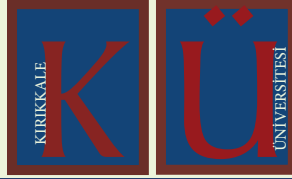


KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 3 Sayı 1 | Nisan 2023



Volume 3 Issue 1 | April 2022



KIRIKKALE LAW JOURNAL

e-ISSN : 2757-9964



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 3 Sayı 1 | Nisan 2023

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 3 Issue 1 | April 2023

KHM,
Index Copernicus'ta ve Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı'nda taramaktadır.

EBSCO, ProQuest ve 2021'den itibaren TR-DİZİN izleme sürecindedir.



KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Dekan
Prof. Dr. Mustafa Avcı

Editörler | Editors

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu
Doç. Dr. Yasemin Durak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş
Arş. Gör. Şeyma Kurt
Arş. Gör. M. Cihat Samur

Dil Editörleri | Language Editors

Türkçe: Arş. Gör. Onur Altunsu
İngilizce: Arş. Gör. Evrim Haznedaroğlu
Almanca: Arş. Gör. Beyza Gül Can

Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü
Ankara Karayolu 7. km. 71453
Yahşihan / Kırıkkale
hukukmecmuasi@kku.edu.tr
<https://khm.info.tr>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/khm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mustafa Avcı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. Mustafa Özen, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Prof. Dr. Ozan Can, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adana, Türkiye.
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Arıkan, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektas, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Nurdan Orbay Ortaç, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Emre Kalender, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Bahadır Erdem – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.
Prof. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Cumhuri Şahin – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İlhan Üzülmöz – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. İsmail Kırca – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Ahmet Kılınc – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır
- Makale Kabul Tarihleri, Bahar sayısı için 1 Kasım - 15 Mart; Güz sayısı içinse 1 Mayıs - 15 Eylül tarihleri arasındadır.
- Makaleler, dergiye dergipark yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her sayıda bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC-ND 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 6.000 en çok 15.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 3.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

- Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
- Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.

İÇİNDEKİLER

BİTCOİN ÖZELİNDE KRİPTO PARALARIN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE TASFİYESİ SORUNU	1
THE PROBLEM OF CRYPTO COIN LIQUIDATION IN THE REGIME OF BITCOIN PARTICIPATION IN ACQUIRED GOODS	
Dr. Öğr. Üyesi Seda Kara Kılıçarslan	
EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA TEMSİL YETKİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	29
COMPARISON OF THE REPRESENTATION OF THE MARRIAGE UNION WITH THE POWER OF REPRESENTATION IN THE CONTEXT OF THE LAW OF OBLIGATIONS	
Kürşat Tarık Açıkgöz	
TÜRK MEDENİ HUKUKUNDAKİ ZİLYETLİĞİN KORUNMASI YOLLARININ OSMANLI HUKUKUNA MUKAYESESİ	47
COMPARISON OF THE WAYS OF PROTECTION OF PROPERTY IN TURKISH CIVIL LAW WITH OTTOMAN LAW	
Mesut Altay	
COVID-19 TEDBİRLERİ NEDENİYLE İDARENİN SORUMLULUĞU VE SALGIN KOŞULLARININ MÜCBİR SEBEP KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	79
RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION DUE TO COVID-19 MEASURES AND EVALUATION OF THE EPIDEMIC CONDITIONS WITHIN THE SCOPE OF FORCE MAJEURE	
Musa Soysal	
MÜLKİYET HAKKI YÖNÜNDEN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ KAVRAMI (AİHM VE AYM'NİN İÇTİHATLARINA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM)	109
THE CONCEPT OF POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE WITH RESPECT TO PROPERTY RIGHT (CRITICAL APPROACH TO THE JURISPRUDENCES OF ECtHR & TCC)	
Dr. Cengiz Arıkan&Ogün Oktay	

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

BİTCOİN ÖZELİNDE KRİPTO PARALARIN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE TASFİYESİ SORUNU

THE PROBLEM OF CRYPTO COIN LIQUIDATION IN THE REGIME OF BITCOIN PARTICIPATION IN ACQUIRED GOODS

Dr. Öğr. Üyesi Seda Kara Kılıçarslan*

ÖZ

İnternet ve blockchain teknolojisinin gelişimi ile gayrinakdi ödeme araçlarının yerini elektronik ve kripto para-lar almaya başlamıştır. Fakat gündelik hayatımızda her geçen gün varlığını hissettiğimiz bu kavramların kullanımını nedeniyle, oluşabilecek hukuki süreçlere karşı kanunlar henüz hazırlıklı halde görülmemektedir. Hukuki ve vergi-sel statüleri henüz belirsizdir. Çalışmamızda ele almış olduğumuz Bitcoinin de hukukun birçok alanında davalara konu olması an meselesidir. Özellikle boşanma sonrası hukuki mal rejimi olarak bilinen edinilmiş mallara dahil olma rejiminin tasfiyesi halinde likidasyon konusu olacak kripto paraların paylaşımı beraberinde birçok sorunu barındırmaktadır. Zira kripto paralar oldukça değişkendir ve değerlendirme yapmak çok zordur. Ayrıca ispatını yapmak da kolay değildir. Bitcoinin edinilmiş mal rejiminin tasfiyesi bakımından sorun olarak nitelendirilebile-cek özelliklerinden yola çıkarak, çalışmamızda öncelikle hukuki statüsüne ilişkin açıklamalara değinildi. Ardından ise gerek ispat sorunu gerekse değerlendirmedeki belirsizlikle ilgili tespitler ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur

Anahtar Kelimeler Kripto Para, Bitcoin, Edinilmiş Mal, Mal rejimi, Boşanma

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0002-7814-371X ✉ sedakarakilicarslan@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atınlı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

The usage area of sub-product rent contracts is being more common every passing day. Especially, being able to include rights, companies, enterprises to product rent contract differently from ordinary rent and roofed workplace rent contract has increased these contracts field and importance. By considering that the number of studies have been made regarding on sub-product rent contracts is less, it's seen necessary to make an examination of the liability arising from defect and suppression in sub-product rental contract accordingly.

Our study's aim is to determine the liability arising from defect and suppression in sub-product rent contracts that are being more common every passing day. In this scope, firstly a general information about sub-rental contracts and sub-product rent contracts has been provided with the reason of sub-product rent contracts being a type of both product rental contracts and sub-product rental contracts. Afterwards in terms of sub-product rental contract, the liability arising from defect and suppression has been discussed in terms of proprietor, tenant and sub-product tenant separately. The events of defect and suppression that arise indigenous to sub-product rent have been discussed under the light of doctrine and Supreme Court decisions. It because our study's subject aims determining the liability arising from defect and suppression in sub-product rental contracts, the verdict and consequences of defect and suppression have been left out of the scope. In conclusion, the opinions obtained because of our study have been gathered in the conclusion part.

Keywords Product rent - Building rent - Sub-rent - Liability arising from defect and suppression

GİRİŞ

Dünya giderek dijital bir çağa doğru evriliyor. Alış-veriş, eğitim, bankacılık, adli işlemlerde ve sosyal- medya ya olan rağbet giderek elektronik ortamlar üzerinden karşılanmakta ve son dönemde görüldüğü üzere bu durum bir zorunluluk da arz etmektedir¹. Ödeme araçları ve sistemleri, gelişim kaydeden mali piyasaların doğal bir sonucu olan yeni kullanıcı gereksinimlerini giderebilmek adına dönüşmekte ve çeşitlenmektedir. Günümüz dünyasını biçimlendiren üst düzey teknolojik uygulamalar ve küreselleşme, ödemeler konusunda ve mali dünyada bugüne has gereksinimleri ortaya çıkarmakta; bazen altyapıdaki yetersizlikler bazen de hukuki sınırlar, bahsedilen gereksinimlerin karşılanmasının önüne adeta bir set çekmektedir. Bahsedilen koşullarda görülmeye başlanan sanal para birimi (SPB) kavramı, klasik ödeme araçlarının ve mali hizmetlerin karşılamakta güç çektikleri yeni tüketici istekleri ile şekil alan bir varlık çeşidi olarak kabul edilebilir². Gerçekten de son dönemde tüm dünyayı sarsan corona virüs salgını neticesinde, tüm sosyal ilişkiler giderek zorunlu bir dijitalleşmeye doğru yönelmiştir. Sosyal hayatı düzenleyen hukuk kuralları da bu gelişime paralel çözüm önerileriyle oluşabilecek uyumsuzlukları bertaraf edecek biçimde tasarlanmalıdır. Hukuk kurallarının organikliğı bize bu konuda yardımcı olduğu kadar, zorlayıcı bir unsur olarak da değerlendirilmelidir.

Bir diğer taraftan dijitalleşmenin bir sonucu olarak, uluslararası ticaretin global hale gelen dünya düzeni içerisinde göstereceğı gelişim düşünüldüğünde, geleneksel ödeme araçlarıyla yapılan ödemeleri işlevsiz hale getirmiştir. Zira her yeni ödeme yöntemi, bir öncekinin dezavantajlarını kapatarak ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ödeme araçları, geleneksel ticarete oranla e ticarete güveni sağlayacak nitelikte şekillenmektedir. Sonuç itibariyle geleneksel ticarete müşteri önce malı görür dener ve sonra karar verir. Ancak e-ticarete müşteri ödeme sırasında malı görmez, ödeme ise elektronik olarak gerçekleştirilir.

Geleneksel Ödeme Şekli (Kredi Kartı, Nakdi Para, Kambiyo Senedi)³

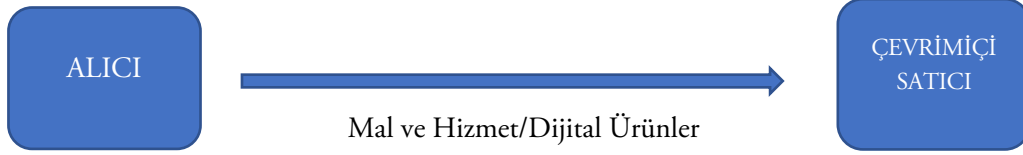


1 “Oy ve Seçim Sistemleri, Nesnelerin İnterneti, Para Transferleri, Siber Güvenlik, Değerli Belgelerin Yaratılması ve Saklanması, E-Ticaret ve Dijital Ödemeler, Leasing ve Araç Satışları, Smart Contracts, Tahmin Uygulamaları, Online Müzik Sektörü, Hisse Senetleri ve Borsalar, Sağlık Hizmetleri, Kimlik Yönetim Sistemleri, Kişiden Kişiyeye Borçlanma ve Dağıtık Yapılı Kredi Sistemleri, Bağış Sistemleri ve Mikro Ödemeler, Telif Hakları”, <https://coin-turk.com/bitcoin-sadece-bir-baslangicti-blockchain-teknolojisi-ile-yapilabileceklerin-siniri-yok>, (E.T. 4.11.2021).

2 Üzer Betül. *Sanal Para Birimleri*. Uzmanlık Yeterlilik Tezi. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü Ankara, Eylül 2017.

3 https://ocw.metu.edu.tr/pluginfile.php/354/mod_resource/content/0/Lecture_4.pdf (E.T. 4.11.2021).

Elektronik Ödeme Şekli (EFT, E-cash, E-check, E-cüzdan, ÖdemeKartları, Mikro Ödeme)⁴



Gerçekten de günümüzde internet teknolojisi ile birlikte, internet üzerinden yapılan gayri nakdi ödeme yöntemlerinin artması ile para aktarımı internet aracılığıyla yapılmaya başlanmış ve hem nakit paranın kullanıldığı alanlar azalmış hem de elektronik ödeme metotları daha fazla kullanılmaya başlanmıştır⁵. E-ödeme yöntemleri, çevrimiçi ya da internet bağlantısı olmadan çevrimdışı olarak kullanılabilir. Bunları elektronik para, kredi kartı, elektronik çek, elektronik fon akışı, akıllı kart, paypal, e-cüzdan olarak ifade edebiliriz. Elektronik ödeme yöntemlerinden paraya en yakın kullanıma sahip yöntem ise, elektronik para ve onun bir çeşidi olan kripto paradır⁶.

Gayri nakdi paraları iki grupta ele almamız mümkündür. Bunlar elektronik para ve kripto paralardır. Geleneksel ödeme yöntemlerinin dışında elektronik ödeme yöntemlerinin gelişmesiyle önce elektronik paralar, daha sonra ise kripto paralar hayatımıza girdi. Öyleki, edinilen verilere göre kripto para işlem hacmi 1 Şubat- 24 Mart tarihleri arasında 218 milyar lirayı bulmuş, bu rakam önceki yıllara göre ciddi bir artışı gözler önüne sermiştir⁷. Bununla birlikte kripto paralara yönelik talep artışı beraberinde birçok sorunu da getirmiştir. Bunlardan en çok konuşulunu 22 Nisan'da THODEX kripto para borsasının yöneticisinin, beraberinde kripto paralarla birlikte yurtdışına çıkması olmuştur⁸. 391. 000 üyeye sahip borsanın akibetinden sonra, Vebitcoin adındaki bir başka borsanın finansal zorluklar nedeniyle faaliyetini durduğunu açıklaması olmuştur⁹. Ayrıca söz edilenler haricinde kripto paraların başlı başına sorunu olan kayıt altına alınlar dışında bir piyasanın ortaya çıkması ve kripto para borsaları sonucunda kazanılan hasılatların kara para aklama noktasında sık sık kullanılması gibi çekince-lerin dışında toplum içinde kripto para borsalarına karşı infial oluşmuştur¹⁰.

⁴ https://ocw.metu.edu.tr/pluginfile.php/354/mod_resource/content/0/Lecture_4.pdf, (E.T. 4.11.2021).

⁵ Hilal Karakaş Eker, "Bitcoin ve Kripto Paraların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi", *Bursa Barosu Dergisi*, s. 102.

⁶ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Bitcoin Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", 2018, İstanbul, s. 13 vd.

⁷ Dünya Gazetesi İnternet Sitesi, "Türkiye'nin Ödeme Yasağı Ardından Kripto Para Piyasası Hacim Kaybetti", <https://www.dunya.com/finans/kripto-para/turkiyenin-odeme-yasaği-ardından-kripto-para-piyasası-hacim-kaybetti-haberi-618133>, (E.T. 6.7.2021); ayrıca bkz. Argun Karamanoğlu, "Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni*, s.1 vd.

⁸ "Kripto Para Borsasında Dolandırıcılık İddiası", <https://www.dw.com/tr/kripto-para-borsas%C4%B1nda-doland%C4%B1c%C4%B1k-iddias%C4%B1/a-57286285>, (E. T. 6.7.2021).

⁹ <https://www.vebitcoin.com/>, (E.T. 6.7.2021).

¹⁰ Karamanhoğlu, s. 1 vd.

Mevcut sorunlara çözüm üretebilmek adına kripto paraların nitelendirilmesinin yapılması önem taşımaktadır. Ancak Bitcoin ve başka kripto paraların fiziksel olarak bir varlıkları bulunmaması ve sermaye piyasası hukuku açısından herhangi bir para biriminin taşınması gereken ana özelliklerinden bazılarını bulundurmaması sebebiyle hukuki statüleri fazlaca tartışmalıdır¹¹. Yasal statülerine ilişkin tartışmalar genellikle sermaye piyasası hukuku, Türk Medeni Kanunu gibi genel kanunlara başvurulması yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılmış. Fakat genel hükümlerin yetersizliği ve yaşanan süreçlerde göz önüne alındığında kamuoyunda artan talep üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığı yazılı bir açıklama yapmıştır. Ardından MASAK yani Mali Suçları Araştırma Kurulu'nun talebi doğrultusunda kripto para borsalarının birçoğundan kullanıcı bilgilerini istemiştir¹². Tarihler 16 Nisan 2021'i gösterdiğinde ise Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'na 31456 sayılı "*Ödemelerde Kripto Varlıklara Başvurulmamasına Yönelik Yönetmelik*" ile kripto paralara yönelik kayda geçen ilk düzenleme gerçekleştirilmiştir. Ödemelerde kripto para birimlerine ödeme aracı şeklinde direkt ya da dolaylı olarak başvurulması ve kripto para birimlerine ödeme aracı olarak başvurulmasına ilişkin doğrudan veya dolaylı hizmet sunulması yönetmelik uyarınca yasaklanmıştır. Bu düzenlemeyle birlikte kripto varlık kavramı tanımlanmış olup, kripto varlık içerisinde stable coin¹³ ve token¹⁴ olarak ifade edilen kavramları da barındıran üst bir kavramdır¹⁵.

I. GELENEKSEL VE ELEKTRONİK ÖDEME YÖNTEMLERİNE GENEL BAKIŞ

A. ELEKTRONİK PARA VE KRİPTO PARA

1) Elektronik Para

Elektronik para, parasal bir değer, ödeme noktası istasyonları veya iki araç arasındaki doğrudan veya internetteki açık bilgisayar ağları vasıtasıyla ödeme yapmak için önceden depolanmış değer veya önceden ödeme mekanizmasıdır¹⁶. Dolar, Euro, Peso, Yen cinsinden işlem görmektedir. E- para banka hesaplarının işleme dahil edilme zorunluluğu olmadan, adeta ön ödemeli taşıyıcı bir araç işlevine sahiptir. Yapılan işlemler genellikle küçük değerde işlemlerdir.

¹¹ Adar Uçar ve Semih Alpay, "Bitcoin: Hukuki Niteliği ve Sanal Paraların Türkiye'deki Yasal Durumu", <https://ucar-ucar.av.tr/bitcoin-sanal-paralar-blockchain-turkiye/> (E.T. 22.11.2021).

¹² Dünya Gazetesi İnternet Sitesi, "Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan Kripto Para Açıklaması: MASAK Görevi Gereği Bilgi Talep Ediyor", <https://www.dunya.com/finans/haberler/hazine-ve-maliye-bakanligindan-kripto-para-aciklamasi-masak-gorevi-geregi-bilgi-talep-ediyor-haberi-616540>, (E.T. 25.08.2021).

¹³ Stablecoin, çoğunlukla değeri bir başka fiat paraya veya değerli herhangi bir varlığa sabitlenmiş olan yeni ortaya çıkmış olan kripto para çeşididir. Bkz. (https://www.paribu.com/blog/sozluk/stablecoin-dir/?__cf_chl_jschl_tk__=nDN5CUG8OaRfFGpAn4C4zaUR24dLft9sMZfnFkod7w-1637665152-0-gaNycGzNCD0), (E.T. 22.11.2021).

¹⁴ "Kendi bağımsız blockzinciri veya ağları üzerine inşa edilmemiş kriptopara birimleridir. Yerleşik mevcut blockzincirleri üzerinde çalışırlar ve bu nedenle oluşturmak çok daha kolay ve hızlıdır. Örn. Enjin coin, Telcoin ve Midsafe coin." Bkz. <https://t24.com.tr/yazarlar/hayri-cem-haftalik/dijital-para-cesitleri-coin-altcoin-token,32441>. (E.T. 22.11.2021).

¹⁵ Karamanlıoğlu, s. 1 vd.

¹⁶ Bozkurt-Yüksel, s. 30; Karakaş-Eker, s. 103; "Risk Management for Electronic Banking and Electronic Money Activities", Basel Committee On Banking Supervision, s.3, <http://www.bis.org/publ/bcbs35.pdf> (E.T. 20.08.2021)

Örneğin ön ödemeli para içeren otobüslerde kullanılan kartlar gibi değer kartları, paranın sunucularında çevrimiçi tutulduğu (paypal gibi çevrimiçi servis sağlayıcılar) yazılım tabanlı paralardır¹⁷. İlk defa 1993 yılında Avrupa Birliğinde gündeme gelen Elektronik para kavramının tanımı birçok mevzuat aracılığıyla da gerçekleştirilmiştir. İlk olarak uluslararası düzenlemelere baktığımızda, 2007/64 Sayılı Avrupa Birliği Direktifinin 4. Maddesinin 5. Bendine göre elektronik para “tüm ödeme işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için fon sağlanması gayesiyle çıkarılmış olan ve onu çıkarılanlar dışında gerçek ya da tüzel kişilerce onaylanan, manyetik olanların da dahil olduğu elektronik açıdan onu satana karşı bir talep ile temsil edilmek için depolanmış olan değerdir”¹⁸.

Türkiye’deki yasal düzenlemeler yönünden ise, 6493 Sayılı kanunun (Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun) 3. Maddesi uyarınca “Dışarıya Elektronik para satışı yapan kuruluşça onaylanan fon karşılığı satılan, elektronik halde saklanan, ilgili Kanun’da açıklanan ödeme işlemlerini hayata geçirebilmek amacıyla kullanılan ve bunun yanında dışarıya elektronik para satışı yapan kuruluş haricindeki tüzel ve gerçek kişilerce de ödeme aracı gibi görülen parasal değerdir” biçiminde bir tanımlama yapılmıştır.

Yukarıda da bahsedilen 6493 Sayılı Kanun gereğince elektronik ödeme sistemleri, bankalardan bağımsız olarak, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından alınan lisansla faaliyet gösterebilecektir. Bu bağlamda, Baro Kart, Adalet Kart, Platin Kart elektronik ödeme aracı olarak örnek verilebilir¹⁹.

Elektronik para ile yapılan ödeme, önce elektronik para konusunda hizmet veren bir bankanın veya konu ile alakalı sorumluluğu bulunan elektronik para organizasyonlarının bulup geliştirdiği yazılımı, kullanıcının kullanıma hazır hale gelmesi için indirmesi, elektronik para konusunda hizmet veren özel yazılım aracılığıyla elektronik paranın alınması, elektronik ödeme kabul eden bir satıcıya paranın sanal olarak aktarılması ve nihayet harcanan paranın kullanıcının elektronik cüzdanından düşmesi ile gerçekleşir²⁰.

2) Kripto Para

Elektronik paranın bir türünü oluşturan kripto paralar da dijital para birimidir. Avrupa Merkez Bankası da geliştirenlerce çıkarılmış olan, düzenlemesi olmayan, kontrol edilen ve bunun yanında belirli bir sanal çevrede kabul edilen dijital para şeklinde tanımlanmıştır²¹. Bu çerçevede üç çeşit kripto para biriminden bahsedebilir. İlki gerçek hayatla ilgisi olmayan kripto

¹⁷ <https://www.intel4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>. (E. T. 10.06.2021)

¹⁸ 2007/64, Art. 4/5, “electronic Money means electronically, including magnetically, stored monetary value as represented by a claim on the issuer which is issued on receipt of funds for the purpose of making payment transactions as defined in point of 5 of Article 4 of Directive 2007/64/EC, and which is accepted by a natural or legal person other than the electronic Money issuer”.

¹⁹ Karakaş-Eker, s. 103.

²⁰ Bülent Sözer, “Elektronik Sözleşmeler”, İstanbul, 2002, s. 151; Şaban Kayıhan ve Habib Yıldız, “Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu”, Ankara, 2004, s. 138-139; Ayrıca bkz. Bozkurt-Yüksel, s. 37-38.

²¹ Bozkurt-Yüksel, s. 62.

para birimlerinin bulunduğu, kapalı sistem kripto birimleridir. Bunlar sadece oyunlar içinde kullanılan para birimleridir²². İkinci ise tek yönlü bir akışı bulunan kripto para birimleri bulunmaktadır. Kripto paraya dönüştürülen reel para, daha sonra yeniden gerçek paraya dönüştürülemez²³. Son olarak, iki yönlü akış olan kripto para birimleri söz konusudur. Bu grupta, kullanıcılar hem kendi sahip oldukları para birimlerini kripto paraya dönüştürebilmekte hem de yeniden kripto para birimini gerçek paraya dönüştürebilmektedir²⁴.

a) Bitcoin Özelinde Kripto Para

Bitcoin arkasında hiçbir fiziksel mal ya da egemenlik yükümlülüğü bulunmayan, bunlardan ziyade şifreleme kombinasyonu korumasını temel alan ve taraflar arasında var olan sözleşmelere uçtan uca protokol yardımı ile tanık olan online sanal bir para birimine verilen isimdir. Bu sebepten dolayı, paranın sahipliği tümüyle anonim bir nitelik taşısa dahi transferi küresel manada görülebilen sezgisel nitelik taşımayan bir mülktür²⁵. Bitcoin ilk olarak 2008 senesinde, Satoshi Nakamoto takma adına sahip şahıs veya grup insan tarafından, "Bitcoin: uçtan uca Elektronik Ödeme Sistemi", adlı bir makale ile gündeme gelmiştir. Kripto paralar içerisinde ilk olarak adını duyuran para Bitcoin'dir²⁶. 3 Ocak 2009 tarihinde yeni bir ödeme sistemi kurularak, 12 Ocak 2009 tarihinde İlk Bitcoin işlemi gerçekleştirilmiştir. Satoshi Nakamoto Hal Finley'e 10 Bitcoin göndermiştir²⁷. Bu ödeme sisteminin özelliği üçüncü bir kişiye ihtiyaç duyulmadan, doğrudan iki kişi arasında bir ödeme gerçekleştiriyor olmasıdır. Aslında bu ödeme sisteminin dayanağı olan ve bitcoinin ortaya çıkmasını sağlayan bir önemli teknolojik gelişme de Blockchain'dir²⁸. Blockchain, kriptografi yardımıyla bağlanmış olan ve güvenli duruma getirilen, bloklar ismi ile bilinen, devamlı bir büyüme içinde olana kayıt listesidir. Başka deyişle blokların birbirine zincir gibi bağlandığı bir dağıtık veri tabanıdır. Temelde veri depolama ve dağıtım sistemi olan bir veri defteridir. Daha önceki veri tabanı sistemlerinden farklı olarak, sistemdeki veriler, işlem özgünlüğünü ve güvenilirliğini sağlamak için dijital olarak imzalanmıştır. Daha önceki veri sistemlerinde, verilerin sağlam bir kopyası, server ve root denilen bir kökte tutulurken, blockchainde tüm kopyalar, block zincirdeki tüm aygıtlarda tutulur. Değiştirmeye de imkân vermez²⁹. Bir veritabanı özelliği göstermez zira kayıt altına alınan üzerinde bir daha asla değişiklik yapılamaz ya da bu veri silinemez. Bahsedilen yanını verilerin toplandıkları blokları tıpkı bir zincir misali, birbirlerine kodlama algoritmalarıyla bağlayarak

²²"Virtual Currency Schemes", European Central Bank, Germany, October 2012, <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, s. 13, (E. T. 01.09.2021); Ayrıca bkz. Bozkurt-Yüksel, s. 13.

²³ European Central Bank, s. 14, Ayrıca bkz. Bozkurt/Yüksel, s. 64.

²⁴ Bozkurt-Yüksel, s. 65.

²⁵ Cem Sefa Sütçü ve Çiğdem Aytekin. "Bitcoin ve Kripto Para ile İlgili Sosyal Medya Kullanıcılarının Girişimcilik Düzeyleri Üzerine Bir Araştırma", *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication – TOJDAC*, C.8, S.3, 2018, s. 467.

²⁶ Diğer paralara ise altcoin denilmektedir. Bunlar içerisinde en çok bilinenleri Ethereum, Ripple, Litecoin'dir. Bkz. Fatih Bilgili ve M. Fatih Cengil, "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu", www.ticaretkanunu.net, s. 5.

²⁷ Bilgili, Cengil, s. 5; Ayrıca bkz. <https://coinreport.net/experts-10th-anniversary-first-bitcoin-transaction>.

²⁸ Bilgili, Cengil, s.5.

²⁹ <https://toptalent.co/blockchain-nedir-nasil-calisiyor> (E.T 20. 08.2021)

depolamasına ve bahsedilen zincirin pek çok kişi ile dağıtık şekilde paylaşılmasına borçludur³⁰. Block-chain teknolojisi esasında, kriptografi adı ile bilinen özel bir şifreleme yöntemiyle devamlı olarak büyüme kaydeden bir veri yapısı meydana getiren ve doğrulamak adına belli birtakım matematiksel algoritmalara başvuran bir düzenektir. Blokchain, aslında dağıtık bir defter vazifesi (Distributed Ledger) gören bir “işlem blokları” zinciridir. Dağıtık defter, birden fazla site, kurum ya da coğrafyada bulunan ağ üzerinden yayılan ve senkronize haldeki bir veri tabanıdır. Dağıtık defterler gerçekleştirilen tüm işlemlerin halka açık halde ve tanıklarının olmasını sağlayarak bir siber saldırıyı ihtimalini minimize etmektedir. Mali kurumlar ya da bankalar dağıtık defter teknolojilerinden faydalanarak güvenlik dışında maliyeti en aza indirmeyi ve işlemleri bu teknolojiyle azaltmayı hedeflemektedir³¹

Yukarıda bahsedilenden yola çıkarak kısaca Bitcoin, sahiplerinin adres ismindeki bir açık anahtarla bilindiği takma isim gibi faaliyetlerini yürüten bir sahipten ötekine transfer olan işlemler zinciridir. Kullanıcılar çeşitli sayılarda adres kullanma hakkına sahiptir ve gerçekleştirdikleri bir işlemde kullanmış oldukları adres kümesi, bir diğer bir işlemde kullanmış oldukları baka adres kümesine ya da gerçek kimliklerine herhangi bir şekilde bağlı değildir. Gerçekleştirilen her bir işlemde daha önceki işlemdeki sahip, adresine niteleyen gizli imzalama anahtarı ile bitcoin'leri ve kendinden sonraki sahibin adresini almış olduğu işlemin bir karesine imza atar. Bahsedilen işlem yani imza sonrasında bitcoin'i meydana getiren işlem kümesine dahil edilebilir. Zira ilgili işlemlerin her bir tanesi önceki işlemi (yani daha açık anlatmak gerekirse, var olan sahibi bitcoin gönderimi yaparken bunun nereden gelmiş olduğunu belirtmelidir) referans aldığından dolayı, işlemler adeta bir zincir meydana getirir. Bir bitcoin'in geçerli olma durumunu doğrulamak adına, kullanıcı oluşturulan zincirdeki tüm imzaların tek tek geçerliliğini denetleyebilir. Çift harcamaların önüne geçebilmek adına, sistemdeki yer alan tüm kullanıcılar buna benzer işlemlerden haberdar olmalıdır. Kullanıcılardan biri transferi bitirmesine rağmen aynı bitcoin'i aktarmaya çalışırsa “çift harcama” durumu ortaya çıkabilir (Berentsen & Schär, 2018, s. 3). İlk hangi işlemin gerçekleşmiş olduğunu saptamak adına, işlemler barındırdıkları işlemlerin zaman mührünü taşıyan ve geçerliliğine onay veren bloklar şeklinde kümelendirilir. Bloklar bir zincir haline getirilir, her bir blok kendinden önceki bloğa referans verir (bu sayede önceki bütün işlemlerin geçerlilik düzeyini de arttırmış olur). İlgili süreç, sonrasında sistemde her kullanıcı için halka haldeki bir blok zinciri meydana getirir³².

Elbette hukuk makalesi çerçevesinde, blockchain in teknik terimler aracılığıyla açıklanması ve idrak edilmesi zor olacaktır. Bu sebeple günlük hayattan bir örnekle konuyu açıklamak daha isabetli olacaktır. Şöyle ki, “Blockchain'in verileri saklama mantığı esasında bizim küçük esnafın verisiye defterlerine çok benzemektedir. Gerçekten de önceleri bakkaldan herhangi bir şey satın almaya giderken, beraberinizde bir verisiye defteri ile gidilirdi. Bakkaldan bir şey alındığında gerek bakkalın verisiye defterine gerekse de evden götürülen verisiye defterine bu

³⁰https://medium.com/@finartz_com/en-basit-tabirle-blockchain-nedir-nas%C4%B1l-%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1r-f9572b299c7b, (E.T. 20.07.2021).

³¹ Murat Atik Yaşar Köse ve Bülent Yılmaz. “Kripto Para, Para mıdır Döngüsünde Kabul Edilebilirlik Üzerine Ampirik Bir Uygulama”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 23, 2021, s. 156.

³² Sütçü, Aytekin, s.467.

alışveriş kaydedilirdi. Böylece bakkalın satıcının haberi olmadan veresiye defteri üzerinde değişiklik yapması önlenmiş olurdu. Blockchain’de görülen bu dağıtık tabiri de benzer bir mantıkta çalışmaktadır. İşlemlerin kayıt altında tutulduğu blok zinciri ağ üzerinde bulunan tüm kişilerle aynı olacak biçimde tutulur. Şayet diğerlerinin onayı olmadan bir diğeri kendi defterine bir ekleme yapmaya kalkarsa, öbür defterler ile çatışacağından dolayı ağ dışında atılacaktır.³³

Konuyu daha anlaşılır hale getirmek adına bir örnek vermek gerekirse; bir havale/ EFT işleminde bütün bankaların verileri kaydettiği kayıt defteri bizim ağımız olsun (iletişim yani sınırlı blockchain ağı). İlgili ağda Ali Veli’ye 10 Bitcoin göndermek istiyor. Bu gönderme işleminin kaydedilebilmesi için cüzdan uygulamasında Ali ve Veli’nin kimliklerinin onaylanmış halde olması gereklidir. İşlem için Ahmet’in Ayşe’nin public adresini ve göndereceği miktarı girmesi yeterlidir. Ardından bu cüzdan size bir nevi banka çeki gibi, yani alıcının ismi, para miktarı ve imzanın bulunduğu bir banka çeki gibi transaction yaratır. Çift izinli blockchain ağına yalnızca bankaların müşterileri erişim sağlayabiliyor, işlem yapabilmek için bu bankalar kimlik doğrulaması işlemi yapıyor, işlem bütün ağa yayılıyor fakat işleme yalnızca Ali, Veli ve yetki verilmiş olan taraflar erişim sağlayarak bakabiliyor. Bahsedilen sistemin bugünkü işleyen yapılardan yalnızca bir farkı bulunmaktadır, o da verinin belirli bir kısmının merkezi yapılarda depolanması ve yedeklenmesidir, veri bütün bankalara dağıtıldığında yapı anında bir blockchain ağına dönüşür³⁴.

b) Bitcoin Kullanımı

Kripto paranın üretilmesi noktasından başlarsak, herhangi bir devlet ya da merkez bankası kripto parayı ihraç etmez. Kripto para madencilik (mining) ile üretilmektedir. Sistemin ilk başında madenciler özel makineler aracılığıyla zor problemleri çözerek, ödül kazanması ile gerçekleşmekteydi (Bireysel/Solo madencilik). Havuz sistemi (pool-mining) adı altında bilinen sistemde ise, belirli bir havuzda madenciler katkıları oranında ödül kazanmaktadır. Bu ödül, sistemin bloğu meydana getiren madenciye vermiş olduğu bitcoindir³⁵.

Bitcoin kullanımı için öncelikle mobil veya web üzerinden bir cüzdan uygulaması kullanmak gerekmektedir. Bu cüzdan sayesinde, transferlerde kullanacağınız biri sizin imzanızdan (gizli anahtar), diğeri size gönderilerde kullanılacak adresinizden (kapalı anahtar) oluşan kriptografik anahtar çifti oluşturulur³⁶.

Bitcoin transferleri, transfer yapılacak kişinin bir dizi karakterden oluşan (bgyhfs23ibn234jjXH345 gibi) bir adresinin ve transfer yapılacak miktarın belirlenmesinden sonra, transferi gerçekleştirecek kişinin imzası ile (gizli anahtar) imzalaması ile gerçekleşir. Bu işlem ağdaki bilgisayar arasına yayılır. Bu yayılım ağdaki işlemi alan tüm bilgisayarlarca ve

33https://medium.com/@finartz_com/en-basit-tabirle-blockchain-nedir-nas%C4%B1l-%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1r-f9572b299c7b, (E.T. 20.07.2021).

34<https://fintechistanbul.org/2016/12/29/blockchain-nedir-anlama-garantili-makale/>,(E.T. 20.07.2021).

35 Bilgili, Cengil, s. 4, dpn. 27; Güven/Şahinöz, s. 64-65; <http://asicminerturkey.com/>, (E.T. 15.08.2021).

36 Burcu Aslantaş-Ateş, “Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 7, S. 1, s. 356.

belirli kontrollerin yapılmasıyla işlemin geçerliliğinin onaylanmasından sonra yapılır. İşlemin bu aşamadan sonra geçerli hale gelebilmesi içinse Blockchain teknolojisindeki herhangi bir blokta bulunması lazımdır. Yani madenci olarak adlandırılan ağda bulunan özel bilgisayarların bazılarının bekleme halinde olan işlemleri alıp, birtakım kriptografik işlemlere sokup blok durumuna getirmesi gerekir. Bloka dönüştürülen işlem listesi ise, öteki bloklara eklenmek üzere ağ içine salınır. Ağda bulunan diğer bilgisayarlar da aldıkları bu bloğu diğer bilgisayarlara sallarlar. Bloğun ağa yayılmasından yaklaşık 10 dakika geçtikten sonra işlem onay almış bir işlem konumuna gelmiş olur ve transfer gerçekleşmiş olur³⁷.

B. ELEKTRONİK PARA, KRİPTO PARA VE GELENEKSEL PARA AYIRIMI

Öncelikle elektronik para birimlerinin daha üst bir kavram olduğunu, yani tüm kripto paraların elektronik para olduğunu, bununla birlikte her kripto paranın elektronik para olmayacağını belirtmemiz gerekir. Zira elektronik para ve kripto arasında yapısal farklılıklar vardır³⁸.

Elektronik para merkezileştirilmiştir. Başka bir deyişle genellikle hükümetlerin merkezi bankacılık sistemleri kapsamında düzenlenmekte ve kontrol edilmektedir. Ayrıca hala dolar, euro, lira gibi para birimlerinde işlem gören elektronik bir birleşendir. Merkezi bir otoriteye bağlı olması elektronik paranın baskıya veya parazite maruz kalmasına neden olur. Elektronik para ülkelerin finansal piyasalarındaki çalkantılarından etkilenenecektir. Kripto para ise merkezde gerçekleşen değişimlere duyarlı değildir³⁹.

Yine kripto paranın aynı koşulları sağlayabilmesi için blockchain teknolojisine ihtiyacı vardır. Bahsedilen elektronik para hesapları, şeffaf şifreleme teknolojisiyle korunurken, sanal bir algoritma sahiptir. Bu özelliği ile, kripto paraların yakalanması imkânsız hale gelir. Elektronik para aktarımlarında şahısların hesapları, devletin düzenleyici kurumları ve mali denetim kurumlarınca denetlenir, sonuç olarak isimsiz değildir. Ancak kripto para hesaplarının hangi şahsa ait olduğu tespit edilemez⁴⁰.

Dijital itibari paraların işlemleri esnasında genellikle güvenilir bir aracıya gereksinim duyulur ancak Bitcoin'de hem bu aracıya hem de güvene ihtiyaç duyulmamaktadır. Aracılık sisteminin hem maliyetleri çok yüksektir hem de çeşitli güvenlik açıkları ortaya çıkabilmektedir.⁴¹

Bir diğer farklılık ise işlemlere yönelik sınırlamalar çerçevesindedir. Elektronik para kullanımını devlet kurumları tarafından sınırlandırılmaktadır. Kripto para ise herhangi merkeze ile

³⁷ <http://bitcoinnedir.com/blockchain-nedir-nerelerde-ve-nasil-kullanilir/> (E.T. 20.08.2021).

³⁸ <https://www.intel4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>; Nurettin Öztürk ve Asuman Koç, "Elektronik Para ve Diğer Para Türleriyle Olan Karşılaştırılması ve Olası Etkileri", *Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, s. 210.

³⁹ <https://www.timeturk.com/ekonomi/dijital-para-ile-kripto-paranin-farki/haber-1700549>, (E.T. 1. 10. 2021).

⁴⁰ Öztürk, Koç, s. 228.

⁴¹ Abdurrahman Çarkacıoğlu. *Kripto Para-Bitcoin*, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Dairesi, Aralık, 2016 s.15-17.

bağı bulunmadığından dolayı transferinde hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Kripto para birimleri dünyanın herhangi bir yerinde alınabilir veya satılabilir⁴².

Öte yandan kripto paranın genel olarak milli para da dahil olmak üzere diğer para birimlerinden farkları ise, aşağıdaki şekilde sayılabilir.

- Fiziksel bir formu yoktur, sadece ağda bulunur.

- İşlemler ve hesaplar takma isimle- anonimdir ve herhangi bir hukuki kuruluşa bağlı değildir. Böylece banka hesaplarında tutulan paraya kıyasla takip edilmesi daha zordur. İşlemlerin gerçek şahıslar, kuruluşlar ya da banka hesapları ile herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır. İşlemler genel manada Bitcoin imzaları arasında gerçekleşmektedir. Bitcoin adresleri ise daha önce de değinildiği üzere bir dijital rumuzdur. Bütün bunlara karşın, %100 anonimlik olası bir durum değildir⁴³.

- Hiçbir sunucu veya merkezi otorite olmadan tamamen merkezi olmayan bir yapıya sahiptir⁴⁴. Yani Bitcoin ağında aracı, denetleyici ya da yönetici bulunmamaktadır. Merkezi yapıda olmayan Bitcoin gönüllü olarak katılım sağlayan bilgisayarlardan meydana gelmektedir ve uçtan uca birbirlerine bağlı haldedir. Bağlı haldeki bütün bilgisayarlar, aynı programı çalıştırmaktadırlar, tamamı bütün işlemleri görebilmektedir, tamamı bütün işlem geçmişini istediği takdirde tutabilir ya da anında diğer uçlardan gerçekleştirilen işlem geçmişlerini edinebilirler⁴⁵.

- Sistem oldukça güvenlidir. Matematiksel olarak güvenilirliği kanıtlanmıştır. Kötü niyet besleyen şahısların veriler üzerinde bazı yönlendirmeler yapması, gizli ya da açık anahtar kodlama metodu kullanıldığından dolayı, olası bir durum değildir⁴⁶.

II. BİTCOİN VE DİĞER KRİPTO PARALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kripto paralara özgü gerek Türkiye’de gerekse dünyada hukuki bir düzenlemenin olmaması, dijital ortamlara özgü kontrolsüz bir sistem içerisinde riskleri ve sorunlarıyla birlikte büyüyen bir piyasayı oluşturmaktadır. Sorunlara karşı çözüm önerilerini değerlendirebilmek için kripto paraların hukuki niteliğini tespit etmek, onların para, menkul kıymet, sermaye piyasası aracı ya da eşya olup olmadığını irdelemek gerekmektedir.

A. EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN BİTCOİN VE DİĞER KRİPTO PARALAR

Eşya kavramı her ne kadar TMK’da tanımlanmamışsa da doktrindeki genel kabul görmüş eşya tanımına göre, sınırları belirlenmiş, hakimiyet kurulan, kişisel olmayan cismani varlıklar eşya olarak nitelendirilmiştir⁴⁷. Bu unsurlardan yola çıkılarak incelenecek olan eşya

⁴² <https://www.intell4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>, (E.T. 1.10.2021).

⁴³ Çarkacıoğlu, s.15-17.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk,Koç, s. 228-232.

⁴⁵ Çarkacıoğlu, s.15-17.

⁴⁶ Çarkacıoğlu, s.15-17.

⁴⁷ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2004, s. 4 vd; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, Ankara, 2019, s. 683-684; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 7. Bası, Ankara, 2019, s. 5 vd; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, Ankara, 2019, s. 57 vd; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, İzmir, 2018, s. 6; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2015, s.46-48.

kavramı zamana ve ihtiyaçlara göre şekillenebileceği için hiç şüphesiz günümüz ihtiyaçları doğrultusunda esnek bir yorumlama yapılması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Serozan “*eşya kelimesi mutlak, önsel (a priori) ve değişmeyen bir terim olmayıp mali, toplumsal ve hukuki değerler doğrultusunda renklerin şekillenen, göreceli, değişken, fonksiyonel, tarihsel bir kelimedir.*” İfadesiyle söz konusu duruma dikkat çekmiştir⁴⁸. Zira TMK tarafınca eşya kavramının tanımlanması yoluna gidilmemesi de bu sebepten ileri gelmektedir⁴⁹. Gerçekten de bilgisayar teknolojisinin gelişmesi ile birlikte, maddi varlığı olan sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi ya da menkul olmalarına rağmen sicil üzerinde hukuki işlemler yapılarak maddi varlığı olmayan dijital kayıtların da varlığı dikkate alınarak sicilli bir hak oluşturulmuştur⁵⁰.

İlk olarak sınırlandırılmış olma unsuru üzerinde durulduğunda, cismani ve ekonomik bir bütünlükten bahsedildiği görülmektedir. Cismani sınırlandırılmışlık, doğal ve yapay yoldan meydana gelen fiziki bütünlüğü ifade etmektedir. Katı nesnel bakımından sınırlandırılmışlığı doğal olarak kendiliğinden sağlarken. Bazı nesnel yapay yollarla sınırlandırılabilir ve bu durum eşya olma unsuru bakımından yeterlidir. Örneğin taşınmaz eşya olan arazi, tapu sicilindeki planla, gaz ve sıvı haldeki nesnelere ise konuldukları kabın şekliyle sınırlandırılır. Ayrıca hukuki anlamda eşyadan bahsedebilmek için işlevsel bütünlük de gerekmektedir. Başka bir ifadeyle cismani bütünlüğün yanında, ekonomik bütünlük de gereklidir. Bu bağlamda ancak belirli bir ihtiyacı karşılayacak kadar miktar ve özellikteki nesnelere hukuki anlamda eşyadır⁵¹. Kripto paralar bakımından sınırlandırılabilirlik unsuru blockchain sistemiyle açıklanabilmektedir. Saydam olan ilgili sistemdeki işlemler geriye dönük olarak izlenebilmekte, böylece aleniyet ve bunun yanında belirlilik unsurunu taşıdığı söylenebilir. Yine kripto paraların her ne kadar spekülasyona açık da olsalar ekonomik anlamda bir değer taşıdığı da açıktır⁵².

Bir diğer unsur olan üzerinde fiili ve hukuken hakimiyet kurulabilmesi, o şeyin insan iradesine tabi olması manasına gelmektedir. Hukuken eşyadan bahsedilebilmesi için eşya üzerinde hem fiili hem hukuki hakimiyet kurulabiliyor olması aranır⁵³. Bitcoinlerin üzerinde hakimiyet kurulabilmesi ise, blockchain teknolojisiyle açıklanabilmektedir. Özel anahtarı bulunan şahıs, bir adreste bulunan bitcoinlere sahip olur ve bahsedilen anahtar aracılığıyla Bitcoinlerden tasarrufta bulunabilir ve kişi hakimiyetindeki bitcoinini bir başka adrese göndererek bir başkasının hakimiyetine geçirmektedir. blockchain teknolojisindeki dağıtık kebir teknolojisiyle hakimiyet sağlanmaktadır⁵⁴.

Eşya kavramından bahsedebilmek için üçüncü unsur kişisel olmamadır. Kripto paralar bireysellik taşımayan varlıklardır. Bu sebepten ötürü bu faktörü sağladığı ve ilgili çerçevede eşya olma niteliğine tezat teşkil etmediği ortadadır⁵⁵.

⁴⁸ Rona Serozan, *Eşya Hukuku*, C. I, İstanbul, 2014, s. 73, N. 279.

⁴⁹ Antalya, s. 57; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, 2017, § 3, II, A, 1.

⁵⁰ Turanboy, s. 57.

⁵¹ Esener, Güven, s. 48; Sirmen, s. 6.

⁵² Bilgili, Cengil, s.13.

⁵³ Sirmen, s. 6-7; Esener, Güven, s. 46.

⁵⁴ Bilgili, Cengil, s. 13.

⁵⁵ Gençer Özdemir, “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *SDÜHFD*, C.11, S. 1, s. 304.

Bitcoin'in eşya olup olmadığı noktasında en tartışmalı unsur cismanilik unsurudur. İsviçre ve Türk Medeni Kanunu, maddi açıdan varlığı bulunan şeyleri eşya adı altında kabul etmektedir. Fakat bu kanun bazı cismani olmayan şeyleri de duyulan ihtiyacı karşılayabilmek için, eşya ile bir tutmuştur. Zira bağımsız ve sürekli haklar (TMK m. 704, 998), tabii kuvvetler (TMK m. 794, 814), üzerinde rehin hakkı tesis edilen alacak hakları (TMK m. 954-961) maddi varlığa sahip olmasalar da eşya sayılmaktadırlar⁵⁶. Bitcoin cismanilik unsuru bakımında da bitcoinin fiziki bir varlığa sahip olmadığı aşikardır. Genel kanaate göre cismanilik unsuru dar yorumlanmalı ve bitcoin eşya olarak ele alınmamalıdır. Elbette kanun koyucu istisnaen duyulan ihtiyacı karşılamak adına cismanilik unsurundan ödün vermiştir. Ancak maddi varlığı olmayan şeylerin eşya olarak kabul edilebilmesi için kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵⁷. Aksi görüşte olan Gençer ise, Kanunda kripto paraların eşya niteliğinde olup olmaması hakkında bir hüküm bulunmadığını ve TMK m. 762 hükmünden hareketle kripto paranın bilgisayar programı vasıtasıyla kullanım ve yararlanmaya elverişli olduğundan kanun koyucularca kripto paranın da tıpkı eşya gibi eşya ile alakalı tüm hükümlere tabi tutulmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir⁵⁸.

Bununla birlikte doktrinde hâkim görüş yeni kavramların eşya olarak değerlendirilmesi noktasında daha çekimser yaklaşmakta ve eşya kavramını dar yorumlamaktadır⁵⁹. Buradan hareketle bitcoin ve diğer kripto paraların eşya kapsamında olmadığı kabul edilecektir. Gerçekten de Aksoy Dursun, bu konuyla ilgili cismanilik unsurunun olmaması halinde eşya kavramından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. TMK m. 762'de ise Aksoy Dursun'a göre tabi güçlere ilişkin taşınır varlığına yönelik kararlar uygulanıyor olsa da tam manasıyla bir mülkiyet özelliği taşımamaktadır⁶⁰.

Benzer biçimde Alman ve İsviçre Hukuklarında da hâkim görüş bitcoin ve diğer kripto para çeşitlerinin cismanilik unsurundan yoksun olması sebebiyle eşya olarak değerlendirilmemektedir. Zira sanal olarak oluşturulan ve dijital cüzdanlarda saklanıyor olması cismanilik unsurunu karşılamamaktadır⁶¹. Ayrıca İsviçre Hukukunda OR Art 973 c uyarınca "kıymet hakkı olduğunu savunan görüş ile birlikte Alman Hukukunda tazminat yükümlülüğü ile alakalı BGB § 823/I'de "sair hak" (sonstiges Recht) kavramı ile açıklayan görüşler söz konusudur. Fakat Türk Hukukunda bu hükümlere karşılık gelen düzenlemeler mevcut değildir⁶².

⁵⁶ Ertaş, 7.

⁵⁷ Bilgili, Cengil, s. 17; Sanem Aksoy-Dursun, *Eşya Kavramı*, İstanbul, 2012, s. 21-22.

⁵⁸ Gençer, s. 301-302; Aksi görüş için, Hayrünnisa Özdemir, "Bitcoin Ödeme Sistemlerinin Eşya Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu*, 1. Bası, Ekim, 2020, s. 213-218.

⁵⁹ Bkz. Eşya kavramını yalnızca belirli sınırlar dahilinde kabul etmişlerdir. Esener, Güven, s. 45-48; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 4-6; Sirmen, s. 5-6; Ertaş, s. 6-7; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2018, s. 3-4.

⁶⁰ Aksoy, Dursun, s. 114; Ayr. Bkz. Bilgili, Cengil, s. 15.

⁶¹ Bilgili, Cengil, s. 16.

⁶² Hans Von Der Crone, Franz J. Kaspar/Kessler, ve Luca Angstmann, "Token in Der Blockchain Privatrechtliche Aspekte Der Distributed Ledger Technologie", *SJZ*, C. XIV, s. 339; Stefan Möllenkamp ve Leonid Shmatenko "Handbuch Multimediarecht, ed. Hoeren/Sieber/Holznagel, Teil 13.6 Blockchain und Kryptowährungen, Nr. 34, naklen: Argun Karamanlıoğlu, "Son Gelişmeler Işığında Kripto

B. SERMAYE PİYASASI HUKUKU AÇISINDAN BİTCOİN VE DİĞER KRİPTO PARALAR

Sermaye piyasası, sermaye piyasası araçlarının alım satım suretiyle, tasarruf edenlerden fon talep edenlere aktarılmasını ve bu grup arasında finansman köprüsü kurulmasını sağlayan piyasa olarak ifade edilir. Sermaye piyasası araçları ise tahviller, menkul kıymetler, hisse senetleri ve sözleşmelerdir. Nitekim menkul kıymetler sermaye piyasası hukuku yönünden, sermaye piyasası araçlarının bir alt kavramı olarak düzenlendiği görülmektedir. Kripto paraların sermaye hukuku bakımından, menkul kıymetler içerisinde değerlendirilmeye alınması gerekir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. Maddesinin 1-o'sı uyarınca menkul kıymet; poliçe, para, çek ya da bono dışında; paylar veya paya benzer başka kıymetlerle bahsi geçen paylara yönelik depo belgelerini ve borçlanma araçları ya da menkul kıymetleştirilmiş gelir ve varlıklara ilişkin borçlanma araçlarıyla bahsi geçen kıymetlere yönelik depo belgelerini ifade etmektedir⁶³. Kripto paralar, sermaye piyasası aracı ve menkul kıymet kavramına uymadığı gibi, arkasında para çıkarmaya yetkili devlet otoritesinin bulunmaması da bu kavramlardan bitcoin ve diğer kripto paraları ayırmaktadır. Ayrıca arz ve talebe göre piyasa değeri belirlenen (eşya) ya da döviz kuru gibi bir kur üzerinden fiyatlandırılması yapılan niteliği haiz değildir⁶⁴. Dolayısıyla sermaye piyasası hukuku bakımından kripto paraların sermaye piyasası aracı veya menkul kıymet olması mümkün görülmemektedir⁶⁵.

B. 31456 SAYILI “ÖDEMELERDE KRİPTO VARLIKLARIN KULLANILMAMASINA DAİR YÖNETMELİK” AÇISINDAN BİTCOİN VE DİĞER KRİPTO PARALAR

Temel amacı kripto varlıklar aracılığıyla yapılacak ödemeleri engellemek olan yönetmeliğin 3. Maddesinin 1. fıkrası, Türk Hukuku bakımından bir ilk olmuş, kripto varlıklara ilişkin tanımlamaya yer vermiştir. Buna göre, “ilgili yönetmeliğin uygulanması esnasındaki kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi ya da bununla aynı çizgide bir teknolojiye başvurularak sanal olarak hazırlanıp dijital ağlar vasıtasıyla dağıtılan fakat kaydi para, itibari para, menkul kıymet, elektronik para, ödeme aracı ya da başka sermaye piyasası aracı adı altında nitelendirilemeyen maddi olmayan varlıkları tabir etmektedir” olarak tanımlanmıştır. İlgili yönetmelik kapsamında kripto varlık kavramının kullanılmasıyla geniş bir bakış açısının seçildiği ve üst kavram olarak ele alındığı görülmektedir. Madde hükmü kapsamında öncelikle kripto varlıklara ilişkin temel özelliklere yer vermiştir. Bu özellikler, dağıtık defter ya da bununla aynı doğrultuda bir teknoloji olarak başvurulma, sanal açıdan oluşturulma, dijital ağlar ile dağıtımını yapılma olarak sayılabilir. Ardından ise kripto varlıkların neler olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Böylece kripto varlıklar, itibari, elektronik, kaydi para ya da menkul kıymet, ödeme aracı veya başka sermaye

Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni*, Nisan 2021, <https://law.khas.edu.tr/tr/son-gelistmeler-isiginda-kripto-paralarin-hukuki-niteliği-ve-kripto-para-borsalarına-dair-tespit-ve>, (E.T. 5.10.2012), s. 4.

⁶³ Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Genel Mektup, N. 785, 1 Aralık 2017, İstanbul, <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/12/Genel-Mektup-785-Sanal-Paralara-Da-yal%C4%B1-%C4%Bo%C5%9Flemler-hk.pdf> (E. T. 1. Kasım 2021).

⁶⁴ Turanboy, s. 56.

⁶⁵ Turanboy, s. 56.

piyasası araçları kapsamında değerlendirilemez⁶⁶. Bu bağlamda kripto varlıkların birer ödeme aracı gibi kullanılmasına ilişkin doğrudan ya da dolaylı şekilde hizmet sağlamayı yasaklama temel amacını taşıyan yönetmelik her ne kadar kripto paralarla ilgili Türk Hukuku'nda önemli bir adım olarak yer alsada hukuki niteliği ile ilgili kapsayıcı normatif bir düzenlemeyi de haiz değildir.

III. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ KAPSAMINDA BİTCOİN' VE DİĞER KRİPTO PARALARIN PAYLAŞIM SORUNU

A. GENEL OLARAK

Bitcoin kullanımının hukukun çok farklı sahalarında (ceza hukuku, vergi hukuku, miras hukuku) düzenlemeye ihtiyaç duyduğu açıktır. Çalışmamızda ise Bitcoin'in boşanma durumunda nasıl mal paylaşımının konusu olacağı üzerinde durulacaktır. Zira boşanma davalarında mal varlığının paylaşımı kripto paralar varken daha çok üzerinde durulması gerekir. Yakın geçmişte belki çok fazla davanın konusu olmamış olmasına rağmen, 15 -20 yıl içerisinde malvarlığını gizlemenin bir yolu olarak görülebilecektir. Hele ki davanın tarafları bilgili ve paylaşılacak malvarlığı büyük miktarlara tekabül ediyorsa önümüzde daha büyük sorun vardır diyebiliriz. Sonuçta dar gelirli orta sınıf bir ailenin mal varlığını kaçırmak konusunda bir çabası olmayacakken, yüksek gelirli varlıklı ailelerde malvarlığının tespiti kripto para ile daha da zordur. Kripto para piyasasında yaşanan ciddi yükseliş, eşlerin söz konusu varlığı bölüşmek istememesi ve konuyla ilgili bilgi vermekten kaçınmasına da sebep olmuştur. Hal böyle olunca katkı payı alacağı için dava açan eş adeta iğneyle kuyu kazmaktadır⁶⁷. Diğer taraftan teknolojik gelişmeler, bunun hayata entegrasyonu ile hukuki ihtilafların çözümü hep daha mesafelidir. Çünkü yasal ve düzenleyici kurallar çoğunlukla geriden gelir. 70'li 80'li yaşlarında kişilerin Snapchat'ten haberdar olmadıklarını görürüz. Ama daha genç kuşak bu teknolojilerle içli dışlıdır. İnsanların bu tür sorunlarla karşılaşmalarından önce kuşaksal bir değişiklik yaşanmalıdır. Yine blockchain teknolojisinin nasıl çalıştığını algılamak da çok zordur. Teknolojinin gelişimini tahmin etmek çok zordur. Bu bağlamda gözü korkan kişiler var olan teknolojik gelişmelere tepkileri en aza indirenecek biçimdedir⁶⁸. Ayrıca kripto para dünyasında kadınlara oranla erkeklerin daha çok rağbet gösterdiği görülmektedir. Coindesk'in 2015 yılında yaptığı bir ankette, ankete yanıt veren kullanıcıların yüzde 90'dan fazlasının erkek olduğu tespit edilmiştir. Yine bitcoin ile ilgili içeriklere tıklayan kişilerin yüzde 95'ini de erkekler oluşturmaktadır⁶⁹.

