeklinde bir içtihat oluşturmuştur. Bkz. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 7/3/2006, E: 2005/18696, K: 2006/03385. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 3/4/2013, E: 2013/4220, K: 2013/8291, Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 22/10/2013, E: 2013/15977, K: 2013/15555, Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 28/5/2015, E: 2014/29765, K: 2015/15899, Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 18/2/2001, E: 2001/30474, K: 2002/8655. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu içtihadı, Resmi Gazete'nin internet ortamındaki formatına resmi bağılayıcılık tanınmamış olmasından kaynaklanmaktadır ve bu nedenle yerinde bir içtihatır. Eğer Resmi Gazete'nin internet ortamındaki versiyonuna da resmi bağılayıcılık tanınmış olsaydı, Yargıtay büyük ihtimalle böyle bir sonuca ulaşamayacaktı.

63 COGGINS/HOLTERHOFF, **2011**, s. 134.

Bazı ülkelerde resmi gazete sadece elektronik ortamda yayımlanmakta ve resmi bağılayıcılık, resmi gazetenin elektronik ortamdaki haline tanınmaktadır⁶⁴. Avusturya, Danimarka, İspanya, Estonya, Belçika ve Kanada bu tür ülkeler içerisinde yer alır⁶⁵. 2013 yılından itibaren Avrupa Birliği de bu sisteme geçmiştir⁶⁶. Bu tür ülkelerde resmi gazete esas olarak sadece internet ortamında yayımlandığı için yukarıda ifade etmeye çalıştığımız sorunlar ortaya çıkmaz. Resmi gazetenin yazılı ortamda muhafazası amacıyla veya talep üzerine söz konusu ülkelerde az sayıda da olsa resmi gazete yayınının yazılı ortamda basımına devam edilebilmektedir.

Resmi gazetenin elektronik ortamda yayımlanması halinde erişilebilirlik bakımından önem taşıyan hususlardan bir diğeri, internet sitelerinin kullanıma elverişli olması konusudur. Resmi gazetenin internet formatında geçmişe yönelik yayınlara yer verilmesi, yayınların süreklilik arz etmesi, farklı seçeneklerde (konu, belli bir tarih ve tarih aralığı, hukuksal düzenleme türü ve sayısı, hukuksal düzenlemeyi yayımlayan kurum gibi) arama yapılabilmesine imkan sağlayan arama motorlarının oluşturulması ve resmi gazetede yayımlanan hukuksal düzenlemelerin kodifiye edilmiş haline resmi gazete sayfasında yer verilmesi veya bunlara bağlantı sağlanması, elverişliliği etkileyen hususlardan bazılarıdır.

B. Güncellik, Süreklilik, Düzenlilik, Ücretsiz Olma ve Geleceğe Yönelik Olarak Kullanılabilme

İster yazılı ister elektronik isterse hem yazılı hem de elektronik ortamda yayımlansın, resmi gazete yayınlarının kişiler bakımından hukuki güvenlik sağlayabilmesi için *güncel, sürekli, düzenli, ücretsiz ve geleceğe yönelik olarak kullanılabilir* bir şekilde hizmete sunulması bir zorunluluktur⁶⁷.

Resmi gazetenin güncel olması, söz konusu gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi zorunlu olan hukuksal düzenleme ve kararlar yönünden sorun olarak kendisini göstermez. Çünkü anılan işlemler resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe gireceği için işin doğası gereği resmi gazete güncel olmak zorundadır. Bunun dışında resmi gazetenin güncelliği, gazetede yayımlanan hukuksal düzenlemelerin ayrıca kodifiye edilmiş (*consolidation*) güncel hallerine vatandaşların erişiminin sağlanması yönünden daha fazla önem taşır. Hukuksal düzenlemelerin ve bunlar üzerinde yapılan değişikliklerin resmi gazetede ayrı ayrı yayımlanması ve kişiler üzerinde hukuksal etki doğurması önemli bir

64 COGGINS/HOLTERHOFF, 2011, s. 136.

65 COGGINS/HOLTERHOFF, 2011, s. 150. Avusturya için ayrıca bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/UI/Erv/Info.aspx>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016). Kanada için bkz. <http://www.gazette.gc.ca/cg-qc/lm-sp-eng.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016). Canada Gazette Directorate, "In the Past Ten Years... a sequel to 160 years of the Canada Gazette", **Canada Gazette Special Edition**, 2011, <http://www.gazette.gc.ca/cg-qc/history10years-histoire10ans.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016). Estonya için bkz. <https://www.riigiteataja.ee/en/introduction>, (Erişim Tarihi: 30.05.2016). Belçika için bkz. Publications Office of the European Union, 2009, s. 31-32.

66 Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nin öngörülemeden dolayı internet ortamında yayımlanmaması halinde yazılı formattaki halinin resmi bağılayıcılık taşıyacağı hususu ise saklı tutulmuştur. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/content/oj/e-oj.html>, (Erişim Tarihi: 17.03.2016).

67 COGGINS/HOLTERHOFF, 2011, s. 136.

konudur. Fakat kişilerin, gazetede yayımlanan hukuksal düzenleme ve değışiklikleri sonucunda ortaya çıkan metnin güncel haline (*consolidated legislation*) erişebilmeleri de hukuksal güvence bakımından önemlidir. Birçok ülke söz konusu düzenlemelerin güncel haline ayrı bir elektronik sistem oluşturarak erişim sağlamaktadır. Başta da belirtildiği üzere ülkemizde *Mevzuat Bilgi Sistemi* bu amaçla oluşturulmuştur. Fakat bu tür sistemler genellikle resmi bağılayıcılıktan ziyade bilgilendirici mahiyette işlev görür. Aslında olması gereken bu sistemlere de resmi bağılayıcılık tanınmasıdır. Çünkü kişiler bu sistemlerde yayımlanan ve kodifiye edilen hukuksal düzenlemelere güvenerek geleceklerine yön verir ve hukuksal işlemler gerçekleştirir.

Resmi gazetenin sürekliliği, gazetenin öngörülemeyen ve hukuka aykırı bir şekilde kesintilere uğramaksızın yayın hayatına devam edebilmesini ifade eder. Genellikle demokratik hukuk devleti anlayışını benimsemiş ülkelerde resmi gazete yayınlarının bu şekilde kesintiye uğramasına izin verilmez. Bunun tek istisnasını savaş ve doğal afet gibi mücbir sebeplerin ortaya çıkması durumu oluşturur. Bu tür mücbir sebepler resmi gazetenin yayımlanmasını imkansız kılıyorsa artık resmi gazete yayınının yapılması zorunluluğundan bahsedilemez. Bu husus hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmez. Örneğin geçmişte savaş nedeniyle resmi gazetenin yayımlanamadığı dönemler olmuştur. Türkiye’de Kurtuluş Savaşı yıllarında; Polonya, Avusturya ve Yunanistan’da ise II. Dünya Savaşı yıllarında resmi gazete yayımlanamamıştır⁶⁸.

Resmi gazetenin düzenliliği ise sürekliliğinden farklı bir konudur. Gazetenin yayımlanma sıklığı, düzenlilikle ilgilidir. Aslında yayımlama sıklığı bakımından resmi gazetelerde bir düzenlilik olup olmaması gerektiği tartışılabilir. Çünkü yayımlanması gereken bir yayın varsa ancak o zaman resmi gazete yayımının yapılmasından bahsedilebilir. Bir gün, hafta ya da bir ay boyunca devletin yapabileceği bir yayın yoksa yayın sıklığına ilişkin düzenlilikten bahsedilemez. Fakat genellikle Türkiye gibi büyük ülkeler ile resmi yayınlarını tek bir gazetede toplayan ülkelerde, neredeyse günlük olarak resmi gazete yayını yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. O yüzden birçok ülke, yayın sıklığı bakımından bir düzen oluşturmakta ve resmi gazete yayımlarını bu düzene göre yürütmektedir. Burada önemli olan husus, resmi gazete yayınlarının hangi sıklıkla yapılacağından önce hukuksal bir düzenleme çerçevesinde belirlenmesidir.

Resmi gazete yayınlarının internet ortamında sunulması ile birlikte aslında yayın sıklığına ilişkin düzenlilik daha önemli hale gelmiştir. Yayımlanması gereken hukuksal düzenleme ya da kararların bulunmadığı bir günde, buna ilişkin bilginin söz konusu güne ilişkin resmi gazete sayfasında açıklanması düzenlilikle ilgilidir. Konuya bu çerçevede yaklaşıldığı zaman, resmi gazete yayınlarında her gün veya haftanın belirli günleri türünden belirlemelerin önceden yapılması ve kamuya duyurulması, resmi gazetenin kolay bir şekilde takibini sağlar ve hak kayıplarının ortaya çıkmasını engeller. İnternet ortamında, önceden bir belirleme de yapmaksızın kimi zaman haftada kimi zaman ise ayda bir kez yayımlanan resmi gazetelerin daha baştan güven sorunu ortaya çıkaracağı söylenebilir. Bu çerçevede birçok ülke uygulamasında resmi gazetelerin günlük veya haftanın ya

68 TICE, 2005, s. 304, Dipnot no. 25.

da ayın belirli günleri yayımlanacağı önceden hukuki olarak belirlenmektedir. Örneğin İngiltere’de *The London Gazette* hafta içinde her gün, *The Belfast Gazette* Salı günleri, *The Edinburgh Gazette* ise Cuma günleri⁶⁹; Danimarka’da *Lovtidende* kural olarak Salı ve Cuma günleri (Gerekmesi halinde diğer günlerde de yayımlanabilir⁷⁰); ABD’de *The Federal Register* kural olarak her iş günü yayımlanır. Ülkemizde ise 22.06.1927 tarihli ve 5335 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Resmi Gazete’nin Sureti Neşir ve Muamelelerinin Tarzı İcrasına Dair Yönetmeliğin 1. maddesine göre Resmi Gazete, ulusal bayram ve genel tatil günleri dışında, Pazar günleri de dahil olmak üzere her gün yayımlanır. Hatta hizmetin gerektirdiği hallerde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de Resmi Gazete yayımlanabilir. Örneğin bu noktada ulusal bayram günlerinde de Resmi Gazete’nin yayımlanabileceği bilgisine önceden sahip olmak, söz konusu günlerde yapılan yayınların gözden kaçırılmasını önleyici nitelik taşır.

Düzenlilik ilkesi sadece yayımlanma sıklığı ile ilgili değildir. Resmi gazete, yayımlanma usulü, şekli ve içeriğinde yer alacak yayın türüne ilişkin bir düzenliliğe de sahip olmak zorundadır. Örneğin, usul yönünden resmi gazeteyi yayımlayan kurumda belirsizlik veya sürekli değişiklik olması, gazetenin yazılı ya da internet ortamında yapılan yayınlarında dönem dönem kesintiler olması, yazılı ortamda yayımlanan nüshalar ile internet ortamındaki nüshaların farklılık göstermesi; şekil yönünden fihristlerin ya da elektronik ortamda sunulan gazetenin arama motorunun düzensiz olması, hukuksal düzenleme ya da kararların yer verildiği bölümlenme sisteminin standart olmaması ve düzensizlik içermesi; içeriğinde yer alacak yayın türüne ilişkin düzenlilik bakımından da bu konuda bir standart getirilmemiş olması⁷¹ ve gazetede yer alacak yayın türlerinde devamlı değişikliklere gidilmesi veya gazetede yer alması gereken karar ya da hukuksal düzenlemelere zaman zaman gazetede yer verilmemesi, resmi gazetenin düzenliliğini olumsuz etkileyen hususlardan bazılarıdır.

Resmi gazeteye erişilebilirlik bakımından belki de en önem taşıyan hususlardan birisi, gazetenin ücretsiz bir şekilde kişilerin erişimine sunulmasıdır. Yazılı ortamda basılan resmi gazetelerin ülkede yaşayan herkese ücretsiz bir şekilde sunulmasındaki ekonomik güçlük nedeniyle söz konusu nüshaların düşük bir ücret mukabilinde kişilerin erişimine sunulması olağan karşılanmalıdır. Fakat internet ortamında sunulan resmi gazetenin ücretli olması erişilebilirlik bakımından sorun ortaya çıkarır. Resmi gazete yayınının kamu hizmeti niteliği taşıması ve kişilerin kendileri hakkında uygulanacak hukuk kurallarına erişme ve bunlar hakkında bilgi sahibi olma hakkının doğal bir sonucu olarak, resmi gazete yayınlarının internet ortamında ücretsiz bir şekilde sunulması zorunluluk arz eder. Nitekim neredeyse Avrupa ülkelerinin tamamı ile Kanada, ABD ve ülkemizde resmi gazete yayınları internet ortamında ücretsiz sunulmaktadır.

69 Bkz. <https://www.thegazette.co.uk/about>, (Erişim Tarihi: 24.03.2016).

70 British Library, “Danish Government Documents”, **Social Sciences Collection Guides Official Publications**, s. 4, www.bl.uk/subjects/national-and-international-government-publications, (Erişim Tarihi: 27.06.2016).

71 Örneğin TAN, bütçe çağrısına ilişkin metnin Resmi Gazete’de yayımlanmış olmasını, bu metnin kamuyu pek ilgilendirmediği gerekçesiyle, Gazete yayınlarına ilişkin “birlik ve süreklilik” ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. TAN, 1985, s. 68.

Resmi gazete arşivlenebilme özelliği dolayısıyla geçmişe yönelik hukuksal uyumsuzluklara uygulanacak hukuksal düzenlemeler ile tarihsel bilgilere erişebilme gibi bir imkanı bünyesinde taşır. Özellikle yürürlükten kaldırılmış ve fakat halen hukuksal uyumsuzluklara uygulanabilme özelliği bulunan hukuksal düzenlemelere erişimde, resmi gazetenin yerine getirdiği işlev yadsınamaz. Örneğin, 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olmasına rağmen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2001 yılından önce gerçekleşen bazı olaylar hakkında 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerinin uygulanmasına devam edilmektedir⁷². 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne ulaşmada en güvenilir kaynaklar içerisinde ise Resmi Gazete yer alır. Aynı önem, tarihsel kaynak oluşturma bakımından da kendisini gösterir⁷³. Örneğin, 1831 yılında yayın hayatına başlayan *Takvim-i Vekayi* ile 1871 yılında yayımlanmaya başlanan *Reichsgesetzblatt*'ın Türk ve Alman tarihi bakımından taşıdığı önem herkesçe malumdur⁷⁴.

Arşivleme hususunda önem taşıyan hususlardan bir diğeri elektronik arşivlemedir⁷⁵. Resmi gazetenin internet ortamında yayımlanan haline resmi bağlayıcılık tanıyan ülkelerde bu husus özellikle önem taşır⁷⁶. Bu tür ülkelerde resmi bağlayıcılık taşıyan resmi gazete nüshaları, geçmişe yönelik internet ortamında yayımlanarak kişilerin erişimine sürekli açık tutulabilir. Diğer ülkelerde ise resmi bağlayıcılık taşıyan nüshalar yazılı formattaki resmi gazete yayınları olduğu için elektronik arşivleme önem taşıyan bir konu haline gelmez. Bu tür ülkelerde ancak bilgi amaçlı olarak elektronik arşivleme yapılabilir ve arşivlenen bilgiler internet üzerinden kamuoyu ile paylaşılabilir.

Yazılı ortamdaki nüshalara erişmek her zaman o kadar kolay olmayacağı için resmi gazetenin eski nüshalarının elektronik ortamda erişime açılması önemli bir konu haline gelmiştir. Birçok ülke, resmi gazete yayınlarına, gazetenin kuruluş yıllarından itibaren internet sayfalarında yer vermeye başlamıştır. Örneğin Kanada 1841⁷⁷, Avusturya 1848⁷⁸, Avrupa Birliği ise 1952 tarihinden itibaren resmi gazete sayılarını internet ortamında

72 Örneğin bkz. 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun **Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**, (md. 17). Madde şu şekildedir:

"A. Mirasçılık ve mirasın geçişi

Madde 17- Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir."

73 TICE, **2005**, s. 304, 313.

74 Kanada Resmi Gazetesinin Kanada tarihi bakımından taşıdığı önem hakkında bkz. Canada Gazette Directorate, **160 Years of The Canada Gazette**, 2001, gazette.gc.ca/cg-gc/book-livre/toc-tdm-eng.html, s. 4, (Erişim Tarihi: 27.05.2016).

75 FRANÇOIS, Monsieur Didier, "Electronic Archiving", **European Forum of Official Gazettes Final Report of the Working Group**, September 2008, s. 11, <https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/OPOCE/ojf/Information/prod/html/about-library.htm>, (Erişim Tarihi: 16.03.2016).

76 FRANÇOIS, **2008**, s. 16.

77 Bkz. <http://www.collectionscanada.gc.ca/databases/canada-gazette/001060-100.01-e.php>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

78 <https://www.ris.bka.gv.at/Bqbl-Alt/>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

erişime açmıştır. Ülkemizde ise Resmi Gazete'nin kuruluşunu müteakip 7 Şubat 1921 tarihinden itibaren gazete nüshalarına internet ortamında yer verilmiştir⁷⁹. Bu gelişimin hem tarihsel verilere ulaşma hem de geçmiş ve hatta halen uygulanma kabiliyetine sahip hukuk kaynaklarına erişim bakımından taşıdığı önem açıktır.

C. Resmi Dilde Yayınlanma

Resmi gazeteler, ülkelerin resmi dillerinde yayın yapmaktadır⁸⁰. Birden fazla resmi dile sahip ülkeler, resmi gazeteyi sahip oldukları her resmi dilde yayımlamaktadır. Belçika⁸¹ ve Kanada⁸² bu tür ülkelere örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, Birliğin sahip olduğu 24 farklı resmi dilde yayımlanır⁸³. Bunun ötesinde Avrupa'da ve ABD'de resmi dil dışında başka bir dilde resmi gazete yayını yapılmamaktadır. Hatta çoğu Avrupa ülkesi internetteki resmi gazete sayfalarında, yabancı dilde bilgilendirici mahiyette açıklamaya bile yer vermemektedir⁸⁴. Fransa⁸⁵ ve Avusturya⁸⁶ gibi bazı Avrupa ülkeleri bilgilendirici mahiyetteki mevzuat bilgi sistemlerinde veya Estonya⁸⁷ gibi bazı ülkeler resmi gazete yayını olarak, önemli gördükleri bazı kanunları resmi bağlayıcılık tanımadan İngilizce veya diğer dillerde yayımlama yöntemini tercih etmektedir.

Ülkemizde de Resmi Gazete resmi dilde yayımlanır. Anayasanın 3. maddesinde yer alan, Türk Devletinin resmi dilinin Türkçe olduğuna yönelik hükmün belki de uygulama alanında en fazla etkisini göstereceği alan, Resmi Gazete yayınlarının Türkçe olması zorunluluğudur. Türkçe dışında başka bir dilde Resmi Gazete'nin yayımlanması, Anayasanın söz konusu hükmü gereğince olanaksızdır. Uluslararası anlaşma metnlerinin Türkçe'nin yanı sıra anlaşmanın yapıldığı ülke dilinde yayımlanması hususu ise söz konusu kuralın ihlali niteliğinde değildir.

79 Ülkemizde Resmi Gazete sayılarına 7 Şubat 1921 tarihinden itibaren internet ortamında yer verilmesinin, hukuk kaynaklarına erişilebilirliği artırarak hukuki güvenlik ilkesinin gelişimine büyük katkı sağladığı söylenebilir. Aynı gelişimin devam ettirilerek 1831 tarihinde yayımlanmaya başlanan *Takvim-i Vekayi* nüshalarına ve bunların çevirilerine de resmi gazetenin internet sayfasında yer verilmesinin, Türk tarihinin kaynaklarına ulaşabilmek bakımından büyük önem taşıyacağı kanaatindeyiz.

80 Örneğin, 2004 tarihli Avusturya Federal Resmi Gazetesi Hakkındaki Federal Kanunda (*Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 - BGGIG*) Avusturya Resmi Gazetesi'nin Almanca yayımlanacağına yönelik açık bir hükme yer verilmiştir (md. 1).

81 <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/welcome.pl>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

82 Bkz. <http://www.gazette.gc.ca/gazette/home-accueil-eng.php>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

83 <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>, (Erişim Tarihi: 17.03.2016).

84 Örneğin bkz. İtalya, Fransa, İspanya, Almanya ve Yunanistan. (Sırasıyla bkz. <http://www.gazzettaufficiale.it/>, <http://www.journal-officiel.gouv.fr/>, <https://boe.es/index.php?&lang=en>, <http://www1.bqbl.de/>, <http://www.et.gr/>, (Erişim Tarihleri: 21.03.2016).

85 Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

86 Bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

87 <https://www.riigiteataja.ee/en/search>, (Erişim Tarihi: 30.05.2016).

VI. Resmi Gazetenin İçeriği

Resmi gazetenin içeriğinde nelerin yer alması gerektiği konusu, aslında erişilebilirlikle bağlantılı olması nedeniyle bir üst başlıkta ele alınması gerekirken öneminden dolayı burada ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Resmi gazete içeriği bakımından önem taşıyan ilk husus içeriğin bölümlendirilmesi, ikinci husus ise bölümlerde ne tür hukuksal düzenleme ve kararlara yer verildiğidir. Bölümlendirme resmi gazetenin anlaşılabilirliğinin sağlanması, bölümlerdeki içerik ise gazetenin yeterliliği bakımından önemlidir.

A. İçeriği Bölümlendirme

Her resmi gazete belli bazı bölümlere ayrılmıştır. Genelleştirmek gerekirse bölümlemede esas alınan birkaç kriter vardır. Bu kriterler, içeriğin hukuksal düzenleme ve ilan olması, hukuksal düzenlemelerin devletin farklı erkleri tarafından yürürlüğe konulması veya birincil ya da ikincil düzenleme⁸⁸ niteliği oluşturmalarına göre şekillenir. Örneğin, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi L (*Legislation*) ve C (*Communication*) Serisi şeklinde ikiye ayrılmakta, L Serisinde esasen tüzükler (*regulations*), yönergeler (*directives*), kararlar (*decisions*), bütçeler (*budgets*), uluslararası anlaşmalar (*international agreements*), tavsiye kararları (*recommendations*), kılavuzlar (*guidelines*), usul kuralları (*rules of procedure*), uluslararası anlaşmalarla oluşturulan kurumlarca kabul edilen işlemler ve kurumlararası anlaşmalar (*interinstitutional agreements*); C Serisinde ise ilke kararları (*resolutions*), tavsiye kararları (*recommendations*), görüşler (*opinions*), ortak deklarasyonlar (*joint declarations*) gibi bilgilendirme mahiyetinde bilgiler, hazırlayıcı nitelik taşıyan bazı belgeler (*preparatory acts*), tebligat (*notices*) ve duyurulara (*announcements*) yer verilmektedir⁸⁹. Kanada Resmi Gazetesi üç bölümden oluşmakta, I. Bölümde ilanlar, resmi atamalar ve düzenleyici işlem tasarımları (*proposed regulations*), II. Bölümde ikincil nitelikteki hukuksal düzenlemeler ve III. Bölümde ise kanunlar yayımlanmaktadır⁹⁰. Benzer şekilde Avusturya Resmi Gazetesi üç bölümden oluşmakta, fakat I. Bölümde federal kanunlar, II. Bölümde düzenleyici işlemler, III. Bölümde ise uluslararası anlaşmalar yer almaktadır⁹¹. İngiltere’de birincil ve ikincil hukuki düzenlemeler *legislation.gov.uk* isimli internet sitesinde yayımlanmakta, söz konusu internet sitesinde İngiliz mevzuatının önemli bir kısmını oluşturan birincil ve ikincil düzenlemeler ile taslak niteliğindeki düzenlemelere ve düzenleyici etki analizlerine yer verilmektedir. İlanlar ise

88 Birincil düzenlemeden kasıt, yasa ve yasa gücündeki hukuksal düzenlemelerdir. İkincil düzenlemeler ise bunların dışında kalan hukuksal düzenlemeler olarak ifade edilebilir. T.C. Resmî Gazete'nin bölümlendirilmesinde, aşağıda ayrıca ifade edildiği gibi bu kriter esas alınarak bir bölümlendirme sistemi yapılmış değildir. Çünkü örneğin, birincil düzenleme niteliğinde olan kanunlara *Yasama Bölümünde*, kanun gücünde olması nedeniyle birincil düzenleme niteliğinde kabul edilen kanun hükmünde kararnamelere *Yürütme ve İdare Bölümünde*, yine kanun gücünde kabul edilen içtihadî birleştirme kararlarına ise *Yargı Bölümünde* yer verilmektedir. Bu husus T.C. Resmî Gazete'nin bölümlendirilmesinde, *birincil-ikincil düzenleme kriterinin* esas alınmadığını bizlere göstermektedir.

89 Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nin söz konusu içeriğini gösteren liste için bkz. http://eur-lex.europa.eu/content/oi/Structure_eOJ_EU_en.pdf, (Erişim Tarihi: 17.03.2016).

90 <http://www.gazette.gc.ca/cg-qc/lm-sp-eng.html>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

91 Publications Office of the European Union, **2009**, s. 136.

hukuksal düzenlemelerden ayrı olmak üzere bölgesel üç farklı resmi gazetede (*London Gazette*, *Edinburgh Gazette*, *Belfast Gazette*) yayımlanmaktadır. İlanların ortak bir resmi gazetede yayımlanması amacıyla söz konusu üç gazete internet ortamında bir araya getirilmiş ve *The Gazette* ismiyle kullanıcıların erişimine açılmıştır⁹². *The Gazette*'nin içeriğini oldukça geniş bir çerçevede ilanlar (*notices*) oluşturur. Bu ilanlar devlet ilanları (*state notices*), diğer kamu sektörü ilanları (*other public sector notices*), kamu ilanları (*public notices*), diğer ilanlar (*other notices*), iflas ilanları (*insolvency notices*) ve kişisel statü ilanları (*personal legal*) alt başlıklarında bir araya getirilmektedir⁹³.

Aslında yukarıda da belirtildiği gibi resmi gazetenin bölümlendirilmesi, gazetenin düzenliliği ile ilgili bir konudur. Bölümlendirmenin şu veya bu şekilde olması, doğrudan hukuki güvenlik ilkesini etkilemez. Belki hukuksal düzenlemelerin anlaşılabilirliği bakımından, bunların gazetenin hangi bölümünde yer aldığı önem arz edebilir. Örneğin yürütme ve idare bölümünde yer alması gereken bir düzenleyici idari işlemin yasama bölümüne konulması kafa karıştırıcı olabilir. Yine ülkemiz özelinde örneğin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ait kararların yargı bölümünde yayımlanması, bunların yargı kararıymış gibi yanlış algılanması sonucunu doğurabilir. Bu tür yanlış algılamaların ortaya çıkmaması için resmi gazete yayınlarında, doğru ve yeterli bir bölümlendirme sisteminin oluşturulması şarttır.

T.C. Resmi Gazete, oldukça geniş ve kapsamlı bir bölümlendirme sistemine sahiptir. Gazetenin bölümlendirilmesinde diğer birçok ülke örneğinde olduğu gibi *ilanlar* ayrı bir bölüm altında yayımlanmaktadır. İlanların nitelik olarak hukuksal düzenleme ve kararlardan farklılık göstermesi, böyle bir ayırım yapılması sonucunu doğurmuştur. İlanlar başlığı altında *Yargı İlanları*, *Artırma*, *Eksiltme* ve *İhale İlanları* ve Çeşitli İlanlar kısımlarına yer verilmektedir. Hukuksal düzenleme ve kararlar ise İlanlar bölümünden ayrı olarak *Yasama*, *Yürütme* ve *İdare* ve *Yargı Bölümü* olmak üzere üç ana bölüm altında yayımlanmaktadır. Söz konusu sınıflandırma yönteminde organik ve fonksiyonel ölçüt birlikte kullanılmıştır. Yasama Bölümünde TBMM tarafından kabul edilen kanun ve parlamento kararları; Yürütme ve İdare Bölümünde kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge ve tebliğ gibi hukuksal düzenlemeler ile bakanlar kurulu kararları, atama kararları ve kurul kararları gibi hukuksal işlemler; Yargı Bölümünde ise Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile içtihadı birleştirme türünden kararlar yayımlanmaktadır. Görüldüğü üzere söz konusu bölümlendirme sistemi devletin farklı organları tarafından yürürlüğe konulan hukuksal düzenleme ve alınan kararlar arasında sistematik ve anlaşılabilir bir ayırım ortaya koymakta ve yapılan yayınlarda söz konusu ayırım düzenlilik göstermektedir.

B. İçeriğin Yeterliliği

Resmi gazetenin konu olarak içeriği doğrudan hukuki güvenlik ilkesi ile ilgilidir. İçerik bakımından yeterli olmayan bir resmi gazete hukuki güvenlik sağlayamaz. Gazetenin

92 Bkz. <https://www.thegazette.co.uk/>, (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

93 *The Gazette*'nin içeriğinin ne tür ilanlardan oluştuğu hakkındaki ayrıntılı bir liste için bkz. <https://www.thegazette.co.uk/all-notices/content/100274>, (Erişim Tarihi: 23.03.2016).

yeterliliğinin değerlendirilmesinde, en genel çerçevede *kamuyu ilgilendirme kıstası* esas alınmalıdır⁹⁴. Kamuyu ilgilendiren hukuksal düzenleme ve kararlar resmi gazetede yayımlanmalı, diğerlerinin yayımlanıp yayımlanmayacağı yetkili kamu kurumlarının takdirine bırakılmalıdır.

Kamuyu ilgilendirme kıstası esas alındığı zaman kanun ve kanun hükmünde kararname gibi yasama işlemleri, uluslararası andlaşmalar, idarenin iç işleyişine ilişkin olmayan ve kişiler üzerinde doğrudan hukuksal etki doğuran düzenleyici işlemler, önem arz eden mahkeme kararları, Bakanlar Kurulu kararları ve önemli atama kararlarının resmi gazetede yayımlanması gerekir⁹⁵. Genel çerçevesini bu şekilde belirlemek kolay olmakla birlikte hukuksal düzenleme ve karar türleri bakımından konu tek tek ele alındığı zaman, o kadar da kolay bir şekilde sonuca ulaşmak her zaman mümkün olmamaktadır. Kanun ve kanun düzeyindeki hukuksal düzenlemeler ile uluslararası andlaşmaların resmi gazetede yayımlanması konusunda genellikle sıkıntılı bir durum karşımıza çıkmaz. Ülkelerin geneli, söz konusu hukuksal düzenlemelerin resmi gazetede yayımlanmasını zorunluluk olarak öngörmektedir⁹⁶. Hatta kanunların ancak resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girebileceğine yönelik zorlayıcı nitelikte anayasal ve yasal düzeyde hükümlere birçok ülke mevzuatında yer verilmiştir⁹⁷.

Düzenleyici işlemler ve mahkeme kararları bakımından ise durum böyle değildir. Ne tür düzenleyici idari işlem ve mahkeme kararlarının resmi gazetede yayımlanacağı ülkeden ülkeye farklılık gösterir⁹⁸. Kamuyu ilgilendirme kıstası bakımından, bazı ülkelerde resmi gazetede yayımlanması gerekli görülen düzenleyici işlem ve mahkeme kararları, diğer bazı ülkelerde yayımlanması zorunlu olmayan yayınlar olarak belirlenebilmektedir⁹⁹. Bazı düzenleyici işlem ve mahkeme kararlarının, resmi gazete yerine bakanlık veya mahkemelerin resmi bültenlerinde veya kurumların internet sayfasında yayımlanmasının tercih edilmesi de uygulamayı şekillendirmektedir¹⁰⁰.

