

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
31

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2023

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Press, 42150, Konya, Turkey

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Dekan | Dean

Prof. Dr. Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer

hsumer@selcuk.edu.tr

Baş Editör | Editor-in-Chief

Doç. Dr. Cemil GÜNER

cguner@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Sezin ÖZTOPRAK

soztoprak@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL

oguz.yolal@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Abdussamed ATASOY

samedatasoy1109@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia TEPEKAYA

rabiamacit26@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihahl4@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2023

Publication Date: June 2023

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

- Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – II – Haksız Fiil Sorumluluğu** 395-428
Overview of Legal Liability Arising From Damages Caused By Earthquake Damaged Buildings – II – Tort Liability
Sinan Sami AKKURT
- Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları** 429-460
The Legal Status of Autonomous/Unmanned Ships and Turkish Practices
Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ
- 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Geçici 11. Maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 16/2/2023 Tarihli ve E.: 2022/126, K.: 2023/29 Sayılı Kararı ile İptalinin Derdest Davalara ve Yargılama Giderlerine Etkisi** 461-487
The Effect Of The Announcement Of The Provisional Article 11 Of The Cooperatives Law, With The Decision Of The Constitutional Court Dated 16/2/2023 And Numbered E.:2022/126, D.:2023/29, On Closing Liabilities And Jurisdictions
Ahmet BAŞÖZEN/Ferhat BÜYÜKAY
- Kira Sözleşmesinin Kiracının İflası Sebebiyle Sona Ermesi (TBK m. 332)** 489-526
The Termination Of The Lease Contract Due To The Bankruptcy Of The Tenant (Tco Art. 332)
Emre KÖROĞLU
- Yabancı Hukukun Uygulanmasında Yapay Zekâ ile Veri Analitiğinin Rolü ve Bir Model Önerisi** 527-567
The Role Of Artificial Intelligence And Data Analytics In The Application Of Foreign Law And A Model Suggestion
Mesut AYGÜN

- Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler** 569-628
Some Determinations On On Criminal Law Problems Related To Deaths And Injuries Caused By Earthquakes
Berrin AKBULUT
- Bulut Bilişimde Gizlilik Sözleşmesi** 629-663
Non Disclosure Agreement in Cloud Computing
Emin GİTMEZ
- Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması** 665-701
Deceptioning Of The Suspect By Law Office
Mahmut GÖKPINAR
- İdare ile Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında Olma** 703-753
The Being Under The Imperium And Disposal Of The State In The Context Of The Legal Relationship Between The Administration And Public Domain
Celâl IŞIKLAR
- Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Hukuk Perspektifinden İdarî Yargıda Sürelerin Kısaltılması Açısından Kanun Yollarında (Temyiz-İstinaf) Filtreleme ve Bazı Modeller** 755-782
Filtration In Legal Remedies (Cassation/Appellate) With The Aspects Of Shortening Durations In The Administrative Justice Under The Perspective Of Comparative Law And International Law, And Some Models
Serkan ÇINARLI/Anıl ÇAMYAMAÇ
- 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri** 783-853
Request For Sale Of Seized Property After The Amendment Of Law No. 7343
Kudret ASLAN

- İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmalarına Katılacak Çocuklardan Olur (Rıza) Alınması** 855-906
Getting Consent Of Child In Clinical Investigations Of Drug And Biological Products
Alper UYUMAZ
- Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkının Konusunda Meydana Gelen Değişikliklere Dayalı Sonuçlar** 907-948
Conclusions Based On Changes Of Property Occuring In The Right Of Usufruct Installed On Goods
Zehra Gizem ATEŞ
- Hastalık ve Sağlık Sigortasında Sigortacının Aldığı Rapor Hakkında Bilgi İsteme ve İnceleme Hakkı** 949-991
The Right To Request And Examine Information On The Report Received By The Insurer In Sickness And Health Insurance
Hediye BAHAR SAYIN



DEPREMDEN HASAR GÖREN BİNALARIN SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUĞA GENEL BAKIŞ – II – HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT*

Öz

Bu çalışma, 6 Şubat 2023'te meydana gelen ve Mart 2023 sonu itibariyle açıklanan resmî rakamlara göre Türkiye'de yaklaşık "elli bin" kişinin hayatını kaybetmesine yol açan Gaziantep ve Kahramanmaraş depremlerinden kaynaklanan zararlardan muzdarip kişilerin ve bu kişilere hukukî çare aramakta olan çok sayıda hukukçunun hukuksal arayışlarına genel hatlarıyla ve fakat ivedilikle bir rehber oluşturmak amacıyla yapılan araştırmanın, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ikinci kısmıdır.

Sorumlular ve sorumluluk, genel olarak zarar görenlerle sorumluluk süjeleri arasındaki hukukî ilişkilere göre belirlendiği ve şekillendiği için, iki kısımdan oluşan çalışmanın bu ikinci kısmında deprem zararlarından kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Çalışmanın sözleşme sorumluluğuna ilişkin ilk kısmı ise "Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I – Sözleşme Sorumluluğu" adı altında ayrı bir makale olarak hazırlanmıştır.

Yitirdiklerimizin sonsuz anısına saygıyla.

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Konya, Turkey.

✉ samiakkurt@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-9421-2412.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: **AKKURT**, Sinan Sami: "Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – II – Haksız Fiil Sorumluluğu", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 395-428.

✉ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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



Anahtar Kelimeler

- Deprem • Bina • Zarar • Sorumluluk • Haksız Fiil

OVERVIEW OF LEGAL LIABILITY ARISING FROM DAMAGES CAUSED BY EARTHQUAKE DAMAGED BUILDINGS – II – TORT LIABILITY

Abstract

This study focuses on the legal aspects of the people who were damaged by the Gaziantep and Kahramanmaraş earthquakes, which occurred on February 6, 2023 and caused the death of approximately “fifty thousand” people in Turkey according to the official figures announced as of the end of March 2023. This is the second part of the research on legal liability arising from earthquake damages, which was carried out in order to promptly provide a guide for damaged persons and many lawyers seeking legal remedies for these people on their legal search.

Since the liable persons and their liability are generally determined according to the legal relations between the damaged/ injured persons and the subjects of liability, this second part of the study, which consists of two parts, focuses on tort liability arising from earthquake damages. The first part of the study on contractual liability was prepared as a separate article under the title of “*Overview Of Legal Liability Arising From Damages Caused By Earthquake Damaged Buildings – I – Contractual Liability*”.

With respect to the eternal memory of those we lost.

Key Words

- Earthquake • Structure • Loss/ Damage • Liability • Tort

TAKDİM VE GİRİŞ¹

Depremden kaynaklanan karakteristik zararlara bilfiil depremin değil büyük ölçüde sarsıntı dolayısıyla yıkılan binaların sebep olduğu bilinmekte, bu husus uzmanlar tarafından da deklare edilmediği. Dolayısıyla çalışmada da zaman zaman kullanılan “deprem zararları” tabirinden anlaşılması gereken, deprem dolayısıyla yıkılan binaların sebep oldukları zararlardır.

¹ “Takdim ve giriş” bölümü, hacim dolayısıyla iki kısma bölünerek (müstakil iki makale şeklinde) yayımlanma zorunluluğu hasil olan bu çalışmanın her iki kısmı bakımından da geçerli, diğer deyişle çalışmanın kısım ayrımı gözetmeksizin bütünü kapsayıcı olduğu için, anılan her iki kısımda (her iki makalede) yer alan münferit giriş bölümleri büyük ölçüde ortak ifadelerle arz edilmiştir.

Bu zararlar genel olarak ölüm, yaralanma (cismanî zarar) ve/veya malvarlığı zararı şeklinde tezahür etmektedir. Ölüm hâlinde geride kalan yakınların destekten yoksun kalmaya ve manevî zarara, yaralanma hâlinde maddî ve manevî zarara, malvarlıksal zararlar karşısında ise maddî zararlara ilişkin tazminat talepleri genel hükümlere tâbi olup (TBK m. 53 vd.), çalışmada bu hususlara ayrıca ve özel olarak değinilmemiştir.

Nitekim çalışmanın amacı hemen tüm ders kitaplarında veya (varsa) haklarında etraflıca yazılmış münferit monografilerde bulunabilecek genel hususları tekrar etmek değil, özellikle yazıldığı tarih itibarıyla “6 Şubat 2023 Gaziantep – Kahramanmaraş Depremleri²”nden kaynaklanan zararlardan muzdarip, sayıları onbinlerle ifade edilen kişinin ve bu kişilere hukukî çare aramakta olan çok sayıda hukukçunun hukuksal arayışlarına genel hatlarıyla (naçizane) bir rehber oluşturarak, deprem zararları karşısında müracaat edilebilecek hukukî çareleri, müesseseleri ve ilgili hükümleri ihtimaller dairesinde ivedilikle göz önüne sermek; bu hususları sistematik, derli toplu şekilde ortaya koymaya çalışmaktır. Bununla birlikte çalışma yalnızca anılan bu münferit doğal felakete hasredilmemiş, bilakis bir “deprem ülkesi”nde yazıldığının bilinciyle, benzer durumların geneli bakımından geçerli olacak şekilde (genel prensip ve kurallar temel alınarak) hazırlanmaya gayret edilmiştir.

Deprem zararlarından sorumlu olan sùjeler, zarar görenle aralarında sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığına göre belirlenmekte ve sorumluluk da yine bu ayırıma göre şekillenmektedir. Örneğin yıkılan bir binada kiracı sıfatıyla oturan kişinin zarara uğraması karşısında kiraya verenin olası sorumluluğu sözleşme temeline (de) dayandırılabilirken, o esnada aynı evde misafir olarak bulunan üçüncü kişinin uğradığı

² “Adı geçen depremler Şubat 2023’te 9 saat arayla gerçekleşen, merkez üsleri sırasıyla Gaziantep’in Şehitkamil ilçesi ve Kahramanmaraş’ın Ekinözü ilçesi olan, 7,8 Mw ($\pm 0,1$) ve 7,5 Mw büyüklüklerindeki iki depremdir. Depremler sonucunda Türkiye’de resmî rakamlara göre en az 44.374 ... kişi öldü. Mevcut resmi kayıtlara göre Türkiye Cumhuriyeti tarihinde ... ve 1268 Kilikya depreminden beri Türkiye tarihinde en fazla can kaybına neden olan deprem(ler)dir. Deprem anında Türkiye’de en az 6 bin binanın yıkıldığı tespit edildi. 114.991’i Türkiye’de olmak üzere toplam 129 binden fazla kişi yaralandı. Depremlerin ardından en az 5 milyon kişinin bölgeden farklı kentlere göç ettiği tahmin ediliyor. Depremlerin ardından büyüklüğü 6,7 Mw’e kadar varan en az 9.990 artçı sarsıntı gerçekleşti”. Bkz. Wikipedia, “2023 Gaziantep-Kahramanmaraş depremleri”, <https://bit.ly/3ZqDnqu> (Erişim Tarihi: 27.02.2023).

zarar karşısında aynı kişinin kiraya veren sıfatıyla sözleşme sorumluluğu bulunmamakta fakat şartları dâhilinde yapı maliki (ev sahibi) sıfatıyla haksız fiil temeline dayanan kusursuz sorumluluğu cereyan edebilmektedir.

İşte çalışmada, zarar gören ve sorumlu kişiler arasındaki muhtelif hukuki bağlar olasılıklar dairesinde temel alınarak hangi durumda hangi tür sorumluluğun gündeme gelebileceği genel hükümler çerçevesinde ortaya koyulmaya çalışılmış ancak daha etraflıca araştırma ve dolayısıyla zaman gerektiren özel mevzuata konunun aciliyeti dolayısıyla (henüz); kamu hukuku boyutlarına ise uzmanlık alanı dışında kalması nedeniyle değinilmemiştir³.

Deprem zararlarından kaynaklanan sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının ayrı ayrı incelendiği çalışmanın bu ikinci kısmı haksız fiil sorumluluğuna ilişkindir. Zarar görenler ve sorumlular arasında sözleşme ilişkisi bulunan durumlarda müracaat edilebilecek sözleşme sorumluluğu ise müstakil bir çalışma olarak önceden yayımlanmıştır⁴.

I. GENEL OLARAK

Geniş anlamda “sorumluluk” hem “sözleşme sorumluluğu”nu hem de “sözleşme dışı sorumluluğu” kapsar. Depremden zarar gören binaların sebep olduğu zararlardan kaynaklanan “sözleşme sorumluluğu”, bu çalışmanın birinci kısmının konusunu teşkil etmiştir. Bu kısımda

³ Ancak özellikle cezaî sorumluluk noktasında kısaca değinmek gerekir ki deprem sebebiyle hasar gören yapılarda maruz kalınan zararın özellikle ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür ettiği durumlarda yapıyı inşa eden yüklenici(ler), denetimi yerine getirmekle görevli yapı denetçileri ve mühendisler, inşaat ruhsatı ile yapı kullanma izin belgesini veren yetkililer, denetim görevini yerine getirmeyen belediye tüzel kişilikleri, görevli imar müdürlüğü personeli ile bakanlık yetkilileri ile depremin zararlı sonuçlarının giderilmesine yönelik önlemlerin alınmasına memur her düzeydeki resmî makam ve yetkili aleyhinde hasar gören veya yıkılan yapının bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Savcılıklarına şikâyette bulunulabileceği; özellikle ölüm hâlinde böyle bir şikâyette bulunulmasa dahi Cumhuriyet Savcılıklarının re’sen soruşturma başlatmak ve delillerin toplanmasını sağlamak yükümlülükleri bulunduğu, Türkiye Barolar Birliği tarafından resmî site ve hasapları üzerinden deklare edilmektedir. Bkz., <https://bit.ly/3KJCDss> (Erişim Tarihi: 28.02.2022). Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ: Depremzedeler İçin Hukuk Rehberi**, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 410, Ankara 2023, s. 9 vd.

⁴ Adı geçen çalışma (Birinci Kısım) için bkz. **AKKURT**, Sinan Sami: “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I – Sözleşme Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 2023, s. 231-262. (Deprem I).

ise anılan zararlar karşısında “dar anlamda sorumluluk” olarak da tabir edilen “sözleşme dışı sorumluluk”; konuyu doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle özellikle “haksız fiil sorumluluğu” üzerinde durulmuştur. Nitekim borcun kaynaklarından “vekâletsiz iş görme” müessesesinin, deprem hasarlı binaların sebep olduğu zararlar noktasında cereyan etme ihtimali ya çok düşük ya da yok denecek kadar azdır⁵.

Türk hukukunda “haksız fiil sorumluluğu”, genel olarak TBK m. 49 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Buna göre TBK m. 49/I haksız fiil sorumluluğunu, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklinde genel olarak ortaya koymaktadır.

TBK m. 49, sorumluluğun doğumunu her ne kadar fiilin hukuka aykırılığına ve failin bu fiili *kusuru* dairesinde ika etmiş olmasına bağlamaktaysa da gerek Borçlar Kanununun başkaca hükümlerinde gerekse farklı kanunlarda sorumluluk unsuru olarak kusurun aranmadığı, hatta kimi zaman hukuka aykırılığın dahi şart koşulmadığı sorumluluk hâllerine (sebeplerine) rastlanmaktadır⁶.

Bu istisnâî hallerden (kusursuz sorumluluk sebeplerinden) çalışma konusunu doğrudan ilgilendireni, TBK m. 69 hükmü ile ihdas edilmiş olan “yapı malikinin sorumluluğu”dur. Nitekim bir binanın deprem nedeniyle hasar görmesine yol açan olgu bunun yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik ise, aşağıda etraflıca üzerinde durulacağı gibi yapı malikinin, hatta intifa ve oturma (sükna) hakkı sahiplerinin meydana gelen zarardan müteselsilen ve kusursuz olarak sorumlulukları gündeme gelebilir.

Ancak depremden hasar gören binaların sebep olduğu zararlardan haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabilecek tek süje yapı maliki değildir. Binayı özellikle fen ve tekniğe uygun olarak inşa etmeyen yük-

⁵ Dar anlamda sorumluluk ve geniş anlamda sorumluluk kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/I, 4. Auflage, Zürich 1989, s. 6 ff.; **KELLER**, Max/**GABI-BOLLIGER**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1988, s. 2 ff. **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (*Güncel Baskı 26, Ankara 2021*), (Genel), s. 551.

⁶ Bu hallerde haksız fiil söz konusu olup olmadığı hususndaki tartışmalar için bkz. **TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Mesuliyet), s. 9 vd.; **HATEMİ**, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, § 2, N. 3 vd.

lenicinin de gerek aralarında eser sözleşmesi bulunan karşı âkite, gerekse aralarında herhangi bir sözleşme bağı bulunmayan ve fakat ayıplı yapının depremden hasar görmesi neticesinde zarara uğrayan üçüncü kişi(ler)e karşı haksız fiil sorumluluğu cereyan edebilir.

“Yüklenici”nin, inşa ettiği sözleşme konusu ayıplı yapı depremden hasar gördüğü için zarara uğrayan “karşı âkit-işsahibi”ne yönelik sözleşme sorumluluğu üzerinde, bu çalışmanın ilk kısmında durulmuştur. Bu ikinci kısımda ise depremden hasar görme sebebi yapımındaki bozukluk olan yapıların özellikle (sözleşme tarafı olmayan) üçüncü kişilerde meydana getirdiği zararlar karşısında yüklenicinin, kusur esasına dayanan haksız fiil sorumluluğu üzerinde durulacaktır.

Ancak önemle belirtilmelidir ki yapıyı mevzuata, fen ve tekniğe aykırı şekilde, yani ayıplı olarak inşa eden yüklenicinin haksız fiil sorumluluğu yalnızca ilgili eser sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından değil, sözleşmenin karşı âkiti konumundaki işsahibi bakımından da söz konusudur. Nitekim bir somut olayda sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının bir arada bulunması mümkündür. Böyle durumlarda isabetli görülen görüş çerçevesinde sorumluluk sebeplerinin yarıştığı (telâhuk ettiği) ve zarar görenin sözleşme veya haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden dilediğine müracaat edebileceği kabul edilebilir⁷. Hatta TBK m. 60 uyarınca hâkim, önüne gelen somut uyumsuzlukta birden çok sorumluluk sebebinin yarışması durumunda, zarar gören aksini istemiş olmadıkça ona en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermekle yükümlü kılınmıştır⁸.

⁷ **OFTINGER**, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 2. Auflage, Zürich 1958, s. 484; **TANDOĞAN**, (Mesuliyet), s. 537; **TEKİNAY**, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 981; **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. II, Bası 10, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 17, İstanbul 2022*), (II), s. 286. Sözleşme sorumluluğuna dayanma imkânı varken haksız fiil sorumluluğuna dayanılamayacağı yönünde bkz. karşı. **von TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 1979, § 46, I, 2, s. 407; **von TUHR**, Andreas/**ESCHER**, Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts II, Zürich 1974., § 68, V, s. 108. Aynı durumda haksız fiil esaslarına üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. karşı. **JÄGGI**, Peter: Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Fribourg 1968, s. 181 ff.

⁸ Ayrıca bkz. **AKKURT**, (Deprem I), s. 237 vd.

Bu çerçevede aşağıda, yapı inşa borcunu gerektiği gibi yerine getirmeyen yüklenicinin anılan yapının depremde bu yüzden hasar görmesi neticesinde sebep olduğu zararlardan kaynaklanan (kusura dayanan) haksız fiil sorumluluğuna ve yapı malikinin anılan türden zararlar karşısındaki (kusura dayanmayan) haksız fiil sorumluluğuna değinilecektir.

II. DEPREMDEN HASAR GÖREN BİNALARIN SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUĞUN UNSURLARI

Haksız fiil sorumluluğunun unsurları genel olarak “hukuka aykırı fiil”, “zarar” ve “uygun illiyet bağı”dır. “Kusur” da genel olarak haksız fiil sorumluluğunun bir unsuru olarak nazara alınmakla birlikte istisnâ bazı durumlarda failin hukuka aykırı fiili ika etmekte kusurunun bulunmadığı durumlarda dahi meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesine imkân tanınmıştır⁹. İşte böyle durumlarda kusursuz sorumluluk söz konusu olur.

Deprem dolayısıyla hasar gören yapıların neden olduğu haksız fiil sorumluluğu üzerinde durulurken aşağıda, sorumluluğun anılan bu unsurları dairesinde inceleme yapılması isabetli görülmüştür.

A. Yapının Depreme Dayanamamasına Yol Açan Hukuka Aykırı Fiil

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için zarara sebebiyet veren fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Bu anlamda hukuka aykırı fiil, davranışı hukuka uygun kılan özel (hukukî) bir sebep olmamasına rağmen zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin getirmiş olduğu kurallara aykırı davranışlarda bulunmaktır. Başka deyişle hukuka aykırı fiil, hukuka uygunluk sebeplerine dayanmaksızın başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan, onlara zarar vermeyi yasaklayan objektif hukuk normlarının ve/veya genel davranış kurallarının ihlal edilmesidir¹⁰.

⁹ Haksız fiilin unsurları konusunda yeknesak bir ayırım ve/veya kategorizasyon bulunmamaktadır. Çeşitli ayırım ve kategorizasyonlar için bkz. DEUTSCH, Erwin: Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Köln – Berlin 1976, s. 99 ff.; LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II, München 1956, s. 523 ff.; TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Tazmin), s. 11 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 476 vd.; EREN, (Genel), s. 582 vd.; HATEMİ, § 3 vd. OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 12.

¹⁰ Haksız fiiline ilişkin bu tanımlar “objektif (normatif) teori” benimsenerek yapılmaktadır. Aynı yönde bkz. KÄNZIG, Ernst: Die Widerrechtlichkeit nach Artikel

İhlâl edilen kuralın kamu hukukuna ya da özel hukuka ilişkin olması, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun teşekkül etmesi bakımından fark yaratmaz. Aynı şekilde, ihlâli edilen kuralın yazılı ya da yazılı olmayan kurallardan olması da haksız fiil sorumluluğunun doğması açısından önem arz etmez. Bu bakımdan özel hukuka ya da kamu hukukuna ilişkin yazılı bir hukuk kuralının ihlâl edilmesi kadar, örf-âdet hukukundan veya hukukun genel ilkelerinden kaynaklanan yazılı olmayan kuralların ihlâli de haksız fiil sorumluluğunun şartları dahilinde “hukuka aykırılık” olarak kabul edilebilir¹¹. Ancak ihlâl edilen kuralın mutlaka bir “davranış kuralı” olması gerekir. Bu anlamda davranış kuralları, kişilere toplumsal ilişkilerinde nasıl davranmaları, nelerden kaçınmaları gerektiğine ilişkin emir ve yasaklar getiren genel, soyut ve objektif kurallardır¹². Anayasa’nın devlet teşkilatlanmasına ilişkin hükümleri, usul hukuku kuralları gibi teşkilat kurallarının ihlâli ise, kural olarak haksız fiilin unsurları anlamında hukuka aykırılık teşkil etmez¹³.

Demek ki depremden hasar gören bir yapının sebep olduğu zararlardan haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için yüklenicinin, her şeyden önce söz konusu yapının inşasında, tamir veya tadilatında, hukuk düzeninin başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan objektif davranış kurallarına aykırı hareket etmiş olması gerekir. Nitekim yüklenicinin haksız fiil sorumluluğunun doğması için, zarara sebebiyet veren inşaat faaliyetinin hukuka aykırı olması şarttır.

Yüklenicilerin (özellikle imar planı bulunan alanlarda gerçekleştirecekleri) inşaat faaliyetlerinde uymaları gereken yazılı hukuk kural-

41, Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1939, s. 64 ff.; **MERZ**, Hans: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat und Kartellrecht, Bern 1977, s. 379 ff.; **VON TUHR/PETER**, § 46, II, s. 408; **EREN**, (Genel), s. 659. Oysa “sübjektif teori” taraftarlarına göre haksız fiil, zarar veren davranışta bulunanın, bu davranışta bulunmaya yetkili veya izinli olmaması durumunda meydana gelir. Sübjektif teori hakkında ayrıca bkz. **RASCHEIN**, Heinz: Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 1986, s. 230 ff.; **OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/I, 4. Auflage, Zürich 1989, s. 170, N. 17; **GUHL**, Theo/**MERZ**, Hans/**KOLLER**, Alfred/**DRUEY**, J. Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991, s. 186.

¹¹ **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 42.

¹² **OFTINGER/STARK**, s. 182, N. 52; **MERZ**, s. 362; **KÄNZIG**, s. 67.

¹³ **KÄNZIG**, s. 66 ff.; **EREN**, (Genel), s. 662.

ları genel olarak “3194 sayılı İmar Kanunu¹⁴”nda ve adı geçen Kanunun uygulanmasına yönelik “Planlı İmar Alanları Yönetmeliği¹⁵”nde ihdas edilmiştir. Ayrıca TTK, TKHK, TMK ve TBK’nın kişilerin hak ve menfaatlerini koruyan genel hükümlerinin yanı sıra özellikle TBK m. 471/I-II hükümleri ile yüklenicilerin meslekî faaliyetlerinde özen yükümlülükleri bulunduğunu ve bu özen borcundan doğan sorumluluklarının belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranmaları gerektiği ihdas edilmiştir. Dolayısıyla, inşa ettiği bir yapının, şayet bunlara uygun davransaydı depremde yıkılmayacak veya o düzeyde hasar almayacak olmasına karşın genel olarak yukarıda belirtilen hükümlere ve ilgili sair mevzuata aykırı inşaa edilmiş olması neticesinde depremde hasar görmesi veya zayi olması, yüklenicinin söz konusu inşaat faaliyetini haksız fiil sorumluluğu bakımından (kural olarak) hukuka aykırı kılar.

Hemen belirtmek gerekir ki örneğin 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Gaziantep depremlerinden sonra görüldüğü üzere aynı şiddette depreme maruz kalan (hatta bazıları dipdipe/ yanyana yer alan) yapılardan kimisinin sapaşağlam veya az hasarlı şekilde ayakta kimisinin ise tümüyle yıkılmış veya ağır hasar almış olması, sağlam kalanların mevzuata, fen ve tekniğe uygun; yıkılan ya da ağır hasar görenlerin ise mevzuata, fen ve/veya tekniğe aykırı şekilde inşa edildiklerine delalet etmektedir. Bu bakımdan özellikle yıkılan veya ağır hasar gören yapıların yükleniciler tarafından mevzuata, fen ve tekniğe uygun şekilde inşa edilip edilmediklerinin hassasiyetle incelenmesi şart ve elzem görülmektedir. Nitekim bu yapıların sebep olduğu zararlar karşısında yüklenicilerin haksız fiil sorumluluğuna müracaat edildiğinde anılan hususlar, haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun teşekkül edip etmediğinin belirlenmesinde birincil derecede önem arz edecektir.

Yüklenicilerin yanı sıra yapı maliklerinin, hatta o yapı üzerinde intifa ve oturma (sükna) hakkı sahibi olan kişilerin de deprem hasarlı binaların sebep olduğu zararlardan (müteselsilen) haksız fiil sorumlulukları bulunduğu ifade edilmişti. Zira TBK m. 69/I-II, yapı maliklerinin, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, üzerinde aynı hak sahibi oldukları binanın (yapının) yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksik-

¹⁴ RG. 03.05.1985, S. 18749.

¹⁵ RG. 03.07.2017, S. 30113.

liklerden doğan zararı gidermekle mükellef olduklarını öngörerek bu kişilere, söz konusu yapının yapımında bozukluk, bakımında ise eksiklik bulunmaması; diğer deyişle gerekli tadilat ve bakımın gerçekleştirilmesi ödevi yüklemektedir. Yapı maliki ile intifa ve oturma (sükna) hakkı sahip(ler)inin bu kanunî ödevlerine riayet etmemiş olmaları, ilgili yapının deprem dolayısıyla hasar görmesi neticesinde neden olduğu zararlar karşısında doğabilecek haksız fiil sorumlulukları bakımından “hukuka aykırılık” unsurunun karşılığını oluşturur.

“Yapı maliki” sıfatıyla sorumluluğundan bahsedilen bu süje bakımından haksız fiil sorumluluğu doğurabilecek bir diğer hüküm TMK m. 730’da düzenlenen “taşınmaz malikinin sorumluluğu”dur. Her ne kadar ayrı kanunlarda düzenlenmiş olsalar da bu iki sorumluluğun süjesi, deprem hasarlı binaların sebep oldukları zararlar noktasında çoğunlukla aynı kişiyi işaret etmektedir¹⁶. Buna göre “taşınmaz maliki”, mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına uygun, kanunî sınırları içerisinde kullanmak zorundadır. Örneğin malik, her ne kadar mülkiyet hakkı sahibi olsa da yapının başkalarına zarar vermesine yol açabilecek şekilde kolon kesemez, üzerine kaçak (hukuka aykırı) kat inşa edemez, fennî projeye aykırı tadilat, genişletme veya inşaat yapamaz. Aksi takdirde buna benzer davranışları TMK m. 730 çerçevesinde gündeme gelebilecek olan haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsurunu teşkil edebilir.

B. Yapının Deprem Yüzünden Hasar Görmesi Nedeniyle Meydana Gelen Zarar

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için; kusurlu olarak ika edilen haksız fiiller bakımından fiilin hukuka aykırı olması, tehlike sorumluluğu bakımından tipik tehlikenin sonuçlarını meydana getirmesi, olağan sebep sorumluluğunda ise objektif özen yükümlülüğünün ihlâli dolayısıyla (mutlaka) zarar meydana gelmiş olması

¹⁶ Yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ile taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730) arasındaki farklar ve benzerlikler hakkında bkz. **REY**, Heinz: Berner Kommentar zum Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. IV Das Sachenrecht, II Abteilung, Bie Dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730-731, Bern 1981 (BK ZGB), N. 1120 ff.; **KOÇ**, Nevzat: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 1990, s. 37 vd.; **ERTEN**, Ali, M.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 2000, s. 85-86; **ANTALYA**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, C. V/1, 2, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 390 vd.

gerekir¹⁷. Dolayısıyla sorumluluğun olmazsa olmaz unsurlarından biri de “zarar”dır. Bu anlamda zarar, “kişinin şahıs varlığında yahut malvarlığında, onun iradesi dışında meydana gelen azalma” şeklinde tanımlanabilir¹⁸.

Depremden hasar gören bina, müstakil konut, apartman, bağımsız bölüm, dükkân, çatılı işyeri ve benzeri yapıların depremde hasar görmesi nedeniyle ortaya çıkan karakteristik zararlar genellikle ölüm, yaralanma (bedensel/cismanî zarar¹⁹), gerçek kişiler bakımından ruhsal sağlığın bozulması, tüzel kişiler bakımından şahıs varlığı değerlerinde iradeleri dışında meydana gelen eksilme (manevî zarar²⁰) ve malvarlığı zararları (maddî zarar²¹) şeklinde tezahür etmektedir. Bu bakımdan mevzuata, fen ve tekniğe uygun şekilde inşa edilmemiş olmaları veya tadilat ve bakım yükümlülüklerinin sorumlularca yerine getirilmemiş olması dolayısıyla depreme dayanıksız hâle gelmiş yapıların, hemen tüm kategorilerdeki (her türlü) zarara sebebiyet vermeye elverişli olduklarının söylenmesi yanlış olmaz.

¹⁷ EREN, (Genel), s. 587.

¹⁸ Bu tanım maddî zararın yanı sıra manevî zararı da kapsam içerisinde tutan “geniş anlamda zarar” kavramı nazara alınarak yapılmıştır. Konu hakkındaki çeşitli ayrımlar ve tanımlar için ayrıca bkz. EREN, (Genel), s. 587 vd.; HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, I Obligationenrecht, Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (BSK OR), Art. 41, N. 6; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013 (Güncel Baskı 25, Ankara 2021), (Borçlar), s. 293 vd.; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 63 vd.;

¹⁹ KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 13; BREHM, Roland (Hrsg.): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986 (BK OR), Art. 41, N. 76; ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011, s. 54 vd.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. GURZELER, Beatrice: Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, Bern – Zürich 2005; LORENZ, Egon: Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”, Berlin 1981; DEUTSCH, s. 462 ff. SAYMEN, Ferit H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940; ANTALYA, O. Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017 (Manevî Zarar); KESKİN, Dilşad: Objektif Manevi Zarar Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016.

²¹ Ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. EREN, (Genel), s. 590 vd.; BREHM, (BK OR), Art. 41, N. 70; KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 8 ff.; OFTINGER/STARK, I, s. 72 ff.; GUHL/MERZ/KOLLER/DRUEY, s. 62 ff.; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 38 vd.

Deprem hasarlı binaların sebep olduğu ölüm(ler)de tazmini talep edilebilecek zararlar TBK m. 53 hükmünde tadadî olarak sayılmıştır. Buna göre özellikle; “cenaze giderleri”, “ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar” ve “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar²²” sorumluluk kapsamındadır²³.

TBK m. 54 ise bedensel zararlardan sorumluluk kapsamında tazmini talep edilebilecek bazı kalemleri yine tadadî olarak; “tedavi giderleri”, “kazanç kaybı”, “çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar” ve “ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar” olarak belirtmektedir.

Haksız fiil neticesinde bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda, bu sayılan kalemlere ek olarak; bedensel zarar gören kişi ya da ölümü hâlinde bu kişinin yakınları lehine manevî tazminata hükmedilmesi de somut olayın özellikleri çerçevesinde mümkündür (TBK m. 56).

Uğradığı zararı ispat yükü zarar görene düşer (TBK m. 50/I). Bu nedenle deprem dolayısıyla hasar gören yapıların sebep olduğu zararların ispatı noktasında delillerin mümkün mertebe vakit kaybedilmeksizin, özellikle enkaz kaldırma faaliyetlerine girişilmeden veya bu mümkün olmazsa anılan faaliyetler tamamlanmadan evvel toplanması son derece önemli görülmektedir. Bu çerçevede toplanması gereken delillerin, zararın ispatını sağlamaya elverişli olmaları gerektiği kadar hasar gören yapıların mevzuata, fen ve tekniğe uygun inşa edilip edilmediklerinin ispatına da elverişli olmaları önemlidir. Nitekim zararın yanı sıra, özellikle kusur sorumluluğu çerçevesinde talepte bulunulacağı durumlar bakımından failin kusurunun da zarar gören tarafından ispat edilmesi gerekmektedir (TBK m. 50/I). Dolayısıyla, örneğin yıkılan bir yapının genel görüntüsü (yalnızca zararın ispatı bakımından) kayıt altına alınmakla yetinilmemeli, bu binanın enkazından, özellikle yıkılan kolon ve kirişlerinden ulaşılabildiği ölçüde beton veya sair harfiyat örneği alınması da (kusurun ispatı bakımından) isabetli görülmektedir.

Uğranılan zararın miktarının tam olarak belirlenemediği durumlarda hâkim bunu, somut olayın özelliklerini ve zarar görenin, zararın

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. NARTER, Sami: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, 3. Baskı, Ankara 2018.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 87 ff.; OFTINGER/STARK, s. 332 ff.; EREN, (Genel), s. 851 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 91 vd.

doğmaması bakımından aldığı önlemleri nazara alarak hakkaniyete uygun şekilde belirler (TBK m. 50/II).

C. Deprem Hasarlı Binaların Sebep Olduğu Zararlar Karşısında Sorumluluk Doğabilmesi Bakımından Kusurun Rolü

TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi bakımından ana kuralın, meydana gelen zararın failin *kusurlu* (ve hukuka aykırı) davranışı neticesinde meydana gelmesi olduğu önceden belirtilmişti. Ancak istisnâ bazı hâllerde, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan kimi sùjelerin de bundan sorumlu tutulabileceği, buna genel olarak *kusursuz sorumluluk* adı verildiği hatırlatılmıştı.

Çalışmanın haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bu ikinci kısmında deprem hasarlı yapıların neden olduğu zararlardan genel hükümler çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu bulunduğu ifade edilen ve özellikle üzerinde durulan sùjeler *yüklenici* ve *yapı maliki* olagelmıştır. Ancak bu sùjelerden yüklenicinin, inşa ettiği yapının ayıplı olması dolayısıyla depremde hasar görerek gerek karşı âkit-işsahibinin gerekse üçüncü kişilerin uğradığı zararlar karşısındaki haksız fiil sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına; söz konusu yapının maliki ile bunun üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi(ler)in aynı zararlar karşısında sorumlulukları ise kusursuz sorumluluk esasına tâbi olduğu için aşağıda bu hâller üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

1. Yüklenicinin Kusur Sorumluluğu

Yüklenici TBK m.471/I'de düzenlenen "objektif özen yükümlülüğü" çerçevesinde, eseri meydana getirirken (konu özelinde yapıyı/binayı inşa ederken), aynı veya benzer alandaki işleri üstelenen *basi-retli* bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm özeni göstermek; kanunî, meslekî, fennî ve teknik kurallara harfiyen uygun davranmak zorunda kılınmıştır. Bu anlamda yüklenici, örneğin inşaatın temeli, malzemesi, yapımı, araç-gereç kullanımı, güvenlik önlemleri gibi tüm hususlarda, ilgili mevzuata, inşaatın yapıldığı bölgenin zorunlu kıldığı, elverişli fennî, meslekî ve teknik kurallara, kanunî ve bilimsel yöntemlere bağlı kalmak, bunları bilmek ve uygulamakla mükelleftir. Üstlenilen yapının inşası hakkında bilim alanında ve ilgili meslek çevresinde genel kabul gören ve doğruluğu alanında uzman kişilerce denenerak kanıtlanmış kurallar, yüklenicinin yapının inşasında riayet etmesi gereken ve objektif özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen fen ve teknik kural-

larıdır²⁴. Ancak yüklenicinin sadece bunlara riayet etmesi yetmez; aynı zamanda diğer (ilgili) mevzuata da tümüyle uygun davranması da gerekir ki objektif özen yükümlülüğünü gerektiği gibi ifa etmiş olduğu kabul edilebilsin²⁵.

Yüklenicinin, bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde meydana gelen ayıplardan/zararlardan (esasen) iş sahibine karşı sözleşme sorumluluğu bulunduğu gibi²⁶; anılan yükümlülüklerin aynı zamanda başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan, bunlara zarar verilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan (objektif) davranış kurallarından olmaları sebebiyle yüklenicinin, deprem gerçekleştiğinde inşa ettiği yapının bu kurallara aykırı faaliyetleri dolayısıyla hasar görmesi sonucu ortaya çıkan zararlar karşısında, hem karşı âkit-iş sahibine²⁷ hem de (aralarında sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi) bundan zarar gören üçüncü kişilere karşı TBK m. 49 vd. hükümleri çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu (da) bulunmaktadır²⁸.

²⁴ GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, N. 840; KOLLER, Alfred (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 363-366, Bern 1998 (BK OR), Art. 364, N. 3; BÜHLER, Theodor: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 363-379, Zürich 1998 (ZK OR), Art. 364, N. 37.

²⁵ AKKURT, (Deprem I), s. 245

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. AKKURT, (Deprem I), s. 244 vd.

²⁷ Yeniden hatırlatmak gerekir ki bir fiilin hem borca aykırılık hem de haksız fiil teşkil etmesi durumunda sorumluluk sebeplerinin yarıştığı (telâhuk ettiği) kabul edilmektedir. Bu görüşe göre somut olayda sözleşme sorumluluğunu gerektiren fiil aynı zamanda haksız fiil niteliğindeyse, zarar görenin dilediği hükümlere müracaat edebileceğinin söylenmesi yanlış olmaz. Hatta TBK m. 60 uyarınca hâkim, önüne gelen somut uyuşmazlıkta birden çok sorumluluk sebebinin yarışması durumunda, zarar gören aksini istemiş olmadıkça ona en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermekle yükümlü kılınmıştır. Bkz. OFTINGER, s. 484; TANDOĞAN, s. 537; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 981; OĞUZMAN/ÖZ, (II), s. 286. Sözleşme sorumluluğuna dayanma imkânı varken haksız fiil sorumluluğuna dayanılamayacağı yönünde bkz. karşı. von TUHR/PETER, § 46, I, 2, s. 407; von TUHR/ESCHER, § 68, V, s. 108. Aynı durumda haksız fiil esaslarına üstünlük tanınması gerektiği yönünde bkz. karşı. JÄGGI, s. 181 ff.

²⁸ Aynı esaslar "Yapı Denetim Kuruluşları" hakkında da geçerli olup, esasında idareye ve yapı sahibine karşı denetim görevinin gerektiği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan sözleşme sorumluluğu bulunan bu tür kuruluşların, 4708 sayılı "Yapı Denetimi Hakkında Kanun"da öngörülen objektif yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, üçüncü kişilerin bu yüzden uğradıkları zararlar bakımından (şartla-

Bu anlamda “üçüncü kişiler”, depremde hasar gören yapı yüzünden zarara uğrayan ve fakat yüklenici ile aralarında o yapının inşasına dair herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan; örneğin binayı önceki sahibinden satın alan, bağımsız bölümde kiracı sıfatıyla oturan, deprem esnasında binada misafir olarak bulunan veya o esnada sadece yapının önünden geçiyor olan kişilerdir²⁹.

Ancak mevzuata, fen ve/veya tekniğe aykırı şekilde inşa edilmesi nedeniyle ayıplı olarak nitelendirilen yapının deprem dolayısıyla hasar görebilerek sebep olduğu sözleşme dışı zararlardan yüklenicinin TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için; hukuka aykırılık, zarar, kusur ve uygun illiyet bağı unsurlarının mevcudiyeti gerekir.

Buna göre; yüklenicinin yapıyı mevzuata, fen ve tekniğe tümüyle uygun şekilde inşa etmemiş olması, haksız fiil sorumluluğunun *hukuka aykırılık* unsurunu karşılar. Yapının, mevzuata, fen ve tekniğe uygun inşa edilmiş olsaydı depreme dayanabilecekken bunlara aykırı şekilde (ayıplı) inşa edilmiş olması nedeniyle depreme dayanamaması yüzünden meydana gelen can, sağlık ve mal kayıpları, sorumluluğun *zarar* unsurunun karşılığıdır. Anılan bu zararlara sebep olan yapı hasarına, başka deyişle zarara yol açan yapının depreme dayanamamasına, yüklenicinin mevzuata, fen ve tekniğe aykırı davranışının neden olması *uygun illiyet bağı* ifade eder³⁰. Son olarak yüklenicinin, yapıyı inşa ederken mevzuata, fen ve tekniğe aykırı davranmakta kastı veya ihmali (munzam kusur) bulunması, sorumluluğun *kusur* unsurunu yerine getirir.

Hemen burada belirtmek gerekir ki aynı deprem karşısında aynı muhitte hatta yanyana inşa edilmiş olan yapılardan kimisinin sağlam kimisinin ağır hasarlı ya da tümüyle yıkılmış olduğu gözetildiğinde,

rı dâhilinde) haksız fiil teşkil edebilir. Aynı yönde bkz. **KILIÇOĞLU**, (Deprem), s. 4. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **ANTALYA**, (Borçlar), s. 428.

²⁹ **KILIÇOĞLU**, (Deprem), s. 4.

³⁰ Örneğin yapının depremde yıkılmasına neden olan ayıp yüklenicinin haberi dahi olmaksızın sonradan yapı maliki, kiracı ya da sair üçüncü kişi tarafından meydana getirilmişse (mesela yükleniciye inşa ettirdiği yapıyı tamamlanıp teslim aldıktan sonra alan genişletmek için işsahibi-malik tarafından kolon kesilmişse) böyle bir durumda zarar ile yüklenicinin inşaat fiili arasındaki uygun illiyet bağı kesilebileceği için yüklenicinin haksız fiil sorumluluğu, somut olay özelinde ortadan kalkmış olabilir. Konuya ileride “uygun illiyet bağı” başlığı altında yeniden değinileceği için burada üzerinde etraflıca durulmamıştır.

yıkılanların, emsalleri karşısında fen ve tekniğe uygun şekilde inşa edildiklerinden bahsedilmesi mümkün görülmemekte, bilakis hemen yarındaki bina depremi sapasağlam veya az hasarlı atlatmışken aynı deprem dolayısıyla tümüyle yıkılmış bir yapının fen ve tekniğe aykırı inşa edilmiş olduğunun, aksi ispat edilebilir bir varsayım ile kabul edilmesinin isabetli olduğu düşünülmektedir.

Yapı inşa edilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya gösterdiği yerin mevzuata, fen ve tekniğe uygun olmadığı görülür ya da yapının ayıpsız şekilde inşa edilebilmesini tehlikeye düşürecek sair bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi takdirde yüklenici, bundan doğacak zararlardan (da) sorumlu olur; yani zararın, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya gösterilen yer dolayısıyla meydana geldiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (TBK m. 472/II). Hatta eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olsa dahi (*her ne kadar böyle durumlarda iş sahibi, yükleniciye karşı ayıp sorumluluğundan kaynaklanan haklarını TBK m. 476 uyarınca kullanamayacak duruma gelse de*) yüklenici, özellikle üçüncü kişilerin ayıp nedeniyle uğradığı zararlar karşısındaki haksız fiil sorumluluğundan kurtulamaz.

Diğer taraftan TBK m. 473/II, inşası esnasında yapının yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı olarak meydana geleceği açıkça görülüyorsa iş sahibinin yükleniciye; mevzuata, fen ve tekniğe aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde onarımın ve/veya işe devamın başkasına verileceği konusunda ihtar da bulunabileceğini hükme bağlamıştır. Esasında yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan ayıp sorumluluğuna ilişkin olan ve iş sahibine ihtar ya da işin başkasına verilmesi yönünde herhangi bir yükümlülük getirmeyen bu hüküm, ayıplı olması dolayısıyla depremde yıkılan veya ağır hasar gören yapıların sebep olduğu zararlardan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde yorumlandığında; iş sahibinin, daha inşaa aşamasındayken dahi ayıplı meydana geleceği açıkça belli olan yapı hakkında yükleniciyi ihtar etmemesinin, hatta buna göz yumarak onarımı veya işe devamı başkasına vermemesinin, meydana gelen zarar karşısında münferit bir haksız fiil olarak nitelendirilebileceği, en azından muhatabı kendisinin olduğu (bağımsız) haksız fiil iddiaları bakımından bunun “kusur” unsurunu teşkil edebileceği düşünülmektedir.

2. Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğu

TBK m. 69/I, bir binanın veya yapı eseri malikinin, bunun yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır. Hatta intifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın (yapımındaki bozukluklardan değil fakat) bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar (TBK m. 69/II).

Buna göre yapı maliki hem yapımındaki bozukluklardan hem de bakımdaki eksikliklerden, intifa ve oturma hakkı sahipleri ise yalnızca bakımdaki eksikliklerden dolayı meydana gelen zarardan TBK m. 69 çerçevesinde sorumlu tutulabilirler. Örneğin depremde hasar görmesi dolayısıyla zarara sebebiyet veren yapının inşaatında eksik yahut elverişsiz malzeme kullanılmış ise yalnızca yapı malikinin, zaman içerisinde çürüyen kolon veya kirişlerin tadilatı hiç veya gerektiği gibi yaptırılmamış ise hem yapı maliki hem de intifa veya oturma hakkı sahip(ler)inin sorumluluğuna müracaat edilebilir³¹.

Bu hüküm kapsamında değerlendirilebilecek olan “bina” kavramı, barınma, depolama ve benzeri ihtiyaçlar için insanlar tarafından sun’i olarak yapılmış olan³², araziye bağlı³³, üzeri kısmen veya tamamen kapalı her türlü inşa eseri girer³⁴. Depremde yıkılan veya hasar gören apartman, bağımsız bölüm, müstakil ev, garaj, ahır, samanlık depo, spor ve gösteri salonları ve benzerleri bu kapsamda “bina” olarak nitelendirilebilir.

Anılan hükümde adı geçen “(diğer) yapı eseri” kavramı ise bina tanımına girmeyen fakat araziye bağlı kılınarak insan emeğiyle (sun’i şekilde) inşa edilmiş olan köprü, yol, baraj, set, elektrik direği, trafo ve

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 178.

³² Tepeler, göller, nehirler, göller, bitkiler, ağaçlar, çayır ve mer’alar gibi doğanın kendiliğinden meydana getirdiği varlıkların bu anlamda bina veya yapı eseri kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. BREHM, (BK OR), Art. 58, N. 27; OFTINGER/STARK, II/1, s. 191;

³³ Hareket edebilen ve araziye bağlı kılınmamış olan şeylerin bu anlamda bina veya yapı eseri kabul edilmeyeceği yönünde bkz. EREN, (Genel), s. 740.

³⁴ von TUHR/PETER, s. 457; TANDOĞAN, (Kusursuz), s. 170; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 172; EREN, (Genel), s. 739.

hatları, inşaat iskelesi, tünel, geçit, demiryolu rayları, foseptik kuyuları gibi diğer eserleri ifade eder³⁵.

Araziyle bağlı kılınarak sun'î olarak insan emeğiyle inşa edilen bina ve yapı eserinin, asansör, elektrik tesisatı, binaya dışarıdan veya içeriden sıkı sıkıya bağlı (tümleşik) merdivenler, duvarlar, balkon, çatı gibi bütünleyici parçaları ile binaya az çok bağlı kılınarak devamlı surette ona özgülünmüş dış merdivenler, çatıdaki kiremitler gibi eklentileri de TBK m. 69 kapsamında değerlendirilebilir. Ancak binaya ve/veya yapı eserine az ya da çok bağlı kılınmayan ve/veya onun kullanılış amacının gerçekleştirilmesine özgülünmemiş olan harici yapı ve varlıklar (örneğin binaya bağlı kılınmamış, ona devamlı surette özgülünmemiş seyyar harici merdivenler) yapı eseri kavramı kapsamında değerlendirilmez. Bununla birlikte eklentinin maliki ile asıl yapı eserinin malikinin farklı olduğu durumlarda eklentinin sebep olduğu zararlardan da (asıl) yapı eseri malikinin sorumlu tutulabilmesi mümkündür³⁶.

Yapı malikinin (ve intifa, oturma hakkı sahiplerinin) TBK m. 69 çerçevesinde sorumluluklarının doğabilmesi için kusur şartı aranmamıştır. Bu bakımdan TBK m. 69, bir "kusursuz sorumluluk" hâlidir³⁷. Yapı maliki ayırt etme gücüne sahip olmasa, hatta eserin yapımında veya bakımında gösterdiği özensizlik kusur derecesine ulaşmasa dahi yapım bozuklukları veya bakım eksikliklerinin neden olduğu zararlardan (kural olarak) sorumlu tutulabilir³⁸. Dolayısıyla yapı malikinin, binanın ya-

³⁵ KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 145; DESCHENAUX/TERCIER, s. 124 ff.; BREHM, (BK OR), Art. 58, N. 26 ff.

³⁶ OFTINGER/STARK, II/1, s. 196; EREN, (Genel), s. 741.

³⁷ Sorumluluğun özellikle 6098 sayılı TBK'da "Özen Sorumluluğu" başlığı altında düzenlenmiş olması, 818 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde cereyan eden tartışmaları bir ölçüde ortadan kaldırarak, sorumluluğun dayandığı esasın "özen sorumluluğu" olduğunu ortaya koymuştur. Ancak yine de sorumluluğun dayandığı esas konusunda doktrinel anlamda farklı görüşler ileri sürülmeye devam etmektedir. Muhtelif görüş ve tartışmalar için bkz. OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht II, 2. Auflage, Zürich 1936, Art. 41, N. 70; von TUHR/PETER, s. 456; İMRE, Zahit: "Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri", İstanbul Üniversitesi hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, S. 4, 1947, ss. 1475 vd.; TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981 (Kusursuz), s. 161; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 169 vd.; EREN, (Genel), s. 733 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 517.

³⁸ OFTINGER/STARK, II/1, s. 162; DESCHENAUX/TERCIER, s. 120; KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 173.

pımında bozuklukların veya bakımındaki eksikliklerin meydana gelmesinde kusurlu olmadığını ispat etmesi hâlinde dahi sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Keza (varsa) onun kusurunun derecesi tazminatın belirlenmesinde de önem taşımaz³⁹. Örneğin yapım bozukluğu veya bakım eksikliği yüzünden depreme dayanamayarak yıkılan bir binanın neden olduğu zararlar karşısında yapı maliki, bu yapım bozukluklarına kendisinin sebep olmadığını, bunların söz gelimi bu yapıyı inşa eden yüklenicinin kusurundan kaynaklandığını ileri sürmesi, sorumluluktan kurtulabilmesi için yeterli ve elverişli değildir. Hatta TBK m. 69'dan kaynaklanan sorumluluk yapının yapımındaki bozukluğa ve/veya bakımındaki eksikliğe objektif anlamda dayandığı ve yapının taşıdığı zarar tehlikesinin malik tarafından üstlenilmesini amaçlandığı için, bu bozukluk ya da eksiklik (sübjektif/münferit) insan davranışı dışında, örneğin deprem gibi beklenmeyen (daha doğrusu öngörülemeyen) bir olaya dayansa bile (illiyet bağı kesilmedikçe) yapı malikinin sorumluluğu devam eder⁴⁰.

TBK m. 69 anlamında yapı malikinin sorumluluğunda malike, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma olanağı da tanınmamıştır. Buna göre malikin, binanın yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik meydana gelmemesi bakımından gereken her türlü özeni gösterdiğini veya bu hususlarda gereken her türlü özeni göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesinin engellenemeyeceğini ispat etse dahi sorumluluğu (illiyet bağı kesilmedikçe) devam eder⁴¹.

Yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunan yapının deprem dolayısıyla hasar görerek meydana getirdiği zararlardan TBK m. 69 çerçevesinde sorumlu olan süje(ler), zararın gerçekleştiği anda söz konusu yapıya malik olan kişi veya kişilerdir. Malikin gerçek veya tüzel kişi hatta kamu tüzel kişisi olması arasında fark bulunmamaktadır⁴². Bu

³⁹ **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s. 181. Yapı malikinin kusurlu olması hâlinde bu ek kusurun sorumluluğu ağırlaştıracağı yönünde bkz. karşı. **ANTALYA**, (Borçlar), s. 394.

⁴⁰ **OFTINGER/STARK**, II/1, s. 163; **KELLER/GABI-BOLLIGER**, s. 174; **EREN**, (Genel), s. 733; **ANTALYA**, (Borçlar), s. 394.

⁴¹ **EREN**, (Genel), s. 734; **TANDOĞAN**, (Kusursuz), s. 178.

⁴² Konu tartışmalı olmakla birlikte kamu tüzel kişilerine ait kamu mallarındaki yapım bozukluğu ve/veya bakım eksiklikleri karşısında da TBK m. 69 hükümleri çerçevesinde tazminat talep edilebileceği yönünde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, II, s. 174; **ANTALYA**, (Borçlar), s. 397. Tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, (Kusursuz), s. 183; **KOÇ**, s. 117; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s. 352.

nitelikte bir bina veya yapı eseri üzerinde zararın meydana geldiği (örneğin deprem nedeniyle hasar aldığı veya yıkıldığı) anda birden fazla kişinin elbirliği mülkiyeti cereyan etmekteyse maliklerden her biri zararın tümünden müteselsil olarak sorumlu olurlar⁴³. Tartışmalı olmakla birlikte paylı mülkiyette de her paydaşın zararın tümünden müteselsilen sorumlu oldukları genel anlamda kabul ve ifade edilmektedir⁴⁴.

Bu esaslar paylı mülkiyete tâbi bir binanın ortak yerleri bakımından geçerli olduğu gibi, örneğin deprem dolayısıyla tümüyle yıkılan bir binanın (önceki) bağımsız bölüm maliklerinin artık sadece arsa üzerinde sahip oldukları arsa payları bakımından da geçerlidir. Buna göre tümüyle yıkılan bir binada artık bağımsız bölümler üzerinde bireysel mülkiyetten değil, yapının eskiden üzerine inşa edilmiş olduğu arsa üzerinde paylı mülkiyet esaslarına dayanan arsa payı sahipliği cereyan edeceğinden, bu yapının üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan kaynaklanan yapı maliki sorumluluğunun süjeleri, arsa üzerinde paylı mülkiyet çerçevesinde aynî hakkı bulunan arsa payı sahipleri olacaktır. Dolayısıyla, sorumluluk açısından bağımsız bölüm malikleri arsa payları nisbetinde TBK m. 69 anlamında yapı maliki olarak nitelendirilebilirler.

Buna karşın (tümüyle yıkılmayan ve fakat ağır ya da hafif hasar alan) bir binada kat maliklerinin, kendilerine ait bağımsız bölümlerde meydana gelen yapı m bozukluğu veya bakım eksikliği zararlarından tek başlarına (münferiden), ortak yerlerdeki bozukluk veya eksikliklerden kaynaklanan zararlardan ise paylı mülkiyet esasları çerçevesinde sorumlulukları söz konusudur (634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu – KMK m. 16).

TBK m. 69/III uyarınca yapı malikinin ve intifa/oturma hakkı sahiplerinin, meydana gelen zararı tazmin ettikten sonra kendilerine yapı m bozukluğu ve bakım eksikliği dolayısıyla sorumlu olanlara rücu etme hakları saklıdır. Yapımdaki bozukluğa veya bakımdaki eksikliğe sebep olan kişiler (rücuun muhatapları), örneğin malik ile aralarında yapının inşasına yönelik eser sözleşmesi bulunan ve fakat bunu zamanında hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemiş olan yüklenici, mimar,

⁴³ KILIÇOĞLU, (Borçlar), s. 169; BREHM, (BK OR), Art. 58, N. 16; ANTALYA, (Borçlar), s. 396.

⁴⁴ ANTALYA, (Borçlar), s. 396. Ayrıca bkz. a.g.e., s. 396, dn. 41'de adı geçen yazarlar. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 522. Karş. KILIÇOĞLU, (Borçlar), s. 351.

mühendis yahut söz konusu yapıyı kendisine ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna riayet etmeksizin satan önceki malik olabileceği gibi; yapının bakımını ve tadilatını sonradan üstlenen yüklenici, yapı denetimini 4708 sayılı Kanun uyarınca malikle aralarındaki yapı denetim sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirmekle mükellef olan yapı denetim kuruluşu, özen ve bildirim yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getirmeyen ya da kolon kesmek, fen ve tekniğe aykırı şekilde alan genişletmek gibi tehlikeli davranışlara girişen kiracı da olabilir. Yani çerçeve bir anlatımla, zarar gören üçüncü kişilere karşı tazminat yükümlülüğünü yerine getiren yapı maliki, intifa veya oturma hakkı sahibinin; yapının inşaatı veya bakımından kendisine karşı sorumlu olan kişilerle arasındaki ilişki eser, yapı denetimi, kira gibi bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, TBK m. 49 anlamında haksız fiilden de kaynaklanıyor olabilir⁴⁵. İşte zarar gören üçüncü kişilerin zararını tazmin eden yapı maliki ile intifa veya oturma hakkı sahiplerinin, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden kendi(ler)ine karşı sözleşmeden veya haksız fiilden ötürü sorumlu bulunan bu ve benzeri kişilere karşı, üçüncü kişilere ödediği tazminat bakımından daha sonra rücu edebilmeleri, TBK m. 69/III çerçevesinde mümkün kabul edilmiştir.

D. Deprem Hasarlı Yapının Sebep Olduğu Zarar ile Sorumluluk Süjesinin Fiili Arasında Uygun İlliyet Bağı

TBK m. 69'dan kaynaklanan yapı malikinin sorumluluğunun bir "kusursuz sorumluluk" türü olduğu, hatta yapı malikine bu sorumluluktan kurtulabilmek adına "kurtuluş kanıtı" getirme imkânı dahi tanınmadığı önceden ifade edilmişti. Buna göre yapı maliki, binanın yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik meydana gelmemesi için objektif olarak her türlü özeni gösterdiğini ispat etse dahi bozukluk ve/veya eksikliklerden kaynaklanan zarardan sorumlu olmaktan kurtulamaz. Ancak meydana gelen zarar, yapıdaki bakım bozuklukları ve/veya bakım eksikliklerinden kaynaklanmıyorsa, bu hâlde kural olarak illiyet bağının mevcut olmadığından (veya kesildiğinden) bahsedileceği için sorumluluk hiç doğmaz. Nitekim zarar ile yapıdaki bakım bozukluğu veya bakım eksikliği arasında uygun illiyet bağı bulunması,

⁴⁵ OFTINGER/STARK, II/1, s. 67, 231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 522; TANDOĞAN, (Kusursuz), s. 179; EREN, (Genel), s. 744.

TBK m. 69'dan kaynaklanan yapı malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için aranan aslı şartlardandır⁴⁶.

“Mücbir sebep” genel olarak illiyet bağıını kesen sebepler arasında kabul edilmektedir⁴⁷. Bu yönüyle deprem de bir mücbir sebep olup⁴⁸, kural olarak zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağıını kesmesi gerektiği düşünülebilir. Yani örneğin TBK m. 69 anlamında yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunan bir yapı dahi olsa, deprem nedeniyle yıkılmış olması durumunda zarar ile hukuka aykırılık (yapım bozukluğu) arasındaki illiyet bağıının kesilmiş olduğu sonucuna varılabilir. Ancak depremin illiyet bağıını kestiği sonucuna varılabilmesi ya da bunun tartışmaya açılabilmesi için her şeyden önce aynı depremden etkilenen aynı muhitteki tüm yapıların aynı veya denk derecede hasar görmüş olması gerekir. Oysa 2023 Kahramanmaraş ve Gaziantep depremleri karşısında sağlam kalan yapılar da olduğu, hatta yanyana iki binadan birinin sapsağlam (veya az hasarla) ayakta diğerinin ise tümüyle yıkılmış olduğu gözetildiğinde, yıkılan binaların sağlam emsâlleri karşısında yapım bozukluğu veya bakım eksikliği taşıyor olmaları son derece olasıdır. Böyle bir durumda zarara, bir mücbir sebep olarak depremin yol açtığından değil, yapının yapım bozukluğu veya bakım eksikliği yüzünden buna dayanamadığından bahsetmek daha isabetli görülmektedir. Dolayısıyla özellikle depremde yıkılan binaların sebep olduğu zararlar bakımından her (hatta çoğu) durumda illiyet bağıının kesildiğinden bahsetmek mümkün ve isabetli olmaz.

Aynı esas fen ve tekniğe uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan binalardan kaynaklanan yüklenici (sözleşme dışı) sorumluluğu bakımından da geçerlidir⁴⁹. Öyle ki yıkılan yapıların sağlam emsalleri karşısında fen ve tekniğe uygun şekilde inşa edildiklerinden bahsedil-

⁴⁶ TANDOĞAN, (Kusursuz), s. 177; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 175; EREN, (Genel), s. 744; ANTALYA, (Borçlar), s. 418 vd.

⁴⁷ Konu özelinde “sorumlunun faaliyeti dışında meydana gelen, genel bir davranış veya hukuk kuralının ihlâline kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü olay” şeklinde tanımlanabilecek olan “mücbir sebep” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (İlliyet), s. 175 vd.

⁴⁸ DESCHENAUX/TERCIER, s. 62; KELLER/GABI-BOLLIGER, s. 32; TANDOĞAN, (Mesuliyet), s. 464; EREN, (Genel), s. 629.

⁴⁹ Yüklenicinin depremde hasar gören yapılar karşısında akdî sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. AKKURT, (Deprem I), s. 244 vd.

mesi her durumda olası görülmemektedir. Bu nedenle, özellikle fen ve tekniğe uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan (depreme dayanamayan) binalardan kaynaklanan yüklenici sorumluluğunda da deprem, (her durumda) illiyet bağıını kesmez.

İlliyet bağıını kesen diğer bir sebep ise zararın meydana gelmesinde “mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusuru”nun bulunmasıdır⁵⁰. Öyle ki yapıda yapım bozukluğu veya bakım eksikliği olmasına rağmen zararın meydana gelmesine olan olay bu bozukluk veya eksiklik değil de mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusurlu davranışı ise, bu hâlde yapı malikinin TBK m. 69’dan kaynaklanan sorumluluğu bakımından zarar ile yapım bozukluğu veya bakım eksikliği arasındaki illiyet bağı kesilmiş olur. Örneğin depremde hasar gördüğü için zarara sebebiyet veren yapının depreme dayanamama sebebi yapım bozukluğu veya bakım eksikliği değil de o esnada orada oturan kiracı (mağdur) veya yapıyı ona satan önceki malik (üçüncü kişi) tarafından alan genişletmek amacıyla kolon kesilmiş olması ise, böyle bir durumda zarar ile yapım bozukluğu/bakım eksikliği arasındaki illiyet bağı kesilmiş olabilir. Böyle bir durumlarda zarardan, buna hukuka aykırı fiili ile doğrudan sebebiyet veren kişileri genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak daha isabetli görülmektedir. Ancak bunun için yapı malikinin; mağdurun veya üçüncü kişinin ağır kusurlu şekilde gerçekleştirdiği kolon kesme fiilini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir. Aksi takdirde mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusurundan bahsedilemeyeceği için illiyet bağının kesilmesi de söz konusu olmaz. Bu son ihtimalde yapı maliki, meydana gelen zarardan TBK m. 69 çerçevesinde sorumlu olmaya devam eder. Ancak ödediği tazminat bakımından daha sonra fiili ika edene rücu edebilir.

Bu yaklaşım fen ve tekniğe uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan binalardan kaynaklanan yüklenici (sözleşme dışı) sorumluluğu bakımından da geçerlidir⁵¹. Nitekim zarara, yüklenicinin haberdar olmayacağı şekilde mağdurun veya üçüncü kişinin kolon kesmek gibi bir fiili neden olmuşsa kural olarak illiyet bağı kesileceğinden, yükleniciyi, yapıyı fen ve tekniğe aykırı şekilde inşa etmiş olsa dahi zarardan sorum-

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz. EREN, (İlliyet), s. 187 vd.

⁵¹ Yüklenicinin depremde hasar gören yapılar karşısındaki sözleşme sorumluluğu hakkında ayrıca bkz. AKKURT, (Deprem I), s. 244 vd.

lu tutmak mümkün olmaz. Böyle bir durumda tam kusuruyla kolonu kesen kişi(ler) haksız fiilin kusurlu faili olarak nitelendirilmelidir.

Burada göz önünde bulundurulması gereken bir faraziye de birbirleri üzerine yıkılan binaların yapı malikinin sorumluluğu noktasında illiyet bağıını kesip kesmeyecekleri faraziyesidir. 2023 Kahramanmaraş ve Gaziantep depremlerinde görüldüğü üzere ilk depremde yıkılmayan bazı binalar ikinci depremde yıkılmıştır. Bunlardan bazıları ilk depremin yarattığı yapı yorgunluğu ile ikincisine dayanamamış, bazıları ise ilk depremde üzerlerine doğru yaslanan ya da yıkılan binaların ağırlığına dayanamayarak çökmüştür. İşte ikinci durumda, yani yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik olsa dahi ilk depremde ayakta kalan ancak üzerine yaslanan/yıkılan diğer bir binanın ağırlığı yüzünden ikinci depreme dayanamayarak yıkılan binaların sebep olduğu zararlar bakımından zarar ile yapım bozukluğu/bakım eksikliği arasında illiyet bağının bulunduğundan bahsetmek (her durumda) mümkün olmayabilir.

III. DEPREM HASARLI BİNALARIN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDAN KAYNAKLANAN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI

Depremden dolayı hasar gören yapıların sebebiyet verdiği zararlar karşısındaki haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı, TBK m. 72 hükmü çerçevesinde belirlenir. İlgili hükümde “nisbî (asgarî)”, “mutlak (azamî)” ve “cezaî” olmak üzere üç zamanaşımı süresi öngörülmektedir⁵².

Nisbî zamanaşımı süresi, zarar görenin, deprem yüzünden hasar gören binanın sebep olduğu “zararı” ve “tazminat yükümlüsünü”; örneğin zarardan kusursuz sorumlu olan yapı malikini veya kusuru nisbetinde sorumlu tutulabilecek olan yükleniciyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıldır (TBK m. 72/I, c. 1). Zarar verici olay gerçekleşip sona ermeden, dolayısıyla zarar tüm sonuçlarıyla meydana gelmeden nisbî süre işlemeye başlamaz⁵³. Ancak zararın tüm sonuçlarıyla meydana gelmesi nisbî sürenin başlaması için tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra

⁵² Ayrımlar hakkında ve ayrıca etraflı bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veyssel/ALTUNKAYA, Mehmet: “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 1, 2008, ss. 95-131, s. 103 vd.