⁶⁶ Argun Karamanlıoğlu, "Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni*, Nisan 2021, <https://law.khas.edu.tr/tr/son-gelistmeler-isiginda-kripto-paralarin-hukuki-niteligi-ve-kripto-para-borsalarina-dair-tespit-ve>, (E.T. 5.10.2012), s. 1-5.

⁶⁷ <https://www.donanimhaber.com/Bitcoinin-yeni-kirli-kullanim-alani-Boşanma-sürecinde-mal-kaçırma--98801> (E.T. 10.07.2021)

⁶⁸ <https://www.bankrate.com/personal-finance/divorce-cases-cryptocurrency-assets-new-battle-ground-bitcoin/> (E.T. 22.09.2021); <https://www.rosen.com/property/bitcoin-divorce-cryptocurrencies-division/> (E.T. 22.09.2021).

⁶⁹ <https://www.donanimhaber.com/Bitcoinin-yeni-kirli-kullanim-alani-Boşanma-sürecinde-mal-kaçırma--98801> (E. T. 10.07.2021).

Edinilmiş mallara katıma rejimi kapsamında bitcoin varlıkların paylaşımı noktasında dört temel sorundan bahsetmek gerekir.

1) Edinilmiş Malları Koruma

Edinilmiş mal varlıklarının, elden çıkarılma riski nedeniyle korunması güçse, mahkemenin ihtiyati tedbir kararı alınmalıdır. Ancak Bitcoin merkezi bir bünye veya bir düzenleyiciye bağlı olmadığından ihtiyati tedbirin etkisi şüphelidir⁷⁰.

2) Takip Etme ve Beyan/İspat

Boşanma davası sürecinde eşlerin mal paylaşımına konu olacak değerler ispat edilmelidir. Ancak kripto para söz konusu olduğunda takibi zor olması nedeniyle suiistimal edileceğine dair kaygılar bulunmaktadır⁷¹. Zira sürece Bitcoin ve farklı kripto para biriminin girmesi, mevcut durumu daha da karmaşık hale getiriyor. Tarafların malvarlıklarının paylaşımı konu olduğunda, tespiti neredeyse imkânsız kıymetler paylaşımın adil ve hukuka uygun olmasının önünde en büyük engeldir⁷².

3) Mal Rejiminin Tasfiyesinde Değerlendirme Sorunu

Kripto paraların mal rejiminin tasfiyesi kapsamında karşılaşılabilecek bir diğer zorluk ise paranın değerinin belirlenmesinin güçlüğüdür. Değerlemeler değişken bir doğaya sahiptir. Çünkü kripto para birimi oldukça istikrarsızdır. Volatilitesi ⁷³yüksek olduğu için fiyatlandırılması oldukça belirsiz biçimde değişebileceğinden değerlendirme açısından da zorluklar söz konusudur. Öyle ki bazı kripto para birimleri saatler içerisinde değerlerinin yarısını kaybedebilir. Bu da boşanma davasının açıldığı tarihin esas alınmasıyla dahi gerçek bir değer belirlenmesini güçleştirir. Fiyatlandırma ve genel değerlendirme açısından genellikle daha istikrarlı olan hisse senetlerine yapılan düzenli yatırımlardan farklı olarak, Bitcoin ve diğer kripto para birimleri, bunları kullanarak yapılan ticaretin gerçek bir kapanışının olmaması nedeniyle sürekli dalgalanan bir fiyata sahiptir. Stok varlıkları genelde boşanma davasının açıldığı tarihte kapanış alım satım bedelleri kullanılarak değerlendirilmektedir⁷⁴. Kripto para birimlerinde ise bu noktada sorun yaşanmaktadır. Bu çerçevede değer artış payının tasfiye halinde kripto paralar bakımından da ele alınması gündeme gelecektir. Değer artış payı eşlerden biri diğer eşin belirli malvarlığının edinilmesinde, korunmasında ya da iyileştirilmesinde katkısı olması halinde katkısı oranında

⁷⁰ Evren, Hakan, <https://okyayevren.com/yayinlar/kripto-paralarin-hukuki-islemleri/> (E. T. 15.09.2021)

⁷¹ <https://www.leathesprior.co.uk/news/bitcoin-and-divorce-the-potential-issues>. (E. T. 5.09.2021).

⁷² <https://www.donanimhaber.com/Bitcoin-yeni-kirli-kullanim-alani-Boşanma-surecinde-mal-kacirma-98801>, (E. T. 5.09.2021).

⁷³ **Volatilite** kelimesinin sözlük anlamı oynaklıktır. Genellikle bir finansal enstrümanın belirli bir zaman aralığında gözlenen değer değişiminin standart sapması anlamındadır. İlgili finansal enstrümanın belirli zaman periyodundaki riskini ölçmeye yarar. Bazen direkt bir değer olarak (mesela 5 TL), bazen de yüzde verilerek (mesela %5) belirtilir. Volatilite yerine "dalgalanma derecesi" kavramı da kullanılmaktadır.

⁷⁴ <https://www.rosen.com/property/bitcoin-divorce-cryptocurrencies-division/> (E. T. 5.09.2021); <https://koonfuller.com/theres-something-new-in-divorce-disputes-the-bitcoin-battle/> (E. T. 20.11.2021).

sahip olduğu alacak hakkıdır⁷⁵. Değer artışı, katkı sunulan malın başlangıçtaki değer ile değer artış payı hesabının yapıldığı tasfiye anındaki malın sürüm değeri arasındaki farktır⁷⁶. Ayrıca değer artış payı alacağı bakımından tasfiye konusunun edinilmiş mal ya da kişisel mal olması arasında fark yoktur⁷⁷. Bitcoin ve diğer kripto paralar söz konusu olduğunda da değer artış payı talep edilebilecektir. Ancak kripto paranın değerinin çok sık değişiyor olması, değer artış payının hesabını güçleştirmektedir. Çünkü tasfiye anında ve devir anında farklı değere sahip olacak ve değerlerin sembolik değişimin dışında ciddi farklara sahip olması nedeniyle değerlerin tespitini yapmak önem arz etmektedir. Burada tasfiye anında değer kaybına uğramış kripto para varsa, TMK m. 227 hükmü nedeniyle tasfiye edilecek miktar, katkı miktarından daha az olamayacağı için katkı payını talep edebilecektir. Şayet değer artışı olduysa, katkı miktarı ve yapılan katkı ispat edilip kripto paranın sürüm değeri belirlenmelidir⁷⁸. Kripto paraların anlık değişimleri düşünüldüğünde, değerlendirme tarihi ve saati net olarak tespit edilmelidir. Bu bağlamda kripto para, tasfiye sırasında edinilmiş mal grubuna dahilse, mahkemenin son karar tarihindeki sürüm değeri dikkate alınacaktır. Ancak başkasına devredilmişse bu durumda devir tarihi bakımından mal rejimi sona erdikten sonra ve sona ermeden önce olmak üzere iki aşamada incelemek gerekecektir. Mal rejimi sona ermeden eşin üçüncü kişilere devrettiği ve edinilmiş mal grubuna eklenecek kripto paralar, malın devredildiği tarihteki sürüm değeri esas alınarak hesaba katılacaktır. Mal rejimi sona erdikten sonra, ancak tasfiye sona ermeden üçüncü bir kişiye devir söz konusu olursa TMK m. 235/1 gereği tasfiye anındaki değeri hesaba katılır⁷⁹

4) İcra Takibine Konu Olması

Bitcoin ve diğer kripto paralar maddi değere sahip olmaları nedeniyle prensipte hacze konu olabilirler. Fakat belli bir merkezden bağımsız olan ve takibi zor olan bazı varlıkları bulunan şahıslar anonim halde vardır. Dolayısıyla haczedilebilirlikten söz ediyor olsak da muhatabın var olmaması, işlemlerin takip edilememesi ve kripto para sahiplerinin varlıklarını açıklamaktan kaçınması nedeniyle kripto para miktarını tespit etmek güçtür⁸⁰.

⁷⁵ Faruk Acar, “Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı”, Ankara, 2016, s. 274.

⁷⁶ Zeytin, s. 174.

⁷⁷ Zeytin, s. 182.

⁷⁸ Özge Karatepe-Sarıcı ve Duygu Ece Demir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Bitcoin’in Tasfiyeye Konu Olup Olamayacağı Meselesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.16, S. 181, Eylül 2021, s. 1733-1734.

⁷⁹ Sarıcı-Karatepe/Demir, s. 1734. Genel olarak edinilmiş mallara katılma rejiminde değerlendirme hakkında bkz. Abdulhamid Onuş, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Değer Bıçme Yöntemi ve Zamanı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Aralık 2020, Sayfa: 619-652.

⁸⁰ Evren, Hakan, “Kripto paralar Türk hukuk sistemi çerçevesinde para niteliği taşımamaktadır. En azından günümüzde kripto paralar yabancı bir para birimi kategorisinde de kabul edilemez ve işte bahsedilen sebeple ilamsız icranın konusu olamaz. Fakat kripto para birimlerinin Türk lirasında karşılığı bulunan para talep edilirse ilamsız icra takibi onaylanabilir. Altın ya da emtia alacaklarındaki gibi yalnızca aynen ifaya yönelik olmayan talepler icra takibinin konusu olabilir. Dolayısıyla bir varlığa karşılık gelen kripto paralar parasal karşılığı belirtilmek kaydıyla genel haciz yolu ile takip yapılabilir. Parasal değerlerin tespiti ise bilirkişi marifetiyle gerçekleşmektedir”, <https://okyayevren.com/yayinlar/kripto-paralarin-hukuki-islemleri/> (E. T. 15.09.2021).

Edinilmiş malların tasfiyesi için açılan davanın ilamı niteliğinde kararların icrası için ise takip edilebilmenin dışında icra takibi başka güçlükler taşımaktadır. Zira mahkeme kararı temel alan icra emri olsa dahi borcu bulunan taraf istemediği taktirde kripto paradan oluşan varlığını alacaklı veya icra dairesine aktarmayabilir. İcra takibinde devletin cebri icra gücü kripto paraların merkezizsizliği nedeniyle anlamını yitirir. İcra daireleri kripto paraların bulunduğu hesaplar üzerinde işlem yapamamaktadır. Zaten borçlunun vereceği kripto paranın muhafazası da bir başka sorundur. Şu anki haliyle icra dairelerinin kripto para cüzdanları ve kripto paraları saklayacakları hesapları da yoktur. Haciz yani alıkoyma şerhinin uygulanacağı bir hesabın olmaması veya muhatap olarak herhangi bir banka veya kurum bulunmaması da başkaca zorluklardır⁸¹. Bu zorluklar nedeniyle kripto para cüzdanlarının bloke edilebilmesi de söz konusu değildir. Geleneksel yöntemler neticesinde bankacılık faaliyetleri bakımından uygulanacak bloke işlemlerinde banka veya ilgili kuruluşlar ile anlaşmaya varılması ve yetki verilen yargı makamlarında mahkemenin vermiş olduğu kararın ibraz edilmesi kafidir. Ancak herhangi bir merkeze bağlı olmayan bitcoin ve kripto paraların gerek hesapların blokese gerekse anlaşmalı banka hesapları ile cüzdan arasında gerçekleşen transferlere müdahale edilmesi imkânı oldukça şüphelidir⁸². Özetle hukuk sistemlerinin tanımadığı bir varlığa müdahale imkanından bahsedilemez. Dolayısıyla boşanma durumunda mal varlığının tasfiyesi özellikle bitcoin ve türevleri söz konusuysa, yargılama sürecinde alınan tedbir kararlarının nasıl uygulanacağı belirsizliğini korur⁸³.

B) EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

1) Yasal Düzenleme

1 Ocak 2002’de yürürlüğe girmiş olan TMK ile beraber eşler arasında malvarlığının paylaşımına yönelik yasal olarak da kabul edilmiş olan mal rejimi “*edinilmiş olan mallara dahil olma rejimi*” dir⁸⁴. Bu düzenleme ile eşler arasında haksızlığa neden olan eski kanun dönemindeki mal ayrılığı rejimi sona ermiştir. TMK uyarınca kabul edilen edinilmiş mallara katılma ile eşler mal rejimi süreci boyunca şahsi malvarlığı değerlerinde kuralın bir getirisi olarak serbest bir şekilde tasarruf ederken, mal rejiminin bitmesiyle öbür eş artık mahiyetinde katılma alacağına sahiptir⁸⁵. Eşlerin malvarlığı değerleri üzerinde yapmış olduğu tasarruflar serbesttir. Hatta diğer eşin katılma alacağını azaltmak için yaptığı tasarruflar dahi hukuki anlamda batıl olmayıp geçerlidir⁸⁶.

Türk Medeni Kanunu’nun 202. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca hukuki mal rejimi, “*edinilmiş mallara katılma rejimi*” şeklinde saptanmıştır. Bu doğrultuda, eşler yasal çerçevede

⁸¹ İbid.

⁸² İbid.

⁸³ İbid.

⁸⁴ Kadın hakları çerçevesinde yasal mal rejimine ilişkin yapılmış çalışma için bkz. Ahmet Ayar, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Kadın Hakları Açısından Bir Bakış”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2018, Sayfa: 93-100.

⁸⁵ Zeytin, N. 175; Şeref Ertaş, “Katılma Alacağının Kapsamındaki Edinilmiş Mallar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 153, Mayıs 2019, s. 1058-1063; Zeynep Gökçe, “Edinilmiş Mallara Katılma”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016, s. 3457-3492.

⁸⁶ Zeytin, N. 176.

mal rejimi ile alakalı sözleşme ile bir başka mal rejimi tercih etmedikleri müddetçe aralarında geçerliliğini koruyacak olan mal rejimi, “edinilmiş mallara katılma rejimidir”⁸⁷. Edinilmiş mallara katılma rejimine göre, karakteristik özellik, eşlerden her birinin kendi malvarlığına sahip olması ve evliliğe özgülenen bir malvarlığından bahsedilemeyecek olmasıdır. Dolayısıyla eşlerin malvarlıkları iki mal grubu içerisinde yer alır. Eşlerin boşanmalarıyla birlikte tasfiye alacağı doğuracak olan malvarlığı, edinilmiş mallara ilişkin olacaktır. Kişisel mallar bu kapsamın dışındadır. Bunlar kişisel mallar ve edinilmiş mallar olarak ifade edilmektedir.

Kişisel mallar, TMK. m. 220 – 221 uyarınca, “Eşlerden herhangi birinin sadece kişisel tasarrufuna yarayan bir eşya, (örneğin giysiler, spor malzemeleri). Eşlerin mesleklerinin gereklerini yerine getirebilmek için ihtiyaç duydukları eşya,” bu kapsamda yer almamaktadır⁸⁸.

Mal rejimi; çiftlerin, evlendikleri tarihi ve evliliklerinin bittiği tarih arasında, sahip oldukları malvarlıklarının yararlanma, mülkiyet ve yönetim haklarının ne şekilde kullanılacağı, çiftlerin var olan borçlarından nasıl sorumlu olacağı ya da mal rejimi sona erdiğinde bahsi geçen malvarlıkları değerlerinin nasıl paylaşılacağı vb. gibi hususları belirleyen yasal düzenlemelerdir. Örnek vermek gerekirse; kadının evliliğinin akabinde bir otomobil sahibi olması durumunda ilgili aracı kimlerin kullanma yetkisinin bulunduğu, aracın yönetim hakkının kimde olduğu ya da bu yönetim hakkının ne şekilde kullanılabileceği, otomobilin satışa çıkarılması durumunda hangi şartlar ve altında kimin satabileceği, boşanma ya da vefat durumlarda ilgili otomobile nihai koşullarda ne olacağı gibi sorulara eşlerin tabi olduğu ilgili konu yanı mal rejimi ile yanıt bulunmaktadır⁸⁹. Mal rejiminin başında eşlerden herhangi birinin ya da eşlerden birinin sonradan miras olarak veya başka bir sebeple karşılıksız kazanma yöntemiyle sahip olduğu malvarlığı değerleri (Örneğin, kadın eşe ait dairesi ve arabası ve söz konusu daireye ait kira geliri kişisel mal sayılırken; edinilmiş mal rejimi sırasındaki getirdiği kira gelirleri edinilmiş mal sayılır),

Manevi tazminat alacağı,

Bireysel malların yerine geçebilen değerler.

Sözleşme uyarınca ise, bir mesleğin gereklerini yerine getirmede ya da işletmenin çalışmaları sebebiyle ortaya çıkan edinilmiş tüm mallara eklenmesi gereken malvarlığı değerleri ve bunun yanında şahsi malların kazançlarının sözleşmeyle şahsi mal sayılacağı kabul edileceği belirtilmiştir⁹⁰.

Tasfiye payının konusunu oluşturan edinilmiş mallar ise, kanunda sayılmakla birlikte örnek niteliğinde olduğundan başkaca malları da dahil etmek mümkündür. Ancak kişisel

⁸⁷ Melisa Gündoğdu-Özbek. Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenecek Değerler ve Uygulaması, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 4.

⁸⁸ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 201.

⁸⁹ Özbek. s.3.

⁹⁰ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 200; İbrahim Halil Akyavuz, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mal-Kişisel Mal Ayrımı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 85, Sayı: 6, Kasım 2011, s. 203-231; Hilal Karaca, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Kişisel Mallar”, *Teraşi Hukuk Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 130, Haziran 2017, s. 43-53.

mallar sınırlı sayıda kanunda sayılmıştır. Bu çerçevede genel olarak edinilmiş mal kavramından bahsedebilmek için, kanunda özellikle kişisel mal olarak kabul edilmeyen mal değerlerinin, yasal mal rejimi süresi içerisinde ve karşılığı verilerek edinilmiş olması yeterlidir⁹¹. Karşılık kavramından ne anlaşılması gerektiği ise genel kurallar üzerinden değerlendirilecektir. Böylece karşılık, eşlerin bedensel ve fikri gücü (maaş, ikramiye, bahşiş veya TMK m. 219/II gereğince eşlerden herhangi birine karşı üçüncü şahısların haksız fiili ya da edinilmiş mallara yönelik bir hak ya da eşyanın sarf edilmesinden kaynaklanabilir⁹². Öte yandan kanunda edinilmiş mallara ilişkin örnek niteliğindeki düzenlemelere göre ise, sosyal güvenlik ya da sosyal yardım vb. faaliyetleri olan kurum/ kuruluşlarının ya da çalışana yardım etmek amacı güdülen kuruluş olan sandık ve buna benzer oluşumların yapmış olduğu ödemeler, iş gücünün kaybedilmesi sebebiyle verilen tazminatlar (örn. iş kazası), şahsi mallardan elde edilen kazançlar, edinilmiş malların yerine geçen ikame değerler, diğer edinilmiş mallar (edinilmiş malların gelirleri, kişisel değerlerin ihlali nedeniyle eşlere ödenen maddi tazminatlar) belirtilmiştir⁹³.

Kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi halinde, tasfiyeye bağlı şekilde eşlerden birisine katılma alacağı adı altında ifade edilen bir alacak hakkı tanımaktadır. Eşlerin katılma alacağının hesaplanmasında ise, ele alınması gereken temel kavram “*artık değer*” kavramıdır. Buna göre her iki eşe ait alacakların takası ve artık değer alacağı ile de eşlerin biri yararına ortaya çıkan katılma alacağı belirlenmiş olacaktır⁹⁴.

Bahsi geçen artık değer hesaplanması ise eşlerin ayrı ayrı kişisel malları ve edinilmiş mallarının dört farklı grup halinde ayrılması, eşlerin birisinin, ötekinin malvarlığının çoğaltmasına yönelik çalışmalarından ötürü, kazandırmada bulunan tarafın alacağı değer artış payı⁹⁵ ve şahsi ve edinilmiş malların arasında bir denkleştirme alacağı istemesi ve nihayet eşlerden birinin borcu bulunuyorsa, bu borcun o eşin edinmiş olduğu mallardan düşmesi suretiyle gerçekleştirilir⁹⁶. Bu yapılan hesaplamada edinilmiş mallara ilişkin eksik bir değer çıkarsa bu eksik bakiye her halükârda 0 (sıfır) olarak hesaplanır⁹⁷. Artık değer hesaplama konusunda ilk olarak eşlerin tüm edinilmiş mallarının tespit edilmesi gerekmektedir. Sonrasında edinilmiş mallara Kanun’un öngördüğü şekilde dahil edilecek olan değerler (Türk Medeni Kanunu madde 229) ve şahsi mal kategorisinde olan edinilmiş malın karşılığı da dahil edilir. Elde edilen aktif değerlerin tümünden, öteki tarafın değer artış hissesi alacağı, edinilmiş mal kategorisindeki şahsi mal karşılığı ve pasif değer olarak bilinen edinilmiş mallardaki borçlar çıkartılır [4]. Nihayetinde elde edilen artık değer kanunen veya sözleşme ile saptanmış olan artık değer oranı baz alınarak eşler

⁹¹ Zeytin, s. 95; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, İstanbul, 2011, s. 14; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara, 2019, s. 223; Acar, s. 95.

⁹² Dural, Ögüz, Gümüş, s. 198.

⁹³ İbid.

⁹⁴ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 222; Mehmet Şengül, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 3, Aralık 2012, s. 61-63.

⁹⁵ Ali Ahmet Genç, “Değer Artış Payı Alacağının Hesaplanması”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 15, Ocak 2017, s. 87-105.

⁹⁶ Öztan, s. 468.

⁹⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 222.

arasından pay edilir⁹⁸. Örneğin Kadının malvarlığı olan 100000 TL araba, 20000 TL araba borcu ve bankada 50000 TL'lik mevduat hesabının 20000 TL düşüldüğünde, 130000 TL'lik artık değerın ½ si kocanıdır. Kocanın ise 200000 TL değerindeki evinden kaynaklanan artık değerın ½ si 100000 kadına aittir. Böylece kadın erkeğe 130000 TL, erkek ise kadına 100000 TL borçlanmış olacaktır. Alacakların mahsup edilmesi ile de kadın kocaya 30000 tı artık değer vermiş olacaktır. Eğer mevcut değer – 250000 TL olarak hesaplanırsa bu durumda 0(sıfır) olarak hesap yapılacaktır⁹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 231. Maddesi uyarınca artık değer kavramı; eklenmeden ya da denkleştirmeden sahip olunan miktarlar da düşünülerek eşlerin her birinin edinilmiş mallarının totaldeki ederinden bu mallar üzerindeki borçların çıkarılmasının ardından elde kalan net miktar şeklinde tanımlanmaktadır. İlgili maddeye göre hesaplama esnasında değer eksilmesi dikkate alınmaz. Yine ilgili maddeden yola çıkılarak artık değerın; bir hesaplama neticesinde elde edilmiş olan değer ya da hesaplamanın rakamsal karşılığı olmaktan çok, kanuni mal rejiminde eşler arasında bulunan mülkiyet ilişkisi ile alakalı bir düzenleme sunmadığı görülmektedir. Zira eşlerin bu değer üzerinden alacağı katılma aynı bir hak değil aksine parasal hakdır. Katılma alacağına bakılacak olursa artık değerın kanun uyarınca %50'si ya da sözleşme ile tarafların veya hâkimin saptadığı yüzde üzerinden belirlenecek olan parasal alacak olduğu görülmektedir¹⁰⁰.

2) İspat Kuralları

TMK m. 6 hükmü uyarınca var olan genel ispat yükümlülüğünün yanı sıra kanun koyucu edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde, yaşanabilecek ispat zorluklarını da düşünerek bir başka ispat kuralına daha yer vermiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 222. Maddesi uyarınca, "*Belli bir malın taraflardan bir tanesinin olduğunu savunan kişi, iddiasını kanıtlamak ile yükümlüdür. Sahibinin hangi eş olduğunu kanıtlanamadığı mallar eşlerin paylı mülkiyeti kapsamında kabul edilir. Herhangi bir eşin tüm varlıkları, tam tersi ispat edinilinceye dek edinilmiş mal kategorisinde kabul edilir*".

Dolayısıyla TMK m. 222'nin 1. fıkrası, genel ispat yükümlülüğüyle paralel bir düzenleme ihtiva etmekle birlikte, ispat kolaylığı sağlamak adını 2. Ve 3. Fıkralarda edinilmiş mal ve paylı mülkiyet iddialarına karşı iki karine benimsenmiştir. Böylece belirli bir malın kime ait olduğu belirlenemiyorsa eşlerin paylı mülkiyetinde olduğuna ve yine malın hangi mal grubuna girdiği tespit edilemiyorsa edinilmiş mal sayılacağı karine olarak kabul edilmektedir. İspat külfeti de aksini iddia eden tarafa düşmektedir¹⁰¹.

3) Kripto Para Biriminin Varlığı Halinde Edinilmiş Mal Rejimi

Bitcoin ve diğer tüm kripto paraların hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara rağmen bir değere sahip oldukları açıktır ve edinilmiş mallara katılma rejimi gereğince, edinilmiş mal

⁹⁸ Şamil Demir. "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerın Hesaplanması ve Paylaştırılması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, s. 248-249.

⁹⁹ Dural, Öğüz, Gümüş, s. 222, Öztan, s. 472-473.

¹⁰⁰ Demir, Ş. s.249.

¹⁰¹ Dural, Öğüz, Gümüş, s. 203.

grubu içerisine girdiğinde artık değerinde hesaba katılmalıdır. Ancak kripto paraların kendine özgü nitelikleri sebebiyle gerek paylaşım gerekse ispatında farklı koşullar söz konusudur¹⁰².

Bitcoin ve diğer kripto para birimlerinin varlığı halinde aile hukuku ya da geniş anlamda medeni kanun meseleleri (Miras paylaşımı) gibi hallerde tarafların kripto paraya sahip olup olmadığını bilmek süreç içerisindeki ilk adımdır. Bitcoinin merkezi bir kuruma bağlı olmaması, anonim şekilde işlem yapmasından ileri gelen hususların dışında, kullanım için hususi anahtara ihtiyaç duyulması, kripto paraların takibini güçleştirmektedir. Eğer özel şifreler kaybedilirse, artık tasarruf işlemini yapmak mümkün olmayacaktır. Mevcut bankacılık sistemlerinden farklı olarak kaybedilen veya ulaşılamayan bilgilere erişmek kolay olmayacaktır. Benzer biçimde boşanma davasından önce kime, ne kadar kripto para transferi yapıldığının tespiti de bankacılık sistemleri kadar hızlı bir biçimde gerçekleştirilemez. Şayet tüm bu olumsuzluklara rağmen edinilmiş mal olarak sınıflandırılabilir bir değer varlığı tespit ve ispat edilebiliyorsa mal rejimi kapsamında tasfiye gündeme gelecektir. Peki Bitcoin'in hangi mal grubuna girdiğini nasıl tespit edeceğiz. Satın alınan Bitcoinin hangi mal grubuna ait para ile alındığı, yapılacak tespit için gereklidir. TMK m. 219/II 5. bendi, edinilmiş mallar arasında kabul edilen değerler edinilmiş mal kategorisinde kabul edilir. Dolayısıyla evlilik çerçevesinde ve emek sarf edilerek edinilen gelirlerle alınan Bitcoin, mal rejiminin sona ermesi halinde tasfiyeye tabi tutulacaktır. Bununla birlikte yine TMK'nın 220/1 maddesinin 4. Bendi gereğince, şahsi malların yerine kabul edilebilen değerler de şahsi mal kategorisinde görülür. Böylece eşlerden birinin evlilik birliği kurulmadan önce edinmiş olduğu mallar, miras kalan mallar veya karşılıksız kazanma yöntemiyle sahip olduğu mallar kişisel maldır¹⁰³. Ancak kişisel mal grubunun geliri, mal rejimi sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece edinilmiş mal olarak sayılır. Diğer yandan eşlerin para karşılığında Bitcoin alımı yerine, madencilik faaliyeti sonucunda Bitcoin sahibi olmaları durumunda da yine evlilik tarihi esas alınacaktır. Şayet evlilik tarihinde elde edilmiş edinilmiş mal olarak kabul edilecektir¹⁰⁴. Ayrıca Bitcoinin değerinin belirlenmesi gerekecektir. Standart döviz kuru üzerinden değeri belirlenecektir. Bununla birlikte boşanma sırasında eşlerin güven duygularının zedelenmesi ve yasal paylaşım kurallarından sapılması için başvurabilecekleri Bitcoin alımları halinde şu konulara dikkat etmek gerekir.

a) Kripto Para Alımına Dair İspat Araçlarını Muhafaza Etme

Boşanma sürecinde tüm olası kanıtların korunuyor olması önemlidir. Zira eşler evlilik birliğinde mal kaçırmak için Bitcoin yatırımı yoluna gidebilirler. Eşlerden birinin diğeri hakkında Bitcoin satın aldığına dair bir iddiası varsa bunu ispat etmesi gerekir. Durumun ispatı için mahkemeden kripto para borsası olan şirkete ve eşin hesaplarının bulunduğu bankalara yazılarak aktarımın hangi borsaya yapıldığı ya da borsada eşin adına bir hesap olup olmadığının

¹⁰² Evren, Hakan, <https://okyayevren.com/yayinlar/kripto-paralarin-hukuki-islemleri/>, (E. T. 15.09.2021).

¹⁰³ Genel olarak karşılıksız nitelik taşıyan kazandırmaların edinilmiş mallara katılmasına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Gamze Turan Başara, "Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 111, Kasım 2015, s. 59-63.

¹⁰⁴ Karatepe-Sarıcı, Demir, s. 1732- 1733; Evren/Hakan, <https://okyayevren.com/yayinlar/kripto-paralarin-hukuki-islemleri/>, (15.09.2021).

sorulması talep edilir. Ayrıca eşin yabancı kripto para borsasında yatırımı varsa, yine banka hesabından yabancı borsaya bir para aktarımının var olup olmadığı sorulması önem arz etmektedir. Ancak kripto para yatırımına ilişkin bilgi ve belgelerin saklanması, bilhassa borsaya değil de cüzdanlarda tutulan Bitcoinler açısından kısıtlı ispat imkanı olarak görülmelidir¹⁰⁵.

b) Paylaşım Özgü Kripto Para Biriminin Varlığına İlişkin İspatları Muhafaza Etme

Mal paylaşımına ilişkin davada, banka hesap ekstreleri, kredi kartı ekstreleri, bir dijital para platformundan para yatırma veya çekme işlemleri titizlikle muhafaza edilmelidir. Ortada bir kripto para biriminin var olduğuna ilişkin bilgi içeren e posta ve diğer yazışmalara kanıt olarak sunulabilir¹⁰⁶.

c) Kripto Para Biriminin Kanıtını Bulmak

Tüm bahsedilen bilgi ve belgelere rağmen, kripto para birimi hakkında belge elde etmek zor olabilir. Genellikle amaç işlemlerin gizli ve güvenli kalması neticesinde malvarlığının kaçırılmasına zemin oluşturabilir. Bu sebeple öncelikle, kripto para sahibinin bir cüzdanı olup olmadığı ve bu cüzdanının çevrimiçi mi yoksa fiziksel bir cihaz mı olduğu belirlenmelidir. Bu cüzdan, esasa ilişkin incelemede talep edilebilecek bir kimlik ve oturum açma şifresine sahip olacaktır. Cüzdanlar, taşınabilir bir sabit diske benzer ve gerçek bir fiziksel öge olabilir. Diğer durumlarda, cüzdan yalnızca çevrimiçi şekilde ve kripto para birimi değişim platformlarından biri aracılığıyla olabilir. Her iki cüzdandaki bilgileri korumak için farklı adımlar atılması gerekir. Kripto para birimi sahibi genellikle cüzdanından veya değişim platformundan işlem geçmişini indirebilir. İşlem geçmişi excel tablosu veya başka bir elektronik belge olarak indirilir. İndirilen dosya bir banka ekstresinde yer alabilecek türden bilgileri örneğin, tarih, saat, kripto paranın miktarı, dönüştürme oranı, bakiye, işlem kimliği ve hash gibi bilgileri içerir. İşlemler çoğu zaman e-posta yoluyla onaylanır ve bu e-posta makbuz görevi görmektedir. Ayrıca gerçekleştirilen onay, dönüştürme oranını, dolar tutarını ve bir tarih ve zaman damgasını da içerebilir. Bazı durumlarda, onay, kripto para kullanıcısının satıştan sonra parayı nereye yatırdığını veya bir satın alma işlemi yapmak için parayı nereden çektiğini belirleyebilir. Ayrıca onaylamanın ispata olan etkisi, diğer varlıkları da belirlemeye yardımcı olacaktır¹⁰⁷.

d) Envanter Tutulması

Kanun koyucu TMK m. 216 hükmü gereğince, ispat sorunlarını aşmak adına yasal veya seçimlik mal rejimler fark etmeksizin, eşlerin resmi senet niteliğinde döküm yapmalarını hüküm altına almıştır (TMK m. 216). Zira uzun sürmüş evliliklerdeki malvarlıkları kalemlerinin göstermiş olduğu değişim, teknolojik gelişmeler neticesinde ortaya çıkan kripto araçlar gibi

¹⁰⁵ Karatepe-Sarıcı, Demir, s. 1733; (<https://www.reuters.com/article/us-crypto-currency-germany-password-idUSKBN2A511T>), (E.T. 18.08.2021); <https://www.leathesprior.co.uk/news/bitcoin-and-divorce-the-potential-issues> (E.T. 5. 09. 2021); <https://www.rosen.com/property/bitcoin-divorce-cryptocurrencies-division/>, (E.T 5.09.2021).

¹⁰⁶ <https://www.rosen.com/property/bitcoin-divorce-cryptocurrencies-division/>, (E.T 5.09.2021).

¹⁰⁷ <https://www.rosen.com/property/bitcoin-divorce-cryptocurrencies-division/>, (E.T 5.09.2021)

yeni değerler ispat zorlukları neticesinde birçok hak kaybına sebebiyet verecek niteliktedir. Bu ispat zorlukları nedeniyle kanun koyucu mal rejimlerinde bazı karinelere de daha önce ifade edildiği üzere yer vermiş (TMK m. 216, 222/II, III, 245, 261). Resmi senet olarak düzenlenen envanter de, malvarlığı değerlerinin hangi eşe ve hangi mal grubuna ait olduğuna dair ispat niteliğinde bir döküm sunmaktadır¹⁰⁸.

Envanter düzenlenmesini her eş isteyebilir. Envanter düzenlenmesini isteyen eş aile mahkemesine başvurarak envanterin çıkartılması için talepte bulunur. Diğer eşin ise envanterin yapılmasına katkı sunması bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde TMK kapsamında bir yaptırım öngörülmediği görülmektedir. Öte yandan eşler arasında adi envanter de düzenleyebilirler. Ancak ispat işlevi, genel hükümler neticesinde hüküm ifade edecek; resmi senet olarak yapılan envanter gibi bir ispat aracı olmayacaktır. Zira TMK m. 216/ II fıkrası belirli şartların gerçekleşmesi ile resmi senet olarak düzenlenen envanterin doğruluğu adi karine olarak kabul edilmiştir. Yani eşlerin hangi mal grubuna ait olduğuna dair beyanlar tam tersi kanıtlanana dek doğru olarak kabul edilir. Fakat envanterin malların getirilmesinde başlayarak bir yıl içinde yapılmış olması şartı aranacaktır¹⁰⁹.

SONUÇ

Bitcoin ve diğer kripto paralar bakımından yaşanabilecek birçok hukuki uyumsuzluk söz konusudur. Hukukun çeşitli alanlarında karşımıza çıkabilecek bu uyumsuzluklar bakımından yaşayacağımız en temel sorun kripto paralara ilişkin yeterliliği haiz hukuki bir düzenlemenin var olmayışıdır. Bununla birlikte boşanma sonrası yasal mal rejiminin tasfiyesi halinde hukuki bir düzenlemenin olmamasıyla ciddi açmazlara gebe olduğu görülmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi uyarınca Bitcoin, hangi mal grubundan kaynak alındığına göre edinilmiş mal veya kişisel mal olarak değerlendirilebilir. Ancak kripto paraların değeri çok çabuk değişebilir ve istikrarı yoktur. Öte yandan mevcudiyetinin ispatı noktasında güçlükler yaşanabilir ve mal kaçırma aracı olarak görülebilir. Kripto paralara özgün bu temel özellikler nedeniyle gerek paylaşım gerekse ispatında farklı koşullar söz konusudur.

Şayet tüm bu olumsuzluklara rağmen edinilmiş mal olarak sınıflandırılacak bir değer varlığı tespit ve ispat edilebiliyorsa mal rejimi kapsamında tasfiye gündeme gelecektir. Peki Bitcoin'in hangi mal grubuna girdiğini nasıl tespit edeceğiz. Satın alınan Bitcoinin hangi mal grubuna ait para ile alındığı, yapılacak tespit için gereklidir. TMK m. 219/2 5. bendi, edinilmiş malların yerine kabul edilebilen değerler edinilen mal olarak şeklinde edilir. Dolayısıyla evlilik birliğinde ve emek sarf edilerek edinilen gelirlerle alınan Bitcoin, mal rejiminin son ermesi halinde tasfiyeye tabi tutulacaktır.

Ardından ise edinilmiş mal kategorisinde nitelendirilebilecek Blockchain teknolojisiyle satın alınan kripto paraların mevcut olduğunu ispatlamak kolay olmayacaktır. Zira boşanma davasından önce kime, ne kadar kripto para transferi yapıldığının tespiti de bankacılık sistemleri kadar hızlı bir biçimde gerçekleştirilemez. Banka hesap ekstreleri, kredi kartı ekstreleri, bir

¹⁰⁸ Zeytin, s. 74-75.

¹⁰⁹ Zeytin, s. 74-75.

dijital para platformundan para yatırma veya çekme işlemleri titizlikle muhafaza edilmelidir. Ortada bir kripto para biriminin var olduğuna ilişkin bilgi içeren e posta ve diğer yazışmalara kanıt olarak sunulabilir. Yine eşlerin TMK m. 216 gereğince envanter tutması da ispat açısından kolaylık sağlayacak niteliktedir. Kanun koyucu ispat sorunlarını aşmak adına yasal veya seçimsel mal rejimleri fark etmeksizin, eşlerin resmi senet niteliğinde döküm yapmalarını hüküm altına almıştır.

KAYNAKÇA

- Acar Faruk. *Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı*, Ankara, 2016.
- Aksoy-Dursun Sanem. *Eşya Kavramı*, İstanbul, 2012.
- Akyavuz İbrahim Halil “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mal-Kişisel Mal Ayrımı”. *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 85, Sayı: 6, Kasım 2011.
- Antalya Gökhan. *Eşya Hukuku*, C. IV/1, Ankara, 2019.
- Aslantaş-Ateş Burcu. “Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi”. *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. C. 7, S. 1: s. 349-366.
- Atık Murat, Köse Yaşar, Yılmaz Bülent. ”Kripto Para, Para mıdır Döngüsünde Kabul Edilebilirlik Üzerine Ampirik Bir Uygulama”, *Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 23, 2021.
- Ayar Ahmet. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Kadın Hakları Açısından Bir Bakış”. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 6, Sayı: 1, Haziran 2018: s. 93-100.
- Bozkurt-Yüksel Armağan Ebru. *Bitcoin, Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış*. 2018, İstanbul.
- Çarkacıoğlu Abdurrahman. *Kripto Para-Bitcoin*, Sermaye Piyasası Kurulu, Aralık, 2016.
- Demir Şamil. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması” *Ankara Barosu Dergisi*,2014/1.
- Dural Mustafa, Öğüz, Tufan ve Gümüş, Mustafa-Alper. *Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku. C.III*, İstanbul, 2010.
- Erman Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul, 2018.
- Ertaş Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir, 2018.
- Ertaş Şeref. “Katılım Alacağına Kapsamındaki Edinilmiş Mallar”. *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt: 14, Sayı: 153, Mayıs 2019: s. 1058-1063.
- Esener Turhan ve Güven Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara, 2015.
- Evren Eren ve Hakan Can. “Kripto paraların Hukuki İşlemlere Konu Edilmesi”, <https://okuyayevren.com/yayinlar/kripto-paraların-hukuki-işlemleri/>.
- Genç Ali Ahmet. “Değer Artış Payı Alacağına Hesaplanması”. *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 8, Sayı: 15, Ocak 2017: s. 87-105.
- Gökçe Ziya. “Edinilmiş Mallara Katılma”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 65, Sayı: 4, Aralık 2016: s. 3457-3492.
- Karaca Hilal. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Kişisel Mallar”. *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt: 12, Sayı: 130, Haziran 2017: s. 43-53.
- Karakaş -Eker Hilal. “Bitcoin ve Kripto Paraların Hukuki Yönden Değerlendirilmesi”. *Bursa Barosu Dergisi, Sayı 107, Mart 2019*, s. 102-111.
- Karamanlioğlu Argun. “Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler”. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülteni*. Nisan 2021, <https://law.khas.edu.tr/tr/son-gelistmeler-isiginda-kripto-paraların-hukuki-niteliği-ve-kripto-para-borsalarına-dair-tespit-ve>, (E.T. 5.10.2012): s. 1-5.
- Karatepe-Sarıcı Özge ve Demir Duygu-Ece. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Bitcoin’in Tasfiyeye Konu Olup Olamayacağı Meselesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*, C.16, S. 181, Eylül 2021: s. 1733-1734.

- Kayihan Şaban ve Yıldız Habib. *Elektronik Ticaretin Hukuki ve Vergi Boyutu*. Ankara, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*. Ankara, 2019.
- Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, Oktay-Özdemir Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul, 2004.
- Onuş Abdulhamid. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Değer Bıçme Yöntemi ve Zamanı”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, Aralık 2020: s. 619-652.
- Özbek Melisa. *Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenecak Değerler ve Uygulaması*, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Özdemir Gençler. “Kripto Paraların Eşya Niteliği”. *SDÜHFD*. C.11, S. 1, s. 289-306.
- Özdemir Hayrunisa. “Bitcoin Ödeme Sistemlerinin Eşya Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. *Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu*, 1. Bası, Ekim 2020, s. 213-218.
- Özcan Bilge. *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*. Ankara, 2019.
- Öztürk Nurettin ve Koç Asuman. “Elektronik Para ve Diğer Para Türleriyle Olan Karşılaştırılması ve Olası Etkileri”. *Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2006.
- Serozan Rona. *Eşya Hukuku*. C. I, İstanbul, 2014.
- Sirmen Lale. *Eşya Hukuku*. 7. Bası, Ankara, 2019.
- Sözer Bülent. *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul, 2002.
- Şengül Mehmet. “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt: 7, Sayı: 3, Aralık 2012: s. 61-63.
- Şıpka Şükran. *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*. İstanbul, 2011.
- Sütçü Cem Sefa. Aytakin Çiğdem. “Bitcoin ve Kripto Para ile İlgili Sosyal Medya Kullanıcılarının Girişimcilik Düzeyleri Üzerine Bir Araştırma”, *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication – TOJDAC*, C. 8, S. 3, 2018, s. 466-488.
- Turanboy Asuman. “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri”, *BATİDER*, C. 35, S.3, 2019: s. 47-62.
- Turan-Başara Gamze. “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt: 10, Sayı: 111, Kasım 2015: s. 59-63.
- Ünal Mehmet ve Başpınar Veysel. *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, 2017.
- Üzer Betül. Sanal Para Birimleri. Uzmanlık Yeterlilik Tezi. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü Ankara, Eylül 2017.
- Zeytin Zafer. *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiye*. Ankara, 2008.
- İnternet Siteleri:*
- (<https://www.reuters.com/article/us-crypto-currency-germany-password-idUSKBN2A511T>), (E.T. 18.08.2021);
<https://www.leathesprior.co.uk/news/bitcoin-and-divorce-the-potential-issues> (E.T. 5. 9. 2021).
- Dünya Gazetesi İnternet Sitesi, “Türkiye’nin Ödeme Yasağı Ardından Kripto Para Piyasası Hacim Kaybetti”, <https://www.dunya.com/finans/kripto-para/turkiyenin-ödeme-yasağı-ardından-kripto-para-piyasası-hacim-kaybetti-haberi-618133>, (E.T. 6.7.2021).
- “Kripto Para Borsasında Dolandırıcılık İddiası”, <https://www.dw.com/tr/kripto-para-borsas%C4%B1nda-doland%C4%B1c%C4%B1k-iddias%C4%B1/a-57286285>, (E. T. 6.7.2021).
- <https://www.vebitcoin.com/>, (E.T. 6.7.2021).

- Risk Management for Electronic Banking and Electronic Money Activities”, Basel Committee On Banking Supervision, s.3, <http://www.bis.org/publ/bcbs35.pdf> (E.T. 20.08.2021).
- <https://www.intel4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>. (E. T. 10.06.2021)
- “Virtual Currency Schemes”, European Central Bank, Germany, October 2012, <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>, s. 13, (E. T. 01.09.2021).
- <https://coinreport.net/experts-10th-anniversary-first-bitcoin-transaction>
- https://tr.wikipedia.org/wiki/Blok_zinciri.
- <https://toptalent.co/blockchain-nedir-nasil-calisiyor>.
- https://medium.com/@finartz_com/en-basit-tabirle-blockchain-nedir-nas%C4%B1l-%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1r-f9572b299c7b, (E.T. 20.07.2021).
- https://medium.com/@finartz_com/en-basit-tabirle-blockchain-nedir-nas%C4%B1l-%C3%A7al%C4%B1%C5%9F%C4%B1r-f9572b299c7b, (E.T. 20.07.2021).
- <https://fintechistanbul.org/2016/12/29/blockchain-nedir-anlama-garantili-makale/>, (E.T. 20.07.2021).
- <http://asicminerturkey.com/>, (ET. 15.08.2021).
- <https://bitcoinnedir.com/blockchain-nedir-nerelerde-ve-nasil-kullanilir/>(E.T. 20.08.2021).
- <https://www.intel4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>;
- <https://www.timeturk.com/ekonomi/dijital-para-ile-kripto-paranin-farki/haber-1700549>, (E.T. 1. 10. 2021).
- <https://www.intell4.com/dijital-para-ile-elektronik-para-arasindaki-ayrim-haber-182692>, (E.T. 1.10.2021).
- Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Genel Mektup, N. 785, 1 Aralık 2017, İstanbul, <https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/2017/12/Genel-Mektup-785-Sanal-Paralara-Dayal%C4%B1-%C4%Bo%C5%9Flemeler-hk.pdf> (E. T. 01.11.2021).
- <https://www.donanimhaber.com/Bitcoinin-yeni-kirli-kullanim-alani-Boşanma-sürecinde-mal-kaçırma--98801>.
- <https://www.bankrate.com/personal-finance/divorce-cases-cryptocurrency-assets-new-battleground-bitcoin/>
- <https://www.leathesprior.co.uk/news/bitcoin-and-divorce-the-potential-issues>.
- <https://www.donanimhaber.com/Bitcoin-yeni-kirli-kullanim-alani-Boşanma-sürecinde-mal-kaçırma-98801>.

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA TEMSİL YETKİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI*

COMPARISON OF THE REPRESENTATION OF THE MARRIAGE UNION WITH THE POWER OF REPRESENTATION IN THE CONTEXT OF THE LAW OF OBLIGATIONS

Kürşat Tarık Açıkgöz*

ÖZ

Türk Hukuku'nda temsil, genel olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak evlilik birliğinin kendine özgü yapısı sebebiyle eşlerin birliği temsil yetkisine Türk Medeni Kanunu'nda ayrıca yer verilmiştir. Evlilik birliğini temsil yetkisi, eşlerin üçüncü kişilerle yapacakları hukuki işlemleri düzenleyen bir kurumdur. Türk Medeni Kanunu'nun 188-191. maddelerinde düzenlenen evlilik birliğinin temsili ile Türk Borçlar Hukuku bağlamında temsil yetkisi birbirinden farklı kurumlardır. Evlilik birliğinin temsili, kanundan doğan ve eşlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için sahip oldukları yetkidir. Evlilik birliğini temsilde, temsil kavramı teknik anlamıyla kullanılmamıştır. Eşlerin, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapacakları hukuki işlemleri düzenler. Bu yetkinin kullanılabilmesi için eşlerin birbirlerini yetkilendirmesi gerekmez. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte, eşler kural olarak birliği temsil yetkisine sahip olur. Evlilik birliğinin temsili, Türk Borçlar Hukuku kapsamında yer alan temsil türlerinden biri olarak da değerlendirilemez. Evlilik birliğinin temsili, yapısı ve şartları itibarıyla Türk Borçlar Hukuku'ndaki temsilden farklıdır. Burada amaçlanan evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanması ve ailenin korunmasıdır. Bu sebeple Kanun'da özel bir düzenleme yoluna gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler Evlilik Birliği, Temsil, Evlilik Birliğinin Temsili, Türk Borçlar Hukukunda Temsil, Aile Hukuku

* Bu makale "Evlilik Birliğinin Temeli" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

* Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

© 0000-0003-2199-7105 kursatauhf@gmail.com

Teşekkür: Çalışmamda yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen kıymetli hocam Doç. Dr. Yasemin DURAK' a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.



Bu eser Creative Commons Atınlı-Gayri-Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

The representation institution is regulated in Turkish Code of Obligations in general. However, as the marital union has a unique character, it has been preferred to set forth this institution in Turkish Civil Code. The representation of marital union organizes legal relationships between the partners and third parties. The representation of marital union framed in the articles of 188-191 of Turkish Civil Code is quite different from representation institution within Turkish Law of Obligations. The representation of marital union is a legal power that is entitled to partners to meet the needs of the marriage. The term representation in marital union is not used by its technical meaning. Partners do not need to give permission each other to use this power. Partners acquire the power to represent from establishment of the marriage. Also, it is not possible to count the representation of marital union as one of the types of representation in Turkish Code of Obligations. In consideration of its own scope and structure it differs from the representation within the context of Turkish law of obligations. the purpose of this institution is to meet the needs of marital union and the protect family. Therefore, it has been regulated specially.

Keywords: Marital Union, Representation, Representation of Marital Union, Representation in Turkish Law of Obligations, Family Law.

GİRİŞ

Anayasa'nın 41. maddesinde de ifade edildiği gibi aile, Türk toplumunun temelidir. Toplumlari var eden, ayakta tutan en önemli kurumlardan biridir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda aile kurumuna ve bu kurumun korunmasına son derece önem verilmiştir. Gelişen toplum yapısı ve hukuk düzeni karşısında Türk Hukuku'nda da bu alanda köklü değişiklikler yapılmıştır. 01/01/2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte evlilik birliğinde eşlerin konumu, hak ve yükümlülükleri hususunda daha çağdaş, daha eşitlikçi bir yaklaşım benimsenmiştir. Buna göre eşler, evlilik birliğinin yönetiminde birlikte ve ortak bir rol oynamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu evlilik birliğinin sürekli ve sürdürülebilir olması, gelişen toplum yapısına uyum sağlayabilmesi amacıyla çeşitli düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden bir tanesi de çalışmanın konusu olan evlilik birliğinin temsili kurumudur.

Evlilik birliğinin temsili kurumu, eşlerin toplum içerisinde ailenin ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, aile kurumunun eşler tarafından temsil edilmesidir. Gelişen ve değişen toplum yapısı, birçok ihtiyacı, hukuki ilişkiyi ve buna bağlı olarak uyumsuzlukları beraberinde getirmiştir. Yine toplum yapısının değişmesiyle kadın-erkek fark etmeksizin eşler, sosyal hayatta aktif rol oynamaya başlamış ve birden çok hukuki ilişkinin muhatabı olmuştur.

Türk Medeni Kanunu eşler arasında eşitlikçi bir yaklaşım benimseyerek çalışmanın da konusu olan evlilik birliğinin temsili hususunda eşlerden her birinin, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak adına üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabileceklerini düzenlemiştir. Gerçekten de mevcut toplum yapısı, iş hayatı, ekonomik ilişkilerle birlikte eşlerin, ailenin ihtiyaçlarına yönelik yapacakları hukuki işlemlerde her zaman birlikte olması beklenemez. Bu nedenle de kanun koyucu evlilik birliğinin temsili kurumunu düzenlemiş ve eşlerin eşit bir şekilde birliği temsil edebileceklerini detaylı bir şekilde düzenlemiştir.

Evlilik birliğinin temsili denilince akla Türk Borçlar Hukuku bağlamında temsil kurumu gelebilir. Ancak çalışma kapsamında da detaylı olarak açıklanacağı üzere, evlilik birliğinin temsili ile Türk Borçlar Hukuku'ndaki temsil yetkisi aynı şeyler değildir. Kanun koyucu, ailenin ihtiyaçları, evlilik birliğinin sosyal ve ekonomik konumunu gözetererek daha farklı, özel bir düzenleme getirmiştir. Düzenlemenin amacına bakıldığında kanun koyucunun evlilik birliğini dış dünyaya karşı korumak amacıyla hareket ettiği görülmektedir. Bununla birlikte hukuki işlem güvenliği göz önünde tutularak dengeli hükümlere yer verilmiştir.

Çalışma kapsamında evlilik birliğinin temsili kurumu, şartları ve özellikleri açıklanarak genel bir anlatım yapılacaktır. Evlilik birliğini temsil kurumunun kapsamı, ailenin ihtiyaçları kavramı hususunda örnekler verilmek suretiyle konu izah edilecektir. Ardından Türk Borçlar Hukuku kapsamında temsile ilişkin genel hükümlere ve temsil türlerine yer verilecektir.

Çalışmanın ana bölümünde ise evlilik birliğini temsil yetkisi ve Türk Borçlar Hukuku bağlamında temsil yetkisinin özellikleri göz önünde bulundurularak bir karşılaştırma yapılacaktır ve bu sayede söz konusu kurumların hukuk düzenimizdeki konumu saptanacaktır. Evlilik birliğinin kendine özgü yapısı ile hangi durumlarda Türk Borçlar Hukuku'ndaki temsil kurumundan ayrıştığı, hangi durumlarda ise örtüşen düzenlemelerin olduğu belirtilecektir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL KAVRAMI

Evlilik Birliğinin Temsili, Türk Medeni Kanunu'nda "Evliliğin Genel Hükümleri" bölümünde düzenlenmiştir.

Evlenme, Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesindeki şekil şartlarının yerine getirilmesiyle ve tarafların karşılıklı rıza içeren, olumlu sözlü beyanlarıyla birlikte meydana gelir. Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde ise evlenme ile birlikte eşler arasında evlilik birliğinin kendiliğinden kurulacağı belirtilmiştir¹.

Evlenme ile kendiliğinden kurulan evlilik birliği, eşlerin sadakat yükümlülüğü çerçevesinde, birlikte yaşama iradelerini barındıran ve eşlerin elbirliği ile yönettikleri bir kurumdur². Eşler, Türk Medeni Kanunu 185. maddede belirtildiği gibi, sadakat yükümlülüğüne bağlı olarak birlikte yaşamak ve birliğin yönetiminde birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar.

Evlilik birliği, eşlerin birbirleriyle olan kişisel ilişkilerinin yanında aynı zamanda üçüncü kişilerle sosyal ve ekonomik ilişkilerini de barındıran bir kurumdur³. Evlilik birliğine ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda eşler arasındaki ilişkileri düzenleyen birçok hüküm olmakla birlikte evlilik birliğinin sosyal ve toplumsal konumu itibarıyla eşlerin, üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin de düzenlenmesi gerekmiştir. Bu nedenle evlilik birliğinin temsili, Türk Medeni Kanunu'nda ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

Evlilik birliğinin, eşlerden ayrı, bağımsız bir tüzel kişiliği yoktur⁴. Evlilik birliğinin, eşlerden ayrı bir mal varlığı değeri yoktur. Evlilik birliği, aile kurumunun korunması amacıyla Kanun'da 185 vd. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir.

Evlilik birliğinin temsili, eşlerin evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılamaya yönelik, diğer eşi de sorumluluk altına sokacak şekilde üçüncü kişilerle hukuki işlem yaparken kanundan doğan yetkinin kullanılmasıdır⁵. Eşler, üçüncü kişilerle kuracakları hukuki ilişkilerde, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için kanunda açıkça düzenlenen bu yetkiye dayanmaktadır.

A. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Evlilik birliğini temsil yetkisi, kanunun özel bir hükmü çerçevesinde bir eşin, diğer eşi de etkileyecek şekilde hukuki işlemlerde bulunma ve bu şekilde ailenin ihtiyaçlarını

¹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 186; Ayşe Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 21; Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 2. Cilt (Madde 185-494)*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 1425.

² Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 2. Cilt (Madde 185-494)*, s. 1426.

³ Ömer Uğur Gençcan, *Evliliğin Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 47.

⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 187; Gençcan, *Evliliğin Genel Hükümleri*, s. 70; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. Bastı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 172; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020, s. 87; Süleyman Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12/Ş. 3-4 (2004), s. 8; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 15.

⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 259; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 183; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s. 127.

karşılmasıdır⁶. Bu nedenle de öğretide hâkim görüşe göre 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliğinin temsili hükümleri düzenlenirken temsil terimi, teknik anlamıyla kullanılmamıştır⁷.

Evlilik birliğinin temsili aile hukukuna mahsus, kendine özgü bir kurumdur⁸. Burada eşlerin birbirlerinin hukuk alanında doğacak şekilde hukuki işlem yapabilmeleri durumu söz konusudur⁹. Evlilik birliğinin temsili yetkisi, eşlere sıkı sıkıya bağlı mutlak bir haktır ve bu niteliği gereği eşler, bu hakkı başkasına devredemez ya da bu haktan feragat edemez¹⁰.

B. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN ŞARTLARI

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılabilmesi için kanun koyucu birtakım şartların varlığını aramıştır. Buna göre, geçerli bir evlilik birliğinin bulunması, işlemin tarafı olan eşin fiil ehliyetine sahip olması ve temsil yetkisinin evlilik birliğinin ihtiyaçları için kullanılması gerekir¹¹.

1. Evlilik Birliğinin Varlığı

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılabilmesi için aranan ilk şart, kanunen geçerli bir evlilik birliğinin varlığıdır. Eşler geçerli bir evliliğe dayanmaksızın bu yetkiyi kullanamazlar. Daha önce de ifade edildiği üzere evlenme ile birlikte evlilik birliği kendiliğinden kurulur. Ancak evlilik birliğinin kurulduğunu söylemek için evlenmenin şekil şartlarına uygun olarak meydana getirilmiş olması gerekir. Aksi hâlde geçerli bir evlenmeden söz edilemeyeceğinden eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanabilmesi de söz konusu olamayacaktır.

Geçerli bir evlilik birliğinin kurulmuş olması tek başına yeterli değildir. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılabilmesi için, birliğin fiilen devam ediyor olması gerekir. Bu nedenle evlilik birliği fiilen ortadan kalkarsa, temsil yetkisi de durur¹². Birlikte yaşama ara verildiği süreçte, bir eşin üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemlerden diğer eş sorumlu tutulamaz. Bu

⁶ Heinz Hausheer, Ruth Reusser ve Thomas Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, Bern: 1999, N. 10, s. 288.

⁷ Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 13, s. 290; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 258; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 183; Süleyman Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", s. 24; Mehmet Demir, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile konutu ile İlgili İşlemler (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan)*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s. 649; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 215.

⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 257; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 183; Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 215; Ömer Uğur Gençcan, *Aile Mahkemesi Davaları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 632; İlker Öztaş, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16/ S. 1-2, s. 251; Aziz Erman Bayram, "Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2022/1, s. 193.

⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 257.

¹⁰ Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 13, s. 292; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 262; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 48-49; Demir, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile konutu ile İlgili İşlemler (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan)*, s. 694; Gençcan, *Aile Mahkemesi Davaları*, s. 632; İlker Öztaş, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi", s. 251; Bayram, "Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması", s. 198.

¹¹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 256.

¹² Öztan, *Aile Hukuku*, s. 266; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 100 vd.

süreçte yapılacak hukuki işlemler, sadece işlemin tarafı olan eşi sorumluluk altına sokar¹³. Çünkü fiilen birlikte yaşamının ortadan kalkmasıyla birlikte eşler arasında, evlilik birliğinden doğan yararlanma unsuru da ortadan kalkmış olacaktır.

Eşler arasında fiilen ortak yaşama son verilmiş olması durumu, ister Türk Medeni Kanunu 170. maddesi gereğince mahkeme tarafından verilen ayrılık kararı neticesinde olsun, isterse de Türk Medeni Kanunu 197. maddesi gereği eşlerin kendi kararı sonucu olsun bir farklılık söz konusu değildir. Her iki durumda da evlilik birliğini temsil yetkisi kullanılamaz¹⁴.

Eşlerin birlikte yaşamaları kavramı her durumda aynı konutta, aynı mekânda yaşanması anlamı taşımamaktadır¹⁵. Eşler çeşitli sebeplerle ayrı konutlarda kalabilecekleri gibi birden fazla da konutta da yaşamlarını sürdürebilirler. Yalnızca bu durum eşlerin fiilen ayrı yaşadıkları anlamına gelmez ve evlilik birliğinden doğan temsil yetkileri devam etmektedir¹⁶.

2. Eşlerin Fiil Ehliyetine Sahip Olması

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılabilmesi için eşlerin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Türk Medeni Kanunu 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu genel düzenleme yanında kanun koyucu bir de Türk Medeni Kanunu 193. maddesinde, aksine hüküm bulunmadıkça eşlerin üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceğini hüküm altına alınmıştır. Kanun'da tekrardan bu şekilde düzenleme yapılması, eşlerin fiil ehliyetlerini kullanmada eşit olduklarının vurgulanması amacını taşımaktadır¹⁷.

Hukuki işlemin tarafı olan eşin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda evlilik birliğinin temsilinden söz edilemeyeceği gibi işlemin tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyeti de korunmaz¹⁸. İşlemin tarafı olmayan eş, üçüncü kişiyle hukuki işlemi yapan eşin, işlem esnasında ayırt etme gücüne sahip olmadığı gerekçesiyle işlemin geçersiz olduğunu tespit ettirebilir¹⁹. Bu şekilde alınacak karar, bir tespit hükmüdür. Yapılan hukuki işlem, bu kararla birlikte geçersiz hâle gelmez. İşlem baştan itibaren geçersizdir. İşlemin geçersizliği, kararla birlikte tespit edilmiş olur.

Eşlerden birinin ayırt etme gücüne sahip olması, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılması için tek başına yeterli değildir. Eşin kısıtlanmış olması durumunda da evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olduğu söylenemez²⁰. Kısıtlanma, evlilik birliğini temsil yetkisini ortadan

¹³ Gençcan, *Evliliğin Genel Hükümleri*, s. 171; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 104.

¹⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 266; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 187; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 102.

¹⁵ Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 101.

¹⁶ Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 32, s. 296.

¹⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 261.

¹⁸ Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 24, s. 293; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 262; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 106.

¹⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 262; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 106.

²⁰ Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 23, s. 293; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 262; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 184.

kaldıracaktır. Ancak böyle bir durumda yine de kısıtlı eşin, herhangi bir yükümlülük altına girmeden evlilik birliğine yönelik karşılıksız kazandırmaları kabul edebileceği kabul edilir²¹.

Evlilik birliğini temsil yetkisi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, vazgeçilemez ve devredilemez niteliktedir. Bu nedenle hakkında kısıtlılık kararı olan bir eşin, yasal ya da iradi temsilci vasıtasıyla evlilik birliğini temsil yetkisini kullanması mümkün değildir²².

Bir eş hakkında kısıtlılık kararı verilmiş olması, kısıtlı olmayan diğer eşin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmasını etkilemez. Kısıtlılık kararı sonucunda yalnızca hakkında karar verilen eş, evlilik birliğini temsil yetkisini kaybetmiş olur²³. Hakkında kısıtlılık kararı olmayan ve temsil yetkisini kullanan eş, üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemler nedeniyle kısıtlı eşle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Bir başka anlatımla, hakkında kısıtlılık kararı verilmeyen eşin üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemler, kısıtlı olan eş için de hüküm ve sonuç doğuracaktır.

3. Temsil Yetkisinin Evlilik Birliğinin İhtiyaçları Kapsamında Kullanılması

Evlilik birliğinin temsilinde eşlerin yetkisi, evlilik birliğinin ihtiyaçları ile sınırlandırılmıştır²⁴. Eşler yalnızca evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaptıkları hukuki işlemlerde bu yetkiyi kullanabilirler.

Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesinde, evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamı iki grupta düzenlenmiştir. İlgili maddenin 1. fıkrasında ailenin sürekli ihtiyaçlarına ilişkin temsil yetkisi, 2. fıkrasında ise ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçlarına ilişkin temsil yetkisi düzenlenmiştir.

a) Ailenin Sürekli İhtiyaçları

Evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla eşlere, eşit bir şekilde tanınmıştır. Buna göre eşler ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üçüncü kişilerle hukuki işlemlerde bulunabilirler. Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesinin ilk fıkrasında kanun koyucu, herhangi bir işleme ya da karara gerek olmaksızın eşlerin, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak için evlilik birliğini temsil yetkisini kullanabileceklerini düzenlemiştir. Eşlerin, ailenin sürekli ihtiyaçlarını gidermek için yaptıkları hukuki işlemlerde diğer eşin rızasına gerek yoktur. Eşler kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkilerini tek başlarına kullanabilirler²⁵.

²¹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 262; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 184.

²² Hausheer, Reusser ve Geiser, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB, N. 21, s. 293; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 263; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 184.

²³ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 263; Havutçu, *Evliğin Temsili*, s. 105-106.

²⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 263; Gençcan, *Evliğin Genel Hükümleri*, s. 172; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 184; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 127; Havutçu, *Evliğin Temsili*, s. 104; Murat Samat, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 38.

²⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 185.

Madde gerekçesine bakıldığında da eşlerin eşit bir şekilde, ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından birbirlerinden bağımsız olarak tek başlarına temsil yetkisine sahip oldukları, bir eşin hukuki işlem yaparken diğer eşin rızasına ihtiyaç duymayacağı görülmektedir²⁶. Ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından eşler, birbirlerinden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilirler.

Evlilik birliğini temsil yetkisi kullanılırken hangi ihtiyaçların ailenin sürekli ihtiyacı kapsamında olacağı hangi ihtiyaçların ise ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olmayacağı hususu değerlendirilmelidir. Evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları her somut olayda ayrıca ele alınmalıdır. Hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmalıdır²⁷. Ailenin sürekli ihtiyaçlarının belirlenmesinde öncelikle ailenin, ekonomik düzeyine ve sosyal durumu ile ailenin içinde bulunduğu toplum yapısına bakılmalıdır²⁸.

Ailenin sürekli ihtiyaçları; evlilik birliğinin; olağan, sıklığı önem taşımayan, günlük, alışılmış ihtiyaçları olarak açıklanmaktadır²⁹. Ailenin sürekli ihtiyaçları, kavramsal olarak dar yorumlanmalıdır³⁰. Ailenin sürekli ihtiyaçlarını giderme noktasında eşler birbirinden bağımsız olarak yetkilerini kullanabilecekleri için, bu hususta kendi aralarında anlaşabilecekleri gibi bir görev dağılımı da belirleyebilirler.

Evlilik birliği, eşlerin hayat ortaklığıdır. Bu ortaklığın sürdürülebilir olması için birçok sürekli ihtiyaç, eşlerin karşısına çıkmaktadır. Bunların başında eşlerin günlük ihtiyaçları gelmektedir. Günlük ihtiyaçlar, eşlerin hemen her gün ihtiyaç duydukları ve bu ihtiyaçlarını karşılamak için yaptıkları hukuki işlemleri kapsar. Örneğin; gıda alımları, gündelik bahçe bakım işleri gibi ihtiyaçlar, günlük ihtiyaçlardandır³¹.

Ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında, evlilik birliğinin olağan ihtiyaçları da yer almaktadır. Ailenin devamlı kullandığı, kullanımı olağan hâle gelmiş ihtiyaçlarıdır. Örneğin; evin temizlenmesi, bir gazeteye veya dergiye abonelik, kıyafet alımı gibi işler ailenin olağan, sürekli ihtiyaçlarındandır³².

Ailenin sürekli ihtiyaçlarının belirlenmesinde, ihtiyacın ne sıklıkla meydana geldiği ya da eşlerin bu ihtiyacı karşılamak amacıyla ne sıklıkla hukuki işlemde buldukları önemli

²⁶ Abdülkadir Arpacı, “Gerekeçleri ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu”, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 255; Samat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, s. 38.

²⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 268.

²⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 128; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 64; Öztaş, “Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi”, s. 253; Damla Gürpınar, “Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergi*, C. 8 (Özel Sayı), s. 1305; Samat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, s. 38.

²⁹ Hausheer, Reusser ve Geiser, *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB*, N. 48, s. 304; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 269-270; Gençcan, *Evliliğin Genel Hükmeleri*, s. 172; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 185; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 128; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 71; Bayram, “Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması”, s. 195.

³⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 269; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 71; Öztaş, *Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi*, s. 255; Bayram, “Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması”, s. 196.

³¹ Gençcan, *Evliliğin Genel Hükmeleri*, s. 172.

³² Öztan, *Aile Hukuku*, s. 269; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 185; Gençcan, *Evliliğin Genel Hükmeleri*, s. 173.

değildir³³. Sürekli ihtiyaçların karşılanması amacıyla çok sık olarak hukuki işlem yapma ihtiyacı duyulmasına gerek yoktur. Eşlerin çok sık ihtiyaç duyulmasa da ailenin olağan, sürekli ihtiyaçları vardır. Örneğin; eşlerin tiyatro, sinema gibi kültürel aktivitelerde bulunması, sezonluk devre mülk kiralamaları, çocuğun özel okula kaydı, ailenin sürekli ihtiyaçlarındandır³⁴.

b) Ailenin Diğer İhtiyaçları

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan, ortak yaşamın gerektirdiği bütün ihtiyaçları diğer ihtiyaçlar kapsamındadır³⁵. Diğer ihtiyaçlar bakımından evlilik birliğinin temsili hususu, Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu burada ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından eşlerin temsil yetkisinden farklı bir durum düzenlemiştir. Ailenin sürekli olmayan, diğer ihtiyaçları bakımından eşlerin tek başına birliği temsil yetkisi bulunmamaktadır³⁶.

Ailenin sürekli olmayan, diğer ihtiyaçları için eşlerin tek başlarına üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmeleri için, bu hususta yetkili kılınmış olmaları ya da olağanüstü durumların gerçekleşmesi gerekir.

Ailenin diğer ihtiyaçlarına örnek verilecek olursa; aile konutu kiralanması, konutta ve eklentilerde büyük tadilat³⁷, müşterek çocuğun özel okula kaydının yapılması³⁸ sayılabilir³⁹. Bu gibi hâllerde herhangi bir yetkilendirme olmadıkça eşlerin üçüncü kişilerle tek başlarına hukuki işlem yapma yetkileri bulunmamaktadır.

Eşlerin, ailenin diğer ihtiyaçlarını karşılamak için hukuki işlemde bulunabilmeleri için bu konuda yetkilendirilmeleri gerekir. Bir eş, diğer eş tarafından ailenin sürekli olmayan ihtiyacına yönelik olarak yetkilendirilmişse yetkilendirilen eş, o konuda üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilir. Evlilik birliğinin diğer ihtiyaçlarının karşılanması noktasında bir eşin diğerine yetki vermekten kaçınması hâli her zaman haklı olmayabilir. Evlilik birliğinin ayakta tutulması ve sürdürülebilir olması için diğer ihtiyaçlar kapsamında hukuki işlem yapılması gerekebilir.

³³ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 269; Gençcan, *Evliliğin Genel Hükmüleri*, s. 173.

³⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 269; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 128; Gençcan, *Evliliğin Genel Hükmüleri*, s. 173.

³⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 272; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 185; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 78.

³⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 129; Vehbi Umut Erkan, "Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 138, s. 435.

³⁷ Yargıtay ilgili kararında; davacı, davalıya karşı villanın bahçe düzenlemesinin yapılması işinden kaynaklanan alacağına ilişkin olarak dava açmıştır. Yargıtay, Türk Medeni Kanunu 188. maddesi uyarınca, eşlerin her birinin ortak yaşamın gerektirdiği ailenin sürekli ihtiyaçları bakımından temsil yetkisinin bulunduğunu, ancak ailenin diğer ihtiyaçları bakımından eşlerin temsil yetkisini kullanabilmeleri için ise diğer eş veya hâkim tarafından yetkilendirme yapılmasını ya da olağanüstü bir durumun söz konusu olması gerektiğini ifade etmiş ve dava konusu bahçe düzenlemesinin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olmadığına karar vermiştir. (Yargıtay, 15. Hukuk Dairesi, E. 2016/2342, K. 2017/3987, T. 16/11/2017). (www.corpus.com.tr. Erişim Tarihi: 14/11/2022)

³⁸ Yargıtay ilgili kararında; ortak velayet altında bulunan müşterek çocuğun, davalının eşi tarafından özel öğretim kurumuna kaydının yapılması sonucu ödenmeyen eğitim ücretleri sebebiyle okul sahibi olan davacı, sözleşmede imzası bulunmayan eşe icra takibi başlatmıştır. Mahkeme davalı yönünden aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, eşlerden her birinin ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edebileceğini ancak müşterek çocuğun özel öğretim kurumundan eğitim hizmeti almasının ailenin sürekli ihtiyaçlarından olmadığına karar vermiştir. (Yargıtay, 13. Hukuk Dairesi, E. 2017/2580, K. 2020/1430, T. 06/02/2020). (www.corpus.com.tr. Erişim Tarihi: 18/11/2022)

³⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 272; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 128.

Böyle bir durumda haksız bir şekilde yetki verilmeyen eş mahkemeye başvurabilir ve haklı sebeplerin varlığı hâlinde yetkilendirilebilir⁴⁰.

II. BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA TEMSİL KAVRAMI

Türk Borçlar Hukuku bağlamında temsil kavramı, bir kimsenin başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere onun adına hukuki işlem yapma yetkisi olarak ifade edilmektedir⁴¹.

Türk Borçlar Hukuku'nda temsil, doğrudan doğruya temsil ve dolaylı temsil olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya temsilde temsilci, hukuki işlemleri temsil olunan adına ve hesabına hüküm ifade edecek şekilde, temsil olunan adına yaparken dolaylı temsilde ise temsilci hukuki işlemleri temsil olunanın hukuk alanında hüküm ifade edecek şekilde yapmakla birlikte bu işlemi kendi adına yapar⁴².

Temsil ilişkisinde kendisi hesabına hukuki işlem yapılan kişiye temsil olunan, başkası hesabına üçüncü kişilerce hukuki işlem yapan kişiye ise temsilci adı verilir⁴³.

Dolaylı temsilde temsilci üçüncü kişilerle hukuki işlemi kendi adına ancak temsil olunan hesabına yapar. Bu nedenle hukuki işlem ilk önce kendi hukuk alanında doğmaktadır. Hukuki işlem neticesinde hak ve borçlar temsilci adına hüküm ve sonuç ifade eder. Dolaylı temsilde iki aşamalı bir durum söz konusudur. Temsilcinin kendi adına doğan bu hak ve borçları ikinci bir işlemle temsil olunana devretmesi gerekir⁴⁴.

Doğrudan doğruya temsilde ise temsilci üçüncü kişilerle hukuki işlemi temsilci adına ve hesabına yapar. Bu nedenle hukuki işlem doğrudan, temsil olunanın hukuk alanında doğmaktadır. Hukuki işlem neticesinde hak ve borçlar doğrudan temsil olunan adına hüküm ifade eder. Dolayısıyla herhangi bir ikinci işleme gerek kalmamaktadır. Doğrudan doğruya temsilin bu özelliği nedeniyle, temsilcinin hukuki işlemi yaparken üçüncü kişilere bu işlemi temsil olunan adına ve hesabına yaptığını bildirmesi gerekir⁴⁵.

Türk Borçlar Hukuku kapsamında temsil yetkisi, yetkinin kaynağı açısından da kanuni temsil ve iradi temsil olarak ikiye ayrılır. Temsilcinin temsil yetkisi, temsil olunanın irade beyanından değil de doğrudan kanundan kaynaklanıyorsa bu temsile kanuni temsil adı verilir⁴⁶. Örnek verilecek olursa, Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinde düzenlenen velayet altındaki küçüğün veli tarafından temsili, yine Türk Medeni Kanunu'nun 403. maddesinde düzenlenen vesayet altındaki kişilerin vasi tarafından temsili sayılabilir.

⁴⁰ Gençcan, *Evliliğin Genel Hükümleri*, s. 179; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 129; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 189.

⁴¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 490; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 301; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 580; Cem Akbıyık, "Temsil Yetkisi ve Temel İlişki", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 55/S. 4 (1997), s. 2 18; Şule Albayrak Özdemir, "Türk Borçlar Hukukunda Temsil", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009, s. 6.

⁴² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 304.

⁴³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 493-494; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, s.580.

⁴⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 496; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 304.

⁴⁵ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 305.

⁴⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 497; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 303.

Temsilcinin temsil yetkisi kanundan kaynaklanmayıp, temsil olunanın iradesinden meydana gelmişse bu temsile de iradi temsil adı verilir⁴⁷. Bu durumda temsilci hukuki işlem yapma yetkisini temsil olunanın iradesinden alır. İradi temsilde temsilci, üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemleri temsil olunan hesabına yapmalıdır. Temsilci hukuken geçerli bir temsil yetkisine dayanmalı ve bu doğrultuda temsil yetkisi kapsamında hukuki işlemlerini yapmalıdır. Ancak bu durumda temsilcinin yapacağı hukuki işlem temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurur. Temsilcinin temsil yetkisinin hukuken geçerli bir irade beyanına dayanmaması ya da temsil olunan tarafından bu yetkinin kaldırılması veya sınırlandırılması durumunda ise yetkisiz temsil söz konusu olacaktır⁴⁸.

Yetkisiz temsilde, temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlem yalnızca kendi hukuk alanında hüküm ifade eder. Temsil olunan bu işlemde haberdar olur ve işlemi onarsa ancak o zaman temsil olunan açısından da hüküm ve sonuç ifade eder. Temsil olunanın hukuki işlemi, sözleşmeyi onayana kadarki süreçte o işlem askıda hükümsüzdür⁴⁹. Bu süre boyunca temsil olunan açısından hüküm ve sonuç doğurmaz.

Yetkisiz temsilci tarafından üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlem temsil olunan tarafından onanmazsa bu durumda iyi niyetli üçüncü kişi, meydana gelen menfi zararını Türk Borçlar Kanunu 47. maddesi gereğince yetkisiz temsilciden isteyebilir.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA TEMSİL YETKİSİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN HÜKÜMLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLDE UYGULAMA ALANI

A. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN BORÇLAR HUKUKU BAĞLAMINDA TEMSİL TÜRLERİNDEN BİRİ OLMAMASI

Öğretide hâkim görüşe göre kanunda evlilik birliğinin temsili kavramının teknik anlamda kullanılmadığı açıklanmıştır. Buradaki kullanım Türk Borçlar Hukuku'ndaki temsil kavramından farklıdır. Çünkü evlilik birliğini temsil yetkisinin Türk Borçlar Hukuku kapsamında temsil türlerinden biri olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir⁵⁰.

1. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Doğrudan Doğruya Temsil ile Karşılaştırılması

Evlilik birliğinin temsil yetkisi, doğrudan doğruya temsil olarak nitelendirilemez. Daha önce de ifade edildiği üzere, doğrudan doğruya temsil yetkisinde temsilci, üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemleri bizzat temsil olunan adına ve hesabına yapmaktadır. Bu nedenle de o

⁴⁷ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, s. 581; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 497; Akbıyık, "Temsil Yetkisi ve Temel İlişki", s. 218.

⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 522; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 329; Halit Ergün, "Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/S. 1 (2016), s. 273.

⁴⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 523; Ergün, "Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 282.

⁵⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 257-258; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 127; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 24 vd.; Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", s. 10-11.

hukuki işlem nedeniyle doğan hak ve borçlar doğrudan temsil olunanın hukuk alanında doğmaktadır⁵¹. Bu yönüyle doğrudan doğruya temsilde temsilci, işlemin tarafı olmadığından o işlem, kendi hukuk alanında hüküm ve sonuç ifade etmeyecektir⁵².

Evlilik birliğini temsil yetkisinde ise eşin evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemler hem kendi hukuk alanlarında hem de diğer eşin hukuk alanında hüküm ve sonuç ifade edecektir. Bir başka anlatımla bu işlem neticesinde hem işlemi yapan eş hem de diğer eş sorumlu olacaktır. Evlilik birliğini temsil yetkisinde bir eş, diğer eş de sorumluluk altına sokacak şekilde hukuki işlem yapmaktadır.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin doğrudan doğruya temsilden bir diğer farkı ise hukuki işlem esnasında üçüncü kişiye temsil ilişkisinin bildirilip bildirilmeyeceği hususudur. Doğrudan doğruya temsilde temsilci, hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yaptığını üçüncü kişilere bildirmek zorundadır. Ancak evlilik birliğini temsil yetkisinde eş, üçüncü kişilerle hukuki işlem yaparken bu işlemi evlilik birliğini temsilen yaptığını bildirmek zorunda değildir⁵³. İşlemin tarafı olan eş bir bildirimde bulunmasa da işlem geçerli olacaktır. Burada önemli olan husus o işlemin, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için yapıp yapılmadığıdır. Yapılan hukuki işlemin evlilik birliğinin ihtiyaçları dahilinde yapılmış olması ve evlilik birliğinin ihtiyaçlarında sınırın aşılması yeterlidir⁵⁴.

2. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Dolaylı Temsil ile Karşılaştırılması

Evlilik birliğini temsil yetkisi dolaylı temsil olarak da nitelendirilemez. Dolaylı temsilde iki aşamalı bir temsil ilişkisinden söz edilir. İlk olarak temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlem temsilcinin hukuk alanında doğar. Daha sonra temsilci, üzerinde doğan bu hak ve yükümlülükleri bir devir iradesi kapsamında ikinci bir işlemle temsil olunana devreder. Dolayısıyla o hukuki işlem nedeniyle temsil olunan doğrudan doğruya hak ve borç sahibi olmaz. Ancak evlilik birliğini temsilde bu şekilde iki aşamalı bir durum söz konusu değildir. Hukuki işlemin tarafı olan eşin, üçüncü kişiyle yapacağı işlem hem kendisinin hem de diğer eşin hukuk alanında hüküm ve sonuç ifade eder.

Dolaylı temsilde temsilci, üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemi temsil olunan hesabına yapmalıdır. Eğer temsilcinin böyle bir iradesi yoksa dolaylı temsilden söz edilemez⁵⁵. Evlilik birliğini temsilde ise hukuki işlemin tarafı olan eş, o hukuki işlemi evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için birlik adına yapar.

3. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kanuni Temsil ile Karşılaştırılması

Temsil yetkisinin temsil olunanın irade beyanına dayanmadığı, yetkinin kaynağının Kanun olduğu durumlarda temsilin, kanuni temsil olduğu daha önce ifade edilmişti. Evlilik birliğinin temsili Türk Medeni Kanunu'nun 188-191. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanuni

⁵¹ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, s. 590.

⁵² Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 305.

⁵³ Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", s. 14.

⁵⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 260; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 127; Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", s. 25.

⁵⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 496.

düzenleme nedeniyle evlilik birliğinin temsili, kaynağını bizzat kanundan aldığı için kanuni temsil olarak nitelendirilmektedir⁵⁶. Ancak burada Türk Borçlar Hukuku bağlamında bir temsilden söz edilemeyeceğinden evlilik birliğini temsilin kendine özgü yapısı unutulmamalıdır.

4. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin İradî Temsil ile Karşılaştırılması

Evlilik birliğinin temsili, Türk Borçlar Hukuku bağlamında iradi temsil olarak nitelendirilemez. Türk Borçlar Hukuku'ndaki iradi temsilde temsilcinin, temsil yetkisinin kaynağı temsil olunanın irade beyanıdır. Temsil olunanın irade beyanına dayanmayan bir temsil ilişkisinde iradi temsilden söz edilemez.

Evlilik birliğinin olağan temsilinde, eşlerin birbirlerine irade beyanıyla temsil yetkisi vermesi söz konusu değildir. Bu yetki doğrudan kanundan doğar. Ayrıca bir irade beyanına gerek yoktur. Kaldı ki daha önce de ifade edildiği üzere eşler, evlilik birliğinin temsilinde birbirlerini değil, evlilik birliğini temsil ederler. Birliğin olağanüstü temsilinde ise eşlerin, irade beyanıyla birbirlerini yetkilendirmesi gerekir.

İradî temsilde temsilcinin üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemde temsilcinin yetkisini belirleyen ve sınırlandıran husus temsil olunanın irade beyanının içeriği ve kapsamıdır. Temsil olunan, temsilciye vereceği yetkinin kapsamını ve içeriğini belirlemede özgürdür⁵⁷. Kanunda açıkça temsilin yasaklandığı hâller dışında temsil yetkisi, temsil olunanın özgür iradesiyle belirlenir. Örneğin; temsil olunan, temsilciye vasiyetname yapması için yetki veremez. Ölümüne bağlı tasarrufların temsil ile yapılması yasaktır⁵⁸. Bu gibi hâllerin dışında temsil olunan, yetkinin kapsamını belirlemede özgürdür.

Evlilik birliğinin olağan temsilinde ise işlemin tarafı olan eşin yetkisinin sınırları ve kapsamı diğer eşin irade beyanına bağlı değildir. Burada önemli olan daha önce de ifade edildiği üzere yapılan hukuki işlemin evlilik birliğinin ihtiyaçları kapsamında olup olmadığı hususudur. Bu yönüyle de evlilik birliğinin temsili yetkisi, borçlar hukuku bağlamında iradi temsil yetkisinden ayrılmaktadır. Birliğin olağanüstü temsilinde ise eşler, yetkisinin sınırlarını ve kapsamı belirleyebilirler.

5. Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Yetkisiz Temsil ile Karşılaştırılması

Yetkisiz temsil durumunda temsilcinin üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemin, yetkinin aşıldığı kısım bakımından askıda geçersiz olduğu ifade edilmişti. Evlilik birliğinin temsilinde ise yetkinin kapsamı ve sınırı, evlilik birliğinin ihtiyaçlarıdır. Buna göre bir eşin evlilik birliğinin ihtiyaçlarını aşacak nitelikte hukuki işlem yapması durumunda, aşılan bu kısım askıda geçersiz olmaz. Evlilik birliğinin ihtiyaçlarını aşan kısım yönünden yalnızca o işlemi yapan eş sorumlu olacaktır. Bu kısım açısından eşlerin müteselsil sorumluluğundan söz edilemez⁵⁹. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 189. maddesinde bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre

⁵⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 127; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 172; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, s. 305.

⁵⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, s. 314.

⁵⁸ Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 57; Antalya, *Miras Hukuku Cilt: 3*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 155.

⁵⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 260; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 186.

birliği temsil yetkisinin, üçüncü kişilerce anlaşılamayacak ölçüde aşılması durumunda eşlerin müteselsil sorumluluğu esastır⁶⁰.

B. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİLİN KENDİNE ÖZGÜ NİTELİĞİ

Evlilik birliğinin temsili kendine özgü bir kurumdur. Türk hukukuna göre eşlerin geçerli bir evlilik töreni yapmalarıyla birlikte evlilik birliği kendiliğinden kurulur. Kurulan bu evlilik birliği, evlenmeden itibaren eşlerin evliliğinin son bulmasına kadar devam edecek olan ortak yaşamlarını ifade eden bir kurumdur⁶¹.

Daha önce de ifade edildiği üzere evlilik birliği tüzel kişiliğe sahip değildir. Evlilik birliğinin eşlerin hukuki varlığından ayrıca bir varlığı bulunmamaktadır. Bu nedenle de evlilik birliğinin bir yasal temsilci tarafından temsil edilmesi mümkün değildir⁶². Kanun koyucu, evlilik birliğinin kendine özgü yapısı sebebiyle son derece önem vermiştir. Bu kapsamda evlilik birliği Kanun'da ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Evlilik birliği, aile yapısının korunmasını amaçlayan birlik olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

Evlilik birliği eşlerin birlikte, ortak yaşama iradelerini barındıran, süreklilik arz eden bir kurum olduğundan eşler, bu birliği en iyi şekilde yürütmeli ve yönetmelidir. Kanun koyucu da bu hususta evlilik birliğinin çıkarını gözetmiş ve birliği ayakta tutmak amacıyla eşlere birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Bu nedenle de evlilik birliği, eşlerin hukuki varlığından bağımsız ve ayrıca düzenlenmiştir⁶⁴.

Evlilik birliğinin tüzel kişiliğe sahip olmamasının uygulamada çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Evlilik birliği, bir ticari şirketten farklı olarak ayrı bir mal varlığı değerine sahip değildir. Bu husus, evlilik birliğinin hukuki niteliğinin ve kendine özgü yapısının anlaşılması noktasında oldukça önemlidir.

Evlilik birliği hukuki bir birlik olmasının yanı sıra toplumsal rolü ve eşlerin birlik adına hukuki işlem yapma gereksinimi nedeniyle aynı zamanda bir ekonomik birliktir⁶⁵. Evlilik birliğinin ihtiyaçlarının giderilmesi noktasında da karşımıza evlilik birliğinin temsili kurumu çıkmaktadır. Evlilik birliğinin kendine özgü yapısı, evlilik birliğinin temsili kurumunun da borçlar hukuku bağlamında temsilden ayrışmasına ve kendine özgü bir niteliğe sahip olmasına sebebiyet vermiştir.

C. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN TEMSİL İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ AÇISINDAN UYGULAMA ALANI

Bir hukuki işlemin evlilik birliğinin temsili kapsamında değerlendirilebilmesi için o işlemin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, Türk Medeni Kanunu'ndaki evlilik birliğinin temsili ile ilgili hükümlerin uygulanabilmesi için,

⁶⁰ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, s. 130.

⁶¹ Dural, Ögüz ve Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, s. 164.

⁶² Gençcan, *Aile Mahkemesi Davaları*, s. 631.

⁶³ Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 27; Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 15; Samat, "Evlilik Birliğinin Korunması", s. 35.

⁶⁴ Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 15.

⁶⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 191; Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 15.

yapılan hukuki işlemin ailenin ihtiyaçlarına yönelik olması gerekir. Bu nedenle ailenin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olmayan hukuki işlemler, evlilik birliğinin temsili kapsamında değerlendirilemez⁶⁶.

Bir eşin ailenin ihtiyaçları kapsamında olmayan hukuki işlemlerden diğer eş sorumlu tutulamaz. Ancak ailenin ihtiyaçları kapsamında olmasa da bir eşin hukuki işlem yapması için diğer eşe yetki verebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda kullanılan yetki, evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında olmadığından Türk Borçlar Kanunu'ndaki temsil hükümleri uygulama alanı bulur⁶⁷.

Bir eşin kendi kişisel hukuk alanı için diğer eş yetkilendirmesi durumunda borçlar hukuku bağlamında doğrudan doğruya temsil söz konusudur. Hukuki işlemi yapan eş, doğrudan ve yalnızca diğer eşin hukuk alanında sonuç doğuracak şekilde o işlemi yapmaktadır⁶⁸. Böyle bir durumda evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesinin 2. fıkrasında, ailenin diğer ihtiyaçları bakımından temsili düzenlenmiştir. Buna göre evlilik birliğinin diğer ihtiyaçları kapsamında bir eşin tek başına hukuki işlem yapabilmesi için diğer eşin yetkilendirmesi mümkündür. Bu yetkilendirme, hukuki işlemi yapacak olan eşin iradi olarak yetkilendirilmesidir⁶⁹. Böyle bir iradi temsil durumunda, bu iradi temsilin geçerli olup olmadığı değerlendirilirken Türk Borçlar Kanunu'ndaki temsile ilişkin genel hükümler de göz önünde tutulur.

SONUÇ

Evlilik birliğinin temsili, Türk Medeni Kanunu'nun 188-191. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Evlilik birliğini temsil yetkisi, eşlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmelerini düzenleyen bir kurumdur.

Evlilik birliği temsil yetkisinin varlığından söz edebilmek için; geçerli bir evlilik birliğinin varlığı, eşlerin fiil ehliyetinin varlığı ve yapılan hukuki işlemin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapılması gerekir. Eşler ancak evlilik birliğinin ihtiyaçları kapsamında bu yetkiyi kullanabilir.

Ailenin ihtiyaçları kavramına baktığımızda iki ana gruba ayrıldığı görülür. Bunlardan ilki, ailenin sürekli ihtiyaçlarıdır. Ailenin sürekli ihtiyaçları, evlilik birliğinin olağan, günlük, alışılmış ihtiyaçlarını ifade eder. Eşler, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak için herhangi bir rızaya ya da karara gerek olmaksızın hukuki işlem yapabilirler. Ailenin ihtiyaçları kavramı içerisinde yer alan ikinci grup ise ailenin diğer ihtiyaçlarıdır. Ailenin diğer ihtiyaçları, sürekli ihtiyaçlar dışında kalan, ailenin sürekli kullanıma ihtiyaç duymadığı, alışılmışın dışındaki ihtiyaçlarıdır. Ailenin diğer ihtiyaçları bakımından eşler tek başlarına birliği temsil yetkisini kullanamazlar.

⁶⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 260; Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu", s. 11.

⁶⁷ Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 29.

⁶⁸ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 260; Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 29.

⁶⁹ Havutçu, *Evlilik Birliğinin Temsili*, s. 29.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamının belirlenmesinde, değişen ve gelişen toplum yapısı ve çeşitlenen hukuki işlemler nedeniyle farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kullanılır. Bu noktada, hangi hukuki işlemlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapıldığı, hangi işlemlerin ise ailenin ihtiyaçları kapsamında olmadığı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Bir hukuki işlemin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak için yapıp yapılmadığı hususu her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, ailenin sosyal statüsü, ekonomik yapısı ve içinde bulunduğu toplum özellikleri önem taşımaktadır. Bir ihtiyacın, ailenin sürekli ihtiyacı kapsamında olup olmadığı net bir şekilde objektif olarak belirlenemez. Bu durum uygulamada, ailenin ihtiyaçları için yapılan hukuki işlemler bakımından farklı yorumlamalar yapılmasına sebebiyet vermektedir. Doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için uygulayıcıların, evlilik birliğinin yapısını çok iyi araştırması ve somut olayın özelliklerini titizlikle belirlemesi gerekmektedir. Yine bu noktada farklı uygulamaların önüne geçmek amacıyla Yargıtay kararlarıyla yeknesak bir uygulama yapılması sağlanabilir.

Evlilik birliğinin temsili, yapısı itibarıyla Türk Borçlar Hukuku'ndaki temsil kurumundan birçok yönüyle farklıdır. Çalışma kapsamında bu farklılıklara detaylı şekilde yer verilmiştir. Burada bir diğer önemli husus da hangi hâllerde Türk Borçlar Kanunu'ndaki temsile ilişkin genel hükümlerin, evlilik birliğini temsile uygulanabileceğidir. Eşlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacı dışında yaptıkları hukuki işlemlerde evlilik birliğini temsil yetkisinden söz edilemez. Bu noktada Türk Borçlar Hukuku kapsamında temsile ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamı ve ailenin ihtiyaçlarının sınırları her somut olayda özel olarak belirlenmelidir. Bu belirleme, o somut olayda hangi hükümlerin uygulanacağı bakımından önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbıyık, Cem. "Temsil Yetkisi ve Temel İlişki". *İstanbul Hukuk Mecmuası*. C. 55/S. 4. (1997): (s. 217-232).
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Albayrak Özdemir, Şule. "Türk Borçlar Hukukunda Temsil". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2009.
- Antalya, Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Antalya, Gökhan. *Miras Hukuku Cilt: 3*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arpacı, Abdülkadir. "*Gereksizleri ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu*". İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Ayan, Serkan. *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- Bayram, Aziz Erman. "Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. S. 2022/1.
- Demir, Mehmet. *Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile konutu ile İlgili İşlemler (Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Ergün, Halit. "Türk Borçlar Hukukunda Yetkisiz Temsil Halleri ve Sonuçları". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11/S. 1, (2016): (s. 271-289).
- Erkan, Vehbi Umut. "Türk Medeni Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 138, (2018): (s. 431-450).
- Gençcan, Ömer Uğur. *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu 2. Cilt (Madde 185-44)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Aile Mahkemesi Davaları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Evliliğin Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Gürpınar, Damla. "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu". *Yaşar Üniversitesi E-Dergi*, C. 8, (2013): (s. 1293-1340).
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- Hausheer, Heinz, Ruth Reusser ve Thomas Geiser. *Berner Kommentar, Das Familienrecht, Band II, 1. Abteilung Das Eherecht, 2. Teilband Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB*. Bern: 1999.
- Havutçu, Ayşe. *Evlilik Birliğinin Temsili*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Özcan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztaş, İlker. "Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 16/ S. 1-2, (2010): (s. 247-284).
- Samat, Murat. "Evlilik Birliğinin Korunması". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Yalman, Süleyman. "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12/S. 3-4 (2004).

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

TÜRK MEDENİ HUKUKUNDAKİ ZİYETLİĞİN KORUNMASI YOLLARININ OSMANLI HUKUKUNA MUKAYESESİ*

COMPARISON OF THE WAYS OF PROTECTION OF PROPERTY IN TURKISH CIVIL LAW WITH OTTOMAN LAW

Mesut Altay*

ÖZ

Osmanlı Hukukundaki zilyetliğin korunması yolları ile Türk Medeni Hukukundaki zilyetliğin korunması yollarının karşılaştırılması, benzer ve farklı yönleri çalışmada ele alınmıştır. Bu çalışma neticesinde ecdadımızın hangi kaidelere göre malları üzerindeki zilyetliklerini korudukları, zilyetliğe bakış açılarında zamanla nasıl değişikliklerin olduğu ve ileride nasıl değişiklikler olabileceği hususunda okurlarda bir ufuk açması hedeflenmektedir. Aynı zamanda Mecelle Ahkam-ı Adliyye ile Türk Medeni Kanunu arasında küçük yorum ve bakış açısı farklılıkları haricince zilyetliğin korunması yolları bakımından benzer yönlerinin ne kadar fazla olduğu hususlarının açıklanması amaçlanmaktadır. Çalışmada zilyetliğin meşru müdafaa yoluyla, dava yoluyla ve idari yoldan korunmasına ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Küçük farklılıklar olsa da genel itibariyle zilyetliğin korunmasına ilişkin kaidelerin devam ettiği, Türk Medeni Hukukunda Osmanlı Hukukunun izlerinin rahatlıkla görüldüğü anlaşılabacaktır. Kişinin malı üzerindeki zilyetliğini koruma içgüdüsünün insanın varlığı ile birlikte ortaya çıktığı, bu içgüdü nedeniyle kişilerin malları üzerindeki hâkimiyetlerini devam ettirmek istemesinden dolayı zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerin düzenlendiği sonucu çıkarılabilir. Osmanlı Devleti döneminde uygulanan şeri ve örfi hukuk kurallarına ilişkin kaynaklardan ve Türk Medeni Hukukuna ilişkin kitaplardan fazlasıyla istifade edilerek naçizane çalışma yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: Osmanlı Medeni Hukuku, Türk Medeni Hukuku, Zilyetliğin Korunması, İslam hukuku, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye

* Bu makale "Zilyetliğin Korunması Yolları" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

* Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

☎ 0000-0003-4554-1487 ✉ mesut18altay18@gmail.com



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

ABSTRACT

In this study, the ways of protecting possession in Ottoman law and the ways of protecting possession in Turkish civil law are compared and their similarities and differences are addressed. The result of this study is to open a horizon for the readers about the rules by which our ancestors protected their possession on their goods, how their perspective on possession changed over time and how there might be changes in the future. At the same time, it is targeted to explain how much are the similarities between the Mecelle Ahkam-ı Adliyye and the Turkish Civil Code in terms of ways of protecting possession, apart from minor differences in interpretation and perspective. In the study, evaluations are made regarding the protection of property through self-defense, legal ways and administrative ways. It will be easy to understand, even if there are minor differences, that the rules of protection of possession in general have remained and the traces of Ottoman law can be seen in our Turkish civil law. It can be concluded that the instinct to protect one's possession on his goods has arisen with the existence of man, and due to this instinct, rules for the protection of property have been enacted because man wants to maintain his dominion over his property. A humble study has been made by making use of the sources related to the rules of shari and customary law applied during the Ottoman Empire and the books on Turkish Civil Law.

Keywords: Ottoman Civil Law, Turkish Civil Law, Property Protection, Islamic Law, Majalla al-Ahkām al-Adliyyah,

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı toplum açısından çok büyük öneme sahiptir. Mülkiyet hakkı Anayasanın 35. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de korunma altına alınmıştır. Zilyetlik kavramı da mülkiyet hakkı ile farklı kavramlar olsa da birbirleri ile ilişkili kavramlardır.¹ Zilyetlik mülkiyet hakkına karine teşkil edebilmektedir. Bu haliyle zilyetliğin korunması dolaylı olarak zilyetliğin karine teşkil ettiği mülkiyet hakkına saldırı ve tecavüzlerin de dolaylı olarak korunmasını ifade ettiği söylenebilir. Kişinin zilyetliğindeki malın korunması aynı zamanda toplumsal güven ve huzurunun oluşmasına da katkı sağlayacaktır. Aksi halde zilyetlikleri tecavüz veya saldırıya uğrayan kişinin zilyetliklerinin korunmaması durumunda kişilerin ihkâk-ı hak yapmak suretiyle kendi haklarını ve zilyetliklerini koruma durumunun söz konusu olabileceği açıktır.

Çalışmada zilyetliğin korunması yollarının Osmanlı Hukuku ve Türk Hukuk sistemindeki karşılaştırılması yapılarak geçmişten bugüne zilyetliğin korunmasına ilişkin yöntemlerdeki değişiklikler, bakış açısı farklılıkları ele alınmıştır. Geçmiş ve mevcut zilyetliğin korunması yollarının tespit edilmesi neticesinde gelecekteki zilyetliğin korunması yollarına ışık olabilmesi niyetiyle çalışma yapılmıştır. Çalışmada öncelikle genel itibarıyla zilyetlik ve zilyetliğin türlerinden bahsedilecek olup sonrasında Osmanlı Hukuk sistemindeki ve Türk Hukuk sistemindeki zilyetliğin korunması yolları önce Türk Hukuk sistemi sonrasında Osmanlı Hukuk sistemi olmak üzere ele alınacaktır.

I. ZİLYETLİK KAVRAMI VE ZİLYETLİK ÇEŞİTLERİ

Zilyetliğin korunması yollarını belirtmeden önce zilyetlik kavramı ve zilyetliğin çeşitleri bu başlık altında ele alınacaktır. Bu başlıklar altında ele alınacak hususlar çalışmanın diğer kısımlarının net olarak anlaşılabilmesine katkı sunacaktır. Bu başlık altında öncelikle zilyetlik kavramı ve devamında zilyetliğin çeşitleri izah edilecektir.

A. ZİLYETLİK KAVRAMI

Türk Hukukunda zilyetlik kavramının tanımını kanunda mevcut değildir. Ancak Türk Medeni Kanunu 973. maddesindeki ifadede zilyetliğin tanımına ilişkin değerlendirmede bulunulabilir. Zilyetlik TMK'nin 973. maddesindeki ifadede çıkarımla “*bir şey üzerinde fiili hakimiyet olarak*” tanımlanabilir.² Zilyetlik Türk Hukuk Lügatında “*Maddi bir şey üzerinde bir şahsın haiz bulunduğu fiili hakimiyet ve kudreti ifade eyliyen vaziyettir.*” şeklinde ifade

¹ Zilyetlik ve mülkiyet kavramlarının anlamları Roma Hukukunda yer yer keşişse de her ikisi de farklı kavramlar olup, zilyetlik o şey üzerinde fiili hakimiyeti, mülkiyet ise hukuki hakimiyeti ifade etmektedir. (Ecenur, Barutçu, “Roma Hukukunda Zilyetliğin Korunmasına Yönelik Hukuki Çare: Interdictum”, Yaşar Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2021, s.200.), (https://www.academia.edu/78946501/Roma_Hukukunda_Zilyetli%C4%9Fin_Korunmasına_Yonelik_Hukuki_Care_Interdictum Erişim Tarihi: 31/10/2022)), Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.93.

² M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, s. 43, *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul, Milliyet Gazetecilik A.Ş., 1986. s. 12753, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2015/15023 Esas, 2018/1955 Karar, 12/02/2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanksiIstemciWeb/> : Erişim Tarihi: 31/10/2022).

edilmiştir. Zilyetlik haklı veya haksız zilyetlik olunmasına bakılmaksızın kişiye mal üzerinde fiili bir hakimiyet kuvvet ve tesir etme imkânı tanımaktadır.³ Mülkiyet ile zilyetlik ilişkisi bakımından Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'ne de değinmek gerekirse mülkiyet hakkı bildirgenin 17. maddesinde düzenlenmiş ancak mülkiyete ilişkin herhangi bir tanımlama yapılmamıştır. Mülkiyet kavramı "possession" kavramı ile ifade edilmiştir.⁴

Zilyetlik konusuna İslam Hukukunda en fazla değinen ve farklı bakış açısı ile değerlendirme yapanlar Maliki ve Hanefi Mezhebi müçtehitleri olmuştur. Zilyetlik konusu Mecelle-i Ahkam-ı Adliye içerisinde Kitabı'l Beyyinat ve't Tahlif bölümünde ele alınmıştır.⁵ İslam Hukukunda zilyetlik İslam'ın ilk dönemlerinden beri klasik kaynaklarında incelenmiştir. Ancak bu incelemeler konuyu sistemleştirme yönünde değil ortaya çıkan sorunlara çözümler üretme şeklinde olmuştur.⁶ Zilyetliğin tanımına ilişkin klasik fıkıh kitaplarında tanım bulunamamasının nedeni, sorun odaklı çalışmalar yapılması, fakihlerin sorunların çözümüne yönelmesi ve İslam Hukukunun kazuistik bir hukuk sistemi olmasından dolayıdır.⁷

Osmanlı Hukukunda Maliki mezhebine mensup büyük imamlardan bir tanesinin tanımına göre zilyetlik "*Kendi hesabına, kendisi için elinde tutmak. Herhangi bir cismi herhangi bir hayvanı, herhangi bir evi elinde tutmak, onun tasarruf imkânına sahip olmaktır.*" şeklinde tanımlanmıştır.⁸ İslam hukuku her ne kadar kazuistik bir yöntem ile ele alınmış olsa da Tanzimat Dönemi ile birlikte yeniden kanunlaştırma dönemine girilmiştir. Bu kanunlaştırma sürecinin Osmanlı Devleti hukuk sisteminde büyük bir önemi vardır. Bu dönemle birlikte artık soyut hükümler de ortaya çıkarılmaya başlanmıştır.⁹ Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 1679. maddesinde zilyedin tanımı yapılmıştır. Zilyed "*Bir ayne bilfiil vaz-ı yed eden yahut tasarruf-ı müllak ile tasarrufu sabit olan kimsedir.*" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰ Zilyetlik için malı elinde

³ Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, *Türk Hukuk Lügati*, Ankara, Başbakanlık Basımevi 1991, s. 340, 371, (<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf> : Erişim Tarihi: 30/10/2022), Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001, s.186.

⁴ Betül, Özlük, "*Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler*", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1, 2019, s. 147, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/680637> Erişim Tarihi: 31/10/2022), Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 9.

⁵ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990, s.373.

⁶ Şevket Topal, "*İslam Hukukunda Zilyedlik*", Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2000, s. 11.

⁷ Topal, "*İslam Hukukunda Zilyedlik*", s. 14, Recep Özdemir, *Mecelle'de Eşya Hukuku*, Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 13, Sayı 26, 2020, s. 138, Yakup Mahmutoğlu, "*İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s. 141-142.

⁸ Choueri Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, çev., Halil Cin, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1966, s. 801.

⁹ Mahmutoğlu, "*İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*", s.133-134, Mehmet Akif Aydın, "*Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri*", Osmanlı Araştırmaları, Cilt 24, Sayı 24, 2004, s. 40, Seda Örsten Esirgen, "*Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri*", Adalet Dergisi, Cilt 0, Sayı 62-63, 2019, s. 437, Ahmet Kılınç, "*The Influence Of The Ottoman State On Islamic Law*". Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Sayı 2, 2022, s.565, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2319546> Erişim Tarihi: 23/11/2022).

¹⁰ Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*, s. 373, Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklık, Ankara, 1954 s. 92, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 194.

bulundurmak veya malik gibi tasarrufta bulunmak gerekmektedir. Ancak el koyma elinde bulundurma ancak menkul mallarda olabilecek bir durumdur.¹¹

Türk Hukuku ve Osmanlı Hukukunun zilyetliğin genel kaidelerinde klasik teoriyi tercih ettiği o nedenle de zilyetliğin unsurları olarak eşya üzerinde fiili hâkimiyet ve zilyet olma iradesinin olması gerektiği ifade edilmiştir.¹² Türk Medeni Kanununa göre kabul edilen zilyetliğin unsurlarına ilişkin anlayış ile Osmanlı Hukuk sistemindeki zilyetliğin unsurlarına ilişkin anlayış birbirleri ile örtüşmektedir.¹³ Osmanlı Hukukunda da zilyetliğin maddi unsur olarak eşyanın fiili hakimiyeti altında bulundurulması ve manevi unsur olarak zilyet olma iradesi vardır.¹⁴ Hanefi Mezhebine göre zilyetlikte zilyetlik iradesi unsur olarak kabul edilmiştir.¹⁵

Malik gibi tasarruf etme kullanma, faydalanma ve tüketme tasarruflarını ifade etmektedir. Bu tasarruflar hem menkul hem de gayrimenkuller için söz konusu olabilmektedir.¹⁶ İslam Hukukundaki zilyetlik ifadesinden anlaşılması gereken dava esnasındaki fiili zilyetlik olmayıp kişinin öncesinde ve sonrasında olan haklı zilyetliğidir.¹⁷

B. ZİLYETLİĞİN ÇEŞİTLERİ

Zilyetliğin çeşitliliği hususunda Türk Hukuku ile Osmanlı Hukuku genel itibarıyla benzerlik arz etmektedir. Öncelikle her ne kadar sınıflandırma hususunda farklı görüşler olsa da Türk Hukukundaki genel kabul görmüş tüm sınıflandırmalar ifade edilmeye çalışılmaktadır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 974. maddesinde asli ve ferî zilyetlik düzenlenmiştir.¹⁸ Eşya üzerinde malik sıfatıyla zilyet olan kişi asli zilyet olarak ifade edilmektedir.¹⁹ Asli zilyedin aynı hakkından dolayı başka bir zilyede tanımış olduğu zilyetlik ferî zilyetlik olarak ifade edilebilir.²⁰ Kişi eşya üzerinde başka bir kişinin aracı olmasına gerek kalmaksızın hâkimiyete sahip ise

¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 194-208.

¹² Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 801-802, Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 46,50, Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.77, Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019, s. 20, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.94-99, Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2012, s. 28-29, Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s.68-70.

¹³ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyetlik*”, s. 32.

¹⁴ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyetlik*”, s. 34-35, Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 92-93.

¹⁵ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyetlik*”, s. 37.

¹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 194.

¹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 194.

¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 58. Sirmen A. Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.51, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.34.

¹⁹ Burhan Sınmaz ve İzzet Karataş, *Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınevi,1989, s. 31, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 82, Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, s.26, *Türk Hukuk Lügatı*, s. 371, Şevket Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Araştırmaları Merkezi, 2013, s. 418, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyetlik> Erişim: 24.09.2022), Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.51, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 26, Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018. s. 150, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.34, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.83, *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, s.1253.

²⁰ Sınmaz; Karataş, *Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları*, s. 31, Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s.58, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.82, Türk Hukuk Lügatı, s. 371, Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 418, A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 51, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 26, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.51, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.118 Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 150.

dolaysız zilyetlik söz konusudur. Kişi eşya üzerinde başka bir kişi aracılığı ile hâkimiyete sahip ise zilyetliği dolaylı zilyetliktir.²¹ Kişinin hakka dayanmayan haksız zilyetlik durumunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması durumu kötüniyetli zilyet olarak, hakka dayanmayan zilyetlik durumunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan zilyet iyiniyetli zilyet olarak ifade edilebilir.²² Kişinin sahip olduğu zilyetliğinin temelinde bir hak olup olmadığına göre hakka dayalı zilyetlik ve hakka dayalı olmayan zilyetlik ayrımı yapmak mümkündür. Temelinde olan hak mülkiyet, kira, ariyet vb. haklar olabilmektedir. Hırsızın zilyetliği de hakka dayalı olmayan zilyetlik olarak ifade edilebilir. Zilyetliğin hakka dayalı olup olmaması Osmanlı Hukukunda zilyetliğin korunması hususunda önem arz etmektedir.²³ Dolaysız zilyedin zilyetliğini tek başına kullanıp kullanmadığına göre tek başına zilyetlik ve birlikte zilyetlik ayrımı yapılması mümkündür. Dolaysız zilyet sayısı bir tane ise tek başına zilyetlik olarak ifade edilir.²⁴ Kişi eşya üzerindeki hakimiyeti kendisi için değil de bu eşyayı kendisine veren kişi adına eşya üzerinde fiili hakimiyette bulunuyor ise başkası için zilyetlik söz konusu olmaktadır. Şayet kişi eşyayı kendisine veren kişinin zilyetliğini inkâr etmeksizin aralarındaki hukuki ilişki gereği eşyayı kendisi için de elinde bulunduruyor ise kendisi için zilyetlikten bahsedilebilir.²⁵ Elindeki eşya üzerinde hiçbir aynı veya şahsi hak iddiasında bulunmaksızın eşyayı elinde bulunduranlar başkası için zilyet olarak ifade edilebilir. Bu kişilerin mal üzerinde hakimiyetleri mevcuttur ancak bu hakimiyetleri başkaları içindir.²⁶ Kişi eşyayı başkasının hâkimiyetine terk etmeksizin başkasının eşyayı kendisine hizmet etmesi için kullanmasına izin veriyorsa o zaman zilyet yardımcılığı söz konusu olmaktadır. Kendisine hizmet edilen kişi dolaysız zilyetliğini devam ettirmektedir.²⁷

Türk Hukukunda farklı sınıflandırmalar olsa da genel itibariyle kanundaki sınıflandırmalar ve doktrinde ortaya çıkan sınıflandırmalar yukarıda ifade edildiği şekildedir. Osmanlı Hukukunda ise zilyetlik konusu içtihadı dayalı olarak ilerlediğinden dolayı kesin olarak zilyetliği bölümlere ayırmak pek mümkün olmayıp farklı tasnifler ortaya çıkabilmektedir.²⁸

²¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 63, *Türk Hukuk Lügatı*, s. 371, Selin, Sert Sütçü, “*Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramlarının Ayırt Edilmesi*” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s.264 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/749796> Erişim Tarihi: 31/10/2022), Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.52, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 29, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 151, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.86.

²² Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 57, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 31.

²³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 57, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 187, Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 50, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Ünal ve Başpınar *Şekli Eşya Hukuku*, s.137, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.34, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.88.

²⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 64, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.84, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 31, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.52, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.117, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.35, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s. 81.

²⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 48, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 25-26, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.129, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 152, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.90.

²⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 61, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.85, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.129, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.36.

²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 48-49, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.54, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 11, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 34, Ünal ve Başpınar *Şekli Eşya Hukuku*, s.130, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.31, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.91.

²⁸ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyedlik*”, s. 77-78, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 187, Recep Özdemir, *Mecelle’de Eşya Hukuku*, Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 13, Sayı 26, 2020, s. 138, Mahmutoğlu, “*İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*”, s.140-141.

