

# ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL



Yıl 2022 Year 2022 • Sayı 1 Number 1 • e-ISSN: 2822-4809

# ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY LAW STUDIES JOURNAL

Yıl 2022 Year 2022 • Sayı 1 Number 1 • e-ISSN: 2822-4809

**Sahibi** | Owner

Prof. Dr. Mehmet Demir

**Editör** | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

**Editör Yardımcıları** | Co-Editors

Arş. Gör. Dr. M. Fatih Cengil  
Arş. Gör. Esra Bulut  
Arş. Gör. Yiğit Çelik  
Arş. Gör. M. Zahid Doğanay  
Arş. Gör. Tahsin Mavzer  
Arş. Gör. Furkan Özdemir  
Arş. Gör. Serhan Yıldırım

**İletişim** | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA  
cuhad@cu.edu.tr  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>  
<https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>

## Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. A. Aslı BİLGİN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Azime Aslı BİLGİN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ (ÇÜHAD)

## YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. Makale ve Kelime Sınırları: Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. Başlık ve Yazar Adı: Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna \* işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. Sayfa Yapısı: Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.
8. Metin: Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimededen oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler "APA" atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. Yargı Kararlarına Atıf: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlenmelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.  
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).  
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

## MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

**Mete Han ve Eski Türk Orta-Asya Kamu Hukukundaki Yeri..... 1-31**  
**Mo-tun Khan and His Status in the Ancient Middle-Asian Public Law**  
Dr. Öğr. Üyesi Aybars PAMİR

Araştırma Makalesi | Research Article

**Mülkiyet Kısıtlılığını Giderme Yollarından Biri: Kamulaştırmasız El Atma Davaları ..... 32-57**  
**Confiscation Cases Without Expropriation: Which is One of the Ways Eliminate Property Restrictions**  
Doç. Dr. Seyfettin KARA

Araştırma Makalesi | Research Article

**Komplikasyon - Malpraktis Ayırımının Tıbbî Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi ..... 58-91**  
**The Effect of Complication - Malpractice Distinction on Medical Private Law Liability**  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR – Arş. Gör. Dr. Ecem KİRKİT

Araştırma Makalesi | Research Article

**Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi ..... 92-110**  
**Evaluation of the Processing of Biometric Data in the Light of Judicial Decisions**  
Arş. Gör. Dr. Miray ÖZER DENİZ – Av. M. Turan ÖZER

Araştırma Makalesi | Research Article

**Havalenin Bir Ödeme Aracı Olması ve Bunun Temel İlişki Bakımından Değerlendirilmesi..... 111-128**  
**The Payment Instruction as a Payment Instrument and Its Evaluation in Terms of Basic Relationship**  
Prof. Dr. Arif KOCAMAN

Araştırma Makalesi | Research Article

**Organ Nakline İlişkin Rızanın Geri Alınması Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar ..... 129-151**  
**Legal Remedies of the Recipient of the Organ Transplantation in case of Donor's Withdrawal of Consent**  
Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT – Arş. Gör. Dr. Günhan GÖNÜL KOŞAR



## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli okuyucular,

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nin ilk sayısı ile sizlere merhaba diyebilmenin heyecanını yaşıyoruz. Özverili bir çalışmanın ürünü olan dergimizin, öğreti ve uygulamaya önemli katkılar sağlayacağını umut ediyoruz. İlk sayısı ile akademik yayın hayatına başlayan Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, sosyal bilimler disiplinine uygun, çift kör hakem sistemiyle elektronik ortamda yayımlanan akademik bir dergidir. Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanacak ve böylece akademik çalışmalarda üretilen bilgilerin hukuk alanına kazandırılmasında köprü vazifesi görecektir. Bu çabamızda bizi desteklemenizi ve çalışmalarınızla dergimize kıymetli katkılarda bulunmanızı bekliyoruz.

İlk sayımıza makaleleriyle katkı sağlayan değerli araştırmacılara ve hakemlerimize teşekkür eder, dergimizin akademik camiaya katkı sağlamasını temenni ederim.

Ayrıca derginin ilk sayısının yayımlanmasında editör yardımcısı arkadaşlarımın çok büyük bir katkısı bulunmaktadır. Bu vesile ile büyük bir gayretle çalışan bütün çalışma arkadaşlarıma ayrıca teşekkür ediyorum.

Yeni sayımızda buluşmak dileğiyle.

**Çukurova Üniversitesi  
Hukuk Araştırmaları Dergisi Editörü**

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK



## METE HAN VE ESKİ TÜRK ORTA-ASYA KAMU HUKUKUNDAKİ YERİ\*

### Mo-tun Khan and His Status in the Ancient Middle-Asian Public Law

Aybars PAMİR\*

#### ÖZ

Mete Han Çinliler'in Hiung-nu ismini verdikleri Hun Devleti'nin kurucusu ve en önemli hükümdarıdır. Çok üstün vasıflara sahip olduğu görülen Mete Han Hun tahtını babası da dahil çok sayıda devlet görevlisini öldürerek ele geçirmiş, ardından da son derece disiplinli bir devlet teşkilâtı oluşturmuştur. Orta-Asya'da gerçekleştirdiği onlarca sefer sayesinde de hem bölgedeki çok sayıda kabileyi egemenliği altına almış, hem de Çin üzerinde büyük bir baskı kurmuştur. Mete'nin, koyduğu töresiyle belirlemiş olduğu çok sayıda kamu hukuku müessesesi ilerleyen dönemlerde Orta-Asya'da kurulacak Türk devletlerine de bir model teşkil etmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Mete, Hunlar, Orta-Asya, Töre, Kurultay, Irkıl Hoca, Tan-hu.

#### ABSTRACT

Mo-tun was the founder of the State of Huns which Chinese called "Hiung-nu" and was also the most important sovereign of them. He had so much superior qualifications in his life and gained the throne by killing so many public officers including his dad and then he formed a very disciplined state organization. By the help of so many wars in the Middle Asia, he took lots of tribes in the region under his sovereignty and also made a big pressure on China. So many public law institutions which Mo-tun made within his tore constituted a model to the Turkish states which would appear in the Middle Asia in the following terms.

**Keywords:** Mo-tun, Huns, Middle Asia, Tore, Assembly, Irkıl Hodja, Tan-hu.

\* **Gönderi:** 27.02.2022 - **Kabul:** 05.05.2022 | **Received:** 27.02.2022 - **Accepted:** 05.05.2022.

Dr. Öğr. Üyesi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye  
✉ aybarspamir@hotmail.com • **ORCID** 0000-0002-0596-1340.

**Atıf Şekli / Cite As:** PAMİR, Aybars (2022). Mete Han ve Eski Türk Orta-Asya Kamu Hukukundaki Yeri. ÇÜHAD, (1), 1-31.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## GİRİŞ

Bilindiği gibi, Türkler'in ana vatanı Orta-Asya'dır. Kuzey'de Sibirya Orman Bölgesi, Doğu'da Çin, Güney'de Hindikuş Dağları, Kven-Lün ile Pamir Yaylası ve Batı'da ise Hazar Denizi arasında kalan bu çok geniş coğrafyada Türkler çok büyük medeniyetler kurmuşlardır. Tarihte bilinen ilk Türk devleti Çinliler'in "*Hiung-nu*" adını verdikleri Hunlar'dır. Hunlar'la ilgili bilgiler en çok Çin kaynaklarından öğrenilebilmektedir. M.Ö. XXIV. yüzyıldan itibaren gelmeye başlayan bilgiler Mete Han'a kadar oldukça sınırlı miktardadır. Aslına bakılırsa, Hun Türkleri bu dönemde Çin için bir tehdit teşkil etmediklerinden, Çinliler Türkler'le çok ilgilenmemiş, onlarla ilgili olarak verdikleri bilgiler de yüzeysel kalmıştır. Ancak Mete Han ile birlikte güçlü ve disiplinli bir devlet teşkilâtına kavuşan Türkler Çin Devleti için korkutucu olmaya başlamıştır.

Türkler'in atası sayılan Mete için Çin kaynakları "*Mo-tun*" ismini kullanmışlardır. M.Ö. 209'da hükümdar olan bu efsanevî şahsiyet ile Hunlar en parlak dönemlerini yaşamışlardır. Yirmi-otuz yıl içerisinde ülkesinin sınırlarını oldukça genişleten Mete, bölgedeki hemen her kabileyi kendi egemenliği altında toplayarak Orta-Asya'ya düzen getirmiştir. Doğumundan itibaren bazı üstün niteliklerinin varlığıyla dikkat çeken bu hükümdar, çıktığı seferlerin hiçbirinde yenilgi yüzü görmemiş, zamanımızdan yüzyıllarca önce oluşturduğu devlet düzeniyle çağının çok ötesine geçmiştir.

Mete ile ilgili bilgiler elbette Çin kaynakları ile sınırlı değildir. Türkler'in çok önemli destanlarından "*Oğuz Kağan Destanı (Oğuzname)*" da, bu büyük hükümdar ve dönemi ile ilgili önemli bilgilerle doludur. Her iki kaynak grubu incelendiğinde, kimi zaman birbiriyle örtüşmeyen bazı bilgiler ortaya çıkmaktadır; bu sebeple kaynaklar değerlendirilirken bunların mantık süzgecinden geçirilmesi bir zorunluluktur.

Oğuz Kağan Destanı'nın kahramanı Oğuz Kağan ile Mete çoğunlukla kabul edildiği üzere aynı kişidir; bu konuda önemli deliller vardır. O sebeple, makalede Çin kaynakları ile ilgili bilgi verilirken "*Mete*", Oğuz Kağan Destanı'yla ilgili bilgi verilirken de "*Oğuz Kağan*" isimlerinin kullanılmasına özen gösterilmiştir.

Çalışmamızda, Mete'nin hayatı ile ilgili bilgiler verilirken, öncelikle Mete Han öncesi Orta-Asya'nın etnik durumu ele alınmış, ardından Mete'nin babasını ve kendisine muhalefet eden devlet adamlarını öldürerek tahta çıkışı, savaşları, devlet teşkilâtı için getirdiği düzenlemeler, ülkesini oğulları arasında pay edişi, Gök-Tanrı inancı çerçevesinde ortaya çıkan "*Kut*" anlayışı, kut sayesinde hükümdarın sahip olduğu yetkiler, Türkler'in kamu hukuku



anlayışlarına temel teşkil eden “*Dünya Egemenliği*” ilkesi ve nihayet Mete Han döneminde temelinin atıldığını gördüğümüz “*Kurultay*” müessesesi ve çeşitli kurultay türleri ayrıntılarıyla inceleme konusu yapılmıştır. Konular incelenirken, yeri geldiğinde Çin kaynakları ve Oğuz Kağan Destanı’ndan güzel örnekler verilmiştir.

Sözü edilen kurumlar ve düzenlemeler dikkate alındığında, Mete Han’ın ülkesine ve milletine lâıyk olabilmek adına ne denli büyük emekler sarf ettiği, ne büyük savaşları göze aldığı ve gerektiğinde devletin bekası için en önemli değerlerinden bile vazgeçebildiğini anlamak mümkün olmaktadır.

## **I. METE HAN ÖNCESİ ORTA-ASYA’NIN ETNİK DURUMU**

Çinliler’in “*Hiung-nu*” ismini verdikleri Hunlar’la ilgili ilk somut bilgiler M.Ö. XXII. yüzyıldan itibaren gelmektedir<sup>1</sup>. Bu döneme ait Çin kaynakları, ilk başlarda devlet gelenekleri bulunmayan Hunlar’ın kabileler halinde göçebe bir tarzda yaşadıklarını bildirmektedirler. Kaynaklara göre, yaylak ve kışlaklar Hun kabileleri arasında düzenli bir biçimde taksim ediliyordu. O dönemde Çin ise yerleşik bir düzen içerisinde, disiplinli bir devlet teşkilâtına sahipti<sup>2</sup>. Tamamıyla kendi kabuğuna çekilmiş ve kendi dünyasında yaşayan Çinliler o çağda kendi ülkelerinden başka bir yeri de tanımıyorlardı. Onlara göre, yeryüzünde tek devlet kendi devletleriydi. Çin dünyanın tam merkezinde bulunuyor, barbar ve vahşi diğer uluslar ise Çin’i bir halka gibi çeviriyorlardı.

Mete’nin gençlik dönemine kadar Hunlar Çin için büyük bir tehlike arz etmemiştir. Otlaklarının önemli bir kısmını Çinliler’e kaptıran çok sayıda Hun boyu topraklarını geri alabilmek üzere güçlü bir liderin önderliğinde uzun yüzyıllar bir araya gelemedikleri ve Çin üzerinde bir tehdit oluşturamadıkları için, o yıllara ait Çin kaynaklarında Türkler’le ilgili bilgiler çok sınırlı kalmıştır ve bunlar tamamen kulaktan dolma biçimde hikâye veya masal üslubunda verilmişlerdir.

Mete’nin tarih sahnesine çıkmasıyla, Türkler’deki gözle görülür değişim ve gelişim Çinliler’in bu ulusa olan ilgisinde bir artışa neden olmuştur. Böylece, Çin kaynaklarında Türkler’le ilgili bilgilerin zenginleşmeye başladığı görülmektedir. Kaynaklardaki bilgilerden Çinliler’in Türkler’e karşı bir çekingenlik ve korku içerisinde buldukları da gözden kaçmamaktadır. Nitekim artık yeryüzünde en güçlü devlet sadece Çin değildir; Çin’in hemen yanı başında oldukça düzenli ve kuvvetli bir Hun Devleti gerçeği dikkat çekmektedir. Böylece,

<sup>1</sup> ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal (2018). Türk Hukuk Tarihi. Ankara, s. 21.

<sup>2</sup> GÜNAYDIN, Hasan (2016). Mete Han ve Devlet Yönetimi. İstanbul, s. 115.

Çinliler'in nazarında yeryüzünde orta devlet ikileşmiştir. Çinliler aslında muhafazakâr ve mağrur oldukları için, eski devlet felsefelerinden vazgeçmeseler de, şimdi Kuzeypatı komşuları Büyük Hun Devleti'ni iyi tanımak ve onlar hakkında geniş ve sağlam bilgiler toplama ihtiyacı duymaya başlamışlardır<sup>3</sup>.

Çin kaynaklarına göre, güçlü bir lider (Mete) önderliğinde bir araya gelen Türkler daha çok Altay Dağları ile bu dağların Güneybatısında oturmakta idiler ve başkentlerini ise Ötüken olarak belirlemişlerdi<sup>4</sup>. Orta-Asya'nın çoğunlukla çöl ve bozkır olan bölgeleri Hunlar için zorunlu olarak göçebe bir yaşam tarzını gerekli kılmıştır. Zaman içerisinde daha iyi yaşam koşulları bulabilmek adına sürekli yer değiştiren Hunlar çoğunlukla at, sığır ve koyun besiciliği ile uğraşmaktaydılar. Bunlar Hunlar için en değerli mallar sayılırlarken, az da olsa deve ya da eşek beslendiği de görülmektedir.

Hunlar ormanlardaki ağaçlardan yay, ok, araba ve çadır malzemeleri elde ediyorlar, ayrıca yakacak odun da temin ediyorlardı. Fırtına çıktığında, sürülerini orman içinde yer alan sığınaklarına götürüyorlardı.

Hunlar verimli arazilerde tarımla da uğraşmaktaydılar. Altay bölgesinde bulunan kimi sulama kanalları, Hunlar'ın bazı bölgelerde tarımla uğraştıklarını bizlere kanıtlamaktadır. Yapılan kazılarda, sulama kanallarının yanı sıra tarımda kullanılan saban demiri, orak ve tahıl öğütmede kullanılan taşlara da rastlanmıştır.

Nehir ve göllerin yakınlarında yaşayan Hunlar ise balıkçılık ve avcılıkla geçinmekteydiler.

Hunların çoğunlukla et, süt, çökelek, yoğurt ve kıymız ile beslendikleri bilinmektedir<sup>5</sup>.

Hun askerleri süvari idi ve zırh giyerlerdi. Askerler çok iyi at biner, ok atar ve mızrak kullanırlardı. Yakın dövüşte kama kullanılırdı. Savaşta, hücum ve savunma tekniklerini çok iyi bilir ve uygularlardı. Barış zamanında, savaş için çok düzenli askerî talimler yapılır ve sürekli savaşa hazır durumda bulunulurdu. Hunlar, silâh ve at koşum takımları hazırlamada çok usta idiler.

<sup>3</sup> ÖGEL, Bahaeddin (1993). Türk Mitolojisi (C. I). Ankara, s. 1.

<sup>4</sup> ÖGEL, Bahaeddin (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları (C. I). İstanbul, s. 4.

<sup>5</sup> Orta-Asya'da yaşayan eski Türkler'in yaşadığı bölgenin coğrafi durumu ve Türk devletlerinin genel nitelikleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 18 vd.

Hunlar'ın savaşa katılmak için daha çok dolunayı bekledikleri bilinmektedir; nitekim ay ve güneşe saygı Hun kültürünün bir parçası sayılır, sabah güneşe, akşam da aya eğilinerek saygı gösterisinde bulunulurdu<sup>6</sup>.

Hunların tam bir savaşçı ulus olduklarına dair ünlü Çin kaynağı Shi-ji'de yer alan şu ifadeler oldukça ilgi çekicidir:

*“... Su ve ot için dolaşarak yer değiştirirler. Kentleri, devamlı oturdukları bir yer ve tarım yapmak gibi bir uğraşları yoktur. Ancak, her birinin ayrılmış toprakları vardır. Yazışma, çizişmeleri yoktur, birbirlerine söz vererek anlaşma yaparlar. Erkek çocukları koyuna biner, kuşlara ve farelere yay gerip ok atarlar. Biraz büyüdülerinde, bu kez tilkilere ya da tavşanlara ok atarak bunları yiyecek yaparlar. Askerleri güçlüdür, sert yayları çekebilir ve hepsi zırhlı atlılardır. Bunların âdeti olağan zamanlarda hayvancılık yapmak, yabanî hayvan avcılığıyla uğraşmaktır. Olağanüstü durumlarda ise, adamları savaşa alışık olduğundan, hemen saldırıya geçmeleri doğal yapıları gereğidir. Bunların uzun menzilli silâhları yay ve ok, kısa menzilli silâhları ise kamadır. Kazanacaklarını anladıklarında ilerlerler, yenileceklerini sezdiklerinde geri çekilirler, kaçıktan utanmazlar. Önerine bir fırsat çıktığında, adap muaşeret bilmezler.*

*Hunlar'ın savaşçılıkla uğraştıkları açıkça bilinir, onların yaşlıları ve zayıfları savaşamaz. Bu nedenle iyi yiyecek ve içeceklerini güçlü ve sağlıklı olanlara vererek böylece kendilerini güvence altına almış olurlar. Bu yolla baba-oğul her biri, her zaman karşılıklı birbirlerini kollarlar.*

*Hunlar'ın geleneklerine göre, insanlar besledikleri hayvanların etini yer, sütünü içer, derisini giyer; hayvanları otlar, su içerken, mevsimlere göre yer değiştirirler. Bu nedenle, olağanüstü durumlarda adamları binicilik ve okçuluk talimi yaparlar. Barış zamanında ise keyiflerine bakarlar. Buyruk ve yasaları basittir, kolay uygulanabilir. Hükümdar ve memur ilişkileri basittir. Bütün bir ülkenin yönetimi tek vücut halindedir.*

*Herhangi bir işe girişecekleri zaman, yıldızlara ve aya bakarlar, dolunay olduğunda savaşa çıkarlar, ay kararırssa askerlerini geri çekerler.*

<sup>6</sup> GÜNAYDIN, s. 120.

*Savaşta kafa kesen ve tutsak alanlara bir kap içki armağan ederler ve ele geçirdiği ganimeti kendisine verirler. Yakaladıkları insanları köle yaparlar. Bu nedenle, savaşlarında her biri kendi çıkarı için dövüştür.*

*Düşmanı üzerlerine çekip sürpriz atak yapmada çok yeteneklidirler. Düşmanı gördüklerinde, ganimet elde etmek için bir kuş sürüsü gibi toplanırlar. Fakat yenilip zorda kalırlarsa, çözülüp bulutlar gibi dağılırlar.*

*Savaşta öleni yüklenip geri getiren, ölen kişinin tüm mallarına sahip olur.”<sup>7</sup>*

Anılan özellikler Çinliler’i Türkler’den gerçekten çok çekinir bir hale getirmiştir. Bu yüzden, Kuzey Çin’de Türkler’e karşı büyük savunma hatları oluşturulmaya başlanmış ve yaklaşık 10 yıl gibi kısa bir süre içinde büyük bir set (bugünkü Çin Seddi) inşa edilmiştir. Seddin inşasının M.Ö. 214 gibi bitirildiği Çin kaynaklarından öğrenilebilmektedir<sup>8</sup>.

## II. METE’NİN ŞECERESİ

Yukarıda değinildiği gibi Çin kaynakları, Mete öncesi Hun Türkleri ile ilgili bilgileri gayet dağınık ve silik bir biçimde aktarmışlardır. M.Ö. 209’a gelindiğinde, tarihte ilk defa bir Türk hükümdarı olarak ismi geçen Teoman (Tümen ya da Tuman) ile oğlu Mete (Mo-tun) arasındaki mücadele gayet ayrıntılı ve biraz da destansı ifadelerle anlatılmıştır. O döneme ait Çin kaynakları ile Oğuz Kağan Destanı’ndaki bilgiler bir dereceye kadar örtüşmektedir<sup>9</sup>.

Destan’a göre Teoman’ın şeceresi Olcay Han, yani Yafes’e kadar gitmektedir. Olcay Han’ın sekiz oğlu bulunmaktaydı ve bunlardan birinin adı “*Türk*” idi. Olcay Han öleceği zaman Türk’ü tahta oturtmuş ve diğer oğullarını da Türk’ü kendilerine han bilmeleri ve onun sözünden çıkmamaları konusunda uyarmıştır.

Türk, babasından da meşhur bir hükümdar olmuş, zaman içinde Dib Yabgu isminde bir oğlu dünyaya gelmiştir. Babası gibi heybetli olan Dib Yabgu, onun kadar askere sahip olmuştur. Karısının ona dört oğul verdiği anlaşılmaktadır. Bunların adları Kara Han, Or Han, Kür Han ve Küz Han idi. Oğuz Kağan Destanı’ndan öğrenilebildiği üzere, Dib Yabgu’dan sonra Kara Han tahta çıkmıştır. Bu kişi Teoman ile aynı kişidir. Kara Han ile birlikte Türk kağanları Altay Dağları’nın bulunduğu yere (Güneybatı’ya) gelerek otağ kurmuşlar, böylece Çin’e karşı stratejik açıdan çok önemli bir bölge Türkler’in eline geçmiştir. Türkler, bu sayede Çin’i

<sup>7</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OTKAN, Pulat (2018). Tarihçinin Kayıtlarına (Shi Ji) Göre Hunlar. İstanbul, s. 23-30.

<sup>8</sup> CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül (2011). Türk Hukuk Tarihi. Konya, s. 12.

<sup>9</sup> GÖMEÇ, Saadettin (2012). Türk Hun Tarihi. Ankara, s. 54.

kontrolleri altında tutabilmeyi ve Doğu'daki Moğollar ile Batı'daki Tibetliler'e de nüfuz edebilmeyi hedefliyorlardı.

Oğuz Kağan Destanı'na göre, Kara Han'ın oğlu Oğuz<sup>10</sup> idi. Destan'da Oğuz'un bazı üstün özelliklere sahip olduğu anlatılmaktadır: “*Bu çocuğun yüzü gök, ağzı ateş gibi kızıl, gözleri elâ, saçları ve kaşları kara idi. Perilerden daha güzeldi. Bu çocuk annesinden sadece bir defa süt emdi, bir daha emmedi. Çiğ et, çorba ve kıymız istedi. Dile gelmeye başladı. 40 gün sonra büyüdü, yürüdü ve oynadı. Ayakları öküz ayağı, beli kurt beli, omuzları samur omzu, göğsü ayı göğsü gibiydi*”<sup>11</sup> ifadeleri, Oğuz'un kimi insanüstü özelliklerini yansıtmaktadır.

Çin kaynakları incelendiğinde, üvey annesinin Mete'nin kişiliğinden ve üstün meziyetlerinden çekindiği öğrenilmektedir. Mete gözünü budaktan esirgemeyen, yiğit, atılgan, lider karakterli bir gençti. Doğru bildiği konularda kesinlikle taviz vermiyordu. Bu yüzden, üvey annesi kendisinden kurtulmak istemiştir<sup>12</sup>.

Teoman'ın birden fazla eşi ve birkaç da oğlu bulunmaktaydı. Bu oğulların bir bölümü ilk hatunundan (yani her şeyde hak sahibi Türk asıllı hanımından), diğerleri de ikinci, üçüncü veya yabancı soylu hanımlarından idiler. Eşlerinden her biri, kendi oğullarını tahta çıkarmak üzere büyük bir rekabet halinde bulunuyorlardı. İşte, Teoman'ın ikinci hanımı Teoman'dan sonra devletin başına kendi oğlunun geçmesini istediği için, büyük oğlan Mete'nin başka bir yere gönderilmesini sürekli eşine telkin etmeğe çalışmış, böylece Teoman, belki de canından çok sevdiği oğlunu (Mete'yi) komşu Yüeh-chiler'e rehin olarak göndermek zorunda kalmıştır<sup>13</sup>. Bunda, herhalde M.Ö. 215'de yaptığı bir savaşta yenilgiye uğraması etkili olmuştur, denilebilir.

Yüeh-chiler o çağda gayet büyük bir güce sahip bulunuyorlardı. Eski çağ devletlerinde bu türden rehin alıp vermelerin sürekli yapıldığı dikkat çekmektedir. Devletler, birinden

<sup>10</sup> Genel olarak kabul edildiği üzere Mete ile Oğuz aynı kişidir. Bu konuda önemli deliller vardır. Bkz. ÜÇOK, MUMCU, BOZKURT, s. 21. Ancak, buna rağmen konuyu tartışan ve değişik sonuçlara ulaşan bazı tarihçiler karşımıza çıkmaktadır. Meselâ, Türk tarihinin kurucularından sayılabilecek ünlü Fransız sinoloğu Joseph De Guignes Mete'nin Oğuz Han'a benzerliği için çekincelere sahiptir. Rus sinoloğu Biçurin'e göre ise, bu ikisi kesinlikle aynı kişidir. Ziya Gökalp de, bu konuda Biçurin ile aynı fikirde bulunduğunu genişçe izah etmiştir. Şüphesiz bu konuda çok daha ilginç fikirleriyle ortaya çıkan tarihçilere de rastlamaktayız. Meselâ Radlof'a göre Mani Dini'ni resmî din haline getiren Uygur Kağanı Böğü Kağan Oğuz Kağan'dır. J. Marquart'a göre Oğuz Kağan Cengiz Han ile aynı kişidir. Potanin ise Oğuz Kağan'ı yeni Moğol efsanelerindeki Kirey Han ile Uhr-Bama Han'a benzetmiştir. Moğol tarihinin resmî tarihçisi Reşidettin, bu son görüşün kesinlikle tersine, Oğuz Destanı'nı Cengiz Han'ın atalarının bile en önüne koymuş ve bununla söz konusu şahsiyetlerin aynı olamayacağını ileri sürerek Moğolları bile memnun etmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖGEL, Türk Mitolojisi, s. 10, 11.

Sözü edilen tartışmalar bir yana, çalışmamızda karışıklığa yol açmamak adına Çin kaynaklarından bir konu aktarıyorken “*Mete (Mo-tun)*”, Oğuz Kağan Destanı'ndan bahsediliyorken de “*Oğuz*” adları kullanılacaktır.

<sup>11</sup> GÖMEÇ, Saadetin (2009). Türk Destanlarına Giriş. Ankara, s. 48.

<sup>12</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 57.

<sup>13</sup> WATSON, B. (1968). Record of the Grand Historian of China (Vol. II), New York, s. 160.

diğerine vuku bulabilecek herhangi bir saldırının önünü alabilmek için, hanedana yakın kişileri bir nevi güvence oluşturacak şekilde tutsak olarak birbirlerine yollayabilmekteydiler. Sonuçta, bir savaş durumunda rehinelere her an öldürülebileceklerinden, idareciler daha temkinli adımlar atmak zorunda kalıyorlardı. Bu durumu çok iyi bilen Teoman'ın eşi (Mete'nin üvey annesi), kocasını Yüeh-chiler'e saldırmaya kışkırtmıştır. Ancak bunu öğrenen Mete, Yüeh-chiler'den bir at çalarak (veya kendi atıyla) kaçmış ve geri dönmüştür<sup>14</sup>. Kaynaklardan, Mete'nin Yüeh-chiler'in elinde ne kadar süreyle tutsak kaldığı anlaşılamamaktadır<sup>15</sup>.

### III. METE'NİN BABASINI ÖLDÜRMEŞİ VE TAHTA GEÇMESİ

Oğlunun geri dönüşüne sevinen Teoman çok sevinçli ve gururluydu, ancak üvey annenin Mete'nin geri dönüşünden sonra da fitneleri devam etmiştir. İşin ilginç tarafı Teoman'ın, eşinin fikirlerine karşı çıkmaması ve ona sürekli inanmasıdır. Bu durumda Mete, halk arasında çıkabilecek ikiliklerden duyduğu endişe sebebiyle, ülkesini yönetme kabiliyetini tamamen yitirdiğini düşündüğü babasını cezalandırmaya karar vermiştir<sup>16</sup>.

Teoman, yaptığı kahramanlığın bir ödülü olarak oğlunu 10000 atlı bir kuvvetin başına getirmiştir. Aslında bu atama kendisinin de sonunu getirmiştir; zira Teoman ileride kendini ortadan kaldıracak olan birliğin başına kendi öz oğlunu getirmiş oluyordu. Bu arada, Mete'nin yiğitliğini bilen ve giderek güçlendiğini sezen çok sayıda devlet adamı ve kabile de yavaş yavaş O'nun yanında yer almaya başlamıştır.

Mete, emri altındaki bu askerî kuvveti tam bir disiplin içerisinde eğitmiş, onları 10'lu, 100'lü ve 1000'li bölümlere ayırarak çok sayıda onbaşı, yüzbaşı ve binbaşı görevlendirmiştir<sup>17</sup>. Özellikle kendi icadı olan ıslıklı oklarla talimlerini iyice sıkı bir hale getirdiği ortaya çıkmaktadır.<sup>18</sup> Bu yapı sonraki tarihler için Hun Devlet Teşkilâtı'nın temelini oluşturmuştur.

<sup>14</sup> Mete'nin Yüeh-chiler'den kaçarken bindiği atın, biraz abartılı bir biçimde günde 1000 Li (576 km.) kadar koşabildiği Çin kaynaklarında anlatılmaktadır. Bkz. TAŞAĞIL, Ahmet (2020). Bozkırların İlk İmparatorluğu, Hunlar. İstanbul, s. 41.

<sup>15</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 58, 59.

<sup>16</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 59.

<sup>17</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ORKUN, H. N. (1938). Hunlar. İstanbul, s. 17; GUMILEV, L. N. (2003). Hunlar, Çev. A. Batur, İstanbul, s. 72; DE GROOT, J. M., ASENSA, G. A. (2010). Hunlar ve Türkistan. İstanbul, s. 51 vd.

<sup>18</sup> Mete "çavuş oku" adı da verilen bu ok ile ilgili oldukça dikkat çekici bir eğitimi askerlerine vermeye çalışmıştır. Buna göre, kendisi sözü edilen oku nereye atarsa, askerleri de kendi oklarını aynı hedefe atacak, bu emre uymayanların başları kesilecekti. Mete, emrini değişik konularda ve değişik zamanlarda askerleri üzerinde test etmiştir. Meselâ, çıkarılan bir avda, ıslıklı okunu attığı hedefe ok atmayanların başlarını hemen oracıkta kestirmiş, başka bir gün de çok sevdiği iyi cins bir atına ıslıklı okunu attığı halde emrini dinlemeyen askerlerini aynı akıbete uğratmıştır. En sonunda da, çok sevdiği kadınlarından birini hedef seçen Mete, ıslıklı okunu izlemeyen askerleri için yine aynı sonu hazırlamıştır. Çin kaynaklarında ayrıntılarıyla anlatılan bu örnekler aslında Mete'nin birliğini



Bu sayede babası, üvey annesi ve üvey kardeşleriyle birlikte kendisini tanımak istemeyen tüm devlet adamlarını birer birer ortadan kaldırmayı başaran Mete, devletin bekası için gerekirse herkesin hayatının feda edilebileceğini de göstermiş olmaktadır<sup>19</sup>.

Sözü edilen olay Oğuz Kağan Destanı'nda özetle şöyle anlatılmıştır: “*Dib Yabgu ölünce, onun yerine en büyük evlât olarak Kara Han tahta çıktı. O, Türkler'in eski dinine bağlıydı. Bu ünlü Türk hükümdarının da bir oğlu oldu. Güzelliği aydan ve güneşten fazlaydı. Ergenlik çağına gelinceye kadar Tanrı'ya yakardı, Tanrı da ona üstün meziyetler bağışladı. Kendisi bilge ve savaşçı bir yiğitti. Oğuz Allah'ı tanıdığı ve O'na iman ettiğinden dolayı babası ile inançsız olan amcalarından uzak durmaya çalışırdı. Kara Han buna çok kızdı. Kardeşlerini ve aksakallıları toplayarak bir kengeş (kurultay) tertip etti. Onlara, küçükken Oğuz'un çok iyi olduğunu, hanlığa lâıyk bulunduğunu, ancak şimdi atalarının dininden çıktığını, başka bir Tanrı'ya inandığını, bu duruma katlanamayacaklarını açıkladı. Mecliste Oğuz'u öldürmeye karar verdiler. Bunun için özel bir askerî birlik hazırlandı. Oğuz'un en sevdiği küçük hanımı bu haberi duyunca telâşlandı. Çok güvendiği bir komşu kadınına Oğuz'a haber ulaştırması için yalvardı. Kadın da, onun bu acıklı durumuna dayanamadı ve yola çıktı. Oğuz'u bulup ona her şeyi anlattı. Bunu işiten Oğuz, yurdundaki taraftarlarına haber saldı. “Beni seven benim yanıma gelsin, babamı seven onun yanına gitsin” dedi ve kavgaya hazır olmalarını söyledi. Yaptığı büyük avdan dönünce, babasını, amcalarını ve ona cephe alanları karşısında buldu. Oğuz'un taraftarları sayıca az olmalarına rağmen, hepsi çok inançlıydılar ve Oğuz'a güveniyorlardı. Harp meydanında iki taraf da karşı karşıya geldiler. Savaş esnasında, bir kılıç darbesiyle yaralanan Kara Han az bir zaman sonra öldü. Bu savaşta Kür Han ve Küz Han da yok edildiler”<sup>20</sup>. Bu son anlatılanlar Çin kaynaklarında yer almamaktadır.*

---

ne kadar disiplinli bir biçimde yetiştirmek istediğini gözler önüne sermektedir. Nitekim en son denemesi sonrasında birliğin çok sıkı bir disiplinle yetiştigi kanaat getiren Kağan, artık plânladığı hedeflere doğru ilerleyebileceğini düşünmüştür. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖGEL, Türk Mitolojisi, s. 7.

<sup>19</sup> FINDLEY, C.V. (2005). The Turks in World History. New York, s. 29, 30; WATSON, s. 161; ORKUN, s. 17; GROOT-ASENA, s. 72.

<sup>20</sup> GÖMEÇ, Türk Destanlarına Giriş, s. 61-64. Mete'nin babasını öldürerek tahtı ele geçirmesi, aslında Türk mitolojisinde baba öldürme geleneğinin ne kadar yaygın olduğu gerçeği ile bizleri karşı karşıya bırakmaktadır. Bunun tarihten ilginç örnekleri verilebilir:

Mete babasını töreye ve örf'e uymadığı için öldürmüştür. Freud'a göre, çocuk doğup da annesinin memesini almaz cinsî hayata başlardı. Bu sebeple, erkek çocuklarının annelerine karşı olan sevgilerinin altında cinsî hisler de yatardı. Çocuk büyüdükçe, babasını karşısında bir rakip olarak görür ve babasına karşı şuur altında bir kin duyardı. Çünkü annesi babasına aitti. Bu hisleri açığa vuramayan erkek çocuklar hislerini şuur altında saklar ve bazen de bu hal çocukta hastalık bile yapardı. Freud'a göre, şuur altına atılan bu hisler etkilerini gerçek hayatta değil, masal ve efsanelerde göstermiş, bu efsaneler de zamanımıza kadar gelmiştir.

Baba öldürme ile ilgili motifleri Kırgız efsanelerinde de görebilmekteyiz. Kırgızlar'ın Alman-Bet Destanı'nda Alman-Bet babası Kara-Han'ı öldürmüştür. Kara-Han Müslüman olmayı kabul etmemiş, bu sebeple de bir

#### IV. METE’NİN TAHTA ÇIKIŞI VE SAVAŞLARI

Yukarıda anlatılan gelişmelerin ardından Mete M.Ö. 209’da Hun tahtına çıkmıştır. Tabii, Mete’nin başa geçmesi sırasında Türk ülkesinde yaşanan karışıklıklar komşu devletlerin dikkatlerinden kaçmamış<sup>21</sup>, bu devletler yakaladıkları fırsattan yararlanarak Hunlar’ı etkisizleştirmeye çalışmışlardır.

Bu devletlerden Tung-hular, daha yeni bir badire atlatan Türkler’i köşeye sıkıştırıp yeni topraklar kazanmak ümidiyle hareket etmişlerdir. Ama durup dururken savaş çıkartanın kendileri olmasını istemedikleri için, Mete’den aslında devlet malı olan, babasının iyi cins bir atını istemişlerdir. Türkler için at vazgeçilmez bir hayvandı. Meclisteki görüşmelerde bazı ileri gelenler karşı çıksa da, Mete “*Bir at komşumuzdan nasıl değerli olur?*” sözüyle Tung-hular’ın bu isteğini kabul etmiştir.

Bu olayda, Mete’nin devletin ve milletin geleceği ile ilgili bir konuda tek başına karar vermeyip derhal kurultayını toplamış olması, Türkler’in henüz M.Ö. III. yy.’da ne kadar düzenli bir devlet yapısına sahip olduğunu kanıtlamaktadır.

İstekleri yerine gelen Tung-hular, Türkler’in kendilerinden çekindiklerini zannederek, bu sefer de hükümdarın hanım veya cariyelerinden birini kendilerine göndermeleri cüretinde bulunmuşlardır. Bu konu da kurultayda tartışılmış, terbiye sınırını aşan istek pek çok kişiyi

---

carpışma sırasında oğlu tarafından öldürülmüştü. Oğuz Han’ın da öldürdüğü babasının adının Kara-Han olması gerçekten ilginçtir.

Manas Destanı’nda da, Manas-Han’ın, babası Yakup-Han’ın töreye karşı gelmesinden dolayı ona çok kızdığı anlatılmaktadır. Babası, nedense oğlunu kiskanıyor ve ona kötülükler yapmak istiyordu. Bunun için de, kötü insanlarla anlaşıp entrikalar çevirmekte ve kötü işler yapmaktaydı. O sebeple Manas-Han babasına çok kızmış ve üzerine yürümüştür; ancak etrafındakiler yetişerek baba Yakup-Han’ı oğlunun elinden ve ölümden güçlükle kurtarmışlardır.

Aynı Destan’a göre, Manas-Han’ın oğlu doğunca hiç kimse bebeğe uygun bir ad bulamamıştı. Bu konuda ümitlerin yitirildiği bir sırada bir ihtiyar (Hızır) gelmiş ve çocuğu kucağına alarak ona şöyle demiştir: “... *Çong atasın öldürsün, çogol çunak bu bolsun.*” Yani, bu oğlan kendi eliyle kendi babasını öldürsün. Bu kadar korkunç bir er olsun. Hızır, bu sözünde haklıdır, zira töre ve disiplin uğruna babasını bile öldüren bir kimse kadar korkunç bir bahadır ve hükümdar olamazdı.

Bu arada, Manas-Han’ın ölümünde, babası Yakup Han buna asla kederlenmemiş, aksine sevinmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖGEL, Türk Mitolojisi, s. 8, 10.

<sup>21</sup> Bu devletler Doğu’da Tung-hular, Batı’da Yüeh-chiler ve Güney’de de Çinliler olarak sıralanabilir. Bunlardan Tung-hular Çin Denizi’ne kadar uzanan geniş bir bölgede yaşamaktaydılar. Türklerin Moğollar olarak isimlendirdiği bu kavime Çinliler “*Tung-hular*” demekteydiler. Bu söz Çince’de “*Doğu Barbarları*” anlamına geliyordu. Yüeh-chiler’in ise Türk ırkından olduklarına dair önemli deliller mevcuttur. ÖGEL, Türk Mitolojisi, s. 3.



kızdırsa da, Mete bu defa da “*Bir kadın için koskoca bir milletin kaderinin tehlikeye atılmayacağı*” gerekçesini ileri sürerek çok sevdiği cariyesini Tung-hular’a yollamıştır<sup>22</sup>.

Kendilerinden çok korktuklarını düşündükleri Türkler’le mutlaka bir savaş çıkarma azminde olan Tung-hular’ın ilk iki teşebbüsü sonuçsuz kalınca, şimdi başka bir yolun denenmesine karar verilmiştir: “*Türk ve Tung-hu ülkeleri arasında kalan çorak bir arazi parçasının talep edilmesi.*” Bu arazi çoraktı, bereketsizdi, işe yaramıyordu ama atalardan kalma bir mirastı. Bir elçi göndererek bu toprak parçasını kendilerine isteyen Tung-hular’a karşı Mete kurultayını bir kez daha toplamıştır. Kimi üyelerin “*Burası çorak bir toprak parçası, verelim gitsin*” şeklindeki ifadelerine çok sinirlenen Mete, “*Toprak devletin temelidir; ondan vazgeçilemez*” düşüncesiyle bu fikrin karşısında olan tüm kişilerin boyunlarını vurdurtmuştur<sup>23</sup>. Kurultayın hemen ardından da, ülkenin dört bir yanına haber yayarak herkesin derhal orduya katılmasını buyurmuş ve Tung-hular’a karşı büyük bir sefer düzenlemiştir.

Daha önceki iki isteği yerini bulan Tung-hular, biraz da Türkler’i küçümsediklerinden onlara karşı hazırlıksız yakalanmışlardır. Mete, hazırladığı büyük bir orduyla Tung-hular’a karşı çok parlak bir zafer elde etmiştir. Söz konusu yenilginin ardından Tung-hular Hsien-piler ve Wu-huanlar olmak üzere ikiye bölünmüşler, böylece tüm Doğu Çin ve Mançurya Hunlar’ın eline geçmiştir. Bu zafer sonucunda Hun egemenliğine bağlanan kabileler Türkler’e her yıl sığır, at ve koyun gibi hayvanları vergi olarak ödeyecekler, bunları yerine getirmeyenlerin kadın ve çocukları zorla alınacaktı<sup>24</sup>.

Tung-hular’dan sonra sıranın Batı ve Güney’deki komşulara geldiğini düşünen Mete, Hunlar’ın adı ve gücünün buralarda yaşayan kabilelere de öğretilmesi düşüncesindeydi; bu sayede Türk Milleti’nin adı yükseltilmiş olacaktı.

Batı’daki Yüeh-chiler oldukça refah içindeydiler ve Hunlar’dan da daha güçlü bulunuyorlardı. Ordos’un batısında, Kansu’nun bereketli topraklarında yaşayan Yüeh-chiler’in ülkesi önemli ticaret yollarının da kesişme noktasındaydı. Mete M.Ö. 203’de bu ulus üzerine yürümeye karar vermiştir. Savaşta ağır bir yenilgi alan Yüeh-chiler, yenilgi sonrası tıpkı Tung-hular gibi iki parçaya bölünmüşler, bunlardan Küçük Yüeh-chiler yine kendi eski yurtlarında

<sup>22</sup> Çin kaynaklarına göre Mete’nin bir ulu hatunu, bir tane askerlerine itaati öğretirken oklattığı eşi vardı. Tung-hular’a gönderilen ise, Mete’nin bir cariyesiydi. Mete’nin ulu hatunu kendi eceliyle ölene kadar onun yanında kalmıştır. Bkz. GÖMEÇ, Türk-Hun Tarihi, s. 67.

<sup>23</sup> KOCA, S. Eski Türkler’de Devlet Geleneği ve Teşkilâtı, Genel Türk Tarihi Ansiklopedisi, C. II, s. 343; De De GUIGNES, J. M. (1924). Hunların, Türklerin, Moğolların ve Daha Sair Tatarların Tarih-i Umumisi (C. I). İstanbul, s. 197 GÜNALTAY, Ş. (1338-1339). Mufasssal Türk Tarihi (C. I). İstanbul, s. 27; GUMİLEV, s. 91-94.

<sup>24</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 69.

kalırlarken, Büyük Yüeh-chiler Hindistan'ın Kuzeybatısına göç etmek zorunda kalmışlardır.<sup>25</sup> Sonradan bu kavimin Batı Asya'daki çeşitli kavimler üzerinde oluşturduğu baskı büyük bir kavimler dalgasına yol açmış, hatta Avrupa'daki Kavimler Göçü'nün temeli de bu şekilde atılmıştır.<sup>26</sup>

Yüeh-chiler'e karşı parlak bir zafer elde eden Mete, daha sonra gözünü Çin'e çevirmiş, Çin'in Shan-si Eyaleti'nin kuzeyindeki topraklara akınlar düzenlemiştir. Bu topraklar kısa süre içinde Hun egemenliğine girmiştir. Sözü edilen zaferle, vaktiyle C'hin Hanedanı'nca alınmış bulunan pek çok eski Türk toprağı da böylece geri kazanılmıştır.<sup>27</sup>

Ardından Kuzey'e yönelen Mete, Sibiry'a'nın güneyinde bulunan Türk asıllı kavimleri de Hun Devleti'ne bağlamıştır. Tüm bu zaferlerle Orta-Asya'da itibarı iyice yükselen Mete asker sayısını da yaklaşık 300.000'e çıkarmıştır.<sup>28</sup> Hunlar artık Orta-Asya'nın hâkimi pozisyonundadır.

Hayatının son döneminde Çin ile yeniden ilgilenmeye başlayan Mete, bu devletle giriştiği son savaşlarda da Çin'i epey yıpratmış ve Hunlar'ın Orta-Asya'daki üstünlüğünü daha da pekiştirmiştir. Mete'nin bu dönemde Çin ile yaptığı barış antlaşmalarında Çin'in Türkler'in üstünlüğünü açıkça tanıdığı ve onlardan çekindiği net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Çin'deki Han Hükümdarı Kao-Ti'nin Hunlar'a tam yenilecekken Mete'nin hatununa bir elçi ve beraberinde de çok sayıda değerli hediye göndermesi ve hatun aracılığı ile Mete'nin Çin ordusuna karşı uyguladığı kuşatmanın kaldırılmasını sağlaması bunun güzel bir örneğidir. Kao-Ti benzer şekilde, ilerleyen dönemde Çin üzerindeki Hun tehdidini bertaraf etmek üzere, Hun Sarayı'na yine bir elçi göndermiş ve Mete'ye “*evlilik yoluyla uyum*” antlaşması teklifinde bulunmuştur. Hükümdar, bu hamlesiyle Mete'ye kendi hanedanından bir kızı “*Kung-Chü (Hükümdarın kızı)*” sıfatıyla eşi olması için sunmuş, Çin Devleti'nin ayrıca her yıl belli miktarlarda ipekli kumaş, içki, pirinç ve yiyecek de göndereceği taahhüdünde bulunmuştur. Mete'nin bu teklifi kabul etmesiyle Hun-Çin Savaşı durmuş, iki devlet arasında bir yakınlaşma gerçekleşmiştir. Aslında, bu antlaşmanın Çin'in daha çok işine geldiği söylenebilir; çünkü

<sup>25</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 69, 70.

<sup>26</sup> LIPPE, A. (1960). Sculpture of Greater India. The Metropolitan Museum of Art Bulletin, 18/6. New York, s. 180.

<sup>27</sup> GÖMEÇ, Türk Hun Tarihi, s. 72; UĞURLU, Nurer (2013). Adriyatik'ten Çin Denizi'ne İlk Türkler, İstanbul, s. 159; AYDOĞAN, Metin (2019). Yönetim Gelenekleri ve Türkler (C. I). İstanbul, s. 287, 288.

<sup>28</sup> LATTIMORE, O. (1928). Caravan Routes of Inner Asia, The 3rd Asia Lecture. The Geographical Journal, 72/6, London, s. 513 vd.; WATSON, s. 162, 163; GÜNALTAY, Ş. (1338-1339). Mufassal Türk Tarihi (C. II). İstanbul s. 28.

Çinliler, Hun tehdidini bir süre için de olsa uzaklaştırmayı başarmışlardır. Türkler ise Çin'den gelecek mallar sayesinde ihtiyaç duydukları her şeye kavuşmuşlardır.

Kao-Ti'den sonra Çin'de başa geçen Hsiao-Hui döneminde, Hunlar'la bir süre önce oluşturulmuş bulunan barış ortamını fırsat bilen Çinliler, Türk tehlikesini tamamen ortadan kaldırmak üzere yeniden entrikalar çevirmeye başlamışlar, ancak başarılı olamamışlardır. Benzer teşebbüsler Hsiao Hui'den tahtı devralan Hsiao-Wen Ti döneminde de sürdürülmüştür. Bu dönemde Hunlar'la “*evlilik yoluyla uyum*” antlaşması yenilenmiştir. Sözü edilen dönemde iki devlet arasında Hunlar'ın Sağ Bilge Beyi'nin Çin kalelerinde bulunan Han Hanedanı mensuplarını öldürmesi bazı sürtüşmelere yol açsa da, iki devlet hükümdarının karşılıklı yazışmaları sorunu çözmüştür. Aslında, bu mektuplaşmalarda, Mete'nin Hunlar'ın Çinliler'den üstünlüğünü dile getiren ve Han Hanedanı'nı küçümseyen ifadeleri dikkat çekmektedir. Bu ifadeler Çin Hükümdarı'nı ne kadar sinirlendirse de, Çinliler Türkler üzerine bir sefer düzenleme cesaretini kendilerinde bulamamışlardır.

Mete'nin sözü edilen mektuplaşmadan kısa bir süre sonra, M.Ö.174'de vefat ettiği anlaşılmaktadır<sup>29</sup>.

Mete'nin seferleri Oğuz Kağan Destanı'nda ise şu ifadelerle anlatılmıştır:

*“...Oğuz hakan olduktan sonra asker toplamaya başlar ve orduyu güçlendirerek savaflara hazırlar.*

*Topladığı kurultayda, Türk birliğini sağlama ve Türk töresini tüm Orta-Asya'ya kabul ettirme görevinin Gök Tanrı tarafından Oğuz'a verildiği söylenir. Oğuz Kağan bir şenlik düzenler, şenlik sonrasında da hazırladığı mektupları dünyanın dört bir yanına göndermesi için elçilerini görevlendirir. Bu mektuplarda, kim O'na baş eğerse onunla dost kalacağı, ama kim isyan eder ve karşı gelirse, onu düşman sayıp yok edeceği bildirilir. Nitekim Doğu'daki Altun Kağan O'nun emrine girdiği halde, Batı'daki Urum Kralı direnince, Oğuz ona karşı sefere çıkmaya karar verir.*

*Hunlar oraya varmak için buz dağlarını aşmak zorundadırlar. O güne kadar orayı kimse aşamamıştır; ancak Oğuz, Gök Tanrı'nın yardımıyla bunu başaracağını söyleyerek 100.000 kişilik bir orduyla sefere çıkar. Tam buz dağlarının yanına geldiklerinde, orayı nasıl aşacaklarını düşünürlerken Oğuz gece rüyasında bir kurt görür. Kurt kendisine 3 gün beklemesini, ardından da Hunlar'a yol göstereceğini*

<sup>29</sup> Mete'nin hayatının son bölümünde Çin üzerinde yürütmeye çalıştığı politikalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. OTKAN, s. 68-73.

söyler. Gerçekten de, karşılıklarına çıkan bozkurt Hunlar'a rehberlik eder ve dağları aşmayı başarırlar.

Oğuz Kağan Batı Kralı'na ikinci bir mektup daha yazarak onu itaate çağırır, ama bu mektup da kabul görmez. Bunun üzerine Urum ili ile savaş yapılır. 3 gün 3 gece süren savaşı Hunlar kazanırlar. Urum Kralı kaçarken, Oğuz yenik tarafın halkına büyük bir merhamet ve adalet duygusuyla yaklaşır. Zulüm görenleri korur ve hazinenin paralarını fakirlere dağıtır.

Oğuz, bu zaferinden sonra diğer Batı illerine de sefer düzenlemeye karar verir. Seferde, yollarını kaybeden Hunlar'a yine aynı bozkurt yardım eder ve yol gösterir. Yolda karşılaştıkları nehirden geçmek üzere çevreden ağaç kesip köprü kuran Uluğ Bey'e "Kıpçak" adını veren Oğuz, bu kişiyi oradaki krallığın başına geçirir.

İlerleyen günlerde atını kaybettiği için çok üzülen Oğuz'a bir beyi yardım etmek ister. Kışın çok soğuk bir ortamda kaçan atı bulup getiren beye de "Karluk" adı verilir ve o da o yörenin beyi yapılır.

Bozkurt'un yol göstericiliğinde önce Cürçet Kralı'nı, ardından da Suriye Kralı'nı yenilgiye uğratan Oğuz, o sıralarda savaşlarda hiç yenilgi yüzü görmemektedir.

Derken, yine Hunlar'a boyun eğmek istemeyen Tangutlar yenilgiye uğratılırlar. Ardından da Barkan Ordusu ile savaşılır ve yine Hunlar galip gelirler.

Tam 40 yıl savaştan savaşa koşan Oğuz Kağan Suriye, İran, Pakistan, Hindistan ve Çin'i fetheder. Ardından da anayurdu Türkistan'a geri döner. Böylece, bütün Orta-Asya Hunlar'ın egemenliğine girmiş ve adaletli bir yönetime kavuşmuş olur"<sup>30</sup>.

Görüldüğü gibi, Mete'nin gerçekleştirdiği seferlerle ilgili Çin kaynakları ve Oğuz Kağan Destanı'nda yer alan bilgiler arasında tam bir örtüşme görülmemektedir. Ama şu bir gerçektir ki, Mete'nin seferleri sonucunda Orta-Asya hemen tamamen Hunlar'ın egemenliğine girmiş ve Hun Devleti en geniş sınırlarına ulaşmıştır.