94 DURAN, **1970**, s. 10. ÇAĞLAR, **2013**, s. 56-57. GRISWOLD, **1934**, s. 210.

95 Geçmişte resmi gazetelerin, sadece hukuksal düzenleme ve kararların yayımlandığı resmi yayın organları olarak değil aynı zamanda devletin toplumsal yaşama yönelik belirlediği haberlerin yayımlandığı gazeteler olarak işlev gördüğü zamanlar da olmuştur. Örneğin *Takvim-i Vekayi* ilk kurulduğu yıllarda, hukuksal düzenleme ve kararların yanı sıra toplumsal yaşama yönelik haberlerin de yayımlandığı bir yayın işlevi görmekteydi. Bkz. DİK, **2009**, s. 167. Günümüz resmi gazeteleri genellikle böyle bir işlev üstlenmemektedir.

96 BLUME, **1999**, s. 329. TICE, **2005**, s. 300. İncelenen ülkeler içerisinde, kanunları resmi gazetede yayımlanmadan yürürlüğe giren bir ülke örneğine rastlanılmamıştır.

97 Bununla birlikte Hitler Almanyasında bazı önemli kanunların gizli tutularak yayımlanmadan uygulamaya konulduğu hakkında bkz. ÇAĞLAR, **2013**, s. 135.

98 Bazı yazarlar, idarenin kamuyu ilgilendiren kimi düzenleyici işlemlerinin resmi gazete yerine kamu kurumlarının internet sitelerinde yayımlanmasının dahi söz konusu düzenlemelerin kamuoyuna duyurulması ve hukuk devleti ilkesinin (*the rule of law*) gerçekleştirilmesi açısından oldukça önemli olduğunu ileri sürer. Bkz. BLUME, **1999**, s. 332. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmeliyiz.

99 Yargı kararlarına bir bütün halinde tek bir kaynak üzerinden erişilebilmesinin hayati önem taşıdığı hakkında bkz. Türkiye Barolar Birliği/Kamu Hukukçuları Platformu (Sedat ÇAL'ın konuşması), **Hukuk Güvenliği**, (Hazırlayan: Ece Göztepe), 8-9 Kasım 2013, Ankara, s. 254-255. Ayrıca bkz. SÖYLAR, **2016**, s. 247 vd.

100 Bu yöndeki Fransa uygulaması hakkında bkz. OECD, **Better Regulation In Europe: France**, 2010, s. 81. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/45706677.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016). Mahalli idareler tara-

Resmi gazetenin içeriğinin yeterliliği ile ilgili bir diğer konu, hukuksal düzenlemelerin hazırlık aşamasında ortaya çıkan gerekçe ve düzenleyici etki analizi gibi belgelerin resmi gazetede yayımlanıp yayımlanmayacağı hususudur. Söz konusu belgeler doğrudan kişiler üzerinde hukuksal etki ortaya çıkarmaz ve fakat kişilerin bilgisine sunulması ile birlikte şeffaflığa katkı sağlar ve savunma hakkını güçlendirir¹⁰¹.

Bazı ülkelerde hukuksal düzenlemelerin bir kısmı için gerekçe yayımlama zorunluluğu uygulanmaktadır. Ülkemizde ise böyle bir zorunluluk yoktur. Fakat kanunların gerekçeleri TBMM'nin internet sayfasından kamuoyunun bilgisine sunulmaktadır. Yine ilgili hukuksal düzenlemenin içeriğinden sayılmamakla birlikte Kanada örneğinde olduğu gibi düzenleyici etki analizlerini yayımlayan ülkeler vardır¹⁰². Ülkemizde düzenleyici etki analizleri kural olarak sadece kanun ve kanun hükmünde kararname için yapılabilen¹⁰³ ve hazırlanan düzenleyici etki analizleri resmi gazetede yayımlanmamaktadır.

ABD, Kanada, İngiltere ve Estonya gibi bazı ülkelerde öneri niteliğindeki kimi hukuksal düzenlemeler resmi gazetede yayımlanmakta ve yayımlanan hukuksal düzenlemeler hakkında vatandaşların görüşlerini sunmalarına imkan tanınmaktadır¹⁰⁴. Taslak olmaktan çıkmış hukuksal düzenlemelerin resmi gazetede yayımlanmasından farklı olarak söz konusu yayın şeklinde amaç, sadece yürürlüğe konulmak istenen hukuksal düzenlemeler hakkında vatandaşların bilgilendirilmesi ve görüşlerinin alınmasıdır. Mevzuat yapım sürecinde demokratik katılımın sağlanması bakımından faydalı olabilecek bu yöntemin uygulandığı ülke sayısı her geçen gün artmaktadır.

Söz konusu yayınlar dışında örneğin yasal haberlere dahi resmi gazete yayınlarında yer veren ülkeler vardır. Estonya Resmi Gazetesi'nde hukuksal düzenleme ve mahkeme kararları hakkındaki haberler de (*legal news*) yayımlanmaktadır. Ülke tercihinin göre bu çerçevede genişleyebilecek resmi gazete yayınlarında artık hukuki güvenlik ilkesinin ötesinde, halkın resmi gazete aracılığıyla resmi olarak bilgilendirilmesi amacı önem kazanır.

Sonuç

Resmi gazete bazı özellikleri ile toplumsal yaşamı düzenleyen hukuksal düzenlemelere kişilerin erişebilirliğini etkilemekte ve bu etki sonuçlarını doğrudan hukuki güvenlik

findan çıkarılan ve kamuyu ilgilendiren düzenleyici işlemlerin de resmi gazetede yayımlanması gerektiği hakkında bkz. GRISWOLD, 1934, s. 210.

101 Kanun ve düzenleyici idari işlemlerin gerekçelerinin Resmi Gazete'de yayımlanması gerektiği görüşü için bkz. DURAN, 1970, s. 11.

102 Kanada'da düzenleyici etki analizinin ilgili hukuksal düzenleme ile birlikte yayımlandığı örnek bir resmi gazete sayısı için bkz. <http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2016/2016-03-09/pdf/g2-15005.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).

103 19.12.2005 tarihli ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe göre (md. 24/8) Başbakanlık, diğer düzenleyici idari işlemler için de düzenleyici etki analizi hazırlanmasını isteme yetkisine sahiptir.

104 Kanada'daki uygulama hakkında bkz. <http://www.gazette.gc.ca/consult/consult-eng.html#1>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016). Canada Gazette Directorate, 2001, s. 34. Estonya'daki uygulama hakkında bkz. <https://www.riigiteataja.ee/en/introduction>, (Erişim Tarihi: 30.05.2016). İngiltere'deki uygulama hakkında bkz. www.legislation.gov.uk/draft, (Erişim Tarihi: 30.05.2016).

ilkesi üzerinde göstermektedir. Resmi gazete yayınlarının yeterli düzeyde hukuksal bir güvenceye kavuşturulması, gazete yayınlarının güvenilir ve belirli kamu kurumlarınca yapılması, en azından kanunların ve düzenleyici idari işlemlerin kendi içerisinde bütün olarak tek bir resmi gazetede yayımlanması, gazetenin internet ortamında kamunun bilgisine açılması ve bu formata hukuksal bağlayıcılık tanınması, güncel, düzenli, sürekli ve ücretsiz yayın yapılması, kanunlar ve kanun düzeyindeki diğer hukuksal düzenlemeler ile kamuyu etkileyen düzenleyici işlemlerin mutlaka resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulması gibi özelliklerin hukuki güvenlik ilkesini olumlu yönde etkileyen hususlar olduğu söylenebilir.

Türkiye'nin, Resmi Gazete yayınlarında hukuki güvenlik ilkesi yönünden birçok Batı ülkesinin ulaştığı seviyenin ilerisinde olduğu ifade edilebilir. Özellikle tarihsel gelişimi ve birikimiyle birlikte değerlendirildiği zaman T.C. Resmi Gazete'nin, kişilere sağladığı hukuksal güvence sayesinde hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesine büyük katkı sağladığı söylenebilir. Resmi Gazete'nin tarihsel gelişiminde kişilerin hukuki güvenliğini tehlikeye düşürecek şekilde yayın yapıldığı bir dönem olmamıştır. Tarihsel gelişimi içerisinde ve karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konu ele alındığı zaman, resmi gazetelerin hukuk güvenliği bakımından üstlendiği misyon gelişmiş hukuk sistemlerinde hangi aşamaya ulaşmışsa ülkemizde de aynı aşamaya ulaşmış ve hatta ötesine geçmiştir. Bu gelişim, Türkiye'nin Osmanlı'dan günümüze büyük bir devlet geleneği ve kültürüne sahip olmasının doğal bir sonucudur.

Ülkemizde her ne kadar yukarıdaki kısımlarda ifade edilen bazı eleştiriler ileri sürülebilirse de Resmi Gazete'nin hukuksal çerçevesine ilişkin yeterli düzeyde hukuksal düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmiştir. Gazete yayınlarının Başbakanlık tarafından yapılması, Gazeteye olan güveni artırmaktadır. Kamuyu ilgilendiren hukuksal düzenlemelerin tamamı tek bir resmi gazete olarak T.C. Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. Kanun ve kanun düzeyindeki diğer hukuksal düzenlemelerin yanı sıra kamuyu ilgilendiren diğer hukuksal düzenlemelerin de Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğuna ilişkin hükümlere mevzuatımızda yer verilmiştir. Resmi Gazete güncel, sürekli, düzenli, ücretsiz ve geleceğe yönelik olarak kullanılabilme özelliklerine sahiptir.

Öte yandan Türkiye'nin yakalamış olduğu bu gelişimi 21. Yüzyıl'da da devam ettirebilmesi için atması gereken bazı adımlar olduğu söylenebilir. Bu hususlar çalışmanın ilgili bölümlerinde ifade edilmiştir. Tekrar kısaca özetlemek gerekirse Resmi Gazete'nin yazılı nüshaları talep üzerine ve belirli sayıda kamu kurumu bünyesinde arşivlenmesi amacıyla yazılı ortamda basılmalı, bunun dışında yazılı formatın basımından vazgeçilmelidir. Resmi Gazete'nin elektronik ortamdaki nüshalarına da resmi bağlayıcılık tanınmalı, bu nüshalar elektronik imza ile kayıt altına alınmalı ve internet ortamında kişilerin erişimine açılmalıdır. 1322 sayılı Kanun ve 3011 sayılı Kanun güncellenmeli, uygulamada Resmi Gazete'de yayımlanıp yayımlanmaması sorunu oluşturan hususlar açıklığa kavuşturulmalı ve internet ortamında yayına ilişkin hususlar ile hataları düzeltme esasları, yeterli hukuksal güvence sağlayacak şekilde hukuksal düzenleme konusu yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- BLUME, Peter, "Changes in the Sources of Law in Information Society", **International Review of Law Computers & Technology**, Volume 13, No. 3, 1999, (s. 325-335).
- British Library, "Danish Government Documents", **Social Sciences Collection Guides Official Publications**, (s. 1-16), www.bl.uk/subjects/national-and-international-government-publications, (Erişim Tarihi: 27.06.2016).
- Canada Gazette Directorate, **160 Years of The Canada Gazette**, 2001, gazette.gc.ca/cg-gc/book-livre/toc-tdm-eng.html, (Erişim Tarihi: 27.05.2016).
- Canada Gazette Directorate, "In the Past Ten Years... a sequel to 160 years of the Canada Gazette", **Canada Gazette Special Edition**, 2011, (s. 1-6), <http://www.gazette.gc.ca/cg-gc/history10years-histoire10ans.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.03.2016).
- COGGINS, Timothy L./HOLTERHOFF, Sarah G., "Authenticating Digital Government Information", in **Government Information Management in the 21st Century**, (ed. Peggy Garvin), 2011, (s. 133-156).
- ÇAĞLAR, Selda, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi", **Hukuk Güvenliği**, Türkiye Barolar Birliği & Kamu Hukukçuları Platformu, (Hazırlayan: Ece Göztepe), 8-9 Kasım 2013, Ankara, (s. 25-139).
- DİK, Esra, "Türkiye'de Resmi Gazete'nin Serüveni", **MEMLEKET Siyaset Yönetim**, Cilt: 4, Sayı: 11, 2009, (s. 163-178).
- DURAN, Lütfi, "Resmi Gazetenin Yayınları Üzerine", **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı: 3/1, Mart 1970, (s. 5-15).
- FRANÇOIS, Monsieur Didier, "Electronic Archiving", **European Forum of Official Gazettes Final Report of the Working Group**, September 2008, (s. 1-19), <https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/OPOCE/ojf/Information/prod/html/about-library.htm>, (Erişim Tarihi: 16.03.2016).
- GRISWOLD, Erwin N., "Government In Ignorance of The Law - A Plea For Better Publication of Executive Legislation", **Harvard Law Review**, Vol. 48, 1934, (s. 198-215).
- KARAYALÇIN, Yaşar, "Resmi Gazetenin Yeni şekli Hakkında Notlar", **Ankara Barosu Dergisi**, 1978, Sayı: 1, (s. 38-41).
- KÖKÜSARI, İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- MCKINNEY, Richard J., "A Research Guide to the Federal Register and the Code of Federal Regulations", **Law Library Lights**, Law Librarians' Society of Washington, Dc., Inc., (s. 10-15), <http://www.llsdc.org/assets/sourcebook/fall02.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).
- OECD, **Better Regulation In Europe: France**, 2010, <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/45706677.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.06.2016).
- Publications Office of the European Union, **Access to Legislation in Europe**, Guide to the Legal Gazettes and Other Official Information Sources in the European Union and European Free Trade Association, (ed. Albrecht Berger), 2009.
- SÖYLER, Yasin, **Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü**, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- TAN, Turgut, "Resmi Gazetede Yayımlanacak Yönetmelikler ve Resmi Gazete Yayınları Üzerine", **Amme İdaresi Dergisi**, Sayı: 18/1, Mart/1985, (s. 64-70).
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Beta, İstanbul, Nisan 2016.
- TICE, Beatrice A., "Foreign Official Gazettes: Solving a Collection Conundrum", **Law Library Journal**, Vol. 97:2, 2005, (s. 299-321).
- Türkiye Barolar Birliği/Kamu Hukukçuları Platformu (Sedat ÇAL'ın konuşması), **Hukuk Güvenliği**, (Hazırlayan: Ece Göztepe), 8-9 Kasım 2013, Ankara, (s. 248-257).
- YAZICI, Nesimi, "Vakayı-i Misriye Üzerine Birkaç Söz", **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı. 2, 1991, (s. 267-278).

İnternet Kaynakları

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<https://www.riigiteataja.ee>

<http://www.legislation.gov.uk>

<https://www.ris.bka.gv.at>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.mevzuat.gov.tr>

<http://www.gazette.gc.ca>

<http://www.collectionscanada.gc.ca>

<https://www.ris.bka.gv.at>

<http://www.ejustice.just.fgov.be>

<http://www.gazzettaufficiale.it>

<http://www.journal-officiel.gouv.fr>

<https://boe.es>

<http://www1.bgb1.de>

<https://www.thegazette.co.uk>

<http://www.bka.gv.at>

laws-lois.justice.gc.ca

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<https://www.icc-cpi.int>

<https://www.bundestag.de>

<http://www.archives.gov>

<https://www.gpo.gov>

<http://www.ofr.gov>

Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü^{1*}

Hakemli Makale

Mehmet Ali AKSOY

Dr. Gazi Üniversitesi TKYO Ticaret Hukuku Bilim Dalı

Dr. Gazi University College of Lend Registry Department of Commercial Law

İÇİNDEKİLER

1. Defter Tutma Yükümlülüğü	137
1.1. Tanımı	137
1.2. Amacı	137
1.3. Tarihi Gelişimi	137
1.4. Mevzuat	138
1.5. Defter Tutmakla Yükümlü Olanlar	138
2. Ticari Defterlerin Tutulmasında Sistemler	140
2.1. Serbesti Sistemi	140
2.2. Karma Sistem	140
2.3. Mecburi Defter Tutma Sistemi.	141
3. Tutulması Zorunlu Ticari Defterler	141
3.1. Şirketin Muhasebesi İle İlgili Tutulması Zorunlu Defterler ve Bilanço Düzenleme Zorunluluğu	141
3.1.1. Yevmiye Defteri.	142
3.1.2. Defteri Kebir (Büyük Defter)	142
3.1.3. Envanter Defteri	142
3.1.4. Bilanço Düzenleme	142
3.2. Şirketin Muhasebesiyle İlgili Olmayan Defterler	142
3.2.1. Pay Defteri	143
3.2.2. Yönetim Kurulu Karar Defteri	144
3.2.3. Genel Kurul Toplantı ve Müzakere Defteri.	145
3.2.4. Özel Mevzuatlar Gereği Tutulması Gerekli Ticari Defterler	146
3.3. Cezai Müeyyideler.	146
4. Defterlerin Tutulmasıyla İlgili İlkeler	147
4.1. Bütün Zorunlu Defterlerin Tutulması	147
4.2. Defterlerin ve Dayanağını Oluşturan Belgelerin Saklanması	147
4.3. Açılış ve Kapanış Tasdikinin Yapılması ve Onay Yenileme	147
4.4. Defterlerin Türk Lirası Üzerinden ve Türkçe Tutulması	148

1 * İlgili çalışma 13 Mayıs 2016 tarihinde Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunda sunulan "Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü" konulu sunumun genişletilmiş halidir.

4.5. Kanuna Uygun Tutulma ve İşletmenin Gerçek Finansal Durumunu Gösterme	149
5. Defterlerin İbrazı Ve Teslimi	151
5.1. Defterlerin İbrazı.	151
5.1.1 Hukuki Uyuşmazlıklarda İbraz.	151
5.1.2. Defterlerin İlgililer Tarafından İncelenmesi	152
5.2. Defterlerin Teslimi	153
6. Belgelerin Saklanması	153
7. Defter Ve Belgelerin Ziyatı	154
8. Defterlerin İspat Fonksiyonu	156
8.1. Defterlerin Ticari Uyuşmazlıklarda Delil Olması.	157
8.1.1. Ticari Defterlerin Lehe Delil Olması	159
8.1.2. Aleyhe Delil Olması	162
8.2. Karşı Tarafın Ticari Defterlerinin İçeriğinin Kabul Edileceğinin Belirtilmesi	162
8.3. Defterlerin HMK Kapsamında Delil Olarak Değerlendirilmesi.	163
9. Defter Tutma Yükümlülüğünün Sermaye Şirketlerinde Denetime Dair Hükümler Açısından Değerlendirilmesi	164
Sonuç	166

ÖZET

Ticari defterler tacirin işlerini takip etmesi açısından büyük öneme sahiptir. Ayrıca ticari defterler belirli şartlar altında tacir lehine veya aleyhine delil olarak kullanılabilir. Bu açıdan defter tutma yükümlülüğü tacir ve alacaklıları açısından büyük öneme sahiptir. Ayrıca ticari defterler, vergi hukuku, sermaye piyasası hukuku, şirketler hukuku açısından da önem arz etmektedir. 6102 sayılı TTK ile defter tutma sistemine ilişkin köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu kanunla sermaye şirketleri içerden denetim yerine dışarıdan denetime tabi tutulmuştur. Böylece şirketlerin denetimi muhasebe denetimine dönüşmüştür. Defterlerle ispata ilişkin olarak da HMK'da 6762 sayılı TTK'den önemli ölçüde farklılaşan bir düzenleme kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

ticari defter, 6102 sayılı TTK'nin defter tutma sistemi, defter tutma yükümlülüğü, ticari defterlerin ispat kuvveti, tacir lehine veya aleyhine delil olması

ABSTRACT

Commercial books have a great importance to follow merchant's business. However, commercial books can be used as evidence in favor of or against the merchant under certain conditions. In this respect, the obligation to keep commercial books has a great importance for merchants and their creditors. In addition, trade books are important in terms of the tax law, the Capital market law, the company law. Radical changes were made concerning the bookkeeping system with 6102 numbered Turkish Commercial Code (6102 TCC). Capital companies subjected to external audit instead of insider audit with this law. Thus, audit of company has turned into accounting control. As regards proof of the book, a regulation has been approved the Code of Civil Procedure significantly differing from 6762 TCC

Keywords

commercial book, bookkeeping system of 6102 TCC, book keeping obligation, proof force of the commercial book, evidence in favor of or against the merchant

1. Defter Tutma Yükümlülüğü

Defter tutma yükümlülüğü, tacirin işlerini takip etmesi ve ticari defterlerin belirli şartlar altında tacir lehine veya aleyhine delil olması açısından tacir ve alacaklıları açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle defter tutma yükümlülüğü öncelikle ticari işletme hukuku açısından önem arz etmektedir. Ayrıca vergi mevzuatı açısından taşıdığı önem nedeniyle vergi hukuku, yatırımcının korunması açısından taşıdığı önem nedeniyle sermaye piyasası hukuku; ortakların haklarını elde edebilmesi ve ortaklığın denetimi açısından taşıdığı önem nedeniyle şirketler hukuku açısından büyük önem arz etmektedir. Görüldüğü üzere, defterlerin tutulması tacir yanında kamu ve yatırımcılar (veya ortaklar) gibi diğer kişilerin korunması açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenle tacirin defter tutması ve ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koyması TTK'de bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir (TTK m. 64).

6102 sayılı TTK ile bir taraftan defter tutma sistemine ilişkin köklü değişiklikler yapılmış diğer taraftan sermaye şirketleri özden denetim yerine dışarıdan denetime tabi tutularak şirketlerin denetimi muhasebe denetimine özgülenmiştir. HMK ile ise defterlerle ispata ilişkin 6762 sayılı TTK'den önemli ölçüde farklılaşan bir düzenleme kabul edilmiştir.

1.1. Tanımı

Yevmiye defteri, defteri kebir gibi ticari işletmenin hesaplarıyla ilgili olarak kanunda tutulacağı belirtilen defterlerle yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmamakla birlikte kanunda öngörülen diğer işlemlerin kaydedildiği defterlere ticari defterler denir (TTK m. 64/4). İşletmenin hesaplarına ilişkin defterler açısından işletmedeki mali hareketlerin kaydedilmesi ve bölümlenmesi defter tutma olarak tanımlanmakta ve defter tutma yükümlülüğü ile aslında işletme hesabına ilişkin defterlerin fiilen tutulması değil işletmenin muhasebe kaydının tutulması kastedilmektedir.

1.2. Amacı

Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari defterlerin tutulmasının amacı tacirin, ticari işlemlerini ve ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini; her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, açıkça görülebilir bir şekilde ortaya konması olarak belirtilmektedir (TTK m. 64).

1.3. Tarihi Gelişimi

Hukukumuzda defter tutulmasına ilişkin ilk düzenleme Fransız TK'nin bir tercümesi olan 1850 Tarihli Kanunname-i Ticarete yer almıştır. 1926 Tarihli TTK'nin ticari defterlere ilişkin hükümleri ise Kanunname-i Ticaret'in ticari defterlere ilişkin hükümlerinin söz konusu kanuna aktarılmasıyla oluşturulmuştur. 1956 Tarihli TTK'de ise söz konusu husus yeniden düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nin düzenlemelerinde esasen Alman Ticaret

Kanununun 238-339. Maddelerinde 1985 tarihinde Bilanço Esasları Kanun'u ile yapılan değişikliklerden yararlanılmıştır¹.

1.4. Mevzuat

Türk hukukunda ticari defterlere ilişkin mevzuatı TTK, HMK ve VUK oluşturmaktadır.

- Türk Hukukunda defter tutma yükümlülüğüne ilişkin ana mevzuatı TTK oluşturmaktadır.

Tacirin defter tutma yükümlülüğü TTK'nin 64-88. maddeleri arasında düzenlenmiş ve bu kapsamda defter tutmakla yükümlü olanlar, defter tutma usulü, envanter çıkarılması, açılış bilançosu ve yıllık finansal tablolar, defterlerin saklanması ve ibrazı gibi konulara yer verilmiştir. Bu kapsamda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ (TDİT)² ve Elektronik Defter Genel Tebliği çıkarılmıştır³. Ayrıca TTK m. 88 ve TDİT m. 4/3 gereğince muhasebe sistemi uygulama genel tebliğleri de defter tutmaya ilişkin yükümlülüklerin kaynağını oluşturmaktadır.

- 6102 Sayılı TTK'de yer verilmeyen defterlerin ispat kuvveti HMK kapsamında düzenlenmiştir.

Tacirin ticari defterleri tutarken VUK'de yer alan yükümlülükleri de dikkate almak zorunda olduğu TTK m 64/5'de 6335 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kabul edilmiş ve TDİT m 1'de düzenlenmiştir. 6335 Sayılı Kanunla yapılan düzenleme ile TTK'nin ön plana çıkarmayı amaçladığı TMS hesaplı muhasebe ağırlıklı defter tutma sisteminden vergi ağırlıklı defter tutma sistemine dönülmüştür⁴.

1.5. Defter Tutmakla Yükümlü Olanlar

Tacirler yanında tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar da defter tutmakla yükümlüdür⁵. Esnafın ise böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Adi şirket en geniş anlamda kazanç paylaşma amacıyla kurulur ve ortada bir ticari işletme bulunmadığı sürece adi şirket ortakları tacir sıfatı taşımadığı için ticari defterleri tutmakla da yükümlü değildir. Ancak ortada bir ticari işletme bulunması durumunda adi şirket ortaklarının her biri tacir sıfatını taşıyacağı için her biri defter tutmakla yükümlüdür⁶. Bu durumda her bir ortak defter tutmakla yükümlü olmakla birlikte ilgili

1 ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 342; ÜLGEN, Hüseyin (HELVACI, Mehmet/KENDIGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER Ertan, N.Fusun), **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 586; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 1998, s. 154.

2 19 Aralık 2012 Çarşamba Sayı : 28502 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

3 28141 Sayılı Resmi Gazete, Tarihi:13/12/2011.

4 ÖZKORKUT, Korkut, "Ticari Defterler Yönünden Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Çatışması" Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu (15-16 Mayıs 2014), Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, KKTC, 2014, (s. 121-139), s. 122, 123.

5 TDİT'de ise tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlara yönelik bir düzenleme yer almamaktadır.

6 Her bir ortağın ticari defterleri ayrı ayrı tutması özellikle konsorsiyum sözleşmeleri gibi ortakların müşterek ve müteselsil sorumluluğunun bulunmadığı ve işin belirli bir bölümünü diğerlerinden bağımsız olarak yüklediği ve kendi işletmesi adına yerine getirdiği durumlarda mümkün olabilir. Bu durumda her bir ortağın

defterlerin tüm ortaklar adına ve birlikte tutulabilir⁷. Zira yönetim yetkisine sahip olmasa dahi her ortağın şirket defter ve belgelerini inceleme hakkını düzenleyen TBK m. 631 düzenlemesi⁸ de söz konusu duruma işaret etmektedir⁹.

Defter tutma yükümlülüğü tacirin ticari işletmesine bağlı bir yükümlülüktür¹⁰. Tacirin birden fazla işletmesi olması durumunda her biri için ayrı ayrı defter tutmakla yükümlüdür. Şubeler için ise ayrı defter tutulması tacirin inisiyatifindedir. Şubenin ayrı bir muhasebesinin bulunmasına bağlı olarak tacir, ayrı defter tutabileceği gibi tutmayabilir de. Ayrıca ticari işletmenin devrinde defter tutma yükümlülüğü devralana geçer. Sermaye şirketlerinin ise tacir sıfatı ticari işletmelerinden bağımsızdır. Zira söz konusu şirketler ticari işletme işletmek zorunda değildir ve her türlü iktisadi amaç için kurulabilir. Bu durum sermaye şirketinin hiç işletmesi olmaması, birden fazla işletmesi olması ve işletmenin devrinde önem arz eder. Ticaret siciline tescille tacir sıfatını kazanan sermaye şirketleri ticari işletme işletsin işletmesin defter tutmakla yükümlüdürler¹¹. Tacirlerin defter tutma yükümlülüğü tacir sıfatının kazanılmasıyla (işletmeyi ticaret siciline tescil ettirme zorunluluğunun doğmasıyla) başlar (TTK m. 87). Bu nedenle sermaye şirketlerinde defter tutma yükümlülüğü şirketin ticaret siciline tescili ile doğacaktır¹². Sermaye

işlemleri kendi işletmesine ait defterine geçireceği açıktır.

7 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 590; BOZER / GÖLE, her bir ortağın ayrı ayrı defter tutmakla yükümlü olduğu için bu durumda defterlerin müştereken tutulmasının mümkün olmadığı görüşündedir. BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015, s. 225; Arkan'a göre de adi şirket defterlerinden bahsetmeye olanak yoktur. ARKAN, **2016**, s. 355.

8 VUK m 177/1'de de adi şirketten bahsedilmiştir.

9 Arkan'a göre adi şirket defterlerinden bahsedilemeyeceği için söz konusu hüküm yönetim yetkisine sahip ortağın defterlerinin diğer ortaklar tarafından incelenmesini ifade etmektedir. ARKAN, **2016**, s 355.

10 Tacirlere ilişkin hükümler donatma iştirakine de uygulanacağından (TTK m. 17) donatma iştiraki de defter tutmak zorundadır. Devlet il özel idaresi, belediye köy gibi kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirlerinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işletmesi durumunda kendileri tacir sayılmaz. Tacir sıfatı tüzel kişiliği bulunmasa da ilgili ticari işletmeye aittir. İlgili işletmeler tacir sayıldığı için defter tutma yükümlülüğü de söz konusu işletmelerin yöneticilerine aittir. Söz konusu işletmelerin ve bu işletmelere benzeyen ve tüzel kişiliği bulunmayan diğer ticari teşekküllerin defter tutmakla yükümlü olduğu TDİT'de düzenlenmiştir (TDİT m. 5/4).

11 Ayrıca hakim teşebbüsler de ticari işletme işletsin işletmesin tacir sayılır ve defter tutmakla yükümlüdür. Şirketler topluluğu kural olarak topluluk üyesi sermaye şirketlerinden oluşur. Bunun istisnaları ise TTK m. 195/5 ve m 198/1'de yer almaktadır. Bir şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketli olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi veya gerçek kişinin bulunması durumunda hâkim teşebbüs tacir sayılır (TTK m. 195/5 ve Madde Gereğesi).

12 İşletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlü olan işletme sahipleri için defter tutma yükümlülüğü tescil ettirme yükümlülüğünün doğmasıyla başlar (TTK m. 87). Tacir sayılan veya tacir gibi sorumlu olanlar açısından ise defter tutma yükümlülüğü tacir gibi sorumlu olma veya tacir sayılma anından başlar (TTK 64. madde Gereğesi); BOZER / GÖLE, söz konusu kişilerin defter tutma yükümlülüğünün bulunmadığı kanısındadır. Bakınız BOZER/ GÖLE, **2015**, s. 226. Defter tutmanın işletmeye ilişkin bir yükümlülük olması ve tacir sayılma durumunda ortada bir işletme bulunmaması ve bu nedenle söz konusu kişiler tarafından arzi işlemlerde bulunulması belirtilen görüşü haklı kılacak niteliktedir. Ancak defter tutmanın başlı başına bir külfet olması yanında ticari defterlerle ispat gibi defter tutmanın sonuçlarına ilişkin külfetler de bulunmaktadır. TDİT ile defterlerin açılış onayının noter tarafından yapılması durumunda ticaret sicil tasdiknamesi aranması (Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 16) karşısında söz konusu kişilerin fiilen defter tutmalarının istenmediği ancak sonuçlarından

şirketlerinin birden fazla ticari işletmesi olması durumunda gerçek kişi tacirlerden farklı olarak her bir işletmesi için ayrı ayrı defter tutulması değil şirket için defter tutma yükümlülüğü söz konusudur. Bu nedenle sermaye şirketleri için her bir işletme için ayrı ayrı defter tutma zorunluluğu aranmamakta, şubelerde olduğu gibi söz konusu husus tacirin inisiyatifine bırakılmaktadır. Uygulama da bu yöndedir. Ayrıca işletmenin devri veya şirketlerin bölünmesi durumunda defter tutma yükümlülüğü de yeni şirkete geçer.