Zilyetliğin sınıflandırılmasına ilişkin açık bir tasnif olmasa da zilyetlik bir hak veya izne dayanıp dayanmamasına ve tazmin durumuna göre ayrılabilir. Kişi mal üzerinde malik sıfatıyla, hukuki bir izne dayanarak veya gasp, hırsızlık dolayısıyla zilyet olabilir. Kişi malik sıfatıyla zilyet ise yedü'l milk, hukuki izne dayalı zilyet ise yedü'l emane, gasp veya hırsızlık gibi haksız zilyetliğe dayanıyorsa ve kişiye tazmin sorumluluğu getiriyorsa yedü'l daman olarak, kişiye tazmin sorumluluğu getiriyorsa yedü'l emane olarak ifade edilebilir.²⁹ Zilyetliğin tazminata bağlı olup olmamasına göre zilyetlik emanet zilyetliği, tazmin zilyetliği olarak ayrılmaktadır. Emanet zilyetliği malın malikin rızasına ve zilyedin iyi niyetine dayalı olan zilyetliklerdir. Bu zilyetliklerde zilyedin herhangi bir zarar tazmini durumu söz konusu olmamaktadır. Ancak zilyet mala gelecek zararlardan sorumlu olduğu durumlarda tazmin zilyetliği söz konusu olacaktır.³⁰

Zilyetliğin sağlamlık derecesine göre İbn Rüşd'ün sınıflandırması mevcuttur. Bu sınıflandırmaya göre zilyetliğin en zayıf olduğu durumun babanın oğluyla, oğlun babası ile olan zilyetliği, sonrasında akraba olan ortakların miras veya miras dışı bir sebebe dayalı zilyetliği, daha sonra kuvvetli olarak ifade edilebilecek zilyetlik bir mülkte ortak olmayan akrabaların zilyetliği, aralarında ortaklık bulunan fakat akraba olmayan kimselerin ortaklıklarında bulunmayan bir başka şey üzerindeki zilyetlik ve zilyetliğin en fazla güçlü olduğu durumun aralarında ortaklık olmayan kimselerin ortaklıklarında yer olmayan şey üzerindeki zilyetlikleri olarak ifade edilmiştir.³¹

Zilyetlik mahiyeti itibarıyla fiili zilyetlik ve hukuki zilyetlik olarak da ayrılabilir. Fiili zilyetlik doğrudan doğruya maddi mallar üzerindeki zilyetlikler olarak ifade edilmektedir. Eşyanın kendisinden bağımsız olarak sahip olunan hakların kullanımı neticesinde mevcut olan hâkimiyet sağlama durumu hukuki zilyetlik olarak adlandırılmaktadır.³² Zilyetlik Osmanlı Hukukunda da Türk Hukukuna benzer mahiyette konusuna göre eşya üzerinde ve hak üzerinde zilyetlik olarak ayrıma tabi tutulabilir.³³ Zilyetlik yine asli ve ferî zilyetlik olarak da ayrıma tabi tutulabilmektedir.³⁴ Zilyetliğin ait olduğu kişiye göre kendisi için zilyet ve başkaları için zilyet olarak ayrıma tabi tutulabilir.³⁵ Zilyetliğin bir yada birden fazla kişiye ait olup olmadığına göre tek zilyetlik ve birden fazla kimsenin zilyetliği şeklinde sınıflandırmadan bahsedilebilir.³⁶

II. GENEL İTİBARIYLA OSMANLI HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA ZİLYETLİĞİN KORUNMASI

Türk Hukuk sisteminde zilyetliğin üç farklı şekilde korunması mümkündür. Bu yöntemlerden iki tanesi Türk Medeni Kanunu'nda bir tanesi de 3091 Sayılı Taşınmaz Mal

²⁹ Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 418, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> Erişim Tarihi: 24.09.2022).

³⁰ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 78-80.

³¹ Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 418, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> Erişim Tarihi: 24.09.2022).

³² Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 87-88, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 186.

³³ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 81.

³⁴ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 82.

³⁵ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 84.

³⁶ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 88-89.

Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.³⁷ Zilyetliğin korunma yolları Türk Medeni Kanunu kapsamında meşru müdafaanın özel bir hali olarak değerlendirilen kuvvet kullanarak zilyetliğin korunması ve zilyetliğin dava yoluyla korunmasıdır. 3091 Sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da zilyetliğin idari yoldan korunmasına ilişkin düzenleme de mevcuttur.³⁸ Türk Hukukuna büyük oranda benzerlik oluşturacak şekilde Osmanlı Hukukunda ise zilyetliğin korunma yolları meşru müdafa kapsamında koruma, zilyetlik davaları ile koruma ve zilyetliğin idari yoldan korunması şeklinde olmaktadır. Zilyetliğin idari yoldan korunması işini "Hisbe Teşkilatı" yürütmüştür.³⁹

Osmanlı Hukuk sistemi baştan yeni bir hukuk sistemi kurulmasını amaçlayan bir hukuk sistemi olmayıp zaten devletin geçmişinde var olan hukuk sisteminin devamı ve tarihte olan Türk İslam Devletleri'nden etkilenme sonucu oluşan bir sistemdir.⁴⁰ Osmanlı Devleti nüfusunun büyük bir kısmının Müslüman olmasından dolayı Osmanlı Devleti'nde İslam Hukuku hakimdir. Ancak her devletin İslam Hukuku kaidelerini uygulamalarında mezhepler arası farklılıklar, siyasi ve kültürel sebepler gibi çeşitli sebeplerle farklılıklar olabilmektedir.⁴¹ İslam Dininde kişinin malı, canı ve namusu değerlidir. O nedenle kişinin malını haksız yere almak da haram ve günahtır.⁴² Mecelle 97. Maddesindeki genel hükümde de geçerli bir sebep olmaksızın birinin malının alınmasının caiz olmayacağı ifade edilmiştir.⁴³

Osmanlı Hukuk sistemi genel itibariyle öncelikli İslam Hukuku sonrasında örfi hukuka göre şekillenmektedir. Burada hem İslam Hukuku hem de örfi hukuk iç içe uyum içerisinde

³⁷ Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 228, Eda Şahin Şengül, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Taşınmazlarda Zilyetliğin Korunması" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2022, s. 177, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/article/1116338> Erişim Tarihi: 31/10/2022).

³⁸ Oğuzman, Selici ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 89, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.104, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 53, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.172, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 154, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.107-108, Özel Kanun 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'dur.

³⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s.188, Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s.419 (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> Erişim Tarihi: 24.09.2022).

⁴⁰ Ömer Faruk Habergitiren ve İshak Yalnız, "Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı", *Journal of Social Sciences and Humanities*. 2021, Cilt 5, Sayı 2, 2021, s.282.

⁴¹ Habergitiren ve Yalnız, *Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı*, s.282.

⁴² Lütfi Şentürk, Seyfettin Yazıcı, *İslam İlmihali*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2013, s. 478, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 196, Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001, s. 456, Mustafa Cevat Akşit, *Mebcut*, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, 2008, s.78, "Ey iman edenler! Karşılıklı rızaya dayanan ticaret olması hali müstesna, mallarınızı, bâtıl (haksız ve haram yollar) ile aranızda (alıp vererek) yemeyin." (En-Nisa:4/29), (<http://www.kuranikerim.com/mdiyanet/nisa.htm> Erişim Tarihi: 04/10/2022), "Yitik bir şeyi, ancak şaşkın (sapık) kimse kendi malına katar." İbn Mace, "Lukata" 1, (https://muslim-library.com/books/tr_Sunen_i_ibn_Mace.pdf), (Erişim Tarihi: 01/10/2022), "«Kim, hakkı olmayan bir şeyi iddia ederse bizden değildir ve ateşten oturacağını (cehennemdeki yerini) hazırlasın» İbn Mace, "Ahkam" 6, (https://muslim-library.com/books/tr_Sunen_i_ibn_Mace.pdf) (Erişim Tarihi: 01/10/2022), "Bir kimse haksız olarak bir başkasının yerine tecavüz ederse, o yerin yedi katı da o kimsenin boynuna geçirilir." Buhari "Mezalim", 13, (<https://ia803208.us.archive.org/25/items/SAHIHIBUHARI1.CILT/SAH%25C4%25B0H-%25C4%25B0%20BUHAR%25C4%25B0%201.C%25C4%25B0LT.pdf>), (Erişim Tarihi: 01/10/2022).

⁴³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 456, Akşit, *Mebcut*, s.80, Mecelle 97. Madde "Bila sebep-i meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz," şeklindedir. (Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, s. 28).

uygulanmıştır. Ancak çatışma durumunda öncelikli olarak İslam Hukuku uygulanmaktadır.⁴⁴ Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye yürürlüğe girmeden önce hakimler Hanefi Mezhebi içtihatlarına göre, Şeyhülislam tarafından verilen fetvaların yayınlandığı mecmualardan ve fıkıh kitaplarından faydalanmak suretiyle hükümlerini verirlerdi.⁴⁵ Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin oluşturulması için Ahmet Cevdet Paşa'nın önderliğinde nitelikli kişilerden oluşan bir heyet tarafından Hicri 1284 yılında çalışmalara başlanılmış olup çalışmalar Hicri 1293 yılında sonra ermiştir.⁴⁶ 4 Ekim 1926 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun TBMM'de kabul edilmesiyle birlikte Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştır.⁴⁷

Zilyetliğin korunabilmesi için öncelikle zilyetliğin ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu ihlal de haklı bir sebep olmaksızın veya zilyedin rızası olmaksızın zilyedin eşya üzerindeki fiili kudretine müdahale edilmesi olarak ifade edilebilir. Bu durum eşyanın zilyedin fiili hâkimiyetinden çıkarılması veya zilyedin eşya üzerindeki fiili kudretine müdahale şeklinde gerçekleşebilir.⁴⁸ Zilyetliğe tecavüz herhangi bir haklı sebep olmaksızın zilyedin eşyayı kullanmaktan kısmen alıkonulması olarak ifade edilebilir. Zilyetliğin gönül rahatlığıyla kullanılmasının bazı hareketlerle veya sözle engellenmek istenilmesi de zilyetliğe tecavüz olarak değerlendirilmektedir. Zilyetliğe tecavüz halinde eşya zilyedin hâkimiyet alanından çıkmamış olup tecavüz neticesinde eşyanın kullanılması zorlaşmaktadır.⁴⁹

Zilyetlik toplumdaki farklı düzenlemelere tabi tutulmuş kimlerin nasıl zilyet olacağı, hangi zilyetliklerin korunacağı toplumun yapısına dinamiklerine göre değişimler göstermiştir.⁵⁰ Zilyetliğin korunmasına ilişkin iki farklı sistem olduğu söylenebilir. Bazı

⁴⁴ Habergetiren ve Yalnız, *Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı*, s. 282-283, Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi 14. maddesinde ve Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi 15. maddede kısasın uygulanmaması halinde para cezasına hükmedilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle İslam Hukukuna aykırı olacak şekilde para cezasının düzenlenmesi, İslam Hukukunda ergin olmayanların eylemleri neticesinde herhangi bir ceza öngörülmemişken Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesi 20. maddesine göre çocuğun maddi durumuna göre para cezasına karar verilmesinin gerektiğine ilişkin hükümler dikkate alınarak Osmanlı Hukukunda İslam Hukukuna aykırı hükümlerin olduğu iddia edilmektedir. (Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 1947, s. 65-66), Osmanlı Hukukunda İslam Hukukuna aykırı hükümlere ilişkin detaylı bilgi için bakınız: Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 1947, s. 48-73.

⁴⁵ Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, s. X, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 192, Fetva mecmuaları genellikle soru cevap şeklinde hazırlanmış olup istisnai olarak uygulamada sık görülen problemlere ilişkin cevaplar şeklinde de düzenlenmiş olabilmektedir. Fetva mecmualarının derlenmesine XVI. yüzyıldan sonra Ebussuud Efendi'nin verdiği fetvaların toplanması ile başlamıştır. (Örsten Seda, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetva Mecmuaları*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sayı 4, 2007, 29-40, s. 31-32.) Fetva mecmuaları ile ilgili detaylı bilgi için bakınız ; Örsten Seda, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetva Mecmuaları*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sayı 4, 2007, 29-40, Aydın, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", s.40, Kılınç, "The Influence Of The Ottoman State On Islamic Law", s.555, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2319546> Erişim Tarihi: 23/11/2022).

⁴⁶ Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, s. IX, Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s. 50, Osmanoğlu Karahasanoğlu Cihan, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Cilt 29, Sayı 29, 2011, s.98, Özdemir, *Mecelle'de Eşya Hukuku*, s.121.

⁴⁷ Osmanoğlu Karahasanoğlu, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi*, s. 116, Örsten Esirgen, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri", s. 464.

⁴⁸ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 229.

⁴⁹ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 230.

⁵⁰ Topal, "İslam Hukukunda Zilyetlik", s. 23.

sistemlerde zilyetliğin arkasında hak olup olmadığına bakmaksızın sırf zilyetlik olmasından dolayı korunmaktadır. Bazı sistemlerde de zilyetliğin korunabilmesi için zilyetliğin haklı zilyetlik olması gerekmektedir.⁵¹ Türk Hukukunda zilyetliğin korunmasında zilyetliğin hakka dayanıp dayanmadığı önem arz etmeksizin sırf zilyetlikten kaynaklı olarak korunmaktadır. Yani zilyetlik haksız zilyetlik olsa dahi yine de zilyetliğin korunması imkânlarından faydalanılabilmektedir.⁵² Osmanlı Hukukunda ise fakihler genel olarak zilyetliğin korunması için hakka dayalı zilyetlik olması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁵³ Zilyetliğin hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın korunması gerektiğini düzenleyen hukuk sistemleri kamu düzeninin, toplumsal huzurun sağlanması amacıyla sırf zilyetliği korumayı tercih etmektedir.⁵⁴

Osmanlı Hukukunda zilyetlik aynı zamanda 1329 Tarihli Sulh Hakimleri Kanunu 24. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu maddede bir kimsenin uhdesinde, tasarrufunda bulunan mal ve gayrimenkule tecavüz ve müdahale olunarak zilyetlik ihdas edildiğinde daha önce zilyet olan kimsenin zilyetliğin iadesi davası açarak zilyetlik hakkı bulunduğunu ispat ettiğinde zilyetliğin kaldırılmasına karar verileceği ifade edilmiştir.⁵⁵ Osmanlı Hukukunda zilyetliğin tanımında fiili hâkimiyet ve o şeyin maliki gibi davranmanın olduğu söylenebilir.⁵⁶ Osmanlı Hukuk sisteminde malik sıfatıyla zilyetler zilyetlik davalarıyla korunmakta olup zilyetliğin korunabilmesi için malik olma iradesinin mevcut olması gerekmektedir.⁵⁷ Osmanlı Hukukunda zilyetliğin korunması gerçekten mal üzerinde hak sahibi olan zilyedi korumaya yöneliktir.⁵⁸ Bu noktada Osmanlı Hukuku pozitif hukuktan ayrılmaktadır.

III. ZİLYETLİĞİN KORUNMASI YOLLARI

Zilyetliğin korunması yolları hem Osmanlı Hukukunda hem de Türk Hukukunda zilyetliğin kuvvet kullanarak korunması, zilyetliğin dava yoluyla korunması ve zilyetliğin idari yoldan korunması olarak sınıflandırılabilir. Bu başlık altında da her bir koruma yolu ayrı ayrı ele alınarak, konunun zilyetliğin korunması yollarına ilişkin kısmı izah edilmiş olacaktır.

A. ZİLYETLİĞİN KUVVET KULLANARAK KORUNMASI

Zilyetliğin kuvvet kullanarak korunması yolunda Türk Hukuk sistemi ile Osmanlı Hukuk sisteminin örtüştüğü söylenebilir. O nedenle her iki hukuk sistemine göre de ortak olan hususlar genel olarak ifade edilecektir.

⁵¹ Topal, “İslam Hukukunda Zilyedlik”, s. 150.

⁵² Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 88, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 52, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.171, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 142,154, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s. 45, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.107.

⁵³ Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 419, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> 24.09.2022), Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 187

⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 53, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.101, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 58, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.111, Antalya Gökhan, *Eşya Hukuku Cilt II*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s.139.

⁵⁵ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s.799, 11 Kasım 1329 Tarihli Sulh Hakimleri Kanunu 24. madde.

⁵⁶ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 801.

⁵⁷ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 802.

⁵⁸ Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 419, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> Erişim Tarihi: 24.09.2022).

Kişinin dinine, canına ve malına karşı herhangi bir saldırı gerçekleştirilmesi durumunda kişinin meşru müdafaa hakkı vardır.⁵⁹ Meşru müdafaa hakkını kullanan kişi bu hakkını kullanmasından dolayı hem hukuki hem de cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak bunun için meşru müdafaa'nın saldırı ile orantılı olması, saldırının fiilen gerçekleşmiş olması ve zilyetliğin meşru müdafaa'da bulunacak kişinin elinden uzun süreli olarak çıkmış olmaması yani meşru müdafaa'nın saldırı anında kullanılması gerekmektedir.⁶⁰

Zilyetliğin kuvvet kullanılarak korunması genel meşru müdafaa hakkının özel bir yansıması olarak düşünülebilir. Ancak farklı olarak hem zilyetliği ihlal edene karşı kuvvet kullanma imkânı vermekte hem de malı gasp edenden geri almaya da imkân sağlamaktadır.⁶¹

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler düzenleniş olup kanunun hükmü ve amirin emri başlıklı 24. maddesi, meşru savunma ve zorunluluk hali başlıklı 25. maddesi ve hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası başlıklı 26. maddesi hakkın korunmasına yönelik hukuka uygunluk nedenlerinden bahsetmektedir. Kişinin kendisinin veya bir başkasının bir hakkına yönelik bir saldırı olduğu zaman kişi bu saldırıyı saldırı ile orantılı bir şekilde defedebilir. Yine kişi kanundan doğan hakkını kullandığında da bu kişiye ceza verilemez. Buradan da yine hakkın Türk Ceza Kanunu anlamında da korunma altına alındığı anlaşılmaktadır.⁶²

Bahsedilen Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler haricinde Türk Medeni Kanunu'nda da benzer mahiyette düzenlemeler mevcuttur. Türk Medeni Kanunu zilyetliğin hükümleri, korunması, savunma hakkı başlığı altındaki 981. maddesinde de zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümler mevcuttur. Ancak buradaki hükümler kanunun genel anlayışı dikkate alınarak TCK'daki düzenlemelere göre konusu suç teşkil etmeyen zilyetliğe müdahalelere ilişkin olup konusu suç teşkil eden zilyetliğe müdahalelere de hayli hayli uygulanabilmektedir.⁶³

Meşru müdafaa'nın nasıl olması gerektiğinin değerlendirilmesi gerekirse zilyetlik hakkının korunması yollarından müdafaa hakkında öncelikle zilyet mütecavize sözle karşı koyabilmektedir. Şayet bu durumun yeterli olmaması durumunda zilyedin mütecavize karşı zor kullanılarak tecavüzü önlemesi, tecavüz konusu gayrimenkul ise gayrimenkulden kovmak, uzaklaştırmak ve uygun miktarda kuvvet kullanma yetkisi vardır.⁶⁴ Zilyet gasp sonucunda elinden çıkmış eşyayı yeniden zilyetliğine almak amacıyla kuvvete başvurabilir.⁶⁵ Taşınır eşyada zilyet zilyetliğin gaspını önlemek amacıyla kuvvet kullanabilir, gasıbı kovalayabilir ve takip edebilir.

⁵⁹ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 162, *Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, s. 12754

⁶⁰ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 163-164, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.70, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 18, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 54.

⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 89, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.69-70, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 18, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.173, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 155, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.108.

⁶² Cengiz Otacı, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 0, Sayı 10, 2012, s. 540-541, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.71-72, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.46.

⁶³ Otacı, *Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması*, s. 543-544, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.31.

⁶⁴ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 232-233, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s. 102, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.174-175, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 156, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.47, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.113-114.

⁶⁵ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 233.

Ancak bu yetkileri kullanabilmek için gasp ile müdafaa hakkı arasında zaman bakımından az çok bir yakınlık bulunması gerekmektedir. Yani gasbın yakalanması fiilin işlenmesinden uzun süre sonra ise bu durumda zilyedin gasbın elinden zorla eşyayı alma yetkisinin kalktığı söylenebilir.⁶⁶ Yani özellikle taşınırın kuvvet kullanarak korunmasında savunmanın derhal yapılması gerekmektedir.⁶⁷ Bu aşamadan sonra zilyetliğin diğer korunması yolları ile zilyetliğin korunması gerekmektedir.⁶⁸

Zilyetliğin savunulması amacıyla veya eşyanın geri alınması amacıyla kuvvet kullanılması önemli olan husus hal ve durumun haklı göstereceği kadar kuvvet kullanılması, kuvvet kullanmanın gerekli ve ölçülü olmasıdır.⁶⁹

Kişi kanundan doğan hakkına dayanarak zilyetliğe müdahalede bulunursa bu kişiye karşı meşru müdafaa hakkı kullanılamamaktadır.⁷⁰ Rızanın geçerli olmadığı hile ve ikrah hallerinde rıza ile zilyetlik devredilmiş olsa bile zilyetliğe saldırı olduğunun kabulü, hata halinde ise saldırının var olmadığını kabul etmek gerekmektedir.⁷¹ Zilyetliğin gasp edilmesi veya saldırıya uğraması durumunda zilyet kuvvet kullanarak zilyetliğini geri alamamış ise veya kuvvet kullanarak zilyetliğini koruma imkânı olmamış ise zilyet dava yoluyla zilyetliğini koruyabilmektedir.⁷²

B. ZİLYETLİĞİN DAVA YOLUYLA KORUNMASI

Türk Medeni Kanunu 982-984. maddeler arasında zilyetliği gasbedilen veya zilyetliği saldırıya uğrayan zilyedin dava açmak suretiyle zilyetliğini koruyabileceği düzenlenmektedir.⁷³ Bu korumalar zilyetliğin geri verilmesi ve buna ilişkin tazminat davaları veya saldırının sona erdirilmesi, saldırı sebebinin önlenmesi ve bunlara ilişkin tazminat davaları ile olmaktadır.⁷⁴

⁶⁶ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 233, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.103, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 55, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.110.

⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 92, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s. 70, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 156-157.

⁶⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 188, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 55, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 155, 156.

⁶⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 92, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.103, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 18, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 56, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.177, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 158, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.47.

⁷⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 90, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.102, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.178, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 148, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.45.

⁷¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 90, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.109.

⁷² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 188, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.104, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.114-115.

⁷³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 93, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.72, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.115.

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 93, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.72, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 61, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 154, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 165, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.48.

Zilyetliğin iadesi davası açılabilmesi için gasıbın kusurlu olması veya zilyedin zarara uğramış olması gerekmemektedir.⁷⁵ Zilyetliği saldırıya uğrayan zilyet bu saldırının sonlandırılmasını dava yoluyla talep edebilmektedir.⁷⁶

Osmanlı Hukukunda iki çeşit zilyetlik davası mevcuttur. Birinci türde zilyetlikten mahrumiyet halinde açılan zilyetlik davası olup bu davada zilyetlik hafif bir şiddet yoluyla, keyfi bir hareket veya haksız bir fiil neticesinde kaybedilmiş olmalıdır. İkinci tür zilyetlik davasında ise zilyetliğin elden çıkmasının daha sert bir şekilde kuvvet kullanma veya tehdit zoruyla olması gerekmektedir.⁷⁷

Osmanlı Hukukundaki birinci türde basit yedin iadesi davasının açılabilmesi için bazı şartları vardır. Öncelikle bir zilyetlik olması gerekmektedir. Bu zilyetlik malik sıfatıyla zilyetlik olmalıdır. Kanun koyucu bu davanın açılabilmesi için her hangi bir süre tayin etmemiştir. Burada bahsedilen zilyetliğin nizasız bir zilyetlik olması ve zilyetliğin ispat edilebilmesi için zilyetliğin aleni bir zilyetlik olması gerekmektedir. Davacı malik sıfatıyla zilyet olduğunu ispat edebilmek için bu hususta ihtilaf olmasa bile mülkiyet senedine dayanmak zorundadır. Basit yedin iadesi davası açılması için bir süre öngörülmemiş ise de genel dava açma süresi olan davaların mutad sükût süresi olan on beş yıl içerisinde davanın açılması gerekmektedir.⁷⁸

Osmanlı Hukukunda ikinci tür cebir sebebiyle yedin iadesidir. Bu dava türünün şartlarından bahsetmeden bir hususa değinmek gerekirse burada zilyetliğin elden çıkışı kuvvet kullanma veya cebirle olmaktadır. Bu durumda menkul bir malında zilyetliğini kaybetmiş kişinin şayet yetkili mercilere ulaşma ihtimali yoksa kuvvet kullanmak suretiyle zilyetliğini geri alabileceği Osmanlı Hukukunda düzenlenmiştir. Aynı şey taşınmazlar için geçerli değildir. Taşınmazlarda kuvvet kullanarak zilyetliğin geri alınabileceği düzenlenmemiştir. İkinci tür cebir sebebiyle yedin iadesinin istenebilmesi için davacının nizasız zilyet olduğunu ve zilyetliğinden kuvvet yoluyla mahrum olduğunu ispatlaması yeterlidir. Birinci dava türünden farklı olarak bu dava türünde kişinin malik sıfatıyla zilyet olması gerekmemektedir. Yani bu davayı kiracı gibi malik olmayan zilyetlerde açabilir.⁷⁹

Mecellede hüküm bulunmayan durumlarda İslam Hukuku kaidelerine göre hareket edilmesi gerekmektedir.⁸⁰ Zilyetliğin iadesine ilişkin davalar Mecellenin 1613. maddesine dayanılarak açılmaktadır.⁸¹ Zilyetlik davaları yedin iadesi davası olarak da adlandırılmaktadır. Zilyetlik davaları zilyetliğin iadesini veya zilyetliğe yönelik saldırı ve gaspları ortadan kaldırmayı amaçlayan davalar olarak ifade edilebilir.⁸²

⁷⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 94, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.74, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.101, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 18.

⁷⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 96, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 157.

⁷⁷ Choueri Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, çev., Halil Cin, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 3-4, 1968, s. 243.

⁷⁸ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 244-246.

⁷⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 247-248.

⁸⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 239-240, Özdemir, *Mecelle'de Eşya Hukuku*, s. 123.

⁸¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 198,

⁸² Türk Hukuk Lügatı, s. 371.

Osmanlı Hukukunda bazı irtifak haklarının zilyetliğin korunması davası ile korunması düzenlenmiştir. Bu irtifak hakları sulama irtifak hakkı (hak-el şurb) ve içme suyu alma hakkı (hak el choffo)'dır.⁸³ Osmanlı Hukukunda geçit hakkı zilyetliğe ilişkin dava açma yetkisi vermez sadece mülkiyete ilişkin dava açma yetkisi vermektedir.⁸⁴

Bu tür zilyetliğin korunması yolunda sadece malik sıfatıyla zilyetlikler korunabilmektedir. Kanun koyucu sadece gerçek mülkiyete sahip zilyetlikleri korumayı amaçlamıştır.⁸⁵ Osmanlı Hukukunda şayet zilyetliğin kazanılması haksız bir şekilde olmuş ise bu şekildeki zilyetliğin korunması da mümkün değildir.⁸⁶

1. Zilyetlik Davalarında Usul Hükümleri

Zilyetliğin iadesi davası gasıba ve bunun külli haleflerine karşı açılabilir. Ancak cüzi haleflerine karşı açılıp açılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar üçüncü kişilere karşı bu davanın açılmasını davanın özü ile bağdaşmayacağını savunmaktadır.⁸⁷

Kişi şayet zilyetliğe ilişkin dava açmadan mülkiyete ilişkin dava açmış ise bu aşamadan sonra zilyetlik davası açamaz. Zilyetlik davasından feragat ettiği anlamı çıkmaktadır. Ancak zilyetliğin kaybı mülkiyete ilişkin dava açıldıktan sonra oluşmuş ise bu durumda zilyetliğe ilişkin dava açılmasında her hangi bir engel bulunmamaktadır.⁸⁸

Zilyetliğin korunmasına ilişkin davalarda görevli mahkemenin değerlendirilmesinde 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 4/1-b-c maddeleri dikkate alınarak zilyetliğin korunmasına ilişkin davalarda Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğunu söyleyebiliriz. Sulh Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğu dikkate alınarak bu davalarda basit yargılama usulü uygulanması gerekmektedir.⁸⁹ Osmanlı Hukukunda da aynı şekilde zilyetlik davalarında görevli hakim Sulh Hakimidir. Sulh Hakimi tarafından verilen kararlara karşı temyiz yolu açıktır.⁹⁰

Osmanlı Hukukunda biraz önce bahsettiğimiz davaların usullerinden bahsetmek gerekirse; Sulh Hakimi yemin, keşif, ikrar, mülkiyet senetleri veya bir soruşturma ile davayı çözebilir. Karşı taraf davacının mülkiyet iddiasına itiraz etmese dahi davacı bu davada mülkiyet senedini ibraz etmeli ve zilyetliğin elinden çıktığı anda zilyet olduğunu ispat etmesi

⁸³ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 241, Özdemir, *Mecelle'de Eşya Hukuku*, s. 128.

⁸⁴ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 241.

⁸⁵ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 245, Malik kelimesi bir şeye sahip anlamına gelmektedir. (Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük İslam İlmihali*, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1986, s. 19).

⁸⁶ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 804-808.

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 95, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.74, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.50.

⁸⁸ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.251.

⁸⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 99, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s. 76, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.108, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.201, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 167, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.52, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.121, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2013/8270 Esas, 2013/923 Karar sayılı kararı,

⁹⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 250.

gerekmektedir.⁹¹ Ancak zilyetliğe ilişkin açılan bu davada Sulh Hakiminin hakkın esasına ilişkin karar vermesi mümkün değildir. O nedenle zilyedin mülkiyete ilişkin senedi ibraz etmesi sadece zilyet olduğunu ispatlamak amacıyla yönelik olup Sulh Hukuk Hakimi'nin mülkiyetin içeriğine yönelik karar verdiği anlamı çıkmamalıdır.⁹²

Zilyetlikle ilgili dava açıldığında hakimin kararı davanın reddi, davanın kısmen reddi, kısmen kabulü veya davanın kabulü şeklinde olacaktır. Hâkim davacının zilyetlik davasını yeterince ispat edemediğini anladığında davanın reddine karar verir. Hâkim davacının zilyetliğini ve zilyetliğin ihlal edildiğinin ispatlandığını anlar ise o zaman davanın kabulüne karar verecektir. Davanın kabulü ile birlikte davalı şayet iyi niyetli zilyet ise talep tarihinden, kötüniyetli ise talep tarihinden önce de davalının toplamış olduğu tüm semerelerin davalıdan alınarak davacıya iadesine karar verebilir.⁹³

Türk Medeni Hukukunda zilyetlik davaları hem taşınır hem taşınmazlar için açılabilen Osmanlı Hukukunda doktrinde tartışmalı olsa da zilyetlik davalarının sadece gayrimenkullere ilişkin açılabilmesi kabul edilmiştir.⁹⁴

Osmanlı Hukukunda zilyetlik konusu şeyler binalar veya ağaçlar olması durumunda davalının bir aylık süre içerisinde yetkili mahkemeye müracaat ederek davacının davayı kazanması durumunda uğrayabileceği zarara ilişkin teminat göstermesi karşılığında binalar ve ağaçlar davalının zilyetliğinde bırakılabilir.⁹⁵ Şayet davalının bu yönde bir talebi olmaz ise veya teminat gösteremez ise o zaman davacının davanın red edilmesi durumunda davalının uğrayabileceği zarara karşılık bir teminat göstermesi durumunda binalar ve ağaçlar davacıya tevdi olur. Şayet her ikisi de teminat gösteremez ise binalar ve ağaçlar yedi emine teslim edilmektedir.⁹⁶

Osmanlı Hukukunda Sulh Hakimi mülkiyet davası ile zilyetlik davalarını kararında birleştiremez. Yani zilyetlik davasına bakan hâkim buna ilişkin kararında mülkiyete ilişkin istihkak davası hakkında da hüküm veremez⁹⁷

Osmanlı Hukukunda taraflardan her ikisi de zilyetliklerini ispat edip her iki tarafın da mülkiyet senedini mahkemeye ibraz etmesi durumunda davacının elinde önceki tarihli mülkiyet senedi var ise ve davacı zilyetliği elinden kaybaldığında zilyet olduğunu ispat edebilir ise davacının davası kabul edilecek aksi halde davası reddedilecektir.⁹⁸ Sulh Hukuk Hakimi tarafından bu şekilde yapılan yargılama doktrinde zilyetlik davası ile mülkiyet davasının içtima edemeyeceği kuralına aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla eleştirilmektedir.⁹⁹

Bazı şeyler üzerinde zilyetlik mümkün olmamaktadır. Kamu yararına tahsis edilen hayır vakıfları, camiler, yollar ve benzeri yerler ile devletin mülkiyetine ait mallar üzerine zilyetlik

⁹¹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 248.

⁹² Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 248.

⁹³ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.254-255.

⁹⁴ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 252.

⁹⁵ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.258.

⁹⁶ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s. 258,

⁹⁷ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.250.

⁹⁸ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.259.

⁹⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.259.

hükümleri uygulanmaz.¹⁰⁰ Ayrıca tehdit, kayıplık, küçüklük, akıl hastalığı ve benzeri mazeretler zilyetliğin etkisini önleyen geçerli mazeretlerdir.¹⁰¹

2. Zilyetlik Davalarında İspat

Dava zilyetlik hakkına dayanılarak açılabilir. Davacının davada ispat etmesi gereken husus eşyanın zilyedi olduğunu ve bunun gasbedilmiş olduğudur. Davalı taraf da eşyayı gasbetmediğini davacının rızasıyla eşyaya zilyet olduğunu veya davacının eşyanın zilyedi olmadığını ispat ederek davada kendisini savunabilir. Davalı taraf davacıya nazaran eşya üzerinde daha üstün bir hakkı olduğunu iddia etmesi durumunda bu iddiası mahkemece dinlenmez. Ancak davalı taraf eşyayı almaya tercihe şayan bir hakkı olduğunu derhal ispat ederse eşyayı iadeden kurtulmaktadır.¹⁰² Zilyedin elindeki eşya hakkında mülkiyet iddiası olan var ise onun mülkiyetini ispat etmesi gerekmektedir.¹⁰³

Osmanlı Hukukunda zilyetlik davalarında davacı mala zilyet olmayan ancak zilyet olmak isteyen kişi, davalı ise mala zilyet olan kişidir. Zilyetliğini ve hakkını ispat etmesi gereken kişi davacıdır. Davalıdan sadece yemin etmesi istenilmektedir. Davalının yemin etmesi durumunda mal davalının zilyetliğinde bırakılacaktır.¹⁰⁴

Türk Hukukunda zilyetliği gasbedilen kişinin zilyetliğinin haksız zilyet olması veya gasbın zilyetliği gasp eylemini bir hakkını almak için yapması önem arz etmeksizin zilyetliği gaspa uğrayan kişi gasba karşı zilyetliğin iadesi davası açabilir. Yani gasbedenin eşya üzerinde üstün hakkı olsa da eşyayı iade etmekle mükelleftir.¹⁰⁵ Ancak bu duruma istisnai bir hüküm vardır. Şayet davalı olarak gösterilen hali hazır zilyet davacıdan eşyayı alması gerektiren üstün bir hakkı olduğunu derhal ispat ederse eşyayı vermektan kaçınabilir. Bu üstün hak aynı hak olabileceği gibi şahsi hak da olabilir. Ancak davalının üstün hakkı derhal ispat etmesi gerekmektedir. Derhal ifadesinden anlaşılması gereken delil göstermek için süre istemeksizin elindeki delillerle derhal üstün hakkının ispatlanmasıdır.¹⁰⁶

Osmanlı Hukukunda en önemli yer tutan delillerden olan tanık delili hicretin ilk yıllarında suiistimal edilmese de günümüzde suiistimal edilmeye çok müsaittir. Osmanlı Hukukunda tanıkların şahitliklerinin güvenilirliğine ilişkin tezkiye ismi verilen araştırma usulü uygulanmakta olup bu araştırma usulünde tanığın şahitliğinden sonra şahitliğinin güvenilir olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla komşu ve çevreden araştırılmaktadır. Bu tezkiye gizli veya aleni olabilir. Tezkiye sonucunda tanığın güvenilir çıkması durumunda hakim bu tanığın beyanını dikkate alması gerekmektedir.¹⁰⁷ Davacı zilyedin elindeki eşyasını almak amacıyla

¹⁰⁰ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 43.

¹⁰¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 209.

¹⁰² Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 237-238, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.86, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.116, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 25, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.122.

¹⁰³ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, 813.

¹⁰⁴ Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 419, (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> Erişim Tarihi: 24.09.2022), Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 169, Akşit, *Mebcut*, s. 133.

¹⁰⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 93.

¹⁰⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 93-94.

¹⁰⁷ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 812, *Türk Hukuk Lügati*, s. 340.

tanık deliline başvurursa zilyedin başka bir tanık ile aksini ispatlaması mümkün değildir. Zilyedin malın kendisine ait olduğunun genel herkesçe bilinen bir durum olduğunu tanıklar göstererek ispat etmesi gerekmektedir. Çünkü Osmanlı Hukukunda kalabalığın yalan söyleme hususunda ittifak etmelerinin mümkün olmadığı kabul edildiğinden zilyede davacının iddiasının aksini bu şekilde ispat etme hakkı tanımıştır.¹⁰⁸ Taşınmazlar yönünden mülkiyeti ifade eden tapunun ortaya çıkması ile birlikte tanık delilinin taşınmazlar noktasında çok fazla geçerliliği kalmamıştır. Araziler üzerinde kadastro çalışmaları tamamlandıktan sonra mülkiyetin ispatı hususunda tapu kaydı kesin delil olmuştur.¹⁰⁹ Osmanlı Hukukunda genel itibarıyla zilyetlikte görünüşe itibar edilmektedir. Eşyayı elinde bulunduran kişi eşyanın maliki olarak kabul edilmektedir. Şayet davacı zilyedin malik olmadığını iddia ediyorsa bunu kendisinin ispatlaması gerekecektir.¹¹⁰ Aksi bir durum yoksa malı elinde tutan kişi o malın maliki sayılır. Ancak birden fazla kişinin mal üzerinde hak iddia etmesi durumunda taraflardan delil getirmesi istenir tarafların delil getirmemesi durumunda hali hazır zilyet lehine mülkiyet karinesi devam edecektir.¹¹¹

Osmanlı Hukukunda zilyetliğin ispatına ilişkin davalar gayrimenkuller ve menkuller için ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Gayrimenkuller için zilyetliğin ispatı tanık vb. her türlü delil ile yapılabilir. Mecellenin 1679 ve 1754. maddelerinde gayrimenkuller için hangi durumların zilyetliği ifade ettiği belirtilmiştir.¹¹² Menkullerde zilyetlik malı fiili olarak elde bulundurma ile mümkündür. Fiilen elde bulundurma halinde zilyetliğin ispatı için herhangi bir delile ihtiyaç yoktur. Bir mal üzerinde birden fazla kişi hak iddiasında bulunur ise taraflardan bu hususta delillerini sunması istenir. Her iki taraf da tanık getirir ise malın elleri altında bulunan bölümlerine ilişkin her iki tarafın da zilyetliğine karar verilir. Ancak taraflardan bir tanesi zilyetliğine ilişkin tanık getirir ve diğer taraf getiremez ise o zaman tanık getiren lehine zilyetliğe karar verilir. Her iki tarafa da zilyetliğe ilişkin tanık getirir ve tanıklardan birinin zilyetliğe tanıklığı daha eski ise yeni tarihli zilyetliğe tanıklık tercih edilmektedir. Her iki taraf da tanık getiremez ise yemine müracaat edilir. Yemin eden taraf lehine karar verilir. Şayet her iki taraf da yemin ederse dava delil olmadığından dolayı durdurulmaktadır.¹¹³ Hali hazır zilyet lehine zilyetlik karinesi mevcut olup bu karine kendisini zilyet olduğunu iddia eden davacının delil bulamaması durumunda halihazır zilyedin de yemin etmesi halinde ve hali hazır zilyet ile önceki zilyedin delillerinin karşılaşması durumunda hali hazır zilyedin tercih edilmesi şeklinde kendisini göstermektedir.¹¹⁴ Önceki zilyedin hak karinesine dayanan davasında davacı önceki zilyet olduğunu ve malın elinden rızası dışında çıktığını ispat etmesi gerekmektedir.¹¹⁵

¹⁰⁸ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 812.

¹⁰⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 812.

¹¹⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 811.

¹¹¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 189, A. Fikri Yavuz, *Açıklamalı-Muameleli İslam İlmihali İslam Fikhi ve Hukuku*, İstanbul, Çile Yayınevi, 1963, s.441.

¹¹² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 198.

¹¹³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 199, Yavuz, *Açıklamalı-Muameleli İslam İlmihali İslam Fikhi ve Hukuku*, s. 441, Akşit, *Mebcut*, s. 133.

¹¹⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 200, Akşit, *Mebcut*, s. 133.

¹¹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 200.

Delil çok fazlasını ispat ediyorsa bu delile azı ispat eden delile göre üstünlük tanınmaktadır. Tarih beyan edilmeden mutlak mülkiyete ilişkin açılan davalarda zilyedin değil zilyet olmayanın deliline üstünlük tanınır. Satın alma gibi tekrarı mümkün olan sebep ile her iki taraf da aynı kişiden mülkiyeti aldıklarını iddia ederlerse hali hazır zilyedin deliline üstünlük tanınır.¹¹⁶ Tarih beyan edilen zilyetliğe ilişkin davalarda zilyetlik tarihi eski olan beyanlarına itibar edilmektedir.¹¹⁷

3. Zilyetliğe Saldırı Sonrasında Zararın Tazminine İlişkin Davalar

Bu başlık altında zilyetliğe saldırı neticesinde zilyetliği elinden alınmış kişinin uğradığı zararın tazmini, iyi niyetli ve kötünietli zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı ve zilyedin semerelerden faydalanıp faydalanamayacağı hususları ele alınacaktır. Zilyetliğe saldırı sonrasında açılan zararın tazminine ilişkin davalar bu kısımda izah edilmiş olacaktır.

a. Genel Olarak Zarar Tazmini

Kişi zilyetliğine saldırıdan dolayı zarara uğramış ise bu zararların tazminini isteyebilir. Bu zarar tazmininin dayanağı haksız fiil olarak değerlendirilmekte ve haksız fiil sorumluluğu olmasından dolayı saldırıda bulunanın kusurlu olması gerekmektedir.¹¹⁸ Zilyetliğe saldırı sonucu oluşan zararın tazminine ilişkin davayı mülkiyet hakkı sahibi olmayan dolaysız zilyetlerin de açması mümkündür.¹¹⁹

Zilyetliğin gasbı nedeniyle tazminat davası zilyetliğin geri verilmesi davası ile birlikte açılabilir gibi bu davadan ayrı olarak da istenebilir. Bu tür tazminat davasında haksız fiil kurallarına dayanılması gerektiği ve gasıbın kusurlu olması gerektiği doktrinde kabul görmektedir. Ancak eşyanın geri verilmesine ilişkin davada gasıbın kusuru aranmamaktadır. Burada bahsedilen tazminat davasında sadece zilyedin zilyetliğinden faydalanamamasından kaynaklı olarak ortaya çıkan zararların tazmini istenebilmektedir.¹²⁰

b. İyiniyetli Zilyedin İade Borcunun Kapsamı

İyiniyetli zilyet tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen hal ve şartlara göre zilyet olma hakkı olmadığını bilmeyen veya bilmesi de gerekmeyen kişi olarak ifade edilmektedir.¹²¹ Türk Medeni Kanunu sorumluluk üst başlıklı kısımda 993-994 ve 995. maddelerde iyi niyetli ve kötünietli zilyet bakımından sorumluluklar ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kişi zilyetliği devraldığı kişinin zilyetliğinin haksız olduğunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması durumunda iyi niyetli olarak kabul edilmektedir.¹²²

¹¹⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 201.

¹¹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 201-202, Yavuz, *Açıklamalı-Muamelatlı İslam İlmihali İslam Fıkhi ve Hukuku*, s. 441.

¹¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 98.

¹¹⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 99.

¹²⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 96.

¹²¹ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 268, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 206, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.88, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.168.

¹²² Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 131-132, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.98, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.122, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.73, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.168.

Zilyetliğin iadesine ilişkin davada davacı tarafta eşyayı iyiniyetle elinde bulunduran önceki zilyet bulunmaktadır.¹²³ Davalı tarafta da halihazır zilyet bulunmaktadır. Davalının iyi niyetli veya kötüniyetli olması eşyayı elde ettiği andaki durumuna göre tespit edilmektedir.¹²⁴

Türk Hukukunda iyiniyetli zilyet iddia ettiği hakkına uygun olarak eşyayı kullanması sonucunda eşyada meydana gelen hasar, eksilmelerden, eşyayı iddia ettiği hakkına göre kullanması neticesinde elde etmiş olduğu menfaat ve semerelerden de iade yükümlülüğü bulunmaktadır. İyiniyetli zilyet sadece eşyayı iade ile yükümlü olacaktır. Ancak iyiniyetli zilyet var saydığı, iddia ettiği hakkın sınırlarını aşarak eşyayı kullanması durumunda eşyada meydana gelecek zarar ve eksilmelerden, elde ettiği maddi menfaat ve semerelerden sorumlu olacaktır.¹²⁵ İyi niyetli zilyet geri verme anında mal hangi vaziyette ise o şekilde vermek ile yükümlüdür. Şayet malın bir kısmının elinden çıkmış olması bir kısmının da kendisinde olması durumunda iyi niyetli zilyedin elinde kalanı vermesi gerekir. İyi niyetli zilyet eşyanın kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmaz.¹²⁶

İyi niyetli zilyedin eşyaya yaptığı harcamaların iadesi hususunda yapılan harcamaların zorunlu, yararlı ve lüks olup olmadığına göre ayırım yapılması gerekmektedir. Yararlı masraf malın değerini veya randımanını artıran masrafları, zorunlu masraf da malın korunması ve bakımı için gerekli olan masrafları ifade etmektedir. Zorunlu ve yararlı masraflar haricinde kalan eşya için yapılan masraflar lüks masraf olarak ifade edilebilir.¹²⁷

İyi niyetli zilyedin eşyayı geri vermesi gerektiğinde zilyet eşya üzerinde yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderlerin karşılığının ödenmesini isteyebilmektedir. İyi niyetli zilyedin zorunlu ve yararlı masrafların karşılığını isteyebilmesi eşya kendisinden talep edilmesi durumunda mümkündür. İyi niyetli zilyet yapmış olduğu zorunlu ve yararlı masrafların karşılığı verilinceye kadar malı iadede kaçınılabılır.¹²⁸ İyi niyetli zilyedin zorunlu ve yararlı masraflarını almadan eşyayı iade etmesi durumunda uygulamada iyi niyetli zilyedin iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tazminat davası açılabileceği kabul edilmektedir.¹²⁹

Zorunlu ve yararlı masraflar haricinde kalan lüks masraflar açısından iyi niyetli zilyedin bu masrafları isteme hakkı bulunmamaktadır. İyi niyetli zilyedin yapmış olduğu lüks masraflar eşyaya zarar vermeden ayrılıp alınabilir ise iyi niyetli zilyedin bunları ayırıp alma imkânı vardır.

¹²³ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 251, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.90.

¹²⁴ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 253, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.75.

¹²⁵ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 270-271, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.100, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.122, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 99, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.250, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.75, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.171.

¹²⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 134, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.100-101, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.122, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 33, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.250-251.

¹²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 136, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.103, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.124.

¹²⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 136, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 101, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.253-254.

¹²⁹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 136, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.82.

Ancak eşyanın iade edildiği kişi bu lüks masrafların karşılığını ödemediği takdirde iyi niyetli zilyet lüks masrafları söküp alamayacaktır.¹³⁰

İyi niyetli zilyedin kısmen korunduğu hal olarak para ve hamile yazılı senetler dışındaki diğer eşyalarda kişinin elinden rızası dışında çıkması durumunda bu mal açık artırmada, bir pazarda veya benzer eşya satan bir kimseden alınmış ise bu iyi niyetli zilyet ancak ödemediği bedel kendisine geri verilirse malı geri vermek zorundadır ödemediği bedel kendisine ödeninceye kadar malı iadedden kaçınabilir.¹³¹ Buradaki hak hapis hakkı olmayıp malı iadedden kaçınmaya dair bir haktır. İadedden kaçınma hakkının hapis hakkından en büyük farklı malı satarak talep edebileceği giderleri karşılayamamasıdır.¹³²

Osmanlı Hukukunda zilyetlik davalarında mülkiyete ilişkin delilin yanında zilyetliğe ilişkin delillerin de sunulması, bazı davalarda mal üzerinde zilyet olanların tercih edilmesi zilyetlik ile mülkiyetin Osmanlı Hukukunda da farklı kavramlar olduğunu göstermektedir.¹³³ Osmanlı Hukukunda iyi niyetli zilyet malın talep edilmesi halinde mal elinde mevcut ise malı aynen verecek mal elinde mevcut değil ise malı aldığı günkü değerinden tazmin etmesi gerekmektedir. Kişi kendisinin haklı zilyed olduğunu düşünerek, zilyetliğin haksız şekilde alındığını bilmeksizin taşınmazın üzerine bedelini çok fazla geçecek şekilde yatırım yaparsa o zaman iyi niyetli olduğu dikkate alınarak arsa bedelini ödemesi şartıyla taşınmaza sahip olabilir. Aksi halde taşınmazı iade etmekle yükümlüdür.¹³⁴

Osmanlı Hukukunda kendisine mal emanet edilen kişi bu emaneti inkâr ederse yani emanete hıyanet ederse o zaman tazminat ödemekle yükümlüdür. Emanetçinin kusur veya ihmali olmaksızın mal telef olur ve emanetçi de bu durumdan korkarak malın emanet edildiğini inkâr ederse normalde tazminat ödemekle yükümlü olmasa dahi sırf inkâr ettiği için dolayı tazminat ödemesi gerekmektedir.¹³⁵

c. Kötüniyetli Zilyedin İade Borcunun Kapsamı

Zilyet olma hakkı olmadığını bilen veya bilmesi gereken zilyet kötüniyetli zilyet olarak ifade edilmektedir. Kötüniyetli zilyet üzerine düşen gerekli araştırmaları yapmadan eşyayı elinde bulunduran kişidir.¹³⁶ Kötüniyetli zilyet bakımından geri verme borcunda daha ağır bir durum söz konusudur. Kötüniyetli zilyet eşyanın haksız olarak alıkonulmasından dolayı hak

¹³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 136, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.107, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.124, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 33, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 103, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.76, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.172.

¹³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 127, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.88, 106, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 103, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.76.

¹³² Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.107, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.123, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.175.

¹³³ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyetlik*”, s. 31, 56, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 189.

¹³⁴ Topal, “*İslam Hukukunda Zilyetlik*”, s. 186, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 464.

¹³⁵ Mehmet Keskin, *Şafii Fıkhı II*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016, s. 558, Mustafa El-Hin, Mustafa El Buğa ve Ali Eş-Şerbeci *Büyük Şafii Fıkhı*, İstanbul, Arslan Yayınları, 1994, s. 344, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 479,

¹³⁶ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 275, Sirmen, *Eşya Hukuku*, s.101, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.124, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 176, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.77, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.177.

sahibinin oluşan zararlarından, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden sorumlu olacak ve bunların karşılığında tazminat ödemesi gerekecektir.¹³⁷ Türk Hukukunda kötüniyetli zilyedin eşya üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Kötüniyetli zilyedin elinde bulundurduğu eşyadan faydalanma hakkı yoktur. Kötüniyetli zilyet eşyayı zilyetliğine girdiği andaki durumu ile iade etmesi gerekmektedir. Şayet zilyetliği süresince eşyanın uğramış olduğu hasar mevcut ise bu hasarlardan, elde etmiş olduğu semerelerden ve maddi menfaatlerden sorumludur. Semereler mevcut ise aynen iade edilmesi, mevcut değil ise kıymetlerinin tazmin edilmesi gereklidir. Kötüniyetli zilyet ayrıca elde etmeyi ihmal ettiği semereler mevcut ise bu semerelerden de sorumlu olacaktır.¹³⁸ Kötüniyetli zilyet eşyayı kullanmış ise kullanmasından dolayı sağladığı faydaya karşılık tazminat ödemekle sorumlu olacaktır.¹³⁹

Kötüniyetli zilyet eşya üzerinde herhangi bir hakkı olmadığını anladığı anda eşyayı hemen sahibine iade etmeye mecburdur. Şayet eşyanın sahibini bilmiyorsa bunu araştırması gerekmektedir. Eşyanın kime iade edileceğini bilen veya bilmesi gereken kötüniyetli zilyet haksız olarak eşyayı alıkoymaktan kaynaklanan bütün zararlardan sorumlu olacaktır. Eşyanın kime iade edilmesi gerektiğini bilmeyen kötüniyetli zilyetler kusurları ile eşyalara ve semerelere vermiş oldukları zararlardan ve toplamadıkları semerelerden sorumlulardır.¹⁴⁰ Kötüniyetli zilyet sadece eşyaya yapmış olduğu zaruri masrafları isteme hakkına sahiptir. Bunun haricinde herhangi bir hakkı mevcut değildir.¹⁴¹

Şayet mal o anki zilyetten karşılıksız geri alınamayacak durumda ise veya malı alma hakkının kötüniyetli zilyede geçmesi durumunda kötüniyetli zilyet malın karşılığını tazmin etmekle sorumludur.¹⁴² Kötüniyetli zilyet şayet malı başka bir zilyede devretmiş ve sonraki zilyet mala zarar vermiş ise bu zarardan hem malı devralan hem devreden kötüniyetli zilyet sorumludur.¹⁴³ Kötüniyetli zilyedin karşılayacağı zarar haksız fiil sorumluluğuna dayalı bir tazminattır. Ancak kötüniyetli zilyet açısından burada kusur şartı aranmayacaktır.¹⁴⁴ Burada bir istisnadan bahsetmek gerekirse kötüniyetli zilyet eşyayı kime vereceğini bilmiyor ise sadece kusuru ile verdiği zararlardan sorumlu tutulması gerekecektir.¹⁴⁵ Kötüniyetli zilyetlerin zilyetlikleri birbirlerini takip etmekte ise eşyanın alıkonulmasından dolayı zarar oluşması durumunda birbirini takip eden kötüniyetli zilyetlerin tamamının müteselsilen sorumlu olması için Türk Borçlar Kanunu 61. maddedeki koşulların sağlanması gerekecektir.¹⁴⁶

¹³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 138, Sirmen, *Eşya Hukuku*, s.101, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 105, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.178.

¹³⁸ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 275-277, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.258, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.187.

¹³⁹ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 280.

¹⁴⁰ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 280-281, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.102, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 107, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.260.

¹⁴¹ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 282, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.82.

¹⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 139.

¹⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 139, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.102.

¹⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 140.

¹⁴⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 140, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.260.

¹⁴⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 140.

Kötüniyetli zilyede kanun koyucu mal için yapmış olduğu zorunlu giderlerin karşılığını talep etme hakkı tanımıştır. Ancak kötüniyetli zilyede zorunlu giderler karşılanıncaya kadar malı iadeden kaçınma imkânı tanınmamıştır. Ayrıca kötüniyetli zilyet yararlı ve lüks masrafları talep edemeyecektir. Kötüniyetli zilyede tanınan bu hak TBK 82. madde kapsamında iki yıllık ve on yıllık zamanaşımına tabidir.¹⁴⁷

Osmanlı Hukukunda zilyetliğin iadesinde yükümlülükler zilyedin iyi niyetli veya kötüniyetli olması durumuna göre değişiklik arz etmektedir. Zilyedin kötüniyetli olması durumunda kötüniyetli zilyet mal mevcut ise malı aynen geri vermekle yükümlüdür. Şayet mal telef olmuş ise malın gasp zamanındaki ve yerindeki değerini vermesi gerekmektedir.¹⁴⁸ Osmanlı Hukukunda Medeni Hukuktan farklı olarak şeyi kötüniyetli zilyetten devralan kişi eşyanın sahibinin elinden rızası dışında çıktığını, haksız zilyetlik olduğunu bilmesede dahi kötüniyetli zilyet olarak değerlendirilerek malı ve maldan elde ettiği tüm semereleri iade etmek zorundadır. Burada bahsedilen semereler doğal semereler ve hukuki semerelerdir.¹⁴⁹ Endüstriyel semerelerin durumu biraz daha farklıdır. Şayet zilyedin emeği neticesinde ortaya çıkan bir durum var ise örneğin ektiği tohum ve sebze gibi o durumda zilyet bu ürünleri iade etmek zorunda değildir. Ancak zilyedin toprağı işlemeden dolayı taşınmazdaki değer düşüklüğünü malike ödemesi gerekmektedir.¹⁵⁰ Kötüniyetli zilyet malda ortaya çıkan fazlalıklar, değer artışları ve mahsüller var ise bunları da iade edecek veya iade edemez ise değerini tazmin edecektir.¹⁵¹ Kötüniyetli zilyed elindeki malı iade etmekle yükümlüdür. Hem Hanbeli hem de Şafii Mezheplerine göre Kötüniyetli zilyet bedelini ödese dahi mala sahip olamaz o mal üzerindeki tüm tasarrufları geçersizdir.¹⁵² Kötüniyetli zilyet mümkün ise malın aslını mümkün değil ise bedelini malın sahibine vermelidir. Yani malın aslını vermenin imkânsız olması durumunda malın bedelini vermelidir.¹⁵³ Mal misli mal ise malın mislini ödemesi gerekir. Ancak bazı durumlarda misli mallarda çarşı ve pazarlarda bulunmayabilir bu durumda gasıbın malın değerini ödemesi gerekir.¹⁵⁴ Kötüniyetli zilyet malın bazı vasıflarını kendisi masraf yapmak suretiyle değiştirir ise zilyet isterse malı tazmin ettirir isterse ilave ve eklerin masrafını zilyede vermek suretiyle malı geri alabilir. Şayet değişiklik esaslı değişikli ise malın isim ve mahiyetini değiştirecek şekilde olmuş ise mal haksız zilyedin olup hak sahibi malın bedelini haksız zilyetten tazmin eder.¹⁵⁵ Şayet kötüniyetli zilyet malı aldıktan sonra malın değerinde kötüniyetli zilyetten kaynaklı olmayan sebeple piyasa fiyatı düşmüş ise malın sahibi malın zilyetliğinden çıktığı zamanındaki

¹⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 149, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.126, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 113, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.83, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.188.

¹⁴⁸ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 205, *Fetavayi Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı*, Ankara, Akçağ Yayınları, 1986, s.24, Akşit, *Mebcut*, s. 80.

¹⁴⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 810, Akşit, *Mebcut*, s. 81.