---

<sup>30</sup> TOGAN, Zeki Velidi (1982). Oğuz Destanı. İstanbul, s. 21 vd.

## **V. METE’NİN ÜLKESİNİ OĞULLARI ARASINDA PAYLAŞTIRMASI VE VEFATI**

Altı oğluyla birlikte dünyayı fethedip cihangir olmayı başaran Mete, ana yurduna döndükten sonra bunu kutlamak üzere kurultayını toplamış ve hemen ardından da büyük bir toy tertip etmiştir. Destan’da toy için 90.000 koyun ve 700 civarında büyük baş hayvanın kesildiğini gösteren ifadeler bulunmaktadır<sup>31</sup>.

Oğuz Kağan’ın kurultayda söylediği “*Ey oğullarım, çok savaştım, artık çok yaşlandım. Düşmanları ağlattım, dostları sevindirdim. Gök-Tanrı’ya olan borcumu ödedim*” sözleri çok meşhurdur. Büyük Hükümdar bu sözlerini müteakip oğullarına töreye ve millî birliğe her daim bağlı kalmalarını vasiyet etmiş, ayrıca her bir oğluna ait hukukî makam ve damgaları belirtmiş ve onların ongunlarını göstermiştir.

Oğuz Kağan kurultayda ülkesini oğulları arasında paylaştırmaya yönelik açıklamalarda da bulunmuştur. Bir kere, Oğuz Kağan’ın altı oğlunun her birinin sahip olduğu dörder torunu ile birlikte toplamda yirmi dört torun ve onların boyları Oğuz milletini oluşturmuşlardır. Bunlardan Hükümdar’ın ilk eşinden olma üç oğlu Gün, Ay ve Yıldız’dan olma on iki torun ve onların boyları sağ, diğer eşinden olma üç oğlu Gök, Dağ ve Deniz’den olma on iki torun ve onların boyları ise sol kolu oluşturacaklardı<sup>32</sup>. Oğuz Kağan egemenliği simgeleyen yayı birincilere, tabiyeti temsil eden oku ise ikincilere vermiş, bu sayede sağdaki Bozoklar’ın soldaki Üçoklar’a üstün olduklarını, yani Üçoklar’ın daima Bozoklar’a tabi olacağını ifade etmiştir<sup>33</sup>.

Oğuz Kağan’ın, imparatorluğunu 24 kumandana taksim etmesi aslında ülkenin idaresini de kolaylaştırmış, devlet teşkilâtına bir disiplin getirmiştir. Nitekim her kumandanın maiyetinde 10.000 süvariden oluşan bir kuvvet (tümen) bulunacak, bunlar da 1000, 100 ve 10 kişilik birliklere ayrılacaklardı<sup>34</sup>. Sözü edilen düzenleme yüzyıllar sürecek Türk devlet teşkilâtının temelini oluşturması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Hükümdar, devlet yönetimi ile ilgili olarak yukarıda açıklanan düzenlemelerini getirirken, bir yandan da kendisinden sonra kağan olacak kişiyi belirlemiştir. Bunu, Destan’da geçen “*Ben ölünce yerime büyük oğlum geçsin, O da ölünce, tahta lâyük olanlardan hep büyük*

<sup>31</sup> TOGAN, s. 47.

<sup>32</sup> TURAN, Osman (1995). Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi. İstanbul, s. 77-79.

<sup>33</sup> TURAN, Osman (1945). Eski Türkler’de Okun Hukukî Bir Sembol Olarak Kullanılması. Belleten, XXXV, s. 305 vd.

<sup>34</sup> Hun Devleti’nin disiplinli bir hiyerarşik düzen içerisinde oluşturulmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇOK, MUMCU, BOZKURT, s. 22.

*çocuklarının (Bozoklar'ın) nesli hakan olsun. Bozoklar hakanın sağında, Üçoklar solunda otursun. Üçoklar da kıyamete kadar hükümdarın yardımcı beyleri olsunlar*"<sup>35</sup> cümlelerinden anlayabilmekteyiz.

Oğuz Kağan'ın M.Ö. 174'deki ölümü üzerine, Hun tahtına O'nun vasiyetine uygun olarak Kök Han geçmiştir. Kök Han'ın ismi Çin kaynaklarında "*Lao-Shang*" ve "*Chi-yü (Ki-ok)*" olarak geçmektedir. Kök Han, tahta çıkmadan önce babası için son derece gösterişli bir cenaze töreni düzenlemiş ve onun adına büyük bir anıt mezar yaptırmıştır. Cenaze töreninin yapıldığı yer Orhun Irmağı kıyısındaki "*Ata Sini*" denilen bölge idi. Çin kaynaklarının anlattığına göre, tören alanına üstünde altından yapılmış bir kurt başı bulunan tuğ, mehter takımı ve iki tekerlekli kağanlık arabası önceden getirilmiş, hükümdar otağının hemen önüne de Hun sancağı çekilmiştir<sup>36</sup>.

Yeni Kağan bir keçe ya da kalkan üzerine oturtularak dokuz kişi tarafından göğe kaldırılmış, çadırın etrafında güneş istikametinde dokuz kez döndürülmüştür. Sonra, ipek bir şal ile boğazı sıkılarak kaç yıl hüküm süreceği kendisinden sorulmuş ve ağzından çıkan ilk ses veya sözcüğe bakılarak bir süre tayin edilmiştir. Boğaz sıkma hadisesi sembolik bir âdettir. Eski Türkler'de idarecilerin zeki, çalışkan ve fiziken de güçlü insanlar olmaları isteniyordu. Yoksa yaşı geçmiş, bunamış kimselerin sağlıklı karar verebilmeleri her zaman mümkün olmayabileceğinden, kağan adayları böylesine bir testten geçirilmekteydiler<sup>37</sup>.

Hun Devleti'nin büyük hükümdarı, Türkler'in atası sayılan Mete Han'ın hayatı, şeceresi ve savaşları ile ilgili genel bilgilerin verilmesinden sonra sıra Hun kamu hukuku ile ilgili kurumların gözden geçirilmesine gelmiş bulunuyor. Aşağıda açıklanan kurum ya da kavramların hepsi de Mete zamanında devlet yaşantısının bir parçası haline getirilmiştir. Bilindiği gibi, Orta-Asya'da her Türk kağanı başa geçtiğinde kendi töresini oluştururdu. Bu açıdan Mete de elbette kendi töresini koyarak Büyük Hun Devleti için bir temel düzen oluşturmuştur. Ancak bu büyük hükümdarın yaptıkları sadece Hunlar için olmayıp, sonraki

<sup>35</sup> TOGAN, s. 48.

<sup>36</sup> GÖMEÇ, Türk-Hun Tarihi, s. 92.

<sup>37</sup> Büyük Hun Devleti'nde mevcut kağanın vefat etmesinden sonra, genellikle yedi seçkin kabilenin reisi vezirlerle bir araya gelerek saray ortasına siyah bir keçe döşerler ve yeni kağanı getirip bu keçeye oturturlardı. Beyaz elbise içindeki beyler yeni kağana biat ettikten sonra, ona şöyle seslenirlerdi: "*Yukarıda güneşe bak, baki olan Tanrı'yu itirafeyle. Sen onun gölgesisin. Kendi tedbirini onun muradına uydur. Aksi halde sana sadece bu siyah keçe kalır.*" Ardından, kırmızı elbiseler giyip, başlarına da birer sorguç (kotuz) takarlar ve kağana tacını giydirirlerdi. Merasimden sonra, kurultayın bu seçimi onaylaması gerekiyordu. Hunlar'da, bu kurultayın Mete döneminden beri görev aldığı bilinmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmet (1989). Türk Hukuk Tarihi (C. I). Konya, s. 33; ÖGEL, Bahaeddin (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları (C. I). İstanbul, s. 152-154.

dönemlerde kurulacak Türk devletlerine de örneklik teşkil etmiştir. Sözü edilen kurumlar birer birer incelendiğinde, Mete'nin Türkler için ne kadar önemli bir hükümdar olduğu ve hayatına gerçekten büyük işler sığdırdığı kolaylıkla anlaşılabilir olacaktır.

## **VI. METE'NİN EGEMENLİĞİNİN DAYANDIĞI GÜÇ**

Hunlar'da kağanın egemenliğinin ona Gök-Tanrı tarafından verildiğine inanılmaktaydı. Bu inanışa göre Gök-Tanrı topluluk içerisindeki bir aileyi seçerek o aileye egemenlik hakkını vermekte, bundan sonra bu ailenin erkek üyeleri toplumu yönetme hakkına mutlak olarak sahip olmaktadır. Devlet ailenin ortak malıydı. Ailenin erkek üyelerinin hepsi de devleti yönetmede söz sahibiydi. Bu üyelerin içinden biri han veya kağan seçilse bile, aslında diğerlerinin de devleti yönetme hakkı mevcuttu. Şöyle ki, hükümdar ailesinin erkek üyelerinin hepsi de kanun koyabilir, vergilendirme yapabilir, ceza verebilirdi. Bu kişiler kağanın kendilerine verdiği topraklar üzerinde istedikleri gibi bir yönetim gösterebilirlerdi. Eğer kağan güçlü bir kişiliğe sahipse, ailesi üyeleri arasında birliği sağlayabilir, ama onların yönetim biçimlerine asla karışmazdı. Buna karşılık kağanın kişiliği zayıfsa, devlet kolaylıkla parçalanabilirdi<sup>38</sup>.

Kağanın egemenliği Gök-Tanrı'dan alması ve O'nun tarafından tahta oturtulması düşüncesi, kendisine görevini başarabilmesi için bir takım ferdî kabiliyet ve üstünlüklerin tanındığının da kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Kağanın gerçekte bu meziyetlere sahip olup olmaması önemli değildir; önemli olan, onun bu niteliklere sahip olduğuna inanılmasıdır. Kağan, eski Türk inanışına göre bu nitelikleri doğuştan getirmektedir. Kanda gizli olan bu nitelik babadan oğula geçmektedir.

Yine, aynı düşünceyle hanedanın bütün erkek üyelerinin de devleti yönetme hakkının bulunduğu kabul edilmekte, içlerinden birinin kağan yapılması ise Gök-Tanrı'nın takdirine bırakılmaktadır. Çünkü bu kişi Gök-Tanrı tarafından verilen kuta dayanarak yönetimi eline geçirmektedir<sup>39</sup>.

Ülke yönetiminde bu kadar önemli bir yeri olan kut acaba hangi anlama gelmektedir? Şamanizm'de kut "*hayat unsuru, can*" manasında kullanılmakta, Türk ve Moğollar'da ise

<sup>38</sup> ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 188.

<sup>39</sup> VLADIMIRTSOV, B.Y. (1987). Moğolların İçtimaî Teşkilâtı, Moğol Göçebe Feodalizmi, Çev. A. İnan. Ankara, s. 114.



genellikle “gökten inen bir nur sütunu” şeklinde tasavvur edilmektedir. Kağanın soyunun bundan geldiğine inanılmaktadır. Bu sebeple de kağan kutsal sayılmaktadır<sup>40</sup>.

Kutun kağan açısından önemi çok büyüktür; zira kağan kutun gözle görülür, cisimleşmiş bir sembolüdür. Kağan mutlak, kişisel, evrensel ve kutsal niteliklere sahiptir. Devlet yönetiminde hiçbir şey onun iradesi dışında yapılamaz. Kağan bütün sosyal ve siyasî hayatın tek hâkimi ve düzenleyicisidir. Dolayısıyla hükümdarlık devletin en yüksek ve güçlü organı durumundadır<sup>41</sup>.

İşte, kutunu Gök-Tanrı’dan alan Hun hükümdarları Mete’den başlayarak bu anlayışa uygun bir unvan kullanmışlardır. Türkçesi “Tengri-Kut” olan bu unvan Çince “Tan-hu (Şan-yu)” olarak ifade edilebilir. “Gökten Kudret Alan” anlamındaki bu unvan Çin hükümdarlarının almış buldukları unvana benzetilerek kullanılmıştır. Ancak arada önemli bir fark da bulunmaktadır: Hun hükümdarının kullandığı “Tan-hu (Şan-yu)” unvanı aslında Çince “Cheng-li-gu-tu-chan-yü” biçiminde yazılan sözcüğün kısaltılmış bir biçimidir. Çin kaynaklarına göre, “Cheng-li” Tengri’yi, “gu-tu” oğulu anlatmakta, “chan-yü” ise “geniş, vasi” anlamlarına gelmektedir. Tabi, Çince’deki ifade Çin hükümdarlarının unvanı olan “Tian-zi” yani “Göğün Oğlu”nu ifade etmektedir. Tan-hu unvanı ise bu unvandan esinlenerek alınmıştır; ancak “Göğün Oğlu” anlamı yerine, Türkler Gök Tanrı’yı en yüce varlık olarak tanıyıp, Türk hükümdarını “Gökten Kudret Alan” biçiminde tarif etmişlerdir. Bu tarif şüphesiz Şamanizm’deki Tanrı tarifine de uymaktadır. Türk Hükümdarı böylece kendisinin dünyevî yetkilerine kutsal bir güç katmış olmaktadır. Mete, Han Hanedanı Hükümdarı Hsiao-Wen Ti’ye gönderdiği bir mektupta kendisini “Tengri’nin başa geçirdiği Hunlar’ın ulu Tan-husu” ifadesiyle tanıtmış, bu şekilde hükümdar otoritesinin Tanrı kaynaklı olduğunu Çinliler’e göstermeye çalışmıştır<sup>42</sup>.

## VII. KUTUN KAĞANA BAHŞETTİĞİ YETKİLER

Kut, yani Tanrısal kaynaklı egemenlik eski Türk devlet yönetim sisteminde çok önemli bir yere sahip olduğu için, kağana egemenlik hakkını kullanmada çok geniş bir hareket serbestisi sağlamaktaydı. Kağan, hareketli ve dinamik göçebe toplumunu bir arada tutabilmek

<sup>40</sup> İNALCIK, Halil (1959). Osmanlılar’da Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkkisiyle İlgisi. S.B.F.D., XIV (I), s. 74.

<sup>41</sup> ARSLAN, Mahmut (1990). Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi. Fırat Üniversitesi Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu. Elazığ, s. 233.

<sup>42</sup> OTKAN, s. 29.



ve kabileleri kendi otoritesine bağlayabilmek için bu geniş yetkilere sahip olmak zorundaydı. Ancak, kağanın yönetme yetkisini kullanırken daima halkın iyiliğini gözetmesi gerekiyordu.

Kağan eski Türk toplumunda en yüksek askerî şef konumundaydı. Zaten eski Türk devletlerinin askerî bir karakter taşıdığı bilinmektedir.

Kağan bunun yanında en yüksek yargıç rolünü de üstlenmekteydi. Yargı yetkisini en azından başkent ve çevresinde bizzat kullanan hükümdar suçluları da cezalandırmaktaydı. Başkent dışında ise, bu görev ondan yetki alan ve onun adına hareket eden yargıçlara aitti<sup>43</sup>.

Kağan ayrıca yasamanın da sembolüydü. Devlet kuran ve yöneten her kağan mutlaka bir yasa (töre) koymaktaydı. Töre elbette kağanın aldığı kararlar biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, kurultaylarda verilen kararlar da töre olarak kabul görürdü. Ancak, törenin asıl ortaya çıkış şekli geleneksel olarak, yavaş yavaş ve kendiliğindedir. Bu üçüncü ortaya çıkış biçiminde, toplumun benliğinde oluşan törenin malzemesi Orta-Asya Türk toplumunun siyasal ve sosyal düzeninde yaşayagelen örf ve âdet kuralları olmaktadır ki, bunlara “*Yosun Hukuku*” adı verilmektedir<sup>44</sup>. Töre, her ne suretle ortaya çıkmış olursa olsun, hükümdarı da bağlayıcı objektif hukuk kuralları toplamıdır<sup>45</sup>.

Kağanın tüm bu görev ve yetkilerine düşman milletlere savaş ilân etmek ve onlarla barış yapmak da ilâve edilebilir. Yine, yabancı devletlere gönderilen elçilerin de, onun namına ve onun vekili sıfatıyla hareket ettikleri görülmektedir.

Öte yandan, yabancı devlet hükümdarlarına yazılan mektuplar da onun imzasını taşımaktadır. Kağan bu mektuplarda, yukarıda da açıklandığı üzere “*Tanrı tarafından tahta çıkartılmış büyük hükümdar*” unvanını kullanırdı. Kağanın sadece kendi ülke halkına ve beylere karşı değil, yabancı devletlere karşı da egemenliğini gökten aldığı tezini sürekli olarak vurgulaması eski Türk devlet anlayışı içerisinde çok önemli bir yeri olan “*Evrensel Egemenlik*” ilkesiyle de yakından ilintili görülmektedir.

Nihayet, vergiye bağlı kavimlerin vergilerini kağana göndermeleri de, kağanın malî alandaki yetkilerini izah etmektedir<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> ARSLAN, s. 225.

<sup>44</sup> Hunlar’da Özel Hukuk’a ilişkin kurallar, özellikle de Kişi, Aile ve Miras Hukuku kuralları hep Yosun Hukuku biçiminde oluşmuştur. Ayrıca, dinle ilgili konularda da Yosun Hukuku’nun geçerli olduğu söylenebilir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ARSAL, S. Maksudî (1947). *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul, s. 288.

<sup>45</sup> Törenin oluşum biçimleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PAMİR, Aybars (2009). *Orta-Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı*. A.Ü.H.F.D., 58(2), s. 363 vd.

<sup>46</sup> ARSAL, s. 202.

### VIII. HUNLAR'DA DÜNYA EGEMENLİĞİ ANLAYIŞI

Eski Türk dini Gök-Tanrı'dan başkasını tanımayan tek tanrıca bir dindi. Türkler, Gök Tanrı'nın yalnızca kendi uluslarını koruduğuna ve bütün dünyaya egemen kıldığına inanmaktaydılar. Bu çerçevede yeryüzü bir bütün olarak görülmekte, insanların da tek bir kitleden ibaret oldukları kabul edilmekteydi. Bunların hepsinin üzerinde de Türk hükümdarı bulunmaktaydı. Dünya egemenliği anlayışı soy, dil ve din bakımlarından insanları birbirinden ayırmamakta, bilakis onların kendi inançlarında serbest tutuldukları sosyal ve siyasî bir ortamı sunmaktaydı<sup>47</sup>.

Türkler'de dünya egemenliği düşüncesi ilk kez Mete ile başlamıştır, denilebilir. Hükümdar, mektuplarının başında kullandığı “*Tanrı tarafından tahta çıkartılmış büyük hükümdar*” ibaresiyle bu anlayışa sürekli vurgu yapmıştır. Böylece, egemenliğin kaynağının Gök olduğu vurgusu dikkat çekmektedir<sup>48</sup>.

Oğuz Kağan Destanı'nda da konuyla ilgili olarak şu satırları okumaktayız: “*Ben Uygurlar'ın kağanıyım ve yeryüzünün dört bir köşesinin kağanı olsam gerekir.*” Destan'a göre, Oğuz Kağan gökten gelmiş ve gene kendisi gibi gökten inen bir kız ile evlenmiştir. Oğuz tahta çıkıp kağanlığını ilân ettikten sonra, dört tarafta bulunan bütün kavimlere elçiler göndererek “*Ben artık bütün dünyanın kağanıyım*” demiş ve hepsini de kendisine baş eğmeye ve bağlılığa davet etmiştir.

Aynı Destan'da, Oğuz Kağan'ın Veziri İrkıl Hoca'nın “Gök-Tanrı'nın dünya egemenliğini kendisine verdiğini müjdelediği yazılıdır. Bunu “*Ey kağanım, Gök-Tanrı bütün dünyayı sana bağışlasın*” sözlerinden anlayabilmekteyiz<sup>49</sup>.

Öte yandan, XII. yy. Süryanî tarihçisi Mihael de, “*Yeryüzü Türkleri taşımaya kâfi gelmiyordu. Garb'a doğru ilerlerken, önlerinde köpeğe benzer bir hayvan (kurt) bulunuyor ve onlar da ona yetişemiyorlardı. Bozkurt, hareket etmek istediği zaman “Göç (kalkınız)” diye bağıyor, Türkler de onun durduğu yere kadar onu takip ediyor ve orada çadırlarını kuruyorlardı. Uzun zaman rehberlik eden kurt nihayet kaybolunca, Türkler de artık geldikleri yerlerde oturup kaldılar*” ifadeleriyle Hunlar'ın sahip olduğu bu anlayışı dile getirmiştir<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> ARSLAN, s. 228.

<sup>48</sup> TURAN, s. 83.

<sup>49</sup> ARSLAN, s. 229.

<sup>50</sup> TURAN, s. 76.

## **IX. İMPARATORLUĞUN BÖLÜMLERE AYRILMASI**

Eski Türkler’de egemenliğin han ailesi içerisinde belli bir şahsa değil de, tüm aileye ait kılınması ülke topraklarının hanedan üyeleri arasında taksim edilmesi sonucunu doğurmuştur. Genellikle en küçük çocuk atasından kalma toprakları alırken, daha yaşlı kardeşleri sonradan kazanılan topraklar üzerinde saltanat sürmüşlerdir. Böyle bir bölünme devlet idaresini büyük ölçüde kolaylaştırmıştır. Bu usul, Türklerin kendi karakteristik devlet anlayışlarını ortaya koymakta ve eski göçebe-oymak kuruluşuna da uygun düşmektedir<sup>51</sup>. Nitekim eski göçebe boy ve oymaklarının sürülerine su bulmak endişesiyle daha çok bir ırmak boyunda konaklamak durumunda kaldıkları bilinmektedir. Bu yerleşim zorunluluğu onları herhangi bir baskın tehlikesine karşı, oymağın hiç olmazsa yarısının korunabilmesi açısından ırmağın iki yakasına da yerleşmesi mecburiyetiyle karşı karşıya bırakmıştır. Türkler böylece ilk kez ikili yönetim biçiminin temelini atmışlar, göçebe imparatorluklarını kurduktan sonra da bu âdetlerini devam ettirmişlerdir<sup>52</sup>.

İmparatorluğun çeşitli bölgelerine atanan kağanın ailesinden yöneticiler, ülkede uygulanan çok geniş bir yerinden yönetim sayesinde buldukları yerlerde oldukça serbest hareket edebilmişler, hatta yöresel sorunlarının halli için komşu devletlerle antlaşmalar bile yapabilmişlerdir. Bu beylerin bazen de başka devletlerle savaş veya barışa karar verebildikleri görülmektedir. Ancak, yöneticilerin görevlerini yerine getirirlerken her zaman törelere uygun hareket etmeleri, ayrıca imparatorluğun genel siyasetini ve güvenliğini bozucu davranışlardan da kaçınmaları gerekiyordu<sup>53</sup>.

Hunlar’da, imparatorluğun bölümlere ayrılması uygulamasına daha Mete zamanında gidildiği görülmektedir. Hun İmparatoru törenlerde otururken Kuzey’e bakar, sol tarafı sağ tarafından üstün sayılırdı. Bu sebeple de veliahd daima hükümdarın solunda yer alırdı. Ülke sol ve sağ olmak üzere iki (onlar da ayrı ayrı on iki ve böylece toplamda yirmi dört) yönetim bölgesine ayrılmıştı. Asya Hun Devleti, her bir yönetim biriminin başındaki büyük devlet adamları tarafından yönetilmekte, bu kişilere bey adı verilmekteydi. Beyler ifa ettikleri görevlere göre değişik unvanlar almaktaydılar. Elbette hükümdar ailesinden gelmekte olan bu kişilerin makam ve memuriyetleri irsî olarak babadan oğula geçmekteydi. Beyler bir protokol sırasına bağlıydılar; aralarındaki hiyerarşi aynı zamanda onların ileride kağan olma sıralarını

<sup>51</sup> İNALCIK, s. 82, 83.

<sup>52</sup> ARSLAN, s. 224.

<sup>53</sup> VERSAN, Vakur (1977). Tarihte Türkler’in İslâm Kamu Hukuku’na Katkıları. Onar Armağanı. İstanbul, s. 941.

göstermekteydi. Bunun yanında, beylerin her birinin on biner kişilik süvari birliklerine komuta ettikleri ve ayrıca kendilerine bağlı durumda onar, yüzer ve biner kişilik birliklere komuta edecek subayları da atadıklarına yukarıda işaret edilmişti<sup>54</sup>. Görüldüğü üzere, beyler hem buldukları bölgenin valileri, hem de o yerdeki askerlerin komutanları idiler. Böylece, beylerin vilâyetlerdeki işler için memur atayabilme (veya azledebilme) ve askerî rütbeleri belirleyebilme yetkileri de bulunmaktaydı.

Beylerin idarî görevlerini yerine getirdikleri ayrı divanları bulunur, bu divanlarda bölgenin sorunları tartışılır ve çözümler aranır<sup>55</sup>. Beyler, bundan başka Mete'nin temelini attığı ve her yıl üç ayrı tarihte tekrarlanan kurultaylara da katılmak zorundaydılar. Kurultay türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi aşağıda verilmiştir. Bu toplantılarda Tan-hu önemli sorunlarda beylere danışır, beyler de görüşlerini serbestçe söyleyebilirlerdi. Söz konusu toplantılarda devlete ait ve yöresel sorunlar görüşülürdü<sup>56</sup>. Ancak, hangi kurultayda alınırsa alınsın, bütün kararların halka duyurulması esastır<sup>57</sup>.

Bu kurultayların dışında, beylerin herhangi bir zamanda Tan-hu'nun daveti üzerine de onun yanına gitmeleri bir zorunluluktur. Tan-hu savaş zamanlarında onların bütün kuvvetleriyle beraber savaşa iştirak etmelerini buyurabilirdi. Bunun gibi, sadece belli beylere kendilerine bağlı askerlerle bir sefere çıkılması, gösterilen bir ülkenin istilâ edilmesi veya bir yerdeki isyanın bastırılması gibi görevler verilebilirdi. Bu emirlere uyulması da bir zorunluluktur<sup>58</sup>.

Ülkenin bölümlere ayrılması usulünün ileride oğullar arasında meydana gelebilecek taht kavgalarını önlemeye yönelik bir tedbir olduğu da söylenebilir. Nitekim İrkıl Hoca'nın Oğuz Kağan'ın ölümüyle tahta geçen büyük oğlu Gün Han'a verdiği, Destan'da geçen şu öğütte aynı endişeye rastlanmaktadır: *“Siz altı oğulun (kardeşin) dörderden yirmi dört oğlunuz var. Olabilir ki, onlar sonradan birbirleriyle çekişebilirler. Bunun çaresi her birinin rütbesi, mesleği, adı ve lâkabı kararlaştırın, her birinin birer nişanı ve damgası olsun. Bununla bilinip tanınsınlar ve hiçbirinin diğeri ile bir çekişmesi olmasın.”*

İrkıl Hoca, daha sonradan Bozok ve Üçok adlarıyla ayrılan Oğuz'un oğullarının dörderden yirmi dört evlâdına birer lâkap vermiş ve onların hayvanlarına vurulacak birer

<sup>54</sup> ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 22.

<sup>55</sup> CİN, AKGÜNDÜZ, s. 33.

<sup>56</sup> ARSAL, s. 203.

<sup>57</sup> CİN-AGÜNDÜZ, s. 33.

<sup>58</sup> ARSAL, s. 203.

damgayı da tespit etmiştir<sup>59</sup>. Ancak, söz konusu bölünme XIII. yüzyılın sonlarından itibaren bu ülkelerin yavaş yavaş Hunlar'dan ayrılıp bağımsızlık kazanmalarına yol açmıştır<sup>60</sup>.

## **X. EGEMENLİĞİN MEŞRUIYETİ PROBLEMİ**

Hunlar'da yönetim hakkı tıpkı bugün kabul edildiği gibi meşru olmak zorundaydı. Onun meşruluğu, halkın siyasî iktidarı zımnen onaylaması ile mümkün olabilirdi. Bu ise kurultaylarca yapılan onayla gerçekleşirdi. Kağanın erkinin Gök Tanrı'dan geldiğinin ve bu şekilde onun Tanrısar bir misyonunun bulunduğunun ortaya konabilmesi ancak kağanlık seçiminin kurultay tarafından onaylanması ile mümkün olabilirdi. Pek çok kamu hukuku ilkesi gibi bu gelenek de Mete tarafından kabul edilmiş ve yüzyıllarca sürdürülmüştür.

Ancak, siyasî iktidarın sadece meşru olması yeterli değildi. Kağanın, bunun yanında hükümdarlığı süresince bütün görevlerini eksiksiz bir biçimde yerine getirmesi ve her şeyden önemlisi töreye uygun hareket etmesi gerekiyordu. Aksi halde otoritesi her an sarsılabılırdi. Nitekim Hunlar'da kanuna muhalefet eden her kim olursa olsun, bunun çok büyük bir suç teşkil edeceği, kanuna karşı gelen kağan bile olsa, onun derhal azledileceği bir kural haline getirilmişti. Böyle bir durumda, halkın da kağana tahammül edemediği, hanedanın diğer üyeleri ile birleşip hükümdarı tahttan indirmeğe çalıştığı ve bunda da çoğu kez başarılı olduğu görülmektedir. Yalnız, burada dikkat edilmesi gereken husus, başkaldırmanın sadece o hükümdara karşı yapılmasıdır; yoksa o hanedana karşı değil. Hükümdar tahttan indirildikten sonra, yerine yine aynı hanedandan bir başka kişi kağan yapılacaktır<sup>61</sup>. Bu nokta bize Gök-Tanrı tarafından egemen kılınan ailenin bu hakkının tüm toplumca ne olursa olsun benimsendiğini ve ailenin egemenliğinin devamının gerekirse baştaki aile mensubunun feda edilerek sağlandığını göstermektedir.

Tahttan indirilen kağanların, kendi oklarının kırışlarıyla boğdurulmak suretiyle öldürüldükleri görülmektedir. Kan akıtılmak istenmemesinin sebebi, kağan ve ailesinin kanlarının kutsal sayılmasıdır. Bunun yanında, zorla tahttan indirilerek öldürülen hükümdarın oğullarının kağan yapılmasının uğursuzluğuna inanılmıştır; zira onların ileride devletten intikam alabileceğinden korkulmuştur. Öte yandan, tahtına karşı başkaldırılan kağanın da, buna

<sup>59</sup> KIRZIOĞLU, Fahrettin (1985). Eski Türkler'de ve Oğuz-Türkmenler'de İkili-Dörtlü-Altılı-Onikili-Yirmidörtlü Düzen. İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Türkiyat Araştırma Merkezi, 5. Milletlerarası Türkoloji Kongresi. İstanbul, s. 351. Oğuz Kağan Destanı'nda Oğuz Kağan'dan sonra başa geçtiği söylenen Gün Han Çin kaynaklarında ismi söylenen Kök Han ile aynı kişidir. Destan ve Çin kaynaklarındaki farklı anlatımların bir diğer örneği bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

<sup>60</sup> İNALCIK, s. 83.

<sup>61</sup> ARSLAN, s. 231 vd.

boyun eğmeyerek tahtını yeniden ele geçirmek üzere taraftarlarıyla birlikte uzun ve kanlı mücadelelere giriştiğine dair çeşitli örnekler tarihte mevcuttur<sup>62</sup>.

## **XI. KURULTAYLAR**

Bilindiği gibi, eski Türkler’de Hunlar’dan başlayarak çeşitli devlet işlerinin ele alındığı toplantılar için “*Kurultay*”, bu toplantıların ardından gerçekleştirilen şenlik ve şöenler için ise “*Toy*” sözcükleri kullanılmaktaydı. Toy uygulaması, hiç şüphesiz Türk hükümdarı ile halkı arasında kurulan güçlü duygusal bağı açık bir biçimde gözler önüne sermektedir. Bu bağ çeşitli kaynaklarda bir baba ile evlâdı arasındaki ilişkiye benzetilmiş, hükümdar halkını doyurmakla yükümlü bir kişi olarak tanıtılmıştır. Buna göre, hükümdar asla halkından kopuk olmayacak, onlara karşı her zaman cömertlik sergileyecektir. İşte, Orta-Asya Türk devletlerinde halka “*toy*” adı verilen şöenlerin tertip edilmesinin ve bu vesileyle halk ile kaynaşılmak istenmesinin sebebi budur<sup>63</sup>.

Oğuz Töresi’ne göre, hükümdar bu görevine bağlı olmaya ve ziyafetler sunmaya mecburdu. Bu hukuk çiğnenirse, halk hakkını talep eder ve çıkan isyan meşruiyet kazanırdı<sup>64</sup>. Dede Korkut Destanı’nda, Oğuz Türkleri’nin toyları çok güzel tasvir edilmiştir: “...*Attan aygır, deveden buğra, koyundan koç kesilir, tepe gibi et yığılır, göl gibi kırmızı sağılır. İç-Oğuz, Taş-Oğuz beyleri toplanırlar. Açlar doyurulur, yalıncaklar donatılır, borçlular kurtarılır ve çok ulu bir toy olur*”<sup>65</sup>.

Temelini Mete zamanında Asya-Hun Devleti’nde gördüğümüz kurultaylar tüm eski Türk toplumlarında devlet yapısının vazgeçilmez bir parçası olarak kabul edilmişlerdir. Değişik Türk devletlerinde değişik isimler altında gerçekleştirilen bu toplantılara kağan başkanlık eder, ayrıca belli başlı hanedan mensupları, devletin önemli memurları, tâbi beyler ve yabancı devletlerin elçileri toplantıda yer alırlardı<sup>66</sup>. Çok sıkı protokol kurallarının uygulandığı bu toplantılarda dış devletlerle olan ilişkiler (savaşa veya barışa karar verilmesi), ekonomik, askerî, siyasî ve kültürel tüm sorunlar hakkında görüşmeler yapılır ve kararlar alınırdı. Kurultaylarda devlet organlarının işleyişi, törenin uygulanışı ve hatta kağanın kimi konulardaki kararları da denetlenirdi. Kağanlık makamı boşaldığında, yeni hükümdarın seçilmesi ve bunun tasdiki, kimi

<sup>62</sup> CİN, AKGÜNDÜZ, s. 33; ARSLAN, s. 231.

<sup>63</sup> BARTHOLD, W. (1927). Orta-Asya Türk Tarihi Hakkında Dersler. İstanbul, s. 184.

<sup>64</sup> TANERİ, Aydın (1975). Türk Devlet Geleneği, Dün ve Bugün. Ankara, s. 83.

<sup>65</sup> TURAN, s. 105 vd.

<sup>66</sup> AHMETBEYOĞLU, A. (2014). Sorularla Eski Türk Tarihi, İstanbul, s. 306; KÖSOĞLU, N. (1990). Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler. İstanbul, s. 38.

zaman da töreye yeni hükümlerin ilâve edilmesi kurultayların görevleri arasındaydı. Savaş öncesi yapılan kurultaylarda insan ve hayvan sayımının yapılması da bu görevlere eklenebilir<sup>67</sup>.

Kurultayın sonunda, yukarıda anlatıldığı gibi hükümdar tüm katılanlara ve halka ziyafet sunardı. Gerek kurultay toplantılarına, gerekse kurultay sonunda verilen ziyafetlere davetli olduğu halde katılmamak “*devlete isyan*” olarak nitelendirilirdi<sup>68</sup>.

Hükümdar kurultaylarca alınan kararlara harfiyen uymak zorunda değilse de bu kararları dikkate almak mecburiyetindeydi. Bazen kurultay da hükümdarın taleplerini kabul etmeyebilirdi<sup>69</sup>.

Kurultay geleneği eski Türk egemenlik anlayışı çerçevesinde, kutunu Gök-Tanrı’dan alan Türk kağanının törelere uygun davranmasının da bir güvencesini oluşturmuştur. Nitekim bunun aksine bir davranış kağanlık görevinin sona ermesi sonucuna götürebilirdi. Bu sebeple, kağanlar Türk töresine uygun hareket etmeyi daima bir erdem saymışlar ve bu konuda kendilerini Türk halkına karşı sorumlu hissetmişlerdir. Böylece, hükümdar icraatının millet tarafından kontrolüne imkân sağlayan bir yönetim biçiminin sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. İşte, bu kontrol mekanizması “*Kurultay*” adı verilen müessesese ile temsil edilmektedir<sup>70</sup>.

Kurultaylar her şeyden önce “*toplantı zamanları önceden belli kurultaylar*” başlığıyla ele alınabilir. Her yıl, düzenli olarak üç ayrı dönemde toplanan bu kurultaylardan ayrı olarak, elbette başka kurultay türleri de karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu kurultay türlerinin temeli Mete zamanında atılmış olup, uygulamaların sonraki yüzyıllarda da sürdürüldüğü anlaşılmaktadır.

### **A. Toplantı Zamanları Önceden Belli Olan Kurultaylar**

Eski Türkler’de âdeta kurumsallaşmış, toplantı zamanları önceden belli olan üç kurultay toplantısından söz edilebilir. Bunlardan ilk ikisinin hukuk kuralı koyma ve mevcut törede değişiklikler yapma görevi dikkat çekmektedir. Bu kurultayların dinî karakteri de oldukça belirgindir.

<sup>67</sup> Eski Orta-Asya Türk devletlerinde kurultayların temel görevleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAFESOĞLU, İbrahim (1980). Eski Türkler’de Devlet Meclisi-Toy, Birinci Millî Türkoloji Kongresi. İstanbul, s. 205.

<sup>68</sup> KAFESOĞLU, İbrahim (1984). Türk Millî Kültürü. İstanbul, s. 246, 247.

<sup>69</sup> CEYLAN, A. (1997). İslâm Öncesi Türk Hukuku’nda Danışma Meclisi. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I (I), s. 10.

<sup>70</sup> PAMİR, Aybars (2015). Eski Orta-Asya Türk Hukuku’nda Kurultay Müessesesi. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), s. 16, 17.



İçlerinden yılın ilk ayında yapılanı kağanın sarayında toplanır, bu toplantıda atalara kurbanlar sunulur ve bazı önemli idarî ve hukukî kararlar alınır<sup>71</sup>.

Yılın beşinci ayında toplanan ve “*Büyük Kurultay*” adı verilen kurultayda da dinî törenler yapılır, kurbanlar kesilir, kağana sadakat ve bağlılık yeminleri yinelenirdi. Mayıs Kurultayı’nda idarî kararlar da alınır, ayrıca törede yapılması düşünülen değişiklikler tartışılırdı<sup>72</sup>.

Üçüncü kurultay toplantısı ise Sonbaharda, Eylül ayında yapılan “*Savaş ve Sayım Kurultayı*” idi. Yine dinî törenlerin tertiplenip kurbanların sunulduğu bu kurultayda asker ve at sayımları yapılır, ordunun savaş kabiliyeti tespit edilir, savaşa dair konular görüşülür, askerî talim ve manevralar gerçekleştirilirdi. Bu hazırlıkların yapılmasının sebebi, artık savaş zamanının gelmiş olmasıdır, zira yerleşik ulusların ambarları dolmuştur<sup>73</sup>.

Hunlar, Mete’den başlayarak toplantı zamanları belli kurultaylar haricinde, özel adları olan kimi kurultay türlerine de devlet sistemlerinde yer vermişlerdir. Çalışmamızda, hukukun oluşumunda ve hukuk kurallarının uygulanmasından doğan sorunların çözümünde büyük yerleri olduğu için “*Töre Kurultayı*”, ile “*Mahkeme ve Yargı Kurultayı*”nın yeri ayrı tutulmuş, bu sebeple bu iki kurultay türü hakkında bilgi verilmiştir.

## **B. Töre Kurultayı**

Orta-Asya’da, yeni bir devletin kurulmasını müteakip, derhal yeni bir töre oluşturulmak istenir, yeni kurulan devletin töresi devlet kurucusunun adı ile anılırdı. İşte, Oğuz Kağan Töresi de böyle oluşmuştur<sup>74</sup>. Oğuz Kağan Destanı’ndan anlaşılabilirdiği kadarıyla, Oğuz savaştan döndükten sonra büyük bir zafer kurultayı toplamış, bunu da bir töre kurultayı takip etmiştir. Destan’da Türk töresini koyan kişinin Oğuz Kağan’ın Veziri İrkıl Hoca olduğu ifade edilmektedir. Kurultaylarda, törenin konulmasında bilge kişilerin görüşlerine büyük ölçüde değer verilir, töre oluştuktan sonra Hun Devleti’ne bağlı tüm kavimler bu kurallara kayıtsız şartsız bağlı hale gelirlerdi. İrkıl Hoca, üstün kişiliği ile Türk mitolojisinde yarı-tanrı bir kam (şaman) olarak görülmüştür<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> ARSAL, s. 204.

<sup>72</sup> AYDIN, M. Akif (2009). Türk Hukuk Tarihi. İstanbul, s. 13.

<sup>73</sup> ÜÇÖK, MUMCU, BOZKURT, s. 22; ARSAL, s. 204.

<sup>74</sup> PAMİR, Eski Orta-Asya Türk Hukuku’nda Kurultay Müessesesi, s. 24.

<sup>75</sup> TOGAN, s. 47 vd.



### **C. Mahkeme ve Yargı Kurultayı**

Eski Türk devletlerinde kağan adaleti temsil etmekteydi; bu sebeple de ona baş yargıç gözüyle bakılabilir<sup>76</sup>. Ancak hükümdarlar tüm yargılamaları tek başlarına yapamayacaklarından, ülkede mahkeme düzeninin kurulması gerekmiş, son söz hakkı ise yine kağanda bırakılmıştır. Bazen, büyük isyan veya ayaklanma gibi çok önemli konularda kağan, normal yargılama prosedürünün dışına çıkarak doğrudan yargı kurultayının oluşturulmasını buyurabilirdi.

Hun hükümdarları, mahkemelerce verilen idam cezalarının görüşülmesi ve suçluların sorgulanabilmesi için de her yıl, bir kere kurultay toplama yoluna gitmekteydiler. Bu kurultayda sanıklar huzura çağrılır ve “*Kağan nasıl olsa gerçeği bilir*” diye inanıldığı için suçlarını itiraf ederlerdi. Toplantı sonrasında, haklarında kesin idam kararı verilen suçluların başlarına kızıl renkte alemler (bayraklar) konur, suçluların idam cezaları gruplar halinde boyunları vurulmak suretiyle infaz edilirdi. İdam cezası alan suçluların isimleri ve onlar hakkında verilen idam kararları bir sandığa konulur ve bu bilgiler otuz yıl saklanırdı. Sözü edilen uygulamanın amacı, suçlunun yakınlarının bir itirazı olduğunda, delillerin onlara gösterilmek istenmesi olarak belirtilebilir<sup>77</sup>.

### **SONUÇ**

Orta-Asya Türk tarihi Türkler’in ataları sayılan Hunlar’la başlamaktadır. İlk dönemlerde, güçlü bir hükümdarın yol göstericiliğinden uzak bir biçimde, yüzyıllarca göçebe tarzı bir hayat süren Türkler devlet olma bilincine de ulaşmamışlardır. Ta ki karizmatik liderleri, Türkler’in atası sayılan, efsanevî hükümdarları Mete’nin tarih sahnesine çıkışına kadar. Bu büyük hükümdar Türkler’i derhal disiplinli ve düzenli bir devlet teşkilâtı içerisine almış, üstelik Türk kökenli olmayan çok sayıda kavime de baş eğdirerek onları egemenliği altında toplamıştır. Çeyrek yüzyıl gibi kısa bir sürede elde edilen bu başarılarla hemen tüm Orta-Asya Hun egemenliğine girmiş ve bu devlet Doğu’daki Çin Devleti için uzun yüzyıllar bir karabasan haline gelmiştir. Türkler’in gerçekleştirdiği çok sayıda tehlikeli akın Çin’i öylesine bunaltmıştır ki, bu devlet, kendi içinde geçirdiği çeşitli ayaklanmaların da etkisiyle Türkler karşısında pek güçsüz durumlara düşmüş, sonuçta da Türk akınlarını önleyebilmek adına Çin-Seddi inşa edilmiştir.

<sup>76</sup> ÖGEL, Bahaeddin (1982). *Türkler’de Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar)*. Ankara, s. 86.

<sup>77</sup> CİN, AKGÜNDÜZ, s. 34.

Mete'nin tahta çıkışı çok ilginç bir gelişme sonrasında. Kendi oğullarından birinin Teoman'dan sonra tahta çıkması için sürekli entrikalar çeviren üvey annesinin sinsi politikalarına karşı Mete, devletin bekası için çareyi babası da dâhil çok sayıda devlet adamını öldürmekte bulmuştur. Kağan olur olmaz ordusunu mükemmel bir biçimde disipline eden Hükümdar, kendisinden sonra yüzyıllarca yaşayacak çok sayıda devlet kurumunun da temelini atmıştır. Ülkesini eski Türk egemenlik anlayışı çerçevesinde oğulları ve torunları arasında pay eden Mete, onlara verdiği siyasî ve askerî yetkilerle son derece disiplinli bir hiyerarşiye dayalı devlet yapısı oluşturmuştur. Böylece Hunlar'ın çok uzun bir süre boyunca Orta-Asya'da rakipsiz kaldıkları anlaşılmaktadır.

Mete'nin Eski Türk Orta-Asya kamu hukukuna katkıları çok üst düzeyde gerçekleşmiştir. O dönemde, halk arasında yaygın bir inanış biçimi olan Şamanizm ve bu dinin uygulanmasından doğan Gök-Tanrı inancı çok önemli bazı müesseseleri devlet teşkilâtına sokmuştur. Bunlardan belki de en önemlisi “*Kut*” anlayışıdır. Mete'nin Çin hükümdarlarının unvanlarına benzeterek aldığı ve kullandığı sanı “*Tan-hu (Şan-yu)*” idi ve bu “*Gökten Kudret Alan*” anlamına geliyordu. Mete, bu unvanı kullanarak halk üzerinde kurduğu egemenliği Tanrısal bir kökene bağlamak istemiştir. Tabi, bu sayede çok geniş yetkilere de sahip olmuştur. Sözü edilen Tanrısal kaynaklı egemenlik gücü Türk kamu hukukunun önemli bir kavramı olan “*Dünya Egemenliği*” anlayışını da beraberinde getirmiştir. Böylece, Hun hükümdarlarının ne derece güçlü birer yönetici haline geldikleri kolayca anlaşılabilir.

Mete, bunun yanında devlet teşkilâtının en önemli parçalarından biri olan kurultayların temelini de atmak suretiyle, yüzyıllar öncesinden devlet yönetiminde danışma ve istişarenin önemini ortaya koymuştur. Kurultaya katılan herkesin fikirlerini serbestçe ortaya koyabildiği bir ortamda, son kararı verme yetkisi ise hükümdarda bırakılmıştır. Bu uygulamanın bazı eksiklikler bir yana, son derece çağdaş ve dönemindeki çok sayıda devletin sisteminden ne kadar ileri olduğunu tartışmaya bile gerek yoktur.

Orta-Asya'da kurulan Türk devletlerinin ayakta kalabilmesi, baştaki hükümdarın güçlü kişiliği ile doğru orantılıdır. Kağanın güçlü olması durumunda devlet süreklilik gösterebilir, aksi halde çöküş süreci başlar. Orta-Asya Türk tarihi bunun çok sayıda örneği ile doludur. İşte, Mete Han'dan sonra karizmatik bir liderin gelmemesi Hun Devleti'ni çöktürmüş, Hunlar Çinliler'in de çeşitli entrikaları sonucunda bölünmek durumunda kalmışlardır.

Mete Han dönemi günümüze de ışık tutabilecek çok sayıda tecrübelerle doludur. Güçlü bir tarih bilincine ulaşabilmek adına, yaşanan çeşitli hadiselerin sadece tarihte kalmış birer olgu olarak algılanmaları büyük yanlışlık olacaktır. Hemen her tarih konusunda olduğu gibi, bu

büyük hükümdarın yaşantısından ve yaptıklarından gerekli dersler çıkarmak ve bunları olabildiğince günümüze ihtiyaçlar doğrultusunda aktarabilmek hepimiz için önemli bir görev olmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AHMETBEYOĞLU, A. (2014). Sorularla Eski Türk Tarihi, İstanbul.
- ARSAL, S. Maksudî (1947). Türk Tarihi ve Hukuk. İstanbul.
- ARSLAN, Mahmut (1990). Eski Türk Devlet Anlayışı ve Çifte Hükümdarlık Meselesi. Fırat Üniversitesi Tarih Metodolojisi ve Türk Tarihinin Meseleleri Kollokyumu. Elazığ, s. 223 – 239.
- AYDIN, M. Akif (2009). Türk Hukuk Tarihi. İstanbul..
- AYDOĞAN, Metin (2019). Yönetim Gelenekleri ve Türkler (C. I). İstanbul.
- BARTHOLD, W. (1927). Orta-Asya Türk Tarihi Hakkında Dersler. İstanbul.
- CEYLAN, A. (1997). İslâm Öncesi Türk Hukuku'nda Danışma Meclisi. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I (I), 1-12.
- CİN, Halil, AKGÜNDÜZ, Ahmet (1989). Türk Hukuk Tarihi (C. I). Konya.
- CİN, Halil, AKYILMAZ, Gül (2011). Türk Hukuk Tarihi. Konya.
- DE GROOT, J.M. – ASENSA, G.A. (2010). Hunlar ve Türkistan. İstanbul.
- De GUIGNES, J.M. (1924). Hunların, Türklerin, Moğolların ve Daha Sair Tatarların Tarih-i Umumîsi (C. I). İstanbul.
- FINDLEY, C.V. (2005). The Turks in World History. New York.
- GÖMEÇ, Saadettin (2009). Türk Destanlarına Giriş. Ankara.
- GÖMEÇ, Saadettin (2012). Türk Hun Tarihi. Ankara.
- GUMILEV, L.N. (2003). Hunlar, Çev. A. Batur, İstanbul.
- GÜNALTAY, Ş. (1338-1339). Mufassal Türk Tarihi (C. I). İstanbul.
- GÜNALTAY, Ş. (1338-1339). Mufassal Türk Tarihi (C. II). İstanbul.
- GÜNAYDIN, Hasan (2016). Mete Han ve Devlet Yönetimi. İstanbul.
- İNALCIK, Halil (1959). Osmanlılar'da Saltanat Veraseti Usulü ve Hakimiyet Telâkkisiyle İlgisi. S.B.F.D., XIV (I), 69-94
- KAFESOĞLU, İbrahim (1980). Eski Türkler'de Devlet Meclisi-Toy, Birinci Millî Türkoloji Kongresi. İstanbul, 205-209.
- KAFESOĞLU, İbrahim (1984). Türk Millî Kültürü. İstanbul.
- KIRZIOĞLU, Fahrettin (1985). Eski Türkler'de ve Oğuz-Türkmenler'de İkili-Dörtlü-Altılı-Onikili-Yirmidörtlü Düzen. İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Türkiyat Araştırma Merkezi, 5. Milletlerarası Türkoloji Kongresi. İstanbul, 341-355.
- KOCA, S.; Eski Türkler'de Devlet Geleneği ve Teşkilâtı, Genel Türk Tarihi Ansiklopedisi, C. II.
- KÖSOĞLU, N. (1990). Türk Dünyası Tarihi ve Türk Medeniyeti Üzerine Düşünceler. İstanbul.
- LATTIMORE, O. (1928). Caravan Routes of Inner Asia, The 3rd Asia Lecture. The Geographical Journal, 72/6, London.
- LIPPE, A. (1960). Sculpture of Greater India. The Metropolitan Museum of Art Bulletin, 18/6. New York.
- ORKUN, H. N. (1938). Hunlar. İstanbul.

- OTKAN, Pulat (2018). Tarihçinin Kayıtlarına (Shi Ji) Göre Hunlar. İstanbul.
- ÖGEL, Bahaeddin (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları (C. I). İstanbul.
- ÖGEL, Bahaeddin (1971). Türk Kültürünün Gelişme Çağları (C. II), İstanbul.
- ÖGEL, Bahaeddin (1993). Türk Mitolojisi (C. I), Ankara.
- ÖGEL, Bahaeddin (1982). Türkler'de Devlet Anlayışı (13. Yüzyıl Sonlarına Kadar). Ankara.
- PAMİR, Aybars (2015). Eski Orta-Asya Türk Hukuku'nda Kurultay Müessesesi. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(3), 11-50.
- PAMİR, Aybars (2009). Orta-Asya Türk Hukukunda Töre Kavramı. A.Ü.H.F.D., 58(2), 359-375.
- TANERİ, Aydın (1975). Türk Devlet Geleneği, Dün ve Bugün. Ankara.
- TAŞAĞIL, Ahmet (2020). Bozkırların İlk İmparatorluğu, Hunlar. İstanbul.
- TOGAN, Zeki Velidi (1982). Oğuz Destanı. İstanbul.
- TURAN, Osman (1945). Eski Türkler'de Okun Hukukî Bir Sembol Olarak Kullanılması. Belleten, XXXV, 305-318.
- TURAN, Osman (1995). Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi. İstanbul.
- UĞURLU, Nurer (2013). Adriyatik'ten Çin Denizi'ne İlk Türkler, İstanbul.
- ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, BOZKURT, Gülnihal (2018). Türk Hukuk Tarihi. Ankara.
- VERSAN, Vakur (1977). Tarihte Türkler'in İslâm Kamu Hukuku'na Katkıları. Onar Armağanı. İstanbul, 939-950.
- VLADIMIRTSOV, B.Y. (1987). Moğolların İçtimaî Teşkilâtı, Moğol Göçebe Feodalizmi, Çev. A. İnan. Ankara.
- WATSON, B. (1968). Record of the Grand Historian of China (Vol. II), New York.



## MÜLKİYET KISITLILIĞINI GİDERME YOLLARINDAN BİRİ: KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARI\*

### Confiscation Cases Without Expropriation: Which is One of the Ways Eliminate Property Restrictions

Seyfettin KARA\*

#### ÖZ

1982 Anayasasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden biri de mülkiyet hakkıdır. Ülke vatandaşı ya da yabancı ayrıt edilmeksizin herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve de kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkı sadece özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı korunmayı, aynı zamanda kamu idarelerine karşı da korunmalıdır. Mülkiyet hakkını kamu idarelerine karşı korumanın yollarından biri de kamulaştırmaz el atma davalarıdır.

İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kullanımı süresiz bir zaman diliminde kısıtlanır. Söz konusu mülkiyet kısıtlılığı yürürlükteki imar planında değişiklik yapılması, parselasyon sonucu, takas yoluyla, kamulaştırma ve en sonuncusu da kamulaştırmaz el atma davası açılmak suretiyle mahkemelerce giderilir. Mülkiyet kısıtlılığını giderme yollarından biri olan kamulaştırmaz el atma davalarında idari mahkemelerce tazminata hükmedilebilmesi için dört şartın bir arada bulunması gerekir. Taşınmazın imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılması ve uygulama imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl geçmiş olması şartı kanunlarla öngörülen şartlardır. Bu iki şartın yanında yargısal içtihatlarla ortaya konulan taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren beş yılın geçmiş olması ile taşınmazda hisse hatası bulunmaması şartlarıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Mülkiyet Hakkı, Mülkiyet Kısıtlılığı, Kamulaştırmaz El Atma, Tazminat.

• **Gönderi:** 29.03.2022 - **Kabul:** 07.04.2022 | **Received:** 29.03.2022 - **Accepted:** 07.04.2022.

\* Doç. Dr., Antalya 4. İdare Mahkemesi Başkanı, Antalya, Türkiye ✉ seyfettinkara@yahoo.com • ORCID 0000-0003-1743-7500.

**Atıf Şekli / Cite As:** KARA, Seyfettin (2022). Mülkiyet Kısıtlılığını Giderme Yollarından Biri: Kamulaştırmaz El Atma Davaları. ÇÜHAD, (1), 32-57.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## ABSTRACT

Right to property is one of the fundamental rights and freedoms to be regulated in the 1982 Constitution of Turkish Republic. Everyone, regardless of their citizenship, has the right to property. Right to property may only be limited by law only in view of public interest. Right to property should be protected not only against private law natural and legal persons; but also against public administrations. One way to protect the right to property against public administrations is to file confiscation without expropriation action.

Property rights on a property, which is spared for public service at the zoning plans, are limited for an indefinite time period. This limitation on right to property can be eliminated by means of change at the zoning plan in force, land subdivision, interchange, expropriation and for the last filing confiscation without expropriation action. There are four conditions that need to be fulfilled all together at the same time, in order for the administrative courts to rule for compensation at confiscation without expropriation actions, which is one of the remedies for limitation on right to property. Property being spared for public service at the zoning plan and having at least five years passed since the concerned zoning plan's enforcement date are two conditions regulated by law. In addition to these two conditions, having five years passed since obtaining the property and the property being cleared of allotment faults are the other two conditions that were set by jurisprudence.

**Keywords:** State of Law, Right to Property, Limitation of Property, Confiscation without Expropriation, Compensation.

## GİRİŞ

İmar Hukuku'nda güncel sorunların başında kamulaştırmasız el atma davaları gelir. Zira son dönemlerde idari mahkemelerde uyuşmazlık konusu olan davalar içerisinde kamulaştırmasız el atma davaları önemli bir yer işgal eder. Bu bağlamda kamulaştırmasız el atma davaları, imar hukukunun kangren olmuş sorunlardan biridir.

Mülkiyet hakkı kutsaldır. “*Mal canın yongasıdır.*” şeklinde çok veciz bir atasözü de vardır. Atasözünden de anlaşılacağı üzere mülkiyet hakkı belki de en az yaşam hakkı kadar öneme haizdir. Bu sebeple mülkiyet hakkı korunmalıdır. Mülkiyet hakkının sadece özel hukuk gerçek ve tüzelkişilerine karşı korunması yeterli olmayıp, aynı zamanda Devlete karşı da korunması gerekir.

Mülkiyet kısıtlılığı ve/veya tecavüzü özel hukuk gerçek ve tüzelkişileri tarafından gerçekleştirilirse adliye mahkemelerinde tecavüzün ref'i, tapu tescil ve iptal davası gibi davalar açılmak suretiyle mülkiyet hakkı özel hukuk tüzel kişilerine karşı korunur. Yine başkasının hayvanları tarafından taşınmaza zarar verilmesi durumunda Borçlar Hukuku hükümleri

uyarınca hayvan sahibinin sorumluluğuna gidilir. Peki, mülkiyet kısıtlılığı kamu eliyle gerçekleştirilirse ne olacaktır? İşte bu konumuzda söz konusu soru ile işbu soru ile bağlantılı olan aşağıdaki soruların da cevaplarını bulmaya çalışacağız.

## **I. MÜLKİYET HAKKI KISITLILIĞI NASIL OLUR?**

Temel hak ve hürriyetlerden biri de mülkiyet hakkıdır. 1982 Anayasasının 35. maddesinde; herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu belirtilmiş. Mülkiyet hakkı, taşınır ve/veya taşınmaz üzerinde alım ve satım da dâhil olmak üzere her türlü tasarrufta bulunma hakkı verir. Taşınmaz mal niteliğinde olan arazi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan bir kişi, o arazi üzerinde her türlü tasarrufta bulunma hak ve yetkisine sahip olduğu gibi, söz konusu arazinin hem üstünde hem de altında dilediği ölçüde tasarrufta bulunma hakkına sahip olur. Çünkü mülkiyet hakkı, niteliği gereği bu hakka sahip olan kişilere çok geniş yetkiler vermektedir. 1982 Anayasasının 90. maddesi uyarınca uygun bulunan ve iç hukukun bir parçası halini alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Ek Protokolünün "*Mülkiyetin korunması*" başlıklı 1. maddesinde de: "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Arazilerin şekillendirilmesi imar planları ile olur. Araziyi, terzinin elindeki kumaş parçasına benzetebiliriz. Nasıl ki terzi elindeki kumaşı kesip biçerek boynunu, belini, eteğini, cebini, astarını vs. yapmak suretiyle bir elbise (esvap) haline getiriyorsa araziler de imar planları yoluyla şekillendirilir ve araziler üzerinde şehirler meydana getirilir. İmar planı yapımı konusunda yetkili olan idareler, imar planları ile arazinin kullanım kararlarını belirler. Başka bir deyişle söz konusu idareler araziye konut ve ticaret alanı, yeşil alan, ibadet alanı, yol, park, okul ve sağlık tesis alanı gibi hangi tür bir kullanıma ayıracaklarına karar verirler.

İmar planı çeşitlerinden biri olan nazım imar planları ile arazilerin genel kullanım kararları belirlenir. Uygulama imar planları ile de imar planı kapsamı içindeki taşınmazların kullanım şekilleri, yapılacak yapıların kat sayıları, yapı alanları ve yapı yoğunlukları gösterilir. İmar planları ile kullanım şekilleri belirlenen arazilerin, terzinin kumaşı kesip parçalara ayırmak suretiyle esvap meydana getirdiği gibi, imar planının uygulama işlemlerinden olan parselasyon işlemiyle de imar planındaki kullanım kararları doğrultusunda arazi parsellere ayrılır. Yapılan parselasyon işlemi sonrasında da verilen ruhsat ve izinler doğrultusunda arazide imar ve inşaa faaliyetlerine başlanır. Kullanım kararları belirlenerek imar planları ile başlayan süreç imar



planlarının uygulama işlemleri ile birlikte en nihayetinde yeryüzünün şekillendirilmesi suretiyle şehirler meydana getirilmesi ile sona erer.

Şehirler oluşturulurken planlama alanı içindeki taşınmazlar farklı kullanımlara tahsis edilir. Planlama alanı içindeki taşınmazların imar planında belirlenen bu kullanım şekilleri, kat sayısı ve yapı alanının artırılıp azaltılması imar planı değişikliği ile yapılır. İmar planı değişikliği ile planlama alanı kapsamındaki taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkı doğrudan etkilenir.

Yöre halkına iyi yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla hazırlanan imar planları ile bir arazinin, malikleri tarafından dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme yetkileri kamu otoritesi tarafından kontrol altına alınır. Zira imar planları ile bir arazinin öncelikle kullanım şekli belirlenir. Planlama alanı içerisine giren arazinin hangi bölümlerinin iskâna açılacağı, hangi alanların iskân dışı bırakılacağı ve iskâna açılan alanlardaki arazinin hangi kullanıma tahsis edileceği (konut, işyeri, yol, park, merkezi iş alanı) imar planları ile belirlenir. Bunların yanında imar planları ile arazinin kullanım şekli yanında belirlenen kullanım şekli içinde arazinin altının ve üstünün ne kadar yoğunlukla kullanılacağı ve hangi sınırlamalara uyulacağı da belirlenir. Bir arazinin kullanım şeklinin ve yoğunluğunun imar planları ile belirlenmesi sebebiyle planlama alanı içerisinde bulunan bir arazi üzerinde malikleri tarafından istenildiği gibi tasarrufta bulunulabilme imkânı da olmaz. Bu bağlamda arazi üzerinde bir takım hakların imar planları yapılması sonucunda kaldırılması ve/veya sınırlandırılması sorunu gündeme gelir.

Bir arazinin mülkiyetine sahip olan kimse, mülkiyet hakkı bağlamında o arazi üzerinde dilediğini yapabilir. Mülkiyet hakkı, hak sahibine bir taşınmaz üzerinde kullanma, tasarruf etme, devir ve ferağ gibi geniş haklar verir. Bu bağlamda ilk bakışta mülkiyet hakkı kapsamında mülkiyet sahibinin arazisi üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceği akla gelebilir. Ancak 1982 Anayasasının 35. maddesinin ikinci fıkrasında; mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırabileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddenin son fıkrasında da; mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. 1982 Anayasasının 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlendiği gibi “Konut hakkı” başlıklı 57. maddesinde de; Devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple kamu idareleri tarafından mülkiyet hakkına yönelik bir takım sınırlamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Bu sınırlamaların en başında da imar planları gelir. Zira imar planı yapılan arazi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan şahsa yapının taban oturumunu en fazla şu kadar genişlikte yapabilirsin, arazinin ancak şu köşesine

yapı yapabilirsin, yolla ve komşu parselle belirli mesafede taşınmaz yapabilirsin, şu kısıtlamalara uymalısın, inşa edeceğin yapıyı şu kadar yükseklikte ve şu kadar genişlikte yapabilirsin ya da söz konusu arazide hiçbir surette yapı yapamazsın da denilebilir.

İmar planı ile diğer kullanımlara ayrılan taşınmazlar belli ölçüde sınırlandırılmaktayken planlarda kamu hizmetine tahsis edilmiş olan taşınmazlar üzerinde imar planı yapılmasından itibaren mülkiyet hakkı daha fazla sınırlandırılmış olur. Kamu hizmetine tahsis edilen taşınmazlarda mülkiyet hakkı sahibi olan malikin mülkiyet hakkı belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanmakta olup, mülkiyet hakkı kapsamındaki hakların kullanılma imkânı kalmadığı gibi, devir ve ferağ edilme hakkının kullanılması imkânı da zorlaşır. Sınırlama ile kişinin sahip olduğu mal üzerindeki haklarından bazı/bazılarının kullanılması engellenir.

Kamu hizmetlerine ayrılan taşınmazlar nedeniyle mülkiyet hakkının sınırlandırıldığı İmar Kanunu'nda da açıkça hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, imar planlarında umumi hizmet alanlarına ayrılan alanlarda bulunan parsel maliklerinin mağduriyetlerine neden olduğu düşüncesiyle, İmar Kanununun 13. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, imar planlarında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırma yapıncaya kadar emlak vergisi ödemelerinin durdurulduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Bu uygulama ile taşınmazı imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyetinin sınırlandırılması sonucu oluşan mağduriyetinin biraz da olsa giderilmesi amaçlanmıştır.

İmar planında kamu hizmetine ayrılan arazinin, kamu hizmetini gerçekleştirecek ilgili idare tarafından kamulaştırması yapılmadığı takdirde, mülkiyet hakkına sahip olan kişilerin temel haklarından biri olan mülkiyet hakkı süresi belirsiz bir zaman diliminde sınırlanmış olur ve bu durum da mülkiyet hakkının özünü zedeler. Danıştay kararlarında da, imar planında kamu hizmeti kullanımına tahsis edilen bir arazinin, imar planı yapıldıktan sonra belli bir zaman dilimi içinde kamulaştırmasının yapılmaması mülkiyet hakkının sınırlanması olarak kabul edilmiş ve mülkiyet hakkının özünün zedelendiğine karar verilmiştir<sup>1</sup>. Yine Danıştay kararları ile aynı yönde olmak üzere Yargıtay da, imar planları ile kamu hizmet alanı kullanımlarına ayrılan taşınmazın, uzun yıllar kamulaştırma programına alınmaması dolayısıyla imar planının

<sup>1</sup> “...Davacıların mülkiyet haklarını süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlayan ve gelecekte de kısıtlayacağına ilişkin emareleri içeren belirsiz planlamaların yapılması, nitekim bu hususlarda bilirkişi raporunda da tespitler bulunması, sonuç olarak davacıların mülkiyet haklarının özünün ihlal edilmesi karşısında, taşınmazın kullanımının ilköğretim alanından konut ve ticari alana dönüştürülmesi yolundaki plan tadilatı talebinin reddine ilişkin işlem ile dayanağı imar planlarının taşınmaza yönelik kısımlarında hukuka uyarlık bulunmadığı...” (D. 6. D., T. 20.09.2012, E. 2009/8926, K. 2012/4402: yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. D. 6. D., T. 17.12.2012, E. 2010/6504, K. 2012/7722); D. 6. D., T. 28.12.2012, E. 2009/10143, K. 2012/8482; DİDDK., T. 04.11.2013, E. 2010/2107, K. 2013/3533; DİDDK., T. 16.12.2013, E. 2010/2108, K. 2013/4577: yayımlanmamıştır.

fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen ilgili idarelerin, malikin taşınmazı üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiğine karar vermiştir. Bu anlamda Yargıtay, tapu malikinin taşınmazından mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağının kalmadığını kararda açıkça vurgulamıştır<sup>2</sup>.

Örneklemler yoluyla kamusal hizmet alanlarından bahsetmemize rağmen kamu hizmetinin ne ifade ettiğinden, akabinde tam anlamıyla kamusal hizmet alanı kapsamına nelerin girdiğinden ve mevzuatta nasıl tanımlandığından bahsetmek yerinde olur. Kamu hizmeti kavramı, İdare Hukukunun temel kavramlarından biri olmasına rağmen anlam ve içeriği itibariyle belirsiz kavramlardan olup, bugüne değin net olarak ne anlam ifade ettiği konusunda bir görüş birliğine varılamamış kavramlardan biridir<sup>3</sup>. Kamu hizmetinin anlamı çoğunlukla kullanıldığı yer göre değişir<sup>4</sup>. İdarenin yürüttüğü her faaliyetin kamu hizmeti niteliğinde olmadığı kabul edilmesine rağmen idarece yürütülen hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olmadığı konusunda bir fikir birliği de söz konusu değildir<sup>5</sup>. Bu anlamda kamu hizmeti kavramı çok geniş bir alanı kapsayabileceği gibi, belirli ve sınırlı konuları da ifade edebilir<sup>6</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kamu hizmeti kavramının belirsiz bir kavram olduğunu vurgulamakla birlikte bir tanımını da yapmıştır. Yüksek Mahkeme en geniş anlamıyla kamu hizmetini; “*devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve*

<sup>2</sup> “...Uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunduğu...” (YHGK., T. 15.12.2010, E. 2010/662, K. 2010/651: yayımlanmamıştır).

<sup>3</sup> GÜLAN, A. (1988). Kamu Hizmeti Kavramı. İdare Hukuku İlimleri Dergisi, 9(1-3), s. 11; TAN, T. (1991). Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- Birinci Kitap Yargı, (1-4 Mayıs 1990, s. 329; GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2002). Yönetmelik Yargı (15 b.). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 60; ULUSOY, A. (2004). Kamu Hizmeti İncelemeleri. İstanbul: Ülke Kitapları, s. 11.

<sup>4</sup> ÖZAY, İ. (1996). Gün Işığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 242.

<sup>5</sup> GÜLAN, A. (1987). Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 12.

<sup>6</sup> KALABALIK, H. (2003). İdari Yargılama Hukuku. İstanbul: Değişim Yayınları, s. 85.

*ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir”*<sup>7</sup> şeklinde tanımlamıştır.

İdarenin her faaliyeti kamusal faaliyet olmadığı gibi, yaptığı her hizmeti de kamu hizmeti değildir. İdarenin, kamusal hizmetlerinin yanında özel kesim faaliyetlerine benzer faaliyetleri de söz konusudur. Bu duruma özellikle son dönemlerde idarelerin ticaret ve sanayi alanındaki faaliyetlerinde rastlanılmaktadır. Örneğin; idarelerin sahibi olduğu taşınmaz malların yönetilmesi gibi. İdareler tarafından sahibi oldukları taşınmaz mallar kamu hizmeti amacıyla yönetilmeyip, bu faaliyetle amaçlanan idareye parasal destek sağlanmasıdır. Öte yandan adalet ve güvenlik gibi hizmetler en temel kamusal hizmetlerdir. Bu hizmetler özelleştirilemez. Dolayısıyla adalet ve güvenlik hizmetleri Devlet tarafından yerine getirilir. Ancak bazı hizmetler niteliği itibarıyla kamusal hizmetlerden olup, bu hizmetler hem devlet hem de özel kuruluşlar eliyle yerine getirilebilir. Bu hizmetler arasında yol, su ve elektrik hizmetini sayabiliriz.

Net bir tanımlama yapılamamasına rağmen kamu hizmetinin ne anlama geldiğini açıkladıktan sonra kamusal hizmet alanının ne ifade ettiğini belirlemeye çalıştığımızda ise Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik’te yapılan kamusal hizmet alanı tanımları karşımıza çıkar. Söz konusu Yönetmelik’in<sup>8</sup> “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin (p) bendinde kamusal hizmet alanlarının ayrıntılı tanımına yer verilmiştir. Söz konusu tanıma göre kamu hizmet alanları; “*Yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi/parkı ve yeşil alan, ibadet yeri, karakol ve Milli Eğitim Bakanlığına bağlı öğretime yönelik eğitim tesis alanları, kamuya ait kreş alanları, pazar yeri, semt spor alanı ve şehir içi toplu taşıma istasyonları ve durakları, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık tesis alanları, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, spor alanı, teknik altyapı alanı, kamuya ait trafo alanı, belediye hizmet alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, kent meydanı, kent parkı, özel tesis yapılmasına konu olmayan ağaçlandırılacak alan, rekreasyon alanı ve mesire alanları, resmî kurum alanı, idari tesis alanı, mezarlık alanı, bunun dışında kamusal ihtiyaçlara göre ortaya çıkacak imar planı kararıyla belirlenen diğer umumi ve kamu hizmet alanları ile taşkın kontrol tesisidir.*” şeklinde sayılmak suretiyle tanımlanması yanında, söz konusu sayılanlar dışında kamusal ihtiyaçlara göre ortaya çıkacak imar planı kararıyla belirlenen diğer umumi ve kamu hizmet alanları da kamusal hizmet alanı olarak kabul edilmiştir. Ancak kamusal hizmet alanına ilişkin anılan tanımlama yöntemi

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, C. 1, S. 32, s. 161 vd.

<sup>8</sup> RG, T. 22.02.2020, S. 31047.

uygun değildir. Zira kamusal hizmet alanı hem sayılmak suretiyle belirtilmiş hem de sayılanlar dışında imar planı kararlarıyla belirlenecek alanlar da kamusal hizmet alanına sokulmak suretiyle belirsiz bir tanımlamaya gidilmiştir.

## **II. MÜLKİYET KISITLILIĞI NASIL GİDERİLİR?**

Her idari işlemde olduğu gibi düzenleyici idari işlemlerden olan imar planlarında da temel amaç kamu yararının sağlanmasıdır. İmar planlaması sonucunda taşınmaz maliklerinin mülkiyet haklarına yönelik bir takım sınırlamalar söz konusu olur. Mülkiyet hakkı, bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, tasarruf etme, devir ve ferağ gibi hakları içerir. İmar planları ile Anayasada öngörülen mülkiyet hakkına belli ölçülerde müdahale edilir. Çünkü imar planları ile gerek kamunun gerekse özel mülkiyet üzerinde bulunan taşınmazların mülkiyet hakkı bağlamında kullanımı belirlenir ve tasarrufu belli ölçülerde kısıtlanır. İmar planı yapma ve değiştirme yetkisine sahip olan idareler taşınmaz mülkiyeti üzerinde imar planları ve/veya değişiklikleri aracılığıyla çok geniş bir kontrol yetkisine sahip olurlar<sup>9</sup>.

İmar planlarındaki kullanım belirlemeleri sonucunda kimi parsel maliklerinin başına talih kuşu konarken kimi parsel maliklerinin de ciddi anlamda zarara uğraması söz konusu olabilir. Zira imar planında konut ve/veya ticaret alanı kullanımına ayrılan parsel maliklerinin başına talih kuşu konarken imar planında kamu hizmetine ayrılan taşınmazların kamusal kullanım şekli dışında kullanım olanağı olmamakta ve neredeyse imkânsızlaşmaktadır. Kamusal hizmet kullanımına ayrılan bu yerlerin satış değerleri düşmekte, rayiç değerinden satılamamakta; ancak kamulaştırma bedeli alınmak suretiyle bu arazilerden bir nebze fayda sağlanabilme imkânı olmasına rağmen çoğu zaman da kamulaştırma yoluna gidilmemektedir. Dolayısıyla imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazlarda mülkiyet kısıtlılığı ortaya çıkacağı için söz konusu parselden istifade etme imkânı da kalmaz. İşte böyle bir durumda mülkiyet kısıtlılığı gündeme gelir. Söz konusu mülkiyet kısıtlılığını giderme yollarından biri ve de en sonuncusu inceleme konumuz olan kamulaştırmatsız el atma davalarıdır. Şimdi mülkiyet kısıtlılığının nasıl giderileceğini ve taşınmazdaki mülkiyet kısıtlılığını giderme yollarının neler olduğunu sırasıyla kısaca inceleyelim.

### **A. İMAR PLANI DEĞİŞİKLİĞİ SONUCUNDA**

İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazlardaki mülkiyet kısıtlılığını gidermenin yollarından birincisi, yürürlükteki imar planlarında değişiklik yapılmasıdır. Yapılacak imar planı değişikliği ile plandaki kamusal hizmet kullanımını değiştirilmek suretiyle

<sup>9</sup> YAŞAR, H. (2008). İmar Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 128.

mülkiyet kısıtlılığı giderilmiş olur. İmar planı yapımı konusunda genel olarak yetkili idareler 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca mahalli idarelerdir. İmar Kanununun 8. maddesinde; belediye ve mücavir alan sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planlarının ilgili belediyelerce yapılacağı, belediye ve mücavir alan dışında da il özel idarelerince yapılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla söz konusu alanlarda yürürlükteki imar planlarında değişiklik yapma yetkisi de yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca ilgili idarelerdedir.

İmar Kanununun 9. maddesi düzenlemesi uyarınca da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'na gerekli görmesi halinde her tür ve ölçekteki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planı ve değişikliklerini yapma yetkisi verilmiştir. Bakanlığa verilen söz konusu yetki yer yönünden de bir sınırlamaya tabi olmayıp, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, ülkenin her yerinde her tür ve ölçekte imar planı yapabileceği gibi mer'î imar planlarında da değişiklik yapabilir<sup>10</sup>. Dolayısıyla imar planı ve değişikliği yapılması konusunda genel yetkili idare belediyeler olmasına rağmen, söz konusu kanuni düzenleme uyarınca asli yetkili idare Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'dır<sup>11</sup>.

İmar planında kamusal hizmet alanı kullanımına ayrılan taşınmazın, yürürlükteki imar planı değişikliği sonucunda kamusal hizmet alanı kullanımının değiştirilmesi sonucunda mülkiyet kısıtlılığı da ortadan kalkmış olur. Nitekim Antalya İli, Döşemealtı İlçesi, Bademağacı Mahallesi, ... ada, ...ve ... parsel sayılı taşınmazın imar planında "*ilköğretim alanı*" olarak ayrıldığı ve bugüne kadar kamulaştırılmayarak mağdur edildiği, mülkiyet hakkının kısıtlandığı, uygulamanın üzerinden 5 (beş) yıldan daha uzun süre geçmesine rağmen taşınmazların kamulaştırılmadığı ileri sürülerek tasarruf hakkının bu şekilde engellenmesi suretiyle oluştuğu ileri sürülen zararlara karşılık taşınmaz bedeli olarak, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, 100.000,00 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılan davada Mahkemece; davanın açıldığı 30.10.2018 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan imar planlarında dava konusu taşınmazların "*ilköğretim alanı*" kullanımına ayrıldığı, yargılama sürecinde ise, davaya konu taşınmazların da içerisinde yer aldığı Bademağacı Mahallesi, ... adanın bulunduğu alanın, yapılan 1/5000 ölçekli nazım imar planı revizyonu ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı revizyonunda "*konut alanı*" olarak ayrıldığı, dolayısıyla imar planındaki tasarrufu hukuken kısıtlayıcı kullanım kararının ortadan kalktığı tespiti yapılmış. Dolayısıyla imar planı değişikliği sonucunda taşınmaza kamulaştırmaz el

<sup>10</sup> YILDIZ, F. (2012). İmar Bilgisi, Planlama-Uygulama-Mevzuat. Ankara: Nobel Yayıncılık, s. 136.

<sup>11</sup> KARA, S. (2016). Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 77; KALABALIK, H. (2019). İmar Hukuku Dersleri (9 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 85; YILMAZ, S. (2021). İmar Planlarının Hukuki Rejimi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 158.



atılmak suretiyle mülkiyet hakkının kısıtlanmasından kaynaklı mevcut bir zararından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Davalı idare tarafından davacıya tazminat ödenmesini gerektirecek bir durumun mevcut olmadığı gerekçesiyle davacı yanca taşınmazındaki mülkiyet kısıtlılığı nedeniyle açılan maddi tazminat talebinin reddine karar vermiştir<sup>12</sup>.

### **B. PARSELASYON SONUCUNDA**

Mülkiyet kısıtlılığını gidermenin ikinci yolu, kamusal kullanıma ayrılan arazi sahibine parselasyon sonucunda eşdeğer başka bir alandan taşınmaz verilmesi ve/veya başka bir taşınmazdan hisselendirilmesidir. Zira parselasyon işlemi ile birlikte kamusal hizmet kullanımları için parselasyon düzenleme sahası içerisindeki kadastral parsellerden % 45 oranına kadar parselasyon işlemi yapan idarelerce düzenleme ortaklık payı (DOP) alınır. DOP her parselden eşit oranda kesilmesi ve kesilen bu alanlar da kamusal hizmetlerde kullanılması gerektiği için mülkiyet kısıtlılığının giderilmesi de sağlanmış olur.

### **C. TRAMPA (TAKAS) SONUCUNDA**

Mülkiyet kısıtlılığını gidermenin üçüncü yolu kamusal kullanıma ayrılan arazinin Hazine arazilerinden biri ile takas edilmesidir. Nitekim takas imkânı 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 15. maddesinin (f) bendinde; sit alanı ilan edilen ve 1/1000 ölçekli koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parsellerin başka Hazine arsa veya arazileri ile müstakil veya hisseli olarak değiştirilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Bu anlamda sadece sit alanı ilan edilen taşınmazlar için değil, aynı zamanda imar planlarında kamusal kullanıma ayrılan taşınmazlarda da trampa yoluna başvurularak Hazine taşınmazları ile takas edilmek suretiyle mülkiyet kısıtlılığı giderilebilir. Zira arazisini satma yetkisine sahip olan Hazine trampa da yapabilir.

### **D. KAMULAŞTIRMA SONUCUNDA**

Mülkiyet kısıtlılığını gidermenin yollarından dördüncüsü de imar planında kamusal kullanım alanına ayrılan arazinin kamulaştırılmasıdır. Kamulaştırma hususu Anayasanın 46. maddesinde düzenlendiği gibi kamulaştırmayı ayrıntılı olarak düzenleyen Kamulaştırma Kanununda da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kamulaştırma ile Devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamı veya bir kısmının gerçek karşılıklarının ödenmesi suretiyle mülkiyetleri kamuya geçirilir. Kamulaştırma sadece kamu

<sup>12</sup> Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 04.06.2020, E. 2018/1051, K. 2020/298: yayımlanmamıştır.



yararının gerektirdiği hallerde yapılacak olup, kamu yararının gerektirdiği haller dışında başkaca saiklerle yapılamaz<sup>13</sup>.

### **E. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVASI SONUCUNDA**

Mülkiyet kısıtlılığını gidermenin beşinci ve son yolu ise kamulaştırmaz el atma davasıdır. Kamulaştırmaz el atma davaları ile imar planlarında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazların yargı eliyle bedelinin ödenmesi sağlanır. Bu bağlamda kamulaştırmaz el atma davasına yargı eliyle kamulaştırma diyebiliriz. Zira kamusal hizmet kullanımına özgülenen ve kamulaştırılmayan taşınmazın rayiç bedeli ilgili mahkemece belirlenir ve ilgili kamusal hizmeti sunması gereken idarece ödenmesi sağlanır.

### **III. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARINDA GÖREVLİ YARGI YERİ**

Kamulaştırmaz el atma davalarına hukuki el atma da denilir. Hukuki el atma denilmesinin sebebi de idari işlem türlerinden olan düzenleyici işlem mahiyetindeki imar planları ile kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazlara yönelik mülkiyet kısıtlılığı söz konusu olmasındandır. Dolayısıyla idari işlem olan imar planından dolayı taşınmaz maliklerinin zarar görmesi gündeme gelir.

Bir uyuşmazlığa hangi yargı kolundaki mahkemeler tarafından bakılacağı kural olarak kanun koyucu tarafından belirlenir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından çıkarılacak yasalarla görevli yargı kolu belirlenir. Yasalarda görevli yargı koluna açık hüküm bulunmayan durumlarda görevli yargı yerleri yargısal içtihatlarla ve çoğu zaman da Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile belirlenir<sup>14</sup>. Nitekim Kamulaştırma Kanunu'nun Ek 1. maddesinde; *“Bu süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların malikleri tarafından, bu Kanunun geçici 6 ncı maddesindeki uzlaşma sürecini ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemleri tamamlandıktan sonra **taşınmazın kamulaştırmazından sorumlu idare aleyhine idari yargıda dava açılabilir.**”* düzenlemesine yer verilmek suretiyle kamulaştırmaz el atma davalarında görevli yargı kolunun idari yargı olduğu açıkça belirtilmişti. Ancak söz konusu yasal düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir<sup>15</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında kamulaştırmaz el atma davalarına ilişkin uyuşmazlıkların hangi yargı kolunda çözümleneceğine ilişkin yasalarda herhangi bir

<sup>13</sup> ŞAHİN, C. (2018). Acele Kamulaştırma. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, s. 17.

<sup>14</sup> KALABALIK, İdari Yargılama, s. 82.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, T. 20.12.2018, E. 2016/181, K. 2018/111: RG, T. 05.04.2019, S. 30736.

düzenlemeye yer verilmemiştir. Söz konusu yasal düzenlemenin iptali sonrasında kamulaştırmamız el atma davalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi görevli yargı kolu tarafından çözüme kavuşturulacağı tartışmalıdır. Bu tartışma ancak genel hükümler uyarınca yargısal içtihatlar ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile çözüme kavuşturulacaktır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*" başlıklı 2. maddesinde idari dava türleri sayılmıştır. Söz konusu madde düzenlemesine göre idari davalar; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları ile idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları ve tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar olarak sayılmıştır. İlk bakışta iptal ve tam yargı davaları dışında idari sözleşmelerden kaynaklı bir dava türü daha olduğu anlaşılabilir da Türk İdare Hukuku öğretisi ve uygulamasında idari sözleşmelerden kaynaklanan ayrı ve kendine özgü bir dava türü bulunmamaktadır. Zira İYUK'ta düzenlenmiş olmakla birlikte idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yeni bir dava türünün değil, yeni bir idari uyuşmazlık kaynağının tanımı yapılmıştır<sup>16</sup>. Bu sebeple idari sözleşmelerden doğan davalar ya bir iptal davasıdır ya da bir tam yargı davasıdır<sup>17</sup>. Bu bağlamda idari yargı kolundaki dava türleri içerisinde imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırmamız el atma bedellerinin tazmini istemiyle açılan dava türü tipik bir tam yargı davasıdır.

Kamulaştırmamız el atma davalarında görevli yargı kolunun belirlenmesi için imar planları ile kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaz üzerindeki el atmanın niteliğinin tespiti gerekir. Zira kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza fiili ya da hukuki olarak el atılması durumunda gerek görevli yargı kolu gerekse görevli yargı kolunda yapılacak değerlendirmeler farklılık gösterir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da taşınmaza hukuki ve fiili el atılmasına göre görevli yargı kolu belirlemesi yapılmıştır. Kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza sadece hukuki olarak el atılması durumunda görevli yargı kolunun idari yargı, taşınmaza idare tarafından fiili olarak el atılmış olması halinde ise görevli

<sup>16</sup> CANDAN, T. (2006). Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, s. 191.

<sup>17</sup> KARA, S. (2017). Enerji Uyuşmazlıklarında İdari Yargıya Konu Edilen Davaların Görev ve Yetki Bağlamında Değerlendirilmesi. Enerji Davaları Sempozyumu, Enerji Araştırma Enstitüsü, s. 21.

yargı yolunun adli yargı olduğuna karar vermiştir<sup>18</sup>. İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza fiili olarak el atılmasına ilişkin davada görevli yargı yeri belirlemesine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi 06.04.2015 tarih ve E:2015/223, K:2015/238 sayılı kararının gerekçesine baktığımızda;

*"Belediyelerin 3194 sayılı imar Kanunu 8. maddesi ve 18. maddesinin verdiği yetki ile arazi ve arsalar üzerinde imar planlarının hazırlanması ve yürürlüğe konulması, arazi ve arsa düzenlemesi gibi faaliyetleri kapsamında yaptıkları imar planlarından kaynaklanan işlemlerin tek yanlı ve kamu gücüne dayanan irade açıklamaları ile tesis edilen genel ve düzenleyici işlemler olduğu bu yönü ile de idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır.*

*Buna karşılık, Belediyece, Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen usul ve yöntemlere uygun idari nitelikte uygulama işlemleri yapılmaksızın, dava konusu taşınmazın bir kısmına fiilen el atması karşısında, idarenin bu eyleminin kamulaştırmaz el atma niteliğini taşıdığı açıktır.*

*Öte yandan, idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi tesislerin kurulması, işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümününün, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu; idarece herhangi bir ayni hakka müdahalede bulunulduğu, özel mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığı veya plan ve projeye aykırı iş görüldüğü iddiasıyla açılacak müdahalenin men'i ve meydana gelen zararın tazmini davalarının ise, mülkiyete tecavüzün önlenmesine ve haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümleneceği, yerleşik yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.*

*Nitekim, yukarıda belirtilen genel kabul doğrultusundaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 11.2.1959 günlü, E:1958/17, K:1959/15 sayılı kararının III. bölümünde, "İstimlaksız el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Ve bu bakımdan dava Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız*

<sup>18</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 06.04.2015, E. 2015/223, K. 2015/238. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 23.12.2019, E. 2019/601, K. 2019/813; Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 24.02.2020, E. 2020/143, K. 2020/167: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, (ET. 28.03.2022).

*fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır. Ve bu bakımdan adliye mahkemesinin vazifesi içindedir.”* gerekçesine<sup>19</sup> yer verilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına bakıldığında, imar planları ile kamusal hizmet kullanımlarına ayrılan taşınmazlara yönelik herhangi bir fiili el atma söz konusu değilse kamulaştırmaz el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan davanın idari yargı kolunda; taşınmaza fiili olarak da el atılmışsa dava adli yargı kolunda açılacaktır. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira yürürlükteki imar planında kamusal hizmet alanı kullanımına ayrılan taşınmaza fiili olarak el atılmış olsa bile söz konusu taşınmazın kısıtlılığının temelinde idari işlem olan imar planı vardır. Taşınmaza fiili el atılması ortadan kalksa da imar planındaki hukuki kısıtlılık kaldırılmadığı sürece mülkiyet kısıtlılığı varlığını devam ettirir. İdari işlem ve eylemlerden doğan zararların tazmini istemiyle açılan dava da tipik bir tam yargı davasıdır. Dolayısıyla taşınmazın imar planında kamusal hizmet alanı olarak belirlenmesi sebebiyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın görünüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğu kanaatindeyim.

Görevli yargı kolunun belirlenmesi konusunda kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza fiili olarak el atılması durumunda görevli yargı kolu adli yargıdır. Ancak imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza söz konusu kullanım amacı doğrultusunda fiili olarak el atılması gerekmeyip, başka bir amaçla kullanılmak üzere farklı idarelerce fiili olarak el atılması durumunda da görevli yargı kolunun adli yargı olduğuna karar verilir. Daha da somutlaştırmak gerekirse; imar planında okul alanı kullanımına ayrılan taşınmaz fiili olarak pazar yeri olarak kullanılıyorsa bile görevli yargı kolu adli yargıdır. İmar planındaki kullanım belirlemesine göre taşınmaza fiili el atılması gerekmez. Nitekim imar planında ilköğretim alanı kullanımına ayrılan taşınmaza kamulaştırma yapılmaksızın çimlendirilmek suretiyle fiilen el atılması sebebiyle kamulaştırmaz el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan davada Uyuşmazlık Mahkemesi'nce davanın çözümünde adli yargı kolunun görevli olduğuna karar verilmiştir<sup>20</sup>. Görevli yargı kolu belirlenmesine ilişkin örnek mahiyetindeki işbu Uyuşmazlık Mahkemesi kararları doğrultusunda idari mahkemelerce de adli yargı kolunun görevli olduğuna yönelik kararlar verilmiştir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 06.04.2015, E. 2015/223, K. 2015/238: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, (E.T. 28.03.2022).

<sup>20</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, T. 05.04.2021, E. 2021/181, K. 2021/197: <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, (E.T. 28.03.2022).

<sup>21</sup> “...Uyuşmazlığa konu taşınmazın 1/1000 ölçekli uygulama imar planında park, trafo ve dere yatağı olarak belirlendiği, taşınmazın bir kısmına DSİ tarafından sedde yolu yapılmak suretiyle fiili el atmanın oluştuğunun İdare Mahkemesince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda sabit

#### **IV. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARINDA TAZMİNAT VERİLEBİLME ŞARTLARI NELERDİR?**

İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan ve fiili olarak da el atılmayan taşınmazın kamulaştırmasız el atma bedelinin ödenmesi istemiyle açılan davalar idari yargı kolunda çözümlenir. Taşınmaza hukuki olarak el atılması sonucu kamulaştırmasız el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan davalarda tazminat verilebilmesi için aşağıda sıraladığımız şartların birlikte bulunması gerekir. Şimdi bu şartları sıralayacak olursak;

##### **A. TAŞINMAZIN İMAR PLANINDA KAMUSAL KULLANIMA AYRILMASI**

İmar planları ile arazilerin kullanım şekilleri belirlenir. Arazilere konut, ticaret, turizm, park, yol, rekreasyon alanı, kreş alanı, okul alanı, sosyal ve kültürel tesis alanı, sağlık tesisi alanı, pazar yeri ve günübirlik tesis alanı gibi kullanımlar verilir. İmar planındaki belirlemeler uyarınca araziler kullanılır. İmar planındaki kullanım şekilleri dışında başka bir suretle arazilerin kullanımı mümkün olmaz. Örneğin; imar planında park alanı kullanımına ayrılan bir taşınmaz üzerine konut yapılamaz. Zira konut yapılabilmesi için arazinin imar planında konut alanı kullanımına ayrılması gerekir.

İmar planında kamusal kullanım gösterimlerinden birine ayrılan taşınmaza maliki ve/veya hissedarı tarafından tasarruf edilemeyeceği için söz konusu kamusal kısıtlılığın giderilmesi için kamulaştırmasız el atma davası açılabilir. Bu bağlamda kamulaştırmasız el

---

*olmuştur. Bir bütün olan taşınmazın tamamı açısından fiili el atmanın varlığı kabul edilerek değerlendirilmenin bu şekilde yapılması gerekmektedir. Fiili el atmadan doğan zararın tazminine yönelik davanın ise özel hukuk hükümlerine göre görüş ve çözümünde adli yargı yerleri görevli olacaktır. Bu itibarla dava konusu taşınmazın bir kısmı üzerinde fiili el atma söz konusu olduğundan, Uyuşmazlık Mahkemesinin anılan kararı doğrultusunda görevli yargı kolu adli yargı olup İdare Mahkemesince, davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerektiğinden temyize konu İdare Mahkemesi kararının taşınmazın park alanına isabet eden kısmı için tazminat isteminin kabulüne yönelik kısmında isabet bulunmadığı...”, (D. 6. D., T. 15.10.2020, E. 2016/4314, K. 2020/9565: yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. “...uyuşmazlığa konu taşınmazın 1/1000 ölçekli uygulama imar planında "ilköğretim alanı" olarak belirlendiği, keşif tarihi itibarıyla dava konusu taşınmaza dava dışı Kepez Belediyesi tarafından dikilen duvarın tabelasından da anlaşılacağı üzere "Bu arazi imar planında okul alanıdır. Mülkiyet sorunları nedeniyle okul yapılamamaktadır. Görüntü ve çevre kirliliğini önlemek amacıyla yeşillendirilmiştir." denildiği gibi, taşınmaza aydınlatma direkleri ile sulama altyapısı da yapılmış olması nedeniyle taşınmaza idarece fiili olarak el atılmanın bulunduğu sabittir. Buna göre dava konusu taşınmazın tamamı açısından fiili el atmanın varlığı kabul edilerek değerlendirilmenin bu şekilde yapılması gerekmektedir. Fiili el atmadan doğan zararın tazminine yönelik davanın ise özel hukuk hükümlerine göre görüş ve çözümünde adli yargı yerleri görevli olacağı...”, (Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 30.09.2021, E. 2020/747, K. 2021/627: yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. “...uyuşmazlığa konu taşınmazın imar uygulaması sonucu... ada ...parsel ve ... ada ...parsellere dönüştürüldüğü, anılan taşınmazların da 1/1000 ölçekli uygulama imar planında açık spor tesisi alanı olarak belirlendiği, ... Belediyesi tarafından taşınmazların asfalt yol ve kaldırım olarak kullanıldığının görüldüğü, dolayısıyla anılan Belediye tarafından taşınmaza fiilen atıldığı sabittir. Fiili el atmadan doğan zararın tazminine yönelik davanın ise özel hukuk hükümlerine göre görüş ve çözümünde adli yargı yerleri görevli olacağı...” (Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 14.07.2021, E. 2021/598, K. 2021/491: yayımlanmamıştır). Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 31.03.2021, E. 2021/300, K. 2021/229: yayımlanmamıştır.*

atma davalarında tazminata hak kazanılabilmesinin şartlarından ilki taşınmazın imar planında kamusal kullanım gösterimlerinden birine ayrılmış olmasıdır<sup>22</sup>.

## B. İMAR PLANININ YÜRÜRLÜĞE GİRDİĞİ TARİHTEN İTİBAREN BEŞ YILIN DOLMUŞ OLMASI

İmar planları ile kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaz maliklerinin mülkiyet hakkı üzerindeki sınırlamanın belirli bir süreye bağlı olmaksızın ilelebet devam etmemesi için İmar Kanunu'nun 10. maddesinde; ilgili belediyelerin, imar planı ve değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç ay içinde imar planı değişikliklerini uygulamak üzere beş yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiştir. İmar Kanununda öngörülen beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine ayrılmış olan taşınmazların kamulaştırılması için ilgili kamu kuruluşlarına imar programı süresi içinde kamulaştırma yapma zorunluluğu yüklenmiştir. Ancak uygulamada taşınmazlar üzerindeki kısıtlılığın kaldırılması ve kamulaştırma işlemlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla ilgili idarelerce bu süreye uyulmamakta veya anılan sürede kamulaştırma yoluna gidilmemektedir.

İmar Kanunu'nun 10. madde düzenlemesi yanında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 20.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. maddesi ile eklenen ek 1. madde de; *"Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır."* hükmüne yer verilmiştir.

İmar planı ve değişiklikleri sonucunda kamusal kullanımlara ayrılan taşınmazların imar programına alınması gerektiği düzenlenmesine rağmen, söz konusu kullanımların hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Bu durumda da

<sup>22</sup> "... taşınmazın imar planında "ilkokul alanı" olarak ayrıldığı ..." (D. 6. D., T. 14.03.2022, E. 2021/2415, K. 2022/2981: yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. "... taşınmazın imar planında "belediye hizmet alanı" olarak ayrıldığı ..." (D. 6. D., T. 14.03.2022, E. 2019/18983, K. 2022/2978: yayımlanmamıştır); "... taşınmazın imar planında "maşat tepesi/park alanı" olarak ayrıldığı ..." (D. 6. D., T. 02.03.2022, E. 2019/17395, K. 2022/2549: yayımlanmamıştır); "... taşınmazın imar planında "Kısmen Yol, Kısmen İlköğretim Alanı" olarak ayrıldığı ..." (D. 6. D., T. 01.03.2022, E. 2021/7068, K. 2022/2299: yayımlanmamıştır); "... taşınmazın imar planında "kütüphane alanı" olarak ayrılmak suretiyle ..." (D. 6. D., T. 22.02.2022, E. 2019/15003, K. 2022/2023: yayımlanmamıştır).



taşınmaz malikleri mülkiyet hakkı üzerinde tasarrufta bulunamamakta ve bu hak belirsiz bir süreyle sınırlandırılmış olmaktadır. Bu sebeple imar planlarında kamusal hizmet kullanımlarına ayrılan taşınmazların, İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile Kamulaştırma Kanununun ek 1. maddesinde öngörülen imar planı ve değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde imar planları ve değişikliklerini uygulamak üzere hazırlanması gereken beş yıllık imar programlarının hazırlanmaması ve/veya imar planlarının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre içinde uygulanmaması durumunda kamulaştırılmayan taşınmaz maliki için kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi istemiyle dava açma hakkı doğar. İmar planı ve değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre doldurulmadan dava açılması durumunda açılan davanın reddine karar verilir. Zira İmar Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülmüş olan beş yıllık süre dolmamış olur.

Hem İmar Kanunu'nun 10. maddesinde hem de Kamulaştırma Kanununun ek 1. maddesinde öngörülen uygulama imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre öngörülmesi makul bir süredir. Zira yürürlüğe giren uygulama imar planı hükümlerinin hayata geçirilebilmesi için belli bir süreye ihtiyaç vardır. Kanaatimizce beş yıllık süre belirli bir süre olduğu gibi uzun da bir süre olmayıp, mülkiyet hakkının belirsiz süreyle kısıtlanması durumu söz konusu olmayacağı için kanunlarla öngörülen beş yıllık süre 1982 Anayasasının 13. ve 35. maddelerine aykırılık teşkil etmez.

### **C. TAŞINMAZIN SATIN ALINDIĞI TARİHTEN İTİBAREN BEŞ YILIN GEÇMİŞ OLMASI**

İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'nun ek 1. maddesinde; uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılacağı ve ilgili idarelerin bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazların kamulaştırılacağı veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılacağı veya yaptırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde belirtilen beş yıllık süre içerisinde belirtilen işlemlerin yapılmaması hâlinde taşınmazların maliklerince, taşınmazın kamulaştırmasından sorumlu idare aleyhine idari yargıda kamulaştırmaz el atma davası açılabilir.

İmar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, hem İmar Kanunu hem de Kamulaştırma Kanunu hükümleri ile uygulama imar planlarının yürürlüğe



girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılması ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazların ilgili idarelerce kamulaştırılması veya imar planı değişikliği yapılması/yaptırılması zorunluluğu getirilerek bu konuda vatandaşların karşılaştıkları mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmıştır. İmar Kanunu ile Kamulaştırma Kanununda düzenlenen beş yıllık sürenin uygulama imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre geçmesi yanında tasarruf hakkı kısıtlanan taşınmazın edinim tarihinden itibaren de beş yıllık süre geçmesi gerektiği idari mahkeme kararlarında vurgulanmıştır. Ancak imar planında kamu hizmetine ayrılması sonucu mülkiyeti kısıtlanan taşınmazın her edinim şekli için beş yıllık süre geçerli değildir. Beş yıllık süre sadece taşınmazın satın alınması suretiyle edinildiği tarihten itibaren geçerlidir. Yoksa taşınmazın miras yoluyla intikali, bağışı ve imar düzenlemesi yoluyla ediniminde beş yıllık süre geçerli değildir. Nitekim Antalya İli, Muratpaşa İlçesi, Güzeloba Mahallesi, ... ada ve ... parsel sayılı taşınmazın imar planında "park alanı" olarak planlanması nedeniyle, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, şimdilik 100.000,00-TL kamulaştırmaz el atma bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi'nce; niza konusu taşınmazın 13.02.2019 tarihinde davacı tarafından satış suretiyle edinildiği ve davanın 29/07/2019 tarihinde açıldığı, bu sebeple taşınmazın edinim tarihinden itibaren beş yıl süre geçmeden kamulaştırmaz el atma nedeniyle dava açıldığı tespiti yapılmış. Davacının uyuşmazlığa konu taşınmazı satın aldığı tarihten itibaren beş yıllık süre dolmadan kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi istemiyle idari mahkemede dava açtığı, dava tarihi itibarıyla taşınmaz için kısıtlılık durumunun ve taşınmaz üzerindeki kısıtlılık halini bilerek mülkiyet sahibi olduğu belirtilmiş. Dolayısıyla taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren beş yıl geçmediği için kısıtlılıktan kaynaklanan tazminatı gerektirir mağduriyetinin ve mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde sınırlandırılması durumunun gerçekleşmediği sonucuna varılmak suretiyle açılan davanın reddine karar verilmiştir<sup>23</sup>.

Kamulaştırmaz el atma bedelinin tazmin edilebilmesi için taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin geçmesi şartına katılabilmek mümkün değildir. Zira imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan alanlarda ilgili idarelerin yalnızca kamulaştırma yapma zorunluluğunun bulunmadığı, imar planlarında değişiklik yapılması yanında bu statüde bulunan taşınmazların Hazine taşınmazlarıyla da trampa edilebilme imkânı vardır. İmar planı değişikliği, kamulaştırma ya da trampa yoluna gitmeyen ilgili idarenin, imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazın maliki ve/veya hissedarı olduğu taşınmazı üzerindeki

<sup>23</sup> Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 31.12.2021, E. 2019/786, K. 2021/1123: yayımlanmamıştır.

tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirmiştir. Bu sebeple taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun yararlanma olanağı kalmamış olup, kısıtlılık hali de taşınmaz maliki ve/veya hissedarına ilişkin olmayıp taşınmaza özgü olduğu ve kanun koyucu tarafından düzenlenen beş yıllık sürenin de taşınmazın edinim tarihinden itibaren değil de uygulama imar planının yürürlüğe girdiği tarihten başlatıldığı göz önüne alınmalıdır. Bu sebeple taşınmaza yönelik kısıtlılık hali de uygulama imar planının yürürlüğe girdiği andan itibaren devam ettiği için bu durum kamusal yarar ile bireysel menfaat arasındaki dengeyi bozar. Dolayısıyla imar planında kamusal hizmet alanı kullanımına ayrılan taşınmazın, satın alındığı tarihten itibaren beş yıllık süre şartı aranmaksızın kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi suretiyle mülkiyet kısıtlılığının giderilmesi gerekir.

#### **D. TAŞINMAZDA HİSSE HATASININ BULUNMAMASI**

Kamulaştırmaz el atma davalarında tazminat verilebilmesinin dördüncü ve son şartı da imar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazda hisse hatasının bulunmamasıdır. İdare mahkemelerince, taşınmazın tapu kaydında hisse hatası mevcut ise dava konusu tazminat alacağının hisse hatası sebebiyle belirlenebilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi istemiyle açılan davaların reddine karar verilmiştir. Örnek mahiyetinde bir karara yer vermek gerekirse; Antalya İli, Alanya İlçesi, Okurcalar Mahallesi ... ada ve ... parsel kayıtlı taşınmazın imar planında "*terminal alanı*" olarak işlevlendirilmesi ve bugüne kadar kamulaştırılmadığından bahisle mülkiyet hakkının kısıtlandığı ileri sürülerek 125.000,00-TL kamulaştırmaz el atma tazminatının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada Mahkemece; dava konusu taşınmazın UYAP ekranına entegre olan güncel TAKBİS kayıtlarında yapılan sorgulama sonucunda niza konusu taşınmaza ait tapu kaydının beyanlar hanesinde taşınmazda hisse hatası bulunduğu tespiti yapılmış. Dolayısıyla davacının dava konusu taşınmaz üzerindeki hissesinin net olmadığı ve bu hisselendirme hatasının da düzeltilmediği hususları dikkate alındığında, dava konusu tazminat alacağının bu haliyle belirlenebilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle kamulaştırmaz el atma tazminatı talebinin reddine karar vermiştir<sup>24</sup>. Söz konusu karara da katılabilmemiz mümkün değildir. Zira taşınmazın imar planında kamusal hizmet alanı kullanımlarından biri olan "*terminal alanı*" kullanımına ayrıldığı, söz konusu kullanım sonucunda davacının hissedarı olduğu taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının belirsiz bir süre için kullanılamaz hale geldiği açıktır. İdari yargı kolunda belirsiz alacak davası türü olmadığı için istem konusu açık ve net olmalıdır. Ancak taşınmazda hisse hatası bulunsa da istem konusu

<sup>24</sup> Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 30.09.2021, E. 2020/645, K. 2021/621: yayımlanmamıştır.

açık ve net olduğu için idari mahkemelerce mevcut hisse oranı üzerinden kamulaştırmaz el atma tazminatı ödenmesine hükmedilmelidir. Zira niza konusu taşınmazda hisse hatası olsa da taşınmazdaki mülkiyet kısıtlılığının devam etmesi sebebiyle davacının taşınmazından mülkiyet hakkının özüne uygun yararlanma olanağı kalmamıştır. Kamulaştırmaz el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan davada davacının mülkiyeti üzerindeki kısıtlılıklarının giderilmesi taşınmazda hisse hatası bulunduğundan bahisle engellenmiştir.

1982 Anayasasının 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda davacının belli bir hissesine sahip olduğu taşınmazın tapu kaydındaki mevcut hisse oranları üzerinden hesaplanarak taşınmaz bedelinin ödenmesi suretiyle mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılığının giderilmesi gerekir. Bütün bunların yanında taşınmazdaki hisse hatası taşınmaz hissedarının kusurundan kaynaklanmadığı gibi hisse hatasının düzeltilmesi de taşınmaz hissedarları eliyle yapılamaz. Bu sebeple taşınmaz hissedarından kaynaklanmayan ve hissedarların sebep olmadığı bir durumdan dolayı kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmemesi hak ve nesafet kurallarıyla da bağdaşmaz.