Ticari defterlerin tutulması, anonim şirketlerde yönetim kurulunun vazgeçilmez yetkilerindedir (TTK m. 375/1). Kolektif şirketlerde ise yönetici ortaklar tarafından tutulur. Yönetici ortaklar tarafından hazırlanıp imzalanan finansal tablolar ortaklar kurulunun onayına sunulur ve ortakların çoğunluğunun onayı ile kesinleşir (TTK m. 227). Tasfiye sırasında şirketin tacir sıfatı devam ettiği için defter tutma yükümlülüğü de tasfiyenin sonlanmasına ve şirketin ticaret sicilinden terkinine kadar devam eder. Tasfiye sırasında defterler tasfiye memurları tarafından tutulur¹³.

2. Ticari Defterlerin Tutulmasında Sistemler

2.1. Serbesti Sistemi

Tacirin iflas gibi bazı hallerde uygulanan yaptırımlar haricinde defter tutmakta serbest olduğu sistem (tam serbesti sistemi -İngiltere) veya defter tutma yükümlülüğüne yer verilmesine rağmen hangi defterlerin tutulacağına belirtilmediği; tutulacak defterlere ticari işletmenin nitelik ve önemine göre tacirin serbestçe karar verdiği sistem (yarı serbesti sistemi; -İsviçre ve Almanya-) serbesti sistemi olarak adlandırılmaktadır¹⁴.

2.2. Karma Sistem

Tacirin ismen gösterilen zorunlu defterler yanında işletmenin nitelik ve öneminin gerektirdiği defterleri tutmakla da yükümlü olduğu sistemdir (İtalya Sistemi). 6762 sayılı TTK'de de karma sistem kabul edilmişti.

sorumlu tutulmaları gerektiğinin kabulü gerekecektir (TDİT m. 13). Bu nedenle bu kişilerle işlem yapan iyi niyetli tacirlerin ticari defterlerle ispat hükümlerinden yararlanması için teorik olarak söz konusu kişilerin defter tutma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmeli fiilen tutup tutmadıklarının ise üzerinde durulmamalıdır. Ülgen, Hüseyin, (TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet/KENDIGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER Ertan, N.Fusun), **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Basım, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 485.

13 Ticaret şirketlerinin tasfiyesi sırasında tasfiye memurları şirketin malvarlığına ilişkin durumu ile finansal durumunu gösteren bir envanter ile bilanço düzenler. Kolektif ve komandit şirketlerde söz konusu envanter ve bilanço şirket işlerini yönetenler tarafından imzalanır. (TTK m. 287). Anonim şirketlerde ise genel kurulun onayına sunulur. (TTK m. 540/1). Daha sonra şirketin mallarına ve defterlerine tasfiye memurlarınca el konulur (TTK m. 288; 540/2). Kolektif ve komandit şirketlerde tasfiye ile ortakların şirketi yönetim hakkı sonra erer. Tasfiye gereklerinden olmayan işler, ortakların oy birliğiyle veya mahkeme onayıyla gerçekleştirilir (TTK m. 293). Anonim şirketlerde ise şirket tasfiye ile ilgili konularda tasfiye memurlarınca temsil edilir (TTK m. 539). Organların görev ve yetkileri ise tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan ancak niteliği gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgülenir (TTK m. 535).

14 ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014, s. 338; KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27 Basım, Mimoza Basım Yayım, Konya, 2015, s. 285; ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 588; MİMAROĞLU, Sait, K., **Ticaret Hukuku, C. I., İşletme Hukuku**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 330.

2.3. Mecburi Defter Tutma Sistemi

Bu sistemde defter tutma yükümlülüğü yanında tacirin tutması zorunlu defterler de kanunla açıkça belirlenmektedir (Fransız Sistemi). 6102 Sayılı TTK'nin ilk halinde işletmenin nitelik ve önemi ölçüsünden vazgeçilmiş ve ismen belirtilen zorunlu defterler dışında tutulması gereken defterleri belirleme yetkisi Türkiye Muhasebe Standartları Kuruluna (TMSK) verilmişti. Ancak TMSK kaldırılmış ve yerine kurulan Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na (KGGK) söz konusu yetki verilmemiştir¹⁵. Sonuç olarak 6102 Sayılı TTK'de tutulması zorunlu defterler kanunla belirlenmiş ve zorunlu defter tutma sistemi kabul edilmiştir.

3. Tutulması Zorunlu Ticari Defterler

TTK sisteminde işletmenin muhasebesiyle ilgili defterlerle kanunda belirtilen diğer hususların kaydedildiği bazı defterler ismen belirtilerek tutulması zorunlu kılınmıştır. E TTK m. 82'de yer alan ihtiyari defterlere ilişkin düzenlemelere TTK sisteminde ve söz konusu defterlerin diğer defterlerle birlikte delil niteliği tanınmasına ilişkin hükme HMK'de yer verilmemiştir. Bu nedenle alacak defteri, stok defteri, hammadde defteri gibi tacirin kendi ihtiyarında tuttuğu defterlerin kanunda belirtilen şartları taşısa dahi ticari defterlere ilişkin işlevi bulunmadığı gibi ispat kuvveti de bulunmamaktadır. Ancak TDİT m. 21/4'e göre bazı durumlarda işlemlerin mazbut vesikalara kaydedilmesini defterlere geçirilmesi hükmünde kabul edilmektedir¹⁶.

3.1. Şirketin Muhasebesi İle İlgili Tutulması Zorunlu Defterler ve Bilanço Düzenleme Zorunluluğu

Gerçek kişi tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın her tacir şirket muhasebesiyle ilgili yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defterlerini tutmakla yükümlüdür. Ayrıca TTK m. 64/5 ve TDİT m. 4/3 hükmünde tutulacak defterlerde VUK hükümlerine yollama yapıldığı için tacirin ismen sayılan defterler dışında tutmakla yükümlü olduğu defterler vergi mevzuatı ile belirlenecektir¹⁷. Bu nedenle gerçek kişi tacirlerin söz konusu defterleri tutması zorunlu kılınmışken TDİT ile (bir düzenleme yapıncaya kadar) ikinci sınıf tacir sayılan gerçek kişi tacirlerin söz konusu defterler yerine işletme hesabı defteri tutmakla yetinmesine izin verilmiştir (TDİT geçici madde 1)¹⁸.

15 KGGK'ye TMSK'yi oluşturma, ve yayımlama yetkisinin yanı sıra bağımsız denetim standartlarını belirleme ve bağımsız denetim alanında yetkilendirmenin yanında denetim ve kamu gözetimi yapma yetki ve görevi verilmiştir. ÖZKORKUT, 2014, s. 129.

16 Kayıtlarını devamlı olarak muhasebe fişleri, primanota ve bordro gibi yetkili amirlerin imza ve parafını taşıyan mazbut vesikalara dayanarak yürüten işletmelerde, işlemlerin bunlara kaydedilmesi, deftere işlenmesi hükmündedir. Ancak bu kayıtlar dahi defterlere 45 günden daha geç intikal ettirilemez (TDİT m. 21/4).

17 KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 89.

18 6335 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce ise VUK'nundaki işletme hesabı defterine ilişkin düzenlemeler korunmakla birlikte işletme hesabı defteri TTK'nin konusu olmaktan çıkarılmıştı. ÖZKORKUT, 2014, s. 122.

3.1.1. Yevmiye Defteri

Kayda geçirilmesi gereken günlük ticari işlemlerin belge veya ispata dayanarak evrak-tan çıkarılarak tarih sırası ile ve "madde" halinde düzenli olarak kaydedildiği deftere yevmiye defteri (Günlük Defter) denir (TDİT m. 6)¹⁹

3.1.2. Defteri Kebir (Büyük Defter)

Yevmiye defterlerine kaydedilmiş olan işlemleri buradan alarak sistemli bir şekilde ilgili olduğu hesaplara dağıtan ve düzenli olarak bu hesaplarda toplayan defterdir (TDİT m. 7)²⁰.

3.1.3. Envanter Defteri

TTK m. 66'da tacirin envanter çıkartma yükümlülüğü düzenlenmiş; TDİT m. 8 ile ise söz konusu envanterin belirtilen nitelikteki deftere kaydedilerek söz konusu yükümlülüğün yerine getirilebileceği belirterek envanter defteri tutma yükümlülüğüne yer verilmiştir.

Öncelikle her tacir, ticari işletmesinin açılışında envanterini çıkartmak zorundadır. Envanter işletmenin taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru şekilde göstermeli ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirtmelidir (TTK m. 66/1). Açılışta çıkartılan envanter her faaliyet dönemi sonunda yenilenir²¹. Söz konusu envanterin ciltli ve sayfaları müteselsil sıra numaralı deftere kaydedilmesi gerekir ki söz konusu defter envanter defteri olarak adlandırılır(TDİT m. 8/1)²².

3.1.4. Bilanço Düzenleme

Tacirin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloya bilanço denir. Her tacir faaliyetinin başında açılış bilançosu her faaliyet dönemi sonunda ise yıllık bilanço düzenlemek zorundadır. Ayrıca tacir gelir tablosunu hazırlar (TTK m. 68). Bilanço ile gelir tablosu yılsonu finansal tablolarını oluşturur. Söz konusu tablolar ticari defterler içerisinde değerlendirilmez²³.

3.2. Şirketin Muhasebesiyle İlgili Olmayan Defterler

TTK düzenlemesinde, teoriye uymamakla birlikte ticaret şirketleri tarafından tutulması

19 Yevmiye defteri ciltli ve sayfaları müteselsil sıra numaralı olur; vergi kanunlarına uygun olmak şartıyla müteharrik yapraklı defterler de kullanılabilir. Yevmiye maddelerinin en az madde sıra numarası, tarih, borçlu hesap, alacaklı hesap, tutar, her kaydın dayandığı belgelerin türü ile varsa tarihleri ve sayıları bilgilerini içermesi şarttır (TDİT m. 6).

20 Defter-i kebir ciltli ve sayfaları müteselsil sıra numaralı olur; vergi kanunlarına uygun olmak şartıyla müteharrik yapraklı defterler de kullanılabilir. Defteri kebirdeki kayıtların en az tarih, yevmiye defteri madde sıra numarası, tutar, toplu hesaplarda yardımcı nihai hesapların isimleri bilgilerini içermesi gerekir (TDİT m. 7).

21 Faaliyet dönemi veya başka bir kanuni terimle hesap yılı on iki ayı geçemez (TTK m. 66/2). Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri saklı kalmak kaydıyla envanter, düzenli bir işletme faaliyetinin akışına uygun düşen süre içinde ve her halükarda hesap döneminin sonundan itibaren üç ay içinde çıkarılır ve deftere kaydedilir (TDİT m. 8/2).

22 Vergi kanunlarına uygun olmak şartıyla müteharrik yapraklı defterler de kullanılabilir(TDİT m. 8 /3)

23 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 602.

zorunlu olarak düzenlenen pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlere de -söz konusu defterlere ticari defterlere uygulanan güven ve disiplinin uygulanması amacıyla²⁴- ticari defterler kapsamında yer verilmiştir (TTK m. 64/4). Düzenlemede yer alan "gibi" ibaresinden de anlaşıldığı üzere şirketin muhasebesi ile ilgili olmayan defterler tahdidi olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle bankalar ve sigorta şirketlerinin özel kanunları gereğince²⁵ tutmak zorunda oldukları defterlerin de ilgili düzenleme kapsamında ticari defter olarak kabulü gerekecektir²⁶.

TTK m. 64/4 düzenlemesi ile ispat vasıtası olarak kullanılan söz konusu defterler ticari defterler olarak açılış ve kapanış onayına tabi tutulmuş ve belirtilen defterlere cidiyet kazandırılmıştır²⁷. Söz konusu defterleri tutma yükümlülüğü yalnızca ticaret şirketleri açısından getirilmiştir. Bu nedenle diğer tüzel kişi tacirlerin şirketin muhasebesiyle ilgili defterler dışında söz konusu defterleri tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır²⁸.

Bu kapsamda şahıs şirketleri, genel kurul²⁹ toplantı ve müzakere defteri tutmak zorundadır (TDİT m. 5/2) sermaye şirketlerinden AŞ'ler ve Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defteri; limited şirketler ise pay defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri tutmakla yükümlüdürler. TDİT m. 5/3). Limited şirketlerin anonim şirketlerdeki yönetim kurulu defteri gibi bir müdürler kurulu defteri tutulma yükümlülüğü TTK'de yer almamaktadır. Ancak müdürlerin aldıkları kararları deftere geçirme zorunluluğu TDİT m. 11'de düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre limited şirketlerde müdürün veya müdürler kurulunun şirket yönetimi ile ilgili olarak aldığı kararlar genel kurul toplantı ve müzakere defterine kaydedilebileceği gibi ayrı bir müdürler kurulu karar defteri de tutulabilir.

3.2.1. Pay Defteri

Pay defteri; sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketlerde şirket ortaklarının, anonim şirketlerde pay sahiplerinin kaydedildiği ciltli ve sayfaları müteselsil sıra

24 TTK m 64/4 Madde Gerekçesi

25 Bakınız 6.2.4. Özel Mevzuatlar Gereği Tutulması Gerekli Ticari Defterler.

26 BOZER/ GÖLE, **2015**, s. 229.

27 ARKAN, **2016**, s. 346.

28 Özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar tarafından kurulan ticari işletmeler ve bunlara benzeyen ve tüzel kişiliği bulunmayan diğer ticari teşekküller yalnızca şirketin muhasebesiyle ilgili defterleri tutmakla yükümlüdürler (TDİT m. 5/4). Amaçlarına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek veya vakıfların tutması gereken diğer defterlere ilişkin bir düzenleme TDİT'de yer almamaktadır. İlgili düzenlemenin amacı şirketlerin ispat gücüne sahip söz konusu defterlerine disiplin kazandırmaktır. Bu nedenle ticaret şirketleri dışında belirtilen tüzel kişilerin de ticari işletme işletmesi durumunda yalnızca işletmenin muhasebesi ile ilgili defterleri tutmakla yükümlüdürler.

29 Yönetim kurulu, ilgili tebliğ açısından şahıs şirketlerinde ortaklar kurulunu ifade etmektedir (TDİT m. 3/1/b)

numaralı defterdir (TTK m. 499/1; TDİT m. 9/1)³⁰. Her pay sahibi defterde ayrı bir sayfada izlenir. Payın veya pay senedinin devri durumunda devralan yeni ortak veya pay sahibi de ayrı bir sayfada izlenir(TDİT m. 9/7)³¹.

Anonim³² ve paylı komandit şirketlerde pay defterine, senede bağlanmamış nama veya hamiline yazılı paylar³³ ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahipleri kaydedilir (TDİT m. 9/2). Anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, hamiline yazılı pay senedi sahibi olduğunu ispat edenler ile sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kişiler pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir(TDİT m. 9/4)³⁴. Anonim şirketlerde pay defterinin tutulması, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri içerisindedir(TTK m. 375/1/f). Limited şirketlerde ise şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar (TTK m. 594/1)³⁵. Ortaklar pay defterini inceleyebilir (TTK m. 594/2).

3.2.2. Yönetim Kurulu Karar Defteri

Yönetim kurulu karar defteri, anonim şirketlerde yönetim kurulunun, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticinin veya yöneticilerin şirket yönetimi ile ilgili olarak aldığı kararların yazılacağı ciltli ve sayfa numaraları teselsül eden defterdir (TDİT m. 10/1)³⁶.

Kararın, sirküler³⁷ olarak veya bazı üyelerin elektronik ortamda katılması suretiyle

30 Pay defterine yapılacak kayıtların asgari olarak pay sahibinin adı soyadını veya unvanını, pay sahibinin iletişim bilgilerinin, varsa pay üzerindeki intifa hakkı sahiplerinin adı soyadı veya unvanını ve intifa hakkı sahibi oldukları payları, varsa intifa hakkı sahiplerinin iletişim bilgilerinin, payın nominal değerini, sahip olunan pay sayısını ve toplam tutarı, payın tertibini, payın edinme tarihini, deftere kayıt tarihini, payın senede bağlanıp bağlanmadığını ve türünü, payın edinimi ve devrine ilişkin gerekli açıklamaları içermesi şarttır (TDİT m 9/2).

31 Payın usulüne uygun olarak devredildiği veya üzerinde intifa hakkı kurulduğu ispat edilmediği sürece, devralan ve intifa hakkı sahibi pay defterine yazılamaz(TTK m. 499/2; TDİT m. 9/3).

32 Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından kayden takibi yapılan nama yazılı paylara ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile ilgili diğer düzenlemeler saklıdır(TTK m. 499/5).

33 Senede bağlanmamış hamiline yazılı paylarda deftere kaydedilmekle birlikte senede bağlanıp, senetlerin pay sahiplerine teslim edildikleri tarihten itibaren 10 gün içerisinde defterde açıklanmak suretiyle pay defterinden silinir(TDİT m. 9/5).

34 Şirketle ilişkilerde, sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimse pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir (TTK m. 499/4). Yönetim kurulu, kayden izlenmeyen paylar ile ilgili olarak genel kurula katılabilecekler listesini düzenlerken, senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı olan paylar ile ilmühaber sahipleri için pay defteri kayıtlarını, hamiline yazılı pay senedi sahipleri bakımından da giriş kartı alanları dikkate alır (TTK m. 407/2). Şirket, kaydın yapıldığını pay senedine işaret eder (TTK m. 499/3).

35 Pay defterine ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibarı değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları sahiplerinin adları ve adresleri yazılır (TTK m. 594/1; TDİT m. 9/6).

36 Karar defterindeki kayıtların en azından karar tarihi, karar sayısı, toplantıda hazır bulunanlar, kararın içeriği, üyelerin imzaları bilgilerini içermesi şarttır(TDİT m. 10/2). Ayrıca muhalefet şerhleri de karar defterine geçirilir. Her yönetim kurulu üyesi alınan karara ilişkin muhalefetinin bir şerh ile karar metnine geçirilmesini isteyebilir. Üyelerin şerh yazma talebi hiçbir sebeple reddedilemez; şerh yazılmasına engel olunamaz. Şerh, sahibi dışında hiç kimse tarafından değiştirilemez(TDİT m. 10/9).

37 Yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine diğer yönetim kurulu üyelerinin onayının alınması suretiyle de alınabilir. Uygulamada sirküler karar alma

alındığı durumlarda bu hususun ilgili kayıta ayrıca belirtilmesi gerekir. Ayrıca sirküler kararlarda onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak söz konusu kâğıtların tümünün karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi geçerlilik şartıdır ve söz konusu işlem yapılmadığı sürece karar geçerlilik kazanmaz (TTK m. 3904; TDİT m. 10/8). Bu durumda imzaların bulunduğu kâğıt veya kâğıtlar karar defterine yapıştırılır (TDİT m. 10/3,4). Ayrıca üyelerin tümünün toplantıya elektronik ortamda katılması halinde kararın güvenli elektronik imza ile imzalandığını belirten ifadenin karar metninde yer alması gerekir³⁸.

Limited şirketler açısından müdürler kurulu karar defteri tutulmasına ilişkin bir hüküm TTK'de yer almamaktadır. Ancak limited şirketlerin müdürler kurulu kararlarını deftere geçirme zorunluluğu TDİT m. 11'de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre limited şirketlerde söz konusu yükümlülük müdürler kurulu kararlarının müdürler kurulu karar defterine veya genel kurul toplantı ve müzakere defterine geçirilmesi süratiyle yerine getirilecektir. Limited şirketlerde müdürler kurulu karar defterinin tutulması halinde açılış ve kapanış onayları dahil olmak üzere yönetim kurulu karar defterine ilişkin hükümler müdürler kurulu karar defterine de uygulanır (TDİT m. 11/4). Ayrıca ayrı bir müdürler kurulu karar defteri tutulmaması halinde müdür veya müdürler kurulu kararları genel kurul toplantı ve müzakere defterine kaydedilemez (TDİT m. 11/4).

Anonim şirketlerde ve limited şirketlerde yönetim³⁹ bir kişiye de bırakılabilir (TTK m. 359; 623/1) bu durumda da söz konusu kişi yönetim kurulu karar defteri tutmak (limited şirketler açısından veya kararlarını toplantı ve müzakere defterine yazmak) zorundadır.

3.2.3. Genel Kurul Toplantı ve Müzakere Defteri

Genel kurul toplantı ve müzakere defteri, ticaret şirketlerinin⁴⁰ genel kurul toplantılarında görüşülen hususların ve alınan kararların kaydedildiği ciltli ve sayfa numaraları

olarak adlandırılan bu usulde karar alınabilmesi için oy birliği gerekmemekle birlikte daha ağır bir nisap aranmıştır. Öncelikle üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması isteminde bulunmaması, aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış olması gerekmektedir. Karar nisabı olarak ise en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayının alınması gerekmektedir (TTK m. 390/4).

38 Kararların bütün üyelerin toplantıya elektronik ortamda katılması ve güvenli elektronik imza ile alınması halinde kararın güvenli elektronik imza ile imzalandığını belirten ifadenin karar metninde yer alması ve alınacak fiziki kararın deftere yapıştırılması şarttır. Kararın bazı üyelerin fiziki ortamda bazı üyelerin ise elektronik ortamda toplantıya katılması suretiyle alınması halinde ise karar metninde fiziki ortamda katılanların imzaları ile elektronik ortamda katılanların güvenli elektronik imza ile kararı imzaladıkları belirtilir ve fiziki karar metni karar defterine yapıştırılır (TDİT m. 10/5,6). Yönetim kurulu toplantılarına elektronik ortamda katılım sağlanması halinde elektronik kayıtlar Kanununun 65 inci maddesi uyarınca güvenli bir şekilde saklanır (TDİT m. 10/7).

39 6102 sayılı TTK ile birlikte, anonim şirketlerde gerçek kişinin yanında tüzel kişinin de doğrudan yönetim kurulu üyesi olabilmesi imkanı getirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Mehmet, Ç., "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", **GÜHFD**, Yıl: 2016, Cilt: XXS, Sayı: 1, s. 27-64.

40 İlgili düzenlemede "tüzel kişi tacirler" ifadesi kullanılmakla birlikte tüzel kişi tacirlerden yalnızca ticaret şirketleri söz konusu defteri tutmakla yükümlüdür (TTK m. 64/4; TDİT m. 5). Şahıs şirketleri açısından ise "genel kurul ifadesi" ile ortaklar kurulu veya ortakların tümü ifade etmek için kullanılmaktadır (TDİT m. 3/1b).

teselsül eden defterdir (TDİT m. 11/1). Ayrıca yukarıda da belirtildiği üzere⁴¹ limited şirketlerde ayrı bir müdürler kurulu karar defteri tutulmaması halinde söz konusu yükümlülük kararların genel kurul toplantı ve müzakere defterine geçirilmesi suretiyle yerine getirilir (TDİT m.11/4).

Genel kurul toplantı ve müzakere defteri, şirket genel kurul toplantısı yapılırken genel kurulda sorulan sorular, verilen cevaplar, sunulan öneriler, alınan kararlar işlenerek düzenlenebileceği gibi hazırlanan toplantı tutanağının deftere yapıştirılması şeklinde de tutulabilir (TDİT m. 11/2). Sermaye şirketlerinde genel kurul toplantıları çağrılı veya çağrısız olarak yapılabilir. Bu durumda yapılan toplantının çağrılı veya çağrısız olduğunun belirtilmesi dışında önem arz etmeyecektir. Ancak limited şirketlerde ortaklar kurulu toplantı yapmaksızın da (sirküler olarak) karar alabilmektedir⁴². Bu durum TDİT'te düzenlenmemiştir. Söz konusu durumda karar metninin deftere yapıştirılması, onayların tümünün aynı kâğıtta bulunmaması durumunda imzaların bulunduğu kâğıt veya kâğıtların tümünün genel kurul toplantı ve müzakere defterine yapıştirılması bir çözüm olarak kabul edilebilir niteliktedir.

Tek pay sahipli anonim ve limited şirketlerde bu pay sahibi genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Ancak alacağı kararlar geçerlilik şekli olarak yazılı şekle tâbidir (TTK m. 408/3; TTK m. 616/3). Tek pay sahibi tarafından alınan kararların genel kurul toplantı ve müzakere defterine geçirilmesiyle söz konusu yazılı olma şartı da gerçekleşmiş olur.

3.2.4. Özel Mevzuatlar Gereği Tutulması Gerekli Ticari Defterler

Sigorta şirketleri ve acenteleri⁴³; bankalar⁴⁴ TTK'de düzenlenen defterler yanında BSMV⁴⁵ defteri ve özel mevzuatları gereği bazı defterleri tutmakla da yükümlü kılınmışlardır. TTK m. 64/4 gereğince ticari defter olarak kabul edilen söz konusu defterlerin de açılış ve kapanış onayına tabi tutulması gerekecektir. Ayrıca kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin muhasebe usulleri ve mecbur olarak tutacakları defterler Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca belirtilebilir (Koop. Kan. m. 89).

3.3. Cezai Müeyyideler

6102 Sayılı TTK m 562'de defter tutulmaması durumunda karşılaşılabilecek cezai müeyyideler pek de usule uygun olmayan bir şekilde kanunun şirketler kitabında; anonim

41 Bakınız, 3.2.2. Yönetim Kurulu Karar Defteri

42 Herhangi bir ortak sözlü görüşme isteminde bulunmadıkça, genel kurul kararları, ortaklardan birinin gündem maddesi ile ilgili önerisine diğer ortakların yazılı onayları alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm ortakların onayına sunulması kararın geçerliliği için şarttır (TTK m. 617/4).

43 Sigorta şirketleri ve acentelerin poliçe ve ek belgeleri (zeyil) branşlar itibarı ile numara sırasına göre aylık olarak kaydettikleri resmi defterler restrio (kayıt defteri) olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu defterin tutulma zorunluluğu bulunmamaktadır (Hazine Müsteşarlığının 16.02.2011 Tarih ve 2011 / 4 Sayılı Duyuru)

44 Ban. Kan m. 28'e göre bankaların denetim komitesi, kredi komitesi, müdürler kurulu karar defterlerini tutması zorunludur.

45 Bankalar, bankerler ve sigorta şirketleri BSMV defteri tutmak zorundadır (VUK m. 204).

şirketlere ilişkin hükümlerde belirtilmiştir (TTK m. 562). Ayrıca defter tutulmamasının icra iflas kanunu açısından da konkordato talebinin reddedilmesi veya taksiratlı müflis olarak kabul edilmeyele sonuçlanabilecek sonuçları bulunmaktadır (İİK m. 285/1,286; 310/1/5).

4. Defterlerin Tutulmasıyla İlgili İlkeler

4.1. Bütün Zorunlu Defterlerin Tutulması

Defterlerin ticari davalarda sahibi lehine delil olarak kabul edilebilmesi için eksiksiz ve usulüne uygun tutulması gerekir (HMK m. 222). Defterlerin eksiksiz ve usulüne uygun tutulduğundan bahsedebilmek içinse tüm tutulması zorunlu defterler tutulması ve defterlerin dayanağını oluşturan belgelerin saklanması gerekmektedir. Ancak defterlerin ibrazında defterler yalnız dava konusu ihtilafa ilişkin kayıtlar ve belgelerle sınırlı olarak incelenir (TTK m. 83). Bu nedenle tutulması gereken defterlerin tümünün tutulması ve birbirini doğrulamasından kasıt uyumsuzlukla ilgili kayıt bulunan ve birbirinin dayanağı oluşturan defterlerin tümünün tutulması ve birbirini doğrulamasıdır. Bu nedenle uyumsuzluktan daha eski tarihli defterlerin onayının yapılmaması gibi uyumsuzluğa ilişkin olmayan bir defterin usulüne uygun tutulmaması uyumsuzluk konusu defterlerin usulüne uygun tutulması şartıyla defterlerin ispat kuvvetini engellemeyecektir.

4.2. Defterlerin ve Dayanağını Oluşturan Belgelerin Saklanması

Defterlerin ve dayanağını oluşturan belgelerin son kaydın yapıldığı takvim yılının bitiminden itibaren on yıl süreyle saklanması⁴⁶ ayrıca yevmiye defterindeki kayıtların belge veya ispata dayanması gerekmektedir⁴⁷.

4.3. Açılış ve Kapanış Tasdikinin Yapılması ve Onay Yenileme

Fiziki ortamda tutulan defterler açılış onayına tabidir⁴⁸. Yevmiye defteri ve yönetim kurulu karar defteri ayrıca kapanış onayına tabidir (TTK m. 64/3/c; TİDİT m. 15)⁴⁹. Tacirler tarafından fiziki ortamda tutulan yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onayları kuruluş sırasında ve kullanmaya başlamadan önce, izleyen faaliyet dönemlerindeki açılış onayları ise defterlerin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk ayından önceki ayın sonuna kadar noter tarafından yapılır⁵⁰. Açılış onaylarının noter tarafından

46 Bakınız 9. BELGELERİN SAKLANMASI.

47 Bakınız 6.1.1. Yevmiye Defteri.

48 İlgili defterlerin elektronik ortamda tutulması durumunda söz konusu onay aranmaz (TTK m. 64/3).

49 Yevmiye defterinin, izleyen hesap döneminin altıncı ayının sonuna kadar notere ibraz edilip son kaydın altına noterce "Görölmüştür" ibaresi yazılarak mühür ve imza ile onaylanması zorunludur. Yönetim kurulu karar defterinin, izleyen hesap döneminin birinci ayının sonuna kadar notere ibraz edilip son kaydın altına noterce "Görölmüştür" ibaresi yazılarak mühür ve imza ile onaylanması zorunludur. Vergi Usul Kanununun 13 üncü ve 15 inci maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından mücbir sebep halinin ilan edildiği yerlerde, defterlerin kapanış onayları, mücbir sebebin sona erdiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar yapılabilir (TDİT m. 15).

50 TDİT çıkartılmadan önce hali hazırda kullanılan pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterleri, yeterli yapıları bulunmak ve eksik bilgiler tamamlanmak kaydıyla açılış onayı yapılmaksızın kullanılmaya

yapıldığı hallerde ticaret sicili tasdiknamesinin noterce aranması zorunludur⁵¹ (TDİT m. 13/1). Ticaret şirketlerinin kuruluşunda defterlerin açılışı ticaret sicili müdürlükleri tarafından da onaylanabilir⁵². Yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ile yönetim kurulu karar defterinin açılış onaylarının her hesap dönemi için yapılması zorunludur (TDİT m. 13/4)⁵³.

Yönetim kurulu karar defteri, yevmiye defteri, envanter defteri ve defteri kebir yeterli yapıları bulunması halinde yeni hesap döneminin ilk ayı içerisinde onay yenilemek suretiyle kullanılmaya devam edilebilir. Ancak onay yenilemede defterlerin türü değiştirilemez (TDİT m. 16).