⁵³ DESCHENAUX/TERCIER, s. 164; BREHM, Art. 60, N. 27.

zarar görenin, zarara sebep olan haksız fiilin sorumlusunu (örneğin somut olaya göre yüklenicinin, yapı malikinin veya ağır kusuruyla zarara sebebiyet veren fiili ika eden üçüncü kişilerin kimler olduğunu) da öğrenmesi gerekir. Tazminat yükümlüsünün öğrenilmesi ile kastedilen, haksız fiil sorumlusunun kimliği ve kişiliği hakkında kesin bilgi sahibi olunmasıdır. Sorumluluk süjesinin yalnızca tahmin ediliyor olması, nisbî sürenin başlaması bakımından yeterli değildir⁵⁴.

Mutlak zamanaşımı süresi ise “zarara sebebiyet veren fiilin işlendiği tarih”ten itibaren on yıldır (TBK m. 72/I, c. 1). Bu bakımdan depremden hasar gören yapı(lar)dan zarar gören kişi(ler), zararı ve tazminat yükümlüsünü (sorumluluk süjesini) ne zaman öğrenirlerse öğrensinler, bundan doğan taleplerini herhalükârda ve en geç fiilin işlendiği, örneğin yüklenici bakımından yapının fen ve tekniğe aykırı olarak yapılıp tamamlandığı tarihten itibaren on yıl içerisinde muhataba (sorumluya) yöneltmek durumundadırlar. Şayet sorumluluğu doğuran fiil veya olgu temadî arz etmekte, yani örneğin yapı malikinin kusursuz sorumluluğunda olduğu gibi deprem anında da sorumluluk teşkil eden fiil veya olgu (örnekteki mülkiyet hakkı sahipliği) devam etmekteyse mutlak süre işlemeye başlamaz. Nitekim on yıllık sürenin başlaması için sorumluluk sebebi telkil eden fiil veya olgunun tamamlanıp sona ermiş olması gerekir⁵⁵. Bu on yıllık sürenin sona ermesiyle artık deprem hasarlı binaların sebep olduğu zararlar karşısında haksız fiil sorumluluğu hükümlerine müracaat edilemez⁵⁶.

Her ne kadar TBK m. 72/I, c. 1 mutlak zamanaşımının başlaması için “zararın meydana geldiği tarihi” değil, “zarara sebebiyet veren fiilin işlendiği tarihi” işaret etmekteyse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17 Ağustos 1999 Marmara (Gölcük) depremi sonucunda meydana gelen zararlar karşısında açılmış bir tazminat dâvasına ilişkin kararında, “neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin, salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir” diyerek; depremden hasar gören yapılardan kaynaklanan zararlar karşısında haksız fiil hükümleri çerçe-

⁵⁴ BAŞPINAR/ALTUNKAYA, s. 106.

⁵⁵ BAŞPINAR/ALTUNKAYA, s. 107. Ayrıca bkz. a.g.e, s. 107, dn. 63'te anılan yazarlar.

⁵⁶ Ancak yine de zamanaşımının borcu sona erdirmediği, yalnızca eksik borç hâline dönüştürdüğü, bu nedenle sorumlu kişi tarafından gerçekleştirilen tazminat kabildin ödemelerin sebepsiz zenginleşme teşkil etmeyeceği, buna karşılık tazminatın dâva yoluyla talep edilemeyeceği unutulmamalıdır.

vesinde açılacak tazminat dâvalarında on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin, haksız fiilin işlendiği (örneğin yüklenicinin yapıyı mevzuata, fene veya tekniğe aykırı şekilde inşa edip tamamlamadığı) tarihten değil, bu yapının depreme dayanamayarak yıkıldığı ve zarara sebebiyet verdiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur⁵⁷. Daha yalın ifade etmek gerekirse, teknik anlamda tartışmaya

⁵⁷ YHGK. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594, "Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal on yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığında söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve -koşulları varsa- kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir. Başka bir anlatımla binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olmasına karşın, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olamayacaktır. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar. Binanın yapım tarihinde, davalının hukuka aykırı eylemi gerçekleşmiştir. Ancak ortada henüz bir zarar bulunmamaktadır. Yukarıda değinildiği gibi, her hukuka aykırı eylem, zararın oluşmasına neden olmayabilir. Binanın yapımı sırasında oluşan hukuka aykırılık eylemi, depremin oluşumu sonucunda zararı doğurmuştur. Özetlemek gerekirse: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir... Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde: Davacıya ait mesken her ne kadar Yapı Kullanma İzin Kağıdına göre 06.11.1975 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukuken binanın davalılar ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalıların haksız fiili, onun sonucunda oluştuğu ileri sürülen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin oluştuğu) 17.8.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır.", UYAP İçtihat Veri Tabanı (Erişim Tarihi: 10.03.2023).

son derece açık olan⁵⁸ bu görüşün/kararın benimsenmesi hâlinde deprem hasarlı binaların neden olduğu zararlardan kaynaklanan (haksız fiil temelli) tazminat dâvaları, “deprem tarihinden itibaren” hesaplanacak on yıllık mutlak süre geçmedikçe zamanaşımına uğramayacaktır.

Şayet zarar, ceza kanunlarının daha uzun zamanaşımı süresi öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden kaynaklanıyorsa, TBK m. 72/I, c. 1’de öngörülen iki ve on yıllık (nisbî ve mutlak) süreler değil, cezaî zamanaşımı süreleri uygulanır.

SONUÇ

Depremden hasar gören yapıların sebep olduğu ölüm, yaralanma, maddî ve manevî zararlardan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu, kural olarak zarar gören ile zarara hukuka aykırı fiili ile neden olan kişi arasında sözleşme bağı olmadığı durumlarda müracaat edilen sorumluluktur. Ancak zarar gören ile zarara sebebiyet veren fiilî yahut olguyu gerçekleştiren kişi arasında kira, satış, eser gibi bir sözleşme ilişkisi olduğu durumlarda dahi, TBK m. 60 anlamında taleplerin yarışması söz konusu olabilir; zarar gören zararın giderilmesini dilerse sözleşmeye aykırılık dilerse haksız fiil hükümlerine göre talep edebilir.

Deprem hasarlı yapıların sebep olduğu zararlardan haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabilecek süknelerin başında söz konusu yapıyı mevzuata, fen ve tekniğe aykırı şekilde inşa eden yüklenici ile yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunan yapıya malik olan, bunun üzerinde intifa veya sükna hakkı sahibi bulunan kimseler gelmektedir. Ancak zarara bilfiil kendi (ağır/tam) kusuruyla, örneğin alan genişletmek amacıyla kolon kesmesi dolayısıyla sebep olan kiracı, yönetici veya sair üçüncü kişilerin de haksız fiil esaslarına göre sorumluluklarının doğması mümkün olabilir.

Yapıyı mevzuata, fen ve tekniğe aykırı inşa eden yüklenicinin haksız fiil sorumluluğu kusur esasına dayanır. Diğer deyişle yüklenicinin depreme dayanamayarak zarara sebep olan yapıyı mevzuata, fen ve tekniğe inşa etmekte kusurunun bulunması şarttır. Ayrıca meydana gelen zarar ile yapının mevzuata, fen ve tekniğe aykırı inşa edilmesi arasında uygun illiyet bağı bulunması da gerekir.

⁵⁸ Tartışmalar ve muhtelif görüşler hakkında bkz. BAŞPINAR/ALTUNKAYA, s. 119 vd. Ayrıca bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 719; OĞUZMAN/ÖZ, II, s. 71 vd.; EREN, (Genel), s. 940 vd.

Oysa yapıya malik olan (yalnızca bakım eksikliklerinden kaynaklanan zararlar bakımından ise malikin yanı sıra o yapı üzerine intifa veya oturma hakkı sahibi bulunan) kimse(ler)in yapının depreme dayanamayarak sebep olduğu zararlar karşısındaki haksız fiil sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Dolayısıyla anılan sùjeler, söz konusu yapının yapımındaki bozuklukta veya bakımındaki eksiklikte kusur(lar) bulunması dahi yapının depreme dayanamayarak sebep olduğu zararlardan (kural olarak) sorumlu tutulabilirler. Ancak bunun için, her ne kadar kusur şartı aranmasa da illiyet bağıını kesen mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusuru gibi bir sebep bulunmalıdır.

Esasında deprem de bir mücbir sebeptir ve kural olarak zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağıını kesmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak depremin illiyet bağıını kestiği sonucuna varılabilmesi için her şeyden önce aynı depremden etkilenen aynı muhitteki tüm yapıların aynı veya denk derecede hasar görmüş olması gerekir. Oysa aynı deprem karşısında sağlam kalan yapılar da olduğu, hatta yanyana iki bina- dan birinin sapaşğlam (veya az hasarla) ayakta diğferinin ise tümüyle yıkılmış olduğu gözetildiğinde, yıkılan binaların sağlam emsâlleri karşısında yapım bozukluğu veya bakım eksikliği taşıyor olmaları son derece olasıdır. Böyle bir durumda zarara, bir mücbir sebep olarak depremin yol açtığından değil, yapının yapım bozukluğu veya bakım eksikliği yüzünden buna dayanamadığından bahsetmek daha isabetli görölmektedir. Dolayısıyla özellikle depremde yıkılan binaların sebep olduğu zararlar bakımından her (hatta çoğı) durumda illiyet bağıının kesildiğinden bahsetmek mümkün ve isabetli olmaz.

Aynı esas fen ve tekniğı uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan binalardan kaynaklanan yüklenici (sözleşme dışı) sorumluluğı bakımından da geçerlidir. Öyle ki yıkılan yapıların sağlam emsalleri karşısında fen ve tekniğı uygun şekilde inşa edildiklerinden bahsedilmesi her durumda olası görölmemektedir. Bu nedenle, özellikle fen ve tekniğı uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan (depreme dayanamayan) binalardan kaynaklanan yüklenici sorumluluğunda da deprem, (her durumda) illiyet bağıını kesmez.

İlliyet bağıını kesen diğfer bir sebep ise zararın meydana gelmesinde “mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusuru”nun bulunmasıdır. Öyle ki yapıda yapım bozukluğu veya bakım eksikliği olmasına rağmen zararın meydana gelmesine olan olay bu bozukluk veya eksiklik

değil de mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusurlu davranışı ise, bu hâlde yapı malikinin TBK m. 69'dan kaynaklanan sorumluluğu bakımından zarar ile yapım bozukluğu veya bakım eksikliği arasındaki illiyet bağı kesilmiş olur. Örneğin depremde hasar gördüğü için zarara sebebiyet veren yapının depreme dayanamama sebebi yapım bozukluğu veya bakım eksikliği değil de o esnada orada oturan kiracı (mağdur) veya yapıyı ona satan önceki malik (üçüncü kişi) tarafından alan genişletmek amacıyla kolon kesilmiş olması ise, böyle bir durumda zarar ile yapım bozukluğu/bakım eksikliği arasındaki illiyet bağı kesilmiş olabilir. Böyle bir durumlarda zarardan, buna hukuka aykırı fiili ile doğrudan sebebiyet veren kişileri genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutmak daha isabetli görülmektedir. Ancak bunun için yapı malikinin; mağdurun veya üçüncü kişinin ağır kusurlu şekilde gerçekleştirdiği kolon kesme fiilini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir. Aksi takdirde mağdurun veya üçüncü kişinin ağır (tam) kusurundan bahsedilemeyeceği için illiyet bağının kesilmesi de söz konusu olmaz. Bu son ihtimalde yapı maliki, meydana gelen zarardan TBK m. 69 çerçevesinde sorumlu olmaya devam eder. Ancak ödediği tazminat bakımından daha sonra fiili ika edene rücu edebilir.

Bu yaklaşım fen ve tekniğe uygun inşa edilmediklerinden ötürü yıkılan binalardan kaynaklanan yüklenici (sözleşme dışı) sorumluluğu bakımından da geçerlidir. Nitekim zarara, yüklenicinin haberdar olmayacağı şekilde mağdurun veya üçüncü kişinin kolon kesmek gibi bir fiili neden olmuşsa kural olarak illiyet bağı kesileceğinden, yükleniciyi, yapıyı fen ve tekniğe aykırı şekilde inşa etmiş olsa dahi zarardan sorumlu tutmak mümkün olmaz. Böyle bir durumda tam kusuruyla kolonu kesen kişi(ler) haksız fiilin kusurlu faili olarak nitelendirilmelidir.

Depremden hasar gören yapıların sebebiyet verdikleri zarar(lar)ın giderilmesi amacıyla sorumluluk sükellerine yöneltilecek olan tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, TBK m. 72 çerçevesinde belirlenir. Buna göre tazminat talebi, *“zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”*.

Anılan hükümle ihdas edilen iki yıllık süre nisbî, on yıllık süre ise mutlak (azamî) zamanaşımı süresidir. Madde lafzından da anlaşıldığı üzere on yıllık sürenin başlangıcı *“haksız fiilin işlendiği”* tarihtir. He-

nüz tamamlanmamış/devam etmekte olan fiil veya olgular bakımından ise süre işlemeye başlamaz. Buna göre yüklenicinin kusur sorumluluğu bakımından mutlak (azamî) sürenin, yapının mevzuata, fen ve tekniğe aykırı şekilde inşa edilip tamamlanmasıyla başlaması gerektiği düşünülmekte; yapı malikinin kusursuz sorumluluğu bakımından ise sorumluluğun kaynağı olan olgu devam ettikçe sürenin işlemeye başlamayaacağı değerlendirilmektedir.

Oysa her ne kadar TBK m. 72/I, c. 1 mutlak zamanaşımının başlaması için “zararın meydana geldiği tarihi” değil, “zarara sebebiyet veren fiilin işlendiği tarihi” işaret etmekteyse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17 Ağustos 1999 Marmara (Gölcük) depremi sonucunda meydana gelen zararlar karşısında açılmış bir tazminat dâvasına ilişkin kararında, *“neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin, salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir”* diyerek; depremden hasar gören yapılardan kaynaklanan zararlar karşısında haksız fiil hükümleri çerçevesinde açılacak tazminat dâvalarında on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin, haksız fiilin işlendiği (örneğin yüklenicinin yapıyı mevzuata, fene veya tekniğe aykırı şekilde inşa edip tamamlamadığı) tarihten değil, bu yapının depreme dayanamayarak yıkıldığı ve zarara sebebiyet verdiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur. Daha yalın ifade etmek gerekirse, teknik anlamda tartışmaya son derece açık olan bu görüşün/kararın benimsenmesi hâlinde deprem hasarlı binaların neden olduğu zararlardan kaynaklanan (haksız fiil temelli) tazminat dâvaları, “deprem tarihinden itibaren” hesaplanacak on yıllık mutlak süre geçmedikçe zamanaşımına uğramayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKURT**, Sinan Sami: “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I – Sözleşme Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 31, S. 1, 2023, s. 231-262. (Deprem I).
- ANTALYA**, O. Gökhan: Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017 (Manevî Zarar).
- ANTALYA**, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, C. V/1, 2, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019 (Borçlar).
- BAŞPINAR**, Veysel/**ALTUNKAYA**, Mehmet: “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 1, 2008, s. 95-131.
- BREHM**, Roland (*Hrsg.*): Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986 (BK OR).
- BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988 (AT).
- BUCHER**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (BT).
- BÜHLER**, Theodor (*Hrsg.*): Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 363-379, Zürich 1998 (ZK OR).
- DESCHENAUX**, Henri/**TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku (Çeviren **ÖZDEMİR**, Salim), Ankara 1983.
- DEUTSCH**, Erwin: Haftungsrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Köln – Berlin 1976.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 (*Güncel Baskı 26, Ankara 2021*), (Genel).
- EREN**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (İliyet).
- ERLÜLE**, Fulya: Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2011.
- ERTEN**, Ali, M.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 2000.

- GAUCH**, Peter: Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011.
- GUHL**, Theo/**MERZ**, Hans/**KOLLER**, Alfred/**DRUEY**, J. Nicholas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich 1991.
- GURZELER**, Beatrice: Beitrag zur Bemessung der Genugtuug, Bern – Zürich 2005.
- HATEMİ**, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.
- HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim P./**WIEGAND**, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 6. Auflage, Basel 2015 (BSK OR).
- HONSELL**, Heinrich (Hrsg.): Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 192-210, 5. Auflage, Basel 2011 (BSK OR).
- HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich – Basel – Genf 2012.
- İMRE**, Zahit: “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri”, İstanbul Üniversitesi hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 13, S. 4, 1947, s. 1475-1536.
- JÄGGI**, Peter: Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Fribourg 1968.
- KÄNZIG**, Ernst: Die Widerrechtlichkeit nach Artikel 41, Absatz 1 des schweizerischen Obligationenrechts, Bern 1939.
- KELLER**, Max/**GABI-BOLLIGER**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1988.
- KESKİN**, Dilşad: Objektif Manevi Zarar Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2013 (*Güncel Baskı 25, Ankara 2021*), (Borçlar).
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Deprem Hukuksal Sonuçları, 15.02.2023, <https://bit.ly/3ER71gN> (Erişim Tarihi: 16.02.2023), (Deprem).
- KOÇ**, Nevzat: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 1990.
- KOLLER**, Alfred (Hrsg.): Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 363-366, Bern 1998 (BK OR).

- KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta (*Hrsg.*): OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, V. 2, Art. 184-216, 2. Auflage, Zürich 2009.
- LARENZ**, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II, München 1956.
- LORENZ**, Egon: Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", Berlin 1981.
- MERZ**, Hans: Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Ausgewählte Abhandlungen zum Privat und Kartellrecht, Bern 1977.
- MÜLLER-CHEN**, Markus (*Hrsg.*): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, II – Obligationenrecht, Art. 197-210, 223-225, Zürich – Basel – Genf 2007.
- NARTER**, Sami: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, 3. Baskı, Ankara 2018.
- OFTINGER**, Karl/**STARK**, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/I, 4. Auflage, Zürich 1989.
- OFTINGER**, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 2. Auflage, Zürich 1958.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükmümler, C. I, Bası 11, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 20, İstanbul 2022*), (I).
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku – Genel Hükmümler, C. II, Bası 10, İstanbul 2013 (*Güncel Baskı 17, İstanbul 2022*), (II).
- OSER**, Hugo/**SCHÖNENBERGER**, Wilhelm (*Hrsg.*): Zürcher Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht – Obligationenrecht II, 2. Auflage, Zürich 1936.
- RASCHEIN**, Heinz: Die Widerrechtlichkeit im System des Schweizerischen Haftpflichtrechts, Bern 1986.
- REY**, Heinz (*Hrsg.*): Berner Kommentar zum Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. IV Das Sachenrecht, II Abteilung, Die Dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Art. 730-731, Bern 1981 (BK ZGB).
- SAYMEN**, Ferit H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Mesuliyet).

TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981 (Kusursuz).

TANDOĞAN, Haluk: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (Tazmin).

TEKİNAY, S. Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ: Depremzedeler İçin Hukuk Rehberi, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 410, Ankara 2023.

von TUHR, Andreas/**ESCHER**, Arnold: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts II, Zürich 1974.

von TUHR, Andreas/**PETER**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, Zürich 1979.



OTONOM/İNSANSIZ GEMİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ VE TÜRKİYE UYGULAMALARI**

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra ECEMİŞ YILMAZ*

Öz

Otonom/insansız gemiler, son yılların en hızlı gelişen teknolojilerinden biridir. Otonom/insansız gemiler, önceden programlanmış komutlar veya önceden yapılandırılmış algoritmalar aracılığıyla kendilerini yönetebilen gemilerdir. Bu gemiler, yerleşik bir yazılım ve sensör sistemi kullanarak kendilerini navigasyon, hız ayarlama, seyir ve manevra gibi konularda kontrol edebilmektedir. Bu sayede, otonom gemiler, insan faktörüne dayalı hataları azaltarak veya ortadan kaldırarak güvenliği arttırmakta, ayrıca üretim ve işletme maliyetlerini düşürmektedir. Bu gemiler, daha az insan gücü gerektirir ve daha az hataya yatkındır. Ayrıca, otonom gemiler, denizaltı arama ve kurtarma görevleri gibi kritik veya güvenli olmayan bölgelerde çalışmasına olanak sağlamaktadır. Otonom gemilerin teknolojisi, son yıllarda hızlı bir şekilde gelişmektedir ve bu teknoloji, denizcilik, ticaret, enerji ve güvenlik alanlarında kullanılmaktadır. Özellikle,

* Bu makale, yazarın araştırmacı olarak yer aldığı "Otonom Gemilerin Kullanımının Türkiye Denizcilik Sektöründe Ortaya Çıkaracağı Hukuki Problemlerin ve Çözüm Yollarının Araştırılması" başlıklı 220K072 Nolu TÜBİTAK 1001 projesi dahilindeki faaliyetlerin bir kısmına katkı sağlamak amacıyla hazırlanmıştır.

** Dr. Öğr. Ü., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ hkeyilmaz@ybu.edu.tr • ORCID0000-0001-9438-0291.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ECEMİŞ YILMAZ, Hatice Kübra: "Otonom/İnsansız Gemilerin Hukuki Statüsü ve Türkiye Uygulamaları", SÜHFD, C. 31, S. 1, 2023, s. 429-460. **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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



son yıllarda, teknolojinin gelişmesi ve maliyetlerin düşmesiyle birlikte, daha fazla sayıda otonom gemi projesi hayata geçirilmektedir. Ancak, otonom gemilerin hukuki statüsü halen tam anlamıyla belirlenememiştir. Türkiye'de mevcut Türk Ticaret Kanununun gemilere ilişkin hükümlerinin otonom gemilerle ilgili hukuki mevzuat olarak kullanılıp kullanılmayacağına tespiti önemlidir. Ayrıca otonom gemilerin Montrö Boğazlar Sözleşmesinde yer bulup bulamayacağını da düşünmek gerekir. Bu makale, otonom gemilerin hukuki statüsünü ve Türkiye'de uygulamaya yönelik mevcut durumu incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

• Otonom/İnsansız Gemi • Montrö Boğazlar Sözleşmesi • Hukuki Statü • Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi • Uluslararası Deniz Hukuku

THE LEGAL STATUS OF AUTONOMOUS/UNMANNED SHIPS AND TURKISH PRACTICES

Abstract

Autonomous/unmanned ships are one of the fastest-growing technologies in recent years. Autonomous/unmanned ships are vessels that can manage themselves through previously programmed commands or preconfigured algorithms. These ships can control themselves in areas such as navigation, speed adjustment, voyage, and maneuvering using a built-in software and sensor system. In this way, autonomous ships increase safety by reducing or eliminating human error-based incidents, and also lower production and operational costs as they require less human power and are less prone to errors. Autonomous ships also enable critical or unsafe regions to operate, such as submarine search and rescue missions. The technology of autonomous ships is rapidly evolving in recent years and is being used in areas such as maritime, trade, energy, and security. With the improvement of technology and reduction of costs, more autonomous ship projects are being carried out in recent years. However, the legal status of autonomous ships is still not fully determined. It is important to determine whether the provisions of the Turkish Commercial Code applicable to ships can be used as legal regulations for autonomous ships in Turkey. In addition, it is necessary to consider whether autonomous ships can find a place in the Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits. This article examines the legal status of autonomous ships and the current situation in Turkey for implementation.

Keywords

- Autonomous/Unmanned ships • Montreux Convention Regarding the Regime of the Straits • Legal Status • United Nations Convention on the Law of the Sea
- International Law of the Sea

GİRİŞ

Yeryüzünün büyük bir bölümü sularla kaplı olup, canlı, cansız kaynaklar açısından oldukça zengindir. Teknolojinin gelişmesi devletlerin deniz alanında hâkim olma isteğini daha da artırmış buna paralel olarak deniz alanları üzerinde egemenlik iddiaları ile uyuşmazlıkları da artma eğilimi göstermiştir. Yine denizlerde ulaşımın sağlanması, boru hatlarının döşenmesi, enerji kaynaklarının taşınması gibi etmenler denizlere hâkim olmak isteyen devletler arasında sorunlara neden olmaktadır. Devletlerin gün geçtikçe denizleri ticari olarak daha fazla kullanması, denizler içerisinde yer alan doğal zenginlikleri kullanabilmesi birbirini ile daha fazla iletişime geçmesini sağlamıştır. Devletlerin birbirine olan bağımlılıklarının artması da denizlere yönelik kuralların oluşturulmasını zorunlu hale getirmektedir. Son dönemlerdeki teknolojik gelişmeler konuyu daha önemli kılmaktadır. Nitekim insansız teknolojilerin artması, bu otonominin ticari, askeri gemilerde kullanılmaya başlanmasına neden olmuştur. Yeni ortaya çıkan teknolojik gemiler ile sigorta ücreti, insan hatasının ortadan kaldırılması, denizde güvenlik ve diğer finansal hususlar açısından avantajlar sunmaya başlamıştır.¹ İnsansız deniz araçları haritalama, petrol platformlarının tespiti, gemilerin bakım, onarımı, boru hatlarının döşenmesi, gemi enkazlarının toplanması, incelenmesi, askeri faaliyetler², mayın temizlenmesi gibi pek çok alanda kullanılmaya başlanmıştır.³ Örneğin, 2020'nin başlarında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Kongresi, donanmaya gideceği yolu otonom olarak bulabilen, füzeleri sarf edebilen ve yeniden yüklemek için geri dönebilen harici bir füze şarjörü" geliştirmeye yönelik bir adım ola-

¹ **PRASETYA**, Jeremia Humolong: "The Operation of Unmanned Vessel in Light of Article 94 of the Law of the Sea Convention: Seamaning Requirement", Indonesian Journal of International Law, C. 18, S. 1, 2020, s. 105-124.

² **VEAL**, Robert/**TSIMPLIS**, Michael/**SERDY**, Andrew: "The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles", Ocean Development & International Law, C. 50, S. 1, 2019, s. 24

³ **GÖZÜYEŞİL**, Fevzi: "Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi ve Gözcülük Görevi", Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 195.

rak iki insansız deniz üstü gemisinin satın alınmasını onaylamıştır.⁴ İnsansız deniz üstü gemilerinin petrol sızıntısının giderilmesinde kullanımları belirlenmiştir. Ayrıca, kargo gönderileri için daha fazla test edilmiştir ve balık bolluğunu tahmin eden anketleri tamamlanmıştır.⁵ İnsansız deniz üstü gemileri ayrıca, Suudi güçlerinin patlayıcı taşıyan ve Yemen'deki bir petrol deposunu hedef alan uzaktan kumandalı tekneleri veya uyuşturucu kaçakçılığını engellemede görüldüğü gibi terörist amaçlar için konuşlandırılabilir.⁶ Bu tür gemilerin denizciliğin geleceğinde de etkisi artarak devam edecektir. Ancak bu kadar insansız gemiler ortaya çıkarken bunların hukuki alt yapısının üzerine de çalışma yapılması konusu önemli ve gereklidir. Bu nedenle öncelikle insansız gemilerin “gemi” kavramı niteliğine haiz olup olmadığının tartışılması ve “gemiler” ile yakından ilgili olan uluslararası sözleşmeler ile birlikte analiz edilerek insansız gemilerin mevcut olan hukuk sistemine getireceği zorlukların ve karşılaşılabileceği engellerin ortaya konulması önemlidir. Bunlarla birlikte Türkiye'nin insansız gemilerle ilgili yaptığı çalışmaların özellikle uygulamada hangi aşamada olduğunun tespiti bu çalışmanın temelini oluşturacaktır.

I. OTONOM/İNSANSIZ GEMİLERİN TANIMI VE SEVİYELERİ

İnsansız gemi kavramına bakıldığında aslında bunun uzaktan kumanda ile çalışan gemileri, ya da otonom sistemler ile çalışan gemileri, diğer bir seçenek olarak da hem kumanda ile çalışan hem de otonom sistemler ile çalışan gemilerin kombinasyonu ile çalışabilen, su üzerinde giden mürettebatının sınırlı olduğu veyahut da hiç olmadığı gemiler anlaşılmaktadır.⁷ Daha önceden insanlar tarafından kontrol edilirken, mürettebata ihtiyaç duymayacak şekilde kendi faaliyetlerde bulunabilme yetisine sahip olmaya başlayan gemilerle ilgili olarak literatüre bakıldığında farklı kavramların kullanıldığı, kavramlar arasında birliktelik

⁴ KLEIN, Natalie/ GUILFOYLE, Douglas/ KARIM, Md Saiful/ MCLAUGHLIN, Rob: “Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea”, International and Comparative Law Quarterly, C. 69, S. 3, 2020, s. 719.

⁵ KLEİN/ GUILFOYLE/KARIM/MCLAUGHLIN, s. 719.

⁶ KLEİN/ GUILFOYLE/KARIM/MCLAUGHLIN, s. 719.

⁷ Ayırımlarla ilgili detaylı bilgi için bakınız. SOYER, Barış/TETTENBORN, Andrew: New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Maritime and Transport Law Library, 1. Baskı, Londra 2019.

olmadığını da görmek mümkündür. Örneğin; “otonom gemi⁸, mürettebatsız gemi⁹, gemi adamı bulunmayan gemi¹⁰, akıllı gemi¹¹, gemi adamı ile donatılmamış gemi¹², insansız gemi¹³, insansız veya otonom gemi¹⁴” gibi kavramlar kullanılmaktadır.¹⁵ Aslında insansız deniz üstü gemisi çalışma prensibi açısından insanlar tarafından yönetilmeyen deniz araçlarını kapsayan bir ifade olarak kullanılmıştır. Bu tip gemiler, uzaktan kumandalar veya yapay zekâ sistemleri gibi teknolojik araçlar kullanarak denizcilik veya ticaret amaçları için işletilir, gemi kaptanı ya da denizcilik için bir ekip gerekmez. Mürettebatsız gemi ifadesi daha çok insan mürettebatı olmayan deniz araçları ile ilgili kullanılan bir terimdir. Bu tip gemiler, kapalı devreli kontrol sistemleri veya uzaktan kumandalar gibi teknolojik araçlar kullanılarak denizcilik veya ticaret amaçları için işletilmektedir. Otonom gemi kavramı, tamamen yapay zekâ sistemleri tarafından yönetilen deniz araçlarını ifade ederken daha çok kullanılmaktadır. Bu tip gemilerde, insana yani mürettebata gereksinim duymadan, sadece belirli bir program ya da yapay zekâ algoritması tarafından yönetim mümkündür. Bu terimler farklı kurumlar tarafından

-
- ⁸ **DEAN**, Paul/**CLACK**, Henry: “Autonomous shipping and maritime law”, New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Informa Law from Routledge, 2019, s. 67.
- ⁹ **SÖZER**, Bülent: “Mürettebatsız Gemiler”, Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 151.
- ¹⁰ **VAN HOOYDONK**, Eric: “The law of unmanned merchant shipping—an exploration”, The Journal of International Maritime Law, C. 20, S. 3, 2014, s. 423.
- ¹¹ **YORULMAZ**, Murat/**KARABULUT**, Kaan: “Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı”, Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi, C. 3, S.1, 2020, s.41.
- ¹² **TÜRK**, Kubra Var: “Evaluation of Crewless (Unmanned) Ships within Context of the Seaand Maritime Law”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 37, S. 1, 2021, s. 155.
- ¹³ **ECE**, Nur Jale: “Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2018, s. 279-302.
- ¹⁴ **KARA**, Hacı: “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, s. 20.
- ¹⁵ Bülent Sözer şu ifadelerde bulunmuştur: “İngilizce başlıktaki *unmanned* ibaresinde yer alan *man*, aşağıda işaret ettiğim hükümlerdeki anlamı ile mürettebat (*crew*) karşılığı kullanılmıştır. *The Hague Rules - art. 3/1-b: ‘Properly man ... the ship.’ The Rotterdam Rules - art. 14/b: ‘Properly crew ... the ship ...’ UNCLOS, art. 94 (3) b., TK md. 932 (2) md: ‘... gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından’” **SÖZER**, s. 152.*

farklı şekillerde kullanılabilir. Kullanılan teknolojinin seviyesine göre de terimler farklılık gösterebilir. Önemli olan, bu terimlerin her birinin mürettebatın (insan unsurunun) gereksinim duymadan deniz araçlarının denizcilik veya ticaret amaçları için işletilebilmesi anlamına gelmektedir. Her bir terimin de ayrı ayrı örneklendirilmesi, değerlendirilmesi konuyu anlamak bakımından yerinde olacaktır. Örneğin, ABD Donanması'nın savaş el kitabı insansız su üstü araçlarını yerden, yeraltından veya hava platformlarından fırlatılan otomatik veya uzaktan kumandalı araçlar olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Bazı bilim adamları ise,¹⁷ insansız su üstü araçlarını okyanusta gezinmeyi sağlayan, deniz cephelelerinde savunma sağlamak için inşa edilmiş bir gemi olarak tanımlar.¹⁸ Buna karşılık Avrupa devletleri daha çok insansız su üstü araçları için otonom gemiler terimini kullanmayı tercih etmektedir. Örneğin, Birleşik Krallık uygulama esaslarında ve Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (UDÖ) kurallarında "*Maritime, Autonomous Surface Ship (MASS)*" terimi kullanılmakta ve bu deniz üstü otonom gemiler olarak karşımıza çıkar. UDÖ, gemiler için farklı otomasyon türleri tanımlamıştır. Açıklamak gerekirse, karar desteğinin yanı sıra otomatik süreçlere sahip gemileri ifade etmek istemiştir. Bu gemiler, gemideki denizciler tarafından uzaktan kontrol edilecektir.¹⁹ Diğer bir örnek ise, içinde denizci olmayan, uzaktan kumandalı bir gemi veya tamamen otonom bir gemi olabilecektir. Aslında bu tür gemilerde veriler sistemler tarafından toplanmakta, analiz edilip seyrüsefer için işlenmektedir. Burada icra faaliyeti uzaktan kumanda edilen gemilerde kumanda merkezi tarafından gerçekleştirilirken, otonom gemilerde ise geminin kendi iç sistemi tarafından kendi

¹⁶ LI, Rui: "On the Legal Status of Unmanned Ships", *China Oceans Law Review*, S. 4, 2019, s. 165-190.

¹⁷ VALLEJO, Daniel: "Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 47, S. 1, 2015, s. 405-428.

¹⁸ VALLEJO, s. 410; Virginia Tech Researchers Unveil Large Robotic Jellyfish That One Day Could Patrol Oceans, 2013, <http://www.vtnews.vt.edu/articles/2013/04/040313-engineeringrobotjellyfishcyro.html> (Erişim Tarihi: 12.12.2022)

¹⁹ DREMLIUGA, Roman/ MOHD HAZMİbin Mohd Rusli: "The Development of the Legal Framework for Autonomous Shipping: Lessons Learned from a Regulation for a Driverless Car", *Journal of Politics and Law*, C. 13, S. 3, 2020, s. 296.

liğinden gerçekleşmektedir.²⁰ Sağlanan sınıflandırmanın bazı türleri birbiriyle iç içe geçebilecektir. Örneğin, bir gemi aynı anda uzaktan kontrol edilebileceği gibi karar desteği ile donatıla bilinir. Bu durumda gemi aynı anda iki tür otomasyona sahip olacaktır. Teknik açıdan “otonom” ve “uzaktan kontrol” terimleri, gemi veya diğer taşıma sistemlerinin farklı özelliklerini ifade eder. Özerklik, insanlardan bağımsız olarak karar verme yeteneğini ile bağlı olarak açıklanabilecektir. “Uzaktan kontrol” terimi, uzaktaki bir insan kontrolünü tanımlamak için kullanılır. Bu sınıflandırmalar, uluslararası denizcilik camiasının farklı gemi otomasyon seviyelerinin resmi tanımlarını sağlamaya yönelik ilk girişimler olmuştur.²¹ Yine Avrupa’da “insansız gemi” kavramının da kullanıldığını söylemek mümkündür ve insansız gemiler, gemide mürettebatın yokluğunda su üzerinde kontrollü hareket edebilen gemiler olarak tanımlanır. Bazı kaynaklar incelendiğinde ise “*smart ship*” yani “akıllı gemi” ya da deniz “dronları” kavramlarının da kullanıldığı görülür.²² Bu kaynaklar akıllı gemiler hakkında, sensörler, internet ve diğer teknik araçlardan yararlanıp iletişim sağladığını yine geminin kendisi, deniz ortamı, lojistik ve liman hakkında bilgi ve verileri otomatik olarak algılayıp, bunları toplayarak geminin navigasyonu, yönetimini, bakımını, yük taşımacılığının kendi kendine tespit edebileceğini belirtir. Bu tür teknolojik gelişmelerin aslında UDÖ’nün yaptığı tanımlamalardan özellikle üçüncü ve dördüncü seviyedeki gemileri kapsadığı görülebilir.²³ Aslında burada insansız gemiler ile otonom gemiler kavramlarının birbiri yerine kullanılabilirdiği görülse de “otonom gemi” kavramı ile “insansız deniz araçları”nın birbirine karıştırılmaması değinilmesi gereken önemli noktalardan birisidir. İnsansız deniz araçları kavramı aslında mürettebatı hareket ettiği süreçte bulunmayan, uzaktan kontrol edilebilen araçlar ifade-

²⁰ CİĞER, Selim: “Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme”, 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, İstanbul, 2021, s. 469. CİĞER atfeder, VARTDAL, Bjorn Johan/ SKJONG, Rolf /St. CLAIR, Asun Lera: “DNV GI- Maritime Position Paper: Remote controlled and autonomous ships”, s. 6-8.

²¹ DREMLIUGA/ MOHD HAZMI, s. 296.

²² WEIGEL, Alan M./ BELKNAP, Thomas H. Jr.: “Autonomous Vessels: Legal, Regulatory, and Insurance Issues”, RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law, C. 3, S. 3, 2020, s. 164; LEE, Hyeon Kyun: “Definition of Autonomous Vessels and Tort Liability Arising from the Collision in Korea”, Asian Business Lawyer, C. 27, 2021, s. 73-94.

²³ CİĞER, s. 468.

sini kapsarken otonom gemiler mürettebatlı ya da mürettebatsız olarak işlemlerini ya da seyrüseferini önceden programlanmış arayüz ile tam bağımsız ya da bir operatör yardımı ile gerçekleştiren gemileri ifade etmektedir. Yarı otonom gemilerde bazı aşamalarda operatör müdahalesi gerekir, ancak rota ve/veya diğer faaliyetlerinde yazılım kontrolü ile hareket gerçekleştirilir, otonom gemilerde önemli bir durum olmadığı sürece insan müdahalesine ihtiyaç duyulmamaktadır.

Her ne kadar kullanılan kavramlarda otonom gemi/insansız gemi kavramı kullanılmış olsa da aslında burada dikkat edilmesi gereken husus gemide mürettebatın olmamasının geminin herhangi bir yerinde ya da hiçbir unsurunda hiçbir şekilde insan müdahalesinin bulunmama-ya-çağı anlamına gelmemesidir. Aslında burada insansız gemiler otonom seviyelerine göre bir ayırıma tabi olmaktadır. Temel kriter olarak insanların seyrüsefer gerçekleştiren geminin yönetilmesine ne kadar dahil olduğu, geminin seyrüseferi gerçekleştirirken ihtiyacı olan karar alma sürecinin karmaşıklığı, bu noktadaki insan müdahalesinin seviyesi tespit edilmesidir. Bu noktada otonom seviyesi de gemiyi çalıştıracak makinenin hangi dereceye kadar kendi kendini hareket ettirebilmesi ile ilgili bir kavram olarak karşımıza çıkar. İnsanların geminin otonom sistemleri içerisinde müdahil olma seviyesi, geminin otonomluk seviyesini de etkilemektedir. Yine bu durumda seyrüsefer sırasında tek otomasyon seviyesinin ya da birden fazla otomasyon sisteminin kullanılabilmesi mümkündür. Ayrıca otonom seviyeleri üzerinde de bir hiyerarşinin varlığı mevcut değildir. UDÖ'ne göre otomasyon seviyesi 4 seviyede toplanır.²⁴ Birinci seviyede otomatikleşmiş işlemlere ve karar desteğine sahip olan gemi adamları gemide işlem ve kontrol yapmak için

²⁴ *Lloyd Register Foundation*'a göre gemilerin otonomi seviyesi 6 kategoriye ayrılmaktadır. İlk seviye düşük otomasyondur. Bu tür gemilerde faaliyetlerin tümü mürettebat tarafından yapılır. Otonom olan kısım sadece karar destek sistemi olan hesaplamalara ilişkindir. Kısmi otomasyon seviyesi ilk seviyeye benzemekle birlikte gemide ve/veya gemi dışında çalışan otonom sistemleri tanımlar. Şartlı otomasyon seviyesinde insan gözetimi ve insan otoritesi mevcuttur, ancak karar ve hareket tarzında yine de otonomluk vardır. Yüksek otomasyon seviyesinde çok kritik durumlarda insan müdahalesine izin verilir, bunun dışında karar ve hareket tarzı otonom olarak gerçekleşir. Tam otomasyon seviyesinde otonom seviyesi daha çok yükselmiştir, normal şartlarda insan gözetimine ihtiyaç duymaz, sadece nadiren insan gözetimine ihtiyaç duyabilir. İnsansız otomasyon denilen seviyede kesinlikle insan müdahalesi ve yahut insan gözetimi yoktur. Gemi le ilgili bütün işlemler insanların müdahalesi olmaksızın otonom şekilde gerçekleşir. **WEIGEL/BELKNAP**, s. 164.

bulunur, ikinci seviyede gemi adamı²⁵ gemide mevcuttur ancak uzaktan kontrol sağlar, üçüncü seviyede gemi adamları gemide yoktur ama uzaktan kontrolle yönetile bilinen gemiler mevcuttur²⁶, dördüncü seviyede ise geminin işletim sistemi karar vermektedir yani tamamen otonom gemi karşımıza çıkar.²⁷ Tüm seviyeler içerisinde yer alan geminin de öncelikle seyri-sefer güvenliği ve emniyeti, denizde yürütülen faaliyetler nedeni ile sorumluluk rejimini düzenleyen konvansiyonlarda yer alan hükümlerin bu gemiler üzerinde uygulanıp uygulanmayacağına tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle de literatürde şu anda bir terim karmaşası devam ederken hukuki statüye ilişkin olarak “otonom gemi, insansız gemi, mürettebatsız gemi” ifadelerinin kullanılırken aslında UDÖ’nün sınıflandırdığı halindeki üçüncü ve dördüncü derecedeki gemilerin tariflerinin yapılmaya çalışıldığı dikkate alınmalıdır. Konvansiyonlarda insansız gemilere ilişkin hükümler incelenirken ilk olarak insansız gemilere uygulanabilen, ancak gemi faaliyetini engelleyen kuralların, ikinci olarak insansız gemiye uygulanabilen, gemi faaliyetini engellemeyen ve işlem yapmayı gerektirmeyen kuralların, üçüncü olarak insansız gemiye uygulanabilen, gemi faaliyetini engellemeyen ancak değiştirilmesi ya da açık olmayanların açık hale getirilmesi gereken kurallar, dördüncü olarak da insansız gemilere uygulanamayan kuralların ayrı ayrı sınıflandırılması gerekmektedir.

UDÖ’nün yapacağı çalışmalar insansız gemilere ilişkin özel düzenlemelerin yapılmasına hız kazandıracaktır. Ancak bunun için öncelikle insansız gemilerin hukuki olarak “gemi” kabul edilip edilemeyeceğinin araştırılması gerekmektedir.

A. Otonom/İnsansız Gemiler Hukuki Olarak “Gemi” Kabul Edilebilir Mi?

²⁵ İngiliz Deniz Ticaret Hukukuna göre gemi adamı terimi; kaptanlar ve kılavuz kaptanları da içerisine alarak herhangi bir gemide istihdam edilenleri içerisindedir. İngiliz Deniz Ticaret Hukuku için bkz., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/part/III> (Erişim Tarihi: 10.12.2022)

²⁶ BAUGHEN, Simon / TETTENBORN, Andrew: “International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels”, *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping*, Oxford, 2021, s. 8.

²⁷ OSINUGA, Damilola: “Unmanned Ships: Coping in the Murky Waters of Traditional Maritime Law”, *Poredbeno Pomorsko Pravo*, C. 174, 2020), s. 76-77; LI, s. 165-190; PARKER, Jennifer: “The Challenges Posed by the Advent of Maritime Autonomous Surface Ships for International Maritime Law”, *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, C. 35, S. 1, 2021, s. 33.

İnsansız gemilerin gerçekte gemi vasfına sahip olup olmadığının tespiti hangi hukuki rejimin uygulanacağını, uluslararası alanda haklarının neler olduğunun anlaşılması bakımından önemlidir. Deniz taşımacılığı ile ilgili mevzuatlar incelendiğinde, bunları çoğunun insan merkezli olduğunu görmek mümkündür. Bu nedenle denizlerde gerçekleştirilecek taşımacılık faaliyetlerinin bile insan kontrolü arttıkça daha güvenli olacağı kanısı mevcuttur. Deniz alanları ile ilgili kapsamlı düzenlemeler 1958 tarihli Cenevre Sözleşmeleri olarak bilinen dört adet çok taraflı sözleşme ile daha çok kabul görmeye başlamıştır. Bu Sözleşmeler Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi, Kıta Sahanlılığı Sözleşmesi, Balıkçılık ve Açık Deniz Canlı Kaynaklarının Korunması Sözleşmesidir. Bu sözleşmeler devlet uygulamaları ışığında mevcut örf-adet hukuku kurallarını yazılı hale getirmektedir. Ayrıca, kıta sahanlığı ve balıkçılık ile deniz kaynaklarının korunmasına yönelik yeni düzenlemelerde içermiş ve böylelikle uluslararası deniz hukukunun gelişmesine katkı da sağlamıştır.²⁸ Dört sözleşmedeki çeşitli kurallar, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS) yer almıştır. BMDHS'ye taraf olmamış, ancak 1958 Cenevre Sözleşmesine taraf olmuş devletler bakımından Cenevre Sözleşmeleri geçerliliğini devam ettirmektedir.²⁹ Eğer bir devlet Cenevre Sözleşmelerine, BMDHS'ne taraf değilse sadece uluslararası örf-adet hukuku kuralları ile bağlı olacaktır.³⁰ Özellikle bu noktada hangi kuralların örf-adet hukuku kuralı sayılıp sayılamayacağını tespiti önem arz etmektedir.³¹ Denizcilik ile ilgili sözleşmelere bakıldığında bunların genel olarak güvenlik, işçilerin iş sağlığı koşulları, deniz ortamını her türlü kirlilikten korumak ve enkaz kaldırma, ayarlamalar, kirlilik, insanlara veya mallara verilen zararlar ve çarpışma ile ilgili olarak gemi sahiplerinin hukuki sorumluluğu gibi kavramlarla sembolize edildiği görülmektedir. Bir geminin gerçekleştirilmeyi planladığı taşıma faaliyetinin çok sayıda ulusal, uluslararası hukuk kuralları tarafından korunduğunu da belirtmekte fayda var.³² "Gemi" ta-

²⁸ EVANS, Malcolm: "The Law of the Sea", Malcolm D. Evans (Editör), International Law, Oxford, 3. Baskı, 2010, s. 652.

²⁹ AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara, 2021, s.26.

³⁰ AKSAR, s. 26.

³¹ AKSAR, s. 26. Türkiye hiçbir deniz hukuku sözleşmesine taraf değildir.

³² OSALONI, Oluwatosin S./ AYENI, Victor O.: "The Development of Maritime Autonomous Surface Ships: Regulatory Challenges and the Way Forward", Beijing Law Review. C. 13, S.3, 2022, s. 547.

nımı, deniz hukukunun en önemli antlaşması olan ve geniş ölçüde uluslararası örf-adet hukukunu yansıttığı kabul edilen BMDHS'deki hak ve yükümlülüklerin dağılımı için özel öneme sahiptir. Gemilerin farklı deniz bölgelerinde ne ölçüde seyredebileceğini, devletlerin kendi bayraklarını taşıyan gemiler üzerindeki yükümlülüklerini ve diğer devletlerin farklı deniz bölgelerindeki gemilerin seyrine müdahale etme haklarını düzenler.³³ Seyrüsefer haklarıyla ilgili olanlar başta olmak üzere BMDHS'nin hükümlerinin çoğu, yalnızca gemiler için geçerlidir. İnsansız gemilerin "gemi" olarak değerlendirilmemesi aslında bunların stratejik değerini sınırlandırmış olacaktır. Diğer yandan sadece uluslararası sözleşmelerde gemi tanımına uyulması da insansız gemilerin mutlaka "gemi" olarak kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü bu ulusal hukuk kurallarına da bağlı olacaktır. BMDHS 'ye bakıldığında diğer bazı uluslararası sözleşmelerin aksine gemi tanımının yapılmadığı görülmektedir. BMDHS bir gemiyi tanımlamaz, hatta Türkçe 'deki ayırımdan farklı olarak gemi ile teknenin de aynı anlamda kullanıldığını görmek mümkündür³⁴, ancak gemi kavramı hiçbir zaman "batmadan ağırlık taşıyabilen her yüzen nesne" anlamında yorumlanmamıştır.³⁵ Bu durumda devletler "gemi" değerlendirmesini kendi mevzuatlarına göre belirleyeceklerdir.³⁶ Böylece devletlere tanınan bu serbestiyle aslında insansız gemiler devletlerin ulusal mevzuatları içerisinde farklı tanımlamalara sahip olabilecek, bunun sonucunda da farklı hukuki kurallara tabi olabileceklerdir.

Ayrıca BMDHS'nin bazı maddelerinin de insansız gemilere uygulanamayacağı da düşünülmektedir. Örneğin, BMDHS 94. maddesinde "*Kendi bayrağını taşıyan bütün gemiler ile kaptan, gemi zabitleri ve mürettebat hakkında, gemiye ilişkin idari, teknik ve sosyal konularda, kendi iç hukukuna göre yetkisini kullanacaktır*" ifadesi yer alıyor. Aynı madde "*Her geminin, özellikle manevra, seyriüsefer, haberleşme ve makinaların kullanılması konula-*

³³ RINGBOM, Henrik/ VILJANEN, Mika / POIKONEN, Jussi / ILVESSALO, Saara, Charting Regulatory Frameworks for Maritime Autonomous Surface Ship Testing, Pilots, and Commercial Deployments. Ministry of the Transport and Communications, <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/162560> (Erişim Tarihi: 11. 12.2002).

³⁴ HELVACI, Serap / MURAN Hakan: "Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği", Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 37.

³⁵ WEIGEL/BELKNAP, s. 163-164.

³⁶ WEIGEL/BELKNAP, s. 164-165.

ında, istenen vasıflara sahip bir kaptana ve zabıtlere tevdi edilmiş olması ve mürettebatın istenen vasıflara sahip olması ve geminin tipine, büyüklüğüne makinalarına ve donanımına göre yeter sayıda bulunmaları” ifadeleri ile devam ediyor. Ayrıca ilgili madde “Kaptanın, gemi zabıtlilerinin, gerekli olduğu ölçüde mürettebatın, denizde can kurtarmaya, çatismaların önlenmesine, kirliliğin önlenmesine, azaltılmasına ve kontrol altına alınmasına ve radyo-komünikasyon hizmetlerinin idamesine ilişkin uygulanabilir uluslararası kuralları tam bir şekilde bilmeleri ve bunlara riayet etmeleri” ifadelerini içeriyor.³⁷ Yine BMDHS 98. maddesinde de “Her devlet kendi bayrağını taşıyan bir geminin, kaptanından, gemi mürettebat ve yolcular için ciddi bir tehlike oluşturmadan ifa edilebilecek ise, aşağıdaki hususları gerçekleştirmesini talep edecektir” ifadesi vardır.³⁸ 94. maddedeki ifadelere bakıldığında, geminin uygun niteliklere sahip bir kaptan ve zabıtlar tarafından yönetilmesini ve mürettebat sayısının geminin tipine ve boyutuna uygun olmasının gerektiği anlaşılabilecektir. Oysa tam otonom gemiler insansızdır. Bu nedenle, otonom gemilerin işletilmesinin bu hükümlere aykırı olup olmayacağıın tespiti gerekir.³⁹ Yine 98. madde ile ilgili olarak yapay zekâ ile yönetilen otonom geminin, denizde bulunan insanları nasıl kurtarabileceği veya gemi ve yolculara yönelik bazı tehlikelerin ciddiyetini nasıl değerlendirebileceği akla gelen sorulardandır.⁴⁰ Unutulmaması gerekir ki, Uluslararası hukuk sürekli değişen, uluslararası bir topluluğun ihtiyaçlarına hizmet etmek için sürekli olarak biçimlendirilen ve şekillendirilen yaşayan bir hukuktur. Bu nedenle BMDHS içerisinde gemilere ilişkin tanımlamanın olmaması ya da bazı kavramların oturmaması insansız gemi kavramının geniş yorumlanarak, insansız olmasına rağmen gemi olarak kabul edilip hukuki rejimlerinin de buna göre düzenlenebileceği ihtimalini de karşımıza çıkarmaktadır.

Her ne kadar BMDHS’de gemi tanımı mevcut olmasa da uluslararası alanda bazı sözleşmelerde gemi tanımının yapıldığı görülmektedir. 1972 tarihli Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla

³⁷ BMDHS madde 94. Bu maddenin insansız deniz üstü gemilerine uygulanması ile ilgili makale için bakınız: PRASETYA, s. 105-124.

³⁸ BMDHS madde 98 için bkz., https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

³⁹ OSALONI/AYENI, s. 548.

⁴⁰ OSALONI/AYENI, s. 548.

Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşmesi'nde⁴¹, “gemiler ve hava taşıtı ifadesi, “her türlü su veya hava aracı” anlamına gelir. Bu ifade, kendinden tahrikli olsun veya olmasın, hava yastıklı araçlar ve yüzer vasıtaları içerir” cümlesine yer vermektedir.

MARPOL Sözleşmesi, bir “gemi”yi “deniz ortamında çalışan, hidrofoil tekneleri, hava yastıklı araçları, su altı araçları, yüzer araçları ve sabit veya yüzer platformları içeren herhangi bir türden gemi” olarak tanımlar.⁴² 2005 SUA Sözleşmesinde gemi; “dinamik olarak desteklenen gemiler, dalgıçlar veya diğer herhangi bir yüzen gemiler dahil olmak üzere, deniz yatağına kalıcı olarak bağlı olmayan herhangi bir türden gemidir”.⁴³

Bunların dışında, 25 Ağustos 1924 tarihli Konşimentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşmesi⁴⁴ de geminin vasıta aracı olduğundan, denizyoluyla malların naklini gerçekleştirmek amacıyla kullanıldığından bahsetmektedir. 1978 Protokolü ile Değişik 1973 Tarihli Denizlerin Gemiler tarafından kirletilmesinin önlenmesine ait uluslararası Sözleşme⁴⁵ gemi için “*gemi tanımı, hidrofoil botlar, hava yastıklı araçlar, denizaltılar yüzer vasıtalar ve sabit veya yüzer platformlar dâhil olmak üzere deniz çevresinde faaliyette bulunan her türlü tekneyi içerir*” ifadesini kullanmıştır. 1986 tarihli Gemilerin Tesciline Dair

⁴¹ Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme 1972 için bkz., <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201046/volume-1046-i-15749-english.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁴² Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL1973/1978) için bkz., <http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁴³ Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, (SUA 1988) için bkz., http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

Sözleşmelerle ilgi daha fazla detay için bkz. **VAN HOOYDONK**, s. 403-423.

⁴⁴ Lahey kuralları madde 1. diye de geçiyor. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, (imza: 25 Ağustos.1924, yürürlük: 02 Haziran 1931); (Türkiye sözleşmeyi 14 Şubat 1955 tarih ve 6469 sayılı Kanunla kabul etmiştir, (R.G. 22.2.1955/8937, yürürlük: 4.1.1956) için bkz. <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/07/7-04/hague-rules.xml> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

⁴⁵ MARPOL madde 2(4).

Koşullara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁶ gemiyi, “500 gros tonun altındaki tekneler hariç olmak üzere, uluslararası deniz ticaretinde mal, yolcu veya her ikisini birden taşımak için kullanılan kendinden tahrikli deniz taşıtları” olarak tanımlamaktadır. Aslında insansız geminin bir “gemi” niteliği taşıması halinde, devletlerin seyrüsefer hak ve özgürlüklerini geleneksel gemiler aracılığıyla yaptıkları gibi insansız gemiler aracılığıyla kullanmamaları için bariz bir neden yoktur.⁴⁷

Birleşik Krallık (İngiliz) ve ABD hukuk düzenlemeleri, denizcilik sektöründe ve deniz hukukunda etkili olan örneklerdendir. İngiliz hukukunda, 1995 yılı İngiliz Deniz Ticareti Kanununda⁴⁸ kürekle hareket ölçütüne yer verilmediği görülürken, Amerikan deniz hukuku mevzuatında⁴⁹ daha genel bir gemi tanımı yapılmaktadır.⁵⁰ Lahey Kuralları, kalkınmakta olan devletlerin ekonomik ve teknik gelişmelerin karşısında yetersiz kaldığı için, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan Hamburg Kuralları denizyoluyla yük taşınmasında taşıyanın sorumluluğunu artırmaktadır. Ancak Hamburg Kuralları henüz yürürlüğe girmemiş ve Lahey Kuralları belirleyici olarak kullanılmaktadır. Lahey kurallarında gemi direk olarak tanımlanmazken deniz yoluyla malların nakli için kullanılan vasıtaları gemi olarak kabul etmiştir.⁵¹ Rotterdam Kuralları, denizyoluyla taşıma hakkındaki en son devletlerarası sözleşmedir ve henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu sözleşmede de gemi tanımlaması yapılmamıştır.⁵²

Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nin 931/1. maddesinde geminin hangi şartlarda bu statüde sayılacağı gösterilmektedir.⁵³ Türk hukukunda gemi

⁴⁶ 1986 tarihli Gemilerin Tesciline Dair Koşullara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi madde 2.

⁴⁷ **VEAL/TSIMPLIS/ SERDY**, s. 23-48; **VEAL**, Robert: “Regulation and Liability in Autonomous Shipping: A Panoptic View”, *Tulane Maritime Law Journal*, C. 45, S. 1, 2020, s. 108.

⁴⁸ Merchant Shipping Act 1995 için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/part/III> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁴⁹ 1 U.S. Code § 3 için bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/1/3> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

⁵⁰ **HELVACI/MURAN**, s. 36.

⁵¹ **HELVACI/MURAN**, s. 39.

⁵² **HELVACI/MURAN**, s. 39.

⁵³ Türk Ticaret Kanunu (TTK), 14 Şubat 2011 tarihinde Resmi Gazete ’de yayımlanmış ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir Türk Ticaret kanunu ile ilgili ola-

sıfatına sahip olmak için gemide kaptan da dahil gemi mürettebatının olup olmamasının bir önemi yoktur.

Türk hukukunda, gemi denilince, seyir amacıyla kullanılan, her türlü su teknesi akla gelmektedir. Uluslararası hukukta, Lahey Kuralları, Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kuralları gibi sözleşmelerde de gemi tanımı yapılmamaktadır ve sadece faydalanma amacının açıklanması yapılmaktadır. Bu nedenle, gemi tanımının ve kullanılan terimlerin farklı hukuk düzenlemelerine göre unutulmamalıdır. Türk Hukuku dikkate alınarak otonom gemilerin Türkiye’de var olan durumunun değerlendirilmesi gerekli gözükmektedir.

B. Otonom/İnsansız Gemiler ve Türkiye’nin Durumu

Otonom gemiler, seviyelerine bağlı olarak kendi kendini yönetebilen, yük taşıyan gemilerdir. Bu gemiler, otomasyon seviyesine göre insan güdümünden bağımsız yol alabilirler ve yüklerini taşıyabilirler. Bu nedenle, otonom gemilerin hukuki statüsünün tespit edilmesi önemlidir. Bu konuda Türkiye’nin otonom gemilerin hukuki statüsünün uluslararası platformlarda belirlemede aktif rol oluşturmasının sağlanabilmesi için hem Türk mevzuatının hem de şuan yapılan ve yapılmaya devam eden çalışmalar hakkında bilgi verilmesi önemlidir. TTK’nın gemi tanımlaması, geminin ticari amaçlar için kullanılmasına elverişli bir düzenlemedir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren ve 6102 sayılı TTK’nın 931/1 maddesinde gemi kavramının neleri içereceği yeniden düzenlenmiştir.⁵⁴ Bu yeni düzenleme, önceki kanun döneminin mevcut tartışmalarını dikkate alarak yazılması beklenirken, yine de yeni tartışmalar yaratmıştır. Yeni tanımın, otonom gemiler için uygun bir şekilde tanımlanmış olup olmadığı veya otonom gemilerin hangi sıfatlar altında değerlendirileceği gibi konular halen tartışılmaktadır.

TTK madde 931’de gemi ile ticaret gemisinin neleri kapsadığı ve 932’de ise denize elverişlilik konusunun düzenlendiği görülmektedir. 931. madde hükmüne göre *“1-Tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da, bu Kanun bakımından ‘gemi’ sayılır. 2- Suda ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her gemi, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına*

rak madde gerekçelerine ulaşmak için bkz. DİNÇ, Mutlu, Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi: 3, Ankara, 2011.

⁵⁴ TTK 931.

*kullanılırsa kullanılсын 'ticaret gemisi' sayılır."*⁵⁵ İlgili madde hükmü incelendiğinde otonom gemilerin hem gemi statüsüne sahip olabileceği hem de ticaret gemisin sıfatının altında değerlendirilebileceği mümkün gözükmektedir.⁵⁶ Türkiye'nin mevzuatına göre gemi sıfatını alacağı kabul edildiğinde Türkiye'nin otonom gemilerle ilgili mevcut çalışmalarının neler olduğu hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

Türkiye'de otonom gemilerle ilgili mevcut çalışmalar, özellikle deniz taşımacılığı ve liman işletmeciliği sektörlerinde kullanım alanlarının araştırılması ve uygulamaların geliştirilmesi amacıyla yürütülmektedir. Örneğin, Türkiye'deki limanların otomatik yükleme/boşaltma sistemleri kullanarak otonom gemilerle çalışması, deniz taşımacılığının verimliliğini artırmak için önemli bir fırsat olarak görülmektedir. Ayrıca, Türkiye'de otonom gemilerle ilgili araştırma ve geliştirme faaliyetleri de yürütülmektedir. Türkiye'de otonom gemilere ilişkin uygulamada yapılan faaliyetlere, çalışmalara değinmek, Türkiye'nin otonom gemilere ilişkin çalışılan hukuki düzenlemelerde ne kadar etkin olabileceğini kavramak açısından yerinde olacaktır.

C. Türkiye'de Uygulama İçerisinde Otonom/İnsansız Gemiler

Türkiye, otonom gemilerin geliştirilmesi ve kullanımı konusunda çalışmalar yapmaktadır. Örneğin, İstanbul Teknik Üniversitesi (İTÜ) otonom gemilerin geliştirilmesi için çeşitli projeler yürütmekte ve bu projelerde otonom gemilerin farklı uygulamalarını incelemektedir. Otonom gemilerin deniz taşımacılığı, denizaltı ve yüzey gemileri arasında iletişim kurma gibi uygulamalarını incelemektedir.⁵⁷

TÜBİTAK 1001 projesi kapsamında T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın ilgili biriminin bilgisine başvurulduğunda ve özellikle hukuki altyapının sağlanması için Türkiye'nin otonom gemilerle ilgili çalışmalarındaki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır.⁵⁸ Konu ile ilgili Bakanlığın

⁵⁵ HELVACI/MURAN, s. 35

⁵⁶ Helvacı ve Muran'a göre klasik anlamda var olan gemi tanımları otonom gemileri açıklamak için yetersizdir. HELVACI/MURAN, s. 41.

⁵⁷ İTÜ Otonom Tekne Takımımız 2022 Robotx Otonom Denizcilik Yarışmasında Ülkemizi Temsil Edecek, <https://haberler.itu.edu.tr/haberdetay/2021/09/30/itu-otonom-tekne-takimimiz-2022-robotx-otonom-denizcilik-yarismasinda-ulkemizi-temsil-edecek> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

⁵⁸ Bu Bölümde TÜBİTAK 1001 projesine bağlı olarak 22 Şubat 2022 T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığında yapılan görüşmelere dayanılarak Bakanlığın görüşlerinden

yetkili personelleri tarafından Türkiye'nin otonom gemiler ile ilgili olarak UDÖ içerisinde nasıl yer aldığı konusunda bilgiler temin edilmiştir. Otonom gemilerle ilgili yapılmaya başlanılan çalışma grupları içerisinde Türkiye'nin bir grupta (SOLAS Bölüm 4 ile ilgili çalışmalarda)⁵⁹ koordinatör devletler arasında gönüllü olarak yer aldığından bahsedilmiş, başka grupta ise koordinatör devletlere yardım eden statüsünde olduğu belirtilmiştir.⁶⁰ Özellikle 1979 Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi'nde (SAR Sözleşmesi), Fransa ve İspanya'nın koordine eden devlet, Türkiye'nin ise bu devletlere yardımcı devlet olarak katkı sağlandığından bahsedilmiştir⁶¹ ve bu aşamadan sonra UDÖ'nün toplantılarında otonom gemilere ilişkin kapsam çalışmasının yapılması gereğini öngördüğü belirtilmiştir. Kapsam çalışması altında otonom seviyelerine göre mevzuatın incelenmesinin yapılması gerektiğinin belirtildiği söylenmiştir. Bakanlıkta yetkili personel ile görüşüldükten sonra çıkarılan sonuçlara değinmek yerinde olacaktır.

UDÖ her seviyeyi, ayrı ayrı değerlendirmeye alacaktır. Örneğin, konvansiyonlarda yer alan hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağını tespit edecektir. "Mevcut mevzuatta değişiklik yapılması gerekiyor mu? Bu mevzuat bunu engelliyor mu? Mevzuatta küçük değişiklikle veya yorumlama ile bu giderilebilir mi?" gibi sorulara cevap aranacaktır. Bu aşamadan sonra devletlerin çıkardığı ortak fikir ise, otonom gemileri mevzuata uydurmaya çalışırken diğer mevzuatın içerisindeki konvansiyonel gemilerin statülerini düzenlerini de bozmamak adına UDÖ enstrümanlarına dokunmadan, yeni müstakil bir otonom gemi kuralının oluşturulması olduğudur. Henüz tam oluşmamakla birlikte üzerindeki çalışmalar devam etmektedir ve 2028 tarihine kadar da tamamlanması

bahsedilip, yapılacak düzenlemelerin uygulamaya nasıl faydalı olacağını tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

⁵⁹ Outcome of The Regulatory Scoping Exercise For the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), MSC.1/Circ.1638 Annex, s.15, <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/MS.1-Circ.1638%20>

[%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/MS.1-Circ.1638%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20ExerciseFor%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf) (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

⁶⁰ MSC.1/Circ.1638 Annex, s. 17.

⁶¹ MSC.1/Circ.1638 Annex, s. 17.

planlanmaktadır.⁶² Bir sonraki UDÖ toplantısında da bu konu ile ilgili görüşmelere devam edilecektir.

Böyle bir düzenleme yapıldığında bu düzenlemenin bütün uluslararası sözleşmeler için tek tek ayrı ayrı yapılmasının planlanmadığı bilgisi verilmiştir, ancak gemilerin türlerine göre ayrıma tabi olabileceği düşüncesi ağır basmaktadır. Örnek olarak, yüksek hızlı tekneler diğerlerinden bağımsız olmasa bile, bu teknelere uygulanacak özel kuralların olduğu, bu nedenle de ayrı kurallara tabi olacağı belirtilmiş, bunlara kıyasen de otonom gemilerin tabi olacağı kuralların ayrı olacağı, çok kapsamlı hedef odaklı bir düzenleme olmasının beklendiği iletilmiştir.