## **V. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARINDA ÖZELLİKLİ DURUMLAR**

İmar planında bazı kamusal kullanımlara ayrılan alanlara ilişkin olarak kamulaştırmaz el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan davalarda idari mahkemelerce davanın reddine karar verilmiştir. Zira bu alanlar imar planında kamusal kullanıma ayrılmasına rağmen özellikli durumları nedeniyle idari mahkemeleri tarafından kamulaştırmaz el atma bedeli ödenmesi gündeme gelmez. Zira bu alanlarda özel mülkiyete konu birçok tesisin yapılabilir. Söz konusu alanları sıralayacak olursak;

### **A. REKREASYON ALANLARI**

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin<sup>25</sup> 4. maddesinde; **piknik ve eğlence (rekreasyon) alanları:** “*Kentin açık ve yeşil alan ihtiyacı başta olmak üzere, eğlence, dinlenme, piknik ihtiyaçlarının karşılanabildiği, kent içinde ve çevresinde günübirlik kullanıma yönelik olarak imar planı ile belirlenmiş yerler*” olarak tanımlanmıştır. Aynı Yönetmeliğin “*Parsel kullanım fonksiyonlarına göre yapılaşma koşulları*” başlıklı 19. maddesinin (ç) bendinde de; Piknik ve eğlence (rekreasyon) alanlarında neler yapılabileceği sıralanmıştır. Söz konusu madde uyarınca rekreasyon alanlarında encümen kararıyla; bodrum katlar dâhil olmak üzere yapı inşaat alanı toplamda %5'i geçmemek üzere her biri için muvakkat yapı ölçülerini aşmayan çok amaçlı

<sup>25</sup> RG, T. 03.07.2017, S. 30113.

salon, mescit, lokanta, kahvehane, çay bahçesi, büfe yapılabilir. Yine bu alanlarda açık otopark ile tabii veya tesviye edilmiş toprak zemin altında kalmak üzere, ağaçlandırma için Türk Standartları Enstitüsü standartlarında öngörülen yeterli derinlikte toprak örtüsünün sağlanması kaydıyla kapalı otopark yapılabilir. Yine güreş, tenis, yüzme, mini golf, otokros, gokart ve benzeri spor alanları ve çocuk oyun parkları yapılabilir. Bunların yanında rekreasyon alanlarında tuvalet, çeşme, pergola, kameriye, mangal, piknik masası da yer alabilir.

Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin<sup>26</sup> "*Mekânsal kullanım tanımları ve esasları* " başlıklı 5. maddesinde; sosyal altyapı alanları: "*Birey ve toplumun kültürel, sosyal ve rekreatif ihtiyaçlarının karşılanması ve sağlıklı bir çevre ile yaşam kalitelerinin artırılmasına yönelik kamu veya özel sektör tarafından yapılan eğitim, sağlık, dini, kültürel ve idari tesisler, açık ve kapalı spor tesisleri ile park, çocuk bahçesi, oyun alanı, meydan, rekreasyon alanı gibi açık ve yeşil alanlara verilen genel isimdir.*" düzenlemesi yer almıştır. Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, imar planı hükümlerine göre rekreasyon alanlarında özel mülkiyete konu birçok tesisin yapılabileceği anlaşılır. Dolayısıyla rekreasyon alanlarında özel mülkiyete konu bir çok yapılaşmaya izin verildiği için mülkiyet kısıtlılığı söz konusu olmaz. Nitekim Antalya İli, Konyaaltı İlçesi, Mollayusuf Mahallesi, ... ada ve ... parsel üzerinde yer alan ve imar planında "*rekreasyon alanı*" olarak planlanan taşınmaza kamulaştırmaz el atılmak suretiyle mülkiyet hakkı ihlal edildiğinden bahisle söz konusu taşınmaz için şimdilik 1.050.000,00-TL kamulaştırmaz el atma bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada Mahkemece; imar planındaki rekreasyon alanı kullanımı kararına göre niza konusu taşınmaz üzerinde özel mülkiyete konu tesislerin yapılabileceği belirtilmiş. Dolayısıyla tazminatı gerektirir her hangi bir mağduriyetin ve mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanması durumunun gerçekleşmediği, bu sebeple davaya konu kamulaştırmaz el atma tazminatı istemini haklı kılacak koşulların oluşmadığı gerekçesiyle açılan davanın reddine karar verilmiştir<sup>27</sup>.

Rekreasyon alanları bir anlamda insanların eğlenme ve dinlenme ihtiyaçlarının karşılandığı yaşam alanlarıdır. Söz konusu alanlarda ticari faaliyete konu çok amaçlı salon, lokanta, kahvehane, çay bahçesi ve büfe yapılabilir. Dolayısıyla imar planında rekreasyon alanı kullanımına ayrılan taşınmazlarda ticari faaliyete yönelik özel mülkiyete konu tesisler yapılabileceği için mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanması durumu da gündeme gelmez.

<sup>26</sup> RG, T. 14.06.2014, S. 29030.

<sup>27</sup> Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 27.12.2021, E. 2021/938, K. 2021/1007: yayımlanmamıştır.

## B. SOSYAL TESİS ALANLARI

İmar planında sosyal tesis alanı kullanımına ayrılan taşınmazlarda da, rekreasyon alanlarında olduğu gibi, özel mülkiyete konu tesisler yapılabileceğinden dolayı tazminatı gerektirir mağduriyet söz konusu olmaz. Zira Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin "Mekânsal kullanım tanımları ve esasları" başlıklı 5. maddesinde; **sosyal tesis alanı**: sosyal yaşamın niteliğini ve düzeyini artırmak amacı ile toplumun faydalanacağı kreş, kurs, yurt, çocuk yuvası, yetiştirme yurdu, yaşlı ve engelli bakımevi, rehabilitasyon merkezi, toplum merkezi, şefkat evleri gibi fonksiyonlarda hizmet vermek üzere ayrılan kamu veya özel mülkiyetteki alanlar şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda söz konusu Yönetmelik maddesi doğrultusunda sosyal tesis alanlarında özel mülkiyete konu birçok tesis yapılabildiğinden dolayı mülkiyet hakkının süresiz kısıtlanması gündeme gelmez.

Antalya İli, Kepez İlçesi, Sütçüler Mahallesi, ... ada ve ... parsel sayılı taşınmazın imar planında "kreş alanı" kullanımına ayrıldığı, idarece herhangi bir kamulaştırma işlemi yapılmadığı ve mülkiyet hakkı engellendiğinden bahisle kamulaştırmaz el atma nedeniyle uğranıldığı iddia olunan 746.438,00 TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada, Antalya 4. İdare Mahkemesinin 28/11/2019 tarih ve E:2019/311, K:2019/886 sayılı kararı ile mülkiyet hakkının süresiz kısıtlandığından bahisle davanın kabulüne karar verilmiştir<sup>28</sup>. Söz konusu karara karşı yapılan davalı idarenin istinaf başvurusu üzerine, Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesinin 17/02/2021 tarih ve E:2020/303, K:2021/303 sayılı kararı ile istinaf isteminin kabulüne ve İdare Mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmiştir. Söz konusu istinaf kararının gerekçesinde; Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği'nin "Mekânsal kullanım tanımları ve esasları" başlıklı 5.maddesinde; **sosyal tesis alanının**: sosyal yaşamın niteliğini ve düzeyini artırmak amacı ile toplumun faydalanacağı kreş, kurs, yurt, çocuk yuvası, yetiştirme yurdu, yaşlı ve engelli bakımevi, rehabilitasyon merkezi, toplum merkezi, şefkat evleri gibi fonksiyonlarda hizmet vermek üzere ayrılan kamu veya özel mülkiyetteki alanlar şeklinde tanımlandığı belirtilmiştir. Söz konusu tanıma göre de imar planı hükümleri uyarınca sosyal tesis alanlarında özel mülkiyete konu birçok tesisin yapılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla imar

<sup>28</sup> "Taşınmazların imar planındaki tahsisi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazlarının kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmadığı..." (Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 28.11.2019, E. 2019/311, K. 2019/886: yayımlanmamıştır).

planında "kreş alanı" olarak belirlenen dava konusu taşınmazın malikleri tarafından başvurulması halinde kreş ve gündüz bakımevi gibi fonksiyonların yer aldığı özel mülkiyete tabi yapı yapılması imkânı vardır. Bu sebeple de anılan taşınmazın imar planındaki kullanım kararına göre tazminatı gerektirir mağduriyetin ve mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanması durumunun gerçekleşmediği sonucuna varılarak davaya konu kamulaştırmaz el atma tazminatı istemini haklı kılacak koşulların oluşmadığı gerekçesine yer verilmiştir. Davanın reddine yönelik anılan istinaf kararının temyizi sonucunda da Danıştay tarafından onanarak işbu karar kesinleşmiştir<sup>29</sup>.

Sosyal tesis alanlarında sosyal yaşamın niteliğini ve düzeyini artırmak amacıyla kreş, kurs, yurt, rehabilitasyon merkezi, yaşlı ve engelli bakımevleri gibi özel mülkiyete konu birçok tesis yapılabilir. İmar planında sosyal tesis alanı kullanımına ayrılan taşınmazlarda ticari faaliyet amacıyla özel mülkiyete konu tesisler yapılabileceğinden dolayı mülkiyet hakkının, süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanması durumu da söz konusu olmaz.

### **C. GÜNÜBİRLİK TESİS ALANI**

İmar planında günübürlük tesis alanı kullanımına ayrılan taşınmazlarda da özel mülkiyete konu tesisler yapılabileceğinden dolayı kamulaştırmaz el atma tazminatını gerektirir mülkiyet hakkının süresiz kısıtlanması söz konusu olmaz. Zira günübürlük tesis alanları Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği Ekinde "Turizm Alanları" başlığı altında yer almış olup, günübürlük tesis alanlarına taşınmaz malikleri tarafından ticari faaliyete konu pastane, lokanta, çayhane ve benzeri tesisler yapılabildiğinden dolayı mülkiyet kısıtlılığı da söz konusu olmaz.

İmar planında günübürlük tesis alanı kullanımına ayrılan Antalya İli, Konyaaltı İlçesi, Hurma Mahallesi, ... ada ve.. parsel sayılı taşınmazın kamulaştırmaz el atma bedelinin ödenmesi istemiyle açılan davada Mahkemece; günübürlük tesis alanı kullanımına ayrılan taşınmaz üzerinde imar planı koşulları çerçevesinde yapılaşma imkânı getirildiği, plan değişikliği sonucunda taşınmazın satılabilmesi veya doğrudan malikleri tarafından kullanılabilmesi açısından bir engel kalmadığından bahisle niza konusu taşınmazın mevcut durum itibarıyla kamulaştırılması gerekliliğinden bahsedilemeyeceği belirtilmiş. Dolayısıyla davacının taşınmaz maliklerinin taşınmazları üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan bir takım haklarını kullanabileceği için mülkiyet hakkının kısıtlanmasının söz konusu olmadığı, bu nedenle taşınmaz malikinin hukuki el atmadan kaynaklı herhangi bir zararının bulunmadığı

<sup>29</sup> D. 6. D., T. 19.01.2022, E. 2021/5324, K. 2022/418: yayımlanmamıştır.

gereğesiyle kamulaştırmamız el atma tazminatı istemi yerinde görülmeyerek davanın reddine karar verilmiştir<sup>30</sup>.

Günöbirlik tesis alanları da insanların eğlenme ve dinlenme ihtiyaçlarının karşılandığı yaşam alanlarından biridir. Bu alanlarda ticari faaliyete konu pastane, lokanta, çayhane ve benzeri tesisler yapılabilir. İmar planında günöbirlik tesis alanı kullanımına ayrılan taşınmazlarda ticari faaliyete yönelik özel mülkiyete konu tesisler yapılabileceğinden dolayı mülkiyet hakkının süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanması durumu da söz konusu olmadığı için davanın reddi kararı isabetlidir.

## SONUÇ

Mülkiyet hakkı sadece gerçek kişilere karşı korumayıp kamu idarelerine karşı da korunmalıdır. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerine karşı mülkiyet hakkının korunmasına yönelik bir takım hukuki enstrümanlar vardır. Devlete karşı mülkiyet hakkının korunması ve mülkiyet kısıtlılığının kaldırılması için de araçlar vardır. Bunlar imar planı değişikliği, parsellasyon, trampa, kamulaştırma ve kamulaştırmamız el atma davasıdır. Saydığımız bu araçlar içerisinde mülkiyet hakkının Devlete karşı korunması için en sonuncusu kamulaştırmamız el atma davalarıdır.

Kamulaştırmamız el atma davası ile imar planlarında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmazlardaki mülkiyet kısıtlılığı, ilgili mahkemeye taşınmazın rayiç bedelinin belirlenmesi suretiyle giderilir. İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan taşınmaza sadece hukuki el atma varsa kamulaştırmamız el atma uyuşmazlığın çözümü idari mahkemelerin, hukuki el atma yanında fiili el atma da varsa uyuşmazlık adli yargı yerinde çözümlenir. Ancak taşınmaza yapılan fiili el atma kaldırılmış olsa da hukuki el atma kalacağından dolayı mülkiyet kısıtlılığı varlığını devam ettirecektir. İster fiili ister hukuki isterse her iki el atam birlikte olsun kamulaştırmamız el atma davasının temeli imar planında bir taşınmazın kamusal hizmet kullanımına ayrılmasıdır. İmar planı da tipik bir idari işlem olduğu için, idari işlem olan imar planından kaynaklanan hukuki kısıtlılığının giderilmesi için kamulaştırmamız el atma bedelinin tazmini istemiyle açılan dava da idari dava türlerinden olan tam yargı davasıdır. Bu sebeple temelinde imar planı varsa bir taşınmaza hem hukuki hem de fiili el atma sebebiyle açılan davalarda görevli yargı kolu idari yargı olmalıdır.

<sup>30</sup> Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 14.05.2019, E. 2018/1049, K. 2019/347: yayımlanmamıştır); Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 31.12.2019, E. 2018/820, K. 2019/1088: yayımlanmamıştır. Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 20.11.2019, E. 2019/162, K. 2019/823: yayımlanmamıştır.



Hukuki el atma sebebiyle kamulaştırmasız el atma davalarında tazminat verilebilmesi için taşınmazın imar planında kamusal hizmet alanı kullanımına ayrılması ve imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en az beş yılın geçmiş olması gerekir. Zira söz konusu bu beş yıl hem İmar Kanunu hem de Kamulaştırma Kanunu'nda imar programlarının uygulanması için belirlenmiş süredir. Şayet imar planının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıllık süre içerisinde kamulaştırma veya diğer mülkiyet kısıtlılığını giderecek yöntemlere başvurulmazsa kamulaştırmasız el atma davası yoluyla taşınmazın bedeli yargı yoluyla ödettilmek suretiyle mülkiyet kısıtlılığı giderilir.

Tazminat verilebilmesi için saydığımız bu iki şart yanında yargı içtihatları getirilen iki şart daha bulunmaktadır. Bu şartlar da mülkiyeti kısıtlanan taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren beş yılın geçmiş olması ve mülkiyet kısıtlılığı bulunan taşınmazda hisse hatasının bulunmamasıdır. Yargısal içtihatlar ile getirilen söz konusu iki şarta katılabilmek mümkün değildir. Hem İmar Kanunu hem de Kamulaştırma Kanununda öngörülen uygulama imar planının yürürlüğe girdiği tarihten beş yıllık süre şartı taşınmazın satın alındığı tarihe kıyasen uygulanmamalıdır. Her ne kadar taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren beş yıllık süre öngörülmesi mülkiyet kısıtlılığının taşınmazın satın alındığı tarihten itibaren başlayacağı anlamına gelse de mülkiyet kısıtlılığı tapu malikine yönelik olmayıp doğrudan taşınmaza yöneliktir. Bu bağlamda satın alma tarihinden itibaren beş yıllık süre geçmesi mülkiyet hakkının özüne aykırı olur. İmar planında kamusal hizmet kullanımına ayrılan bir taşınmazdaki hisse hatası taşınmaz hissedarının kusurundan kaynaklanmadığı gibi hisse hatasının düzeltilmesi de taşınmaz hissedarları eliyle yapılamaz. Taşınmaz hissedarından kaynaklanmayan ve onun sebep olmadığı bir durumdan dolayı kamulaştırmasız el atma bedelinin ödenmemesi hak ve nesafet kurallarıyla bağdaşmaz. Taşınmazda hisse hatası bulunmasının külfetinin taşınmaz malikine yükletilmesi de mülkiyet hakkının özüne aykırı olur. Bu sebeple kamulaştırmasız el atma bedelinin, taşınmazın güncel tapu kaydındaki mevcut hisse oranları üzerinden hesaplanarak ödenmesi suretiyle taşınmaz hissedarlarının mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlılıklarının giderilmesi gerekir.

## KAYNAKÇA

- CANDAN, T. (2006). *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2002). *Yönetmelik Yargı* (15 b.). Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜLAN, A. (1987). *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*. *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*.
- GÜLAN, A. (1988). *Kamu Hizmeti Kavramı*. *İdare Hukuku İlimleri Dergisi*, 9(1-3).
- KALABALIK, H. (2003). *İdari Yargılama Hukuku*. İstanbul: Değişim Yayınları.
- KALABALIK, H. (2019). *İmar Hukuku Dersleri* (9 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KARA, S. (2016). *Danıştay Kararları Işığında İmar Planı Değişikliği*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- KARA, S. (2017). *Enerji Uyuşmazlıklarında İdari Yargıya Konu Edilen Davaların Görev ve Yetki Bağlamında Değerlendirilmesi*. *Enerji Davaları Sempozyumu, Enerji Araştırma Enstitüsü*.
- ÖZAY, İ. (1996). *Gün Işığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ŞAHİN, C. (2018). *Acele Kamulaştırma*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- TAN, T. (1991). *Kamu Hizmeti, Kriz ve Yeniden Tanımlama*. *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi- Birinci Kitap Yargı, (1-4 Mayıs 1990)*.
- TAN, T. (2011). *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- ULUSOY, A. (2004). *Kamu Hizmeti İncelemeleri*. İstanbul: Ülke Kitapları.
- YAŞAR, H. (2008). *İmar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- YILDIZ, F. (2012). *İmar Bilgisi, Planlama-Uygulama-Mevzuat*. Ankara: Nobel Yayıncılık.
- YILMAZ, S. (2021). *İmar Planlarının Hukuki Rejimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

## Yararlanılan İnternet Siteleri

- [http:// www.danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)  
[http:// www.dergipark.org.tr](http://www.dergipark.org.tr)  
<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>  
[http:// www.kitaplar.ankara.edu.tr](http://www.kitaplar.ankara.edu.tr)  
[http:// www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)  
<https://www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>  
<https://portal.uyap.gov.tr>  
[http:// www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)



## KOMPLİKASYON – MALPRAKTİS AYIRIMININ TİBBÎ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA ETKİSİ\*

The Effect of Complication-Malpractice Distinction on Medical Private Law Liability

Mehmet DEMİR\*

Ecem KİRKİT\*\*

### ÖZ

Hekimin tıbbî sorumluluk hukukundan kaynaklanan (tıp hukukuna özgü) sorumluluğu, sözleşmesel borç ilişkisi veya haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Esasen, hekimin kusura dayanan sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli yasal unsurlar, sorumluluk olgusunda büyük ölçüde benzerlik gösterir. Kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları her iki hukuksal sorumluluk olgusu için de aranır. Sözleşme sorumluluğunda sözleşmesel borca aykırı fiil (edim yükümüne aykırılık) ; haksız fiil sorumluluğunda ise, hukuka aykırı fiil unsuru mutlaka bulunmalıdır. Tıbbî özel hukuk sorumluluğunun kurucu olgusu olan kusurlu eylem anlamında olmak üzere, tıbbi meslek kusurunun (malpraktis) varlığı vazgeçilmez bir ön yasal koşuldur. Ayrıca, ortaya çıkan tazmini gerekli bir zarar ile tıbbî meslek kusuru arasında uygun nedensellik bağı da bulunmalıdır.

Tıbbî müdahaleyi, herhangi bir müdahaleden ayıran ve meşru kılan unsurlardan birisi de tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara (tıbbî standartlara) uygun olmadır. Bu ilke ve kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermeyen bir hekim kötü veya yanlış (hatalı) uygulamada bulunmuş; bir başka ifadeyle, tıbben malpraktis gerçekleştirmiş olur. Malpraktis, tıbbi meslek kusuru olarak değerlendirilir. Tıp biliminin barındırdığı risklerden, izin verilen ve sorumluluk yaratmayan risklere komplikasyon denilmektedir. Komplikasyonun gerçekleşmesi, kural olarak malpraktise yol açmaz. Meğerki hekim komplikasyonun öncesi veya sonrası aşamada klinik tıp sürecinin yönetiminde

\* **Gönderi:** 18.04.2022 - **Kabul:** 12.05.2022 | **Received:** 18.04.2022 - **Accepted:** 12.05.2022.

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye ✉  
mdemir@law.ankara.edu.tr • [ORCID](https://orcid.org/0000-0003-4623-0445) 0000-0003-4623-0445.

\*\* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye ✉  
ecemkirkitt@gmail.com • [ORCID](https://orcid.org/0000-0001-5826-4170) 0000-0001-5826-4170.

**Atıf Şekli / Cite As:** DEMİR, Mehmet, KİRKİT, Ecem (2022). Komplikasyon – Malpraktis Ayırımının Tıbbî Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi. ÇÜHAD, (1), 58-91.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

hatalı davranmış olsun.

Hekimin tıbbî hukuk yönünden sorumluluğu belirlenirken, malpraktis ve komplikasyon ayrımının net bir şekilde yapılabilmesi tıbben olduğu kadar hukuken de önem taşır. Aynı koşullar altında aynı mesleki deneyime ve aynı eğitim-bilgi birikim düzeyine sahip başka bir hekimin göstereceği özenin somut vakada gösterilmemesi halinde malpraktis ve dolayısıyla tıbbi meslek kusuru vardır. Bu ayırım, hukuken belirlenen ilkeler ışığında, hekimler tarafından her somut olay özelinde tıp biliminin kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Çalışmamızda, özel hukuk açısından malpraktis ve komplikasyon olguları arasındaki ayırım ve bu ayırımın hekimin tıbbî sorumluluğuna etkisi değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Malpraktis, Komplikasyon, Tıbbi müdahale, Sorumluluk.

## **ABSTRACT**

---

Physician's liability arising from medical liability law (specific to medical law) is based on contractual debt relationship or tort liability. Essentially, the legal elements required for the physician's fault-based liability to arise are largely similar in the liability law. Fault, damage and relation of causality elements are sought for both legal liabilities. There must be an element of contravention of contract (contravention to performance obligation) in contractual liability, and an element of unlawful act in tort liability. The existence of medical professional defect (malpractice) is an indispensable legal prerequisite in the sense of faulty action, which is the founding phenomenon of private medical legal responsibility. There must also be an appropriate relation of causality between an indemnified damage and a medical professional fault.

One of the elements that distinguishes and legitimizes medical intervention from any other intervention is that it conforms to the principles and rules (medical standards) generally accepted by medical science. A physician, who does not show the necessary attention and care in complying with these principles and rules, has made a bad or wrong (erroneous) practice, in other words, he has perform medical malpractice. Malpractice is considered a medical professional fault. The risks that are permissible and do not create responsibility among the risks of medical science are called complications. The occurrence of complications, as a rule, does not lead to malpractice. Unless the physician makes a mistake in the management of the clinical medicine process before or after the complication.

While determining the responsibility of the physician in terms of medical law, it is important legally as well as medically to make a clear distinction between malpractice and complications. If the care shown by another physician with the same professional experience and the same level of education and knowledge under the same conditions is not shown in the concrete case, there is malpractice and therefore a medical professional fault. This distinction should be evaluated by physicians appointed as experts, in the light of legally determined principles, within the framework of the rules of medical science for each concrete case. In our study, the distinction between malpractice and complication concepts terms of private law and the effect of this distinction on the medical responsibility of the physician were evaluated.

**Keywords:** Malpractice, Complication, Medical Intervention, Liability.

## GİRİŞ

Türk-İsviçre hukuk sisteminde özel hukuk temelinde tıbbî sorumluluğu düzenleyen veya genel olarak hekimlik meslek hatalarına ilişkin ayrı bir yasal düzenleme (tıbbî malpraktis yasası) bulunmadığından tıbbî sorumluluk olguları, Medenî Hukuk genel teorisi ve Borçlar Hukuku temel ilkelerine göre çözümlenmektedir. İsviçre’de kusursuz sorumluluk normu getirilmesi düşünülmüşse de tıp bilimi üzerindeki var olan baskının artırılmaması için getirilmemiştir<sup>1</sup>. Ülkemizde, 2002 yılından itibaren zaman zaman “Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı” çalışmaları yasama süreçlerinde gündeme gelmektedir. Ancak, gerek hekimlik (tıbbî iş görme = tababet) faaliyeti gerekse diğer sağlık mesleklerini (acil sağlık, laborant, narkozitör, yoğun bakım hemşiresi vs. paramedik branşlar gibi) de kapsayacak şekilde genel nitelikli malpraktis yasası henüz mevcut değildir. Ancak, 2022 yılı içerisinde TBMM Genel Kurulu gündeminde sırasını bekleyen ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda da ek ve geçici madde önerileri içeren “*Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*” başlıklı yasa teklifi metninde, özellikle malpraktis konulu tıbbî sorumluluk olaylarıyla ilgili olarak zarar görenler tarafından tazminat / tam yargı davaları açılmasından önce, başvuruda bulunulacak olan bir ‘Mesleki Sorumluluk Kurulu’ oluşturulmakta; bu Kurulun, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen bir bakan yardımcısı, Sağlık Hizmetleri, Kamu Hastaneleri, Hukuk Hizmetleri, Yönetim Hizmetleri genel müdürleri veya yardımcıları, profesör veya doçent unvanlı biri dâhili biri cerrahi branştan iki hekimden ibaret biçimde kurulması; özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görevli sağlık çalışanları yönünden ise, 4483 sayılı yasanın 5. maddesine göre yapılacak bir ön incelemede, il sağlık müdürü ve yardımcılarının görevlendirilebilmesi sağlanmakta; söz konusu bu Kurul’un kararlarına karşı 10 gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nde dava açılabileceği ve en çok üç ay içinde kesin olarak karar verileceği; hâlihazırda süren davalarda durma kararı verilerek “izin” alınacağı; ayrıca, sağlık idaresi tarafından bir tazminat ödenmesi durumunda, kamu sağlık çalışanlarına rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu tutarına ilgilinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı hususu

<sup>1</sup> GATTIKER, s. 645.

ile birlikte hekim(ler)in kusur durumları da göz önüne alınarak Kurul tarafından bir karar verileceği yönünde özel yasa kuralları öngörülmektedir<sup>2</sup>.

Sorumluluk hukuku çerçevesinde, tıbbî müdahaleler hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile sonuçta birer hukuka uygun müdahale hale gelen fillerdir. Aksi takdirde, olağan olarak hukuka aykırılık alanında yer alırlar. Zira hastanın kişilik hakkını ihlâl edebilecek nitelik taşırlar.

Hukuka uygun tıbbî müdahaleler yönünden hekimin özen yükümlülüğü vardır. Özen yükümlülüğü, hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmasından bağımsız olarak vardır<sup>3</sup>. Özen yükümlülüğüne aykırı müdahaleler hekimin sorumluluğuna yol açar. Malpraktis olarak bilinen bu hallerde hekim tazminat yaptırımını ile karşılaşır.

Hekimin özel hukuk sorumluluğunun belirlenmesinde, malpraktis olgusu kadar önemli bir diğer kavram ve olgu ise komplikasyondur. Hekim ne kadar özenli davranırsa davranırsın, tıp biliminin doğasından kaynaklanan ve öngörülüp, önlenmesi her zaman mümkün ol(a)mayan bir takım risklere bağlı olarak zararlar doğabilir. İşte, bu türden zararların doğmasında hekimin, kendisine isnat edilebilir kusuru bulunmadığı ölçüde hukuken sorumluluğu da doğmaz. Bu anlamda, hekim komplikasyonlar hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği ve/ veya olası komplikasyonlarla ilgili olarak klinik sürecin yönetiminde özensiz davrandığı takdirde tıbbî sorumluluk gündeme gelecektir.

<sup>2</sup> Ayrıca, mezkûr yasa önerisinde (madde 15 hükmünde), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen geçici madde 13 hükmü ile, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni verilenler bakımından soruşturma veya kovuşturmalara devam olunacağı; kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapmış oldukları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı açılan rücu davalarından, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yargılaması devam edenler bakımından ek madde 18/II uyarınca karar verilmek üzere Mesleki Sorumluluk Kurulu'na başvurması için davacıya iki aylık süre verileceği; başvuru yapılmaması halinde davanın usulden reddedileceği ve bu durumda, yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılıp, davacı aleyhine vekalet ücreti hükmedilemeyeceği öngörülmektedir. 2022 yılı başlarında TBMM gündemine gelen ve Genel Kurul toplanma sırasını bekleyen söz konusu "*Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*" metninin içerik ve kapsamı için bkz.: [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=312253](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=312253) (E.T.: 08.04.2022).

<sup>3</sup> ERMAN, s. 150.

## **I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI ve HEKİM–HASTA ARASINDAKİ HUKUKSAL İLİŞKİ**

### **A. Tıbbî Müdahale ve Kişilik Hakkına Müdahalede Riske İzin Verilmesi**

Kişinin kişilik hakkının korunması kapsamında kural olarak kişinin hayat, sağlık, vücut tamlığı değerini ihlâl edecek tüm müdahaleler hukuka aykırıdır<sup>4</sup>. Ancak, kişinin yararını sağlamak maksadıyla gerçekleştirildiği kabul edilen tıbbî müdahaleler belirli koşullarla bu kuralın istisnası niteliği taşır.

Tıbbî müdahale, “gerçekleştirilen müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olarak, tıp biliminde genel kabul görmüş kurallar ışığında, müdahalenin yöneldiği kişinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahale” dir<sup>5</sup>.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu acil durumlar dışında kişinin bilgilendirilmiş rızası sağlar<sup>6</sup>. Ancak bilgilendirilmiş rıza, müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olarak, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olan müdahaleleri hukuka uygun hale getirir<sup>7</sup>. Hukuken öngörölmüş amaçlardan en önemlisi endikasyondur<sup>8</sup>. Endikasyon, herhangi bir müdahalenin tıp bilimi açısından gerekli ve/veya yararlı görülmesidir<sup>9</sup>.

Hukuka uygun hale gelmeyen müdahaleler hekimin sorumluluğuna yol açar. Hekimin hukuksal sorumluluğu iki halde karşımıza çıkar<sup>10</sup>: İlki, tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebeplerin<sup>11</sup> bulunmamasıdır. İkinci olarak ise, hekimin fiiline rıza gösterilmiş olmasına karşın, fiil, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara (tıbbî standartlara) uygun değildir<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> STEHLE, REICHLE, s. 27; GATTIKER, s. 648; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

<sup>5</sup> KİRKİT, s. 15.

<sup>6</sup> KİRKİT, s. 115; STEHLE, REICHLE, s. 27; GATTIKER, s. 648; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

<sup>7</sup> KİRKİT, s. 41; STEHLE, REICHLE, s. 27.

<sup>8</sup> Tıbbî müdahalenin unsurları arasında yer alan hukuken öngörülen amaçlara yönelme unsuru yerine endikasyonun (mutlak /nisbî anlamda) varlığını yeterli gören bir görüş de vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KİRKİT, s. 16; DOĞRAMACI, s. 98.

<sup>9</sup> DOĞRAMACI, s. 98; ÖZDEMİR G., s. 49-50.

<sup>10</sup> STEHLE, REICHLE, s. 28; GATTIKER, s. 648.

<sup>11</sup> Rıza ve diğer sebepler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KİRKİT, s. 113 vd.

<sup>12</sup> GATTIKER, s. 648.



Hekim, sorumluluk hukuku açısından dikkate alınması gereken tehlikeli bir faaliyette bulunur. Bu sebeple, meydana gelen her zarar hekimin sorumluluğuna yol açmaz<sup>13</sup>. Bu durum, tıp ceza hukukunda izin verilen risk kavramıyla açıklanmaktadır<sup>14</sup>. İzin verilen risk durumu ile ifade edilmek istenen husus ise, yapılması gerekli ve fakat doğası gereği tehlikeli bazı davranışlardan vazgeçilmesinin mümkün olmaması karşısında davranışı yapan kişilerin hukuksal sorumluluklarının doğmamasıdır<sup>15</sup>. Özel hukukta ise, aynı şekilde isimlendirilmese de tıbben izin verilen ve bu sebeple sorumluluğa yol açmayan bilgi ve/veya beceri eksikliklerinin bulunduğu kabul edilmiştir<sup>16</sup>.

Tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi, hekim ile hasta arasında bir hukuksal ilişkinin kurulmasına yol açar.

## **B. Hekim-Hasta Arasındaki Sorumluluk Hukuku İlişkinin Hukuksal Niteliği**

### **1. Genel Olarak**

Hekim ile hasta arasında, tıbbî müdahalenin gerçekleştirildiği özel durum ve koşullara göre farklı hukuksal ilişkiler kurulur. Hekimin tıbbî sorumluluğu da izlenen amaç ve tekniklerle kurulan bu hukuksal ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterir<sup>17</sup>. Devletin kamu hastanesi söz konusu olduğunda idare hukuku kapsamında bir kamu hukuku ilişkisi ve dolayısıyla idarî hizmet sunumu gerçekleşir. Özel hastane veya özel muayenehanede yürütülen hizmet (iş görme) ilişkisi ise, hastane, hekim ve hasta arasında sözleşmesel borç ilişkileri (hekimlik sözleşmesi ekli olan / olmayan bir hastaneye kabul sözleşmesi) biçiminde gerçekleşebilir<sup>18</sup>. Tüm bunların dışında, hekim acil bir durumda veya başkaca bir sebeple sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hastaya müdahale edebilir. Bu hallerde ise halin gereğince vekâletsiz iş görme veya haksız fiil hükümleri gündeme gelir.

Özel hukuktan doğan sorumluluk hukuku bakımından, hekimin sorumluluğuna yol açan hukuksal ilişki önem taşır. Hekimin hukuksal sorumluluğu, çoğunlukla sözleşmeden doğmaktaysa da haksız fiil ve vekâletsiz iş görme hükümlerinden de kaynaklanabilir<sup>19</sup>. Sözleşme görüşmeleri safhasında hastaya zarar tehlikesine karşı uyarıda bulunmayan hekimin,

<sup>13</sup> STEHLE, REICHLER, s. 42.

<sup>14</sup> HAKERİ, C. I, s. 211.

<sup>15</sup> PAKEL, s. 44.

<sup>16</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 227-232.

<sup>18</sup> Tam hastaneye kabul sözleşmesiyle özel hastane ve hasta arasında sözleşmenin kurulduğu haller, hekimin sözleşme tarafı olmaması sebebiyle bu kapsamda değildir. Hekim – hastane ilişkisi temelinde tıbbî sorumluluk ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Hukuksal Görünüm Biçimleri.

<sup>19</sup> KIRKİT, s. 48-49.

sözleşme öncesi aşamadaki görüşme kusurundan kaynaklanan (*culpa in contrahendo*) sorumluluğu doğar<sup>20, 21</sup>

## 2. Sözleşme

Hekim ile hasta arasında hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kuralları çerçevesinde teşhis koymak ve bu teşhise uygun tedaviyi yürütmek borcu altına girdiği sözleşme ilişkisi kurulur. Atipik vekâlet sözleşmesi görünümünde olan bu sözleşmenin nitelendirilmesi ve isimlendirilmesinde doktrinde tam bir görüş birliği yoktur. Esasen, isimsiz bir iş görme sözleşmesi görünümündeki tıbbî vekâlet edimlerini içeren bu sözleşme, yaklaşım farklılığı nedeniyle tedavi sözleşmesi<sup>22</sup>, hekimlik sözleşmesi<sup>23</sup> ve tıbbî müdahale sözleşmesi<sup>24</sup> gibi isimlerle anılmaktadır.

Hekimlik veya tıbbî müdahale sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir<sup>25</sup>. Sözleşme için tarafların anlaşması yeterli olup, şekil şartına tabi değildir. Sözleşmenin tarafları bağımsız çalışan bir *hekim*<sup>26</sup> ve hekimden tıbbî müdahale edimini talep eden *hasta*<sup>27</sup> dır. Hekimin üstlendiği asli edim olan tıbbî müdahale edimine karşı hastanın ödeyeceği bedelin belirli veya belirlenebilir olması gerekir<sup>28</sup>. Vekâlet sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmede ücret ödenmesi teamül gereği olduğundan, taraflar kararlaştırmamış olsalar dahi Türk Tabipler Birliği tarafından ilan edilen tarife çerçevesinde hekim ücrete hak kazanır<sup>29</sup>.

Hekimlik veya tıbbî müdahale sözleşmesinden hekimin asli borcu olan tıbbî müdahale ediminin yanı sıra, hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınması, hekimin kendisini geliştirmesi, özen gösterme, kayda geçirme ve sır saklama gibi yan edim yükümlülükleri de sözleşmesel borç ilişkisinden doğar<sup>30</sup>. Hekimin başarılı sonucu ortaya çıkarma yükümü ve garanti verme yetkisi yoktur; yalnızca dikkat ve özen borcu vardır<sup>31</sup>. Hastanın da asli edimi ücret ödemenin

<sup>20</sup> AYAN, s. 49.

<sup>21</sup> Hekimin hukuksal sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 217 vd.

<sup>22</sup> AYAN, s. 49.

<sup>23</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 232.

<sup>24</sup> KİRKİT, s. 49-50.

<sup>25</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 235; KİRKİT, s. 50.

<sup>26</sup> Hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip, tabip odasına kayıtlı, hekimlik mesleğini sürekli ya da geçici olarak icra etme engeli bulunmayan kişidir. KİRKİT, s. 20-27.

Bağımsız çalışan hekim için bkz. DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 231.

<sup>27</sup> Hasta için farklı tanımlar yapılmaktadır. Bknz. DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 234.

<sup>28</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 233.

<sup>29</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 236.

<sup>30</sup> AYAN, s. 58; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 35-69.

<sup>31</sup> GATTIKER, s. 646-647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

yanı sıra hekimin vekâleti ifa maksadıyla yaptığı masrafları ödeme, hekimin sorularına doğru cevap verme ve tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü vardır<sup>32</sup>.

### **3. Vekâletsiz İş Görme**

Hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmamasına karşın, hastanın iradesine dayanmayan ve fakat hastanın menfaatine tıbbî müdahale gerçekleştiren hekim ile hasta arasındaki hukuksal ilişkiye vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır<sup>33</sup>. Vekâletsiz iş görmenin gündeme geldiği haller; acil durumlar, ameliyatın genişlemesi ve hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin geçersiz olması halleridir<sup>34</sup>.

Vekâletsiz iş görmede hekimin sorumluluğu, TBK m. 527 hükmü çerçevesinde her türlü ihmalini kapsar. Ancak hekim çoğunlukla, hastanın zararını veya zarar tehlikesini gidermek maksadıyla hareketin etiğinden sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. TBK m. 527/f. II hükmünde düzenlenen iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklaması halinde beklenmedik halden de sorumlu olunması, fiil ehliyeti olmayan hastanın kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın tedavi etmesi örneğinde uygulama alanı bulur<sup>35</sup>.

### **4. Haksız Fiil**

Hekim ile hasta arasında haksız fiil hükümlerinin de uygulama alanı bulabilmesi imkân dâhilindedir. Örneğin, hekimin hastaya haber vermeksizin hastayı deneyde kullanması haksız fiil teşkil eder<sup>36</sup>.

Başkaca hukuksal ilişkinin bulunmadığı her durumda haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulur<sup>37</sup>. Hekim ile hasta arasında kural olarak bir sözleşme yoksa ve vekâletsiz iş görmenin şartları gerçekleşmemişse bu halde hekim fiilinden haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olur<sup>38</sup>. Ayrıca, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sözleşmeden doğan sorumluluk yarıdır<sup>39</sup>. Bir başka deyişle, hekimin sözleşmeye aykırı bir davranışı aynı anda haksız fiil de teşkil eder<sup>40</sup>. Sözleşmeye aykırılık unsuru ile hukuka aykırılık unsuru paralellik gösterir<sup>41</sup>. Davacı hastanın kusurun ispatı, zamanaşımı süresi ve yardımcı kişilerden sorumluluk

<sup>32</sup> AYAN, s. 58-59; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 70.

<sup>33</sup> ÖZ, s. 118; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

<sup>34</sup> KİRKİT, s. 65.

<sup>35</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 106.

<sup>36</sup> AYAN, s. 61.

<sup>37</sup> OFTINGER, STARK, s. 2; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

<sup>38</sup> AYAN, s. 61.

<sup>39</sup> BELGESAY, s. 108-109; AYAN, s. 62; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

<sup>40</sup> AYAN, s. 116.

<sup>41</sup> AYAN, s. 61-62.

yönünden farklılık arz eden bu iki sorumluluk türünden kendisi için avantajlı olanını seçmesi mümkündür.

## **II. HEKİMİN HUKUKSAL SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI**

### **A. Genel Olarak**

Sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluğun temel amacı ve işlevi, bir kişinin diğerine verdiği zararın giderilmesidir<sup>42</sup>. Hangi sorumluluk kaynağı olursa olsun sorumluluğun şartlarının hukuken mevcut olması gerekir. Sözleşme sorumluluğunda kişinin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı, sözleşmesel borca aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları aranır. Haksız fiil sorumluluğunda ise, kişinin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı (haksız fiil), hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları aranır. Bu bakımdan, hekimin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları her iki sorumluluk için de aranan unsurlardır. Farklılık, hukuka aykırılık ve sözleşmeye aykırılık unsuru yönünden ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık genel yükümlülükleri içerir ve herkes tarafından ihlâl edilebilir<sup>43</sup>. Sözleşme sorumluluğunda ise nispi yükümlülükler doğar ve ilgililerini bağlar<sup>44</sup>. Haksız fiilde taraflar zarar gören-zarar veren olarak anılırken, sözleşme sorumluluğunda alacaklı-borçlu olarak anılır<sup>45</sup>. Kanun koyucu bu iki sorumluluk türünü ayrı ayrı düzenlemiş ve zamanaşımı süresi, kusurun ispatı, yardımcı kişilerden sorumluluk yönünden farklı sonuçlara bağlamıştır<sup>46</sup>.

Sorumluluk hukukunun unsurları genel olarak; hukuka veya sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı olarak özetlenebilir<sup>47</sup>.

Malpraktis ve komplikasyon ayırımının hekimin hukuksal sorumluluğuna etkisini konu edinen çalışmamız yönünden de sorumluluğun olgusal unsurları bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

### **B. Hukuka / Sözleşmeye Aykırılık Unsuru Olarak Özen Yükümlülüğünün İhlâli**

Yukarıda da belirtildiği üzere, hekimin hukuksal sorumluluğunun doğabilmesi için, haksız fiil yönünden hukuka aykırılık; sözleşme yönünden sözleşmeye aykırılık unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Türk-İsviçre hukukunda hukuka aykırılık unsuru, kusurdan bağımsız bir

<sup>42</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 575.

<sup>43</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 575-576.

<sup>44</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 576.

<sup>45</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 576.

<sup>46</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 576; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

<sup>47</sup> BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

unsurdur<sup>48</sup>. Sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda, fiilin ayrıca hukuka aykırı olması gerekmez<sup>49</sup>. Sözleşmede üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi yeterlidir.

Hukuka aykırılık kavramına yüklenen anlam için objektif teori ve sübjektif teori farklı öneriler getirmektedir<sup>50</sup>. Sübjektif teoriye göre, hukuka aykırılık failin yetkili ve izinli olmadığı bir davranışı gerçekleştirilmesi sebebiyle doğar. Objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık failin zarar vermeme ödevi vardır. Zarar verme olgusu değil, failin genel davranış kuralı haline gelmiş normlara aykırı davranışı hukuka aykırılıktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, zarar göreni korumaya amaçlayan bir davranış normunu veya zarar görenin mutlak bir hakkını ihlâl ederek zarara yol açıyorsa fiilin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir<sup>51</sup>.

Hekimin, hasta ile arasında sözleşme bulunsun veya bulunmasın özen yükümlülüğü vardır<sup>52</sup>. Hekimin özen yükümlülüğünün ihlâli haksız fiilde hukuka aykırılık unsuruna; sözleşmede sözleşmeye aykırılık unsuruna tekabül eder<sup>53</sup>. Hekimin özen yükümlülüğü, hastanın mutlak hakkını ve korunmasını amaçlayan davranış normunu ihlâl etmemesini içerir.

Hekimin özen yükümlülüğü, hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş kuralları bilmek ve bu kurallara uygun şekilde hekimlik sanatını icra etmesidir<sup>54</sup>.

Hekimin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde genel geçer soyut ölçütler (kesin bağlayıcı objektif kriterler) yoktur<sup>55</sup>. Her bir somut olayda, tıbbî müdahalenin türüne, tıbbî müdahaleye ilişkin risklere, hekimin takdir yetkisinin kapsamına, hekimin somut vaka için kullanabileceği zamana ve araçlara, hekimin uzmanlık alan(lar)ına göre özen yükümlülüğünün ihlâlinden doğan sorumluluğun kapsamı belirlenir<sup>56</sup>. Özen yükümlülüğünün konu, tür ve dereceleri her bir somut tıbbî vakada farklılık göstermektedir<sup>57</sup>. Dolayısıyla, somut tıbbî

<sup>48</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 645.

<sup>49</sup> OFTINGER, STARK, s. 169.

<sup>50</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 660.

Bu ayrımın önemsiz olduğu doktrinde savunulmaktadır. OFTINGER, STARK, s. 171.

<sup>51</sup> BGE 119 II 127.

<sup>52</sup> ERMAN, s. 150.

<sup>53</sup> AYAN, s. 62; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 257; STEHLE, REICHEL, s. 23; GATTIKER, s. 647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

<sup>54</sup> AYAN, s. 89; GATTIKER, s. 647.

<sup>55</sup> LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255.

<sup>56</sup> LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255; BÜCHLER, MICHEL, s. 212; BGE 113 II 429 E. 3a; BGE 120 Ib 411 E. 4a.

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 171-191.

sorumluluk olayında bir belirleme ve değerlendirme yapılırken tıbbî özen yükümlülüğünün konusu, kapsamı, türü ve derecesi ciddi önem taşır.

### **C. Tıbbî Meslek Kusuru**

Kusur, hukuk düzenince hoş görülme, kınanan davranıştır<sup>58</sup>. Kusur, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilir<sup>59</sup>. Tıbbî meslek kusurunu, yalnızca ihmal, özen yükümlülüğünün ihlali veya yanlış tedavinin bir parçası olarak gören görüşler vardır<sup>60</sup>. Çalışmamızda tıbbî meslek kusuru, sorumluluk olgusu olan kusur unsuruna karşılık gelmek üzere, yargılama sürecinde takdir edilen kusuru ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.

Kusur kavramı objektif ve sübjektif yön olmak üzere iki olgusal yönden oluşur<sup>61</sup>. Bir ayırma göre: kusurun objektif yönü zarara kasten veya ihmalle neden olmayı ifade eder<sup>62</sup>. Sübjektif yönü ise, ekimin zararı meydana getiren kusurlu fiili gerçekleştirirken ayırt etme gücüne sahip olmasını ifade eder<sup>63</sup>.

Diğer ayırma göre: objektif yön, kusurlu fiilin ortalama ve makul kişinin sergileyeceği örnek davranıştan sapmasıdır<sup>64</sup>. Sübjektif yön ise, kusurlu fiili gerçekleştiren ayırt etme gücüne sahip kişinin sorumluluk ehliyeti ile ilişkilidir<sup>65</sup>. Diğer ayırım çerçevesinde tıbbî meslek kusurunun objektif yönünü tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara aykırılık; sübjektif yönünü ise, hekimin fiilinde tıbbî özen yokluğu veya özensizlik bulunması oluşturur<sup>66</sup>. Kanaatimizce, objektif yön, tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara aykırı şekilde zarara kasten veya ihmalle neden olmayı ifade eder. Sübjektif yön ise her iki ayırmada ortak olduğu üzere, hekimin ayırt etme gücü ve sorumluluk ehliyeti ile ilişkilidir.

Sorumluluk hukukunda ve dolayısıyla tıbbî meslek kusurunda kusur, kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir<sup>67</sup>. Kast, zarar veren sonucun zarar veren tarafından bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi halidir<sup>68</sup>. Kast doğrudan veya dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta zarar veren doğacak sonucu ister ve kabul eder<sup>69</sup>. Dolaylı kastta ise doğrudan

<sup>58</sup> AYAN, s. 100; EREN, Borçlar Genel, s. 643.

<sup>59</sup> OFTINGER, STARK, s. 192.

<sup>60</sup> AYAN, s. 104 dñn. 459'da anılan yazarlar.

<sup>61</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246; BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

<sup>62</sup> BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

<sup>63</sup> BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

<sup>64</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246.

<sup>65</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246.

<sup>66</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 258.

<sup>67</sup> AYAN, s. 101; NOMER, s. 185; DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 245.

<sup>68</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 649; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80.

<sup>69</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 649.

doğruya zararlı sonuç istenmemekte ve fakat göze alınmaktadır<sup>70</sup>. Hekimin, yüksek tedavi ücreti için gereksiz tıbbî müdahalelerde bulunması hali doğrudan kast; yeni bir tedavi yöntemini hastanın ölebileceği ihtimalini öngörmesine rağmen bunu göze alarak uygulaması hali ise dolaylı kast teşkil eder<sup>71</sup>.

İhmal, meydana gelen zarar istenmemesine rağmen sonucun meydana gelmemesi için gereken özenin gösterilmemesidir<sup>72</sup>. İhmali kısaca özen eksikliği veya aynı şartlar altında aynı nitelikteki kişilerin gösterdikleri özenin gösterilmemesi olarak da tanımlanabilmektedir<sup>73</sup>. Davranışın zarar meydana getireceğinin bilinmemesi halinde ihmal gerçekleşmez<sup>74</sup>.

İhmal somut olayın özellikleri göz önünde tutularak objektif ölçüye göre belirlenir, hekimin sübjektif özellikleri dikkate alınmaz<sup>75</sup>. Objektif kusur kavramından farklı olarak kusurun objektifleştirilmesi, sadece gerçekleşen somut olaydaki davranışı tek başına değil de aynı şartlar altındaki makul, ortalama kişinin objektif davranışı esas ölçü olarak alır<sup>76</sup>. Hekim elinden geleni yapmış, her türlü çabayı göstermiş olmasına ve bu sebeple kendisinde meslek ahlâkı ve tıp etiği yönünden bir eksiklik bulunmasa dahi, hekimin fiili objektif davranışından (yani, basiretli bir hekimin davranışından) sapıyorsa, bu sapma objektifleştirilmiş kusur halini ortaya çıkarır<sup>77</sup>. Örneğin, nöbet ve sonrası çalışmasında 36. saatinde çalışmakta olan hekim uykusuzluğun yol açtığı kafa karışıklığı ile anamnez alırken, bir önceki hastanın ailesinde kalp rahatsızlığı olmadığı bilgisiyse bir sonraki hastada hareket etmesi sebebiyle genç yaştaki hastanın kalp rahatsızlığı geçirme ihtimalini atlarsa ve hasta kalp krizi geçirip ölürse, hekimin sorumluluğu doğar. Hekimin mevcut koşullar altında elinden gelen özeni göstermiş olmasına karşın, objektif davranış anamnezin doğru alınması olduğundan bu sapma hekimin kusurudur.

Kasttan farklı olarak ihmalin belirlenmesinde, somut olaydaki hekimin fiili öngörmesi değil, aynı nitelikteki ortalama bir hekim tarafından öngörülebilmesi aranır<sup>78</sup>.

Zarar veren fiilin gerçekleştiği tarihte tıp biliminin ulaştığı seviye çerçevesinde değerlendirme yapılır. Fiilin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler hekimin

<sup>70</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 649; AYAN, s. 102; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80.

Dolaylı kast yerine, ceza hukuku kavramı olan olası kast ifadesinin, gerçekleşmesi ihtimali görüldüğü halde zarar verenin fiiline devam etmesi halleri için kullanılabilmesi yönünde bkz. NOMER, s. 185 dpn. 617.

<sup>71</sup> AYAN, s. 102; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80-81.

<sup>72</sup> AYAN, s. 102; EREN, Borçlar Genel, s. 651.

<sup>73</sup> AYAN, s. 102; GATTIKER, s. 647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

<sup>74</sup> OFTINGER, STARK, s. 194.

<sup>75</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 651; AYAN, s. 102; YILMAZ, s. 167; POLAT, s. 282; HERRING, s. 116; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 254.

<sup>76</sup> BAŞPINAR, s. 180; EREN, Borçlar Genel, s. 652.

<sup>77</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 652.

<sup>78</sup> AYAN, s. 103; EREN, Borçlar Genel, s. 654.



sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynamaz<sup>79</sup>. Özellikle Covid-19 pandemisi örneğinde karşılaşıldığı üzere, tıp biliminin araştırmaya devam ederken ortaya koyduğu veriler zamanla değişiklik gösterebilmektedir. Tıbbî müdahale tarihinde geçerli olan tıp bilimince genel kabul görmüş kurallar önem taşır. Sonraki tarihte, bu bilgilerin aksinin ortaya çıkması hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Vurgulamak gerekir ki bahse konu bilgilerin tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara dayanması gerekir. Tıp bilimince kabul edilmeyen bir takım tedavi yöntemlerini uygulayan hekim bakımından sorumluluk doğar.

İhmal, ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır<sup>80</sup>. Ağır ihmal, aynı şartlarda aynı nitelikteki ortalama herkesin alacağı en basit önlemlerin alınmamasıdır<sup>81</sup>. Örneğin, damardan enjekte edilmesi gereken ilacın kastan enjekte edilmesi, ameliyatta kompres ve penslerin unutulması ağır ihmaldir<sup>82</sup>.

Hafif ihmal ise aynı şartlarda aynı nitelikteki dikkatli kişilerin alacağı önlemlerin alınmamasıdır<sup>83</sup>. Operasyon kullanılacak teknik aletin işlev göremeyecek düzeyde bozuk olduğunun dikkatli kontrolle anlaşılabilir olmasına karşın hekim tarafından anlaşılmadığı örnekte hafif ihmal söz konusudur<sup>84</sup>. Hekim hem ağır hem de hafif ihmalden sorumludur<sup>85</sup>.