¹⁵⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 810, *Fetavayi Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı*, s.24, Akşit, *Mebcut*, s. 151.

¹⁵¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 481, *Fetavayi Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı*, Ankara, Akçağ Yayınları, 1986, s.24, Akşit, *Mebcut*, s. 81.

¹⁵² Topal, "İslam Hukukunda Zilyetlik", s. 195.

¹⁵³ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 479, Akşit, *Mebcut*, s. 81.

¹⁵⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 480, Akşit, *Mebcut*, s. 81, Piyasada bulunmayan malın değeri piyasada olduğu son zamanlardaki değeridir. (Akşit, *Mebcut*, s. 83).

¹⁵⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 205,

değerini değil hali hazırdaki daha düşük olan değeri isteyebilir. Ancak kötüniyetli zilyedin kullanmasından dolayı değer düşüklüğü oluşmuş ise o durumda kötüniyetli zilyedin bu değer düşüklüğünü de karşılaması gerekir.¹⁵⁶

Maliki mezhebine göre mal kötüniyetli zilyedin elinde olmayan bir sebepten ötürü bir afet vb bir olaydan dolayı yok olmuş ise zilyedin tazmin yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁵⁷

Osmanlı Hukukunda malın değerindeki azalış durumunda kimin sorumlu olacağı hususunun değerlendirilmesinde mal şayet kendisine faiz işletilebilen misli mal ise malın sahibi sadece malı alabilir malın değerinin düşüklüğünü isteyemez. Ancak malın değerindeki azalma malın bir kısmının zarar görmesi ve ortadan kalkması neticesinde oluşmuş ise o zaman zarar miktarı az ise malın sahibi zararını tazmin ettirir. Zarar çok ise malın sahibi ister zararını tazmin ettirir isterse de malı kötüniyetli zilyede bırakarak malın değerini alabilir.¹⁵⁸

d. Zilyedin Semerelerden Faydalanıp Faydalanamayacağını Değerlendirilmesi

Kötüniyetli zilyet malı kendisi kullanmış ise bu durumda tazminat sorumluluğu olup olmayacağı doktrin ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır.¹⁵⁹

Uygulamada kabul edilen bir görüşe göre haksız zilyedin kullanımları karşılığında ödenecek bedel ecrimisil olarak ifade edilmektedir. Bu görüşe göre ecrimisil bir çeşit kira bedeli olarak değerlendirilerek beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁰

Yargıtay 08/03/1950 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında ecrimisile ilişkin talebi haksız fiil tazminatı olarak değerlendirmiş ancak bu taleplerde yine beş yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre bir zarar meydana gelmiş ise haksız fiil tazminatının söz konusu olacağı yani kişi zaten malı kiraya vermeyecek ise o zaman başkası tarafından kullanılması neticesinde ortada bir zarar olmadığından dolayı haksız fiil tazminatının ödenmesi gerekmeyeceği ifade edilmiştir.¹⁶¹

Doktrindeki bir kısım yazarlara göre kötüniyetli zilyedin malı kullanmasından dolayı elde ettiği menfaatin tazmin edilebilmesi için malın kiraya verilebilecek nitelikte bir mal olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Yani bu görüşe göre kiraya elverişli olmayan bir malın kötüniyetli zilyet tarafından bizzat kullanılması halinde bu kişiden tazminat istenilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.¹⁶² Kötüniyetli zilyet maldan dolayı kar elde etmişse bu karları da iade etmek zorundadır.¹⁶³

¹⁵⁶ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 205, Akşit, *Mebcut*, s. 8

¹⁵⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 206.

¹⁵⁸ Topal, "İslam Hukukunda Zilyetlik", s. 198, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, s. 481.

¹⁵⁹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.103, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 108.

¹⁶⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 143, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.103, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.127-128, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.79, 25/05/1938 Tarihli ve 29/10 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

¹⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 145, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.103, 08/03/1950 tarihli ve 22/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

¹⁶² Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.104, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.128, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.80, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.182.

¹⁶³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 148, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.268, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.182.

Doktrinde mevcut olan diğer bir görüşe göre kötüniyetli zilyet malı kullanmasından kaynaklı olarak maddi bir menfaat sağlamış ise malın kullanma şekline, malın sahibinin niyetine bakılmaksızın tazminat ödemesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁶⁴

Osmanlı Hukukunda şayet zilyetliğin kazanılması haksız bir şekilde olmuş ise bu şekildeki zilyetliğin korunması da mümkün değildir.¹⁶⁵ Zilyetlik sahibi kişinin zilyetlik konusu şeyin semerelerinden faydalanıp faydalanmayacağı hususunda Osmanlı Hukukunda farklı görüşler mevcut olup, Hanifi mezhebinde zilyet iyiniyetli olsa da semerelerden faydalanamayacağı belirtilmiştir. Malı gasp eden kişi her zaman kötüniyetli olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁶ Osmanlıda da zilyetlik zilyet lehine mülkiyet karinesi teşkil eder zilyet bu durumda ispat külfetinden kurtulmuş olur.¹⁶⁷ Kötüniyetli zilyet elde etmeyi ihmal ettiği doğal ve hukuki semereler mevcut ise bu ürünlerden de sorumlu olacaktır. Bu durumlara doğal semere olan mahsullerin toplanmaması, kiraların toplanmaması, kiraya verilmemesinden dolayı ihmal edilen kira bedelleri örnek olarak verilebilir.¹⁶⁸

Malın semereleri hususunda Hanefi Mezhebine göre zilyet iyi niyetli de olsa kötüniyetli de olsa maldan elde ettiği semerelerin maliki olamayacaktır. Hanefi Mezhebine göre semereler hususunda iyi niyetli ve kötüniyetli zilyet arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.¹⁶⁹ Mecelle Ahkam-ı Adliyye 903. maddesinde de bu durum ifade edilmiştir. Kişinin haksız olarak alıkoyduğu şeyin semerelerinin malike ait olamayacağı ifade edilmiştir. Ancak 903. maddedeki ifade metnin içeriğinden de anlaşılacağı üzere haksız zilyetler için geçerli olan bir madde olduğu söylenebilir.¹⁷⁰ Hanefi Mezhebi ve Mecelle maldan faydalanmayı tazminat konusu olarak değerlendirmemektedir.¹⁷¹

İyiniyetli zilyetlere karşı açılacak zilyetliğin iadesine ilişkin dava beş yıllık süre içerisinde açılması gerekmektedir. Beş yıllık süre geçtikten sonra iyiniyetli zilyetlere karşı zilyetliğin iadesine ilişkin dava açılmaz. Bu süre zilyetliğin davacının rızası dışında kaybedildiği anda başlamaktadır. Bu süre mahkemece re'sen dikkate alınır.¹⁷²

Zilyetlik davalarından doğan tazminatlardaki zamanaşımaları tazminatın türüne göre değişiklik arz edebilmektedir. Eşyanın zarar görmesinden veya zayi olmasından kaynaklı tazminat davalarında haksız fiile dayanan tazminat olarak değerlendirilerek iki ve on yıllık zamanaşımalarına tabi olduğu söylenebilir. İki yıllık zamanaşımı zararın ve failin öğrenilmesinden, on yıllık zamanaşımı da zararın meydana gelmesinde itibaren başlamaktadır. Zilyedin elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semereler yönünden genel on yıllık zamanaşımının uygulanması

¹⁶⁴ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 276-277.

¹⁶⁵ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 804-808.

¹⁶⁶ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 809-810.

¹⁶⁷ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 813.

¹⁶⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 141.

¹⁶⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 810.

¹⁷⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 810.

¹⁷¹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 205.

¹⁷² Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 250, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.88, 108.

gerektiği, bu zamanaşımının da semerelerin elde edildiği anda veya eşyaya kötünietli olarak zilyet olunduğu anda başlaması gerektiği ifade edilebilir.¹⁷³

Zilyetliğe gasp veya saldırı olması durumunda açılacak davalarda kanun koyucu bazı hak düşürücü süreler öngörmüştür. Zilyet gasp ve saldırı fiillerini ve failini öğrenmesinden itibaren iki aylık süre içerisinde zilyetliği korumaya ilişkin dava açmazsa bu dava hakkını kaybedecektir. Doktrinde bazı yazarlar dava açmayı gerek görmeyip bu süre içerisinde bir talep ileri sürülmesini yeterli saymaktadır. Ancak bu görüş genel kabul görmemiştir.¹⁷⁴ Kanun koyucu gasp ve saldırı durumunda bunlarla alakalı açılacak davalarda genel hak düşürücü süre de koymuştur. Bu davalar zilyet gasp ve saldırıyı geç öğrenmiş ise de en geç gasp ve saldırıdan sonra bir yıl içerisinde açılması gerekmektedir.¹⁷⁵ İki aylık ve her halükarda bir yıllık olarak bahsedilen hak düşürücü süreler sadece geri verme ve saldırının önlenmesine ilişkin davalardaki hak düşürücü süreler olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zararların tazminine ilişkin davaların dayanağı haksız fiil olmasından dolayı bu davalarda iki aylık ve bir yıllık hak düşürücü sürelerin değil haksız fiillere ilişkin zamanaşımının geçerli olacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁶

Kötünietli zilyedin geri verme yükümlülüğünde kötünietli zilyedin maldan dolayı elde ettiği doğal ve hukuki semereler vardır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında hukuki semere olan kira için on yıllık zamanaşımı olduğu ifade edilmiştir.¹⁷⁷ Ancak bazı yazarlar tarafından TMK'nin 995. maddenin, TBK 530. maddesine göre özel düzenleme olduğunu o nedenle TMK 995. maddesinin uygulandığı zaman TBK 530. maddenin uygulanamayacağını belirtmiştir.¹⁷⁸

Osmanlı Hukukunda “Kavaid-i Külliye” olarak adlandırılan Mecelle'nin ilk yüz maddesi genel kaideler koyan maddelerdir.¹⁷⁹ Osmanlı Hukuku'nun genel prensiplerinde ferdin menfaatlerini kamunun menfaatlerine üstün tutma anlayışı vardır. O nedenle kanun koyucu taşınır malikine on beş sene içinde eşyasını iyi niyetli zilyedin elinde alma hakkı tanımıştır. Çünkü bu anlayış ticari hayatı ve kamu düzenini kötü etkileyebilmektedir.¹⁸⁰ Osmanlı Hukukunda kişinin sahibi olduğu bir malın uzun süre boyunca başkası tarafından kullanılması durumunda malikin mülkiyetini kaybetmeyeceği kabul edilmektedir. O nedenle de zamanaşımı ile mülkiyet kazanılması müessesesi kabul edilmemiştir. Kısa zamanaşımı süreleri ile mülkiyet

¹⁷³ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 282-283.

¹⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 99, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.107, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.200, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 186.

¹⁷⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 99.

¹⁷⁶ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 99, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.77, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.107, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 185, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.51, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.122.

¹⁷⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 141, “Bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda bulunduğu bir gayrimenkulü kendi malı imiş gibi kiraya verip kiralari toplamış olması sebebiyle hak sahibinin o kimseden kiralarn alınması için açacağı davanın gerek Borçlar Kanununun 414. maddesine dayanan, gerekse Medeni Kanununun 908. maddesine dayanan bir dava olarak tavsifi mümkün olduğuna ve fakat tereddüt halinde, Borçlar Kanununun 414. maddesi hükmüne dayanan menfaatlerin devri davası sayılacağına ve bundan dolayı on yıllık müruruzamana tabi olacağına,” (Yargıtay 04/06/1958 Tarih, 1958/15 Karar, 1958/6 İçtihat sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

¹⁷⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 141.

¹⁷⁹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.260.

¹⁸⁰ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.260.

kazanılmasını sağlayan mevzuatların konulmasındaki gaye toplumdaki ticari hayatın aksaması toplumun genelin menfaatinin ferdin menfaatine üstün tutulmasıdır.¹⁸¹ Ancak yine de zilyet zilyetliğini kaybettikten on beş yılın sonunda dava açması durumunda yeni zilyet zamanasını ile mülkiyeti kazanmamış olsa da malı teslim etmesi gerekmemektedir. Çünkü artık bu kadar süreden sonra önceki zilyedin malı geri alma hakkından feragat ettiği kabul edilmektedir.¹⁸²

Osmanlı Hukukunda zilyetlik zamanasını ile mülkiyet kazanılması mümkün değildir. Bunun sebebi de Osmanlı Hukukunun genel faydadan ziyade hususi kişinin hakkının zayı olmamasına önem vermesidir. Şayet genel faydaya önem verilse idi ticari hayatın bozulmaması, ticari hayatta kişilerin her an mülkiyete ilişkin dava ile karşı karşıya gelerek elindekini kaybetme tehlikesi altında olmaması için ya doğrudan ya da kısa bir süre zamanasımından sonra iyi niyetli zilyedin mülkiyet kazanmasına ilişkin düzenleme yapılırdı.¹⁸³ Osmanlı Hukukunda hak kullanılmadığında zayı olmamaktadır. Ancak malikin eşyası gaspa uğrasa iyi niyetli zilyette on beş yıldan fazla kalsa sonra eşya asıl malike geri gelse bu durumda on beş yıllık zilyet tarafından istihkak davası açılması durumunda malın on beş yıl boyunca zilyet olan kişiye verilmesi gerekmektedir.¹⁸⁴

Osmanlı Hukukunda on beş yıldan sonra mülkiyet hakkı sahibinin zilyede karşı istihkak davası açması durumunda bu davası istihkak davası reddedilmektedir. Bu davanın kabul edilmemesinin sebebi zamanasını ile haksız zilyedin zilyetliğini meşrulaştırmasından değil on beş yıldan daha uzun bir süre zilyetliğini geri almak amacıyla dava açılmaması durumunda kişinin bu malı alma hakkından feragat ettiği anlamı çıktığından dolayıdır. Yani zamanasımından dolayı mülkiyet sahibinin istihkak davasının red edilmesinin sebebi zilyetlikten dolayı değil mülkiyet hakkı sahibinin hakkını kullanmamasından kaynaklı olduğu söylenebilir.¹⁸⁵

Osmanlı Hukukunda gayrimenkullerde mülkiyet kazanılması sadece tapu siciline tescil yapılması koşuluyla ve tescil tarihinden itibaren olmaktadır. O nedenle uzun süre iyi niyetli zilyetlik mevcut ise bu durum kayıtlarda mevcut değil ise o durumda bu zilyedin mülkiyet kazanması mümkün değildir.¹⁸⁶ Mecellenin 1248. maddesinde mülkiyetin kazanılması yolları ayrı ayrı belirtilmiş olup bu yollar arasında zamanasını ile kazanılması şeklinde bir yol bulunmamaktadır. Ayrıca Mecelle'nin 1674. maddesinde zamanasını ile mülkiyet kazanılması yasaklanmıştır.¹⁸⁷ Malikiler haricinde diğer mezhepler zamanasını yoluyla mülkiyet kazanılmasını uygun görmemektedir.¹⁸⁸

¹⁸¹ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.261.

¹⁸² Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, s.261.

¹⁸³ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 805.

¹⁸⁴ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 807.

¹⁸⁵ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 808.

¹⁸⁶ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 809.

¹⁸⁷ W. Padel ve L. Steeg, "Zaman Aşımı", (çev: Halil Cin), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, Ankara 1966, s. 815.

¹⁸⁸ Topal, "İslam Hukukunda Zilyedlik", s. 22.

Menkul ve gayrimenkul mallarda zamanaşımı Mecelle'nin 1660. maddesinde on beş yıl olarak düzenlenmiştir.¹⁸⁹ Şunu ifade etmek gerekir ki buradaki zamanaşımında üç yüz elli dört günlük ay hesabı ile yıl hesaplanmaktadır.¹⁹⁰

Hakim önünde yapılan ikrar, davalının mühür veya imzasını taşıyan yazılı senet zamanaşımının işlemlerini engellemektedir.¹⁹¹ Kişi ihtarname göndermek, protesto çekme yoluyla zamanaşımını kesemez. Zamanaşımını kesmesi için dava açılması gerekmektedir.¹⁹² Osmanlı Hukukunda taşınır eşyalarda zilyetlik iyi niyetli zilyede doğrudan mülkiyet hakkı kazandırmaktadır. Yine aynı şekilde başkasının taşınır eşyaya zilyet olması taşınır eşyanın malikinin de mülkiyet hakkını kaybetmesine neden olmamaktadır. Yani Osmanlı Hukukunda taşınırlarda zilyetlik mülkiyetin hukuki dayanağı olmadığı söylenebilir.¹⁹³

Kişinin taşınıra uzun süre zilyet olması neticesinde taşınmazın mülkiyeti kazanılmamakta ancak malikin uzun süre zilyetliğini geri almak amacıyla dava açmamasından kaynaklı olarak zilyet zamanaşımı süresinin geçmesi nedeniyle malikin açacağı davanın reddedilmesini sağlayabilmektedir.¹⁹⁴ Ancak davalı davacının hakkını kabul ederse bu halde zamanaşımının geçmiş olması davacının dava hakkına engel olmayacaktır.¹⁹⁵ Zilyetliğin diğer bir fonksiyonu ise zamanaşımı sayesinde davaların engellenmesidir. Şayet kişi bir malın zilyetliğine zamanaşımı süresi boyunca sahip ise o zaman zilyetliğin iadesine dair kendisine dava açıldığında zamanaşımı süresine dayanarak malı iadedden kaçınabilecektir.¹⁹⁶

C. ZİLYETLİĞİN İDARİ YOLDAN KORUNMASI

Zilyetliğin idari yoldan korunmasının amacı 1963 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edilmiştir. Kanunun amacı taşınmazlardaki zilyetliklere karşı saldırıların çok olması bu saldırılardan dolayı asayiş ve kamunun düzenini bozulduğu, taşınmazlara yönelik saldırıların sonucundaki olaylardan dolayı vatandaşların canlarını kaybettikleri o nedenle taşınmazlardaki zilyetliklere saldırıların önlenmesi amacıyla kanunun yürürlüğe girdiği ifade edilmiştir.¹⁹⁷

Türk Hukukunda ve Osmanlı Hukukunda zilyetliğin idari yoldan korunması durumu sadece gayrimenkuller açısından geçerlidir. Menkul eşyalarda zilyetliğe olan müdahalelerde bu müdahalenin idari yoldan korunması mümkün değildir. Zilyetliğin idari yoldan korunması hususu ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Bu düzenleme Türk Medeni Kanunu'ndaki

¹⁸⁹ Padel ve Steeg, "Zaman Aşımı", s.816.

¹⁹⁰ Padel ve Steeg, "Zaman Aşımı", s. 817.

¹⁹¹ Padel ve Steeg, "Zaman Aşımı", s. 818, *Fetavayi Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı*, s.45.

¹⁹² Padel ve Steeg, "Zaman Aşımı", s. 820.

¹⁹³ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 813.

¹⁹⁴ Cardahi, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, s. 813, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 196.

¹⁹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 196.

¹⁹⁶ Topal, "İslam Hukukunda Zilyetlik", s. 60, Osmanlı Hukukunda zamanaşımın istinası mevcuttur. Şayet kişi malı Mekke'de Harem sınırları içerisinde bulmuş ise bu malın bulunduğu sürekli ilan edilmesi gerekmektedir. Çünkü malını orada kaybeden kişi oranın güvenli bir yer olduğunu bildiğinden dolayı uzun yıllar sonra da gelebilmektedir. (Halil Güneç, *Büyük Şafii İlmihali*, İstanbul, İlim Yayınları, 1984, s. 409).

¹⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 101, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.77-78, Nomer Ergüne, *Eşya Hukuku*, s. 62, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.181, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 190, Ertaş, *Eşya Hukuku*, s.52, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.124, Anayasa Mahkemesinin 21/02/1963 tarihli 274/40 esas sayılı kararı.

düzenlemelere alternatif olarak düzenlenmiştir. Gayrimenkulündeki zilyetliği ihlal edilen kişi ister zilyetliğini idari yoldan koruma yoluna gider isterse Türk Medeni Kanunu kapsamında dava yoluyla koruma yoluna gider. Ancak zilyetliğin idari yoldan korunması yöntemi dava oluna göre daha hızlı sonuç doğurabilmektedir.¹⁹⁸ İdareden men kararı alınması durumunda zilyetliğe müdahale edildiği kabul edilerek zilyetliğin korunmasına ilişkin dava açılabilir.¹⁹⁹

Zilyetliğin idari yoldan korunmasına ilişkin kararlara karşı idari yargı yolu açıktır. Ancak açık bariz yazı ve hesap hataları karar veren makam tarafından tashih edilebilir.²⁰⁰ 3091 Sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanununun 13. maddesinde bu idari işlemler hakkında idari yargıya başvurulması durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği düzenlenmiş ise de Anayasa Mahkemesi'nin 3/6/2010 tarihli ve 2008/77 Esas, 2010/77 Karar Sayılı Kararı ile bu düzenleme iptal edilmiştir. Bu iptal kararı ile birlikte zilyetliğin korunmasına ilişkin idarece verilen karara karşı idari yargı yoluna başvurulması durumunda yürütmenin durdurulması talebinde bulunulabilecektir.²⁰¹ Kişiler idarece verilen karara karşı idari yargıda dava açabileceği gibi taşınmaz uyuşmazlığı ile ilgili adli yargı mercilerinde de dava açabilmektedir.²⁰²

Saldırı gerçekleştiren kişi taşınmaz üzerinde ekim yapmış, tesis veya değişiklikler yapmış ise bu durumda bunlarla ilgili genel mahkemelerde dava yoluna gidilmesi gerekmektedir. Çünkü zilyetliğin idari yoldan korunması yolunda sadece saldırı sona erdirilmektedir. Bunun haricinde taşınmazın üzerindekiyle ilgili herhangi bir karar verilmesi mümkün görülmemektedir.²⁰³

Taşınmaz üzerindeki zilyetliğe müdahaleden dolayı taraflardan birisi mahkemeye başvurmuş ise, yani olay mahkemeye taşınmış ise bu durumda 3091 Sayılı Kanun kapsamında karar verilmek suretiyle zilyetliğin idari yoldan korunması mümkün değildir. Uyuşmazlıkta alakalı kararı adli yargı mercilerinin vermesi gerekmektedir.²⁰⁴

Zilyetliğin idari yoldan korunması amacıyla başvuruda bulunabilmek için kanun koyucu altmış gün ve bir yıllık süreler öngörmüş olup bu sürelerden sonra zilyetliğin idari yoldan korunması mümkün değildir.²⁰⁵

¹⁹⁸ Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, s. 242, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.77, Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, s.109, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 141, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.124, Ayhan, Uçar, "Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru Ve İdari Soruşturma Usulü", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, s. 281-282, Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, s. 20, Ünal ve Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, s.185, Detaylı bilgi için bakınız: Uçar, *Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru Ve İdari Soruşturma Usulü* 281-312. Sayfalar arası.

¹⁹⁹ Sınmaz; Karataş, *Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları*, s. 498.

²⁰⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 102, Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara, s.79, Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, s.130.

²⁰¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 103, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 198.

²⁰² Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 103.

²⁰³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 103, Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II*, s. 191.

²⁰⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 103.

²⁰⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 102.

Osmanlı Hukukunda ahlak ve hukuk kurallarının uygulanması kişilerin inisiyatifine bırakılmamış idarece bu durumlar denetlenmektedir. Denetimin sağlanması için hisbe teşkilatı kurulmuş olup bu teşkilatın İslam Hukuku kurallarının uygulanmasının denetlenmesine ilişkin görevleri de mevcuttur.²⁰⁶

Osmanlıda zilyetliğin idari yoldan korunması işini “Hisbe Teşkilatı” yürütmüştür.²⁰⁷ İslam Hukukundaki hisbe teşkilatının zilyetliğin idari yoldan korunmasına ilişkin görevlerinin olduğu söylenebilir.²⁰⁸ Bu teşkilatın ve zilyetliğin idari yoldan korunmasına ilişkin hisbe teşkilatı benzeri teşkilatların tamamı zilyetliğini kaybeden kişinin hızlı bir şekilde zilyetliğini kazanmasını sağlayıp haksız zilyetliğin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.²⁰⁹ Hisbe teşkilatının görevleri genel olarak kamu hukuku alanında toplumun ahlakını ve kamu düzenini korumaya yönelik olduğu söylenebilir.²¹⁰

SONUÇ

Çalışmada zilyetliğin korunması yolları Osmanlı Hukukunda ve Türk Hukukunda karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Türk Hukukundaki zilyetliğin türleri ile Osmanlı Hukukundaki zilyetliğin türlerinin genel itibariyle benzer mahiyette olduğu, Osmanlı Hukukunda zilyetlik konusu genel olarak içtihadî olarak karşılaşılan sorunlar üzerine değerlendirilmişken Türk Hukukunda ise zilyetlik konusu daha çok sistemleştirilmiştir. Zilyetliğin korunması yolları meşru savunma, zilyetliği korumaya yönelik davalar ve zilyetliğin idari yoldan korunması şeklinde ifade edilebilir. Genel itibariyle hem Osmanlı Hukuk sisteminde hem de Türk Hukuk sisteminde aynı zilyetliğin korunması yollarının olduğu ancak zilyetliği korumaya yönelik davalar yönünden farklılıkların olduğu, yine zilyetliğin idari yoldan korunmasında da kurumlar ve işleyiş yönünden farklılıkların olduğu anlaşılmaktadır. Zilyedin iade yükümlülüğüne ilişkin de zilyedin iyi niyetli ve kötüniyetli olmasına göre ayırım yapıldığı anlaşılmıştır.

Hangi tür zilyetliğin korunacağına ilişkin farklı sistemlerin olduğu, bazı sistemlerde Türk Hukuk sisteminde olduğu gibi zilyetliğin arkasında hak olup olmadığına bakılmaksızın sırf zilyetlik olmasından dolayı korunmaktadır. Bazı sistemlerde de Osmanlı Hukukunda olduğu gibi zilyetliğin korunabilmesi için zilyetliğin haklı zilyetlik olması gerekmektedir. Zilyetliğin hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın korunması gerektiğini düzenleyen hukuk sistemleri kamu düzeninin, toplumsal huzurun sağlanması amacıyla sırf zilyetliği korumayı tercih etmektedir. Zilyetliğin hakka dayanması gerektiğini belirten sistemlerde de kişinin hakkına büyük önem verildiği, çeşitli nedenlerle hiç kimsenin hakkına hanel gelmeyeceğini savundukları anlaşılmıştır. Osmanlı Hukuk sistemindeki zilyetliğin korunması yollarının izlerinin genel itibariyle Türk Hukuk sisteminde de görüldüğü benzer yönlerinin çok fazla olduğu anlaşılmaktadır.

²⁰⁶ Habergetiren ve Yalnız, *Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı*, s. 284-285.

²⁰⁷ Karaman, Mukayeseli *İslam Hukuku 3. Cilt*, s.188, Topal, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, s. 419 (<https://islamansiklopedisi.org.tr/zilyedlik> : Erişim Tarihi: 24.09.2022).

²⁰⁸ Topal, “İslam Hukukunda Zilyedlik”, s. 165, Karaman, Mukayeseli *İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 197.

²⁰⁹ Topal, “İslam Hukukunda Zilyedlik”, s. 165, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, s. 196.

²¹⁰ Habergetiren, ve Yalnız, *Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı*, s.283.

Türk Hukukunda hakka dayanmayan zilyetliğin korunmasındaki amaç genel itibariyle kişilerin huzur ve güvenliğinin sağlanması, toplumsal düzenin sağlanması olsa da hırsızın, malı hak sahibinden zorla almış ancak görünürde zilyet olan kişinin, zilyetliğinin korunmasının genellikle mülkiyet hakkı sahibi olan önceki zilyede malının teslim edilmeyip hali hazır zilyedin geçici süre de olsa zilyetliğinin korunmasının mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir.

Osmanlı Hukukunda tanık delili önemli bir delil olarak karşımıza çıksa da toplumumuzdaki ahlaki bozulmalar, dini hassasiyetlerdeki azalmalardan, kul hakkı hususundaki hassasiyetlerdeki azalmalardan kaynaklı olarak insanların kendilerinin veya tanıdıklarının menfaatlerini korumak amacıyla tanıklık aşamasında yalan söyleyebildikleri uygulamada karşılaşıldığından dolayı Türk Hukukunda Osmanlı Hukukundan farklı olarak tanık deliline şüphe ile bakılarak yan delillerle desteklenmediği sürece tanık deliline fazlaca önem atfedilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Mal aynen mevcut değil ise Osmanlı Hukukunda malın gasp yer ve zamanındaki değerine göre Türk Hukukunda ise geri verme anındaki değerine göre karşılığı hak sahibine ödenmektedir. Enflasyonun fazla olduğu yerlerde malın gasp anı ile geri verme anındaki değerleri arasında büyük fark olabileceği dikkate alınarak malın geri verme anındaki değerinin hak sahibine ödenmesinin hakkaniyete daha uygun olduğu değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akipek Jale G, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Akşit Mustafa Cevat, *Mebzur*, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, 2008.
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklık, 1954.
- Antalya Gökhan, *Eşya Hukuku Cilt II*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018.
- Ayan Mehmet, *Eşya Hukuku I Zilyetlik Tapu Sicili*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- Aydın Mehmet Akif, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", *Osmanlı Araştırmaları*, Cilt 24, Sayı 24, 2004, s.37-46.
- Barutçu Ecenur, "Roma Hukukunda Zilyetliğin Korunmasına Yönelik Hukuki Çare: Interdictum", *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2021, s.189-205.
- Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, *Türk Hukuk Lügati*, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Berki Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye)*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990.
- Bilmen Ömer Nasuhi, *Büyük İslam İlmihali*, İstanbul, Bilmen Basım ve Yayınevi, 1986.
- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi*, İstanbul, Milliyet Gazetecilik A.Ş., 1986.
- Cardahi Choueri, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik Hukuki Niteliği, Sonuçları ve Zilyetlik Davaları*, Çev., Halil Cin, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, 1966, 799-813.
- Cardahi Choueri, *Osmanlı Hukukunda Zilyetlik İkinci Kısım Zilyetlik Davaları*, Çev., Halil Cin, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3, 1968, s.239- 261.
- El-Hin Mustafa, Mustafa El Buğa ve Ali Eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhı*, İstanbul, Arslan Yayınları, 1994.
- Erman Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, Der Yayınları, 2017.
- Ertaş Şeref, *Eşya Hukuku*, İzmir, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2012.
- Esener Turhan ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Fetavayi Hindiyeye Ansiklopedik İslam Fıkhı*, Ankara, Akçağ Yayınları, 1986.
- Güvenç Halil, *Büyük Şafii İlmihali*, İstanbul, İlim Yayınları, 1984.
- Habergetiren Ömer Faruk ve İshak Yalnız, "Osmanlı Devleti'nde Hisbe Teşkilatı", *Journal of Social Sciences and Humanities*. Cilt 5, Sayı 2, 2021, s. 280-296.
- Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku 2. Cilt*, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001.
- Karaman Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku 3. Cilt*, İstanbul, İz Yayıncılık, 2001.
- Keskin Mehmet, *Şafii Fıkhı II*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Kılınc Ahmet, "The Influence Of The Ottoman State On Islamic Law". Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, Sayı 2022-2, 2022, s. 547-580.
- Mahmutoglu Yakup, "İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2012, s.131-151.
- Nomer Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

- Osmanoğlu Karahasanoğlu Cihan, *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, Cilt 29, Sayı 29, 2011, s.93-124.
- Otaçı Cengiz, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zilyetliğin Korunması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 0, Sayı 10, 2012, s. 537-567.
- Örsten Esirgen Seda, "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri" Adalet Dergisi, Cilt 0, Sayı 62-63, 2019, s. 429-480.
- Örsten Seda, *Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Feva Mecmuaları*, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt 0, Sayı 4, 2007, s. 29-40.
- Özdemir Recep, *Mecelle'de Eşya Hukuku*, Hikmet Yurdu Düşünce-Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Cilt 13, Sayı 26, 2020, s. 121-142.
- Özlük Betül, "Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 1, 2019, s. 139-166.
- Padel W. ve L. Steeg, "Zaman Aşımı", Çev. Halil Cin, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, 1966, s. 815-821.
- Sert Sütçü Selin, "Dolaylı- Dolaysız Zilyetlik Kavramlarının Ayırt Edilmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2019, s. 259-284.
- Sınmaz Burhan ve İzzet Karataş, *Zilyetlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1989.
- Sirmen A. Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Şengül Eda Şahin, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, 2022, s. 169-206.
- Şentürk Lütfi ve Seyfettin Yazıcı, *İslam İlmihali*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2013.
- Topal Şevket, "İslam Hukukunda Zilyetlik", Doktora Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2000.
- Topal Şevket, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Araştırmaları Merkezi, 2013.
- Uçar Ayhan, "Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru Ve İdari Soruşturma Usulü", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 3-4, 2008, s. 281-312.
- Üçok Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 1947, s. 48-73.
- Ünal Mehmet ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Yavuz A. Fikri, *Açıklamalı-Muameleli İslam İlmihali İslam Fıkhı ve Hukuku*, İstanbul, Çile Yayınevi, 1963.

İnternet Kaynakları

- <https://dergipark.org.tr/tr/>
- <https://diyarbakirsicilleri.name.tr/>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
- <http://www.kuranikerim.com/mdiyamet/nisa.htm>
- <https://www.osmanlica.com/tr/dilceviri/translate>

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

COVID-19 TEDBİRLERİ NEDENİYLE İDARENİN SORUMLULUĞU VE SALGIN KOŞULLARININ MÜCBİR SEBEP KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION DUE TO COVID-19 MEASURES AND EVALUATION OF THE EPIDEMIC CONDITIONS WITHIN THE SCOPE OF FORCE MAJEURE

Musa Soysal*

ÖZ

Yeni tip koronavirüs (Covid-19) ilk ortaya çıktığı andan bu yana tüm dünyada çeşitli şekillerde zararlara sebep olmuştur. İdareler virüs kaynaklı salgını önlemek adına pek çok faaliyette bulunmuş ve tedbirler uygulamıştır. Bu durumun tezahürü Türkiye’de de kendini göstermiştir. Fakat görülmektedir ki alınan tedbirler kişiler aleyhinde bazı olumsuz durumlar doğurmaya müsaittir. Bu sebeple ilerleyen dönemlerde idarenin sorumluluğu sıkça gündeme gelebilecektir. İdareler faaliyetleri sırasında sebep oldukları zararları hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk esasları gereği tazmin etmekle yükümlüdür. Hizmet kusuru idarenin faaliyeti sırasında hukuka aykırı davranması sonucunda ortaya çıkarken kusursuz sorumlulukta idarenin faaliyeti hukuka uygundur, fakat bazı kişiler aleyhine bir zarar doğmuştur. Kusursuz sorumluluğun gündeme gelebileceği bu gibi hallerde kişinin toplum yararına uğradığı zarar sadece bu kişinin üzerine bırakılmamalıdır. Bu gereklilik üzerine idare zarardan kusursuz sorumlu tutulur. Ancak belirli hallerin mevcudiyeti idarenin sorumluluğunu artıracak ya da azaltacak bir etkiye sebep olabilmektedir. Günümüzde oluşan salgın ortamında alınan tedbirlerin hukukiliği ve neticesinde idarenin sorumluluğu tartışmalıdır. Salgın şartlarının idareler adına sorumluluğu etkileyip etkilemediği ise izaha muhtaçtır.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, İdarenin Sorumluluğu, İdari İşlem, Koronavirüs Tedbirleri, Sokağa Çıkma Yasağı, Mücbir Sebep

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

0000-0002-1452-349X musasoyisal@sakarya.edu.tr



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

ABSTRACT

The new type of coronavirus (Covid-19) has caused harm in various ways all over the world since its first appearance. The administrations have carried out many activities and implemented measures to prevent the virus-induced epidemic. The manifestation of this situation has also manifested itself in Turkey. However, it is seen that the measures taken are suitable to cause situations against some people. For this reason, the responsibility of the administration may come to the fore frequently in the future. Administrations are obliged to compensate the damages they cause during their activities in accordance with the principles of service fault and strict liability. While the fault of service arises as a result of the administration's unlawful act during its activity, the activity of the administration in strict liability is in accordance with the law, but a loss has arisen against some people. In such cases, where strict liability may come to the fore, the harm suffered by the person for the benefit of society should not be left solely on this person. Upon this requirement, the administration is held perfectly responsible for the damage. However, the existence of certain circumstances may affect the responsibility of the administration. The legality of the measures taken in the current epidemic environment and the responsibility of the administration as a result are controversial. Whether the epidemic conditions affect the responsibility on behalf of the administrations needs explanation.

Keywords: Responsibility, Responsibility of the Administration, Administrative Act, Coronavirus Measures, Curfew, Force Majeure

GİRİŞ

18.yy. Avrupası'nda hak ve özgürlükler kapsamında meydana gelen gelişmeler neticesinde pek çok iktidar sorgulanmaya başlanmıştır. İnsanlar fert olmanın verdiği özveri ile beraber düşünme ve irdeleme faaliyetlerine hız vermişlerdir. Bunun neticesinde tarih boyunca dokunulmaz olduğu zannedilen devlet iktidarının ölçüsü tartışmaya açılmıştır.¹ Tarihsel süreçte devlet ve dolayısıyla idareler kamu gücü sahibi olmaları sonucu sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulmamıştır. Ancak Aydınlanma Çağı'nın etkisiyle idarenin sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulması gerektiği anlayışı ortaya çıkmıştır.² Bunun neticesinde başta özel hukuk hükümleri, daha sonra ayrı bir hukuk dalı olarak kabulüyle idare hukuku hükümleri gereği idarelerin sorumluluğu kabul edilmiştir. Hukuk devleti ilkesi ile beraber ortaya çıkan idarenin mali sorumluluğunu yine bu ilkenin bir parçası kabul etmek mümkündür.³ İdarenin sorumluluğunun irdelendiği erken örnekler bakıldığında da görülecek ki kurulan hükümler hukuk devleti ilkesi esasına dayanmaktadır.⁴ İlerleyen süreçte sosyal devletlerin ortaya çıkışı devletlerin uyruklarını sosyal eşitsizliklere karşı koruma çabasını da beraberinde getirmiştir. Bu anlayışın bir görünümü olarak idarelerin kusuru olmaksızın, hukuka uygun faaliyetlerinden doğan zarardan sorumlu tutulması gösterilebilir.⁵ Bu gelişmelerin neticesinde idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların günümüzde kabul edildiği bilinmektedir.

Dünyada kuş gribi, domuz gribi ve ebola gibi pek çok salgın hastalık görülmüştür. 21.yy.'deki örneklerine son bir halka da koronavirüsle beraber eklenmiştir. Hastalık, hızlı yayılımı ve öldürücü etkisi sebebiyle dünyada infiale neden olmuştur. Bunun gereği olarak kamu düzeni ve genel sağlığı korumayı kendine amaç edinmiş idarelerin salgını durdurmak adına tedbirler aldığı görülmektedir. Ancak her idari faaliyette mevcut olan tehlike bu tedbirler bakımından da geçerlidir. İdareler, faaliyetleri esnasında zarara sebep olabilmektedir. Zarara uğrayan kimseler ise zararlarının tazmini için idarenin sorumluluğuna başvurmaktadır.

Türkiye'de de salgının etkilerinin önlenmesi adına sokağa çıkma yasağı, şehirlerarası yolculuk kısıtı, iş yerlerinin belirli zamanlarda kapatılması gibi tedbirler alınmıştır. Bu tedbirler pek çok temel hak ve hürriyetle ilgili sınırlamalar ifade etmektedir ve dolayısıyla kişiler adına zarar doğurmaya müsaittir. Peki, mevcut tedbirler itibarıyla idarenin sorumluluğu doğmuş mudur, doğmuşsa hangi sorumluluk türü söz konusudur? Tedbirlerin idari işlem olduğu dikkate alınırsa bu tedbirlerin unsurları itibarıyla mevzuata, dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığı incelenmeye değerdir.

¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, "Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 44, sy 03 (01 Mart 1989): 206.

² Murat Yaman, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi* 18 (2003): 91.

³ Ülkü Azrak, "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 28, sy 2 (1962): 367.

⁴ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 164; Müzeyyen Eroğlu Durkal, "İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı Ve Temeli", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23, sy 1 (22 Mart 2019): 164.

⁵ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, 26. bs (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 349.

İdarelerin sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da sorumluluğunun azalmasına sebep olan hususlar söz konusudur.⁶ Bunlar mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin veya üçüncü kişinin zarara etkili davranışının gerçekleşmesi ile söz konusu olmaktadır.⁷ Mücbir sebep konumuz bakımından incelenmeye değerdir. Zira mücbir sebep halinde idarelerin kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Salgın hastalık ise bu kapsamda değerlendirilebilir mi? Metinde bu sorunun cevabına ilişkin de bir inceleme yapılmış bulunmaktadır. Makalenin ilk kısmında idarenin sorumluluğu genel hatlarıyla açıklanmıştır, sonraki bölümlerinde ise Covid-19 kapsamında idarenin sorumluluğunun doğup doğmayacağı ve salgının mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı incelenmiştir.

I. SORUMLULUK VE İDARENİN SORUMLULUĞU KAVRAMLARI

Sorumluluk, bir kimsenin üstüne aldığı, yapmak zorunda bulunduğu ya da yaptığı bir iş için gerektiğinde hesap verme durumunu ifade etmektedir.⁸ Dolayısıyla sorumluluk kavramı hesap verme ile doğrudan bağlantılıdır. Bu sebeple kavramın aslının dini bir temele dayandığını söylemek mümkündür.⁹ Zira dini inancın temelinde insanların dünyada yapmış olduğu davranışların cennetle ödüllendirilmesi veya cehennemle cezalandırılması söz konusudur. Bu da insanların davranışları ile sorumlu olduğunu göstermektedir.

Tanımın hukuki boyutuyla incelenmesi halinde ise sorumluluk, oluşan zararın kim tarafından üstlenileceğini belirleyen, bunun neticesinde de zarar görenin zarar veren karşısında zararının giderilmesini isteme hakkını tanıyan kavramdır.¹⁰ Diğer yandan sorumluluk, hukuk kurallarınca yerine getirilmesi beklenen bir ödevin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkmaktadır.¹¹ Ayrıca hukuk kurallarınca yasaklanan bir fiilin gerçekleştirilmesinde de bir zarar doğduğu halde, zarar verenin zararı tazmin maksadıyla sonuçları yüklenmesi sorumluluk gereğidir.¹²

Hukuk alanında genel manada iki sorumluluk türü ile karşılaşmaktadır. İlki hukuki sorumluluk olarak da bilinen, kişinin bir başkasına verdiği zararları gidermesini kapsayan mali sorumluluktur.¹³ Diğeri ise kanunlarda suç olarak sayılan fiillerin işlenmesinden failleri mesul tutmaya yarayan cezai sorumluluktur.¹⁴ İdarenin sorumluluğu ise bir mali (hukuki) sorumluluktur.¹⁵ Ancak kendine has ve farklı özellikler de içermektedir.¹⁶

⁶ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, c. 3 (İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, 1966), 1718.

⁷ Celâl Işıklar, "Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Hâller", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy 1 (08 Mart 2019): 130.

⁸ TDK "sorumluluk" maddesi, <https://sozluk.gov.tr> Erişim Tarihi: 03.05.2021.

⁹ Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 5. bs, c. 2 (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021), 349.

¹⁰ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 2. bs (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019), 359.

¹¹ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 597.

¹² Ali Fuad Başgil, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", *Adliye Ceridesi* 6 (1940): 583.

¹³ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 2:337.

¹⁴ Atay, *İdare Hukuku*, 359.

¹⁵ Atay, 359.

¹⁶ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 285; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, c. 2 (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1061.

Dolayısıyla idare, faaliyeti sırasında sebep olduğu zararları gidermekle yükümlüdür.¹⁷ Bu faaliyet genel olarak özel hukuk hükümlerine göre yürütülüyorsa özel hukuk kurallarına göre, kamu hukuku hükümlerine göre yürütülüyorsa kamu hukuku kurallarına göre idare tarafından zarar tazmin edilmelidir.¹⁸ Kamu hukuku hükümlerine göre yürütülmekle beraber idarilik özelliğini yitirmiş fiili yol oluşturan durumların çözüm yeri ise adli yargı yerleridir.

İdareyi sorumlu tutmak adına idari faaliyetten hakları muhtel olanlar zararlarının giderilmesi adına idari yargıda tam yargı davası açmalıdırlar.¹⁹ İdarenin faaliyetinin idarilik niteliğini kaybettiği haksız fiil niteliğindeki eylemleri sebebiyle²⁰ veya özel hukuk hükümlerinin hâkim olduğu faaliyetleri sebebiyle ise adli yargıda dava açılması gerekmektedir.²¹

II. COVID-19 TEDBİRLERİNİN HUKUKA UYGUNLUK DEĞERLENDİRMESİ

A. İDARENİN SORUMLULUĞU ÇEŞİTLERİ VE HUKUKİLİK AYRIMI

İdarenin sorumluluğuna ilişkin hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ayrımı yapılmaktadır.²² Türk Danıştay'ı kararlarında hizmet kusuru, bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesi veya teşkilatında, yapısında, personelinde ya da işleyişindeki birtakım eksiklikler sebebiyle ortaya çıkan düzensizlik, sakatlık, aksaklık, aykırılık, bozukluk şeklinde tanımlanmaktadır.²³ Bu sebeplerden dolayı idarelerin yürütmekle görevli olduğu hizmetlerin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.²⁴ Bu durumda idare, faaliyeti sırasında hukuka uygun davranmayarak faaliyetin muhatabı bakımından zararlara sebep olmaktadır. Bu zararların tazmini ise hizmet kusuruna dayandırılmak suretiyle mümkündür.²⁵

İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise idarenin faaliyeti hukuka uygundur. Fakat bu faaliyet kapsamında faaliyetin muhatabı kimseler bakımından çeşitli zararlar meydana gelmiştir. Bu kimseler aleyhine fakat toplum lehine gerçekleşen dengesizliğin giderilmesi ise kusursuz sorumluluğun kabulü ile mümkündür.²⁶ Dolayısıyla kusursuz sorumluluk sebebiyle

¹⁷ Gözler, *İdare Hukuku*, 2:1035; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 1966, 3:1962.

¹⁸ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 12. bs (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 123.

¹⁹ Lütfi Duran, "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 33, sy 3-4 (1967): 3.; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 2. bs (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 278; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 15. bs (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021), 229; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 12. bs (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 297.

²⁰ Gürsel Kaplan, "İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: 'Fiil Yol'", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 1 (01 Haziran 2007): 908.

²¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 468.

²² Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, c. 1 (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 698; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. bs (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 369; Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 287; Atay, *İdare Hukuku*, 360.

²³ Danıştay 10.Dairesi, T.17.10.1983, E.82/185, K.83/1984; Danıştay 15.Dairesi, T. 20.3.2014, E. 2013/3957, K. 2014/2049; Danıştay 15.Dairesi, T. 23.12.2015, E. 2015/7517, K. 2015/9092; Danıştay 15.Dairesi, T. 9.11.2017, E. 2017/1256, K. 2017/6565.

²⁴ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 1966, 3:1736.

²⁵ Gözler, *İdare Hukuku*, 2:1083.

²⁶ Gözler, 2:1042.

idareyi sorumlu tutabilmek için zararlar idari faaliyet arasındaki illiyetin ispatı yeterlidir.²⁷ Kusursuz sorumluluğun özel bir görünümü şeklinde incelenen sosyal riskte ise oluşan zarar ile idarenin faaliyeti arasında bir illiyet bulunmamaktadır.²⁸ Covid-19 tedbirleri özelinde konu ele alınırsa zararın, tedbirin uygulanması şeklinde ortaya çıkan idari faaliyet sebebiyle oluştuğu görülür. Bu illiyetin varlığı sebebiyle tedbirler bakımından sosyal riskten kaynaklanan sorumluluk incelemesi yapılmayacaktır.

Ancak koronavirüs salgınının sosyal risk kapsamında incelenmesi mümkün olabilir. Sosyal risk, insanların beraber, bir arada yaşaması sebebiyle muhatap olması muhtemel ve bazen kaçınılmaz risk, tehlike hali olarak ifade edilebilir.²⁹ Sosyal riskte diğer sorumluluk hallerinden farklı olarak idarenin personelinden veya doğrudan yürütmekte olduğu hizmetten kaynaklanan bir tehlikeden değil, idareye tamamen yabancı kimselerin sebep olduğu zararlardan bahsedilmektedir.³⁰ Dolayısıyla zarar ile idari faaliyet arasında bir illiyet bağı söz konusu değildir. Yargı kararlarında da görülebileceği üzere ilkenin kabulü ile beraber topluma yönelmiş tehlikenin sebep olduğu zarar, idare tarafından tazmin edilerek topluma pay edilecektir.³¹ Sosyal risk ilkesi şuan için terör olayları ve toplumsal gösteri yürüyüşleri gibi belirli durumlarda söz konusu olsa da kapsamının geniş yorumlanması gerekmektedir. İlliyet bağının aranmaması sebebiyle oluşan zararın giderilmesi, zarara uğrayan kişiler bakımından önemli bir imkanı ifade etmektedir. Amacı toplumsal adaletsizliklerin giderimi olan sosyal devlet anlayışının³², kabulü ile idarenin kusursuz sorumluluğu ilkesinin temellerini sağlamlaştırdığını ifade etmek gereklidir. Bu sebeple kusursuz sorumluluk ilkesinin bir görünümü olan sosyal risk ilkesinin uygulanmasının genişlemesi ve sadece belirtilen iki durumla sınırlandırılmaması bu anlayışa uygun olacaktır. Ayrıca diğer sorumluluk hallerinden ayrılan yanları ve zarara uğrayan kişilere sağladığı imkan itibarıyla sorumluluk hukukuna ilişkin münferit bir ilke olarak kabul edilmesi de yararlı olacaktır. Böylelikle kavram, idari faaliyet haricinde gerçekleşen illiyet bağının olmadığı durumlar objektif bir şekilde tespit edilip sınırlı bulunduğu alandan çıkartılacaktır.

Tek başına koronavirüs salgını da idarenin faaliyeti dışında gerçekleşen ve toplumu tehdit eden bir tehlikedir. Doğrudan salgın sebebiyle idare edilenler pek çok zarar görmüştür. Ekonomik faaliyetlerin sekteye uğramasının dışında kişilerin hastalığa maruz kalması sebebiyle sağlık hizmetlerine ve dolayısıyla sürekli sağlık giderlerine muhatap oldukları görülmektedir. Buna benzer pek çok zarar halinin giderimi de sosyal devlet ilkesinin, kusursuz sorumluluk ilkesinin ve sosyal risk ilkesinin amacı ile bağdaşır nitelik göstermektedir.

²⁷ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu* (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974), 47.

²⁸ Ali Ülkü Azrak, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", içinde *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III* (Ankara: Fakülteler Matbaası, 1980), 136,137.

²⁹ Azrak, 136; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 4. bs (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021), 575; Ramazan Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", içinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu* (Gazi Üniversitesi Yayınları, 2009), 470; Hayrettin Yıldız, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi", *TBB Dergisi*, sy 116 (2015): 150.

³⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 130.

³¹ Danıştay 10.Dairesi, T. 21.04.2008, E. 2006/5024 K. 2008/2685, Danıştay 10.Dairesi, T. 25.2.2003, E. 2001/4795 K. 2003/696, Danıştay 10.Dairesi, T. 21.10.2020, E.2015/4478, K.2020/4057.

³² Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. bs (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020), 377..

Öte yandan sosyal riske konu olan tehlike hali çoğu zaman idarenin önlemekle görevli olduğu, kamu düzenini sağlamaya yönelik hizmetleri ile ilgilidir. Tehlikenin önlenememesi halinde idarenin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin gereği gibi işleyememesi ya da kötü işlemesi hali söz konusu olabilir.³³ Bu durumda sosyal risk ilkesinin uygulanmasına gerek yoktur, hizmet kusuru gereği idare zararı tazmin etmelidir. İdarenin kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetlerine kolluk faaliyetleri denmektedir.³⁴ İdare kolluk faaliyetleri aracılığıyla kamu düzenini sağlamakla görevlidir. Kamu düzeninin genel güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık ve genel ahlak gibi unsurları mevcuttur.³⁵ Koronavirüs ise doğrudan genel sağlığı tehdit etmektedir. Bu sebeple genel sağlığın korunamaması sebebiyle kişilerin uğramış olduğu zararların, idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kötü işlemesiyle ortaya çıktığı savunulabilecektir.

Hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ayrımı, belirtilen sebeplerde de görülebileceği üzere yürütülen faaliyet sırasında idarenin tesis ettiği işlemlerin veya eylemlerin hukuka uygun olup olmamasına göre yapılmaktadır.

İdari işlemin hukuka uygun olup olmadığının anlaşılması adına işlemin unsurlarının incelenmesi gerekmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun iptal davalarını tanımladığı 2.maddesinin birinci fıkrasında; “İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları” şeklinde belirtildiği üzere idari işlemin unsurları yetki, şekil, sebep, konu ve maksattır(amaç). Bu unsurlar herhangi bir sakatlık içeriyorsa işlemin hukuka uygun olduğu söylenemez. Koronavirüsle mücadele kapsamında alınan tedbirlerin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk kapsamında idarenin sorumluluğunu doğurup doğurmadığı, eğer doğuruyorsa idarenin ne sebeple sorumlu tutulacağına incelenmesi için idari işlemin özellikle yetki ve sebep unsurlarına ve bu unsurlardaki aykırılıklara kısaca değinmek gereklidir. Nitekim uygulanan tedbirlere bakıldığında görülecektir ki hukuka uygunluk veya aykırılık tartışması bu unsurlara dayanmaktadır.

İdari işlemin yetki unsuru, idari işlemin ilgili mevzuatla irade açıklamaya yetkili kılınmış kişiler tarafından yapılabilmesini ifade etmektedir.³⁶ Dolayısıyla kimse yetkili olmadığı bir konuda idare adına irade açıklayamaz. İdare hukukunda bu durum “yetkisizlik kural, yetkili olmak istisnadır”³⁷ şeklinde ifade edilmektedir.³⁸ Aksi halde idari işlem, yetki unsurundaki sakatlıklar sebebiyle hukuka aykırı olacaktır.

İdareyi idari işlem yapmaya yönelten saik ise idari işlemin sebep unsurunu oluşturur. Bu saik mevzuattan kaynaklanabileceği gibi bir hukuki işlem veya maddi olaydan da

³³ Günday, *İdare Hukuku*, 381.

³⁴ Günday, 286; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 572.

³⁵ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 40.; Günday, 292; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 579.

³⁶ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 2:50, 51.

³⁷ S. Burak Açıdoğru, “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 1-2 (13 Haziran 1999): 3.

³⁸ Atay, *İdare Hukuku*, 236.

kaynaklanabilir.³⁹ İşlemin sebebinin mevzuatta gösterilip gösterilmemesi dikkate alınarak idari işlemleri tasnif etmek mümkündür. İdari işlemin sebebi açıkça mevzuatta gösterilebilir. Bu halde idarenin bağlı yetkisi olduğu kabul edilir, yani idarenin hangi durumda ne tür bir idari işlem yapacağı açıktır.⁴⁰ Sebep mevzuatta gösterilmekle beraber “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*kamu yararı*” gibi belirsiz kavramlarla ifade edilmiş olabilir. Bu halde mevzuat idareye kavramı yorumlama yetkisi vererek duruma göre hakkaniyetin gerektirdiği şekilde işlem yapma yetkisini vermektedir.⁴¹ Takdir yetkisine ilişkin görünümün önemli bir örneğini teşkil eden bu durumda bağlı yetki ile getirilmeye çalışılan kesinlik, iyi idare olmanın gereklerinin yerine getirilebilmesi adına yumuşatılmıştır. Tasnifte üzerinde durulacak son hal ise sebebi mevzuatta gösterilmemiş idari işlemlerdir. Bu hallerde idarenin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu kabul edilir. Ancak bu yetki keyfiliğe yol açacak türden geniş yorumlanamaz. Burada sınır, kamu yararına ve idari hizmetlerin yürütülmesi gereklerine uygun davranmaktır.⁴²

Yapılan tasnifte de görüldüğü üzere bir idari işlem mevzuat hükümlerine, hizmetin gereklerine ve nihayetinde kamu yararına uygun olmalıdır. Aksi durum için işlemin sebep unsurundaki sakatlıklar sebebiyle hukuka aykırı olduğu kabul edilecektir. Bu sakatlıklar çeşitli şekilde kendini gösterebilmektedir. Eğer idari işlemi yapmayı yönelten saik mevcut değilse işlem hukuka aykırı olacaktır. Dayanılan sebebin yanlış nitelendirilmesi ve sebebin idari işlem yapmaya yeterli olmaması halleri diğer sakatlık halleridir.⁴³ Eğer idari işlemin sebep ile idari işlemin konusunu oluşturan hukuki sonuç arasında ölçsüzlük bulunuyorsa da idari işlemin hukuka uygunluğundan bahsedilemez.⁴⁴

Dolayısıyla unsurları itibarıyla sakatlık barındıran idari işlem hukuka aykırı bir nitelik arz etmektedir. Bu durumda herhangi bir zararın doğması halinde, işlemi tesis eden idarenin sorumluluğunun incelenmesi gerekmektedir.

B. COVID-19’UN ORTAYA ÇIKIŞI VE TÜRKİYE’DE UYGULANAN TEDBİRLER

Covid-19 Çin’in Hubei eyaletine bağlı Wuhan kentinde 12 Aralık 2019’da tespit edilmesinden sonra hızlı bir yayılım göstermiş, başta komşu ülkelerde daha sonra dünya trafiğinin merkezi olan Avrupa ülkelerine ve Amerika’ya sıçramıştır. İlk görüldüğü haliyle belirlenen vakalar Dünya Sağlık Örgütü tarafından SARS gibi diğer virüs türleri sebebiyle ortaya çıktığı sanılsa da yayılımın ardından mutasyonlu bir yeni virüs olduğu dünya kamuoyu tarafından kabul edilmiştir. Bilimsel çalışmalarda belirlendiği üzere virüs solunum ve temas yolu gibi çeşitli şekillerde yayılım gösterebilmektedir. Bu durum, dünya halklarının artık iç içe geçmiş sosyal ilişkileri de gözetildiğinde hastalığın hızlı yayılımını anlaşılabilir kılmaktadır.

³⁹ Günday, *İdare Hukuku*, 153.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 407.

⁴⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 114.

⁴¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 409.