4.4. Defterlerin Türk Lirası Üzerinden ve Türkçe Tutulması

Türkiye’de faaliyet gösteren tacirler defterlerini ve gerekli diğer kayıtlarını Türkçe tutmak zorundadır. Defterlerde kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde bunların anlamları açıkça belirtilmelidir (TTK m. 65/1). Diğer kanunlarda yer alan istisnalar⁵⁴ saklı kalmak kaydıyla yılsonu finansal tabloları Türkçe ve Türk Lirası ile düzenlenir (TTK m. 70/1). Yabancı şirketler açısından kayıtların Türkçe tutulması yükümlülüğü, Türk makamlarına sunacakları defterler açısından söz konusudur (İMMTKHK⁵⁵ m. 2)⁵⁶. Yerli şirketlerin veya yabancı şirketlerin Türk makamlarına sunacakları defter ve belgeleri yabancı dilde tutulması durumunda ise lehe delil olarak kullanılamaz (İMMTKHK m. 4)⁵⁷.

Kayıt ve belgelerde Türk para birimi kullanılır. Türk para birimi Türk Lirası ve Kuruştur. Belgeler, Türk parası karşılığı gösterilmek şartıyla, yabancı para birimine göre de düzenlenebilir. Ancak belgelerin muhatabının yurt dışında olması durumunda Türk parası karşılığı gösterilmek şartı aranmaz (VUK m. 215/2). Ayrıca ödenmiş sermayesinin en az 100 milyon ABD Doları veya karşılığı ve sermayesinin %40’ı ikametgâhi, kanuni

devam edebilecektir (TDİT geçici madde 3/1).

51 Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise ticaret şirketleri dışındaki gerçek ve tüzel kişi tacirlerin kuruluş sırasında yaptıracağı ticari defterlere ilişkin açılış onaylarında ticaret sicili tasdiknamesi aranmayacağı düzenlenmiştir.

52 VUK m 223 ile yalnızca sermaye şirketlerine verilen ticaret siciline tescil sırasında açılış onayının ticaret sicil müdürlerince yapılması yetkisi 6102 Sayılı TTK ile tüm şirketler açısından verilmiştir. Bu nedenle tüm ticaret şirketlerinde ticaret siciline tescil sırasında açılış onayları noter yerine Ticaret Sicil Müdürlüklerince de yapılabilmektedir (TTK m. 64/3).

53 Pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defteri yeterli yapıları bulunmak kaydıyla izleyen hesap dönemlerinde de açılış onayı yaptırılmaksızın kullanılmaya devam edilebilir. Onaya tabi defterlerin hesap dönemi içinde dolması dolayısıyla veya başka sebeplerle yıl içinde yeni defter kullanmaya mecbur olanlar bunları kullanmaya başlamadan önce açılış onayı yaptırmak zorundadırlar.

54 VUK’ye göre ise tutulacak defter ve kayıtların Türkçe tutulması zorunlu olmakla birlikte Türkçe kayıtlar bulunmak kaydıyla defterlerde başka dilden kayıt da yapılabilir. Söz konusu kayıtlar vergi matrahını değiştirmeyecek şekilde tasdik ettirilecek diğer defterlere de yapılabilir (VUK m. 215/1).

55 1926 Tarih ve 353 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun.

56 Yabancı şirketlerin Türkçe yanında kendi dillerinde de defter tutması durumunda Türkçe olana itibar edilir (İMMTKHK m. 2).

57 ARKAN, 2016, s. 349; ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 610.

ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kişilere ait işletmelerde bakanlar kurulu kayıtların Türk para birimi dışında bir para birimiyle tutulmasına izin verebilir⁵⁸. Bunun yanı sıra serbest bölgede faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerin, defterlerini Türk para birimine veya yabancı para birimine göre tutmaları kendi ihtiyarlarındadır⁵⁹.

4.5. Kanuna Uygun Tutulma ve İşletmenin Gerçek Finansal Durumunu Gösterme

Defterler öncelikle kanuna uygun olarak tutulmak zorundadır. Defterlerin kanuna uygun tutulmasından bahsedebilmek için defterlerin yasal düzenlemelerde öngörülen bilgileri kapsamı zorunludur⁶⁰. Ayrıca tacir, ticari defterlerinde, ticari işlemleriyle malvarlığı durumunu, TTK ve VUK hükümlerine göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. İşletmenin ticari işlemleriyle malvarlığı durumunun açıkça öngörülebilmesi defterlere yapılan kayıtların eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılmasını (TTK m. 65/2)⁶¹, defterlerin, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verecek şekilde tutulmasını ve ayrıca işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesinin defterlerden izlenebilmesini (TTK m. 64) ifade eder.

TTK'nin ilk halinde kanun vergi odaklı muhasebe yerine TMS odaklı muhasebeyi ön plana çıkarma amacı taşımakta idi. Ancak kanunda 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle VUK ve ilgili mevzuat hükümlerine⁶² yollama yapılmış⁶³ ve ticaret hukukuna 6762 sayılı kanun döneminde olduğu gibi vergi odaklı muhasebe anlayışı yeniden hakim olmuştur⁶⁴. Vergi mevzuatı hükümlerine uyma zorunluluğu getiren TTK m. 64/5 hükmü

58 İlgili dönem defter tasdik tarihi itibarıyla ödenmiş sermayesi (yurt dışında kurulan şirketlerin Türkiye'ye ayrılan ödenmiş sermayesi) en az 100 milyon ABD Doları ya da muadili yabancı para karşılığı Türk Lirası ve sermayesinin en az % 40'ı ikametgâhı, kanunî ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kişilere ait olan işletmelere, kayıtlarını Türk para birimi dışında başka bir para birimiyle tutmalarına Bakanlar Kurulunca izin verilebilir. Bakanlar Kurulu, bu had ve nispeti sektörler itibarıyla ayrı ayrı yarısına kadar indirmeye veya iki katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu şartların ihlâl edildiği hesap dönemini izleyen hesap döneminden itibaren Türk para birimine göre kayıt tutma zorunluluğu başlar (VUK m. 210/1/b).

59 3218 Sayılı Serbest Bölgeler kanunu uyarınca Kullanıcıların tutmak zorunda oldukları defterler ile düzenleyecekleri belgelere ilişkin olarak, Vergi Usul Kanununun hükümlerine tabi olmaksızın düzenleme yapmaya Maliye Bakanlığı yetkilidir. Söz konusu yetkiye istinaden 348 Sıra No'lu Vergi Usul Genel Tebliğinin "4. Serbest Bölgelerde Defter Tutma" başlıklı bölümünde ve, 85 Seri Numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği ve 345 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile kamuoyuna duyurulmuştur. ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 610.

60 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 611.

61 Bir yazım veya kayıt, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilemez ve değiştirilemez. Kayıt sırasında mı yoksa daha sonra mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmeler yasaktır (TTK m. 65/3).

62 Tacirler, VUK'nin defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile m 175 ve mükerrer m 257'de yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. TTK'nin defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri VUK ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez (TTK m. 64/5).

63 KENDİGELEN, 2012, s. 88.

64 ÖZKORKUT, 2014, s. 122, 123.

yanında TDİT'de kayıtların Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğlerinde yer alan usul ve esaslara uygunluğu da aranmaktadır (TDİT m. 4/3).

Ticari defterlerin işletmenin gerçek finansal durumunu göstermesi açısından tacirler münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlenmesi sırasında KGK tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır (TTK m. 88). TTK'nin ilk halinde defterlerin tutulmasında da yer alan söz konusu yükümlülük finansal tabloların düzenlenmesine hasredilmiştir. Ayrıca KGK'nın değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler için, -Uluslararası Finansal Raporlama Standartları tarafından farklı düzenlemelere izin verildiği hâllerde- özel ve istisnaî standartlar belirleme yetkisi bulunmaktadır⁶⁵. KGK söz konusu yetkisini kullanarak SPK'nin⁶⁶ ve BDDK'nin⁶⁷ düzenleme ve denetimine tabi bazı işletmelerin ve bazı sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri⁶⁸ ile borsa istanbulda faaliyet gösteren bazı şirketler⁶⁹ TMS'ye uymalarını⁷⁰ zorunlu tutulmuş diğer tacirler açısından ise TMS'ye uymanın ihtiyarı olduğuna karar vermiştir⁷¹

65 Bunları uygulayanlar, söz konusu durumu finansal tablo dipnotlarında açıklarlar (TTK m. 88/3). AB'nin 12.07.2002 tarihli Uluslararası Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına İlişkin Tüzüğünde pay senetleri bir üye devletin hukukuna tâbi ve teşkilatlanmış bir piyasada işlem gören anonim şirketlerin 1.01.2005 tarihinden itibaren düzenleyecekleri konsolide yılsonu finansal tablolarının uluslar arası muhasebe standartlarına uygun olması bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Diğer şirketler açısından ise üye devletler serbest bırakılmıştır (TTK m. 88 Madde Gerekçesi).

66 6362 sayılı SPK'nı uyarınca SPK'nın düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden; Sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketler, yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, varlık kiralama şirketleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları, veri depolama kuruluşları ile sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak sermaye piyasası kanunu kapsamında halka açık sayılan şirketlerden aktif toplamı on beş milyon ve üstü Türk Lirası veya yıllık net satış hasılatı yirmi milyon ve üstü Türk Lirası veya çalışan sayısı elli ve üstü olma şartlarının en az ikisini sağlayan şirketlerin TMS'ye uymalarını zorunlu tutulmuştur.

67 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca BDDK'nın düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden; bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri, finansman şirketleri, varlık yönetim şirketleri, derecelendirme kuruluşları, finansal holding şirketleri, finansal holding şirketleri üzerinde 5411 Sayılı Kanunda tanımlandığı şekliyle nitelikli paya sahip olan şirketler, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşlarının TMS'ye uymalarını zorunlu tutulmuştur.

68 3.6.2007 Tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu kapsamında faaliyet göstermekte olan sigorta, reasürans ve emeklilik şirketlerinin TMS'ye uymalarını zorunlu tutulmuştur.

69 Borsa İstanbul Piyasalarında faaliyet göstermesine izin verilen; yetkili müesseseler, kıymetli madenler aracı kurumları, kıymetli maden üretimi veya ticareti ile iştigal eden anonim şirketlerin TMS'ye uymalarını zorunlu tutulmuştur.

70 İlgili kurum, kuruluş ve işletmelerin 1.1.2014 tarihi ve sonrasında başlayan hesap dönemlerine ilişkin münferit ve konsolide finansal tablolarının hazırlanmasında Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasına karar verilmiştir.

71 KGK'nın 26.08.2014 Tarih ve 29100 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 13.1.2011 Tarihli ve TTK'nin 88 inci ve geçici 1 inci maddeleri ile 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı KHK'nın 9., 26. ve geçici 1. maddeleri uyarınca; 21/8/2014 Tarih ve 75935942-050.01.04 - [01/26] karar nolu kararı

5. DEFTERLERİN İBRAZİ VE TESLİMİ

5.1. Defterlerin İbrazi

5.1.1 Hukuki Uyuşmazlıklarda İbraz

Defterlerin ibrazı, hukuki uyuşmazlıklarda mahkeme kararıyla ticari defterlerin yalnız dava konusu ihtilafa ilişkin kayıtları ile belgelerle sınırlı olarak incelenmesine karar verilmesidir (TTK m. 83).

- Defterlerin ibrazına Hukuki uyuşmazlıklarda karar verilir

Defterlerin ibrazında ortada daima bir uyuşmazlık söz konusudur ve defterler gerekli şartları taşıması durumunda söz konusu uyuşmazlıkta HMK kapsamında delil olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle ibraz bir hususun ispatında söz konusudur. Düzenlemenin lafzi⁷² dikkate alındığında 6762 Sayılı TTK düzenlemesinden farklı olarak söz konusu uyuşmazlığın ticari olmasının bir unsur olarak aranması gerekecektir. Ancak uyuşmazlığın ticari olması defterlerin ibrazı açısından değil HMK'nin defterlere ilişkin özel hükümleri uyarınca ispat aracı olarak kullanılması açısından bir unsur olarak aranmalıdır. Bu kapsamda defterlerin ibrazı defterlerde ispattan daha geniş bir kavramdır ve ticari uyuşmazlıklar dışında defterlerin incelenmesine karar verilen her türlü uyuşmazlıkta söz konusu olur. Bu kapsamda defterlerin delil sözleşmesi kapsamında delil olması veya üçüncü bir kişinin defterlerine dayanılması durumunda da defterlerin ibrazı söz konusu olacaktır⁷³.

- Defterlerin ibrazına mahkeme resen veya talep üzerine karar verebilir⁷⁴.

Yabancı gerçek veya tüzel kişi bile olsalar, tarafların ticari defterlerinin ibrazına, resen veya taraflardan birinin istemi üzerine karar verilebilir. (TTK m. 83/1; HMK m. 222/1). E TTK m 80'de defterlerin re'sen ibrazını haklı bir çıkarın varlığına ve mahkemenin defterlerin ibrazını zorunlu görmesine bağlayan açık hükme⁷⁵ 6102 sayılı TTK'de yer verilmemiştir. Ancak hukuk yargılamasında taraflarca hazırlanma ilkesi karşısında (HMK m. 25) TTK m 83'de bir açıklık bulunmamasına rağmen 6762 Sayılı TTK m 80'de olduğu gibi, defterlerin re'sen ibrazına yalnızca haklı bir çıkarın varlığı halinde karar verilebileceği doktrince kabul edilmiştir⁷⁶.

- Mahkeme defter ve kayıtların örneğini de alabilir.

Bir hukuki uyuşmazlıkta ticari defterler ibraz edilmişse, defterlerin uyuşmazlıkla ilgili kısımları tarafların katılımı ile incelenir (TTK m. 84/1). Defter ve kayıtlar tarafların

72 Düzenlemenin madde başlığı "hukuki uyuşmazlıklarda ibraz" olmasına rağmen düzenlemede uyuşmazlığın ticari olması bir unsur olarak aranmaktadır (TTK m. 83). Uyuşmazlığın ticari olmasından kasıt ticari bir işe ilişkin olmasıdır. BOZER/ GÖLE, **2015**, s. 243; Hukukumuzda ticari işe TTK'de düzenlenen hususlar, ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller, ticari iş karanesi gereği tacirin borçları ve bir taraf için ticari nitelikteki sözleşmeler olmak üzere dört grup iş kaynaklık eder.

73 Örneğin Haksız rekabet nedeniyle tazminat olarak elde edilen menfaatin karşılığında hükmedilmesi kapsamında defterlerin incelenmesi durumunda defterlerle isap değil defterlerin ibrazı söz konusu olur. ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELLEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 624, 629.

74 Bu durumda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, yargılamayı gerektiren davalarda hazırlık işlemlerine ilişkin hükümleriyle senetlerin ibrazı zorunluluğuna dair olan hükümleri ticari işlerde de uygulanır (TTK m. 83)

75 Ülgen, (TEOMAN, / HELVACI, / KENDIGELLEN, / KAYA/ NOMER), **2009**, s. 507.

76 YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1156.

katılımı ile incelenmekle birlikte gerekli görülürse, defterlerin ilgili yapraklarından suret alınır (TTK m. 84/1). Bu durumda ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir (TTK m. 219/2).

5.1.2. Defterlerin İlgililer Tarafından İncelenmesi

Bazı hallerde ilgililerin defter ve belgeleri inceleme hakkı özel olarak düzenlenmiştir. Acentelik sözleşmesine ilişkin olarak defterlerin ibrazıyla ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır⁷⁷. Acente, müvekkilinden ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin kendisine gönderilmesini isteyebilir. Müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceleyebilir ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkil buna izin vermezse sorunu mahkeme duruma en uygun şekilde karara bağlar (TTK m. 116/2).

Adi şirkette yönetim yetkisine sahip olmasa dahi her ortağın şirket defter ve belgelerini inceleme hakkı bulunmaktadır (TBK m. 631).

Kolektif şirketlerde tüm ortakların defterleri inceleme bunlara göre kendisi için şirketin finansal durumunu gösterecek bir hesap tablosu düzenlemek hakkını haizdir. Buna aykırı sözleşme geçersizdir (TTK m. 225). Komandit şirketin komandite ortakları hakkında da söz konusu hüküm uygulanır. Komanditer ortakların denetim yetkisi ise TTK m. 310'da emredici şekilde düzenlenmiştir. Buna göre komanditerlerin denetim yetkisi şirketin envanterleriyle bilançosunun içeriğini, diğer finansal tablolarını, bunların doğruluğunu ve geçerliliğini incelemeye yöneliktir ve komanditer bu yetkisini iş yılı sonunda ve iş saatlerinde kullanabilir⁷⁸. Haklı sebeplerin bulunması durumunda ise mahkemece işlerinin ve varlığının bizzat veya bilirkişi tarafından incelenmesine her zaman izin verebilir (TTK m. 310).

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket defterlerini incelemesi istisnai olarak genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta karar vermesi ile mümkündür⁷⁹.

77 Ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Mehmet, Ç., **Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

78 Komanditer, bu incelemeyi bizzat yapabileceği gibi bir uzmana da yaptırabilir. Uzmanın şahsı hakkında bir itiraz ileri sürülürse komanditerin istemi üzerine mahkeme tarafından bilirkişi atanmasına karar verilir. Bu karar kesindir (TTK m. 310/2).

79 Pay sahibi bilgi alma hakkını genel kurulda, yönetim kurulundan şirket ve bağlı şirketlerle ilgili bilgi isteme ve genel kurul toplantılarından önce hazır bulundurulmuş finansal tablolar ve konsolide tabloları inceleme suretiyle kullanır. Finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az on beş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, pay sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulur. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir (TTK m. 437/1). Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir (TTK m. 437/3). Pay sahibinin şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, sorusunu ilgilendiren kısımlarının inceleyebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir (TTK m. 437/4).

Yönetim kurulu üyelerinin ise şirket defterlerini inceleme hakkı yönetim kurulu toplantıları ile sınırlıdır. Yönetim kurulu toplantıları dışında defterlerini inceleyemez; ancak yönetim kurulu başkanından şirket defterlerinin incelemesine sunulmasını isteyebilir (TTK m. 392). Limited şirketlerde her ortak, müdürlerden, şirketin bütün işleri ve hesapları hakkında bilgi vermelerini isteyebilir ve belirli konularda inceleme yapabilir⁸⁰.

5.2. Defterlerin Teslimi

Defterlerin teslimi, mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemeler veya ilgililer tarafından tacirin defter hesap ve diğer belgelerinin bütünüyle incelenmesini ifade eder (TTK m. 85). Defterlerin tesliminde bir hususun ispatında defterlerin HMK'nin ticari defterlere ilişkin özel hükümleri uyarınca delil olarak kullanılması değil malvarlığına ilişkin bir uyuşmazlığın çözülmesi söz konusudur. Bu nedenle defterlerin ibrazından farklı olarak uyuşmazlığın ticari nitelik taşıması önem arz etmeyeceği gibi usulüne uygun olarak tutulması da önem arz etmeyecektir.

Defterlerin teslimine karar verilebilmesi için ortada mal varlığına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır. TTK'de defterlerin ibrazı halleri Defterlerin teslimi mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklar şeklinde örnek niteliğinde sayılmıştır. Bu nedenle iflas davası gibi diğer malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda da defterlerin teslimi söz konusu olabilir. Sermaye ortaklıkları açısından defterlerin teslimini gerektirecek mal varlığına ilişkin uyuşmazlıklara, anonim şirketlerden şirket birleşmeleri (TTK m. 151) ve hakim şirketlerde (TTK m. 208) çoğunluğun azlığı şirketten çıkarması; limited şirketler açısından ise çıkma (TTK m. 638/1) ve çıkarma (TTK m. 621/3) kapsamında ayrılma akçesinin hesaplanması örnek olarak gösterilebilir.

6. Belgelerin Saklanması

Her tacir, ticari defterlerini bilançolarını, düzenlenen ve alınan ticari mektup⁸¹ ve belgeleri ile⁸² gönderilen ticari belgelerinin suretlerini⁸³ son kaydın yapıldığı takvim yılının bitiminden⁸⁴ itibaren on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Söz konusu belgeleri saklama

80 Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir. Genel kurul, bilgi alınmasını ve incelemeyi haksız yere engellerse, ortağın istemi üzerine mahkeme bu hususta karar verir. Mahkeme kararı kesindir (TTK m. 614).

81 Ticari mektuplar, bir ticari işe ilişkin tüm yazışmalardır (TTK m. 82/2).

82 Bu kapsamda tacir, ticari defterlerini, envanterleri, açılış bilançolarını, ara bilançolarını, finansal tablolarını, yıllık faaliyet raporlarını, topluluk finansal tablolarını ve yıllık faaliyet raporlarını ve bu belgelerin anlaşılabilirliğini kolaylaştıracak çalışma talimatları ile diğer organizasyon belgelerini, alınan ticari mektupları, gönderilen ticari mektupların suretlerini, yapılan kayıtların dayandığı belgeleri, sınıflandırılmış bir şekilde saklamakla yükümlüdür (TTK m. 82/1).

83 Tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilen her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür (TTK m. 64/2).

84 Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tablolarının hazırlandığı ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluşturduğu takvim yılının bitişiyle başlar (TTK m. 82/6).

yükümlülüğü defter tutma yükümlülüğünden ayrı bir yükümlülüktür ve tacir sıfatı -ticaret şirketleri açısından şirket tüzel kişiliği- devam etsin etmesin devam eder (TTK m. 82/5). İlgili belgelerin şirket merkezinde saklanması zorunluluğu da bulunmamaktadır. İşletmenin iş hacmi ve yaptığı işin niteliği dikkate alınmak kaydıyla defter ve kayıtlar işletme bünyesinde bir yer olmak kaydıyla işletmenin merkezi yanında arşiv gibi özel bir bölümde veya bu iş için ayrılmış bir yerde de saklanabilir⁸⁵. Ticaret şirketlerinin tasfiyesi halinde ilgili defter ve belgeler sulh hukuk mahkemesi tarafından saklanır⁸⁶. Belgeler basılı olarak saklanmak zorunda değildir; basılı veya görüntü veya veri taşıyıcılarla⁸⁷ da saklanabilir. Aynı şekilde elektronik ortamda alınan bilgiler de basılı olarak saklanabilir (TTK m. 82/4).

7. Defter Ve Belgelerin Zıyaı

Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu⁸⁸ defterler ve belgeler yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle kanuni saklama süresi içinde zıya uğrarsa tacir zıyaı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine bir belge verilmesini isteyebilir. Zıyanın öğrenilmesinden başlayan 15 günlük süre hak düşürücü süredir ve zıyaı öğrenme tarihinin tespitini gerektirir⁸⁹. Zayı kavramı defter ve belgelerin yalnızca elden çıkmasını veya yok olmasını değil; tacirin gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen önleyemediği bu nedenle kendisine kusur olarak yüklenemeyen harici bir olay nedeniyle ileri sürülmesinin mümkün olmamasını ifade etmektedir. Ayrıca buradaki kusur defterlerin saklanmasına yöneliktir. Bu nedenle fişin prizde unutulması gibi genel bir kusurun varlığı

85 Yargıtay, zayı belgesi istemi mahkemece davacı şirkete ait fatura ve irsaliyelerin basiretli bir tacir gibi şirket merkezinde muhafaza edilmesi gerektiği belirtilmiş ise de davacı şirketin ticari hacmi düşünüldüğünde dava konusu fabrikanın bulunduğu yerden sevkiyatların yapılması nedeniyle ticari defter bunlarla ilgili fatura ve irsaliye gibi belgelerin fabrikada bulunmasının yürütülen faaliyet gereği olması nedeniyle kullanılan fatura irsaliye ve bunlarla ilgili belgeler yönünden zayı belgesi isteminin kabulüne karar vermiştir. 11. HD T. 13.6.2014, 2014/4863/E; 2014/11350/K.Şener ise saklama konusunda tacirin üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmesi kaydıyla defterlerin işletme dışında bir yerde de saklanabileceği görüşündedir. ŞENER, Oruç, H., "Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyaı, Zayı Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV)", **DEÜHFD**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 233-295), s. 242.

86 Gerçek kişi olan tacirin ölümü hâlinde mirasçıları ve ticareti terk etmesi hâlinde kendisi defter ve kâğıtları birinci fıkra gereğince saklamakla yükümlüdür. Mirasın resmî tasfiyesi hâlinde veya tüzel kişi sona ermişse defter ve kâğıtlar sulh mahkemesi tarafından saklanır (TTK m. 82/8).

87 Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak kaydıyla, kayıtlara her an ulaşılabilecek ve uygun bir süre içinde okunabilecek şekilde görüntü veya veri taşıyıcılarla da saklayabilirler (TTK m. 82/3).

88 Yazar kasa, maddede belirtilen zayı belgesi istenebilecek defter ve belgelerden bulunmadığından belirtilen madde hükmüne dayanarak zayı belgesi istenmesi de mümkün değildir 11. HD 15.01.2001 T. 2000 - 9127/43. KENDİGELEN, Abuzer / MOROĞLU Erdoğan, **İçtihaatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat: Kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, Bakanlar Kurulu Kararları, Yönetmelikler/Tbliğler, Seçilmiş İçtihaatlar**: 10. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 695-696.

89 Yargıtay, öğrenme tarihi tespit edilerek hak düşürücü sürenin geçip geçmediğinin belirlenmesi gerekirken hak düşürücü sürenin su baskını tarihinden itibaren hesaplanması sureti ile davanın reddinin yerinde olmadığına karar vermiştir. 11. HD; E. 2014/5660; K. 2014/11825; T. 23.6.2014, Kazancı, Elektronik Hukuk Yayımcılığı, Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

zayi belgesinin talep edilmesine engel teşkil etmeyecektir. Defter ve belgelerin kimde olduğunun bilinmesi durumunda ise muhatabına iade davası açılması gerekeceğinden zayi kavramı içerisinde değerlendirilemez⁹⁰.

Zayi kararıyla tacir, defterleri ibraz etmemenin vergi hukuku, ceza hukuku ve ispat hukukuna yönelik sonuçlarından söz konusu kurtuluş beyinesiyle muaf tutulmaktadır⁹¹. Zayi kararı alınmasının ispat kuvveti açısından sonuçları bulunduğu için defterlerin ziyasına karar verilebilmesi için TTK anlamında ispat kuvvetine sahip olan defterlerin zayi edilmiş olması gerekir. Bu nedenle defterlerin ziyasına karar verilebilmesi için usulüne uygun tutulması ve açılış kapanış onaylarının yapılması da bir unsur olarak aranmalıdır⁹². Aksinin kabulü durumunda zayi belgesi alınması sayesinde defterlerin tacir aleyhine delil olmasının önüne geçilmiş olacaktır⁹³. Defterlerin kanuna uygun tutulması unsuru aynı zamanda hangi defterlerin zayi edildiğinin ve gerekli kanuni şartları taşıyıp taşımadığının belirtilmesini zorunlu kılar⁹⁴. Ayrıca saklama yükümlülüğünün son kaydın yapıldığı takvim yılı bitiminden itibaren (TTK m 82) başlayacağından saklama yükümlülüğü doğmayan defterler açısından zayi belgesi gerekmemektedir⁹⁵. Bu nedenle henüz kullanılmayan defter ve belgeler söz konusu madde kapsamında değerlendirilmez⁹⁶.

Zayi kararı yalnızca tutulması zorunlu ticari defterler için değil defter tutma kapsamında saklanması gerekli tüm ticari evrak ve belgeler için verilebilir⁹⁷. Hangi defterler ve hangi yıllara ait defterler için zayi belgesi talep edildiğinin belirtilmesi zorunlu ise de⁹⁸ ilgili ticari belgelerin tek tek belirtilmesi şart değildir⁹⁹. Defter veya belgelerin ça-

90 YASAN, Mustafa, "Zayi Belgesinin Temini İçin Gerekli Olan Koşulların 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", **Batider**, Yıl: 2011, Cilt: 28, Sayı 2, (s. 53-120), s. 95; ARKAN, 2016, s. 352; ÜLGEN, (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 619.

91 YASAN, **2011**, s. 73.

92 Ticari defterler notere tasdik ettirilmemişse bu defterler için zayi belgesi verilmesi istenemez. YRG. 11 HD. T. 20.22.1992 E. 1991/ 3729, K 1992/10671; ERİŞ, **2014**, s. 316.

93 KARAHAAN, **2015**, s. 309.

94 Mahkemece zayi belgesi istenen defter ve belgelerin nelerden ibaret olduğu, notere tasdik edilip edilmediği araştırılır.11. HD 09.06.1997 4020/4349 KENDİGELEN/ MOROĞLU, 2014, s. 128; YASAN, **2011**, s. 93.

95 YASAN, **2011**, s.94.

96 Yarg. 11.HD 27/05/1991/T, 1991/2021/E, 1991/3482/K; ŞENER, 2004, s. 250; ARKAN, 2016, s. 352; ÜLGEN, (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 620. YASAN, ayrıca saklama yükümlülüğünün son kaydın yapıldığı takvim yılı bitiminden itibaren (TTK m. 82) başlayacağını; bu nedenle saklama yükümlülüğü doğmayan defterler açısından zayi belgesi istenmesine de gerek olmadığını belirtmektedir. YASAN, **2011**, s. 94.

97 Yargıtay, fatura ve irsaliyelerin ziyasına karar vermiştir. 11. HD E. 2014/4863; K. 2014/11350; T. 13.6.2014 bir başka kararında ise 14 adet kullanılmamış fatura ile 12 adet adisyonun kayıp olması sebebine dayalı davayı kabul etmiş ancak dava şartları oluşmadığından dolayı davayı reddetmiştir. Yrg. 11. HD 20.4.2015/T, 2015/966/E; 2015/5491/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

98 Mahkemece yangın sonucu zayi olduğu iddia edilen ticari defter ve belgelerin nelerden ibaret olduğu, hangi yılları kapsadığı, noterden tasdik edilip edilmedikleri... 11HD. 14.06.1998/T, 1998/4247/E, 1998/5534/K. ERİŞ, Gönen, **Gerekçeli - Açıklamalı - İçtihatlı 6335 - 6552 Sayılı Kanunlarla güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler: Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler, C. I. Madde: 1-53**, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 318.

99 Tacir tarafından zayi olan belgelerin tek tek bilinip belirtmesinin beklenememesine göre... Yarg 11. HD. 14.02.1991/E 1989/9310/ 916/K; karar metni için bkz. ERİŞ, **2014**, s. 311; ARKAN, **2016**, s. 352.

linması veya bir afet içerisinde zayı olması dava şartıdır. Bu ise defter veya belgelerin ne şekilde kaybolduğundan da bilinmesini gerektirir¹⁰⁰. Düzenlemede yer alan afet halleri sınırlayıcı bir şekilde düzenlenmemiştir. Mücbir sebep ve beklenmeyen haller afet kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Zira ilgili düzenlemede hırsızlığa yer verilmesi, mücbir sebep yoğunluğuna ulaşmayan ve işletmenin faaliyet dışı bir olay olma niteliği taşıması zorunlu olmayan beklenmeyen hallerin de düzenleme kapsamında değerlendirilmesini gerektirir¹⁰¹. Ayrıca düzenlemenin örnekleyici nitelikte olduğunu gösteren “gibi” ifadesine hırsızlıktan sonra yer verilmesi de hırsızlık dışındaki kaybolma halleri için de zayı belgesi istenebileceğini göstermektedir. Önemli olan tacirin, iddiaların samimi ve inandırıcı olması, defter ve kayıtların korunması hususunda basiretli bir tacirden beklenen dikkat ve ihtimamın gösterilmesi, ziyanın tacirin iradesi dışında meydana gelmesi ve söz konusu olayda kusurunun bulunmamasıdır¹⁰². Buradaki kusur defterlerin saklanması ve saklama yükümlülüğüne ilişkin gerekli dikkat ve özenin gösterilmesine yöneliktir¹⁰³. Fişin prizde unutulması nedeniyle yangın çıkması gibi genel bir kusurun bulunması ise zayı belgesinin talep edilmesini engellemez¹⁰⁴.