Türkiye'nin şu anda otonom gemilerle ilgili çalışmalarının ne durumda olduğu hakkında, bir *Switzer* tarafından SANMAR ters römorkörünün üretildiği, orada uzaktan kumandalı römorkörün yapıldığı (Rolls-Royce) bilgisi temin edilmiştir.⁶³ Deniz yangınlarına müdahale için insansız bir römorkörün yangının içine girerek yakından müdahale edebilmesinin emniyet açısından avantaj sağlayacağı fikri ile uzaktan kumandalı römorkör yapıldığı belirtilmiştir. Yine Türkiye'de deniz çöp toplama robotu yapılmış olduğu yani otonom ama çok küçük bir otonom gemi olduğu bilgisi paylaşılmıştır.⁶⁴ Türkiye'de şu anda Kadıköy Belediyesi tarafından kullanılan küçük otonom deniz aracı olduğu, kendi kendine çöp topladığı belirtilmiştir.⁶⁵ Ancak donanımının bize ait olmadığı iletilmiştir.

Hukuki bilgilerin temini ile ilgili olarak Hukuk komitesinde yapılan çalışmaların ilerlediği, tam otonom gemilerin⁶⁶ UDÖ'nün düzenle-

⁶² Autonomous ship-
ping, [https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-
shipping.aspx](https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-
shipping.aspx) (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁶³ Sanmar Denizcilik Danimarkalı Svitzer'e 17. römorkörü teslim ediyor, <https://www.pirireis.edu.tr/sanmar-denizcilik> (Erişim Tarihi: 10.12. 2022).

⁶⁴ Denizleri 'Robot Doris' temizleyecek, [https://www.denizhaber.com/denizleri-robot-
doris-temizleyecek](https://www.denizhaber.com/denizleri-robot-
doris-temizleyecek) (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁶⁵ İnsansız deniz temizleme aracı Doris, 10 günde 12-kilogram çöp topladı, [https://www.denizhaber.net/insansiz-deniz-temizleme-araci-doris-10-gunde-12-
kilogram-cop-topladi-haber-96986.htm](https://www.denizhaber.net/insansiz-deniz-temizleme-araci-doris-10-gunde-12-
kilogram-cop-topladi-haber-96986.htm) (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁶⁶ Tam otonom gemilerde gemi bilgisayar tarafından geminin seyri gerçekleşmektedir. **CHWEDCZUK**, Michal: "Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law", *Journal of Maritime Law and Commerce*, C. 47, S. 2, 2016, s.130; **PRITCHETT**, Paul. W.: "Ghost Ships: Why the

miş olduğu hukuk metinlerini çok etkilemeyeceği, etkilenecek durumların ise kolaylıkla aşılabileceği görüşünün ağır bastığı belirtilmiştir ve toplantılarda kapsam çalışması sonucunda da bazı soruların ortaya çıktığı belirtilmiştir. Örneğin, tam otonom gemiler değil de uzaktan kontrol edilen mürettebatsız gemilerde⁶⁷ “Uzaktan kumanda operatörü denizci sayılacak mıdır? Kaptanın tanımı değişecek midir? Gemi midir?” Bunların Türk mevzuatının incelenmesi açısından da önemli olduğunu belirtmek gerekecektir.⁶⁸

Bu konuda önceki bölümlerde de incelendiği gibi Türkiye’nin mevcut mevzuatına göre gemi sıfatı alacağı kabul edilebilecektir. Kaptanın geminin denize ve yola elverişlilik konusunda dikkat etme yükümlülüğü olduğu için, operatörün belli şekillerde bu görevi üstlenebileceği de düşünülebilecektir. Ancak burada özellikle 932. maddede yeterlilik ve sayı açısından da gemi adamlarından bahsedildiğinde problemlerin doğması da mümkün gözükmektedir. Ancak geniş yorumlama ile TTK açısından insansız bir geminin yola elverişli olduğu söylenebilecektir.⁶⁹ Bu nedenle de Türk hukuk sisteminde kavramların netleşmesi açısından yeni düzenlemeler eklenmesi gerekebilecektir.

Bakanlık çalışanları bu noktada öncelikle SOLAS bölüm 4’ün hükümlerinin otonom gemi seviyeleri ile karşılaştırılarak raporlamaya başlandığını iletmiştir. Taslağın Türkiye tarafından hazırlanma sürecinden sonra Çin ve Japonya yazışma grupları ile paylaşıldığı ve onların görüşlerinin alındığı belirtilmiştir.⁷⁰ Üç devletin görüşlerinden ortaya çıkan

Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, Tulane Maritime Law Journal, C. 40, 2016, s. 199.

⁶⁷ Burada uzaktan kontrol merkezi ile ilgili kıyı kumanda merkezi kavramı Bülent Sözer tarafından kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bakınız. **SÖZER**, s. 157-160.

⁶⁸ Mürettebatsız Gemiler ile ilgili “kaptan” sıfatının Türk Ticaret Kanunu Hükümleri çerçevesinde nasıl anlamlandırılabilirliğine ilişkin detaylı bilgi için bakınız. **CİĞER**, s. 463-502.

⁶⁹ **CİĞER**, s. 480- 481. Ciğer, aslında TTK ilgili maddelerinin lafzı yorumu dikkate alındığında yola elverişli kabul edilemeyeceğini, esnek yorum ile kabul edilebileceğini, ancak bu esnek yorumlamanın zorlama bulunmasının da mümkün olduğunu belirtmiştir.

⁷⁰ Burada Türkiye koordinatör gönüllü devlet, Çin ve Japonya da koordinatör devlete yardım eden devletler statüsündedirler. “Deniz üstü Otonom Gemilerinin Kullanımına Yönelik Düzenleme Kapsamlama Alıştırmasının Sonuçlarına ilişkin pdf raporu”nun 15. sayfasında bulunan tabloda bu devletler görülebilir. MSC.1/Circ.1638 Annex, s. 15.

hâkim görüşün ise bütün devletlerin görüşüne açıldığı, UDÖ'nun *Global Integrated Shipping Information System (GISIS)*⁷¹ platformu üzerinden diğer devletlerin fikirlerinin öğrenildiği belirtilmiştir. En yüksek oyu alan kararın da, nihai karar olarak tespit edildiği bilgisi paylaşılmıştır. Mevzuatın izin vermediği durumlarda ise yorumlama ya da kıyasen uygulanma yapılabileceğini ya da mevzuatı değiştirerek yepyeni bir mevzuat gerektirilebileceği açıklanmıştır. Yine aynı şekilde SAR Sözleşmesi içinde İspanya ve Fransa'nın aynı usulü izlediği belirtilmiştir.⁷² Tüm fikirlerin sonucunda da yorumlamanın uygulanamayacağı kararının ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

Her ne kadar şu anda Türkiye'nin durumu tam otonom gemilerle ilgili olarak ileri seviyede olmasa da edinilen bilgilerle seviyeler arası hiyerarşi olmadığı için, ya da aynı anda iki seviye de birlikte kullanılabilmesi için yapılacak araştırmalarla daha üst seviyeler hakkında bilgi sahibi olabileceğimiz de fark edilen diğer bir noktadır.

Aslında burada tespit edilmesi gereken önemli konulardan biri kontrol merkezinde geminin sevk ve idaresin gerçekleştiren personelin kaptan olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Bu aşamada hukuki problemlerle ilgili olarak genel olarak kaptanın tanımlanmasından çıkacak hukuki problemler üzerinde durulmuştur. Kaptanın yeniden tanımının yapıldığında problemin çözülmesinin beklendiği ifade edilmiştir. Örnek olarak gemi jurnalini kaptanın gözetiminde, ikinci kaptan, eğer ikinci kaptanın tutması mümkün değil ise, de başka ehil gemi adamı tutar dendiği, gemi jurnalini gemi adamı tuttuğu, yani kaptanın tanımı yapıldığı zaman kıyı kontrol merkezindeki kişinin gözetiminde oradaki bir kişi o jurnalini tutabilirse aslında sorun otomatikman çözüleceği, ama belki hukuki problem olarak sürücüsüz araçlardaki durumun ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.⁷³ Yine, mevzuatta da kaptanın gemi

⁷¹ Düzenleyici kapsam belirleme çalışmasını kolaylaştırmak için GISIS'in (Global Shipping Information System) bir parçası olarak Sekreteryaya tarafından bir web platformu geliştirilmiştir. MSC.1/Circ.1638 Annex, s. 4.

⁷² Burada İspanya ve Fransa koordinatörlük yürüten gönüllü devletlerdir, Türkiye ise koordinatör devletlere yardım eden devlet statüsündedir. Denizüstü Otonom Gemilerinin Kullanımına Yönelik Düzenleme Kapsamlama Alıştırmalarının Sonuçlarına ilişkin pdf raporunun 17. sayfasında bulunan tabloda bu devletler görülebilir. MSC.1/Circ.1638 Annex, s.17.

⁷³ Ciğer'in bu konudaki görüşü TTK 1096 ve 1097. Maddelerinin mürettebatsız gemilere uygulanması mümkünse de, bu durumun ideal olmadığı yönündedir. CİĞER, s 485-486.

üstündeki bir adam olarak kabul edildiği, otonom gemi üzerinde olmayınca bunun sorumluluk anlamında nasıl çözüleceğinin karşılaşılabilecek problemler içerisinde yer aldığı söylenmiştir.⁷⁴ Daha sonraki toplantılarda bunlara ilişkin çalışmaların UDÖ tarafından dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Yine Bakanlık çalışanları tarafından her bir kontrol merkezinin bir gemiyi kontrol edebileceği fikrine karşılık, proje ekibi tarafından bunun masraflarının yüklü olacağı, fiziki mekân açısından da sıkıntı olabileceği belirtilmiştir.⁷⁵ Yaklaşık 100 gemiye kadar tek bir kontrol merkezinin planlanması hakkındaki görüşleri sorulduğunda, uzaktan kontrol merkezi için her bir geminin ayrı kontrol merkezi olabileceği, ancak tam otonom gemiler için özel bir şey yapılmayıp sadece gözlem yapılacağı için tek bir merkezde birden fazla geminin kontrolünün sağlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

Burada üzerinde düşünülmesi gereken noktalardan birisi, tek bir kontrol merkezinde birden fazla gemi yönetilirse, sorumlulukların nasıl belirleneceğidir. Özellikle ileri teknolojiye bir geminin üzerinde kontrol merkezi oluşturulursa, yine problem daha karmaşık bir yapı alabilecektir ve kontrol merkezinin statüsü hakkında farklı görüşler ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Özellikle kontrol merkezinin başka bir geminin üzerinde, bir de açık denizlerde kontrol merkezi kullanıldığında bunun takibi daha zor olacak gibi gözükmektedir. Türk hukuk sisteminde düzenleme yapılırken bu sorununda dikkate alınması, sorumluluk kavramının net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Otonom gemilerin kullanılmaya başlanmasıyla birlikte mürettebatın pozisyonu ile ilgili bilgilere de yer verilmiştir ve bu açıdan yeni düzenlemelere ihtiyacın olup olmadığı sorusu iletilmiştir. Bakanlık çalışanları belirli durumlarda tam otonom gemilerin kullanılmasında bile, ilk kullanılmaya başlandığı sırada insan müdahalesinin gerektiği durumlar olacağını ve yine insanla başlanacağını bildirmişlerdir. Otonom gemilerin farklı seviyelerinde dahi acil durumda müdahale için, tecrübeli mürettebata; yine geminin bir kaza yaptığında veya bir arıza yaptığında

⁷⁴ Deniz Ticareti Hukuku Sorumluluk Düzeni kavramlarının açıklanarak bunların otonom gemilerde nasıl düşünülmesi gerektiğini tartışan hukuki makale için bkz. **KARA**, s. 17-51.

⁷⁵ Otonom gemiler ile ilgili yapılan sınıflandırmada tam otonom gemi ile merkezlerinde, kontrol merkezi işletim ve karar verme sisteminin insanlar olmadan, onların denetiminin dışında yapılacağı öngörülmektedir. **HELVACI/MURAN**, s. 51.

denizin ortasında insan müdahalesiyle çözülebilecek arızalar olabileceği için insana ihtiyaç duyulabileceği belirtilmiştir. Kılavuz kaptanlığa ilişkin ise, mürettebatın pozisyonu otonom seviyesi arttırıldıkça operasyondan, gözetim ve denetime geçeceği, bu nedenle kılavuz kaptanında pozisyonunun o şekilde değişebileceği düşüncesinde olduğu belirtilmiştir.

Bakanlıkta yapılan görüşmede son olarak Türkiye'nin jeopolitik konumu göz önünde tutulmuştur. Türkiye'nin politik, ekonomik, ticari ve siyasi çıkarlarına bakıldığında kuzey ve güney, hatta doğu ile batı arasında bölgeler hatta kıtalar arasında konumu neticesinde ulaştırma koridorlarının gelişmesi için birçok girişime destek verilmeye çalışıldığı belirtilmiş, hatta uluslararası kuruluşlarda hem üyelik gerektiğinde hem de bunların komitelerine giderek katkı sağlamaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bu anlamda da ticari, ekonomik, yatırım ilişkileriyle birlikte siyasi ve kültürel ilişkilerinin de geliştirilmesi her zaman Türkiye'nin hedefleri arasında ise, otonom gemilerde bu bağlamda ulaştırma koridoru ve bahsedilen ilişkilerin geliştirilmesinde kendine bir yer bulup bulamayacağı ya da nasıl yer verdirilebileceği fikri sorulmuştur.

Bu noktada otonom gemilerin TTK'ya göre, ilk bakışta, gemi olarak kabul edilebileceğini, bu sebeple de geminin tabi olacağı hukuki kurallara esasen tabi olabileceğini söylemek yerinde olacaktır. Neyin bir gemi veya deniz taşıtı sayıldığı hususunda evrensel nitelikte bir sözleşme yoktur.⁷⁶ Ancak geminin tanımı bazı sözleşmelerde yer almış ancak bazı uluslararası sözleşmelerde gemi hiç tanımlanmamıştır ve TTK'da tanımlanan "gemi" kavramı ile yetinmiş olacak mıyız sorusu da akla gelmektedir.

Burada Bakanlık çalışanlarının bir önerisi de otonom gemilerdeki mürettebata ilişkin eğitim ve belgelendirme üzerine ayrı bir mevzuat çalışması yapılması gerekliliğidir. Özellikle kıyı kontrol merkezinde çalışanlara yetkinliği kimin vereceği konusunda problemler çıkabileceği, donatanın az teknik bilgisi olanı çalıştırmaya yetkisi olup olmayacağı hususunun da önemli olduğu belirtilmiştir.

Özellikle, Lahey Kurallarında doğrudan gemi adamlarının yetkin olması gerektiğinin yazdığı taşıyanın bundan sorumlu olduğu, bu ne-

⁷⁶ SOYER, Barış: "Autonomous Ships and Private Law Issues", Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework, 2021, s. 72.

denle kaza anında, bunlara ilişkin benzer problemler çıkabileceğinden ötürü otonom gemiler için kıyı kontrol merkezinde bulunan kaptan ya da gemi adamının yetkin olarak seçilmesine ilişkin düzenlemelerin gerekliliği belirtilmiştir. Türkiye'nin ihtiyacı olan düzenlemeler yapılırken uygulamanın titizlikle incelenip, çözüm önerileri üzerine düşünüp, uygun bir metin ortaya çıkarılması gerekli gözükmektedir.

II. MONTRÖ BOĞAZLAR SÖZLEŞMESİ VE OTONOM/İNSANSIZ GEMİLER

Montrö Boğazlar Sözleşmesi (MBS) 20 Temmuz 1936'da imzalanmış⁷⁷ ve 9 Kasım 1936'da yürürlüğe girmiştir. Bugün hala Türk Boğazlarından geçiş rejimini MBS düzenlemektedir.⁷⁸ MBS, Türkiye'nin egemenliğini sadece geçiş açısından kısıtlamaktadır. Yani yetki, deniz kirliliğinin önlenmesi, güvenli geçiş gibi düzenlemeler Türk Makamları tarafından yapılacaktır. Türkiye Cumhuriyeti MBS ile Boğazlara yeni geçiş rejimi kuralları getirirken aynı zamanda Türkiye yeni geçiş rejimi ile Boğazlar üzerindeki egemenlik haklarını artırmıştır. Otonom gemilerin hayata geçmesi ile bunların MBS hükümlerini etkileyip etkilemeyeceği üzerinde de düşünmek gerekecektir. Çünkü otonom gemiler seyir halinde iken tehlikeli hava koşulları ile karşılaşabilir, ya da çatma durumu ile karşılaştığında da hukuki olarak sorumluluğun tespit etmesi gerekecektir. Bu durumlarla ilgili olarak MBS hükümlerinin de gözden geçirilip, geçiş yapacak gemilere ilişkin güncellenen düzenlemeler getirilmesi gerekebilecektir. Özellikle gemilerin tonajı, çeşidinin tespiti gibi konuların daha netleşmesi gerekebilecektir. Ayrıca uygulamada ihtiyaç olan kılavuz kaptanlığa ilişkin mürettebatın pozisyonu otonom seviyesi arttırıldıkça operasyondan, gözetim ve denetime geçeceği, bu nedenle kılavuz kaptanında pozisyonunun belirlenmesi, düzenlenmesi gerekebilecektir.

MBS'nin savaş gemilerine ilişkin hükümlerinin otonom gemilere uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılabilir bir diğer sorundur. BMDHS 29. maddesi "*savaş gemisinden, bir devletin silahlı kuvvetlerine ait olan ve kendi tabiiyetindeki askeri gemilerin açık dış işaretlerini taşıyan, bu devletin hizmetinde ve adı subaylar listesinde veya eşit bir belgede kayıtlı bulu-*

⁷⁷ ŞENER, Bülent: "Türk Boğazları'nın Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü", Tarih Okulu Dergisi, C. 7, S. 17, s. 469.

⁷⁸ ACER, Yücel/KAYA, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 207.

nan bir deniz subayının kumandası altında bulunan ve mürettebatı askeri disiplin kurallarına tabi olan gemi anlaşılır” ifadesini kullanmaktadır.⁷⁹ Bu tanım incelendiğinde “deniz subayının kumandası” altında bulunması ve yine “ mürettebatı askeri disiplin kurallarına tabi olan” ifadelerinin var oluşu otonom gemilerin askeri gemi olarak düşünülmesine engel oluşturabilecektir. Burada deniz subayının aracı programlaması ya da programlatmasının kumanda altında olarak kabul edilip edilmeyeceğinin de dikkatli düşünülmesi gerekmektedir. Bu nedenle mevcut BMDHS kuralları düzenlenmezse otonom gemiler savaş gemisi olarak kabul edilemeyecektir.

Türk Boğazlarının geçiş rejimini düzenleyen MBS’ye baktığımızda ise, 8. maddede, savaş gemilerine ilişkin uygulanmasında MBS’nin II sayılı ekinde yer alan tanımlamaların kullanılacağından bahsetmektedir. MBS’nin II sayılı eki incelendiğinde hangi tür gemilerin savaş gemisi olarak kabul edileceğine ilişkin ölçütler belirlenirken, mürettebatının olması zorunlu tutulmamıştır. Belirtilen koşulları sağladığında otonom gemilerde MBS’ye göre savaş gemisi sayılabilecektir ve ona göre geçiş rejimine tabi olacaktır.

Otonom gemilerin Türkiye ve diğer devletler tarafından yürürlüğe konulan yasalar ve düzenlemelerle nasıl uyumlu hale getirileceği de önemlidir. Bu nedenle, otonom gemilerin MBS’ye uymak için belirli düzenlemeler ve protokoller konulması gerekli olabilir.⁸⁰ Örneğin, otonom gemilerin geçişi sırasında Türkiye tarafından belirli bir izleme ve denetim mekanizması kurulması, otonom gemilerin geçişi sırasında bilgi ve veri paylaşımının yapılması gibi sistemlerin oluşturulması da gerekebilecektir.

III. OTONOM/İNSANSIZ GEMİLERİN GELECEĞİ

Otonom gemiler ile ilgili yapılan çalışmaların artması hukuki düzenlemelerinde hangi aşamada olduğunu tespiti zorunlu kılmıştır. Ortaya otonom gemilerin hukuki düzenlemelerinin nasıl olacağı, hangi kurallar içerisine dahil edilebileceği gibi pek çok soru çıkmaya başlamıştır. Bu nedenle de UDÖ, 2017 yılında Deniz Güvenliği Komitesinin yardımı ile başlayıp, Hukuk Komitesi ve Kolaylaştırma Komitelerinin yardımıyla

⁷⁹ BMDHS, m.29.

⁸⁰ **AYBAY**, Rona, Montrö Boğazlar Sözleşmesi ve Bazı Güncel Sorunlar, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/RONA-AYBAY-1.pdf> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

2021 yılında sonuçlanan deniz üstü otonom gemilerinin kullanımına yönelik düzenleyici işlemlerin oluşturulması ile ilgili çalışmaları başlatmıştır. Aslında bu tür çalışmalar otomasyon seviyesi değişen otonom gemilere hangi seviyede hangi kuralların uygulanması gerektiğini değerlendirmek amacıyla başlatılmıştır ve mevcut olan UDÖ kurallarının hangilerinin uygulanabilip hangilerinin uygulanamayacağını tespit etmek üzere devam etmiştir. 2021 Haziran ayında seyrüsefer güvenliğine odaklanan çeşitli denizcilik sözleşmeleri (Uluslararası Denizde Can Güvenliği Sözleşmesi 1974 (SOLAS) değiştirildiği şekliyle; denizciler için Eğitim, Belgelendirme ve Gözetim Standartları Uluslararası Sözleşmesi, 1978 (STWC) değiştirildiği şekliyle; gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1973-1978 (MARPOL) değiştirildiği şekliyle; ve Denizde Çarpışmaların Önlenmesine İlişkin Uluslararası Düzenlemeler Sözleşmesi 1972 (COLREGs)) açısından gemilerin otonomluk seviyelerine göre “kaptan” mürettebat”, “sorumlu kişilerin tanımlanmasının yapılarak deniz üstü otonom gemilerle ilgili terminolojinin oluşturulması, uzaktan kumanda ya da kontrol merkezlerinin işlevselliği için gerekli düzenlemelerin ve ihtiyaçların neler olduğunun tespiti, köprü üzerinde yapılan kontrol ile personelin diğer eylemleri (yangınla mücadele, yüklerin depolanması ve emniyete alınması ve bakımı gibi) ile ilgili hükümlerin gözden geçirilmesi; gözetleme; arama kurtarma için çıkarımlar; ve güvenli çalışma için gemide olması gereken bilgiler gibi öncelikli konuların ele alınması gerektiği sonucuna varmıştır.

Nisan 2022'de Deniz Emniyeti Komitesi, Hukuk ve Kolaylaştırma Komitelerinin çalışmaları ile, 2024'ün ikinci yarısında kabul edilmesi planlanarak ihtiyari deniz üstü otonom gemilerin ilişkin hukuki düzenleme çalışmaları hakkında görüşmeler yapılmıştır.⁸¹ Deniz üstü otonom gemilerin ihtiyari olarak yapılan hukuki düzenlemesinden edinilecek tecrübeye göre de 1 Ocak 2028 tarihinde zorunlu kuralların oluşturulabileceği düşünülmektedir.⁸²

Bunların sonucunda Ortak Çalışma Grubu, BMDHS kapsamındaki çıkarımlar da dahil olmak üzere yasal konulara ilişkin bir seminerin faydalı olacağı konusunda mutabakata varmıştır ve UDÖ ayrıca, Eylül

⁸¹ Autonomous shipping, <https://www.AutonomousShipping.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

⁸² Ibid.

2022'de, konuyu araştırmak, bilgi, tecrübeyi artırmak için araştırmacıların, akademisyenlerin, özel sektörün ve UDÖ'ne üye devletlerinin geniş katılımıyla deniz üstü otonom gemiler için yapılabilecekleri tartışmak üzere çevrimiçi Seminer düzenlemiştir.⁸³ UDÖ'nde deniz üstü otonom gemilerin hukuki çerçeveye oturtulması için çalışmalarda halen devam etmektedir. Türkiye'de Bakanlıktaki temsilcileri aracılığı ile bu çalışmalara aktif olarak katılmaktadır.

SONUÇ

Mevcut hukuki mekanizmalar, otonom gemilerin hukuki statüsünü tamamen tanımlamamaktadır. Bu nedenle, otonom gemilerin hukuki statüleri ile ilgili çalışmalar halen devam etmektedir. Bu durum, otonom gemilerin kullanımı ve denetimi ile ilgili sorunların ortaya çıkmasına neden olabilir. Türkiye içerisinde otonom gemilere ilgili yapılan çalışmalar, araştırmalara ve hedeflere bakıldığında Türkiye, otonom gemilerin gelişimi konusunda öncü bir rol oynayabilecek potansiyele sahiptir. Özellikle, Türkiye'nin deniz ticareti ve liman yatırımları bakımından zengin bir geçmişi vardır. TTK'nın gemilere ilişkin maddeleri incelendiğinde otonom gemilerin gemi statüsüne sahip olabileceği, ayrıca ticaret gemisinin sıfatını altında değerlendirilebileceğinin mümkün olduğu kabul edilebilir. Türkiye, otonom gemilerin hukuki statüsü konusunda gerekli araştırmaları yapabilir ve bu alanda geliştirilen mekanizmalardan uygun olanları kendi hukuk sistemi içerisinde bazı değişiklikler yaparak uygulayabilir. Bu sayede otonom gemilerin kullanımı ve denetimi ile ilgili sorunların önüne geçilebilir ve bu teknolojinin potansiyel faydalarından rahatlıkla yararlanılabilir.

Otonom gemilerin hukuki statüsü konusunda uluslararası alanda yapılan çalışmalar ve uygulamalar, Türkiye'nin bu alanda atacağı adımlar için önemli bir referans olacaktır. Özellikle, IMO ve diğer denizcilikle ilgili uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan ve otonom gemilere ilişkin düzenlemeleri kapsayan belgeler, Türkiye'nin otonom gemilerin hukuki statüsünü ve denetimini sağlayacak düzenlemeler oluşturmada kılavuz niteliğinde olabilir. Ayrıca, Türkiye, otonom gemilerin hukuki statüsü konusunda diğer ülkelerle işbirliği yaparak ortak bir çerçeve geliştirebilir ve bu alandaki uluslararası hukuki düzenlemelerin

⁸³ IMO Seminar on Development of a Regulatory Framework for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/MASS.aspx> (Erişim Tarihi: 17.12.2022).

oluşturulmasına katkı sağlayabilir. Bu sayede, otonom gemilerin kullanımı ve denetimi ile ilgili ortaya çıkan sorunlar ve belirsizlikler, uluslararası düzeyde çözümlenerek Türkiye'nin denizcilik alanındaki rekabet gücü artırılabilir.

Ulusal düzeyde, Türkiye'nin mevcut hukuki mekanizmalarını gözden geçirerek otonom gemilerin kullanımını düzenleyen hukuki düzenlemeler hazırlaması ve otonom gemilere ilişkin hukuki statü ve denetim mekanizmalarını geliştirmesi gerekmektedir. Türkiye'nin otonom gemilere ilişkin yasal düzenlemeleri ve hukuki mekanizmaları geliştirirken, uluslararası alanda yaşanan deneyimler ve mevcut düzenlemelerden yararlanarak ulusal düzenlemelerini uyumlu hale getirmesi önem taşımaktadır. Türkiye'nin otonom gemilere yönelik hukuki düzenlemeleri hayata geçirirken, özel sektör ve akademi ile iş birliği içinde olması, bu teknolojinin gelişimini ve uygulanmasını hızlandıracaktır. Bu sayede, Türkiye, otonom gemi teknolojisinde öncü bir rol üstlenerek denizcilik endüstrisinde daha rekabetçi ve yenilikçi bir konuma gelebilir. Bu gelişmeler ışığında Türkiye'nin otonom gemilere ilişkin hukuki düzenlemeleri ve uygulamaları hem uluslararası alanda hem de ulusal düzeyde önemli bir örnek teşkil ederek, bu alandaki yeniliklerin ve uygulamaların hızlı bir şekilde hayata geçirilmesine olanak tanıyacaktır. Türkiye'nin otonom gemilerin hukuki statüsü ve denetimi konusunda atacağı adımlar, denizcilik endüstrisindeki diğer oyuncular ve uluslararası toplum tarafından dikkatle izlenebilecektir. Türkiye'nin otonom gemilere yönelik düzenlemeleri ve politikaları hem ulusal düzeyde hem de uluslararası alanda işbirliğine ve koordinasyona dayalı bir yaklaşım benimsemesi önemlidir. Bu çerçevede, Türkiye'nin denizcilik endüstrisindeki zengin geçmişi ve deneyimi, otonom gemi teknolojisinin hukuki ve pratik boyutlarını etkili bir şekilde değerlendirmesine ve bu alandaki gelişmelere öncülük etmesine imkân tanıyacaktır.

KAYNAKÇA

- ACER**, Yücel/**KAYA**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- AKSAR**, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara, 2021.
- BAUGHEN**, Simon/**TETTENBORN**, Andrew: "International Regulation of Shipping and Unmanned Vessels", Artificial Intelligence and Autonomous Shipping, Oxford, 2021, s. 7-24.
- CHWEDCZUK**, Michal: "Analysis of the Legal Status of Unmanned Commercial Vessels in U.S. Admiralty and Maritime Law", Journal of Maritime Law and Commerce, C. 47, S. 2, 2016, s. 123-170.
- CİĞER**, Selim: "Mürettebatsız Gemiler ve Kaptan – TTK Hükümleri Bağlamında Bir İnceleme", 2020 Sonrasında Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku: Olası Sorunlar, İstanbul, 2021, s. 463-502.
- DEAN**, Paul/**CLACK**, Henry: "Autonomous shipping and maritime law", New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Informa Law from Routledge, 2019, s. 67-89.
- DİNÇ**, Mutlu, Türk Ticaret Kanunu, Libra Mevzuat Dizisi: 3, Ankara, 2011.
- DREMLIUGA**, Roman/**MOHD HAZMİ** bin Mohd Rusli: "The Development of the Legal Framework for Autonomous Shipping: Lessons Learned from a Regulation for a Driverless Car", Journal of Politics and Law, C. 13, S. 3, 2020, s. 295-301.
- ECE**, Nur Jale: "Uluslararası Ticaretin Geleceği İnsansız Gemiler: Gzft Analizi ve Hukuki Boyutları", Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2018, s. 279-302.
- EVANS**, Malcolm: "The Law of the Sea", Malcolm D. Evans (Editör), International Law, Oxford, 3. Baskı, 2010.
- GÖZÜYEŞİL**, Fevzi: "Denizde Çatışmanın Önlenmesine Dair Uluslararası Kurallar Bağlamında İnsansız ve Otonom Gemilerde İyi Gemicilik İlkesi ve Gözcülük Görevi", Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 193-225.

- HELVACI**, Serap/**MURAN** Hakan: “Mürettebatsız Gemilerin Elverişliliği”, Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 31-104.
- KARA**, Hacı: “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, s. 17-51.
- KLEIN**, Natalie/**GUILFOYLE**, Douglas/**KARIM**, Md Saiful/**MCLAUGHLIN**, Rob: “Maritime Autonomous Vehicles: New Frontiers in the Law of the Sea”, International and Comparative Law Quarterly, C. 69, S. 3, 2020, s. 719- 734.
- LEE**, Hyeon Kyun: “Definition of Autonomous Vessels and Tort Liability Arising from the Collision in Korea”, Asian Business Lawyer, C. 27, 2021, s. 73-94.
- LI**, Rui: “On the Legal Status of Unmanned Ships”, China Oceans Law Review, S. 4, 2019, s. 165-190.
- OSALONI**, Oluwatosin S./**AYENI**, Victor O.: “The Development of Maritime Autonomous Surface Ships: Regulatory Challenges and the Way Forward”, Beijing Law Review. C. 13, S.3, 2022, s. 544-554.
- OSINUGA**, Damilola: “Unmanned Ships: Coping in the Murky Waters of Traditional Maritime Law”, Poredbeno Pomorsko Pravo, C. 174, 2020, s. 75-106.
- PARKER**, Jennifer: “The Challenges Posed by the Advent of Maritime Autonomous Surface Ships for International Maritime Law”, Australian and New Zealand Maritime Law Journal, C. 35, S. 1, 2021, s. 31-42.
- PRASETYA**, Jeremia Humolong: “The Operation of Unmanned Vessel in Light of Article 94 of the Law of the Sea Convention: Seamaning Requirement”, Indonesian Journal of International Law, C. 18, S. 1, 2020, s. 105-124.
- PRITCHETT**, Paul. W.: “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, Tulane Maritime Law Journal, C. 40, 2016, s. 197-226.
- SOYER**, Barış/**TETTENBORN**, Andrew: New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century, Maritime and Transport Law Library, 1. Baskı, Londra 2019.

- SOYER**, Barış: "Autonomous Ships and Private Law Issues", *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, 2021, s. 63-80.
- SÖZER**, Bülent: "Mürettebatsız Gemiler", *Piri Reis Üniversitesi Deniz Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2022, s. 149-166.
- ŞENER**, Bülent: "Türk Boğazları'nın Geçiş Rejiminin Tarihi Gelişimi ve Hukuki Statüsü", *Tarih Okulu Dergisi*, C. 7, S. 17, s. 467-493.
- TÜRK**, Kübra Var: "Evaluation of Crewless (Unmanned) Ships within Context of the Sea and Maritime Law", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 37, S. 1, 2021, s. 153-196.
- VALLEJO**, Daniel: "Electric Currents: Programming Legal Status into Autonomous Unmanned Maritime Vehicles", *Case Western Reserve Journal of International Law*, C. 47, S. 1, 2015, s. 405-428.
- VAN HOOYDONK**, Eric: "The law of unmanned merchant shipping—an exploration", *The Journal of International Maritime Law*, C. 20, S. 3, 2014, s. 403-423.
- VEAL**, Robert/ **TSIMPLIS**, Michael/ **SERDY**, Andrew: "The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles", *Ocean Development and International Law*, C. 50, S. 1, 2019, s. 23-48.
- VEAL**, Robert: "Regulation and Liability in Autonomous Shipping: A Panoptic View", *Tulane Maritime Law Journal*, C. 45, S. 1, 2020, s. 101-138.
- WEIGEL**, Alan M./**BELKNAP**, Thomas H. Jr.: "Autonomous Vessels: Legal, Regulatory, and Insurance Issues", *RAIL: The Journal of Robotics, Artificial Intelligence & Law*, C. 3, S. 3, 2020, s. 163-170.
- YORULMAZ**, Murat/**KARABULUT**, Kaan: "Deniz Taşımacılığında Akıllı Gemiler: Gemi Kaptanlarının Bakış Açısı", *Ekonomi İşletme ve Maliye Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S.1, 2020, s. 40-54.

İnternet Kaynakları

- 1 U.S. Code § 3. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/1/3> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).
- Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme 1972, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201046/volume-1046-i-15749-english.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

- Autonomous shipping,
<https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- AYBAY, Rona, Montrö Boğazlar Sözleşmesi ve Bazı Güncel Sorunlar,
<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/RONA-AYBAY-1.pdf> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).
- Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, (Erişim Tarihi: 12.12.2022).
- Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, (SUA 1988)
http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- Denizleri ‘Robot Doris’ temizleyecek,
<https://www.denizhaber.com/denizleri-robot-doris-temizleyecek> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL 1973/1978)
<http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- IMO Seminar on Development of a Regulatory Framework for Maritime Autonomous Surface Ships (MASS),
<https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/MASS.aspx> (Erişim Tarihi: 17.12.2022).
- International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, (imza: 25 Ağustos.1924, yürürlük: 02 Haziran 1931);(Türkiye sözleşmeyi 14 Şubat 1955 tarih ve 6469 sayılı Kanunla kabul etmiştir,(R.G. 22.2.1955/8937, yürürlük: 4.1.1956)
<https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/07/7-04/hague-rules.xml> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).
- İngiliz Deniz Ticaret Hukuku
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/part/III> (Erişim Tarihi: 10.12.2022)
- İnsansız deniz temizleme aracı Doris, 10 günde 12 kilogram çöp topladı
<https://www.denizhaber.net/insansiz-deniz-temizleme-araci->

doris-10-gunde-12-kilogram-cop-topladi-haber-96986.htm (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

İTÜ Otonom Tekne Takımımız 2022 Robotx Otonom Denizcilik Yarışmasında Ülkemizi Temsil Edecek
<https://haberler.itu.edu.tr/haberdetay/2021/09/30/itu-otonom-tekne-takimimiz-2022-robotx-otonom-denizcilik-yarismasinda-ulkemizi-temsil-edecek> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

Merchant Shipping Act 1995
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/part/III> (Erişim Tarihi: 10.12.2022).

Outcome of The Regulatory Scoping Exercise For the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), MSC.1/Circ.1638 Annex, s. 15
[https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20Exercise-For%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20\(Secretariat\).pdf](https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/MSC.1-Circ.1638%20-%20Outcome%20Of%20The%20Regulatory%20Scoping%20Exercise-For%20The%20Use%20Of%20Maritime%20Autonomous%20Surface%20Ships...%20(Secretariat).pdf) (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

RINGBOM, Henrik/VILJANEN, Mika/POIKONEN, Jussi/ILVESSALO, Saara: Charting Regulatory Frameworks for Maritime Autonomous Surface Ship Testing, Pilots, and Commercial Deployments. Ministry of the Transport and Communications, <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/162560> (Erişim Tarihi: 11. 12.2002).

Sanmar Denizcilik Danimarkalı Svitzer'e 17. römorkörü teslim ediyor, <https://www.pirireis.edu.tr/sanmar-denizcilik> (Erişim Tarihi: 10.12. 2022).

VARTDAL, Bjorn Johan/SKJONG, Rolf /St. CLAIR, Asun Lera: DNV GI- Martime Position Paper: Remote controlled and autonomous ships https://downloads.regulations.gov/USCG-2019-0698-0026/attachment_3.pdf (Erişim Tarihi 10.12.2022).

Virginia Tech Researchers Unveil Large Robotic Jellyfish That One Day Could Patrol Oceans, 2013, <http://www.vtnews.vt.edu/articles/2013/04/040313-engineeringrobotjellyfishcyro.html> (Erişim Tarihi: 12.12.2022).

1163 SAYILI KOOPERATİFLER KANUNU GEÇİCİ 11. MADDESİNİN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 16/2/2023 TARİHLİ VE E.: 2022/126, K.: 2023/29 SAYILI KARARI İLE İPTALİNİN DERDEST DAVALARA VE YARGILAMA GİDERLERİNE ETKİSİ

Prof. Dr. Ahmet BAŞÖZEN*

Arş. Gör. Ferhat BÜYÜKAY**

Öz

7410 sayılı “Çevre Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 2. maddesinde Kayseri İli özelinde geçerli olmak üzere 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Geçici 11. madde eklenmiştir.

Geçici 11. maddenin uygulanmaya başlamasından kısa bir süre sonra düzenlemenin Anayasanın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

* Prof. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Prof. Dr. / İstanbul Gedik University Faculty of Law, Civil Procedure Executive and Bankruptcy Department, İstanbul, Türkiye.

✉ ahmet.basozen@gedik.edu.tr • ORCID 0000-0003-2495-3562.

** Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Research Assistant, İnönü University Faculty of Law, Civil Procedure Executive and Bankruptcy Department, Malatya, Türkiye.

✉ ferhat.buyukay@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0003-3405-5635.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BAŞÖZEN, Ahmet/BÜYÜKAY Ferhat: “1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu Geçici 11. Maddesinin Anayasa Mahkemesi’nin 16/2/2023 Tarihli ve E.: 2022/126, K.: 2023/29 Sayılı Kararı ile İptalinin Derdest Davalara ve Yargılama Giderlerine Etkisi”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 461-487.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

Nihayetinde düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 16/2/2023 tarihli ve E.: 2022/126, K.: 2023/29 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Bu çalışmada iptal edilen geçici 11. madde çerçevesinde bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, bu iptal kararının görülmekte olan davalara nasıl uygulanacağı, yargılama giderlerine ne şekilde hükmedileceği konusunda tartışmalara, yargı uygulamalarına yer verilmekte, Alman ve İsviçre Hukuku ve uygulaması da gözetilerek Kanun düzenleme önerisi sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

- Kooperatifler Kanunu Geçici 11. Madde • Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı • Davanın Konusuz Kalması • Davanın Esastan Reddi • Yargılama Giderleri

THE EFFECT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE PROVISIONAL ARTICLE 11 OF THE COOPERATIVES LAW, WITH THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DATED 16/2/2023 AND NUMBERED E.:2022/126, D.:2023/29, ON CLOSING LIABILITIES AND JURISDICTIONS

Abstract

In the 2nd article of the Law No. 7410 on the Amendment of the Environmental Law and Some Laws, Provisional Article 11 has been added to the Cooperatives Law No. 1163 to be valid for the Province of Kayseri.

Shortly after the implementation of the Provisional Article 11, it was claimed that the regulation was in violation of Articles 2, 10, 13, 35 and 36 of the Constitution.

Ultimately, the regulation was annulled by the Constitutional Court's Decision dated 16/2/2023 and numbered E.: 2022/126, K.: 2023/29.

In this study, discussions on how to apply this annulment decision to pending lawsuits, how to decide on litigation expenses, in case a provision of law is annulled due to its unconstitutionality within the framework of the annulled temporary article 11, judicial practices are included, editing proposal.

Key Words

- Provisional Article 11 of the Cooperatives Law • Constitutional Court Annulment Decision • Proceedings Made Groundless • Rejection of the Case on the Merits • Litigation Expenses

GİRİŞ

7410 sayılı “Çevre Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 2. maddesinde Kayseri İli özelinde geçerli olmak üzere 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Geçici 11. madde eklenmiştir. Söz konusu Kanun düzenlemesi sadece Kayseri yapı kooperatifleri için çıkarılmıştır.

Geçici 11. maddenin uygulanmaya başlamasından kısa bir süre sonra düzenlemenin Anayasanın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Nihayetinde düzenleme Anayasa Mahkemesi’nin 16/2/2023 tarihli ve E.: 2022/126, K.: 2023/29 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Bu çalışmada iptal edilen geçici 11. madde çerçevesinde bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, bu iptal kararının görülmekte olan davalara nasıl uygulanacağı, yargılama giderlerine ne şekilde hükmedileceği konusunda tartışmalara, yargı uygulamalarına yer verilmekte, Alman ve İsviçre Hukuku ve uygulaması da gözetilerek Kanun düzenleme önerisi sunulmaktadır.

I. 1163 SAYILI KOOPERATİFLER KANUNUNUN GEÇİCİ 11. MADDE DÜZENLEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI

7410 sayılı “Çevre Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 2. maddesinde Kayseri İli özelinde geçerli olmak üzere 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na Geçici 11. madde eklenmiştir. Söz konusu Kanun düzenlemesi sadece Kayseri yapı kooperatifleri için çıkarılmıştır.

Söz konusu madde ile (Kayseri için) yapı kooperatiflerinden etap kooperatifçiliği özelinde uygulamada yaşanan problemlerin giderilmesine yönelik çözüm getirilmeye çalışılmıştır.¹

Kanun koyucuyu söz konusu düzenlemeye iten neden, etap kooperatifçiliği şeklinde yürütülen ancak resmiyette etap kooperatifi olarak öngörülmeyen kooperatiflerde, hak sahibine tapu devrinin gerçekleştirilmesinden ve bu devir için şart olan borcun bulunmadığına ilişkin belge düzenlenmesinden sonra yeni borçların çıkarılması ve bunlara ilişkin icra takipleri yapılmasıdır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

¹ 7410 sayılı Kanun Genel Gerekçesi s. 9. (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss336.pdf>)

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, Kayseri ilinde aşağıdaki şartları taşıyan yapı kooperatifleriyle sınırlı olmak üzere bu madde hükmü uygulanır.

- a) İnşaatların etaplar halinde yapılarak teslim edilmesi,
- b) Terkin edilmemiş olması,
- c) Yapımı tamamlanan etapta bağımsız bölüm malikine kooperatifçe tahakkuk ettirilen bedelin ödenmiş olması,
- ç) Kooperatif tarafından üyeye konutunun tapu devrinin yapılmış olması, şartlarının birlikte sağlanması halinde; konutun tapu devrinin yapılmasından sonraki dönemler için yapı kooperatifi tarafından yönetim giderleri hariç olmak üzere her ne ad altında olursa olsun yapılmış borçlandırmalar veya bu kapsamda üçüncü şahıslara kooperatif tarafından yapılan alacağın devrine ilişkin işlemler hükümsüzdür.

Birinci fıkra kapsamındaki şartları birlikte sağlayan kişilere karşı yapı kooperatifinin veya bu alacağı devralan üçüncü kişilerin yapı kooperatifi nedeniyle açmış oldukları her türlü alacak veya tazminat davaları ile bu kapsamda yapılan ilamsız icra takipleriyle ilgili olarak; ilgilinin talebi halinde bu davalarda verilen ve henüz kesinleşmemiş mahkeme kararları ile kesinleşen dava ve takiplere dayanılarak başlatılan icra işlemleri, haciz, satış ve tahliye uygulamaları durdurulur. Bu alacaklar kapsamında kesinleşen ilamlara dayanılarak devam eden takipler ile kesinleşen icra takiplerine son verilmesi için birinci fıkra uyarınca bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içinde borcun bulunmadığına dair davanın açıldığına ilişkin belgenin ibraz edilmesi zorunludur; borcun bulunmadığına ilişkin kesinleşen ilamın icra dairesine ibraz edilmesi halinde takip sonlandırılır.”

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’na eklenen bu maddeye ilişkin Komisyon gerekçesi şu şekildedir:

Etap kooperatifçiliğinde uygulamada bazı sorunlar bulunması sebebiyle Kooperatifler Kanunu’na geçici madde eklenmesi gereği hasıl olmuştur. Uygulamada yaşanan sorunlara örnek vermek gerekirse, tapu alındıktan yıllar sonra kira, ek ödeme, ek kesin maliyet, çıkma payı, kesin maliyet bedelinin yüzde %10’u, tasfiye masrafları gibi hususlarla yeniden borçlandırmalar yapılmaktadır. Bu çerçevede madde ile tapusunu devralan ortağa, sonraki dönemlerde kooperatif tarafından çıkarılan borçlandırmaların hükümsüz hale gelmesi amaçlanmaktadır.

Yine, yapılan düzenlemede, yapı kooperatiflerinin ortaklarından olan alacaklarını, üçüncü şahıslara temlik edemeyeceği belirtilmiş olup, kooperatifin ve kooperatif müteahhitleri de dahil olmak üzere üçüncü kişilerin, kooperatif ortaklarına karşı açtıkları davalarda verilen alacak ve tazminat kararlarının

kesinleşmeden icra takibine konulamayacağı ve haciz uygulaması yapılamayacağı ifade edilmektedir. Düzenlemeyle belirtilen mağduriyetlere son verilmesi amacıyla, kooperatif veya müteahhitler tarafından ortaklar aleyhine açılmış ve halen devam eden davalar nedeniyle verilen mahkeme kararlarına dayanılarak başlatılan icra takiplerinin, haciz, satış ve tahliye uygulamalarının durdurulacağı ve konulmuş hacizlerin kaldırılması hususları da düzenlenmektedir.

Düzenleme ile kanun koyucu, konut yapı kooperatiflerinden düzenlemedeki şartları taşıyanlarla ilgili söz konusu kooperatiflerde konutun tapu devrinin yapılmasından sonraki dönemleri için yapılmış borçlandırmalar veya alacağın devri işlemleri bakımından Kayseri ilinde bulunan konut yapı kooperatiflerinin ve dolayısıyla bu kooperatiflerin üyelerinin borç ve yükümlülükleri yönünden farklı bir uygulamayı benimsemiştir. Söz konusu düzenlemeden önce yapı kooperatifi tarafından yapılan borçlandırmaların geçersizliğini tespit amacıyla açılan davalar genel olarak reddedilmekteydi. Ancak düzenlemenin hayata geçmesi ile birlikte henüz kesinleşmemiş bu ret kararları, davanın yeni Kanun hükmüne göre tekrar değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur.²

Geçici 11. maddenin uygulanmaya başlamasından kısa bir süre sonra düzenlemenin Anayasanın 2, 10, 13, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Buna göre geçici 11. maddenin Kayseri özelinde düzenlenmesi, hukuk devleti, yasama yetkisinin genelliği ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Ayrıca düzenleme kapsamında kalan uyuşmazlıklara ilişkin devam eden yargılamalar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarının ortadan kaldırılmasının düzenleme konusu yapılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedelediği ileri sürülmüştür.³

² 6. HD., E. 2022/1328 K. 2022/3628 T. 27.6.2022, “Mahkemece; kooperatif genel kurulunca oluşturulan komisyon tarafından belirlenen kesin maliyet hesabını davalının ödemek zorunda olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, davalı vekilinin istinaf talebi Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından esastan reddedilmiştir.... Bu durumda, mahkemece taraflar arasındaki uyuşmazlığın geçici 11. madde uyarınca değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmekte olup, hükmün bu nedenle re’sen bozulmasına karar verilmiştir.”

Benzer kararlar için bkz. 6. HD., E. 2022/1537 K. 2022/3629 T. 27.6.2022; 6. HD., E. 2022/1537 K. 2022/3629 T. 27.6.2022; 6. HD., E. 2021/6324 K. 2022/3630 T. 27.6.2022; 6. HD., E. 2022/653 K. 2022/5022 T. 26.10.2022.

³ Kararın 17. Paragrafı.

Nihayetinde düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 16/2/2023 tarihli ve E.: 2022/126, K.: 2023/29 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.⁴

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ DERDEST DAVALARA ETKİSİ

Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen iptal kararı sonrası, iptal edilen geçici 11. maddeye dayanılarak açılan davaların akibetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Zira iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra iptal edilen hükme göre açılan ve görülmekte olan davaların karara bağlanması mümkün değildir.⁵

Bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi halinde, bu iptal kararının görülmekte olan ve henüz kesinleşmemiş bütün dava ve kararlara uygulanması gerekir. Anayasa m. 152/III'e göre görülmekte olan bir davada ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası hakkındaki iptal kararı, davanın esası hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Bu nedenle geçici 11. maddeye uyarınca açılan ve görülmekte olan davaların, iptal kararından sonra söz konusu hüküm yokmuş gibi değerlendirilip karara bağlanması gerekir.⁶ Buna karşılık iptal kararından önce verilmiş ve kesinleşmiş

⁴ RG. T. 09.03.2023, Sa. 32127. İptal kararında söz konusu iptal kararının yürürlüğü konusunda açık bir hüküm bulunmadığından iptal kararı, kararın Resmî Gazetede yayımlanması ile uygulanmaya başlamıştır.

⁵ Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine görülmekte olan davada bu iptal hükmüne göre karar verilmesi gerektiğine ilişkin bknz. HGK., E. 2012/193 K. 2012/377 T. 13.6.2012; HGK., E. 2011/724 K. 2012/52 T. 8.2.2012, "O halde, yerel mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, bozma ve direnme kararlarının kapsamı ile bağlı olmaksızın, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni yasal durum dikkate alınarak karar verilmek üzere ve -diğer hususlar bu aşamada incelenmeksizin- salt bu değişik neden ve gerekçe ile direnme kararının bozulması gerekir."

⁶ ÇELİK, Çelik Ahmet, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Etkileri ve Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, 15(172), 2524-2543, s. 2525; Anayasa m. 152/III'e "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır."

Konya BAM, 3. HD., E. 2020/1260 K. 2021/194 T. 16.2.2021, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 tarih ve 1989/11-48 sayılı kararında; Anayasanın 152. maddesine göre, itiraz yoluna başvuran mahkemeler, Anayasa Mahkemesi'nce verilecek kararlara uymak zorundadırlar. Bu durumda, itiraz eden mahkeme, elinde bulunan ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce açılmış olan bir davayı Anayasa Mahkemesi kararına göre çözecek ve doğrudan iptal kararının etkisini önceye uygulayacaktır."

mahkeme kararları, söz konusu iptal kararından etkilenmeyecektir.⁷ Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra geçici 11. madde uyarınca açılan davaların artık bu madde hükmüne göre kabul edilip sonuçlandırılması mümkün değildir. Bu konuda uygulamada iptal edilen kanun hükmüne dayalı olarak açılan davanın konusuz kaldığı ve bu nedenle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verildiği ya da davanın esastan reddedildiği görülmektedir.

A. Davanın Konusuz Kaldığı Yönündeki Görüş

11. HD. davaya dayanak oluşturan ve açıldığı sırada haklı bulunan bir davanın, dayanak yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, konusuz kaldığı görüşündedir. Daireye göre *“dava tarihi itibarıyla yürürlükteki yasal düzenlemelere güvenerek açılan ve haklı bulunan davada, dayanak yasal düzenlemenin Anayasa mahkemesince iptali nedeniyle hukuki dayanak kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verilmesi”* gerekir.⁸ 11. HD.’nin söz konusu kararına göre böyle bir

⁷ HGK., E. 2004/156 K. 2004/194 T. 31.03.2004, *“Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının kural olarak resmi gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren ve geleceğe dönük olarak hüküm ve sonuç doğuracağı unutulmamalıdır. Bu nedenledir ki dairenin görüşünün aksine Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce iptal edilen yasa kuralına dayanılarak kesinleşmiş mahkeme kararının Anayasa Mahkemesi kararından etkilenmeyeceği açıktır. Daha açık anlatımla Anayasa Mahkemesinin iptal kararının, iptal edilen yasa kuralına dayanılarak daha önce verilip kesinleşmiş olan hükme etkili olması olanaklı değildir.”*

HGK., E. 2003/30 K. 2003/57 T. 05.02.2003, *Anayasa Mahkemesi kararlarının mahkemeleri bağlayıcı niteliği açıktır. Ne var ki bu etki yukarıda da açıklandığı üzere, hem kararın yayımlanması ile ortaya çıkar hem de yayımlandığı sırada derdest olan davalar açısından etkiye sahip olabilir. Zira, Anayasamızın 153. maddesinde iptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı ve geriye yürümeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Yayımlanmış kararın dahi geçmişe etkili olamayacağı açıkken yayımlanmamış iptal kararından önce kesinleşen bir hükmün varlığı halinde bu kesin hükme etkisinin olabileceğini düşünmek hukuk sistemimiz açısından olanaklı değildir.”*

⁸ 11. HD., E. 2018/5846 K. 2019/6803 T. 4.11.2019, *“2-İlk derece mahkemesince 06.01.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesinin 14.12.2016 gün ve 2016/148 Esas ve 2016/189 Karar sayılı kararı ile 556 sayılı KHK’nın 14. maddesinin iptaline karar verildiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına ve yargılama giderlerinin dava açılışındaki haklılık durumu nazara alınarak davalıya yükletilmesine karar verilmiş; kararın istinaf edilmesiyle inceleme yapan bölge adliye mahkemesi tarafından davanın yasal dayanağı ortadan kalktığından esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına değil reddine karar verilmesi gerektiği ancak, yine de davanın açılış anındaki haklılık durumu gözetildiğinde yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesi gerektiğine karar verilmiştir. 6100 sayılı HMK 326/1 maddesinde “Kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği” düzenlenmiş olup, somut uyuşmazlıkta*

durumda yargılama giderlerine ilişkin olarak da HMK m. 331 hükmünün takip edilmesi gerekir.⁹ Diğer bir ifade ile davaya dayanak kanun hükmünün iptal edilmesi halinde davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmeli ve yargılama giderlerine de tarafların davanın açıldığı tarihteki haklılık durumuna göre hükmedilmelidir.

Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir temyiz başvurusunda,¹⁰ ilk derece mahkemesi davada uygulanacak kanun hükmünün davalı lehine değişmesi nedeniyle davanın konusuz kaldığına ve “*davalının dava açılmasına sebebiyet verdiği göz önünde tutularak yasa yürürlüğe girmeseydi mahkemece kurulacak hükme göre yargılama giderlerinin paylaşılması gerektiği*” benimsenmek ve özellikle asıl alacak ile takdiren belirlenen cezai şart toplamı esas alınmak suretiyle, kabul ve redde esas olacak miktarlar üzerinden davacı ve davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu bu başvuruya ilişkin kararında kanun değişikliği sonucunda davanın konusuz kalacağını kuşkusuz olduğunu ifade ederek, yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Yargılama harç ve giderleri, kural olarak davada haksız çıkan tarafa, eş söyleyişle aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir (HUMK m.417/I; HMK 326). Bu cümleden olarak, davayı kazanan taraf, davayı bir vekil aracılığı ile takip

olduğu gibi davanın reddine karar verilmesi durumunda yargı giderlerinin davalıdan tahsil edileceğine ilişkin ayrıksı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla yürürlükteki yasal düzenlemelere güvenerek açılan ve haklı bulunan davada, dayanak yasal düzenlemenin Anayasa mahkemesince iptali nedeniyle hukuki dayanak kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına ilişkin İlk Derece Mahkemesi kararı usul ve yasaya uygun olduğu halde İlk Derece Mahkemesi kararına yönelik davacının istinaf başvurusunun reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, Bölge Adliye Mahkemesi kararının davacı taraf yararına bozulması gerekmiştir.” Benzer kararlar için bknz. 11. HD., E. 2019/1044 K. 2019/7779 T. 3.12.2019.

⁹ 11. HD., E. 2020/6068 K. 2021/3113 T. 31.3.2021, “06.01.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi’nin 14.12.2016 tarihli ve 2016/148 E., 2016/189 K. sayılı kararı ile iptal istemine dayanak KHK hükmünün iptali nedeniyle dava yasal dayanaktan yoksun kaldığından, davanın esası hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” ve dava tarihindeki haklılık durumuna göre de yargılama gideri ve vekalet ücreti konusunda karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”

¹⁰ HGK., E. 2009/421 K. 2009/526 T. 18.11.2009. Bununla birlikte HGK aşağıda yer verilen başka bir kararında Kanun hükmü değişikliği veya hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali halinde davanın reddine karar verilmesini hukuka uygun bulmuştur.

etmişse, haksız çıkan taraf, yargılama gideri olarak vekalet ücreti ödemeye de mahkum edilir (HUMK m.423/6).

Bir tarafın, dava açıldığı andaki mevzuata veya içtihat durumuna göre davasında veya savunmasında haklı olup da, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun hükmü veya yeni bir içtihadı birleştirme kararı gereğince davada haksız çıkmış olması halinde, yargılama giderlerine mahkum edilemeyeceği kuşkusuzdur.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, bir kimseye diğer tarafın dava giderlerinin yükletilmesinin nedeni, o kimsenin diğer tarafın gider yapmasına haksız olarak sebebiyet vermiş olmasıdır. İşte bu nedenledir ki, dava açıldığı anda haklı durumda bulunan tarafın, yargılama sırasında meydana gelen mevzuat değişikliği sonucu haksız duruma düşmesi halinde yargılama giderlerinden, dolayısıyla karşı tarafın vekalet ücretinden sorumlu tutulması olanaklı değildir.

Somut olayda davalı, yurt dışındaki görev süresi sona erdikten sonra Türkiye'ye dönüp göreve başlamayarak davanın açılmasına sebebiyet vermiştir. Davacı Üniversite tarafından davalıdan eğitim ve öğretim giderlerinin tahsilinin talep edildiği davada "hüküm kurulmasına yer olmadığına" dair verilen karar, yargılama sırasında yürürlüğe giren 5535 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanunda yapılan düzenlemenin sonucudur. Bu itibarla, dava açıldığı tarihte davacının göreve başlatılmasına dair bir karar henüz ortada bulunmadığından, **dava tarihi itibarıyla davacının dava açmakta haklı olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.**

Tüm bunların yanında; yukarıda açıklandığı üzere davacı, 5535 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce kendi irade ve takdiri ile davalıyı göreve başlatmıştır. Dava tarihinde davasında haklı bulunan davacının bu tutumu nedeniyle sonradan haksız duruma düşmesi de söz konusu değildir.

O halde, dava açıldıktan sonra hasıl olan hukuki ve fiili değişiklik nedeniyle, davacı İdare dava açılmasında haksız sayılamayacağı cihetle; **dava açıldığı anda haksız bulunan davalı yararına vekalet ücreti takdirine dair Yerel Mahkemece verilen direnme kararı usul ve yasaya aykırıdır."**

Öğretide kimi yazarlarca da davada uygulanmakta olan bir kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya kanun değişikliği yolu ile yürürlükten kaldırılması halinde, davanın konusuz kalacağı ifade edilmektedir.¹¹ Ancak bu görüşteki yazarların bir kısmı

¹¹ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III, İstanbul 2001, s. 3018-3019; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 965; IŞIK,

görüşlerini sadece bu konudaki HGK kararlarına dayandırmakta, kanun hükmünün iptali ile davanın konusuz kalması arasında bir bağlantı ve gerekçe kurmamaktadır.¹²

Öğretide Işık/ Özay'a göre de yürürlükte bulunan hükme dayalı olarak açılan dava devam ederken hükmün iptal edilmesi, davayı konusuz bırakan bir durumdur.¹³ Zira söz konusu dava açıldığı anda dinlenebilir iken, hükmün iptal edilmesi talebin yerindeliliğini etkilemekte ve bu da davacının hukuki koruma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır.¹⁴ Bu nedenle de iptal kararı sonrası davaya devam edilmesine gerek olmadığı gibi mahkemece de davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.¹⁵

Geçici 11. madde özelinde davanın konusuz kaldığı görüşünün kabul edilmesi halinde, geçici 11. madde uyarınca açılan davaların, HMK 331 hükmü çerçevesinde iptal kararı nedeniyle konusuz kaldığına ve esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir. Yargılama giderleri konusunda da davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre bir dağılım yapılması gerekir. Oysa ki davacı lehine ileri sürülen dava sebebine (vakıalara, olaylara) temel teşkil eden, bu çerçevede davanın karara bağlanılmasına temel dayanak olacak hukuki sebep ortadan kalkmıştır. Ancak taraflar arasında var olan dava konusu uyuşmazlık ise varlığını sürdürmektedir. Bu bağlamda HMK 331. maddesi davanın konusuz kalmasından bahsetmekle birlikte, iptal kararı üzerine konusuz kalmayan bir davaya uygulanması da sorun teşkil etmektedir.

B. Davanın Reddi Gerekeceği Görüşü

Yargıtay uygulamasında ortaya çıkan diğer bir durum ise sözü edilen durumlarda davanın reddine karar verilmesi gerektiğidir. Bu sonuç iptal kararı ile ortaya çıkan durumun derdest davaya uygulanması gerektiği şeklindeki görüşünün bir uzantısıdır. Buna göre *"eldeki dava sonuçlanıp kesinleşmeden bu davaya uygulanabilecek olan yasa metni Anayasa*

Melih/ ÖZAY, Osman Levent, "Sınırdış Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi", TBB Dergisi, 2021 (155), s. 391.

¹² Bknz. KURU, Cilt III, s. 3018-3019; UMAR, s. 965.

¹³ IŞIK/ ÖZAY, s. 391.

¹⁴ IŞIK/ ÖZAY, s. 391.

¹⁵ IŞIK/ ÖZAY, s. 391-392.

Mahkemesi'nce iptal edildiğine göre, iptal kararı sonucu oluşan durumun maddi anlamda kesinleşmemiş ve derdest olan eldeki davaya da uygulanması zorunludur."¹⁶

Yukarıda anılan davaya dayanak olan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde davanın konusuz kalacağına ilişkin 11. HD. kararlarının karşı oy yazılarında şu ifadelerle böyle bir durumda davanın reddine karar verilmesi gerektiği de ifade edilmiştir:

"Dava, 556 sayılı KHK'nın 14 ve 42. maddelerine dayalı olarak açılan markanın kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, dayanak maddeler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Davada uygulanacak hukuki sebebin (kanun hükmünün) Anayasa'ya aykırılığı davanın taraflarınca ileri sürülebileceği gibi mahkemede, hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Uygulanacak hükmün iptali halinde ise davacının netice-i talebini haklı kılacak bir kanun hükmü bulunmayacağından yani dava dayanaksız kalacağından bu durumda davanın konusu kalmayacağına veya karar verilemeyeceğine değil davanın reddine karar verilmesi gerekir.

HMK'nın 326/1 maddesi gereğince ise kanunda yazılı haller dışında yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağına ve somut uyuşmazlıkta olduğu gibi kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptali nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde yargılama giderlerinin ne suretle hükmedileceğine ilişkin kanunda aykırısı bir hükümde bulunmadığına göre davanın reddiyle,

¹⁶ HGK., E. 2013/183 K. 2013/1428 T. 2.10.2013; 8. HD., E. 2019/4481 K. 2019/11777 T. 26.12.2019, "Öyle ise, kesin hüküm halini almamış ve kazanılmış hakkın istisnasını teşkil eden bu durum karşısında 5841 sayılı Yasa hükümleri uyarınca davanın reddine ilişkin olarak kurulan hükmün, verildiği tarih itibarıyla doğru olduğu düşünülse ve ayrıca Anayasa'nın 153. maddesine göre iptal kararı geriye yürümezse de 10.3.1969 tarihli ve 1/3 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararının gerekçe bölümünde belirtildiği üzere iptal, kesin şekilde çözüme bağlanmış uyuşmazlıkları etkilemez ve henüz anlaşmazlık hali devam ediyorsa iptalin kapsamına girer. Öyleyse, davanın hak düşürücü süreden reddine ilişkin kurulan kararın Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararından sonra doğru olduğu söylenemez."

Davaya dayanak yapılan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, davanın reddine karar verilmesinin hukuka uygun olduğuna ilişkin karar örnekleri için bkz. HGK., E. 2011/331 K. 2011/308 T. 11.5.2011; 1. HD., E. 2011/12202 K. 2012/195 T. 30.01.2012; 1. HD., E. 2011/7330 K. 2011/10839 T. 24.10.2011; 20. HD., E. 2011/11177 K. 2012/141 T. 16.01.2012; 18. HD., E. 2014/5849 K. 2014/11229 T. 24.6.2014; 8. HD., E. 2019/4481 K. 2019/11777 T. 26.12.2019; 3. HD., E. 2020/4005 K. 2020/7705 T. 10.12.2020.

yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması gerekmekte, sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde davanın reddine karar verilmesine yönelik Yargıtay uygulamasına dayalı davanın reddine karar verilmesine yönelik Yargıtay uygulaması kanaatimizce de isabetlidir. Ancak aşağıdaki başlıkta ve devamında da ifade edildiği üzere bu halde yargılama giderlerine de hükmedilmesinin pozitif düzenleme içeren kanuni dayanağı sorunludur. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile birlikte geçici 11. maddenin hiç yokmuş gibi değerlendirilmesi ve mahkemenin oluşan yeni duruma göre (mevcut pozitif düzenlemelere göre) karar vermesi gerekir. Böyle bir durumda ise geçici 11. maddeden önceki hukuki duruma geri dönmüş olur ve bu borçlandırmalar nedeniyle açılan davaların özel başka nedenler bulunmadığı durumlarda reddi gerekir.

C. Alman ve İsviçre Hukukundaki Durum

Alman ve İsviçre hukukunda, görülmekte olan davada uygulanan kanun hükmünün değiştirilmesi veya iptal edilmesi halinde derdest davanın durumu, davanın esası hakkında karar verilmesine gerek olmayan bir hal veya davanın reddini gerektiren bir durum olarak zikredilmiştir.