İhmal, iki şekilde gerçekleştirilebilir: bilerek ihmalin gerçekleştirilmesi ve dikkatsizce ihmalin gerçekleştirilmesi<sup>86</sup>. Bilerek ihmalin gerçekleştirilmesi hali hekimin bilerek tedavi vermemeyi seçmesi halidir. Örneğin, kan değerlerinde düşüklük tespit etmiş olmasına rağmen mide kanaması ihtimaline karşı test yapmayan hekim bilerek ihmali gerçekleştirmiş durumdadır. Birkaç gün sonra hastanın mide kanaması şikâyeti ile yoğun bakıma alınması halinde hekimin sorumluluğu doğar. Dikkatsizce ihmalin gerçekleştirilmesi hali ise fark etmeden veya yanlışlıkla ihmalin gerçekleştirilmesi halidir. Örneğin, hastanın hastalığın ilerleyişi ile ilgili belirli tür bilgileri almak istememesine rağmen, hekimin unutarak bu bilgileri hastaya vermesi halidir<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 81-82; HERRING, s. 112.

<sup>80</sup> AYAN, s. 103; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 82.

EREN, ağır ihmal, hafifi ihmal ve orta ihmal olmak üzere ikiye ayırmaktadır. EREN, Borçlar Genel, s. 655.

<sup>81</sup> AYAN, s. 103; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 82.

<sup>82</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

<sup>83</sup> AYAN, s. 103; EREN, Borçlar Genel, s. 655.

<sup>84</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

<sup>85</sup> AYAN, s. 103.

<sup>86</sup> BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120.

<sup>87</sup> BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120.

Tıbbî sorumluluk hukuku, kast ve ihmal arasındaki ayırmadan çok hekimin tıbbî fiilinin en azından hafif ihmal niteliği taşıyıp taşımadığına odaklanır<sup>88</sup>.

#### **D. Zarar**

Hekimin sözleşmeden veya haksız fiilden sorumluluğunun doğması için, sözleşmeye veya hukuka aykırı fiilinin zarar meydana getirmesi gerekir<sup>89</sup>. Zarar genel anlamıyla herhangi bir dezavantajdır<sup>90</sup>. Sorumluluk hukukunda zarar, dar anlamıyla, kişinin malvarlığı değerinde kişinin iradesi hilafında meydana gelen azalmadır<sup>91</sup>. Dar anlamda zarar maddi zararı kapsar. Manevi zarar, kişilik haklarının uğradığı saldırı sebebiyle kişinin bedensel, bedensel ve/veya ruhsal (manevi) acı duyması, hayat zevkinde azalma meydana gelmesidir<sup>92</sup>. Geniş anlamıyla tazminat hukukuna giren zarar kavramı hem maddi hem de manevi zararı kapsar<sup>93</sup>. Manevi zarar, tazminat hukukuna özgü dar ve teknik anlamda bir zarar (parasal değer kaybı) kalemi değildir. Manevi zarar, maddi zarar kalemleri arasında yer almayan, tazminat yaptırımını ile belli ölçüde telafi ya da tatmin edilen; maddi olmayan (malvarlıksal=parasal değer taşımayan) adaletsizlik olarak tanımlanmaktadır<sup>94,95</sup>.

Sorumluluk hukukunda tazmin yükümlülüğüne konu zarar, kişinin hakkını veya korunan değerini ihlâl eden, iradesi dışında meydana gelen fiil veya olayların olumsuz sonucudur<sup>96</sup>. Bu anlamda zararın, maddî zarar/manevî zarar; normatif zarar/gerçek (fiilî) zarar; kişisel zarar/nesnel zarar ayırımları gibi farklı ölçütlere göre belirlenen değişik türleri vardır<sup>97</sup>.

Hekimin tıbbî meslek kusuru sebebiyle sorumlu tutulabilmesi hastanın malvarlığı ve/veya kişi değerlerinde azalma meydana gelmelidir. Örneğin, hastanın hekimin tıbbî meslek kusuru sebebiyle yeni bir ameliyat geçirmek zorunda kalması veya dış hekiminin dikkatsizliği neticesinde hastanın ağız boşluğunun parçalanması hallerinde maddi zarar doğmuştur<sup>98</sup>.

Manevi zararda adaletsizlik sebebiyle ortaya çıkan acı ve ızdırabın hafifletilmesi maksadıyla tazminat ödenmektedir. Kötü uygulama sebebiyle hastanın psikolojik veya ruhsal

<sup>88</sup> BÜCHLER, MICHEL, s. 216.

<sup>89</sup> HERRING, s. 119.

<sup>90</sup> OFTINGER, STARK, s. 70.

<sup>91</sup> NOMER, s. 179; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 75.

<sup>92</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 76; BÜCHLER, MICHEL, s. 202.

<sup>93</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 75.

<sup>94</sup> OFTINGER, STARK, s. 72; AYAN, s. 110.

<sup>95</sup> Manevi zarar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRAMACI, s. 115 vd.

<sup>96</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247; ÖZDEMİR H., s. 65.

<sup>97</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247; ÖZDEMİR H., s. 65.

<sup>98</sup> AYAN, s. 110.

değerlerinde manevi azalma meydana getiren hekim tazminat yükümlüsü olabilir<sup>99</sup>. Örneğin, hayati tehlikesi bulunmayan Yehova şahidinde rızası hilafına kan verilmesi halinde fiziki bir zarar meydana gelmemesine karşın manevi zarar doğar.

### **E. Nedensellik Bağı**

Hekimin kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir<sup>100</sup>. Hayatın olağan akışına göre hekimin fiili meydana gelen zararı doğurmakta elverişli olmalıdır<sup>101</sup>.

Bazı hallerde fiil ile meydana gelen zarar birbirine uygun olmaz. Bu hallerde *uygun olmayan illiyet* veya *uygunsuzluk/elverişsizlik* söz konusu olur<sup>102</sup>. Uygunsuzluk, *uygunluğun yokluğu* veya *uygunluğun kesilmesi* şeklinde ortaya çıkabilir. Başlangıçtan itibaren, fiil mahiyeti itibariyle zararı meydana getirmeye uygun değilse *uygunluğun yokluğundan* bahsedilir<sup>103</sup>. Nedensellik bağının kesilmesi ise somut olayda yeni bir olayın ortaya çıkmasıyla mevcut fiilin arka planda kalmasıyla gerçekleşir<sup>104</sup>.

Nedensellik bağı, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun veya mücbir sebebin varlığı halinde kesilir<sup>105</sup>.

Mücbir sebep (zorlayıcı neden) olgusu, doktrinde objektif teori ve sübjektif teori ile açıklanmaktadır. Sübjektif teori, sorumlu veya borçluyu esas alır<sup>106</sup>. Sübjektif teoriye göre; mevcut şartlarda azami özenin gerçekleşme şekli ve şiddeti sebebiyle aşan her olay mücbir sebeptir<sup>107</sup>. Objektif teoride, kişi bazlı (özne temelli) değil somut olayın meydana gelişinden değerlendirme yapılmaktadır<sup>108</sup>. Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyeti dışında (haricen) meydana gelen, borcun veya genel bir normun ihlâline mutlak kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi veya engellenmesi mümkün olmayan, kaçınılamaz türden olağanüstü olaylardır<sup>109</sup>.

<sup>99</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 249.

<sup>100</sup> REİSOĞLU, s. 9; NOMER, s. 182; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 88; ÖZDEMİR H., s. 66; STEHLE, REICHLE, s. 74; BÜCHLER, MICHEL, s. 212.

<sup>101</sup> NOMER, s. 182; STEHLE, REICHLE, s. 74.

<sup>102</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 171; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

<sup>103</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 171; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

<sup>104</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 173; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

<sup>105</sup> NOMER, s. 185; OFTINGER, STARK, s. 154; BÜCHLER, MICHEL, s. 214.

<sup>106</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 175.

<sup>107</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 630.

<sup>108</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 175.

<sup>109</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 176; EREN, Borçlar Genel, s. 630.

Beklenmedik hal (umulmayan durum) olgusu da zararlı sonucu doğurmaya elverişli bir diğer sebeptir<sup>110</sup>. Beklenmedik hal, sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız şekilde sözleşmenin veya genel bir davranış normunun nispeten öngörülemez ve kaçınılmaz olarak ihlâli sonucuna yol açan sorumluluğu azaltıcı ve hafifletici bir olaydır<sup>111</sup>.

Tesadüfi olayların iki ayrı türü olan mücbir sebep ve beklenmedik hal arasında nitelik yönünden değil nicelik yönünden fark vardır<sup>112</sup>. Mücbir sebep teşkil eden olay daha şiddetlidir; herkesçe öngörülemez ve mutlak surette kaçınılmazdır ve bu nedenle nedensellik bağıni her durumda keser. Oysa beklenmedik hal teşkil eden olay ya da durum, daha az şiddetlidir ve herkesçe değil de belli kesimlerce öngörülebilir ve karşı konulabilir olduğu için nedensellik bağıni kesebilecek yoğunlukta değildir<sup>113</sup>.

Zarar görenin kusuru, nedensellik bağıni kesen sebeplerdendir. Zarar görenin kusuru, zararlı sonucun doğumunda nedensellik bağıni tamamen keserse hekim sorumluluktan kurtulur<sup>114</sup>. Ancak nedensellik bağıni tamamen kesmemiş, zararlı sonucun doğumuna katkıda bulunmuşsa ortak nedensellik sebebiyle tazminattan indirim yol açar, sorumluluktan kurtarmaz<sup>115</sup>. Örneğin, obez hastada rahim ameliyatı ameliyat sonrası dikişin patlamaması için korse giyilmesi ve her gün pansumanın yenilenmesi gerektiği taburcu edilirken hekim tarafından bildirilmesine rağmen, hasta ve hasta yakınları tarafından bakım ihmal edilmiştir. Ameliyat yarası enfeksiyon kapmış ve sepsis (enfeksiyonun tüm vücuda yayılması) sebebiyle hasta çoklu organ yetmezliğine girip vefat etmiştir. Bahse konu bakımın yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen zarara, zarar görenin kusuru yol açmıştır. Hekimin sorumluluğu doğmaz.

Üçüncü kişinin kusuru, nedensellik bağıni kesecek yoğunlukta ise fail sorumluluktan kurtulur. Nedensellik bağıni kesecek yoğunluk; üçüncü kişinin kusurunun failin kusurundan yoğun olmasıdır<sup>116</sup>. Failin kusuru örneğindeki obez hastanın ileri yaş sebebiyle kendisine bakamayacak durumda olması halinde, hasta yakınlarının bakım vermesi gerekmektedir. Hasta yakınlarının bakım verme yükümlülüğünü ihlâl etmesi sebebiyle, mevcut ölüm neticesi doğduğundan hekim sorumlu tutulamaz.

<sup>110</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 139.

<sup>111</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 139.

<sup>112</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 176.

<sup>113</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 176.

<sup>114</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 187; EREN, Borçlar Genel, s. 636.

<sup>115</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 636.

<sup>116</sup> EREN, Borçlar Genel, s. 639.

Meydana gelen zarar, hekimin fiili kadar hastanın biyolojik yapısından kaynaklanabilir veya artabilir. Hekimin davranışı kadar etki eden biyolojik etmen söz konusu olduğunda sebepler yarışır<sup>117</sup>. Ancak, hekimin özen yükümlülüğü gereği dikkate alması gereken bir biyolojik etmen söz konusu ise bu kez hekimin fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulur<sup>118</sup>. Örneğin, ameliyat sırasında kan kaybından ölen hastanın hemofili hastası olması halinde ölüm neticesini doğuran ameliyatın kendisi değil, hemofili hastalığıdır. Ancak unutulmamalıdır ki hekimin özen yükümlülüğü kapsamında hastanın hemofili hastası olma ihtimalini ameliyat öncesinde araştırması gerekir. Araştırmayı yapmayan hekim, kusurlu olarak bu ihtimali göz ardı ettiğinden sebeplerin yarışması söz konusu olmaz<sup>119</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında; bilinci kapalı olan çocuğu saat 07.15'te acil servise götürmek yerine hekimin muayenehanesinde 3-4 saat muayenehanenin açılmasını bekleyen ebeveynin kusurlu olduğunu tespit etmiştir. Ancak ebeveynin kusurunun, hekimin çocuğun klinik tablosunu önemsiz olarak aktarması ve tedavi seçenekleri hususunda eksik bilgilendirmesinden kaynaklanması sebebiyle nedensellik bağını kesmeyeceğine hükmetmiştir<sup>120</sup>.

### **III. TIBBÎ SORUMLULUK HUKUKUNDA MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON AYIRIMI**

#### **A. Malpraktis**

Tıbbî meslek kusuru veya sanat hatası (*Kunstfehler*), hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş kuralları özen eksikliği sebebiyle göz ardı etmek suretiyle bu kurallara aykırı davranması olarak tanımlanmıştır<sup>121</sup>. Türk sorumluluk hukuku doktrininde bir görüş, meslek kusuru kavramını ihmalden farklı bir kavram olarak değerlendirmektedir<sup>122</sup>. Bu görüşe göre; meslek kusurunda zorunlu olarak ihmal vardır. Ancak her ağır ihmal bir meslek kusuru değildir. Diğer bir görüş ise, meslek kusuru kavramını ihmal kavramı içerisinde değerlendirmekte ve böyle bir kavram yaratılmamış olsaydı dahi ihmal kapsamında kusur sorumluluğunun yine de doğacağını savunmaktadır<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> AYAN, s. 112; ÖZDEMİR H., s. 67; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 251.

<sup>118</sup> AYAN, s. 112; ÖZDEMİR H., s. 67; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 251.

<sup>119</sup> AYAN, s. 112.

<sup>120</sup> BGE 116 II 519.

<sup>121</sup> KUHN, s. 605; BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120; AYAN, s. 104 vd.; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 83 vd.; ÖZDEMİR H., s. 65.

<sup>122</sup> ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 84.

<sup>123</sup> ÖZDEMİR H., s. 65.

Meslek kusuru, meslek hatası olarak ifade edilen kavram Almanca *Kunstfehler*, İngilizce *Malpractice* kelimesinin karşılığıdır. Tıbbî kusurlu eylem, tıbbî kötü uygulama veya doğrudan dilimize geçmiş haliyle malpraktis, tıp biliminin teorik ve pratik alanda belirlenmiş, genel kabul görmüş kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi neticesinde sağlığın bozulmasına yol açabilecek nitelikte hukuka aykırı davranışta bulunmaktır<sup>124</sup>. Malpraktis, hekim ile hasta arasında sözleşme bulunup bulunmamasına göre haksız fiil veya sözleşmeden doğan sorumluluğa yol açar<sup>125</sup>.

Türk Tabipler Birliği Meslek İlkeleri m. 13'te malpraktis "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi 'hekimliğin kötü uygulaması'*" olarak tanımlanmaktadır.

Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı m. 3'te tıbbî kötü uygulanma olarak anılan kavram; "*Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum*" olarak tanımlanmıştır.

Malpraktis hekim tarafından gerçekleştirildiğinde hekimliğin kötü uygulaması olarak da adlandırılabilir<sup>126</sup>.

Malpraktis kavramını oldukça geniş yorumlayan ve hangi sebeple olursa olsun sağlık çalışanının bir müdahalesi veya müdahaleden kaçınması neticesinde hastanın zarar gördüğü tüm halleri malpraktis olarak yorumlayan bir görüş de vardır<sup>127</sup>.

### 1. Tıbbî Standart

Tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kuralları kısaca tıbbî standart olarak anılmaktadır<sup>128</sup>. Hekimin tıbbî standarda uygun davranma yükümlülüğünü İnsan Hakları ve

<sup>124</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246; VOJKOVIC, s. 50.

<sup>125</sup> HERRING, s. 107.

<sup>126</sup> ÖZDEMİR G., s. 34.

<sup>127</sup> HAKERİ, C. I, s. 290.

<sup>128</sup> UYGUR, s. 362; AYAN, s. 88 vd.; ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244.

Biyotıp Sözleşmesi<sup>129</sup> m. 4<sup>130</sup>, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi<sup>131</sup> m. 13<sup>132</sup> ve Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>133</sup> m. 11<sup>134</sup> hükümleri düzenlenmiştir.

Yargıtay tarafından yapılan bir tanıma göre: “... ‘Tıbbi Standart’ hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır...”<sup>135</sup>.

Tıbbî standart kavramı, olay ve tehlikelere sürekli uyum sağlayan dinamik oluşu ve daimî bir gelişmeyi ifade eder<sup>136</sup>.

Tıbbî standarttan sapan hekimin fiili tıbbî kusurlu eylem niteliği taşıyır ve tıbbî kusurlu eylem ise hekimin sorumluluğuna yol açar<sup>137</sup>. Tıbbî standart, tıbbî açıdan hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını belirler. Bu yönüyle hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli ve belirleyici bir hukuksal enstrüman olarak rol oynar<sup>138</sup>. Ancak, kanunlarla değil, tıp bilimi çerçevesinde yayımlanan makale ve kılavuzlarla belirlenir<sup>139</sup>.

Hekimin hukuksal sorumluluğu belirlenirken, ayırıcı bir unsur olan hekimin tıbbî standarda uygun davranıp davranmadığı hususunun tıbbî bilirkişilerce ortaya konulması gerekir. Aksi durumda, mahkemenin yargısal takdir yetkisini kullanarak standarttan sapan tıbbî yöntemi esas alması bilimsel özgürlüğün devlet eliyle kısıtlanması anlamı taşıyabilecektir<sup>140</sup>.

<sup>129</sup> TBMM genel kurulunca onaylanması hakkında karar için bkz: RG. T. 20.04.2004 S. 25439.

<sup>130</sup> İnsan Hakları ve Biyotıp Avrupa Sözleşmesi m. 4 hükmü: “Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”

<sup>131</sup> RG. T. 19.2.1960 S. 10436.

<sup>132</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13 hükmü: “Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

*Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.*

*Tabip ve dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”*

<sup>133</sup> RG. T. 01.08.1998 S. 23420.

<sup>134</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11 hükmü: “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.

*Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”*

<sup>135</sup> Y. 15 HD. T. 30.09.2019, E. 2019/2716, K. 2019/3692, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 15 HD. T. 09.11.2020, E. 2020/1808, K. 2020/2925, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>136</sup> HAKERİ, C. II, s. 1095.

<sup>137</sup> UYGUR, s. 362.

<sup>138</sup> ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244; HAKERİ, C. II, s. 1096.

<sup>139</sup> BÜCHLER, MICHEL, s. 212.

<sup>140</sup> ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244.



Tıbbî standartlar özen yükümlülüğünün içeriğini belirler. Hekimin özen yükümlülüğünü ihmalinin belirlenmesinde ölçü objektiftir. Buna karşın, özen yükümlülüğünün kapsamı soyut ve genel anlamda önceden tanımlanamaz<sup>141</sup>. Özen yükümlülüğünün kapsamı somut olayın koşullarına, yani tıbbî müdahalenin türüne, ilişkili risklere, hekimin takdirine ve mevcut zamanda hekimden nesnel olarak beklenebilecek eğitim ve performansa göre belirlenir<sup>142</sup>. Hekimin vakaya ayırabileceği süre de özenin belirlenmesinde önem taşır<sup>143</sup>. Bu sebeptir ki tam teşekküllü bir hastanede gerçekleştirilen bir tıbbî müdahale ile bu olanaklara sahip olmayan bir hastanede gerçekleştirilen tıbbî müdahalede gösterilmesi beklenen özen yükümlülüğü farklıdır.

Aynı koşullar altında aynı mesleki deneyime ve aynı eğitim düzeyine sahip başka bir hekimin (makul, basiretli bir hekimin) göstereceği objektif özenin somut tıbbî olayda gösterilmesi beklenir<sup>144</sup>.

Hekimin hangi yöntemi kullanacağı hususunda takdir yetkisi vardır<sup>145</sup>. Hekim tıbbî takdir yetkisini kullanırken hastanın somut korunması gerekli üstün nitelikte özel yarar konusu olarak her zaman menfaatini ön planda tutmak zorundadır. Hekimin tababet takdir (tıbbî değerlendirme) yetkisi bazı hallerde tıp biliminin tanınan ve fakat henüz yaygınlaşmamış yöntemleri araştırıp, en güvenilir olan yöntemi seçip kullanmayı da içerir. Ancak, yeni modern yöntemin tıp biliminin genel olarak tanınan geleneksel yöntemle nazaran daha fazla iyileştirme şansı sunması ve hasta için de genel yöntemle eşit veya daha az tehlikeli (riskli) olması şartlarının birlikte (kümülatif) varlığı gerekir<sup>146</sup>.

Gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin gerçekleşme risk yüzdesi ve yaratacağı olumsuz sonucun etki yoğunluğu (tehlikelilik derecesi), gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü ağırlaştırır<sup>147</sup>.

Hekim tababet eğitimi eksikliğinden ve erişilebilir güncel tıp bilgilerine erişmemiş olmasından sorumludur<sup>148</sup>. Öte yandan, fiilin gerçekleştiği tarihte henüz yaygınlaşmamış teknolojik aygıtların veya yeni yayınlanmış makalede yer alan tıbbî bilginin

<sup>141</sup> STEHLE, REICHLER, s. 44-45.

<sup>142</sup> STEHLE, REICHLER, s. 44-45; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 254; BGE 120 II 248; BGE 113 II 429; BGE 120 Ib 411 E. 4a.

<sup>143</sup> GATTIKER, s. 647.

<sup>144</sup> LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

<sup>145</sup> AYAN, s. 106.

<sup>146</sup> AYAN, s. 106.

<sup>147</sup> AYAN, s. 103; GATTIKER, s. 647.

<sup>148</sup> KUHN, s. 615.

kullanılmamasından sorumlu tutulamaz<sup>149</sup>. Ancak, internetin bilgiye erişimi kolaylaştırması karşısında, geçmişte belirlenen sürelerden daha kısa süreler için hekimin sorumlu tutulabilmesi gerekir<sup>150</sup>. Kanaatimizce, her somut olayda tıbbî bilginin yaygınlaşıp yaygınlaşmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Hekimin kaç yıl tecrübeli olduğu, öğrenci olup olmaması, yaşı gibi hususlar kural olarak önem arz etmez<sup>151</sup>. Hekimin çalıştığı meslek kategorisi ihmal için aranan özenin düzeyinde önem arz eder. Uzman hekimi çağırması mümkün olduğu halde, çağırmayan ve müdahaleyi gerçekleştiren hekimin sorumluluğu doğar<sup>152</sup>. Pratisyen hekimden uzman hekimin göstermesi gerekli özen beklenemez<sup>153</sup>. Tıbbî ceza hukuku sorumluluğu bağlamında bir görüş<sup>154</sup>, uzman hekim ile pratisyen hekim arasında özen değil, bilgi ve tecrübe farkı olması gerektiğini savunmaktadır. Tıbbî standartlara uyma ve bilgi noktasında daha fazla beklentinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Kanaatimizce, özen yükümlülüğü olarak ifade edilen husus ile tıbbî standartlara uyma ve bilgi noktasında daha fazla beklenti arasında bir fark yoktur. Şöyle ki tıp bilimi sürekli olarak güncellenen ve yeni tıbbî aletlerin kullanımı ve bilimsel gelişmelerin tıbbî standartlara uyma ve bilginin takibini gerektiren bir bilimdir. Hekimin görevi bu gelişmeleri takip etmektir<sup>155</sup>. Uzman hekimin, uzmanlık alanında yayınlanan yeni makaleler ve yeni gelişmeleri pratisyen hekime kıyasla daha yakından takip etmesi gerekir<sup>156</sup>. Tıbbî standartlara uyma ve meslekî bilgi birikimini arttırma da hekimin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

Özetle, hekim, tedavi amacına hizmet eden gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü iken; uygun ve yararlı olmayan ve dolayısıyla endikasyon dışı yani amaca ters düşen, tıbbî gerekliliklere hizmet etmeyen tüm davranışlardan kaçınmalıdır<sup>157</sup>.

---

<sup>149</sup> HERRING, s. 112.

<sup>150</sup> HERRING, s. 112.

<sup>151</sup> HERRING, s. 116.

<sup>152</sup> KUHN, s. 616; GATTIKER, s. 647.

<sup>153</sup> BELGESAY, s. 109; AYAN, s. 103; HERRING, s. 116.

<sup>154</sup> HAKERİ, C. II, s. 1090-1091.

<sup>155</sup> STEHLE, REICHLER, s. 45; ÖZTÜRKLER, s. 91.

<sup>156</sup> STEHLE, REICHLER, s. 45.

<sup>157</sup> GATTIKER, s. 647.

## **2. Tıbbî Uygulama Hatası / Malpraktis Kavramı ve Uygulamadan Örnekleri**

Tıbbî sorumluluk hukukunda malpraktis olgusu, kusur kavramı ile ilişkilidir. Hekim ile hasta arasında sözleşmesel borç ihlâlinden doğan hukuksal sorumluluğa; aksi takdirde, sözleşme kapsamında bir edim dışı yüküm ihlâline dayalı haksız fiil sorumluluğuna yol açar<sup>158</sup>.

Malpraktis, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında TBK m. 506/I-II hükmünde düzenlenen özen yükümlülüğünün ihlâlidir<sup>159,160</sup>. Tüm özen yükümlülüğünün ihlâli halleri malpraktis değildir<sup>161</sup>. Malpraktis, teşhis, tedavi veya terapi fark etmeksizin hekim-hasta ilişkisinin herhangi bir evresinde ortaya çıkabilir<sup>162</sup>.

Malpraktis, hekimin hukuksal sorumluluğunu doğurur<sup>163</sup>. Tazminat yükümlülüğüne yol açar.

Tıbbî uygulama hataları; yargı hatası, mekanik hatalar, teknik hatalar, beklenti hataları ve sistem hataları olmak üzere beş grupta incelenebilmektedir<sup>164</sup>. Bilgi eksikliği, kast ve ihmale bağlı hatalar yargı hatasıdır. Ekipmanla ilgili hatalar mekanik hatalar olarak adlandırılır. Tekniğin uygulaması sırasında oluşan hatalar teknik hatadır. Hastayı bilgilendirirken olabilecekleri saptırarak veya saklayarak farklı beklenti oluşturmak beklenti hatasına yol açar. Kurumdan veya uygulama şekline kaynaklanan kişiden kaynaklanmayan hatalar ise sistem hatasıdır.

Malpraktis teşhis veya tedavi aşamasında gerçekleşebilir. Tedavi hataları; hiç müdahale yapılmaması, ön muayenenin eksik yapılması veya yetersiz anamnez alınması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi veya yanlış ilaç seçilmesi veya uygulamanın yanlış yapılması, yanlış organın veya hastanın ameliyat edilmesi ve kontrol, gözetim ve tedavi sonrası bakım hataları olarak gruplandırılabilir<sup>165</sup>.

Tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun muayeneye rağmen yanlış teşhis konulması, çeşitli semptomların yanlış yorumlanması veya bilimsel tartışmalara konu

---

<sup>158</sup> HERRING, s. 107.

Yalnızca haksız fiil sorumluluğundan doğabileceği yönünde bkz. ÖZCAN, s. 199.

<sup>159</sup> KUHN, s. 602.

<sup>160</sup> Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuksal niteliği vekâlet sözleşmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRKİT, s. 59 vd.

<sup>161</sup> KUHN, s. 605.

<sup>162</sup> KUHN, s. 605 dpn. 12.

<sup>163</sup> HANCI, s. 30; DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247.

<sup>164</sup> POLAT, s. 27.

<sup>165</sup> UYGUR, s. 370-378.

olan<sup>166</sup> tıbbî yöntemlerin uygulanmasında hekimin sorumluluğu doğmaz. Zira tıp bilimi gibi çok yönlü uygulaması olan farklı görüşlerin yer bulduğu bir mesleğin icrasında kaçınılamaz olan ve dolayısıyla hekime atfedilemeyecek hatalar olarak kabul edilir<sup>167</sup>. Bu sebeple, malpraktis tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmayan, mevcut bilimsel düzeyden uzak, tıp bilimince kabul edilemeyecek dikkat ve özen eksiklikleridir<sup>168</sup>.

Teşhis hatası tek başına malpraktis teşkil etmez. Ancak, hekim yeterli zamanda özenle tıbbî standartlar çerçevesinde hastayı muayene etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması sebebiyle yanlış teşhis konulmuşsa bu durum malpraktistir<sup>169</sup>. Tipik semptomlara rağmen doğru teşhis konulamamışsa veya hekim teşhis için gerekli muayene yöntemlerini kullanmamışsa bu hallerde de özen yükümlülüğünün ihlâli vardır<sup>170</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında<sup>171</sup>, çalıştığı bölgede yıllardır difteri vakası görülmeyen bir hekimin tipik semptomlara rağmen difteri teşhisi koyamamasını malpraktis kabul etmiştir. Difterinin özel bir eğitim veya deneyim gerektirmeyen bir hastalık olması sebebiyle, hekimin yıllardır bu vakayla karşılaşmaması maruz görülmemiştir.

Acil durumlarda ve zor teşhis edilen hastalıklarda tıp biliminin doğası gereği hekimin sorumluluğu daralır<sup>172</sup>. Tedavi ne kadar zorsa, hekim ne kadar az uzmanlaşmışsa veya hekimin zamanı veya imkânları azsa tazminat o kadar azalır<sup>173</sup>. Yanlış organın ameliyat edilmesi, gerekli olduğu halde uzmana danışılmaması, ameliyat için gerekli hazırlıkların yapılmaması, tipik semptomlara rağmen hastalığın teşhis edilememesi halleri malpraktistir<sup>174</sup>.

Hekim hastanın öyküsünü alırken dikkatli ve özenli olmalıdır. Hastadan yetersiz anamnez alınması özen yükümlülüğünün ihlâlidir<sup>175</sup>. Yargıtay iyi anamnez (hastalık geçmiş öyküsü) almayan hekimin kusurlu olduğuna kanaat getirmiştir: “*Mahkemece, bozma ilamına uyulduktan sonra alınan 11.01.2017 havale tarihli ek bilirkişi raporunun sonuç kısmında "...ilk raporda da belirtildiği gibi, hastaneye çağrılarak hastanın kendisinden alınan anamnezde*

<sup>166</sup> Tıp bilimince genel kabul görmüş; ancak bilimsel olarak tartışılan müdahaleler. Deneysel müdahaleler bu kapsamda değildir. Hekimin sorumluluğuna yol açar. STEHLE, REICHLE, s. 44.

<sup>167</sup> STEHLE, REICHLE, s. 44; BGE 64 II 200.

<sup>168</sup> STEHLE, REICHLE, s. 43.

<sup>169</sup> STEHLE, REICHLE, s. 45.

<sup>170</sup> GATTIKER, s. 647; BGE 113 II 429 E. 3a.

<sup>171</sup> BGE 57 II 196 E. 3 naklen: STEHLE, REICHLE, s. 47.

<sup>172</sup> BGE 113 II 429.

<sup>173</sup> BGE 113 II 429.

<sup>174</sup> BGE 113 II 429.

<sup>175</sup> UYGUR, s. 372.

*şikayetlerinin miyokard infarktüsü için tipik olduğu görülmüştür. Bu durumda, ilk başvuruda, hastadan yeterli anamnez alınmadığı için infarktüsün atlanmış olduğu kanaati oluşmaktadır. Hastanın dosyasında ilk başvuru sırasında ayrıntılı anamnez alındığına dair kayıt yoktur. Hastanın 36 yaşında bir kadın olması ve bu yaşlardaki kadınlarda kalp krizi sıklığının düşük olduğu bilgisi bu yaştaki kadınlarda hiç kalp krizi görülmeyeceği anlamına gelmemektedir. İyi bir anamnezle böyle bir hastada da infarktüs tanısı koyulabilir. Hastaya ilk başvuru anında tanı koyulabilmiş olsaydı, koroner anjiyografi ve damar açma işlemi çok daha erken gerçekleştirilecek ve kalp kası hasarı yok denecek kadar az olabilecekti." şeklinde görüş bildirdikleri, alınan bu ek raporun ise gerekçeli kararda hiç zikredilmediği anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan ek raporun sonuç kısmına göre, davalıların kusurlu oldukları sabit olup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığın gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."<sup>176</sup>*

Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin güncel tıbbî standartlarda terk edilmiş olmasına rağmen kullanılması hali de hatalı uygulamadır<sup>177</sup>. Tıbbî standart olarak henüz kabul görmemiş yeni müdahalelerin genel olarak tanınan yöntemle nazaran daha fazla iyileştirme şansı sunması ve hasta için genel yöntemle eşit veya daha az tehlikeli olması şartlarının yokluğuna rağmen uygulanması hali malpraktis teşkil eder<sup>178</sup>.

Vücutta yabancı madde unutulması, özen yükümlülüğünün ihlâlinin tipik örneklerindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “...vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir”<sup>179</sup> ifadesi ile bu hususun altını çizmiştir.

Hekimin mevcut tıbbî bilgi düzeyini aşan, karmaşık ve disiplinler arası nitelik taşıyan vakalarda uzman danışman (konsültan) hekim çağırması gerekir. Uzman danışman hekim çağırmaktan imtina eden hekim özen yükümlülüğünü ihmal etmiştir<sup>180</sup>.

Hekimin cerrahi müdahale sırasında, sağlıklı bir organı alması veya ameliyatta hedeflenenenden farklı bir organı alması tipik bir malpraktis örneğidir<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Y. 3. HD. T. 23.02.2021, E. 2020/8208, K. 2021/1838, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>177</sup> LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255.

<sup>178</sup> AYAN, s. 106; YILMAZ, s. 171.

<sup>179</sup> Y. HGK T. 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>180</sup> STEHLE, REICHLER, s. 50; GATTIKER, s. 647.

<sup>181</sup> BGE 113 II 429 E. 3a.

Uygulamada malpraktis davalarının büyük çoğunluğu genel cerrahi alanından kaynaklanmaktadır. Kadın hastalıkları ve doğum alanı da genel cerrahiden sonra en fazla dava konusu olan alandır<sup>182</sup>. Hekim mesleki sorumluluk sigortası dosyaları üzerinde yapılan bir incelemede %26,7 oranı ile en fazla hasar meydana gelen konu hamilelik sürecinin yönetilmesinde yetersizlik olduğu tespit edilmiştir<sup>183</sup>.

## **B. Komplikasyon**

Komplikasyon kavramı için farklı farklı pek çok tanım yapılmıştır. Bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmayan, öngörülemeyen veya öngörülse dahi engellenemeyen istenmeyen sonuçtur<sup>184</sup>.

Tıp bilimince izin verilen ve hukuken de sorumluluk sonucunu doğurmayan ve dolayısıyla, tazminat yaptırımı uygulanması gerektirmeyen belli bazı türden bilgi ve beceri eksiklikleri kural olarak komplikasyon hali teşkil eder<sup>185</sup>.

Komplikasyon, tedavi süresince veya sonrasında rastgele ortaya çıkabilen, hekim tarafından da öngörülebilmesine rağmen önlenmesi mümkün olmayan istenmeyen olumsuz sonuçlardır<sup>186</sup>.

Yargıtay tarafından yapılan bir tanıma göre; “*Komplikasyon hekimin tıbbî müdahaleyi gerçekleştirirken her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir ve komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlâli söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır*”<sup>187</sup>.

Kısaca, tıbbî fiile veya hastalığın kendisine ilişkin tehlike ve riskler olarak da ifade edilebilen<sup>188</sup> komplikasyonlar, öngörülse bile kaçınılmaz olup, istenmeden ve rastlantısal sonuçlar doğururlar<sup>189</sup>.

<sup>182</sup> CAN, ÖZKARA, CAN, s. 72.

<sup>183</sup> YILDIRIM, s. 127.

<sup>184</sup> CAN, ÖZKARA, CAN, s. 73.

<sup>185</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

<sup>186</sup> VOJKOVIC, s. 50.

<sup>187</sup> Y. HGK T. 07.07.2021, E. 2017/2244, K. 2021/961, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. HGK T. 07.07.2021, E. 2017/1981, K. 2021/960, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. HGK T. 08.04.2021, E. 2017/680, K. 2021/449, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>188</sup> STEHLE, REICHLER, s. 43.

<sup>189</sup> VOJKOVIC, s. 50.

Komplikasyonlar kural olarak bir meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin hukuksal sorumluluğuna yol açmaz<sup>190</sup>. Hekimin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun hareket etmesi yeterlidir<sup>191</sup>.

Hekimin tıbbî standartlara uygun davranıp davranmadığının tespiti; ancak alanında uzman hekim sıfatını haiz tıbbî bilirkişilerce yapılabilmektedir.

Hekimler arasında yaygın olan hatalı kanının (galat-ı meşhur = yaygın yanlış) aksine, komplikasyonun varlığı her durum ve koşulda, mutlak olarak hekimin hukuken kusursuzluğu sonucuna yol açmaz<sup>192</sup>. Hekim komplikasyon karşısında tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun hareket etmediği veya bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği ya da klinik tedavi ve olası nispi komplikasyon sürecini basiretli bir hekim gibi davran(a)mayarak iyi yönet(e)mediği takdirde hukuksal sorumluluk altına girer.

Bilirkişi raporları ile komplikasyon olduğu hususu açıkça ortaya konulmuş olmasına rağmen bilgilendirme yapılmaması sebebiyle hekimin sorumluğu olduğu yönünde kararlar vardır<sup>193</sup>.

Yargıtay bir kararında yapılacak değerlendirmeyi şu şekilde özetlemiştir: “  *taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili isteminin yüklenici tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi ve müdahale sonrası sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde, hekimin eylemine ilişkin olarak hukuka uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirildiği yönündeki görüş yeterli olmayıp, ayrıca davacının isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı, ayıplı olduğu iddia edilen göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili olarak; hekimin edimini yerine getirip getirmediği ya da komplikasyon olup olmadığı ve komplikasyon konusunda aydınlatma görevinin yerine getirilip getirilmediği ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılıp yapılmadığı hususları tartışılıp değerlendirilmek üzere, aralarında akademik kariyere sahip, üniversitelerden seçilecek estetik plastik ve rekonstrüktif cerrahisi konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi kurulu oluşturulmak ve gerektiğinde muayene edilmek suretiyle, dosyadaki belge ve bilgiler incelenerek alınacak rapora yapılacak itirazlar da dikkate alınıp*

<sup>190</sup> DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 248.

<sup>191</sup> Urteile des BGer 6B\_408/2013 vom 18. Dezember 2013 E. 4.2; BGE 134 IV 175 E. 3.2; STEHLE, REICHLE, s. 43.

<sup>192</sup> SAVAŞ, s. 260.

<sup>193</sup> Ankara BAM, 3. HD., T. 01.03.2018, E. 2017/1404 K. 2018/334, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022; Samsun BAM, 5. HD., T. 25.11.2020, E. 2020/1332 K. 2020/1993, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.



*maddi ve manevi tazminat koşulları oluşup oluşmadığı değerlendirilerek hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.*”<sup>194</sup> Karar estetik müdahaleye ilişkin olduğundan, vekâlet sözleşmesi yerine eser sözleşmesi olduğu kabulü ile değerlendirme yapılmıştır<sup>195</sup>. Bu sebeple, hastanın isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı hususu da değerlendirilmesi gereken hususlar arasında sayılmıştır. Vekâlet sözleşmesi yönünden kural olarak bu değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Hastanın isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı hususu, beklenti hatası bulunup bulunmadığı yönünden de değerlendirilebilir. Bilgilendirme sırasında hastada yanlış beklenti oluşturan hekim tıbbî uygulama hatası gerçekleştirmiştir.

Yargıtay bilirkişi tarafından komplikasyon olduğu tespit edilen hallerde, komplikasyon hakkında bilgilendirmenin yapılıp yapılmadığı, bilirkişi raporunun gerekçesinin tatmin edici olup olmadığı gibi kriterlere göre değerlendirme yapmakta ve bozma kararı verdiği dosyalarda raporun üç kişilik bilirkişi heyetince rapor hazırlanmasını tercih etmektedir<sup>196</sup>.

Bir BAM kararında bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar vurgulanmıştır: “...müteveffanın tedavisine ilişkin seyrin tespiti, bu olayda davalıların ayrı ayrı hafif bile olsa kusurlarının olup olmadığı, var ise kusurlarının niteliğinin net şekilde açıklanması, tedavi yönteminin tıbben uygun yöntem olup olmadığı, davalı tarafça uygulanan tıbbi müdahale sırasında hastanın tüm özelliklerinin titizlikle göz önüne alınıp alınmadığı, komplikasyon bulunup bulunmadığı ve varsa komplikasyonun meydana gelmemesi ile komplikasyonun yönetimi hususunda davalı tarafın gerekli özen ve titizliği gösterip göstermediği, ayrıca yapılacak ameliyatın niteliği ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda davalı tarafça aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, sonuç olarak tıbbin gerek ve kurallarına göre olayda davalı tarafların sorumluluğunu gerektirecek ihmal veya hatalı işlem bulunup bulunmadığı hususlarında nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve yargı denetimine elverişli, önceki raporları da irdeler şekilde bilirkişi kurulu raporu alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...”<sup>197</sup>. Tüm bu hususlar yargılama sürecini yöneten hâkimin, hukuken malpraktis ve nispi komplikasyon ayırımını tıbbî ölçütlere de uygun olarak yapabilmesine hizmet eder. Özellikle, “*davalı tarafça uygulanan tıbbi müdahale sırasında hastanın tüm özelliklerinin titizlikle göz önüne alınıp alınmadığı*” hususu nispi

<sup>194</sup> Y. 15 HD. T. 09.11.2020, E. 2020/1808, K. 2020/2925, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>195</sup> Estetik müdahalelerin eser sözleşmesi niteliği taşıdığı Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında kabul görmektedir. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Bknz. KİRKİT, s. 56 dñn. 228’de anılan yazarlar.

<sup>196</sup> Y. HGK. T. 07.07.2021, E. 2017/2244, K. 2021/961, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 3. HD. T. 15.09.2021, E. 2020/6148, K. 2021/8490, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 3. HD. T. 30.09.2021, E. 2020/6562, K. 2021/9301, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

<sup>197</sup> Samsun BAM, 5. HD., T. 25.11.2020, E. 2020/1332 K. 2020/1993, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.

komplikasyonda objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın tespitinde önem taşıdığını belirtmek gerekir.

### **C. Malpraktis ve Komplikasyon Arasında Olgusal İlişki**

Malpraktis ve komplikasyon ayrımı, her somut olaydaki tıbbî koşullara göre yapılır<sup>198</sup>. Kural olarak hekimin tıbbî standarda aykırı müdahaleleri malpraktis teşkil eder. Komplikasyon ise tıp bilimi çerçevesinde öngörülebilir; ancak kaçınılmaz ve rastgele olarak meydana gelen istenmeyen sonuçlardır. Bazı tipik olgular komplikasyon hali olarak sayılmaktadır. Ancak sayılan bu olgular mutlak olarak sorumsuzluk nedeni değildir<sup>199</sup>. Somut olaydaki durum ve koşullar, tıbbî müdahalenin yaratabileceği riskler, gerçekleşme yoğunluğu ile öngörülebilirlik ve önlenabilirlik yüzdeleri çerçevesinde malpraktis veya komplikasyon olarak nitelendirilebilirler<sup>200</sup>. Meydana gelen komplikasyonun önlenmesi kesin olarak mümkün değil ise mutlak, aksi halde nispi komplikasyondan söz etmek gerekir. Kontrol edilebilir riskler beklenmedik hal kapsamında nispi komplikasyon teşkil eder. Önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar ise, mücbir sebep kapsamında mutlak komplikasyondur. Mücbir sebep, nedensellik bağına mutlak komplikasyonlar kestiğinden sorumluluk kapsamı dışında kalır. Beklenmedik hal niteliği ve görünümü taşıyan nispi komplikasyon olgusu ise, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ölçüsünde kısmen de olsa hukuksal sorumluluk kapsamında değerlendirilir<sup>201</sup>. Hastanın somut (fiilî) ya da varsayımsal (farazi) iradesine aykırı tıbbî müdahale gerçekleştirme sırasında nispi komplikasyonla karşılaşan bir hekim TBK m. 527/II hükmü çerçevesinde beklenmedik halden sorumlu tutulacaktır<sup>202</sup>.

Mutlak komplikasyon ile malpraktis birbirinden uzak kavramlardır. Zira mutlak komplikasyon halinde nedensellik bağı kesilmiştir ve sorumluluk doğmamaktadır. Nispi komplikasyon ise hekimin beklenmedik halden sorumluluğu ölçüsünde malpraktis ile oldukça yakın bir ilişki halindedir.

Örneğin, hekimin takip etmekte olduğu AIDS hastasına bağışıklık güçlendirici ilaçlar vermesine karşın, hastada da zatürre gelişmesi, AIDS hastalığının bir komplikasyonudur. Hekimin bağışıklık güçlendirici ilaç vermek dışında bu komplikasyonu önleyebileceği bir yol

<sup>198</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 89. Ayırımın tıbbî yönden değerlendirilmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, age.

<sup>199</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 88.

<sup>200</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 88.

<sup>201</sup> DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 87.

<sup>202</sup> ÖZTÜRKLER, s. 197; ÖZ, s. 138.

yoktur. Kaçınılmaz olan bu durumda mutlak komplikasyon söz konusu olduğundan, malpraktis ihtimali gündeme gelmez.

Bir araştırmada, çeşitli boyun bölgesi ameliyatlarında *rekürren larengal sinir* hasarlarının malpraktis veya komplikasyon teşkil edip etmediği incelenmiştir<sup>203</sup>. Ameliyatın uzun sürmesinin hasta için tehlike arz etmediği ve sinir hasarı riski olan bazı boyun bölgesi ameliyatlarının ameliyat kayıtlarında, sinirin yerinin tespit edildiği ve korunduğuna dair kayıtların olmaması sebebiyle malpraktis olduğuna karar verildiği görülmüştür. Hastanın anatomik yapısının değişik olması, inflamasyon sebebiyle ameliyat bölgesinin çalışmaya uygun olmaması ve hastalığı tedavi etmek için sinir hasarının kaçınılmaz olması hallerinde kaçınılmaz olduğundan komplikasyon olduğuna karar verildiği görülmüştür.

Bir BAM kararında mesane rüptürü komplikasyon olarak kabul edilmiştir: *“Mahkemece, davacıda meydana gelen mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun tıbben kabulünün gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacı taraf karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sezeryan sırasında ayrıca yapılan mesane ameliyatının sezeryanın komplikasyonu mu yoksa bebeklere ulaşılabilmesi için zorunlu olarak yapılan işlem mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Davaya konu Sağlık Sigorta Poliçesi Özel Şartları'nın C.1 maddesi; "Normal doğum, sezeryan giderleri, gebelik muktad kontrollerine ait giderler ve gebelik ve doğumun neden olduğu rahatsızlıklara ilişkin giderler (zorunlu kürtaj, düşük, düşük tehdidi, gebelik kusmaları, doğum sonrası komplikasyonları vb.) doğum giderleri teminatı dahilinde ödenir" hükmünü düzenlemektedir. Tanık olarak dinlenen hekimler beyanında; davacının idrar kesesinin rahimin üst duvarına yapışık olduğunu, rahime ulaşmak için zorunlu olarak mesanın kesilmek durumunda kaldığını, bu durumun sezeryanın komplikasyonu olmadığını, davacının önceden bilinmeyen mesane rahatsızlığı nedeni ile bebeklere ulaşılabilmesi için zorunlu olarak mesanenin kesildiğini beyan etmişlerdir. İlk derece mahkemesinde alınan bilirkişi heyeti raporunda; ameliyat raporunda; mesane rüptürü/ idrar kesesi yırtılmasının davacıya yapılan sezeryan sonucunda ikiz bebeklerin doğumunun gerçekleşmesi ve rahmin kapatılması sırasında farkedildiğinin ifade edildiğini, bu nedenle mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun kabulü gerektiğini, mesane yaralanmasının tek başına bağımsız bir hastalık olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve doğum teminatı içinde değerlendirilmesi gerektiğini, ancak doğum sürecinde yapılan işlemler nedeniyle doğum*

<sup>203</sup> VERZELETTI, VASSALINI, BIN, LANCINI, RESTORÌ, FERRARI, s. 502.

teminatının tüketildiğini belirtmişlerdir. Davacının rapora itirazı üzerine alınan ek raporda; sezeryan sırasında batın açıldığında, rahime ulaşmak için mesane yaralanmasının önceden öngörülmesinin mümkün olmayacağını, ameliyat raporunda mesane rüptürü olduğunun ifade edildiği, cerrahi kesi halinde bunun rüptür olarak tanımlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ameliyat raporunda mesanenin yükselmiş olduğu, mesane üzerinde klivaj bulunarak uterusu girildiği ve ikizlerin doğumunun sağlandığı, uterusun kapatılmasından sonra mesane rüptürünün farkedildiğinin beyan edilmesi karşısında, mesane yaralanmasının tek başına bağımsız bir hastalık olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, yapılan sezeryan ameliyatı ile ameliyat sırasında oluşan mesane rüptürü arasında açık bir illiyet bağı bulunduğu, bu nedenle mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun kabul edilip doğum teminatı içinde değerlendirilmesi gerektiği, ancak doğum sürecinde yapılan işlemler nedeniyle doğum teminatının tüketildiği anlaşıldığından mahkemece davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan nedenler ile ilk derece mahkeme kararında hukuka aykırılık görülmediğinden, davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1.b.1 bendi gereğince esastan reddine karar verilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur<sup>204</sup>. Karar konusu olayda komplikasyon olarak tespit edilen mesane rüptürünün mutlak komplikasyon olduğundan söz edilemez. Başka bir olayda mesane rüptürü malpraktis neticesinde meydana gelmiş olabilir. Beklenmedik hal olarak değerlendirilebilecek bu olay, nispî komplikasyondur.

## SONUÇ

Tıbbî müdahale, kişilik hakkına müdahale niteliği taşıdığından kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile hukuka uygun hale gelir. Hastanın bilgilendirilmiş rızasının varlığı hukuka uygunluk sebeplerinin başında gelir. Hastanın bilgilendirilmiş rızası alınmadan ve/veya diğer hukuka uygunluk sebepleri bulunmaksızın gerçekleştirilen tüm tıbbî müdahaleler, her ne kadar tıbbî standartlara uygun olsalar dahi hekimin hukuksal sorumluluğunun doğmasına yol açar.

Hukuka uygun tıbbî müdahale gerçekleştirilmesine rağmen, müdahalenin tıbbî standartlara uygun olmaması halinde de hekimin özen yükümlülüğünün ihlali gündeme gelir. Hekimin özel hukuk sorumluluğunun unsurları; hukuka veya sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır.

<sup>204</sup> İstanbul BAM, 17. HD., T. 23.9.2021, E. 2018/1937 K. 2021/1030, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlâli haksız fiil sorumluluğu yönünden hukuka aykırılık unsuruna, sözleşmeden doğan sorumluluk yönünden sözleşmeye aykırılık unsuruna karşılık gelir. Tıbbî standarda aykırı davranış hukuka ve/veya sözleşmeye aykırılıktır.

Hekimin tıbbî meslek kusuru, sorumluluk hukuku bağlamında genel kusurdan ayrıılmaz ve kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak tıbbî sorumluluk hukukunda tıbben kusurlu eylemin kast ve ihmâl ayırımından birine girmesinden öte, hekimin gerçekleştirdiği tıbbî eylemin en azından hafif ihmâl teşkil edip etmediği hususu da önem taşır.

Hekimin tıbbî meslek kusuru ile yol açtığı zararların tazmini gerektiği ölçüde tazminat konusu edilmesi gerekir. Tıbbî sorumluluk hukukunda zarar ise, hastanın kişilik hakkının ve/veya hukuken korunan değerinin hastanın iradesi dışında meydana gelen fiil veya olayların meydana getirdiği olumsuz sonuçtur. Zararın farklı ölçütler çerçevesinde belirlenen değişik türleri (doğrudan/dolaylı zarar; fiili zarar / yoksun kalınan kazanç; gerçek zarar / normatif zarar gibi) bulunmakta ise de maddi ve manevi zarar ayırımı tıbbî tazminat kapsamında öne çıkar.

Hekimin tıbbî kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Uygun nedenselliğin hiç kurulamaması veya kesilmesi hallerinde sorumluluk doğmaz. Nedensellik bağı, üçüncü kişinin veya zarar görenin kusuru veya mücbir sebebin varlığı halinde kesilir. Beklenmedik hal, sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız şekilde sözleşmenin veya genel bir davranış normunun kaçınılmaz olarak ihlâli sonucuna yol açar. Öngörülmesi ve kaçınılması objektif ölçülerde mümkün olmayan derecede ağır ve karşı konulamaz türden beklenmedik olaylar birer mücbir sebeptir. Bu iki tesadüfi(rastlantısal) olay arasında nicelik ve etki farkı vardır. Mutlak kaçınılmaz ve öngörülemez türden dışsal (haricî) bir olay olan mücbir sebep olgusu, kesin olarak nedensellik bağını keserken (tam sorumsuzluk etkisi); beklenmedik hal, daha az şiddetlidir ve nedensellik bağını kesmeyebilir (kısmî sorumsuzluk etkisi).

Hekimin tıbbî kusurlu eylemi veya bir başka deyişle malpraktis, uygulamada malpraktis davası olarak bilinen hekimin hukuksal sorumluluğuna ilişkin davalara yol açmaktadır. Tıbbî standarda aykırı davranışlar malpraktis teşkil eder. Komplikasyon ise öngörülemeyen veya öngörülse dahi engellenemeyen tıbbî sonuçlardır.

Hekimin tıbbî kusuru malpraktis olduğundan diğer unsurların varlığı halinde hekimin hukuksal sorumluluğuna yol açar. Komplikasyon ise, mücbir sebep veya umulmadık hal teşkil etmesine göre ikiye ayrılır. Mücbir sebep teşkil eden ve kaçınılmaz olan komplikasyon, mutlak komplikasyondur. Kontrol edilebilir türden risk teşkil eden komplikasyonlar ise, beklenmedik

hal ve bu anlamda nispi komplikasyon olarak adlandırılır. Mücbir sebep ise, nedensellik bağımlı keşecek güçte ve karşı konulamaz ağırlık taşıma anlamında mutlak komplikasyon teşkil eder ve hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Buna karşılık, nispi komplikasyon olgusu beklenmedik hallerden biri olarak tıbbi sorumluluk kapsamında ele alınabilir ve objektif özen yükümlülüğüne aykırı olduğu ölçüde de hukuksal sorumluluk kapsamında değerlendirilebilir.

Malpraktis ve komplikasyon ayrımı, bazı hallerin nispi komplikasyon veya malpraktis teşkil etmesi noktasında önem taşır. Mutlak komplikasyon, hukuksal sorumluluğun doğmamasına yol açtığından bu bağlamda değerlendirilmez.