Mahkemeden zayı belgesi alınması defterlerin ziyanının ispatı açısından tek yoldur. Bu nedenle tacir defterlerin ziyanını zayı belgesinden başa delille ispat edemez. Zayı davası hasımsız açılır. Mahkeme gerekli gördüğü delillerin toplanmasını da emredebilir (TTK m. 82/7). Verilen hüküm ise bir tespit hükmüdür. Bu nedenle kesin delil teşkil etmez ve aksi her zaman ispat edilebilir¹⁰⁵.

8. Defterlerin İspat Fonksiyonu

Ticari defterler, HMK kapsamında ticari defterlere tanınan özel ispat kuvveti yanında HMK anlamında vesika olarak ve taraflardan birinin savunmasını diğer tarafın defterlerine hasretmesi durumunda da delil kuvvetine haizdir. Ticari defterlerin HMK m. 222 vd hükümler kapsamında ticari uyumsuzluklarda delil olarak kabul edilmesi ve genel hükümlere göre delil olarak kabul edilmesi farklı şart ve rejime tabi tutulmuş ve farklı sonuçlara bağlanmıştır. Ayrıca -defterlere dayanan taraf tacir olmasa dahi- savunmanın karşı tarafın defterlerine özgülenmesi durumunda ticari defterlerin ispat fonksiyonu HMK m. 222/5'de özel olarak düzenlenmiştir.

100 Yrg. 11. HD T. 20.4.2015; 2015/966/E; 2015/5491/K; , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

101 ŞENER, söz konusu hükmün yalnızca mücbir sebep halleriyle sınırlı yorumlanması gerektiği geniş kapsamlı yorumlanamayacağı bu nedenle elektrikli cihazın prizde takılı bırakılması nedeniyle yangın çıkması gibi haricelik unsuru taşımayan olayların madde kapsamında değerlendirilemeyeceği kanısındadır. ŞENER, **2004**, s. 254, 255.

102 Zayı belgesi verilebilmesi için ziyanın tacirin iradesi dışında meydana gelmesi ve defter ve kayıtların korunması hususunda gerekli dikkat ve ihtimamın gösterilmesi gerektiği - aracın arka koltuğuna konulan ticari defterlerin alınmasında tacirin gerekli özeni göstermediğinin kabulü gerekeceği yönünde karar vermiştir. Yarg. 11 HD 16.11.2011/T, 2010/3476/E, 2011/15231/K. Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

103 HGK 05..03.2003 11-141/140 karar metni için bakınız KENDİGELEN/ MOROĞLU, **2014**, s. 127, 128

104 Yarg. 11.HD 27/05/1991/T, 1991/2021/E, 1991/3482/K; ŞENER, **2004**, s. 250., ARKAN, **2016**, s. 352; ÜLGEN, (HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 620.

105 ARKAN, **2016**, s. 352.

Ticari defterler, HMK anlamında bir belge olması nedeniyle her türlü uyuşmazlıkta ispat kuvvetine sahiptir. Defterlerin ispat için kullanılacağı uyuşmazlık sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir. Özellikle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda ifanın bir hukuki işlemi gerektirmesi durumunda belirli bir meblağın üzerindeki işlemlerin kesin delillerle ispat edilmesi gerekecektir (HMK m. 200)¹⁰⁶.

8.1. Defterlerin Ticari Uyuşmazlıklarda Delil Olması

HMK anlamında belge niteliği taşıması yanında ticari defterlere, tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda özel bir ispat fonksiyonu tanınmıştır (HMK m. 222). HMK m. 222'de ticari uyuşmazlıklarda ticari defterler sahibi lehine veya aleyhine delil olabileceği ve usulüne uygun olarak tutulmuş bir ticari defterin aksinin ancak yazılı delille kanıtlanabileceği düzenlenmiştir (HMK m. 222). Defterlerle ispat HMK'de yer alan genel ispat usullerini ve diğer delilleri bertaraf eden bir usul değildir; onlar yanında tanınmış bir ispat vasıtasıdır¹⁰⁷. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise söz konusu ispat vasıtasının yalnızca ticari defterler açısından söz konusu olması, saklanması gerekli diğer evraka ise bu şekilde özel bir delil niteliği tanınmamasıdır¹⁰⁸.

Defterlerin düzenlemede belirtilen özel ispat gücüne sahip olabilmesi için bazı şartların sağlanması gerekmektedir. Bu sayede ticari defterler dayanağı olan belgeleri de aşan bir ispat gücüne sahip olabilir. Örneğin fatura gönderilmesi taraflar arasındaki ilişkinin varlığına delil teşkil etmezken faturanın deftere geçirilmesi fatura içeriği yanında hukuki ilişkinin ikrarı kabul edilmekte ve defterlerin hukuki ilişkinin varlığına da delil teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Defterlerin ticari bir uyuşmazlıkta delil olabilmesi için ön koşul olarak

- Ticari bir uyuşmazlığın söz konusu olması
- Tarafların her ikisinin de tacir sıfatını taşıması
- Uyuşmazlığın defterlere geçirilmesi gerekli bir husustan doğması

Ve söz konusu şartların tümünün aynı anda sağlanması gerekir. Söz konusu şartları taşıyan defterler lehe veya aleyhe delil olarak kullanılabilir.

- Ticari bir uyuşmazlığın söz konusu olması

Taraflar arasında ticari bir uyuşmazlık bulunması durumunda defterler delil olarak kullanılabilir. Uyuşmazlığın ticari olmasından kasıt ticari bir işe ilişkin olmasıdır¹¹⁰.

- Tarafların her ikisinin de tacir sıfatını taşıması

Defterlerin lehe veya aleyhe delil olarak kullanılabilmesi açısından uyuşmazlığın ticari olması haricinde 6762 Sayılı TTK'den farklı olarak tarafların tacir sıfatına haiz olmasına ilişkin doğrudan bir düzenleme HMK'de yer almamaktadır. Ancak HMK m. 222/5'de

106 Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinde kişi edim fiilini veya edim sonucunu borçlanabilir. Edim fiilinin borçlanılması durumunda ifa yalnız maddi fiillerle gerçekleştirildiği için her türlü delille ispat edilebilir. Edim sonucunun borçlanılması durumunda ise ifa bir hukuki işlem yapılmasını gerektirebilir.

107 POROY, Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.230.

108 MİMAROĞLU, 1970, s. 355.

109 HGK T. 19.9.2012; 2012/19-400/E; 2012/581/K. Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

110 Bakınız yukarıda 5.1.1 Hukuki Uyuşmazlıklarda İbraz

“taraplardan birisi tacir olmasa dahi” ibaresinden ticari defterlerin delil olarak kullanılabilmesi için tarafların tacir sıfatını taşıması gerektiği anlaşılmaktadır¹¹¹. Tacir sıfatının ise ihtilaf konusu işlemin yapıldığı sırada bulunması yeterlidir. Daha sonra kaybedilmesinin önemi bulunmamaktadır.¹¹² Kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirlerinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar gerek doğrudan gerekse kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletmeler de tacir sayılmazlar. Ancak ilgili işletmelerin -tüzel kişiliği bulunmasa dahi- tacir sıfatı taşıdığı kabul edilmektedir. Bu durumda söz konusu teşekküllerce tutulan defterlerin de HMK m. 222 uyarınca delil kuvveti taşıdığı kabulü gerekecektir¹¹³.

- Uyuşmazlığın, her iki tarafında da defterlerine geçirilmesi gerekli bir husustan doğması

Defterlerin delil olarak kullanılması istenen uyuşmazlığın, her iki tarafında da defterine geçirmesi gereken bir husustan kaynaklanması gerekmektedir. Delillerin sunulmasında eşitlik ilkesi ancak bu şekilde sağlanabilecektir¹¹⁴. Bu nedenle öncelikle üçüncü kişinin defterleri bu anlamda delil teşkil etmeyecektir. Ayrıca defterlere geçirilmesi gerekmeyen bir hususun her nasılsa deftere kaydedilmesi durumunda da ilgili kayıtlar ticari defterlere ilişkin kurallar kapsamında delil kuvveti taşımayacaktır.

Uyuşmazlığın her iki tarafın defterlerine geçirmesi gerekli bir husustan doğması tacirin ticari alanına ilişkin olmasını da gerektirir. Tüzel kişilerin özel alanı bulunmadığı için bir şirketin bahçe düzenlemesi için süs bitkileri alması, bir personelinin cenazesine çiçek göndermesi gibi tüzel kişilerin her türlü işlemi ticari deftere geçirilmesi gerekir ve defterler delil olarak kullanılabilir. Gerçek kişi tacir açısından ise ticari iş karinesi gereği defterlere geçirmesi gereği karine olarak kabul edilmekle birlikte¹¹⁵ karinenin aksi kanıtlanabilir.

Uyuşmazlığın deftere geçirilmesi gereken bir husustan doğması bir unsur olarak aranmakta olup uyuşmazlığın niteliği ise önem arz etmemektedir. İşletmeye ilişkin hukuki işlemde doğan para ve mal hareketleri¹¹⁶ deftere geçirileceği için defter ve kayıtlar sözleşme ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılabilir. Özellikle edime dayalı sebepsiz zenginleşmeler¹¹⁷ defterlerle ispat edilebi-

111 .. kamu kuruluşu olup ticari hüviyeti bulunmamaktadır. Bu durumda davacının ticari defterleri lehine delil olarak kabul edilmez. Yrg. HGK T. 16.04.1997; 1997/13-103/E, 1997/35/K. ERIŞ, **2014**, s. 331.

112 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 627.

113 Söz konusu işletmelerin ve bu işletmelere benzeyen ve tüzel kişiliği bulunmayan diğer ticari teşekküllerin defter tutmakla yükümlü olduğu TDİT’de düzenlenmiştir (TDİT m. 5/4). Ancak BOZER / GÖLE, söz konusu işletmeler tarafından tutulan ticari defterlerin HMK m. 222 uyarınca delil kuvveti bulunmadığı görüşündedir. BOZER/ GÖLE, **2015**, s. 227.

114 BOZER/ GÖLE, **2015**, s. 243.

115 Davalı alacaklı ve dava dışı müflis tacir olup alacağın ticari ilişkiden kaynaklandığı karine olarak kabul edilmelidir.Yrg. 19. HD T 25.12.1992, 1992/11448/E, 1992/6920/K ERIŞ, **2014**, s. 335.

116 ARKAN, **2016**, s. 362.

117 Özellikle borçlar hukukunda düzenlenen geçerli bir hukuki sebebin olmaması ve borçlanılmamış edimin ifası, hukuki sebebin gerçekleşmemesi ve hukuki sebebin ortadan kalkması olarak belirtilen sebepsiz zenginleşme halleri edime dayalı sebepsiz zenginleşme olarak tanımlanmaktadır. YILDIRIM, Abdulkarim, **Türk Borçlar Hu-**

lecek niteliktedir. Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda ise uyuşmazlık her iki tarafında da ticari defterlerine kaydetmesi gereken para ve mal hareketine ilişkin olmayacağı için ispatı yalnızca karşı tarafın defterlerine hasredilmesi hariç HMK m. 222 anlamında lehe veya aleyhe delil olarak kullanılamayacaktır.

8.1.1. Ticari Defterlerin Lehe Delil Olması

Defterlerin sahibi lehine kanıt olarak kullanılabilmesi için defterlerin delil olarak kullanılması şartları dışında da bazı şartları taşıması yani ön koşul olarak olumlu ve olumsuz unsurların bir arada bulunması gerekir.

Olumlu unsur olarak defterlerin delil olarak kullanılabilmesi için;

- Kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş olması
- Defter kayıtlarının birbirini doğrulaması
- Açılış ve kapanış onayları yaptırılması
- Defterlerin dayanağı olan belgelerin saklanması
- Defter ve kayıtların diğer tarafın defterleriyle veya kesin delillerle çürütülmemesi

Gerekmektedir. Ayrıca gerekli nitelikleri taşıyan defterlerin lehe delil olarak kullanılması durumunda defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılmaz (bölünmezlik ilkesi) (TTK m. 222/3).

- Kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş olma

Defterlerin lehe delil olarak kullanılabilmesi için uyuşmazlık konusu olan ve mahkeme tarafından ibrazına karar verilen defterlerin tümünün eksiksiz tutulması ve kayıtların dayanağı olan belgelerin saklanması gerekmektedir. Mahkeme tarafından ibrazına karar verilmeyen yani uyuşmazlık konusu ile ilgili kayıt içermeyen ve uyuşmazlık konusu defterlerin dayanağını oluşturmayan defterlerin tutulmaması ise diğer defterlerin ibraz kuvvetini etkilemez.

- Defter kayıtlarının birbirini doğrulaması

Defter ve kayıtların birbirini doğrulaması ile kastedilen husus her iki tarafın defter ve kayıtlarının birbirini doğrulaması değil aynı tacir tarafından tutulan defter ve kayıtların birbirini doğrulaması gerektiğidir¹¹⁸. Burada da yalnızca uyuşmazlık konusu defterlerin ibrazı söz konusu olacağı için “kanuna göre eksiksiz tutulma” unsurunda söz konusu olduğu gibi yalnızca uyuşmazlık konusu kayıtların birbirini doğrulaması yeterli kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay yalnızca uyuşmazlık konusu olayla ilgili değil tüm defter ve kayıtların birbirini doğrulaması gerektiği görüşündedir¹¹⁹.

- Defter ve kayıtların dayanağı olan belgelerin saklanması

Defterlerin lehe delil olarak kullanılabilmesi için usulüne uygun olarak tutulması

kuku Genel Hükümler, 2. Basım. Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 235; SEROZAN, Rona / KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin, vd. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. C. 3, 6. Basım, İstanbul, 2014, s. 329.

118 YILMAZ, **2013**, s. 1157.

119 Yarg TD 12.10.1962, 1962/5140/E, 1962/3223/K; ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 630.

unsuru, dayanağı olan belgelerin saklanması zorunlu kılar¹²⁰. Defter ve dayanağı olan belgeler dışındaki saklanması gerekli diğer evrakın saklanmaması ise kanuna uygun tutulmuş olma açısından bir sorun yaratmaz¹²¹. Zira mahkemeler defter ve kayıtlarla bunların dayanağı olan belgeleri inceleyerek karar verir¹²². Ancak ticari defterlerin sahibi lehine kanıt olabilmesi için defterlerin kayıtlarının dayanağı belgelerin ibrazına gerek yoktur¹²³.

- Açılış ve kapanış onaylarının yaptırılmış olması

Defterlerin ticari davalarda lehe delil olarak kullanılabilmesi için kanuna göre eksiksiz tutulması, açılış ve kapanış onaylarının yaptırılmış olması¹²⁴ ve defter kayıtlarının birbirini doğrulaması gerekir (HMK m. 222/2)¹²⁵. Zira açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları ancak sahibi aleyhine delil niteliği taşımaktadır (HMK m. 222/4).

- Defter ve kayıtların diğer tarafın defterleriyle veya kesin delillerle çürütülmemiş olması

HMK m. 222/3'e göre ticari defterlerin düzenleyen taraf lehine kanıt olarak kullanılabilmesi için diğer tarafa ilişkin bazı şartlar da aranmaktadır. Olumsuz şart olarak adlandırılan söz konusu şartlar diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların

- Söz konusu kayıtlara aykırı olmaması
- İlgili hususta hiç bir kayıt içermemesi
- İçeriğindeki kayıtların aksinin kesin delillerle kanıtlanmaması

Şeklinde sıralanabilir. Bu durumda maddede açıklık bulunmamakla birlikte defterler kesin delil niteliğine sahip olur¹²⁶.

Diğer kanıtlar yanında karşı tarafın defterlerine dayanılması durumunda defterlerin delil olarak kabul edilebilmesi için kural olarak iki tarafın defterleri de incelenmek suretiyle sonuca ulaşılması gerekmektedir¹²⁷. Zira ticari defterler tek taraflı değil iki taraflı incelenmesi durumunda ticari defterlere ilişkin özel hükümler kapsamında delil

120 Yrg. 11 HD. T 16.11.2000; 2000/7371/E, 2000/8995/K. ERİŞ, 2014, s. 323.

121 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELLEN/KAYA/NOMER), 2015, s. 618.

122 BOZER/ GÖLE, 2015, s. 244.

123 Arkan aksi takdirde defterlerle ispatın bir öneminin kalmayacağını karşı tarafın defterlerin aksinin kendi defterleri ve elindeki belgelerle çürütme imkanının bulunduğunu bu nedenle dayanağı belgelerin ibrazının zorunlu olmamasının karşı tarafı zor durumda bırakmayacağını belirtmektedir. ARKAN, 2016, s. 362; KARAYALÇIN, Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, 2. Bası (Bilanço Hukuku Kitabının Genişletilmiş İkinci Basısı) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, s. 65.

124 6762 sayılı TTK m 84'de kanuna uygun tutulma olarak belirtilen söz konusu unsur HMK m 222/4'de "açılış kapanış onayları bulunması ve içeriğindeki kayıtların birbirini doğrulaması" ifadeleriyle daha dar bir şekilde ifade edilmiştir .

125 Bakınız yukarıda 4.1. Bütün Zorunlu Defterlerin Tutulması ve 8.1.1. Ticari Defterlerin Lehe Delil Olması.

126 YILMAZ, 2013, s. 1153.

127 Davalı defterlerine dayanabileceğinden ve davalı defterlerinde yer alan aleyhindeki kayıtlarda davacı açısından ispat kolaylığı sağlayacağından davalı defterlerinin de incelenmesi gerektiği 15. HD. 19.6.2013/T, 2012/6425/E, 2013/3973/K.

niteliğine sahiptir¹²⁸. Bu nedenle karşı tarafın, söz konusu defterlerin içeriğini aynı şartlar altında tutulan ticari defterlerdeki kayıtlarla farklı olursa defterlerin ispat kuvveti ortadan kalkmaktadır. Bu durumda karşı tarafın defter tutma yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda kanunun ifadesiyle aynı şartlar altında tutulan defterlerden söz edilemeyeceği için ticari defterlerin düzenleyen taraf lehine kanıt olarak kullanılabilmesi açık olmakla birlikte karşı tarafın defterlerini hiç ibraz etmemesi ve ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi durumlarına açıklık getirmek gerekmektedir.

Karşı tarafın defterlerini hiç ibraz etmemesi durumunda Yargıtay'ın genel kanaati defterlerin HMK m. 222/4'den farklı olarak HMK m. 219 anlamında vesika olarak değerlendirilmesi yönündedir. Bu durumda defterlerin delil kuvveti HMK m. 220'deki genel düzenlemeye tabi olur. Söz konusu düzenlemeye göre karşı tarafın defterlerini ibraz etmemesine bağlanan sonuç diğer tarafın belgeye ilişkin açıklamalarını mahkeme kabul edilebileceğinin öngörülmesidir ve bu durumda hakimin takdir hakkı kullanması söz konusu olur¹²⁹. HMK m. 220 uyarınca hakime takdir hakkı verilmesi karşısında; defterleri lehe delil olma niteliği bulunmayan taraf defterlerini ibraz etmemesi, ibraz etmesinden daha avantajlı olacaktır. Bu nedenle defterlerin hiç ibraz edilmemesi durumunda da defterlerde yer alan hususun ispat edildiğinin kabulü menfaatler dengesine daha uygundur. Doktrindeki yaygın kanaat de bu durumda HMK m. 222/5'e kıyasen defterlerini ibrazını talep eden tarafın iddiasını ispat ettiğinin kabulü yönündedir¹³⁰. Defterlerin zayi olduğunun ileri sürülmesi durumunda zayi belgesini ibraz eden tarafın ise ibrazdan kaçınmış sayılmayacağı 6762 sayılı e TTK' m. 68/4'de açıkça düzenlenmesine rağmen söz konusu ifadeye 6102 sayılı TTK'de yer verilmemiştir. Ancak söz konusu hususun 6102 Sayılı TTK açısından da kabulü gerekir.

6762 sayılı TTK m. 85 düzenlemesinde karşı tarafın defterlerinin hiçbir kayıt içermemesi durumunda defterlerin ispat kuvvetinin kalmayacağı düzenlenmişken HMK m. 222 düzenlemesinde bu konuda farklı bir çözüm tarzı benimsenerek karşı taraf defterlerinin uyuşmazlığa ilişkin hiçbir kayıt içermemesi durumunda defterlerin ibraz eden taraf lehine kanıt oluşturacağı düzenlenmiştir. Düzenlemenin lafzı dikkate alındığında örneğin gönderilen faturaların karşı tarafça defterlere geçirilmesi sözleşmenin varlığına dair delil kabul edilirken; bu durumda faturaların defterlere kaydedilmemesi ve hiçbir kayıt içermemesi de sözleşmenin varlığına delil olarak kabul edilecektir. Söz konusu düzenleme ticari defterlerle ispata ilişkin yerleşik uygulamaya ve HMK'nin ispata ilişkin genel ilkelerine aykırıdır. Ticari defterlerle ispata ilişkin 6762 Sayılı TTK düzenlemelerinin HMK'ye hatalı bir şekilde aktarılmasından¹³¹ kaynaklanan ve suiistimallere açık

128 14. HD 22.7.2011/T, 2011/9056/K, 2011/9736/E. 11. HD 24.6.2013/T, 2012/15543/K, 2013/13163/K.

129 Davacı defterler yanında diğer delillere de dayandığı için sırf ticari defterlerin talep edilmemesine rağmen ibraz edilmemesi aleyhe yorumlanarak karar verilememesi gerekir HGK 17.4.2015/T, 2013/19-1977/E, 2015/1230/K. HGK 28.3.2012/T, 2011/11-862/E, 2012/251/K; 23. HD 01.06.2015/T, 2014/7976/E, 2015/4126/K.

130 YILMAZ, 2013, s. 1160; ARKAN, 2016, s. 354.

131 HMK m. 222 Madde gerekçesinde ilgili düzenlemenin 1086 sayılı kanunun 223. Maddesinin yeniden düzenlenmiş hali olduğu belirtilmektedir.

uygulama kabiliyeti olmayan söz konusu hükmün değiştirilmesi gerekmektedir¹³². Bu hususta bir çözüm olarak karşı tarafın defterlerinin hiçbir kayıt içermemesi durumunda ilgili kaydın karşı tarafın defterleriyle doğrulanmaması nedeniyle defterlerin delil kuvveti taşımadığının kabulü de söz konusu olabilir¹³³.

Defterlerle ispat HMK'de yer alan genel ispat usullerini ve diğer delilleri bertaraf eden bir usul değildir; onlar yanında tanınmış bir ispat vasıtasıdır. Bu nedenle ticari defterin bu şartlar altında delil olarak kullanılabilmesi için içeriğindeki kayıtların aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmaması da bir unsur olarak aranmaktadır.

8.1.2. Aleyhe Delil Olması

Kanuna uygun tutulan ticari defterler hem lehe hem aleyhe delil olarak kullanılabilirken dayanağı belgeler saklanmayan, açılış veya kapanış onayları bulunmayan veya içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter yalnızca sahibi aleyhine delil olarak kullanılabilir (TTK m. 222/4)¹³⁴. Ayrıca defterlerin aleyhe delil olarak kullanılması durumunda HMK m. 222/3'de yer alan bölünmezlik ilkesi uygulanmaz¹³⁵. Yani defterlerinin tacir aleyhine delil olarak kullanılması durumunda defterlerdeki lehe ve aleyhe kayıtlar birbirinden ayrılabilir. Bu durumda defterlerdeki lehe kayıtlar delil niteliği taşımazken aleyhe kayıtlar delil niteliği taşır.

8.2. Karşı Tarafın Ticari Defterlerinin İçeriğinin Kabul Edileceğinin Belirtilmesi

Taraflardan birinin diğer kanıtlara dayanmaksızın veya diğer delillerinden vazgeçmek suretiyle¹³⁶ yalnızca tacir olan karşı tarafın defterlerine dayanacağını belirtmesi HMK m. 222/5'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün uygulanması için karşı tarafın defterlerine dayanan tarafın başka hiçbir delile dayanmaması ispatı yalnızca karşı tarafın defterlerine hasretmesi ön şarttır¹³⁷. Aksi takdirde ispat HMK m. 220'deki genel kurala tabi olur.

Savunmanın karşı tarafın defterlerine hasredilmesi durumunda ilgili ticari defterlerin, savunmasını karşı tarafın defterlerine hasreden taraf aleyhine kayıtlar içermesi durumunda karşı taraf (defter sahibi) iddiasını ispat etmiş kabul edilir. Defterlerin bu şekilde tutan taraf lehine delil olarak kullanılabilmesi için defterlerin kanuna uygun

132 KARAHAN, **2015**, s. 317.

133 YILMAZ, **2013**, s. 1159.

134 Defterin lehe delil olabilmesi için düzenlemede aranacağı belirtilen şartlar, 6762 sayılı TTK m. 84'deki "kanuna uygun olmayan" ibaresine oranla, daha dardır. YILMAZ, **2013**, s. 1161.

135 MİMAROĞLU, **1970**, s. 356.

136 14. HD 6.2.2008/T, 2008/31/E, 2008/1168/K. Karşı tarafın defterlerine dayanılacağı mahkemede belirtilmesi durumunda bu durum HMK m. 154 uyarınca imza altına alınır 15.HD 14.9.2004/T, 2004/4125/E, 2004/4149/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

137 Tarafların Tacir Olması ve İddiada Bulunan Kişinin Münhasıran Diğer Tarafın Ticari Defterlerine Dayanması gerekir. Davacı, dava açarken davalının defterlerine dayanmadığından davalının ticari defterlerini hazırlamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır. 19. HD 23.11.2011/T, 2011/4634/E, 2011/14565/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

olarak tutulması bir unsur olarak aranmalıdır. İlgili ticari defterlerde savunmasını karşı tarafın defterlerine hasreden taraf lehine kayıtlar bulunursa veya defterlerine dayanılan taraf ibrazdan kaçınırsa, defterler sahibi aleyhine delil olur ve ibrazı talep eden taraf iddialarını ispat etmiş kabul edilir. Defterlerin defter tutan taraf aleyhine delil olarak kullanılabilmesi için defter tutulup tutulmamasının önemi olmadığı gibi kanuna uygun tutulup tutulmaması da önem taşımamaktadır¹³⁸. Tabi ki bu durumda da defterlerine dayanılan tacirin iddiasını diğer yazılı delillerle ispat etmesi mümkündür.

Defterlerin zayi olduğunun ileri sürülmesi durumunda zayi belgesini ibraz eden taraf ibrazdan kaçınmış sayılmaz. Ancak bu durumda savunmasını karşı tarafın defterlerine hasreden ve zayi belgesi sunulması nedeniyle hiçbir savunma vasıtası kalmayan tarafa diğer ispat vasıtalarından yararlanma olanağı tanınmalıdır¹³⁹.

Söz konusu düzenlemede ispat açısından her iki tarafın ticari defterlerine dayanılması ile önemli bir sistem farklılığı yer almaktadır. Öncelikle söz konusu hükümden yararlanabilmek için tarafların her ikisinin de tacir olması veya defter tutma yükümlüsü olması gerekmediği gibi defter tutup tutmamasının da önemi bulunmamaktadır¹⁴⁰. Taraflardan biri tacir olmasa veya tacir olan taraf ticari defterleri hiç veya gereği gibi tutmasa dahi tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir¹⁴¹. Tacirin de delillerini diğer tarafın defterlerine hasretmesi evleviyetle muhtemeldir. Ayrıca bu durumda taraflardan yalnız birisinin ticari defterlerine dayanıldığı için uyumsuzluğun her iki tarafın defterlerine geçirmesi gereken bir husustan kaynaklanması da gerekmemektedir. Bu nedenle bir haksız rekabet uygulaması olan malların birden çok kez tedarik fiyatının altında satışa sunulması durumunda olduğu gibi haksız fiiller açısından da ticari defterlerle ispat söz konusu olabilecektir.

8.3. Defterlerin HMK Kapsamında Delil Olarak Değerlendirilmesi

HMK m. 222'de yazılı şartların gerçekleşmesi halinde ticari defterlerin delil olarak kabul edilmesi ve defterlerin ispat kuvveti özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu özel hüküm dışında ticari davalarda deliller ve bunların sunulması HMK hükümlerine tabidir (TTK m. 4/2). Bu durumda ticari defterlerin HMK m. 219 anlamında vesika olarak değerlendirilmesi ve HMK m. 200'deki genel düzenleme kapsamında delil olarak kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle ticari defterlerin yasal delil olmasına ilişkin HMK m. 222'de yer alan şartlar da aranmaz. Bu kapsamda defterler kesin delil niteliği de taşımaz. Böylece ticari defterler, karşı tarafın defterlerinin hiçbir kayıt içermemesi veya

138 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 632.

139 KARAYALÇIN, 1988, s. 354. YASAN, **2011**, s. 74.

140 ÜLGEN, (HELVACI/KENDIGELEN/KAYA/NOMER), **2015**, s. 632.

141 Eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili istemi ile girişilen icra takibine itirazın iptali istemi- taraflardan biri tacir olmasa dahi tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir ancak karşı taraf defterlerini verilen süre içerisinde ibrazdan kaçınırsa ibrazı talep eden tarafın iddiasını ispat etmiş sayılacağı akdi ilişkinin varlığının kanıtlandığı kabul edilerek işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği 15. HD. 12.2.2015/T, 2014/1505/E., 2015/679/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

defterlerin ibrazdan kaçınılması durumunda söz konusu hüküm kapsamında delil olarak kullanılabilir. Ayrıca HMK m. 32 gereğince 3. şahısın defterlerinin de delil olarak kullanılması mümkün olduğu gibi¹⁴² ticari defterlerin delil sözleşmesi kapsamında da delil olarak kullanılması mümkündür¹⁴³.

Ticari defterlerin HMK'nin genel hükümleri kapsamında delil olarak kullanılması durumunda uyuşmazlığın her iki tarafın ticari defterlerine geçirmesi gerekli bir husustan doğması bir unsur olarak aranmaz. Bunun sonucu olarak örneğin tacir olmayan taraf, tacir olan tarafın defterlerine dayanarak iddiasını ispat edebilecektir¹⁴⁴. Bu nedenle sözleşme ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar dışında haksız fiillere yönelik uyuşmazlıklarda da ticari defterler delil olarak kullanılabilir. Haksız fiille yönelik uyuşmazlıklarda ise ticari defterler zararın kapsamının belirlenmesine yönelik olarak delil niteliği taşıyabileceği gibi bir haksız ticari uygulama örneklerinden birisi olarak düzenlenen seçilmiş bazı malları birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunulmasında olduğu gibi (TTK m. 55/1a/6) bir vakıanın isbatına ilişkin olarak da delil niteliği taşıyabilir.

9. Defter Tutma Yükümlülüğünün Sermaye Şirketlerinde Denetime Dair Hükümler Açısından Değerlendirilmesi

Anonim şirketlerin finansal tablolarını denetimden geçirmesi zorunlu olmakla birlikte denetim, şirket içerisinde oluşturulan bir organ tarafından yerine getirilmez. Denetim denetçi (bağımsız denetim) vasıtasıyla yerine getirilir. İşletmeler ölçeklerine göre bağımsız denetime veya denetçi denetimine tabi kılınmıştır.