Alman Medeni Usul Kanunu (dZPO) § 91a'da, davanın esası hakkında karar verilmeyecek durumlarda yargılama giderlerinin ne şekilde paylaşılacağına ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Alman öğreti ve uygulamasında davada uygulanan kanun hükmünün değiştirilmesi hali dZPO § 91a kapsamında değerlendirilmekte ve bu halde davanın esası hakkında karar verilmeden davanın sonuçlandırılacağı ifade edilmektedir.¹⁷ Buna karşılık davanın dayanağı olan kanun hükmünün Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) tarafından iptal edilmesi¹⁸ veya içtihadta bir değişiklik olması da¹⁹ § 91a kapsamında değerlendirilmemektedir.²⁰

¹⁷ PRÜTTING, Hans/ GEHRLÉIN, Markus/ HAUSHERR, Annika, ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022, ZPO §91a, Rn. 16; MüKoZPO/SCHULZ, ZPO § 91a Rn. 7; BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter, Zivilprozessordnung, 64. Auflage, München 2006, ZPO § 91a, Rn. 54; THOMAS, Heinz/ PUTZO, Hans/ HÜBTEGE, Rainer: Zivilprozessordnung, 41. Auflage, C.H. BECK, München 2020, ZPO § 91a, Rn. 5.

¹⁸ BGH NJW 65, 296.

¹⁹ BGH NJW 04, 1665.

²⁰ PRÜTTING/ GEHRLERİN/ HAUSHERR, ZPO §91a, Rn. 16; BGH NJW 04, 1665; ALTHAMMER, Christoph, ZÖLLER ZPO § 91a, Rn. 58; MUSIELAK, Hans-Joachim/

Bu hallerde Alman Anayasa Mahkemesinin (BVerfG) iptal kararı sonucu davanın en başından itibaren dayanaksız hale geldiği ve bu nedenle davanın reddedileceği ifade edilmektedir.²¹ Ayrıca bu halde yargılama giderlerinin dZPO § 91 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.²²

İsviçre Medeni Usul Kanunu (sZPO) m. 241’de feragat, kabul ve sulh ve m. 242’de diğer sebeplerde davanın konusuz kalması nedeniyle davanın esası hakkında karar verilmeksizin yargılamanın sona erdirileceği düzenlenmiştir. Yine sZPO m. 107’de davada haksız çıkan tarafın yargılama masraflarından sorumlu olacağına ilişkin sZPO m. 106 hükmünün bir davada uygulanmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği hallerde mahkemenin bu kuraldan ayrılarak, yargılama giderlerinden sorumluluğun paylaştırılmasında takdir hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. sZPO m. 107’de beş bent halinde, bu hükmün uygulanabileceği durumlar belirtilmiştir. Bunlar:

a. Davanın kural olarak kabul edildiği ancak talep miktarının belirlenememesi ve bu miktarın yargısal takdire bağlı olması veya talebin miktarının belirlenmesinin zor olması halinde;

b. Taraflardan biri iyi niyetle dava açmaya teşvik edilmişse;

c. Aile hukuku davalarında;

d. Medeni birliktelik davalarında (in Verfahren bei eingetragener Partnerschaft)

e. Davanın konusuz kalması nedeniyle reddedilmesi ve kanunun farklı bir paylaşım öngörmemesi halinde;

f. Yargılamanın sonucuna göre yargılama giderlerinin paylaştırılmasının adaletsiz görünmesine neden olan başka özel koşullar varsa”.

Dava açıldıktan sonra bir kanun hükmünün değişmesi veya iptal edilmesi öğretide ve uygulamada yukarıda bahsedilenler b bendi kapsamında değerlendirilmiştir.²³ Diğer bir ifade ile kanun hükmünün

VOİT, Wolfgang/ FLOCKENHAUS, Jasmin, Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022, § 91a Rn. 57; BAUMBACH, ZPO § 91a, Rn. 58; STEİN/ JONES/ BORK, ZPO § 91a, Rn. 8;

²¹ PRÜTTING/ GEHLER/ HAUSHERR, ZPO §91a, Rn. 16; MUSIELAK/ VOIT/ FLOCKENHAUS, ZPO § 91a Rn. 57.

²² STEİN/ JONES/ BORK, ZPO § 91a, Rn. 51;

²³ JENNY, David, Schulthes ZPO, Art. 107, Rn. 7. ZPO m. 107/I,b’ye ilişkin Kanun tasarısında uygulamadaki değişiklik nedeniyle davanın kaybedilmesi halinde

değişmesi veya iptal edilmesi davanın konusuz kalması kapsamında değil, davacının dava açarken iyiniyetli olarak hareket etmiş olması kapsamında değerlendirilmiştir.

Ç. Görüşümüz

Davanın konusuz kalması, hüküm verilmeksizin davanın sona erdirildiği hallerden biridir. Hukukumuzda dava konusunun ortadan kalkması hallerinde yargılamanın hüküm verilmesine gerek olmayan ancak sonra erdirilmesi gereken durumlarda, davanın konusuz kaldığı ifade edilmekte ve bu durumlarda HMK m. 331 uyarınca davanın esası hakkında karar verilmesine gerek olmadığına karar verilmektedir.²⁴

Davanın konusuz kalması terimi genellikle ihtilaflı talebin davacının iradesinden bağımsız bir hukuki veya fiili nedenle ortadan kalkması olarak anlaşılmaktadır.²⁵ Davanın konusuz kalmasının temelde iki sebepten kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bunlardan biri davanın konusu olan şeyin ortadan kaybolmasıdır. Örneğin teslimi istenen eşyanın veya tahliyesi talep edilen evin dava görülürken yok olması halinde, davanın konusuz kalmasında olduğu gibi. Bu sebeplerden bir diğeri ise davaya devam edilmesinde ve hüküm kurulmasına artık ihtiyaç kalmayan hallerdir.²⁶ Örneğin mali sonuçlu olmayan boşanma davasında eşlerden birinin ölmesi halinde, ölüm ile birlikte boşanma gerçekleştiğinden, artık boşanma hakkında karar verilmesine ihtiyaç yoktur.²⁷ İsviçre öğretisinde ve uygulamasında davanın açılmasından sonra davacının davaya yönelik hukuki yararının kesin olarak ortadan kalkması halinde de davanın konusuz kaldığı kabul edilmektedir.²⁸ İcra takibinden itirazın geri

hakimin bu bent uyarınca takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bknz. **STERCHI**, Martin H., BK ZPO, Art. 107, Rn. 7). Kendi davasında değiştirilen önceki bir uygulamaya güvenen bir taraf, beklenmedik bir şekilde kaybettiği davanın (tüm) masraflarıyla yükümlü tutulmamalıdır. (**ZOTSANG** Dheden C., Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich - Basel - Genf 2015, s. 201).

²⁴ **ATALI**, Murat, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017, s. 2041;

²⁵ BGE 91 II 146, 149 E. 1; **LEUMANN LIEBSTER**, Pascal, Schulthes ZPO, Art. 242, Rn. 2.

²⁶ **LEUMANN LIEBSTER**, Schulthes ZPO, Art. 242, Rn. 2; **KILLIAS**, Laurent, BK ZPO, Art. 242, Rn. 1.

²⁷ BGE 93 II 151, 153 f. E. 3a; 91 II 81, 85 E. 4.

²⁸ **KILLIAS**, BK ZPO, Art. 242, Rn. 1, 10. Davanın açılması esnasında davacının hukuki yararı yoksa davanın ZPO m. 59/II,b reddedilmesi gerektiği; ancak hukuki yararın davanın görülmesi esnasında sona ermesi halinde davanın konusuz kalması nedeniyle sona erdirilmesi gerektiği hakkında bknz. BGE 111 Ib 182 E. 2a; 109 II 165 E. 2.

alınmasından veya geçersizliğine karar verilmesinden sonra itirazın kaldırılmasına devam edilmesinde artık davacının hukuki yararı yoktur.²⁹ Ancak bu halde yargılama konusuz kalmış kabul edilmekte ve dava hükmü verilmeksizin sona erdirilmektedir.

Öğretide davanın konusuz kalmasının objektif ön koşulu olarak, davanın açılmasından sonra ancak hükümden önce meydana gelen ve davadaki durumu davacının istediği hukuki koruma amacına artık ulaşamayacağı şekilde değiştiren yargılama dışı bir olayın varlığı aranmaktadır.³⁰ Uyuşmazlık konusunun ortadan kalkmasının sübjektif ön koşulu ise gerçekleşen olay nedeniyle yargılamanın devam ettirilmesinin ve karara bağlanmasının mevcut ve pratik menfaatin artık kalmamasıdır.³¹

Davanın açıldığı sırada mevcut olan ve davaya dayanak olan hükmün dava açıldıktan sonra iptal edilmesi halinde kanaatimizce dava konusuz kalmamıştır. Davaya dayanak olan kanun hükmü, davada hukuki sebebi oluşturmaktadır. Davanın konusuz kalmasında ise yukarıda izah edildiği üzere ya davanın konusunun diğer bir ifade ile davadaki talep sonucunun yöneldiği şey ortadan kalkmakta ve bu konuda karar verilmesinin bir anlamı kalmamakta ya da tarafların iradeleri dışında meydana gelen bir olay nedeniyle davada artık karar verilmesinde davacının menfaati bulunmamaktadır. Davada dayanılan hukuki sebebin ortadan kalkması veya artık o hukuki sebebe dayanılamaması halinde, davanın konusu mevcudiyetini korumakta, hatta dava konusu hakkında karar verilmesinde tarafların menfaati devam etmektedir. Davanın dayanağı olan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, dava en başından itibaren dava sebebine (olaylara, vakıalara) uygulanacak olan hukuki sebep (kanun hükmü) temelsiz hale gelmektedir ve kanuni bir dayanağı bulunmayan bir davanın da esastan reddedilmesi gerekir.³²

Makalenin inceleme konusu olan geçici 11. madde uyarınca açılan davaların konusu, söz konusu borçlandırımların geçersizliğini tespit ettirmektir. Bu davada dava konusu, yapı kooperatifinin yapmış olduğu borçlandırmanın geçersizliğini tespit olup, dayanak olan geçici 11. madde

²⁹ BGE 110 III 13, E. 3.

³⁰ LEUMANN LIEBSTER, Schulthes ZPO, Art. 242, Rn. 3.

³¹ LEUMANN LIEBSTER, Schulthes ZPO, Art. 242, Rn. 3.

³² PRÜTTING/ GEHRLERİN/ HAUSHERR, ZPO §91a, Rn. 16; MUSIELAK/ VOIT/ FLOCKENHAUS, ZPO § 91a Rn. 57.

davanın hukuki sebebini oluşturmaktadır. Geçici 11. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde ise dava konusu varlığını korumakta, davaya uygulanması muhtemel hukuki sebep ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu halde yapı kooperatifinin yapmış olduğu borçlandırmanın geçersizliğinin dayandırılabilceği farklı bir hukuki sebep bulunmakta ise, davanın bu hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Eğer yapı kooperatifinin yapmış olduğu borçlandırmanın geçersizliğinin dayandırılabilceği başkaca bir hukuki sebep (Kanun hükmü) bulunmamakta ise davanın esastan reddi gerekir.

Davanın konusuz kalması nedeniyle davanın esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı ise, usule ilişkin bir karar olup maddi anlamda kesin hüküm de teşkil etmez. Buna karşılık davanın esastan reddi, maddi anlamda kesinleşmeye müsait bir karardır. Bu nedenle davanın hukuki sebebinin ortadan kalktığı durumda, davanın esastan reddi gerekir.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARININ YARGILAMA GİDERLERİNDEN SORUMLULUK ÜZERİNE ETKİSİ

Davanın dayanağı olan kanun hükmünün iptal edilmesi ve bu nedenle davanın esastan reddi halinde yargılama giderlerinden sorumluluğun belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira bu konuda Kanunumuzda özel bir düzenleme bulunmadığı gibi mahkemelerin uygulamaları da farklılıklar göstermektedir.

A. Uygulamadaki Durum

Davanın açılmasından sonra davanın dayanağı olan hükmün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi veya kanun değişikliği ile ortadan kaldırılması nedeniyle davanın reddi halinde yargılama giderlerinden sorumluluğun ne şekilde belirleneceği konusunda Yargıtay uygulamasında birlik bulunmaktadır.

Örneğin 1. HD. karşısına gelen bir olayda, davacının davanın açıldığı sırada haklı olduğu bir durumda dava görülmekte iken kanun değişikliği meydana gelmiş ve söz konusu değişiklik nedeniyle **davanın reddine karar** verilmiştir. Söz konusu karar 1. HD. tarafından "**davanın reddinde karar verilmesinde bir isabetsizlik olmadığı** ancak dava açıldığı tarih itibarıyla Hazinenin haklı olduğu, Yasa değişikliği nedeniyle davanın reddine karar verildiği anlaşıldığına göre **davalı yanın maktu harçla sorumlu tutulması gerektiği** ifade edilerek karar bozulmuştur. Bozma

üzerine ilk derece mahkemesi bozmaya uyarak yapılan yargılama sonucunda **davanın reddine, harç, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinden davalı tarafın sorumlu tutulmasına** karar vermiştir.³³

Yine benzer bir olayda 1. HD. davanın açıldığı sırada davacının haklı olduğu ancak **kanun değişikliği nedeniyle davanın reddi halinde yargılama giderleri ve avukatlık ücretinden davalıların sorumlu tutulması gereğine** değinilerek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.³⁴

HGK önünde gelen bir uyuşmazlıkta³⁵ ilk derece mahkemesi dava sırasında **kanun değişikliği nedeniyle davanın reddine, yargılama giderlerinin davacının üzerinde bırakılmasına** karar vermiştir. Temyiz incelemesini gerçekleştiren 1. HD. “davacı hazinenin dava tarihinde dava açmakta haklı olacağı dikkate alındığında ve yargılama sırasında yürürlüğe giren 5841 Sayılı Yasa gereğince **dava reddedildiğine göre davalının tüm yargılama giderlerinden ve avukatlık ücretinden sorumlu tutulması gerekeceğinde kuşku yoktur**” diyerek kararı bozmuştur. Karara ilk derece mahkemesi, “*davanın açıldığı tarihteki haklılık durumunun veya sonradan yürürlüğe giren yasanın, HUMK 417 maddesinde belirtilen ve yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilene yükleneneğine ilişkin genel usul kuralının istisnalarından olmadığı gerekçesiyle*” önceki kararda direnilmiştir. HGK olaya ilişkin şu değerlendirmeleri yapmıştır:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesinde (HMK m.33)“Hakim re’sen Türk kanunları mucibince hüküm verir....” şeklinde ifadesini bulan yasal ilke gözetildiğinde; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının bu gibi kesin hüküm halini almamış derdest dosyalar yönünden uygulanmasının zorunluluğu ortadadır. İptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı tarihten sonra, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, yürürlükteki yasaları uygulamakla yükümlü bulunan mahkemelerin ve giderek Yargıtay'ın, iptal kararı ile yürürlükten kalkan bir yasa maddesine dayanarak inceleme yapma ve karar verme yetkisi bulunmadığından, davanın açıldığı tarihteki mevzuat ve içtihatlara uygun olarak açılan davanın, anılan iptal hükmü nedeniyle reddi halinde, tarafların sorumluluğu bulunmadığından,

³³ 1. HD., E. 2011/12202 K. 2012/195 T. 30.01.2012. Bozmaya uyma neticesinde verilen ikinci karar da temyiz edilmiş ancak bu sırada kanun değişikliği Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine temyiz incelemesini yürüten 1. HD. iptal kararına göre tekrar karar verilmesi gerekir şeklinde karar vermiştir.

³⁴ 1. HD., E. 2011/7330 K. 2011/10839 T. 24.10.2011.

³⁵ HGK., E. 2011/331 K. 2011/308 T. 11.5.2011.

davada haksız çıkan taraf olarak nitelendirilip vekalet ücretiyle sorumluluklarına hükmetme olanağının bulunmadığı yönü de gözetilmelidir.

Diğer taraftan, dava devam ederken çıkan yasa nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde haklılık haksızlık söz konusu edilemez. Yasa; eldeki davalara da bu kanun hükmünün uygulanacağını hüküm altına almakla geriye dönük uygulamayı kabul etmiştir. Bu durumlara dava tarihi itibarıyla ve geriye dönük uygulama nedeniyle davanın açıldığı tarihte hak düşürücü sürenin dolmuş olacağı kabul edildiğinden artık haklılık ve haksızlığın araştırılması söz konusu olamaz...

Bu nedenle, aynı hususlara işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

8. HD. de benzer konuya ilişkin bir kararında “bir taraf dava açıldığı andaki mevzuata ve içtihat durumuna göre davasında haklı olup da, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren (geçmişe etkili) yeni bir yasa hükmü ya da yeni bir İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince davayı kaybederse, davada haksız çıkmış olmasına rağmen, yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağını” belirtmiştir.³⁶

4. HD. benzer bir olaya ilişkin kararında, davanın açıldığı mahkemenin görevinde meydana gelen daha sonraki değişiklik nedeniyle davanın usulden reddi halinde davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmeyeceğine karar vermiştir.³⁷

Aynı şekilde 3. HD. de davanın açılmasından sonra yürürlüğe giren yeni yönetmelik hükmü nedeniyle davada farklı bir karar verilmesi halinde, yargılama giderlerinin davanın açıldığı tarihteki durum esas alınarak belirlenmesi gerektiğine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir.³⁸

³⁶ 8. HD., E. 2019/4481 K. 2019/11777 T. 26.12.2019. Anılan bu kural yasal ve yargısal uygulamada kararlılık kazanmıştır. (Baki Kuru, Hukuk Usulü Muhakemeleri 5. cilt, sayfa 5338, dipnot 159; 10. H.D. 21.12.1976, 8770/8739 ve dipnot 160: 5. HD 12.09.1977, 5445/5655 dipnot 161: 10.HD 24.02.1976, 6296/1297)

³⁷ 4. HD., E. 2013/10577 K. 2013/12866 T. 3.7.2013, “...davacı, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’ nin yürürlükte bulunan 3. maddesi düzenlemesine göre görevli yargı yerinde davasını açmıştır. Şu halde davacı davasını açarken haklı konumda olup aleyhine olacak şekilde davalı taraf yararına vekalet ücretine karar verilemez.”

³⁸ 3. HD., E. 2020/4005 K. 2020/7705 T. 10.12.2020, “Davalının borcu, dava tarihinden sonra yürürlüğe giren Yasa ve Yönetmelik değişikliği hükümlerine göre belirlenmiş olduğundan; taraflar yararına hükmedilecek vekalet ücreti ile yargılama giderlerinin, dava tarihindeki haklılık miktarlarına göre tespiti gerekir. Bu sebeple; mahkemece, yargılama sırasında yürürlüğe giren 6318 sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu’nun 47. Maddesi ve 09.11.2013 tarihli yönetmelik değişikliği yürürlüğe girmemiş

Yine 13. HD. de “*davalının borçlu olduğu miktar, dava tarihinden sonra yürürlüğe giren yasalar ve yönetmelik değişikliği hükümlerine göre belirlenmiş olduğundan; taraflar yararına hükmedilecek vekalet ücreti ile yargılama giderlerinin, dava tarihindeki haklılık miktarlarına göre tespiti*” gerekeceğine karar vermiştir.³⁹

Benzer şekilde 18. HD. de davacının borcu yargılama sırasında yürürlüğe giren yasa hükümlerine göre yeniden belirlendiğine göre; taraflar vekili yararına hükmedilecek vekalet ücreti ile yargılama giderlerinin dava tarihindeki haklılık miktarlarına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁰

B. Yargılama Giderleri Bakımından Uygulamanın Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Davanın açılmasından sonra davanın dayanağı olan kanun hükmünün iptal edilmesi ve davanın esastan reddedilmesi halinde yargılama giderlerinden sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin Yargıtay’ın uygulaması esasen HMK’da bu konuda belirlenen (özellikle 326) kurallara uymamaktadır. Yukarıda incelenen 1. HD., 3. HD., 8. HD., 4. HD., 13. HD., 18. HD. ve HGK kararlarında kanun hükmünün iptali neticesinde davanın esastan reddedilmesi gerektiği belirtilmekte, ancak yargılama giderlerinin paylaşılmasında yorum yolu ile davanın konusuz kalmasına ilişkin esaslar benimsemektedir. Buna göre HMK m. 326/I uyarınca davanın esastan reddi halinde yargılama giderlerinin davacının sorumlu tutulması gerekeceği halde Yargıtay Hukuk Daireleri HMK m. 331/1 hükmüne benzer bir yorumla davanın açıldığı sırada davacının haklı olduğu ancak iptal kararı nedeniyle davanın reddi halinde yargılama giderleri ve avukatlık ücretinden davalıların sorumlu tutulması gerektiğini düşünmektedir.

Bununla birlikte yukarıdaki yer verilen ve HGK tarafından hukuka uygun bulunan ilk derece mahkemesinin direnme nedeniyle ortaya koyduğu gerekçe daha isabetlidir. İlk derece mahkemesine göre davanın açıldığı tarihteki haklılık durumunun veya sonradan yürürlüğe giren

olsaydı, davaya konu miktarın ret ve kabul edilecek miktarları bilirkişiye hesap ettirilip bu miktarlar üzerinden davada kendisini vekille temsil ettiren taraflar yararına vekalet ücreti ile yargılama giderine hükmedilmesi gerekmektedir.”

³⁹ 13. HD., E. 2017/1460 K. 2018/11493 T. 28.11.2018.

⁴⁰ 18. HD., E. 2011/11037 K. 2011/13037 T. 20.12.2011; 18. HD., E. 2014/5849 K. 2014/11229 T. 24.6.2014; 18. HD., E. 2014/10921 K. 2015/496 T. 15.01.2015; 18. HD., E. 2014/16436 K. 2015/5786 T. 13.4.2015; 18. HD., E. 2016/591 K. 2016/6364 T. 21.4.2016;

yasanın davada haksız çıkan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulacağına ilişkin HMK m. 326 (HUMK m. 417) hükmün istisnası değildir. Benzer şekilde yukarıda verilen 11. HD. kararının karşı oy yazısı da Kanunun bu konudaki hükümleri esas alındığında daha isabetlidir. Buna göre *HMK'nın 326/1 maddesi gereğince ise kanunda yazılı haller dışında yargılama giderleri aleyhine hüküm verilen taraftan alınacağına ve somut uyuşmazlıkta olduğu gibi kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptali nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde yargılama giderlerinin ne suretle hükmedileceğine ilişkin kanunda aykırısı bir hüküm de bulunmadığına göre davanın reddiyle, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması gerekmektedir.*

Bununla birlikte yukarıdaki incelenen Yargıtay kararlarında yargılama giderlerinden sorumluluğun dağıtılmasına ilişkin ortaya konulan gerekçelerin de göz ardı edilmemesi gerekir. Özellikle dava açıldığı anda haklı olan tarafın, yargılama sırasında verilen iptal kararı sonrası haksız duruma düşmesi halinde yargılama giderlerinden sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı düşecektir.⁴¹ Yine davanın açıldığı tarihteki mevzuat ve içtihatlarla uygun olarak dava açan kişinin iptal kararı nedeniyle davanın reddi halinde bu kişinin, davada haksız çıkan taraf olarak nitelendirilip vekalet ücretiyle sorumluluklarına hükmedilmemesi genel hukuk mantığının sonucudur.⁴² Ancak bu durumda davalı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi de hakkaniyete uygun değildir. Zira dava devam ederken Anayasa Mahkemesinin iptal kararını vermesinde ve bu nedenle davanın reddedilmesinde davalının etkisi de söz konusu değildir. Kanaatimizce davanın dayanağı olan kanun hükmünün iptali nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde ne davacının ne de davalının haklılık haksızlık durumu söz konusu edilemez.⁴³ Özellikle geçici 11. madde özetinde bu durum değerlendirilecek olursa, davanın reddine veya kabulüne karar verilmesinde ne davacıya ne de davalıya bir haklılık - haksızlık durumu yüklenememelidir. Zira geçici 11. madde düzenlenmeden önce davalı haklı iken geçici 11. maddenin düzenlenmesi davacıyı haklı konuma getirmiştir. Ancak akabinde geçici 11. maddenin iptali ile davalı tekrar haklı konuma gelmiştir.

Görüleceği üzere söz konusu gerekçeler yerindedir. Ancak bu gerekçelerin haklı olmasının, açık Kanun hükmünden ayrılmaya olanak

⁴¹ HGK., E. 2009/421 K. 2009/526 T. 18.11.2009.

⁴² HGK., E. 2011/331 K. 2011/308 T. 11.5.2011.

⁴³ HGK., E. 2011/331 K. 2011/308 T. 11.5.2011.

verip vermeyeceği belirsizdir. Diğer bir ifade ile davanın reddi halinde yargılama giderlerinden davacının sorumlu tutulması gerekirken; hâkimin davanın açıldığı zamanı dikkate alarak yargılama giderlerinden sorumluluğu belirleme konusunda takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı belirsizdir.

Kanaatimizce yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen HMK m. 326/1 hükmü bu konuda açık ve net olup, bu konuda hâkime takdir yetkisi de vermemiştir. HMK m. 326/1'e göre Kanunda özel olarak düzenlenen haller dışında, yargılama giderlerinden aleyhine hüküm verilen taraf sorumludur. Davaya dayanak olan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle davanın kaybedilmesi hali, maddede belirtilen ayrık hallerden biri değildir. Diğer bir ifade ile davanın iptal kararı neticesinde reddedilmesi HMK m. 326/1'in istisnası değildir. Bu nedenle geçici 11. madde uyarınca açılan davanın esastan reddedilmesi halinde yargılama giderlerinden davacının sorumlu tutulması pozitif düzenlemeye uygundur. Bir taraftan davanın esastan reddedilmesi diğer yandan HMK 331/1' e göre yargılama giderlerine davanın açılması anındaki haklılık durumu dikkate alınarak hükmedilmesi şeklinde bir uygulama ise hakkaniyete uygun düşmekte ise de HMK 326/1'in mevcut pozitif düzenlemesine uygun değildir.

C. Yargılama Giderleri Bakımından Düzenleme Önerisi

Mahkeme masraflarının kaybeden tarafa yüklenmesinin nedeni masraflara ve davaya, kaybeden tarafın sebep olduğu şeklindeki varsayımdır.⁴⁴ Ancak makale konusu durumda olduğu gibi davanın açıldığı sırada mevcut bulunan bir kanun hükmüne dayalı olarak açılan ancak dava görülürken kanun hükmünün iptal edilmesi veya değiştirilmesi nedeniyle davanın reddedilmesi halinde davayı kaybeden tarafından haksız olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, bu kişinin davaya, davanın açılmasına haksız olarak sebep olduğu da söylenemez. Bu gibi durumlarda yargılama masraf ve giderlerinden davayı kaybeden tarafın sorumlu olacağına ilişkin HMK 326/1 hükmünün uygulanması da hakkaniyetli değildir. Gerçekte bu hususta kanun boşluğu olduğu belirtilmelidir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda yargılama masraf ve giderlerden sorumluluğun belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi verilmesi; bu gibi hallerde sadece maktu harçların alınması ya da yargılama masraflarının devletin

⁴⁴ BGE 119 I a 1 ff., 2; JENNY, Schulthes ZPO, Art. 106, Rn. 2; ZOTSANG, s. 196.

üzerine bırakılması mümkün olabilmelidir. Bu hususta mehz İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 107 hükmü örnek alınabilir.

İsviçre Medeni Usul Kanununda yargılama giderlerinden sorumluluk HMK m. 326'nın da mehzını teşkil eden sZPO m. 106'da, yargılama masraflarının davayı kaybeden tarafça karşılanacağı ifade edilmiştir. Buna ek olarak sZPO m. 107'de, münferit davalarda sZPO m. 106'nın uygulanmasının katı ve adaletsiz olduğu durumlarda temel kuraldan sapılmasına izin veren bir hakkaniyet hükmü öngörülmüştür (Kanun tasarısı, ZPO, s. 7297).⁴⁵ Buna göre;

“Mahkeme aşığıdaki durumlarda yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin ilkelerinden ayrılabilir ve yargılama masraflarını takdirine göre paylaşabilir:

a. Davanın kural olarak kabul edildiği ancak talep miktarının belirlenememesi ve bu miktarın yargısal takdire bağlı olması veya talebin miktarının belirlenmesinin zor olması halinde;

b. Taraflardan biri iyi niyetle dava açmaya yönlendirilmişse/ teşvik edilmişse;

c. Aile hukuku davalarında;

d. Medeni birliktelik davalarında

e. Davanın konusuz kalması nedeniyle sona erdirilmesi ve kanunun farklı bir paylaşım öngörmemesi halinde;

f. Yargılamanın sonucuna göre yargılama giderlerinin paylaşılmasının adaletsiz görünmesine neden olan başka özel koşullar varsa”.

Davanın açıldığı sırada mevcut olan bir hükme dayalı olarak dava açan kişinin durumunun sZPO m. 107/I,b bendinde belirtilen *“davacının iyiniyetli olarak dava açmaya yönlendirilmiş olması”* kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. sZPO m. 107/I,b hükmünün davacının iyiniyetli olarak dava açması ancak sonraki öngörülemeyen nedenlerle davayı kaybetmesi halinde uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁴⁶ Buna örnek olarak ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilen bir davanın ikinci derece (istinaf) mahkemesi tarafından kanun değişikliği nedeniyle reddedilmesi halinin sZPO m. 107/I,b kapsamında değerlendirilebileceği ifade

⁴⁵ BOHNET, François/DROESE, Lorenz, Präjudizienbuch ZPO, 2018, Art. 107, Rn. 1; ZOTSANG, s. 198.

⁴⁶ JENNY, Schulthes ZPO, Art. 107, Rn. 7; STERCHI, BK ZPO, Art. 107, Rn. 1, 6; ZOTSANG, s. 201.

edilmektedir.⁴⁷ sZPO m. 107/I,b'ye ilişkin Kanun tasarısında uygulamadaki değişiklik nedeniyle davanın kaybedilmesi halinde hakimnin bu bent uyarınca takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸

İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 107 hükmü, hâkime sZPO m. 106'nun genel paylaşırma ilkelerinden sapmak isteyip istemediği konusunda takdir yetkisi verdiği gibi ayrıca sorumluluğun ne şekilde yapılacağına dair de takdir yetkisi vermektedir.⁴⁹ Bu durum, davayı kazanan tarafın yargılama masraflarının tamamını veya bir kısmını üstlenmesine neden olabilir.⁵⁰ Öğretide m. 107/I,b hükmünün uygulanmasında, davanın açılmasından sonra meydana gelen uygulama değişikliği ve kanun değişikliği gibi durumların tesadüfi durumlar olduğu diğer bir ifade ile davanın taraflarına bağlı bir durum olmadığı ifade edilmekte ve bu çerçevede bu gibi değişikliklerin meydana gelmesi halinde davayı kazanan tarafın masrafları üstlenmesinin haklı görülebileceği ifade edilmektedir.⁵¹ Bununla birlikte öğretide bu gibi durumlarda davanın sonucunu etkileyen değişikten davalının da sorumlu olmadığı, bu nedenle yargılama masraflarının takdire bağlı olarak davayı kazanan davalıya yüklenmesinin de sakıncalı olacağı ifade edilmiştir.⁵² Bu gibi durumlarda yargılama masraflarının sZPO 107/II uyarınca kantona yüklenebilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁵³

Ayrıca davanın açılmasından sonra davanın dayanağı olan hükmün iptali nedeniyle davanın reddi halinde, sZPO m. 107/I,f bendine göre hakim, yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda takdir hakkını kullanabilir. sZPO m. 107/I,f'e göre a-e bentlerinde açıkça düzenlenmeyen ve yargılamanın sonucuna göre olağan bir paylaşırma veya davayı kaybeden tarafın yargılama giderlerini ödemesini öngören ilkenin uygulanmasını adaletsiz kılan koşullar varsa, mahkeme yargılama

⁴⁷ JENNY, Schulthes ZPO, Art. 107, Rn. 7.

⁴⁸ STERCHI, BK ZPO, Art. 107, Rn. 7.

⁴⁹ BGE 5A_206/2019 E 3; 145 III 153 E 3.3.2.

⁵⁰ SUTTER-SOMM, Thomas/ SEILER Benedikt, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zürich - Basel - Genf 2021, Art. 107, Rn. 1; MOHS, OFK ZPO, Art. 107, Rn. 1; ZOTSANG, s. 199.

⁵¹ ZOTSANG, s. 201. Uygulamadaki bir değişikliğin sonucu olarak davanın reddedilmesi halinde, mahkeme masraflarının kaybeden tarafa yüklenmesi iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz (BOHNET /DROESE, Art. 107, Rn. 3).

⁵² URWYLER, Adrian/ GRÜTTER, Myriam, DİKE ZPO, Art.107, Rn. 3.

⁵³ SUTTER-SOMM/ SEILER, Art. 107, Rn. 6, STERCHİ, BK ZPO, Art. 107, Rn. 7.

masraflarından sorumluluğu kendi takdirine göre de belirleyebilir (Botschaft ZPO, s. 7297).⁵⁴

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, çalışma konumuz bağlamında önerimiz, HMK 326. maddeye fıkra eklenerek mahkemenin özellikle taraflardan birinin iyi niyetle dava açmaya yönlendirildiği, teşvik edildiği durumlarda yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin HMK 326/1 düzenlemesinden ayrılabilceği ve yargılama masraflarını takdirine göre paylaşırabileceği yönünde düzenleme yapılmasıdır. Bu şekilde bu gibi durumlarda yargılama masraf ve giderlerden sorumluluğun belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi verilmeli; bu taktir yetkisi çerçevesinde yargılama masraflarının tümünün devletin üzerine bırakılması da mümkün olabilmelidir.

SONUÇ

Davanın açıldığı sırada mevcut olan ve davaya dayanak olan kanun hükmünün dava açıldıktan sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde davanın konusuz kaldığından söz edilemez. Zira bir davaya dayanak olan kanun hükmü, davanın konusunu değil, davanın hukuki sebebini oluşturur. Hukuki sebebi oluşturan kanun hükmünün iptali halinde ise dava sebebine (olaylara, vakıalara) uygulanacak olan bir kanun hükmü kalmayan dava, en başından itibaren temelsiz hale gelir ve bu davanın esastan reddi gerekir. Uygulamanın da büyük ölçüde bu yönde olduğu söylenebilir.

Hukuki sebebin ortadan kalkması nedeniyle davanın reddi halinde yargılama giderlerinden sorumluluğun ne şekilde paylaşılacağı konusunda uygulama büyük ölçüde davanın konusuz kalması halinde yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin HMK m. 331'de öngörülen esasları benimsemektedir. Kanaatimizce bir taraftan davanın esastan reddilmesi diğer taraftan HMK 331/1'e göre yargılama giderlerine davanın açılması anındaki haklılık durumu dikkate alınarak hükmedilmesi şeklinde bir uygulama hakkaniyete uygun düşmekte ise de HMK 326/1'in mevcut pozitif düzenlemesine uygun değildir.

Yargılama giderlerinden sorumluluğun düzenlendiği HMK m. 326/1 hükmü açık ve net olup, bu kuraldan ayrılma noktasında hâkime takdir yetkisi tanımamaktadır. HMK m. 326/1'e göre Kanunda özel olarak düzenlenen haller dışında, yargılama giderlerinden aleyhine hüküm

⁵⁴ JENNY, Schulthes ZPO, Art. 107, Rn. 17; STERCHİ, BK ZPO, Art. 107, Rn. 21; ZOT-SANG, s. 210.

verilen taraf sorumlu tutulmalıdır. Davaya dayanak olan kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi nedeniyle davanın kaybedilmesi hali, maddede belirtilen ayrı hallerden biri değildir. Bu nedenle davaya dayanak olan kanun hükmünün iptal edilmesi halinde açılan davanın esastan reddedilmesi ve yargılama giderlerinden davacının sorumlu tutulması mevcut pozitif düzenlemelere de uygundur.

Bununla birlikte HMK'nın yargılama giderlerinden sorumluluğa ilişkin düzenlemelerinin, makale konumuza benzer durumlar için sunduğu çözüm tarzının yetersiz ve hakkaniyetsiz olduğu açıktır. Kanaatimizce HMK'nın yargılama giderlerine ilişkin kısmına mehaza benzer şekilde yargılama giderlerinden sorumluluğun paylaşılmasının hakkaniyete aykırı düşeceği durumlarda hâkime paylaşırma konusunda takdir yetkisi tanıyan bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Bu konuda bizim önerimiz İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 107'ye benzer bir düzenlemeye HMK'da da yer verilmesidir. Hatta bu tür durumlarda mahkeme yargılama giderleri bakımından Devlet'i de sorumlu tutabilmelidir. Bu suretle davanın sonucuna göre yargılama giderlerinin paylaşılmasının adaletsiz görünmesine neden olan koşulların bulunduğu durumlarda hâkim takdir yetkisini kullanarak daha adaletli bir paylaşım yapabilecektir.

KAYNAKÇA

- ATALI, Murat**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2017.
- BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter**, Zivilprozessordnung, 64. Auflage, München 2006.
- Berner Kommentar**, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012. (STERCHI, BK ZPO; KILLIAS, BK ZPO).
- BOHNET, François/DROESE, Lorenz**, Präjudizienbuch ZPO, 2018.
- BRUNNER, Alexander / GASSER, Dominik / SCHWANDER, Ivo**, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Dike Verlag 2016. (URWYLER, Adrian/ GRÜTTER, Myriam, DIKE ZPO).
- ÇELİK, Çelik Ahmet**, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Etkileri ve Sonuçları”, Terazi Hukuk Dergisi, 15(172), 2524-2543.
- GEHRİ, Myriam A./ Jent-SØRENSEN, Ingrid/ SARBACH, Martin**, Schweizerische Zivilprozessordnung, OFK - Orell Füssli Kommentar, 2. Auflage 2015. (MOHS, Florian, OFK ZPO)
- İŞİK, Melih/ ÖZAY, Osman Levent**, “Sınırdaş Tarımsal Arazi Maliklerinin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Derdest Davalara Etkisi”, TBB Dergisi, 2021 (155), s. 379-408.
- KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt III, İstanbul 2001.
- MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOÏT, Wolfgang/ Flockenhaus, Jasmin**, Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022.
- PRÜTTING, Hans/ GEHRLEIN, Markus/ HAUSHERR, Annika**, ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022.
- RAUSCHER, Thomas/ KRÜGER, Wolfgang**, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2020 (Mü-KoZPO/ SCHULZ, Andreas).
- STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin/ BORK, Reinhar**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 2, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- SUTTER-SOMM ,Thomas/ SEILER Benedikt**, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zürich - Basel - Genf 2021.

SUTTER-SOMM, Thomas/ HASENBÖHLER, Franz/ LEUENBERGER, Christoph (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016. (JENNY, Schulthes ZPO; LEUMANN LIEBSTER, Schulthes ZPO).

THOMAS, Heinz/ PUTZO, Hans/ HÜßTEGE, Rainer, *Zivilprozessordnung*, 41. Auflage, C.H. BECK, München 2020.

UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2014.

ZOTSANG, Dheden C., *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zürich - Basel - Genf 2015.

ZÖLLER, Richard/ HERGET, Kurt, ZÖLLER *Zivilprozessordnung*, 34. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2022. (ALTHAMMER, Christoph, ZÖLLER ZPO).

KİRA SÖZLEŞMESİNİN KİRACININ İFLASI SEBEBİYLE SONA ERMESİ (TBK m. 332)

Dr. Öğr. Üyesi Emre KÖROĞLU*

Öz

Kanun koyucu kira sözleşmesinin kiracının iflası sebebiyle sona ermesini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler kısmında olağanüstü bir fesih sebebi olarak madde 332'de düzenlemiştir. TBK m. 332'de belirtildiği üzere, kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas ettiği durumlarda kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini kiracıdan veya iflas idaresinden yazılı bir şekilde ve onlara uygun bir süre vererek isteyebilir. Verilen süre içerisinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, kira sözleşmesini herhangi bir fesih bildirim süresi ile bağlı olmaksızın hemen feshedebilir.

Çalışmamızda ilk olarak TBK m. 332'nin hukuki niteliği ile uygulama alanı açıklanmıştır. Sonrasında TBK m. 332'nin uygulanması için gerekli olan şartlar inceleme konusu yapılmıştır. En nihayetinde ise, TBK m. 332'nin hüküm ve sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

• Kira Sözleşmesi • Kiracı ve Kiraya Veren • İflas • Güvence • Sona Erme

* Dr. Öğr. Üyesi. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye *Asst. Prof. Dr., Eskişehir Osmangazi University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Eskişehir, Turkey.

✉ emre.koroglu@ogu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4293-2749.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KÖROĞLU, Emre: "Kira Sözleşmesinin Kiracının İflası Sebebiyle Sona Ermesi (TBK m. 332)", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 489-526.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

THE TERMINATION OF THE LEASE CONTRACT DUE TO THE BANKRUPTCY OF THE TENANT (TCO art. 332)

Abstract

The legislator has regulated the termination of the lease contract due to the bankruptcy of the tenant in article 332 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 as an extraordinary reason for termination in the general provisions regarding the lease contract. As stated in TCO art. 332, if the tenant bankrupts after handing over the leased property, the lessor may request a warranty in writing from the tenant or the bankruptcy administration for the rental amounts to be processed, by giving them a reasonable time. If no warranty is provided within the specified time, the lessor may immediately terminate the lease contract without requiring a new termination notification period.

In our study, firstly, the legal nature of TCO art. 332 and its application area are explained. Afterwards, the conditions necessary for the application of TCO art. 332 are examined. Finally, the provisions and consequences of TCO art. 332 are discussed.

Key Words

• Lease Contract • Tenant and Lessor • Bankruptcy • Warranty • Termination

GİRİŞ

Kanun koyucu, kira sözleşmesini sona erdiren genel sebeplere TBK m. 327 ile 333 arasında yer vermiş olup, bunlardan biri de bu çalışmanın da konusunu oluşturan kiracının iflasıdır. Kiracının iflası, TBK m. 332'de¹ kira sözleşmesinin olağanüstü bir fesih sebebi olarak düzenlenmiştir².

¹ TBK m. 332'nin düzenlenmesinde mehzaz kanunumuz İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'nun 266h maddesi esas alınmıştır. Bkz. OR Art. 266h "Kiralananın tesliminden sonra kiracı iflas ederse, kiraya veren işleyecek kira bedelleri için güvence talep edebilir. Kiraya veren, güvence gösterilmesi için kiracı ile iflas idaresine yazılı bir şekilde makul bir süre vermelidir. / Bu süre içerisinde kendisine herhangi bir güvence gösterilmezse, kiraya veren, sözleşmeyi fesih bildiriminde bulunmadan feshedebilir". OR Art. 266h'nin Almanca metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de (Erişim Tarihi: 01.02.2023). OR Art. 266h'nin İngilizce metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/en (Erişim Tarihi: 01.02.2023).

² EREN/ DÖNMEZ, kiracının iflasına dayalı fesih sebebinin, kiracının kira bedelini ödemede temerrüdüne benzetildiğini belirtmektedir. Bkz. EREN, Fikret/ DÖNMEZ, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi (EBHŞ), Cilt IV, TBK m. 207-392, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, TBK m. 332, N. 1; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 397, N. 1313.

İlgili maddede belirtildiği üzere, kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini kiracıdan ve iflas idaresinden³ yazılı bir şekilde, onlara uygun bir süre tanıyarak isteyebilir. Kiracı veya iflas idaresi kendisine tanınan süre içerisinde güvence vermezse, kiraya veren kira sözleşmesini herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir.

TBK m. 332 ile kiraya verene kira sözleşmesini sona erdirebilme imkanının sağlanmasındaki temel amaç, onun kira bedeli alacağını koruma altına almaktır⁴. Zira kiracı iflas ederse, onun gelecekteki kira bedellerini ödeyememesi ihtimalinin ortaya çıkması pek muhtemel olacaktır⁵. Böyle bir durumda ise, sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmazsa, kiraya veren, kira bedeli alamamasına rağmen, kira süresi boyunca kiralananın kiracı tarafından kullanılmasına katlanmak mecburiyetinde kalmış olacak, dolayısıyla da kira sözleşmesini yapmasındaki menfaati son derece zarar görecektir⁶. Bu bakımdan kiracının iflası durumunda, kiraya verenin sözleşmeyi devam ettirmesi her zaman kendisinden beklenemez. İşte Kanun

³ TBK m. 332'de "iflas masası" ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte bu ifadede mehzaz kanunumuz İsviçre Borçlar Kanunu madde 266h'ye uygun olarak "iflas idaresi (*die Konkursverwaltung*)"nin anlaşılması gerekmektedir. Bkz. Yukarıda dpt. 1. Zira iflas masası, iflas eden kişinin, yani müflisin haczedilebilen tüm mal ve haklarını içeren topluluktur. İflas idaresi ise, iflas masasının idaresi ile tasfiyesinde üçüncü kişilere karşı masanın kanuni temsilcisi olup, iflas masasının bir organıdır. Bu bakımdan çalışmamızda mehzaz kanunumuza uygun olarak iflas idaresi ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Bu konuda bkz. **KURU**, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 3, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993, s. 2868; **KURU**, Baki/ **AYDIN**, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 452; **PEKCANİTEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/ **ÖZEKES**, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 404; **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/ **HANAĞASI**, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 530.

⁴ **EREN/ DÖNMEZ**, EBHŞ, TBK m. 332, N. 1; **EREN**, s. 397, N. 1313.

⁵ **SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 173; **DOĞAN**, Murat, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 240; **DOĞAN**, Murat, Kira Sözleşmesi, Öz, M. Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 253.

⁶ **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 240; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 253; **URAL ÇINAR**, Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 135.

koyucu TBK m. 332 hükmü ile kiraya verene, gelecekteki kira bedellerinin ödenmemesini beklemeden kira sözleşmesini feshetme imkanını tanımıştır. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olsaydı, kiraya veren kiracısının iflasına rağmen mecburen onun kira bedelini ödememesini bekleyecek, bunun sonucunda da temerrüt ile hapis hakkı gibi zahmet isteyen hukuki yollarla haklarını korumak zorunda kalacaktı. Bu bağlamda da kendisine gerçek manada hukuki bir koruma sağlanamamış olacaktır⁷.

Çalışmamızda kiracının iflasına ilişkin TBK m. 332'nin hukuki niteliği, uygulama alanı, şartları ile hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

I. TBK M. 332'NİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kiracının iflası sebebiyle kiraya verene kira sözleşmesini feshetme hakkı tanıyan TBK m. 332 hükmü emredici nitelikte bir hükümdür⁸. Bu

⁷ SELİÇİ, s. 173; URAL ÇINAR, s. 135.

⁸ DOĞAN, Borçlar Özel, s. 254; HIGI, Peter/ WILDISEN, Christoph, Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, OR Art. 266h, N. 4; WEBER, Roger, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, OR Art. 266h, N. 2; LACHAT, David/ BOHNET, François, Commentaire romand Code des obligations I, 3e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle 2021, CO Art. 266h, N. 7; MÜLLER, Jürg P., SVIT - Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018, OR Art. 266h, N. 4; PERMANN, Richard, OFK - Orell Füssli Mietrecht Kommentar, Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 1. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007, OR Art. 266h, N. 1; PERMANN, Richard, OFK - Orell Füssli OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, OR Art. 266h, N. 1; MÜLLER-CHEN, Markus/ GIRSBERGER, Daniel/ DROESE, Lorenz, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2017, s. 151, N. 80; LORANDI, Franco, "Mietverträge im Konkurs des Mieters", Mietrechtspraxis, H. 1, 1998, s. 4; BIŞE, Michel/ PLANAS, Aurélie, Commentaire pratique Droit du bail à loyer et à ferme, 2ème édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle 2017, Art. 266h CO, N. 5; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022, s. 581; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 327; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 298; İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt II, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 259; ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m.299-332), 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 586; MAKARACI BAŞAK, Aslı, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 4, 5 (Madde 207-392), 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, TBK m. 332, N. 4; ANTALYA, Gökhan/ ÇAVDAR, Pelin, "İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26,

sebeple taraflar kiracının iflası durumunda kiraya verenin fesih hakkına sahip olmadığına yönelik aralarında bir anlaşma yapamayacakları gibi, kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini veya kiraya verenin herhangi bir güvence istemeksizin sözleşmenin feshini isteyebileceğini kararlaştıramazlar⁹.

II. TBK M. 332'NİN UYGULAMA ALANI

TBK m. 332 hükmünün uygulama alanı bulmasında kiralananın mutlaka taşınmaz niteliğini taşıması şart değildir. Kiralananın taşınır olduğu durumlarda da söz konusu hüküm uygulanabilmektedir¹⁰.

TBK m. 332 hükmü sistematik açıdan Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler kısmında yer aldığından, temelde belirli veya belirsiz süreli adi kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte bu hükmün konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulmasında herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır¹¹. Çünkü ilk olarak konut ve çatılı işyeri kira

S. 1, 2020, s. 228; **SIRATAŞ**, Burcu, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 90; **YILMAZ**, Saadet, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 112; **BABACAN**, Burak, Sözleşmenin Sona Ermesi, Özdemir, Hayrunnisa (Editör), Kira Hukuku Davaları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 715.

⁹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 4; **LCHAT/ BOHNET**, CR, CO Art. 266h, N. 7; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 581; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 254; **ACAR**, s. 586; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 4; **ANTALYA/ ÇAVDAR**, s. 228; **SIRATAŞ**, s. 90; **YILMAZ**, s. 112; **GIGER**, Hans, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 260-266o OR, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, OR Art. 266h, N. 6.

¹⁰ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 3; **PERMANN**, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 1; **PERMANN**, OFK, OR Art. 266h, N. 1; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 241; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 254; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 328; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 298; **BABACAN**, s. 715; **HULLIGER**, Urban/ **HEINRICH**, Peter, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184 - 318 OR, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, OR Art. 266h, N. 1.

¹¹ Aynı yönde, **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 10; **BISE/ PLANAS**, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 1; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 580; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 46, 241; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 254; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 329; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 299; **ACAR**, s. 586; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 1; **URAL ÇINAR**, s. 136, 139, dpt. 104; **SIRATAŞ**, s. 90; **YILMAZ**, s. 111; **GUHL**, Theo/ **KOLLER**, Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels - und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000, s. 448, N. 189;

sözleşmelerine ilişkin TBK m. 347/ f. 3'te "*Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir*" şeklinde ifadeye yer verilerek kira sözleşmesini sona erdiren genel sebeplere açık bir şekilde yollamada bulunulmuştur. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nda kiracının iflasına dayalı fesih sebebinin konut ve çatılı işyeri kiralarda uygulanmasını engelleyecek bir düzenleme bulunmamaktadır. İkinci olarak, Kanun koyucu kira sözleşmesinin bir başka türü olan ürün kirasına ilişkin olarak TBK m. 370'te kiracının iflasını özel olarak düzenlemişken, konut ve çatılı işyeri kiralarda böyle bir özel

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2012, s. 247, N. 269; **SUNGURBEY**, s. 146; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Yayınevi Yok, İstanbul 1977, s. 592; **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt I/ 2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 228; **AYDINLIYIM**, Suat, Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, 1. Baskı, Yayınevi Yok, Ankara 1972, s. 13; **ARPACI**, Abdülkadir (**HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona), Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 250; **BURCUOĞLU**, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 277; **ARPACI**, Abdülkadir, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, 1. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 2002, s. 147; **ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 335; **AKINCI**, Şahin, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Türk-Kazak Hukuku, 1. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 140; **ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 352; **AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 600; **AKKANAT**, Halil, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnceoğlu, M. Murat (Derleyen), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 262; **ARAT**, Ayşe, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Kira Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2009, s. 31; **AYDIN**, Gülşah Sinem, Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 173; **ÖZKANOĞLU**, Neşe, 6098 sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 86; **KALENDER**, Ahmet, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, 2017, s. 31.

818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6570 sayılı Kanun yürürlüğü döneminde aksi yönde, **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1980, s. 616, dpt. 298; **BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1971, s. 179.

düzenlemeye ayrıca yer verme ihtiyacı hissetmemiştir. Kanaatimizce Kanun koyucu, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, genel düzenleme niteliğini taşıyan TBK m. 332'nin uygulanmasını amaçladığı için bu şekilde bir tercihte bulunmuştur. Kanun koyucu bu düzenlemenin konut ve çatılı işyeri kiralalarında uygulanmasını istemeseydi, bunu yasaklayan bir düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça yer verirdi.

TBK m. 332 hükmü, ifa güçsüzlüğüne ilişkin TBK m. 98'in¹² özel görünümü niteliğinde bir düzenleme olup, onun tamamlayıcısıdır¹³. TBK m. 98 hükmü karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi, özellikle de iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle hakkı tehlikeye düşen diğer tarafa güvence isteme ve sözleşmeden dönme hukuki imkânlarını sağlamakta iken, TBK m. 332 hükmü, sadece kira sözleşmeleri açısından ve sadece kiracının iflası durumunda kiraya verene güvence isteme ve sözleşmeyi sona erdirme hukuki imkânlarını tanıyan bir düzenlemedir¹⁴. Görüldüğü üzere TBK m. 332, TBK m. 98'e paralel bir içeriğe sahip olduğundan, TBK m. 98 genel hüküm, TBK m. 332 ise özel hüküm niteliğini taşımaktadır¹⁵. Ancak her iki hükmün arasında içeriğe ilişkin birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, ilk olarak, TBK m. 98'den farklı olarak, TBK m. 332 hükmü sadece kiracının iflas etmesi durumunda uygulama alanı bulmakta, buna karşılık kiracı hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması veya kiracı aleyhine geçici aciz vesikasının düzenlenmesi veya kiracının

¹² TBK m. 98 ile ilgili kapsamlı bilgi için bkz. **ÇAVDAR**, Pelin, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 36 vd.

¹³ **GIGER**, BK, OR Art. 266h, N. 10; **PERMANN**, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 1; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 2; **LCHAT/BOHNET**, CR, CO Art. 266h, N. 2; **FEYZİOĞLU**, s. 615, dpt. 295; **TANDOĞAN**, s. 227; **SELİÇİ**, s. 172; **BURCUOĞLU**, s. 276-277; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 581; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 241; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 253; **ACAR**, s. 586; **ANTALYA/ÇAVDAR**, s. 228; **ÇAVDAR**, s. 259; **GAUCH**, Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, 1. Auflage, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1968, s. 105, 108; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 273; **ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN**, Pelin, Madde 337, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s. 179.

Kanun koyucu da bu hususu TBK m. 332'nin gerekçesinde şu şekilde ifade etmiştir: *"Maddede, karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından genel hüküm niteliğindeki Tasarının 97'nci (TBK'nın 98'inci) maddesinin özel bir uygulama alanı olarak, sadece iflası kapsayacak şekilde düzenleme yapılmıştır"*.

¹⁴ Ayrıca bkz. **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 241.

¹⁵ **ANTALYA/ÇAVDAR**, s. 228; **ÇAVDAR**, s. 259.

ödemelerini tatil etmesi gibi diğer ifa güçsüzlüğü durumları kapsamına girmemektedir¹⁶. Yine, TBK m. 98’de, diğer tarafın sözleşmeden dönebilmesi için hakkının tehlikeye düşmesi olgusunun şart olarak aranmasına rağmen, TBK m. 332’de bu olgu aranmamakta, kiracının sırf iflas etmiş olması sözleşmenin feshi için yeterli bir sebep olarak kabul edilmektedir¹⁷. En nihayetinde, TBK m. 98’de güvence gösterilmesine ilişkin bildirim herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. TBK m. 332’de ise, söz konusu bildirim yazılı bir şekilde yapılması şart olarak aranmıştır.

TBK m. 332 hükmü TBK m. 98’in özel bir görünümü niteliğini taşıdığından bu iki hükmün uygulama alanları birbirinden farklı olup, bunlar birbirleriyle yarışma halinde değildirler¹⁸. TBK m. 332 hükmü sadece kiraya verenin işleyecek olan kira bedelleri alacağı açısından uygulama alanı bulabilmektedir¹⁹. Kiraya veren işlemiş olan, birikmiş kira bedeli alacağını güvence altına almak amacıyla TBK m. 332’ye başvuramaz²⁰. Kiraya veren bu tür durumlarda TBK m. 98 aracılığı ile birikmiş kira bedeli alacağını güvence altına alabilir²¹. Keza TBK m. 332’nin uygulama alanı bulması için kiralananın kiracıya teslim edilerek onun kullanımına sunulmuş olması gerekmektedir²². Kiralananın teslim edilerek kullanıma sunulması zilyetliğin devri yollarından herhangi biri ile yerine getirilebilir²³. Kira sözleşmesinin yapılmakla birlikte kiralananın henüz kiracıya teslim

¹⁶ ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 228-229; ÇAVDAR, s. 261.

¹⁷ ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 229; ÇAVDAR, s. 261.

¹⁸ ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 233; ÇAVDAR, s. 262.

¹⁹ TBK m. 332’nin gerekçesi: “Ayrıca aynı maddede, süre verilmesine ilişkin bildirim yazılı şekilde olması aranmış, “birikmiş kiralalar” ise genel hükümlere tabi olduğu için, kapsam dışı tutulmuştur”.

²⁰ Oysaki 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü döneminde kiraya veren sadece işleyecek kira bedelleri için değil, birikmiş kira bedelleri için de iflas sebebiyle güvence gösterilmesini isteyebiliyordu. Bkz. BK m. 261 “Kiracı iflas eder ve birikmiş ve işleyecek kiralalar için münasip müddet zarfında teminat da verilmezse kiralayan, kirayı feshe salâhiyet-tardır”.

²¹ DOĞAN, Borçlar Özel, s. 253.

Burada kiraya veren birikmiş kira bedeli alacağı sebebiyle ayrıca TBK m. 315 ile 352/ f. 2 hükümlerine başvurarak kira sözleşmesini feshedebilme imkanına da sahiptir. Bu konuda bkz. HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art.266h, N. 60; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 3; LCHAT/ BOHNET, CR, CO Art. 266h, N. 4; MÜLLER-CHEN/ GIRSBERGER/ DROESE, s. 151, N. 79; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 583.

²² KURU, s. 2966; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 3; EREN, s. 397-398, N. 1315; DOĞAN, Borçlar Özel, 253-254; SIRATAŞ, s. 90; ÖZKANOGLU, s. 91; PASQUIER, Bruno, Konkurs- und Schuldrecht - Grundfragen zum gegenseitigen Verhältnis, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, s. 63, N. 96.

²³ AYDIN, s. 157.

edilmediği durumlarda TBK m. 332 hükmü uygulanmaz²⁴. Kiraya veren bu ihtimalde TBK m. 98'e göre haklarını ileri sürebilir²⁵.

TBK m. 332 çerçevesinde kira sözleşmesini feshetme hakkına yalnızca kiraya veren sahip olup, kiracının veya iflas idaresinin böyle bir hakkı bulunmamaktadır²⁶. Burada kiraya verenin mutlaka kiracıyla kira sözleşmesini yapan kişi olması şart değildir. Kiralananın kira sözleşmesinin yapılmasından sonra devredilmesi durumunda, yeni malik TBK m. 310 gereğince kira sözleşmesinin tarafı olacağından, onun da TBK m. 332'ye göre sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır²⁷. TBK m 332

²⁴ GAUCH, s. 107; HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 23; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 2, OR Art. 266h, N. 2; PERMANN, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 1; PERMANN, OFK, OR Art. 266h, N. 1; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 8; GUHL/ KOLLER, s. 448, N. 189; LORANDI, s. 4; TANDOĞAN, s. 227; SELİÇİ, s. 172; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 582; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 327; GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, s. 298; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 2; BLUMER, Maja L., Kurzkomentar, Obligationenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014; VÖGELI, Andreas F., "Eigentümer im Konkurs des Mieters, Mieter im Konkurs des Eigentümers", Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Immobilien und Insolvenz, Schulthess Verlag, Zürich 2017, s. 92; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 290; AKÇAAL, Mehmet/ UYUMAZ, Alper, "Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 30. Yıl Armağanı, 2013, s. 319-320. Kira sözleşmesinin yapılmasından önce kiracının iflas ettiği durumlarda, kiraya veren sonradan somut olaya göre yanılmaya veya aldatmaya ilişkin hükümler çerçevesinde iptal hakkını kullanabilir. Aynı yönde, HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 22; HULLIGER/ HEINRICH, CHK, OR Art. 266h, N. 2; WEHRMÜLLER, Anna, Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen, Ein Vergleich der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019, s. 214, N. 492. Benzer yönde, İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 263-264; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 2.

²⁵ WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 2; HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 13; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 8; LACHAT/ BOHNET, CR, CO Art. 266h, N. 2; BLUMER, KUKO, OR Art. 266h, N. 2; HULLIGER/ HEINRICH, CHK, OR Art. 266h, N. 2; PERMANN, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 3; GAUCH, s. 107; GUHL/ KOLLER, s. 448, N. 189; KOLLER, s. 247, N. 269, Anm. 72; LORANDI, s. 4; WEHRMÜLLER, s. 214, N. 493; BISE/ PLANAS, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 8; HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019, s. 960, N. 3005b.

²⁶ DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 241; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256.

²⁷ GIGER, BK, OR Art. 261, N. 24; BÄTTIG, Hans, SVIT - Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018, OR Art. 261-261a, N. 17.

yalnızca kiracının iflası durumunda uygulama alanı bulan bir düzenleme olduğundan, kiraya verenin iflasında kira sözleşmesinin kiracı veya iflas idaresi tarafından feshi söz konusu olmamaktadır²⁸. İstisnai olarak, kiralanan kiraya verenin iflası dolayısıyla bir üçüncü kişiye satılırsa, konut ve çatılı işyeri kiralalarında yeni malik olan üçüncü kişinin TBK m. 310 ile 351'e dayanarak ihtiyaç sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirmesi mümkündür²⁹. Ancak iflas dolayısıyla yapılan satışın TBK m. 310 anlamında bir el değiştirme olarak kabul edilebilmesi için, kiralananın iflas kararının verilmesinden önce kiracıya teslim edilmiş olması gerekmektedir³⁰. Yani TBK m. 310 hükmü iflasın açıldığı anda kiralananın kiracıya teslim edilmiş olduğu durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Kiralananın iflasın açılmasından önce kiracıya teslim edilmemiş olduğu durumlarda iflas idaresi kiralananı kiracıya teslim etmek zorunda değildir³¹. Bu hususta iflas idaresinin kararı belirleyici olmaktadır. İflas idaresi, kira sözleşmesinin iflas masasının yararına olacağı sonucunu ulaşılarak kiralananı

Doktrinde ÖKTEM ÇEVİK'e göre, kiralananın devrinden önceki zaman zarfında eski malik tarafından kiracıya TBK m. 332'ye göre güvence göstermesi için uygun bir süre verilir ve sonrasında henüz süre dolmadan kiralanan devredilirse, yeni malik söz konusu uygun sürenin sonunda güvence gösterilmemesine dayanarak TBK m. 332 kapsamında sözleşmeyi feshetme imkanına sahip olur. Bkz. ÖKTEM ÇEVİK, Seda, Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 276.

²⁸ TANDOĞAN, s. 228; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 241; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 253.

²⁹ TANDOĞAN, s. 228; ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, s. 352; ÖKTEM ÇEVİK, s. 111-112, 245; ÖZEN, Burak, "Kira Konusunun Devri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 144; ÇABRİ, Sezer, "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 165, 173, 189-190; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 1, 2013, 156-157, 160-161; ALTINOK ORMANCI, Pınar, "Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: "Satım Kirayı Bozmaz" İlkesinin Sonuçları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, S. 24, 2013, s. 128, 131-132; KANIŞLI, Erhan, "Kira Sözleşmesinin TBK m. 351'e Göre Feshedilmesi Nedeniyle Kiracının Eski Malikten Tazminat Talebi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi 25. Yıl, Hukukta Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu, 2022, 215-216.

³⁰ ÖKTEM ÇEVİK, s. 112.; Doktrinde ÖZDEMİR ise, TBK m. 310 hükmünün ancak iflâs açılmadan önce kurulmuş bulunan kira sözleşmelerinde uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. ÖZDEMİR, s. 163.

³¹ ÖKTEM ÇEVİK, s. 112.

kiracıya teslim eder ve sonrasında kiralanan üçüncü bir kişiye satılırsa, TBK m. 310, buna bağlı olarak da TBK m. 351 uygulama alanı bulabilmektedir³².

III. TBK M. 332'NİN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR

A. Genel Olarak

Kiraya verenin kira sözleşmesini kiracının iflası sebebiyle feshedebilmesi için TBK m. 332'de belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir, aksi takdirde söz konusu şartlar bulunmadan kira sözleşmesi feshedilecek olursa, bu durum kira sözleşmesi üzerinde herhangi bir etki doğurmaz.

TBK m. 332'de fesih için aranan şartlar şunlardır: İlk olarak, kiracının iflasına karar verilmiş olmalıdır. İkinci olarak, kiraya veren tarafından kiracıya ve iflas idaresine güvence vermesi için uygun bir sürenin verilmiş olmalıdır. Son olarak ise, kiracı veya iflas idaresi verilen süre içerisinde yeterli miktarda güvence gösterememiş olmalıdır. Aşağıda sırasıyla bu şartlar açıklanmıştır.

B. Kiracının İflasına Karar Verilmiş Olması

TBK m. 332'ye göre kiraya verenin iflas sebebiyle kira sözleşmesini feshedebilmesi için kiracının mahkeme tarafından iflasına karar verilmiş olması gerekmektedir³³. Kanun koyucu TBK m. 332 hükmünde kiracının

³² ÖKTEM ÇEVİK, s. 112.

³³ "Dava, kiracının iflası nedeniyle TBK 332 uyarınca kira sözleşmesinin feshi ve tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı vekili, dava dilekçesinde davalı kiracının Bakırköy 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/359 Esas sayılı dosyası ile iflasına karar verildiğini, iflas masasına kayıt yapıldığını, davalıdan ve iflas masasından teminat verilmesi istendiğini, buna rağmen somut bir adım atılmadığını belirterek davalının kiralananı tahliyesini istemiştir. Davalı vekili iflas kararının temyiz aşamasında olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. 6098 sayılı TBK 332. maddesinde; "Kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bakırköy 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/359 Esas sayılı dosyasının UYAP sisteminden yapılan incelemesinde, davacıların kiracı ... San. Ve Tic. Ltd. Şti. Olduğu, davacının iflas erteleme talep ettiği, mahkemece 23.10.2013 te davanın reddi ile davacının 23.10.2013 itibarıyla iflasına karar verildiği, hükmün davacı ve müdahil tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 23. Hukuk dairesinin 2014/810 Esas, 5546 karar sayılı ilamı ile kararın bozulduğu, davanın derdest olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece davalı kiracı hakkında verilen iflas kararının bozulduğu, davanın

sırf iflas etmiş olmasını işleyecek kira bedellerinin ödenmesinin tehlikeye düştüğünün kabulü için başlı başına yeterli bir sebep olarak kabul etmektedir³⁴. Mahkeme tarafından iflasına karar verilmediği müddetçe, kiracının ekonomik durumunun bozulmasına dayanılarak TBK m. 332'nin vermiş olduğu imkândan yararlanılması mümkün değildir³⁵. TBK m. 332'nin uygulanmasında kiracının iflasına ilişkin mahkeme kararının ayrıca ilan edilmesi şart değildir³⁶. Kiracıya karşı icra takibinin yapıp bunun sonuçsuz kaldığı veya kiracının konkordato³⁷ ilan ettiği durumlarda da TBK m. 332 hükmü uygulama alanı bulmamaktadır³⁸.

TBK m. 332'nin uygulama alanı bulmasında kiracının iflas etmiş olması şart olarak arandığından, kiracının hakkında iflas kararı

derdest gözetilerek Bakırköy 11. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2013/359 Esas sayılı dosyasının bekletici mesele yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır." Y. 6. HD, 29.01.2015, E. 2014/13612, K. 2015/ 975 (www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 02.02.2023); Y. 6. HD, 13.04.1970, E. 810, K. 1647 (ERDOĞAN, Celâl, Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, 1. Baskı, Yayınevi Yok, Ankara 1986, s. 459-460).

Kiracının iflas sebepleri temelde ödemelerin tatil edilmiş olmasına (İİK m. 177), aciz haline (İİK m. 178) ve borca batıklığa (İİK m. 179) dayanmaktadır. Kiracının iflas sebepleri ile ilgili bilgi için bkz. AYDIN, s. 154-156.

³⁴ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 45.

³⁵ ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk Borçlar Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973, s. 42.