Bilimsel özgürlüğün devlet eliyle kısıtlanması anlamına gelebileceğinden hekimin tıbbi standarda uygun davranıp davranmadığı ve dolayısıyla tıbbi eylemin malpraktis teşkil edip etmediği alanında uzman hekim bilirkişilerce tıbbi standart dikkate alınarak belirlenmektedir. Tıbbi eylemin tıbbi standartlara uygunluğu bilirkişiler tarafından değerlendirilmekte ise de hukuksal nitelendirme ve nihai yargısal takdirin hâkim tarafından yapılması gerekir. Bilirkişi veya uzman görüşü raporlarında komplikasyon olarak değerlendirilen bir tıbbi eylemin hukuken malpraktis ve nispi komplikasyon ayrımı çerçevesinde ayrı ayrı ele alınıp somut vakaya özgü özel durum ve koşullar altında hakkaniyetle değerlendirilebilmesi için, tıbben ve hukuken önem taşıyan bazı hususların raporda net ve anlaşılır bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kaldı ki, bu noktada, somut ve objektif açılardan gerektirici neden olarak öne çıkarılması beklenen bu hususların Yargıtay ve BAM denetimi sonucu verilen kararlarda da sıklıkla ifade edildiği görülmektedir.

## KAYNAKÇA

- AYAN, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*. Ankara.
- BAŞPINAR, V. (2004). *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (2. b.). Ankara.
- BEAUCHAMP, T. L., CHILDRESS, J. F. (2019). *Principles of Biomedical Ethics* (8. b.). New York.
- BELGESAY, M. R. (1945). Doktorun Hukuki Borçları. *İÜHFİM, XI*(3-4), 108-127.
- BÜCHLER, A., MICHEL, M. (2020). *Medizin - Mensch - Recht* (2. b.). Zürich.
- CAN, İ. Ö., ÖZKARA, E., CAN, M. (2011). Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 25(2), 69-76.
- DEMİR, M. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. *AÜHFİM, 57*(3), 225-252.
- DEMİR, M. (2011). Hekim - Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri. *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009, İstanbul)*, (s. 287-306). İstanbul.
- DEMİR, M. (2020). *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku* (2. b.). Ankara.
- DOĞRAMACI, Y. G. (2022). *Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat*. Ankara.
- EREN, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara.
- EREN, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25 b.). Ankara.
- ERMAN, H. (1998). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *Bülent Davran'a Armağan* (s. 143-153).
- GATTIKER, M. (2001). Kausalhaftung für medizinische Behandlungen -- Realität oder Zukunftsmusik? *AJP*, 645-659.
- HAKERİ, H. (2022). *Tıp Hukuku Cilt-I* (25. b.). Ankara.
- HAKERİ, H. (2022). *Tıp Hukuku Cilt-II* (25. b.). Ankara.
- HANCI, İ. H. (2006). *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. Ankara.
- HERRING, J. (2016). *Medical Law and Ethics* (6. b.). Newyork.
- KİRKİT, E. (2016). *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*. Ankara.
- KUHN, M. (2007). I. Begriff des Kunst- bzw. Behandlungsfehlers. M. KUHN, & T. POLEDNA içinde, *Arztrecht in der Praxis* (2. b., s. 601-616). Zürich.
- LANDOLT, H., HERZOG-ZWITTER, I. (2015). Fünfter Teil: Die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung. H. LANDOLT, I. HERZOG-ZWITTER içinde, *Arzthaftungsrecht* (s. 253-279).
- NOMER, H. N. (2021). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. b.). İstanbul.
- OFTINGER, K., STARK, E. W. (1995). *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I-II* (5. b.). Zürich.



- ÖZ, S. (2013). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 107-148.
- ÖZCAN, Z. (2018). Malpraktis-Komplikasyon Ayırımının Önemi. *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (14 Aralık 2018)*, (s. 197-212). İstanbul.
- ÖZDEMİR, G. (2021). *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*. Ankara.
- ÖZDEMİR, H. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *ERÜHFD*, XI(1), 33-81.
- ÖZTÜRKLER, C. (2006). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. Ankara.
- PAKEL, E. D. (2019). Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk. *Yayımlanmamış Doktora Tezi*.
- POLAT, O. (2015). *Tıbbi Uygulama Hataları (2. b.)*. Ankara.
- REİSOĞLU, S. (1982). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu. *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM*, s. 1-19.
- SAVAŞ, H. (2012). Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar. İ. B. Kurulu içinde, *Sağlık Hukuku Makaleleri* (s. 259-295). İstanbul.
- STEHLE, B., REICHLE, S. (2019). ERSTER TEIL . H. LANDOLT, B. STEHLE içinde, *Arzhaftpflicht 2019* (s. 7-118). Zürich.
- ŞENOCAK, Z. (1998). *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara.
- ŞENOCAK, Z. (2008). Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar. *Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007*, (s. 241-254). Ankara.
- UYGUR, A. B. (2019). Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi. *TBB Dergisi*(144), 355-381.
- VERZELETTI, A., VASSALINI, M., BIN, P., LANCINI, L., RESTORİ, M., FERRARI, F. (2016). Malpractice claims related to recurrent laryngeal nerve injury: Forensic remarks regarding 15 cases. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 6(4), 501-504.
- VOJKOVIC, H. (2019). Differentiating Medical Malpractice From Medical Complications. *Medicine, Law & Society*, 12(1), 39-64.
- YAVUZ, F. (2007). Malpraktis – Komplikasyon Ayırımı. *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları* (s. 97-106). içinde İstanbul.
- YILDIRIM, İ. (2015). Tıbbi Malpraktis ve Hekim Mesleki Sorumluluk. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 6(3), 121-129.
- YILMAZ, B. (2020). *Açıklamalı - İtihtatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu (4. b.)*. Ankara.



## BİYOMETRİK VERİLERİN İŞLENMESİNİN YARGI KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ\*

Evaluation of the Processing of Biometric Data in the Light of Judicial Decisions

Miray ÖZER DENİZ\*

M. Turan ÖZER\*\*

### ÖZ

Bir kişi ile ilişki kurulabilmesini sağlayan her türlü veri, kişisel veridir. Biyometrik veriler, kanunda tanımı yapılmamakla birlikte, parmak izi, avuç içi, iris, yüz taraması gibi fizyolojik veya adım atma, kalem tutma gibi davranışsal belli bir kişi ile ilişki kurabilen verilerdir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) 6. maddesinde özel nitelikli veri olarak kabul edilmiştir. Biyometrik veriler, kişinin kimliğinin belirlenmesi imkânı veren ve kopyalanma ya da taklit edilmesine müsaade etmediğinden, gizlilik, güvenlik veya kontrol gereken yerlerin girişlerinde kullanılmaktadır. Son dönemde, çalışanların mesai saatlerine riayet etmesini ve kontrolünü sağlamak adına, teknolojinin gelişmesiyle birlikte parmak izi ile giriş sağlayan sistemlerin uygulanması yaygınlaşmıştır. Bununla birlikte, parmak izini kaydeden uygulamaların kişilik hakkını ve özel hayatın gizliliği kuralını ihlal ettiği bahsiyle uygulamaların iptaline yönelik yargıya başvurular da artmıştır. Çalışmamızda, biyometrik verilerin tanımı ve işleme usulleri ile konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun verdiği kararlar değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, Biyometrik Veri, Parmak İzi, Kişisel Verilerin İşlenmesi.

\* **Gönderi:** 27.04.2022 - **Kabul:** 24.05.2022 | **Received:** 27.04.2022 - **Accepted:** 24.05.2022.

\* Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye  
✉ mdeniz@cu.edu.tr • ORCID 0000-0003-2443-6290.

\*\* LL.M., Avukat ve Arbulucu, Adana Barosu, Adana, Türkiye ✉ turan@turanozer.av.tr • ORCID 0000-0001-9715-0037.

**Atıf Şekli / Cite As:** ÖZER DENİZ, Miray, ÖZER, M. Turan (2022). Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi. ÇÜHAD, (1), 92-110.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## ABSTRACT

Any data that enables a person to be related is personal data. Biometric data can relate to a certain person physiologically such as fingerprint, palm, iris, face scanning or behavioral such as stepping and holding a pencil. It is accepted as special quality data in Article 6 of the Personal Data Protection Law (KVKK). Biometric data is preferable at the entrances of places where privacy, security or control is required, as it allows to identify the person and can not be copied or imitated. Recently, with the development of technology, the application of systems that provide fingerprint access has become widespread in order to ensure that employees comply with and control working hours. In addition, applications to the judiciary for the annulment of the applications have increased with the mention that the applications that record fingerprints violate the right to privacy and the rule of privacy. In our study, the definition and processing methods of biometric data and the decisions made by the Constitutional Court, the Council of State and the Personal Data Protection Authority will be evaluated.

**Keywords:** Personal Data, Biometric Data, Fingerprints, The Process of Personal Data.

## I. BİYOMETRİK VERİLERİN TANIMI

Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder. Bu kapsamda, kişinin adı, doğum tarihi, iletişim bilgileri, sosyal güvenlik ya da kimlik numarası, IP adresi, fotoğrafı, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgileri, alışveriş alışkanlıkları kişisel veridir<sup>1</sup>. Kişisel veriler, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel nitelikli kişisel veriler, KVKK m. 6'da “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik veriler*” olarak belirlenmiştir. Bu veriler tahdidi olarak sayılmıştır ve yorum yoluyla genişletilemezler.

Çalışmamızın esasını oluşturan biyometrik verinin tanımı KVKK'da yapılmamıştır. Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı Yönetmeliği'ne göre, biyometrik veri “*Elektronik sistemler*

<sup>1</sup> Y. 12 CD. T: 19.1.2015 E. 2014/11621 K. 2015/568; Y. 12 CD. T: 12.1.2015 E. 2014/11879 K. 2015/22; Y. 12 CD. T: 12.01.2015 E. 2014/9544 K. 2015/46, Y. 12 CD. T: 10.06.2013 E. 2013/10672 K. 2013/15772, Y. 12 CD. T: 09.06.2013 E. 2013/30385 K. 2013/14157; AYM E. 2013/122 K. 2014/74; AYM E. 2014/ 149 K. 2014/151 T: 09.04.2014; AYM T: 04.12.2014 E. 2013/84 K. 2014/183; AYM T: 25.12.2014 E. 2014/74 K. 2014/201; AYM T: 19.03.2015 E. 2014/180 K. 2015/30, kazanci.com.tr, (ET: 27.04.2022).

aracılığı ile kimlik tespiti ve kimlik doğrulama işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla alınan kişiye özgü verileri” ifade eder<sup>2</sup>.

KVKK yürürlüğe girmeden önce, Danıştay bir kararında biyometrik yöntemleri, “ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikleri aracılığıyla gerçekleştirilen ve otomatik şekilde doğrulanabilen kimlik denetleme tekniklerini ifade ettiği belirtilerek, bu yöntemler arasında parmak izi tanıma, avuç içi tarama, el geometrisi tanıma, iris tanıma, yüz tanıma, retina tanıma, DNA tanıma gibi yöntemler” olarak tanımlamıştır<sup>3</sup>. AYM ise bir kararında “Biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulama, hizmet talep eden bir kullanıcının, ölçülebilir fizyolojik ve bireysel özellikler yoluyla gerçekleştirilen ve otomatik olarak doğrulanabilen kimlik denetleme yoluyla gerçek kullanıcı olup olmadığının doğrulanması anlamına gelmektedir.” şeklinde tanımlanmıştır<sup>4</sup>.

Biyometrik veri, Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü’nde (GDPR), “Yüz görüntüleri veya daktiloskopik veriler gibi bir gerçek kişinin özgün bir şekilde teşhis edilmesini sağlayan veya teyit eden fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin olarak spesifik teknik işlemeden kaynaklanan kişisel veriler” olarak tanımlanmıştır.

Biyometrik veriler, kişiye özgü ve kişiyi ayırt edecek verilerdir. Biyometrik veriler, fizyolojik nitelikli biyometrik veriler ve davranışsal nitelikli biyometrik veriler olarak ikiye ayrılır<sup>5</sup>. Fizyolojik nitelikli biyometrik verilere örnek olarak el izi, avuç izi, damar şekli, kulak ve yüz şekli, ısı dağılımı verilebilir<sup>6</sup>. Davranışsal nitelikli biyometrik veriler ise yürüyüş şekli, parmakları kullanma şekli, araba kullanma şekli, yazı yazma ve kalem tutma şekli gibi kişiyi davranışlarını icra etme biçimine göre ayırt eden biyometrik verilerdir<sup>7</sup>.

Çoğu biyometrik veri, kişiyi tanımlayabilmesinin yanında, kişiye ait diğer bilgilere ulaşılabilmesini sağlar. Örneğin, parmak izinden kişinin etnik kökeni ve hastalıkları gibi diğer verilere de erişilebilmektedir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, biyometrik veriler, sadece kişinin parmak izi,

<sup>2</sup> RG, T: 03.12.2019 ve No: 30967.

<sup>3</sup> Danıştay 15. HD. E. 2014/4562, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>, (ET: 27.04.2022).

<sup>4</sup> AYM T: 19.3.2015 E. 2014/108 K. 2015/30, <https://www.anayasa.gov.tr/>, (ET: 27.04.2022).

<sup>5</sup> Opinion 3/2012 On Developments In Biometric Technologies, Article 29 Data Protection Working Party, 00720/12/EN WP193, s. 4.

<sup>6</sup> ERARSLAN TÜRKMEN, s. 67; AKGÜL, s. 202; ERDİNÇ, s. 3.

<sup>7</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7047/Biyometrik-Verilerin-Islenmesinde-Dikkat-Edilmesi-Gereken-Hususlara-Iliskin-Rehber>, s. 5, (ET: 27.04.2022).

<sup>8</sup> JASSERAND, s. 306-308.

görüntüsü, sesi gibi verilerinin yanında sağlık ve genetik verileri hakkında bilgi sağladığı için özel nitelikli veri olarak korunmalıdır.

Biyometrik veriler, kişiye özgü olup kesin, değişmeyen ve kaybolmayan daktiloskopik verilerdir<sup>9</sup>. Bu nedenle, biyometrik verilerden parmak izi, avuç izi, damar izi, retina taramasına çoğunlukla yüksek güvenlik gerektiren ve mutlak suretle kişinin doğru tanımlanmasını gerektiren yerlerde başvurulmaktadır. Özel laboratuvarlar, hapisane, askeri alanlar gibi yerlerde parmak izi, avuç veya damar izi kullanılarak giriş yapılmasına rastlanmaktadır<sup>10</sup>. Bunun yanında, çağrı merkezleri ile yapılan telefon görüşmelerinde, kalite standartları ve muhtemel bir uyuşmazlıkta ispat amaçlı ses kaydı yapılmaktadır. Kalabalık ve değerli ürünlerin olduğu mağazalarda ya da işyerlerinde görüntü kaydı yapılmaktadır. Günlük hayatın içinde ise daha çok ses ve görüntü kaydı gibi biyometrik verilerin kullanılmasına rastlanmaktadır.

Biyometrik veriler, kimlik kontrolünü sağladığı için uluslararası alanda da kullanılmaktadır. Çoğu devlet, uluslararası alanda özellikle güvenliği sağlamak adına biyometrik fotoğraf ve parmak izini kullanmaktadır. Örneğin suç, kaçakçılık ve yasa dışı göçmenlik gibi faaliyetlerinin önüne geçilmesi amacıyla imzalanan Prüm anlaşması, taraf devletler<sup>11</sup> arasında vatandaşların parmak izi ve DNA verilerinin sözleşmeye taraf diğer ülkeler ile paylaşılmasına izin vermektedir<sup>12</sup>.

Benzer amaçla, Avrupa Birliğinde “*Secure Trans European Services For Telematics Between Administrations*” (eTESTA) kurulmuştur. Bu platform, Avrupa’daki ülkeler arasında DNA ve parmak izi gibi verilerin paylaşılmasını sağlamaktadır. Böylece, üye devletin birinde işlenen suçun failinin, serbest dolaşım hakkını kullanarak diğer Avrupa Birliği içindeki üye devletlere kaçması önlenmeye çalışılmaktadır.

<sup>9</sup> AKGÜL, s. 202; Ayrıca bkz. “*Biyometrik imza verisinin kullanılmasına ilişkin görüş talebi*” ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27.08.2020 tarihli ve 2020/649 sayılı karar özeti, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6815/2020-649>, (ET: 27.04.2022).

<sup>10</sup> Biyometrik yöntemlerin suçlunun teşhisinde kullanılması 1870’lere kadar dayanır. İlk defa Alphonse Bertillon tarafından kullanılmış ve kişilerin kafatası, kol ve ayak ölçülerinden yararlanılarak kimlik tespiti yapılmıştır. 1980’lerde yüz tanıma ve 90’larda ise iris tanıma özelliği ile gelişmiştir. AKGÜL, s. 200.

<sup>11</sup> Belçika, Almanya, İspanya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve Avusturya’nın imzaladığı Prüm Antlaşmasıyla, bu ülkeler suç, kaçakçılık ve yasadışı göçmenlik gibi faaliyetlerinin önüne geçilmesi için birbirleriyle DNA paylaşma konusunda işbirliği yapar. <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/prumtr.pdf>, (ET: 27.04.2022).

<sup>12</sup> <https://www.london.gov.uk/what-we-do/mayors-office-policing-and-crime-mopac/governance-and-decision-making/mopac-decisions-0/exchange-biometric-data-across-europe-prum-arrangements>, (ET: 27.04.2022).

## II. BİYOMETRİK VERİLERİN İŞLENMESİ

Bir verinin elde edilme aşamasından silinme ya da yok etme aşamasına kadar geçen süredeki her türlü faaliyet, işleme faaliyeti olacaktır. Zira kişisel verilerin işlenmesi, KVKK'da m. 3'te, "kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması<sup>13</sup>, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi<sup>14</sup>, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi" olarak tanımlanmıştır<sup>15</sup>.

Kişisel veriler, KVKK m.5 ve m. 6 uyarınca, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Açık rıza, Kurum tarafından "Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza." şeklinde tanımlanmıştır<sup>16</sup>. Geçerli bir açık rıza için, ilgili kişinin işleme faaliyeti ve bunun sonuçları hakkında aydınlatılmış olması ve bu aydınlatma üzerine ilgili kişinin özgür ve bilinçli iradesiyle rıza göstermesi gerekir<sup>17</sup>. Bir başka ifadeyle geçerli bir rıza beyanını üç unsuru vardır. Bunlar, belirli bir konu ile ilgili olması, bilgilendirmeye dayanması ve özgür iradeyle açıklanmasıdır<sup>18</sup>.

Belirli bir konuya ilişkin olma, veri sorumlusunun veri işleme amacının net bir şekilde ifade edilmesini ifade eder. Veri sorumlusunun, veri işleme amacını net ve sınırları çizilmiş olarak ilgili kişiye açıklaması gerekir<sup>19</sup>. Sınırları belli olmayan ve genel ifadeli bilgilendirme metinleri ve açık rıza beyanları geçersiz olacaktır. Bu kapsamda, ilgili kişinin "Kişisel

<sup>13</sup> Aktarma işlemi, kişisel verilerin işlenmesinin bir türü olmasına rağmen Kanun'da özel olarak düzenlenmiştir. Hatta madde olarak Kanun'da yer almasının yanında, verilerin aktarılması için Kurum'un özel izninin alınması gerekmektedir. Bunun nedeni, aktarma fiiliyle kişisel verilerin çok daha geniş çapta yayılması, ilgili kişinin kontrolünden çıkması, özellikle yurtdışı aktarımlarında verilerin transfer edileceği ülkenin kişisel verileri koruma hukukunun kapsamının bilinmemesi ve buna bağlı olarak kişisel verilerin daha çok korunmaya ihtiyaç duyulması olduğu söylenebilir. ALTINOK ÇALIŞKAN, ÖZTÜRK, s. 315.

<sup>14</sup> Bu kapsamda, arama motorlarında kişisel bilgilerin motor sağlayıcıları tarafından kullanıcılara iletilmesi de işleme faaliyetidir. [https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6777/Kisilerin-Ad-ve-Soyadi-ile-Arama-Motorlari-Uzerinden-Yapilan-Aramalarda-Cikan-Sonuclarin-Indeksten-Cikarilmasina-Yonelik-Talepler-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu\\_kvkk.gov.tr](https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6777/Kisilerin-Ad-ve-Soyadi-ile-Arama-Motorlari-Uzerinden-Yapilan-Aramalarda-Cikan-Sonuclarin-Indeksten-Cikarilmasina-Yonelik-Talepler-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu_kvkk.gov.tr), (ET: 01.08.2020).

<sup>15</sup> Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, s. 1.

<sup>16</sup> Madde Ve Gereğesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) Ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK Yayınları, Ankara, Mart 2019, s. 103.

<sup>17</sup> KAYA, s. 326; RINGELHEIM, s. 63.

<sup>18</sup> Açık Rıza, KVKK Rehber Kitapçığı, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/e3c6aa10-9de4-46f8-9b51-71bcf07c09b5.pdf>, (ET: 27.04.2022).

<sup>19</sup> BRINK, WOLFF, s. 2.



verilerimin işlenmesini kabul ediyorum.” şeklindeki beyanı açık rıza olarak değerlendirilmeyecektir<sup>20</sup>.

Bilgilendirilmeye dayanması ise veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü ile paralel olarak, ilgili kişinin veri işleme amaçları ve yöntemleri hakkında bilgilendirilmesidir. İlgili kişinin bilgilendirilmesi, KVKK m. 10 ve 11’e paralel olmalıdır. Bu kapsamda, ilgili kişi, veri sorumlusunun kimliği, verilen işlenmesi ile hedeflenen amacı<sup>21</sup>, veri alıcılarının kimliğini<sup>22</sup>, kendisinin verileri düzeltme ve veriler hakkında bilgi alma hakkının bulunduğu konularında bilgilendirilmelidir.

İlgili kişi, bunların yanında, verilerin korunmasına ilişkin ne tür güvenlik önlemleri alındığını, verilerin kimlerle ve ne amaçla paylaşılacağını, veri sorumlusunun kişisel verileri işleme amacıyla alakalı olup olmadığı ve vereceği rızanın hukuki sonuçları hakkında bilgi sahibi olmalıdır<sup>23</sup>. Bilgilendirme, yalnızca açık rızanın geçerliliği için değil kişinin düzeltilme, silme veya itiraz hakları gibi bağlantılı diğer haklarının kullanımı için de gereklidir<sup>24</sup>. İlgili kişinin tüm verilerinin, her türlü amaç için işlenmesine vereceği rıza, hukuka uygunluk sağlamayacaktır<sup>25</sup>.

Açık rızanın özgür irade ile verilmesi gerekir. Bu kapsamda, kişinin iradesi hata, hile ve tehdit ile sakatlanmamalıdır. Ayrıca, uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, açık rıza, bir ürün veya hizmetin sunulmasının ya da ürün veya hizmetten yararlandırılmasının ön şartı olmamalıdır. Özgür irade ile açık rızanın verilmesi hususu, özellikle işçi-işveren arasındaki ilişkilerde titizlikle değerlendirilmelidir. İşverenin, açık rıza alınmasını hizmet akdinin bir parçası olarak ileri sürmesi halinde, işçinin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik açık rızasının özgür iradeyle vermiş olması şüpheli hale gelecektir.

<sup>20</sup> Açık Rıza, s. 4.

<sup>21</sup> “İlgili kişinin yaptığı başvuruyu cevaplandırmayan ve internet sitesi üzerinden yayımladığı aydınlatma metni mevzuatta düzenlenen şartları taşımayan T.C. Ziraat Bankası A.Ş. hakkında” Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02.05.2019 tarihli ve 2019/122 sayılı Karar Özeti, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5461/2019/122>, (ET: 27.04.2022).

<sup>22</sup> Özellikle kişisel verilerin yurtdışına aktarımı ve paylaşımı söz konusu olduğunda, anılan verilerin nereye, kimlere ve neden aktarılacağını özellikli olarak belirtilmesi gerekir. Aynı görüşte bkz. BRAUN, s. 25.

<sup>23</sup> CUSTERS, VAN DER HOLF, SCHERMER, APPLEBY-ARNOLD, BROCKDORFF, s. 445; Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679, [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=62305](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=62305), (ET: 27.04.2022).

<sup>24</sup> BOROCZ, s. 470; AYDIN, s. 117; BU-PASHA, ALEN-SAVIKKO, MAKINEN, GUINNES, KORPISAARI, s. 320.

<sup>25</sup> DÜLGER, s. 24; KÜZECİ, s. 241; DEVELİOĞLU. Ayrıca, Kurum kararı için bkz. <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404>, (ET: 27.04.2022).



Kanun koyucu hem genel hem de özel nitelikli kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesinde aranan açık rıza bakımından aynı koşulları aramaktadır<sup>26</sup>. Öncelikle, özel nitelikli kişisel verilerin hukuka uygunluk nedenlerinin yanında genel nitelikli kişisel veriler için hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının gerekip gerekmediği belirlenmelidir. Özel nitelikli kişisel verilerin hassasiyeti düşünüldüğünde, bu veriler için gerekli olan hukuka uygunluk nedenlerinin yanında genel nitelikli kişisel veriler için gerekli olan hukuka uygunluk nedeninin de varlığı aranmalıdır<sup>27</sup>.

Açık rıza alındıktan sonra işleme amacının değişmesi halinde, veri sorumlusu veya ilgisinin yeni konu sınırı ile ilgili tekrar rıza alması gerekir<sup>28</sup>. Aksi halde, değişen konu ile ilgili işleme yapılması hukuka aykırı olacaktır. Bunun yanında, açık rızanın verildiği konudan başka bir konu ile ilgili işleme faaliyetleri yapılması da hukuka uygun olmayacaktır. Örneğin, Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun önüne gelen bir olayda, ilgili kişi veri sorumlusuna belli bir amaç için kişisel verilerini işleme izni vermiş iken başka bir amaçla verilerinin işlendiğini öğrenmiştir. Kurul bu olayda, veri sorumlusunun KVKK m. 4'teki işleme ilkelerine, KVKK Geçiş Hükümlerinden 1. maddesine uygun davranmadığına karar vererek veri sorumlusu hakkında KVKK m. 18 uyarınca idari para cezası verilmesine karar vermiştir<sup>29</sup>.

KVKK m. 6'ya göre, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Ayrıca, bu verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır. Ayrıca, biyometrik verilerin işlenmesinde, biyometrik veri işleme şartlarının mevcudiyeti ve Kanunun 4 üncü maddesinde düzenlenen genel ilkelere riayet edilmesi önem arz etmektedir. Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Bu çerçevede, biyometrik veriler açık rıza yoksa kanunlarda öngörülen hâllerde işlenecektir. Anılan Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, başka kanunlarda biyometrik verilerin işlenmesine dair hükümlerin açıkça yer alması durumunda ilgili kanunlarda yer alan hükümler uygulanacaktır.

Biyometrik verilerin işlenmesine ilişkin kanuni düzenlemelerin birisi, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'dur. Bu Kanun'un 67. maddesinde, sağlık hizmetlerinden yararlanmak amacıyla biyometrik verinin alınmasına ilişkin düzenleme yer

<sup>26</sup> Aynı şekilde bkz. BRAUN, s. 30; ERARSLAN TÜRKMEN, s. 124.

<sup>27</sup> YÜCEDAĞ, s. 772.

<sup>28</sup> DÜLGER, s. 24; Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679.

<sup>29</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5423/2018-131>, (ET: 27.04.2022).

almaktadır. Ayrıca, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 7. maddesinde, aile kütüklerinde biyometrik veri bilgisinin de bulunduğu düzenleme yer almaktadır. Bunun yanında, Polis Vazife ve Salâhiyet Nizamnamesi m. 5'e göre, yetkili memurların gerekli görmesi halinde parmak izi ve fotoğraf alınabileceğini belirtmiştir. Anılan bu madde, biyometrik veri niteliğindeki parmak izi ve fotoğrafların polisler tarafından işlenmesinde kanuni dayanak oluşturmaktadır<sup>30</sup>.

Biyometrik veriler, Covid-19 pandemi sürecinde uzaktan iletişim, öğrencilere eğitim verilmesi, iş ve sosyal amaçlı toplantı yapılması amacıyla, internet aracılığıyla iletişim sağlayan *Zoom, Teams ve House Party* gibi uygulamalarda sıkça kullanılmıştır. Uzaktan iletişim sağlayan uygulamalar, gerek kullanım şartı gerekse kullanıcı politikası olarak kullanıcıların ses ve görüntülerini kaydetmektedir. Hatta, biyometrik verilerin yanı sıra, kullanıcıların isim, elektronik posta, telefon numarası, konum bilgisi gibi diğer kişisel verilerini de işlemektedir.

Söz konusu bu uygulamalar, hayatı kolaylaştırmakla birlikte kişisel verilerin korunması noktasında soru işaretleri yaratmaktadır. Bunun birinci nedeni, uygulamalar vasıtasıyla elde edilen veriler, uygulama merkezlerinin yurtdışı olması sebebiyle, yurtdışına aktarılmaktadır. Yurtdışına aktarım ise KVKK'na göre ancak ilgili kişinin açık rızasıyla geçerlidir. Ne var ki uygulamada bu rızanın geçerliliği gerektiği gibi sağlanamamaktadır.

Ayrıca, iş hayatında bu uygulamaların kullanılmasında ise çalışanların rızalarının irade beyanlarına dayanıp dayanmadığı noktası değerlendirilmelidir. Zoom uygulaması üzerinden toplantı yapan bir şirkette çalışan kişinin, uygulamanın biyometrik verilerini işlemesine rıza göstermemesi aynı zamanda iş akdini gereği gibi ifa etmemesine de yol açacaktır. Bunun gibi, uzaktan eğitim veren eğitim kurumunda çalışan öğretmen bu uygulamaları kullanmaya rıza göstermemesi işini kaybetmesine neden olabilir. Dolayısıyla, işçi-işveren uyuşmazlıkların geçerli rıza beyanı için gerekli özgür irade koşulu, biyometrik verilerin işlenmesi noktasında da oldukça tartışmalı olmaktadır.

Kişisel Veriler Koruma Kurumu, anılan uygulamaların kullanımına ilişkin internet sitesinde bir kamuoyu duyurusu yayınlamıştır. Bu duyuruda, bu uygulama ve platformları kullanan veri sorumlularının Kurul tarafından hazırlanan "*Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (İdari ve Teknik Tedbirler)* ile *Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 31/01/2018 tarihli ve 2018/10 sayılı*

<sup>30</sup> ATLI, s. 12.

“Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” Kararı dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir<sup>31</sup>.

### III. BİYOMETRİK VERİLERİN İŞLENMESİNE İLİŞKİN İLKELER

Kişisel verilerin düzenlendiği her hukuk sisteminde, verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler belirlenmiştir. Mevzu alman 95/46/EC Yönergesinde ve Tüzükte bu ilkeler tek tek sayılmıştır. KVKK’nda ise m. 4’te “Genel İlkeler” başlığında Türk hukukunda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkeler belirlenirken çoğunlukla 108 No’lu Sözleşme ile ilkeler esas alınmıştır.

İlkeler, işleme faaliyetlerinin olabildiğince hukuka uygun, şeffaf, ilgili kişinin haklarını korumaya yönelik düzenlenmiştir. İlkelerin amacına ulaşabilmesi için bu ilkelere veri işleme faaliyetlerinin her aşamasında riayet edilmelidir<sup>32</sup>.

KVKK m. 4, “*Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur;*

*a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.*

*b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.*

*c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.*

*ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.*

*d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İlk ilke olan hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma, diğer ilkelerin esasını oluşturan ve onlara kaynaklık eden bir ilkedir<sup>33</sup>. TMK m. 2 gibi genel hukuk normları ile konuyla ilgili olan tüm yasalara uygun olmayı amaçlamaktadır<sup>34</sup>. Bu ilkeye göre, işlenen tüm veriler, genel hukuk normları ve ilgili yasal düzenlemelere uygun olmalıdır<sup>35</sup>. Dürüstlük kuralına (*fair*) uygun olma ise veri işleme sırasında, ilgili kişinin menfaatleri de dikkate alınmasını ifade eder<sup>36</sup>. Örneğin, veri işleme faaliyetinin ilgili kişiye başka hiçbir seçenek olmadan sunulması, açık

<sup>31</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu>, (ET: 27.04.2022).

<sup>32</sup> Opinion 3/2012 On Developments In Biometric Technologies, Article 29 Data Protection Working Party, 00720/12/EN WP193, s. 7.

<sup>33</sup> KÜZECİ, s. 208; DÜLGER, s. 109.

<sup>34</sup> DÜLGER, s. 110; KÜZECİ, s. 206.

<sup>35</sup> Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, Kişisel Verileri Koruma Kurulu, s. 4.

<sup>36</sup> BYGRAVE, s. 263, <https://doi.org/10.1093/ijlit/6.3.247>, (ET: 03.11.2020); KÜZECİ, s. 206; DÜLGER, s. 111.

rızanın bir ön şart olarak ileri sürülmesi ya da işlemeye ilişkin aydınlatma yükümlülüğün hiç, gereği gibi ya da açık rıza sonrasında yerine getirilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

İkinci olarak, doğru ve güncel olma ilkesi, veri işleme faaliyetleri süresince, verilerin doğru ve güncel olmasını ifade eder. Veriler, elde edilme aşamasından başlayarak tüm aşamalarda doğru olmalıdır. Nitekim yanlış veriler, hem ilgili kişi hem de veri sorumlusunun menfaatlerini zedeleyebilir. Bunu önlemek adına, veri sorumlusunun, verileri doğru ve güncel tutmayı sağlayacak önlemler alması gerekir<sup>37</sup>.

Üçüncü olarak, verilerin belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi gerekir. Veri işleme faaliyetinin belirli olması, veri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemesi anlamına gelmektedir<sup>38</sup>. Böylece, ilgili kişi, sınırları önceden belirlenmiş işleme faaliyetlerine rıza gösterir. Zira aksi halde, işleme faaliyetlerinin belirli olmaması, ilgili kişinin neye rıza gösterdiğinin belli olmaması ve veri sorumlusunun keyfi işlemlerine zemin hazırlar.

Ayrıca, veri işleme faaliyetlerinin meşru amaca dayanması gerekir. Kişisel verilerin işlenmesi Anayasal bir hak olarak yalnızca meşru amaçlar için işlenmelidir. Böylece, keyfi veya kanun dışı veri işlemler önlenebilir. Örneğin, 5271 sayılı CMK'nın 80/1'e göre, "75, 76 ve 78'inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz". Bu düzenleme, veri işleme amacının sınırının belli olması ilkesine uygun bir düzenlemedir<sup>39</sup>. Bu konuda AYM, gerçek ve tüzel kişilerin trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından herhangi bir gerekçe göstermeksizin elde etmesine imkân veren düzenlemeyi, meşru dayanağı olmamasından dolayı iptaline karar vermiştir<sup>40</sup>. Aşağıda incelenecek yargı kararlarında da meşruiyet ekseninde değerlendirilmiştir.

Dördüncü ilke, verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmasıdır. Bu kapsamda öncelikle, toplanan veri ile veri işleme amacının birbiriyle bağlantılı olmalıdır. Veri sorumlusunun, veri işleme amacına uygun veriler işlenmelidir. Örneğin, bir elektronik sisteme giriş için gerekli kimlik doğrulama verileri işlenmeli; alakası olmayan bir sağlık verisi işlenmemelidir.

<sup>37</sup> Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, KVKK Yayınları, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/32ff74f6-9798-405a-b3d2-b42d28423fde.pdf>, s. 6.

<sup>38</sup> Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler, s. 8.

<sup>39</sup> Y. 17. Ceza Dairesi E. 2016/10020, K. 2016/11226.

<sup>40</sup> AYM, T: 02.10.2014 E. 2014/149 K. 2014/15, RG, 01.01.2015, No: 29223.

Bu amaçla, verilerin elde edilme yöntemleri de değerlendirilmelidir. Örneğin, görüntü ve ses kaydı yapan cihazların işyeri içerisinde nasıl konumlandırılacağı hem veri işleme amacına uygunluk hem de dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmelidir. Bir işyerinin, işçileri denetlemek amacıyla yerleştirdiği güvenlik kameralarının işyerinin kapısında ve umumi yerlerinde olması bu ilkelere uygun iken; soyunma odalarında veya tuvaletlerde olması bu ilkelere uygun olmayacaktır.

Önceden belirlenen veri işleme amacı içerisinde kalmak da söz konusu ilkenin gerekliliklerinden biridir. İşlenme amaçlarının değişmesi, hem verilen rızanın geçersizliğine hem de ilgili kişinin verilerinin korunmamasına neden olabilir. Örneğin, veri sorumlusunun yükümlülüklerini yerine getirmesi amacıyla işlenen verilerin daha sonra pazarlama ve reklam amacıyla işlenmesi, amacın dışına çıkmak olacaktır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, ilgili kişilerin verilerinin, veri sorumlusunun reklamının yapılması amacıyla kullanılmasını amaca aykırılık olarak değerlendirip, veri sorumlusu aleyhine idari para cezası hükmetmiştir<sup>41</sup>.

Veri asgarileştirme (*The data minimisation principle*) ilkesi olarak da tanımlanabilecek ölçülülük ilkesine göre, veri sorumlusu, sadece işleme amacını gerçekleştirmeye yetecek kadar veri kullanılmalıdır<sup>42</sup>. Bu kapsamda, veri işleme amacı ile ilgisi olmayan veriler işlenmemelidir. Ayrıca, amaca ulaşmayı sağlayan en az veriyi işlemelidir<sup>43</sup>. Örneğin, bir öğrencinin okul kaydı yapılırken anne ve babasının bilgileri alınabilir fakat ebeveynlerin parmak izinin de alınması amaç ile aykırı olacaktır. Aşağıda incelenecek Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararlarında olduğu gibi, kart okutma veya şifre kullanımının yeterli olduğu bir durumda, parmak izi verisi kullanılmamalıdır.

Son olarak veriler, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir. İşleme amacına ulaşıldıktan veya kanunda belirtilen süre sona erdikten sonra, veri sorumlusu artık verileri muhafaza etmemelidir<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6716/2020-58>, (ET: 14.12.2020).

<sup>42</sup> C-92/09 ve C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v. Land Hessen [GC], 9 Kasım 2010, parag. 89 ve 86.

<sup>43</sup> DE HERT, PAPA-KONSTANTİNOU, s. 179-194; TEKİN, s. 231; UYGUN, s. 55; SOLMAZ, s. 61-78.

<sup>44</sup> Opinion 3/2012 On Developments In Biometric Technologies, Article 29 Data Protection Working Party, 00720/12/EN WP193, s. 8.

#### IV. BİYOMETRİK VERİLERİN İŞLENMESİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

##### A. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesinin biyometrik veriler ile ilgili olarak verdiği ilk karar, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından biyometrik kimlik doğrulama sisteminin zorunlu tutulmasına ilişkin kararın iptaline ilişkindir. Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası'nın açtığı bu iptal davasında Danıştay 15. Dairesi, biyometrik kimlik doğrulama sisteminin özel hastanelere ilişkin kısmı hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

AYM, iptal başvurusu yapılan 5510 sayılı Kanun'un "Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Şartları" başlıklı 67. maddesini<sup>45</sup> "Nitekim itiraz konusu kuralın gerekçesinde sağlık hizmetlerinin elektronik ortamda güvenilir altyapılar üzerinden sağlanması ve hizmetten yararlananların kimliklerinin saptanmasında geleneksel yöntemlerin eksiklikleri nedeniyle ortaya çıkan kötüye kullanımların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Dolayısıyla kuralla öngörülen yöntemin etkin bir şekilde kullanılmasının, Sosyal Güvenlik Kurumundan haksız menfaat temin edilmesini engellemeye yönelik olduğu ve kuralda kamu yararı bulunduğu açıktır. Bu bağlamda itiraz konusu kuralla özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yönelik olarak yapılan müdahalenin, öngörülen amaçla orantılı olduğu, müdahale edilen hakların özüne dokunmadığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmediği anlaşıldığından Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur." gerekçeleriyle reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir başka kararı 03/04/2015 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bu karara konu olayda başvuru sahibi, mesai saatlerinin takibi amacıyla parmak izi kayıt sisteminin kullanılması ve bu vesileyle parmak izinin kaydedilmesinin, özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Başvurucunun devlet memuru olarak çalıştığı Belediye, parmak izi sistemi ile mesai takibine başlamıştır. Bu gerekçeyle, 13/4/2016'da tarihinde başvurucunun parmak izi sisteme kaydedilmiştir. Başvurucu, 15/4/2016 tarihinde Belediye'ye yazdığı dilekçe ile parmak izinin kaydedilmesi ve bu sistem ile mesai takibi yapılmasına itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde, parmak izinin kişisel

<sup>45</sup> Dava konusu hüküm "Ayrıca genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur." şeklindedir.

veri olarak özel hayatın gizliliği kapsamında korunduğunu ve bu sistemin uygulanmasının kaldırılmasını talep etmiştir.

Belediye, başvurunun dilekçesinde belirttiği talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru, 27/6/2016'da Aydın 1. İdare Mahkemesinde başvuru konusu idari işlemin iptali talebiyle dava açmıştır. Bu davada davalı belediye, uygulanan sistemin 5393 sayılı Belediye Kanunu kapsamında belediye başkanının sevk ve idare yetkisi kapsamında çalışanların işyerine giriş ve çıkış saatlerinin takip edilmesi ve çalışanların kontrolü amacıyla diğer kurumlar tarafından da kullanıldığını; ayrıca bu sistemin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğini ifade etmiştir.

Başvuru vekili cevap dilekçesinde, uygulanan sistemin parmak izini depoladığını, belediyenin bu depolanan parmak izlerinin güvenliği ve paylaşılmaması noktasında garanti veremediğini; ayrıca parmak izinin kaydedilmesi konusunda başvuru dahil çalışanların rızasının alınmadığını ileri sürmüştür.

Neticede ise yerel mahkeme, 02.03.2017 tarihli kararında, davanın kabulü ile birlikte idari işlemin iptaline karar vermiştir. Yerel Mahkeme gerekçesinde, her ne kadar 657 sayılı Kanun'da memurların mesainin başlangıcı, devamı ve bitişine yönelik düzenleme olsa da bunların ayrıntılı olmadığını, uygulamadaki gibi temel hakların kısıtlanabilmesi için kanuni bir dayanak olması gerektiği halde, somut uyuşmazlıkta bu şekilde bir dayanak olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, parmak izi ile mesai saati uygulamasını, özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirmiştir.

Davalı Belediye, bu sistemin kart okuma sisteminden daha güvenilir olduğunu, başka kurumlar tarafından da kullanıldığını ve verilerin başka bir yerde kullanılmadığını belirterek istinaf yoluna başvurmuştur. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi 29.11.2017'de istinaf başvurusunu kabul ederek kesin olarak davanın reddine karar vermiştir.

Bunun üzerine başvuru Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen olayı ilgili mevzuat ve yargı kararları açısından değerlendirdikten sonra, somut olayda başvurunun kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkının kabul edilebilir ve bu hakkın ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.



## **B. İlgili Danıştay Kararı**

Danıştay'ın biyometrik veriler hakkında verdiği kararlar, mesai saatlerinin kontrolünü sağlamak için parmak izi alınmasına ilişkindir<sup>46</sup>. Karara konu olayda, bir devlet hastanesi, çalışanların mesai saatlerine riayet edip etmediğini kontrol etmek amacıyla önce kart okutma sistemini uygulamış ancak bu yöntemin etkili olmadığı gerekçesiyle parmak izi okutma sistemine geçilmesine karar vermiştir<sup>47</sup>. Davacı işçi sendikasının, hastanenin parmak izi uygulamasını sonlandırması istemiyle açtığı davada yerel mahkeme, bu uygulamanın hukuka ve mevzuata aykırı olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay önüne gelen bu olayda<sup>48</sup>, parmak izi tarama sistemi ile mesai takibi yapılmasının özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, hastanenin bu uygulamasının yasal bir dayanağı olmadığı gibi, elde edilen verilerin bir başka amaçla ve bir başka zamanda kullanılmayacağına dair bir güvence olmaması nedeniyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Yerel Mahkemenin direnmesi üzerine dava Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise Danıştay 5. Dairesinin verdiği kararda olduğu gibi, parmak izi taramasının özel hayatın gizliliği kapsamında olduğunu ve işleme faaliyetinin, yasal dayanağı olmamasından dolayı temel haklar ve Anayasal ilkeler doğrultusunda, hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

## **C. İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *S. ve Marper/Birleşik Krallık*<sup>49</sup> davasında, başvurulardan S. 12 yaşında hırsızlık suçundan yargılanmış ve beraat etmiş; Marper ise darp şikâyeti üzerine tutuklanmakla birlikte, şikâyetin geri alınması üzerine beraat etmiştir. S ve Marper, soruşturma esnasında alınan parmak izlerinin silinmesini talep etmiş ancak hem yerel mahkeme hem de üst mahkeme, verilerin silinmesi talebini reddetmiştir. Zira o dönem yürürlükte olan İngiliz Kanunlarına göre veriler, sanık/şüphelinin 100 yaşına gelmesi ya da ölünceye kadar saklanması yönündeydi. Başvurular, bu şekildeki kanuni düzenlemeye ve parmak izlerinin silinmemesi üzerine AİHM'e başvurulmuştur. AİHM, parmak izini kişisel veri

<sup>46</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E. 2014/2242 K. 2015/4991 T: 09.12.2015, lexpera.com.tr, (ET: 01.11.2019).

<sup>47</sup> AKGÜL, s. 208.

<sup>48</sup> Danıştay 5. Dairesi T: 10.12.2013 E. 2013/5342 K. 2013/9525.

<sup>49</sup> S. Ve Marper / Birleşik Krallık, Başvuru no. 30562/04 ve 30566/04, [https://eur-lex.europa.eu/\(ET: 27.04.2022\)](https://eur-lex.europa.eu/(ET: 27.04.2022)).

olarak tanımladıktan sonra, kişisel verilerin korunmasının AİHS'nin özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. madde kapsamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, parmak izinin saklanması ile suç arasında orantısızlık olduğuna, parmak izi ve DNA örneğinin rastgele ve keyfi depolanmasından kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Sonuçta AİHM, bir suçun işlenmesinden şüphelenilen fakat mahkûm edilmeyen kişilerin parmak izlerinin muhafaza edilme süresinin belirlenmesinde Birleşik Krallık'ın takdir yetkisini aştığına karar vermiştir.

AİHM'nin önüne gelen *MK v Fransa* olayında ise MK kitap çalma suçundan iki ayrı soruşturma geçirmiş, ilk soruşturmada beraat etmiş ikincisine ise devam edilmediğinden beraat etmiş bir kişidir<sup>50</sup>. Başvurucu MK, soruşturma sırasında alınan parmak izinin silinmesini talep etmiş ancak bu talebi reddedilmiştir. AİHM'e yapılan başvuru üzerine mahkeme, öncelikle veri tabanının esas amacının, ciddi suçların faillerinin kimliğinin tespiti ile kovuşturmalarına, soruşturmalarına ve duruşmalara yardımcı olmak olduğunu belirtmiş; başvurucununki gibi hafif suçların, organize suç veya cinsel saldırı gibi ciddi suçlardan açıkça ayırt edilebilir olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bir suç işlediği kesinleşmemiş masum bir kişinin parmak izinin suç ile ilişkili olarak 25 yıl süreyle veri tabanında saklanmasını demokratik ülke gerekliliği ile bağdaştırmamıştır<sup>51</sup>.

#### **D. İlgili Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kararları**

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun da parmak izi alınmasına ilişkin çeşitli kararları mevcuttur. Kurul'un 1/12/2020 tarihli ve 2020/915 sayılı kararına konu olayda, başvurucu ilgili kişi devlet memurudur ve çalıştığı işyerinde mesai saatlerinin kontrolü amacıyla parmak izi verileri alınmaktadır. Başvurucu ilgili kişi, veri sorumlusu olan işyerinden, verilerin silinmesi ve buna ilişkin kendisine bilgi verilmesini talep etmiştir. Veri sorumlusu, verilerin silinemeyeceğini ve ilgili kişiye ait bu verilerin kendi onayı olmadan işlenemeyeceğini belirterek, ilgili kişinin başvurusunu reddetmiştir.

Başvurucu ilgili kişi, bunun üzerine Kişisel Verileri Koruma Kurum'una başvurmuştur. Kurul bu olayda, işe giriş çıkış saatlerinin, parmak izinden başka alternatif yollar ile mümkün olduğunu, işyerinin üstün güvenlik önlemlerinin alınmasını gerektirecek bir faaliyette bulunmadığını ve bu nedenlerle KVKK m. 4'te düzenlenen "*Genel İlkeler*" maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bunun yanında, ilgili kişinin verilerinin

<sup>50</sup> M. K. / Fransa – 19522/09 Karar, [https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN\\_2013\\_04\\_162\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2013_04_162_TUR.pdf), (ET: 17.02.2020).

<sup>51</sup> KULESZA, s. 196.

silinmesi talebini ise ilgili kişinin bu işleme faaliyetine rızasının olmadığı şeklinde yorumlamıştır.

Kurulun 27/2/2020 tarihli ve 2020/167 sayılı kararına ilişkin olayda ise spor salonu hizmeti sunan veri sorumlusu, üyelerinin spor salonuna giriş çıkışlarında avuç okutma sistemini kullanmaktadır. Kurul bu olayı, ölçülülük ilkesi kapsamında ele alarak, işleme faaliyetlerinin işleme amacıyla bağlantılı olarak ölçülü olması ve amacı aşan işleme faaliyetlerinden kaçınması gerektiğinden minimum düzeyde veri işleme ilkesine (Veri minimilizasyonu) aykırı bulmuştur.

## **SONUÇ**

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, herkes kişisel verilerinin korunmasını isteme, kişisel veriler hakkında bilgilendirilmeyi, bu verilere erişmeyi, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etmeyi ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişiliğin ve insan onurunun korunması ile kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının özel bir biçimidir.

Biyometrik veriler, değişmeyen, eskimeyen ve ilgili kişiye ait pek çok bilgi sağlayabilen verilerdir. Bu verilerin, olabildiğince az ve sadece gerekli olduğu amaçlar için kullanılması gerekir. Aynı amaca, biyometrik veri olmadan ulaşılabilir ise diğer veriler kullanılmalıdır zira bu verilerin işlenmesi için gerekli ve yeterli teknolojik önlemler alınmadan verilerin işlenmesi, geri dönülemeyecek sorunlara neden olabilecektir.

Bu noktada, öncelikle biyometrik verilerin işlenmesi için açık rızanın varlığı mutlaka bulunmalıdır ancak burada da verilen rıza beyanının özgür iradeye dayandığını söylemek oldukça güçtür<sup>52</sup>. Özellikle, yargı kararlarında olduğu gibi veri sorumlusunun bir kamu kurumu olması halinde çalışanların verilerinin işlenmesine özgür iradeleriyle rıza gösterdiği söylenemeyecektir.

Yargı kararlarında yer aldığı gibi biyometrik veri olmaksızın kimlik kontrolünün sağlanabileceği hallerde parmak izine başvurulması ölçülülük ilkesine (veri minimizasyonu ilkesi) uymamaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce, AYM'nin SGK başvurusu üzerine verdiği bu karar kişisel verilerin korunmasına ilişkin ölçülülük ilkesine uygun düşmemektedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin, 03/04/2015 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan kararı, parmak

<sup>52</sup> Bu konuda, parmak izi vermediğinden pasaport başvurusu reddedilen kişinin Avrupa Adalet Divanı'na yaptığı başvuru sonucunda Divan, pasaport başvurusunda bulunan vatandaşlardan parmak izi alınmasında, vatandaşın rızasının özgür iradesiyle verilmediğini belirtmiştir. Case C-291/12 Schwartz v Stadt Bochum, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-291/12>.

izinine işlenmesine ilişkin bir açık kanuni dayanak olmadığı ve bu noktada müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı, ilgili kişinin açık rızasının alınmadığı gibi işlemeye ilişkin genel ilkelere de riayet edilmediği bahsiyle işleme faaliyetleri ihlal olarak kabul edilmiştir.

Bunun yanında, Danıştay Daireleri Kurulu'nun kararı yerindedir. Zira bu karar kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere özellikle veri minimizasyonu ilkesine uygundur. Zira ilkelere göre veri işleme için belirlenen amaç doğrultusunda asgari miktarda veri toplanması gerekir. Kart okutma veya imza alma yoluyla belirli amaca ulaşılabilecek iken parmak izi elde edilmesi ilkelere uygun değildir. Kişisel Verileri Koruma Kurumu da önüne gelen şikâyetleri, ölçülülük ilkesi ekseninde değerlendirmektedir.

Uygulamadaki sıkça karşılaşılan sorun, veri sorumlularının genellikle, ilgili kişilerden bir kerede açık rıza almak adına tüm verilerin işlenmesine yönelik rıza almasıdır. Bu da hem rıza beyanlarının geçerli olmamasına hem de keyfi veri işlemeye yol açmaktadır. Bu sorunun aşılması için öncelikle veri sorumlularının veri işleme amaçlarının sınırlarını önceden net olarak belirlemesi gerekir. Daha sonra, bu amaçlara ulaşmak için gereken veriler belirlenmeli ve sadece bu gereken veriler işlenmelidir. Veri işleme amacına daha az veri ile ulaşılabilecek iken gerekmeyen veriler de işlenmektedir. Bu ise kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal etmektedir.