- Denetimin Konusu

Denetimin konusunu şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi; envanterin, muhasebenin, Türkiye Denetim Standartlarının öngördüğü ölçüde iç denetimin ve riskin erken saptanması komitesi raporları¹⁴⁵ ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporlarının denetimidir. Denetim yetkisi ayrıca Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar (TTK m. 398).

- Bağımsız denetime tabi şirketler

142 11. HD 2.6.1973/T, 1973/2414/E. 1973/2929/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

143 Yargıtay poliçedeki zararın tespitinde envanter kayıtlarının esas alınacağına ilişkin hükmün delil sözleşmesi niteliği taşıdığı; mahkemece defterlerin kanun hükümlerine uygun tutulmadığı gerekçesiyle varsayıma dayalı hüküm kurulamayacağı yönünde karar vermiştir 11. HD 14.10.2004/T, 2003/13281/E, 2004/9840/K. , Erişim, www.kazanci.com, Tarihi: 12.09.2016.

144 Davacıdan para makbuzları ile aidat ücreti tahsil edildiği kooperatiflerde zimni üye kabulü 23. HD 23.2.2015/T, 2015/375/E, 2015/1124/K.

145 Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde söz konusu komitenin oluşturulması zorunlu olmakla birlikte diğer şirketlerde denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur (TTK m. 378).

Bakanlar kurulu tarafından belirlenen¹⁴⁶ şirketlerin finansal tabloları¹⁴⁷ bağımsız denetime tabidir (TTK m. 397/4). Bu kapsamda bağımsız denetçi ancak, bağımsız denetim yetkisine sahip bağımsız denetçiler ya da bağımsız denetim kuruluşları olabilir¹⁴⁸. Bakanlar kurulu kararı kapsamına giren limited ve paylı komandit şirketler de söz konusu hükümler uyarınca bağımsız denetime tabidir.

- Denetçi tarafından denetim

Bağımsız denetime tabi şirketler kapsamına girmeyen anonim şirketler¹⁴⁹ denetçi denetimine tâbidir. Denetime ilişkin usul ve esaslar bakanlar kurulu tarafından çıkarılacak¹⁵⁰ yönetmelikle belirlenir¹⁵¹. Bağımsız denetime tabi şirketlerde denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri denetçi tarafından denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır (TTK m. 397/5). Paylı komandit şirketler de söz konusu denetim kapsamındadır

146 Tek başına veya bağlı şirketleri ve iştirakleriyle birlikte Aktif toplamı elli milyon ve üstü Türk Lirası, yıllık net satış hâsılatı yüz milyon ve üstü Türk Lirası, Çalışan sayısı ikiyüz ve üstü, ek II sayılı listede yer şirketlerden aktif toplamı 15.000.000.-TL ve üstü, Yıllık net satış hasılatı 20.000.000.-TL ve üstü, Çalışan sayısı 50 ve üstü, ölçütlerinden ikisini sağlayan şirketler bağımsız denetime tabidir. Kaynak tahsisi içermeyen yetkilendirme sahibi şirketler ile çağrı merkezi şirketleri hariç olmak üzere, 15.1.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1521. maddesi kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu denetimine tabi olan şirketler; 20.2.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu, 4.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazlar (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren lisans, sertifika veya yetki belgesi sahibi şirketler (4046 sayılı Kanun hükümlerine tabi Kamu İktisadi Teşebbüsleri hariç; Gayri faal olan veya faaliyetleri geçici olarak durdurulan veya iptal edilmiş olan (gerekli anasözleşme değişiklikleri ve benzeri prosedür işlemleri henüz gerçekleştirilmemiş olanlar dahil) iştirakler ve şirketler hariç olmak üzere, Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu'nun iştirakleri ile Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında Fon tarafından denetimi ve yönetimi devralınan şirketler belirtilen bu üç ölçütten en az ikisinin sınırlarını art arda iki hesap döneminde aşmaları durumunda müteakip hesap döneminden itibaren bağımsız denetime tabi olacaktır. Söz konusu karar Faaliyet bazında ise bankalar, derecelendirme kuruluşları, sigortacılık, yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, gibi ilgili kararın ek I listesinde yayımlanan şirketler bağımsız denetime tabidir. 23.01.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 1 Şubat 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2014/7149 bakanlar kurulu kararıyla yapılan değişiklikler 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

147 Anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir (TTK m. 397).

148 Yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir (TTK m. 400).

149 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları

150 İlgili yönetmelik Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanır. Denetçilerin niteliklerini, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerini, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususları içerir (TTK m. 397).

151 Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususlar Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(TTK m. 565). Ancak limited şirketler söz konusu denetim kapsamı dışında tutulmuştur. Yani limited şirketler bakanlar kurulu kararı kapsamında bağımsız denetime tabi ise anonim şirket hükümlerine göre denetlenecek, söz konusu karar kapsamı dışında kalan limited şirketler ise denetime tabi olmayacaktır (TTK m. 635). Limited şirketlerin belirlenen şekilde denetimden yoksun bırakılması bir boşluk oluşturmaktadır ve söz konusu boşluğun bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir.

Sonuç

Ticari işletme hukuku yanında vergi hukuku, sermaye piyasası hukuku, şirketler hukuku ve medeni usul hukuku gibi hukukun pek çok alanda önem taşıyan defter tutma yükümlülüğü 6102 sayılı TTK'nin 64 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yevmiye defteri, defteri kebir gibi ticari işletmenin hesaplarıyla ilgili olarak kanunda tutulacağı belirtilen defterlerle yönetim kurulu karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmamakla birlikte kanunda öngörülen diğer işlemlerin kaydedildiği defterlere ticari defterler denir (TTK m. 64/4). Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari defterlerin tutulmasının amacı tacirin, ticari işlemlerini ve ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini; her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, açıkça görülebilir bir şekilde ortaya konması olarak belirtilmektedir (TTK m. 64). Şirketin muhasebesi ile ilgili olmayan defterlerin ticari defter olarak nitelendirilmesinin amacı ise söz konusu defterler açısından ticari defterlere uygulanan güven ve disiplinin sağlanmasıdır.

Tacirler yanında tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar da defter tutmakla yükümlüdür. Esnafın ise böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Defter tutma yükümlülüğü tacirin ticari işletmesine bağlı bir yükümlülüktür. Tacirin birden fazla işletmesi olması durumunda her biri için ayrı ayrı defter tutmakla yükümlüdür. Ortada bir ticari işletme bulunması durumunda adi şirket ortaklarının her biri tacir sıfatını taşıyacağı için her biri defter tutmakla yükümlüdür. Bu durumda her bir ortak defter tutmakla yükümlü olmakla birlikte ilgili defterler tüm ortaklar adına ve birlikte tutulabilir. Ticaret siciline tescille tacir sıfatını kazanan sermaye şirketleri ise ticari işletme işletmesinin defter tutmakla yükümlüdürler. Zira ticaret şirketlerinin tacir sıfatı ticari işletme işletmesine bağlı değildir. Bu nedenle sermaye şirketlerinin birden fazla ticari işletmesi olması durumunda gerçek kişi tacirlerden farklı olarak her bir işletmesi için ayrı ayrı defter tutulması değil şirket için defter tutma yükümlülüğü söz konusudur. Ancak ticari defterlerin ayrı tutulması şubelerde olduğu gibi şirketin inisiyatifindedir.

Tacirin tutmakla yükümlü olduğu ticari defterler TTK'de belirtilmiştir. Buna göre tacirin tutmakla zorunlu olduğu ticari defterlerden şirket muhasebesi ile ilgili olanlar, yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteridir. Ancak TTK m. 64/5 ve TDİT m. 4/3 hükmünde tutulacak defterlerde VUK hükümlerine yollama yapılarak ikinci sınıf tacir sayılan gerçek kişi tacirlerin söz konusu defterler yerine işletme hesabı defteri tutmakla yetinmesine izin verilmiştir. TTK düzenlemesinde, teoriye uymamakla birlikte ticaret şirketleri tarafından tutulması zorunlu olarak düzenlenen pay defteri, yönetim kurulu

karar defteri ve genel kurul toplantı ve müzakere defteri gibi işletmenin muhasebesiyle ilgili olmayan defterlere de ticari defterler kapsamında yer verilmiştir (TTK m. 64/4). Ayrıca bankalar ve sigorta şirketlerinin özel kanunları gereğince tutmak zorunda oldukları defterleri de ilgili düzenleme kapsamında ticari defter olarak değerlendirilir.

Defterlerin kanuna uygun tutulması ve işletmenin gerçek finansal durumunu göstermesi için defterlerin Türk Lirası üzerinden ve Türkçe tutulması, bütün zorunlu defterlerin tutulması, defterlerin ve dayanağını oluşturan belgelerin saklanması ve açılış ve kapanış tasdikinin yapılması veya onayın yenilenmesi ilkelerine uyulması gerekmektedir. Ayrıca her tacir, ticari defterlerini bilançolarını, düzenlenen ve alınan ticari mektup ve belgeleri ile gönderilen ticari belgelerinin suretlerini son kaydın yapıldığı takvim yılının bitiminden itibaren on yıl süreyle saklamakla yükümlüdür. Bir tacirin saklamakla yükümlü olduğu defterler ve belgeler yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle kanuni saklama süresi içinde ziyaa uğrarsa; tacir ziyayı öğrendiği tarihten itibaren on beş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer yetkili mahkemesinden kendisine zayi belgesi verilmesini isteyebilir. Zayi kararıyla tacir, defterleri ibraz etmemenin vergi hukuku, ceza hukuku ve ispat hukukuna yönelik sonuçlarından muaf tutulmaktadır.

Defterlerin hukuki uyumsuzluklarda taraflar veya mahkemece incelenmesi söz konusu olmaktadır. Ticari uyumsuzluklarda mahkeme kararıyla ticari defterlerin yalnız dava konusu ihtilafa ilişkin kayıtları ile belgelerle sınırlı olarak incelenmesine defterlerin ibrazı, mal varlığına ilişkin uyumsuzluklarda mahkemeler veya ilgililer tarafından tacirin defter hesap ve diğer belgelerinin bütünüyle incelenmesine ise defterlerin teslimi denir.

67621 Sayılı TTK'de yer verilen ticari defterlerin ispat kuvvetine 6102 Sayılı TTK'de yer verilmemiş ancak defterlerle ispata ilişkin hükümler HMK'ye aktarılmıştır. Ticari defterler, HMK kapsamında ticari defterlere tanınan özel ispat kuvveti yanında HMK anlamında vesika olarak ve taraflardan birinin savunmasını diğer tarafın defterlerine hasretmesi durumunda da delil kuvvetine haizdir. Bu anlamda ticari defterler, HMK anlamında bir belge olması nedeniyle her türlü uyumsuzlukta ispat kuvvetine sahiptir. Defterlerin ispat için kullanılacağı uyumsuzluk sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir. Ticari defterlerin HMK m. 222 vd hükümler kapsamında ticari uyumsuzluklarda delil olarak kabul edilmesi ve genel hükümlere göre delil olarak kabul edilmesi farklı şart ve rejime tabi tutulmuş ve farklı sonuçlara bağlanmıştır. Ayrıca -defterlere dayanan taraf tacir olmasa dahi- savunmanın karşı tarafın defterlerine özgülmesi durumunda ticari defterlerin ispat fonksiyonu HMK m. 222/5'de özel olarak düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2016.
- ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014.
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2015.
- CAN, Mehmet, Ç., "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", **GÜHFD**, Yıl: 2016, Cilt: XXS, Sayı: 1, s. 27-64.
- CAN, Mehmet, Ç., **Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- ERİŞ, Gönen, **Gerekçeli - Açıklamalı - İċtihatlı 6335 - 6552 Sayılı Kanunlarla güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler: Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler**, C. I. Madde: 1-53, 2. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 27 Basım, Mimoza Basım Yayım, Konya, 2015.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, 2. Bası (Bilanço Hukuku Kitabının Genişletilmiş İkinci Basısı) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988.
- KENDİGELEN, Abuzer / MORUĞLU Erdoğan, **İċtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat: Kanunlar, Kanun Hükümünde Kararnameler, Bakanlar Kurulu Kararları, Yönetmelikler/ Tebliğler, Seçilmiş İċtihatlar**: 10. Basım, ON İKİ LEVHA YAYINLARI, İSTANBUL, 2014.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- MİMAROĞLU, Sait, K., **Ticaret Hukuku, C. I., İşletme Hukuku**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- ÖZKORKUT, Korkut, "Ticari Defterler Yönünden Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Çatışması" Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu (15-16 Mayıs 2014), Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, KKTC, 2014, (s. 121-139).
- POROY, Reha/YASAMAN Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 1998.
- SEROZAN, Rona / KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin, vd. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. C. 3, 6. Basım, İstanbul, 2014.
- ŞENER, Oruç, H., "Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Zıyayı, Zayı Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları (Özellikle TTK 68/IV)", **DEÜHFD**, Yıl: 2004, Cilt: 6, Sayı: 1, (s. 233-295).
- ÜLGEN, Hüseyin (Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N.Fusun), **Ticari İşletme Hukuku**, 4. Basım, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Ülgen, Hüseyin, (Teoman, Ömer / Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N.Fusun), **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Basım, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Kazancı, Elektronik Hukuk Yayıncılığı, www.kazancı.com.tr.
- YASAN, Mustafa, "Zayı Belgesinin Temini İçin Gerekli Olan Koşulların 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", **Batider**, Yıl: 2011, Cilt: 28, Sayı 2, (s. 53-120).
- YILDIRIM, Abdulkерim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2. Basım. Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.

Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri

Hakemli Makale

A. Hulki CİHAN

Yrd. Doç. Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı (hulki.cihan@ozyegin.edu.tr)
Asst. Prof. Özyeğin University Faculty of Law Department of Civil Law

İÇİNDEKİLER

Giriş	171
I. Bilgide Temsil	171
II. Temsilci İşlemindeki İradenin Kime Ait Olduğu Sorunu ve Temsilci - Ulak Ayrımı	172
III. Temsilcinin İrade Sakatlığı Nedeniyle Üçüncü Kişiyile İşlem Yapması	173
IV. Temsil Olunanın İrade Sakatlığı Sebebiyle Temsilciyi Yetkilendirmesi	173
A. Temsilci Üçüncü Kişiyile Hukuki İşlem Gerçekleştirmeden Önceki Durum	174
B. Temsilci Üçüncü Kişiyile Hukuki İşlem Gerçekleştirdikten Sonraki Durum	174
V. Diğer Tarafın İrade Sakatlığı Sebebiyle Temsilciyle İşlem Yapması	175
A. Temsilcinin Hilesi Sebebiyle Diğer Tarafın İşlem Yapması	175
B. Temsilcinin İkrahi Sebebiyle Diğer Tarafın İşlem Yapması	176
C. Diğer Tarafın Hata Sebebiyle Temsilciyle İşlem Yapması	176
Sonuç	176

ÖZET

Temsil ilişkisi, hukuki işlemler arasında üçlü bir ilişki olması nedeniyle, diğer hukuki işlemlere nazaran daha karmaşık bir yapıya sahiptir. İçinde temsil olunan, temsilci ve temsilcinin hukuki işlem ilişkisine girdiği üçüncü kişiden oluşan bir ilişki ve işlem ağıdır.

İrade sakatlıkları ise, tüm hukuki işlemler yönünden oldukça önem arz eden ve şartlar oluştuğu takdirde, yapılan işlemin iptal edilmesi suretiyle geçersizliğine yol açan bir hukuki kurumdur. Temsil ilişkisinde irade sakatlıkları, temsil ilişkisinin üçlü bir ilişki olması nedeniyle, hukuki ilişkiyi daha da karmaşık bir yapı haline getirmektedir. İrade sakatlığına düşen tarafın temsilci olması, temsil olunan olması ve son olarak üçüncü kişi olması durumlarının her biri farklı hukuki sonuçlara yol açan durumlardır.

Anahtar Kelimeler

Temsil, irade sakatlığı, doğrudan temsil, dolaylı temsil, temsilci.

ABSTRACT

The Characteristics of Defective Intentions for Representative

The representation relationship has a more complicated structure than other legal processes because of the three-way relationship between the legal transactions. It is a third-party relationship and transaction network represented within which the representative and the representative enter into the legal transaction relationship.

Willful disabilities are a legal entity that is very important for all legal transactions and leads to their invalidity by canceling the transaction if circumstances arise. In relation to representation, the will disabilities make the legal relationship even more complex because the representation relationship is a triple relationship. The fact that the party falling to the will disability is the representative, the being represented and finally the third person are the situations that lead to different legal consequences.

The purpose of this article is designated as both creating a noteworthy work on the subject of natural persons' capacity to have rights and applicable law to natural persons' capacity to have rights, and providing information about the regulations in various jurisdictions. In accordance with this purpose, legal persons' capacity to have rights excluded from the scope of this article.

Keywords

Representation, will disability, direct representation, indirect representation, representative.

Giriş

Hukuki işlemlerin kurucu unsuru olan irade beyanının her zaman için beyan sahibi tarafından ileri sürülmesi mümkün olmaz. Bu durum coğrafi koşullar, hukuki işlemlerin çeşitliliği, zaman darlığı vb. birçok sebeplerden kaynaklanabilir. Bu gibi durumların kişiyi bir hukuki işlemin tarafı olmak olabilmekten adeta alıkoymasının önüne temsil teorisi ile geçilmiştir.

Temsil kurumu daha birçok ayırımının olmasının dışında, genel olarak ikiye ayrılır. Bunlardan doğrudan temsil, temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına yaptığı işlemin tarafının direkt olarak, araya başka bir işlem girmeksizin temsil olunanın olmasıdır. Dolaylı temsil ise, temsilcinin kendi adına ancak temsil olunan hesabına yaptığı işlemin tarafının ilk olarak kendisinin olması, ancak bu işlemde elde ettiği hak ve borçları, dolaylı temsilci sıfatıyla temsil olunana devretme borcunun olması durumudur. Yani dolaylı temsilde de sürecin sonunda işlemin tarafı temsil olunan olmaktadır.

Temsil kurumunun kanaatimizce en dikkat çekici özelliği, temsilcinin kendi irade beyanı ile bir başkasını; yani temsil olunanı bir hukuki işlemin tarafı yapabilme gücü ve işlevselliğidir. Tüm bu işlevselliği ve taraflara kolaylık sağlamanın yanında, temsil, hukuki işlemin tarafları ve özellikle temsil olunan için küçümsenmeyecek birtakım riskler de taşımaktadır. İşte bu risk hallerinden önemli bir grubu da irade sakatlığı halleri teşkil etmektedir. İrade sakatlığı halleri, temsilcinin iradesinin sakatlanması gibi, temsil olunanın iradesinin sakatlanması ya da temsilciyle işlem yapan 3. kişinin irade sakatlığına düşmesi şeklinde kendini gösterir.

Biz de incelememizde, doğrudan ve dolaylı temsilde temsilcinin irade sakatlığı hallerinden biri ile iradesinin sakatlanması sonucu üçüncü kişiyle işlem yapması halinde, bu işlemin ne zaman ve hangi şartlarda bağlayıcı olacağı veya olmayacağı, işlem iptal edilecekse iptale ilişkin bozucu yenilik doğuran hakkın; dolaylı ya da doğrudan temsilin söz konusu olmasına göre, kim tarafından kullanılacağı sorularına cevap aramaya çalıştık.

Bu incelemede aksi belirtilmediği sürece, temsil kavramı doğrudan temsil, temsilci kavramı doğrudan temsilci olarak anlaşılmalıdır.

I. Bilgide Temsil

Temsil kurumu bilindiği üzere yalnızca hukuki işlemler için uygulama alanı bulur¹ ve bir kimse tarafından yapılmış ya da bir kimseye ulaşılmış irade beyanlarıyla ilgilidir². Temsilci bir irade beyanı yöneltir³ ya da bir irade beyanı temsilciye ulaşır⁴. Birinci ihtimalde

1 ESENER, Turhan **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenit Temsil**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 1 vd. ; AKYOL, Şener , **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 3 vd.; İNCEOĞLU, M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1 vd.; CİHAN, Hulki, **Temsil Yetkisinin Verilmesi ve Kapsamının Belirlenmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 3. vd

2 MEDICUS, Dieter , **Allgemeiner Teil des BGB, 1. Auflage , München, 2003**, N. 882; LARENZ, Karl /WOLF, Manfred, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 8. Auflage, München, 1997, prg. 46. 18.

3 Temsilcinin yönelttiği irade beyanı kendisinin irade beyanıdır. Bu konuya ileride değineceğiz.

4 Medicus **2003**, N. 882; KOÇAYUSUĞLU, Necip **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İ-

temsilcinin yönelttiği irade beyanı temsilciyi değil temsil olunanı bağlayacak; ikinci ihtimalde ise temsilciye yapılmış irade beyanı yine temsilciyi değil temsil olunanı bağlayacaktır⁵. Bilgide temsil ise, temsil hükümlerinin “irade beyanları” dışında da uygulanabilmesine imkân tanımaktadır. Bu kavramla kastedilen; hukuki sonuç doğuran bazı olguları temsilci bildiği ya da bilmesi gerektiği zaman, temsil olunanın da bu olguyu bildiği ya da bilmesi gerektiğinin varsayılmasıdır⁶. Yani temsilcinin bildiği ya da bilmesi gereken olgular, temsil olunana da isnat edilerek, temsil olunanın bu olguları bildiği ya da bilmesi gerektiği faraziye olarak kabul edilecektir. Ancak hemen belirtelim ki, bilgide temsil gerçek anlamda temsil değildir. Bundan dolayı da bilgide temsil halinde temsile ilişkin hükümler ancak kıyasen uygulanabilir⁷.

II. Temsilci İşlemindeki İradenin Kime Ait Olduğu Sorunu ve Temsilci - Ulak Ayrımı

Temsilci ile yapılan işlemlerde irade sakatlığı söz konusu olduğunda, temsilcinin ya da temsil olunanın iradelerinden hangisinin esas alınması gerektiği kanunda düzenlenmemiştir. Bu konunun kanunda özel olarak düzenlenmemesi sebebiyle; doğru çözüm için irdelenmesi gereken husus, temsilcinin üçüncü kişiyle işlem yaparken kimin iradesini üçüncü kişiye yönelttiğidir. Temsilcinin üçüncü kişiye yönelttiği irade kime ait ise, o kişinin iradesinin esas alınması gereği, hukuki bir mantığın tezahürüdür.

Temsilci üçüncü kişiyle işlem yaparken temsil olunanın iradesini değil “kendi iradesini” üçüncü kişiye yöneltmektedir⁸. Dolayısıyla, irade sakatlığı halinde temsilcinin iradesinin esas alınması gerekecektir⁹. Üçüncü kişiye temsil olunanın iradesini yöneltten, onu üçüncü kişiye taşıyan ise temsilci değil, “ulaktır”¹⁰. Ulak denildiğinde, bir başkasına ait irade beyanını bir kimseye taşıyan, ulaştırıcı aracı kimse anlaşılır¹¹. Temsilci ise, yetki kapsamı içinde kimle ve hangi şartlarda işlem yapacağı konusunda bağımsız şekilde karar alır ve bu şekilde oluşturduğu kendi iradesini temsil olunan adına beyan ederek hukuki işlemi gerçekleştirir. Temsilci ve ulak arasındaki farkı bir örnekle somutlaştırmak gerekirse:

Temsilci, “size A adına bu otomobili satıyorum” ya da “size temsil yetkime dayanarak A adına bu otomobili satıyorum” demektedir.¹² Ulak ise “A size bu arabayı 30.000 TL’ye satma iradesini benim aracılığım ile duyuruyor”, ya da A bunu size sattığını iletiyor” demektedir¹³. İşte bundan dolayıdır ki, üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlem temsilcinin

tanbul, 2014, s. 622; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal /DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, s. 125.

5 LARENZ/WOLF, **1997**, prg. 46 N. 8; MEDICUS, **2003**, N. 882; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **2014**, s. 622.

6 İNCEOĞLU, **2010**, s. 18, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **2014**, s. 622.

7 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **2014**, s. 623.

8 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **2014**, s. 633; İNCEOĞLU, **2010** s. 23; KURŞAT, Zekeriya, **Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 2003, s. 38.

9 ESENER, **1961**, s. 141; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **2014** s. 633; İNCEOĞLU, **2010**, s. 23.

10 AKYOL, Şener, **Temsil Teorisinde Ulak (Nuntius)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 30.

11 AKYOL, **(Ulak) 2007**, s. 29, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU **2014**, s. 633.

12 AKYOL, **(Ulak) 2007**, s. 29.

13 AKYOL, **(Ulak) 2007**, s. 29.

kendi irade beyanını üçüncü kişiye yöneltmesiyle kurulur ve üçüncü kişiyle irade sakatlığına düşülerek işlem yapıldığı iddia edildiğinde de, irade sakatlanması incelemesi bakımından temsilcinin iradesinin esas alınması gerekir.

III. Temsilcinin İrade Sakatlığı Nedeniyle Üçüncü Kişiyle İşlem Yapması

Temsilcinin irade sakatlığına düşmesi, önceden belirttiğimiz üzere temsil olunanın temsilci aracılığıyla işlem yapmasından dolayı hayatın olağan akışına göre göze alması gereken risklerden biridir. Çünkü kimse bir başkasının kafasındaki tasavvuru bilemez, özellikle temsil olunan temsilciye verdiği yetkiyle adeta bazı risklerin kendisine ait olduğu konusunda gerek üçüncü kişi gerekse de temsilciye deyim yerindeyse “açık çek” vermiştir.

İşin hukuki ve teknik boyutuna gelince, temsilci yönünden risk yine aynıdır. Çünkü “bilgide temsil” dediğimiz olgu, iyi niyet, irade beyanlarının yorumlanması, irade sakatlıkları, gabin, ayıba karşı tekeffül konularında temsilcinin bildiği veya bilmesi gereken konuları, temsil olunanın da bildiği veya bilmesi gerektiği faraziyesini öngörmektedir. Konumuz irade sakatlıkları olduğuna göre, kişinin üçüncü kişiyle bizzat kendisinin yaptığı işlemi irade sakatlığına dayanarak iptal edebilmesi imkânı varken, temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde temsilcinin iradesinin sakatlanması halinde, işlemin tarafı olan temsil olunan “bilgide temsil” sebebiyle işlemi irade sakatlığına dayanarak iptal etme olanağından yoksundur. Çünkü temsilcinin bildiği ya da bilmesi gereken olgular, bilgide temsil yoluyla temsil olunana isnat edilmiştir. Görüldüğü üzere, temsilci aracılığıyla işlem yapmak, bazı zorlukların önüne geçtiği gibi, hiç akla gelmeyen, hesapta olmayan zorlukları da beraberinde getirebilir. Ancak temsilci aracılığıyla bir hukuki işlem yapılıyorsa, işlemin tarafı temsil olunan olmasına rağmen, işlemi gerçekleştiren iradenin sahibi temsilci olduğu için temsilcinin kendisi hukuki işlemin geçerliliği bakımından önemlidir¹⁴.

Dolaylı temsilcinin irade sakatlığı halindeyse, yine dolaylı temsilcinin iradesi esas alınacaktır¹⁵. Ancak doğrudan temsilden farklı olarak, işlemi iptal etme yolundaki bozucu yenilik doğuran hak, dolaylı temsilci tarafından kullanılacaktır.¹⁶ Bunun sebebi de, işlemin kuruluşundaki ve hükümlerini doğurmasındaki tarafın, dolaylı temsilci olmasıdır.¹⁷

IV. Temsil Olunanın İrade Sakatlığı Sebebiyle Temsilciyi Yetkilendirmesi

Tıpkı temsilcinin irade sakatlığından dolayı üçüncü kişiyle işlem yapması hali gibi, temsil olunan da irade sakatlığı sebebiyle bir kimseyi yetkilendirebilir¹⁸; böylelikle o kimse “temsilci” sıfatını kazanır.

14 ESENER, s. 137, 141; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 107; TEKİNAY, S. Sulhi /AKMAN, Sermet./BURCUOĞLU/ALTOP, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 189, 190.

15 YAVUZ, Cevdet, **Türk - İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 188, 189.

16 YAVUZ, 1983, s. 189.

17 YAVUZ, 1983, s. 189.

18 Yetkilendirme işlemi, yani temsil yetkisi verme işlemi de (tek taraflı) bir hukuki işlemidir.

Temsil olunanın irade sakatlığı sonucu temsilciyi yetkilendirmesi halinde, temsilci henüz üçüncü şahısla kendisine verilen yetkiye dayanarak bir hukuki işlem gerçekleştirmediyse, temsil olunan temsil yetkisini geri alabilir¹⁹. Buna imkân veren hüküm temsil yetkisinin temsil olunan tarafından her zaman geri alınabileceğini öngören TBK m. 42/1 hükmüdür.

A. Temsilci Üçüncü Kişiyle Hukuki İşlem Gerçekleştirmeden Önceki Durum

Temsil olunanın hata sonucu temsilciyi yetkilendirmesi halinde temsilci henüz işlem yapmadıysa, temsil olunan yetkiyi geri alabilir. Temsilcinin işlem yapmasından sonra ise, temsil olunan yetkiyi geri alamaz ancak hata sebebiyle temsil yetkisini iptal edebilir. Ancak bu durumda temsil olunanın sorumlu olma ihtimali her zaman mevcuttur²⁰.

B. Temsilci Üçüncü Kişiyle Hukuki İşlem Gerçekleştirdikten Sonraki Durum

Temsilci üçüncü kişiyle bir hukuki işlem gerçekleştirdiyse, kendisine irade sakatlığı sonucu yetki veren temsil olunan bu hukuki işlemle bağlı olacaktır; çünkü burada yetkisiz temsilden farklı bir durum mevcuttur²¹. Belirtmek gerekir ki burada temsil olunan yönünden direkt olarak yetkisiz temsile ilişkin hükümleri işletmek mümkün değildir²². Yetkisiz temsilde, temsilcinin yaptığı işlem, TBK m. 46 uyarınca icazet verilmedikçe geçersiz iken²³, irade sakatlığı sonucu yetkilendirilen temsilcinin işlemi, TBK m. 39 uyarınca yasal süresi içinde iptal edilmediği takdirde geçerliliğini koruyacaktır. Bu noktayı zamansal açıdan ikiye ayırarak incelemekte yarar görüyoruz:

İlk olarak yetkilendirmedeki irade sakatlığı sebebiyle hukuki işlemin iptali imkânının olduğu mevcut 1 yıllık yasal süre içinde, yetkisiz temsil hükümlerinin direkt olarak uygulanması mümkün olmaz²⁴. Çünkü yetkilendirme sakat iradeyle de olsa yapılmıştır. Öncelikle, bu durumda adeta ayakbağı olarak nitelendirilebilecek yetkilendirme işleminin hukuki anlamda kurtulmak gerekecektir. Yani, sakat iradeye dayalı yetkilendirme sonucu temsilci üçüncü kişilerle hukuki işlem yaptıysa, öncelikle temsil yetkisinin verilmesi işleminin TBK m. 39 uyarınca geçmişe etkili olarak iptali gerekir. İşte bu işlemin geçmişe etkili olarak iptalinden sonra, temsilcinin üçüncü kişilerle yaptığı ve tarafının temsil olunanın olduğu işlem için yetkisiz temsil hükümleri uygulanarak temsil olunan işlemle bağlı olmaktan kurtulabilir²⁵.