³⁶ Aynı yönde, MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 7; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 582; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 243; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 291; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 328; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 262; AYDIN, s. 153; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 3; BABACAN, s. 716.

Aksi yöndeki EREN/ DÖNMEZ, TBK m. 332'nin uygulama alanı bulması için, kiracının iflasının ilan edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 3; EREN, s. 398, N. 1315.

³⁷ Konkordatonun kira sözleşmesine etkisi ile ilgili olarak bkz. SARUHAN, Banu Bilge, "Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 84 vd.

³⁸ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 43; TANDOĞAN, s. 228; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 3; EREN, s. 398, N. 1315; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 243; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 254; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 262; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 3; SIRATAŞ, s. 90; ÖZKANOĞLU, s. 92.

Kiracının iflasının değil de sadece ödemededen aczinin söz konusu olduğu durumlarda, TBK m. 98 hükmünün uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. GAUCH, s. 107-108.

verilebilecek gerçek veya tüzel kişilerden biri olması gerekmektedir³⁹. Kural olarak ancak Türk Ticaret Kanunu gereğince tacir olanlar ile tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar iflasa tabidir. Ancak, İİK m. 43/ f. 1’de de belirtildiği üzere, tacir olmadıkları halde iflasa tabi tutulmuş olan kişiler de iflas yolu ile takip edilebilirler⁴⁰.

Kira sözleşmesinin kiracı tarafında bir kişi bulunabileceği gibi, birden fazla kişi de bulunabilir. Sözleşmenin kiracı tarafında bir kişinin bulunduğu durumlarda TBK m. 332’nin uygulanmasında herhangi bir zorluk bulunmamaktadır. Buna karşılık, kira sözleşmesinin kiracı tarafında birden fazla kişinin yer aldığı durumlarda TBK m. 332 hükmünün nasıl uygulama alanı bulacağıın ele alınması gerekmektedir. Burada ikili bir ayırımdan hareket edilebilir. İlk ihtimalde, kira sözleşmesinin kiracı tarafında yer alan kiracıların tamamı birden iflas etmiş olabilir⁴¹. Bu ihtimalde kiracıların tamamı hakkında iflas kararı verilmiş olduğundan TBK m. 332’nin uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. İkinci ihtimalde ise, kira sözleşmesinin kiracı tarafında yer alan kiracıların tamamı birden değil de içlerinden biri (ya da birkaçı) iflas etmiş olabilir. Burada kiraya verenin iflasa dayalı olarak kira sözleşmesini feshedebilmesi için söz konusu iflas eden kiracının (veya kiracıların) kira bedelinden kısmi sorumluluğunun bulunması şarttır⁴². Kira sözleşmesinin kiracı tarafında yer alan kiracıların kira bedelinden kısmi sorumluluğunun değil de müteselsil sorumluluğunun bulunduğu durumlarda, bunlardan biri (veya birkaçı) iflas ederse, kiraya veren iflas etmemiş olan kiracılar kirayı ödeme konusunda ödeme güçsüzlüğüne düşmediği sürece güvence

³⁹ DOĞAN, Borçlar Özel, s. 255; AYDIN, s. 153; BABACAN, s. 716.

⁴⁰ Tacir olmadıkları halde iflasa tabi tutulmuş olan kişiler şunlardır: 1. Şahıs şirketlerinin ortakları, 2. Miras ortaklığı, 3. Ticareti terk eden kişiler, 4. Banka yöneticileri ve denetçileri, 5. Sermaye piyasası kurumu ortakları ve yöneticileri. Bu konuda bkz. KURU, s. 2625 vd.; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 468 vd.

⁴¹ WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 5; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 582; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 255; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 227, dpt. 30; DILLIER, Julia, “Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen - unter besonderer Berücksichtigung der Auflösung des Mietvertrags”, Mietrechtspraxis, H. 4, 2017, s. 258.

⁴² WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 5; DILLIER, s. 259; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 255; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 293; AYDIN, s. 156; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 227, dpt. 30.

gösterilmesini talep edemez⁴³. Çünkü böyle bir durumda, iflas etmemiş olan kiracıların ödeme güçleri devam ettiğinden, kiraya verenin işleyecek kira bedeli ödemelerine ilişkin alacağı büyük bir tehlike altında olmamaktadır. İflas etmemiş olan müteselsil kiracıların ödeme güçsüzlüğüne düşme tehlikesinin var olup olmadığı, ancak kiraya verenin bu kiracıların ödeme gücü hakkında somut bir bilgiye sahip olması durumunda dikkate alınabilmektedir⁴⁴. Kiraya veren bu husustaki bilgiyi de söz konusu kiracılara, TBK m. 332'ye benzer bir şekilde, işleyecek kira bedellerini hangi oranda karşılamayı planladıklarını açıklamaları için bir son tarih vererek elde eder⁴⁵. Kiraya veren tarafından verilen tarihin sonunda iflas etmemiş olan kiracıların ödeme güçlerinin işleyecek kira bedellerini karşılamakta yetersiz kalacağı belirlenirse, artık kiraya veren TBK m. 332 çerçevesinde hareket edebilir⁴⁶. Bu durumda kiraya veren işleyecek kira bedelleri için güvence gösterilmesine ilişkin bildirimini müteselsil kiracıların tamamına birden yapar⁴⁷.

Kiraya verenin kiracının iflasına dayalı fesih hakkına sahip olmasında verilen iflas kararının hukuki sebebi ile iflasın kim tarafından talep edildiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴⁸.

C. Kiraya Veren Tarafından Kiracıya ve İflas İdaresine Güvence Vermesi İçin Uygun Bir Sürenin Verilmiş Olması

Kiraya veren TBK m. 332 çerçevesinde kira sözleşmesini doğrudan feshedememektedir. Kiraya verenin kira sözleşmesini iflasa dayalı olarak feshedebilmesi için öncelikle kiracıdan ve iflas idaresinden güvenme vermesini istemesi gerekmektedir⁴⁹. Burada belirtmemiz gerekir ki, kiraya verenin iflasın açılmasından sonra hemen güvence istemesi şart

⁴³ HIGI/ WILDISEN, ZK, Vorbem zu OR Art. 266-266o, N. 89; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 5; PERMANN, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 3; DILLIER, s. 259; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 272; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 16; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 293; AYDIN, s. 156; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 227, dpt. 30; SIRATAŞ, s. 92; YILMAZ, s.116; SCHMID, Hans, "Der gemeinsame Mietvertrag", Schweizerische Juristen-Zeitung, H. 87, 1991, s. 376.

⁴⁴ HIGI/ WILDISEN, ZK, Vorbem zu OR Art. 266-266o, N. 89; DILLIER, s. 259.

⁴⁵ HIGI/ WILDISEN, ZK, Vorbem zu OR Art. 266-266o, N. 89; DILLIER, s. 259.

⁴⁶ WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 5.

⁴⁷ İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 273.

⁴⁸ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 44; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 243-244; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 254.

⁴⁹ Y. 6. HD, 22.12.1972, E. 5443, K. 4756 (ERDOĞAN, s. 460).

değildir⁵⁰. Kiracının iflas durumu devam ettiği sürece ondan güvence göstermesi istenilebilir⁵¹.

Kiraya veren kiralananın tesliminden sonra kiracının iflas ettiği durumlarda, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesi talebini kural olarak iflas idaresinden istemelidir⁵². Çünkü, iflasın açılmasıyla birlikte kiracının borçları muaccel duruma gelmekte (İİK m. 195/ f. 1) ve kural olarak bütün mal, alacak ve hakları iflas masasına girmektedir (İİK m. 184/ f. 1). Bununla birlikte, TBK m. 332'nin açık lafzı gereğince kiraya verenin güvence talebini hem kiracıya hem de iflas idaresine bildirmesi gerekmektedir⁵³. Kiraya veren bu yöndeki talebini sadece kiracıya veya iflas

⁵⁰ MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 12; BISE/ PLANAS, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 11; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 583; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 328; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 264; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 7.

⁵¹ MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 12; BISE/ PLANAS, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 11; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 264; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 7.

⁵² İNCEOĞLU, güvence talebini içeren bildirim iflas idaresine gönderilmesinin zorunlu tutulmasının uygulamada sorunlara yol açabileceğini, zira iflas idaresinin henüz kurulmadığı süreçte kiraya verenin sözleşmeyi fesih hakkını sınırlandıracağını, uygulamada iflas idaresinin kurulmasının uzun zaman aldığı durumlarda ise, kiraya verenin elindeki tek imkanın TBK m. 315 hükmüne başvurmak olduğunu, ancak iflas etmiş kiracının aleyhine tahliye takibi başlatılmasının da mümkün olmadığını, dolayısıyla kiraya verenin kira bedellerini elde edememesine rağmen, TBK m. 332'de aranan şart yüzünden kira sözleşmesini devam ettirme tehlikesi altında kalacağını belirtmektedir. Bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 258-259.

⁵³ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 49; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 13; LORANDI, s. 7, 10; PASQUIER, s. 64, N. 97; ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, s. 180; AKÇAAL/ UYUMAZ, s. 320; REUDT, Daniel, "Zins- und Schadenersatzforderungen im Konkurs des Mieters und des Pächters – Einige Überlegungen zu Art. 266h und 297a OR", MietRecht Aktuell, H. 3, 2016, s. 116; KOUMBARAKIS, Zinon, "Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis", MietRecht Aktuell, H. 2, 2021, s. 76. TUNÇOMAĞ, 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü döneminde kiraya verenin güvence isteğine ilişkin bildirimini normal olarak iflas idaresine bildirmesi gerektiğini, zira İcra İflas Kanunu gereğince iflas idaresinin sözleşmeyi ifaya yetkili olduğunu belirtmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, s. 613. İNCEOĞLU, kanaatimizce de isabetli olarak kiralananın aile konutu niteliğini taşıdığı durumlarda, kiraya verenin kira sözleşmesine taraf olmayan eşe bildirimde bulunmasının şart olmadığını ifade etmektedir. Zira TBK m. 349/ f. 3'te kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması durumunda kiraya verenin fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiş olup, bu hüküm TBK m. 332 uygulamasında kıyasen göz önünde bulundurulur. Bu konuda bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 265.

idaresine bildiremez⁵⁴. Zira iflasın açılmasından sonra kiracı çok istisnai de olsa iflas masasına girmeyen mal, alacak ve haklarıyla güvence gösterebilir⁵⁵. Ayrıca iflas idaresinin istenilen güvenceyi vermemesi ihtimali

⁵⁴ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 49; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 4; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 292; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 328; “TBK’nun 332.maddesi kapsamında, kiracının iflası halinde kiraya verenin güvence verilmesi için kiracıya ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre vereceği, bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya verenin sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebileceği düzenlenmiş, hüküm altına alınmış ise de; somut olayda davacı/kiraya veren tarafından dava açılmadan önce sadece davalı/kiracıya yukarıda açıklanan ihtarnamenin gönderildiği, iflas masasına bu yönde herhangi bir başvuru ve talepte bulunmadan dava açıldığından, ayrıca, açıklanan yasal düzenleme gereğince yasal şartların oluşması halinde sadece sözleşmenin feshine karar verilebileceği halde, ilk derece mahkemesi tarafından davanın kabulüne ve kiralananın tahliyesine karar verilmiş olması doğru ve yerinde olmadığından, davalı vekilinin ilk derece mahkemesinin kararına ilişkin istinaf kanun yolu başvurusunun HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince kabulüne ...” Ankara BAM 15. HD, 2.04.2020, E. 2020/ 372, K. 2020/ 383 (Yayınlanmamıştır).

⁵⁵ Kiracının haczedilemeyen mal, alacak ve hakları (İİK m. 82), iflasın açıldığı anda tahakkuk etmiş olan ücretlerin, alacakların ve hakların haczedilebilen kısmını aşan oran (İİK m. 83) ve kiracının iflastan sonra çalışarak elde ettiği ücretler iflas masasına girmemektedir. İİK m. 82 “Aşağıdaki şeyler haczolunamaz: 1. Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar, 2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya, 3. Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireylerine ait kişisel eşya ile ailenin ortak kullanımına hizmet eden tüm ev eşyası, 4. Borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alat ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları, 5. Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları, 6. Borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları ve borçlu çiftçi ise gelecek mahsül için lazım olan tohumluğu, 7. Borçlu bağ, bahçe veya meyva veya sebze yetiştiricisi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan bağ bahçe ve bu sanat için lüzumlu bulunan alat ve edevat, Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maiyetleri için zaruri olan miktarı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları, 8. Borçlar Kanununun 510 uncu maddesi mucibince haczolunmamak üzere tesis edilmiş olan kaydı hayatla iratlar, 9. Memleketin ordu ve zabita hizmetlerinde malül olanlara bağlanan emeklilik maaşları ile bu hizmetlerden birinin ifası sebebiyle ailelerine bağlanan maaşlar ve ordunun hava ve denizaltı mensuplarına verilen uçuş ve dalış tazminat ve ikramiyeleri, Askeri malüllerle, şehit yetimlerine verilen terfi zammı ve 1485 numaralı kanun hükmüne göre verilen inhisar beyiye hisseleri, 10. Bir muavenet sandığı veya cemiyeti tarafından hastalık, zaruret ve ölüm gibi hallerde bağlanan maaşlar, 11. Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar, 12. Borçlunun haline münasip evi, 13. Öğrenci bursları./ Medeni Kanununun 807 nci

karşısında iflas masasına girmeyen mal, alacak ve haklarının da bulunmadığı durumlarda şahsen güvence veremeyecek olan kiracıya kendisi yerine güvence gösterecek bir üçüncü kişiyi bulma imkanının tanınması da gerekmektedir⁵⁶. Nitekim kiraya veren tarafından yapılan bildirim üzerine güvencenin mutlaka bizzat kiracı veya iflas idaresi tarafından verilmesi şart değildir. Güvence bir üçüncü kişi tarafından da gösterilebilir⁵⁷. Örneğin, kiracı, kendisine yapılan bildirim üzerine eşinin veya yakın bir akrabasının malvarlığından bir güvence gösterebilir. Burada belirtmemiz gerekir ki, TBK m. 332'ye rağmen kiraya veren güvence verilmesine yönelik bildirimini sadece kiracıya veya iflas idaresine göndermiş olabilir. Bu tür durumlarda kiracı veya iflas idaresi tarafından istenilen güvence gösterilirse artık güvence bildirimindeki eksikliğin herhangi bir önemi kalmamaktadır⁵⁸.

Kiraya veren kiracıya ve iflas idaresine güvence verebilmesi için uygun bir süre vermelidir. Kiraya verenin uygun bir süre verip vermediği

maddesi hükmü saklıdır. 2, 4, 5, 7 ve 12 numaralı bendlerdeki istisna, borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline munhasırdır./ Birinci fıkranın (2), (4), (7) ve (12) numaralı bentlerinde sayılan malların kıymetinin fazla olması durumunda, bedelinden haline münasip bir kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır./ İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir".

İİK m. 83 "Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir./ Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Birden fazla haciz var ise sıraya konur. Sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez".

⁵⁶ WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 4; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 292; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 32; BECKER, Hermann, Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht. 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Art. 184-551, Stämpfli Verlag, Bern, 1934, OR Art. 266, N. 28.

⁵⁷ BECKER, BK, OR Art. 266, N. 2; GIGER, BK, OR Art. 266h, N. 38; FEYZİOĞLU, s. 616-617; TUNÇOMAĞ, s. 613; ARPACI (HATEMİ/ SEROZAN), s. 249; BURCUOĞLU, s. 279; ARPACI, s. 146; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 3; EREN, s. 398, N. 1315; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 245; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 17; GUHL, Theo/ MERZ, Hans, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels - und Wertpapierrechts, 7. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1980, s. 385; BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973, s. 87.

⁵⁸ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 49.

somut olayın şartları dikkate alınarak adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre belirlenir⁵⁹. Örneğin, taşınır eşya ile bir park yerinin kiralandığı durumlarda bir haftalık süre yeterli olabilir⁶⁰. Ancak güvence verilmesi için belirlenen sürenin geçerli olması için, anlaşılabilir bir nitelik taşıması, hatta kesin bir son tarihi içermesi gereklidir⁶¹. Kiraya verenin fesih hakkını kullanabilmesi için kiracıya ve iflas idaresine uygun süre vermesi ona yükletilmiş bir külfet niteliğini taşımaktadır⁶². Bu sebeple kiraya veren, güvence gösterilmesi için bildirimde bulunmak zorunda değildir. Kiraya veren güvence gösterilmesi için bildirimde bulunmak yerine sözleşmeyi devam ettirme yönünde bir tercihte de bulunabilir⁶³. Kiraya verenin kiracıya ve iflas idaresine vermesi gereken uygun süreyi ileride herhangi bir uyuşmazlık yaşamamak adına mahkemeye tayin ettirmesi de mümkündür⁶⁴. Kiraya verenin bizzat kendisi tarafından verilen sürenin uygun bir süre olmadığı belirlenirse, onun tekrar bir süre vermesi gerekir⁶⁵.

⁵⁹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 56; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 6; **PERMANN**, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 8; **WEHRMÜLLER**, s. 215, N. 496; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 292; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 328; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 13; **URAL ÇINAR**, s. 142; **ÖZKANNOĞLU**, s. 92; **BABACAN**, s. 718. **HIGI/ WILDISEN**'e göre, süre kira sözleşmesinin niteliğine göre belirlenmelidir. Buna göre kısa süreli sözleşmelerde ortalama bir haftalık, diğer sözleşmelerde ise şartlar gereği iki haftalık süre yeterlidir. Bkz. **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 56. **PERMANN**'a göre makul süre en az iki-üç hafta olmalıdır. Bkz. **PERMANN**, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 8; **PERMANN**, OFK, OR Art 266h, N. 5. **HULLIGER/ HEINRICH**'e göre, taşınırın kiralandığı durumlarda on gün; taşınmazların kiralandığı durumlarda ise yirmi gün makul süre olarak yeterlidir. Bkz. **HULLIGER/ HEINRICH**, CHK, OR Art. 266h, N. 7. **MÜLLER**'e göre ise, süre genellikle yedi ile on dört günden uzun olmamalıdır. Bkz. **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 13. Ayrıca bkz. Cour de Justice de Genève vom 17. Oktober 2016, E. 2.1, Mietrechtspraxis, Jahr, 2017, Heft 4, s. 285-291.

⁶⁰ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 56.

⁶¹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 55.

⁶² **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 9; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 255.

⁶³ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 48.

⁶⁴ **TUNÇOMAĞ**, s. 613; **AYDINLIYIM**, s. 16; **ARPACI (HATEMİ/ SEROZAN)**, s. 249; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 242, 244; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 255; **AYDIN**, s. 161.

⁶⁵ **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 244; **URAL ÇINAR**, s. 143.

Ancak doktrinde **BLUMER** ve **MAKARACI BAŞAK**, itiraz durumunda verilen sürenin uygun bir süreye kadar uzatılmasının gerektiğini belirtirken, **İNCEOĞLU** ise, itiraz durumunda baştan yeni bir süre verilmedikçe yapılan fesih beyanının geçersiz

Kiraya veren güvence konusundaki bildirimini yazılı bir şekilde yapmalıdır⁶⁶. Kiraya verenin bildirimini yazılı bir şekilde yapmasının aranması sayesinde uygulamada ortaya çıkabilecek olan anlaşmazlıklar ile ispat hususunda yaşanabilecek sorunlar daha baştan engellenmiş olmaktadır⁶⁷. TBK m. 332’de bildirim yazılı yapılması geçerlilik şartı olarak aranmış olup, adi yazılı bir şekilde yapılması yeterlidir⁶⁸. Kiraya veren bildirimini yazılı olarak değil de sözlü bir şekilde yaparsa, bildirim geçersiz olacağından kira sözleşmesini feshetme hakkı ortaya çıkmaz. İstisnai olarak, bildirim geçersizliğine rağmen, kiracı veya iflas idaresi tarafından yine de güvence verilmiş olabilir. Bu takdirde kiraya veren kira sözleşmesini sona erdirmeye imkanına sahip olamayacağı için geçerlilik şartının hukuken bir önemi kalmaz⁶⁹.

Kiraya verenin vermiş olduğu süre bildirim kiracıya ve iflas idaresine ulaşması ile işlemeye başlar. Bununla birlikte bildirim kiracı ile iflas idaresine farklı tarihlerde ulaşmış ise, her birine hangi tarihte ulaşmış ise o tarihten itibaren süre işlemeye başlar⁷⁰.

Kiracı ile iflas idaresinin süre verilse de güvence göstermeyeceğini bildirim yapılmadan önce belirttiği durumlarda, artık süre verilmesi bir anlam ifade etmeyecek olup, kiraya verenin süreye yönelik bildirimde bulunmasına gerek bulunmamaktadır⁷¹. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere, TBK m. 332’nin amacı kiraya verene koruma sağlamaktır. Bu

olduğunu söylemektedir. Bkz. **BLUMER**, KUKO, OR Art. 266h, N. 2; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 13; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 268.

⁶⁶ Buna karşılık 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda ise, yazılı veya yazısız bir süre verme öngörülmeden, “*münasip bir müddet zarfında teminat verilememesi*” durumunda kiraya verenin sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmiştir. **ÖZ**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 68.

⁶⁷ **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 242; **DOĞAN**, Murat/ **BAYGIN**, Cem, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, 2005, s. 116-131, s. 125.

⁶⁸ **BİSE/ PLANAS**, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 13; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 12; **SIRATAŞ**, s. 91.

⁶⁹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 53.

⁷⁰ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 51; **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 17; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 268; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 14; **YILMAZ**, s. 121-122.

⁷¹ **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 13; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 269; **YILMAZ**, s. 122.

bakımdan kiracı ile iflas idaresine süre verilmesinin gereksiz olduğunun açıkça görüldüğü durumlarda, kiraya vereni yine de süre vermeye zorlamak bu amacın gerçekleşmesi açısından bir çelişkiye yol açacaktır⁷².

D. Kiracının veya İflas İdaresinin Verilen Süre İçerisinde Yeterli Miktarda Güvence Gösterememiş Olması

Kiracının veya iflas idaresinin göstereceği güvence, kiraya veren tarafından yapılan bildirimden sonra işleyecek olan kira bedellerini kapsamaktadır⁷³. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü döneminde, doktrininde⁷⁴ kira sözleşmesinin muacceliyet kaydı içerdiği durumlarda, kiracının henüz iflas etmemiş olduğu zaman zarfında bir kira bedelini vaktinde ifa etmemesi sebebiyle diğer kira bedelleri de muaccel olursa, bunlar için de güvence istenilebileceği belirtilmektedir. Zira BK m. 261'de TBK m. 332'den farklı olarak, kiraya verenin işlemiş kira bedeli alacakları için de güvence verilmesini isteyebileceği yer almaktadır. Ancak TBK m. 332'de sadece işleyecek olan kira bedelleri için güvence istenebileceği belirtildiğinden⁷⁵, kanaatimizce kiraya veren muacceliyet kaydı sebebiyle muaccel olmuş kira bedelleri için bu madde kapsamında artık güvence

⁷² ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 231.

⁷³ Aynı yönde, HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 59-60; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 6; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 255; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 266.

Aksi yöndeki LORANDI ile AYDIN, iflasın açılma anından itibaren işleyecek olan kira bedelleri için güvence istenilebileceğini belirtmektedir. Bkz. LORANDI, s. 7; AYDIN, s. 159.

⁷⁴ AYDINLIYIM, s. 16; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 244-245.

⁷⁵ Konut ve çatılı işyeri kiralalarında muacceliyet kaydına yer verilmesi durumunda, bunlar TBK m. 346/ f. 2 gereğince geçersizdir. Bu sebeple muacceliyet kaydı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğü döneminde sadece adi kira sözleşmeleri açısından söz konusu olmaktadır. Bu konuda bkz. ÖZ, s. 75; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 307; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 108, 116; DOĞAN, Murat, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2012, s. 508; İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Sözleşmelerine İlişkin Başlıca Değişiklik ve Yenilikler, Kırcı, Çiğdem (Derleyen), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 191-192; İNCEOĞLU, Murat, Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi, İnceoğlu, M. Murat (Derleyen), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 253-254; DEMİR, Mehmet, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 67.

isteyemeyecektir⁷⁶. Bu ihtimalde kiraya veren ya TBK m. 98'e göre kiracıdan güvence isteyecek ya da TBK m. 315 çerçevesinde kira sözleşmesini feshedecektir⁷⁷.

Kiracı veya iflas idaresi tarafından verilecek olan güvencenin miktarı konusunda TBK m. 332'de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Aslında güvence miktarı ile ilgili olarak TBK m. 332'de açık bir kritere yer verilmesi olması gereken hukuk açısından daha isabetli olurdu. Zira benzer bir durum 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü döneminde BK m. 261 açısından da söz konusuydu. Güvence miktarı konusunda doktrinin çoğunluğu tarafından belirtildiği üzere⁷⁸, kira sözleşmesinin belirli süreli olarak yapıldığı durumlarda kararlaştırılan sürenin sonuna kadar⁷⁹, belirsiz süreli olarak yapıldığı durumlarda ise, fesih bildiriminin yapılabileceği ilk dönemin sonuna kadar işleyecek olan kira bedellerini kapsayacak bir miktarda güvence verilmesi gerekmektedir. Yine doktrinde güvencenin belirlenmesinde kira bedellerinin yanında yan giderlerin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰. Kanaatimizce TBK m. 332'nin açık

⁷⁶ Aynı yönde, **URAL ÇINAR**, s. 142. Aksi yönde, **AYDIN**, s. 159.

⁷⁷ **URAL ÇINAR**, s. 142.

⁷⁸ Bkz. **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 7; **LCHAT/BOHNET**, CR, CO Art. 266h, N. 3; **PERMANN**, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 4; **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 22; **BLUMER**, KUKO, OR Art. 266h, N. 2; **GUHL/KOLLER**, s. 448, N. 189; **HULLIGER/HEINRICH**, CHK, OR Art. 266h, N. 5; **KOLLER**, s. 247, N. 269; **HUGUENIN**, s. 960, N. 3005b; **MÜLLER-CHEN/ GIRSBERGER/ DROESE**, s. 151, N. 78; **LO-RANDI**, s. 10; **REUDT**, s. 117; **WEHRMÜLLER**, s. 215, N. 495; **KOUMBARAKIS**, s. 76; **TANDOĞAN**, s. 229; **ARPACI (HATEMİ/ SEROZAN)**, s. 249; **BURCUOĞLU**, s. 279; **ARPACI**, s. 146; **DOĞAN/ BAYGIN**, s. 125-126; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 243; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 254; **ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA**, s. 351; **GÜMÜŞ**, Borçlar Özel, s. 328; **GÜMÜŞ**, Kısa Ders Kitabı, s. 299; **ACAR**, s. 588; **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, s. 600; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 8; **URAL ÇINAR**, s. 141; **AYDIN**, s. 159; **BABACAN**, s. 717.

Aksi yöndeki **ERZURUMLUOĞLU** ile **YAVUZ**, TBK m. 336/ f. 1'den hareketle kiracının işleyecek altı aylık kira bedelini karşılayacak miktarda güvence göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **ERZURUMLUOĞLU**, s. 43; **YAVUZ**, Nihat, Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 499.

⁷⁹ Belirli süreli kira sözleşmesinin uzaması durumunda, kiraya veren TBK m. 347'ye göre uzama süresi bir yıl olduğundan, ancak bir yıla uygun bir güvence gösterilmesini isteyebilir. Bkz. **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 267; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 8.

⁸⁰ Bkz. **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 58; **BISE/ PLANAS**, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 18; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 266; **YILMAZ**, s. 119.

lafzı karşısında yan giderler güvencenin kapsamına dahil edilemez⁸¹. Kiraya veren yan giderlerle ilgili olarak temerrüde ilişkin TBK m. 315 hükmüne başvurulabilir⁸².

Kiracı veya iflas idaresinin vereceği güvence şahsi nitelikte olabileceği gibi aynı nitelikte de olabilir⁸³. Çünkü Kanun koyucu bu hususta TBK m. 332’de sadece “güvence” demekle, türü konusunda bir sınırlama getirmemektedir⁸⁴. Örneğin, bir kişinin işleyecek olan kira bedellerini ödeyeceği hususunda kiracıya kefil olması durumunda şahsi nitelikte bir güvence söz konusu iken, kiracının taşınır veya taşınmaz mallarını rehin göstermesi durumunda aynı nitelikte bir güvence söz konusudur. Burada önemli olan verilen güvencenin yeterli miktarda olması⁸⁵ ve kiraya veren tarafından kabul edilebilir bir nitelik arz etmesidir; yoksa hangi şekilde verildiği değildir⁸⁶. Bu hususta bir örnek vermek gerekirse⁸⁷, borca batık bir üçüncü kişi tarafından verilen kefalet kiraya veren açısından kabul edilebilir bir güvence teşkil etmemektedir. Benzer bir şekilde⁸⁸,

⁸¹ Aynı yönde, YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 583; ACAR, s. 588; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 230.

⁸² ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 230.

⁸³ GIGER, BK, OR Art. 266h, N. 37; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 7; LCHAT/ BOHNET, CR, CO Art. 266h, N. 3; BLUMER, KUKO, OR Art. 266h, N. 4; PERMANN, OFK-Mietrecht, OR Art. 266h, N. 6; HULLIGER/ HEINRICH, CHK, OR Art. 266h, N. 6; LORANDI, s. 10; WEHRMÜLLER, s. 216, N. 497; VÖGELI, s. 95; BERKİ, Borçlar Özel, s. 87; ERZURUMLUOĞLU, s. 43; ARPACI, s. 146; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 3; EREN, s. 398, N. 1315; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 245; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256; ACAR, s. 589; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 17; URAL ÇINAR, s. 143; AYDIN, s. 160; BABACAN, s. 717; GANTENBEIN, Adrian, Prinzipien des Vertragsrechts, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, s. 195, N. 10.72.

⁸⁴ BERKİ, Borçlar Özel, s. 87; ARPACI (HATEMİ/ SEROZAN), s. 249; AYDIN, s. 160.

⁸⁵ Kiraya veren yeterli miktarda olmayan güvenceyi kabul ederse, bu durum onun fesih hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir. Bunun istisnası, kiraya verenin fesih hakkını saklı tutarak güvenceyi kabul etmesidir. Bu konuda bkz. HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 69.

⁸⁶ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 65-66; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 18; WEHRMÜLLER, s. 216, N. 497; ACAR (HATEMİ/ SEROZAN), s. 249; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 584; İNCEOĞLU, s. 270.

⁸⁷ Bu örnek için bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 270; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 17.

⁸⁸ Bu örnek için bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 270; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 17. Benzer örnekler için bkz. MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 19.

Türkiye’de malı bulunmayan ve yurt dışında ikamet eden birinin kefaleti de güvenceye başvurmadaki güçlükler sebebiyle kiraya veren açısından kabul edilemezdir.

Kiraya verenin TBK m. 332 çerçevesinde istemiş olduğu güvencenin kiracı veya iflas idaresi ya da üçüncü bir kişi tarafından gösterilmesi durumunda, kiraya veren artık kira sözleşmesini sonlandırma imkanına sahip olmaz; sözleşmeyi devam ettirmekle yükümlü olur⁸⁹. Bu durumda kiraya veren iflasın açılmasından önce muaccel olan birikmiş kira bedeli alacaklarını iflas alacağı olarak yazdırır⁹⁰. Kiracı ile iflas idaresi söz konusu kira bedellerini ödeme hususunda kiraya verene karşı müteselsilen sorumlu olur⁹¹.

Kiraya verenin yapmış olduğu bildirim üzerine, güvence kiracı tarafından iflas masasına girmemiş olan mal, alacak ve haklarından⁹² gösterilirse, iflas idaresi kira sözleşmesine dahil olmaz⁹³. Dolayısıyla iflas sonrası işleyecek olan kira bedelleri ile ilgili olarak ileride iflas idaresinin kiraya verene karşı herhangi bir yükümlülüğü da söz konusu olmaz⁹⁴. Çünkü bu durumda kiraya veren işleyecek kira bedelleri için iflas alacaklısı sıfatını kazanamaz. Kiraya veren işleyecek olan kira bedellerini sadece kiracıdan talep edebilme imkanına sahip olur⁹⁵. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, güvenceyi para veya kıymetli evrak şeklinde vermişse, paralar vadeli bir tasarruf hesabına yatırılır, kıymetli evrak ise bir bankaya depo edilir (TBK m. 342/ f. 2 kıyasen)⁹⁶.

⁸⁹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 78; **GIGER**, BK, s. OR Art. 266h, N. 41; **GUHL/ MERZ**, s. 385; **LORANDI**, s. 10; **REUDT**, s. 117; **BISE/ PLANAS**, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 3; **BİLGE**, s. 179; **AYDINLIYIM**, s. 16; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 43; **BURCUOĞLU**, s. 279; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584-585; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 245; **BERKİ**, Şakir, “Borçlar Hukukunda İcar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 176.

⁹⁰ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 78; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 1.

⁹¹ Benzer yönde, bkz. **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 79.

⁹² İflas masasına girmeyen mal, alacak ve haklar için bkz. Yukarıda dpt. 55.

⁹³ **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 23; **KURU**, s. 2966-2967; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584-585; **ANTALYA/ ÇAVDAR**, s. 231.

⁹⁴ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 79; **GIGER**, BK, OR Art. 266h, N. 41; **REBSAMEN**, Thomas, “Immobilienmiete im revidierten SchKG”, Schweizerische Juristen-Zeitung, H. 6, 2014, s. 151.

⁹⁵ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 79.

⁹⁶ **GIGER**, BK, OR Art. 266h, N. 42.

Güvence iflas idaresi tarafından da gösterilebilir. İflas idaresi kendisine yarar sağlayacağı ve iflas masasındaki malvarlığının azalmayacağı durumlarda güvence gösterme yönünde bir tercihte bulunabilir⁹⁷. İflas idaresi güvence gösterirse, artık iflas idaresinin kira sözleşmesine dahil olduğu kabul edilir⁹⁸. Nitekim kiracının iflas etmiş olması, iflas idaresinin kira sözleşmesini otomatik olarak üstlenmesi sonucunu doğurmamaktadır⁹⁹. Burada iflas idaresinin güvence göstermesi, onun İİK m. 198 gereğince kira sözleşmesinin aynen ifasını kabul ettiği anlamına gelmekte olup, işleyecek kira bedelleri iflas idaresinden talep edilebilir¹⁰⁰. Bununla birlikte iflas idaresi ile kiracı ya da üçüncü kişi de ayrıca güvence göstermişse, iflas idaresinin vermiş olduğu güvence kendisine iade edilir¹⁰¹. Bu takdirde kira sözleşmesinin kiracı ile devam ettiği ve iflas idaresinin kira sözleşmesine dahil olmadığı kabul edilir¹⁰².

İşleyecek kira bedelleri ile ilgili güvencenin üçüncü kişi tarafından verildiği durumlarda ise, kiraya veren ifa zamanı gelen kira bedelinin ödenmesini kiracıdan talep etmeye devam eder¹⁰³. İflas idaresi kira sözleşmesine dahil olmaz¹⁰⁴. Yeterli miktarda güvence hem üçüncü kişi hem de kiracı tarafından ayrı ayrı verilirse, fazla olan kısmın kiraya veren

⁹⁷ **WEHRMÜLLER**, s. 216, N. 498; **MONNIER**, Claude, “Die Wirkung der Konkursöffnung auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen”, Der Schweizer Treuhänder, H. 6, 1995, s. 502.

⁹⁸ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 81; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 8; **GIGER**, BK, OR Art. 266h, N. 44; **BLUMER**, KUKO, OR Art. 266h, N. 4; **HULLIGER/ HEINRICH**, CHK, OR Art. 266h, N. 8; **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 24; **WEHRMÜLLER**, s. 216, N. 498; **VOGEL**, s. 95-96; **KURU**, 2966; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 18; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 292; **ANTALYA/ ÇAVDAR**, s. 231; **URAL ÇINAR**, s. 143; **AYDIN**, 165; **ALTAY**, Sümer, Türk İflas Hukuku, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara 2004, 1082.

⁹⁹ **GIGER**, BK, OR Art. 266h, N. 43.

¹⁰⁰ **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 584; **ANTALYA/ ÇAVDAR**, s. 231; **GÜMÜŞ**, Kira Sözleşmesi, s. 292; **URAL ÇINAR**, s. 143; **ALTAY**, s. 1082.

¹⁰¹ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 79, 81; **WEBER**, BSK, OR Art. 266h, N. 8; **HULLIGER/ HEINRICH**, CHK, OR Art. 266h, N. 8.

¹⁰² **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 81.

¹⁰³ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266, N. 78, 82; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 585; **ALTAY**, s. 1083.

¹⁰⁴ **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 23; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 585; **ANTALYA/ ÇAVDAR**, s. 231; **ALTAY**, s. 1083.

tarafından iade edilmesi gerekir¹⁰⁵. İadenin kime yapılacağına, yani üçüncü kişiye mi kiracıya mı yapılacağına kiraya veren karar verir¹⁰⁶.

Kiracı veya iflas idaresi kiraya veren tarafından verilmiş olan süre içerisinde hiç veya yeterli miktarda güvence göstermezse¹⁰⁷, kiraya veren artık kira sözleşmesini feshedebilmektedir.

IV. TBK M. 332'NİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Kiracının iflası, yukarıda açıklaması yapılmış olan üç şartında bulunması durumunda kural olarak kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine sebebiyet vermemektedir¹⁰⁸. Kiraya veren TBK m. 332'ye dayalı olarak kira sözleşmesini feshetme hakkını elde etmektedir.

Kiraya verenin TBK m. 332'ye göre sahip olduğu fesih hakkı hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁰⁹. Kiraya verenin bu hakkını dava yoluyla kullanması şart değildir¹¹⁰. Kiraya veren TBK m. 332 kapsamında fesih hakkını kullanıp kira sözleşmesini feshedebileceği gibi, bu hakkını kullanmayarak mevcut sözleşmeyi devam da ettirebilir. Bu konuda seçim hakkı kiraya verene aittir¹¹¹. Ancak belirtmemiz gerekir ki, kiraya veren güvence gösterilmemesi sebebiyle fesih hakkını kullanmak istiyorsa, bunu herhangi bir fesih bildirim süresine uymadan gecikmeksizin, derhal kullanmalıdır. Çünkü TBK m. 332'de açık bir şekilde fesih hakkının "hemen" kullanılması istenmektedir¹¹². Kiraya veren fesih

¹⁰⁵ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266, N. 82.

¹⁰⁶ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266, N. 82.

¹⁰⁷ Taraflar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda, güvence miktarının yeterli olup olmadığı hususunda hâkim tarafından karar verilecektir. Bkz. URAL ÇI-NAR, s. 144.

¹⁰⁸ MONNIER, s. 504; FEYZİOĞLU, s. 616; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 4; EREN, s. 398, N. 1316; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 20; AYDIN, s. 166.

¹⁰⁹ DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256.

¹¹⁰ ARPACI (HATEMİ/ SEROZAN), s. 249-250; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 585; AN-TALYA/ ÇAVDAR, s. 232.

¹¹¹ GIGER, BK, OR Art. 266h, N. 8; LORANDI, s. 9; REUDT, s. 117; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 245; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256.

¹¹² Aynı yönde, MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 25; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 328-329; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 274.

Aksi yöndeki MAKARACI BAŞAK ise, kiraya verenin derhal değil de dürüstlük kuralına uygun bir süre içerisinde fesih beyanında bulunulabileceğini, bu bakımdan kiraya verenin, kiracının veya iflas idaresinin güvence göstereceği inancıyla biraz daha

yönündeki iradesini belirli bir şekil şartına uyararak kullanmak zorunda değildir. Bu konuda TBK m. 332’de belli bir şekil şartı öngörülmemiştir¹¹³. Kiraya verenin fesih hakkını kullandığına dair bildirimini kiracı ile iflas idaresinin hakimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte kira sözleşmesi o andan itibaren ileriye etkili bir şekilde sona erer¹¹⁴. Bununla birlikte kiraya veren fesih bildiriminde bulunurken, sözleşmenin ileri bir tarihte sona ereceğini bildirebilir. Bu durum kanunda yasaklanmamıştır. Bu takdirde sözleşme bildirimde belirtilen tarihten itibaren sona erer¹¹⁵. İstisnai olarak kiraya veren, kiracıya veya iflas idaresine güvence gösterilmesi için bildirimde bulunurken, vermiş olduğu sürenin bitiminde güvence verilmemiş olursa kira sözleşmesinin feshetmiş sayılacağını da ek olarak belirtmiş olabilir. Bu takdirde güvencenin gösterilmediği durumlarda, kira sözleşmesi kiraya veren tarafından verilmiş olan sürenin sonunda sona erer¹¹⁶. Kiraya veren tarafından sonradan bir fesih bildiriminde bulunulmasına gerek yoktur.

beklemesinin onun fesih hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Bkz. **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 21.

Ayrıca GIGER, MÜLLER, LORANDI, WEHRMÜLLER, REUDT, BISE/ PLANAS ve VÖGELI, verilmesi gereken güvencenin kiracı veya iflas idaresi tarafından sağlanmaması durumunda, kiraya verenin sahip olduğu fesih hakkını hemen kullanmak zorunda olmadığını, kanunun onu bu hususta zorlamadığını, bununla birlikte kiraya verenin fesih hakkını kullanması için çok uzun bir süre de beklememesi gerektiğini, ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin de bir kararında (4C.166/2004 vom 16. September 2004), fesih hakkını kullanmadan uzun bir süre geçiren ve bu süre zarfında kira bedeli ödemelerini şartsız olarak kabul eden kiraya verenin kira sözleşmesini fesih hakkından feragat ettiği şeklinde hüküm tesis ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **GIGER**, BK, s. OR Art. 266h, N. 45; **MÜLLER**, SVIT, OR Art. 266h, N. 25; **LORANDI** s. 8; **WEHRMÜLLER**, s. 216, N. 499; **REUDT**, s. 117; **BISE/ PLANAS**, CPra Bail, Art. 266h CO, N. 22; **VÖGELI**, s. 96.

¹¹³ **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 585. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, konut ve çatılı işyeri kiralalarında TBK m. 348 gereğince fesih bildirimini yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bkz. **LORANDI**, s. 8-9; **VÖGELI**, s. 96; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 585.

¹¹⁴ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 74; **SELİÇİ**, s. 172; **BURCUOĞLU**, s. 279-280; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 25, 246; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 256; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 275; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 22; **YILMAZ**, s. 163.

¹¹⁵ **HIGI/ WILDISEN**, ZK, OR Art. 266h, N. 74.

¹¹⁶ **BURCUOĞLU**, s. 279-280; **DOĞAN**, Konut ve Çatılı, s. 25, 245-246; **DOĞAN**, Borçlar Özel, s. 256; **İNCEOĞLU**, Kira Hukuku, s. 273; **MAKARACI BAŞAK**, İSTŞ, TBK m. 332, N. 20; **AYDIN**, s. 167; **ÖZKAN OĞLU**, s. 93.

Kiracı veya iflas idaresi tarafından yeterli güvence gösterilmemesi üzerine, kira sözleşmesinin feshedilmesiyle birlikte artık kiralananın kiraya verene iadesi gerekir¹¹⁷. Kiralananın iadesinin istenileceği kişi kiracıdır¹¹⁸. İade borcu kiracının olup, iflas idaresiyle herhangi bir ilgisi yoktur¹¹⁹. Kiracı kiralananı iade etmezse, kiraya veren tarafından tahliye davası açılabilir. Bu dava Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan tahliye davalarından farklı olarak yenilik doğuran dava niteliğini taşımaktadır¹²⁰. Çünkü kira sözleşmesi kiraya verenin sözleşmeyi feshe yönelik bildiriyle birlikte sona ermektedir¹²¹. Kiraya verenin açacağı dava sözleşmenin sona erdiğinin tespitine ve kiralananın iadesini sağlamaya yönelik bir eda davasıdır¹²². Kiraya verenin kiralananın iadesi amacıyla açabileceği bu dava herhangi bir süre sınırına tabi değildir. Kiraya veren kiralananın iadesini dürüstlük kuralına aykırı olmayan bir süre içerisinde talep edebilir¹²³.

Kiraya veren, kira sözleşmesini feshetmesiyle birlikte işlemiş olup kiracıdan tahsil edememiş olduğu kira bedeli alacaklarını iflas masasına kaydettirme veya TBK m. 336 çerçevesinde hapis hakkını kullanma imkânına sahiptir¹²⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kiraya verenin hapis hakkını kullandığı durumlarda, hapis hakkı da iflas masasında

¹¹⁷ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 74; DOĞAN, Murat, "Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 461-462.

¹¹⁸ Aynı yönde, LORANDI, s. 9; VÖGELI, s. 97; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 586; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 247; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 232; ACAR, s. 591; ÇAVDAR, s. 268.

Aksi yöndeki KÖKÜSARI, davanın iflas idaresine karşı açılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. KÖKÜSARI, Elif, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu, TBK m. 334-335, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 223.

¹¹⁹ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 586; ACAR, s. 591; ANTALYA/ ÇAVDAR, s. 232; ÇAVDAR, s. 268.

¹²⁰ BURCUOĞLU, s. 280; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 246; URAL ÇINAR, s. 145; KÖKÜSARI, s. 219.

¹²¹ DOĞAN, Adi Kira, s. 462.

¹²² DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 246; URAL ÇINAR, s. 145; KÖKÜSARI, s. 219.

¹²³ DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 246; KÖKÜSARI, s. 232.

¹²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 613; TANDOĞAN, s. 229; KURU, s. 2967; BURCUOĞLU, s. 280; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 5; EREN, s. 398, N. 1317; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 248; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s. 352; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 601; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, TBK m. 332, N. 5.

tasfiyeye tabi tutulacağından, ancak iflasın açılmasından önce işlemiş olan bir yıllık ve işleyecek olan altı aylık kira bedelleri masaya kaydettirilebilecektir (TBK m. 336 kıyasen)¹²⁵.

Kiracı önceden kiraya verene fazla kira bedeli ödemesinde bulunmuşsa, kiraya verenin fesihle birlikte söz konusu fazla miktarı iflas masasına iade etmesi gerekir¹²⁶.

Kiraya veren fesih dolayısıyla kira sözleşmesinin zamanından önce sona ermiş olmasını gerekçe göstererek kiracıdan ayrıca bir tazminat talep edemez¹²⁷. Zira ne kiracının iflası ne de güvence gösterilmemesi borç niteliği taşımaması sebebiyle kira sözleşmesinin esaslı bir ihlali teşkil etmemektedir¹²⁸. Kaldı ki TBK m. 332'de (hatta TBK m. 98'de) tazminat talep edilebileceğine ilişkin bir ifade de bulunmamaktadır¹²⁹. Ancak istisnai olarak, kiracı bu durumda tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmişse¹³⁰ veya iflastan önceki hileli davranışları sebebiyle iflası haksız fiil teşkil etmişse, kendisinden somut olaya göre TBK m. 112 veya m. 49 vd. gereğince tazminat talep edilebilir¹³¹.

Kira sözleşmesi TBK m. 312 ile TMK m. 1009 gereğince tapu siciline şerh edilmiş ise, şerhin taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere

¹²⁵ BECKER, BK, OR Art. 266, N. 4; TANDOĞAN, s. 229; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 352.

¹²⁶ TUNÇOMAĞ, s. 613.

¹²⁷ BECKER, BK, OR Art. 266, N. 3; WEBER, BSK, OR Art. 266h, N. 9; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 30; WEHRMÜLLER, s. 217, N. 500; BERKİ, İcar, s. 176; TANDOĞAN, s. 229; KURU, s. 2967; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 5; EREN, s. 398, N. 1317; ERZURUMLUOĞLU, s. 43-44; BURCUOĞLU, s. 280; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 583; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 247; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 352; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 601; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s. 27; MAKARACI BAŞAK, İSTŞ, BK m. 332, N. 23; AYDIN, s. 168; ALTAY, s. 1082.

¹²⁸ BECKER, BK, OR Art. 266, N. 3; HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 20; MÜLLER, SVIT, OR Art. 266h, N. 30; TUNÇOMAĞ, s. 613; TANDOĞAN, s. 229; ERZURUMLUOĞLU, s. 43-44; BURCUOĞLU, s. 280; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 583; EREN/ DÖNMEZ, EBHŞ, TBK m. 332, N. 5; EREN, s. 398, N. 1317; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 247; GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, s. 298.

¹²⁹ TUNÇOMAĞ, s. 613; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 247; AYDIN, s. 168.

¹³⁰ Ancak TBK m. 346 gereğince kiracı aleyhine düzenleme yasağı bulunduğundan, kanaatimizce konut ve işyeri kiralari açısından kiracı, iflas etmesi durumunda tazminat ödeyeceğine ilişkin bir taahhütte bulunamaz.

¹³¹ HIGI/ WILDISEN, ZK, OR Art. 266h, N. 20; TUNÇOMAĞ, s. 613; TANDOĞAN, s. 229; KURU, s. 2967; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 247; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 352; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 601.

karşı ileri sürülebilme etkisi, ancak kiracının kanundan ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uygun hareket etmesi şartına bağlı olduğundan, kiralananın yeni maliki şerhe rağmen kiracının iflasına dayanarak tahliye isteyebilir¹³².

SONUÇ

Kira sözleşmesinin kiracının iflası ile sona ermesi sistematik açıdan Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler kısmında TBK m. 332'de olağanüstü bir fesih sebebi olarak düzenlenmiş rağmen konut ve çatılı işyeri kiralalarında da uygulama alanı bulabilmektedir.

Kiracının iflası sebebiyle kiraya verene kira sözleşmesini feshetme hakkı tanıyan TBK m. 332 hükmü hukuki niteliği itibarıyla emredici nitelikte bir düzenlemedir.

Kiraya veren sadece kiraya verenin işleyecek kira bedelleri açısından TBK m. 332'ye başvurabilme imkanına sahiptir; birikmiş kira bedeli alacağını güvence altına almak amacıyla bu hükmü başvuramaz.

TBK m. 332 hükmü kiralananın kiracıya teslim edilerek onun kullanımına sunulmuş olduğu durumlarda uygulanmaktadır.

TBK m. 332'ye göre kiraya verenin iflas sebebiyle kira sözleşmesini feshedebilmesi için kiracının mahkeme tarafından iflasına karar verilmiş olması yeterli olup, iflasa ilişkin mahkeme kararının ayrıca ilan edilmesi şart değildir.

Kira sözleşmesinin kiracı tarafında birden fazla kiracının yer aldığı durumlarda, kiraya verenin TBK m. 332'den yararlanabilmesi için kural olarak kiracıların tamamının birden iflas etmesi gereklidir. Kira sözleşmesinin kiracı tarafında yer alan kiracıların tamamının birden değil de içlerinden birinin (ya da birkaçı) iflas ettiği durumlarda, kiraya verenin iflasa dayalı olarak kira sözleşmesini feshedebilmesi için söz konusu iflas eden kiracının (veya kiracıların) kira bedelinden kısmi sorumluluğu bulunmalıdır. Keza kira sözleşmesinin kiracı tarafında yer alan kiracıların kira bedeli ile ilgili olarak müteselsil sorumluluğunun bulunduğu durumlarda da kiraya veren, iflas etmemiş olan kiracıların kirayı ödeme konusunda ödeme güçsüzlüğü bulunursa, TBK m. 332 hükmüne göre kira sözleşmesini feshedebilmektedir.

Kiraya veren TBK m. 332 çerçevesinde kira sözleşmesini doğrudan feshedebilme hakkına sahip değildir. Kiraya verenin kira sözleşmesini

¹³² DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 246; DOĞAN, Borçlar Özel, s. 256.

feshedebilmesi için kiracı ile iflas idaresinden yazılı bir şekilde güvenme göstermesini istemeli ve onlara güvence göstermeleri hususunda uygun bir süre tanınmalıdır. Kiraya verenin vermiş olduğu süre bildirimden kiracıya ve iflas idaresine ulaşmasıyla birlikte işlemeye başlayacak olup, sürenin ne kadar olacağı somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenir. Burada belirtmemiz gerekir ki, güvencenin mutlaka kiracı veya iflas idaresi tarafından gösterilmesi şart değildir; bir üçüncü kişi tarafından da verilebilir.

Kiracının veya iflas idaresinin ya da üçüncü kişinin işleyecek kira bedelleri ile ilgili göstereceği güvence kiraya veren tarafından yapılan bildirimden sonra işleyecek olanları kapsamaktadır. Kiracı veya iflas idaresi ya da üçüncü kişi kira sözleşmesinin belirli süreli olarak yapıldığı durumlarda kararlaştırılan sürenin sonuna kadar, belirsiz süreli olarak yapıldığı durumlarda ise, fesih bildiriminin yapılabileceği ilk dönemin sonuna kadar işleyecek olan kira bedellerini kapsayacak bir miktarda güvence göstermelidirler. Kiracı veya iflas idaresi ya da üçüncü kişi hem şahsi nitelikte hem de aynı nitelikte güvence verebilirler.

Kiraya verenin TBK m. 332 çerçevesinde istemiş olduğu güvence kiracı veya iflas idaresi ya da üçüncü kişi tarafından gösterilirse, kiraya veren artık kira sözleşmesini feshedemez. Buna karşılık söz konusu kişilerden hiçbiri herhangi bir güvence göstermezse kiracı kira sözleşmesini feshedebilme imkanını elde eder. Kiraya verenin TBK m. 332'ye göre sahip olduğu fesih hakkı hukuki niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olup, dava yoluyla kullanması şart değildir. Kiraya verenin sahip olduğu fesih hakkını TBK m. 332'de belirtildiği üzere, gecikmeksizin, derhal kullanması gerekmektedir. Kiraya verenin fesih hakkını kullandığına dair bildirimden kiracı ile iflas idaresinin hakimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte kira sözleşmesi o andan itibaren ileriye etkili bir şekilde sona erer. Bunun sonucunda da kiralananın kiracı tarafından kiraya verene iade edilmesi gerekir. Kiracı kiralananı iade etmezse, kiraya veren tarafından eda davası niteliğine sahip tahliye davası açılabilir. Kiraya veren fesih dolayısıyla kira sözleşmesinin zamanından önce sona ermiş olmasını gerekçe göstererek kiracıdan ayrıca bir tazminat isteyemez.

KAYNAKÇA*

- ACAR**, Faruk: Kira Hukuku Şerhi, (TBK m.299-332), 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- AKÇAAL**, Mehmet/ **UYUMAZ**, Alper: “Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 30. Yıl Armağanı, 2013, s. 297-325.
- AKINCI**, Şahin: Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Türk-Kazak Hukuku, 1. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- AKKANAT**, Halil: Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnceoğlu, M. Murat (Derleyen), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 261-272.
- ALTAY**, Sümer: Türk İflas Hukuku, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, Ankara 2004.
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar: “Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 12, S. 24, 2013, s. 125-141.
- ANTALYA**, Gökhan/ **ÇAVDAR**, Pelin: “İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, 2020, s. 219-237.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- ARAT**, Ayşe: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Kira Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümleri”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2009, s. 27-34.
- ARPACI**, Abdülkadir: Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, 1. Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 2002.
- ARPACI**, Abdülkadir (**HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona): Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

* Dipnotta yer verilen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Bununla birlikte aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/ **HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- AYDIN**, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m. 327-333), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- AYDINLIYIM**, Suat: Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması, 1. Baskı, Yayınevi Yok, Ankara 1972.
- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- BABACAN**, Burak: Sözleşmenin Sona Ermesi, Özdemir, Hayrunnisa (Editör), Kira Hukuku Davaları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 673-814.
- BÄTTİG**, Hans: SVIT - Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018.
- BECKER**, Hermann: Berner Kommentar, Band VI, Obligationenrecht. 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse: Art. 184-551, Stämpfli Verlag, Bern, 1934.
- BERKİ**, Şakir: "Borçlar Hukukunda İcar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 163-186 (İcar).
- BERKİ**, Şakir: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1973 (Borçlar Özel).
- BISE**, Michel/ **PLANAS**, Aurélie: Commentaire pratique Droit du bail à loyer et à ferme, 2éme édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle 2017 (Für die deutsche Übersetzung siehe: www.legalis.ch).
- BİLGE**, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1971.
- BLUMER**, Maja L.: Kurzkomentar, Obligationenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- BURCUOĞLU**, Haluk: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- ÇABRİ**, Sezer: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi", Marmara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 163-199.

ÇAVDAR, Pelin: Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK md. 98), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin: Madde 337, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

DEMİR, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

DILLIER, Julia: "Konkubinatspartner als gemeinsame Mieter von Wohnräumen - unter besonderer Berücksichtigung der Auflösung des Mietvertrags", Mietrechtspraxis, H. 4, 2017, s. 239-270.

DOĞAN, Murat: "Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 443-476 (Adi Kira).

DOĞAN, Murat: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011 (Konut ve Çatılı).

DOĞAN, Murat: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Konut ve İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Baskı, Legal Kitabevi, İstanbul 2012, s. 499-517 (Değerlendirme).

DOĞAN, Murat: Kira Sözleşmesi, Öz, M. Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023. (Borçlar Özel).

DOĞAN, Murat/ BAYGIN, Cem: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, 2005, s. 116-131.

ERDOĞAN, Celâl: Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, 1. Baskı, Yayınevi Yok, Ankara 1986.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.

EREN, Fikret/ DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi (EBHŞ), Cilt IV, TBK m. 207-392, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023.

- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Türk Borçlar Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1973.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt I, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1980.
- GANTENBEIN**, Adrian: Prinzipien des Vertragsrechts, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- GAUCH**, Peter: System der Beendigung von Dauerverträgen, 1. Auflage, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1968.
- GIGER**, Hans: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Die Miete, Art. 260-266o OR, 1. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- GUHL**, Theo/ **KOLLER**, Alfred: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels - und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2000.
- GUHL**, Theo/ **MERZ**, Hans: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels - und Wertpapierrechts, 7. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1980.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2012 (Kira Sözleşmesi).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (Borçlar Özel).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020 (Kısa Ders Kitabı).
- HIGI**, Peter/ **WILDISEN**, Christoph: Zürcher Kommentar, Die Miete, Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- HUGUENIN**, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019.
- HULLIGER**, Urban/ **HEINRICH**, Peter: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184 - 318 OR, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.
- İNCEOĞLU**, Murat: Kira Sözleşmelerinin Kurulması ve Yenilenmesi, İnceoğlu, M. Murat (Derleyen), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,

- Makaleler-Tebliğler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 245-272 (Kurulma).
- İNCEOĞLU**, M. Murat: Kira Sözleşmelerine İlişkin Başlıca Değişiklik ve Yenilikler, Kırca, Çiğdem (Derleyen), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 173-212 (Değişiklik ve Yenilikler).
- İNCEOĞLU**, M. Murat: Kira Hukuku, Cilt II, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014 (Kira Hukuku).
- KALENDER**, Ahmet: "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, 2017, s. 27-35.
- KANIŞLI**, Erhan: "Kira Sözleşmesinin TBK m. 351'e Göre Feshedilmesi Nedeniyle Kiracının Eski Malikten Tazminat Talebi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Özel Sayı: Yeditepe Üniversitesi 25. Yıl, Hukukta Güncel Gelişmeler Ulusal Sempozyumu, 2022, s. 199-262.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KOLLER**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-318 OR, Stämpfli Verlag, Bern 2012.
- KOUMBARAKIS**, Zinon: "Sicherheitsleistungen in der Mietpraxis", MietRecht Aktuell, H. 2, 2021, s. 55-77.
- KÖKÜSARI**, Elif: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu, TBK m. 334-335, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Cilt: 3, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993.
- KURU**, Baki/ **AYDIN**, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- LACHAT**, David/ **BOHNET**, François: Commentaire romand Code des obligations I, 3e édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle 2021 (Für die deutsche Übersetzung siehe: www.legalis.ch).
- LORANDI**, Franco: "Mietverträge im Konkurs des Mieters", Mietrechtspraxis, H. 1, 1998, s. 1-20.

- MAKARACI BAŞAK**, Aslı: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 4, 5 (Madde 207-392), 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- MONNIER**, Claude: "Die Wirkung der Konkursöffnung auf die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen", Der Schweizer Treuhänder, H. 6, 1995, s. 502-506
- MÜLLER**, Jürg P.: SVIT - Das schweizerische Mietrecht Kommentar, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018.
- MÜLLER-CHEN**, Markus/ **GIRSBERGER**, Daniel/ **DROESE**, Lorenz: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2017.
- ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: Kira Sözleşmesine Etkisi Bakımından Kiralananın Devri ve Sınırlı Ayni Hakka Konu Olması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÖZ**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: "Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 1, 2013, s. 147-173.
- ÖZEN**, Burak: "Kira Konusunun Devri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 137-179.
- ÖZKAN OĞLU**, Neşe: 6098 sayılı TBK Kapsamında Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- PASQUIER**, Bruno: Konkurs- und Schuldrecht - Grundfragen zum gegenseitigen Verhältnis, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020.
- PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/ **ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- PERMANN**, Richard: OFK - Orell Füssli Mietrecht Kommentar, Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 1. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2007.
- PERMANN**, Richard: OFK - Orell Füssli OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016.
- REBSAMEN**, Thomas: "Immobilienmiete im revidierten SchKG", Schweizerische Juristen-Zeitung, H. 6, 2014, s. 149-160.

- REUDET**, Daniel: “Zins- und Schadenersatzforderungen im Konkurs des Mieters und des Pächters – Einige Überlegungen zu Art. 266h und 297a OR”, MietRecht Aktuell, H. 3, 2016, s. 115-127.
- SARUHAN**, Banu Bilge: “Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 83-98.
- SCHMID**, Hans: “Der gemeinsame Mietvertrag”, Schweizerische Juristen-Zeitung, H. 87, 1991, s. 374-377.
- SELİÇİ**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.
- SIRATAŞ**, Burcu: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt I/ 2, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, II. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Yayınevi Yok, İstanbul 1977.
- URAL ÇINAR**, Nihal: Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- VÖGELI**, Andreas F.: “Eigentümer im Konkurs des Mieters, Mieter im Konkurs des Eigentümers”, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Immobilien und Insolvenz, Schulthess Verlag, Zürich 2017.
- WEBER**, Roger: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020.
- WEHRMÜLLER**, Anna: Die Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters bei der Miete von Wohnräumen, Ein Vergleich der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, 1. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Birinci Cilt, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2022.
- YAVUZ**, Nihat: Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

YILMAZ, Saadet: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinin Olağanüstü Feshi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.



YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA YAPAY ZEKÂ İLE VERİ ANALİTİĞİNİN ROLÜ VE BİR MODEL ÖNERİSİ

Doç. Dr. Mesut AYGÜN*

Öz

Yabancı hukukun uygulanması konusu, kanunlar ihtilâfı hukukunun en çetrefilli ve önemli konularından biridir. Her ne kadar yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi hususunda çeşitli yöntemler olsa da yabancı hukuk hakkında tatmin edici düzeyde veri toplanması oldukça zaman alan ve yargılamada gecikmelere neden olan bir husustur. Tam anlamıyla yapay zekâ araçları olmasa da ulusal ve uluslararası veri tabanları, kanun, içtihat ve literatür arama motorları gibi araçlar hukukçuların günümüzde sıklıkla istifade ettikleri yazılımlardır. Söz konusu bu yazılımların yapay zekâ teknolojisiyle desteklenmesi durumunda yukarıda belirttiğimiz yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi hususunun artık sorun olmaktan çıkacağı düşünülmektedir. Bu sonuca ulaşılabilmesi için sadece yapay zekâ değil, aynı zamanda yapay zekâ teknikleriyle elde edilecek ve işlenecek olan ve neticede uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlayacak büyük veri kullanımı ve analitiği de son derece önemli bir konudur. Bu makalede, milletlerarası özel hukuk çerçevesinde, Türk mahkemelerinin önüne gelen özel

* Doçent Doktor. Anadolu Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Eskişehir, Türkiye Assoc. Prof. Dr., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Private International Law Department, Eskişehir, Turkey.

✉ maygun@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6598-0415

✂ **Atf Şekli** | Cite As: AYGÜN, Mesut: "Yabancı Hukukun Uygulanmasında Yapay Zeka ile Veri Analitiğinin Rolü ve Bir Model Önerisi", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 527-567.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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



hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde yapay zekâ teknolojisinin etkisi ve büyük veri kullanımının katkısı çeşitli yönleriyle incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ • Büyük Veri • Yabancı Hukuk • Kanunlar İhtilâfı Hukuku
• Milletlerarası Özel Hukuk

THE ROLE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND DATA ANALYTICS IN THE APPLICATION OF FOREIGN LAW AND A MODEL SUGGESTION

Abstract

The application of foreign law is one of the most complicated and important issues of the law of conflict of rules. Although there are various methods of obtaining information about foreign law, gathering satisfactory data on foreign law takes a lot of time and causes delays in the judgment. Although not fully artificial intelligence tools, tools such as national and international databases, law, case law and literature search engines are software that lawyers frequently use today. In case these softwares are supported with artificial intelligence technology, it is thought that obtaining information about the foreign law mentioned above will no longer be a problem. In order to achieve this result, not only artificial intelligence, but also the use and analytics of big data, which will be obtained and processed with artificial intelligence techniques and ultimately contribute to the resolution of the conflict, is an extremely important issue. In this article, the effect of artificial intelligence technology and the contribution of the use of big data in the resolution of private law disputes before Turkish courts within the framework of international private law will be examined in various aspects.

Keywords

Artificial Intelligence • Big Data • Foreign Law • The Law of Conflict of Rules
• Private International Law

GİRİŞ

Teknolojinin kuruluş, sektör ve endüstrileri önemli ölçüde dönüştürdüğü yadsınamaz bir gerçektir. Elbette teknolojinin hızlı gelişimi, hukuk alanına da sirayet etmektedir. Dijitalleşme konusunda halen ilerleme kaydedilmekle birlikte, hukukçuların ilgilenmesi gereken bir yenilik alanı da yapay zekâ teknolojilerinin ve büyük veri kullanımının geliş-

tirilmesi ve yaygınlaştırılmasıdır. "Her şeyin bir algoritması var" sözü, hukuk alanı bakımından nasıl uygulama alanı bulacağı merak edilen bir konu olarak karşımızda durmaktadır. Üstelik, dijitalleşmenin getirdiği yeni problemler ve hukukçuların bu sorunlara nasıl çözüm bulacağı meselesine ek olarak, karar veren robot hâkimler, yapay zekâyâ dayalı veri analitiği gibi konular, günümüzde tartışılmaya başlanılan konular olarak hukuk dünyasında yerini almaktadır.

Yapay zekâyı önemli kılan husus, tıp ve savunma sanayi sektörü başta olmak üzere birçok hizmetin ve aygıtın sunulma şeklini iyileştirmesi ve daha da iyisini sunma potansiyelini ihtiva ediyor olmasıdır. Hukuk alanında bu husus, özellikle hâkimlerin faaliyetlerinde çeşitli yapay zekâ yazılımlarıyla desteklenerek, mahkemelerin çalışma şeklinin iyileştirilmesi potansiyeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tüm bu yeniliklerin önemli ölçüde fayda sağlaması söz konusu olabileceği gibi, iyi planlanmadığı takdirde asgari faydanın sağlanması konusunda dahi zorluklarla karşılaşılabilir.

Yapay zekâ tabanlı sistemler, kanunlar ihtilafı hukukunun bazı genel problemlerinin çözümü, yabancı hukukun tespiti ve uygulanması bakımından karşı karşıya kalınan gecikmelerin önüne geçebilir mi? Çalışmamızda önereceğimiz yapay zekâ tekniklerine ve büyük veri analize dayalı bir sistem ile bu sorunun cevabı bakımından olumlu bir sonucun ortaya çıkabileceği mümkün görünmektedir. Her ne kadar yapay zekâ ve veri analitiği alanında, otonom araçların hukuki sorumluluğundan, robot hâkimlerin modelleme yoluyla bağımsız karar verebilmelerinin mümkün olup olmadığına kadar pek çok konu doktrinde ele alınmış olsa da bu makale daha genel ve başlangıç düzeyinde bir incelemeyi hedef almaktadır.

I. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI

Yabancı unsurlu uyumsuzlukların çözümünde yabancılik unsurunun tespiti başta olmak üzere, uygulanacak hukukun tayininde önemli rol oynayan vasıflandırma, atıf, ön mesele ve doğrudan uygulanan kurallar gibi kanunlar ihtilafı hukukunun bazı genel problemlerinin tespitinin ve çözümünün ne kadar önemli olduğu tartışma götürmeyen bir

hususdur. Zira bu problemlerin tespitinde veya çözümünde yapılacak küçük bir hata, uygulanacak hukukun tespitinde ve dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde yanlışlığa yol açacağından karar istinaf veya temyiz derecesinde bozulacak ve yargılama sürecinde gecikmeler ortaya çıkabilecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 33. maddesine göre: “*Hâkim Türk hukukunu resen uygular*”. Yabancılık unsuru içeren bir hukuk uyuşmazlığında veya yabancı unsurlu çekişmesiz yargı işlerinde, yabancı hukukun davada veya çekişmesiz yargı işlerinde hangi hallerde uygulanacağını tespiti, Türk hukukunun bağlama kurallarına göre yapılmaktadır ki, bu, Türk hukukunun uygulanması anlamını taşır. Elbette bu faaliyeti Türk hâkimi re’sen yapacaktır¹. Uyuşmazlığa veya çekişmesiz yargı işine yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yabancı hukuktaki ilgili kuralın tespiti ve yorumlanması hususunda HMK m. 33 hükmünün tek başına yeterli olmayacağı açıktır. Bu durumda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun² (MÖHUK) m. 2/I ve II. fıkra³ devreye girecektir. MÖHUK’un ilgili hükümleri, hâkime bazı görevler yüklemektedir⁴. Buna göre hâkim, yabancı unsurlu uyuşmazlık söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilafı hukuku kuram ve metodolojisi çerçevesinde Türk hukukunun bağlama kurallarını araştırıp uygulamakla; eğer bağlama kuralları yabancı bir hukukun uygulanmasını işaret ediyorsa, bu yabancı hukuku da uygulamakla yükümlüdür. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak

¹ **UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 141.

² MÖHUK için bkz., T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi, < <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5718&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>>, (Erişim Tarihi: 28.03.2023).

³ “**Yabancı hukukun uygulanması**

MÖHUK Madde 2 – (1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re ‘sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

...”

⁴ Öte yandan, şu husus da unutulmamalıdır ki, MÖHUK, sadece hâkimleri değil, bu kuralları uygulamak durumunda olan tüm organları/makamları bağlayıcı niteliktedir.

hukukun hâkimin kendi hukuku (Türk hukuku) olması durumunda herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Ancak uygulanacak hukukun Türk hukuku dışında yabancı bir hukuk olması halinde, bu hukukun uygulanmasına ilişkin bazı problemlerin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir⁵.

Kara Avrupası Hukuk Sisteminde, yabancı hukukun uygulanması bakımından, bir vakıa gibi tarafların iddia ve ispat etmesine gerek olmaksızın, hukuk kuralının uygulanmasında olduğu gibi hâkimin kendiliğinden hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu, çoğunlukla kabul gören bir görüştür⁶. Türk kanun koyucusunun da benimsediği bu görüş, sadece hâkim açısından değil, uyuşmazlığın lehine çözümünde hukuki yararı bulunan davanın tarafları açısından da önem taşımaktadır. MÖHUK m. 2, her ne kadar taraflara yabancı hukukun temin ve tespiti hâkimine sadece yardımcı olma yükümlülüğü getirmiş⁷ olsa da tarafların yabancılık unsurunu belirlemeleri; hukuki sebep, kanunlar ihtilafı kuralı ve uygulanacak hukukun hükümlerine yönelik hazırlık yaparak dava malzemelerini mahkemeye sunmaları yargılamanın yürütülmesi ve etkinliği bakımından oldukça önemlidir⁸. Çünkü, uyuşmazlıkta yabancı hukukun uygulanması söz konusu olacaksa, bu hukukun uygulanmasında menfaati olan taraf, gerekli bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaya gayret edecektir. Doğal olarak, bilgi ve belge temin etme hususunda taraflar hareketsiz kalırsa, yabancı hukukun uygulanmamasının ya da gerektiği gibi uygulanmamasının sonuçlarına katlanacaklardır⁹.

⁵ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 205.

⁶ YÖNEY, Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018, s. 51. Ayrıca, Türk hukukunda bu konu hakkında ilk basılı eser olması nedeniyle, konunun teorik yönleri bakımından ayrıntılı bilgi edinmek için bkz.: NOMER, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972.

⁷ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, İstanbul 2021, s. 76.

⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AYGÜN, Mesut: "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2015, s. 1025-1066.

⁹ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2017 (DHH), s. 195; YÖNEY, s. 103-104.

Ancak hâkimin, yabancı hukukun tespitinde ' tarafların yardımını alacağı' ifadesi yanlış anlaşılmalıdır. Hâkim, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, MÖHUK m. 2 uyarınca, yabancı hukuku kendiliğinden belirlemek yükümlülüğü altındadır; hâkim, yabancı hukukun tespitinden sonraki aşamada bu hukukta yer alan hukuki uyumsuzluğa esastan çözüm getirecek/hukuki taleplere uygulanacak maddi hukuk kurallarının; başka bir ifadeyle yabancı hukukun içeriğinin tespiti aşamasında taraflardan yardım isteyebilecektir¹⁰. Hâkimin taraflardan yardım talep etmesi, kendine özgü bir delil ikamesidir ve yabancı hukukun ispat usulünde serbesti söz konudur. Bu nedenle gerek hâkim gerekse taraflar usul hukukunda yer alan ispat araçlarıyla sınırlandırılmamışlardır¹¹. Yabancı hukuka ilişkin bilgi ve belgelerin taraflarca mahkemeye sunulması, ilgili tarafın kendi menfaatlerine hizmet etme riski barındırdığından, hâkimin söz konusu bilgi ve belgelerin doğruluğunu ve güvenilirliğini kontrol etmesi MÖHUK m. 2/1'in doğru şekilde uygulanması bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir¹².

Yabancı hukukun temin edilmesi konusunda mevzuatımızda bağlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yabancı hukukun kurallarını temin etmek için Türkiye'nin de taraf olduğu "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ile "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokol" gibi uluslararası anlaşmalar, diplomatik ve resmi kanallardan bilgi edinilmesi hususu, bilirkişilik kurumu, hukuki mütalâa usulü ve uzman kuruluşlardan bilgi alma usulü gibi çeşitli araç ve yollar bulunmaktadır¹³.

¹⁰ **ÖZEL**, Sibel/**ERKAN**, Mustafa/**PÜRSELİM**, Hatice Selin/**KARACA**, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2022, s. 155; **TEKİNALP**, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları), 13. Baskı, İstanbul 2020, s. 48.

¹¹ **NOMER**, DHH, s. 196.

¹² **ERKAN**, Mustafa: Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken, Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Ayşe Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu – Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 552.

¹³ **ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2021, s. 175; **ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE**, s. 76.

Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine yönelik pek çok yöntem olmasına rağmen, bunun uygulamaya yansımaları pek de başarılı olamamıştır. Öncelikle, sadece 47 Avrupa devletinin taraf olması¹⁴ nedeniyle, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Sözleşmenin¹⁵ tüm dünya genelinde etkili bir mekanizma sunamadığını ifade edelim. Öte yandan, yabancı hukukun tespiti ve tespit edilen yabancı kuralların Türkçe'ye tercümesi parasal anlamda külfet ortaya çıkardığı gibi, zamansal olarak da yargulamada ciddi aksamalara yol açmaktadır. Yabancı hukukun içeriğinin tespitine yönelik araştırma usullerindeki yanlışlık veya eksiklik, yargılama sürelerinin makul olmayacak derecede uzamasına yol açabilmektedir. Nitekim bu türden hadiseler makul sürede yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı için ciddi insan hakları ihlallerine zemin hazırlamaktadır¹⁶.

II. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Akıl, zekâ kavramından farklıdır. Akıl, kalıtsal olarak alınan özelliklerin yanı sıra, yaşanan çevresel faktörlerin ve toplumsal şartların etkileşimiyle ortaya çıkan bir yapıdır. Dolayısıyla akıl, sabit bir durumda değil; insan yaşamı boyunca değişebilen bir özelliğe sahiptir. Bu nedenle akıl, modelleme için taklit edilemez¹⁷.

Zekâ ise, beynin öğrenme, anlama, soyut düşünme, sebep-sonuç ilişkisi kurma, planlama ve problem çözme gibi zihinsel işlevlerine karşılık gelmektedir¹⁸. Dolayısıyla zekâ herkesin doğuştan belirli oranda sahip olduğu bir olgudur. Herhangi bir konuda, eğitim yoluyla çalışıla-

¹⁴ 21 Mart 2023 tarihi itibarıyla Sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 47'dir. Ayrıntılı bilgi için Sözleşme'nin yer aldığı resmi internet sayfasına bkz.: "European Convention on Information on Foreign Law", Council of Europe: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=062>>, (Erişim Tarihi: 21.03.2023).

¹⁵ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: RG. 26.08.1975 – 15338 ve Ek Protokol için bkz.: RG. 02.10.2004 – 25601.

¹⁶ ARSLAN, İbrahim: "Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki", Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017, s. 73, 84.

¹⁷ YILMAZ, Atıncı, Yapay Zekâ, 7. Baskı, İstanbul 2020, s. 1.

¹⁸ ELMAS, Çetin, Yapay Zekâ Uygulamaları, Ankara 2007, s. 21.

rak ve öğrenilerek edinilen bilgi, birikim ve deneyimler ile zekâ geliştirilebilir. Karşımıza ilk kez çıkan bir duruma karşı uyum sağlayabilme, öğrenme, anlama ve analiz etme zekâ kavramı ile gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla bilgisayarların herhangi bir problemi anlayabilme, öğrenebilme ve çözüm getirebilme yeteneği kazandırılması için zekâ, yazılım veya tümleşik yongalarla taklit edilerek modellenmektedir¹⁹. Bu amaç doğrultusunda modellenen zekâ, artık “yapay zekâ” olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰.

Günümüzde yapay zekâ uygulamaları yaşamın her alanında ortaya çıkan ihtiyaçlara uyarlanmakta, ekonomik olarak daha uygun yazılımlar, gelişen teknoloji ve işlemci gücü sayesinde çok geniş kullanım alanları ortaya çıkmaktadır. Nitekim yapay zekâ uygulamalarının finans, savunma sanayi, inşaat, havacılık, tıp, otomotiv, enerji, hukuk ve lojistik sektörü gibi pek çok alanda rutin veya karmaşık görevleri yerine getirebilmek amacıyla kullanıldığı görülmektedir²¹.

Hedefli pazarlamada kullanılan hiper kişiselleştirme; *Siri* ve *Alexa* gibi dijital asistanların öne çıktığı konuşma ve insan-makine etkileşimi uygulamaları; mali dolandırıcılık veya kara para aklamayı tespit etmede kullanılan kalıp ve anormallik tespiti; bir kişinin kimliğini doğrulamaktan tutun da ülke hudut kontrolünde insan hareketlerini izlemeye varınca kadar tanıma ve tanılama sistemleri; bilgisayar sistemlerine deneme yanılma yoluyla öğrenme yeteneği kazandırmak için makine öğrenimini ve diğer bilişsel yaklaşımları kullanan hedef odaklı sistemler; özellikle meteorolojik olayların tahmininde kullanılan tahmine dayalı analitik ve karar desteği uygulamaları ile savunma sanayi ve otomotiv sektöründe otonom sürüş kabiliyetinin yer aldığı otonom sistemler yapay zekânın sıklıkla kullanıldığı alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır²².

Pek çok alanda kullanımı olan ve insan hayatını kolaylaştıran yapay zekâ uygulamalarını somut örneklerle açıklayalım: Havaalanlarında

¹⁹ YILMAZ, s. 2.

²⁰ ELMAS, s. 21.

²¹ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, Gülçin: Dijitalleşen Dünyada Yapay Zekâ, Aksoy Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, İstanbul 2021, s. 1-2.

²² BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 10-12.

kullanılan 'Zeki Havaalanı Programı' sayesinde uçuş kapıları çeşitli parametrelere göre önceden belirlenebilmekte, bagajlar doğru yerlere yönlendirilebilmektedir. Bu program sayesinde havaalanlarında operasyonel anlamda verimlilik oldukça artmıştır. Bir yapay zekâ programı olan 'FlipDog', web sitelerini otomatik olarak gezerek iş ilanlarını bulmaktadır. Aynı zamanda bu program, çalışma alanlarını maaş gibi başvuru parametreleri kullanarak sistematik hale getirmektedir. Bir başka yapay zekâ programı olan 'Falcon', kredi kartlarındaki dolandırıcılık olaylarını tespit etmektedir. Bu yazılım sayesinde kredi kartının sahibinin dışında başka birinin eline geçtiği tahmin edildiğinde kredi kartının kullanımı durdurulmaktadır. Aşağıda açıklayacağımız yapay sinir ağları tekniğinden yararlanan Falcon, kredi kartı sahibinin alışkanlıklarını öğrenerek, olağan dışı bir durumla karşılaştığında şüpheli durumla ilgili önlemler getirmektedir. Falcon sayesinde dolandırıcılık hadiselerinin tespiti %30'lardan %70'lere çıkmıştır. Reklam içerikli elektronik postalardan kurtulmak için yapay zekâ kullanan programlar tasarlanmıştır. Söz konusu programlar, gelen elektronik postanın reklam içerikli mi yoksa reklam içermeyen normal bir elektronik posta mı olduğunu ayırt ederek reklam içerikli elektronik postaları istenmeyen posta klasörüne atmaktadır. Özellikle pazarlama sektöründe yapay zekâ uygulamaları çok yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Müşterilerin ticari nitelikte verileri ve davranışları kayıt altına alınarak ortaya çıkarılan modelleme ile hangi ürünün, hangi coğrafi alanda, hangi mevsimde ne kadar satılacağı tahmin edilebilmektedir. Bu tahminler sayesinde ürün lojistik organizasyonlarında, stok durumlarında akılcı çözümler geliştirilebilmektedir. Dolayısıyla işletmelerin kâr marjları olumlu şekilde etkilenmektedir²³.

Yapay zekânın sürekli gelişen ve değişen bir alan olduğunu kabul etmek gerekir. Keza bir zamanlar yapay zekâ alanı içinde düşünülen konular, örneğin optik karakter tanıma ve bilgisayar satrancı artık rutin hesaplama işleri olarak kabul edilmektedir. Günümüzde robotik, görüntü tanıma, doğal dil işleme, gerçek zamanlı analitik araçları ve nesnelere interneti (IoT) içindeki çeşitli bağlantı sistemlerin tümü, daha gelişmiş özellikler ve yetenekler sunmak için yapay zekâdan faydalanmak-

²³ YILMAZ, s. 17.

tadır. Bunun doğal sonucu olarak yapay zekâ, sürekli artarak daha fazla uygulama ve araca entegre edilmektedir. Bunlar, şirketler başta olmak üzere kurumların analitik programları ile *Siri* ve *Alexa* gibi dijital asistanlardan, otonom araçlara ve yüz tanımaya kadar çeşitlilik göstermektedir²⁴.

2030 yılına kadar yapay zekânın, küresel ekonomiye 15,7 trilyon dolar katkıda bulunacağı ve ülke ekonomilerini ortalama %26 oranında büyüteceği tahmin edilmektedir. Gelişmiş ve gelişmekte olan devletler, bu devasa pazarda paylarını muhafaza etmek ve daha fazla arttırabilmek için üniversiteler, araştırma merkezleri, teknoloji lideri şirketler ve girişimler aracılığıyla yapay zekâ teknolojileri konusunda çalışmalar yapılmasını teşvik etmektedir²⁵.

Modern anlamda yapay zekâ fikrinin ilk kez dijital makineleri tasarlayan *Alan Turing* tarafından ortaya atıldığı ifade edilmektedir²⁶. *Turing*, bir felsefe dergisinde yayımlanan “Hesaplamalı Makineler ve Zekâ” isimli çalışmasında “Makineler düşünebilir mi?” sorusuna cevaben düşüncelerini ortaya koymuştur. Çalışmasında makineleri ve düşünebilme durumunu karşıt görüşlere de cevap vererek ayrıntılı olarak açıklamıştır²⁷. *Turing*, bu nedenle yapay zekânın kurucusu olarak isimlendirilebilir²⁸. Ancak yapay zekâ terimini ilk kullanan kişi *John McCarthy*'dir. Yapay zekâ kavramı, 1956 yılında *Dartmouth* Koleji'nde düzenlenen Yapay Zekâ Araştırma Projesi'nin hazırlık çalışmaları kap-

²⁴ GREENGARD, Samuel, “What is Artificial Intelligence & How Does It Work?“, Datamation, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

²⁵ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı (B3LAB), “Üçüncü Dalga Yapay Zekâ Teknolojileri“, Yapay Zekâ, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

²⁶ AKİPEK ÖCAL, Şebnem: Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği, Büyüksağış, Erdem (Editör), Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, İstanbul 2022, s. 9.

²⁷ TURING, Alan, “Computing Machinery and Intelligence“, *Mind*, C. LIX, S. 236, 1950, s. 433–460, MIND, <<https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

²⁸ GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi, Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı, İstanbul 2022, s. 26; YILMAZ, s. 6.

samında *John McCarthy* ve arkadaşları tarafından ortaya atılmıştır²⁹. *McCarthy*, yapay zekâyı insan zekâsının özelliği olan işlemleri gerçekleştirebilen başka bir ifadeyle insan zekâsını taklit eden makineler olarak tanımlamış ve yapay zekânın kendisini biyolojik olarak gözlemlenebilir yöntemlerle sınırlamasının gerekmediğini ifade etmiştir³⁰.

Genel olarak bir tanım vermek gerekirse yapay zekâ, “*bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrolündeki bir robotun çeşitli faaliyetleri zeki canlılara benzer şekilde yerine getirme faaliyetidir*”³¹. Yapay zekâ insan oğlunun idrağına yönelik olan yeteneklerini, davranışlarını taklit ederek bilgisayar sistemlerinde bu yetenekleri modellemektedir. Başka bir ifadeyle, yapay zekâ; insan zekâsını taklit edip modellemek için tıpkı insanlar gibi problemlere çözüm üretebilme, anlamlandırabilme, genelleme yapabilme, deneyimleri ile kazandıklarını öğrenebilme gibi yetenekleri, modellenen sisteme kazandırmayı amaçlamaktadır³². Bu açıklamalar ışığında yapay zekâ, bir takım teori, bilim ve teknik vasıtasıyla makinelerin insana özgü bilişsel yetenekleri daha yüksek verimlilik düzeyinde yerine getirebilmesi faaliyetidir³³.

Yapay zekâyı daha iyi anlayabilmek için doğal zekâ ile yapay zekânın bazı noktalardan karşılaştırılmasında fayda bulunmaktadır. **Yapay zekâda bilgi kalıcıdır:** Doğal zekâ bakımından zaman içerisinde bilginin unutulabilmesi mümkündür. Yapay zekâda ise bilgi sistem içerisinde depolandığından, bilgilerin makinenin deposundan silinmediği sürece unutulması, kaybolması mümkün değildir. Ayrıca bilgilerin raporlanması ve belgelenmesi doğal zekâyı göre oldukça kolaydır. **Yapay zekâda bilgi kolaylıkla kopyalanabilir ve geniş kitlelere aktarılabilir:**

²⁹ SAY, Cem, 50 Soruda Yapay Zekâ, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 85 vd.; KARACA, Uğur, Yapay Zekânın Haksız Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2023, s. 4.

³⁰ MCCARTHY, John, “What is Artificial Intelligence?”, Stanford University (Revised: 12.11.2007), <<http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

³¹ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

³² YILMAZ, s. 4-5.

³³ ERDOĞAN, Gökhan: “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergisi, S. 66, 2021, s. 123; KARACA, s. 9.

Yapay zekâda bilginin aktarımı doğal zekâyâ göre daha kolaydır. Doğal zekâda bilginin, uzmanlığın aktarılması ise uzun süreli bir zamanın geçmesi gerekmektedir. Bu zamanın sonunda dahi bilgilerin, uzmanlığın tamamının diğer doğal zekâyâ geçişi mümkün olamamaktadır. Yapay zekâda ise makineler arasında aktarım yapabilmek, kopyalama yoluyla oldukça kolaydır ve geniş kitlelere erişim sağlanabilmektedir. **Yapay zekânın maliyeti düşüktür:** Doğal zekâyâ tecrübe, deneyim ve uzmanlaşma kazandırmak için gerekli eğitimi verme işlemi yapay zekâyâ göre çok daha zor, daha uzun zaman ve maliyet gerektirmektedir. **Yapay zekâ tutarlıdır:** Doğal zekâ, içerisinde bulunduğu duygusal ve kişisel durum çerçevesinde karar vermeye çalışır. Bu nedenle aynı problem karşısında farklı tepkiler, düzensizlikler görülür. Yapay zekâda ise aynı probleme karşı gösterilen aynı ve tutarlı tepkiler nedeniyle, bu konuda yapay zekânın doğal zekâyâ göre üstünlüğü söz konusudur. **Yapay zekâ çözümlenebilir:** Yapay zekâda makineler tarafından ortaya konulan sonuçlar sistemin akış algoritması takip edilerek çözümlenebilir. Oysa doğal zekâda çözümlene yapmamak oldukça zordur³⁴.

Yapay zekânın bu artılarına rağmen, doğal zekânın yapay zekâdan üstün olduğu durumlar ve alanların olduğu unutulmamalıdır. Örneğin, *doğal zekâ yaratıcı ve doğurgandır*. Oysa yapay zekâ için yaratıcılık kavramından söz edilemez. Yapay zekâ yöntemi ile modellenen sistemin tüm yaratıcılığı bu sistemi modelleyen doğal zekâyâ yani insana bağlıdır. *Doğal zekâ, insanlara duyuları yoluyla öğrendiği deneyimleri kullanma ve bunlardan faydalanma yeteneği sağlar*. Buna karşılık yapay zekâda sembolik girdiler kullanılarak benzetim yapılmaya çalışılır. Doğal zekânın belki de en önemli avantajı, *muhakeme gücünü etkin şekilde kullanabilmesidir*. Doğal zekâ öncesinde karşılaştığı durumlardan elde ettiği tecrübe ve deneyimleri, sonradan çıkan ve daha önce karşılaşılmayan konulara hemen adapte ederek kullanma ve çözüm üretebilme yeteneği sunmaktadır³⁵.

Dolayısıyla, yapay zekâ, doğal zekânın yerine geçebilecek bir teknolojiyi ortaya koyamamaktadır. Yapay zekâ teknikleri, bir doğal

³⁴ NABİYEYEV, Vasif V., *Yapay Zekâ: Problemler, Yöntemler, Algoritmalar*, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 33; YILMAZ (n 8) 7; BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU (n 12) 3-4.

³⁵ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 4.

zekânın koordinasyonunda ancak kendisinden beklenen faydaları ortaya çıkarabilir. Bu gerekçelerden hareketle yapay zekânın insan düzeyindeki düşünce ile eşleşen ya da onu aşan bir tür sentetik bilgisayar bilişim teknolojisine sahip olduğu algısı aslında bir yanılgıdan ibarettir³⁶. Bilakis günümüz yapay zekâ sistemlerinin, herhangi anlamlı hisle doğal zekânın ürünü bir düşünceye sahip olmadıkları kabul edilmektedir. Bu sistemler, önemli ölçüde buluşsal yöntemler aracılığıyla insanlar tarafından özel olarak kodlanmış bilgileri, belirli kurallar rehberliğinde bilgisayarlar tarafından işlenebilecek şekilde kullanılmaktadır³⁷.

Yapay zekâ bakımından en önemli risk, kötü yapılandırılmış sistemlerdir. İnsanlar yanlış ve eksik verilerle modellemeler oluşturduklarında, makine öğrenimi ve hatta derin öğrenme süreci olması gerektiği gibi işlemeyeceğinden, yapay zekânın kullanım amacı bakımından genellikle yanlış ve bazen tehlikeli sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, herhangi bir yapay zekâ kullanım projesi, ürünü tasarlanırken mutlaka veri bilimi alanında uzmanlığı olan, yapay zekâ teknikleri konusunda eğitilmiş bireylerin istihdamına öncelik verilmelidir³⁸.

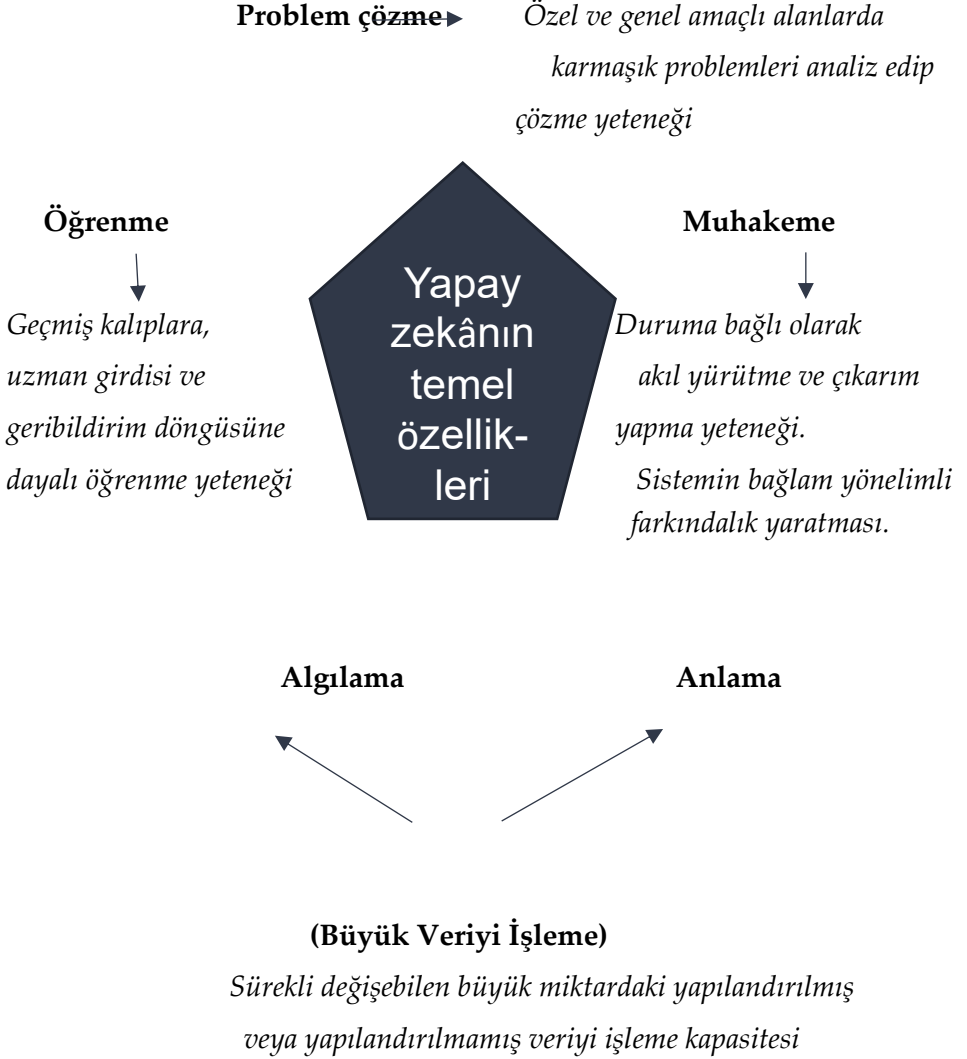
Yapay zekâyı ortaya çıkaran sistem, problem çözme dahil olmak üzere bilişsel işlemlere yaklaşan kararlar almak ve eylemlerde bulunmak için veri analizi yöntemleriyle işlenen büyük veriyi (bilgi deposu olarak ifade edebileceğimiz) bulut ortamlarından alır. Bu işleyişin anlaşılabilmesi için yapay zekânın temel özelliklerinin bilinmesi gerekir. Yapay zekânın ortaya çıkmasını takip eden süreçte, yapay zekâ için beş önemli bileşenin olduğu anlaşılmıştır. Yapay zekânın temel özellikleri olarak da ifade edilen bu beş bileşen sırasıyla şunlardır: Verileri temel olarak algılama, anlama, öğrenme, muhakeme ve problem çözme. Ancak, yapay zekânın son iki temel özelliği olan muhakeme ve problem çözümlerinin insan düzeyindeki bilişsel özelliklere karşılık geldiği yönünde yanlış bir algı ortaya çıkmamalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yapay zekâ

³⁶ AKİPEK ÖCAL, s. 9.

³⁷ SURDEN, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", Georgia State University Law Review, C. 35, S. 4, 2019, s. 1305, 1308.

³⁸ İNCE, Hüseyin/İMAMOĞLU, Sena Esin / İMAMOĞLU, Salih Zeki: "Yapay Zekâ Uygulamalarının Karar Verme Üzerine Etkileri: Kavramsal Bir Çalışma", International Review of Economics and Management, C. 9, S. 1, 2021, s. 51-52, 60-61.

bu özelliklerini, insanların hazırladığı özel olarak kodlanmış bilgiler ve belirli kurallar rehberliğinde ve ancak bilgisayarlar tarafından ortaya çıkarabilirler³⁹.



Şekil 1. Yapay zekânın temel özellikleri⁴⁰

³⁹ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 4-5.

⁴⁰ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 5.

III. YAPAY ZEKÂ TEKNİKLERİ

Yapay zekâ, insan beyninin karar alma sürecinde yer alan görevlerini yerine getiren bilgi işlem sistemlerine karşılık gelmektedir. Bu yazılım odaklı ve akıllı sistem veya teknolojiler (veya teknikler/yöntemler), gelişmiş veri analizleri ile büyük veri uygulamalarını içerecek şekilde bir bilgi deposu oluşturmaktadırlar. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, yapay zekâ sistemleri, muhakeme ve problem çözme de dahil olmak üzere bilişsel işlemlere yaklaşan kararlar almak ve eylemler gerçekleştirmek için bu bilgi deposundan yararlanmaktadırlar⁴¹.

Yapay zekânın ilk defa ortaya çıktığı yıllarda, yapay zekâ ile hedeflenen, insan gibi düşünebilen, öğrenebilen ve akıl yürüten makineler inşa etmektir. Dolayısıyla ilk yapay zekâ sistemleri, “sorunu bul-çöz-çözümü kodla-uygula” yöntemiyle geliştirilmiştir. Bu sistemler geleneksel programlamanın kullanıldığı ve çoğunluğu kural tabanlı yaklaşımların yer aldığı, insan emeğinin öne çıktığı sistemlerdir. 1970’ler ile 1990’ları kapsayan bu döneme yapay zekâda ‘Birinci Dalga’ ismi verilmiştir⁴².

Yapay zekâ araştırmacıları, birinci dalga yapay zekâ sistemlerinin gelişimlerinin sınırlı olduğunu fark ettikten sonra, tekrar insan gibi düşünen sistemlere yöneldiler ve insanların nöron yapısını temel alarak **yapay sinir ağı** yaklaşımını geliştirdiler. Yapay sinir ağı algoritmaları insandaki öğrenme işleyişinden hareketle geliştirildi. Biyolojik sinir sisteminde bulunan nöronların birbirleri ile ilişki kurması gibi yapay sinir ağı sistemlerinde de nöron şeklinde tanımlanan yapılar birbirleri ile bağlantılı olacak şekilde modellendiler. Buradaki amaç, insanda olduğu gibi yapay zekâyâ da öğrenme, hafızaya alma ve veriler arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarma gibi yeteneklerin kazandırılmasıydı. Bu çalışmalarla başlayan ve özellikle, 2010’lu yıllarda teknoloji ve işlemci gücünde gerçekleşen gelişmelerle çok katmanlı yapay sinir ağlarının geliştirilmesine izin veren (aşağıda üzerinde duracağımız) derin öğrenme yaklaşımıyla hızlanan bu döneme ‘İkinci Dalga’ denildi. İkinci dalgada, derin öğrenme

⁴¹ GREENGARD, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

⁴² TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

kullanılarak geliştirilen dar kapsamlı yapay zekâ uygulamaları; belirli, iyi tanımlanmış görevlerde ürettikleri başarılı sonuçlarla hayatın her alanında yer almaktadır⁴³.

Günümüzden 2030'lara kadar uzanan dönem, yapay zekâda 'Üçüncü Dalga' olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü Dalga yapay zekâ sistemleri, özellikle bağlamsal adaptasyon yeteneklerinde önemli işlevleri insanlığın kullanımına sunacaklardır. Bağlamı ve anlamı anlayacaklarından içinde buldukları ortama ve çözümü gereken problemlere daha kolay uyum sağlayıp, bunlara uygun çözümler üretebileceklerdir. Üçüncü dalga (insan düzeyi) yapay zekâ sistemleri sadece kediyi tanımlamakla kalmayacak, aynı zamanda onun neden bir kedi olduğunu ve bu sonuca nasıl ulaştığını açıklayabilecektir⁴⁴.

Elbette yapay zekâ, tek bir teknikten ibaret değildir. Yapay zekâ, geliştirildiği hizmet alanına uygun olarak çok çeşitli kombinasyonlarda kullanılabilen birbiriyle ilişkili bir teknoloji bileşenleri kümesidir. Günümüzde çok sayıda yapay zekâ tekniği söz konusudur ve bu alan yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gelişmeye açıktır⁴⁵. Çünkü bilgisayarların insanların karar verme ve çözüm üretme mekanizmalarını taklit etmeye yönlendirilmesi, farklı tekniklerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Günümüzde altmıştan fazla yapay tekniği olduğu bilinmektedir⁴⁶. Şekil 2'de görüleceği üzere, genel olarak en bilinen ve insanların hayatlarını kolaylaştıran yapay zekâ tekniklerinden bazıları şunlardır: Makine öğrenmesi, derin öğrenme, yapay sinir ağları, uzman sistemler, robotik, doğal dil işleme (NLP), görüntü tanıma ve işleme ile planlama ve optimizasyon⁴⁷. Çalışmamızda temel alacağımız yapay zekâ teknolojisini anlayabilmek için, bunları genel olarak açıklayalım.

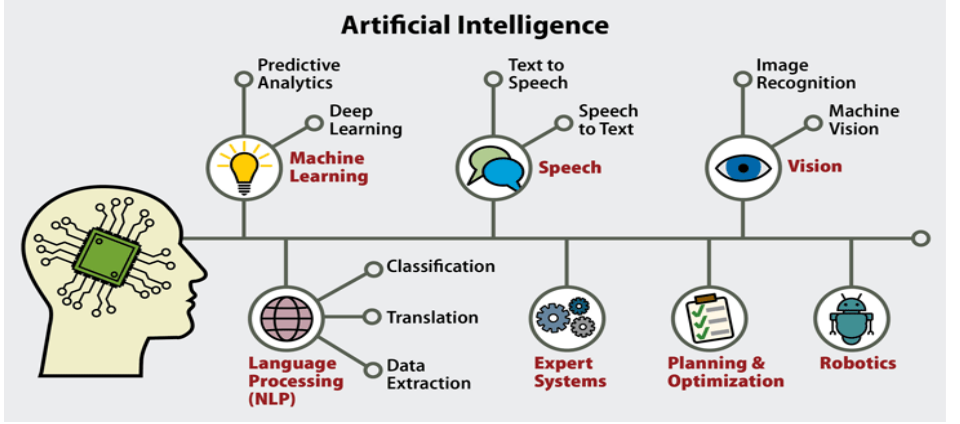
⁴³ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁴⁴ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁴⁵ ÖZTEMEL, Ercan, Yapay Sinir Ağları, İstanbul 2003, s. 15; ELMAS, s. 21.

⁴⁶ ÖZTEMEL, s. 15.

⁴⁷ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 5.



Şekil 2. Yapay zekâ teknikleri⁴⁸

A. Makine Öğrenmesi

Makine öğrenmesi, bilgisayarın bir olayla ilgili bilgileri ve tecrübeleri öğrenerek gelecekte ortaya çıkacak benzeri olaylar hakkında kararlar verebilmesi ve sorunlara çözümler üretebilmesidir⁴⁹. Genellikle yapay zekâ ile eşanlamlı olarak ifade edilen makine öğrenmesi, elde edilen verilerden öğrenmek üzere algoritmaları kullanan bir yapay zekâ tekniğidir. Makine öğrenmesi, çeşitli algoritmalar ve yöntemler ile veride bazı kalıpları arar ve bu kalıplara karşılık gelen etiketlere bakarak önce öğrenir, daha sonra öğrendiklerine benzer durumla karşılaştığında deneyimlerinden yararlanarak çıkarım yapabilen sistemler geliştirme imkânı sağlar. Başka bir ifadeyle örneğin, spam e-mailleri tespit etmekte, bir sonraki *Netflix* dizisi önermekte kullanılan yapay zekâ tekniği budur⁵⁰.

Makine öğrenmesi üç farklı yöntemle çalışmaktadır. Bunlar, denetimli öğrenme, denetimsiz öğrenme ve yarı denetimli öğrenmedir. Denetimli öğrenme, mevcut etiketli veri örneklerinden, yeni örneklerde kullanılacak kuralların veya modellerin çıkarılması mantığına dayanır. Denetimsiz öğrenmede ise kullanıcının sisteme herhangi bir müdahalesi

⁴⁸ GREENGARD, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

⁴⁹ ÖZTEMEL, s. 21.

⁵⁰ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 6.

yoktur. Sadece girdi verileri sisteme verilir ancak herhangi bir işaretleme yapılmaz. Sistem otomatik olarak keşifler yaparak ilişki ağını ortaya koymaya çalışır. Yarı denetimli öğrenmede ise elde az sayıda etiketlenmiş veri, buna karşın çok daha fazla sayıda etiketlenmemiş veri varsa, az sayıdaki etiketlenmiş veriden hareketle etiketlenmemiş veriler hakkında bilgi sahibi olmaya çalışılır ve veriler sınıflandırılır⁵¹.

B. Yapay Sinir Ağları

Genel olarak yapay sinir ağları, insan beyninin sinir ağlarını taklit eden bilgisayar programları olarak ifade edilebilir⁵². Yapay sinir ağları, insan beyninin özelliklerinden olan öğrenme yolu ile yeni bilgiler edinebilmesi, türetebilmesi ve keşfedebilme gibi yetenekleri herhangi bir yardım almadan gerçekleştirmek amacıyla geliştirilen bilgisayar sistemleridir. Başka bir ifadeyle, yapay sinir ağları, insanlar tarafından gerçekleştirilmiş örnekleri kullanarak olayları öğrenebilen, çevreden gelen olaylara karşı nasıl tepkiler üretebileceğini belirleyebilen bilgisayar sistemleridir. Yapay sinir ağları tekniği, insan beyninin işlevsel özelliklerine benzer şekilde, öğrenme, ilişkilendirme, sınıflandırma, genelleme, özellik belirleme ve optimizasyon gibi konularda başarılı şekilde uygulanmaktadır. Örneklerden elde ettikleri bilgiler ile kendi deneyimlerini oluşturur ve daha sonra, benzer konularla karşılaştıklarında benzer kararları verirler. Yapay sinir ağları yöntemi, bilgisayarların da öğrenebileceğini ortaya koymuştur⁵³. Özetlemek gerekirse yapay sinir ağları, insan zekâsının yeteneklerinden öğrenmeyi modelleyerek öğrenme yeteneği ile tahmin edebilme, yeni bilgi türetme gibi becerileri makinelere kazandırmayı amaçlayan yapay zekâ tekniğidir. Bu teknik, sayısal ifadelerle çalışarak, matematiksel hale getirdiği problemleri yardım almadan otomatik olarak çözebilme becerisine sahip sistemlerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır⁵⁴.

Doktrinde yapay sinir ağlarının kümeleme, örüntü tanıma, veri sırtıştırma, optimizasyon, veri madenciliği ve iş çizelgesi hazırlama gibi

⁵¹ SAY, s. 93 vd.

⁵² ELMAS, s. 22.

⁵³ ÖZTEMEL, s. 29, 31.

⁵⁴ YILMAZ, s. 18.

günlük hayatta kullandığımız pek çok uygulama için oldukça başarılı bir teknik olduğu ifade edilmektedir⁵⁵. Derin öğrenme tekniğiyle birlikte ikinci dalga yapay zekânın tam da merkezinde yer alan yapay sinir ağları tekniğinin günümüzde oldukça geniş yelpazede kullanım alanının olduğunu söylemek mümkündür. Örnek vermek gerekirse, bankacılık sektöründe müşteri analizi, kredi değerlendirilmesi; otomotiv sektöründe yol koşullarına göre sürüş; finans sektöründe pazar analizi, bütçe tahmini; sağlık sektöründe kanserin erken teşhis ve tedavisi, EEG-ECG-MR üzerinde kalite artırımı, ilaç analizi, kalp krizi erken teşhis ve tedavisi yapay sinir ağlarının kullanım alanlarından bazılarıdır⁵⁶.

C. Derin Öğrenme

Aslında derin öğrenme, yukarıda üzerinde durduğumuz yapay sinir ağları yöntemini esas alan, ağ katman sayısının daha fazla olduğu sofistike bir yöntemdir. Derin öğrenmenin sürekli öğrenmeye karşılık gelen, makine öğrenmesini biraz daha ileriye götüren bir teknik olduğunu söyleyebiliriz⁵⁷.

Derin öğrenme, insan beyninin karmaşık problemleri çözmek için kullandığı yöntem ve yeteneklerini örnek alan, büyük miktarda veriden faydalanarak özellik çıkarma, sınıflandırma ve dönüştürme işlemlerini yapma yeteneğine sahip özünde bir makine öğrenmesi tekniğidir⁵⁸. Örneğin, hava trafik seyrüseferi için karar almada bağlayıcı olacak şekilde, (rüzgârın yönü, hava basınç değerleri, fırtınanın şiddeti, ivmesi ve hareketi, bölgesel hava olayları gibi) meteoroloji olaylarını anlık raporlama yapmakta ve durumun önemine göre çeşitli simgesel uyarı mesajları göndermekte kullanılan mekanizma türü, derin öğrenme tekniğidir.

Derin öğrenme, büyük miktarda denetimsiz veri kullanarak sınıflandırma problemlerinde özellik çıkarımı maliyetini ortadan kaldırmış, yapay sinir ağlarının özelleştirilmiş pek çok gizli katmandan ve işlem elemanından oluşan bir çeşididir. Geleneksel makine öğrenmesi ile derin öğrenme arasındaki en temel fark, otomatik özellik çıkarımı yetene-

⁵⁵ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 8.

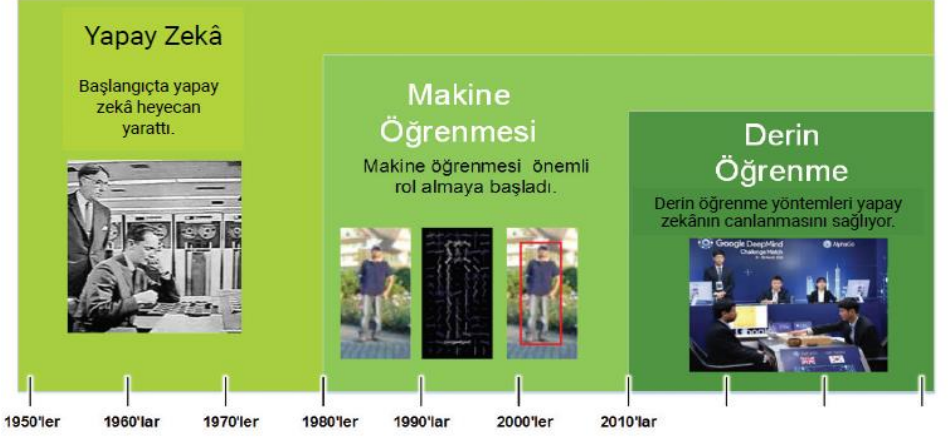
⁵⁶ YILMAZ, s. 19.

⁵⁷ SAY, s. 103.

⁵⁸ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 6-7.

ğidir. Bu özellik çıkarımının yapılabilmesi için derin öğrenme algoritmaları büyük veri kümesine ihtiyaç duymaktadır⁵⁹.

Şekil 3'de görüleceği üzere, makine öğrenmesi, yapay zekânın; derin öğrenme de makine öğrenmesinin bir alt kırılımı olarak ortaya çıkmıştır. Limitsiz veri ve işlem gücü, yeni algoritmalar ve açık sistemlerle desteklenen derin öğrenme, 2010 yılından itibaren yapay zekâ uygulamalarının itici gücünü oluşturmuştur⁶⁰.



Şekil 3. Yapay zekâ, makine öğrenmesi ve derin öğrenme⁶¹.

D. Uzman Sistemler

Bir problemi o konuda uzman olan kişilerin çözebildiği gibi çözebilen ve bu bilgiyi belli bir formatta saklayabilen bilgisayar programlarıdır. Bu nedenle bu sistemler için «bilgi tabanlı sistemler» terimi de kullanılmaktadır. Bu sistemler, varsayıma dayalı model çerçevesinde karmaşık problemlerin çözümü için oluşturulan, insan karar verme yapısını ve zekâsını taklit eden sistemler olarak tanımlanabilir⁶². Bir başka tanıma göre uzman sistemler, bazı konularda uzmanlığı bulunan bir veya bir-

⁵⁹ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 7.

⁶⁰ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 7.

⁶¹ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁶² BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 9; ÖZTEMEL, s. 15.

kaç insanın yapabildiği muhakeme ve karar verme özelliklerini modelleyen yazılım sistemleridir⁶³.

Uzman sistemler, verinin sayısallaştırılarak bilgisayara aktarıldığı ve problemler için kendisine danışıldığı yazılımlar olarak işlev görmektedirler. Çözüm için sisteme depolanan uzman bilgisi kullanılmaktadır⁶⁴. Tavsiye etme, karar vermede yardım etme, çözüm üretme, tanılama, açıklama, girdi yorumlama, sonuçları tahmin etme, gerekçelendirme ve soruna alternatif çözüm önerme, uzman sistemlerin yetkinlikleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁵.

Uzman sistemlerin amacı uzman bilgisini daha etkili ve verimli kullanmaktır. Gerçek hayatta uzmanların bulunmadığı veya sınırlı kaldığı durumlarda, sorunun çözümünde görevi olan birimlerin verimliliği ve çalışma kalitesi arttırılmak istenmektedir. Bu durum uzman bilgilerin depolandığı makinelerin yardımı sayesinde sağlanıp, problemler daha doğru ve güvenli şekilde çözüme kavuşturulmaktadır⁶⁶. Örneğin, bir adam öldürme vakiasında tanıkların beyanları ve olay yeri inceleme bulgularını karşılaştırıp "sanal canlandırma" ile maddi gerçeği bulmak, üst seviyede uzman sistem yapay zekâ tekniği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bir uzman sistemin genel yapısı altı unsurdan oluşmaktadır. Bunlar: - Uzman veya uzman ekip, - Veri tabanı, - Bilgi tabanı, - Bilgi kazanma modülü, - Mantıksal çıkarım modülü, - Kullanıcı ara birimidir⁶⁷.

Uzman'ın veya uzmanlardan oluşan ekibin görevi, sisteme yeni bilgiler kazandırmaktır. Bu bilgi kazandırma işlemi sıradan bir kişinin yapamayacağı kadar karmaşıktır, söz konusu bilgilerin güncellenmesi ve yenilerinin de eklenmesi gerekebilir. Bilgi kazandıran kişi veya ekibin uzman sistem hakkında eğitim alması gerekmektedir. *Veri tabanı*, geleneksel ilişkisel veri tabanı biçimindedir ve bu veri tabanında temel nesnelere veya özelliklere tutulmaktadır. Örneğin, ülke ve şehir isimleri, kişi

⁶³ NABİYEV, s. 445.

⁶⁴ YILMAZ, s. 8.

⁶⁵ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 9.

⁶⁶ YILMAZ, s. 8-9.

⁶⁷ NABİYEV, s. 447.

isimleri, özel hukuk alt disiplini isimleri, özel hukuka ait hukuki işlem veya ilişki isimlerinin bir uzman sistem içerisinde tutulacağı yer, veri tabanıdır. Elbette bu bilgilerin bilgi tabanı ile ilişkisinin kurulması çok önemlidir. *Bilgi tabanı*, bilgilerin özel bir biçimde tutulduğu, halen tutulmakta olan bilgilerden yeni bilgiler üretilmesine veya mevcut bilgilerin güncellenmesine imkân tanıyan birimdir ve uzman sistemde merkezi bir rol üstlenmektedir. *Bilgi kazanma modülü*, uzman veya uzman ekip ile bilgi tabanı arasındaki ara birimdir. Uzmanın verdiği bilgileri alıp bilgi tabanına uygun bir biçimde yerleştirmekten sorumludur. *Mantıksal çıkarım modülü*, veri tabanını da kullanarak bilgi tabanı üzerinde araştırma yapmakla ve kendisine verilen mantıksal olarak sonuçlandırılması gereken önermelerin doğruluğunu araştırmakla sorumlu olan bir birimdir. Örneğin, 'sözleşmenin ifa edileceği yer yabancı bir devletin ülkesinde ise yer bakımından yabancılik unsuru vardır' önermesini kullanalım. Dava konusu sözleşme Viyana'da ifa edilecektir, o halde bu sözleşmeden doğan borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkta yer bakımından yabancı unsur vardır, sonucuna ulaşılabilecektir. *Kullanıcı ara birimi*, kullanıcı ile sistem arasında iletişim görevini üstlenen bir bağdaştırıcı mekanizmasıdır. Kullanıcının sorularını mantıksal çıkarım modülünün anlayacağı bir biçime dönüştürmektedir. Burada diğer bir yapay zekâ tekniği olan doğal dil işleme (NLP) önemli bir rol üstlenmektedir⁶⁸.

E. Robotik

Robotik, makine, elektrik-elektronik, uçak, uzay ve bilgisayar mühendisliği gibi birçok disiplinin birlikte çalışmasıyla ortaya çıkan bir bilim dalıdır. Yapay zekâyla uyumlu çalışan robotlar, yazılım aracılığı ile yönetilen ve bir amaç için iş ve değer üreten makinelerdir⁶⁹.

Robot tekniği, gelişen teknoloji ile birlikte pek çok alanda işlevsel olarak kullanılabilen ve robot adı verilen donanımsal ve yazılımsal uygulamaları içermektedir. Robotik bilim dalının ortaya çıkması için algısal ve duyuşsal sistemlerin yapay zekâ ile birleşimine ihtiyaç vardır. Bir

⁶⁸ NABİYEYEV, s. 447-448.

⁶⁹ GREENGARD, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022); YILMAZ, s. 9; BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 9; ERSOY, Çağlar, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 10.

robotun yapay zekâyâ sahip olması veya akıllı olabilmesi için algısal veya duyuşsal bir özelliğinin olması gerekir. Bu sayede akıllı hale gelen robot çevresindeki farklılıkları algılayarak buna uygun tepki verebilir. Akıllı robotların diğerlerinden farkı, davranışsal tepkinin otomatik değil önceden kazanılmış deneyimler sonucu olmasıdır⁷⁰.

F. Doğal Dil İşleme

Doğal dil işleme (Natural Language Processing - NLP), yapay zekâ ile dil bilimini bir araya getiren bir bilgisayar bilimleri dalıdır⁷¹. Başka bir ifadeyle doğal dil işleme, ana işlevi bir doğal dili çözümleme, anlama, yorumlama ve üretme olan bilgisayar sistemlerinin tasarımını ve gerçekleştirilmesini konu alan bir mühendislik alanıdır. NLP, yapay zekâ, biçimsel diller kuramı, kuramsal ve bilgisayar destekli dilbilim ve bilişsel psikoloji gibi çok değişik alanlarda geliştirilmiş kuram, yöntem ve teknolojileri bir araya getirmektedir⁷². Örneğin, kişinin psikolojik, biyolojik ve fizyolojik tepkilerinden hareketle yalan söyleyip söylemediğini tespit etmeye yarayan yalan makinesinin geliştirilmesinde NLP önemli bir rol üstlenmektedir.

Doğal dil işleme, yazılım vasıtasıyla yazı veya konuşma gibi dil unsurunu analiz ederek bilgiye dönüştürülmesini amaç edinmektedir. En yaygını metin çeviri alanı olmak üzere duygu analizi, konuşma, tanıma gibi NLP'nin birçok kullanım alanı bulunmaktadır. Örneğin, bir elektronik postanın içeriğinin incelenerek gerekli ya da gereksiz içeriğe sahip olma durumunun tespitinde makine öğrenmesinin yanında NLP tekniğinin de rolü vardır⁷³.

G. Görüntü Tanıma ve İşleme

Görüntü tanıma yazılımı, dijital görüntüdeki nesnelere, yerleri, insanları ve metin karakterlerini algılama ve tanıma yeteneği sağlar. Dijital görüntü işleme ise görüntünün elde edilmesi, sayısallaştırılması ve iyi-

⁷⁰ YILMAZ, s. 9.

⁷¹ YILMAZ, s. 9.

⁷² NABİYEV, s. 467.

⁷³ GREENGARD, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022); YILMAZ, s. 9; BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 10.

leştirilmesi gibi birçok işlemi kapsamaktadır. Görüntü algılama tekniği, insan gözünün görüntüleri algılama ve tanımlama sistemini referans alıp, insana özgü görme sisteminin yaptığı işleri bilgisayar ortamında gerçekleştirmeye çalışmaktadır⁷⁴. Son yıllarda yaşanan sensörlerdeki (kameralar, mikrofonlar, ivmeölçerler, GPS, radar ve daha fazlası) muazzam gelişmeler, yüz ve nesne tanıma için kullanılan konuşma-tanıma ve bilgisayarla görmeyi kapsayan makine algısını oldukça güçlendirmiştir⁷⁵. Bu teknoloji kullanımına ilişkin örnek olarak, optik okuyucular (optik karakter tanıma), biyometrik tanıma sistemleri (örneğin yüz tanıma), plaka tanımlama sistemleri verilebilir.

H. Planlama ve Optimizasyon

Belirsizliğin hâkim olduğu durumlarda veya karmaşık sistemlerde daha etkin planlama ve en iyisini yapabilmek için bulanık mantık ve genetik algoritma gibi yapay zekâ tekniklerden faydalanılmaktadır⁷⁶:

1. Bulanık Mantık

Bulanık mantık, koşulların ya da bilgi kaynağının belirsiz olduğu durumlarda karar verme esnekliğini sağlayan bir tekniktir. Düz mantıkta olduğu gibi uzun-kısa, sıcak-soğuk yerine uzun-ortadan uzun-orta-ortadan kısa-kısa, sıcak-ılık-az soğuk-soğuk-çok soğuk gibi ara değerlere göre çalışan bir tekniktir. Örneğin bir odadaki klimanın motorunun otomatik olarak değil, bir insan tarafından denetlendiğini varsayalım. Eğer oda sıcaklığı biraz arttıysa yetkili kişi motorun hızını biraz arttıracaktır; eğer oda sıcaklığı çok düşüyse motorun hızını çok azaltacaktır. Burada kullanılan 'biraz', 'çok' terimleri dilsel terimler olup, 'bulanık değişkenler' olarak adlandırılırlar. Bulanık mantık denetimi ise dilsel olarak tanımlanmış denetim stratejisini uzman tabanlı otomatik denetim algoritmasına çevirir. Deneyimler göstermektedir ki, bulanık mantık denetimi ile elde edilen çıkış performansı, klasik yöntemlerle elde edilene göre daha iyi olmaktadır. Özellikle sistemin karmaşık olduğu ve analizinin klasik yöntemlerle yapılamadığı ve bilgilerin niteliklerinin belir-

⁷⁴ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 10.

⁷⁵ GREENGARD, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

⁷⁶ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 10.

siz veya kesin olmadığı durumlarda bulanık mantık denetim yöntemi çok iyi sonuçlar vermektedir. Örneğin bulanık mantık denetimli çamaşır makinesi, çamaşırın cinsine, miktarına ve kirliliğine göre en etkili çamaşır yıkama ve su kullanım programını seçebilmektedir⁷⁷.

2. Genetik Algoritmalar

Genetik algoritma, karmaşık, çözümü başka yöntemlerle neredeyse imkânsız olan problemlerin çözümünde kullanılan bir tekniktir. Evrimsel hesaplama tekniğinin bir parçası olan genetik algoritma, *Darwin*'in evrim kuralı olan 'doğada en iyinin yaşaması' kuralından esinlenerek oluşturulan, bir veri öbeğinden özel bir veriyi bulmak için kullanılan bir arama yöntemidir⁷⁸. Bir problemi çözebilmek için öncelikle rasgele başlangıç çözümleri belirlenmektedir. Daha sonra bu çözümler birbirleriyle eşleştirilerek daha iyi çözümler üretilmektedir. Dolayısıyla sürekli çözümler birleştirilerek yeni çözümler aranmaktadır. Bu arama daha iyi sonuç üretilmeyinceye kadar devam etmektedir⁷⁹. Örneğin genetik algoritma, finansal modelleme uygulamaları için son derece önemli bir tekniktir. Özellikle hisse senedi fiyatlarındaki değişim kalıplarını tahmin etmede ve bulmada, kaynak tahsisi ve uluslararası sermaye tahsisi stratejilerini belirlemede genetik algoritma yöntemi kullanılmaktadır. Genetik algoritma tabanlı yaklaşım kullanılarak alana özgü veri yığınlarından modeller elde edilmekte ve bu modeller verimlilik, kârlılık, müşteri tatmini ve rekabet edebilme yeteneği gibi işletmeler bakımından çok önemli konularda doğru stratejiyi belirlerken önemli rol oynamaktadırlar⁸⁰.

IV. BÜYÜK VERİ KULLANIMI

İnsanlığın var oluşundan günümüze kadar pek çok faaliyetin yürütülmesinde kayıtlar tutulmuş ve veri üretimi söz konusu olmuştur. Zamanla üretilen verinin miktarı ve niteliği değişkenlik göstermiştir. Bilgisayarların yaşam alanımıza dahil olmasıyla birlikte verilerin elekt-

⁷⁷ ELMAS, s. 186-187.

⁷⁸ ELMAS, s. 22; BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 10.

⁷⁹ ÖZTEMEL, s. 17.

⁸⁰ ELMAS, s. 383.

ronik ortama aktarılması, çoğaltılması ve işlenmesi giderek daha kolay bir hale gelmiştir. Yüksek hacimli veri ihtiyacı duyan gelişmiş yapay zekâ tekniklerinin geliştirilmesi de verinin değerini daha fazla arttırmıştır. Tüm bu gelişmeler, veri üretiminin, ürün ve hizmetlerin tasarlanmasında, pazarlanmasında, geliştirilmesinde önemli bir unsur olarak dikkate alınmasına ve yeni nesil ürün ve hizmetlerin neredeyse çoğunun birer veri toplama ve işleme aracı olarak kurgulanmasına neden olmuştur. Dolayısıyla büyük veri, ifade ettiğimiz bu değişimin bir sonucu olarak yeni nesil kaynaklardan, çok hızlı ve yüksek hacimde gerçekleşen veri üretimiyle bağlantılı bir kavramdır⁸¹.

'Büyük Veri', birden çok kaynaktan gelen yapılandırılmış ve yapılandırılmamış verileri içeren son derece büyük hacimli veri ve veri kümelerini ifade etmekte kullanılan bir terimdir⁸². Büyük veriden söz edebilmemiz için, çeşitli kaynaklardan elde edilen verinin klasik yöntem, araç ve alt yapılarla analizinin, işlenmesinin ve aktarılmasının mümkün olmaması gerekmektedir⁸³. Dolayısıyla klasik yöntemlerle anlamlandıramayacağımız boyuttaki veri yığınlarının anlamlı ve işlenebilir hâle dönüştürülmüş şekline büyük veri adı verilmektedir⁸⁴.

Verinin büyük olabilmesi için 5V (Volume, Velocity, Variety, Value, Veracity) olarak adlandırılan bileşenlerden bir veya daha fazlasına sahip olması gerekir. **Hacim** (Volume): Hacim, veri boyutu ile doğrudan ilgilidir. Hacim olarak kast edilen sadece verinin bayt cinsinden büyüklüğü değildir. Eldeki veri hedeflenen bir zaman diliminde analiz edilemiyorsa büyük veri bileşeni olarak hacimden bahsedilebilir. **Hız** (Velocity): Sosyal medya, telefon, sensörler vb. tarafından çok hızlı bir şekilde veri üretilmektedir. Üretilen verinin gerçek zamanlı işlenmesi ve

⁸¹ AKSOY RETORNAZ, Eylem/GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: Büyük Veri, Aksoy Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, İstanbul 2021, s. 1.

⁸² DUGGAL, Nikita: "Top 7 Benefits of Big Data and Analytics and Reasons to Consider It", Simplilearn, <<https://www.simplilearn.com/benefits-of-big-data-and-analytics-article>>, (Erişim Tarihi: 07.10.2022).

⁸³ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁸⁴ ERKUL, R. Erdem: "Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?", TRT Akademi, C. 6, S. 11, 2021, s. 192.

analiz edilmesi gerektiğinde büyük veri bileşeni olarak hız karşımıza çıkmaktadır. **Çeşitlilik** (Variety): Çok farklı türde verinin bir arada kullanılmasını gerektiren veri analizi işlemlerinde çeşitlilik büyük veri bileşeni olarak yer almaktadır. **Doğruluk** (Veracity): Verinin doğruluğu, analiz sonucunu etkileyen önemli bir bileşendir. Gürültü içeren veriler üzerinde analiz çalışması gerçekleştirildiğinde verinin doğru olduğundan emin olmak gerekmektedir. **Değer** (Value): Verinin değere dönüşmesi analiz işleminin temel amacıdır. Büyük veriyi tanımlayan özellikler arasında en önemli olanıdır⁸⁵.

Büyük veri yapısal açıdan sınıflandırıldığında üç tür veri setinin olduğu belirtilmektedir: Yapılandırılmış veri, yapılandırılmamış veri ve yarı-yapılandırılmış veri⁸⁶. Yapılandırılmış veri, birbiriyle bağlantılı çeşitli kriterlere göre kategorize edilmiş veri setleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁷. Yapılandırılmış verinin en yaygın olanı, satır ve sütunlarla ifade edilen, veriler arasındaki belirli bağlantıların temsil edildiği SQL veri tabanlarıdır. Bu tür veri yapılarında satır ve sütunlarda yer alan veriler arasında bağlantılar bulunduğu için bunlar ilişkisel veri tabanı olarak adlandırılmaktadır⁸⁸. Bir mahallede ikamet eden kişilerin isim ve soy isimlerinin, telefon numaralarının, adreslerinin yer aldığı veri tabanı bir yapılandırılmış veri örneğidir. Yine bir alışveriş mağazasından yapılan satışları, gün, saat, tutar ve ürün adedi gibi unsurlara ayırarak gösteren bir veri seti de yapılandırılmış veri örneğidir⁸⁹. Türkiye’de asliye hukuk mahkemelerinde açılan davaların sayısı, dava türleri bakımından yüzdesi, netice bakımından ret, kabul, diğer yüzde değerleri, vs. gösteren veri setleri de yapılandırılmış veri örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılandırılmamış veri, günlük yaşamda karşılaştığımız verilerin önemli bir kısmına karşılık gelmektedir. Hatta bazı yazarlara göre verilerin %95’inin yapılandırılmamış ya da yarı-yapılandırılmış verilerden

⁸⁵ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁸⁶ AKSOY RETORNAZ/GÜÇLÜTÜRK, s. 9.

⁸⁷ KALYVAS, James R./OVERLY, Michael R., Big Data: A Business and Legal Guide, Boca Raton-FL-USA 2014, s.183.

⁸⁸ EKİN, Beste, Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri, İstanbul 2021, s. 91.

⁸⁹ AKSOY RETORNAZ/GÜÇLÜTÜRK, s. 10.

oluştığı, sadece %5'lik kısmının ise yapılandırılmış verilere karşılık geldiği ifade edilmektedir⁹⁰. Yapılandırılmamış verilerden kastedilen, bu verilerin hiçbir sistematığe sahip olmamaları değil, önceden hazırlanmış herhangi bir yapının mevcut olmamasıdır. Kişilerin üretmiş olduğu müzik, video ve resimler yapılandırılmamış verilere örnektir⁹¹. Yapılandırılmamış verinin analiz edilmeden önce belli vasıtaların kullanılması yoluyla analiz edilmeye uygun yapı içerisine oturtulması gerekmektedir⁹². Çok daha büyük hacimli veri kitlesini temsil etmesi, yapılandırılmamış verilerin avantajı olarak karşımıza çıkarken; yapılandırılmamış verilerin ek işlem gerektirmesi ya da özel sistemlerle işlenebilmesi yapılandırılmış verilere göre dezavantajlı yanı olarak ortaya çıkmaktadır. Yarı-yapılandırılmış verilerde de bağlantısal bir veri tabanı yapısı söz konusu değildir. Ancak yarı-yapılandırılmış veriler, belirsiz düzeyde de olsa yapısal bazı nitelikleri taşıyan verileri ifade etmektedir⁹³. Bu veriler için en tipik örnek XML dosyasında yer alan verilerdir. Müelliflerin vermiş olduğu başka örnek de elektronik postalardır. Elektronik postalar doğrudan bağlantısal bir veri tabanında yer almaz ya da bu kriterlere göre sınıflandırılmazlar. Ancak her elektronik postanın göndereni, alıcısı, tarihi, pop sunucusu gibi kendi içerisinde organizasyon yapısı vardır ve bu bilgiler elektronik postalarının analizinde kullanılmaktadır⁹⁴.

Tek başına büyük veri, değersiz bir yığından ibarettir. Büyük veriyi önemli kılan husus onun sistematik hale dönüştürülmesi, işlenmesi ve bundan bir anlam çıkartılarak kullanım amacına hazır hale getirilmesidir⁹⁵. Dolayısıyla büyük miktarda veri akışını kullanarak karar isteyen kişi, kurum veya kuruluşlar, veri üzerinde analitik çözümler oluşturarak anlam çıkarmaya çalışmaktadırlar. Büyük veri kullanımında veri analistleri, tanımlayıcı (descriptive) analitik, tanısal (diagnostic) analitik, öngörülü (predictive) analitik, reçeteli (prescriptive) analitik

⁹⁰ EKİN, s. 94.

⁹¹ KALYVAS/OVERLY, s. 5; EKİN, s. 92.

⁹² AKSOY RETORNAZ/GÜÇLÜTÜRK, s. 11.

⁹³ EKİN, s. 93.

⁹⁴ AKSOY RETORNAZ/GÜÇLÜTÜRK, s. 11.

⁹⁵ ERKUL, s. 192.

gibi çeşitli analitik yöntemler kullanırlar⁹⁶. Keza büyük veri, doğru analiz yöntemleri ile yorumlandığında şahısların, şirketlerin veya kurumların stratejik kararlarını doğru bir biçimde almalarına, risklerini daha iyi yönetmelerine ve yenilikler getirebilmelerine imkân sağlayabilmektedir⁹⁷.

V. MODEL ÖNERİSİ

Bu çalışma çerçevesinde yapay zekâ tekniklerine dayalı uyumsuzluk çözüm mekanizması olarak önerilen sistem aşağıda açıklanmıştır:

Yapay zekâ ve büyük veri kullanımını imkan verecek uzman sistem modelini kanunlar ihtilafı hukuku metodolojisi bakımından sekiz katmanda değerlendirecek olursak, birinci katman yabancılık unsurunun tespiti; ikinci katman vasıflandırma; üçüncü katman uluslararası sözleşmeler; dördüncü katman kanunlar ihtilafı hukuku kuralları; beşinci katman atıf; altıncı katman doğrudan uygulanan kurallar; eğer uygulanacak hukuk Türk hukuku ise yedinci katman Türk mevzuatı, mahkeme kararları, bilimsel eserler vb.nin tespiti ve bunların uyumsuzluğa uygulanması; eğer uygulanacak hukuk yabancı hukuk ise sekizinci ve son katman yabancı hukuk düzeninin hukuk kuralları, içtihatları, vb.nin tespiti ve bunların uyumsuzluğa uygulanmasıdır. Her sekiz katmanda da uzman veya uzmanlardan oluşan ekip, ilgili katmanın verilerini (üçüncü, altıncı, yedinci ve sekizinci katmanda bilgi tabanına; diğer katmanlarda veri tabanına) yükleyecektir. İlk beş katmanda, büyük verinin kullanımı söz konusu değilken, altıncı, yedinci ve özellikle sekizinci katmanda (yapılandırılmamış, yarı-yapılandırılmış ve yapılandırılmış) büyük veri kullanımı söz konusu olmaktadır. Her sekiz katmanda da makine öğrenmesi, derin öğrenme, terimleri tanımaya yönelik doğal dil işleme (NLP) ve uzman sistem yapay zekâ tekniklerine ihtiyaç bulunmaktadır. Önerdiğimiz uzman sistem modelini her bir katman bakımından ayrı ayrı değerlendirelim.