## **KAYNAKÇA**

- AKGÜL, A. (2015). Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 118, 199-222.
- ALTINOK ÇALIŞKAN, E/ÖZTÜRK, B. (2018). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu. *Fasikül Hukuk Dergisi*, 10 (100), 277-336.
- ATLI, T. (2019). Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu Ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 1-19.
- AYDIN, S. E. (2015). AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu. *İstanbul*.
- BOROCZ, I. (2016). Risk to the Right to the Protection of Personal Data: An Analysis Through the Lenses of Hermagoras. *European Data Protection Law Review*, 3(2), 467-480.
- BRAUN, A. C. (2018). Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15 (1), 13-35.
- BRINK, S., WOLFF, H. A. (2018). BeckOK Datenschutzrecht, Online Kommentare.
- BU-PASHA, S., ALEN-SAVIKKO, A. MAKINEN, J., GUINNES, R., KORPISAARI, P. (2016). EU Law Perspectives On Location Data Privacy In Smartphones and Informed Consent for Transparency. *European Data Protection Law Review* 6(1), 312 -323.
- BYGRAVE, L. A. (1998). Data Protection Pursuant To The Right To Privacy In Human Rights Treaties. *International Journal of Law and Information Technology*, 6(3), 247-284.
- CUSTERS, B. / VAN DER HOLF, S. /SCHERMER, B. /APPLEBY-ARNOLD, S. /BROCKDORFF, N. (2013). Informed Consent in Social Media Use- The Gap Between User Expectations and EU Personal Data Protection Law. *Scripted*, 10 (4), 437-457.
- DE HERT, P., PAPAKONSTANTİNOU, V. (2016). The New General Data Protection Regulation: Still a Sound System for the Protection of Individuals?. *Computer Law & Security Review*, 32, 179-194.
- DEVELİOĞLU, H. M. (2017). 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku. *İstanbul*.
- DÜLGER, M. V. (2019). Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi. *İstanbul*

- ERARSLAN TÜRKMEN, S. (2019). Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller. İstanbul.
- ERDİNÇ, G. H. (2021). Ölçülülük İlkesi ve Açık Rıza Kapsamında Biyometrik Verilerin İşlenmesi. *Kişisel Verileri Koruma Kurumu Dergisi*, 2 (1), 1-19.
- JASSERAND, C. (2016). Legal Nature of Biometric Data Legal Nature of Biometric Data: From “Generic” Personal Data to Sensitive Data. *European Data Protection Law Review*, 2 (3), 297-311.
- KAYA, C. (2011). Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXIX, (1-2), 317-334.
- KULESZA, J. (2018). Europol Regulation, US and Data Protection, *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*, Ed: Ronald Leenes, Rosamunde van Brakel, Serge Gutwirth, Paul de Hert. 189–202.
- KÜZECİ, E. (2018). *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara.
- RINGELHEIM, J. (2006). Processing Data On Racial Or Ethnic Origin For Antidiscrimination Policies: How To Reconcile The Promotion Of Equality With The Right To Privacy?”. *Center For Human Rights And Global Justice Working Paper*, New York.
- SOLMAZ, E. (2018). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’nın “Kişisel Verilerin Korunmasına Katkısı. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 18 (1), 61–78.
- TEKİN, N. (2014). Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Türkiye’deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 4, 222-262.
- UYGUN, M. (2010). Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması. *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara.
- YÜCEDAĞ, N. (2017). *Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXXV (2), 765-789.



## HAVALENİN BİR ÖDEME ARACI OLMASI VE BUNUN TEMEL İLİŞKİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ\*

*-Bu konudaki Yargıtay içtihatları üzerine bir inceleme-*

The Payment Instruction as a Payment Instrument and Its Evaluation in Terms of Basic Relationship

Arif KOCAMAN\*

### ÖZ

Özellikle Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarında benimsenen görüşe göre, havale bir ödeme aracıdır. Bir başka deyişle havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Kural olarak havale bir ödeme aracı olup, havale belgesinde paranın borç olarak gönderildiğinin belirtilmesi gereklidir. Aksi halde gönderilen havalenin bir borcun ödenmesi amacıyla gönderildiği karine olarak kabul edilmelidir. Borç ödeme belgesi olan havale nedeni ile alacaklı olduğunu davacı ispat etmelidir. Oysa soyut bir ispat karinesi yaratmak yerine, her somut olayda temel ilişkiyi ve TMK m. 6'daki genel ispat kuralını da dikkate almak suretiyle bir değerlendirme yapmak daha hakkaniyete uygun olacaktır. Böylece, havaleyi kullanılabilir (pratik) kılan havalenin "soyut" karakterinden vazgeçmek mümkün değil ise de, havalenin -poliçe ve çekten- farklı olarak bir tedavül senedi olmadığı, hatta dar anlamda kıymetli evrak da sayılmayacağı göz ardı edilmemiş olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Havale, Ödeme Aracı, Yasal Karine, Soyutluk.

\* **Gönderi:** 07.05.2022 - **Kabul:** 17.06.2022 | **Received:** 07.05.2022 - **Accepted:** 17.06.2022.

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, Türkiye ✉ kocaman.arif@yahoo.com.

**Atıf Şekli / Cite As:** KOCAMAN, Arif (2022). Havalenin Bir Ödeme Aracı Olması ve Bunun Temel İlişki Bakımından Değerlendirilmesi. ÇÜHAD, (1), 111-128.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## **ABSTRACT**

In particular, according to the opinion adopted in the judicial decisions of the 13th Civil Chamber of the Court of Cassation, payment instruction is a means of instrument of payment. In other words, there is a legal presumption that the payment instruction was made for the purpose of paying an existing debt. The remitter claiming the opposite of this legal presumption (the transfer was made for a purpose other than payment of the debt) is obliged to prove this claim. As a rule, remittance is a means of payment, and it must be stated in the remittance document that the money is sent as debt. Otherwise, it should be accepted as the presumption that the payment instruction sent is sent for the purpose of paying a debt. The plaintiff must prove that he is a creditor due to the payment instruction, which is a debt payment document. However, instead of creating an abstract presumption of proof, it would be more equitable to make an assessment by considering the basic relationship in concrete case and the general proof rule in the Turkish Civil Code Art. 6. Thus, although it is not possible to abandon the "abstract" character of the payment instruction, which makes the payment instruction usable (practical), it will not be overlooked that, unlike a bill of exchange and a check, it is not a bill of circulation, and cannot even be considered a commercial paper in the narrow sense.

**Keywords:** Payment Instruction, Instrument of Payment, Legal Presumption, Abstractness.

## **I. HAVALENİN BİR ÖDEME ARACI OLDUĞU VE MEVCUT BİR BORCUN ÖDENDİĞİNİ GÖSTERDİĞİ KARİNE OLARAK KABUL EDİLMEKTEDİR**

Özellikle Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarında, havalenin bir ödeme aracı olduğu ve var olan borcun ödendiğini gösterdiği karine olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, havale edilen meblağın başka bir hukuki sebeple (örneğin ödünç amacıyla) gönderildiğini iddia eden havaleyi gönderen, bu karineyi çürütmek zorundadır. Bir başka deyişle, borç ödeme belgesi olan havale nedeni ile alacaklı olduğunu davacı ispat etmelidir.

En katı şekliyle 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarında ifadesini bulan bu görüş, temel ilişkinin, ispat yükü bakımından göz ardı edilmesi (dikkate alınmaması) sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca bu durum, havalenin soyut niteliği bakımından da değerlendirme konusu yapılacaktır.

Aşağıda önce Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin ve 11. Hukuk Dairesi'nin içtihatları aktarılacak, daha sonra bu içtihatlar temel ilişki (sebeup işlemi) bakımından ve havalenin soyut niteliği de dikkate alınarak değerlendirilecektir.

**A. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadı: Havale bir ödeme aracıdır; bunun aksini (havalenin ödünç amacıyla gönderildiğini) iddia eden davacı (havaleyi gönderen), iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.**

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarında;

*“Havale' ödeme vasıtası olup, var olan borcun ödendiğini gösterir. Bu karinenin aksini havaleyi gönderen şahsın ispat etmesi gerekir. Ayrıca davalının, davacının mevcut borcuna karşılık bu paranın gönderildiğine dair savunması da gerekçeli inkar (vasıflı ikrar) niteliğindedir. Tüm bu sebeplerle ispat yükü davacı üzerinde olup, miktar itibariyle davacının iddiasını yazılı deliller ile kanıtlanması gerekir”*

denilmek suretiyle, havale edilen meblağın “ödünç” sebebine dayalı olarak gönderildiğini ispat yükünün davacı tarafta olduğu kabul edilmektedir<sup>2</sup>.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2019 T. ve 2017/710 E., 2019/11468 K. sayılı kararında,

*“Eldeki dava, ödünç verme sözleşmesinden kaynaklanan itirazın iptali ve icra inkar tazminatı davasıdır. Havale dekontunda gönderilen paranın ne için gönderildiğinin yazılı olduğu durumda, söz konusu dekontun ödünç ilişkisini kanıtlamaya yeterli olmamakla birlikte yazılı delil başlangıcı olarak kabulü gerektiği, bundan dolayı davacı tarafından gönderilen banka ödeme dekontunun HMK 202. Maddesi gereğince yazılı delil başlangıcı olarak kabul edildiği, davacı tarafın bildirmiş olduğu tanığın beyanına itibar edilerek mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davacının davasına dayanak yaptığı banka makbuzu, dava dışı ...'ya ait olan hesaba yapılan havaleyi göstermektedir. Havale üzerinde bu paranın borç olarak verildiğine dair açıkça bir ifade yoktur. Yani, borç olarak gönderildiği iddia edilen para, davalının hesabına değil, davadışı 3. bir şahsın hesabına gönderilmiştir. Hal böyle olunca, somut olayda davacının dayandığı belge yalnız başına borç verildiğini ispata yeterli değildir. Zira kural olarak havale bir ödeme aracı olup, havale belgesinde paranın borç olarak gönderildiğinin belirtilmesi gereklidir. Aksi halde gönderilen havalenin bir borcun*

<sup>1</sup> Havale kavramı için bkz. KOCAMAN, A. (2001). Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara; KOCAMAN, A. (2020). Türk Borçlar Hukukunda Havale (2. b). Seçkin Yayıncılık. Ankara.

<sup>2</sup> Y. 13. HD, T. 12.5.2020, E. 2018/3348, K. 2020/3786; Y. 13. HD, T. 13.2.2020, E. 2019/342, K. 2020/2100; Y. 13. HD, T. 25.11.2019, E. 2017/710, K. 2019/11468.

*ödenmesi amacıyla gönderildiği karine olarak kabul edilmelidir. Borç ödeme belgesi olan havale nedeni ile alacaklı olduğunu davacı ispat etmelidir. Zira havalenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, bu uyumsuzlukta miktar itibari ile tanık dinlenilemez. Öyle ise davacı davasını kanıtlayamamıştır. Hal böyle olunca, mahkemece ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmesi gerekirken, davanın kabulüne dair verilen karar usul ve yasaya aykırı olup, bozma sebebidir.”*

denilmek suretiyle, bu görüş en katı şekliyle ifade edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2012 T. ve 2012/264 E., 2012/700 K. sayılı kararında da Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadına uygun şekilde, havalenin bir ödeme vasıtası olup, karine olarak var olan bir borcun ödendiğini gösterdiği görüşü benimsenmiştir. Şöyle ki:

*“...818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 457 ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe (tıpkı onun özel biçimlerinden biri niteliğindeki çek gibi), bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhil), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. (Havale kavramı hakkında geniş bilgi için bkz: Prof. Dr. Arif. B. Kocaman. Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001; Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.2003 gün ve E:2003/3-118, K:2003/158 sayılı ilamı)...”.*

**B. Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarih ve 2014/19936 başvuru no.lu kararı gereğince, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin ispat yükünün davacıda olduğu yönündeki içtihadının zayıflatılması (ispat yükünün davalıda olması hali)**

Yargıtay 13. HD'nin 30.4.2019 T. ve 2017/9623 E., 2019/5500 K. sayılı ilamına konu olan olayda ise, konunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınması üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarih, 2014/19936 başvuru numaralı kararı nedeniyle yeniden yapılan yargılama sonucunda, Daire'nin 06.03.2014 T. ve 2014/2727 E., 2014/6084 K. sayılı karar düzeltme talebinin reddine ilişkin ilamının ortadan kaldırılmasına, davacının karar düzeltme talebinin kabulüyle Daire'nin 01.11.2013 T. ve 2013/23813 E., 2013/26790 K. sayılı ilamının kaldırılmasına ve hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Davacı, davalıya banka havalesi ile 13.092,00 TL borç para verdiğini, banka dekontunda bu hususta açıklama olduğunu, davalının borcunu ödememesi üzerine hakkında icra takibi

bulduğunu, ancak itiraz üzerine takibin durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, takibin devamına ve %40 icra inkâr tazminatına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne, itirazın iptaline karar verilmiş; hüküm, davanın taraflarınca temyiz edilmiştir. Davacının temyiz başvurusu, davanın ödünç akdine ilişkin alacağın tahsili istemine ilişkin olduğu, ispat yükünün davacıda olduğunu, davacının iddiasını yasal delillerle kanıtlayamadığı, davada miktar itibarıyla tanık dinlenemeyeceğini, ancak davacının yemin deliline de dayandığını, Mahkemece davacının yemin yöneltme hakkı olduğu hatırlatılarak hasıl olacak sonuca göre bir karar varılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek, hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma ilamına karşı davacının karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyularak davanın reddine karar verilmiş, hükmün temyizi üzerine Daire hükmü onanmış, karar düzeltme isteminin de reddine karar verilmiştir.

Bunun üzerine davacı;

*“Yargıtay’ın önceki kararlarına aykırı değerlendirme yapması nedeniyle davasının reddedildiğini, somut olayda aynı nitelikteki davalarda ispat yükünün davalı tarafta olması gerektiği yönünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin yerleşik içtihatları olduğunu, ancak Yargıtay’ın bu içtihatlardan hangi gerekçe ile döndüğünü belirtmediğini, davadan sonraki tarihte de önceki içtihatlarına uyumlu karar vermeye devam ettiğini, kişiye özel karar verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, böylece Anayasa’nın 10. ve 36. Maddesindeki haklarının ihlal edildiğini”*

iddia ederek bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi’nin kararında;

*“Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, havale dekontlarında yer alan şerhe göre ispat yükümlülüğünün havaleyi alan davalıda olduğuna dair ilk derece mahkemelerinin kararlarını istikrarlı biçimde onanmış veya aksi yöndeki ilk derecesi kararlarını bozmuştur. Bu nedenle hukuki belirsizlik ilkesi ışığında, başvuru açısından banka dekontunda yazılı şerhin niteliği ve davada ispat yükümlülüğünün davalıda olması gerektiği olgusu dikkate alınarak değerlendirme yapılması ve yargısal sürecin bu şekilde tamamlanması yönünde makul bir güvenin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu açıdan Dairenin somut davadaki farklı değerlendirmesi öngörülebilir değildir”*

denilmek suretiyle, başvuruçunun Anayasa’nın 36. Maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi üzerine, Dairece, **Anayasa**

**Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarih ve 2014/19936 başvuru no.lu kararı gereğince** hak ihlali yapılan hususlarda yeniden inceleme yapılarak, Dairenin 06.03.2014 T. ve 2014/2727 E., 2014/6084 K. sayılı ilamı ile verilen karar düzeltme isteğinin reddine ilişkin kararının ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararında, ispat yükünün davalıda olduğu yolunda yukarıdaki saptamalara karşın, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Kararında;

*“Davacı, davalıya banka havalesi yoluyla ödünç para verdiğini ileri sürerek alacağını tahsili için başlatılan icra takibine karşı davalı tarafça öne sürülen haksız itirazın iptali amacıyla eldeki davayı açmıştır. Davalı ise gönderilen paranın kendi alacağına karşılık gönderildiğini savunarak akdi ilişkiyi inkar etmiştir. Davalının bu savunması gerekçeli inkar niteliğindedir. Bu durumda ispat yükü davalıya değil, **davacıya düşer.** Ne var ki davacının dayandığı para yatırma dekontlarında ‘... tarafından borç yatırılan/yatan’ açıklamaları yazılıdır. Bu yazılar davacının karz iddiasını doğrulamaktadır. Hal böyle olunca mahkemece bu havaleler için davanın kabulüne karar verilmelidir”*

demek suretiyle, **ıçtihadını yumuşatmış; fakat “ispat yükünün davacıda olduğu” görüşünden, Anayasa Mahkemesi kararının aksine vazgeçmemiştir** (Y. 13. HD, T. 30.4.2019, E. 2017/9623, K. 2019/5500, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Oysa Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesi kararından sonra, ispat yükü bakımından davacı aleyhine yaratılan karineden vazgeçip, her somut olayda durumu değerlendirme yönüne gitmesi gerekirdi.

**C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarındaki değerlendirme: Davacının, ispat yükü bakımından temel ilişkinin dikkate alınması ve ispat yükünün davalı tarafa geçmesi**

**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.5.2021 T. ve 2020/6122 E., 2021/4409 K. sayılı kararında,** taraflar arasındaki temel ilişki dikkate alınmak suretiyle, davacının parayı ödünç olarak havale ettiği yönündeki ispat yükünü yerine getirdiği kabul edilmiştir. Şöyle ki:

*“Mahkemece dosya kapsamına göre, davacının, davalı şirkete parayı ödünç olarak havale ettiği yönündeki ispat yükünü yerine getirdiği, artık havale edilen paranın ödünç olarak değil de başka bir ilişki nedeniyle gönderildiği yönündeki ispat yükünün davalı tarafa geçtiği, davalıya söz konusu ispat yükünü yerine getirmesi için ilave*

*delilleri olup olmadığı hususunun sorulduğu, davalı tarafça dava ile ilgili tüm delillerin bildirildiğinin beyan edildiği, davalının ispat yükünü yerine getiremediği...*

yolundaki gerekçe ile itirazın kısmen iptali ile takibin devamına karar veren yerel mahkeme kararını isabetli bulmuştur.

## II. YARGITAY İÇTİHATLARINDA SAVUNULAN KATI GÖRÜŞÜN, KARŞI TARAFIN BAĞLANTILI BİLEŞİK İKRARININ BÖLÜNECEĞİ VE BÖLÜNEN KISIM YÖNÜNDEN İSPATIN GEREKMEYECEĞİ YOLUNDAKİ GÖRÜŞLE AŞILMAYA ÇALIŞILMASI

Burada, “bağlantılı bileşik ikrar” kavramına değinilmesi gerekmektedir.

Bileşik ikrar, doktrinde ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, bağlantılı ve bağlantısız biçimde ikiye ayrılmaktadır. Eğer ikrara eklenen vakıa ile ikrar edilen vakıa arasında doğal bir bağlantı varsa, bağımsız değilse, “bağlantılı bileşik ikrar” vardır. Buna karşılık, ikrar edenin ikrar ettiği vakıa ile ikrarına eklediği vakıa arasında doğal bir bağlantı yoksa “bağlantısız bileşik ikrar”dan söz edilir<sup>3</sup>.

İkrarın bölünmesi, ikrar edilen vakıanın ispat edilmiş sayılıp (vakıaya dayanan tarafın ispat yükünden kurtulup), ikrara eklenen vakıanın, ikrarda bulunan karşı tarafça ispat edilmesi gerektiğini ifade eder. Basit ikrarda karşı taraf, iddia edilen vakıayı aynen kabul ettiği ve ikrara bir ekleme yapmadığı için, basit ikrarın bölünmesi söz konusu olmaz. Buna karşılık vasıflı ve bileşik ikrarda iddia edilen vakıa aynen kabul edilmeyip bunun hukuki niteliği ve sonucu değiştirildiğinden, karşı tarafın ikrar edilen kısım hakkında ispat yükünden kurtulması kabul edilecek midir? Vasıflı ikrarın bölünmeyeceği uygulama ve doktrinde kabul edilmektedir. Buna karşılık, bağlantılı bileşik ikrarın bölünüp bölünmeyeceği tartışmalıdır. **Pekcanitez/Atalay/Özekes, bağlantılı bileşik ikrarın da kural olarak bölünebileceği görüşündedir.** Şöyle ki: “Çünkü çekişmeli olmaktan çıkmış olan vakıaların ispatına gerek yoktur. Eski Ticaret Kanunumuzdaki hüküm yürürlükten kalktığına ve bugünkü pozitif hukukumuzda bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, artık eski kanundaki hükümden etkilenmek söz konusu olmamalıdır. Yine, ikrar edenin dürüstçe gerçeği söylemesi halinde ikrarın bölünemeyeceğini ileri sürmek doğru olmaz; çünkü doğruyu söyleme taraflar için bir ödevdir. Bu ödevin yerine getirilmiş olması, tarafa bir ayrıcalık tanınması sonucunu doğurmamalıdır. Örneğin, davacının 30.000 lira alacaklı olduğunu ileri sürmesi üzerine davalı

<sup>3</sup> PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. (2011). Medeni Usul Hukuku (12. b.). Ankara, s. 429-430.

'bu parayı aldım, ama ödedim' derse, artık davacının parayı verdiği çekişmeli olmaktan çıkmıştır. Bu ikrardan sonra hala davalıya bu paranın verildiğine ilişkin iddianın ispat edilmesi anlamsızdır. Davalı bu parayı aldığını ikrar ettiğine göre, ödediğini artık kendisi ispat etmelidir. Bu davalının ikrarının bir kısmının benimsenmesi, diğer kısmının görmezlikten gelinmesi sonucunu da doğurmaz. Çünkü, taraflar arasında bu paranın ödendiği artık açıkça ikrar edilmiş ve tartışmalı olmaktan çıkmış olduğuna göre, sıra bu paranın davalı tarafça ödendiğinin ispatına gelmiştir"<sup>4</sup>.

Yargıtay içtihatları da "bağlantılı bileşik ikrar"ın bölüneceği ve ikrar edilen kısım bakımından ispatın gerekmediği yönündedir (Y. 3. HD, T. 16.06.1997, E. 5488, K. 5934 sayılı karar: YKD 1998/2, s. 200)<sup>5</sup>.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.5.2019 T. ve 2016/13656 E., 2019/3004 K. sayılı kararında;

"... Bileşik (mürekkap) ikrarda ise, bir tarafın ileri sürdüğü vakıa karşı tarafça bütünüyle kabul edilmekle; eş söyleyişle, vakıanın doğru olduğu ve bildirilen vasıfta bulunduğu kabul edilmekle birlikte, ikrara öyle bir vakıa eklenir ki, eklenen bu vakıa, ya ikrar edilen vakıanın hukuksal sonuçlarının doğmasını engeller ya da onu hükümsüz kılar. Bileşik ikrar, ikrara konu olan vakıa ile, ona eklenen vakıa arasında bir bağlantı bulunup bulunmamasına göre, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olarak ikiye ayrılır.

**Bağlantılı bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıayı ikrar eder, fakat ikrarına bu vakıadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren ve bu vakıanın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakıa ileri sürer. Bu durumda ikrarın bölünebileceği, dolayısıyla ispat yükünün davalıya düşeceği kabul edilmektedir.**

Somut olaya gelince; her ne kadar resmi akitte yazan satış bedeli 61.500-TL ise de davalı cevap dilekçesinde ve aşamadaki beyanlarında satış bedelinin 116.000-TL olduğunu ve bu bedeli ödediğini belirtmiştir. Bu durumda, davalının satış bedelini ödediği yönündeki savunmasını yasal delillerle ispatlaması gerekir. Dosya kapsamından; ispat yükünü üzerine alan davalının savunmasını yasal delillerle ispatlayamadığı açıktır.

<sup>4</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 431-432.

<sup>5</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 431, dn. 6.



*Hal böyle olunca, davalının kabulünde olan 116.000-TL'den resmi akitte yazan 61.500-TL'nin mahsubu ile kalan bedele hükmedilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

denilmek suretiyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 28.2.2019 T. ve 2017/19927 E., 2019/4487 K. sayılı kararında;

*“...Bileşik (mürekkep) ikrarda ise, bir tarafın ileri sürdüğü vakia karşı tarafça bütünüyle kabul edilmekle; eş söyleyişle, vakianın doğru olduğu ve bildirilen vasıfta bulunduğu kabul edilmekle birlikte, ikrara öyle bir vakia eklenir ki, eklenen bu vakia, ya ikrar edilen vakianın hukuksal sonuçlarının doğmasını engeller ya da onu hükümsüz kılar. Bileşik ikrar, ikrara konu olan vakia ile, ona eklenen vakia arasında bir bağlantı bulunup bulunmamasına göre, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olarak ikiye ayrılır.*

***Bağlantılı bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıayı ikrar eder, fakat ikrarına bu vakıadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren ve bu vakianın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakia ileri sürer. Bu durumda ikrarın bölünebileceği, dolayısıyla ispat yükünün davalıya düşeceği kabul edilmektedir.***

*... Davalı taraf davacıya piyasanın çok altında defalarca mal sattığını, davacının satın almış olduğu malların ücretlerini de kredi kartı ile peşin olarak ödediğini, aldığı bu malları da davacının kendi nam ve hesabına piyasaya sattığını savunduğuna göre, paraları aldığını ikrar ettiğinden ve somut olayda göz önünde bulundurulduğunda bu ikrarın (bağlantılı bileşik ikrar) bölünebileceğinin kabulüyle ispat yükü artık davalı işverene geçmiş olup davalının kredi kartı ile peşin ödeme karşılığı davacıya mal sattığı yönündeki bağlantılı bileşik ikrar niteliğinde bulunan savunmasını yasal delillerle ispatlaması gerekir. Dosya kapsamından; ispat yükünü üzerine alan davalının savunmasını yasal delillerle ispatlayamadığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirmeye dayalı olarak ispat yükünü davacıya yükleyerek karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

denilmek suretiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.5.2018 T. ve 2016/11904 E., 2018/3734 K. sayılı kararında;

*“...Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan navlun alacağı için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine dair olup, mahkemece, ispat yükü davacıya yüklenerek yazılı şekilde davacının davaya konu alacağın ödenmediğini ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davalı vekili, cevap dilekçesinde, davaya konu navlun alacağının banka aracılığıyla davacıya ödendiğini ve ödemelere dair makbuzların mevcut olduğunu savunmuş, yargılama aşamasında ise ödemelerin davacının yükü teslim eden şoförlerine elden yapıldığını belirtmiştir. **Buna göre, davalı, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesini kabul etmiş ve davaya konu alacağı ödendiğini savunarak ispat yükünü üzerine almıştır. Doktrinde davalının bu savunmasına “bağlantılı bileşik ikrar” denilmektedir. Bağlantılı bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vaktayı ikrar eder, fakat ikrarına bu vakiadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren ve bu vakının doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vaktı ileri sürer. Bu durumda ikrarın bölünebileceği, dolayısıyla ispat yükünün davalıya düşeceği kabul edilmektedir. Bu itibarla, mahkemece, davalının taşıma sözleşmesini kabul ettiği ve davaya konu alacağın davacıya ödendiğini savunduğu, bu sebeple davacıya ödeme yapıldığına dair ispat yükünü üzerine aldığı, ancak dosya kapsamında davalının bu savunmasını ispatlayamadığı gözetilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak ispat yükünü davacıya yükleyerek karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”** (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)*

denilmek suretiyle, bağlantılı ikrar halinde ikrarın bölünebileceği, ispat yükünün davalıya geçtiği açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2.5.2016 T. ve 2016/8509 E., 2016/11940 K. sayılı kararında;

*“...Mahkemece; davacının iddiasını ispat için 20.8.2002 tarihli adi yazılı belgeye dayandığı, bu belgede davalının imzası bulunduğu ve içeriği ikrar edildiğinden davanın kabulünü talep ettiği, davalının ise gönderilen parayı, davacıya gerek çek verilerek, gerek taşınmaz alınarak, gerekse davacı adına şirket kurularak ödendiğini savunduğu, **davalının savunmasının bağlantılı bileşik ikrar mahiyetinde olup,***

**davalının gönderilen parayı ve belgedeki imzayı kabul ederek, bunun farklı bir amaç için gönderildiğini ve davacıya çeşitli yollarla ödendiğini savunduğu, ispat yükünün, parayı aldığını ve imzayı kabul eden davalı tarafta olduğu, ancak davanın davanın başından son celseye kadar herhangi bir delil sunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş; hükmün, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucu Dairemizin 2014/41844 Esas, 2015/32161 Sayılı bozma ilamı ile davalı yararına bozulmasına karar verilmiş, bu karara karşı davacı tarafça karar düzeltme talebinde bulunulmuştur.**

Davacı, eldeki dava ile, davalının kendisinden 347.300 Euro borç aldığını ileri sürerek, imzası davalı tarafından inkar edilmeyen “20.8.2002’de ... Tekidi” başlıklı adi yazılı belgeye dayanmıştır. Davalı ise, davacı ile aralarında herhangi bir ticari ilişki bulunmadığını, davacının eşi Z. tarafından gönderilen paraların davacıya gerek çek verilerek, gerek taşınmaz alınarak, gerekse davacı adına şirket kurularak ödendiğini savunduğuna göre, **davalının bağlantılı bileşik ikrar niteliğinde bulunan savunmasını yasal delillerle ispatlaması gerekir. Dosya kapsamından; ispat yükünü üzerine alan davalının savunmasını yasal delillerle ispatlayamadığı anlaşılmaktadır.** Kaldı ki, Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2015/471 Esas, 2015/992 Karar sayılı dava dosyasının davacısının ..., davalısının ....., dava konusunun davacı ... tarafından davalı şirkete malzeme bedeli olarak havale yolu ile gönderilen 445.605,00 Euro’nun tahsili davası olduğu, mahkemece 15.7.2015 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği, karar gerekçesinde ise, iş bu dava dosyası ile davaya konu uyuşmazlığın bir ilgisinin olmadığı kanaatine varıldığı, adı geçen dava dosyasının temyiz edilmesi üzerine 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı’nda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına dair hükümler, 6100 Sayılı HMK.nun 166. vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, amacı usul ekonomisine hizmet etmek ve aynı konuda çelişkili kararlar verilmesini önlemektir. 1. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen ve karara çıkan dava dosyasının temyiz incelemesi için 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı’nda bulunduğu, doğrudan iş bu davanın sonucunu etkiler nitelikte de olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, parayı aldığını ve imzayı kabul ederek, ispat yükünü üzerine alan davalının savunmasını yasal delillerle ispatlayamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki Dairemizin 5.11.2015 tarih, 2014/41844 Esas, 2015/32161 Karar sayılı ilamında delillerin değerlendirilmesinde düşülen yanlıgı sonucu, uyuşmazlığın çözümünün ancak bu iki dosyanın birleştirilerek

*delillerin değerlendirilmesi neticesinde sağlanabileceği gerekçesi ile hükmün zuhulen bozulmasına karar verilmiş olduğu, davacının yargılamanın uzamasına sebep olabilecek bu ilamın düzeltilmesini istemekte hukuki yararının bulunduğu anlaşılma ile bozma ilamının kaldırılarak hükmün onanmasına karar vermek gerekmiştir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

denilmek suretiyle, davalının bağlantılı ikrar niteliğinde olan savunmasını yasal delillerle ispatlaması gerektiği, davalının bu suretle ispat yükünü üzerine aldığı açıkça ifade edilmiştir.

Yukarıdaki içtihatlar konu olan olaylardan da anlaşılacağı üzere; **bağlantılı bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıyı ikrar eder, fakat ikrarına bu vakıyadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren veya bu vakıyanın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakıya ileri sürer.** Bu durumda **ikrarın bölünebileceği, dolayısıyla ispat yükünün davalıya düşeceği** kabul edilmektedir. Davalı taraf, davacı tarafın ileri sürdüğü vakıyı ikrar etmiş, fakat ikrarında bu vakıyanın doğumu ile ilgili bulunmayan başka bir vakıya ileri sürmüştür. Davacının ileri sürdüğü bu yeni vakıya ile ispat yükü yer değiştirmiştir.

### **III. KARİNENİN, TEMEL İLİŞKİ VE HAVALENİN SOYUTLUĞU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yargıtay’ın (özellikle 13. Hukuk Dairesi’nin) havale konusundaki yerleşik içtihadı havalenin bir ödeme aracı olduğu ve aksini iddia edenin bu karineyi çürütmesi gerektiği yolunda olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin 21.09.2017 tarih ve 2014/19936 başvuru no.lu kararından sonra ispat yükü bakımından taraflar arasındaki temel ilişkinin dikkate alınması gerektiği, her durumda mutlak olarak bu karinenin geçerli olamayacağı sonucu çıkmaktadır.

Burada, havalenin “soyut” karakteri bakımından konunun değerlendirilmesi yapılacaktır.

Havale ödeyicisinin icra edeceği edanın, temel ilişkiye bağlı kılınmış olması, yani “sebebi gösterilmiş havale” (*titulierte Anweisung*) mümkün müdür? **İsviçre’de öğreti ve içtihat**<sup>6</sup>, bu soruya olumlu cevap vermektedir.

<sup>6</sup> Bkz. BECKER, H. (1934). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551. Bern, Art.466 Nr.6; OSER-SCHÖNENBERGER, W. (1945). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V, Obligationenrecht, 3. Teil, Art.419-529, 2. Aufl., Zürich, Art. 466 Nr.32; GAUTSCHI, G. (1962). Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und

Gerçekten, **Oser-Schönenberger**, bu konuda şöyle demektedir: “Şart ve diğer kayıtlar caiz (mümkün) olduğu için, havale ödeyicisinin icra edeceği eda hatta herhangi bir yönde temel ilişkiye, örneğin ‘karşılık’ veya ‘değer (bedel) ilişkisinin varlığına bağlı kılınabilir. Havalenin zorunlu olarak ‘soyut’ olması gerekmez., aksine ‘temel’ teşkil eden ilişkiye (satış, ödünç vs.) bağlı kılınabilir ve bu durumda ‘sebebi gösterilmiş havale’den (tituliert Anweisung) söz edilir. Böyle durumlarda daima sadece ‘tahsil için temsil yetkisi’ni(Inkassovollmacht) kabul etmek isteyen von Tuhr’un (JherJB. 48, s.11 vd.) aksine; benzer şekilde, ‘mutlak soyutluğu ‘(absolute Abstraktheit) ‘tahsil için temsil yetkisi’ karşısında ‘havale’nin ‘ayırıcı’ özelliği (karakteristiği) olarak talep eden (arayan) Oertmann (Vor & 783 vd.) ve Mayer (s.66); bununla beraber, yuk Nr.17’nin sonunda söylenenler göz önüne alınmalıdır. Yasa, **asla havalede ‘sebebin (causa) yazılmasını (gösterilmesini) yasaklamamıştır** ve ‘satış borcu’nun itfası için ... bir havaleyi (BGE 43 II 657/6) reddetmek için hiçbir sebep bulunmamaktadır. **Havale, -poliçe ve çekten farklı olarak- bir ‘tedavül senedi’ değildir (kein Zirkulationspapier), hatta (dar anlamda) bir ‘kıymetli evrak’ da sayılmaz; aksine, sadece ‘sözlü’ bir işlemdir. Bu şekilde: Becker, Nr.8...’<sup>7</sup>.**

**Becker** de benzer bir yaklaşım içindedir: “Bir ‘şart’ caiz (mümkün) olduğu için, hatta havalenin bir ‘temel’ edimin hukuki sebebine, yani örneğin havaleci karşısında havale edilen borcun ‘varlığı’na bağlı kılınması mümkün olmak gerekir (BGE 21 1147). Tereddüt halinde, havalecinin belli bir ‘alacağı’ndan veya ‘inşaat kredisi’nden ödeme için havalede böyle bir ‘şart’ı kabul etmek gerekir”<sup>8</sup>.

Buna karşılık **v. Tuhr** (*JherJb 48, s.1 vd.*); -Oser-Schönenberger’in belirttiği gibi- havale ödeyicisinin icra edeceği edanın ‘ikinci derecede (yan) kayıtlar’a bağlı kılınması konusuna temkinli yaklaşmaktadır. V. Tuhr’a göre, “Bu meyanda, havalede borçlanılmış olan edanın gösterilmesini düşünmemek gerekir; aksine havalenin ‘soyut’ karakteriyle bağdaşabilir ‘ikinci derece (yan) kayıtlar’ı, örneğin ‘1 Şubat’ta ödeyiniz’ veya ‘ikinci derecede (tali) olarak gösterilmiş malın teslimi karşılığında’ şeklindeki vade ve şartlar düşünülebilir. Bu şekildeki ‘kayıtlar’, havalenin ‘karakteri’ni değiştirmez ve onunla, bir taraftan ‘tahsil için temsil yetkisi’,

---

Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlung, Art.425-491, 2. Aufl., Bern, Art.466 Nr.7 c; KOLLER (1996). Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR. Honsell, H/Vogt, N.P./Wiegand, W. (Hrsg.). 2. Neubearbeitete Aufl., unter Einbezug von PrHG, KKG und PRG. Basel, Art.466 Nr.8; BGE 17 493; 20 990; 21 1149; 26 II 683; 43 II 675/6; 73 II 47; 92 II 338.

<sup>7</sup> OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 466 Nr. 32.

<sup>8</sup> BECKER, Art.466 Nr. 8.

diğer taraftan ‘temlik ihbarı’ arasında var olan farkın kaybolmasına (ortadan kalkmasına) yol açmaz”<sup>9</sup>.

**Oser-Schönenberger**, v. Tuhr’un bu tutumunun, havalenin ‘soyutluğu’nu, “havale” (“borç dolayısıyla havale”) ile “tahsil için temsil yetkisi” arasındaki basilica “ayırt edici” kriter olarak görmesinden kaynaklandığını ileri sürmekte ve “havalenin zorunlu olarak soyut olması gerekmez” demek suretiyle bu engeli aşmaya çabalamaktadır. Gerçekten Oser-Schönenberger, -yollamada bulunduğu Art.466 Nr.17’de- “ayırt edici” kriter ancak ‘biçimde’ bulunursa ve beyanın 2Sebebe bağlı’ olarak ifadesinde (temel İlişkiye dayanma) sdaima bir ‘temsil’in, ‘soyut’ olarak formüle edilmesinde ise bir ‘havale’nin varlığı kabul edilecek olursa (bu şekilde: v.Tuhr, JherJb.48, s.10 vd.) arızı bir ‘dış’ faktöre çok büyük önem verilmiş olur. ...”<sup>10</sup>.

Bununla beraber Oser-Schönenberger, -Art.466 Nr.17’nin son cümlesinde- “ ‘sebebe bağlı’ bir ifade, yani karşılık ilişkisine dayanma, daima ‘tahsil için temsil yetkisi’ için kuvvetli bir emare oluşturur” demek suretiyle, yine de ‘soyutluk’ kriterinin taşıdığı önemi kabul etmek zorunda kalmıştır.

Nitekim **Becker** de havalenin şarta bağlanmasının caiz olduğunu kabul etmekle birlikte, temel ilişkideki “hukuki sebep” ile havalenin “soyut” karakteri arasındaki *sınırı* belirgin olarak ortaya koymaktadır: “ ...Temel edimlerin ekonomik bir ‘hukuki sebebi’ olması gerekmesine karşın, havale kural olarak ‘soyut’ bir işlemdir; yani havale ödeyicisinin havale alıcısına olan edasının geçerliliği, ‘değer (bedel) ilişkisi’ndeki veya ‘karşılık ilişkisi’ndeki ‘hukuki sebep’in geçerliliğine bağlı değildir. Değişik amaçlara hizmet edebilen havalenin, hukuki işlem hayatında kullanılabilir bir araç olması zorunluluktur: Havale, havale alıcısı bakımından muhtemelen tamamen bilinmeyen ‘karşılık ilişkisi’ne bağlı olsaydı, onun için kıymeti az olurdu ve hatta muhtemelen bir bilgisi olmadığı itiraz ve defiler havale ödeyicisine karşı ileri sürülebilseydi, o havaleye güvenemezdi. Art. 468 (m.557) gereğince ‘kabul’ beyanının özel hukuki etkisi de havalenin ‘soyut’ karakterinden doğmaktadır<sup>11</sup>. Bu nedenle **Gautschi**’nin iddia ettiği, “bir havalenin havaleci ile havale alıcısı arasındaki ‘değer (bedel) ilişkisi’nin geçerli olması, yani batıl ya da irade fesadı ile sakat olmaması ‘şartı’na bağlı olarak verilebileceği”<sup>12</sup> görüşüne katılmak mümkün değildir.

<sup>9</sup> von TUHR, A. (1904). Zur Lehre von der Anweisung, JherJb.48, s. 14.

<sup>10</sup> OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 466 Nr. 17.

<sup>11</sup> BECKER, Art. 466 Nr. 12.

<sup>12</sup> GAUTSCHI, Art.466 Nr. 7c.



Bununla beraber, esasen “değer (bedel) ilişkisi”ni araştırmak durumunda olmayan havale ödeyicisinin böyle bir havaletiyi “kabul” etmesi ender rastlanacak bir durum olduğu için<sup>13</sup>, asıl sorun havalenin “karşılık ilişkisi”nin varlığına (geçerliliğine) bağlı kılındığı hallerde söz konusu olacaktır. *Zaten gerçek anlamda “sebebi gösterilmiş havale (titulierte Anweisung), “karşılık ilişkisi”ne bağlılık olarak anlaşılmaktadır*<sup>14</sup>.

**Becker**; *havalenin, havaleci karşısındaki havale edilen borcun varlığına bağlı kılınmasını mümkün (caiz) görmektedir. Federal Mahkeme de*; havalenin ‘soyut bir para meblağına değil, aksine geniş anlamda havale ödeyicisinin havaleci karşısındaki bir ‘borcuna’ veya bir ‘takas bakiyesine’ ilişkin olduğu zaman, böyle bir “sebebe”ye bağlılığın, hatta zımnî olarak kararlaştırılmış olduğunu kabul etmektedir<sup>15</sup>. Ancak, bizzat **Koller**’in (Honsell/Vogt/Wiegand) itiraf etmek zorunda kaldığı<sup>16</sup> gibi, *böyle bir “geniş” yorum, havaleyi kullanılabilir (pratik) kılan<sup>17</sup> “soyut” karakterini (ve buna bağlı olarak, temel ilişkideki itiraz ve def’ilerin hariç bırakılmasını) bertaraf edilme tehdidiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Çünkü havaleyi “kabul” etmiş olan havale ödeyicisi, -esasen havaleci ile arasındaki “temel ilişki”yi (“karşılık ilişkisi”ni) ilgilendiren- böyle bir “şart”ı, “havalenin içeriği”nden doğan bir savunma olarak havale alıcısına karşı ileri sürebilecektir (Art. 468-I/m.557-I). Bu durumun, özellikle havalenin havale alıcısı menfaatine (özellikle “değer (bedel) ilişkisi”nde havalecinin bir borcunun tediyesi için) verildiği durumlarda, havale alıcısı için yaratacağı elverişsiz durum ortadadır.*

Görüldüğü gibi, *havaleyi kullanılabilir (pratik) kılan havalenin “soyut” karakterinden vazgeçmek mümkün değil ise de havalenin –poliçe ve çekten- farklı olarak bir tedavül senedi olmadığı, hatta dar anlamda kıymetli evrak da sayılmayacağı göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, havalenin bir ödeme aracı olduğundan hareketle ispat hukuku açısından davalı lehine bir karine (yasal karine) yaratarak, bunun aksini (örneğin havalenin ödünç sebebiyle yapıldığını) iddia eden davacının (havaleyi gönderenin) bunu kanıtlaması gerektiğini kabul etmek yerine, her somut olayda temel ilişkiyi dikkate alarak ispat yükünü TMK m.6’daki genel ispat kuralını da dikkate almak suretiyle belirlemenin uygun olacağı sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki özellikle “borç dolayısıyla havale”de (Anweisung auf Schuld) havalenin sebebe (temel*

<sup>13</sup> Bizzat GAUTSCHI (Art. 466 Nr. 7c), bunu kabul etmektedir.

<sup>14</sup> Bu şekilde: KLANG/WOLFF, zu & 1402 ABGB Nr. 5 (bkz. GAUTSCHI, Art.466 Nr.7c).

<sup>15</sup> BGE 92 II, 338 vd.; 43 II, 675 vd. (bkz. KOLLER, Art.466 Nr.8).

<sup>16</sup> KOLLER, Art. 468 Nr. 8.

<sup>17</sup> Bkz. von BÜREN, B. (1972). Schweizerisches obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich, s. 315.



*ilişkiye)"/"karşılık ilişkisi"ne bağlı olarak da verilebileceği (titulierte Anweisung) İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme Kararlarında kabul edilmektedir.*

## **SONUÇ**

1-) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihadına göre (bu görüş yukarıda zikredilen Hukuk Genel Kurulu Kararında da ifadesini bulmuştur); havale, hukuksal nitelikçe (tıpkı onun özel biçimlerinden biri niteliğindeki çek gibi), bir ödeme vasıtasıdır. Bir başka deyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhil), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Bu durumda, davacı, davaya konu paraların borç olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Kural olarak havale bir ödeme aracı olup, havale belgesinde paranın borç olarak gönderildiğinin belirtilmesi gereklidir. Aksi halde gönderilen havalenin bir borcun ödenmesi amacıyla gönderildiği karine olarak kabul edilmelidir. Borç ödeme belgesi olan havale nedeni ile alacaklı olduğunu davacı ispat etmelidir. Zira havalenin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, bu uyuşmazlıkta miktar itibari ile tanık dinlenilemez. Bu durumda, davacının iddiasını kanıtlayamadığı sonucuna varmak gerekir.

2-) Anayasa Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarih ve 2014/19936 başvuru no.lu kararı gereğince, “...hukuki belirsizlik ilkesi ışığında, başvuru açısından banka dekontunda yazılı şerhin niteliği ve davada ispat yükümlülüğünün davalıda olması gerektiği olgusu dikkate alınarak değerlendirme yapılması ve yargısal sürecin bu şekilde tamamlanması yönünde makul bir güvenin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu açıdan Dairenin somut davadaki farklı değerlendirmesi öngörülebilir değildir...” denilmek suretiyle, ispat yükünün davalıda olduğu yolundaki tespitlerde bulunulmuşsa da, Yargıtay 13. Hukuk Dairesince, “ispat yükü davalıya değil, davacıya düşer. Ne var ki davacının dayandığı para yatırma dekontlarında ‘... tarafından borç yatırılan/yatan’ açıklamaları yazılıdır. Bu yazılar davacının karz iddiasını doğrulamaktadır. Hal böyle olunca mahkemece bu havaleler için davanın kabulüne karar verilmelidir” denilmek suretiyle, davacının haklılığı kabul edilmiş olsa da, ispat yükünün davacıda olduğu görüşünden (ispat yükü bakımından davalı lehine karineden) vazgeçilmemiştir.

3-) Özellikle davacının iddiasını ispatlamak için yemin deliline dayandığı ve karşı tarafa yemin yönelttiği durumlarda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarında ispat yükünün

davacıda olduğu yolundaki katı görüş, karşı tarafın bağlantılı bileşik ikrarının bölüneceği ve bölünen kısım yönünden ispatın gerekmeyeceği yolundaki görüşle aşılmaya çalışılmıştır.

4-) Bu durumda; *soyut bir ispat karinesi yaratmak yerine, her somut olayda temel ilişkiyi ve TMK m.6'daki genel ispat kuralını da dikkate almak suretiyle bir değerlendirme yapmak daha hakkaniyete uygun olacaktır. Böylece, havaleyi kullanılabilir (pratik) kılan havalenin "soyut" karakterinden vazgeçmek mümkün değil ise de, havalenin –poliçe ve çekten-farklı olarak bir tedavül senedi olmadığı, hatta dar anlamda kıymetli evrak da sayılmayacağı göz ardı edilmemiş olacaktır.*

## KAYNAKÇA

- BECKER, H. (1934). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, Art. 184-551. Bern.
- GAUTSCHI, G. (1962). Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivlrecht, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschaeftsführungsverhaeltnissesowie Hinterlung, Art.425-491, 2. Aufl., Bern.
- HONSELL, H./VOGT, N.P./ WIEGAND, W. (1996). Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 2. Neubearbeitete Aufl., unter Einbezug von PrHG, KKG und PRG, Basel.
- KOCAMAN, A. (2001). Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.
- KOCAMAN, A. (2020). Türk Borçlar Hukukunda Havale (2. b.). Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M. (2011). Medeni Usul Hukuku (12. b.). Ankara.
- OSER-SCHÖNENBERGER, W. (1945). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.V, Obligationenrecht, 3. Teil, Art.419-529, 2. Aufl. Zürich.
- von BÜREN, B. (1972). Schweizerisches obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich.
- von TUHR, A. (1904). Zur Lehre von der Anweisung, JherJb.48, s. 1-62.



## ORGAN NAKLINE İLİŞKİN RIZANIN GERİ ALINMASI HALİNDE ALICININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ İMKÂNLAR\*

Legal Remedies of the Recipient of the Organ Transplantation in case of Donor's  
Withdrawal of Consent

Ferhat CANBOLAT\*

Günhan GÖNÜL KOŞAR\*\*

### ÖZ

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve alt mevzuatında, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alabileceği düzenlenmekle beraber, rızanın geri alınması durumunda alıcının herhangi bir hukuki imkâna başvurup başvuramayacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri almasının sonucuna ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu m. 23/3 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Bu hükme göre, “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” TMK m. 23/3 uyarınca, organ nakli taahhüdünde bulunan verici, aynen ifa davası açılarak organ nakline zorlanamaz. Organ nakline ilişkin rızasını geri alan kişi organ nakline zorlanamayacağı gibi kendisi aleyhine maddi tazminat davası ya da manevi tazminat davası açılmayacaktır. Bununla beraber, alıcı, organ nakli taahhüdüne istinaden hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama vb. hususlarda çeşitli masraflar yapmış olabilir. Doktrinde bu gibi durumlarda alıcının hiçbir hukuki imkâna sahip olmayacağının kabulünün adaletle bağdaşmayacağı ileri sürülerek çeşitli görüşler savunulmuştur. Çalışmada, bu hususta doktrinde

\* **Gönderi:** 12.06.2022 - **Kabul:** 29.06.2022 | **Received:** 12.06.2022 - **Accepted:** 29.06.2022.

\* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye  
✉ f.canbolat@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0003-2894-7119.

\*\* Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye,  
✉ gunhangonul@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0002-2695-6954.

**Atıf Şekli / Cite As:** CANBOLAT, Ferhat, GÖNÜL KOŞAR, Günhan (2022). Organ Nakline İlişkin Rızanın Geri Alınması Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar. ÇÜHAD, (1), 129-151.

**İntihal / Plagiarism:** Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

öne sürülen görüşler ortaya konulacak; kendi görüşümüz açıklanacak ve alıcının sahip olduğu hukuki imkânlar ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Organ Nakli, Verici, Alıcı, Rızanın Geri Alınması, Hukuki İmkânlar.

## **ABSTRACT**

---

According to the Law No. 2238 on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissues and the relevant secondary legislation, the person who has pledged to organ donation may withdraw their consent; yet there is no special regulation regarding whether the recipient has any legal remedy if consent is withdrawn by the donor. In this case, Turkish Civil Code Art. 23/3 must be applied when the person who has undertaken to organ donation withdraws their consent. According to this provision, “*Biological materials of human origin may be harvested, grafted and transplanted upon written consent. However, the person who has undertaken to donate biological material cannot be compelled to fulfil their obligation; no claim for pecuniary or non-pecuniary damages can be invoked against them.*” Pursuant to the Art. 23/3 of TCC, the donor who has undertaken to organ transplantation cannot be compelled to transplant by a claim of specific performance. The person who withdraws their consent to organ transplantation can neither be compelled to organ transplantation, nor can a lawsuit for pecuniary or non-pecuniary damages be brought against them. However, the recipient, depending on the undertaking of organ transplantation, may have incurred various costs such as hospital, physician, medicine, transportation and accommodation costs. According to some views in the doctrine, it is unjust to argue that the recipient shall not have any legal remedy in such case In this study, the views argued in the doctrine on this matter shall be explored; our view shall be explained and the legal remedies of the recipient shall be discussed.

**Keywords:** Organ Transplantation, Donor, Recipient, Withdrawal of Consent, Legal Remedies.

## **GİRİŞ**

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun<sup>1</sup> (“ODNK”) ve alt mevzuatında, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alabileceği düzenlenmekle beraber rızanın geri alınması durumunda alıcının herhangi bir hukuki imkâna başvurup başvuramayacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri almasının sonucuna ilişkin olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”) m. 23/3 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Bu hükme göre, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde*

---

<sup>1</sup> 3.6.1979 tarih ve 16655 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

*bulunulamaz*<sup>2</sup>. TMK m. 23/3 hükmü uyarınca, organ nakli taahhüdünde bulunan verici, aynen ifa davası açılarak organ nakline zorlanamaz. Organ nakline ilişkin rızasını geri alan kişi organ nakline zorlanamayacağı gibi, kendisi aleyhine maddi tazminat davası ya da manevi tazminat davası açılmayacaktır. Bununla beraber, alıcı, organ nakli taahhüdüne istinaden hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama vb. hususlarda çeşitli masraflar yapmış olabilir. Bu gibi durumlarda alıcının hiçbir hukuki imkâna sahip olmayacağı kabulünün adaletle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir.

Özellikle mevzuat hükümlerinden hareketle, vericinin TBK m. 81 hükmüne dayanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebileceği; alıcının vericiye duyduğu güvenden dolayı menfi zararlarının tazminini talep edebileceği; zarar verme kastının mevcudiyeti halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 49/2 uyarınca tazminat talebinde bulunabileceği; alıcının vericinin rızasına güvenerek yapmış olduğu masrafların en azından hakkaniyete uygun olan miktarını istemesine imkân tanınması gerektiği; TMK m. 23/3 hükmünün uygulanması halinde dürüstlük kuralına aykırı sonucun doğduğu ihtimalde örtülü boşluğun doldurulması yoluna gidilerek hakkaniyetin gerektirdiği zararların tazmininin talep edilebileceği savunulmaktadır.

Vericiden herhangi bir talepte bulunulmasını yasaklayan TMK m. 23/3 hükmü karşısında organ nakline ilişkin rızanın geri alınması halinde alıcının başvurabileceği hukuki imkânların belirlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Çalışmada<sup>3</sup>, bu hususta doktrinde ileri sürülen görüşler ele alınarak kendi görüşümüz ayrıntılı bir şekilde ortaya konmuş ve bu alıcının sahip olduğu hukuki imkânların neler olabileceği değerlendirilmiştir.

## I. ORGAN NAKLİ KAVRAMI VE ORGAN NAKLİNİN ŞARTLARI

### A. Organ Kavramı

Organ nakline konu olabilecek organ kavramının kapsamının belirlenmesinde öncelikle ODNK’a bakılacak olursa bu Kanunun “Kapsam” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında “*Bu kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*” biçiminde bir tanıma yer verildiği görülecektir. Ancak

<sup>2</sup> TMK m. 23/3’ün gerekçesi şu şekildedir: “Yürürlükteki maddenin üçüncü fıkrasına 3678 sayılı Kanunla eklenen hükmün, Ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer alması uygun görülmüştür.” <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-medeni-kanunu-madde-gerekceleri/1> E.T. 01.05.2022.

<sup>3</sup> Canlıdan organ nakli ihtimalini ele alan çalışmada doku nakli kapsam dışı bırakılmıştır.

bu tanım organ kavramının kapsamını belirlemede yeterli bir tanım değildir. Bu noktada detaylı organ tanımına yer veren İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'e<sup>4</sup> bakılmalıdır. Bu yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesine göre organ, "özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümü" anlamına gelmektedir. Yönetmelikle bu şekilde bir tanımlama yapılsa da, belirtmek gerekir ki, organ ifadesinden ne anlaşılacağına tespiti tıp bilimine tarafından yapılacaktır.