⁴² Danıştay 5. Dairesi, T. 10.12.2004, E. 2004/3658, K. 2004/5187; Danıştay 14. Dairesi, T. 17.2.2015, E. 2013/9920, K. 2015/1171; Danıştay 8. Dairesi, T. 16.3.2020, E. 2018/6929, K. 2020/1897; Selami Celayir, “İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve (Görülen Lüzum) Telâkkisi”, *Türk İdare Dergisi*, sy 257 (1959): 97; Sinan Seçkin ve Gül Üstün, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi Ve Gereke İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (01 Ocak 2016): 514; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 410.

⁴³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 412.

⁴⁴ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 2:81.

Nitekim bakıldığında insanlar çeşitli vasıtalarla dünyanın bir yerinden kısa sürede başka bir yerine ulaşabilmektedir.

Çin dışında Tayland, Kore, İran, Fransa, İtalya ve Amerika gibi dünyanın pek çok yerinden ölüm haberlerinin duyulması üzerine Dünya Sağlık Örgütü yeni tip koronavirüsü 11 Mart 2020'de dünya çapında etkili salgın(pandemi) olarak ilan etmiştir. Türkiye'de de aynı gün ilk koronavirüs vakasının tespit edildiği Sağlık Bakanlığı tarafından duyurulmuştur. Salgının ciddiyeti kısa sürede tüm dünya tarafından idrak edilmiş ve ülkeler yayılımı durduracak tedbirler uygulamaya başlamıştır. Türkiye'de de paralel tedbirler bu dönemde uygulamaya konulmuştur.

Hastalığın hızlı yayılımı ile beraber kamunun bundan etkilenmesi sonucu kamu yararı amacıyla faaliyette bulunan idarelerin de hastalıkla mücadele amacıyla tedbirler uygulaması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Türkiye'de ve mağdur diğer ülkelerde idareler, hastalığın etkilerini ortadan kaldırmak adına faaliyette bulunmaya başlamıştır. Bu durum dikkate alınırca idare hukuku için yeni bir tartışma ortamının da oluştuğu ifade edilmesi gerekir. Zira en yakın örneğini 20.yy'ın başında İspanyol Gribi şeklinde gördüğümüz pandemide 21.yy'ın gelişmiş idari teşkilatlarının nasıl konum aldığı dikkate değerdir. Hastalıkla yapılan bu mücadele sürecinde idareler kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran çeşitli tedbirler uygulamış ve hala uygulamaktadır. Uygulanan bu tedbirler sebebiyle kişilerin mağduriyet yaşaması muhtemeldir, maddi ve hatta manevi zarara uğranıldığından bahisle idarenin sorumluluğunun tartışılması çok da akla uzak olmayacaktır.

Covid-19'un dünya tarafından tanınmasından sonra devletler bu durumu güvenlik sorunu olarak kabul etmiş ve gerekli tedbirleri almaya başlamıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak adına bazı tedbirlere başvurmuştur.

10 Ocak 2020 tarihinde Sağlık Bakanlığı bünyesinde başkanlığını Sağlık Bakanı'nın yaptığı, üyelerinin tıp alanında görev yapan bağımsız bilim insanlarından seçildiği Sağlık Bakanlığı Koronavirüs Bilim Kurulu kurulmuştur.⁴⁵ Kurul danışma kurulu niteliğine haiz olup kararları tavsiye niteliğindedir. Bilim Kurulunun bu süreçte salgın yönetiminde etkin bir şekilde rol alıp yürütülen mücadeleye yön vermesi beklenmiştir. Ancak kararlarının bağlayıcılığının olmaması ve salgınla mücadelenin ileri safhalarında siyasi etkiden uzak kalamaması gibi sebeplerden dolayı kurulun yapısına ilişkin soru işaretleri bulunmaktadır.

İlerleyen süreçte virüslü vakaların ülkeye girişini engellemek maksadıyla Çin, İtalya ve İran gibi ülkelerle karşılıklı uçuşlar durdurulmuş ve sınır kapıları kapatılmıştır.⁴⁶ 11 Mart 2020'de tespit edilen ilk vaka, belirlenen hastanede tecrit edilmiştir. Bu, sonraki uygulamaların ilk emsalini teşkil edecektir.

⁴⁵ "Türkiye'nin koronavirüsle mücadele politikasına 'Bilim Kurulu' yön veriyor", <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/turkiyenin-koronavirusle-mucadele-politikasina-bilim-kurulu-yon-veriyor/1777215>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁴⁶ "Turkey leading example in fight against coronavirus", <https://www.dailysabah.com/turkey/turkey-leading-example-in-fight-against-coronavirus/news>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

Bunun üzerine Cumhurbaşkanı başkanlığında 12 Mart 2020’de bakanların katılımıyla, alınacak tedbirlerin görüşüldüğü bir toplantı gerçekleştirilmiştir. Toplantı sonrası okulların bir hafta tatil edilmesine ve spor müsabakalarının Nisan sonuna kadar seyircisiz oynanmasına dair Cumhurbaşkanlığı kararı ilan edilmiştir.⁴⁷ Daha sonra alınacak kararlarla öğrencilerin internet üzerinden eğitimlerini sürdürecekleri uzaktan eğitim sistemine geçilmiştir.

15 Mart 2020’de Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından başta umre sebebiyle Suudi Arabistan’dan dönen yolcular olmak üzere yurtdışından gelen yolcuların Ankara ve Konya’da Kredi Yurtlar Kurumu’na ait yurtlara yerleştirilip karantinaya alınacağı açıklanmıştır.⁴⁸

16 Mart 2020’de İçişleri Bakanlığı tarafından 81 il valiliğine koronavirüs tedbirlerini içeren genelge gönderilmiştir. Buna göre sinema, düğün salonu, kafeterya, kahvehane gibi Umuma Açık İstirahat ve Eğlence Yerlerinde faaliyetler geçici bir süreliğine durdurulmuş, STK’nın toplantıları ertelenmiştir.⁴⁹ Yine aynı gün Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından camilerde cuma namazı kılınmasına ara verildiğine dair Din İşleri Yüksek Kurulu kararı açıklanmıştır.⁵⁰

21 Mart 2020’de İçişleri Bakanlığı tarafından 65 yaş ve üstü vatandaşlarla, kronik rahatsızlıkları bulunan kişilerin sokağa çıkmasının yasaklandığına dair genelge yayınlanmıştır.⁵¹ 3 Nisan 2020’de Cumhurbaşkanı tarafından yapılan açıklama doğrultusunda İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan genelge ile bu yasak 20 yaş altı vatandaşlar için genişletilmiş ve ayrıca İl İdaresi Kanunu m.11/C ile Umumi Hıfzısıhha Kanununun m.27 ve m.72 gereği illere giriş ve çıkışların geçici süre yasaklanmasına ilişkin 30 büyükşehir il ve Zonguldak ili valiliklerine talimatlar bildirilmiştir.⁵² 10 Nisan 2020’de İçişleri Bakanlığı tarafından ilk kez tüm vatandaşları kapsayacak şekilde 10.04.2020 tarihi saat 24:00 ile 12.04.2020 tarihi saat 24:00 arasında sokağa çıkma yasağını içeren bakanlık genelgesi yayınlanmıştır. Bu yasaktan bazı kişiler ve işletmeler istisna tutulmuştur.⁵³ Sokağa çıkma yasağı uygulamasına ilerleyen dönemlerde ülke sathına yayılır şekilde çeşitli zamanlarda devam edilmiştir.

4 Mayıs 2020’de Cumhurbaşkanı tarafından yasakların gevşetildiği normalleşmeye ilişkin plan açıklanmış, bu doğrultuda 6 Nisan 2020’de Sağlık Bakanı tarafından “*kontrollü*

⁴⁷ “Cumhurbaşkanlığı Sözcüsü Kalın: “Korona Virüs’le mücadele sürecini, el birliğiyle rehavete ve paniğe kapılmadan atlama kabiliyetine sahibiz””, <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/117021/cumhurbaskanligi-sozcusu-kalin-korona-virus-le-mucadele-surecini-el-birligiyle-rehavete-ve-panige-kapilmadan-atlama-kabiliyetine-sahibiz->, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁴⁸ “Umreden dönen 10 bin 330 kişi Ankara ve Konya’daki öğrenci yurtlarında karantinaya alındı”, <https://tr.sputniknews.com/turkiye/202003151041598178-umreden-donenler-ankara-ve-konyadaki-yurtlarda-karantinaya-alindi/>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁴⁹ “81 İl Valiliğine Koronavirüs Tedbirleri Konulu Ek Bir Genelge Daha Gönderildi”, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵⁰ “Cami ve mescitlerde Cuma ve vakit namazların cemaatle kılınmasına ara verildi”, <https://www.diyamet.gov.tr/TR/Kurumsal/Detay/29402/cami-ve-mescitlerde-cuma-ve-vakit-namazlarin-cemaatle-kilinmasına-ara-verildi>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵¹ “65 Yaş ve Üstü ile Kronik Rahatsızlığı Olanlara Sokağa Çıkma Yasağı Genelgesi”, <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵² “Şehir Giriş/Çıkış Tedbirleri ve Yaş Sınırlaması”, <https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlaması>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵³ “2 Gün Sokağa Çıkma Yasağı”, <https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>, Erişim: 15.05.2021.

sosyal hayata” dair bilgilendirme yapılmıştır. Ayrıca kişinin mevcut hastalık durumuna ve civar çevrelerdeki risk yoğunluğuna dair verileri içeren ilerde kullanımı yoğunlaşacak ve kimi yerlere girip çıkmak için zorunluluk arz edecek “*Hayat Eve Sığar(HES)*” mobil uygulaması tanıtılmıştır.⁵⁴

2 Eylül 2020 tarihinde normalleşme sürecinde açılmasına karar erilen düğün, kına, nişan gibi organizasyonları yapan işletmelerin etkinliklerine İçişleri Bakanlığı genelgesiyle kısıtlamalar getirilmiştir. Genelgeyle etkinliklere süre ve katılımcı sayısı bakımından sınırlama koyulmuştur.⁵⁵

Bu süreçte vaka sayılarındaki azalışa ve artışa göre tedbirlerin yoğunluğu da değişiklik göstermiştir. 2021 yılının başından itibaren tedbirlerin gevşetilmesi ile beraber vaka sayılarında ciddi artışlar meydana gelmiş ve aşılama takviminde istenilen ilerlemenin kaydedilmemesinin de etkisi ile tedbirlerin yoğunluğu önemli ölçüde artmıştır. 13 Nisan 2021’de Cumhurbaşkanınca iki haftalık “*kısmi kapanma*” kararı alınmış, bu doğrultuda 14 Nisan 2021’de İçişleri Bakanlığı tarafından uyulması gereken kuralları ve önlemleri içeren genelge yayınlanmıştır.⁵⁶ Genelgeyle bazı işletmelerin çalışma saatleri düzenlenmiş ve sokağa çıkmaya ilişkin sınırlamalar belirtilmiştir. 29 Nisan 2021’de ise Ramazan Bayramı sonrasına kadar uygulanmak suretiyle “*tam kapanma*” kararı alınmış ve buna ilişkin genelge valiliklere gönderilmiştir.⁵⁷ Yapılan Cumhurbaşkanlığı açıklaması ile bayram sonrası kontrollü bir şekilde sosyal hayatın canlandırılacağı ifade edilmiştir.

Uygulanan tedbirlerin çoğunluğu genelgelere dayanan yükümlendirici işlemlerdir. Bu sebeple ilgilisi bakımından bir şeyi yapma veya yapmama doğrultusunda cebir uygulanması söz konusudur. Bu durum neticesinde kişilerin zarara uğraması mümkündür. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilecektir. Belirtilen idari işlemlerdeki zarara sebep olan hususun işlemin hangi unsuru ile ilgili olduğunu tespit etmek önemlidir. Öte yandan bahsedilen genelgeler bir genel düzenleyici işlem olmaları sebebiyle üst normlara uygunluk bakımından da incelenmelidir.

C. TEDBİRLERİN MEVZUAT KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Covid-19 tedbirleri kapsamında pek çok genelge çıkarılmıştır. Bakıldığında bu genelgelerin belirsiz içeriği sebebiyle uygulanması sırasında farklı yorumlar yapılmıştır. Örneğin seyahat izin belgesi verilmesi hususunda yetkili olan valilik ve kaymakamlıklar genelgeyi yorumlarken farklı kanaatlere ulaşmıştır. Kişinin ikamet ettiği yere özel aracı ile dönmesine kimi durumlarda izin verilmezken otobüs, uçak gibi vesait ile seyahat etmesine bir

⁵⁴ Uygulamanın işleyişine ve barındırdığı risklere dair bilgilendirme için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-52638919>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵⁵ “*81 İl Valiliğine Düğün, Kına Gecesi, Nişan vb. Etkinlikler İle İlgili Genelge*”, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-dugun-kina-gecesi-nisan-vb-etkinlikler-ile-igili-genelge>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵⁶ “*81 İl Valiliğine Kısmi Kapanma Genelgesi Gönderildi*”, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-kismi-kapanma-genelgesi-gonderildi#:~:text=Recep%20Tay-yip%20Erdo%C4%9Fan%20ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1nda%20toplana,1>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

⁵⁷ “*81 İl Valiliğine Tam Kapanma Tedbirleri Genelgesi Gönderildi*”, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-tam-kapanma-tedbirleri-genelgesi-gonderildi>, Erişim Tarihi: 15.05.2021.

mani görülmemiştir.⁵⁸ Takdir yetkisinin kullanılması hususunda elbette idarelere tanınmış bir serbesti söz konusudur, ancak uygulamaların birbirine uçtan uca zıt olması tedbirlerin yerindeliliğini de tartışılır hale getirmiştir. Takdir yetkisinin aşıldığı bu gibi durumlarda hukuka uygun bir işlemde bahsetmek mümkün değildir.

Makalemizin konusu tedbirlerin hukukiliği değerlendirilmesinin yapılmasıdır. Böylelikle idarenin sorumluluğunun hangi ilkelere dayandırılabilceğinin tespit edilmesi mümkün olacaktır. O halde tedbirlerin hukuka uygunluk şartlarını incelemek adına normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan, hak ve özgürlükler için en temel korumayı sağlayan Anayasa'ya bakılmalıdır. Zira uygulanan tedbirler pek çok temel hak ve hürriyeti ilgilendirmektedir. Örnek vermek gerekirse sokağa çıkma yasağı ile yurtlarda hastalıklı kimselerin tecrit altına alınması 19.maddedeki "*kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı*"ni, şehirlerarası seyahat yasağı 23.maddedeki "*yerleşme ve seyahat hürriyeti*"ni, camide namaz kılma yasağı 24.maddedeki "*ibadet hürriyeti*"ni sınırlandırmaktadır.

1. Anayasa'ya Uygunluk Bakımından

Türk Anayasası'na göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması iki temel düzenlemeye dayanır. İlki olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartlarını düzenleyen 13.madde, ikincisi ise olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulmasını düzenleyen 15.maddedir. Anayasadaki düzenlemelere göre olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması olağanüstü dönemlere göre oldukça güçleştirilmiştir.

Anayasa m.13 kapsamında yapılacak sınırlama; hakkın özüne dokunulmaksızın, Anayasada ilgili maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine bağlı kalınarak ancak kanunla yapılabilir, ayrıca sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. 15.madde kapsamında temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabilmesi için; savaş, seferberlik veya olağanüstü halin varlığı gerekir, sınırlandırma yapılırken milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemelidir, ölçülülüğe riayet edilmelidir. Bu durumda, alınacak önlemler Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olabilir. Ancak her halükârda dokunulamayacak haklar da maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir.

Türkiye'de salgınla mücadele kapsamında alınmış bir olağanüstü hal kararı yoktur. Bu sebeple tedbirlerin hukuka uygunluğunu incelemek adına 13.madde kapsamında inceleme yapılacaktır. Daha sonra ise olağanüstü halin gerekliliği irdelenecektir. İfade edildiği üzere tedbirler temel hak ve hürriyetler nezdinde bir sınırlama teşkil etmektedir. O halde tedbirlerin hukuka uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13.maddesindeki şartlara uygun tesis edilmiş olması gerekmektedir.

Öncelikle yapılan sınırlama bir kanunla öngörülmüş müdür? Temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahale arz edecek bir idari işlemin tesis edilmesi için kanunun idareye muhakkak

⁵⁸ Atıla Erkal, "Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu ve Alman Hukukundaki Durum", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 2 (29 Aralık 2021): 65, 66.

yetki tanınması gerekmektedir.⁵⁹ İstisnası olmakla beraber alınan tedbirlerin genel olarak kanuni dayanaktan yoksun olduğu ifade edilmelidir. Bakıldığında ancak 25 Mart 2020 tarih ve 7226 sayılı Kanunun Geçici 1 ve 2'nci maddelerinde ve 16 Nisan 2020 tarih ve 7244 sayılı Kanunda konuya ilişkin düzenleme yapıldığı görülmektedir. Tedbirlere ilişkin bölümlerde görüldüğü üzere sokağa çıkma yasağı, işyeri kapatma, maske takma zorunluluğu gibi tedbirler Cumhurbaşkanlığı ve İçişleri Bakanlığı genelgesi ile getirilmiştir. Tedbirlerin ekserisi genelgelerle koyulmuştur. Genelgeler, normlar hiyerarşisinde sadece Anayasa'nın değil, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin de altında yer almaktadır. Bu sebeple uygulanan tedbirlerin, bir kanuna dayanmasındansa genelgelerle tesis edilmesi eleştirilmesine neden olmaktadır.⁶⁰

Genelgeler idarenin genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı işlemlerindedir.⁶¹ Bu niteliklere haiz işlemler idarenin genel düzenleyici işlemleri olarak adlandırılmaktadır. Genel düzenleyici işlemler düzenleme yetkisinin(kural koyma) sonucudur. Yürütme ve idari fonksiyonun yerine getirilmesi sırasında zorunlu olarak bu yetkiye başvurulabilmektedir.⁶² Ancak bu yetki asli bir yetki olmayıp Anayasa, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden kaynaklanmaktadır.⁶³ Dolayısıyla idare düzenleme yetkisini bunlara rağmen kullanamaz. Kullandığı varsayımında genel düzenleyici işlem yetki, sebep ve konu unsurları bakımından sakat olacaktır. Koronavirüs tedbirlerine ilişkin genelgelerde de bu durum geçerlidir. Anayasa'nın 13.maddesi olağan dönemde temel haklara ilişkin sınırlamanın kanunla yapılacağını hüküm altına almıştır. Bu hükme muhalif olarak düzenleme yetkisinin kullanılması açıkça hukuka aykırı olacaktır. Mevzuata uygun olmayacak şekilde idari işlem tesis edilmesi işlemi konu unsuru bakımından sakatlayacaktır.⁶⁴ Erkut kanunun yasaklamış olduğu konuda, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı şekilde işlem tesis edilmesi halinde, işlemin yok hükmünde olacağını ifade etmiştir.⁶⁵ Bu durumun normlar hiyerarşisinde daha yüksekte bulunan Anayasa için geçerli olduğu öncelikle savunulabilecektir.

Diğer yandan özellikle sokağa çıkma yasağında olduğu gibi idareler, 24 Nisan 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.27, m.57 ve m.72'ye ya da 10 Haziran 1949 tarihli İl İdaresi Kanunu'nun m.11/C'ye dayanarak tedbirlere karar vermiştir.⁶⁶ Peki, zikredilen kanuni

⁵⁹ Erkal, 66.

⁶⁰ Ali D. Ulusoy, "Virüs hukuka da mı bulaştı?", *T24*, 18 Mart 2020, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/virus-hukuka-da-mi-bulasti,25896>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.

⁶¹ Günday, *İdare Hukuku*, 226.

⁶² Günday, 223. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 350.

⁶³ Günday, 223; Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 292.; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 351; Lokman Yeniay ve Gülten Yeniay, "TÜRK HUKUKUNDA YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEME YETKİSİ VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ", *Anayasa Yargısı* 36, sy 1 (01 Ağustos 2019): 109.

⁶⁴ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 419.

⁶⁵ Celal Erkut, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, sy 1-3 (20 Haziran 2011): 74.

⁶⁶ İlgili İl Umumi Hıfzıssıhha Kurulu kararları için bkz. <http://www.antalya.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurulu-202052-karari>, <http://www.kars.gov.tr/il-hifzissihha-kurul-kararlari-basin-duyurusu-2020120>, <http://www.eskişehir.gov.tr/il-umumi-hifzissihha-kurul-karari>, <http://www.elazig.gov.tr/il-hifzissihha-meclis-karari>, <http://osmaniye.gov.tr/olaganustu-il-hifzissihha-meclis-kararikarar-no8>, Erişim Tarihi: 16.05.2021.

düzenlemeler temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması adına yeterli midir? Bu durum mevzuata uygunluk değerlendirilmesinin yapıldığı alt başlıkta incelenmektedir.

İkinci olarak sınırlamaların, Anayasa'nın 13.maddesine uygun olabilmesi için hakkın düzenlendiği maddede belirtilen, sınırlama sebeplerinin de mevcut olması gereklidir. Uygulanan tedbirler pek çok hakkın sınırlandırılması ile ilişkilendirilebilir. Özellikle ileride idarenin sorumluluğuna gidilmesi muhtemel olan sokağa çıkma yasakları ve işyerlerinin kapatılması tedbirleri bakımından “seyahat hürriyeti”, “mülkiyet hakkı” ve “çalışma ve sözleşme hürriyeti” incelenmelidir. Belirtilen hakların sınırlandırılabilmesi için tedbirlerin yöneldiği amaç olan “genel sağlık” sebebinin ilgili madde düzenlemelerinde yer alması gerekmektedir. “Yerleşme ve seyahat hürriyeti”nin düzenlendiği 23.maddede, “mülkiyet hakkı”nın düzenlendiği 35.maddede ya da “çalışma ve sözleşme hürriyeti”nin düzenlendiği 48.maddede sınırlama sebepleri arasında genel sağlık yer almamaktadır. Bu sebeple genel sağlık ileri sürülerek, kanunla düzenlenmiş olsa dahi bahsedilen hak ve hürriyetler hakkında sınırlama mahiyetinde tedbir uygulanması idari işlemi sebep unsuru bakımından sakatlayacaktır.

2. Yürürlükteki Bazı Kanunlara Uygunluk Bakımından

1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'na dayanarak ülke genelinde İçişleri Bakanlığı, iller özelinde ise valiler Covid-19 kapsamında tedbirlere başvurmaktadır. Her ne kadar kanunun 1.maddesinde “genel sağlığı” korumak devletin görevi sayılsa da aynı kanunun 64.maddesinde bu sebeple alınacak tedbirlere “Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti *salahiyettardır.*” denerek Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple diğer idari makamların karar vermiş olduğu tedbirler idari işlemi yetki unsuru bakımından sakatlamaktadır.⁶⁷ İdari işbölümü esaslarına aykırı davranarak, idare hukukuna hâkim olmayan bir kimse tarafından dahi anlaşılabilir şekilde, bir idari makamın başka bir idari makamın görev alanına girecek şekilde idari işlem tesis etmesi halinde ağır ve bariz yetki tecavüzü oluşmaktadır. Bu durumda idare tarafından tesis edilmiş işlem yok hükmünde olacaktır.⁶⁸ Sağlık Bakanlığının görev alanına giren bir konuda İçişleri Bakanlığı ve valilikler tarafından yapılan idari işlem bu sebeple ağır ve bariz yetki tecavüzü hali oluşturmaktadır ve müeyyidesi yokluktur.

İdarelerin Covid-19'la mücadele sırasında uyguladığı tedbirlere dayanak olarak 24 Nisan 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.27, m.57 ve m.72'yi gösterdiği ifade edilmişti. Kanun halihazırda yürürlükte ve uygulanmaya devam etmektedir. Fakat 1930 tarihli Kanun mevcut sistem içerisinde çözüm değil aksine sorun üretmektedir. Kanun dilinin günümüzde güç anlaşılması onu yorumlayan idareler açısından olumsuz bir durum arz etmektedir. Öte yandan Kanun günümüz hukuk gelişimi içerisinde kendini bulamamıştır. Bu sebeple salgınla mücadelede başvurulanan tedbirlerin sebep unsurunu oluşturması bakımından dikkatle yorumlanması gerekmektedir.

⁶⁷ Erkal, “Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu Ve Alman Hukukundaki Durum”, 67; Betül Güler, “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasası Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, sy 38 (28 Haziran 2020): 192.

⁶⁸ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, c. 1 (İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, 1966), 331.; Günday, *İdare Hukuku*, 167.; Akylmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 383.

Gözler, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27.maddesine dayanılarak ülke tarihinde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesini ve belirli yaş gruplarının uzun süreli sokağa çıkmaktan mahrum bırakılmasını eleştirmektedir.⁶⁹ İlgili maddede Umumi hıfzıssıhha meclislerinin mahalin genel sağlığını korumak amacıyla tedbirler alabileceği zikredilmiştir.⁷⁰ Ancak tedbirlerin ne şekilde alınacağı, nasıl uygulanacağı, sınırlarının ne olacağı, muhatabının nasıl belirleneceği gibi hususlar ifade edilmemiştir. Bu belirsizlik idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bu derece bir takdir yetkisi keyfiliğe yol açacak şekilde yorumlanabilecektir. Yazarın ifadesine göre asıl olan hürriyettir, sınırlamalar istisnadır ve dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla belirlenecek sınırlamalar ayrıca bir kanuni düzenleme ile yapılmalıdır.⁷¹ Yazarın görüşü isabetlidir. Dönemin koşulları dikkate alınarak yürürlüğe konmuş, genel kapsamlı bu madde yerine idareyi yönlendiren ve devamında uygulamaların denetlenmesini mümkün kılan başka bir kanuni düzenlemeyle tedbirler uygulanabilirdi. Öte yandan madde metninde ilgili tedbirlerinin alınması adına mahalli meclislerin yetkili kılındığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla ülke geneline yayılacak boyutta bir sokağa çıkma yasağı kararı verilmesi de idari işlemin yetki unsuru düşünüldüğünde yer yönünden yetkisizlik hali oluşturacaktır.⁷² Ayrıca mahalli meclis kavramının neyi ifade ettiği de izah edilmelidir.

İdarelerin sokağa çıkma yasağı tedbirine dayanak gösterdiği diğer madde ise 72.maddedir. 57.maddede sayılan hastalıkların varlığı veya varlığı tehlikesinde 72.madde gereği fıkralarda belirtilen tedbirler tatbik olunacaktır. Birinci fıkrada hasta olanların veya hastalığından şüphe edilenlerin ilgili fenni uygulama neticesinde durumu tespit edilirse tecrit olunacakları ifade edilmektedir. O halde sokağa çıkmaktan men edilecek kimseler ya hasta olmalı ya da hastalığından şüphe duyulmalıdır. Ancak maddeye dayanılarak ülke genelinde 65 yaş üstü ve önce 20 sonra 18 yaş altı vatandaşların sokağa çıkmaktan yasaklandığı görülmektedir. Dolayısıyla hastalığı tespit edilmemiş kimselerin bu maddeye dayanılarak tedbire muhatap kılınması, idari işlemin yanlış dayanak gösterilmesi nedeniyle sebep unsuru bakımından sakatlanmasına sebep olacaktır. Oysaki uygulamanın aksine bu kişilere yasak, somut ve bilimsel verilere göre tıbbi açıdan değerlendirme yapılarak uygulanmalıdır.⁷³

Gözler, 72.madde metni dayanak gösterilerek hafta sonu sokağa çıkma yasağı ilan edilmesini de eleştirmiştir.⁷⁴ Yazarın da ifade ettiği üzere belirtilen yaş grubundaki kimselerin

⁶⁹ Kemal Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)", erişim 12 Ekim 2022, <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>.

⁷⁰ "Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin islahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eyletler." (1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.27)

⁷¹ Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)".

⁷² Güler, "İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi", 194.

⁷³ Mine Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 2 (31 Aralık 2020): 552.

⁷⁴ Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)".

hafta içi hastalığı yaydığından şüphe edilmezken hafta sonu şüpheyeye muhatap olması akla uzak gelmektedir.

72.maddenin atıf yaptığı 57.madde de tedbirin uygulanması açısından sorunludur. Güçlü'nün de ifade ettiği üzere madde metninde zikredilen hastalıklar tahdididir.⁷⁵ Zira madde lafzında "...hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir..." ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla idarenin burada bağlı yetkisinin olduğundan bahsetmek gerekir. O halde madde metninde belirtilmeyen koronavirüs (Covid-19) hastalığının sonlandırılması amacıyla bu maddenin dayanak gösterilerek tedbir uygulanması mümkün değildir ve dolayısıyla uygulanacak idari işlemin sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olmasına neden olur.

İdarelerin sokağa çıkma yasağı tedbirini uygularken dayanak gösterdikleri diğer madde hükmü ise 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesidir. Buna göre; "İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir.", bu amaçla valilerin tedbir uygulama yetkisi söz konusudur. Madde metninde tehlikeli hastalıklar sebebiyle idarelerin ve temsil etmek üzere valilerin genel kapsamlı sokağa çıkma yasağına karar verebileceğine dair açık bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun ilgili maddelerine yapılan eleştiriler burada da geçerli olacaktır. Özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili yapılacak sınırlandırmalara ilişkin uygulanacak tedbirlerde, takdir yetkisini oldukça geniş tutan bu maddenin idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaya uygun olmadığı görülmektedir.

Öte yandan madde metnindeki "...kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlayabilir..." ifadesinden işleme muhatap kimselerin belirli kimseler olduğu çıkartılmaktadır. Tedbirlerin il, ilçe, köy gibi belirli bölgelerle sınırlandırılması veya belirli yaş gruplarına ya da meslek gruplarına yönelmesi bu duruma uygun değildir. Şüphe kavramı kesinleştirilip ne tür durumların bu şüpheyeye sebep olacağı belirlenmelidir. Aksi durum için takdir yetkisinin kullanıldığı savunması bu işlemlerin temellendirilmesi için yeterli değildir. Bu sebeple metnin belirsiz olması, bir kanunda bulunması gereken kesinlik ve açıklık öğelerini içermemesi eleştirileri⁷⁶ haklılık göstermektedir. Bu kapsamda tartışmaların önüne geçebilmek adına sokağa çıkma yasağı tedbirinin hangi makam tarafından, ne şekilde ve ne sebeple verilebileceğinin mevzuat düzenlemesiyle ortaya konması gerekmektedir.⁷⁷ O halde bu hükme dayanılarak genel sağlığı korumak maksadıyla koronavirüsle mücadele tedbirlerinin uygulanması mümkün değildir.⁷⁸ Aksi takdirde idari işlemin sebep unsuru bakımından sakatlandığı söylenebilir.

⁷⁵ Ahmet Güçlü, "Salgın Hastalık Nedeniyle İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasağının Yasal Çerçevesi: Kral Çıplak!", www.academia.edu/42872015, Erişim Tarihi: 16.05.2021.

⁷⁶ Tolga Şirin, "Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?", *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, sy 7 (2015): 266.

⁷⁷ Fatih Kırışık ve Muhammet Durdu, "Vali ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi", *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, sy 47 (28 Ocak 2016): 173.

⁷⁸ Tolga Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, sy 17 (2020): 104.

Sokağa çıkma yasağında olduğu gibi ülke çapında uygulanacak şekilde tedbirlere karar verilmesi hususu da ayrıca incelenmelidir. Tedbirler genelgelerle öngörülmüştür. 3011 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun’a göre kamuyu bir bütün halinde ilgilendiren düzenleyici işlemlerin Resmi Gazete’de yayımlanması gerekmektedir. Genelgelerin Resmi Gazete’de yayımlanması hususunda 10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında Cumhurbaşkanına tanınmış bir takdir yetkisi bulunduğu gerçektir. Ancak kamuyu ilgilendiren hususlarda genelgelerin Resmi Gazete’de yayımlanması uygun olacaktır.⁷⁹

D. HUKUKİLİK HUSUSUNDA NİHAİ DEĞERLENDİRME VE COVID-19 İLE MÜCADELEDE UYGULANMASI GEREKEN YÖNTEM

Tedbirlerin kanuna dayanmaması ve Anayasa’da belirtilen özel sebeplere uygun olmaması, tedbirlere karar verilmesinde ve tedbirlerin uygulanmasında takdir yetkisinin aşılması gibi nedenlerden dolayı koronavirüs tedbirleri hukuka aykırıdır. Bu sebeple de idarenin sorumluluğunun doğması muhtemeldir. Dolayısıyla hukuka uygun olmayan Covid-19 tedbirlerinden zarar gören kimselerin idarenin hizmet kusuru gereği zararlarının giderilmesini talep etme hakkı olduğu kabul edilmelidir.⁸⁰

İdarelerin gösterdiği sebep doğrultusunda tedbirlerin hukuka uygun olduğu varsayımında dahi idareler faaliyetleri doğrultusunda sebep oldukları zararları kusursuz sorumluluk kapsamında gidermekle yükümlüdür. Burada sosyal devlet olmanın gereği yerine getirilip kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi gerekecektir. Ancak hizmet kusurunun asli sorumluluk türü⁸¹ olduğu göz önünde bulundurulursa idarenin sorumluluğuna ilişkin davalarda yapılacak incelemede idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumlu olduğuna karar verilmeli ve kusursuz sorumluluğun tartışılmasına ihtiyaç duyulmamalıdır.

Mahkemelerin idarenin sorumluluğu hususunu nasıl ele alacağı merak konusudur. Uygulamada İl Hıfzıssıhha Kurulu kararlarının iptali amacıyla davalar açılmış ve ilgili kararların yürütülmesinin durdurulması da talep edilmiştir. Yapılan inceleme neticesinde ilgili kararlarda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı yönünde karar verilmesi, ilerde açılacak tam yargı davalarında yargı organlarının oluşan zarardan idareyi sorumlu tutmayabileceği yönünde ipuçları vermektedir.⁸² Öte yandan koronavirüs salgınının idarenin sorumluluğunu kaldıran bir

⁷⁹ Benzer görüşler için bkz.: Erkal, “Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu Ve Alman Hukukundaki Durum”, 66; Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, 555.

⁸⁰ Seyit Rasim Doru, “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sy 2 (16 Ekim 2020): 798.

⁸¹ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru Ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 15, sy 4 (1949): 864; Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik Ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007), 18, 19.

⁸² İlgili mahkeme kararları için bkz. Muğla Valiliği İl Hıfzıssıhha Kurulu Kararına Karşı, Muğla Barosu Başkanlığı tarafından açılan davaya ilişkin İzmir Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdare Dava Dairesinin vermiş olduğu karar; [http://www.mugla.gov.tr/kurumlar/mugla.gov.tr/Galeri\(1\)/duyuru/Duyuru/basinduyurusu/MAHKEME-KARARI.pdf](http://www.mugla.gov.tr/kurumlar/mugla.gov.tr/Galeri(1)/duyuru/Duyuru/basinduyurusu/MAHKEME-KARARI.pdf), Düzce Valiliği İl Hıfzıssıhha Kurulu Kararına Karşı, Düzce Barosu Başkanlığı tarafından açılan davaya ilişkin Bolu İdare Mahkemesinin vermiş olduğu karar; <http://web2.e-baro.web.tr/uploads/81/1111/2020-814%20bolu%20idare.pdf> Erişim Tarihi: 21.12.2021.

mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği henüz cevaplanmış bir soru değildir. Sonraki ana başlıkta mücbir sebep kavramı değerlendirilerek bu soruya cevap verilmeye çalışılacaktır.

Türkiye’de şu ana kadar uygulanagelen tedbirlerin, Anayasa’nın 13.maddesi dikkate alınırca hukuka uygun olduklarından bahsetmek güçtür. Tedbirler Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı mahiyettedir. O halde idare ve geniş kapsamda yürütme organı tarafından yapılması gereken nedir? Salgınla mücadele, eğer Anayasa ile güvence altına alınan hususları esnetmeyi gerektiriyorsa yine Anayasa’da belirtilen çözüm uygulanarak hukuka uygun bir mücadele benimsemek gerekir.

Ayrıca Anayasa’nın 15.maddesinde olağanüstü hallerde ölçülülük ilkesine riayet etmek koşuluyla kanunla düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaksızın Anayasa’daki güvencelere aykırı olarak temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceği ifade edilmiştir. Anayasa’nın 119.maddesinde olağanüstü hal yönetimine karar verme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Tehlikeli salgın hastalık ise madde metninde olağanüstü hal sebepleri arasında sayılmıştır. Bu durum göz önünde bulundurulursa, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle koronavirüs salgınıyla mücadele kapsamında, kanunla düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaksızın ve ilgili madde metinlerinde gösterilen özel sınırlama sebeplerine aykırı bir şekilde “çalışma ve sözleşme hürriyeti”, “mülkiyet hakkı” ve “yerleşme ve seyahat hürriyeti” gibi pek çok temel hak ve hürriyet hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılabilir. Bu sebeple mevcut durumda bir OHAL ilanının gerekliliği mevcuttur. Ancak OHAL ilanının Cumhurbaşkanının takdirinde olduğu unutulmamalıdır, yani ilanının gerekliliği hususunda Cumhurbaşkanına bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu imkana rağmen olağan dönem koşulları altında Covid-19’la mücadelede hukukiliğin esnetilmesi, tedbirlerin meşruiyetini ve altında yatan iyiniyeti etkileyecektir.⁸³

Karşılaştırmalı hukuktaki duruma bakıldığında da görülmektedir ki Covid-19 salgınıyla mücadelede olağanüstü hal yönetim süreci uygulama alanı bulabilmektedir. Fransa’da bu kapsamda 23 Mart 2020’de COVID-19 Salgını ile Mücadele Olağanüstü Haline Dair Kanun ile sağlıkla ilgili OHAL rejimi tesis edilmiş ve 10 Temmuz 2020’ye kadar uzatılmıştır. Bu düzenleme ile esasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin detaylı düzenleme yapılmamış, bunun yerine salgınla mücadele kapsamında teşkilat yapısına ilişkin hukuki belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır.⁸⁴ Bu durumda dahi pek çok idari faaliyet yasal çerçeveye alınmış ve ilerde doğacak sorumluluk tartışmaları önlenmiştir. Diğer ülke uygulamalarında da salgınla mücadele benzer kapsamda yürütülmektedir.⁸⁵

⁸³ Ersan Şen, “De Facto Olağanüstü Hal Uygulamaları”, *Hukuki Haber*, 14 Nisan 2020, <https://www.hukukihaber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamaları-makale,7702.html>. Erişim Tarihi: 21.12.2021.

⁸⁴ Memduh Cemil Şirin, “Fransa’da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sy 2 (16 Ekim 2020): 1042.

⁸⁵ “Avrupa’da vakalar artıyor! 2 ülkeden OHAL kararı...”, <https://www.sozcu.com.tr/2020/dunya/cekya-ve-slovak-yadan-coronaya-karsi-ohal-karari-6061532/>, “Koronavirüs: İspanya’da OHAL ilan edildi, gece sokağa çıkmak yasaklandı”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-54686734>, “3 ülkede daha koronavirüs nedeniyle olağanüstü hal ilan edildi”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/3-ulkede-daha-koronavirus-nedeniyle-olaganustu-hal-ilan-edildi/1767279>.

Öte yandan eğer olağan dönem koşullarında salgınla mücadele edilmek isteniyorsa tedbirlerin hukuka uygunluğunun sağlanması için yeni kanuni düzenlemelerin ihtiyacı kabul edilmelidir, ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında Anayasada yer alan özel sınırlama sebeplerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim bakıldığında Almanya, Covid-19'la mücadelede olağanüstü hal uygulamaları yerine, kapsamlı kanuni düzenlemeler yaparak Covid-19'un etki ve sonuçlarını azaltmayı tercih etmiştir.⁸⁶

Tedbirlerin ülke genelinde uygulandığı düşünülecek olursa idarenin oluşan zararlardan sorumlu tutulması adına pek çok tam yargı davası açılacağına söylemek mümkündür. Bu durumda mahkemelerin iş yükü oldukça artacaktır. Bu iş yükünü azaltmak adına, idare ile zarara uğrayan kimselerin uzlaşma sağlayarak dava yoluna gidilmeden zararı gidermesi mümkün olabilir. Belirtilen yol dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuruyu içerebilir. İller ve ilçeler düzeyinde valilikler ve kaymakamlıklarda buna ilişkin irtibat büroları açılabilir. Alınan başvurular yine ilgili kurum içerisinde kurulmuş komisyonlarda değerlendirilebilir. Komisyon kararlarına karşı başvuruları incelemek ve tedbirlere ilişkin uygulanacak genel düzenleyici işlemleri düzenlemekle görevli bağımsız bir denetim kurumu da kurulabilir. Kurum bu bakımdan bir bağımsız idari otorite olarak, merkezin ilişkili kuruluşu şeklinde görevlerini yerine getirebilir. Bakıldığında salgın hastalıklar geçmişte görülmüş ve günümüze geldikçe sıklığı artmıştır. Gelecekte bir salgın hastalığın görülmesi ise oldukça muhtemeldir. Bahsedilen başvuru mekanizmasının ve denetim kurumunun kurulması bundan sonraki salgın hastalıklar bakımından hukuki altyapı olarak toplumu hazırlıklı hale getirmeye yarayacaktır. Bu kapsamda veya buna benzer şekilde kanuni düzenlemeler yapılarak, salgın gibi toplumsal etkileri yüksek durumlarla mücadelenin hukuki altyapısı hazırlanmalıdır.

III. SALGININ MÜCBİR SEBEP KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Bazı hallerin gerçekleşmesi durumunda idarelerin faaliyetleri esnasında kusurlarıyla veya kusursuz sebep oldukları zarardan doğan sorumlulukları etkilenir. Bu haller idare hukukunda mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin kusurlu davranışı ve üçüncü kişinin zarara katılması halleridir. İdarenin sorumluluğunun bu hallerde azaldığı veya tamamen ortadan kalktığı kabul edilir.

Mücbir sebep, hem hizmet kusurunu hem de kusursuz sorumluluğu kaldırması sebebiyle üzerinde dikkatle durulması gereken bir kavramdır. Mücbir sebepler, idarenin iradesi dışı gelişen, öngörülmesi beklenmeyen, gösterilen dikkat ve özene rağmen önüne geçilmesi olası olmayan ve kamu hizmetinin yerine getirilmesine mani olan olaylardır.⁸⁷ Yer sarsıntısı, sel veya toplumsal olaylar öngörülemez, engellenemez ve idarenin dışından kaynaklanan olaylar

⁸⁶ Alman Hukukunda Covid-19'la mücadele hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Erkal, "Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu Ve Alman Hukukundaki Durum".

⁸⁷ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 1966, 3:1719.; Yıldızhan Yayla, "İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep", içinde *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara: Fakülteler Matbaası, 1980), 47.; Günday, *İdare Hukuku*, 384.; Turan Yıldırım, "Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, sy 2 (27 Aralık 2019): 1522.

arasında zikredilebilir.⁸⁸ Danıştay içtihatlarında da kendini gösterir. Yüksek mahkeme tarafından yapılan tanıma göre mücbir sebep; kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibariyle failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylardır.⁸⁹ Mücbir sebep olarak kabul edilen bir olayın gerçekleşmesi halinde idarenin hizmet kusurundan veya kusursuz sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Ancak idarenin faaliyeti veya ihmali davranışı nedeniyle oluşan zarar artmakta ise idare zararın bu kısmına denk gelen kısmından sorumludur.⁹⁰

Mücbir sebep kavramının içeriği tayin edilirken idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırması sebebiyle daha dikkatli ve özenli olmakta fayda vardır. Bu sebeple bir halin, olayın mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilmesi için bazı şartları sağlaması gerekmektedir. Bu şartlar “dışsallık”, “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” olarak kabul edilmektedir.⁹¹ İlk bir durumun mücbir sebep olarak kabulü için idari faaliyet dışında gerçekleşiyor olması aranır.⁹² Olağan yaşam koşullarında bu halin ve sonuçlarının gerçekleşmesi öngörülemez olmalıdır.⁹³ Diğer yandan idarelerin tüm teknolojik imkânları uygulamasına karşın bu hal ve sonuçlarının oluşumunun önlenemez olması gerekmektedir.⁹⁴

Ayrıca mevzuat düzenlemelerinde de bazı hallerin mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkündür. Konumuzun temelini oluşturan salgın hastalık da bazı kanunlarda bu kapsamda değerlendirilmiştir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Mücbir sebepler” başlıklı 10.maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde “Genel salgın hastalık” açıkça mücbir sebep halleri arasında sayılmıştır. Öte yandan koronavirüs salgının yaygınlaşmasından sonra çıkarılan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 10.maddesiyle 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ek madde 7 eklenmiştir. “Mücbir sebep” başlıklı maddede “salgın hastalık” mücbir sebep oluşturan haller arasında zikredilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler idarenin alacaklı olduğu hallerde muhatapların korunması amacıyla yapılmıştır.⁹⁵ Dolayısıyla idarenin sorumluluğu hususunda salgın hastalığın bir mücbir sebep olup olmayacağı yönünde kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Öte yandan 25.03.2020 tarihli 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Geçici 1.maddesi ile hem adli hem de idari başvurulara ilişkin sürelerin durdurulması hüküm altına alınmıştır. Böylelikle dava açma, icra takibi başlatma, şikayet, itiraz, zamanaşımı süreleri ve hak düşürücü sürelerle beraber idareye yapılabilecek başvurularla ilgili süreler belirli bir dönem için durdurulmuştur. Bu durumda idarenin

⁸⁸ Atay, *İdare Hukuku*, 379.

⁸⁹ DİDDK, E:2008/11, K:2009/3108, T:17.12.2009. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/e-2008-11-k-2009-3108-t-17-12-2009> Erişim Tarihi: 07.05.2021.

⁹⁰ Atay, *İdare Hukuku*, 379.

⁹¹ Yıldızhan Yayla, “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, içinde *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Ankara: Fakülteler Matbaası, 1980), 49; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 667.

⁹² Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, 2:340.

⁹³ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 669.

⁹⁴ Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy 1 (01 Haziran 2010): 286.

⁹⁵ Doru, “COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi”, 801.

kendisine yapılabilecek başvuruları, salgının sebep olduğu zorluklar sebebiyle başvuru süresini geçirmiş kimseler bakımından reddedemeyeceği kabul edilmektedir. Esasında süre geçse de idarenin sorumluluğunun devam edeceği bu düzenleme ile hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla salgın, idarenin sorumluluğunu kaldıran bir mücbir sebep hali olmaktan çok mağdur kimseler bakımından başvuru sürelerinin geçirilmesinde uygulanacak mücbir sebep hali olarak yorumlanmaya daha müsaittir. Candan'ın ifade ettiği gibi salgın koşulları yapılacak başvurular bakımından bir mücbir sebep hali olarak kabul edilmeli ve buna ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'na daimi bir düzenlemeye yer verilmelidir.⁹⁶ Bu durum salgının hukuk sistematiğini nasıl etkilediği yönünde kanun koyucunun nasıl bir yoruma sahip olduğu yönünde fikir elde edilmesine fayda sağlayacaktır.

A. COVID-19'UN MÜCBİR SEBEBİN ŞARTLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Mevzuatta Covid-19 salgınının idarenin sorumluluğuna ilişkin mücbir sebep hali oluşturduğuna dair bir düzenleme olmaması sebebiyle salgının bu kapsama dahil edilebilmesi için şartlarının incelenmesi gerekmektedir. Covid-19 salgınının idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir mücbir sebep sayılabilmesi için “dışsallık”, “öngörülemezlik” ve “önlenemezlik” şartlarının tamamını beraber sağlaması gerekmektedir.

1. Dışsallık

Covid-19'un doğal sebeplerle ortaya çıktığı ve daha sonra hızlı bir şekilde dünyaya yayıldığı ifade edilmişti. Türkiye'de de ilk vakaların görülmesinden itibaren yayılım ivmesinin arttığını söylemek mümkündür. Bu sebeple pek çok kişi zarara uğramış ve hatta yaşamını yitirmiştir. Hastalığın yayılımı ve doğrudan hastalık sebebiyle kişilerin zarara uğraması düşünüldüğünde dışsallık şartının gerçekleştiği kabul edilebilir. Fakat idarenin genel sağlığı ve dolayısıyla kamu düzenini koruma görevinde bir ihmalden bahsedilmesi de mümkündür.

Hastalığın yayılımının durdurulması ve sonlandırılması adına idarenin faaliyette bulunduğu görülmektedir. Bu faaliyet kapsamında da kişiler zarara uğramıştır. Örneğin tedbirler sebebiyle işyeri sahipleri belirli dönemlerde işyerlerini açamamış ve kazançlarından mahrum kalmıştır. Bu ve bunun gibi pek çok örnek düşünüldüğünde dışsallık şartına ilişkin olumsuz değerlendirme yapmak gerekmektedir. Nitekim

2. Öngörülemezlik

Öngörülemezlik, olayın gerçekleşeceğinin önceden bilinmemesi ya da bilinse dahi sonuçlarının ne boyutta olacağı tahmin edilememesidir.⁹⁷ Peki salgın hastalıklarla bu tanıma uygun mudur? Türkiye salgın hastalıklar bakımından pek de tecrübesiz değildir. Daha önce dünyada pek çok salgın söz konusu olmuş ve Türkiye'yi çeşitli sebeplerle etkilemiştir. Yakın dönemde yüzleştığımız domuz gribi ve kuş gribi bunlara örnektir. 2009'da Meksika'da ortaya çıkan domuz gribi, buradan dünya yayılmış, çiftlik hayvanlarının telef olmasına ve daha

⁹⁶ Turgut Candan, “Covid-19 Salgınının İdari Yargı Sürelerine Etkisi”, *Düşüncelerim* (blog), 26 Mart 2020, <https://turgutcandan.com/2020/03/26/covid-19-salgininin-idari-yargi-surelerine-etkisi/>. Erişim Tarihi: 06.07.2022.

⁹⁷ Meltem Kutlu, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, *Amme İdaresi Dergisi* 32, sy 4 (1999): 20.

sonra da insanların hayatlarını kaybetmesine sebep olmuştur.⁹⁸ Kuş gribi ise 2005 yılında ortaya çıkmıştır, göçmen kuşlar sebebiyle dünyanın pek çok yerine yayılmış, bunun sonucu olarak onlarca kişi yaşamını yitirmiştir.⁹⁹ Bu örnekler gözetildiğinde salgın hastalık riskinin dünyada gün geçtikçe arttığı kabul edilmelidir. Hal böyle olunca idarelerin bu riski göz ardı etmesi doğru olmayacaktır. Ayrıca teknolojik gelişmeler, idarenin sahip olduğu veriler, uzman personeller deprem gibi önceden öngörülemez olarak kabul edilen durumların kapsamını daraltmaktadır.¹⁰⁰ Bu sebeple koronavirüs salgını hakkında da benzer yorum yapılabilecektir. Dolayısıyla salgın hastalığın idareler nezdinde öngörülemez bir durum teşkil etmesi pek de mümkün değildir.

Tedbirler sebebiyle zarara uğranılması hali için ise öngörülemezlik değerlendirilmesinin yapılmasına gerek yoktur. Çünkü tedbirler idari faaliyet kapsamında uygulanmaktadır ve mücbir sebebin şartları bakımından dışsalılık sağlanmamıştır. Bir durumun mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilmesi için her üç şartın da beraber gerçekleşmesi beklenmektedir.

3. Önlenemezlik

Bir salgın hastalığın mücbir sebep kapsamında değerlendirilebilmesi için ayrıca idareler tarafından önlenemez olması gerekmektedir. Bakıldığında deprem gibi mücbir sebep olduğu kabul edilen durumlarda dahi artık idarenin önleme görevini yerine getirmediği için illiyet bağının kesilmediği yönünde kararlar mevcuttur. Danıştay bir kararında deprem alanları gözetilerek yerleşim alanlarının belirlenmemesi ve yapılaşmaya izin verilmesi sonucu meydana gelen deprem halinde idarenin olumsuz davranışı bulunduğu, bu sebeple depremin mücbir sebep kabul edilerek idarenin sorumluluğunu kaldırmayacağını ifade etmiştir.¹⁰¹

Salgın hastalıklar bu açıdan incelendiğinde görülecektir ki salgının önlenmesi ve neticesinde sonlandırılabilmesi için pek çok yöntem uygulanmaktadır. Örneğin hastalıklı kimselerin tecrit edilip toplumdaki uzaklaştırılması, sosyal hareketliliğin kısıtlanması gibi uygulamalar mevcuttur. Ancak bunların hiçbiri sorunu tamamıyla ortadan kaldıracak çözümler değildir, yapılan sadece bir zaman kazanma faaliyetidir. Şüphesiz salgınla mücadelede en etkili çözümlerden biri aşılama faaliyetidir. Diğer tedbirlerle kazanılan zaman, aşının geliştirilmesi için kullanılmalıdır.

Koronavirüsle mücadele kapsamında salgının dünya tarafından kabulünden sonra aşı geliştirme uygulamalarına birçok ülke tarafından başlanmıştır. Şu an Dünya Sağlık Örgütü onayından geçmiş, ülkelerce uygulamaya geçilen aşılama mevcuttur. Türkiye'nin aşı geliştirme çalışmalarına bakıldığında ise henüz geliştirme aşamasında olduğu görülmektedir. Diğer

⁹⁸ "10 Yılda Bir Yeni Grip Salgını Bekleniyor", <http://www.yeditepehastanesi.com.tr/10-yilda-1-yeni-bir-grip-salgini-bekleniyor#:~:text=2009%20y%C4%B1%C4%B1nda%20t%C3%BCm%20d%C3%BCnyay%C4%B1%20etkileyen,ay%20sonra%20T%C3%BCrkiye'ye%20gelmi%C5%9Fti>, (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

⁹⁹ "Son 20 yılda dünyayı sarsan 6 büyük salgın", <https://www.trthaber.com/haber/gundem/son-20-yilda-dunyayi-sarsan-6-buyuk-salgini-468437.html>, Erişim Tarihi: 17.05.2021.

¹⁰⁰ Adil Bucaktepe, "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17-18, sy 26-27-28-29 (15 Mart 2015): 104.

¹⁰¹ Danıştay 11. Dairesi, T.29.06.2007, E.2005/1353, K.2007/6248. Benzer kararlar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, T. 28.5.2007, E.2005/9126, K.2007/3069, Danıştay 11. Dairesi, T.19.12.2005, E.2003/2027, K.2005/5962.

yandan geliştirilen aşuların tedarikine de devam edilmektedir. Yürütölen aşılama çalışmaları kapsamında 17 Mayıs 2021 tarihi itibariyle Türkiye’de birinci doz aşısı yapılmış kişi sayısı 14.982.245, ikinci doz aşısı yapılmış kişi sayısı ise 10.937.403’tür.¹⁰² Ülke nüfusunun yaklaşık %12,9’unun iki doz aşılandığı görölmektedir.

Aşı geliştirme, aşı tedariki ve akabinde aşılama faaliyeti düşünöldüğünde Covid-19 salgınının yayılımının ve zararlarının önlenemeyeceği yönünde bir değerlendirme yapılması da mümkün değildir.

B. MÜCBİR SEBEP HUSUSUNDA NİHAİ DEğERLENDİRME

Tüm bu gelişmeler göz önünde bulundurulursa koronavirüs pandemisiyle mücadele kapsamında dünyada yeterli teknolojik gelişmeler yaşanmıştır. Türkiye’de de bu çabaya katkı sağlamak adına çalışmalar yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple kişilerin uğradıkları zararın tazmini için idareleri sorumlu tutması bakımından pandeminin önlenemez bir durum olduğundan bahisle sorumluluğu kaldıracığı yorumunu yapmak, sosyal devlet anlayışı da göz önünde bulundurulursa pek olası gözükmemektedir.

Gelişen teknoloji ve imkânlar göz önünde bulundurulursa idare hukukunda mücbir sebep kavramının uygulamasının daraldığını kabul etmek gerekir.¹⁰³ O halde kanaatimizce koronavirüs pandemisi idarenin faaliyeti dışı gerçekte de uygulanan tedbirlerin kişileri zarara uğratması, salgının öngörülemez ve önlenemez olmaması sebebiyle mücbir sebep kapsamında değerlendirilememelidir. Bunun neticesinde iyi idare olmanın gereği olarak pandemiyle mücadele kapsamında idarenin sorululuğu ilkesi kabul edilip, alınan tedbirler sebebiyle idarelerin, yönetilenlerin uğradıkları zararları tazmin etmeleri gerekmektedir. Bu durum sosyal bir hukuk devleti olmanın şartıdır.

SONUÇ

İdareler kendine tanınan faaliyet alanı içinde koronavirüsle mücadele etmektedir. Bu kapsamda temel hak ve hürriyetleri yakından ilgilendiren tedbirler uygulanmaktadır. Bu uygulama, kişiler aleyhinde durumlar ve dolayısıyla zararlar oluşturmaktadır. İyi bir idare bu zararı, sorumluluğu gereği gidermekle yükümlüdür. Peki, idarenin zararları tazmini için hangi sorumluluk esasları dayanak gösterilmelidir? Bu hususta tedbirlerin yerindeliliğinin incelenmesi değil hukuka uygunluğunun incelenmesi gereklidir.

Hukuka uygunluk değerlendirilmesi başta Anayasa gözetilmek kaydıyla hukuk normları dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu kapsamda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa’da iki temel düzenleme yer almaktadır. 13.maddede olağan dönem koşulları içersinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, 15.maddede ise olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin durdurulması koşulları düzenlenmiştir. Türkiye’de mevcut durum itibariyle olağan dönem koşulları içersinde salgınla mücadele gerçekteştirilmektedir. Bu sebeple tedbirlerin ilgili maddede sayılan koşullara uygun olması gerekmektedir. Buna göre

¹⁰² Günlük veriler için bkz.: https://covid19asi.saglik.gov.tr/?gclid=CjwKCAjwqIiFBhAHEiwANg9szjCNns7rfKC-doPbQDMP4iPnjunCTIZv9fjiMhdRZFuUn_S9GhOd_BoCZ6cQAvD_BwE, Erişim Tarihi: 17.05.2021.

¹⁰³ Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”, 1523.

tedbirlerin ilgili temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaması, hak ve hürriyete ilişkin Anayasa'nın ilgili maddesindeki sınırlama sebeplerine uygun olması ve kanuna dayanması gerekmektedir. Pandemi tedbirlerinin uygulanması için bu şartların tamamının beraber sağlanmış olması gerekmektedir. Ancak görülmektedir ki tedbirlere ilişkin birtakım eksiklikler yer almaktadır.