19 AKYOL, (Temsil) 2007, s. 219; Cihan, s. 47.

20 AKYOL, (Temsil) 2007, s. 219; LARENZ/WOLF 1997, prg. 48 N. 9.

21 Bu yönde bir karar: **Y.H.G.K. T: 15.11.2006 E. 2006/11-725, K. 712** (www.kazanci.com); *1163 sayılı kooperatifler Kanunu'nun 42.maddesi gereğince genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyeleri seçilebilirler. Seçime ilişkin genel kurul kararı yeterli toplantı ve karar nisabı olmaksızın alınmış ise bu karar geçersiz ve yok hükmündedir. Böyle bir genel kurul kararı ile seçilen yöneticilerin kooperatifi temsil ve ilzami da söz konusu olmaz. Bu durumda yetkisiz kişilerin yaptığı işlemler kooperatif açısından işlemde irade sakatlığı sonucunu doğurur.* (Erişim Tarihi: 14.11.2016)

22 CİHAN, 2011, s. 46.

23 KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, **Yetkisiz Temsil**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988, s. 37 vd.

24 CİHAN, 2011, s. 46.

25 CİHAN, 2011, s. 46.

İkinci olarak ise, yetkilendirmenin sakat iradeyle yapılmasının iptaline imkân tanıyan 1 yıllık yasal sürenin geçmesi halinde, işlem artık iptal edilemeyecektir. Bunun anlamı da temsil olunanın, temsilcinin gerçekleştirdiği işlemle artık bağlı olacağıdır. Çünkü yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabilmesinin ön şartı yetkilendirme işleminin irade sakatlığı sebebiyle geçmişe etkili iptalidir. Ancak bu iptal beyanının yasal süresi geçtiğinden, temsil yetkisinin iptali de artık mümkün değildir. Bundan dolayı da yetkisiz temsil hükümleri uygulanamayacaktır.

Dolaylı temsil bakımından ise, dolaylı temsil olunanın iradesinin sakatlanması halinde, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği işlem geçerlidir. Çünkü dolaylı temsil durumunda, üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlemin tarafı dolaylı temsilcidir ve dolaylı temsilcinin iradesi sakatlanmamıştır. Sakatlanan irade temsil olunana aittir. Bundan dolayı dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği ve dolaylı temsilcinin tarafı olduğu hukuki işlem geçerlidir. Dolaylı temsilcinin üçüncü kişiden elde ettiği hak ve alacakları dolaylı temsil olunana devretmesini zorunlu kılan ve temsil ilişkisinden bağımsız bir temel sözleşme ilişkisi (vekâlet, şirket, hizmet vb.) daima mevcut olacağından, dolaylı temsilci son tahlilde tüm bu değerleri dolaylı temsil olunana devretmek zorunda kalacaktır. Ancak dolaylı temsil olunanın irade sakatlığı sonucu dolaylı temsil olunan bu değerleri almak istemeyecektir. Çünkü bu değerlerin karşılığında temel ilişkinin türüne göre kendisi de muhtemelen bir karşı edimi dolaylı temsilciye devretmek zorunda kalacaktır. Ancak bu durum dolaylı temsil olunan ile dolaylı temsilcinin iç ilişkileridir ve üçüncü kişiyi hiçbir şekilde etkilemez. Çünkü üçüncü kişinin muhatabı dolaylı temsilcidir ve ikisi arasındaki hukuki işlem geçerlidir.

V. Diğer Tarafın İrade Sakatlığı Sebebiyle Temsilciyle İşlem Yapması

A. Temsilcinin Hilesi Sebebiyle Diğer Tarafın İşlem Yapması

Temsilcinin üçüncü kişinin iradesini hile (aldatma) yoluyla sakatlaması halinde, temsilcinin hilesinin taraf hilesi mi üçüncü kişinin hilesi mi sayılacağını belirlemek gerekir. Çünkü bu belirlemeye göre sözleşmenin akıbeti değişecektir. Gerçekten TBK m. 36 uyarınca taraf hilesi söz konusuysa hileye maruz kalan taraf sözleşmeyle bağlı değilken, üçüncü kişinin hilesi söz konusu olduğunda, diğer tarafın da hileyi bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde hileye maruz kalan taraf sözleşmeyle bağlı değildir. İşte bu yüzden temsilcinin hilesinin hukuki nitelendirmesi önemlidir. Bu nitelendirmeyi doğru yapmak için önce “üçüncü kişi” kavramının ne anlama geldiğinin belirlemek gerekir. Yaygın kaniya göre diğer taraf ile beraber ya da onun ad ve hesabına veya başka herhangi şekilde sözleşmenin kurulmasına katılmamış herkes üçüncü kişi niteliğindedir²⁶. Tanım uyarınca temsilci üçüncü kişi değildir. Bundan dolayı da, temsilcinin hilesi üçüncü kişinin hilesi sayılmayacağına göre, temsilcinin hilesi taraf hilesi sayılacaktır²⁷.

26 FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 2. Bası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 123, KURŞAT 2003, s. 44.

27 ESENER, 1961 s. 147; KURŞAT 2003, s. 39.

Dolaylı temsilcinin hilesi söz konusu olunca; sözleşmenin taraflarının dolaylı temsilciyle üçüncü kişinin olması, dolaylı temsil olunanın sözleşmeye taraf olmaması sebebiyle hileye maruz kalan taraf, taraf hilesi hükümlerine dayanarak, dolaylı temsilciye yönelteceği iptal beyanıyla sözleşmeyi iptal edebilir²⁸. Dolaylı temsilci dolaylı temsil olunana aralarındaki temel ilişki sebebiyle, sözleşmeden doğan hak ve menfaatleri devretmesiyle, temsil olunan temsilcinin hukuki konumuna sahip olur²⁹. Başka bir deyişle bu şekildeki bir "sözleşmenin devriyle" dolaylı temsil olunan, dolaylı sözleşmenin temsilci yerine geçer³⁰.

B. Temsilcinin İkrahi Sebebiyle Diğer Tarafın İşlem Yapması

İkrah da (korkutma) hile gibi gerek sözleşmenin tarafı gerekse de üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir. Temsilcinin ikrahi durumunda ise, bunun tarafın ikrahi mı yoksa üçüncü kişinin ikrahi mı olduğu tıpkı hiledeki gibi sonuçları yönünden önem taşır.

Temsilcinin hilesi başlığında açıkladığımız tanım gereğince üçüncü kişi kavramı, bir sözleşmenin yapılmasına diğer tarafla beraber katılmamış veya onun adına ve hesabına sözleşmeyi kurmamış ya da başka herhangi bir şekilde sözleşmenin kurulmasına katılmamış herkes üçüncü kişidir. Dolayısıyla yine temsilcinin ikrahi durumunda da, bu sözleşmenin diğer tarafının ikrahi kabul edilecektir. Bunun sonucunda ikraha maruz kalan taraf, sözleşmeyi iptal hakkını, sözleşmenin diğer tarafına yönelteceği bir irade beyanıyla kullanır³¹. Temsilcinin ikrahi taraf ikrahi sayıldığından ikraha maruz kalan taraf temsilciden culpa in contrahendo sebebiyle tazminat talep edebilir³². Sözleşmeye ikraha maruz kalanın icazet vermesi, TBK m. 39/2 tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.

C. Diğer Tarafın Hata Sebebiyle Temsilciyle İşlem Yapması

Böyle bir durumda, sözleşmenin tarafı temsil olunandır. Bundan dolayı iptal beyanı temsil olunana yapılır. Dolaylı temsil durumunda ise, sözleşmenin tarafı temsilci olduğundan iptal beyanı dolaylı temsilciye yapılır. Eğer dolaylı temsilci sözleşmeden doğan hak ve alacakları dolaylı temsil olunana temel ilişki sebebiyle devretmişse, bu işlem bir sözleşme devri olup, temsil olunan dolaylı temsilcinin hukuki konumuna geçtiğinden, artık iptal beyanı dolaylı temsil olunana yapılır. Bunun dışında, diğer tarafın hatası sebebiyle temsilciyle işlem yapmasında, temsilci yönünden bir özellik yoktur.

Sonuç

- Bilgide temsil ise, temsil hükümlerinin "irade beyanları" dışında da uygulanabilmesine imkân tanımaktadır.
- Temsilci üçüncü kişiye yönelttiği irade kime ait ise, o kişinin iradesinin esas alınması gereği, hukuki bir mantığın tezahürüdür.

28 KURŞAT, 2003, s. 41.

29 YAVUZ, 1983, s. 258.

30 YAVUZ, 1983, s. 258.

31 OĞUZMAN/ÖZ, 2016 s. 101.

32 OĞUZMAN/ÖZ, 2016, s. 99.

- Temsil olunan temsilciye verdiği yetkiyle adeta bazı risklerin kendisine ait olduğu konusunda gerek üçüncü kişi gerekse de temsilciye deyim yerindeyse “açık çek” vermiştir.
- Bilgide temsil” dediğimiz olgu, iyi niyet, irade beyanlarının yorumlanması, irade sakatlıkları, gabin, ayıba karşı tekeffül konularında temsilcinin bildiği veya bilmesi gereken konuları, temsil olunanın da bildiği veya bilmesi gerektiği faraziyesini ön-görmektedir.
- Konumuz irade sakatlıkları olduğuna göre, kişinin üçüncü kişiyle bizzat kendisinin yaptığı işlemi irade sakatlığına dayanarak iptal edebilmesi imkânı varken, temsilci aracılığıyla yapılan işlemlerde temsilcinin iradesinin sakatlanması halinde, işlemin tarafı olan temsil olunan “bilgide temsil” sebebiyle işlemi irade sakatlığına dayanarak iptal etme olanağından yoksundur. Çünkü temsilcinin bildiği ya da bilmesi gereken olgular, bilgide temsil yoluyla temsil olunana isnat edilmiştir. Görüldüğü üzere, temsilci aracılığıyla işlem yapmak, bazı zorlukların önüne geçtiği gibi, hiç akla gelmeyen, hesapta olmayan zorlukları da beraberinde getirebilir.
- Temsilci üçüncü kişiyle bir hukuki işlem gerçekleştirdiyse, kendisine irade sakatlığı sonucu yetki veren temsil olunan bu hukuki işlemle bağlı olacaktır. Belirtmek gerekir ki burada temsil olunan yönünden direkt olarak yetkisiz temsile ilişkin hükümleri işletmek mümkün değildir. Çünkü burada yetkisiz temsilden farklı bir durum mevcuttur. Yetkisiz temsilde, temsilcinin yaptığı işlem, TBK m. 46 uyarınca icazet verilmedikçe geçersiz iken, irade sakatlığı sonucu yetkilendirilen temsilcinin işlemi, TBK m. 39 uyarınca yasal süresi içinde iptal edilmediği takdirde geçerliliğini koruyacaktır.
- Yetkilendirmedeki irade sakatlığı sebebiyle hukuki işlemin iptali imkânının olduğu mevcut 1 yıllık yasal süre içinde, yetkisiz temsil hükümlerinin direkt olarak uygulanması mümkün olmaz. Çünkü yetkilendirme sakat iradeyle de olsa yapılmıştır. Öncelikle, bu durumda adeta ayakbağı olarak nitelendirilebilecek yetkilendirme işleminden hukuki anlamda kurtulmak gerekecektir. Yani, sakat iradeye dayalı yetkilendirme sonucu temsilci üçüncü kişilerle hukuki işlem yaptıysa, öncelikle temsil yetkisinin verilmesi işleminin TBK m. 39 uyarınca geçmişe etkili olarak iptali gerekir. İşte bu işlemin geçmişe etkili olarak iptalinden sonra, temsilcinin üçüncü kişilerle yaptığı ve tarafının temsil olunanın olduğu işlem için yetkisiz temsil hükümleri uygulanarak temsil olunan işlemle bağlı olmaktan kurtulabilir.
- Yetkilendirmenin sakat iradeyle yapılmasının iptaline imkân tanıyan 1 yıllık yasal sürenin geçmesi halinde, işlem artık iptal edilemeyecektir. Bunun anlamı da temsil olunanın, temsilcinin gerçekleştirdiği işlemle artık bağlı olacağıdır. Çünkü yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz üzere, yetkisiz temsil hükümlerinin uygulanabilmesinin ön şartı yetkilendirme işleminin irade sakatlığı sebebiyle geçmişe etkili iptalidir. Ancak bu iptal beyanının yasal süresi geçtiğinden, temsil yetkisinin iptali de artık mümkün değildir. Bundan dolayı da yetkisiz temsil hükümleri uygulanamayacaktır.
- Dolaylı temsil bakımından ise, dolaylı temsil olunanın iradesinin sakatlanması halin-

de, dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği işlem geçerlidir. Çünkü dolaylı temsil durumunda, üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlemin tarafı dolaylı temsilcidir ve dolaylı temsilcinin iradesi sakatlanmamıştır. Sakatlanan irade temsil olunana aittir. Bundan dolayı dolaylı temsilcinin üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği ve dolaylı temsilcinin tarafı olduğu hukuki işlem geçerlidir. Dolaylı temsilcinin üçüncü kişiden elde ettiği hak ve alacakları dolaylı temsil olunana devretmesini zorunlu kılan ve temsil ilişkisinden bağımsız bir temel sözleşme ilişkisi (vekâlet, şirket, hizmet vb.) daima mevcut olacağından, dolaylı temsilci son tahlilde tüm bu değerleri dolaylı temsil olunana devretmek zorunda kalacaktır. Ancak dolaylı temsil olunanın irade sakatlığı sonucu dolaylı temsil olunan bu değerleri almak istemeyecektir. Çünkü bu değerlerin karşılığında temel ilişkinin türüne göre kendisi de muhtemelen bir karşı edimi dolaylı temsilciye devretmek zorunda kalacaktır. Ancak bu durum dolaylı temsil olunan ile dolaylı temsilcinin iç ilişkileridir ve üçüncü kişiyi hiçbir şekilde etkilemez. Çünkü üçüncü kişinin muhatabı dolaylı temsilcidir ve ikisi arasındaki hukuki işlem geçerlidir.

- Temsilcinin üçüncü kişinin iradesini hile (aldatma) yoluyla sakatlaması halinde, temsilcinin hilesinin taraf hilesi mi üçüncü kişinin hilesi mi sayılacağını belirlemek gerekir. Çünkü bu belirlemeye göre sözleşmenin akıbeti değişecektir. Gerçekten TBK m. 36 uyarınca taraf hilesi söz konusuysa hileye maruz kalan taraf sözleşmeyle bağlı değilken, üçüncü kişinin hilesi söz konusu olduğunda, diğer tarafın da hileyi bilmesi ya da bilebilecek durumda olması halinde hileye maruz kalan taraf sözleşmeyle bağlı değildir. İşte bu yüzden temsilcinin hilesinin hukuki nitelendirmesi önemlidir. Bu nitelendirmeyi doğru yapmak için önce “üçüncü kişi” kavramının ne anlama geldiğinin belirlemek gerekir.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener**, Türk Medeni Hukukunda Temsil, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (Akyol, **Temsil**)
- AKYOL, Şener**, Temsilci Olmayan Aracının Faaliyeti Vedat Kitapçılık, Temsil Teorisinde Ulak (Nuntius) (Akyol **Ulak**)
- CİHAN, Hulki**, Temsil Yetkisinin Verilmesi Ve Kapsamının Belirlenmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- ESENER, Turhan**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961.
- İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir)** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- KURŞAT, Zekeriya**, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 2003.
- KUTLU SUNGURBEY, Ayfer**, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1988.
- LARENZ, Kar/Wolf, Manfred**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München, 1997.
- MEDICUS, Dieter**, Allgemeiner Teil des BGB, 1. Auflage, München, 2003.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turгут**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal /DEVELİOĞLU, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, Yedinci Baskı, İstanbul, 1993
- YAVUZ, Cevdet**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

İdari Yargı Kararları Işığında 1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanununun Uygulanışı

Hakemli Makale

Sinan ŞIĞVA

Yakın Doğu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi
Phd Conditate, Near East University Graduate School of Social Sciences Department of Public Law

İÇİNDEKİLER

Giriş	183
1. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarının Tarihsel Seyri	183
1.1. Ankara Antlaşması	184
1.2. Lozan Barış Antlaşması	184
1.3. Hatay Antlaşması	184
2. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Ülkelerin Uygulamaları	184
2.1. Suriye'deki Uygulama ve Kısıtlamalar.	185
2.1.1. Taşınmaz Mal Rejimine İlişkin Çeşitli Mevzuat, İdari-Kaza-i Kararlar ve Tatbikat	185
2.1.2. 1958 Tarihli Toprak Reformu ve Reform Uygulaması	185
2.2. Türkiye'deki Uygulama ve Kısıtlamalar.	185
2.2.1. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Türk Tarafının Kabul Ettiği Kanunlar.	185
2.2.1.1. 07.06.1926 Tarih ve 910 Sayılı Kanun	185
2.2.1.2. 28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun	186
2.2.2. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Türk Tarafınca Alınan Bakanlar Kurulu Kararları.	186
2.2.2.1. 04.05.1927 Tarih ve 5130 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	186
2.2.2.2. 17.04.1929 Tarih ve 7887 19 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	187
2.2.2.3. 31.05.1940 Tarih ve 2/13629 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	187
2.2.2.4. 14.2.1942 Tarih ve 2/17317 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	187
2.2.2.5. 18.11.1957 Tarih ve 4/9697 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	187
2.2.2.6. 01.10.1966 Tarih ve 6/7104 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	188
2.2.2.7. 25.09.1967 Tarih ve 6/8890 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı	188
3. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Konuların Türk Yargısında Ele Alınışı	189
3.1. Suriyelilere Ait Taşınmazların Hukuki Koruması.	189
3.2. Suriyelilere Ait Taşınmazlara İlişkin Mirasçılık Durumları	190
3.3. Türk Vatandaşların Suriye Topraklarındaki Taşınmazların Kullanılmamasından Kaynaklanan Tazminat Durumları	191
4. Türkiye-Suriye Arasında Bugüne Kadar Yapılan Sözleşme ve Protokoller	192
Sonuç	193
Kaynakça	194

ÖZET

Türkiye-Suriye emlak sorunlarının yaklaşık 90 yıllık mazisi göz önüne alınacak olursa, her iki ülke açısından ne denli büyük ve kapsamlı çözüm bekleyen bir sorun olduğu anlaşılacaktır. Çalışmanın içeriğinde Türkiye-Suriye emlak sorunlarının tarihsel seyri konuya ilişkin antlaşmalar ışığında incelenecektir. Çalışmada Türkiye-Suriye emlak sorunlarına ilişkin her iki ülkenin uygulamaları gözler önüne serilecek olup; özellikle Türkiye’de 28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanununun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararlarının, Suriyelilerin taşınmazlarına ilişkin uygulaması üzerinde durulacaktır. Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına ilişkin konuların Türk yargısında ele alınışı Türk yargısının konuya ilişkin ihtilafları nasıl çözümlendiği ve verdiği kararlarla uygulamalara nasıl yön verdiği çalışmamızın ana unsurunu teşkil edecektir. Çalışmada son olarak Türkiye-Suriye arasında bugüne kadar yapılan sözleşme ve protokolere yer verilerek her iki ülke arasındaki çözüm arayışları gözler önüne serilecektir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye-Suriye Emlak Sorunları, Mülkiyet Hakkı, Mukabele-i Bilmisil, Mirasçılık, Tazminat.

ABSTRACT

According to the Administrative Judicial Decisions the Implementation of the Law No. 1062 Retaliation in Kind

If Turkey and Syria will be considered nearly 90-year old history of the property issue, in terms of how both countries large and are waiting to be understood as a comprehensive solution to the problem. Historical trend of real estate issues in the Turkey-Syria agreement on the subject content of the study will be examined. Applications of both countries on Turkey-Syria estate problem is that unfolds in the study; Especially 28.05.1927 date and Law No. 1062 in Turkey and based on this law issued by cabinet decrees, will focus on the implementation of the Syrians regarding immovable. Turkey-the issues related to property issues between Syria and Turkey in the handling of administrative justice; Turkey on the issue of how to resolve conflicts in the administrative courts and Turkish How to practice with the decision of the administrative court will constitute the main elements of our work given direction. The study finally Turkey-Syria between giving place to the conventions and protocols made so far will be unfolding between the two countries search for solutions.

Keywords

Turkey-Syria Property Problems, Property Right, Retaliation in Kind, Heirdom, Compensation.

Giriş

İnsan hakları, tüm insanların sadece insan olmalarından dolayı sahip olduğu temel hak ve özgürlüklere denir. Mülkiyet hakkı, bir insanın sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerdendir.

Mülkiyet hakkı, taşınır ya da taşınmaz bir eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren, hukuk düzeninin sınırları içinde kullanılabilen mutlak ve aynı bir haktır. Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde sahibine en geniş yetkiler bahşeden bir haktır. Aynı hakkın bütün özelliklerini mülkiyet hakkı kendisinde toplar. Bu nedenle de bütün aynı hakların en mükemmeli olarak kabul edilir¹. Aynı hak ise eşyanın sahibi olan malike eşyalar üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte bazı iktidar ve yetkiler veren bir haktır².

Taşınmazlar mülkiyet hakkının içeriğini teşkil etmektedir bu açıdan bakıldığında Türkiye-Suriye Emlak sorunlarının çözümü temel hak ve özgürlüklere hizmet edecektir.

Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarının Türk yargısındaki yansımaları; Suriye uyruklu malikler hakkında açılacak iptal ve tescil davalarında husumetin yönlendirilmesi, Suriye uyrukluların taşınmazlarının hukuki açıdan korunması, Suriye uyrukluların taşınmazlarına ilişkin mirasçılık durumları, Türk vatandaşların Suriye topraklarındaki taşınmazların kullanılamamasından kaynaklanan tazminat durumlarıdır.

Çalışmanın içeriğinde Türkiye-Suriye emlak sorunlarının tarihsel seyri konuya ilişkin antlaşmalar ışığında incelenecektir. Ayrıca çalışmada Türkiye-Suriye emlak sorunlarına ilişkin her iki ülkenin uygulamaları gözler önüne serilecek olup; özellikle Türkiye’de 28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun hakkında bilgi verilecek ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklere ve Bakanlar Kurulu Kararlarına değinilecek; Türk hukuku yasal mevzuatının Suriyelilerin taşınmazlarına uygulanışı üzerinde durulacaktır.

Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına ilişkin konuların Türk yargısında ele alınışı Türk yargısının konuya ilişkin ihtilafları nasıl çözümlendiği ve verdiği kararlarla uygulamalara nasıl yön verdiği çalışmamızın ana unsurunu teşkil edecektir. Çalışmada son olarak Türkiye-Suriye arasında bugüne kadar yapılan sözleşme ve protokollere yer verilerek her iki ülke arasındaki çözüm arayışları gözler önüne serilecektir.

1. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarının Tarihsel Seyri

Osmanlı Devleti Birinci Dünya Harbi’nin sonunda mağlup sayılmış, galip devletler tarafından imparatorluk toprakları işgal edilmeye başlanmıştır. Türkiye’nin Güney bölgesi, Fransa tarafından işgal edilmiş ve işgal edilen toprakların idaresi de Fransızlara geçmiştir. İşgal güçlerine karşı verilen Milli mücadele karşısında zorlanan Fransızlar, Türkiye ile anlaşmaya varmak suretiyle Güney bölgemiz olan şimdiki sınırlardan geri çekilmişlerdir.

1 AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 23.

2 AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 1.

1.1. Ankara Antlaşması³

20 Ekim 1921 günü Fransa-Türkiye arasında Ankara antlaşması yapılmıştır. Ankara antlaşmasının 7. ve 8. maddelerinde güney bölgemizin sınırları çizilmiş, İskenderun ve Antakya bölgesinde, Resmi dili Türkçe olan özel bir rejim kurulması kararlaştırılmıştır.

Ankara Antlaşmasında güney bölgemizin sınırı ile ilgili maddeler şu şekilde düzenlenmiştir.

Madde 3 - "İşbu antlaşmanın imzasından başlayarak, en geç iki ay içinde Fransız kıtaları 8. maddede de yazılı hattın güneyine ve Türk kıtaları da kuzeyine çekileceklerdir."

Madde 7 - "İskenderun Bölgesi (Hatay) için özel bir idare usulü tesis olunacaktır. Bu mıntıkanın Türk ırkından olan ahali si kültürlerinin inkişafı için her türlü teşkilattan faydalanacaklardır. Türk lisanı orada resmi dil olacaktır."

Madde 8 - "3. maddede zikredilen hat: İskenderun Körfezi'nde Payas'tan başlayarak Meydan-ı Ekbez-Kilis-Çobanbeyli istasyonuna gidecek ve demiryolu Türkiye'de kalmak üzere Çobanbeyli'den Nusaybin'e varacaktır. Payas ile Meydan-ı Ekbez ve Çobanbeyli istasyonları Suriye'de kalacaktır. İşbu antlaşmanın imzasından itibaren bir ay içinde mezkur hattı tespit etmek üzere her iki taraf delegelerinden mürekkeb bir komisyon seçilecek ve bu komisyon tespit muamelesine nezaret edecektir."

1.2. Lozan Barış Antlaşması⁴

24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış antlaşmasında, Ankara Antlaşması ile çizilen sınır aynen kabul edilmiş, İskenderun ve Antakya bölgesine ilişkin sorunun, Türkiye ve Fransa arasında yapılacak anlaşma ile çözülmesi kararlaştırılmıştır.

Lozan Barış antlaşmasından sonra, Türkiye-Suriye arasındaki ilişkilere bağlı olarak, Suriye uyruklulara ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır.

1.3. Hatay Antlaşması⁵

Türkiye ile Fransa arasında yapılan Hatay Antlaşması ile Hatay 11.07.1939 tarihinde Türkiye'ye ilhak etmiştir. 23.6.1939 tarihinde kabul edilen antlaşma ile Türkiye Sınırları içinde kalan ve Türk Tabiiyetine geçmiş sayılan kimselere, Suriye ve Lübnan uyruğuna geçmek için antlaşma tarihinden itibaren 6 aylık ikametgahlarını nakletme, 18 aylık da mallarını tasfiye için süre tanınmıştır. Bu süre zarfında Suriye veya Lübnan vatandaşlığına geçmeyenlerin, Türk vatandaşı sayılması kararlaştırılmıştır.

2. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Ülkelerin Uygulamaları

Emlak sorunları genelde Suriye Devletindeki toprağa ilişkin uygulama ve konulardan dolayı oluşmuş, Türkiye Hükümetleri de buna karşı bazı tedbirler almak zorunda kalmıştır.

3 **Ankara Antlaşması**, http://tr.wikipedia.org/wiki/Ankara_Antla%C5%9Fmasi_%C4%B1_%281921%29, (erişim tarihi: 05.01.2016).

4 **Lozan Barış Antlaşması**, http://www.koksav.org.tr/hassas_konular/26042012hk_asofuoglu.html, (erişim tarihi 08.01.2016).

5 Hatay Antlaşması, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc020/kanuntbmmc020/kanuntbmmc02003658.pdf, (erişim tarihi 08.01.2016).

Konunun daha kolay bir şekilde anlaşılabilmesi bakımından sorunların Suriye ve Türkiye'deki uygulamalar olarak incelenmesi uygun olacaktır.

2.1. Suriye'deki Uygulama ve Kısıtlamalar

Suriye'de taşınmaz malı bulunan vatandaşlarımızın bunları tasarruflarında Suriye Hükümetince uygulanan genel taşınmaz mal rejimine ilişkin çeşitli mevzuat ile 1958 yılında çıkarılan Toprak Reformu Kanunu hükümleri muvacehesinde büyük kısıtlamalar bulunmaktadır⁶.

2.1.1. Taşınmaz Mal Rejimine İlişkin Çeşitli Mevzuat, İdari-Kaza-i Kararlar ve Tatbikat Geçmişte Suriye'de yürürlükteki arazi rejimine nazaran, hak sahibine arazisi üzerinde esas itibarıyla, "Mülkiyet Hakkı" değil de, bir nevi "Tasarruf Hakkı" tanınmakta ve bu hak, mal sahibinin tasarrufundaki araziye yasada öngörülen sürede kullanmaması halinde düşmektedir. Suriye tarafının bu mevzuat hükümlerinden hareketle yürüttüğü uygulamalar neticesi vatandaşlarımızın arazilerinin ellerinden çıkmasına sebep olmaktadır. Diğer taraftan Suriye miras hukukuna göre yabancı uyruklu şahıslar miras yolu ile taşınmaz mal edinmemektedirler.

2.1.2. 1958 Tarihli Toprak Reformu ve Reform Uygulaması

Bu yasa, kamulaştırılan arazi bedelinin 40 yıl vadeli % 1,5 faizli bono ile Suriye'de ödemesini öngörmektedir. Anılan yasa hükümleri çerçevesinde 1958 yılından itibaren vatandaşlarımıza ait tarım arazileri kamulaştırılmış fakat kendilerine bugüne kadar hiçbir tazminat ödenmemiştir. Ayrıca, kamulaştırılan araziler dışında kalan arazileri de vatandaşlarımız yıllardır tasarruf edememekte, Suriye uyruklular tarafından işgal edilmekte veya Suriye Hükümetince kiraya verilmektedir.

2.2. Türkiye'deki Uygulama ve Kısıtlamalar

Türk tarafı Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına ilişkin bu güne kadar çok sayıda kanun ve bakanlar kurulu kararı çıkartmıştır.

2.2.1. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Türk Tarafının Kabul Ettiği Kanunlar

2.2.1.1. 07.06.1926 Tarih Ve 910 Sayılı Kanun⁷

07.06.1926 tarih ve 910 sayılı Kanunla kabul edilen Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavelesininin 3'üncü maddesiyle,

"Osmanlı İmparatorluğundan ayrılıp Fransa Cumhuriyeti nüfuzunda bulunan arazi ahalisinden 18 yaşını tamamlamışların 12 ay içinde Türkiye'yi terk etmeleri zorunlu tutulmuş ancak Türkiye arazisi üzerindeki taşınmaz mal mallarını muhafaza etmeleri" öngörülmüştür.

6 **Suriye'deki Uygulama Ve Kısıtlamalar**, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM/d04/c014/mm__04014041ss0185.pdf, (erişim tarihi 15.01.2016).

7 **Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavelesininin**, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400910.pdf, (erişim tarihi 19.01.2016).

2.2.1.2. 28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazi Hakkında Kanun

Türkiye'de taşınmaz bulunan Suriye uyruklu özel ya da tüzel kişilere ait taşınmaz mallar üzerine 28/05/1927 gün 1062 sayılı kanun hükümlerine göre bugüne kadar çeşitli tedbirler alınmıştır. Ancak en önemli nokta, 28.5.1927 tarihli 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanununda ifade edildiği üzere idari karar veya istisnai kanunlarla, Türk uyruklular bakımından mülkiyet hakkının kısmen veya tamamen sınırlanıp sınırlanmadığının, daha açık bir ifade ile fiili karşılıklılığın belirlenmesidir⁸.

28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazi Hakkında Kanunu konuya ilişkin 1. ve 2. Maddeleri şu şekilde düzenlemiştir;

Madde 1 - İdari mukarrerat veya fevkalade veya istisnai kanunlarla Türkiye tebaasının hukuku mülkiyetini kısmen veya tamamen tahdit eden devletlerin Türkiye'deki tebaasının hukuku mülkiyeti dahi icra Vekilleri Heyeti kararıyla Hükümet tarafından mukabele-i bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen tahdit ve menkulat ve gayrimenkulatına vaziyet olunabilir.

Vaziyet edilen emvalin varidatı ve ledelicap tasfiyelerinden mütevelit hasılatı, vesika istinaden isbat edecekleri zarar nispetinde, zarar gören Türk tebasına tevzi olunur.

Madde 2 - Zarar gören vatandaşların istinat edecekleri vesikaların şekil ve suret ve merci tanzimi İcra Vekilleri Heyetince bir talimatname ile tayin ve tesbit olunur.