## **B. Organ Nakli Kavramı**

Oviedo Sözleşmesi ya da Biyotıp Sözleşmesi olarak da bilinen ve ülkemizde 01.11.2004 tarihinde yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin<sup>5</sup> (çalışmada "Biyotıp Sözleşmesi" olarak anılacaktır) (ülkemiz tarafından imzalanmayan) 24.01.2002 tarihinde imzaya açılan İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakli Hakkındaki Ek Protokol'ünde<sup>6</sup> organ nakli tanımlanmıştır. Bu Ek Protokol'ün "Kapsamlar ve Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin 4. fıkrası uyarınca organ nakli, organın bir kişiden alınmasından organın diğer bir kişiye aktarılmasını kapsayan hazırlık, koruma ve muhafaza gibi tüm aşamaları içeren işlemdir. Organ nakli kısaca, insan organizmasını oluşturan bir organın, canlıdan veya ölüden, kanunda belirtilmiş tıbbi ve hukuki şartlara uyulmak suretiyle alıcıya aktarılması işlemidir<sup>7</sup>. Vericinin rızasını geri alması özellikle canlıdan organ naklinde söz konusu olabileceğinden makale bağlamında değerlendirmeler canlıdan organ nakli ile ilgili olarak yapılacaktır.

---

<sup>4</sup> 27.10.2010 tarihli ve 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> Sözleşmenin orijinal İngilizce tam adı şu şekildedir: "Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine" <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98> E.T. 01.05.2022.

<sup>6</sup> İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakli Hakkındaki Ek Protokol'ün orijinal İngilizce tam metni için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081562> E.T. 01.05.2022.

<sup>7</sup> SERT, S./ CİHAN, A. H. (2013). Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme. İstanbul, 13.



### C. Canlıdan Organ Naklinin Şartları

Canlıdan organ naklinin şartları şu şekilde sıralanabilir<sup>8</sup>:

Öncelikle naklin üstün bir amaca hizmet etmesi gerekir<sup>9</sup>. Organ naklinin gerçekleştirebilmesi için alıcının nakle ihtiyaç duyduğu bir sağlık problemi bulunmalıdır. Buna ek olarak, vericinin bu nakilden mümkün olan en az zararı görmesi gözetilmelidir. Kısaca, organ nakliyle, en yüksek fayda en düşük zarar amaçlanmalıdır<sup>10</sup>.

Organ naklinin bir diğer şartı naklin zarar vermeyecek nitelikte olmasıdır<sup>11</sup>. Organın alınması nedeniyle vericinin aşırı bir zarara uğramaması; gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin, vericinin sağlığı açısından orantısız bir tehlikeye sebep olmaması gerekmektedir. Alıcı ve vericinin nakil öncesi durumları ve nakil sonrası karşılaşılabilecekleri riskler karşılaştırılarak, en yüksek faydanın elde edileceği kararın verilmesi gerekmektedir.

Canlıdan organ nakli için ölüden uygun bir organ temin edilememesi ve başkaca bir tedavi seçeneğinin kalmaması şartı da aranır. İkincillik prensibi olarak isimlendirilen bu kural uyarınca, başkaca bir tedavi seçeneğinin mevcut olup olmadığı ve bu mümkün değilse organ ve doku naklinde öncelikle, ölü vericiden organ ve doku alınıp alınamayacağı araştırılmalıdır<sup>12</sup>. Her ne kadar organ nakline ilişkin mevzuatımızda bu prensibe açıkça yer verilmemiş olsa da taraf olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi m. 19/1’de ikincillik prensibi düzenlenmektedir<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, canlıdan organ bağıışı hususunda, vericinin güvenliği ve yeterli tıbbi aydınlatma üzerine gönüllü karar vermesi gereklilikleri noktasında yeknesak bir Avrupa standardının oluştuğu söylenebilir. Bununla beraber, esas fark, rızanın verilmesine ilişkin usuli düzenlemeler başta olmak üzere mevzuattaki düzenlemelerin yoğunluğudur. GUTMANN, T. (2005). Transplantationgesetz Kommentar. Münih, Vorbemerkung zu § 8 N. 3.

<sup>9</sup> ZEVKLİLER, A. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1(1), 26; ABİK, Y. (2014). Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli. Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı. Ankara, 119; PARLAK, Ş. (2009). Organ Bağıışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 83, 202; ŞAHİNİZ, S. (2003). Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli. Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan. İstanbul, 735. Alman hukukunda aynı yönde bkz. FATEH-MOGHADAM, B. (2008). Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Münih, 236.

<sup>10</sup> SCHROTH, U. (2008). Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları. Türkiye Barolar Birliği, 326.

<sup>11</sup> SERT/ÇİHAN, 88 vd. Alman hukukunda aynı yönde bkz. FATEH-MOGHADAM, 235.

<sup>12</sup> BADUR, E. (2020). Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 5 (1), 282, dn. 25.

<sup>13</sup> Biyotıp Sözleşmesi m. 19/1: “Yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.” İkincillik prensibi Alman hukukunda da kabul edilmektedir. GUTMANN, TPG Kommentar, §8 N. 22; FATEH-MOGHADAM, 237. Bu şartın sert paternalistik bir şart olduğu ve ceza yaptırımı bulunmadığı yönünde bkz. SCHROTH, 326. Bir yanda zarar vermeme ilkesi, diğer yanda kendi kaderini tayin ilkesinden beslenen

Canlıdan organ nakli için alıcı ve verici arasında kanunun aradığı ölçüde yakınlığın bulunması gerekmektedir. ODNK Ek Madde - 2/1 hükmü uyarınca canlıdan organ nakli alıcının en az iki yıldan beri evli olduğu eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Aralarında bu şekilde bir hısımlık ilişkisi olmayanlar arasında canlıdan organ nakli ise ODNK Ek Madde - 2/2 hükmünde düzenlenmiştir<sup>14</sup>. Verici evli ise, vericinin birlikte yaşadığı eşin haberdar edilmesi gerekir<sup>15</sup> (ODNK m. 7/d).

Naklin yetkili personel tarafından, gerekli teçhizat donanımına sahip sağlık kuruluşunda yapılması gerekmektedir. ODNK m. 10 uyarınca, “*Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır*”.

Organ naklinin gerçekleştirilebilmesi için tarafların kanunun aradığı şartlara uygun şekilde rızalarının bulunması gerekir. Vericinin organ nakline rıza gösterebilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması ve on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekir<sup>16</sup>. Kanunda açıkça on sekiz yaşın doldurulmuş olması arandığından, evlilik veya mahkeme kararı yollarıyla ergin olması halinde, kişinin on sekiz yaşını doldurmadan önce organ nakline rıza göstererek verici olması mümkün değildir<sup>17</sup>. Burada ayırt etme gücü, vericinin gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin ne olduğunu, muhtemel risklerini ve rıza açıklamasının sonuçlarını kavrayabilecek zihinsel ve ruhsal olgunluğa sahip olması anlamına gelir<sup>18</sup>.

---

ikincillik prensibinin düzenlenişi ülkeler arasında farklılık gösterebilmektedir. LOPP, L. (2013). Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe Possibilities of Harmonisation. Berlin, 113.

<sup>14</sup> Ek Madde-2/2: “*Birinci fıkrada yer alan hususların dışında kalan canlıdan organ nakillerinin etik açıdan değerlendirilmesi, organ nakli başvurusunun yapıldığı ilde oluşturulan Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonları tarafından yapılır. Organ nakli hizmeti sunan hastanelerin bulunduğu her ilde Organ Nakli Değerlendirme Etik Komisyonu kurulur. Komisyon başvurusunun yapıldığı tarihten itibaren en geç 15 gün içinde, acil durumlarda ise derhâl toplanır ve oyçokluğu ile karar alır.*” Organ ve doku naklinde idari yapılanma hakkında detaylı bilgi için bkz. KIZILARSLAN, H. (2010). Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan. 2, İstanbul, 1016 vd.

<sup>15</sup> Doktrindeki hâkim görüş, verici evli ise eşin haberdar edilmesinin yeterli olduğu ayrıca eşin rızasının aranmadığı yönündedir. Bkz. AKÜNAL T. (1983). 2238 sayılı 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler'. Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. İstanbul, 22; GÜRZUMAR, 382; ABİK, 130.

<sup>16</sup> ODNK m. 5: “*Onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır*”.

<sup>17</sup> DURAL, M./ÖĞÜZ, T. (2016). Kişiler Hukuku (17. b.). İstanbul, 115; KILIÇOĞLU, A. M. (1991). Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2, 250; ÖZAR, S./HALICI, T. (2021). Organ veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza. Adalet Dergisi. 66 (1), 582; ABİK, 102. Hükmün eleştirisi için bkz. ÖZBİLEN, A. B. (2011). İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler. İstanbul, 147.

<sup>18</sup> ABİK, 103.

Tarafların rızası aydınlatılmış rıza olmalıdır. Aydınlatma, tıbbi müdahaleden önce, alıcı ve vericinin anlayabileceği şekilde açık ve ayrıntılı olmalıdır<sup>19</sup>. Organ nakline ilişkin rızanın, hekimlerin tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişilere karşı aydınlatmada bulunmalarından sonra açıklanması gerekir. Rızanın hukuka uygun olması, aldatma kokutma gibi irade sakatlığı hallerinden birinin bulunmaması, hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık sebeplerinin bulunmaması gerekir.

Organ nakline ilişkin geçerli bir rızadan söz edebilmek için aranan şekil şartına uyulması gerekir. Vericinin rızasının şekli, ODNK m. 6'da düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca, “...vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.” Alıcının rızasına ilişkin olarak ise ODNK'da şekil şartına yer verilmemiştir. Bununla beraber, TMK m. 23/3 ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un<sup>20</sup> m. 70<sup>21</sup> hükmü gereğince, alıcının rızasının yazılı olması gerekir.

## II. ORGAN NAKLİ TAAHHÜDÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alması durumunda alıcının herhangi bir hukuki imkâna başvurup başvuramayacağını değerlendirebilmek için öncelikle alıcı ve verici arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Öncelikle alıcı ve verici arasındaki canlıdan organ nakli taahhüdüne ilişkin hukuki ilişki, 6098 sayılı TBK m. 1 uyarınca sözleşme niteliğindedir<sup>22</sup>. Sözleşmenin tarafları, organ nakli taahhüdünde bulunan kişi (verici) ile organın aktarılacağı kişidir (alıcı).

<sup>19</sup> KIZILARSLAN, 1112. Organ naklinde aydınlatılmış rızaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. DEMİR, M. (2020). Tıbbi Sorumluluk Hukuku (2. b.). Ankara, 179 vd.; OZANOĞLU, H. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 52 (3), 55-77; ORAL, T. (2011). Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü. Ankara Barosu Dergisi 2, 185- 209; ABİK, 105; ÖZAR/HALICI, 585 vd.

<sup>20</sup> 14.4.1928 ve 863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>21</sup> Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70: “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzlü Türk Lirası idarî para cezası verilir*”.

<sup>22</sup> AKINCI, Ş. (1996). Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar. Ankara, 53, 81; ABİK, 117; BADUR, 289; PARLAK, 207; SERT/CİHAN, 33; ŞAHİNİZ, 747. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. TREMP, D. (2012). Zum Ersatzanspruch des Lebendspenders von Organen, Zellen und Geweben. Haftung und Versicherung. 129-130. TREMP'e göre taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmuyorsa bu durumda aralarındaki ilişki hatır ilişkisi niteliğindedir. TREMP, D. (2010). Die finanzielle Absicherung des Lebendspenders?: Besteht bereits Änderungsbedarf?. Health Insurance Liability Law. III Nr. 6, Zürich, N. 33.

Verici ve alıcı arasındaki sözleşmenin hukuki nitelendirmesine gelince, kamuoyundaki “organ bağış” ifadesinin kullanımı (gerek halk arasında, gerekse kurumlar tarafından yürütülen kampanya vb. etkinliklerde) ve mevzuatta (örneğin, Organ ve Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ve İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik<sup>23</sup>) bağış ifadesine yer verilmesi sebepleriyle alıcı ve verici arasındaki ilişkinin bağışlama sözleşmesi niteliğinde olduğu düşünülebilir<sup>24</sup>. Organ nakli taahhüdünde bulunan kimsenin bu taahhüdünün “bağış” şeklinde betimlenmesi bu taahhütte bulunanın karşılık bir edim olmaksızın bu taahhütte bulunmasından kaynaklanmaktadır<sup>25</sup>. Zira organ nakli taahhüdünün bir karşılık edim öngörülerek yapılması yasaktır. ODNK m. 3 uyarınca, bir bedel veya başkaca bir çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır<sup>26</sup>.

Belirlemek gerekir ki organ nakli sözleşmesi bir bağışlama sözleşmesi niteliğinde değildir. TBK m. 285/1 uyarınca bağışlama sözleşmesi, “*bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Bağışlama sözleşmesi, mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olması hasebiyle eşyaya ilişkin akdedilebilecek bir sözleşme olduğundan organ nakli sözleşmesi bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Üstelik TMK m. 23/3 hükmüyle kanun koyucu organ nakli sözleşmesinin hukuki sonucu olarak organ nakli taahhüdünde bulunan vericinin rızasını geri alması durumunda aynen ifaya zorlanamayacağını öngördüğünden dolayı da organ nakli sözleşmesi bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>27</sup>.

Kanaatimizce, organ nakli sözleşmesi, organ nakli taahhüdünde bulunan kişi (verici) ile organın aktarılacağı kişi (alıcı) arasında akdedilen, tek tarafa (organ nakli taahhüdünde bulunan kişiye) borç yükleyen, kendine özgü (sui generis)<sup>28</sup> yapısı olan “*kişiler hukukuna ait*” bir sözleşmedir<sup>29</sup>. Öncelikle bir sözleşme olması hasebiyle geçerli olarak kurulup kurulmadığı

<sup>23</sup> 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik m. 4/b’de bağış, “*İnsanda uygulanmak üzere insan doku ve hücrelerinin bağışlanması*” biçiminde tanımlanmıştır.

<sup>24</sup> BADUR, 291.

<sup>25</sup> BADUR, 291. Şüphesiz organ nakli taahhüdü bir satış sözleşmesi olarak da nitelendirilemez.

<sup>26</sup> Organ ve doku ticareti bir suç olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 91 vd. da düzenlenmektedir.

<sup>27</sup> AKINCI, 80.

<sup>28</sup> BADUR, alıcının, vericinin harcamalarını ve/veya uğradığı kazanç kaybını ödemeyi üstlendiği ihtimallerde, organ nakli sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir. BADUR, 293, dn. 59.

<sup>29</sup> SARIAL, M. E. (1986). Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler. İstanbul, 24; GÜRBÜZ, E.R. (2021). Organ ve Doku Naklinde “Rıza”. İstanbul, 148; AKINCI, 81; SERT/ÇİHAN, 34. BADUR’a göre, organ nakli sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşme, kanunla adı ve tanımı münhasıran düzenlenmemiş

TBK m.1 vd. hükümleri çerçevesinde belirlenir. Bu durumda organ nakli sözleşmesi, sözleşme niteliğine uygun olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Özellik arz eden bir husus olarak; ehliyet bakımından 18 yaşını tamamlama gibi şartlar kanun gereğince aranmaktadır. Sözleşmeler, hukuki işlemin önemli bir kısmını oluşturur. Hukuki işlemlerde amaç, hukuki bir sonuca ulaşmak olduğundan organ nakli sözleşmesinde amaç, verici durumundaki bir kişinin nakle elverişli organının, bu organa ihtiyaç duyan alıcıya aktarılmasıdır.

Kişiler hukukuna ait ve kendine özgü yapısı<sup>30</sup> olması sebebiyle organ nakli sözleşmesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması sonucunda hak sahibinin kişilik alanında doğduğu için alıcıya, bu sözleşme gereğince ifa konusu yapılan edimin yerine getirilmesini isteme hakkı ve bu bağlamda da dava hakkı vermez. Nitekim bu husus TMK m. 23/3'te; "...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez..." şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu yönüyle organ nakli sözleşmesinden doğan borç, eksik borç niteliğindedir, zira TMK m. 23/3 hükmü uyarınca, organ nakli taahhüdünde bulunan verici, aynen ifa davası açılarak organ nakline zorlanamaz<sup>31</sup>. Bu borcun ifası malvarlığına ilişkin olmayan, kişiler hukukuna ait bir edim niteliğindedir. Ayrıca ifade bulunmayan borçlu aynen ifaya zorlanamayacağı gibi borç ifa edildikten sonra organ geri istenemez. Ayrıca TMK m. 23/3'te düzenlendiği üzere organ naklinden doğan edimin ifası istenemeyeceği gibi, bu edimin ifa edilmemesi sebebiyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi de mümkün değildir. Hükmün bu yönü ve taşıdığı özellik aşağıda incelenecektir.

---

isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. BADUR, 293. İsviçre hukukunda, bu sözleşme ivazsız olduğu için ve her zaman geri alınabilir (widerrufbarkeit) olduğu için sui generis sözleşme olarak nitelendirilmektedir. TREMP (2012), 129. Alman hukukunda GRENİER, alıcı ile verici arasında vekâlet ya da vekâlet benzeri bir sui generis sözleşme bulunacağını belirtmektedir. GREİNER, S. (2013). Krankengeld und Entgeltfortzahlung bei Organ- oder Gewebespende. Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 241-247.

<sup>30</sup> Kendine özgü (sui generis) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, taraflarının öngördükleri edim ve unsurları bir bütünlük oluşturacak şekilde bir araya getirdikleri sözleşmelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, F. (2020). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8. b.) Ankara, 961; KILIÇOĞLU, A. M. (2021). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (3. b.) Ankara, 18; ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E. (2018). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (18. b.) Ankara, 12.

<sup>31</sup> AYİTER'e göre, "Binaenaleyh eksik borca kıyaslanacak yani bilfiil ve ifa sebebiyle muteber olarak yerine getirilebilen, fakat dava edilemeyen muteber bir münasebet doğacaktır." AYİTER, N. (1968). Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25 (1-2), 142; GÜRZUMAR, O.B. (1991). Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler. Ankara Barosu Dergisi. 3, 382; AKINCI, 68; GÜRBÜZ, 148; SERT/CIHAN, 34. Aksi görüş için bkz. BADUR, s 296. İsviçre hukukunda da bu borcun eksik borç niteliğinde olduğu yönünde bkz. TREMP (2012), 129. Biyolojik madde verme borcunun eksik borç niteliğinde olduğu yönündeki görüşün her zaman için doğru olmadığı yönünde bkz. ÖZBİLEN, 147.

### III. ORGAN NAKLINE İLİŞKİN RIZANIN GERİ ALINMASININ SONUÇLARI VE ALICININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ İMKÂN LARA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

#### A. Organ Nakline İlişkin Rızanın Geri Alınmasının Sonuçları

##### 1. Rızanın Geri Alınmasına İlişkin Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, organ nakline ilişkin rıza her zaman geri alınabilir<sup>32</sup>. Biyotıp Sözleşmesi m. 5/3<sup>33</sup> hükmü de rızanın her zaman serbestçe geri alınabileceğini düzenlemektedir. Rızanın geri alınması ileriye etkilidir<sup>34</sup>.

Organ nakline ilişkin rıza bakımından şekil şartı öngörülmuş olmakla beraber, rızanın geri alınması şekle tabi değildir. Alıcı ve/veya verici, rızalarını yazılı veya sözlü olarak geri alabilir<sup>35</sup>. Örneğin operasyon günü hastaneye gidilmemesi şeklinde örtülü olarak veya hekimin ya da sağlık kuruluşuna vazgeçildiğinin bildirilmesi hallerinde açıkça rıza geri alınmış sayılır.

##### 2. Rızanın Geri Alınmasının Sonuçları

Organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri almasının sonuçlarına ilişkin olarak ODNK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri almasının sonucu, TMK m. 23/3'te "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*" biçiminde düzenlenmiştir. Esasen 3678 sayılı Kanunla<sup>36</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yapılan değişiklikle bu hüküm yer almaktaydı. Bununla beraber, bu hüküm yürürlüğe girmeden önce de bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen, verici ile alıcı arasında kararlaştırılacak cezai şartın kişilik hakkının ve özellikle serbestçe karar verme hakkının baskı aracı olarak kullanılmak suretiyle özüne zarar

<sup>32</sup> DURAL/ÖĞÜZ, 117; ZEVKLİLER, 25. Alman hukukunda aynı yönde bkz. GUTMANN, TPG Kommentar §8 N. 50.

<sup>33</sup> Biyotıp Sözleşmesi m. 5/3: "*İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir*".

<sup>34</sup> POLAT, A. (2019). Sorumluluk Hukukunda Rıza. İstanbul, 176.

<sup>35</sup> Bu husus Alman hukukunda açıkça düzenlenmektedir. Organ ve Doku Bağışı, Çıkarılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "Organ ve Doku Çıkarılması" başlıklı § 8 (2) maddesinde "*Rıza, yazılı, elektronik ya da sözlü olarak geri alınabilir.*" hükmü yer almaktadır. <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/> e.t. 26.10.2021. Avusturya hukukunda da İnsan Organlarının Nakli Kanunu'nun § 8 (4) maddesinde de rızanın yazılı ya da sözlü olarak her zaman geri alınabileceği düzenlenmektedir. <https://www.ribka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20008119> E.T. 01.05.2022.

<sup>36</sup> 23.11.1990 sayılı ve 20704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



vereceği için öngörülemez; buna göre, vericinin organ nakline ilişkin rızasını geri alabileceği ve taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamayacağı kabul edilmekteydi<sup>37</sup>.

“İnsan kökenli biyolojik madde” terimi, organı da kapsadığından TMK m. 23/3 hükmü, organ nakli sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanır. Buna göre, TMK m. 23/3 uyarınca, organ nakli taahhüdünde bulunan verici, aynen ifa davası açılarak organ nakline zorlanamaz. Organ nakline ilişkin rızasını geri alan kişi, organ nakline zorlanamayacağı gibi kendisi aleyhine maddi ya da manevi tazminat davası açılmayacaktır. Bununla beraber, alıcı, organ nakli taahhüdüne istinaden hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama vb. hususlarda çeşitli masraflar yapmış olabilir. Bu taahhüde istinaden vericinin yaşadığı şehre gitmiş, bir süre orada otelde konaklamış, hastane/hekim masrafları yapmış ve hatta çeşitli ilaçlar almış olabilir. Bu gibi ihtimallerde, vericiden herhangi bir talepte bulunulmasını yasaklayan TMK m. 23/3 hükmü karşısında organ nakline ilişkin rızanın geri alınması halinde alıcının başvurabileceği herhangi bir hukuki imkânın bulunup bulunmadığının belirlenmesine ihtiyaç vardır.

## B. ALICININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ İMKÂN LARA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Doktrinde, alıcının organ nakli taahhüdüne istinaden hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama gibi kendisine veya vericiye yönelik pek çok masrafa katlanmasına karşın hiçbir hukuki imkân a sahip olmayacağı kabulünün adaletle bağdaşmayacağı ileri sürülerek çeşitli görüşler savunulmuştur<sup>38</sup>. Doktrinde, vericinin TBK m. 81 hükmüne dayanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebileceği; alıcının vericiye duyduğu güvenden dolayı menfi zararlarının tazminini talep edebileceği; zarar verme kastının mevcudiyeti halinde TBK m. 49/2 uyarınca tazminat talebinde bulunabileceği; alıcının vericinin rızasına güvenerek yapmış olduğu masrafların en azından hakkaniyete uygun olan miktarını istemesine imkân tanınması gerektiği; TMK m. 23/3 hükmünün uygulanması halinde dürüstlük kuralına aykırı

<sup>37</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde 1990 yılında yapılan değişiklikten önce de organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin taahhüdünü yerine getirmeye zorlanamayacağı doktrinde kabul edilmekteydi. AYİTER, 142. 1986 tarihli eserinde SARIAL, şu ifadelere yer vermektedir: “...organın verilmesi hususunda icra hukukunun baskı araçlarıyla zorlanamayan vericiyi kendisinin kabul ettiği başka bir baskı aracı ile zorlamak sonucunu doğuracak olan ve her zaman kötüye kullanmaya da müsait bulunan dönme cezai şartının, konumuzun özelliği dikkate alınarak, gerek ahlaka aykırılık ve gerekse hukuka aykırılık yönünden kabul edilmemesi gerekir. Dönme cezai şartının kabul edilmemesi, kişilik hakkının ve özellikle serbestçe karar verebilme hakkının organ nakillerinde taşıdığı önemin de bir sonucudur.” SARIAL, 37.

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU yıllarca uygun organ bekleyen ve yaşam mücadelesi veren bir kişinin karşısına çıkan ve iyice düşünmeden rızasını açıklayıp daha sonra bu rızasını geri alarak hastanın yeniden dünyasını karartmasının bir karşılığının olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, sorumsuz davranan vericinin, aynen ifaya zorlanamamasının doğal bir sonuç olduğunun ancak alıcının uğradığı maddi ve manevi zararlardan sorumlu tutulmamasının adil olmadığını, rızanın geri alınması halinde tazminat sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. KILIÇOĞLU, Organ Nakli, 256.



sonucun doğduğu ihtimalde örtülü boşluğun doldurulması yoluna gidilerek hakkaniyetin gerektirdiği zararların tazmini talep edilebileceği savunulmaktadır.

### **1. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılık Görüşü**

Her ne kadar organ nakli sözleşmesinin bedel karşılığında akdedilmesi yasak olsa da, taraflar hukuka aykırı olarak bir bedel ödenmesini kararlaştırır ve hatta alıcı vericiye organ nakli operasyonu öncesinde ödemedede bulunur ancak verici rızasını geri alarak nakilden vazgeçerse alıcı vericiye ödediği bedelin kendisine iadesini talep edebilecek midir? Hatemi'ye göre, rızasını geri alan vericinin, "*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez.*" biçimindeki TBK m. 81 hükmüne dayanarak ödenen bedelin iade edilemeyeceği itirazı, TMK m. 2/2 hükmüne aykırılık oluşturabilecektir<sup>39</sup>.

### **2. Menfi Zararın Tazmini Görüşü**

Bir görüşe göre, vericinin rızasını geri alması halinde müspet zararın tazmini veya somut olayda ayrıca TBK m. 49/2'nin şartları yoksa manevi tazminat istenemez. Bununla beraber, sözleşmeye duyulan güvene dayanarak (vericinin taahhüdüne duyduğu güvenden dolayı) alıcı menfi zararlarının tazminini -örneğin yaptığı masrafları- talep edebilir<sup>40</sup>.

### **3. TBK m. 49/2 Çerçevesinde Ahlaka Aykırılık Sebebiyle Tazminat Görüşü**

Doktrinde bir görüş, sadece rızanın geri alınması söz konusu olmayıp somut olayda karşı tarafa zarar verme kastı da varsa, TBK m. 49/2 gereğince, vericinin alıcıdan TBK m. 49/2 gereğince menfi zararın yanında, manevi tazminat da talep edebileceğini savunmaktadır<sup>41</sup>.

### **4. Hakkaniyet Gereğince Tazminat Görüşü**

TMK m. 23/3 hükmünün amacına göre yorumlanması gerektiğini savunan bir görüş, hükmün amacının, kişiyi baskı altında organ nakline zorlamamak olduğuna, kişiyi sırf ödemesi muhtemel olan tazminatı ödememek için organ nakline mecbur bırakmamak olduğuna dikkat çeker. Hükmün amaca uygun yorumunun, alıcının bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların tazmin edilmesine izin vereceğini, vericinin organ naklinden vazgeçmesi halinde, alıcının ifa etmemeden dolayı tazminat isteyemeyeceğini; bununla beraber, alıcının bu rızaya güvenerek

<sup>39</sup> HATEMİ, H. (2020). *Kişiler Hukuku* (8. b.) İstanbul, 71.

<sup>40</sup> HATEMİ, 71.

<sup>41</sup> HATEMİ, 71; ÖZBİLEN, 254, dn. 674. Benzer yönde bkz. AKINCI, 207. AKINCI'ya göre, "*Vericinin sırf alıcıya zarar vermek amacıyla kötü niyetli olarak sözleşmeden dönmesi halinde ise, alıcının vericiden maddi ve manevi tazminat isteyebilmesi gerekir.*" Yine benzer yönde bkz. POLAT, 175. POLAT'a göre, "*Ancak sırf karşı tarafa ümit verip sonra vazgeçerek ona zarar vermek için bir rıza gösterilirse, bu durumda rızadan vazgeçme geçerli bile olsa karşı tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü gerekebilir.*"

yaptığı -yol, ilaç, doktor gibi – masrafların en azından hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesini isteyebilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>42</sup>.

### **5. Örtülü Boşluğun Doldurması Suretiyle Tazminat Talep Edilebileceği Görüşü**

Bir önceki görüşü geliştiren doktrindeki bir diğer görüş uyarınca, TMK m. 23/3 hükmünde yasal değişiklik yapılması gerekmekte ancak bu değişiklik yapılana kadar hükmün uygulanması bakımından şöyle bir yol izlenmelidir: Somut olayda rızanın geri alınması halinde dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğacak olursa madde metninde örtülü boşluk bulunduğu kabul edilmesi en isabetli yaklaşım olacaktır<sup>43</sup>. Hükümdeki örtülü boşluk dürüstlük kuralı ışığında hâkim tarafından doldurulmalı ve böylece zarar görenin hakkaniyetin gerektirdiği bazı zararlarının tazmin edilmesi suretiyle adalet tesis edilmelidir.

### **C. ALICININ BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ İMKÂN LARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ**

İlk olarak Serozan'ın da belirttiği gibi, “Bütün bu koşullar ... ölçülülük ölçütlerine, başka bir deyimle, ödün (risk)-menfaat-güçsüzün korunması denkleminde uyan duyarlı ahlaki değer yargısının tipik uzantılarıdır: Risk bilinçli olarak göze alınmalı, organ nakli taahhüdü para için değil soylu bir amaç (menfaat) için özgürce yapılmalı ve kişi kararından her an için özgürce vazgeçebilmelidir”<sup>44</sup>. İşte bu düşünceyle ODNK ve alt mevzuatında, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alabileceği düzenlenmiştir. Rızanın geri alındığı durumlar bakımından TMK m. 23/3'teki kanun hükmünün “...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez...” şeklindeki açık ve emredici mahiyetteki ifadesi sebebiyle alıcının, edimin ifasını talep edebilmesi mümkün değildir.

Ayrıca TMK m. 23/3'te edimin yerine getirilmesini isteyememe hususunu pekiştirmek ve bu sebeple ortaya çıkabilecek olumsuzlukları gidermek amacıyla alıcının maddî ve manevî tazminat talebinde bulunulamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Nitekim bu husus maddede; “...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez **maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz ...**” şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar hükümde düzenlenmemiş olsa da, hükmün düzenlenme amacı dikkate alındığında, kanaatimizce ifadan kaçınma durumları için öngörülen cayma tazminatı veya ceza koşulunun da istenebilmesi ve dava edilebilmesi mümkün değildir.

<sup>42</sup> DURAL/ÖĞÜZ, 118; PARLAK, 207; ABİK, 117; ŞAHİNİZ, 747; ÖZBİLEN, 254, dn. 674.

<sup>43</sup> BADUR, 307; GÜRBÜZ, 154.

<sup>44</sup> SEROZAN, R. (2018). Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (8. b.) İstanbul, 460.

TMK m. 23/3 hükmü karşısında organ nakline ilişkin rızanın geri alınabileceği, rızasını geri alan kişinin organ nakline zorlanamayacağı, kendisi aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılmayacağı hususlarında tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık vericinin organ nakli taahhüdüne istinaden alıcının, hem kendisine yönelik hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama gibi masraflar hem de kendisine taahhütte bulunan vericiyi memnun etmeye yönelik yapmış olduğu masrafları talep edip edemeyeceği hususu esas sorunu oluşturmaktadır. Bir başka şekilde ifade edecek olursak; TMK m. 23/3'te yer alan emredici nitelikteki hüküm karşısında organ nakli taahhüdüne istinaden alıcının yaptığı masrafları talep edebilmesi bağlamında başvurabileceği herhangi bir hukuki imkânın bulunup bulunmadığının belirlenmesine ihtiyaç vardır. Zira hiçbir sebep bulunmamasına rağmen organ nakline ilişkin rızasını geri alan verici durumundaki kişi, kanunun koruması altına alınırken, organ nakli taahhüdüne istinaden pek çok masraf yapan alıcının hiçbir hukuki imkâna sahip olmayacağını kabulü adaletle bağdaşmaz. Bu noktada doktrindeki diğer görüş sahipleri ile hemfikir olmakla beraber, sorunun çözümünde yaklaşım farklılığımız bulunmaktadır.

Alıcının hukuki imkânları bağlamında; TMK m. 23/3'teki emredici nitelikteki hüküm karşısında alıcının vericiden herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağı ve şayet talepte bulunabilirse, bu talebin hukuki sebebinin ne olması gerektiği sorularının cevaplanması gerekir.

İlk olarak; hukuki nitelendirmesinde de açıkça ortaya koyduğumuz üzere organ nakli sözleşmesi, verici ile alıcı arasında akdedilen, tek tarafa borç yükleyen, kendine özgü (sui generis) yapısı olan “kişiler hukukuna ait” bir sözleşmedir. Sözleşme olması sebebiyle organ nakli sözleşmesi, sözleşmeden doğan hakların yanı sıra yükümlülükler de içerir. Bilindiği üzere sözleşmeden doğan yükümlülükler, edim yükümlülükleri ve yan (koruma) yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılır<sup>45</sup>. Edim yükümlülükleri, ise asli edim ve yan edim yükümlülükleri olmak üzere ikiye ayrılır. Hem asli edim hem yan edim yükümlülükleri aynen ifa talebine konu olabilecekken aralarındaki fark asli edim yükümlülüğünün sözleşmenin asli borcu, sözleşmeye tipini veren edim olması, yan edim yükümlülüğününse sözleşmenin amacına ulaşmasına hizmet eden ve sözleşmenin ikinci derecede amacına ulaştırılan edim olmasıdır<sup>46</sup>.

Yan yükümlülükler ise, edim yükümlülüklerinin aksine aynen ifa talebine konu olamazlar ancak ihlal edildikleri takdirde tazminat talebine konu olabilirler<sup>47</sup>. Yan

---

<sup>45</sup> EREN, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. b.) Ankara, 31; KILIÇOĞLU, A. M. (2021). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. B). Ankara, 42.

<sup>46</sup> KARABAĞ BULUT, N. (2009). Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme. İstanbul, 60.

<sup>47</sup> EREN, Borçlar Genel, 38; KILIÇOĞLU, Borçlar Genel, 45.

yükümlülükler, dürüstlük kuralından doğar, alacaklının edim menfaati dışındaki menfaatlerinin korunmasına hizmet eder ve “koruma yükümlülükleri” olarak da adlandırılır<sup>48</sup>. Dürüstlük kuralı uyarınca, sözleşme kurmak amacıyla taraflar arasında sosyal temas başladığı andan itibaren taraflar, aralarındaki borç ilişkisinin her aşamasında birbirlerine zarar vermemek için gerekli her türlü çabayı sarf etmelidirler, aksi takdirde karşı tarafın uğradığı zarar tazminle yükümlü olacaklardır<sup>49</sup>. Koruma yükümlülükleri, sözleşme öncesinde, sözleşme esnasında ve sözleşme sonrasında da mevcut olabilir, sözleşmenin herhangi bir sebeple ortadan kalkması halinde koruma yükümlülükleri mevcudiyetini sürdürür<sup>50</sup>.

Bu tespitlerin ardından belirtmek gerekir ki, organ nakli sözleşmesinde asli edim yükümlülüğünü, organın nakli oluşturur. Bu yükümlülük, ifası talep edilemeyen, ifa edilmediğinde ise dava edilemeyen “eksik borç” mahiyetinde bir yükümlülüktür. Ayrıca vericinin edim yükümlülüğü karşısında bir “asli edim yükümlülüğü” bulunmadığından buradaki sözleşme, tek tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilir.

TMK m. 23/3’te “...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.” hükmünde ifası talep edilemeyecek husus, organın nakli, yani asli edim yükümlülüğüdür. Aynı şekilde maddi ve manevi tazminat talep edilememesi de bu asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile ilişkili olup asli edim yükümlülüğünün yerini alacak mahiyette bir maddi zararın tazmini veya bu edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkabilecek bir manevi zararın tazmini talep edilemez. Emredici mahiyette öngörülen bu düzenlemedeki amaç, organ nakline ilişkin rızanın geri alınabilmesini zorlaştırmamak, kişide organını nakletmeye yönelik baskı oluşturmamaktır. Zira aksi durumun kabulü, yani maddi ve manevi tazminata izin verilmesi, kişi üzerine baskı oluşmasına sebep olup karar verme iradesini etkileyerek rızanın geri alınmasına yönelik iradenin açıklanmasına engel olabilir. Bu sebeple TMK m. 23/3’te yasaklanan maddi ve manevi tazminata yönelik talepler, asli edim yükümlülüğü ve buna yönelik rızanın geri alınabilmesi ile doğrudan ilgilidir.

<sup>48</sup> LARENZ, K. (1976). Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil (11. A.). München, 8; KOCAYUSUFPASAOĞLU, N. (2008). Borçlar Hukukunda Giriş Hukuki İşlem Sözleşme (4. b.). İstanbul, 14; EREN, Borçlar Genel, 38-39. Koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden mi doğduğu, yoksa tek borç ilişkisinin (sözleşmenin) hem edim yükümlülüklerini hem de koruma yükümlülüklerini mi içerdiği tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. LARENZ, 8 vd. Kanaatimizce sözleşmenin hem edim yükümlülüklerini hem de koruma yükümlülüklerini içerdiği kabul edilebilir. Aksi görüşte bkz. GÜMÜŞ, M.A. (2021). Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara, 50.

<sup>49</sup> EREN, Borçlar Genel, 40-41.

<sup>50</sup> SEROZAN, R. (2014). İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (6. b.) İstanbul, 263; KARABAĞ BULUT, 68.

Organ nakli sözleşmesinde taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı kabul edildiğinden tarafların edim yükümlülüklerinin yanı sıra birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Buna göre, rızasını geri alan verici, asli edim yükümlülüğünden ve bunun yerini alabilecek maddi-manevi tazminat yükümlülüğünden kurtulmakla birlikte, alacaklının (burada “alıcı”) edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet eden koruma yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle sorumlu tutulabilir. Bu çerçevede haklı bir sebep olmaksızın rızasını geri alan vericinin, ortaya çıkan masrafları sözleşme temelinde karşılama yükümlülüğü doğar. Ancak burada öngörülecek sorumluluk dikkatli ve ölçülü bir şekilde uygulanmalıdır. Zira sorumluluğun asli edim yükümlülüğünün yerini alacak tarzda genişletici mahiyette uygulanması organ nakline rıza göstermek isteyen kişilerin rızalarını geri aldıklarında tazminatla karşılaşma riskinden korkarak nakilden kaçınmalarına sebebiyet verebilir.

Nitekim doktrinde Akıncı, vericinin nakil sebebiyle işine gidemeyerek elde edeceği kazançtan mahrum kalması ya da nakil nedeniyle sağlık masrafları gibi çeşitli ekonomik kalemlerin tazmininin alıcı ile verici arasında yapılacak sözleşmeyle öngörülebileceğini ancak bu meblağın çok dikkatli bir şekilde hesaplanması ve yüksek bir meblağın kararlaştırılmaması gerektiğini savunmaktadır<sup>51</sup>.

TMK m. 23/3'teki emredici nitelikteki hüküm karşısında alıcının vericiden talepte bulunabileceğinin bu şekilde kabulü halinde ikinci önem taşıyan nokta alıcının, yapmış olduğu masraflara yönelik talebinin hukuki temelini (hukuki sebebin) açıklanmasıdır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edildiğinden alıcının yapmış olduğu masraflara yönelik talebinin hukuki temelini organ nakli sözleşmesi oluşturacak ve ortaya çıkan sorun, sözleşme temelinde çözülecektir. Bu noktada sözleşme bağlamında ortaya çıkan bir hukuki soruna uygulanacak hükümlerin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Sözleşme ilişkisine, ilk olarak taraflarca kararlaştırılan ve kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmeyen sözleşme hükümleri uygulanır. Sözleşmede, taraflarca kararlaştırılan bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda ise, sözleşme boşluğunun bulunduğu kabul edilir<sup>52</sup>. Sözleşme boşluğunun bulunduğu durumlarda, hukuk sisteminde bir sözleşme boşluğu nasıl dolduruluyorsa, buradaki

---

<sup>51</sup> AKINCI, 181.

<sup>52</sup> Sözleşme boşluğu konusunda detaylı bilgi için bkz. KUNTALP, E. (2011). Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem. Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 26-27 Haziran 2008, 154-155; ATAMER, Y. (2005). Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 63 (1-2), 173.

boşluk da o şekilde doldurulmalıdır<sup>53</sup>. Türk hukukunda sözleşme boşluklarının doldurulması bakımından, hâkimin hukuku uygulamasına ilişkin genel nitelik taşıyan TMK m. 1 hükmü bulunmaktadır. Buna göre kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır; kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halinde hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, örf âdet hukukunda da herhangi bir hüküm bulunmuyorsa, hukuk yaratma yoluna başvurur.

Kanaatimizce rızanın geri alındığı durumlarda yapılan masrafların talep edilmesi bağlamında sözleşmenin kurulduğu sırada herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden sözleşme boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine bakmak gerekir. Özellikle de TMK m. 23/3'teki "...biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz..." hükmü karşısında "örtülü kanun boşluğu"nun bulunduğu kabul edilmelidir<sup>54</sup>. Zira doktrinde açıkça ifade edildiği üzere, kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen, bu kanun hükmünün, onun amacını aşarak çok geniş alanları kapsamaması ve somut olaya uygulandığı takdirde bu hükmün amacına aykırı sonuçlar ortaya çıkarması durumunda örtülü kanun boşluğunun bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır<sup>55</sup>. Diğer bir ifadeyle kanun hükmünün, çok geniş kapsamlı olduğu ve tüm daraltıcı yorum çabalarına rağmen, somut olayın istisnai özelliklerine uymadığı ve bu kanun hükmünün uygulanmasının adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu durumlarda örtülü boşluk vardır.

Rızanın geri alındığı durumlarda yapılan masrafların talep edilmesi bakımından hâkim, ortaya çıkan sözleşme ve bu bağlamda tespit ettiği örtülü kanun boşluğunu, TMK m. 1/2 hükmünün kendisine verdiği yetki ile hukuk yaratmak suretiyle doldurur. Böyle bir durumda, TMK m. 2/1'de yer alan dürüstlük kuralı hâkime yol gösterici olacaktır ve hâkim, yapılan masrafların karşılanmasına, dürüstlük kuralından yararlanmak suretiyle karar verebilecektir. Bu noktada karar verilirken, TMK m. 23/3'teki düzenlemenin amacına uygun şekilde yorumlanması suretiyle hakkaniyete uygun surette belirlenecek miktarda bir masrafın ödenmesine karar verilmelidir. Özellikle organ nakline rıza göstermek isteyen kişilerin

<sup>53</sup> Sözleşme boşluğunun doldurulması konusunda bkz. CANBOLAT, F. (2012). Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması. Ankara, 178-179.

<sup>54</sup> Örtülü boşluğa ilişkin olarak detaylı açıklama için bkz. EDİS, S. (1993). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara, 134-135; KIRCA, Ç. (2001). Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 50 (1), 91-119.

<sup>55</sup> EDİS, 134; KIRCA, 114.

rızalarını geri aldıklarında tazminatla karşılaşma riskinden korkarak nakilden kaçınmalarına sebep olmamak gerekir.

Organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alması halinde alıcının başvurabileceği hukuki imkânlarla ilişkin son olarak, sonradan rızasını geri alan vericinin alıcıya zarar verme kastının mevcudiyeti ve dolayısıyla ahlaka aykırılık halinde<sup>56</sup>, sebeplerin yarışmasına ilişkin TBK. m.60 hükmü dikkate alınmak suretiyle alıcı, TBK m. 49/2 uyarınca maddi zararının -katlandığı masrafların- ve manevi zararının tazminini talep edebilecektir.

## **SONUÇ**

Ülkemizde canlıdan organ nakline belirli şartların sağlanması halinde izin verilmektedir. Bu şartlar, kısaca, naklin üstün bir amaca hizmet etmesi, naklin zarar vermeyecek nitelikte olması, organ nakli için ölüden uygun bir organ temin edilememesi ve başkaca bir tedavi seçeneğinin kalmaması (ikincillik prensibi), kanunun aradığı ölçüde yakınlığın bulunması, naklin yetkili personel tarafından, gerekli teçhizat donanımına sahip sağlık kuruluşunda yapılması ve tarafların kanunun aradığı şartlara uygun şekilde aydınlatılmış rızalarının bulunmasıdır.

Alıcı ve verici arasındaki canlıdan organ nakli taahhüdüne ilişkin hukuki ilişki, TBK m. 1 uyarınca sözleşme niteliğindedir. Sözleşmenin tarafları, organ nakli taahhüdünde bulunan kişi (verici) ile organın aktarılacağı kişidir (alıcı). Organ nakli sözleşmesi, organ nakli taahhüdünde bulunan kişi (verici) ile organın aktarılacağı kişi (alıcı) arasında akdedilen, tek tarafa (organ nakli taahhüdünde bulunan kişiye) borç yükleyen, kendine özgü (sui generis) yapısı olan “kişiler hukukuna ait” bir sözleşmedir. Kişiler hukukuna ait ve kendine özgü yapısı olması sebebiyle organ nakli sözleşmesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması sonucunda hak sahibinin kişilik alanında doğduğu için alıcıya, bu sözleşme gereğince ifa konusu yapılan edimin yerine getirilmesini isteme hakkı ve bu bağlamda da dava hakkı vermez. Bu yönüyle organ nakli sözleşmesinden doğan borç, eksik borç niteliğindedir, zira TMK m. 23/3 hükmü uyarınca, organ nakli taahhüdünde bulunan verici, aynen ifa davası açılarak organ nakline zorlanamaz. Ayrıca ifada bulunmayan borçlu aynen ifaya zorlanamayacağı gibi borç ifa edildikten sonra organ geri istenemez.

ODNK ve alt mevzuatında, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alabileceği düzenlenmekle beraber rızanın geri alınması durumunda alıcının herhangi bir

---

<sup>56</sup> Detaylı bilgi için bkz. GÖNÜL KOŞAR, G. (2020). Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. İstanbul, 179.



hukuki imkâna başvurup başvuramayacağına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri almasının sonucuna ilişkin olarak vericiden herhangi bir talepte bulunulmasını yasaklayan TMK m. 23/3 hükmü karşısında organ nakline ilişkin rızanın geri alınması halinde alıcının başvurabileceği herhangi bir hukuki imkânın bulunup bulunmadığının belirlenmesine ihtiyaç vardır.

TMK m. 23/3 hükmü karşısında organ nakline ilişkin rızanın geri alınabileceği, rızasını geri alan kişinin organ nakline zorlanamayacağı, kendisi aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılmayacağı hususlarında tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık vericinin organ nakli taahhüdüne istinaden alıcının, hem kendisine yönelik hastane, hekim, ilaç, yol, konaklama gibi masraflar hem de kendisine taahhütte bulunan vericiyi memnun etmeye yönelik yapmış olduğu masraflar bakımından talepte bulunup bulunamayacağı ve şayet talepte bulunabilirse, bu talebin hukuki sebebinin ne olması gerektiği önem taşır.

Organ nakli sözleşmesinde taraflar arasında bir sözleşmenin varlığı kabul edildiğinden tarafların asli edim ve yan edim yükümlülüklerinin yanı sıra birbirlerine karşı koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Buna göre, rızasını geri alan verici, asli edim yükümlülüğünden ve bunun yerini alabilecek maddi-manevi tazminat yükümlülüğünden kurtulmakla birlikte, alıcının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet eden koruma yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle sorumlu tutulabilir. Böylece haklı bir sebep olmaksızın rızasını geri alan vericinin, ortaya çıkan masrafları sözleşme temelinde karşılama yükümlülüğü doğar. Ancak burada öngörülecek sorumluluk dikkatli ve ölçülü bir şekilde uygulanmalıdır. Zira sorumluluğun asli edim yükümlülüğün yerini alacak tarzda genişletici mahiyette uygulanması organ nakline rıza göstermek isteyen kişilerin rızalarını geri aldıklarında tazminatla karşılaşma riskinden korkarak nakilden kaçınmalarına sebebiyet verebilir.

Alıcının, yapmış olduğu masraflara yönelik talebinin hukuki temelini, organ nakli sözleşmesi oluşturur. Bu bağlamda rızanın geri alındığı durumlarda yapılan masrafların talep edilmesinde sözleşmenin kurulduğu sırada herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden sözleşme boşluğunun olduğu, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleri bağlamında da TMK m. 23/3'teki emredici nitelikteki hükmü karşısında "örtülü kanun boşluğu"nun bulunduğu kabul edilmelidir. Rızanın geri alındığı durumlarda yapılan masrafların talep edilmesi bakımından hâkim, ortaya çıkan sözleşme boşluğunu ve bu bağlamda tespit ettiği örtülü kanun boşluğunu, TMK m. 1/2 hükmünün kendisine verdiği yetki ile hukuk yaratmak suretiyle doldurur. Böyle bir durumda, TMK m. 2/1'de yer alan dürüstlük kuralı hâkime yol gösterici olacaktır ve hâkim,

yapılan masrafların, alacaklı tarafından karşılanmasına, dürüstlük kuralından yararlanmak suretiyle karar verebilecektir.

Organ nakli taahhüdünde bulunan kişinin rızasını geri alması halinde alıcının başvurabileceği hukuki imkânlarla ilişkin son olarak, sonradan rızasını geri alan vericinin alıcıya zarar verme kastının mevcudiyeti ve dolayısıyla ahlaka aykırılık halinde, sebeplerin yarışmasına ilişkin TBK m. 60 hükmü dikkate alınmak suretiyle alıcı, TBK m. 49/2 uyarınca maddi zararının -katlandığı masrafların- ve manevi zararının tazminini talep edebilecektir.

## KAYNAKÇA

- ABİK, Y. (2014). Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli. Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı. Ankara, 93-146.
- AKINCI, Ş. (1996). Türk Özel Hukuku'nda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar. Ankara.
- AKÜNAL T. (1983). 2238 sayılı 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler'. Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu. İstanbul, 19-31.
- ATAMER, Y. (2005). Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 63 (1-2), 171-191.
- AYİTER, N. (1968). Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25 (1-2), 137-144.
- AYİTER, N. (1975). Organtansplantation als Privatrechtliches Problem. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 32 (1) 173-184.
- BADUR, E. (2020). Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 5 (1), 275-312.
- CANBOLAT, F. (2012). Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması. Ankara.
- DEMİR, M. (2020). Tıbbi Sorumluluk Hukuku (2. b.). Ankara.
- DURAL, M./ÖĞÜZ, T. (2016). Kişiler Hukuku (17. b.). İstanbul.
- EDİS, S. (1993). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri. Ankara.
- EREN, F. (2019). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. b.) Ankara.
- EREN, F. (2020). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (8. b.) Ankara.
- FATEH-MOGHADAM, B. (2008). Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Münih.
- GÖNÜL KOŞAR, G. (2020). Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. İstanbul.
- GREİNER, S. (2013). Krankengeld und Entgeltfortzahlung bei Organ- oder Gewebespende. Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 241-247.
- GUTMANN, T. (2005). Transplantationengesetz Kommentar. Münih.

- GÜMÜŞ, M.A. (2021). Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara.
- GÜRBÜZ, E.R. (2021). Organ ve Doku Naklinde “Rıza”. İstanbul.
- GÜRZUMAR, O.B. (1991). Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler. Ankara Barosu Dergisi. 3, 364-389.
- HATEMİ, H. (2020). Kişiler Hukuku (8. b.) İstanbul.
- KARABAĞ BULUT, N. (2009). Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme. İstanbul.
- KILIÇOĞLU, A. M. (1991). Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 2, 246-265.
- KILIÇOĞLU, A. M. (2021). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. b.). Ankara.
- KILIÇOĞLU, A. M. (2021). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (3. b.). Ankara.
- KIRCA, Ç. (2001). Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 50 (1), 91-119.
- KIZILARSLAN, H. (2010). Organ ve Doku Naklinin Hukuki Yapısı. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan. 2, İstanbul, 1003-1025.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2008). Borçlar Hukukunda Giriş Hukuki İşlem Sözleşme (4. b.). İstanbul.
- KUNTALP, E. (2011). Sözleşme Boşluğunu Doldurmada Tipolojik Yöntem. Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 26-27 Haziran 2008, 153-170.
- LARENZ, K. (1976). Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil (11. A.). München.
- LOPP, L. (2013). Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe Possibilities of Harmonisation. Berlin.
- ORAL, T. (2011). Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü.. Ankara Barosu Dergisi 2, 185- 209.
- OZANOĞLU, H. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 52 (3), 55-77.

- ÖZAR, S./HALICI, T. (2021). Organ veya Doku Naklinde Hukuken Geçerli Rıza. *Adalet Dergisi*. 66 (1), 569-593.
- ÖZBİLEN, A. B. (2011). İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler. İstanbul.
- PARLAK, Ş. (2009). Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 83, 189-222.
- POLAT, A. (2019). Sorumluluk Hukukunda Rıza. İstanbul.
- SARIAL, M. E. (1986). Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler. İstanbul.
- SCHROTH, U. (2008). Almanya’da Organ Naklinin Hukuki Şartları. V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Tıp Hukukunun Güncel Sorunları. *Türkiye Barolar Birliği*. 313-327.
- SEROZAN, R. (2014). İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (6. b.) İstanbul.
- SEROZAN, R. (2018). Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku (8. b.) İstanbul.
- SERT, S./CİHAN, A. H. (2013). Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme. İstanbul.
- ŞAHİNİZ, S. (2003). Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli. Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan. İstanbul, 723-750.
- TREMP, D. (2010). Die finanzielle Absicherung des Lebendspenders?: Besteht bereits Änderungsbedarf?. *Health Insurance Liability Law*. III Nr. 6, Zürich.
- TREMP, D. (2012). Zum Ersatzanspruch des Lebendspenders von Organen, Zellen und Geweben. *Haftung und Versicherung*. 119-135.
- ZEVKLİLER, A. (1983). Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(1), 1-37.
- ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E. (2018). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (18. b.) Ankara.