Bu süreçte uygulanan tedbirlere bakıldığında ekserisinin Anayasal bir hakka ilişkin sınırlamalar getirdiği görülmektedir. Bu kapsamda sokağa çıkma yasağı seyahat hürriyetini, iş yeri kapatma tedbirleri çalışma hürriyetini sınırlamaktadır gibi örnekler verilebilir. Ancak belirtilen hürriyetler de dahil olmak üzere pek çok temel hak ve hürriyete ilişkin genel sağlık Anayasal bir sınırlandırma sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu sebeple genel sağlık dikkate alınarak idareler tarafından uygulanacak tedbirler kanuna dayansa da üst hukuk normu olan Anayasa'ya aykırı olduğu için hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda tedbirlere ilişkin hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması için yine Anayasa'da belirtilen yöntemlerin dikkate alınması gerekecektir. Anayasa'nın 119.maddesinde ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanı tehlikeli salgın hastalıkların mevcudiyeti halinde olağanüstü hal ilan etme yetkisine sahiptir. Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hal ilan edildiği takdirde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve durdurulması mümkün hale gelecektir. Bu halde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Dolayısıyla olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetler için genel sağlık bir sınırlama sebebi olmasa da olağanüstü hal ilan etmek suretiyle bu hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar yapılabilecektir. O halde tedbirlerin uygulanmasında Anayasal çerçevede kalınabilmesi için olağanüstü hal ilanının gerekliliği ortadadır.

Öte yandan bu dönemde tedbirler uygulanmış ve uygulanmaktadır. Makalenin Türkiye'de uygulanan pandemi tedbirlerine ilişkin kısmında da görülebileceği gibi genelgeler idarelerin pandemiyle mücadelede sıkça başvurduğu enstrümanlardan olmuştur. Oysaki olağan dönemde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kanunla yapılmalı, kanuna dayanmalıdır. 25 Mart 2020 tarih ve 7226 sayılı Kanunun Geçici 1 ve 2'nci maddelerinde ve 16 Nisan 2020 tarih ve 7244 sayılı Kanunda pandemi tedbirlerine yer verilse de bu hükümler pandemi sürecini yönetmek için yeterli değildir. Genelgeler idarelerin düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak başvurduğu, tali düzenlemeler içeren idari işlemlerdir. Bu sebeple normlar hiyerarşisinde üstte yer alan diğer normlara dayanmalı ve uygun olmalıdır. Kanuni bir dayanağı olmayan tedbirlere ilişkin genelgeler ise bu sebeple hukuka aykırı olacaktır.

Bununla beraber idarelerin bu süreçte uyguladığı tedbirlere Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile İl İdaresi Kanunu'nun bazı hükümlerini kanuni dayanak olarak gösterdiği görülmektedir. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 1.maddesinde "*genel sağlığı*" korumak devletin görevleri arasında sayılmaktadır. Ancak Kanun kapsamında alınacak tedbirler için 64.maddede "*Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyyettardır.*" denerek Sağlık Bakanlığının yetkili olduğu ifade edilmiştir. Uygulamada ise Sağlık Bakanlığı dışında diğer tüm idarelerin tedbirlere ilişkin sebep unsuru olarak Kanunu gösterdiği görülmektedir. Fakat yetkili olunmayan işe dair yetki açıklamaları işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Dolayısıyla Kanuna dayanarak uygulanacak tedbirler bu sebeple sakattır.

Bu süreçte idarelerce uygulanan ülke çapında veya bölgesel sokağa çıkma yasakları Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 27.maddesine dayandırılmaktadır. İlgili madde metninde tedbire karar verme yetkisinin mahalli meclisleri ait olduğu ifade edilmiştir. Mahalli meclislerin neyi ifade ettiği, kimlerden oluştuğu bir belirlilik içermemektedir. Uygulamada sokağa çıkma yasakları ülke çapında İçişleri Bakanlığı kararı ile uygulanmıştır. Bu durumda bakanlığın mahalli bir teşkilat birimi olarak yorumlanamayacağı açıktır. Dolayısıyla kanunun yanlış yorumlanması söz konusudur. Kanunun kapsamında sokağa çıkma yasağı belirli bir bölge için geçerli olmalı ve mahalli birimlerce karar verilmelidir. Bu sebeple ilgili madde dayanak gösterilerek sokağa çıkma yasağı uygulanması idari işlemi yetki unsuru bakımından sakatlayacaktır.

Bununla beraber idarelerin sokağa çıkma yasağı tedbirine dayanak gösterdiği diğer madde ise 72.maddedir. Buna dayanarak ülke genelinde 65 yaş üstü ve önce 20 sonra 18 yaş altı vatandaşların sokağa çıkmaktan yasaklandığı görülmektedir. Ancak madde metninde de ifade edildiği üzere hasta olanların veya hastalığından şüphe edilenlerin ilgili fenni uygulama neticesinde durumu tespit edilirse tecrit edilmesi mümkündür. Fakat uygulamada fenni bir tespit olmaksızın, bir ön kabulde belirli yaş grubundaki kimselerin sokağa çıkması yasaklanmıştır. Öte yandan 72.madde kapsamında tedbirin uygulanabilmesi için 57.maddede sayılan hastalıkların varlığı veya varlığı tehlikesi gereklidir. İlgili maddede sayılan hastalıklar tahdidir ve koronavirüs sayılan hastalıklar arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla ilgili maddelere dayanarak sokağa çıkma yasağına karar verilmesi halinde işlem sebep unsuru bakımından sakat olacaktır.

Umumi Hıfzısıhha Kanunu 1930 tarihli bir kanun olmakla beraber uygulanmaya devam etmektedir. Pek çok eski tarihli kanun halen uygulanmakta olmakla beraber temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin anlayışın daha da pekiştiği günümüzde idareye üstün takdir yetkisi tanıyan bu kanuna dayanarak tedbirlerin uygulanması gözetilen amaçla bağdaşmayacaktır. İl İdaresi Kanunu belirli bölgelerde valilere kamu düzenini sağlamak maksadıyla tedbir uygulama yetkisini vermiştir. Ancak tedbirlere dayanak kanun maddesinin yanlış yorumlanmaya müsait belirsizlikte olduğu görülmektedir. Zira bakıldığında tedbir uygulanacak kişiler, tedbirin koşulları, sınırları gibi pek çok durum kanun hükmünden farklı şekilde çıkartılabilecektir. Bu durum ilgili idari merciler bakımından keyfi yorumlamaya mahal verecek bir belirsizliğe sebep olabilmektedir. Durumun idareye sağlanan bir takdir yetkisiyle izah edilmesi halinde ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin tedbirlerde bu derece takdir yetkisinin bulunmaması gerekmektedir. O halde içinde bulunulan salgın koşullarından ders çıkarılarak bu ve bundan sonra karşılaşılabilecek salgınlara ilişkin hızlı bir kanuni çalışma yapılmalı ve idareler yetkilendirilmelidir. Aksi takdirde tüm iyiniyete rağmen uygulanacak tedbirler uygun kanuni koşullar sağlamadığı için hukuka aykırı kabul edilecektir.

Dolayısıyla idareler hukuka aykırı faaliyetleri sebebiyle faaliyetin muhatabı kimseler nezdinde oluşan zararları hizmet kusuru gereği gidermelidir. Ancak süreç içerisinde görülmekte ki idarelerin oluşan zararlarda kusurunun olmadığı, tedbirlerin hukuka uygun olduğu yönünde kanaatler mevcuttur. Bu halde dahi idarelerin sorumluluğunun ortadan kalktığı söylenemez. Kusursuz sorumluluk gereği idare, faaliyeti sırasında hukuka uygun davranışta bulunsa da oluşan zararları

sosyal devlet olmanın gereği gidermek durumundadır. Salgın koşullarının ulusal nitelik arz ettiği düşünülürse zarara uğrayan kimselerin sayısının da oldukça çok olması beklenilebilir. Bu durumda açılacak tam yargı davaları bakımından yargı organlarının işyükü sorunu yaşaması mümkün olabilir. İşyükünün giderilmesi amacıyla hukuki altyapı hazırlanarak idari teşkilat örgütlenebilir. Bizim bu konuda önerimiz, yargı organlarının işyükü sebebiyle kişilerin adalete erişim hakkının kısıtlanmaması için kişilere zararlarının tazmini için idareye başvuru hakkı tanınmasıdır. Böylelikle yargı önüne gidilmeden uzlaşma yoluyla zararın giderilmesi mümkün olacaktır. İl ve ilçeler kapsamında valilik ve kaymakamlıklarda kurulacak irtibat bürolarına, kişilerin yapacağı başvuruları, yine ilgili kurumda kurulacak komisyonlar inceleyecektir. Komisyon kararlarını incelemek ve salgın gibi ülke genelinde genel sağlığı tehdit eden durumlarda gerekli tedbirlerin alınmasında mevzuat temelini hazırlamakla görevli bir bağımsız idari otoritenin kurulmasının da faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira ileriki dönemlerde salgınların muhtabı olunacağını söylemek pek de güç değildir. Bahsedilen başvuru usulü yargıya başvurulmadan önce tüketilmesi zorunlu bir idari başvuru yolu olarak kararlaştırılabilir.

Salgın koşulları yasa koyucu tarafından henüz idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebep hallerinden biri olarak kabul edilmemiştir. Aksine, yapılan kanuni düzenlemelerde başvuru sürelerinin durdurulması gibi bazı durumlar kişilerin zararları bakımından idareye başvurmasını teminat altına almaktadır. Bu çıkarım kanun koyucunun konuya ilişkin kanaatine ilişkin bir yorum yapılmasını mümkün kılmaktadır.

Koronavirüs salgını hakkında mücbir sebep değerlendirmesi yapılabilmesi için kavramın unsurları incelendiğinde idarelerin sorumluluğunun kalkacağı savunması pek yerinde bir çaba olmayacaktır. Zira mücbir sebep dışsalılık, öngörülemezlik ve önlenemezlik koşullarının beraber gerçekleşmesi ile oluşmaktadır. Dünyada gerçekleşen salgınların sayısı ve şekli göz önünde bulundurulursa idarelerin, yönetimlerin salgın sebepli zararların ortaya çıkabileceğini öngörmemeleri pek de mümkün değildir. Öte yandan salgın şartları dikkate alındığında mücadelenin başat unsurlarından görülen aşılardan varlığı, salgının yayılımını önler mahiyette olduğu da anlaşılmaktadır. İdari tedbirlerin uygulandığı diğer emsal ülkelerde aşı sayesinde salgının yayılımı önlenebilmiştir. Bu sebeple mücbir sebep olgusunun şartlarından önlenemezliğin de sağlanamadığı söylenmelidir. Sonuç olarak mücbir sebep kavramının, gelişen teknolojinin de dikkate alınması ile bundan sonra dar yorumlanması gerekmektedir. Salgın şartları, tüm bu olgular göz önünde bulundurulduğunda bir mücbir sebep hali oluşturmayacak ve idarelerin sorumluluğunun azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına sebep olmayacaktır. İyi idarenin bu durumda yönetilenleri düşünerek hiçbir bahane ve sebebin ardına sığınmadan oluşan zararları gidermesi, sosyal bir hukuk devleti olmakla bağlantılı kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Açdoyuran, S. Burak. "İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 1-2 (13 Haziran 1999): 1-19.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali. "Fransız Devriminde Birey-Devlet İlişkisi (1789-1794)". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 44, sy 03 (01 Mart 1989). https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001521.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. 12. bs. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. 2. bs. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. 2. bs. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Azrak, Ali Ülkü. "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu". İçinde *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III*, 135-45. Ankara: Fakülteler Matbaası, 1980.
- Azrak, Ülkü. "Alman İdare Hukukunda Devletin Amme Hukuku Sahasındaki Faaliyetinden Doğan Mesuliyeti". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 28, sy 2 (1962): 367-81.
- Başgil, Ali Fuad. "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi". *Adliye Ceridesi* 6 (1940): 582-613.
- Bucaktepe, Adil. "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17-18, sy 26-27-28-29 (15 Mart 2015): 93-122.
- Candan, Turgut. "Covid-19 Salgınının İdari Yargı Sürelerine Etkisi". *Düşüncelerim* (blog), 26 Mart 2020. <https://turgutcandan.com/2020/03/26/covid-19-salgininin-idari-yargi-surelerine-etkisi/>.
- Celayir, Selami. "İdarenin Takdir Hakkı Prensibi ve (Görülen Lüzum) Telâkkisi". *Türk İdare Dergisi*, sy 257 (1959): 95-101.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. 7. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. 12. bs. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çağlayan, Ramazan. "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi". İçinde *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 451-95. Gazi Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Çağlayan, Ramazan. *Tarihsel, Teorik Ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- Doru, Seyit Rasim. "COVID-19 (Koronavirüs) Salgını Sürecinde Yapılan İdari Muamelelerin Hukuka Uygunluğu ve İdarenin Sorumluluğu Meselesi". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sy 2 (16 Ekim 2020): 769-807. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0017>.
- Duran, Lütfi. "İdari İşlemlerden Sorumluluk: İptal Davası - Tam Yargı Davası". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 33, sy 3-4 (1967): 3-26.
- Duran, Lütfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, 1974.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. 2. bs. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Erkal, Atila. "Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu Ve Alman Hukukundaki Durum". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 2 (29 Aralık 2021): 59-95. <https://doi.org/10.52273/sduhfd.1050368>.
- Erkut, Celal. "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 9, sy 1-3 (20 Haziran 2011): 69-91.

- Eroğlu Durkal, Müzeyyen. “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı Ve Temeli”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi* 23, sy 1 (22 Mart 2019): 159-89. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.548483>.
- Evren, Çınar Can. “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi* 14, sy 1 (01 Haziran 2010): 263-97.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*. C. 2. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”. Erişim 12 Ekim 2022. <http://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>.
- Gözübüyük, A. şeref. *Yönetim Hukuku*. 26. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Gözübüyük, A. şeref. *Yönetim Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Güler, Betül. “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 19, sy 38 (28 Haziran 2020): 180-201.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. 10. bs. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- İşıklar, Celâl. “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran Ve Azaltan Hâller”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy 1 (08 Mart 2019): 115-58. <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.537887>.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri*. 5. bs. C. 2. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. 15. bs. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kaplan, Gürsel. “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: ‘Fiil Yol’”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi* 11, sy 1 (01 Haziran 2007): 887-918.
- Kasapoğlu Turhan, Mine. “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi* 11, sy 2 (31 Aralık 2020): 550-66. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.771912>.
- Kırışık, Fatih ve Muhammet Durdu. “Vali Ve Kaymakamların Sokağa Çıkma Yasağı Ve Güvenlik Bölgesi İlan Etmesi”. *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, sy 47 (28 Ocak 2016): 167-83.
- Kutlu, Meltem. “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”. *Amme İdaresi Dergisi* 32, sy 4 (1999): 15-27.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. C. 3. İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. C. 1. İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık - Hak Kitabevi, 1966.
- Sarıca, Ragıp. “Hizmet Kusuru Ve Karakterleri”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 15, sy 4 (1949): 858-95.
- Seçkin, Sinan ve Gül Üstün. “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi Ve Gerekke İlkesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (01 Ocak 2016): 509-34.
- şen, Ersan. “De Facto Olağanüstü Hal Uygulamaları”. *HUKUKİ HABER*, 14 Nisan 2020. <https://www.hukuki-haber.net/de-facto-olaganustu-hal-uygulamalari-makale,7702.html>.
- şirin, Memduh Cemil. “Fransa’da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78, sy 2 (16 Ekim 2020): 1009-46. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.2.0024>.
- şirin, Tolga. “Gündeme İlişkin Değerlendirme: Olağan Dönemlerde Sokağa Çıkma Yasağı İlan Edilebilir mi?” *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, sy 7 (2015): 261-88.

Şirin, Tolga. “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 9, sy 17 (2020): 43-146.

Tekinsoy, Özge Okay. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Ulusoy, Ali D. “Virüs hukuka da mı bulaştı?” *T24*, 18 Mart 2020. <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/virus-hukuka-da-mi-bulasti,25896>.

Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. 4. bs. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.

Yaman, Murat. “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi* 18 (2003): 71-101.

Yayla, Yıldızhan. “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”. İçinde *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*. Ankara: Fakülteler Matbaası, 1980.

Yeniay, Lokman ve Gülden Yeniay. “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi Ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”. *Anayasa Yargısı* 36, sy 1 (01 Ağustos 2019): 105-38.

Yıldız, Hayrettin. “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”. *TBB Dergisi*, sy 116 (2015): 135-78.

Yıldırım, Turan. “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, sy 2 (27 Aralık 2019): 1520-38. <https://doi.org/10.33433/maruhad.667551>.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*. C. 1. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.

İnternet Kaynakları

<https://covid19asi.saglik.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://tr.sputniknews.com>

<https://www.aa.com.tr>

<http://www.antalya.gov.tr>

<https://www.bbc.com>

<https://www.dailysabah.com>

<https://www.diyaret.gov.tr>

<http://www.elazig.gov.tr>

<http://www.eskisehir.gov.tr>

<https://www.icisleri.gov.tr>

<http://www.kars.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.sozcu.com.tr>

<http://osmaniye.gov.tr>

<https://www.tccb.gov.tr>

<https://www.trthaber.com>

<https://www.who.int>

<http://www.yeditepehastanesi.com.tr>

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

MÜLKİYET HAKKI YÖNÜNDEN DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ KAVRAMI (AİHM VE AYM'NİN İÇTİHATLARINA ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM)

THE CONCEPT OF POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE WITH RESPECT TO PROPERTY RIGHT (CRITICAL APPROACH TO THE JURISPRUDENCES OF ECtHR & TCC)

Dr. Cengiz Arıkan*

Ogün Oktay*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin akdedildiği dönemlerde insan haklarının ihlalleri noktasındaki temel algı, bu ihlalleri devletlerin gerçekleştireceği düşüncesine dayanmaktaydı. Ancak günümüzde bu ihlallerin devletler kadar ve bazen devletlerden daha yaygın biçimde diğer bireyler tarafından gerçekleştirildiğini görmekteyiz. Buna karşılık gerek uluslararası insan hakları metinleri, gerek anayasalar bu yönden ihlallerle mücadele edecek, onları engelleyecek ya da zararı tazmin edecek açık hükümler içermemektedir. Bu sebeple hem ulusal hem de uluslararası düzeydeki mahkemeler yorum faaliyetleri ve içtihatları ile temel hakların bireyler arasında etki doğurmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Bu çabalar sonucunda temel hakların vatandaşlar arasındaki etkisine yönelik 'yatay etki' ve bu etkiyi sağlayan temel araç olan 'pozitif yükümlülükler' kavramları gelişmiştir. Günümüzde hukukun yaşayan bir varlık olarak değişen dünyaya, sosyal taleplere ve ihtiyaçlara göre gelişimine şahit olmaktayız. Ancak her ne kadar bu gelişim ile hak temelli yorumun faydaları göz ardı edilemeyecekse de, mahkemelerin yorum faaliyetlerinin geldiği nokta tartışma yaratmaktadır. Her geçen gün devletler için mevcut pozitif düzenlemelerde açıkça yer almayan yeni yükümlülükler belirlenmesi, bu düzenlemelerin kapsamının sınırsız biçimde genişletilmesi, uluslararası alanda devletlerin imza attıkları metnin pozitif sınırlarını aşan bir takım yükümlülükler ile sorumlu tutulması bu tartışmaların temel kaynaklarıdır. Bu çalışmada da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ile yapılan yorum faaliyetlerine değinilecek, mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yatay Etki, Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Mülkiyet Hakkı

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı

0000-0003-2785-3575 carikan@kku.edu.tr

* Araştırma Görevlisi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı. (Sorumlu yazar)

0000-0001-5278-7472 ogunoktay@kku.edu.tr



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

ABSTRACT

At the time when the European Convention on Human Rights was signed, the basic perception of violations of human rights was based on the idea that states would commit these violations. However, today we see that these violations are carried out by other individuals as much as and sometimes more widely than states. On the other hand, both our international human rights texts and our constitutions did not contain clear provisions to combat, prevent or compensate for violations between individuals. For this reason, various courts, both at the national and international level, have tried to ensure that fundamental rights have an impact among individuals with their interpretation activities and case-laws. As a result of these efforts, the concepts of 'horizontal effect' on the effect of fundamental rights among citizens and 'positive obligations' of states, which are the main tools that provide this effect, have developed. Today, we are witnessing the development of law as a living entity in accordance with the changing world, social demands and needs. However, although the benefits of this development and rights-based interpretation cannot be ignored, the point of the interpretation activities of the courts creates controversy. The main sources of these discussions are to determine new obligations for the states that are not explicitly included in the existing positive regulations, to expand the scope of these regulations unlimitedly, to hold the states responsible with some obligations that exceed the positive limits of the text they signed in the international arena. In this study, the interpretation activities made by the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court will be mentioned, and positive obligations of the state in the context of the right to property will be examined.

Keywords: Horizontal Effect, Positive Obligations, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, Right of Property

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşının ardından temel hak ve hürriyetlerin ihlalinin devletler tarafından gerçekleştirilen eylemlerden kaynaklandığı konusundaki temel inanç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne yansımış; sözleşme temelde devlet-birey ilişkisini düzenlemek amacıyla kaleme alınmıştır¹. 'Dikey İlişki' olarak da adlandırılan devlet-birey arası ilişki noktasında devletlerin egemenliklerine birtakım sınırlamalar getirilerek bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması sağlanmaya çalışılmıştır.

Oysa günümüzde, temel hak ve hürriyetler noktasında yaşanan ihlallerin önemli bir bölümü bireyler arasında meydana gelmektedir. Hukuk devleti ya da demokratik devlet olarak tanımlanamayacak birtakım ülkeleri bir kenara bırakacak olursak, yaşanan ihlallerin ciddi bir bölümünün birey-birey arasında gerçekleştiği kolayca fark edilebilir. Bu noktada devletler zor kullanma yetkilerini ellerinde bulundurduklarından, bu hak ihlallerine müdahale etmek, önlemek, engellemek ya da oluşacak zararın giderilmesini temin etmek hususlarında yetkili ve dahi sorumludurlar. Ancak bireylerin özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve hürriyetlere dayanarak hak iddia edebileceği yönündeki yaklaşım pozitif bir düzenleme ile Anayasamızda ve AİHS'de açık ve belirgin bir biçimde düzenlenmemiştir. Çalışmanın devamında daha ayrıntılı biçimde değinileceği üzere Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında mülkiyet hakkına ilişkin mevcut pozitif düzenleme ile maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi gibi birtakım haklara dayanarak pozitif yükümlülüklerin türetilmesine yönelik yorum faaliyetleri gerçekleştirilmektedir. Böylelikle, mevcut hükümlerin yeniden yorumlanması ve sağlanan güvencelerin genişletilmesi ile temel hak ve hürriyetlerin 'yatay ilişkilerde' de uygulanabilmesi mümkün kılınmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisine ve pozitif yükümlülüklerle ilişkin AİHM kararlarını yakından takip ettiği, pek çok yerde atıf yaptığı ve benzer biçimde uyguladığı göz önünde bulundurulduğunda, çalışmanın kapsamına AİHM'nin konuya bakışını dahil etmemek olanaksızdır. Bu sebeple çalışmada öncelikle temel kavramlar olan temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi, koruma yükümlülükleri ve devletin pozitif yükümlülükleri kavramlarına değinilecek, ardından öncelikle AİHM ve devamında Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihatları incelenecektir. Çalışmanın temel konusu mülkiyet hakkı noktasındaki pozitif yükümlülükler ile sınırlandırılmıştır. Ancak elbette pozitif yükümlülükler ve yatay etki yalnızca mülkiyet hakkına yönelik kavramlar değildir. Ayrıca bu kavramlar pek çok temel hak ve hürriyet kapsamında ortak özellikler taşımaktadırlar. Buna karşılık tüm temel hak ve hürriyetlere ilişkin pozitif yükümlülüklerin açıklanmaya çalışılması, bu çalışmanın spesifik bir alandaki niteliğine zarar vereceğinden kapsama dahil edilmemiştir.

¹ Monika Florczak-Wątor, "The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State", *International and Comparative Law Review*, 17/2 (2017), s. 40. (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/324070913_The_Role_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_Promoting_Horizontal_Positive_Obligations_of_the_State) (E.t. 03.04.2022)

I. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN YATAY ETKİSİ

İnsan haklarının anayasalarımıza dahil olmasının sonuçlarından biri üstün ve bağlayıcı normlar olan anayasal normların bireyler arasında da hüküm ve sonuç doğurabilmesidir². İlk olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen bu anlayış zaman içerisinde diğer ulusal ve uluslararası nitelikteki mahkemelere sirayet etmiştir. Böylece insan haklarına ilişkin normların birey-devlet ilişkisine (dikey ilişki) münhasır olduğuna dair inanç son yıllarda zayıflamaya başlamış, bunun karşısında dikey ilişki ile birlikte bireyler arasındaki ilişkiyi de kapsayacak şekilde bir genişleme ve neticesinde yatay etki kavramı hukuk dünyamıza girmiştir³. Bu doğrultuda yatay etki kuramı, temel hak ve hürriyetlerin “özel kişiler arası ilişkileri de düzenlediği ve özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiğini⁴” dikte etmektedir. Bireyin temel hak ve hürriyetinin yine bireyler tarafından ihlal edilmesini ifade eden ‘yatay ihlaller’ ise toplumda pek çok alanda ve şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Gündelik hayatta yaşam hakkı, eğitim hakkı, sağlık hakkı, mülkiyet hakkı, ayrımcılık yasağı gibi pek çok noktada yatay ihlaller yaşanabilmektedir⁵.

Yatay etki kavramı açıklanırken karşılaşılabilecek temel ayırım doğrudan ve dolaylı yatay etkilerdir. Doğrudan yatay etki olarak ifade edilen husus, bireylerin başkaca bir kanun maddesi ya da usule dayanması gerekmeksizin ilgili anayasal normlara dayanarak doğrudan hak iddia edebilmesidir. Bu anlayışa göre insan haklarına ilişkin normlar bireyler arasındaki ilişkileri doğrudan düzenler, taraflara bir takım karşılıklı hak ve yükümlülükler yükler⁶. Öğretide bir görüş Anayasamızın bazı maddelerinin doğrudan yatay etkinin ortaya çıkmasına müsait olduğunu ifade etmekte, buna örnek olarak Anayasa’nın 54’üncü⁷ maddesinde düzenlenen grev hakkına dayanarak bireylerin doğrudan hak iddia edebileceklerini öne sürmektedir⁸. Bir başka görüş ise ülkemizde anayasal normların birer özel hukuk normuymuşçasına bireyler arasındaki hukuki ilişkileri doğrudan etkilemesini mümkün görmemektedir.⁹ Doğrudan yatay etkinin karşısında konumlanan dolaylı yatay etki teorisi ise, bireylerin hukuki ilişkilerini özel hukuk normlarının düzenlemesine karşılık, bu normların yorumlanmasında ilgili anayasal hak ve hürriyetlerin bir

² Ahmet Kılınc, “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IX/1-2 (2005), s. 287. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63549/962988>) (E.t 15.04.2022)

³ İsmail Emrah Perdecioğlu, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 43 (2020), s. 50. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59539/873694>) (E.t 16.04.2020).

⁴ Perdecioğlu, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, s. 55.

⁵ Reyhan Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 23/1 (2015), s. 23. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26655/281295>) (E.t 18.04.2022)

⁶ Izhikov Maksim Yuryevich, ““Horizontal” Human Rights and Positive Obligations”, Juridical Sciences and Education, S. 57 (2018), s. 198. (Erişim: http://www.iolr.org/wp-content/uploads/2018/12/Izhikov-M.Yu_-Horizontal-human....pdf) (E.t 19.04.2022)

⁷ “Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler.”

⁸ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, s. 417.

⁹ Korkut Kanadoğlu, “Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anadabilim Dalı, 1998, s. 30.

rehber olarak kullanılmasını öngörmektedir¹⁰. Ayrıca anayasal ilke ve normlar hukuki boşlukların doldurulması noktasında da yardımcı olarak kullanılabilir¹¹. Yine ilgili görüşe göre özel hukuktaki birtakım iyi niyet, ya da ahlak kurallarına ilişkin düzenlemeler dolaylı yatay etkinin ortaya çıkmasında kullanışlı birer araç olabilmektedir¹².

Dolaylı yatay etkinin görünüş biçimlerinden bir diğeri ise devletlerin bireyler arasındaki hukuki ilişkilerde, tarafların temel hak ve hürriyetlerini koruma görevi ve bu görevi doğru biçimde yerine getirmediğinde sorumlu tutulacağı düşüncesidir¹³. Cümlede ifade edilen 'görev' kelimesi devletlerin pozitif yükümlülüklerine karşılık gelmektedir. Bir diğer ifade ile devletlerin tüzel ya da gerçek olması fark etmeksizin özel kişiler arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklardan dolayı sorumlu tutulabilmesi, devletin pozitif yükümlülüklerini ihmal ya da ihlal etmiş olması ön şartına bağlıdır. Bu şart gerçekleştiğinde, her ne kadar temel hakkı devletin bizzatı kendisi ihlal etmemiş olsa dahi, taraflara gerekli korumayı sağlamadığı için sorumlu tutulmaktadır.

Öyle ise pozitif yükümlülükler, devlete bir takım icrai görevler yükleyen 'yerine getirme' yükümlülükleri biçiminde karşımıza çıkabileceği gibi devletin ihlallerden vatandaşlarını koruma, koruyamadığı durumlarda ise hak ihlallerini giderilmesi için gerekli mekanizmaları kurmak ve işletmek biçimindeki 'koruma' yükümlülükleri olarak da karşımıza çıkabilir¹⁴. Özetle öğretilerde bir temel hak ve hürriyetten vatandaşların serbestçe faydalanabilmesi noktasına kadar devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yerine getirme yükümlülükleri mevcutken, aynı hak üzerinde yaşanabilecek ihlallerin önlenmesi ile ihlaller meydana geldiğinde sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında bu kez koruma yükümlülükleri devreye girmektedir¹⁵.

II. KORUMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ İLE DİĞER KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

Devletin temel hak ve hürriyetler bağlamındaki koruma yükümlülükleri ile yine aynı bağlam üzerindeki pozitif yükümlülükleri sıklıkla karıştırılmaktadır. Bu kapsamda pozitif yükümlülükler kavramının bilhassa aktif bir edimi gerektirdiği yönündeki izlenim ile koruma yükümlülükleri kavramının yarattığı yalnızca önleyici yükümlülükler algısı, yaşanan karışıklığı pekiştirmektedir. Tüm bunların üzerine yatay etki ve dolaylı yatay etki kavramlarının da bunlar yerine kullanıldığı değerlendirildiğinde, bu hususu netleştirme gereği doğmuştur.

Öğretilerde bir görüş temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk sistemi ve bireylerin özel hukuk ilişkilerine etkisi noktasında üçlü bir ayırım yapmaktadır. Buna göre temel hak ve hürriyetler

¹⁰ Perdecioğlu, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", s. 59.

¹¹ Kanadoğlu, "Türk Ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması", s. 30.

¹² Sacha Prechal, "Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the Eu", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, S. 66 (2020), s. 409. (Erişim: file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-HorizontalDirectEffectOfTheCharterOfFundamentalRig-7527353%20(1).pdf) (E.t 30.04.2022)

¹³ Prechal, "Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the Eu", s. 409.

¹⁴ Simay Doğmuş, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 171.

¹⁵ Doğmuş, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*, s. 171.

bu ilişkileri doğrudan etki (unmittelbare Drittwirkung), dolaylı etki (mittelbare Drittwirkung) ya da koruma yükümlülükleri (Schutzpflicht) çerçevesinde etkileyebilir¹⁶. İlgili görüş koruma yükümlülüklerini dolaylı yatay etki teorisinden bağımsız bir konuma yerleştirmektedir. Bu görüşe göre koruma yükümlülükleri kapsamında devletin temel amaç ve görevi, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumaktır. Bu kapsamda devlet hak ihlalleri henüz meydana gelmeden gerekli önleyici tedbirleri almak ve devamında ihlal gerçekleşse dahi, neticelerini ortadan kaldırmak ve adaleti gözetmekle yükümlüdür. Bu noktadan bakıldığında Belling ve İnce'ye göre "gerek dolaylı etki teorisi gerekse de koruma yükümlülüğü teorisi birbirini tamamlayıp birbirini mükemmelleştirmektedir"¹⁷. Yazarlara göre dolaylı yükümlülük teorisinin varlık sebebi devletin koruma yükümlülüğüdür¹⁸. Diğer bir ifade ile devlet vatandaşlarını yatay ilişkilerdeki hak ihlallerinden korumakla yükümlü olduğu için temel hak ve hürriyetlerin dolaylı yatay etkisinin var olduğu kabul edilmektedir. Yine Belling ve İnce'ye göre bireyler sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri dolaylı yatay etki bağlamında birbirlerine karşı ileri sürebilecekken bunun sınırı koruma yükümlülükleridir¹⁹. Çünkü devlet bu noktada karşılıklı haklar ileri sürülürken koruma yükümlülüğü bağlamında zayıf olanı korumak ve gözetmekle adil bir dengeyi kurmak zorundadır²⁰. Başka bir anlatımla koruma yükümlülüğü, temel hak ve hürriyetten yararlanan kişiler arasında devletin zayıf konumda bulunan kişileri diğer kişilerden gelecek müdahalelere karşı koruma görevini ifade etmektedir²¹. Koruma yükümlülüğü teorisine göre tarafların dolaylı yatay etki bağlamında temel hak ve hürriyetlerden sınırsız biçimde yararlanması, birbirine karşı sınırsız bir hak iddiasında bulunması düşünülemez. Ayrıca yatay etki teorilerinde bireyler doğrudan ya da dolaylı biçimde birbirlerine karşı temel hak ve hürriyetlerini ileri sürdüğünden, taraflardan birinin temel hak ve hürriyeti diğer tarafın yükümlülüğünü doğurmaktadır. Oysa koruma yükümlülüğü teorisinde, tarafların birbirine karşı ileri sürdüğü haklardan ve yükümlülüklerden ziyade, temel husus devletin tarafların hak ve hürriyetlerini yaşanabilecek ihlallerden koruması noktasında toplanmaktadır²². Örneğin koruma yükümlülüğü teorisine göre her ne kadar kişilerin sözleşmeleri ve hukuki ilişkileri üzerinde irade özerkliği bulursa da güçlü konumda bulunan işveren ile zayıf konumda bulunan işçi arasında tam bir irade serbestisi içerisinde sözleşme ilişkisi kurulması düşünülemez. Bu noktada devlet

¹⁶ Detlev W. Belling & Nurten İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *Legal Hukuk Dergisi*, 12/137 (2014) (Erişim: https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/websitel-belling/Dokumente/Turk_Alman.pdf) (E.t 29.09.2022)

¹⁷ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 36.

¹⁸ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 36.

¹⁹ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 36.

²⁰ Belling & İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", s. 54.

²¹ Zeynep Şişli, "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi mi, Koruma mı?", *İzmir Barosu Dergisi*, 84/3 (2019), s. 185. (Erişim: <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/insan-haklari-b20191212133617867.pdf>) (E.t 1.10.2022)

²² Dilara Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019, s. 113-114. "Ancak bu yönüyle ilgili anlayış, hakların yatay etkisini ya da diğer bir ifade ile özel hukuk düzenindeki etkisini azalttığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca yine anlayışın çatışan hakların dengelenmesi noktasında ilgili hakların belirli bir dereceye kadar sınırlanmasını öngörmesi çeşitli eleştirilere sebep olmuştur." Dönmezkuş, "Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü", s. 116

hukuki ilişki içerisinde tarafların irade özerkliklerine ve sözleşme hürriyetlerine birtakım sınırlamalar getirerek zayıf olanı korumak durumundadır.

Koruma yükümlülükleri ile pozitif yükümlülükler kavramları da benzer şekilde oldukça yakın ilişki içerisinde. Öğretide bir görüş, pozitif yükümlülükleri tasnif ederken dörtlü bir ayırım kullanmaktadır. Metin'e göre "pozitif yükümlülükler: koruma yükümlülüğü, usule ve organizasyona ilişkin yükümlülükler, hukuki düzenleme yapma yükümlülüğü ve sosyal haklardan doğan yükümlülükler²³" olmak üzere tasnif edilmektedir. Bu tasnife göre koruma yükümlülükleri pozitif yükümlülüklerin bir alt başlığını oluşturmaktadır. Yazar'ın tanımındaki koruma yükümlülükleri, bireyleri üçüncü kişilerin hukuka aykırı müdahalelerinden korumak ve ihlal gerçekleşmiş ise sonuçlarını ortadan kaldırmak noktasındaki devletin ödevlerini karşılamaktadır²⁴. Bir başka yazar ise pozitif yükümlülükleri tanımlarken, koruma yükümlülükleri ve bireylerin ilgili haktan tam anlamıyla yararlanabilmesi için gerekli koşulları yaratma yükümlülüklerini saymış, bu iki yükümlülüğün birbirinin tamamlayıcısı olduğunu ifade etmiştir²⁵. Yine öğretide bir başka görüş devletin pozitif yükümlülükleri ile devletin bireyi yatay ihlallerden koruma görevini aynı bağlam içerisinde değerlendirmiştir²⁶. Ancak bu noktada devletin dikey ilişkilerde de bir takım pozitif yükümlülüklerinin olabileceği ifade edilmelidir. Örneğin hukuka aykırı bir kamulaştırma işlemi sebebiyle dikey ilişkide devlet bireyin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinde, yine etkin bir yargı sisteminin işlemlerini temin ederek bireyin hakkını devlete karşı koruyabilmesi imkânının sağlanması devletin pozitif yükümlülüklerindedir. Bu sebeple her ne kadar devletin bireyleri yatay ihlallerden koruma ödevi ile pozitif yükümlülükleri bazı durumlarda aynı sorumlulukları karşılasa da bu durum her zaman geçerli olmayabilir.

Karşılaşılan ayırimlardan bir diğeri ise devletin üç tip yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlar "Devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren 'saygı gösterme yükümlülüğü', devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve failerin cezalandırılmasını gerektiren 'koruma yükümlülüğü' ve son olarak hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren 'uygulama yükümlülüğü'²⁷" olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda 'saygı gösterme yükümlülüğü' devletin pasif kalmasını gerektiren negatif bir yükümlülük biçimi iken, 'koruma yükümlülüğü' ve 'uygulama yükümlülüğü' aktif bir tutum gerektiren pozitif yükümlülükler olarak değerlendirilebilir. Çünkü 'saygı yükümlülüğü' devletin kendi eylem ya da eylemsizliği ile bireyin temel hak ve hürriyetlerini ihlal etmesini yasaklarken, 'koruma yükümlülüğü' devlete bireyleri devlet dışı varlıkların müdahalelerinden koruma görevi

²³ Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", Uluslararası İlişkiler Dergisi, 7/27 (2010), s. 113. (Erişim: http://www.iolr.org/wp-content/uploads/2018/12/Izhikov-M.Yu_-Horizontal-human....pdf) (E.t 19.04.2022)

²⁴ Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması İle İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", s. 112.

²⁵ Semih Batur Kaya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu, Ankara: Seçkin Hukuk, 2021, s. 261.

²⁶ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), Ankara: Seçkin Hukuk, 2022, s. 425.

²⁷ Jean-François Akandji-Kombe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler", Çev: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Strasbourg: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2008, s. 5.

yükler²⁸. Buna karşılık AİHM bu yönde bir tasnif kullanmamaktadır. İleride değinileceği üzere AİHM kararları incelendiğinde üçlü bir ayırmadan ziyade negatif ve pozitif yükümlülükler ayırımının benimsendiği değerlendirilebilir.

Genel olarak bir husus üzerinde devletin sorumluluğunun doğması için ilgili hususun devlete atfedilebilir olması ile bu hususta devletin hukuki bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir²⁹. Oysa konumuz bağlamında temel hak ve hürriyetler noktasındaki bireysel ihlallerde ilgili husus devlete doğrudan atfedilemeyebilir. Bu bağlamda bireyler arasında yatay ihlaller gerçekleştiğinde her ne kadar doğrudan doğruya bu hususu devlete atfetmek mümkün olmasa da, devletin koruma yükümlülükleri dolayısıyla ihlalden sorumluluğu doğabilecektir³⁰. Diğer bir ifade ile devlet yatay ihlallerden kendi koruma yükümlülüğünü ihmal veya ihlal ettiği gerekçesiyle sorumludur. Kısacası yatay ihlaller hususunda devletin sorumluluğuna gidebilmek için devletin koruma yükümlülükleri etkili bir araçtır.

Özetle temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerini etkilemesi noktasındaki koruma yükümlülükleri teorisi ile devletin pozitif yükümlülükleri kapsamındaki koruma yükümlülükleri farklı kavramlara karşılık gelmektedir. Her iki kavramın da arkasında yatan fikir devletin bireylerin temel hak ve hürriyetlerini koruma görevidir. Buna karşılık bir teori olarak koruma yükümlülükleri, anayasal düzeyde güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine etkisini açıklayan ve sınırlarını belirleyen temel anlamdaki üç ayrı teoriden birine karşılık gelmektedir. Oysa pozitif yükümlülüklerin bir parçasını oluşturan koruma yükümlülükleri kavramı, soyut bir teoriden ziyade, devletin bireyin temel hak ve hürriyetleri noktasındaki ihlalleri önlemek, ihlal gerçekleştiği durumlarda ise ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak noktasında üzerine düşen görevleri ifade etmektedir. Bu yönüyle arz edilen ikinci kavramın somut ve pratik gerekliliklere işaret ettiği tespit edilebilir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere gerek yatay etki ve pozitif yükümlülükler kavramlarının, gerek koruma yükümlülüklerinin üzerinde fikir birliğine varılmış bir tanım mevcut değildir. AİHS ve Anayasamızda bu hususta açık bir düzenlemenin bulunmaması, ilgili kavram ve yükümlülüklerin içtihatlar vasıtasıyla her bir somut olayda yeniden tespit edilmesi, doktrinde de bu hususların farklı biçimde yorumlanmış ve kullanıldığı bu görüş ve tasnif ayrılıklarının başlıca sebeplerindedir. Bu noktada net bir fikir birliği bulunmasa dahi belli çıkarımlar yapmak mümkündür. Öncelikle devletlerin, bireylerin hak ve hürriyetlerini koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler ihlal gerçekleşmeden önce ihlali önlemeye dönük düzenleyici tedbirler olabileceği gibi ihlal neticesinde gerçekleşen sonuçları ortadan kaldırmaya dönük adaleti tesis edici tedbirler de olabilir. Yine devletin bireylerin hak ve hürriyetini tam

²⁸ Abdullah Uz & Metin Yüksel, “Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı”, (Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi, S. 2. Ankara, Eylül 10-15, 2007) s. 894.

²⁹ Miray Azaklı Köse, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme”, Public and Private International Law Bulletin, 42/2 (2022), s. 13. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1678573>) (E.t 30.09.2022)

³⁰ Azaklı Köse, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme”, s. 13.

manasıyla koruyabilmesi için yalnızca dikey ilişkideki (devlet-birey) koruma yetersiz kalacaktır. Devlet yatay ilişkilerde de bireylerin hak ve hürriyetlerini korumak zorundadır. Bu kapsamda yatay ilişkilerde bireylerin bir takım anayasal normlara dayanması gündeme gelmektedir. Bu durum bireylerin yalnızca ilgili anayasal norma dayanarak hak iddia edebileceği biçimde, diğer bir ifade ile temel hak ve hürriyetlerin doğrudan yatay etkisi ile gerçekleşebilir. Bir başka olasılık ise bireylerin yatay ilişkilerde özel hukuk kurallarına dayanması, ancak anayasal normların bir yol gösterici olarak kullanılması ile temel hak ve hürriyetlerin dolaylı yatay etkisi biçiminde de gerçekleşebilir. Bir diğer ihtimal ise yatay ilişkilerde bireylerin özel hukuk normlarına dayanmasına karşılık devletin bu yatay ilişkinin koruma yükümlülükleri bağlamında orta noktasına yerleşmesi, zayıf olanı koruyarak yaşanabilecek hak ihlallerinin önüne geçmesi biçiminde karşımıza çıkabilir.

III. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Daha önceden de ifade edildiği üzere temel haklara ilişkin ulusal ve uluslararası ölçekteki pozitif düzenlemeler genellikle devlete kaçınma, yapmama görevi yüklemektedir. Diğer bir ifade ile devletin görevi bireylerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal etmemek, ihlal etmekten imtina etmek, ihlal etmiş ise bireylerin zararını tazmin etmektir. Buna karşılık devletin vatandaşların hak ve hürriyetlerini tam manasıyla koruması ancak bireyler tarafından gerçekleştirilen ihlallerden de vatandaşlarını korumasıyla mümkün olacaktır. Bu temel düşünceden hareketle devletin çeşitli hak ve hürriyetler noktasında farklı pozitif yükümlülükleri bulunabilir. Bunların pozitif yükümlülükler olarak ifade edilmesinin sebebi, kaçınma, imtina etme ya da negatif bir tutum takınma yükümlülüğünden ziyade, devletin aktif bir müdahalesini gerektirmesidir.

Yatay ihlaller kapsamında devletin sorumluluğu da bu yükümlülükleri eksiksiz bir şekilde yerine getirip getirmediğine göre değerlendirilmektedir³¹. Bu yükümlülükler kapsamında devlete düşen görevler Sunay tarafından “gerekli normatif düzenlemeleri yapmak ve güvenceleri getirmek, uygulamaya dönük işlevsel tedbirler almak, denetim görevlerini yerine getirmek, ihlal durumunda başvurulabilecek hak arama yollarını oluşturmak ve belirtmek, ihlal olduğunda etkin bir soruşturma yürütmek ve gerekli müeyyideyi uygulamak³²” şeklinde sıralanmaktadır.

Pozitif yükümlülükler incelendiğinde usule ve esasa ilişkin olmak üzere ikili bir ayırım ile karşılaşılabılır. Genel anlamda devletlerin, bireylerin hak ve hürriyetleri henüz ihlal edilmeden önce aldığı ya da alması gereken önlemler, oluşturduğu düzenlemeler, geliştireceği uygulamalar devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğü olarak tanımlanabilir³³. Bunun karşısında yer alan usule ilişkin pozitif yükümlülükler ise bilhassa bireylerin hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği veya ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda onların devletin korumasından yararlanabilmesi, hak ve hürriyetlerine yeniden kavuşabilmeleri, zarara uğramışlarsa bunun tazmin edilebilmesi noktasında toplanmaktadır. Bu yükümlülüklerinin ihlali halinde hem bir tazmin

³¹ Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, s. 27.

³² Sunay, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, s. 31.

³³ Muhammed Fatih Karabulut, “Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 42 (2020), s. 233. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58517/857918>) (E.t 12.03.2022)

hem de usuli yükümlülüklerin gereği olarak etkili bir soruşturma ile ihlali gerçekleştiren kişilerin belirlenmesi ve kanun önünde sorumlu tutulması gerekmektedir³⁴.

Negatif yükümlülükler hem devletler hem de bireyler için geçerli iken pozitif yükümlülüklerden yalnızca devletler sorumludur³⁵. Söz gelimi bireyler de tıpkı devletler gibi birbirlerinin temel hak ve hürriyetlerine karşı negatif bir tutum takınmakla ve onları ihlal etmemekle yükümlüdür. Ancak bireylerin bunun dışında bir koruma yükümlülüğü ya da yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum zor kullanma yetkisinin sahibinin devlet olduğu gerçeği karşısında oldukça anlamlıdır. Çünkü yetkisiz bireylere sorumluluk yüklemek adalet ile bağdaşmayacaktır. Oysa devletlerin negatif bir tutum ile birlikte somut olayın özelliklerine göre pozitif bir tutum da takınması gerekebilir, aksi halde yapmayı ihmal veya ihlal ettiği görevleri dolayısıyla sorumluluğu doğabilecektir. Ancak sorumluluk noktasında çalışmanın devamında açıklanacak yargı kararlarında da ifade edildiği üzere devletlerden kendi imkân ve kapasitelelerinin üzerindeki yükümlülüklerin beklenmesi, bu yükümlülüklerin ihlali halinde ise sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Alınması gereken önlemler ve yerine getirilmesi gereken yükümlülükler, her somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir³⁶.

Bazı durumlarda pozitif ve negatif yükümlülüklerin çatışması da söz konusu olabilmektedir. Sözgelimi devletin vatandaşın hak ve hürriyetine müdahale etmemesi gerektiğine ilişkin negatif yükümlülüğü, aynı vatandaşın o hak ve hürriyet ile bir başkasının hakkını ihlal etmesi halinde devlete yüklenen pozitif yükümlülük ile çatışmaktadır. Bu gibi durumlarda ölçülülük ya da adil denge ilkesi gereğince iki tarafın menfaatinin dengelenmesi gerekmektedir³⁷.

Bu noktada pozitif ve negatif yükümlülükler ayrımının gereksiz bulunduğu da öğretide ifade edilmekte, bu kapsamda iddiaya dayanak olarak çeşitli örnekler verilmektedir. Tıpkı devletin negatif yükümlülükleri kapsamında bulunan siyasal hakların kullanılabilmesi için dahi devletin aktif bir müdahalesinin gerekmesi gibi hemen her hakkın kullanımını noktasında belirli bir seviyede devletten aktif bir tutum beklenebilmektedir³⁸. Bu yaklaşım tarzı, temel hak ve hürriyetlerden bireylerin tam ve etkin bir biçimde yararlanması için devletin bir takım yükümlülüklerle sahip olduğunu tespit etmekle birlikte, bu yükümlülükleri haklar bağlamında negatif ve pozitif olarak kategorize etmekten imtina etmektedir.

Pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda karşılaşılan bir diğer sorun onların temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi ile ilişkisi noktasında toplanmaktadır. Daha önceden de ifade

³⁴ Burak Bilgin, “Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi – Olumlu Örnekler/Uygulamalar/Yaklaşımlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6 S. 2 (2015), s. 192. (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TWpRNE5qQTFOU09>) (E.t 11.03.2022)

³⁵ Florczak-Wątor, “The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State”, s. 47.

³⁶ Karabulut, “Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, s. 235.

³⁷ Matthias Klatt, “Positive Obligations Under the European Convention of Human Rights”, Heidelberg Journal of International Law, S. 71-4 (2011), s. 696. (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/315768399_Positive_Obligations_under_the_European_Convention_on_Human_Rights) (E.t 08.04.2022)

³⁸ Seyfullah Tosun, “İnsan Hakları Hukukunda Negatif ve Pozitif Özgürlük Anlayışı”, Gün Hukuk Bürosu, 10.11.2017, <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-Hukukunda-Negatif-ve-Pozitif-%C3%96zg%C3%BCrl%C3%BCk-Anlay%C4%B1C5%9F%C4%B1.pdf>, (E.t. 27.04.2022). s. 8-9.

edildiği üzere temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisi bireyler arası seviyede (yatay seviyede) tarafların bu hak ve hürriyetlere dayanabilmesini ve onlardan bir takım menfaatler devşirebilmesini ifade etmektedir. Pozitif yükümlülükler ise devletin vatandaşların ilgili haklardan tam ve etkin bir biçimde faydalanabilmesi için yerine getirmek zorunda bulunduğu yükümlülüklerdir. Bu iki kavram bireyler arası ihlallerde devlet tarafından bir takım yükümlülükler yerine getirilmediğinde sıklıkla beraber kullanılmaktadır. Buna karşılık bu iki kavram aynı kavramlar olmadığı gibi birbirine bağımlı, ayrılmaz kavramlar da değildir. Söz gelimi devletin dikey ilişkilerde, diğer bir ifade ile idare tarafından kişilerin hak ve hürriyetleri ihlal edildiğinde de bir takım pozitif yükümlülükleri bulunabilir. Bu bağlamda kişinin idarenin eylemine karşı etkin bir adli ve idari korumadan faydalanabilmesi ve lehine aldığı kararı icra ettirebilmesi dikey ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülüklerine sahip olduğuna dair örneklerdendir. Ancak yalnızca yatay ilişkide gerçekleşen bir hak ihlali durumunda, somut olay üzerinden devletin sorumluluğuna gidebilmenin yolu pozitif yükümlülüklerden geçmektedir. Bu sebeple her yatay ihlalin gerçekleşmesi için bir pozitif yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması gerekmez de, ilgili ihlal üzerinden devletin sorumluluğuna gidebilmek için pozitif yükümlülüklere ihtiyaç duyulmaktadır. Bireyler ancak devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal veya ihmal ettiğini ispat edebildiği takdirde diğer bireylerin eylemlerinden devleti sorumlu tutabilecektir.

Bizim pozitif yükümlülükler noktasındaki eleştirimiz ise öngörülebilir olmamasından kaynaklanmaktadır. Çalışmanın devamında detaylı biçimde açıklanacağı üzere pozitif yükümlülükler, Anayasamızda açık bir biçimde düzenlenmemiş, temel hak ve hürriyetlere ilişkin pozitif anayasal normların AYM tarafından yorum yoluyla kapsamı genişletilerek oluşturulmuş yükümlülüklerdir. Pozitif yükümlülüklerin kapsamının sonsuz olması³⁹ ve onları sınırlandıracak bir düzenlemenin mevcut olmaması her ne kadar hak temelli yorum kapsamında bugün için olumlu da olsa, ileride olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

IV. MÜLKİYET HAKKININ YATAY ETKİSİ VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Mülkiyet hakkı eşyadan tam yararlanma hakkı sağlayan mutlak haklardan bir tanesidir. Bu kapsama hakkın mutlak oluşu, herkese karşı ileri sürülebilmesini ifade etmektedir. Buradaki herkes kavramı devletler ile birlikte diğer tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır. Mülkiyet hakkı bağlamında yaşanan ihlallerin bir kısmı doğrudan kamu gücünü kullanan idare tarafından, diğer bir kısmı da özel kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Başka bir anlatımla mülkiyet hakkı noktasında karşılaşılan ihlallerden bir kısmı bireyler arasındaki yatay ilişkilerde meydana gelmektedir. Dolayısıyla vatandaşların mülkiyet hakkının tam ve etkin bir biçimde korunması ancak bireyler arası ilişkilerde (yatay ilişkide) de vatandaşların korunması ile mümkün olabilecektir. Bu koruma ancak devletin mülkiyet hakkı bağlamında üstüne düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi ile sağlanabilir. Öyle ise devlet, bir taraftan bireylerin mülkiyet haklarını ihlal etmemek yönüyle negatif yükümlülüklerle sahipken, diğer taraftan da bireyler

³⁹ Dimitris Xenos, "The Positive Obligations of the State Under The European Convention of Human Rights", New York, Routledge Research in Human Rights Law, 2012, s. 4.

arası ilişkilerdeki haksız müdahaleleri önlemek yönüyle pozitif yükümlülüklerle sahiptir⁴⁰. Bu pozitif yükümlülükler yerine getirme yükümlülükleri olabileceği gibi, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dönük koruma yükümlülükleri de olabilir.

Bu izah edilen düşüncelerden hareketle AİHM içtihatları neticesinde devletlere çeşitli görevler yüklenmektedir. Ulusal düzeyde Anayasa Mahkememiz de bu içtihatları yakından takip etmekte ve bazen doğrudan uygulamaktadır. Ancak ileride izah edileceği üzere Anayasa Mahkemesi bazen mevcut anayasal düzenlemeleri ihmal etmekte, görmezden gelmekte, mevcut korumaları atlayarak AİHM'in konuya ilişkin usullerini benimsemektedir.

Bu sebeple AYM'nin AİHM kararlarına verdiği önem ve değer göz önünde bulundurularak öncelikle AİHM'in pozitif yükümlülükler noktasındaki tutumu incelenecek, ardından AYM'nin içtihatlarına değinilecektir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERE BAKIŞI

Her ne kadar devletlerin yükümlülükleri noktasında çeşitli tasnifler bulunsa da AİHM yukarıda açıklandığı üzere devletlerin yükümlülüklerini pozitif ve negatif yükümlülükler olmak üzere iki ayrı kavram ile tasnif etmektedir⁴¹. Buna karşılık AİHM pozitif yükümlülüklerin tanımını yapmamış, bu kavramı çeşitli kriterler ile sınırlandırmamıştır. Öğretide devletlerin bir hak karşısında pozisyon alabileceği “tanıma, dokunmama, koruma ve temin/tedarik” tutumlarından bilhassa koruma ve temin/tedarik yükümlülüklerinin pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁴². AİHM'de bu kapsamda somut olayın özelliklerine göre pozitif yükümlülükleri her bir olaya özgü olarak yeniden yorumlamakta, devletlere yeni görevler yüklemektedir. Bu durum öğretide AİHS'nin diğer insan hakları metinlerinden farklılaşan yönü olarak vurgulanmakta, AİHM yorumları ve içtihatları vasıtasıyla sözleşme maddelerinin etkinliğinin artırıldığı ifade edilmektedir⁴³.

Mahkemenin pozitif yükümlülüklerle işaret ettiği ve devletlerin negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu tespit ettiği ilk karar Belçika Dil Hakları

⁴⁰ Fikret Eren, “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medeni Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, Medeni Kanun'un 50. Yılı, AÜHF Yayınları No. 408, Ankara 1977 s. 184.

⁴¹ Feyzan Özbay, “Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme”, 2017. (Erişim: <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Feyzan-O%CC%88zbay-Pozitif-Yu%CC%88ku%CC%88mlu%CC%88lu%CC%88kter.pdf>), (E.t. 27.03.2022). s. 1.