Yukarıda verilen maddelerin hükümlerine dikkat edilirse ile idari kararlar ve olağanüstü veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşlarının mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlayan devletlerin Türkiye'deki vatandaşlarının mülkiyet hakkını, misilleme olarak kısmen ve tamamen sınırlama veya el koymaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

2.2.2. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Türk Tarafınca Alınan Bakanlar Kurulu Kararları

2.2.2.1. 04.05.1927 Tarih ve 5130 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Bakanlar Kurulu'nun 04.05.1927 tarih ve 5130 sayılı Kararı ile 30.05.1926 tarihli Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavelenamesi'nin yürürlüğe girdiği tarihte Türkiye'de mütemekkin ve sözleşme gereğince Suriye vatandaşlığına geçmiş olan Suriye asıllıların Emvali Metruke Kanunları olarak adlandırılan 13 Eylül 1331 (1915) ve 15 Nisan 1339 (1923) tarihli Kanunlar uyarınca vaziyet edilmiş olan taşınmazlarından halen hükümet elinde olanların iadesi kararlaştırılmıştır⁹.

8 KAMACI, Mahmut "Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye'de Kanuni Miras Yoluyla Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilen Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Yıl:2008, Cilt 34, Sayı: 1-2, s. 58.

9 ESENER, Haluk "1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu ve Bu Kanun Çerçevesinde Suriye Uyruklularının Ülkemizdeki Mallarının Durumu", **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı:164, s. 37.

2.2.2.2. 17.04.1929 Tarih ve 7887/19 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Suriye'de ikamet eden Türklerin mallarına bir takım kısıtlamalar getirilmesi üzerine Bakanlar Kurulunun 17.04.1929 tarih ve 7887 sayılı kararı ile Suriyelilerin Türkiye'deki taşınmazlarına vaziyet edilmiş, bu karar Türkiye ile Fransa arasında 1932 yılında Ankara'da imzalanan ve 09.01.1933 tarih ve 2089 sayılı Kanunla kabul edilen Suriye'de Türklere Ait Emlak İle Türkiye'de Suriyelilere Ait Emlak Hakkında İtilafname ile yürürlükten kaldırılmıştır. İtilafname ile Türklerin Suriye ve Lübnan'da bulunan taşınmazları ile Suriyelilerin Türkiye'deki taşınmazları üzerine ilgili hükümetlerce konulan tedbirlerin itilafnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 18 ay içinde kaldırılması öngörülmüş bu süre çeşitli Kanunlar ile 11.10.1936 tarihine kadar uzatılmıştır. İtilafname ile ayrıca iki ülke arasında itilafnamenin uygulanmasından doğacak sorunların çözümü için bir komisyonun çalışmalarını sürdürmesi öngörülmüştür. Komisyon çalışmalarından bir sonuç elde edilememesi ve Suriye'nin ülkesinde bulunan vatandaşlarımıza ait taşınmazlar üzerindeki kısıtlamaları artırmaya yönelmesi üzerine Bakanlar Kurulu'nun 13.01.1939 tarih ve 2/10250 sayılı Kararı ile Suriye uyruklu kişilerin Türkiye'deki mallarının üçüncü şahıslara ipotek ve ferağlı durdurulmuştur¹⁰.

2.2.2.3. 31.05.1940 Tarih ve 2/13629 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

31.5.1940 tarih 2/13629 Sayılı Kararname, Hatay antlaşmasının 2. Maddesi gereğince, Lübnan ve Suriye uyruğunu tercih edenlerin mallarını, antlaşma ile tanınan 18 aylık sürenin bitimine kadar zayii ve telef olmaması için nasıl idare edileceğine ilişkin yöntemleri belirlemiş, Suriye uyruklarının malları, devletçe konulan bu ilkelere göre idare edilmeye başlanmıştır. İlave olarak, süresinde mallarını tasfiye etmeyen kişilerin mallarının, 2490 sayılı yasaya göre tasfiye edileceği hükmü getirilmiştir.

2.2.2.4. 14.2.1942 Tarih ve 2/17317 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

14.2.1942 tarih 2/17317 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de muvazaalı temliklerin, önlenmesi yönünden Suriye uyruklu kişilerin, borçlarından dolayı malları üzerinde haciz konarak satışlarının yapılabilmesi yasaklanmış, istimlak edilen Suriye emlakinin istimlak bedellerinin Hazine elinde emanet yoluyla muhafaza edilmesi öngörülmüştür.

Kararda belirtildiği üzere, Sadece haciz konularak taşınmazın satışı yasaklanmıştır. Haciz konması yasaklanmamıştır.

2.2.2.5. 18.11.1957 Tarih ve 4/9697 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

18.11.1957 tarih 4/9697 Sayılı kararname ile Suriye uyruklu kişilere ait taşınmaz mallar üzerine inşaat yapmak veya fidan dikmek suretiyle temellükü (Madeni Kanun md.650) ve Suriyelilerin hissedar bulunduğu taşınmaz malların antlaşma suretiyle taksim ve ifraz edilmesi men edilmiş, Şüyyu'nun izalesi suretiyle yapılacak satışlarda, Suriye uyrukluya isabet eden bedelin Hazine elinde emanet yoluyla muhafaza edilmesi kararlaştırılmıştır.

10 ESENER, 2006, s. 37.

Suriye uyrukluların, paydaşı olduğu taşınmazların rızaen taksimleri yasaklanmış ancak mahkeme eliyle şüyuun izalesine imkan verilmiştir.

2.2.2.6.01.10.1966 Tarih ve 6/7104 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Suriye ile Ülkemiz arasında bu konuda sürdürülen görüşmeler ve tasfiyeyi hedef tutan teklifler, müspet sonuca varmamış, Suriye Hükümeti, son zamanlarda Türklere ait taşınmaz mallara çeşitli vesilelerle ve özellikle 1958 yılında yürürlüğe konulan "Zirai reform" kanununun uygulanması bahanesiyle müdahale ve eritme politikasını sürdürmüştür ve Türkler'in mülkiyet haklarını ileri derecede kısıtlamıştır.

Ülkemizde, Suriyelilere ait gayrimenkuller üzerindeki temlik tasarruflar, Bakanlar Kurulunun 13.1.1939 gün, 2/10250; 14.2.1942 gün, 2/17317 ve 18.1.1958 gün, 4/9697 sayılı Kararları ile kısıtlamış bulunmaktadır. Suriye Hükümeti'nin, vatandaşlarımızı mülkiyet haklarından mahrum eden tutumları karşısında, Hükümetimiz de 1062 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak misilleme tedbiri almak zorunluluğunu duymuş ve Suriye uyrukluların Türkiye'deki gayrimenkullerine tasfiye maksadıyla el koyma kararı alınmıştır.

El konulan Suriye uyruklulara ait mallar hakkında yapılacak işlemler, kararname ekinde yer alan 17.10.1966 tarih ve 12428 sayılı "Suriye Uyrukluların Mallarının Tespiti ve Bu Mallara Konulması Hakkında Yönetmelikte" belirtilmiştir.

2.2.2.7. 25.09.1967 Tarih ve 6/8890 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

Bakanlar Kurulunun 25.09.1967 tarih ve 6/8890 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan 06.11.1967 Tarih Ve 12743 Sayılı "Suriye Uyruklu Özel Ve Tüzel Kişilerin Hazinece El Konulan Mallarının İdaresi Hakkındaki Yönetmelik" ¹¹ hükümleriyle de Suriye uyruklu özel ve tüzel kişilere ait olup Bakanlar Kurulu kararıyla el konulan taşınır ve taşınmaz mallar ile bunlara müteferri hak ve menfaatlerin idare esasları belirlenmiş ve bu konudaki yetki Maliye Bakanlığına verilmiştir.

Ancak iş bu yönetmelikte el koyma işlemine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre;

- a) Suriye Devletinin Türkiye deki Elçilik ve Konsolosluk bina ve arsalarıyla taşınır mallar, paralar, sair kıymetleri.
- b) Memleketimizdeki Suriye Büyük Elçilik ile konsoloslukları mensuplarına ve bunların aileleri efradına ait mallar, paralar vesair kıymetler.
- c) Turist olarak Türkiye'ye gelen Suriyelilerin beraberinde getirdikleri ve Türkiye'ye sokulmasında kanunen mahzur bulunmayan para, eşya ve araçlar.
- d) Transit olarak Türkiye'den geçen mal ve araçlar.
- e) Türkiye'de açılan Milletlerarası fuarlara getirilen taşınır mallar.
- f) Türk hükümetiyle Suriye hükümeti arasında akdedilen ticaret anlaşmaları gereğince Suriyelilerin Türkiye'ye ihraç ettikleri ticari mallar ve bunların bedelleri, yurtdumuzdan aynı şekilde satın aldıkları mallar ve bu maksatla getirecekleri dövizler.

¹¹ **Suriye Uyruklu Özel Ve Tüzel Kişilerin Hazinece El Konulan Mallarının İdaresi Hakkındaki Yönetmelik**, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12743.pdf>, (erişim tarihi 23.01.2016).

- g) Türkiye'deki her derecedeki öğrenim Müesseselerinde okuyan Suriye uyruklu öğrencilere yurt dışından gönderilen veya getirilen paralar.

El koyma işlemlerine tabi olmayacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu yönetmelikte, Suriyelilerin Türkiye'de bulunan taşınmaz malları hakkında Bakanlar Kurulunun 13/1/1939, 14/2/1942-18/11/1957 gün ve sırasıyla 2/10250, 2/17317, 4/9697 sayılı kararlarıyla konulmuş takyitlerin devam edeceği belirtilmiştir.

Uyrukluğun Tayini; el koyma ve idare bakımından 17/10/1966 tarihinde bihakkın iktisap edilmiş uyruklu esas olduğu açıkça belirtilmiş Ancak, 13/1/1939, 14/2/1942, 18/11/1957 günlü kararnamelerle takyidat konulan taşınmaz malların Suriye uyruklu malikleri, 13/1/1939 dan sonra başka bir devlet uyrukluğuna geçmiş olsalar dahi, taşınmaz malları yönünden Suriye uyruklu ad ve itibar olunacağı belirtilmiştir¹².

Madde metninden anlaşılacağı üzere;

- a) 13.01.1939 tarihinde Suriye uyruklu olanlar, 13.01.1939 tarihinden sonra Türk vatandaşlığına veya Türkiye'nin Mütakabiliyet anlaşmasının olduğu başka ülke vatandaşlığına geçmiş olsalar bile, Türkiye'deki taşınmazları yönünden Suriye uyruklu sayılır ve 17.10.1966 tarih 12428 sayılı Bakanlar kurulu kararı ile Türkiye'deki taşınmazlarına el konulur.
- b) 17.10.1966 tarihi itibarıyla, Türk vatandaşlığına veya Türkiye'nin Mütakabiliyet anlaşmasının olduğu başka ülke vatandaşlığına geçen Suriye uyrukluların, Türkiye'deki taşınır mal ve diğer hak ve menfaatlerine el konulmaz.
- c) 13.01.1939 – 17.10.1966 tarihleri arasında, Türk vatandaşlığına veya Türkiye'nin mütakabiliyet anlaşmasının olduğu başka ülke ülke vatandaşlığına geçmeyen Suriye uyrukluların, 1939, 1942, 1957 tarihli bakanlar kurulu kararları ile konulan sınırlama dışında kalan hak ve menfaatlerini 17.10.1966 tarihine kadar tasarruf etmeleri yasal olarak engellenmemiştir. Bu husus miras hukuku açısından büyük önem arz etmektedir.
- d) 23.6.1939 Tarihli Hatay Antlaşmasının 2. Maddesi gereğince, 6 aylık süre içinde (1940 tarihine kadar süre verilmiştir.) İkametlerini nakletmeyen ve doğrudan türk vatandaşı sayılan Suriyelilerin taşınır ve taşınmaz mal ve haklarına el konulmaz.

3. Türkiye-Suriye Emlak Sorunlarına İlişkin Konuların Türk Yargısında Ele Alınışı

3.1. Suriyelilere Ait Taşınmazların Hukuki Koruması

28.05.1927 tarih ve 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanarak 17.10.1966 tarihinde yürürlüğe giren

¹² KAPAN, Gazi, **Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmelerine İlişkin İşlemler**, Ankara: Maliye Bakanlığı Millî Emlak Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1998, s. 17-19.

1.10.1966 gün 6/7104 Sayılı Kararname ile de, Suriye uyrukluların mallarına Devletçe el konmuştur. Suriye uyruklu malikler hakkında açılacak iptal ve tescil davalarında hazinenin davalı gösterilmesi gerekir¹³.

Kısaca belirtmek gerekirse Suriye uyrukluların mallarının mülkiyeti 1966 tarihine kadar Devlete geçmemiş ise de, bu malların gerek mal sahibinin iradesi, gerekse iradesi dışında özel kişilere geçmesi önlenmiş, onlara vaziyet edilmiş üzerlerinde gittikçe artan bir hakimiyet kurulmuş, sonunda da söz konusu kararname ile fiilen el konulmuştur. Diğer bir anlatımla 1.10.1966 tarihinden önce ilerde Devlete geçeceği düşünülerek Suriye uyrukluların malları denetim altına alınmıştır (Hukuk Genel Kurulunun 15.4.1992 Tarih 992/7-174-245 Sayılı, 4.12.1991 Tarih 991/16-539-624 Sayılı Kararı).

Suriyelilere ait taşınmazların satış, başış veya zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün değildir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 01.12.2008 tarih, E. 2008/4215 K. 2008/6078 sayılı kararında; Hazineye kalan bir yerin olağanüstü zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla edinilmesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir.

Suriye uyruklu bir kişiye ait olup, 1062 sayılı yasa uyarınca bakanlar kurulu kararıyla el konulup, devletin hüküm ve tasarrufu altına giren, kullanımı hazineye geçen taşınması kullanan ilgiliden 2886 sayılı yasanın 75.maddesine göre ecrimisil tahsil edilebileceği hakkındaki Danıştay 10. Dairesi 12.04.1991 tarih, E:1988/2513, K:1991/1413 kararında; Suriye uyrukluların Türkiye’de bulunan ve 1062 sayılı Yasa uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla elkonulan taşınmazlarının, el koyma işleminin sonucu olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altına girip kullanımı Hazineye geçen taşınmazlar olduğunu; dolayısıyla söz konusu taşınmazın kullanımı nedeniyle 2886 sayılı Yasanın 75.maddesine göre ilgililerden ecrimisil tahsil edilebileceğinin kabulü gerekeceğine karar vermiştir¹⁴.

3.2. Suriyelilere Ait Taşınmazlara İlişkin Mirasçılık Durumları

Miras, değişik anlamlarda kullanılır. Miras belli kurallara bağlanmış bir olgudur. İçine ölen kimse geride kalanlar bırakılan mallar, haklar ve borçlar girer¹⁵.

Mirasen kalan taşınmaz mallar, 12.07.2007 tarih 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 22. Maddesi 1. Fıkrasında şu şekilde düzenlemiştir;

Madde 22- “Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır.”

Yukarıda değinilen MÖHUK hükmünden de anlaşılacağı üzere mirasen kalan taşınmaz mallar için Türk hukuku uygulanacaktır. Türk hukuku açısından 1062 sayılı yasa

13 KARAASLAN, Erol, “Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinimi (TMY..Md. 713)”, **Yargıtay Dergisi**, Yıl:2003, Cilt 30, Sayı 4, s. 459.

14 10.09.1983 tarih 2886 sayılı Devlet İhale Kanun’un 75.maddesinde ise; Devletin Özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların gerçek ve tüzel kişilerce işgali üzerine, fuzuli şağilden, kanunda gösterilen hükümler uyarınca ecrimisil istenebileceği, ecrimisil talep edilebilmesi için Hazinesin işgalden dolayı zarara uğramış olması gerekmeyeceği ve fuzuli şağilin kusuru aranmayacağı hükmüne bağlanmıştır.

15 ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 35. Basım., Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2011, s. 545.

uyarınca Suriye uyrukluların hazine tarafından el konulan taşınmazlarının mirasen mirasçılara intikal etmesi olanaksızdır. Konuya ilişkin olarak; 1062 sayılı yasa uyarınca hazine tarafından el konulan taşınmaz ve taşınır mallar ile hak ve menfaatlerin miras yoluyla intikal edemeyeceği hakkındaki Danıştay 10. Dairesi 21.10.1992 tarih, E:1990/48869, K:1992/3700 sayılı kararında; 1062 sayılı Yasa hükümleri uyarınca Hazine tarafından el konulan taşınmazların miras yoluyla intikali söz konusu olamayacağından, el konulma tarihinde Suriye uyruklu kişilere ait bulunan taşınmazların Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına miras yoluyla intikal ettiğinden bahisle el koyma işleminin kaldırılması mümkün değildir. Bu durumda, davacıların; Suriye uyruklu kişilere ait olması nedeniyle Hazine tarafından el konulan taşınmazların kendilerine miras yoluyla intikalinin sağlanması amacıyla, üzerlerindeki el koyma işleminin kaldırılması istemini içeren başvuruların reddine karar vermiştir.

Ayrıca, Suriye Uyruklu Bir Kişiyeye Ait Olup, 1062 Sayılı Yasaya Göre El Konulmak Suretiyle Her Türü Tasarruf Hakkı Yasaklanmış Olan Taşınmazların Lübnan Uyruklu Mirasçılara İntikal Etmeyeceği hakkındaki Danıştay 10. Dairesi 15.11.1982 tarih, E:1982/317, K:1982/2587 sayılı kararında; davacının, kendisinin Lübnan uyruklu olduğu ve annesinin ölümü nedeniyle taşınmazların mülkiyetinin kendisine intikal etmesi gerektiğini iddiasını, 1602 sayılı Kanun ve ilgili kararname hükümleri uyarınca el konulan Suriye uyruklulara ait taşınmaz mallar üzerinde her türlü tasarruf hakkı yasaklanmış olduğundan kabul etmemiştir.

3.3. Türk Vatandaşların Suriye Topraklarındaki Taşınmazların Kullanılmamasından Kaynaklanan Tazminat Durumları

Türkiye uyrukluların Suriye topraklarındaki taşınmazların kullanılmamasından kaynaklanan tazminat istemleri Türk idari yargısında gündeme gelmiştir.

Suriye topraklarındaki taşınmazların kullanılması Suriye hükümetince engellenen türk uyruklu davacının bu yüzden uğradığı zararın; Suriye uyrukluların Türkiye'deki taşınmazlarına konulan tahdit sonucu bu taşınmazlardan elde edilecek gelirlerden karşılanması gerektiği hakkındaki Danıştay 10. Dairesi 02.04.1998 tarih, E:1997/3728, K:1998/1374 kararında; 1062 sayılı Yasanın 1. maddesi uyarınca Suriye uyruklu vatandaşların Türkiye'deki taşınmazlarından elde edilen ve bankada bloke tutulan gelirlerden, Türkiye uyruklu davacının kanıtlayacağı nispetteki zararının ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yine, Danıştay 10. Dairesi 13.11.2000 tarih E: 1997/3652, K:2000/5621 kararında; Suriye'deki taşınmazına el konulan ve tasarruf etmesi engellenen davacının 1062 sayılı yasanın 1. maddesi uyarınca Suriye uyruklu vatandaşların Türkiye'deki taşınmazlarından elde edilen ve bankada bloke tutulan gelirlerden kanıtlayacağı nispetteki zararının ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin 2000 yılında verdiği: "Suriye'deki taşınmazına el konulan ve tasarruf etmesi engellenen davacının zararının, Suriye uyruklu vatandaşların Türkiye'deki taşınmazlarından elde edilen ve bankada bloke tutulan gelirlerden karşılanması" kararı Türkiye uyrukluların Suriye topraklarındaki taşınmazların kullanılmamasından kaynaklanan tazminat konusu uluslararası

bir sorun olmaktan çıkıp Türk yargısının yetki alanı içine girmiştir. Bu sayede, sorun devletlerarası bir ihtilaf olmaktan çıkarılarak, aynı zamanda Suriye'de miras hakkı olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının tazminata ilişkin taleplerinde iç hukukta hareket imkanı doğmuştur¹⁶.

4. Türkiye-Suriye Arasında Bugüne Kadar Yapılan Sözleşme ve Protokoller

İki Ülke arasındaki emlak sorunlarının çözülmesi için 1968 yılında görüşmelere başlanmış olup, uzun süren görüşmeler sonucunda 09.05.1972 tarihinde Türkiye-Suriye Emlâk Komisyonu Hakkında protokol, 22.11.1972 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında Emlâk Sorunlarının Çözülmesine Dair Sözleşme ve eki ödeme protokolü Türkiye-Suriye Dışişleri Bakanlarınca imzalanmıştır. Bahse konu sözleşme ve protokol 24.02.1976 gün ve 1937 sayılı Yasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisinde onaylanarak yasallaştırılmıştır.¹⁷

Sözleşme ve Protokol çerçevesinde kurulan Türkiye-Suriye Emlak Komisyonu 1972 yılında Şam'da hemen çalışmalara başlamış, Türk hak sahiplerine ait 2466 dosya bulunmakta olup, bunlardan 1136 adedi olumlu, 358 adedi olumsuz karara bağlanmış olup, geri kalan 972 adet Türkiye-Suriye Emlak Komisyonunca karara bağlanamadığından, sözleşme yürürlüğe girdikten sonra kurulması gereken Türkiye-Suriye Karma Komisyonunda görüşülmesine karar verilmiştir.

Türk Heyetinin yaptığı çeşitli toplantılar neticesinde 1972 tarihli sözleşme protokol ve ödeme protokolü birleştirilerek 1992 tarihli tek sözleşme haline getirilmiştir, genel itibariyle tasfiye esas alınarak hazırlanmış, Dışişleri Bakanlığı tarafından Suriye makamlarına iletilmiş ise de Suriye'nin 1972 sözleşmesi üzerinde ısrarlı olması nedeniyle yürürlüğe girmesi mümkün olamamıştır.

1994 tarihinde yapılan Türk Heyeti toplantısında kurumlar kendi birimleriyle ilgili görüşlerini belirtmişler ve müzakere sürecinin başlatılmasının yararlı olacağı görüşü benimsenmişse de, Suriye'nin 1992 anlaşma tasarısını kabul etmemesi üzerine Başbakanlıkça Hatay iline yönelik politika ve tedbir uygulamasına karar verilmiş olup, bu nedenle yürürlükte bulunan "Hatay İli Aksiyon Planı" 07.03.2011 tarih ve 501 sayılı Başbakanlık Olur'u ile yürürlükten kaldırılarak bunun yerine aynı Olur ile "Hatay İli Uygulama Planı" yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca, Hatay İli Uygulama Planında;

Hatay İli tapu kayıtlarının doğru ve tam olarak tutulması,

Devletin hüküm ve tasarrufundaki arazilerin yakından izlenmesi konularında gerekli hassasiyet gösterilmektedir.

16 ÖZKAN, İlyas, **Yurt Dışındaki Taşınmazın Satışı**, <http://hukuksalbakis.com/form/printthread.php?tid=473>, (erişim tarihi 02.02.2016).

17 **Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında Emlâk Sorunlarının Çözülmesine Dair Sözleşme ve eki ödeme protokolünün onaylanmasının Uygun bulunduğuna dair kanun**, [http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/kanunlar_kararlar/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05901937 .pdf](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/kanunlar_kararlar/kanuntbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05901937.pdf), (erişim tarihi 05.02.2016).

2006 yılında ilgili kurumlarımızın katılımıyla Dışişleri Bakanlığında yapılan değerlendirme toplantılarında, keyfiyetin ikili görüşmelerde ele alınarak, bütüncül bir yaklaşım geliştirilmesi üzerinde durulmuştur.

Emlak sorunu, Sayın Dışişleri Bakanımızın Suriyeli muhatabı ile 10 Eylül 2007 ve 06 Ekim 2007 tarihlerindeki görüşmelerinde ve Suriye Cumhurbaşkanı Beşar Esad'ın ülkemizi ziyareti sırasında 17 Kasım 2007 günü yapılan resmi görüşmelerde dile getirilmiştir.

Yapılan üst düzey ikili görüşmelerin neticesinde Suriye ile teknik düzeyde müzakereler başlamıştır. Türkiye - Suriye Emlak Komisyonu'nun 1.Toplantısı 11-14 Şubat 2008 tarihleri arasında Şam'da, 2.Toplantısı ise 09-10 Mart 2009 tarihleri arasında Ankara'da, 3.Toplantısı ise 28-29 Eylül 2010 tarihlerinde yine Ankara'da gerçekleştirilmiştir. 3.Dönem Toplantısı sonunda imzalanan tutanağın 1.Maddesinin (a) bendinde "Taraflar, Dar'a ve Mersin illerinde ülkelerinin vatandaşlarının gayrimenkullerine ait tapu sicil bilgilerini (malikin isim - tapu numarası - bölgesi - idari bölgesi - yüzölçümü - hissesi - gayrimenkulün vasfı) teati edeceklerdir" hükmü çerçevesinde çalışma yapılmış, ancak bilgi teati gerçekleştirilmemiştir.

Suriye ile yapılacak ikili görüşmeler sonucunda konunun çözümüne yönelik mutabakat unsurlarının tespit edilerek bir anlaşmaya varılması amaçlanmaktadır¹⁸.

Sonuç

Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına başlangıcında Suriye Hükümetince Suriye'de taşınmaz malı bulunan vatandaşlarımızın tasarruflarına yönelik bir takım kısıtlamalar uygulanmıştır. Türkiye Hükümetleri de uygulanan bu kısıtlamalara karşı 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu uyarınca Suriye uyruklularının Türkiye'de mevcut bütün taşınmazlarına el konulmuştur. Suriye uyruklularının yeni taşınmaz edinimi de yasaklanmıştır. El konulan bu taşınmaz mallar maliye kuruluşları tarafından idare edilmektedir. Yani Suriye uyrukluların malları Türk devletinin denetimi altına alınmıştır. Türk yargısı Hazineye kalan bir yerin olağanüstü zamanaşımı ve ziyetlik yoluyla edinilmesinin mümkün olmayacağına karar vermiştir.

Taşınmazına el konulan Suriye uyruklulu veya mirasçısı Türk vatandaşlığına geçmiş olsa dahi el konulan taşınmazlarla ilgili bir işlem yapamamaktadırlar.

Suriye Mirası konusu, Danıştay 10. Dairesi'nin 2000 yılında verdiği: "Suriye'deki taşınmazına el konulan ve tasarruf etmesi engellenen davacının zararının, Suriye uyruklulu vatandaşların Türkiye'deki taşınmazlarından elde edilen ve bankada bloke tutulan gelirlerden karşılanması" kararı ile uluslararası bir sorun olmaktan çıkıp Türk yargısının yetki alanı içine girmiştir. Bu sayede, Suriye'de miras hakkı olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına iç hukukta hareket imkanı doğmuştur.

Türk idari yargısı verdiği kararlarla; Suriye topraklarındaki taşınmazların kullanılması Suriye hükümetince engellenen Türk uyrukluların bu yüzden uğradığı zararları;

18 **Suriye ile Emlak müzakereleri**, <http://www.mfa.gov.tr/suriye-ile-emlak-muzakereleri.tr.mfa>, (erişim tarihi 09.02.2016).

Suriye uyrukluların Türkiye'deki taşınmazlarına konulan tahdit sonucu bu taşınmazlardan elde edilecek gelirlerden karşılanmak suretiyle telafi etmektedir.

İki Ülke arasındaki emlak sorunlarının çözümlenmesi için defalarca bir araya gelmiş her iki taraf arasında değerlendirme toplantıları yapılmış, bir takım sözleşme ve protokoller imzalanmış ve bu Sözleşme ve Protokol çerçevesinde Türkiye-Suriye Emlak Komisyonu kurulmuştur. Suriye ile yapılacak ikili görüşmeler sonucunda konunun çözümüne yönelik mutabakat unsurları tespit edilerek bir anlaşmaya varılması amaçlanmıştır. Ancak; Suriye deki mevcut siyasi çalkantılar ve devam eden iç savaşın etkisiyle¹⁹, Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına şu ana kadar kalıcı bir çözüm getirilememiştir.

Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunları bugün hala canlı ve güncelliğini koruyan bir konudur. Suriye deki mevcut siyasi çalkantılar ve devam eden iç savaşın bitmesiyle, Türkiye-Suriye arasındaki emlak sorunlarına ilişkin her iki tarafın müzakerelere başlaması ve soruna kalıcı bir çözüm getirmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- AKİPEK, Jale G., **Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.
- ESENER, Haluk. "1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu ve Bu Kanun Çerçevesinde Suriye Uyrukluların Ülkemizdeki Mallarının Durumu", **Yaklaşım Dergisi**, Yıl: 2006, Sayı: 164, (s. 36-48).
- KARAASLAN, Erol. "Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Edinimi (TMY..Md. 713)", **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 2003, Cilt 30, Sayı: 4, (s. 459-532).
- KAMACI, Mahmut. "Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye'de Kanuni Miras Yoluyla Taşınmaz Mal Edinmelerine Getirilene Koşul ve Sınırlamaların, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS) ve Eki 1 Nolu Protokole Aykırılığı Sorunu", **Yargıtay Dergisi**, Yıl: 2008, Cilt 34, Sayı: 1-2, (s. 41-96).
- KAPAN, Gazi. **Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmelerine İlişkin İşlemler**, Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 1998.
- ÖZTAN, Bilge. **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2012.
- İnternet Kaynakları
- Ankara Antlaşması, http://tr.wikipedia.org/wiki/Ankara_Antla%C5%9Fmas%C4%B1_%281921%29, (erişim tarihi 05.01.2016).
- Hatay Antlaşması, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanun_tbmcc020/kanuntbmcc020/kanuntbmcc02003658.pdf, (erişim tarihi 08.01.2016).
- Lozan Barış Antlaşması, http://www.koksav.org.tr/hassas_konular/26042012_hk_asofuoglu.html, (erişim tarihi 08.01.2016).
- ÖZKAN, İlyas. **Yurt Dışındaki Taşınmazın Satışı**, <http://hukuksalbakis.com/form/printthread.php?tid=473>, (erişim tarihi 02.02.2016).

19 **Suriye İç Savaşı**, http://tr.wikipedia.org/wiki/Suriye_%C4%B0%C3%A7_Sava%C5%9F%C4%B1, (erişim tarihi 12.02.2016).

- Suriye İç Savaşı, http://tr.wikipedia.org/wiki/Suriye_%C4%B0%C3%A7_Sava%C5%9F%C4%B1, (erişim tarihi 12.02.2016).
- Suriye ile Emlak müzakereleri, <http://www.mfa.gov.tr/suriye-ile-emlak-muzakereleri.tr.mfa>, (erişim tarihi 09.02.2016).
- Suriye'deki Uygulama Ve Kısıtlamalar, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d04/c014/mm__04014041ss0185.pdf, (erişim tarihi 15.01.2016).
- Suriye Uyruklu Özel Ve Tüzel Kişilerin Hazinece El Konulan Mallarının İdaresi Hakkındaki Yönetmelik, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12743.pdf>, (erişim tarihi 23.01.2016).
- Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti arasında Emlak Sorunlarının Çözümlemesine Dair Sözleşme ve eki ödeme protokolünün onaylanmasının Uygun bulunduğuna dair kanun, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/kanunlar_kararlar/kanun_tbmmc059/kanuntbmmc059/kanuntbmmc05901937.pdf, (erişim tarihi 05.02.2016).
- Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavelenamesi, http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400910.pdf, (erişim tarihi 19.01.2016).