⁴² Suat Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 91 (2011), s. 225. (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/makale/TVRBNU1EQTVPUT09/mulkiyet-hakkinin-kapsami-sinirlendirma-nedenleri-ve-sartlari-acisindan-1982-anayasasi-ve-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-karsilastirmali-bir-analiz-ii>) (E.t 08.04.2022)

⁴³ Çiğdem Çırmın, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128 (2017), s. 12. (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/makale/TWpJMU56RXh-NUT09/toplanti-ve-gosteri-yuruyusu-ozgurlugu-bakimindan-devletlerin-pozitif-yukumlu-lugu#:~:text=T%C3%BCrkiye%20Anayasas%C4%B1%20kapsam%C4%B1nda%2C%20toplant%C4%B1%20ve,ki%C5%9Fileri%20koruma%20g%C3%B6revleri%20%C3%BCzerine%20oturmaktad%C4%B1r.>) (E.t 06.04.2022)

Davası⁴⁴'dir. Kararda AİHS Ek 1 Protokolünün 2. maddesinde⁴⁵ yerini alan eğitim hakkının yalnızca devlete negatif yükümlülük yüklenmediği, devletin aynı zamanda bir takım pozitif yükümlülüklerinin de olabileceği tespit edilmiştir⁴⁶. Mahkemeye göre ilgili hakkın kapsamı belirlenirken 2. maddede yer alan pozitif düzenlemenin amacına dikkat edilmelidir. Bu kapsamda her ne kadar madde metninde açıkça yer verilmese de eğitim kurumlarına erişim ile kişilerin tamamlamış oldukları eğitimlerin resmi biçimde tanınması suretiyle kişilerin bunlardan fayda sağlayabilmeleri gerekmektedir. Görüldüğü üzere karar ilgili hakkın madde metninin lafzi sınırını aşan düzeyde bir koruma sağlamaktadır. Ardından 1985 yılında X ve Y/Hollanda davası ile temel hak ve hürriyetlerin bireyler arası (yatay seviye) ilişkilere de uygulanacağı açıklanmış, pozitif yükümlülüklerin yatay ilişkilerde devletlere sorumluluk yüklediği hükme bağlanmıştır⁴⁷. Özetle zihinsel engeli bulunan bir bireyin tecavüze uğraması, bunun devamında kişinin zihinsel engeli dolayısıyla fail hakkında gerekli cezai süreçlerin başlatılamaması davanın temel konusunu oluşturmaktadır. Kararın ilk tespiti temel hak ve hürriyetlerin yalnızca birey ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenlemediği, aynı zamanda bireyler arasında da etkili olabileceğidir. Bu durum temel hak ve hürriyetlerin yatay etkisinin mevcut olduğuna işaret etmektedir. Kararın ikinci önemli tespiti ise devletin özel hayata saygı bağlamında yatay ilişkilerde dahi çeşitli sorumluluklarının bulunduğuna yöneliktir. Devlet ilgili kararda tecavüz fiili karşısında kendi vatandaşını koruma görevini tam biçimde yerine getirmediğinden, diğer bir ifade ile gerekli usuli güvenceleri sağlamadığından bahisle sorumlu tutulmaktadır.

AİHS'de mülkiyet hakkı, Ek 1 No'lu Protokolün 1'inci maddesi ile düzenlenmektedir⁴⁸. Madde metninin lafzı incelendiğinde pozitif yükümlülüklerle açıkça bir atıf mevcut değildir. Buna karşılık öğretide madde metnindeki "mülkiyet hakkına saygı" ibaresinin negatif yükümlülükler ile birlikte pozitif yükümlülükleri de kapsadığı ifade edilmektedir⁴⁹. Ayrıca AİHS'in 1'inci maddesi⁵⁰ ile devletlere herkesin sözleşmedeki haklardan yararlanması noktasında pozitif bir görev yüklediği belirtilmektedir. Mahkeme de kurmuş olduğu içtihatlar neticesinde pozitif yükümlülükleri bazen mülkiyet hakkı ile birlikte sözleşmenin 1'inci maddesine

⁴⁴ Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi'nin, "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium V. Belgium" Davası, Başvuru no: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. 23 Temmuz 1968 Tarihli Kararı.

⁴⁵ "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 No'lu Protokol m. 2.

⁴⁶ Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi'nin, "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium V. Belgium" Davası, Başvuru no: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. 23 Temmuz 1968 Tarihli Kararı. p. 3

⁴⁷ Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi'nin, "X ve Y/Hollanda" Davası, Başvuru No. 8978/80. 26.03.1985 Tarihli Kararı, p. 23.

⁴⁸ "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. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

⁴⁹ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar, Ana Vilfan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı", Çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Strasbourg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2007, s. 10.

⁵⁰ "Yüksek Sözleşme Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

dayandırmakta, bazen ise yine mülkiyet hakkı ile birlikte sözleşmenin geneline hakim ilkelerden olduğunu iddia ettiği hukukun üstünlüğü ilkesine dayandırmaktadır⁵¹. Buna karşılık Mahkeme'nin son dönemde pozitif yükümlülükler yorum yoluyla ulaşmak amacıyla Sözleşmenin 1'inci maddesine atıf yapmadığı da dikkat çekmektedir⁵². Mahkemenin bu yükümlülükler noktasındaki temel amacı, sözleşmede tanınan hakların teorik olarak kalmamasını, bilakis pratik ve efektif biçimde korunmasını temin etmektir⁵³.

AİHM'e göre mülkiyet hakkının gerçekten etkili bir biçimde korunması devletlerin ancak negatif yükümlülükleri yanında pozitif yükümlülüklerini de eksiksiz biçimde yerine getirmesi ile mümkün olabilir⁵⁴. AİHM'e göre öncelikle kişilerin mülkiyet haklarına karşı yapılan haksız müdahaleler karşısında iddia ve savunmalarını yetkili makamlar önünde ileri sürebilme hakkı bulunması, bu hususta kanuni bir altyapının kurulmuş olması pozitif yükümlülükler kapsamındadır⁵⁵. Bu durumun mevcut olup olmadığının tespiti de aynı kararda belirtildiği üzere sürecin tamamına bakılarak değerlendirilmelidir. Malvarlığına ilişkin olmak üzere, mülkiyet hakkına yönelik korunma talepleri ile birlikte mevcut zararın tazminine ilişkin talep yollarının mevcut olması da yine pozitif yükümlülükler kapsamındadır⁵⁶. Yine AİHM'e göre gerekli usuli teminatları sağlamak, yargı makamları tarafından etkili ve adil bir karar alınabilmesini sağlamak devletin pozitif yükümlülüklerindedir⁵⁷. Ayrıca AİHM'e göre ulusal mahkemelerin AİHS'i yorumlarken AİHM'in yapmış olduğu yorumları benimsemesi gerekmektedir⁵⁸. Bununla birlikte AİHM hukuk kurallarının somut olaylara uyarlanması ve bu kapsamdaki yorum faaliyetleri üzerinde sınırlı bir yetkisinin bulunduğunu, "açık bir keyfilik ya da bariz takdir hatası" bulunmadıkça yargı kararlarını denetleyemeyeceğini ifade etmektedir⁵⁹. Bu kriter tıpkı AİHM gibi AYM tarafından da sıklıkla ifade edilmekte, ancak bazı durumlarda sözde kaldığı da göze çarpmaktadır. İleride daha kapsamlı biçimde değinileceği üzere ulusal mahkemelerin yapmış olduğu yorum faaliyetlerinin denetlenmesi, nasıl gerçekleştirileceği hususunda direktif verilmesi AİHM'in yapısı ve bir temyiz mercii olmadığı düşünüldüğünde pek doğru gözükmemektedir.

⁵¹ Akandji-Kombe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler", s. 8.

⁵² Perdecioğlu, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", s. 42.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Airey v. Ireland" Davası, Başvuru No: 6289/73, 9 Ekim 1979 tarihli Kararı, p. 24.

⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Öneryıldız v. Türkiye" Davası, Başvuru No: 48939/99, 30 Kasım 2004 tarihli Kararı, p.134.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Saccocia v. Avusturya" Davası, Başvuru No: 69917/01, 18 Aralık 2008 tarihli Kararı, p. 55.

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Blumberga v. Letonya" Davası, Başvuru No: 70930/01, 14 Ekim 2008 tarihli Kararı, p. 67.

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Sovtransavto Holding v. Ukrayna" Davası, Başvuru No: 48553/99, 25 Temmuz 2002 tarihli Kararı, p. 96. Ayrıca bknz; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Kotov v. Rusya" Davası, Başvuru No: 54522/00, 3 Nisan 2012 tarihli Kararı.

⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Pla ve Puncernau v. Andora" Davası, Başvuru No: 69498/01, 13 Temmuz 2004 tarihli Kararı.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Kushoglu v. Bulgaristan" Davası, Başvuru No: 48191/99, 10 Mayıs 2007 tarihli Kararı, p. 47.

AİHM, *Öneryıldız/Türkiye* davasında devletlerin yalnızca bildikleri hususlar için değil, bilmesi gereken hususlar için de gerekli önlemleri almamasını pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak kabul etmiştir⁶⁰. Ayrıca yargı kararlarının icra edilmesi de AİHM'in pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirdiği gerekliliklerden bir diğeridir. AİHM'in *Fuklev/Ukrayna* kararı bu noktada oldukça önemlidir⁶¹. Kararda başvuru tarafından devletin iflas prosedürü üzerinde etkin bir kontrol ve denetim gerçekleştirmediği, bu kapsamda kararın icrasının uzun süre geciktiği ifade edilmektedir. Yine kararda belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetlerin mevcudiyetinin yanında bu hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak ile ihlal durumunda gerekli güvencelerin temini AİHM'e göre devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir. Mahkeme, icra prosedüründe yaşanan gecikme ve belirsizlikler ile diğer eksiklikleri mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali olarak yorumlamıştır. Bu kapsamda yargı kararlarının yerine getirilmesi hususunda hem kanuni düzlemde hem de pratikte etkili bir sistemin inşası ve kararların gecikmeksizin yerine getirilmesi devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir⁶². Yargı kararlarının icrasının, adil yargılanma hakkı bağlamında yargılamanın bir parçası olduğu unutulmamalıdır⁶³. Bu noktada görüleceği üzere yukarıda belirtilen gereklilik ya da yükümlülüklerden bir bölümü adil yargılanma hakkı ya da mahkemeye erişim hakkı ile yakından ilgilidir. Çalışmanın ileriki bölümlerinde değinileceği üzere AİHM ve AYM'nin bu haklar ile ilgili açık düzenlemeler karşısında bunları görmezden gelerek ya da atlayarak doğrudan mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerine gitmeleri anlaşılabilir. Her ne kadar AİHM bu noktada farklı düşünse de, kendisi dahi vermiş olduğu bir başka kararında davanın makul sürede sonuçlanmamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiş, bu sebeple konuyu mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri yönünden değerlendirmemiştir⁶⁴. İlgili kararda Sicilya bölgesinde bir konutu bulunan Claudio Zanghi, konutunun önüne yapılan duvar sebebiyle denizi göremediğini ve bu sebeple mülkten barışçıl yararlanma hakkı kapsamında mülkiyet hakkının sağladığı faydalardan yararlanmadığını öne sürerek komşusu aleyhine dava açmıştır. 1982 yılında yerel mahkemede açılan dava 1988 yılında tamamlanmış ve bu aşamadan sonra temyiz süreci başlamıştır. Temyiz süreci devam ederken dava AİHM'e taşınmıştır. Başvuru hem adil yargılanma hakkının, hem de mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak AİHM bu noktada adil yargılanma hakkının ihlalini tespit etmekle birlikte, mülkiyet hakkı yönünden bir değerlendirme yapmanın gereksiz olduğunu vurgulamıştır⁶⁵.

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Öneryıldız v. Türkiye" Davası, Başvuru no: 48939/99, 30 Kasım 2004 tarihli Kararı.

⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Fuklev v. Ukrayna" Davası, Başvuru No: 71186/01, 7 Haziran 2005 tarihli Kararı

⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Fuklev v. Ukrayna" Davası, Başvuru No: 71186/01, 7 Haziran 2005 tarihli Kararı, p. 91.

⁶³ Council of Europe: European Court of Human Rights, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights - Protection of Property, 31 August 2020, <https://www.refworld.org/docid/6048fac40.html>, (E.t. 22.04.2022). s. 36.

⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Zanghi v. İtalya" Davası, Başvuru No: 11491/85, 19 Şubat 1991 tarihli Kararı, p. 21-23.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Zanghi v. İtalya" Davası, Başvuru No: 11491/85, 19 Şubat 1991 tarihli Kararı, p. 23.

AİHM'ye göre etkili başvuru hakkı(AİHS Madde 13) ile mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri kapsamındaki etkili bir merciden koruma talep edebilme farklı hususlardır. Bu noktada *Iatridis v. Yunanistan*⁶⁶ kararı ise oldukça önemlidir. İlgili başvuruda K.N. miras yoluyla elde ettiği taşınmaz üzerinde gerekli izinleri de alarak bir sinema inşa etmiş, ardından K.N.'nin varisleri sinemayı başvuruca kiralamıştır. 1989 yılında arazinin mülkiyeti noktasında devlet ile varisler arasında çıkan uyuşmazlık neticesinde başvuruca taşınmazdan zorla çıkartılmış ve belediye taşınmaza el koymuştur. Devamında Yunan yerel mahkemesi ilgili tahliye kararını iptal etmiş, buna karşılık taşınmaz başvuruca 2 yıl geçmesine rağmen iade edilmemiştir. Kararda öncelikle tespit edildiği üzere başvuruca taşınmazın maliği olmasa da, sinemanın müşteri çevresi üzerinden bir mülkiyet hakkına sahiptir⁶⁷. Çünkü kararda da belirtildiği şekilde AİHS'in mülkiyet hakkına ilişkin sağladığı koruma, yalnızca fiziksel varlığa sahip mal ve eşyalar için geçerli değildir. Bu kapsamda diğer bir takım varlık oluşturabilecek hak ve menfaatler de mülkiyet hakkı bağlamında korunmaktadır. Devamında Mahkemenin mülkiyet hakkına yapılan ihlal iddiasını incelediği bölümde, yargı kararına uyulmaması AİHS'in temelini oluşturan 'hukukun üstünlüğü' ilkesine aykırı olarak değerlendirilmiş, bu ön şartı sağlamadığından müdahalenin meşru amacının ya da orantılılığının araştırılmasının gerekmediği ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği vurgulanmıştır⁶⁸. Başvurucunun iddialarından bir diğeri ise yargı kararının uygulanmaması bağlamında 'etkili' başvuru hakkının ihlal edildiğine yönelik olmuştur. Mahkemeye göre etkili başvuru hakkı usuli bir teminat sağlamakta, buna karşılık pozitif yükümlülükler bağlamındaki erişim 'mülkiyetten barışçıl yararlanma' hakkı kapsamında daha geniş bir teminata karşılık gelmekte ve mülkiyetten barışçıl biçimde faydalanılmasına saygı gösterilmesini sağlamayı hedeflemektedir⁶⁹. Bu kapsamda yargı kararının uygulanmaması, AİHM'e göre, başvuru yolunun teorik olarak etkin olsa dahi pratikteki etkinliğini ortadan kaldıracaktır. Bu gerekçelerle AİHM somut olayda AİHS 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar vermiştir. Dikkat edilirse mülkiyet hakkı yönünden yargı kararının yerine getirilmemesi hukukun üstünlüğü ile ilişkilendirilmişken, etkili başvuru hakkı yönünden aynı durum başvurunun etkinliği ile ilişkilendirilmiştir. Böyle olunca aynı olay iki ayrı hakkın ihlaline sebebiyet vermiş, bu kapsamda ilgili hakların sağladıkları güvencelerin farklı olduğu kararda ifade edilmiştir. Oysa bu noktada korunan menfaat ve menfaatin korunmasına ilişkin yöntem olan usuli güvenceler ortaktır. Bize göre AİHM, adil yargılanma hakkının ve bu hak kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali kararı ile yetinmektense, onun maddesel olarak sınırlandırılmış ve çerçevesi belirlenmiş yapısından uzaklaşarak yorum ve içtihat geliştirmesine müsait serbest bir alan olarak gördüğü mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerini genişleterek aynı korumaya ulaşmayı amaçlamaktadır. Buna karşılık usuli güvenceler

⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Iatridis v. Yunanistan" Davası, Başvuru No: 31107/96, 25 Mart 1999 tarihli Kararı

⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Iatridis v. Yunanistan" Davası, Başvuru No: 31107/96, 25 Mart 1999 tarihli Kararı, p. 54.

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Iatridis v. Yunanistan" Davası, Başvuru No: 31107/96, 25 Mart 1999 tarihli Kararı, p. 58, 62.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Iatridis v. Yunanistan" Davası, Başvuru No: 31107/96, 25 Mart 1999 tarihli Kararı, p. 65.

adil yargılanma hakkı(AİHS madde 6) ile etkili başvuru hakkı(AİHS madde 13) kapsamında zaten koruma altındadır.

AİHM içtihatları incelendiğinde Mahkeme, idari makamlara emir ve talimat vermek ya da onları yönlendirmek hususunda bir yetkisinin bulunmadığını, idarenin kamu hizmetinin gerekleri hususundaki önceliklerini belirlemek noktasında genişçe bir takdir yetkisinin bulunduğu vurgulanmaktadır⁷⁰. Öğretide bu kapsamdaki takdir yetkisinin yalnızca idare için tanınmadığı, yetkinin yargı makamlarının takdir yetkisini de kapsayacak biçimde deklare edildiği ifade edilmektedir⁷¹.

Aslında kural olarak AİHM kararları yalnızca davanın tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Buna karşılık örneğin bir devletin ihdas edeceği düzenlemelerin AİHM'nin yorumladığı biçimiyle AİHS'e aykırı olması durumunda verilebilecek sürekli ihlal kararları neticesinde devletlerin bu yönde bir düzenleme yapması mümkün olamayacaktır⁷². Yani her ne kadar AİHM kararları yalnızca davanın tarafları için sonuç doğursa da aynı hukuki duruma ilişkin farklı kişilerin mağduriyetinden bahisle defaten ihlal kararı verilebilmesi, mahkeme içtihatlarını sözleşme hükümleri mertebesinde bir noktaya taşımaktadır. Egemen devletler AİHS ile kendi egemenliklerini sınırlamışlardır, ancak bu sınırlamanın mahkeme içtihatları neticesinde ölçüsüz biçimde genişlemesi olasılık dahilindedir. Bu sınırlamanın açıkça belirlenmiş ve tespit edilmiş pozitif bir kaynağı ise ne yazık ki bulunmamaktadır.

Son olarak her ne kadar devletler pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda kaynak ve imkânları dahilinde sorumlu tutulsalar da bir yargı kararının icrası noktasında yeterli kaynağın bulunmadığına ilişkin savunmalar bazı durumlarda AİHM tarafından geçerli bir savunma olarak kabul edilmemektedir⁷³.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN MÜLKİYET HAKKI BAĞLAMINDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER YAKLAŞIMI

Bilindiği üzere mülkiyet hakkı AİHS ve 1982 Anayasası tarafından güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerden biridir. Bu sebeple mülkiyet hakkına yönelik, kamu gücü tarafından gerçekleştirilen hak ihlali iddiaları sıklıkla bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmektedir. Mahkemenin konuya genel olarak yaklaşımı öncelikle bir mülkün ve mülkiyet hakkının varlığını tespit ile gerçekleşmektedir. Mevcut bir mülkiyet ya da meşru bir beklentiye dayanan mülkiyet hakkı iddiası, AYM için mülkiyet hakkının varlığı bakımından yeterli görülmektedir. Devamında ihlale yol açan eylem ya da işlemin 1982 Anayasasının 13'üncü maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin rejime uygun

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Öneryıldız v. Türkiye" Davası, Başvuru No: 48939/99, 30 Kasım 2004 tarihli Kararı, p. 128.

⁷¹ Suat Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, S. 84 (2012), s. 8. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61539/919067>) (E.t 03.04.2022)

⁷² Cem Şenol, "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2012), s. 284. (Erişim: https://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/11_Senol.pdf) (E.t 05.05.2022)

⁷³ Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", s. 19.

olup olmadığı AYM tarafından incelenmektedir. Bu kapsamda kanunilik, ölçülülük ve meşru amacın varlığı AYM için temel gerekliliklerdir.

Ayrıca AYM, çalışmamızın konusunu oluşturan mülkiyet hakkı bağlamında AİHM içtihatlarını yakından takip etmekte ve sıklıkla atıf yapmakta, AİHM'in benimsediği yorum biçimini kendisi de uygulamaktadır. Bu bağlamda AYM, pozitif yükümlülüklerle ilişkin AİHM tarafından verilen kararlara paralel bir uygulama ve yorum geliştirmektedir.

AYM'nin içtihatlarında da sıklıkla değindiği üzere, Anayasanın 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrası⁷⁴ ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrası⁷⁵ uyarınca Mahkeme'nin yargılama yetkisi sınırlıdır. AYM'ye göre derece mahkemelerinin kanunu yorumlayış biçimleri, kanunların somut olaya uygulanması noktasındaki yorum faaliyetleri "açık ve bariz keyfilik içermedikçe"⁷⁶ Mahkeme tarafından denetlenemez. Mahkemeye göre "maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması"⁷⁷ bireysel başvurunun konusu değildir. Bu kriteri Mahkemenin pek çok kararında geçmişten beri uyguladığı görülmektedir. Ancak açık bir takdir hatasının somut bir tanımı mevcut olmadığından Mahkeme, bu kriteri her somut olaya göre yeniden değerlendirmekte, kararda açık bir takdir hatasının bulunup bulunmadığını tespit etmektedir. Bu durumun yukarıda izah edilen Anayasa ve Kanun maddeleri ışığında tartışmalı durumlar yaratabilmesi mümkündür. Ayrıca AYM'ye bir uyumsuzluğun taşınmasının ön şartı, hak ihlalinin kamu gücü tarafından gerçekleştirilmesidir. Bu bağlamda yatay ilişkilerde, diğer bir ifade ile bireyler arasındaki ilişkilerde anayasal hakların ihlal edildiği iddiası ile kişilerin bireysel başvuruda bulunabilmeleri ilk bakışta sorunlu gelebilir. Buna karşılık taraflar arasındaki yatay uyumsuzluklar doğrudan bireysel başvuruya konu olamasa da uygulamada bu ihlal iddiaları derece mahkemeleri önüne taşınmakta, ardından bireyler derece mahkemelerinin kullandığı kamu gücü tarafından haklarının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuru sürecine devam edebilmektedir.

Yargı kararları ile kamu gücü kullanıldığından, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileri neticesinde verilen yargı kararlarına karşı bireysel başvuru elbette mümkündür, buna karşılık normlar hiyerarşisinde anayasanın altında bulunan normların somut olaya uygulanması AYM'nin yetkisinde değildir⁷⁸. Ayrıca bireysel başvuru, taraflar arasındaki uyumsuzluktan

⁷⁴ "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

⁷⁵ "Bölgülerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, "Muhammet Kaplan" Başvurusu, Başvuru No: 2013/1586, 18/9/2013 tarihli Kararı, p. 21.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, "Necati Gündüz ve Recep Gündüz" Başvurusu, Başvuru No: 2012/1027, 12/2/2013 tarihli Kararı, p. 26.

⁷⁸ Winfried Hassemer, "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar" (Almanya'da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), Anayasa Yargısı, Cilt 21 (2004), s. 5. (Erişim: https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/an-yarg21/almanya.pdf) (E.t 25.04.2022)

ziyade, yargılama usulüne ve bu kapsamda adil yargılanma hakkına, savunma hakkına, etkili başvuru hakkına da yöneltilebilir⁷⁹.

AYM, “gerçek anlamda koruma” kavramını yatay etkinin sağlanabilmesi için sıklıkla kullanmaktadır. Bir AYM içtihadında da belirtildiği üzere “*Mülkiyet güvencesinin devlete bir takım pozitif yükümlülükler yüklediği hususu Anayasa'nın 35. maddesinin lafzında açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de bu güvencenin sadece devlete atfedilebilen müdahalelere yönelik sınırlamalar getirdiği, bireyi, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bıraktığı düşünülemez. Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni 'gerçek anlamda koruma' sağlanmasıdır*”⁸⁰. Yani AYM öncelikle mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi için yalnızca dikey ilişki kapsamında değil, yatay ilişki kapsamında da korunması gerektiğini tespit etmekte, devamında bu ilişki kapsamında devletin bir takım aktif sorumluluklarının (pozitif yükümlülüklerinin) bulunduğunu ifade etmektedir. Bu noktada gerçek anlamda koruma hedefi ile koruma yükümlülüklerinin birbirinden farklı kavramlar olduğunun belirtilmesi gerekir. Koruma yükümlülükleri, devletin vatandaşlarını yatay ilişkilerde yaşanabilecek hak ihlallerine karşı koruması için yapması gerekenleri ifade eder⁸¹. Daha önceden de izah edildiği üzere pozitif yükümlülükler başlığı içerisindeki koruma yükümlülükleri, ihlali önlemeyi, ihlal halinde ise ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlar. Oysa arz edilen kararda belirtilen ‘gerçek anlamda koruma’ hedefi kişilerin ilgili temel hak ve hürriyetten tam ve etkin bir biçimde yararlanabilmesi bağlamında devletin üzerine düşen koruma yükümlülükleri de dahil olmak üzere tüm pozitif ve negatif yükümlülüklerini eksiksiz biçimde yerine getirdiği ideal durumu ifade etmektedir. Bu yönden bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı ‘gerçek anlamda koruma’ kavramı ile gerek temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine etkisini açıklayan koruma yükümlülüğü teorisi, gerek ise pozitif yükümlülüklerin alt başlığını oluşturan koruma yükümlülükleri farklı kavramlardır.

Mahkeme mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler Anayasanın 5'inci⁸² ve 35'inci⁸³ maddelerini birlikte yorumlayarak ulaşılmaktadır⁸⁴. Bu bağlamda AYMe'ye göre devletin Anayasa'da güvence altına aldığı temel hak ve hürriyetleri vatandaşlarına etkin ve

⁷⁹ Öykü Didem Aydın, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, S. 4 (2011), s. 159. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48116/608485>) (E.t 26.04.2022)

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin “Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi” Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, 15/2/2017 tarihli Kararı, p. 43. Ayrıca bkzn. Anayasa Mahkemesi'nin “Hüseyin Ak” Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı, Anayasa Mahkemesi'nin “Onur Özdamar” Başvurusu, Başvuru No: 2019/1450, 22/2/2022 tarihli Kararı.

⁸¹ İsmail Emrah Perdecioğlu, Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 38.

⁸² “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

⁸³ “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

⁸⁴ Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, “Selahattin Turan” Başvurusu, Başvuru No: 2014/11410, 22/6/2017 tarihli Kararı.

güvenceli bir biçimde sağlama görevi ile doğrudan mülkiyet hakkının kendisi, pozitif yükümlülüklerin anayasal temelini oluşturmaktadır. Mahkemenin de yukarıda zikredilen kararlarında açıkça belirttiği üzere Anayasada pozitif yükümlülüklerle ilişkin doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. AYM bu yükümlülükleri Anayasa maddelerinin yeniden yorumlanması suretiyle somut olaylar özelinde geliştirmektedir.

AYM pozitif yükümlülükleri genel anlamda maddi ve usule ilişkin olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır⁸⁵. AYM'ye göre devletin “etkili iç hukuk yolları ihdas ederek yapılan müdahalelere karşı bireylerin özellikle mahkemelere başvurmak suretiyle koruma talep edebilmelerinin sağlanması ve yapılacak yargılamalarda özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken mahkemelerce anayasal yorumla temel hakların korunması⁸⁶” gerekmektedir. Bu noktada yapılacak yorum hususunda derece mahkemelerine direktif verilmesi Anayasanın 138'inci⁸⁷ maddesi bağlamında tartışılabilir. Biz bu noktada anayasal yorum biçiminin doğru olup olmadığı değerlendirmesinden ziyade, bir yorum biçiminin mahkemelere tavsiye edilmesine şüphe ile yaklaşmaktayız. Anayasaya uygun yorum ya da anayasal yorum, kanunlardaki muğlaklığın ya da çok anlamlılığın bulunduğu durumlarda normun içeriğinin Anayasa yardımı ile tespit edilmesi anlamına gelmektedir⁸⁸. Bu sebeple hukuk devleti ilkesine uygun bir yorum biçimi olarak gözükmektedir. Ancak bu durumun kabulü, ileride başka türden yorum biçimlerinin mahkemelere tavsiye edilmesine kapı aralayabilir.

Pozitif yükümlülükler noktasında AYM'ye göre bireyler ayrıca mülkiyet hakkı ihlallerine ilişkin yetkili makamlar önünde etkin biçimde itiraz edebilme hakkına sahip olmalıdır⁸⁹. Bu noktada yetkili makamlar kavramı ile bir önceki kararda açıklanan mahkeme kavramlarının farklı olduğu gözden kaçmamalıdır.

Yine AYM'ye göre devlet pozitif yükümlülükler kapsamında “koruyucu ve düzeltici önlemler⁹⁰” almalıdır. Aynı kararda belirtildiği üzere koruyucu önlemler önleyici tedbirlere karşılık gelirken; düzeltici önlemler ihlal gerçekleşikten sonraki aşamada meydana gelen zararı ve ihlalin kendisini ortadan kaldırmayı amaçlayan ‘yasal, idari ve fiili’ tedbirleri ifade etmektedir. Bu yöndeki koruyucu ve düzeltici tedbirlerin neler olacağı, hangi yasal, idari ya da fiili tedbirlerin alınması gerektiği, AYM kararında belirtildiği üzere her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu noktada bir anlam karmaşasının yaşandığı tespit edilmektedir. Karar koruyucu tedbirleri ihlal gerçekleşmeden önce alınması gereken önlemler olarak değerlendirirken ihlal neticesinde gerçekleşen mağduriyetin giderilmesi düzeltici tedbirler olarak ifade edilmektedir. Bu noktada koruma yükümlülükleri ile kararda izah edilen koruyucu tedbirlerin farklı

⁸⁵ Burak Gemalmaz, “Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6”, Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018, s. 193.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, “Türkiye Emekliler Derneği” Başvurusu, Başvuru No: 2012/1035, 17/7/2014 tarihli Kararı, p. 39.

⁸⁷ “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz...” T.C Anayasası m. 138.

⁸⁸ Kılınç, “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, s. 288.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, “Bekir Yazıcı” Başvurusu, Başvuru No: 2013/3044, 17/12/2015 tarihli Kararı.

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, “Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi” Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, 15/2/2017 tarihli Kararı, p. 46.

anamlara karşılık geldiği değerlendirilebilir. Çünkü koruma yükümlülükleri yalnızca önleyici(koruyucu) değil, aynı zamanda düzeltici tedbirleri de içermektedir.

Uyuşmazlıklar neticesinde 'etkili ve adil' bir kararın alınabilmesi de devletin pozitif yükümlülükler kapsamındaki görevlerindedir⁹¹. Anayasa Mahkemesi'nin *Hüseyin Ak* başvurusu ise bu noktada oldukça önemlidir⁹². Bireysel başvuruya taşınan taraflar arasındaki uyuşmazlık ön alım hakkına ilişkindir. Başvurucu İstanbul Ümraniye'de bulunan bir taşınmazın ¾ hissesini satın almış, ardından S.A kanuni ön alım hakkını kullanarak başvurucu aleyhine tapu iptali ve tescili davası açmıştır. Başvuru sahibi bireysel başvuruda, dava için önemli olan birtakım hususların gerekçeli kararda belirtilmediği, tam ve etkin bir araştırma ve değerlendirme yapılmadan hüküm kurulduğu, yargılamanın uzun sürdüğü, gerekmediği halde bir başka davanın bekletici mesele yapılması sebebiyle uzun süre depo edilen paranın ciddi anlamda değer kaybına uğradığı iddiaları ile hem mülkiyet hakkının hem de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede başvurucunun hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığından hareketle davanın mülkiyet hakkına ilişkin olduğunu belirtmiş, adil yargılanma hakkına ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Mahkemeye göre yargılama sürecinin uzun sürmesi nedeniyle depo edilen bedelde yaşanan ciddi orandaki değer kaybı, adil yargılanma hakkından ziyade mülkiyet hakkına ilişkin bir ihlale sebebiyet vermektedir⁹³. Devamında AYM "mülkiyet hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlarda usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe olması gerektiği"⁹⁴ tespitinde bulunmuştur. Bu noktada adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar alma hakkının bu kapsamda değerlendirilmeyerek mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerine dahil edilmesi yine sorunlu görünmektedir. Mahkeme hem ulaşmak istediği amaca giderken yolunu uzatmakta, hem de hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine zarar vermektedir. Mevcut normlar ortada iken bir başka normun mevcut olmayan lafzının yorum suretiyle genişletilmesi neticesinde aynı sonuca varılmasından elde edilecek fayda, tarafımızca tespit edilememiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi özel kişilerin mülkiyet haklarının çatıştığı durumlarda tarafların menfaatlerinin dengelenmesini devletin pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olarak kabul etmektedir⁹⁵. İlgili uyuşmazlık arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesine ilişkindir. İstanbul Bakırköy'de bulunan arsa üzerinde, arsa malikleri ile yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmıştır. Ardından başvurucular tamamlanmış binadan bağımsız bölümler almak amacıyla yükleniciden çeşitli oranlarda kat irtifakı arsa payı satın almışlardır. Sürecin devamında yüklenici sözleşmede taahhüt ettiği şartlara uygun bir bina teslim etmemiş, arsa malikleri ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 358. maddesine dayanarak sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini talep etmişlerdir. Sonuç olarak olayda başvurucular satın aldıkları arsa payları

⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin, "Selahattin Turan" Başvurusu, Başvuru No: 2014/11410, 22/6/2017 tarihli Kararı, p. 41.

⁹² Anayasa Mahkemesi'nin, "Hüseyin Ak" Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı

⁹³ Anayasa Mahkemesi'nin, "Hüseyin Ak" Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı, p. 48.

⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin, "Hüseyin Ak" Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı, p. 55.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin, "Faik Tari ve Sultan Tari" Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20/7/2017 tarihli Kararı, p. 52.

ve neticesinde arsa maliklerinin yüklenici ile yaptıkları sözleşmenin feshi ve tapunun iptali dolayısıyla mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Bu noktada arsa maliklerinin mülkiyet hakkı ve yüklenici ile sözleşme imzalayan başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkı arasında bir çatışma meydana gelmektedir. AYM'ye göre “her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca da yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir⁹⁶”. Biz bu noktada mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin fazlaca genişletildiğine inanmaktayız. Yargılama faaliyetinin temel amacı çatışan menfaatlerin dengelenmesi suretiyle adil bir sonucun temin edilmesi değil midir? Bu noktada aynı ‘dengeleme’ gerekliliğine pozitif yükümlülükler üzerinden bir yorum neticesinde ulaşılmamasının sağladığı fayda yine tarafımızca tespit edilememektedir.

Yine Mahkemenin sıklıkla tekrar ettiği pozitif yükümlülüklerden biri olan ‘iddiaların sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya konulabilmesi⁹⁷’ yükümlülüğü de Anayasamızın 36’ncı maddesinde düzenlenmiş Hak Arama Hürriyeti kapsamında değerlendirilebilir. İlgili hakkın AİHS metnindeki karşılığı 6’ncı maddede yerini bulan Adil Yargılanma Hakkı’dır. Bahsi geçen her iki madde de bireylerin mahkemeye başvuru hakkını zaten güvence altına almaktadır. Buradaki yetkili makamlar kavramı idari makamları ifade etmekte ise bu halde Anayasamızın 40’inci maddesinde yer alan ‘Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması’ gündeme gelecektir. AİHS 13. maddede düzenlenmiş olan ‘Etkili Başvuru Hakkı’ da temel hak ve hürriyetlerin korunması düzenlemesine paralel güvenceler ihtiva etmektedir. Her iki madde de kişilerin etkili bir merciyeye başvuru hakkını güvence altına almaktadır. O halde tüm bu mevcut güvenceler karşısında, mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerden aynı sonuçlara ulaşılması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik noktasında sorunlara yol açabilir.

Hatta Anayasa Mahkemesi Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasamızın 13’üncü maddesinde yer alan ‘kanunla sınırlandırma’ ilkesini dahi mülkiyet hakkı yönünden pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirmektedir⁹⁸. Mahkemeye göre “taraf- ların karşı karşıya gelen menfaatleri çerçevesinde mülkiyet hakkını korumakla yükümlü bulunan devletin maddî ve usule ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda ilk olarak belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığı irdelenmelidir⁹⁹”. Pozitif yükümlülüklerin gerek AİHM gerekse AYM içtihatlarında net bir tanımının yapılmaması ve açık bir pozitif dayanağının bulunmaması, mahkemelerin bu yükümlülüklerin kapsamını sınırsız biçimde genişletmesine yol açmaktadır.

Son olarak Anayasa Mahkemesi de AİHM ile uyumlu biçimde, vermiş olduğu kararlarda pozitif yükümlülükler noktasında somut olayın koşullarına göre devletten beklenemeyecek

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin, “Faik Tari ve Sultan Tari” Başvurusu, Başvuru No: 2014/12321, 20/7/2017 tarihli Kararı, p. 52.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin, “Hüseyin Ak” Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı.

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin, “Hüseyin Ak” Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı. p. 53.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi’nin, “Hüseyin Ak” Başvurusu, Başvuru No: 2016/77854, 1/7/2020 tarihli Kararı. p. 53.

hususların devletin görevinde bulunmadığını belirtmektedir. Örneğin vermiş olduğu bir kararında önemli ölçüde kaynak gerektirmesi ya da teknik boyutları göz önünde bulundurulduğunda koşulların buna izin vermemesi halinde bir takım yükümlülüklerin devletten beklenilemeyeceği vurgulanmıştır¹⁰⁰. Yine aynı kararda AİHM ile uyumlu biçimde kamu hizmetinin icrası ya da bir takım yükümlülüklerin yerine getirilmesi noktasında önceliklerin belirlenmesinde devletin takdir yetkisinin olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca 'ani ve öngörülemeyen' olayların gerçekleşmesi halinde devletten pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi beklenemeyecektir¹⁰¹.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi somut olayları değerlendirirken temelde dört yorum methodu kullanmaktadır. İlki klasik yöntem olan metnin esas alınması, ikincisi sözleşmenin yapısının göz önünde bulundurulmasını dikte eden yapısal yorum, üçüncüsü amaçsal yorum olarak ifade edilen sözleşme hükümlerinin amacının araştırılması ve nihayet sonuncusu sözleşmeye ilişkin hazırlık çalışmalarının araştırılması ve hükmün sözleşmeye dahil edildiği esnadaki temel motivasyonun tespit edilmesidir¹⁰².

AİHM vermiş olduğu kararlarında sözleşmeyi yorumlarken onun bir yaşayan varlık olduğundan hareketle AİHS'i bugünün şartlarına ve gereklerine uygun yorumlayacağını belirtmektedir¹⁰³. Sözleşme hükümlerinin açık uçlu yapısının da bu türden bir yorum faaliyetine olanak tanıdığı ifade edilebilir. Bu sebeple Mahkeme eski içtihatları ile bağlı olmadığı gibi temel hak ve hürriyetlerin yorumlanması esnasında sosyal değişimlere ve gereklerine uygun yeni yorumlar geliştirebilmekte, "eski haklara yeni yükümlülükler" getirebilmektedir¹⁰⁴. Ancak buradaki problem yorum hususunda sınırın bulunmayışıdır. Devletlerin egemenliği ilkesi gereğince kural olarak devletler bağlanmak konusunda pozitif irade açıkladıkları sözleşmeler ile sorumlu tutulurlar¹⁰⁵. Oysa bu noktada AİHM, sözleşmede açık biçimde mevcut olmayan hükümlere dayanarak devletlere birtakım görevler yüklemektedir. Ayrıca Mahkemenin vermiş olduğu kararlar her ne kadar yalnızca davanın tarafları için bağlayıcı olsa da sürekli olarak ihlal kararı verme ihtimali dolayısıyla devletleri ciddi anlamda kararları doğrultusunda yönlendirme gücünü elinde bulundurmaktadır. Yine mahkeme üyelerinin ve yargıçlarının bugünün şart ve gereklerini tespiti ve bu durumlara uygun biçimde sözleşmeyi yorumlayarak yeni yükümlülükler getirebilmesi, sözleşmenin gelecekte hangi biçimlerde yorumlanabileceğini tahmin edilemez hale getirmektedir. Bu kapsamda üyelerin kendi sosyal perspektiflerini, hayata bakış açılarını kararlara bu denli aktarabilmesi bugün için yararlı sonuçlar doğursa dahi ileride problemler yaratabilir.

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, "Eyyüp Boynukara" Başvurusu, Başvuru No: 2013/7842 17/2/2016 tarihli Kararı, p. 49.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin, "Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi" Başvurusu, Başvuru No: 2014/8649, 15/2/2017 tarihli Kararı, p. 47.

¹⁰² Akandji-Kombe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler", s. 67.

¹⁰³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, "Case of Hatton and Others v. The United Kingdom" Davası, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003 tarihli Kararı, p. 2.

¹⁰⁴ Akandji-Kombe, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler", s. 69.

¹⁰⁵ Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015, s. 90-91.

Anayasa Mahkemesi de çalışmamızın konusunu oluşturan mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin kendisine yapılan bireysel başvurularda AİHM'in yukarıda izah edilen bakış açısını benimsemektedir. Bireysel başvuru usulünün "ikincil koruma mekanizması"¹⁰⁶ olarak tesis edildiği daha önceden de ifade edilmişti. Dolayısıyla aslında bireysel başvuru sonucunda temyiz mercisinin yapacağı denetimden farklı olarak, Anayasa Mahkemesince derece mahkemelerinin yorumunun denetimi mümkün değildir. Açık veya keyfi bir hatanın mevcut olduğu haller dışında bireysel başvuru, yargı kararlarının denetlenmesi ve adil bir sonuca ulaşılmasına imkân tanımacaktır.

Her şeyden önce AYM yorumları ve kararları, "*temel haklar hukukunun tüm ülke içinde objektifleşmesine, belirliliğine, parçalılıktan ve muğlaklıktan uzaklaşmasına, yeknesekleşmesine ve devletin tüm organları bakımından daha tutarlı ve önceden öngörülebilir bir şekilde uygulanmasına*"¹⁰⁷ olarak tanıdığından oldukça önemlidir. Ancak AYM de AİHM gibi temel hak ve hürriyetlerin kapsamını yorum yoluyla her geçen gün genişletmektedir¹⁰⁸. Hak temelli yorum ya da dinamik yorum olarak adlandırılacak bu tutumu, hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği yönünden eleştirilebilmektedir¹⁰⁹. Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi öğretide Köküsarı'nın da açık biçimde ifade ettiği üzere "lafsin sınırlarını aşarak"¹¹⁰ hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmektedir.

Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere AYM tarafından her ne kadar açık ve keyfi bir takdir hatası olmadığı müddetçe derece mahkemelerin yorum faaliyetlerinin ve kararlarının denetlemeyeceği belirtilse de Mahkeme uygulamaları bazen bunun tersini işaret etmektedir. Özellikle adil bir karar alabilmenin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif bir yükümlülük olarak yorumlanması, kararların adil olup olmadığı hususunda AYM'nin bir temyiz mercii gibi denetim gerçekleştirmesine neden olmaktadır.

Yine bazı durumlarda Mahkeme mevcut anayasal normlar olan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, yargı yolu gibi güvenceleri atlayarak mülkiyet hakkının pozitif yükümlülükleri üzerinden hak ihlali kararı verebilmektedir. Bunun pozitif bir düzenleme ile sınırlandırılmamış sahada özgürce yorum geliştirebilmek gibi bir faydası olsa da hukuki belirlilik ilkesi zedelenebilir.

Örneğin Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında mahkemeye erişim hakkını "uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek"¹¹¹ olarak tanımlamıştır. O halde bu gibi hak ihlallerinde yorum yoluyla

¹⁰⁶ Cansu Dağ Bereket, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2 (2020), s. 492. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mhfd/issue/64869/994245>) (E.t 23.04.2022)

¹⁰⁷ Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", s. 126.

¹⁰⁸ İsmail Köküsarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, S. 33 (2016), s. 304. (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939535>) (E.t 19.05.2022)

¹⁰⁹ Köküsarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", s. 303.

¹¹⁰ Köküsarı, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi", s. 319.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin, "Özkan Şen" Başvurusu, Başvuru No: 2012/791, 7/11/2013 tarihli Kararı, p. 52.

mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler geliştirmek yerine bireylerin mahkemeye erişim hakkının engellendiği tespit edilebilir.

Ya da “şekli anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır¹¹²” içtihadı dikkate alındığında ve kamu gücü tarafından kanuna dayanmayan bir hak ihlali gerçekleştiğinde, bu durumun temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13’üncü maddeye ve devamında kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu tespit edilebilir. O halde bu noktada pozitif yükümlülükler hususunda yorum faaliyetine girişmek Mahkemeyi gereksiz yere meşgul edecektir. Ayrıca kanunun bireylere yeterli korumayı sağlamaması, bu kapsamda bireyler için kanunun öngörülebilir bir belirlilik taşınamaması halinde kanunun kalitesi sebebiyle kanunilik ilkesinin gerçekleşmediğinden bahisle hak ihlali kararı verilebilir¹¹³.

Yargılama sürecinde yaşanabilecek hukuka aykırılıklar ile yargılama sürecinin adil olup olmadığına yönelik iddialar ise adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁴. Her ne kadar yargılama sonucuna ilişkin olmasa da yargılama sürecine ilişkin olarak bireyler adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altındadırlar. Yine bu noktada mülkiyet hakkının pozitif yükümlülüklerine gitmek hukuki belirlilik ilkesini zedeleyebilir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin iş yükü düşünüldüğünde¹¹⁵ Mahkeme, yapısının kaldıramayacağı bir başvuru bombardımanı altındadır. Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan’ da Yüksek Mahkeme'nin 60. Kuruluş Yıldönümü dolayısıyla düzenlenen törende “AYM'nin önünde 95 bin başvuru var. Bu başvuru yönetilebilir olmanın çok ötesine geçti artık dolayısıyla buna acilen müdahale edilmesi gerekiyor” cümlesi ile durumun vahametini ilan etmiştir¹¹⁶. Öyle ise bu durumdan haklı olarak şikayet eden Mahkeme'nin mevcut haklar karşısında birtakım kanunda mevcut olmayan düzenlemelere yorum yoluyla ulaşma faaliyetleri ile bir temyiz mercii gibi hareket ederek Anayasa ve kuruluş kanununa da aykırı biçimde mahkemelerin yorum faaliyetlerini denetlemesi tarafımızca doğru görülmemektedir. Ayrıca hakların çerçevelerinin çizilmesi, istikrarlı ve öngörülebilir bir hak algısı ve tanımının oluşması da AYM'nin bu tutumu karşısında zorlaşmaktadır. Hakimin yarattığı hukuk olan pozitif yükümlülükler kavramı, sınırsız biçimde genişleme potansiyeline sahip olduğundan, bugün bireyler için olumlu sonuçlara yol açsa da öngörülemez bir araçtır.

Bize göre öncelikle Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'daki Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara ve bilhassa yargı kararlarına ilişkin denetim yetkisine açıklık getirilmesi, bu

¹¹² Anayasa Mahkemesi'nin, “Ali Hıdır Akyol ve diğerleri” Başvurusu, Başvuru No: 2015/17510, 18/10/2017 tarihli Kararı, p. 56.

¹¹³ Anayasa Mahkemesi'nin, “Necmiye Çiftçi ve diğerleri” Başvurusu, Başvuru No: 2013/1301, 30/12/2014 tarihli Kararı, p. 55.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin “Emrullah Neşeli” Başvurusu, Başvuru No: 2013/7658, 17.07.2014 tarihli Kararı, s. 7.

¹¹⁵ İlk çıktığı 2012 yılında 1342 başvuru ile başlayan ülkemizin bireysel başvuru imkânı, 2016 yılında 80756 ile rekor seviyeye ulaşmış, 2019'da 42971, 2020' de 40402, 2021'de 66121 ve bu yılın(2022) yalnızca ilk çeyreğinde 31599 sayısına ulaşmıştır. Raporun yayımlandığı gün olan 31.03.2022 tarihi itibarı ile toplam başvuru sayısı 392758'e ulaşmıştır. “Anayasa Mahkemesi Başkanlığı Bireysel Başvuru İstatistikleri” (https://www.anayasa.gov.tr/media/7946/bb_2022-1_tr.pdf)

¹¹⁶ “Aym Başkanından İş Yükü Mesajı”, CNN Türk, 25.04.2022. <https://www.cnnturk.com/video/turkiye/aym-baskanindan-is-yuku-mesaji>.

kapsamda Mahkeme'nin görev ve yetkisinin daha açık biçimde belirlenmesi faydalı olabilir. İkinci olarak Mahkeme'nin hak ihlallerine ilişkin olarak öncelikle mevcut normlardan hareket etmesi, bunların yetersiz kaldığı durumlarda yorum yoluyla yeni yükümlülükler oluşturması daha doğru bir tutum olacaktır. Ve nihayet, pozitif düzenlemeler vasıtasıyla olmasa da, AYM ya da AİHM içtihatları ile pozitif yükümlülükler genel bir tanım yapılarak sınırlarının belirlenmesi, sınırsız genişleme potansiyeline sahip bu hukuki kavramın bir takım objektif kriterler ile sınırlandırılması yerinde olacaktır. Bu çalışma saf bir pozitivist bakış açısı ile bireylerin hak ihlallerine göz yumulmasını önermemekte, yalnızca bu denli sınırsız bir kavrama ve hakimlerin yorum konusundaki geniş takdir yetkilerine gelecekte istenmeyen sonuçlar yaratabileceği gerekçesiyle şüphe ile yaklaşmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, Jean-François. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*. Çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya. Strasbourg: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, 2008.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2022.
- Aydın, Öykü Didem. “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, S. 4 (2011): (s.4-121). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48116/608485>) (E.t 26.04.2022)
- Azıklı Köse, Miray. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Özel Kişilerin Eyleminin Devlete Atfedilmesi Üzerine Bir İnceleme”. *Public and Private International Law Bulletin*. 42/2 (2022): (s.1-44). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1678573>) (E.t 30.09.2022)
- Belling, Detlev W & İnce, Nurten. “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”. *Legal Hukuk Dergisi*. 12/137 (2014): (s.3-59). (Erişim: https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/websitebelling/Dokumente/Turk_Alman.pdf) (E.t 29.09.2022)
- Bilgin, Burak. “Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi – Olumlu Örnekler/Uygulamalar/Yaklaşımlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, S. 2 (2015): (s.129-210). (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/publication/paper/detail/TWpRNE5qQTFOU09>) (E.t 11.03.2022)
- Council of Europe: *European Court of Human Rights, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights - Protection of property, 31 August 2020*, <https://www.refworld.org/docid/6048fac40.html>, (E.t. 22.04.2022).
- Çımrın, Çiğdem. “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 128 (2017): (s.9-38). (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/makale/TWpJMU56RXhNUT09/toplanti-ve-gosteri-yuruyusu-ozgurlugu-bakimindan-devletlerin-pozitif-yukumlulugu#:~:text=T%C3%BCrkiye%20Anayasas%C4%B1%20kapsam%C4%B1nda%2C%20toplant%C4%B1%20ve,ki%C5%9Fileri%20koruma%20g%C3%B6revleri%20%C3%BCzerine%20oturmakta%C4%B1r.>) (E.t 06.04.2022)
- Dağ Bereket, Cansu. “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Ekseninde Mülkiyet Hakkı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2020): (s.169-196). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mhfd/issue/64869/994245>) (E.t 23.04.2022)
- Doğmuş, Simay. *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Dönmezkuş, Dilara. *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2019.
- Eren, Fikret. “Anayasa ve Yeni Gelişmeler Karşısında Medenî Kanunun Mülkiyet Kavramına Verilecek Anlam”, *Medeni Kanunun 50. Yılı*, AÜHF Yayınları No. 408, Ankara 1977.
- Florczak-Wątor, Monika. “The Role Of The European Court Of Human Rights In Promoting Horizontal Positive Obligations Of The State”. *International and Comparative Law Review*. 17/2 (2017): (s.39-53). (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/324070913_The_Role_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_Promoting_Horizontal_Positive_Obligations_of_the_State) (E.t 03.04.2022).
- Gemalmaz, Burak. *Mülkiyet Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2018.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.

- Grgić, Aida. Mataga, Zvonimir. Longar, Matija. Vilfan, Ana. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı*. Çev. Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Strasbourg: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 2007.
- Hassemer, Winfried. “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar” (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor), *Anayasa Yargısı*, Cilt 21 (2004): (s.1-13). (Erişim: https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anyasa_yargisi/anyarg21/almanya.pdf) (E.t 25.04.2022)
- Maksim Yuryevich, Izhikov. ““Horizontal” Human Rights And Positive Obligations”. *Juridical Sciences and Education*, S. 57 (2018): (s.190-202). (Erişim: http://www.iolr.org/wp-content/uploads/2018/12/Izhikov-M.Yu_-Horizontal-human....pdf) (E.t 19.04.2022)
- Metin, Yüksel. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”. *Uluslararası İlişkiler Dergisi*. 7/27 (2010): (s.111-132). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/540079>) (E.t 30.09.2022).
- Kanadoğlu, Korkut. “*Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması Ve Uyulaştırılması*”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 1998.
- Karabulut, Muhammed Fatih. “Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 42 (2020): (s.231-246). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/58517/857918>) (E.t 12.03.2022)
- Kaya, Semih Batur. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2021.
- Kılınc, Ahmet. “İnsan Haklarının Anayasal Konumu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. IX/1-2 (2005): (s.279-290). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63549/962988>) (E.t 15.04.2022).
- Klatt, Matthias. “Positive Obligations Under The European Convention Of Human Rights”, *Heidelberg Journal of International Law*, S. 71-4 (2011): (s.691-718). (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/315768399_Positive_Obligations_under_the_European_Convention_on_Human_Rights) (E.t 08.04.2022)
- Köküarı, İsmail. “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi Ve Uluslararasılaşmadaki Etkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S. 33 (2016): (s.303-318). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939535>) (E.t 19.05.2022)
- Özbay, Feyzan. *Bireysel Başvuruda Pozitif Yükümlülükler Doktrininin Uygulanmasına İlişkin Bir Değerlendirme*, 2017. (Erişim: <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Feyzan-O%CC%88zbay-Pozitif-Yu%CC%88ku%CC%88mlu%CC%88lu%CC%88kler.pdf>) (E.t. 27.03.2022).
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 43 (2020): (s.49-78). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59539/873694>) (E.t 16.04.2022).
- Perdecioğlu, İsmail Emrah. *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Prechal, Sacha. “Horizontal Direct Effect Of The Charter Of Fundamental Rights Of The Eu”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, S. 66 (2020): (s.407-426). (Erişim: [file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-HorizontalDirectEffectOfTheCharterOfFundamentalRig-7527353%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-HorizontalDirectEffectOfTheCharterOfFundamentalRig-7527353%20(1).pdf)) (E.t 30.04.2022).
- Sunay, Reyhan. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23/1 (2015): (s.9-52). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26655/281295>) (E.t 18.04.2022)

- Şenol, Cem. "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1 (2012): (s.259-288). (Erişim: https://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/11_Senol.pdf) (E.t 05.05.2022)
- Şimşek, Suat. "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S. 91 (2011): (s.312-349). (Erişim: <https://app.trdizin.gov.tr/makale/TVRBNU1EQTVPUT09/mulkiyet-hakkinin-kapsami-sinirlandirma-nedenleri-ve-sartlari-acisindan-1982-anayasasi-ve-avrupa-insan-haklari-sozlesmesi-karsilastirmali-bir-analiz-ii>) (E.t 08.04.2022)
- Şimşek, Suat. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, S. 84 (2012): (s.1-21). (Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61539/919067>) (E.t 03.04.2022)
- Şişli, Zeynep. "İnsan Hakları Bağlamında Çalışan Sağlığı Açısından Devletin Yükümlülükleri: Telafi mi, Koruma mı?". *İzmir Barosu Dergisi*, 84/3 (2019): (s.167-208). (Erişim: <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdf-dosya/insan-haklari-b20191212133617867.pdf>) (E.t 1.10.2022)
- Tosun, Seyfullah. 2017. "İnsan Hakları Hukukunda Negatif Ve Pozitif Özgürlük Anlayışı". *Gün Hukuk Bürosu*. 10.11.2017. <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-Hukukunda-Negatif-ve-Pozitif-%C3%96zg%C3%BCrl%C3%BCk-Anlay%C4%B1%C5%9F%C4%B1.pdf> (E.t. 27.04.2022).
- Uz, Abdullah & Yüksel, Metin. "Normatif İçeriği ve Devletlerin Bu Alandaki Yükümlülüğü Bakımından Yeterli Yaşam Standardı Hakkı". (*Uluslararası Asya ve Kuzey Afrika Çalışmaları Kongresi*, S. 2. Ankara, Eylül 10-15, 2007) (s.877-900). (Erişim: <https://www.ayk.gov.tr/wp-content/uploads/2015/01/UZ-Abdullah-MET%C4%B0NY%C3%BCksel-NORMAT%C4%B0F-%C4%B0%C3%87ER%C4%B0%C4%9E%C4%B0-VE-DEVLETLER%C4%B0N-BU-ALAN-DAK%C4%B0-Y%C3%9CK%C3%9CML%C3%9CL%C3%9C%C4%9E%C3%9C-BAKIMINDAN-YETERL%C4%B0-YA%C5%9EAM-STANDARDI-HAKKI.pdf>) (E.t 1.10.2022)
- Xenos, Dimitris. *The Positive Obligations Of The State Under The European Convention Of Human Rights*, New York: Routledge Research in Human Rights Law, 2012.



CILT / VOLUME 3 SAYI / ISSUE 1

• *Dr. Öğr. Üyesi Seda KARA KILIÇARSLAN*

Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyesi Sorunu
The Problem of Crypto Liquidation in the Regime of Bitcoin Participation in Acquired Goods

• *Kürşat Tarık AÇIKGÖZ*

Evlilik Birliğini Temsilin Borçlar Hukuku Bağlamında Temsil Yetkisi İle Karşılaştırılması
Comparison of the Representation of the Marriage Union with the Power of Representation in the Context of the Law of Obligations

• *Mesut ALTAY*

Türk Medeni Hukukundaki Zilyetliğin Korunması Yollarının Osmanlı Hukukuna Mukayesesi
Comparison of the Ways of Protection of Property in Turkish Civil Law with Ottoman Law

• *Musa SOYSAL*

COVID-19 Tedbirleri Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Salgın Koşullarının Mücbir Sebep Kapsamında Değerlendirilmesi
Responsibility of the Administration due to COVID-19 Measures and Evaluation of the Epidemic Conditions within the Scope of Force Majeure

• *Dr. Öğr. Üyesi Cengiz ARIKAN & Ogün OKTAY*

Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı (AİHM ve AYM'nin İçtihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım)
The Concept of Positive Obligations of the State with Respect of Property Rights (Critical Approach to the Jurisprudences of ECtHR & TCC)