⁹⁶ TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

⁹⁷ ERKUL, s. 192.

1. Katman: Yabancılık Unsurunun Tespiti. Kanunlar ihtilafı hukuku metodolojisi bakımından, Türk mahkemeleri önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle yabancılık unsurunun olup olmadığı tespit edilmelidir.

Temel Soru: Türk mahkemeleri önüne gelen uyuşmazlıkta şahıs veya yer bakımından yabancılık unsurunun tespitinde hangi türden anahtar kelimelere yer verilmeli ve hangi tür yapay zekâ tekniğinden faydalanılmalıdır?

Veri tabanı girdisi (0-1): Uzman veya uzman ekip, yabancılık unsurunun tespitine yarayacak terimleri örneğin Viyana'da ifa edilecek sözleşme bakımından Avusturya, Viyana gibi yabancı ülke ve şehir isimlerini veri tabanına yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği: Gerçek kişinin ad ve soyadının, tüzel kişinin ticaret unvanı veya işletme adının Türkçe dili dışında yabancı bir dilde ifadesinin NLP'ye ait tanılama tekniğiyle tespit edilmeye çalışılması, eşleşme varsa bunun matematiksel bir değere (örneğin, 0'a) dönüştürülmesi. Aynı yöntemin yer bakımından yabancılık unsuru için de denetlenmesi, örneğin geminin sicil yeri veya bağlama limanının yabancı ülkede olması gibi bir eşleşme varsa farklı bir matematiksel değere (örneğin, 1'e) dönüştürülmesi. 0 veya 1 değerlerine ulaşılması durumunda, sistemin kullanıcıyı uyarması. Sistemden 0 veya 1 uyarısı alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde milletlerarası nitelikli yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığını doğrulayacaktır.

Yabancılık unsurunun tespiti bakımından, yukarıda ifade ettiğimiz uzman sistem, UYAP Bilişim Sistemine entegre edilerek en üst düzeyde verim alınabilir. Böylelikle UYAP Bilişim Sistemi içerisinde dava dosyasına girerek dava malzemesi haline gelen tarafların dilekçeleri, beyanları, delilleri ile duruşma tutanakları uzman sistem yapay zekâ tekniğinde denetime tabi tutularak yabancılık unsurunun tespiti konusunda önemli bir kolaylık sağlanmış olacaktır.

Uyuşmazlık eğer yabancılık unsuru içermiyorsa, kullanıcının üzerinde çalışacağı uzman sistem katmanları sadece 2 ve 7 no'lu katmanlardır. Uyuşmazlık yabancılık unsuru içeriyor ve uygulanacak hukuk **yabancı hukuk** ise kullanıcının üzerinde çalışacağı uzman sistem kat-

manları, 7 no'lu katman dışındaki tüm katmanlardır (2 ila 6, 8). Buradan çıkarılacak ilk sonuç, uyuşmazlık yabancılık unsur içersin ya da içermesin, 1 ve 2 no'lu katmanlar, kullanıcının mutlaka çalışması gereken katmanlardır.

2. Katman: Vasıflandırma – Adlama.

Temel Soru: Özel hukuk alanına ilişkin tüm hukuki ilişki, işlem veya olaylara dair tüm anahtar kelimeler tespit edilebilir mi?

Veri tabanı girdisi (2): Uzman veya uzman ekip, özel hukuk alanına ilişkin tüm hukuki ilişki, işlem veya olaylara dair anahtar kelimeleri sisteme yükleyecektir. (Vasıflandırma - Adlama)

Yapay zekâ tekniği: Uzman veya uzman ekip, sözleşme, alacak, borç, ehliyet, soy bağı, evlilik, boşanma, evlilik malları, miras, mülkiyet, eşya, rehin, kusur, zarar, konşimento, gemi alacağı, tazminat gibi özel hukuka ait tüm hukuki ilişki, işlem veya olaylara dair anahtar kelimeleri veri tabanına yükleyecektir. Taraflar arasındaki olası hukuk seçimlerinin tayini bakımından, hukuk, uygulanacak hukuk, yetkili hukuk gibi terimlerin de veri tabanına yüklenmesi gerekmektedir. Bu aşamada dava malzemesinin NLP'ye ait tanılama tekniğiyle işlenmesi neticesinde, olası eşleşmelerin matematiksel dönüşüm değeri 2'dir. Sistemden 2 uyarıları alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde uyuşmazlığı vasıflandırarak adlama aşamasını tamamlayacaktır. Bu katmanda kullanıcı, vasıflandırmış olduğu yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünden önce çözümü gerekli olan başka bir uyuşmazlığın olup olmadığını, başka bir ifadeyle ön mesele adı verilen kanunlar ihtilafı hukukunun diğer bir genel probleminin ortaya çıkıp çıkmadığını da denetleyecektir.

2 numaralı değerlerin tespiti için veri tabanına yüklenecek anahtar kelimeler o kadar önemlidir ki, kanunlar ihtilafı hukuku anlamında esas meseleden önce çözümü gerekli olan bir ön mesele/meselelerin olup olmadığını, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin, uyuşmazlığa tatbik edilecek kanunlar ihtilafı hukuku kuralının, atfın söz konusu olup olmadığını ve hatta doğrudan uygulanan kuralların tespiti bakımından ikinci katmandaki faaliyet hayati rol oynamaktadır. Bu nedenle, uzman ekip veri tabanına yüklenecek terimlerin mümkün olduğunca ayrıntılı olmasına özen göstermelidir.

3. Katman: İki ve Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler.

Temel Soru: Kullanıcı tarafından vasıflandırılan yabancı unsurlu uyuşmazlık, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme kapsamına giriyor mu?

Bilgi tabanı girdisi (3): Uzman veya uzman ekip, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu tüm iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşme isimlerini ve içeriklerini sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği: Uzman veya uzman ekip, bilgi tabanına sadece uluslararası anlaşma veya sözleşmelerin isim ve içeriklerini değil, aynı zamanda sözleşmeye taraf olan devletlerin isimleri, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih bilgisini ve varsa beyan ve çekinceleri de yükleyecektir. Bir önceki katmanda elde edilen 2 değerlerinin doğal dil işleme (NLP)'ye ait tanılama teknikleri kullanılarak, daha öncesinde sisteme yüklenen Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu tüm iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerle eşleşmesi halinde, ortaya çıkan eşleşmelerin matematiksel dönüşüm değeri 3'tür. Sistemden 3 uyarıları alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde söz konusu sözleşmenin yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanabilirliğini test edecektir.

Yabancı unsurlu uyuşmazlık, milletlerarası sözleşmenin tam olarak kapsamına girmektedirse, uyuşmazlık söz konusu milletlerarası sözleşme hükümlerine göre çözüme kavuşturulur. Şu husus unutulmamalıdır ki, milletlerarası sözleşme hükümleri, uyuşmazlığın çözümü için bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, uyuşmazlık bu ülkenin hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır. Ancak uyuşmazlık, milletlerarası sözleşmenin kapsamına girmiyorsa veya uyuşmazlığın bölünebilir kısımları bakımından milletlerarası sözleşmede hüküm bulunmuyorsa, uyuşmazlık veya Sözleşmenin kapsamına girmeyen kısım için MÖHUK başta olmak üzere Türk hukukunda yer alan kanunlar ihtilafı hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır.

4. Katman: Kanunlar İhtilafı Hukuku Kurallarının Tespiti – Alt-lama.

Temel Soru: Daha önce kullanıcı tarafından adlandırılan yabancı unsurlu uyuşmazlık, Türk hukukundaki hangi kanunlar ihtilafı hukuku kuralına göre çözüme kavuşturulur?

Veri tabanı girdisi (4): Uzman veya uzman ekip, Türk hukukunda yer alan tüm kanunlar ihtilafı hukuku kurallarını sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği: Uzman veya uzman ekip, başta MÖHUK hükümleri olmak üzere Türk hukukun tüm kanunlar ihtilafı hukuku kurallarını veri tabanına yükleyecektir. İkinci katmanda elde edilen 2 değerlerinin doğal dil işleme (NLP)'ye ait tanılama teknikleri kullanılarak, daha öncesinde sisteme yüklenen Türk hukukunun kanunlar ihtilafı hukuku kurallarıyla eşleşmesi halinde, ortaya çıkan eşleşmelerin matematiksel dönüşüm değeri 4'tür. Dolayısıyla sistemden 4 uyarıları alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde söz konusu kanunlar ihtilafı hukuku kuralı veya kurallarının yabancı unsurlu uyumsuzluğa uygulanabilirliğini test ederek, uyumsuzluğa uygulanacak yetkili hukuku tespit edecektir.

Bu katmanda elde edilen kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının (örneğin, MÖHUK m. 20/3, m. 38/2, vs.) ve yardımcı nitelikte ihtilaf kurallarının (MÖHUK m. 3, 4, vs.) da dahil olduğunu ifade etmek gerekir. Dolayısıyla kullanıcı bu katmanda değişken ihtilaflar, vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk ve bağlama noktasının yorumu gibi MÖHUK'ta düzenlenen veya düzenlenmeyen (vasıflandırma, ön mesele, atıf, doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni dışında kalan) kanunlar ihtilafının genel problemlerini de çözüme kavuşturacaktır.

5. Katman: Atıf.

Temel Soru: Yabancı unsurlu uyumsuzluğun şahsın hukuku veya aile hukuku alanında kalması durumunda, 4. aşamada tespit edilen Türk hukukuna ait bağlama kuralının gönderme yaptığı yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hukuku kuralına nasıl ulaşabilirim?

Veri tabanı girdisi (5): Uzman veya uzman ekip, kendine ait bir hukuk düzeni bulunan tüm devletlerin (şahsın hukuku ve aile hukuku alanına ilişkin) kanunlar ihtilafı hukuku kurallarını sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği: Yabancı unsurlu uyumsuzluk için tespit edilen kanunlar ihtilafı hukuku kuralının ait olduğu hukuk alanı, MÖHUK m. 2/3 hükmü uyarınca, atfın uygulanmasını gerektiren şahsın hukuku veya aile hukuku alanı ise, ilgili Türk kanunlar ihtilafı hukuku kuralının

gönderme yaptığı yabancı devlet hukukunun kanunlar ihtilafı hukuku kuralının tespit edilmesi gerekmektedir. İlk olarak, ikinci aşamada elde edilen 2 değerlerinden yabancı unsurlu uyuşmazlığın şahsın hukuku veya aile hukuku alanında kaldığı tespit edilmelidir. Sonrasında, 4. aşamada tespit edilen Türk hukukuna ait kanunlar ihtilafı hukuku kuralının gönderme yaptığı yabancı hukukun tespit edilmesi gerekir. Tespit edilen bu yabancı hukuk ile sisteme daha önceden yüklenen söz konusu ülke hukukunun kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının eşleşmesi halinde, ortaya çıkan eşleşmelerin matematiksel dönüşüm değeri 5'dir. Dolayısıyla sistemden 5 uyarıları alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde yabancı ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kuralını uyuşmazlığa uygulayarak, MÖHUK m. 2/3 hükmü uyarınca, iade atıf veya devam eden atıf durumunu tespit ederek uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerini tespit edecektir.

6. Katman: Doğrudan Uygulanan Kuralların Tespiti.

Temel Soru: Dava konusu yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünde rol oynayacak, kanunlar ihtilafı metodolojisine bakılmaksızın doğrudan uygulanma niteliğini haiz T.C. devletinin sosyal, politik, kültürel ve ekonomik yapısı ile hukuk organizasyonunu korumayı amaçlayan iç maddi hukuk kuralı veya kuralları söz konusu mudur?

Veri tabanı girdisi (6): Uzman veya uzman ekip, Türk hukukunda doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu tartışma götürmeyen kanun, kanun maddesi gibi hükümleri sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği: Uzman veya uzman ekip, doğrudan uygulanan kural olduğu önceden belirlenmiş Türk hukukunun mevzuat hükümlerini bilgi tabanına yükleyecektir. İkinci aşamada elde edilen 2 değerlerinin doğal dil işleme (NLP)'ye ait tanılama teknikleri kullanılarak, daha önceden sisteme yüklenen Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki mevzuat hükümleriyle eşleşmesi durumunda, ortaya çıkan eşleşmelerin matematiksel dönüşüm değeri 6'dır. Dolayısıyla sistemden 6 uyarıları alan kullanıcı, mantıksal çıkarım modülünde dava konusu uyuşmazlığın çözümünde rol oynayacak doğrudan uygulanan kural veya kuralların uyuşmazlığın kısımlarına veya tamamına uygulanabilirliğini değerlendirecektir.

Doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin siyasî, ekonomik, hukukî organizasyonu, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi yüksek menfaatleri koruma düşüncesiyle müdahaleci bir yaklaşımla sevk edilmiş kurallardır⁹⁸. Bu kurallar, kamusal menfaatleri (kamu yararını), özel (bireysel) menfaatleri ya da her iki grup menfaati birlikte koruyan iç hukuk kurallarıdır. Doğrudan uygulanan kuralların, maddî milletlerarası özel hukuk kurallarından temel farkı, bunların esas itibarıyla yabancı unsur taşımayan ilişkiler (iç hukuk ilişkileri) için sevk edilmiş kurallar olmalarıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, kapsamına giren hukukî işlem, ilişki veya olay söz konusu olduğunda, artık ihtilafçı metoda başvurulmadan (yabancı unsura bakılmaksızın) uygulanan kurallardır⁹⁹. Dolayısıyla, dava konusu uyuşmazlık, bu kuralların kapsamına girmekte ise söz konusu kuralların uygulanabilmesi için bir yapay zekâ tekniği türü olan uzman sistemde önceden belirlenebilir ve ulaşılabilir olması uyuşmazlığın çözümünde uygulayıcıya önemli bir kolaylık sağlayacaktır.

7. Katman: Türk Hukukunun İçeriğinin Tespiti.

Temel Soru: Uygulanacak hukuk Türk hukuku ise Türk hukukunun maddi hukuk hükümlerine, içtihatlarına nasıl ulaşabilirim?

Bilgi tabanı girdisi: Uzman veya uzman ekip, Türk hukukunun maddi hukuk kurallarını, mahkeme içtihatlarını sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği ve büyük veri kullanımı: Dördüncü aşamadan (eğer atıf söz konusu olacaksa 5. aşamadan) sonra yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Eğer uygulanacak hukuk, Türk hukuku ise, bu durumda kullanıcının uyuşmazlığı çözebilmesi için Türk hukukunun maddi hukuk hükümlerinin, mahkeme içtihatlarının erişilebilir olması gerekmektedir. Uzman veya uzmanlardan oluşan ekip, Türk hukukunun önceden kategorize edilmiş maddi ve usul hukuku hükümlerini, Türkiye Cumhuriyeti devletinin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmaları, yüksek mahkemelerin vermiş olduğu içtihat niteliği kazanmış kararlarını uzman sistem tekniğinin beyni olan bilgi tabanına yükleyecektir. Kaynak metinler Türkçe olduğundan bu

⁹⁸ GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 43.

⁹⁹ GÜNGÖR, s. 43.

katmanda NLP tekniğiyle çeviri işlemi yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Yine bu katmanda diğer katmanlardakinden farklı olarak rakam cinsinden bir matematiksel dönüşüm değeri elde edilmeyecektir. Türk hukukuna ait yukarıda ifade ettiğimiz yapılandırılmış veya yarı-yapılandırılmış büyük verinin ilgili kısmı doğrudan kullanıcının ekranına gelecektir. Herhalde en sık ve en kolay kullanabilecek katman, özel hukuk uyuşmazlıklarının çoğunun yabancı unsur içermeyen uyuşmazlık olması ve kullanıcının Türk hukuk sistemine zaten vakıf ve kolay ulaşabilir olması nedeniyle yedinci katmandır.

8. Katman: Uygulanacak Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti.

Temel Soru: Uygulanacak hukuk yabancı hukuk ise yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerine, içtihatlarına nasıl ulaşabilirim?

Bilgi tabanı girdisi: Uzman veya uzman ekip, kendine ait bir hukuk düzeni bulunan tüm devletlerin maddi hukuk kurallarını, mahkeme içtihatlarını sisteme yükleyecektir.

Yapay zekâ tekniği ve büyük veri kullanımı: Dördüncü katmandan (eğer atıf söz konusu olacaksa 5. katmandan) sonra yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Eğer uygulanacak hukuk, Türk hukuku dışında kalan yabancı bir devletin hukuku ise, bu durumda kullanıcının uyuşmazlığı çözebilmesi için yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerinin, mahkeme içtihatlarının erişilebilir olması gerekmektedir. Uzman veya uzmanlardan oluşan ekip, kendine ait hukuk düzeni bulunan her bir devletin önceden kategorize edilmiş maddi ve usul hukuku hükümlerini, yüksek mahkemelerin vermiş olduğu içtihat niteliği kazanmış kararlarını bilgi tabanına yükleyecektir. Yabancı hukuka ait verinin bilgi tabanına yüklenmeden önce, başka bir yapay zekâ tekniği olan doğal dil işleme (NLP) yöntemiyle kaynak dilden Türkçe'ye çevirisinin yapılması gerekmektedir. Büyük veri kullanımına ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bilgi tabanına Türkçe'ye çevrilmiş yabancı hukuka ait veri yığınının herhangi bir işleminden geçirmeksizin yüklenmesi hiçbir fayda sağlamayacaktır. Burada uzman bilgisi devreye girecektir. Bilgi tabanına yüklenecek yabancı hukuka ait veri, özel hukukun alt disiplinlerine, mevzuat veya mahkeme kararı olup olmamasına göre, vb. kategorize edilecek ve her bir kategoriye sistemde

sembolik bir değer yüklenecektir. Yabancı hukuk düzenlerine ait verinin Türkçe'ye çevrilmesinde olası çeviri hatalarının önlenmesi bakımından doğal dil işleme (NLP) yanında genetik algoritma, bulanık mantık gibi yapay zekâ tekniklerinden de faydalanılacaktır. Bu katmanda yedinci katmanda olduğu gibi rakam cinsinden bir matematiksel dönüşüm değeri elde edilmeyecektir. Hukuku uygulanacak yabancı devletin ismi doğrudan bilgi tabanına verilecek, daha önceden Türkçe'ye çevrilmiş ve kategorize edilmiş yabancı hukuka ait olan yapılandırılmış veya yarı-yapılandırılmış büyük verinin ilgili kısmı doğrudan kullanıcının ekranına gelecektir.

SONUÇ

Yabancı unsurlu uyuşmazlığa ilişkin tüm olasılıkları değerlendirerek milletlerarası özel hukuk adaleti çerçevesinde (otonom) karar verebilecek yapay zekâya dayalı robot yargıç teknolojisi, şu an için bu makalenin sınırlarını aşmaktadır. Keza bu çalışmada önerdiğimiz yapay zekâ teknolojisi, uyuşmazlıkların çözümünde uygulayıcıya yardımcı olacak, çeşitli kaynaklardan elde edilen verilerin analiziyle desteklenen makine öğrenmesi ve derin öğrenme tekniklerine dayalı, toplanan verinin doğal dil işleme (NLP) yöntemleriyle işlenmesine imkân veren sekiz katmanlı uzman sistem yapay zekâ teknolojisidir.

Söz konusu uzman sistem her ne kadar yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümü bakımından tasarlanmış olsa da sistemin işleyişi evleviyetle yabancı unsur taşımayan uyuşmazlıkların çözümüne de katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla burada önerilen uzman sistemin, Türk mahkemelerinin önüne gelen her türlü özel hukuk uyuşmazlığına uygulanma yeteneği bulunduğundan, söz konusu sistem UYAP Bilişim Sistemine entegre olduğunda etki değeri çok yüksek uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ortaya çıkacaktır. Şüphesiz böyle bir sistemin çeşitli yapay zekâ teknikleri ve büyük verinin kullanımıyla ortaya çıkarılması ve uygulama yeteneğinin kazandırılması başta Adalet Bakanlığı ve üniversiteler olmak üzere pek çok paydaş kurum, kuruluş ve sivil toplum örgütlerinin katılımıyla mümkün olabilecektir. Keza bu modelleme belirli bir başarı seviyesi yakaladığında uluslararası kurum ve kuruluşlara da önerilebilecek potansiyele sahip olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem: Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği, Büyüksağış, Erdem (Editör), Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ, İstanbul 2022.
- AKSOY RETORNAZ**, Eylem/**GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi: Büyük Veri, Aksoy Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, İstanbul 2021.
- ARSLAN**, İbrahim: “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki”, Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017, s. 60-94.
- AYGÜN**, Mesut: “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2015, s. 1025-1066.
- BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU**, Gülçin: Dijitalleşen Dünyada Yapay Zekâ, Aksoy Retornaz, Eylem/Güçlütürk, Osman Gazi (Editörler), Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, İstanbul 2021.
- ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2021.
- DOĞAN**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Ankara 2017.
- DUGGAL**, Nikita: “Top 7 Benefits of Big Data and Analytics and Reasons to Consider It”, Simplilearn, <<https://www.simplilearn.com/benefits-of-big-data-and-analytics-article>>, (Erişim Tarihi: 07.10.2022).
- EKİN**, Beste: Kişisel Verilerin Korunması ve Rekabet Hukuku Boyutuyla Büyük Veri, İstanbul 2021.
- ELMAS**, Çetin: Yapay Zekâ Uygulamaları, Ankara 2007.
- ERDOĞAN**, Gökhan: “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, Adalet Dergi-si, S. 66, 2021, s. 117-192.
- ERKAN**, Mustafa: Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken, Tiryakioğlu, Bil-

gin/Aygün, Mesut/Önal, Ali/Altıparmak, Ayşe Kübra/Kaya, Cansu (Editörler), Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu – Eskişehir 21-22 Nisan 2016, Ankara 2016, s. 543-555.

ERKUL, R. Erdem: “Yapay Zekâ ve Büyük Veri Nasıl Bir Gelecek Vadediyor?”, TRT Akademi, C. 6, S. 11, 2021, s. 192-201.

ERSOY, Çağlar: Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 3. Baskı, İstanbul 2018.

GREENGARD, Samuel, “What is Artificial Intelligence & How Does It Work?”, Datamation, <<https://www.datamation.com/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence>>, (Erişim Tarihi: 01.09.2022).

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı, İstanbul 2022.

GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022.

İNCE, Hüseyin/**İMAMOĞLU**, Sena Esin / **İMAMOĞLU**, Salih Zeki: “Yapay Zekâ Uygulamalarının Karar Verme Üzerine Etkileri: Kavramsal Bir Çalışma”, International Review of Economics and Management, C. 9, S. 1, 2021, s. 50-63.

KALYVAS, James R./**OVERLY**, Michael R.: Big Data: A Business and Legal Guide, Boca Raton-FL-USA 2014.

KARACA, Uğur: Yapay Zekanın Haksız Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2023.

McCARTHY, John, “What is Artificial Intelligence?”, Stanford University (Revised: 12.11.2007), <<http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

NABİYEV, Vasif V.: Yapay Zekâ: Problemler, Yöntemler, Algoritmalar, 2. Baskı, Ankara 2005.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2017 (DHH).

NOMER, Ergin: Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972.

ÖZEL, Sibel/**ERKAN**, Mustafa/**PÜRSELİM**, Hatice Selin/**KARACA**, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2022.

ÖZTEMEL, Ercan: Yapay Sinir Ağları, İstanbul 2003.

SAY, Cem: 50 Soruda Yapay Zekâ, 14. Baskı, İstanbul 2019.

SURDEN, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", Georgia State University Law Review, C. 35, S. 4, 2019, s. 1305-1337.

ŞANLI, Cemal/**ESEN**, Emre/**ATAMAN-FİGANMEŞE**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, İstanbul 2021.

TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları), 13. Baskı, İstanbul 2020.

TURING, Alan, "Computing Machinery and Intelligence", Mind, C. LIX, S. 236, 1950, s. 433-460, MIND, <<https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

TÜBİTAK BİLGEM - Bulut Bilişim ve Büyük Veri Araştırma Laboratuvarı (B3LAB), "Üçüncü Dalga Yapay Zekâ Teknolojileri", Yapay Zekâ, <https://www.b3lab.org/sayfalar/yapay_zekâ-12>, (Erişim Tarihi: 31.08.2022).

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

YILMAZ, Atınç: Yapay Zekâ, 7. Baskı, İstanbul 2020.

YÖNEY, Can: Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018.

DEPREM NEDENİYLE MEYDANA GELEN ÖLÜM VE YARALANMALARA AİT CEZA HUKUKU SORUNLARINA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

Prof. Dr. Berrin AKBULUT*

Öz

Türkiye, 6 Şubat 2023 tarihinde iki büyük deprem yaşamış, binlerce kişi ölmüş ve yaralanmıştır. Yaşanan ve etkileri çok büyük olan 6 Şubat depremleri aynı zamanda binaların inşasındaki hataları, depremden korunmak için ne şekilde hareket edilmesi gerektiğini, konuyla ilgili geçmişte yapılan yargılamaları ve ceza sorumluluğunun nasıl tespit edilmesi gerektiğini gündeme getirmiştir.

Yapılan bu çalışmada, 6 Şubatta yaşanan depremler nedeniyle ölüm ve yaralanmalardan kişinin ceza sorumluluğuna ilişkin bazı tespitler yapılmıştır. Bu kapsamda ceza hukuku sorumluluğu olan kişilere, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde dikkat edilecek konulara (objektif isnadiyet, kast-taksir, kusur belirlemelerine), zamanaşımına, zaman bakımından uygulama sorunlarına ve imar affı düzenlemelerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Deprem • Yaralama • Öldürme • Objektif Isnadiyet • İmar Affı Ceza Sorumluluğu

* Prof. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Prof., Selcuk University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Turkey.

✉ bakbulut@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-8045-2784

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKBULUT Berrin, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 569-628.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

SOME DETERMINATIONS ON ON CRIMINAL LAW PROBLEMS RELATED TO DEATHS AND INJURIES CAUSED BY EARTHQUAKES

Abstract

On February 6th, 2023, Türkiye experienced two major earthquakes that resulted in thousands of deaths and injuries. The earthquakes of February 6th, which had great effects, also raised issues such as the mistakes made in the construction of buildings, how to act to be protected from the earthquake, the previous trials on the subject and how the criminal responsibility should be determined.

In this study, some determinations have been made regarding the criminal responsibility of the person for the deaths and injuries caused by the earthquakes on February 6th. In this context, explanations related to the persons with criminal law responsibility, the issues to be considered in the determination of criminal responsibility (objective imputation, intent-negligence, fault determinations), statute of limitations, implementation problems in terms of time, and zoning amnesty regulations are included in the study.

Keywords

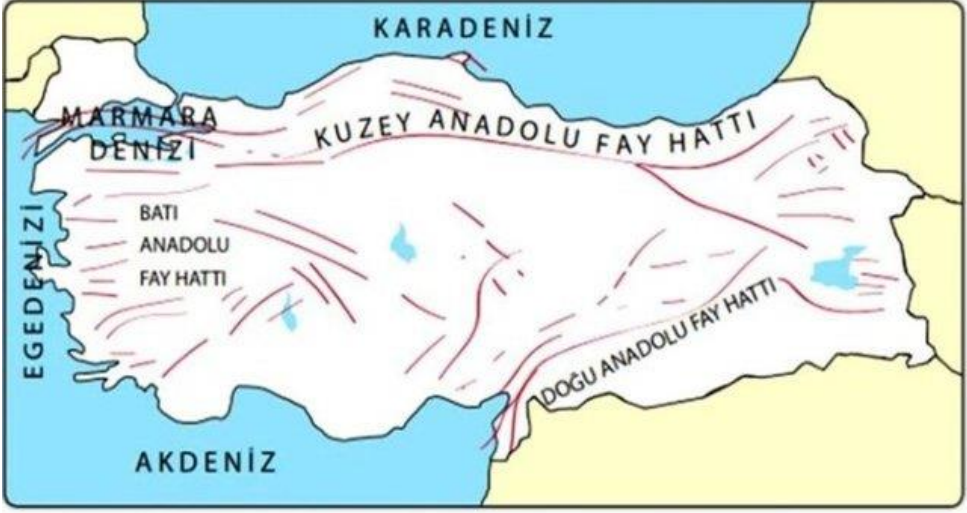
•Earthquake • Injury • Killing • Objective Imputation •Zoning Amnesty
Criminal liability

GENEL OLARAK

Deprem, diğer bir ifadeyle yer sarsıntısı, yer kabuğundaki kırılmalar nedeniyle ani olarak ortaya çıkan titreşimlerin dalgalar halinde yayılarak geçtikleri ortamları sarsma olayına denilmektedir. Türkiye, coğrafi yapısı itibariyle yıkıcı etkileri olan ve büyük magnitudlü depremler üretebilen fay hatlarına sahiptir. Türkiye, Alp-Himalaya deprem kuşağı üzerinde yer almaktadır¹. İki kıta sahanlığının birbirlerine sürtünmesi sonrası zıt yönlerde hareket etmeleri ile meydana gelen yapılara fay ya da kırık adı verilmektedir. Yer kabuğunu oluşturan levhaların hareketlerinden meydana gelen gerilme ve sıkışmalar, bazı bölümlerinde yüzyıllar boyunca enerji birikimi yapmaktadırlar. Bu enerjiler zaman zaman ortaya çıkmakta ve hareket meydana getirmektedirler. Bu hareketli kısımlara fay, fayın bulunduğu yerlere fay hattı denilmektedir. Jeolojik olarak en aktif deprem kuşağı üzerinde yer alan Türkiye'de; Kuzey Anadolu Fay

¹ Bkz.: ARAL, Merşat/TUNÇ, Gökhan: "Türkiye'de Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgilerinin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler", Afet ve Risk Dergisi, 4 (1), s. 22.

Hattı, Doğu Anadolu Fay Hattı ve Batı Anadolu Fay Hattı olmak üzere 3 adet fay hattı bulunmaktadır². Fay adı verilen ve yer kabuğu tabakalarının gerilmesi ya da sıkışması sonucu yüzyıllar süresince enerji biriktiren hareketli kesimlerin kırılması sonucu ise depremler oluşmaktadır. Deprem, ne zaman nerede gerçekleşebileceği önceden kesin olarak bilinmeyen ve önlenmesi mümkün olmayan bir doğa olayıdır³.



Türkiye dünyanın en etkin deprem kuşaklarından birinin üzerinde bulunması nedeniyle geçmişte yıkıcı depremlere maruz kalmıştır. Gelecekte de yine depremler olacaktır. En son deprem 06.02.2023 tarihinde, saat 04.17'de merkezi Kahramanmaraş ili Pazarcık ilçesinde (7.7 büyüklüğünde) ve aynı gün saat 13.24'de aynı ilin Elbistan ilçesinde (7.6 büyüklüğünde) gerçekleşmiş ve devamında birçok artçı depremler yaşanmıştır. Son yaşanan depremlerin yıkıcı etkisi çok büyük olmuş, AFAD başkanının verdiği bilgiye göre depremlerde hayatını kaybedenlerin sayısı 5

² "Türkiye'de kaç fay hattı var? Fay hattı nedir, nasıl kırılır? İşte deprem riskinin yüksek olduğu iller",

<https://www.haberturk.com/turkiye-de-kac-fay-hatti-var-fay-hatti-nedir-nasil-kirilir-iste-deprem-riskinin-yukse-ol-du-ğu-iller-3568939/5> (Erişim Tarihi: 06.03.2023).

³ Türkiye'nin fay hattına ilişkin görseli için bkz.: <https://www.haberturk.com/turkiye-de-kac-fay-hatti-var-fay-hatti-nedir-nasil-kirilir-iste-deprem-riskinin-yukse-ol-du-ğu-iller-3568939> (Erişim Tarihi: 06.03.2023)

Nisan 2023 tarihi itibarıyla 50 bin 399⁴, 21 Mart 2023 tarihi itibarıyla yaralananların sayısı ise 107 bin 204 olmuştur⁵. Yaşanan bu çok acı olay depremde yıkılan binaların yapılmasında rol oynayan kişilerin cezalandırılması konusunu gündeme getirmiştir.

Ceza hukukunda gerçek kişilerin fiillerinden dolayı cezai sorumluluk kabul edildiği için bir doğa olayı olan depremin meydana gelmiş olması sebebiyle kişilere sorumluluk yüklenmesi söz konusu değildir. Ancak bir depremin meydana gelmesi sonucu oluşan neticelerin insan tarafından önlenemez olması durumunda ceza sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Zira hukuk, insanlardan imkansız olanı istemediği, mümkün olanın yerine getirilmesini istediği⁶ için yapması gerekenleri yapmayan kişilerin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

Tüzel kişiliğe sahip devletin doğa olaylarının kişilere zarar vermesi veya verilen zararın asgariye indirilmesi için gerekli tedbirleri alma ve gerekli düzenlemeleri yapma sorumluluğu söz konusudur. Sadece düzenlemelerin yapılması da yeterli olmayıp, bunların uygulanmasının sağlanması, uygulanmadığında da yaptırım uygulanması yoluna gidilmesi gerekir. Devletin diğer bir sorumluluğu da deprem olduğunda depremden sonra zarar gören kişilere kurtarma, sağlık, barınma, sağlık, yemek gibi yardımları yapmak, zararlarını en aza indirmek veya zararlarını gidermek, doğal afetin ortaya çıkmasından önceki duruma yeniden döndürmektir⁷. Anayasanın 5. maddesi de, “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini,

⁴ <https://www.mynet.com/son-dakika-depremlerde-can-kaybi-yukseldi-bakan-soylu-duyurdu-vefat-az-aciklaniyor-sozleri-spekulasyon-110107112593> (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

⁵ <https://www.cnnturk.com/turkiye/42-gun-depremde-olu-sayisi-ne-kadar-oldu-guncel-yarali-sayisi-kac-hangi-ilde-kac-bina-yikildi-kac-kisi-oldu> (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

⁶ **KÜPER**, Wilfried: “Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung”, JuS, 1987, No. 2, s. 89; KKOWiG-Rengier, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2006, Vor §§ 15, 16, kn. 5.

⁷ Bkz.: **SINAR**, Hasan: “Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Üzerine Notlar”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, s. 873.

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” düzenlemesiyle devlete bu yükümlülükleri yüklemiştir.

Bir ülkede yaşayan, görev yapan veya faaliyet yürüten kişilerin de uyması gereken kurallar bulunmaktadır. Deprem mevzuatı da depreme dayanaklı binaların yapılması konusunda hem kamu görevlilerine hem de özel şahıslara yükümlülük yükleyen kurallar ihtiva etmektedir.

Deprem meydana gelmesinden önce hukuken yükümlülükleri bulunan kişilerin bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde, kurallara aykırı davrandığında depremin olumsuz neticeleriyle (yaralama, ölüm gibi) karşılaşmaktayız. Dolayısıyla depremden dolayı meydana gelen ölüm ve/veya yaralamadan doğan sorumluluk için yükümlülükleri bulunan kişilerin tespiti ve hangi yükümlülüklerin ihlal edildiğinin belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde depremin meydana gelmesinden sonra da yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya yükümlülüklere aykırı davranılması söz konusu olmuşsa yine yükümlü olanların tespiti ve hangi yükümlülüklerin ihlal edildiğinin belirlenmesi gerekir.

Deprem nedeniyle yaptırım sorumluluğu idare hukukundan, özel hukuktan, ceza hukukundan kaynaklanabilir. Ceza hukuku açısından özellikle yaralama ve öldürme fiilleri üzerinde durulmaktadır. Ancak Yapı Denetimi Hakkında Kanununun 9. maddesinde yer alan suçlar (08.02.2008 tarihinden önce görevi kötüye kullanma ve resmi belgede sahtecilik suçu, 08.02.2008 tarihinde ve daha sonra işlenen fiillerde 9. maddedeki bağımsız suç ile resmi belgede sahtecilik suçu)⁸, TCK’da yer alan diğer suçlar⁹, örneğin imar kirliliğine neden olma, suçu bildirmeme suçları gibi suçlar da işlenmiş olabilir. Deprem gerçekleşmesinden sonra da

⁸ 9. maddede 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve bu değişiklik 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 1 haziran 2005-08.02.2008 tarihi arasında ve 765 sayılı Kanun dönemi için görevi kötüye kullanma ve ihmal suçu geçerli olacak 9. maddedeki hüküm uygulanmayacaktır.

⁹ Depremde yıkılan ve hasar gören binalarla ilgili hangi hukuka aykırılıkların yapıldığını bilmediğimiz için başka suçlar da (örneğin rüşvet gibi) söz konusu olabilir.

bazı suçların işlenmesi mümkündür [yaralama (m. 86, 87, 88, 89), öldürme (m.81-83, 85), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m. 281), suçluyu kayırma (m. 283), tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (m. 284), suçu bildirmeme suçları, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık (m. 276), yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (m. 277), halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (m. 217/A), belgede sahtecilik, Olağanüstü Hal Kanunundaki m. 25 gibi].

Yukarıdakilerin dışında ilgili bazı mevzuat açısından da sorumluluk söz konusu olabilir. Örneğin, kültür varlıkları da zarar gördüğü için bunlara ilişkin yükümlülükler getirilmişse ve bunlar yerine getirilmemişse yine sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Diğer bir sorumluluk da kabahatler hukuku açısından söz konusu olacaktır. Örneğin Yapı Denetimi Hakkında Kanunda (m. 8) veya İmar Kanununda (m. 42) yer alan kabahatler gerçekleşmiş olabilecektir.

Geçmişte yaşanan depremlerle ilgili olarak sorumluluğu olan kişilerin cezalandırılmasıyla ilgili başarılı sonuçlar ortaya çıkmamıştır. "TMMOB Makine Mühendisleri Odası tarafından hazırlanan "Türkiye'de Deprem Gerçeği Raporu"na göre kısaca şunlar söylenebilir: Marmara Depreminin sonrasından inşaat hatalarından dolayı çöken binalarda oluşan ölüm ve yaralanmalara sebebiyet vermektense dolayı binaların müteahhitlerine yaklaşık "2.100 dava açılmış", bu davalardan, 1800'ü gerek zamanaşımı kurumunun gerekse 1999 yılında çıkartılan ve kamuoyunda "Rahşan Affi" olarak bilinen "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun" devreye girmesi nedeniyle cezasız kalmıştır. Geriye kalan 300 davanın yaklaşık 110'unda mahkûmiyet kararı çıksa da bu mahkûmiyetlerin büyük kısmı da erteleme kapsamına alınmıştır. Örneğin Düzce Ersoy Apartmanında "36 kişi ölmüş, açılan davalar dava zaman aşımına" uğramıştır. Yine Yalova Ceylan-kent Sitesinin yıkılması sonucu "98 kişi ölmüş, 2 sanığa verilen hapis cezaları ertelenmiştir". Yalova'da 173 dava açılmış ve mahkûmiyet ve sonucunda ceza infaz kurumuna girme Veli Göçer'in yaptığı inşaat nedeniyle

olmuştur: Veli Göçer “18 yıl 9 ay hapse mahkûm edilmiştir”¹⁰. Cezasının onanması üzerine 21 Ekim 2004 tarihinde cezaevine giren Göçer, 7.5 yıl hapis yattıktan depremin 12. yıl dönümüne kısa süre kala tahliye olmuştur. Aynı olayda Veli Göçer'in akrabası ve şirketin taşeronu olan İsmet Kösebalaban, “16 yıl 9 ay hapis cezası almış”, Parkinson hastası Kösebalaban, cezasının bitimine bir yıl kala cezaevinde ölmüştür. Aynı davadan yargılanan Veli Göçer'in oğlu Can Göçer ve ortağı Zafer Coşkun'un davaları ise sanıklar “7.5 sene boyunca firar ettiği için zaman aşımına uğramıştır”¹¹.

I. YARALAMA VEYA ÖLÜMDEN SORUMLULUĞU OLAN KİŞİLER

Türkiye’de faaliyet yürüten bir siyasi partinin genel başkanı tarafından yapılan bir açıklamada bina yapımı için 23 imzanın gerektiği (kamu görevlileri açısından) belirtilmiştir¹². Ayrıca binayı yapan, binanın yapımı için gerekli malzemeyi satan, binanın yapımında çalışanlar gibi kişiler de bir binanın kullanılabilir hale gelmesi için faaliyet gerçekleştirmektedir. Bu noktadan hareketle, bir binanın yıkılmasından dolayı insanların yaralanması veya ölmesi durumunda bir kişinin sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi birden çok kişinin sorumluluğu da mümkün olabilmektedir. Deprem bölgesinde yerleşime uygun olmayan yerlerin imara açılmasına karar verenlerden yapı müteahhidine, yapı denetim kuruluşundan (bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi)¹³ fenni

¹⁰ Türkiye’de Deprem Gerçeği ve TMMOB Makine Mühendisleri Odasının Önerileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Nisan 2012, https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/d4419b4a44bde5f_ek_0.pdf, s. 12, (Erişim Tarihi: 09.03.2023).

¹¹ https://tr.wikipedia.org/wiki/Veli_G%C3%B6%C3%A7er (Erişim Tarihi: 09.03.2023).

¹² <https://anayurtgazetesi.com/haber/14276320/herkesin-anahtarini-5-kurus-almadan-teslim-edecegiz> (Erişim Tarihi: 09.03.2023).

¹³ Yapı Denetimi Hakkında Kanun m. 2: “Bu Kanun kapsamına giren her türlü yapı; Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşlarının denetimine tabidir. Yapı denetim hizmeti; yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütülür. Yapı sahibi, yapım işi için anlaşma yaptığı yapı müteahhidini vekil tayin edemez. Yapı denetim kuruluşlarının nama yazılı ödenmiş sermayelerinin tamamının, mimar veya mühendisler ile ilgili olması zorunludur. Yapı denetim kuruluşları; denetçi mimar ve mühendislerle yardımcı kontrol elemanları istihdam eder. (Ek cümle:10/6/2022-7410/15 md.) Yetmiş

mesule, yapı sahibinden (ruhsat almadan veya imar planına ve ruhsata aykırı bina yapan) binanın yapımında çalışan işçisine kadar, hatta binanın kolonunu kesen (deprem mevzuatına uygun yapılmasına rağmen, yapı sahibinin haberi olmadan kesilen kolonda) işyeri sahibine, hatalı malzeme verene kadar bir çok kişinin sorumluluğu söz konusu olabilir. Ayrıca belediyelerdeki yetkililer¹⁴, kanunlarda denetlemeyle görevli kılınan

beş yaşını dolduran denetçi mimar ve mühendisler ile yardımcı kontrol elemanları, yapı denetim kuruluşu adına, şantiye mahallinde yapının denetimi görevini yürütemezler.

(Mülga üçüncü fıkra: 8/8/2011-KHK-648/25 md.)

Yapı denetim kuruluşları aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür:

a) Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşaa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek.

b) (Değişik: 15/2/2018-7099/14 md.) Yapı denetimini üstlendiğine dair ilgili idareye taahhütname vermek, bu yapıya ilişkin bilgileri yapı ruhsatı düzenleme tarihinden itibaren yedi gün içinde Bakanlığa bildirmek.

c) Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek.

d) Yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelendirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak.

e) Yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgelerin bir nüshasını ilgili idareye vermek, denetimleri sırasında yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu bir rapor ile ilgili idareye ve il sanayi ve/veya ticaret müdürlüklerine bildirmek.

f) (Değişik: 4/4/2015-6645/31 md.) İşyerinde, çalışmaların, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık güvenlik planına uygun olarak yapıldığını kontrol etmek ve gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyararak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bildirmek.

g) Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek.

h) Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek.

ı) Zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak”.

¹⁴ Yargıtay bir kararında belediye başkanının görevi kötüye kullanmadan sorumlu olacağını kabul etmiştir: “12.02.2001 tarih ve 2001/02 numaralı yapı ruhsatını onaylayan Belediye Başkanı olduğu; yapı ruhsatının verildiği 2001 yılında yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununa göre; Belediye Başkanının belediye teşkilatının en üst amiri olduğu, görevleri arasında belediye teşkilatını sevk ve idare etmek ve kanunda yazılı diğer görevlerinin bulunduğu anlaşılmalıdır; 12.02.2001 tarihli yapı ruhsatını düzenleyen kişinin Belediye fen

ve bunu yapmayan ilgili Bakanlık görevlilerinin (örneğin Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının) sorumluluğu söz konusu olabilecektir¹⁵. Örneğin yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik bürolarından; 27. maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun

işleri memuru sanık ... olduğu, ruhsatı kontrol eden kişinin ise Belediye fen işleri müdür vekili sanık ... Aldeşer olduğu; en son ruhsatı onaylayan ve mühürleyen kişinin ise Belediye Başkanı sanık ... olduğunun anlaşıldığı, ilgili imar mevzuatı gereği yapı ruhsatı ekinde bulunması gereken belgelerin olup olmadığını kontrol etmeden önüne gelen evraki imzalayarak onaylayan sanığın görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi nedeni ile bu sanığın eyleminden dolayı görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve anılan suçun zamanaşımına uğradığı görülmekle hakkında düşme kararı verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”, Y.12. CD, 06.06.2022, 2020/12146, K. 2022/4386, (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.03.2023).

- 15 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 67: “1) Bakanlık; ilgili idareler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılan veya onaylanan mekânsal planları, harita ve parselasyon planlarını, etüt ve projeleri, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgelerini, enerji kimlik belgelerini incelemeye, varsa tespit edilen mevzuata aykırılıkları süre vererek verilen süre içinde düzeltmek üzere ilgili idarelere veya kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmeye yetkilidir.
- (2) İlgililer tarafından birinci fıkrada sayılan belgelerdeki mevzuata aykırılıklar Bakanlıkça belirtildiği şekilde giderilerek Kanuna uygun hale getirilmezse Bakanlık bu belgelerdeki aykırılıkları gidererek mevzuata uygun hale getirmeye yönelik değişiklik yapmaya ve onaylamaya yetkilidir.
- (3) Bakanlık yapı ruhsatı alınarak inşa edilen yapıları ve bu yapılarda kullanılan yapı malzemelerini standartlara uygunluk bakımından denetlemeye yetkilidir.
- (4) Bakanlıkça yapılan denetim sonucunda ruhsat ve eklerine aykırı olduğu veya standartlara aykırı yapı malzemesi kullanıldığı tespit olunan yapılar, Kanununun 32 nci maddesi kapsamında işlem tesis edilmek üzere ve süre verilerek ilgili idareye bildirilir.
- (5) İlgili idarelerce, verilen süre içinde yapı tatil tutanağı tanzim edilmez ve yapı mühürlenmez ise veya Kanunda belirtilen süre içinde yapı mevzuata uygun hale getirilmez ise Bakanlık mevzuata aykırı yapılar hakkında Kanununun 32 nci maddesine göre işlem tesis etmek suretiyle, yapı tatil tutanağı tanzim etmeye, mühürlemeye, yıkım kararı almaya ve yıkımın valiliklerce gerçekleştirilmesini sağlamaya, ilgililer hakkında Kanununun 42 nci maddesine göre idari yaptırım kararı vermeye ve idari müeyyideleri uygulamaya yetkilidir.
- (6) Yapı tatil tutanağı tanzim etme, mühürleme ve yıkım kararına ilişkin rapor düzenleme işleri ile denetlemeye ilişkin görevler, Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatında, denetçi belgesini haiz personel tarafından gerçekleştirilir.
- (7) İlgililer Bakanlık denetçileri tarafından istenilen her türlü bilgi ve belgeyi, istenilen süre içerisinde vermek zorundadırlar”.

olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir¹⁶. Bu iznin alınması için ilgili idareye yapılan başvuru dilekçesi ekinde, fenni mesullerin veya yapı denetim kuruluşlarının yapının ruhsat eki projelerine, fen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını, mevzuata uygun malzeme kullanılıp kullanılmadığını belirten raporları, yetki belgesini haiz mimar, mühendis veya kuruluşlarca tanzim edilen enerji kimlik belgesi ile yapıya ilişkin fotoğrafları yer alır (Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği m. 64/1). Dolayısıyla iznin verilmesinde yetkili olan söz konusu kişiler kurallara aykırı davranmışlarsa sorumlulukları söz konusu olacaktır.

Depremle ilgili konularda 3194 sayılı İmar Kanunu, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik, Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği ve diğer deprem yönetmelikleri, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği gibi mevzuat hükümleri anlam ifade etmektedir. Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 1. maddesinde 12/7/2013 tarihli ve 6495/73 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle¹⁷ yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçen müstakil yapılar belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapı denetimi zorunluluğu getirilmiştir¹⁸. Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre,

¹⁶ İmar Kanununa (m. 21'e) göre, "Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden (...) ⁽¹⁾ yapı ruhsatıyesini alması mecburidir" (m. 21/1).

m. 22'ye göre: "Yapı ruhsatıyesi almak için belediye, valilik (...) ⁽¹⁾ bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce (...) ⁽²⁾ ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatıyesi verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazılı olarak bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatıyesi verilir".

¹⁷ 4708 sayılı Kanun 29.06.2001 yılında kabul edilmiş 13.07.2001 yılında Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁸ Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, "a) 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 26 nci maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar,
b) Bodrum katı dışında en çok iki katlı ve yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar,

Kanunun uygulanmasında yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fennî mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir (m. 3)¹⁹. İlgili idare ise, belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulamalar için büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyeleri, bu alanlar dışında kalan alanlarda valilikleri, yapı ruhsatı ve kullanma izin belgesi verme yetkisine sahip diğer idareleri ifade etmektedir. Yapı denetim kuruluşu görevlileri kurallara aykırı hareket ettiğinde, örneğin denetim görevini yerine getirmediğinde sorumluluğu söz konusu olacaktır.

II. CEZA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ

Ceza hukuku sorumluluğu açısından depremde meydana gelen ölümlerden ve yaralamalardan dolayı her bir kişi açısından ayrı ayrı belirleme yapılmalıdır. Çünkü her bir kişinin yaptığı fiile ilişkin özellikler farklıdır. Sorumluluk belirlenirken hangi yükümlülüklere aykırı davranıldığı ve bu yükümlülüğün veya yükümlülüklerin kimde olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu hususların belirlenmesi çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektirdiğinden, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde kullanılmak üzere bilirkişiye başvurulacaktır (CMK m. 63). Dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken bilirkişiler tarafından düzenlenen raporlar etkili olacaktır. Bilirkişilere başvurulması

c) Entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesisler,

d) Köy yerleşik alanlarında, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olmayan iskân dışı alanlarda ve nüfusu 5000'in altında olan belediyelerin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bodrum katı ve çatı arası dışında en çok iki katlı ve yalnızca bir bodrum katın inşaat alanı hesaba katılmaksızın toplam inşaat alanı 500 metrekareyi geçmeyen konut yapıları ile bunların kömürlük, otopark, depo gibi müstemilatı,

hariç olmak üzere, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar. Ruhsata tabi olup, bu Kanun hükümlerine tabi olmayan yapılarda denetime yönelik fennî mesuliyet 3194 sayılı İmar Kanununun 26 ncı ve 28 inci maddelerine göre mimar ve mühendislerce üstlenilir. Birden fazla müstakil yapının bulunduğu parsellerde, bütün yapıların toplam yapı inşaat alanının 200 metrekareyi geçmesi hâlinde de bu Kanun uygulanır”

¹⁹ İmar Kanununa göre (m. 38): “Halihazır harita ve imar planlarının hazırlanması ve bunların uygulanmasının fenni mesuliyetini; uzmanlık, çalışma konuları ve ilgili kanunlarına göre, mühendisler, mimarlar, şehir plancıları deruhte ederler”.

(Değişik : 26/4/1989 - 3542/2 md.) Yapıların, mimari, statik ve her türlü plan, proje, resim ve hesaplarının hazırlanmasını ve bunların uygulanmasıyla ilgili fenni mesuliyetleri, uzmanlık konularına ve ilgili kanunlarına göre mühendisler, mimarlar ile görev, yetki ve sorumlulukları yönetmelikle düzenlenecek olan fen adamları deruhte ederler”.

açısından dikkatli olunması gerekmektedir. Farklı alanları ilgilendiren konular olduğu için alanlarında uzman kişilere, dolayısıyla da birden fazla bilirkişiye başvurulmalıdır. Bilirkişilerin hukuki değerlendirme (kusur ve kast-taksir değerlendirmesi) yapmamaları gerekir. Bilirkişiler sadece çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularla ilgili değerlendirmelerde bulunmalıdır. Bilirkişilerin hukuki bilgileri olmadığı için hukuki değerlendirme yapmaları doğru olmayacak, hukuki değerlendirmeleri kişilerin aleyhine sonuç doğurabilecektir.

Ceza hukukunda bir kimsenin ceza sorumluluğundan bahsedilebilmesi için haksızlık teşkil eden suçun unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca suçu işleyen kişinin kusurunun bulunması, ilgili suç tanımında yer alıyorsa objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi, şahsi cezasızlık sebebinin veya cezayı ortadan kaldıran şahsi nedenlerin bulunmaması gerekir. İnceleme konumuz olan suçlar açısından objektif cezalandırılabilme şartı, şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep bulunmadığı için bunlar belirtilmeyecektir. Dolayısıyla inceleme suçun unsurları ve kusur açısından yapılacaktır.

Ceza hukukunda bir kişinin sorumluluğu için öncelikle suçun unsurlarının gerçekleşmesi şarttır. Bunun için maddi unsurun, manevi unsurun ve hukuka aykırılığın somut olayda gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir. Konumuz açısından maddi unsurun (fail, mağdur, konu, hareket, netice ve nedensellik bağı)²⁰ varlığının tespiti için özellikle fail veya faillerin belirlenmesi, nedensellik ve objektif isnadiyetin tespiti önem taşımaktadır. Taksirli sorumluluk kabul edildiğinde²¹ objektif özen kurallarına uygun davranılıp davranılmadığının her bir kişi açısından belirlenmesi gerekmektedir. Kurallara aykırılık söz konusu değilse, binanın yapıldığı esnada var olan mevzuata ve bilimsel kurallara uygun olarak bina yapılmışsa, kural olarak sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak sonradan mevzuatta değişiklik yapılmış, farklı kriterler getirilmiş ve

²⁰ Maddi unsurun öğelerine suçun taksirli ve ihmali şekilde işlenmesine göre ilave unsurlar eklenmektedir. Taksirli suçlarda yukarıda belirtilen öğelere objektif özen kurallarına aykırılık eklenmektedir.

²¹ Taksirli suçlarda yukarıda belirtilen maddi unsurun öğelerine objektif özen kurallarına aykırılık eklenmektedir.

mevcut binaların mevzuata uygun hale getirilmesi istenmişse, bu yükümlülüğü yerine getirmeyenler açısından yükümlülüğe aykırılık söz konusu olacağından ceza sorumlulukları devreye girecektir. Olayda objektif özen kuralının ihlalinin bulunması her zaman kişinin sorumlu olması sonucunu doğurmamaktadır. Zira kural ihlali olmakla beraber bu ihlal depremde binanın yıkılması açısından etken değilse yaralama veya ölüm açısından sorumlu tutmak mümkün değildir. Ceza hukukunda neticenin faile isnad edilebilmesi için, failin hareketinin, suçun konusu üzerinde izin verilmeyen bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin somut olayda, neticede gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir²². Bu tespit söz konusu değilse sorumluluk da mümkün değildir. Yerine getirilmeyen kural ihlali, hareketi gösterir, suçun oluştuğunu göstermez.

Suçun oluşması için neticeli suçlarda maddi unsur açısından nedenselliğin de ortaya konulması ve objektif isnadiyetin yapılması gerekir. Suçlarda nedensellik bağı icrai ve ihmali suçlarda²³ ayrı ayrı belirlenmektedir. Dolayısıyla somut olayda icrai davranışı olan kişi ile ihmali davranışı olan kişi açısından nedenselliğin tespiti, ayrıca objektif isnadiyetin bulunması gerekir. İcrai suçlarda şart teorisi anlamında nedensellik bağı tespit edilirken, ihmali suçlarda nedensellik bağı varsayımsal olarak belirlenmektedir. İhmali (görünüşte) suçlarda ihmal edilen hareket yapılsaydı netice gerçekleşmeyecek deniliyorsa nedensellik bağı kabul edilmektedir. Bunun için doktrinindeki bazı yazarlar tarafından neticenin önlenmesinin kesinlik sınırında olasılık olması aranmaktadır²⁴. Bu belirlemeye göre ihmal edilen hareket, kanuni tanımdaki olayı kesinlik sınırında bir olasılıkla önleyemeyecekse şüpheden sanık yararlanır kuralının

²² ROXIN, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Band I), 4. Auflage, München 2006, § 11, kn. 47, 48.

²³ İhmali suçlarda (görünüşte) maddi unsurun öğelerini, fail, mağdur, konu, tipik durum (belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülük doğuran durumu), ihmali hareket (emredilen hareketin yapılmaması), bireysel hareket yeteneğini, netice, nedensellik ve objektif isnadiyet, neticenin önlenibilme olasılığı, taksirli ihmali suçlarda bu unsurlara ek olarak objektif özen yükümlülüğü oluşturmaktadır.

²⁴ SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von ESER, Albin/HEINE, Günter/PERRON, Walter/STERNBERG-LIEBEN, Detlev/EISELE, Jörg/BOSCH, Nikolaus/HECKER, Bernd/KINZIG, Jörg/ SCHITTENHELM, Ulrike, München 2010, § 13, kn. 61; TRÖNDLE, Herbert/FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, Vor § 13, kn. 20

uygulanması ve nedenselliğin kabul edilmemesi gerekmektedir. Yani depremde ölen kişiler açısından ihmali hareketi bulunanların sorumlu olabilmesi için kişinin belli bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümlülüğüne uygun davransaydı kanuni tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmesini kesin önleyecek olması gerektiği ifade edilmektedir²⁵. Yargıtay'a göre beklenen hareket yapılsaydı netice kesin önlenecek idiyse nedensellik bağı bulunmaktadır. Nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği durumlarda ise nedensellik bağı kabul edilmemektedir²⁶.

²⁵ Bkz.: SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, § 13, kn. 61; TRÖNDLE/FISCHER, Vor § 13, kn. 20; HAKERİ, Hakan: "Yargıtay Kararlarında Nedensellik Bağı", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s. 103; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Ders Kitabı, 7. Bası, Ankara 2019, s. 272. Ancak ihmalde nedensellik ile ilgili farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Bu çerçevede riskin azaltılması teorisi kullanılmaktadır. Bu görüş ve eleştirisi için bkz.: BRAMMSEN, Joerg: "Erfolgszurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten", MDR, 1989, s. 123 vd.; SCHÜNE-MANN, Bernd: "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte", JA, 1975, S. 116, s. 584; JOECKS, Wolfgang, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, München 1999, §13, kn. 16.

²⁶ Yargıtay "Olay günü saat 11.25 sıralarında inceleme dışı sanık E. İ.nin yönetimindeki kamyon ile kavşak çıkışına geldiğinde, sağ tarafından karşıdan karşıya geçmek üzere yola giren 76 yaşındaki yaya H. M.'a çarptığı, Erciş Devlet Hastanesi acil servisine yaralı olarak getirilen H. M.'a ilk müdahalenin nöbetçi doktor olan sanık tarafından yapıldığı, röntgen çekilmesine, serum takılmasına ve açık olan yaralar için pansuman yapılmasına karar veren sanığın, ağrılarından şikâyetçi olan ve bir defa da kusan H. M.'i serumu bittikten sonra taburcu ettiği, yakınları tarafından ayaklarından ve omuzlarından tutularak araca bindirilen H. M.'nin eve gittikten çok kısa bir süre sonra bilincini kaybetmesi üzerine tekrar hastaneye getirildiği, sanık tarafından yapılan müdahalelere rağmen hayatını kaybettiği olayda; H. M.'nin ölümünün trafik kazasına bağlı kaburga, kalça, kafatası, köprücük kemiği kırıkları ile birlikte iç organ yaralanması ve bunlara bağlı gelişen komplikasyon sonucu meydana geldiğine dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 17.02.2006 tarihli raporu; sanığın tıbbi gereklere yapmaması sebebiyle kusurlu olduğuna ancak bu kusurlarının kaza ile H. M.'nin ölümü arasındaki illiyet bağına kesmediğine ilişkin Yüksek Sağlık Şurası kararı ve kırıkların tespit edilememesinin eksiklik olduğuna ancak kişide tespit edilen travmatik değişimlerin ağırlıkları ve kişinin yaşı da dikkate alındığında, zamanında tespit edilip uygun tedaviye başlanması durumunda dahi kurtulmasının kesin olmadığına dair Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 13.03.2013 tarihli raporu birlikte değerlendirildiğinde; sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağından bozulmasına" karar vermiştir. Ancak Yargıtay, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gözetildiğinde sanığın, genel beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış öleni stabilizasyonu sağlanuncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde yirmidört saat müşahede altında tutması veya başka bir sağlık

Yargıtay nedenselliğin bulunmadığını kabul ettiği olaylarda TCK'nın 257. maddesinde yer alan suçun oluştuğunu, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiğini kabul etmektedir²⁷. Kişi kendisinden isteneni yapsaydı bile neticenin önlenmesi kesin değilse, imkan ve ihtimal dahi- lindeyse sonucun kişiye isnad edilmesi kabul edilmemektedir. Kanati- mize ihmalde nedensellik açısından kesinlik sınırında ölçü kabul edil- mesi doğru değildir. İhmal edilen hareket yapılıyorsa netice engellenebi- lecekti denebiliyorsa nedensellik bağının kabul edilmesi gerekir. Bunun için gerçekleşen netice ile ihmal edilen hareket kanuna uygun ilişki içeri- sinde bulunmalıdır²⁸. Ayrıca garantörler için getirilen belirli şekilde dav- ranma yükümlülüğü yalnızca neticenin kesin olarak önleneceği durum- larda değil, aynı zamanda neticenin önlenmesinin imkân ve ihtimal dâhi- linde olduğu durumlarda da geçerlidir.

kuruluşuna sevk etmesi gerekirken, beş saat sonunda taburcu ederek evine gönder- mesi suretiyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiğini, bu haliyle eyleminin TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturdu- ğunu ve bu suçtan sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, eyleminin tak- sirle bir kişinin ölümüne neden olma suçu kabul edilerek TCK'nın 85/1. maddesi ge- reğince cezalandırılmasına karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur: CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278, (Lexpera, Erişim Tarihi:17.03.2023). Aynı yönde Y. 12. CD, 25.2.2020, E. 2019/5235, K. 2020/1973, (Lexpera, Erişim Tarihi: 17.03.2023); "İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi 29/01/2014 tarihli raporunda "ço- cuğun ölümünün zehirlenme ya da yaralanma ve travmaya bağlı olmadığı, ölümünün akciğer enfeksiyonu taze lobüler pnömoni sonucu meydana gelmiş olduğu, otopside akciğer enfeksi- yonu tespit edildiği dikkate alındığında sanığın, çocuk hastalıkları uzmanı konsultasyonu iste- memesi ve hastayı yatırarak tedaviyi yaptırmaması nedeniyle kusurlu olduğu, ancak bebe- ğin yaşı ve klinik durumu itibariyle zamanında tanı konularak uygun tedavi başlanılmış ol- ması durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı" belirtildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; Sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte sanığın, solunum yetmezliği ve kabızlık etkisine maruz kal- mış öleni stabilizasyonu sağlanıncaya kadar çocuk hastalıkları uzmanı konsultasyonu iste- mesi ve hastayı yatırarak tedavi yaptırmaması gerekirken, taburcu ederek evine göndermesi su- retiyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiği, bu haliyle eyleminin TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsa- mında değerlendirilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin nazara alınması", Y. 12. CD, 25.2.2020, E. 2019/5235, K. 2020/1973, (Legalbank, Erişim Tarihi: 18.03.2023).

²⁷ CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278, (Legalbank, Erişim Tarihi: 14.03.2023).

²⁸ Bkz.: JESCHECK, Hans Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1988, s. 559, 560.

Ceza hukukunda nedensellik bağının tespitinden sonra objektif isnadiyetin varlığının tespiti gerekir. Neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi için, failin hareketinin, suçun konusu üzerinde izin verilme-
yen bir tehlike yaratması ve bu tehlikenin somut olayda neticede gerçek-
leştiğinin tespit edilmesi gerekir²⁹. Yaratılan tehlikenin neticede gerçek-
leştiği tespit edilemediğinde isnadiyet kabul edilmemektedir. Bu du-
rumda izin verilmeyen riskin gerçekleştirilmesine rağmen, neticenin fai-
lin fiilinin etkisiyle gerçekleşmemesi objektif isnadiyet kriteri söz konusu
olmaktadır³⁰. Dolayısıyla yapılan aykırılığın neticenin gerçekleşmesinde
etkisi yoksa, tehlike oluşturmamaktaysa öldürmeden veya yaralamadan
sorumluluk tayin edilmeyecek, varsa başka suç veya suçlardan sorumluluk
ya da kabahatten sorumluluk söz konusu olacaktır.

Depremde meydana gelen neticeler açısından uygulanması söz ko-
nusu olabilecek diğer bir kriter yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulun-
mamasıdır. Bu halde fail yükümlülük kurallarına aykırı davranarak izin
verilmeyen bir durum gerçekleştirmekle beraber, meydana gelen netice
hukuka aykırılık bağının veya yükümlülüğe aykırılık ilişkisinin bulun-
maması nedeniyle faile isnat edilememektedir. Bu ilişkiye göre fail yü-
kümlülüğe uygun şekilde hareket etseydi dahi netice yine de meydana
gelecek idiyse veya netice yine de önlemeyecek idiyse isnadiyet söz ko-
nusu değildir³¹. Fail, yükümlülüğe uygun davransaydı dahi netice kesin-
likle önlenemeyecekse, önlenmeyen neticeden dolayı kişinin sorumlu tu-
tulması söz konusu değildir. Depremde meydana gelen neticeler açısın-
dan binalar inşa anındaki mevcut kurallara aykırı yapılmış, ancak kural-
lara uygun yapılsaydı da binaların yıkılması ve insanların ölmesi kesin-
likle önlenemeyecekse gerçekleşen sonucun isnadiyeti kabul edilmemek-
tedir. Uygulama da bu şekildedir³². Kesinlik sınırında bir ihtimalle

²⁹ ROXIN, § 11, kn. 47, 48.

³⁰ Fail, yaptığı hareketle suçun konusu açısından tehlike yaratmakla beraber, ortaya çı-
kan netice bu tehlikenin sonucu olarak değil de tesadüfen failin fiili ile bağlantı içinde
gerçekleşmişse neticenin faile objektif isnadiyeti ortadan kalkar. Ancak fail gerçek-
leştiği kısımdan kast veya taksirine göre sorumludur. Bu kriter için bkz.: ROXIN,
§ 11, kn. 69 vd.

³¹ GROPP, Walter, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 2005, s. 158.

³² CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278; 12. CD, 5.12.2019, E. 2018/1758, K.
2019/11448, (Lexpera, Erişim Tarihi: 15.03.2023).

neticenin gerçekleşeceğinden veya önlenemeyeceğinden yola çıkılarak şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmakta ve failin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. Ancak günümüzde bu kabul eleştirilmekte ve sorumsuzluk doğurduğu belirtilerek riskin artırılması teorisi de savunulmaktadır. Bizimde kabul ettiğimiz bu görüşe göre neticenin gerçekleşmesi riski ispatlanabilir şekilde önemli ölçüde yükseltilmişse netice faile isnad edilmelidir³³. Yalnızca neticenin önlenmesinin kesin olduğu durumlarda değil, hareketle riskin artırıldığı durumlarda da netice faile isnad edilmelidir. Dolayısıyla yapmış olduğu kurala aykırılık nedeniyle kişinin binaların yıkılma riskini ve insanların ölme riskini artırdığı tespit edilmişse netice faile isnad edilmelidir. Depremde yıkılan binalar açısından yapıldığı andaki kurallara aykırılık söz konusu olmakla beraber mevzuata uygun yapılıyorsa da binaların yıkılacağı ve insanların öleceğinin kesin olduğu hallerde de gerçekleşen sonucun isnadiyeti kabul edilmemelidir.

Kurallara aykırı davranıldığı (örneğin kolonların kesildiği) iddiasıyla bir binayla ilgili yapılan ihbar sonucunda Cumhuriyet savcısının koşturmaya yer olmadığı kararı (KYOK) verdiği ve daha sonra bu binanın yıkıldığı ve insanların öldüğü durumda Cumhuriyet savcısının sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği, ceza sorumluluğuna gidilecekse hangi suçtan sorumlu olacağı hususunun da ayrıca cevaplandırılması gerekmektedir. 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş merkezli depremlerde benzer bir olay gerçekleşmiş, bu depremlerde yıkılan Hatay'daki Rende Sitesi'nde kolonların kesildiği iddiasıyla yapılan ihbar sonucunda soruşturma açılmış, ancak 2016'da "kolonların kesildiği" iddiasıyla başlatılan soruşturmada "takipsizlik kararı (KYOK)" verilmiştir. Depremde binanın yıkılması sonucunda geçmişte yaşanan bu durum ortaya çıkmış ve savcı hakkında HSK tarafından inceleme başlatılmıştır³⁴. Cumhuriyet savcısı hakkında yapılan inceleme sonucunda HSK tarafından izin verildiğinde ve yargılama sonucunda hukuka aykırı davrandığının tespit edilmesi durumunda, sorumluluğu TCK m. 257'den olacaktır. 2016'da gerçekleşen ve

³³ KKOWiG-Rengier, § 10, kn. 34.

³⁴ <https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/hataydaki-rende-sitesinde-kolonlarin-kesildiği-iddiasina-takipsizlik-veren-savciya-inceleme/2825655> (Erişim Tarihi: 01.04.2023).

kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen olay açısından Cumhuriyet savcının ceza sorumluluğu etkin bir soruşturma yapmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin TCK m. 257/2'den olacaktır (kasti olmak şartıyla). Cumhuriyet savcısı açısından olayda taksirle öldürme veya yaralamanın söz konusu olmayacağını, zira savcının davranışının bu suçların düzenlendiği normların koruma amacı³⁵ içinde olmadığını düşünüyoruz.

Depremden sonra binanın hasar gördüğü belli değilse ve kişiler binaya girerek ikinci sarsıntıda zarar görmüşlerse kurallara aykırı inşa edilen binanın yapımında katkısı olan kişiler gerçekleşen sonuçtan sorumlu olacaklardır.

Depremden sonra girilmemesi istenen binaya girilmişse veya binada oturmanın riskli olduğu belirtilmesine rağmen binada oturulmuşsa bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması kriteri söz konusu olup, objektif isnadiyet söz konusu olmayacaktır. Yargıtay verdiği bir kararda konuyu objektif isnadiyetle değil de nedensellikte çözmüşse de sonuç olarak sorumluluğu kabul etmemiştir: *“Olay tarihinde, Zeytinburnu ilçesi modabağ sokaktaki, 6 katlı çöken bina için 16.05.1986 tarihinde müteahhit A.. A.. ile Teknik Uygulama Sorumlusu olan sanık Z.. A.. adına yapı ruhsat izni verildiği ve 1987 yılından itibaren oturulmaya başlanıldığı, söz konusu binanın 2. derece deprem bölgesine göre projelendirildiği ve yürürlükte olan 1975 tarihli deprem yönetmeliği kapsamı içinde yapıldığı, sanığın çizdiği projede dükkan olarak belirlenen bölümde bilgisi dahilinde olmadan fırın yapıldığı, herhangi bir ısı yalıtım sistemi yapılmaksızın, 1989 yılından 1999 yılına kadar binanın bodrum ve zemin katının ekmek fırını olarak işletildiği, 17 Ağustos 1999 depreminden sonra 21.08.1999 tarihinde Zeytinburnu Belediyesi tarafından yapılan tespitlerde hasarlı görülerek mühürlendiği ve tahliye edildiği, ancak bir ay sonra Bayındırlık ve İskan İl Müdürlüğüne hasarsız binalar arasında*

³⁵ Neticenin normun koruma amacı dışında kalması nedeniyle fiilin objektif isnad edilebilirliğinin ortadan kalkması objektif isnadiyet kriterine göre, ihlal edilen normun anlam ve amacına göre gerçekleştirilen neticenin kaçınılması gereken netice olup olmadığı önemlidir. Normun anlam ve amacına göre kaçınılması gerekmeyen, koruma amacı dışında bir netice söz konusuysa isnadiyet ortadan kalkar. Normun anlam ve amacına göre kaçınılması gereken neticeler yasaktır. İhlal edilen normun engellemek istediği tehlike, neticede gerçekleştirilmelidir. Kriter için bkz.: KKOWiG-Rengier, § 10, kn. 36, 37

gösterilmesi üzerine tekrar oturulmaya başlanıldığı, İstanbul Belediye Başkanlığı'nın 23.11.1999 tarihli "apartman sakinlerine" başlıklı resmi yazısı ile oturanların binayı güçlendirmesi ve bunun yasa gereği olduğu, aksi takdirde oturmalarının riskli olacağına apartman sakinlerine bildirildiği, 1999 depreminden sonra maliklerin Belediye Başkanlığının uyarı yazısına rağmen anılan binada oturmaya devam ettikleri ve ayrıca kat maliklerince teras kata 20 cm kalınlığında beton atıldığı, kömürlük ve çatı yapıldığı böylece hasarlı binaya yeni bir yük yükledikleri ve binanın 21.02.2007 tarihinde bu aşamalardan sonra çöktüğü, çökme sonucu 3 kişinin ölümü ve 21 kişinin yaralandığı olayda; Binanın olay tarihinde çökmesi üzerine İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarihli yazısında, üniversite öğretim üyeleri tarafından binanın deprem performans puanı tespitinin yaptırıldığı ve binanın 37 puanla riskli binalar sınıfına dahil edildiği, soruşturma aşamasında alınan bilirkişi kurulu teknik raporunda her ne kadar binanın 1975 deprem yönetmeliğine uygun olarak yapılmadığı, beton basınç mukavemetinin düşük olduğu ve yönetmeliğe aykırı birçok hususun tespit edildiği hususlarına değinilmiş ise de; söz konusu binanın büyük deprem sonrası hasarlı olarak ayakta kaldığı, hasarlı binalar sınıfına dahil edildiği, binada güçlendirme yapılmasının zaruri olduğu ve belirtilen hususun apartman sakinlerine bildirilmesi karşısında; 21.02.2007 tarihinde binanın çökmesi olayında, binanın yapım aşamasında sanığa yükletilecek kusurlar açısından illiyet bağının 17 Ağustos 1999 depremi ile kesildiği, sanığın binayı yapıp teslim ettiği ve 20 yıl boyunca bina ile ilgisinin olmadığı, binada oturanların tüm uyarılara rağmen binayı güçlendirmeden oturmaya devam etmeleri ve çatı katına beton atarak fazla yük bindirmeleri hususları dikkate alındığında; binanın çökmesi şeklinde gerçekleşen netice ile teknik uygulama sorumlusu olan sanığın hareketleri arasında nedensellik (illiyet) bağının mevcut olmadığı ve ayrıca meydana gelen neticenin objektif olarak sanığa yüklenebilir olmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırı olup"³⁶.

Depremden sonra binanın tehlikeli olduğu herkes için barizse duyuru yapılsa bile giren kişilerin yaralanması veya ölmesi durumunda yine bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması söz

³⁶ Y. 12. CD, 20.02.2014, E. 2013/8258, K. 2014/4319, (Legalbank, Erişim Tarihi: 15.03.2023).

konusu olduğundan³⁷ netice binayı yapan kişiye isnad edilemeyecektir. O kurallara aykırı bina inşa etmekten dolayı sorumlu olacaktır³⁸. Somut olayın şartları içinde değerlendirme yapmak gerekir. Tam tersi belirleme yapıldığında, binaya girilmesinin sakıncalı olmadığı belirtildiği durumda başka birinin sorumluluk alanına geçen neticelerin isnadiyeti kriteri yönünden değerlendirme yapılmalıdır³⁹. Eğer girilebilir belirleme yapılmasına rağmen bina sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler söz konusuysa ve bunu yerine getirmemişse bina sahibinin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Girilebilir belirleme yapan kişiler açısından da sorumluluk söz konusu olacaktır. Bu kişilerin, gerekli dikkat ve özeni göstermemelerinden dolayı ölüm veya yaralama gerçekleşmişse bilinçsiz taksirle gerçekleştirilen suçtan cezalandırılmak mümkün olacaktır. Bu durumda tamamen başka birinin sorumluluk alanına geçen bir neticeden bahsedilemeyecektir.

Meydana gelen bir olayda sorun sadece bina sahibi ve işleteni açısından ele alınmış, girilebilir belirleme yapanlar tarafından yargılama söz konusu olmamıştır. 2011 yılında gerçekleşen olayda bina sahibi ve işletilene hakkında verilen karar takip ettiğimiz kadarıyla henüz

³⁷ Bir kimsenin isteyerek kendini zarar veya tehlikeye sokmasının etkisi isimli objektif isnadiyet kriterine göre, bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması ve bunun sonucunda zarar görmesi durumlarında gerçekleşen netice buna katılan diğer kişiye isnat edilmemektedir. Mağdurun kendi isteği ile kendini bizzat tehlikeye soktuğu durumlarda netice bir başkasına isnat edilmemektedir. Bir kimsenin kendi isteği ile zarar veya tehlikeye katılması nedeniyle objektif isnadiyetin yapılamaması için tehlikenin bilinçli olarak üstlenilmesi gerekir. Kişi riskin etkilerini, sonuçlarını, artı ve eksilerini değerlendirebilecek durumda olmalıdır. İsnadiyet için kendi davranışıyla zarar gören kişinin karar verme yeteneğine sahip olup olmadığı araştırılmaktadır. Bkz.: **ROXIN**, § 11, kn. 111.

³⁸ Tehlikeler çocuklar da dâhil herkes için bariz değilse tehlikelere işaret edilmeli veya girişler kapatılmalıdır.: **JAKOBS**, Günther, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin/New York 1993, 29. Abschn, kn. 31.

³⁹ Başka Birinin Sorumluluk Alanına Geçen Neticelerin İsnadiyeti (Yabancı Birinin Sorumluluk Alanına Dahil Etme) kriterine göre, normun koruma amacı, önlenmeleri başka birinin sorumluluk alanında olan neticeleri kapsamamaktadır: Bu kritere göre, objektif isnadiyetin ortadan kalkmasının nedeni, belirli tehlike kaynaklarının gözetlenmesi ve ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak belirli meslekleri icra eden kimsele rin, kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olaylardan sorumlu olmalarıdır. Bkz.: **ROXIN**, § 11, kn. 137, 138, 139, 140.

kesinleşmemiştir Sorun olayda bilinçli taksir mi yoksa bilinçsiz taksir mi olduğu noktasında yaşanmış, Yargıtay Ceza Dairesi aynı olayla ilgili farklı kararlar vermiştir: 23 Ekim 2011 tarihinde Van şehir merkezinin yaklaşık 20 km. kuzeyinde şiddeti 7.1 ile 7.3 arasında değişen yıkıcı bir deprem meydana gelmiş, ilk deprem sonrası artçı şoklar devam ederken, 9 Kasım 2011 tarihinde şiddeti 5.7 olan ve farklı bir faydan kaynaklanan ikinci bir deprem meydana gelmiştir. Sanığın sahibi ve işleteni olduğu Bayram Oteli'nde ilk depremde çökme yaşanmamıştır. Sanık ilk deprem sonrası Van Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı'na başvurmuş ve hazırlanan "Ön Hasar Tespit Formu"nda otelin "hasarlı-oturulur" olduğu bildirilmiştir. Fakat otelin dış cephesinin kaplama malzemesi ile yenilenmesi nedeniyle kolonlara bakılmadığı ve bu durumun sanık tarafından bilindiği fakat sanığın "Kesin Hasar Tespit Raporu" için inceleme yaptırmadığı ortaya çıkmıştır. Otelin alt katında faaliyet gösteren Albaraka Türk Bankası için ilk deprem sonrası hazırlanan raporda; binanın taşıyıcı sisteminin uygun bulunmadığı, binanın Türkiye Deprem Yönetmeliğindeki bazı yönetmelik maddelerinde belirtilen hususları yerine getirmediği, binada güçlendirme çalışması yapılması gerektiği ve tüm bu sebeplerle binanın risk taşıdığı belirtilmiştir. İlk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililer de, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmişlerdir. Nisan 2012 tarihli bilirkişi raporunda Otelin 1964 yılında inşa edilen, 1978, 1998 ve 2007 deprem yönetmeliklerine göre güçlendirilmemiş eski bir bina olduğu, otele sonradan ilave edilen kısımların bulunduğu, proje dışı yapılan ek kısımların binalarda deprem güvenliği açısından son derece tehlike oluşturduğu tespit edilmiştir. Sanığın otelin eski bir bina olduğundan, sonradan yapılan esaslı değişikliklerden haberdar olduğu anlaşılmıştır. Bayram Oteli 9 Kasım 2011 tarihinde 5.7 şiddetli deprem sonucu yıkılarak çökmüş, göçük ve enkaz altında kalan kişilerden yaralananlar olmuş ve toplam 24 kişi ölmüştür⁴⁰. Olay mahkeme önüne gelir ve Van 2. Ağır Ceza

⁴⁰ Dava konusu olay hakkındaki bilgiler Y. 12. CD, 27.06.2014, E. 2014/8620, K. 2014/16069; Y. 12. CD, 17.06.2016, E.2016/4242, K. 2016/10443; Y. 12. CD, 17.02.2022, E. 2020/1794, K. 2022/1215 künyeli kararlarından alınmıştır. (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2023).

Mahkemesi'nde görülen ceza davasında mahkeme tarafından sanığa “*Bilinçli taksirle 1'den fazla kişinin ölümüne sebebiyet vermek*” suçundan 11 yıl 1 ay 10 gün hapis cezası verilmiştir. Karara karşı temyiz yoluna başvurulması üzerine Yargıtay, olayda “*bilinçli taksir*” bulunduğu tespitiyle sanığa eylemin ağırlığı ve ölen kişi sayısının fazlalığı nedeniyle “*eksik ceza tayin edildiği*” gerekçesiyle kararı bozmuştur⁴¹. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin “*bozma*” kararına uyan Van 2. Ağır Ceza Mahkemesi, yaptığı yeniden yargılamanın ardından, 1 Ekim 2015'teki karar duruşmasında Tevfik Bayram'a 15 yıl 6 ay 20 gün hapis cezası vermiştir. Sanık ailelerinin karara tekrar itiraz etmesinin ardından Yargıtay, “*Sanık Tevfik Bayram'ın yıkılan otelde kendisinin ve kardeşinin ilk deprem sonrasında kaldığı, bu sebeple oluşacak neticeyi öngörmediği, sanığın neticeyi öngördüğü halde sonucun gerçekleşmeyeceğine ilişkin, şansına veya başka etkenlere güvenerek hareket ettiğinden söz edilemeyeceğinden bilinçli taksir koşullarının oluşmadığı*” nı ifade ederek olayda “*bilinçli taksir*” olmadığı ve sanığa daha az ceza verilmesi gerektiği gerekçesiyle 17 Haziran 2016'da kararı sanık lehine bozmuştur⁴². Van 2. Ağır Cezası Mahkemesi Yargıtay'ın sanık lehine bozma kararına uyararak 22 Mart 2019'da olayda bilinçli taksir hükümlerini uygulanmaksızın bilinçsiz taksirden sanık Tevfik Bayram'ın 11 yıl 8 ay hapis cezasıyla mahkumiyetine karar vermiştir. Dosya tekrar Yargıtay'a gelmiş ve Yargıtay, “*Sanığın Bayram Otel binasının evveliyatını çok iyi bilen ve uzun yıllardır da bu binada faaliyet gösteren otelin işletmeciliğini yapan tecrübeli bir tacir olduğu, binanın 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen depremde hasar görmüş olabileceğinin ve ileride yaşanabilecek herhangi bir depremde otel binasının daha önce aldığı hasar nedeniyle yıkılabileceğinin sanık tarafından da öngörülmesi gerektiği, yeniden bir deprem yaşanmayacağına ilişkin hatalı güveni sebebiyle muhtemel bir deprem riskinin gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile ve önceki tecrübelerinin olumsuz sonuçlanmasına yönelik hatalı güveni ile 23.10.2011 tarihindeki ilk depremden sonra depreme dayanıklılık testi yaptırmaksızın oteli işletmeye devam ettiği, bu suretle sanık hakkında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu anlaşıldığından, sanık hakkında temel cezadan TCK'nın 22/3. maddesi gereğince artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi” gerekçesiyle cezanın arttırılmasını isteyerek,*

⁴¹ Y. 12. CD, 27.06.2014, E. 2014/8620, K.2014/16069, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2023).

⁴² Y. 12 CD, 17.06.2016, E. 2016/4242, K. 2016/10443, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2023).

dosyayı tekrar yerel mahkemeye göndermiştir⁴³. Olaydaki Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı görevlileriyle ilgili yargılama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Zira kamu görevlileri olmaları nedeniyle yargılamanın yapılabilmesi için gerekli izin alınamamış ve konu Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Yapılan bireysel başvurularda, başvuru- rucular Bayram Otelin ikinci depremde ve artçı sarsıntılardan sonra yıkıldığı, konu hakkındaki mevzuat uyarınca hasar tespiti yapmamaları ve diğer önlemleri almamaları nedeniyle Vali ve AFAD yetkililerinin sorumlu olduğu ileri sürülmüştür. Aslında deprem olayından sonra ilgili Van Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma başlatmış, keşif yapmış, numuneler almış, bilirkişinin görüşüne başvurmuş ve bilirkişi raporu almıştır. Alınan bilirkişi raporunda; binanın projelendirme, yapım ve iş bitimi aşamalarında ilgili mevzuat hükümlerine uyulmadığı belirtilmiştir. 23/10/2011 tarihli ilk depremden sonra binada hasar tespiti yapılmadığı vurgulanan raporda, bina taşıyıcı sisteminin ilk depremden ve ikinci depreme kadar olan artçı sarsıntılardan etkilendiğinin düşünüldüğü ifade edilmiştir. Rapor- da ayrıca proje, yapım ve iş bitimi aşamalarındaki eksikliklerden yapı sahibi ve/veya müteahhidin, teknik uygulama sorumlusunun ve beledi- yenin ilgili biriminin; deprem sonrası inceleme aşamasındaki eksiklikler- den ise yapı sahibi ve gerekli tedbirleri almayan ilgili birimlerin sorumlu- luğunun bulunduğu yönünde kanaat bildirilmiştir. Soruşturma sonunda bazı kişiler hakkında iddianame düzenlenerek görevli ve yetkili mahke- meye gönderilmiş, Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında 2/12/1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. ve 12. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilerek soruşturma dosyası Yar- gıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 9/10/2012 tarihinde Van Valisi, Erciş Kaymakamı, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) Başkanı, Van Afet Acil Durum İl Müdürü ve diğer AFAD yöneticileri hakkında görevi kötüye kullan- maya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açı- sından suç oluşturan ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin işleme konulmamasına karar

⁴³ Y. 12. CD, 17.02.2022, E. 2020/1794, K. 2022/1215, (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.03.2023).

vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 9/10/2012 tarihli kararına karşı yapılan itiraz, Danıştay Birinci Dairesince 4483 sayılı Kanun'da Cumhuriyet başsavcılıklarının şikâyetin işleme konulmamasına dair verdikleri kararlara karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediği gerekçesiyle incelenmeksizin reddedilmiştir. Başvurucuların bir kısmı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının şikâyetin işleme konulmaması kararı üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi 2012/752 sayılı başvuruda 17/9/2013 tarihinde, 2012/850 sayılı başvuruda ise 7/11/2013 tarihinde verdiği kararlarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca şikâyetin işleme konulmamasına karar verilmiş olması nedeniyle yaşam hakkının usul boyutu olan etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi mevzuat hükümleri göz önüne alındığında dönemin Van Valisi ve AFAD yetkililerinin gereken tedbirlerin alınması hususunda sorumluluklarının bulunduğu vurgu yapmıştır. Birinci depremde hasar görmüş binaların artçı sarsıntılar esnasında yıkılma tehlikesi bulunmasının öngörülebilir bir risk olduğuna işaret eden Anayasa Mahkemesi, ilk depremden on altı gün sonra gerçekleşen ikinci depremde yıkılan binanın bölgedeki kapasitesi en yüksek otellerden biri olması sebebiyle hasar tespiti yapılarak gerektiğinde boşaltılmasının ilgililerden beklenebileceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi son olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, hasar tespiti ve hasarlı binalara girişin engellenmesi konusunda yetkililerce ne tür işlemler yapıldığını ortaya koyacak delil ve değerlendirmelere yer vermeksizin soruşturma açılması talebinin işleme konulmamasına karar verilmiş olduğunu belirtmiş ve bu kararın soruşturmanın devam ettirilmesi yönündeki talebin bir itiraz mercii tarafından değerlendirilmesinin de önüne geçilmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 19/11/2013 tarihli kararıyla kamu görevlileri hakkında İçişleri Bakanlığından soruşturma izni istenmiştir. Dönemin Van Valisi, Erciş Kaymakamı ile Van İl Afet ve Acil Durum Müdürü hakkında İçişleri Bakanlığına ön inceleme başlatılmıştır. Ön inceleme raporunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının işleme koymama kararı üzerine Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararları gözetildiğinde Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin ve bağlayıcı olması nedeniyle Van eski Valisi M.K. ile İl Afet Acil

Durum Müdürü C.G. hakkında soruşturma izni verilmesi gerektiği yönünde kanaat bildirilmiştir. Ancak İçişleri Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesine 17/3/2014 tarihinde karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, ön incelemeyi yapan müfettişlerin esasen haklarında ön inceleme yapılan kamu görevlilerinin olayda sorumluluklarının bulunduğu dair bir tespit ve görüşleri bulunmamasına karşın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vermiş olması nedeniyle soruşturma izni verilmesi yönünde kanaat bildirdikleri, ancak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı vermesinin sebebi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının şikâyetin işleme konulmaması kararının yargı denetimi dışında kalması dolayısıyla etkili ve caydırıcı bir ceza soruşturmasının yürütülmemesi olduğu, 4483 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemlerin ve alınan kararların etkili ve caydırıcı soruşturma olarak kabul edilmesi gerektiği, başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin anılan kararının yerine getirilebilmesi için soruşturma izni verilmesi yönünde karar alınmasının zorunlu olmadığı, aksine bir kabulün Anayasa'nın 129. maddesinin altıncı fıkrasını işlevsiz hâle getireceği, dönemin Van Valisi ile İl Afet Acil Durum Müdürünün kendilerine yöneltilen fiilleri işlediğine dair delil bulunmadığı, ortada cezai sorumluluğu gerektiren herhangi bir eylemin bulunmadığı, dönemin Erciş Kaymakamının da olayla ilgili herhangi bir sorumluluğunun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, soruşturma izni verilmemesi kararına karşı itiraz yoluna gidilmeksizin 14/7/2014 tarihinde işlemden kaldırma kararı verilmiştir. Soruşturma izni verilmemesine ilişkin kararın tebliğ edilmesi üzerine başvuru, Van Valisi ile İl Afet Acil Durum Müdürü yönünden karara itiraz etmişlerdir. Danıştay 1. Dairesi tarafından itirazın reddi kararının 24/10/2017 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine başvuru tekrar Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Başvuruda, Van il merkezinde bulunan bir otel binasının 9/11/2011 tarihinde meydana gelen ikinci depremde yıkılması sonucu yakınlarının hayatlarını kaybetmesinde yetkililerin sorumluluğunun bulunduğunu belirtmişlerdir. Dönemin AFAD Başkan Vekili İ.E.K.'nın gerekli önlemleri almaması, kanunda belirtilen görevleri yerine getirmemesi, halkı hiçbir binaya girilmemesi konusunda uyarmaması, oteli kapatmaması, öncelikli olarak otelde hasar tespiti yaptırmaması, yeteri kadar uzman görevlendirmemesi, afetzedelerin barındırılması için

bina ve tesisleri tespit etmemesi nedenleriyle can kayıplarından sorumlu olduğunu, dönemin AFAD Başkan Vekili İ.E.K hakkında Başbakanlık tarafından soruşturma izni verilmemesi, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca işlemden kaldırma kararı verilmesi, soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yapılan itirazın gerekçesiz olarak reddedilmesiyle bu kişi hakkında yürütülen adli sürecin sona ermesi ve Anayasa Mahkemesince verilen ihlal kararının yerine getirilmemesi nedenleriyle yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca Dönemin Van Valisi M.K. ile İl Afet Acil Durum Müdürü C.G.nin otelde gerektiği gibi hasar tespiti yaptırmamaları, gerekli önlemleri almamaları ve halkı doğru şekilde bilgilendirerek uyarılarda bulunmamaları nedeniyle can kayıplarından sorumlu olduklarını, haklarında İçişleri Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmemesi, bu karara karşı yaptıkları itirazın Danıştay tarafından karara bağlanmasının çok uzun sürmesi ve gereği gibi incelenmeksizin reddedilmesi nedeniyle yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, somut olaya ilişkin yapılan ön incelemelerde, kamu görevlileri hakkında ileri sürülen ihmali iddialarına ilişkin detaylı bir tetkik yapılarak Vali ve AFAD İl Müdürünün olayda hareketsiz kalmadıkları, yetkileri ve görevleri çerçevesinde derhâl harekete geçerek alınabilecek tedbirleri aldıkları ancak ilk depremden sonra meydana gelen hasarları tespit etmek bakımından çok kısa bir süre olan on altı gün sonra henüz hasar tespit çalışmaları tamamlanamadan ikinci depremin meydana gelmiş olduğu, AFAD Başkan Vekilinin ise ilgili kanunlar ve ikincil düzenlemelerle öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı, İl Müdürlüğünden gelen talep üzerine Çevre ve Şehircilik Bakanlığında ivedilikle personel görevlendirdiği tespit edilerek soruşturma izni verilmemesi yönünde kararlar verildiği, somut olayda soruşturma izni prosedürünün bir ceza soruşturması açılmasını gerektirecek somut veri bulunup bulunmadığının araştırılması amacının ötesinde ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek, soruşturmanın etkin şekilde yürütülmesine engel olacak ya da kamu görevlilerine yargı muafiyeti sağlayacak şekilde uygulanmadığının anlaşıldığı, başvuruya konu olayda kamu görevlilerinin ihmallerinin tespit edilmesinde uygun araçların kullanılmasının önüne geçilmesi ya da

tespit edilen ihmali davranışların adli makamlar önüne taşınmasının engellenmesi gibi bir sonuç doğmadığı belirtilerek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁴. Dolayısıyla da kamu görevlilerinin yargılanma imkanı kalmamıştır. İlk Anayasa Mahkemesinin kararının doğru olduğu anlaşılmaktadır. Zira soruşturma yapılması ve soruşturmaya devam edilmesi açısından elde edilen verilerin (Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ilk soruşturma kapsamında, keşif yapılması, numuneler alınması, bilirkişilerden görüş alınması, bilirkişilerce hazırlanan rapor) en azından basit şüphe oluşturacak nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanununun 4. maddesinde yer alan şartları taşıyan bir bildirim bulunmakta olup bu bildirim işleme konulması gerekmektedir⁴⁵. Basit şüphenin olmadığı veya fiilin açıkça suç oluşturmadığı durumda kişi hakkında soruşturmaya başlanması, şüpheli sıfatını alması ve hakkında bazı işlemlerin yapılması söz konusu olmayacaksa da somut olgulara dayanan şüphenin bulunması durumunda soruşturmanın yapılması ve bunun için de iznin verilmesi gerekir. Aksine uygulama kast olmak şartıyla görevin kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecektir. Ceza muhakemesinde soruşturma, suç işleyen kişi veya kişilerin tespiti ve cezalandırmalarını imkan verebilecek şekilde yürütülen ve kovuşturma öncesi yapılan bir faaliyeti ifade etmektedir. Yetkili makamlar tarafından yürütülen soruşturmaların, sorumluların tespitine ve cezalandırmalarına imkan verecek şekilde etkili ve yeterli olması gerekir. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğunda bahsedebilmek içinse soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve

⁴⁴ Bkz.: Mehmet Ali Emir ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2014/16482 (AYM 17.01.2019).

⁴⁵ 4483 sayılı Kanununun 4. maddesine göre, "Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyadı ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır".

sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir⁴⁶. Ceza muhakemesinde soruşturma mecburiyeti kabul edilmiş olup, şüphenin genel ve soyut olmadığı fiilin suç oluşturmasının söz konusu olduğu durumlarda soruşturmanın yapılması ve bunun için de izin verilmesi gerekiyorsa iznin verilmesi gerekir. Suçun işlendiği konusunda düşük bir olasılığın varlığı da yeterli kabul edilmektedir⁴⁷. Bu kapsamda tamamen asılsız olmayan bir söylenti⁴⁸, belirti⁴⁹ ya da tek taraflı iddiaların da yeterli olduğu ifade edilmektedir. Olayda ise işleme konulmama kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararı sonrası işlem yapıp ön incelemeye başvurulup ön inceleme raporunda da soruşturma izni verilmesi gerektiği yönünde kanaat bildirilmişse de İçişleri Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesi kararı verilmiştir. Bu kararın da yukarıda belirtilen 4483 sayılı Kanun ve ceza muhakemesi ilkeleri ve belirlemeleri gereğince doğru olmadığı anlaşılmaktadır.

Binaların yapılmasıyla ilgili karşımıza çıkacak objektif isnadiyet kriterlerinden biri de güven ilkesidir. Güven ilkesinde, bir faaliyetin icrasına katılan kişiler, aksini gösteren somut olgular yoksa diğerlerinin kurallara uygun davrandığına güvenmekte ve güven duyan (kurallara uygun davranan) kişiye diğerlerinin kurallara aykırı davranışından dolayı sorumluluk tayin edilememektedir. Kişiye diğerlerinin kurallara aykırı

⁴⁶ *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293 (AYM 17.07.2014); *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 2012/752 (AİHM 17.9.2013).

⁴⁷ Bkz.: **MEYER-GÖBNER/SCHMITT**, *Strafprozessordnung, GVG und Nebengesetze*, 65. Auflage, München 2022, § 152, kn. 4; **LÖWE/ROSENBERG**, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Fünfter Band §§ 151-212b*, 26. neu bearbeitete Auflage, Berlin 2008, § 152 kn. § 152 kn. 26. Ancak doktrinde özellikle zayıf nitelikteki başlangıç şüphesi durumlarında uygulamada geliştirilen önsoruşturmanın ortaya çıktığını, bunun önalın soruşturmasından farklı olduğu belirtilmektedir: **ROXİN**, Claus/**SCHÜNEMANN**, Bernd, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, 27. Auflage, München 2012, § 39 kn. 17, 18. Olasılıkların ve varsayımların yeterli olmadığına ilişkin olarak bkz.: **LÖWE/ROSENBERG-BEULKE**, § 152 kn. 22.

⁴⁸ **MüKoStPO-PETERS**, *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Band 2*, §§ 151-332, 1. Auflage, München 2016, § 152 kn. 40.

⁴⁹ Başlangıç şüphesi için delillerin en azından belirti niteliği taşıması gerektiği için bkz.: **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul 2021, s. 99; **ÖZTÜRK**, Bahri vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara 2018, s. 437.

davranacağını hesaba katma yükümlülüğü yüklenmemektedir. Dolayısıyla bir binanın imar izninin verilmesinden yapı ruhsatının verilmesine kadar olan dönemde görev yapan kişilerden birinin, kendi uzmanlığıyla ilgili hareket eden diğer kişilerin yaptığı işleme güven duyması, ancak daha sonra bu kişilerin kurallara aykırı davrandığının ortaya çıkması durumunda, bu kişiye, kurallara aykırı davranan kişinin fiilinden dolayı isnadiyet yapılamayacaktır. Kurallara aykırı davranan kişi ya da kişilere ceza sorumluluğu yüklenebilecektir⁵⁰. Örneğin bir müteahhidin, beton firmasından şartlara uygun nitelikte beton alıp kullandığı, ancak beton firmasının betonda gerekli standartlara uygun çimento kullanmadığı ve daha sonra bu betondan dolayı binanın yıkılması durumunda müteahhide sorumluluk yüklenemeyecektir. Ancak kurallara aykırı davrandıklarının önceden öngörülmesi durumunda, kurallara uygun davranan kişi gereken tedbirleri almakla yükümlüdür. Aksi takdirde güven ilkesine dayanamayacaktır. Birlikte faaliyet yürüten kişilerden birinin diğerleri üzerinde özel bir gözetim veya kontrol yükümlülüğü varsa bunu yerine getirmekle yükümlüdür. Örneğin inşaatta çalışan işçiler üzerinde inşaattan sorumlu müteahhidin gözetim ve denetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Yerine getirmediği takdirde güven ilkesi geçerli olmaz. Ancak bunun için yükümlülüğün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir⁵¹.

Yukarıda belirtilen objektif isnadiyeti kaldıran kriterlerin fail veya failer tarafından bilinmesi gerekmemektedir. Gerçekleşmişse kişi hakkında uygulanacaktır. Örneğin yükümlülüklerine uygun davransaydı bile neticenin yine de önlenemeyeceğinin kesin olduğu hallerde bu neden kişiye uygulanır ve kişi cezalandırılmaz.

Depremi meydana gelmesinden sonra kurtarma hareketlerinde ihmalin bulunduğu veya diğer önlemlerin alınmadığının veya yardımın yapılmadığının iddia edildiği durumlarda kural ihlalinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla ihmali hareketin bulunup bulunmadığının, yapılması istenen hareketin kimlerin sorumluluğunda olduğunun belirlenmesi gerekir. İhmali hareketin tespit edildiği durumlarda yaşanan

⁵⁰ Bu konuda genel olarak bkz.: ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s. 345.

⁵¹ Bu konuda bkz.: ÜNVER, s. 345.

ölüm veya yaralanma olaylarıyla bağlantılı olarak nedenselliğin ve objektif isnadiyetin belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede özellikle ölümün kurtarma hareketinin yapılmamasından veya geç yapılmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti önem taşımaktadır. Örneğin hipotermiden kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi gerekir. Burada da yine yükümlülük yerine getirilseydi kişinin kurtulup kurtulamayacağına belirlenmesi, daha önce belirttiğimiz yükümlülüğe aykırılık ilişkisi veya riskin artırılması teorisi çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacağına değerlendirmesinin yapılması gerekir. Ayrıca başka birinin sorumluluk alanına geçen neticelerin isnadiyeti kriterinin değerlendirilmesi ve tartışılması gerekir.

Yaralama veya öldürme suçu açısından kişinin sorumluluğu için maddi unsurun yanında manevi unsurun da gerçekleşmesi şarttır. Ölüm veya yaralanmalar açısından kişinin manevi unsur kapsamında kastının veya taksirinin bulunduğu tespit edilmesi gerekir. Depremde yaşanan can kayıpları ve yaralamalar açısından kişinin daha ziyade taksir değerlendirilmesi üzerinde durulmaktadır. Taksirde de bilinçli taksir belirlemesi yapılmaktadır. Ancak önceden her bir kişi için hangi kurallara aykırı davranıldığını, sonuç üzerindeki etkisini bilmeden tümü için tek bir şekilde belirleme yapılması doğru değildir. Her biri kişi açısından somut olay ayrı değerlendirilmelidir. Somut olayda sorumluluğu olan kişilerin bilinçli taksiri olabileceği gibi olası kastı, hatta bilinçsiz taksiri de söz konusu olabilir⁵². Binanın yapılması sırasında dikkat ve özen gösterilmemesi

⁵² “Binanın zemin katında dükkkanı olduğunu, dükkkana tadilat yaptığını, tadilat sırasında dükkkanı garaja çevirmek istediğini ve aracının sığmasına engel olduğu gerekçesiyle bazı güçlendirme kolonlarını kaldırdığını beyan ettiği, benzer şekilde dosya kapsamında alınan bilirkişi raporları ile proje verilerine göre 16 adet olan kolon sayısının 14 adet olarak tespit edildiğinin tespit edildiği, ayrıca yine bilirkişi raporu gereğince kolon eksikliğinin, binanın deprem karşısında tepki vermemesinin ve çökmesinin en büyük nedenlerinden olabileceği, bu hususa ilişkin olarak dosyada herhangi bir araştırmanın yapılmadığı, söz konusu kolon eksikliğinin inşaatın yapım aşamasında oluşan bir eksiklik olması durumunda yapı müteahhidinin ve fenni sorumlusunun asli kusurlu olduğu, bina tamamlandıktan sonra oluşan bir eksiklik olması halinde ise tadilatı yapan kişinin asli kusurlu olacağını belirtildiği, kolon eksikliğinin kim tarafından gerçekleştirildiği hususunun ayrıntılı olarak araştırılması, bu hususta soruşturma yapıp yapılmadığının tespiti ile buna ilişkin evrakların dosyaya eklenmesi, dava açılmış olması halinde davaların birleştirilerek sanıkların kusur durumlarının bir arada değerlendirilmesi suretiyle neticesine göre karar verilmesi gerekir”, Y. 12. CD, 17.03.2021, E. 2020/4170 , K. 2021/2742, (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.03.2023).

nedeniyle hatalı bir malzeme kullanılmışsa kişinin bilinçsiz taksiri de söz konusu olabilir. Binanın yapımında kişi yükümlülüklerine aykırı davranışını biliyorsa ve bunun binanın dayanıklılığını etkilediğini biliyorsa bilinçli taksir veya olası kastı üzerinde durulmalıdır. Yaptığı aykırılığın bir depremde yıkılacak sonuçlar doğuracağını bilen kişinin pekala olası kastının olduğunu söylemek de mümkündür. Ancak somut olayın tüm şartlarının değerlendirmesi suretiyle karar verilmesi gerekir. Olası kastın ve bilinçli taksirin, tipikliğin sübjektif unsuruyla ilgili olması, iç olay, ruhsal durumla ilgili bulunması nedeniyle tespiti zorluk göstermektedir. Bu nedenle olası kastın tespiti noktasında bazı ölçütler de kullanılmaktadır. Bu ölçütler, bilme ve isteme unsuru açısından ayrı ayrı yapılmaktadır. Bilme unsurunun varlığını tespit açısından, hareketin objektif tehlikeliliği ve failin bunu öngörmesindeki zekası, failin olayı idrak edebilmek için sahip olduğu zaman, olayın öngörülebirliliği ve kestirilebilirliği, karşı ölçüt olarak algılama yeteneğini etkileyen alkol veya uyuşturucu madde, kişinin somut olaydaki duygusal yükü belirtilmektedir. İsteme unsurunun tespiti açısından ise neticeyi önlemeye yönelik davranış, failin kendisinin de zarar görme ihtimali, fail ile mağdur arasındaki duygusal yakınlık, olaydan sonra mağduru kurtarmaya yönelik hareket ölçüt olarak kullanılmaktadır. Ancak bu belirlemeler tek başına yeterli olmayıp, olaydaki tüm objektif ve sübjektif unsurların tamamının dikkate alınması gerekmektedir⁵³. Sonucun ortaya çıkmayacağına güvenme hali, ölüm neticesinin ortaya çıkmasının akla yatkın olması ve bunun gerçekleşmemesinin ancak mucizelere kalması durumunda ilke olarak reddedilmektedir. Ölüm neticesine yönelik olasılık derecesi arttıkça, failin ölümü istemediğine dair iddiasının zayıflayacağı belirtilmelidir. Ancak failin öldürme tehlikesini fark edememesi veya en azından gerçekleşmeyeceğine güvenmesi olasılığının da bir olasılık olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu belirlenimin icrai hareketle gerçekleştirilen öldürme fiilleri açısından kabul edildiği de ifade edilmelidir⁵⁴. Yargıtay kararlarında objektif ve sübjektif

⁵³ Bkz.: **TURHAN**, Esmâ Nur: “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, s. 465.

⁵⁴ **HEINRICH**, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım-I, Ünver, Yener (Editör), Ankara 2014, s. 192, 193, 194.

unsurların tamamı değerlendirilmekte⁵⁵, ölüm neticesinin çok yakın ihtimal dahilinde olduğu hallerde olası kastın kabul edildiği görülmektedir⁵⁶. Ancak depremle ilgili olarak Yargıtay'ın bilinçli taksire ilişkin belirlemeleri olduğu gibi⁵⁷, bilinçsiz taksiri kabul ettiği kararları da (binanın

⁵⁵ CGK, 25.03.2014 ve 1496-135, (Legalbank, Erişim Tarihi: 17.03.2023).

⁵⁶ Y. 1. CD, 10.09.2019, E. 2019/1948, K. 2019/3653; Y. 12. CD, 23.09.2019, E. 2019/10783, K. 2019/9244; Y. 1. CD, 08.10.2019, E. 2019/1785, K. 2019/4171, (Yargıtay Karar Arama, Erişim Tarihi: 17.03.2023).

⁵⁷ "1997-Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmeliğin "7.7.4 Kolon Enine Donatı Koşulları " bölümünde kolon sarılma bölgeleri, kolon orta bölgeleri ve kolon-kiriş birleşim bölgeleri için dikkate alınması gereken uzunluklar, bu bölgelerdeki etriye yüzdesi, çap ve aralıkları hakkında bilgiler verildiği, ...Apartmanı için hazırlanan bilirkişi raporuna göre, etriye çapı açısından yeterlilik gözükmürken, etriye aralığı açısından ve binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğunun belirlendiği, yine bilirkişi raporu ile proje verilerine göre, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde de farklılıklar olduğu, parça beton numuneler içerisinde boyut itibarıyla standart dışı büyüklükte agregalar olduğunun belirlendiği, Mahkemece hukme esas alınan 07.09.2015 tarihli bilirkişi heyet raporunda; dava konusu depremde yıkılan... Apartmanına ilişkin görsel ve deneysel olarak tespit edilen teknik yetersizliklerle itibar edildiği, binanın yapım yılı tam olarak bilinmemekle birlikte, 28/04/2000 tarihinde ... Mühendislik tarafından hazırlanan inşaat alanı Jeoteknik Etüt raporu, 22/12/2000 tarih ve 200/55 numaralı yapı ruhsatı, 24/02/2004 tarihli ilave kat ruhsat ve yapım kullanma izin belgesi dilekçesi, 22/03/2004 tarih ve 2004/110 numaralı yapı kullanma izin belgesi, gerekli muvafakat yazuları ve noter evraklarından binanın, 1997 yılından sonra yapıldığının anlaşıldığı ve yapım yılı itibarı ile binanın 1997 Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelik Hükümlerine göre tasarlanarak inşa edilmesi gerektiği, sanık ...'nin yıkılan binanın "fenni mesulü" olduğu, ancak fenni mesul olmaktan kaynaklanan görevlerini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu, binanın yıkılması sonucunda meydana gelen ölüm ve yaralanmalar bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden ihmali davranışının müessir olduğu, sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasında binanın bitiminden sonra ruhsatlandırma için fenni mesullüğü üstlendiği yolundaki savunmasının bir ispat meselesi olduğu, savunmasındaki hususların doğruluğunun mahkemece tespit edilmesi halinde, binanın yıkılmasında müessir olan yapım eksikliklerinden dolayı bu kişinin sorumlu tutulamayacağı, sanık ...'in söz konusu binanın sahibi ve müteahhidi olarak yapımından sorumlu olduğu halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmamak bakımından kendisine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle sorumlu olduğu, İmar ve Belediye mevzuatına göre belediyelerin ruhsat verdikleri inşaatların yapımıyla ilgili denetleme görevlerinin binanın inşaat tekniğine göre inşa edilip edilmediğini kapsamadığı, bu nedenle belediye görevlileri, Burhan Aldeşer, ... ve ... hakkında yapılacak değerlendirmede bu hususun dikkate alınması gerektiği, ancak bilirkişi raporundan gerekse KTÜ raporlarından anlaşılacağı üzere somut olayda, ...Apartmanı için statik hesap ve raporu ile mimari ve statik proje sorumlusu olmadığı halde yapı ruhsatı verildiği, mimari ve statik proje sorumlusu ile statik hesap ve raporu olmayan bir bina ile ilgili ruhsat veren, bu hususta üzerlerine düşen dikkat ve özeni göstermeyen belediye görevlilerinin, meydana gelen ölüm ve yaralanmalar bakımından cezai sorumlulukları yoluna gidilmesi gerektiği sonucuna varıldığı, Dosya kapsamında mevcut bilirkişi raporları,

yapılan inceleme, değerlendirme ve deliller neticesinde; 1. derece deprem bölgesinde yer alan... Apartmanının taşıyıcı elemanların donatı detaylandırmasında yetersizlikler olduğu, binada projelendirme, yapım ve ... bitimi aşamalarında Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelik ve İmar Kanunu esaslarına yeterince uyulmadığının belirlendiği, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün soruşturma aşamasında belediye görevlileri olan sanıklar ..., ..., ... ve ... hakkında yaptığı ön inceleme sonucunda aldığı 25.01.2013 tarihli kararında; ...Apartmanı kat adedinin imar planı, mimari proje, yapı ruhsatı ve uygulamada 5 kat olduğu halde 22.03.2004 tarihli yapı kullanma izin belgesinin zemin +5 kat olmak üzere toplam 6 kat olarak verilmesi nedeniyle, 3194 sayılı İmar Kanununun 30. maddesine aykırı hareket edildiği gerekçesi ile soruşturma izni verildiği anlaşılmalı yapılan incelemede; I- Sanık ...'nin taksirle öldürme suçundan beraatine ilişkin hükme yönelik, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ... ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının incelenmesinde; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ...ile mahalli Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;3194 sayılı İmar Kanununun 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Belediyeye bildirmekle mükellef olduğunun düzenlendiği, bu konuda taahhütname vermiş olan sanık ...'nin fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, 1. Derece deprem bölgesinde yer alan... Apartmanının teknik uygulama sorumlusu olduğu halde binanın yapımı aşamasında fiilen denetim yapmaması, fiilen denetim yapmadığı söz konusu binada yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C 16'yı sağlamayan beton kullanılması, beton içerisinde standart dışı büyüklükte agregaların mevcut olması, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında yetersizlikler olması, sürekli temellerin zemin emniyet gerilmesi açısından %76'sının yetersiz olması hep birlikte dikkate alındığında inşaatın tekniğine uygun imal edilmesinde sorumluluk üstlendiği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu sonucuna varıldığı, sanık ...'in 20/01/2014 tarihli ifadesinde inşaat başlamadan önce projeyi sanık ...'tan aldığını, ancak ...'ı hiç inşaata çağırmadığını, sanık ...'in da inşaat alanına hiç gelmediğini beyan ettiğinin anlaşılması karşısında; sanığın suçtan kurtulmaya yönelik şekilde binanın tamamlanmasından sonra ruhsat alabilme amacıyla sözkonusu belgeleri imzaladığı şeklindeki savunmasına itibar edilmeyerek, yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve ... bitimi aşamasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği anlaşılan, öngörülebilir netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanık ... hakkında bilinçli taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, oluşa ve dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle sanık ...'nin beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ... ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki isteme aykırı olarak BOZULMASINA; II-Sanık ...'in taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine ilişkin hükme yönelik, sanık müdafii ile katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ...'un temyiz itirazlarının incelenmesinde; 24 Aralık 2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 696 sayılı Kanun

Hükmünde Kararnamenin 100. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 299. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, sanık ... müdafii tarafından süresi geçtikten sonra duruşmalı inceleme isteminde bulunulmuş olup, talep uygun görülmeyip duruşma açılmaksızın dosya üzerinde yapılan incelemede; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin tayin edilen cezaya, eksik incelemeye, binada ölmemiş şahısların müvekkilinin binasında ölmüş olarak gösterildiğini, ölen kişi sayısının 20 olduğunu, karot örneklerinin usulüne uygun olarak alınmadığını, suçun maddi unsurlarının oluşmadığına, kusur tespitine; katılanlar ... ve ...vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ...'un yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Bina sahibi ve müteahhidi olarak sanık ...'ın, yapımından sorumlu olduğu halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından kendi üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduğu, depremde yıkılan... Apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olmasına rağmen, kullanılan betonun Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16'yı dahi sağlayamadığı, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu; sanığın yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve ... bitimi aşamasında, üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilen bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanık ... hakkında bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu anlaşılınca, tayin olunan cezalarında 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca arttırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi, Kanuna aykırı olup, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ...'un temyiz itirazları bu nedenle yerinde g.rüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki isteme aykırı olarak BOZULMASINA; III-Sanıklar ..., ..., ... ve ... hakkındaki görevi kötüye kullanma suçundan verilen düşme hükümlerine yönelik, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ... ile mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, katılanlar ... ve ... vekili, katılanlar ..., ... ve ... vekili, katılanlar ..., ..., ... ve ... ile mahalli Cumhuriyet savcısının yerinde g.rülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Dekanlığına bağlı İnşaat Mühendisliği tarafından düzenlenen Temmuz 2012 tarihli raporda; "deprem nedeni ile yıkılan binada ... aşaması ve sorumluluk ilişkilendirilmesi" adı altında tablo hazırlandığı, söz konusu binanın yapılış tarihi itibarıyla, 1997 Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmeliğe tabi olduğu, binada kullanılan betonun yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16'yı dahi sağlamadığı, beton içerisinde standart dışı agregaların mevcut olduğu, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar g.rundüğü, binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında ve etriye aralığı açısından yetersizlikler olduğunun ve bu yetersizlikler dolayısıyla proje müellifleri, yapı sahibi ve müteahhidinin, teknik uygulama sorumlusunun ve belediyenin ilgili birimlerinin sorumlu olduğunun belirtildiği, ayrıca binanın ... bitimi aşamasında biten bina inşaatının projeye uygunluğunun denetlenmediği, bu nedenle belediyenin teknik uygulama yetkililerinin sorumlu olduğu sonucuna varıldığı, İnşaatın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediyeler Kanununun "Belediyenin Vazifeleri" başlıklı 15. Maddesinin 79.bendinde "İmar planlarının yapımı ve uygulanması ile yapıların

inşaat ve iskan ruhsatı aşamasında, Türk Standartları Enstitüsünün ilgili standardına uygunluk sağlamak, uygulamaları denetlemek ve bütünlüğü sağlayıcı tedbirler alma” hükmünün yer aldığı, 22.12.2000 tarih ve 2000/55 numaralı yapı ruhsatını düzenleyen kişinin Belediye fen işleri memuru sanık ... olduğu, ruhsatı kontrol eden ve 22.03.2004 tarih ve 2004/10 numaralı yapı kullanma izin belgesini tetkik eden kişinin Belediye fen işleri müdür vekili sanık ... Aldeşer olduğu; yapı kullanma izin belgesinde bina mahallini tetkik eden belediye fen memurlarının sanık ..., ... ve ... olduğu, bina sahibi olan sanık ... tarafından inşaatına başlanılacak yapının statik hesap ve raporu olmadan yapı ruhsatı ile; mimari ve statik projede belirtilen en üst normal kat yüksekliğinin yapı ruhsatında belirtilen yükseklik ile uyumlu olmadığı, yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi, projeler ve raporlardan binanın kat sayıları arasında farklılıklar olduğu halde, yapı kullanma izin belgesi verilmesi ve inşaatın yapım aşamasında gerekli denetimlerin yapılmaması nedeniyle; 3194 sayılı İmar Kanununun “Ruhsat alma şartları” başlıklı 22. maddesindeki, “Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge) mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatı verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatı verilir.” hükmü ile aynı Kanununun 29. ve 30. maddelerindeki; “Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır...”, “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımların kullanılabilmesi için, inşaat ruhsatını veren belediye, valilik veya yeminli serbest mimarlık veya mühendislik bürolarından; 27’nci maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise, ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir. Belediyeler, valilikler veya yeminli serbest mimarlık veya mühendislik büroları, mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır...” hükümlerine aykırı davrandıkları; binanın mevcut taşıyıcı elemanlarının donatı detaylandırmasında ve etriye aralığı açısından yetersizlikler olduğu, beton içerisinde standart dışı agregaların mevcut olduğu, kolon boyutları, donatı çap ve adetlerinde farklılıklar görüldüğü, malzeme kalitesinde, binanın proje ve yapım aşamasında yetersizlikler olması ve statik hesap raporu olmadan binaya ruhsat verilmesi, mimari ve statik projede belirtilen en üst normal kat yüksekliğinin yapı ruhsatında belirtilen yükseklik ile uyumlu olmadığı, yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi, projeler ve raporlardan binanın kat sayıları arasında farklılıklar olduğu halde, yapı kullanma izin belgesi verilen binanın inşa edilmesi sonucu, meydana gelen deprem nedeni ile yıkılmasında, sanıklar ..., ..., ... ve ...’ın objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalarına rağmen, İmar Kanununa, 1997-Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve dönem itibarıyla bilim ve fennin gerektirdiği teknik şartlara aykırı

davrandıkları, üzerilerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, mevcut sonucun gerçekleşmesinde etkili oldukları, bu nedenle meydana gelen ölümler ve yaralanmalar bakımından sanıkların eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirme yapılarak, suçun zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile sanıklar ..., ..., ... ve ... hakkında düşme kararları verilmesi, Kanuna aykırı olup”, Y. 12. CD, 06.10.2022, E. 2020/9591, K. 2022/6292, (Legalbank, Erişim Tarihi: 10.03.2023); “3194 sayılı İmar Kanununun 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Belediyeye bildirmekle mukellef olduğunun düzenlendiği, sanığın fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu, yapı sahibi ve müteahhidi olan sanık ...’in de; yapı kullanma izin belgesi olmadan binayı kullanması, ruhsatta 4 kat olmasına rağmen ruhsata aykırı şekilde 5 katlı bina yapılması, gerek etüt ve projelendirme gerekse uygulama ve yapım aşamalarında fenni mesul ile birlikte hareket etmeyerek fen, sanat, sağlık kurallarına, mevzuata ve standartlara aykırı bir yapı ortaya çıkmasında etkisi olduğundan kusurlu olduğunun belirtildiği, ayrıca sanıklar ... ile ...’nin ruhsatta birinci derece deprem bölgesi olan Erciş’de, Dervişoğlu apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olduğu, Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16’yı dahi sağlamadığı, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu tespit edildiğinden, sanıkların yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve iş bitimi aşamasında, üzerilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanıklar hakkında, bilinçli taksirin koşullarının oluştuğunun kabul ve tespit edildiği anlaşılarak yapılan incelemede”, Y. 12. CD, 09.05.2022, E. 2020/11003, K. 2022/3459, (Legalbank, Erişim Tarihi:10.03.2023); “Birinci derece deprem bölgesi olan Erciş’de, yıkılan Gürbüz apartmanından alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olmasına rağmen, kullanılan betonun Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16’yı dahi sağlamadığı, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu; sanıkların yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve iş bitimi aşamasında, üzerilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanık ... ve sanık ... hakkında bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu anlaşılmalı, tayin olunan cezalarında 5237 sayılı TCK’nın 22/3. Maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”, Y. 12. CD, 13.06.2022, E. 2020/3974, K. 2022/4602, (Legalbank, Erişim Tarihi: 10.03.2023); “3194 sayılı İmar Kanununun 28. maddesinde yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensuplarının, (fenni mesul mimar ve mühendisler uzmanlık alanlarına göre) yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun

yapımında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan ve yetkililerin girilebilir dediği olayda, ilk deprem sonrası bina ile ilgili tespitleri yaptırmaması nedeniyle) bulunmaktadır⁵⁸. Bir önceki dipnottaki kararlardan da

olarak inşa edilmesini denetlemekle görevli olduğu, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması halinde durumu ruhsatı veren Belediye'ye bildirmekle mükellef olduğunun düzenlendiği, sanık ...'nin fenni mesul olmaktan kaynaklanan denetim görevini yerine getirmediği, dolayısıyla binanın yıkılmasına neden olan imalat hatalarından sorumlu olduğu, sanık ... ise, söz konusu binanın sahibi ve müteahhidi olarak yapımından sorumlu olduğu halde, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından kendi üzerine düşen dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle kusurlu olduğunun kabul ve tespit edildiği olayda; 1-Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde; TCK'nın 61/1. ve 22/4. madde ve fıkralarında yer alan ölçütlerden olan failin kusuru, meydana gelen zararın ağırlığı, suçun işleniş biçimi ile suçun işlendiği yer ve zaman nazara alınmak suretiyle, aynı Kanununun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken, yürürlükteki kurallara uygun bir inşaat yaptırmak bakımından dikkat ve özeni göstermeyen, binadaki malzeme ve donatı yetersizliklerini denetlemeyen, bu nedenle birinci derece deprem bölgesinde bulunan ... otelinin tamamen çökmesine ve iki kişinin göçük altında kalarak ölmesine asli kusurlu olarak neden olan sanık ... ve sanık ... hakkında, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca cezada orantılılık ilkesi gözetilerek alt sınırdan daha fazla uzaklaşmak suretiyle ceza tayini gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak sanıklar hakkında eksik cezaya hükmolunması, 2- Depremde yıkılan ... otelinden alınan karot numunelerinin teknik bilirkişiler tarafından incelenmesi neticesinde; 1997 yılında yayımlanan Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte birinci ve ikinci derece deprem bölgelerindeki binalarda C20 veya daha yüksek dayanımlı beton kullanılmasının zorunlu olmasına rağmen, kullanılan betonun Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmelikte belirtilen minimum beton sınıfı olan C16'yu dahi sağlayamadığı, bu yetersizlik ve eksikliklerin binanın yıkılmasında etkili olduğu; sanıkların yıkılan binanın proje aşamasında, yapım aşamasında ve iş bitimi aşamasında, üzerilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği, öngörülebilir bu netice bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan sanık ... ve sanık ... hakkında bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu anlaşılmakla, tayin olunan cezalarında 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca artırımı yapılması gerektiğinin gözetilmemesi", Y. 12. CD, 06.06.2022, 2020/12146, K. 2022/4386, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2023).

⁵⁸ "23 Ekim 2011 tarihinde yerel saatle, 13.41'de Van Şehir Merkezinin yaklaşık 20 kilometre kuzeyinde, Erçek Gölünün batısında Kasımoğlu Köyü civarlarında, değişik kuruluşlara göre şiddeti 6.7 ile 7.3 arasında değişen yıkıcı bir depremin meydana geldiği, meydana gelen depremin, Van İl merkezinin yanı sıra Erciş İlçesi ve civar köylerde de önemli hasarlara yol açtığı, depremin birinci haftasında, bölgede büyüklüğü; 4.0-4.9 arasında toplam 114 deprem meydana gelmiş olduğu; şiddeti 5,0'dan büyük olan deprem sayısının ise 8 olduğu, bu ilk deprem sonrası artçı şoklar devam ederken bu sefer 9 Kasım 2011 tarihinde şiddeti 5.6 olan ve farklı bir faydan kaynaklanan ikinci bir depremin meydana geldiği, bu depremin merkez üssünün Van İl Merkezinin güney batısında kalan Edremit ilçesi olduğu, 9 Kasım 2011 tarihinde meydana gelen depremin tetiklemesi sonucu, Van il merkezinde faaliyet gösteren Aslan otel'in yıkıldığı, göçük ve enkaz altında kalan 11 kişinin yaşamını yitirdiği olayda, ön hasar tespiti başlıklı AFAD il müdürlüğü tarafından dosyaya gönderilen, hangi personel tarafından hangi

anlaşıldığı gibi Yargıtay son kararlarında çoğunlukla bilinçli taksirin varlığını kabul etmektedir. **Yargıtay'ın kişinin kendisinin de kaldığı binanın yıkıldığı durumlarda depremin öngörülebilir nitelikte olmakla beraber, deprem neticesinde kendilerinin de ikamet ettikleri yapının yıkılabileceğini öngörmelerinin beklenemeyeceği, ancak satın aldıkları ve deprem neticesinde yıkılan binanın kaçak nitelikte olduğunu bildikleri, dolayısıyla da birtakım riskleri üslendikleri gerekçesiyle bilinçsiz taksiri kabul ettiği kararları da bulunmaktadır⁵⁹.**

tarihte düzenlendiği belli olmayan ön hasar tespit raporunda "otel binasının sağlam olduğunun" belirtilmesi, ilk deprem sonrası il yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri karşısında, binanın yapımında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan sanığa yuklenebilecek kusurun sadece ilk deprem sonrası bina ile ilgili tespitleri yaptırmamaktan ibaret olduğu, sanığın ikinci depremin meydana gelmesi sonucu binanın yıkılabileceği neticesini öngördüğüne ilişkin delil bulunmadığı anlaşılınca, bilinçli taksirin koşulları oluşmayan olayda, sanık hakkında TCK'nun 22/3. maddesinin tatbiki ile fazla ceza tayini", Y. 12. CD, 14.03.2019, E. 2018/8545, K. 2019/3577, (Lexpera, Erişim Tarihi:20.03.2023).

⁵⁹ "Bu bilgiler ışığında sanıklar ... ve ...'ın, tapu sicilinde arsa vasfında kayıtlı olan, ancak fiili durum itibariyle üzerinde kaçak nitelikte 5 katlı bir yapı olan taşınmazı 1/3'er oranda paydaş olarak satın aldıkları, sanıkların söz konusu yapının satın alma tarihleri itibariyle tapu sicilinde arsa vasfıyla kayıtlı olduğunu bildikleri, devam eden süreçte yapıyı usul ve yönetmeliklere uygun şekilde kayıt altına aldıkları için bir kısım işlemler yapmışlarsa da bu girişimlerini neticelendirmedikleri, sanıkların kaçak nitelikte olup meydana gelen deprem neticesinde yıkılan yapıyı usul ve yönetmeliklere uygun hale getirme niyet ve girişimlerinin ileride ortaya çıkabilecek resmi ve sanıklar arasında mülkiyete ilişkin oluşabilecek sorunları önlemeye yönelik olduğu, 1. dereceden deprem bölgesi sınırları içinde bulunan Van ilinin bu özelliğinin öngörülebilir nitelikte olduğundan şüphe bulunmamakla beraber sanıklar tarafından meydana gelen depremin ve bu deprem neticesinde kendilerinin de bizzat ikamet ettikleri yapının yıkılabileceğini öngörmelerinin beklenemeyeceği, bununla beraber deprem bölgelerinde yapılan inşaatların, inşa edilen yerin deprem risk durumuna göre sağlamlık ve direnç hesaplamalarının inşaatları bizzat projelendiren, sürdüren ve denetleyen kişilerce yapılması gerektiği, sanıklar ... ve ...'ın satın aldıkları ve deprem neticesinde yıkılan binanın kaçak nitelikte olduğunu bilmelerine rağmen inşa aşamasında etkin bir rol almadıkları, kaçak nitelikteki binayı satın alarak bir takım riskleri üstelen sanıkların meydana gelen neticede taksir düzeyinde sorumlu oldukları kabulünde tereddüt bulunmamakla, bir depremin meydana geleceği ve bu deprem neticesinde sahip oldukları binanın yıkılarak ölümlere sebebiyet vereceğini öngörmelerinin kendilerinden beklenemeyeceği gözetilmeden basit taksir düzeyinde sorumlulukları bulunan sanıklar hakkında TCK'nın 22/3. maddesinde tanımlı bilinçli taksir hükümleri uygulanmak suretiyle fazla cezaya hükmolünmesi,", Y. 12. CD, 09.03.2020, E. 2020/332, K. 2020/2497, (Lexpera, Erişim Tarihi: 20.03.2023).

Depremde ölen veya yaralanan kişilere yönelik öldürme ve yaralama fiilleri dışında işlenen suçlar söz konusuysa ilgili suç tipine göre kastlarının veya fiillerin taksirli şekli düzenlenmişse taksirlerinin varlığı tespit edilmelidir. Kabahatler ise kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten hem de taksirle işlenebildiğinden taksirin varlığı halinde de sorumluluk tayin edilecektir.

Yukarıda belirtilenlerin haricinde depremle bağlantılı gerçekleşen olaylarda ihmali hareket açısından hukuka uygunluk nedeni olan yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğinin de kontrol edilmesi gerekir. Kişinin birden çok yükümlülüğü olmasına (birçok yıkılan binanın bulunmasına) rağmen bu binalardan birinde veya birkaçında kurtarma hareketini yapabilecekse diğer binalara müdahale etmemesinden dolayı sorumlu olmayacaktır. Binaların birinde kendi ailesi varsa (garantörlüğü söz konusuysa) ve bunu yerine getirmişse yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır⁶⁰. Resmi olarak kurtarma veya yardımla ilgili yükümlülüğü bulunanlar garantör olmaları nedeniyle yardımla yükümlüdürler. Aksine davrandıklarında sorumlulukları söz konusu olacaktır (kaç kişiyi kurtarmalarının mümkün olmasına ve bunu yapmamasına göre sorumlulukları belirlenecektir). Yükümlülüğü olmayan, gönüllü veya orada bulunan kişiler açısından müdahale yapılmaması yardımın ihmali suçunu oluşturacaktır (m. 98). Ancak ihmali davranıştan dolayı sorumlu olabilmek için bireysel hareket yeteneğinin bulunması gerekir. Kişi veya kişilerin yıkılan parçaları kaldırma imkanı yoksa, yardım çağrılmalarına rağmen yardım

⁶⁰ Ancak failin daha az değerdeki yükümlülüğü (garantörlük yükümlülüğünü değil de genel yardım yükümlülüğünü) yerine getirmesi durumunda yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş (bizim de katıldığımız) garantörlük yükümlülüğünün üstün tutulması gerektiğini, tersi yapılmışsa yükümlülüklerin çatışmasının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir (SCHÖNKE/SCHRÖDER-LENCKNER, Vorbem. §§ 32 ff., kn. 75). Diğer görüş, birçok insan yaşamı söz konusuysa seçim imkânının verilemeyeceğini, burada kanun dışı kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin uygulanacağını ifade etmektedir (LK-Hirsch, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Erster Band), 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2003, Vor § 32, kn. 80). Diğer görüş ise daha az değerdeki yükümlülüğün seçilmesi durumunda fiilin hukuka uygun kabul edileceğini ve garantörlük yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı sorumluluğun söz konusu olmayacağını ifade etmektedir (Bu görüş için bkz.: HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 260).

da gelmemişse ihmali hareketinden bahsedilemeyecektir. Resmi kurtarma ekibinde olmamakla beraber resmi görevlendirme olmuşsa garantörlük söz konusu olabilecektir. 7269 sayılı Kanununun 4. maddesinde kurtarma ve yardıma ilişkin programın valiliklerce düzenleneceği, programların uygulanmasının valiliklerce kurulacak kurtarma ve yardım komitelerince sağlanacağı belirtilmektedir. Ayrıca aynı maddede 7126 sayılı Sivil Müdafaa Kanununa göre teşkilat kurulan yerlerde acil kurtarma ve yardım işlerinin, yukarıda belirtilen komite ile sözü geçen sivil savunma teşkilatı tarafından müştereken yürütüleceği de düzenlenmektedir. Bunların dışında aynı Kanununun 6. maddesi gereğince, afetlerin meydana gelmesinden sonra vali ve kaymakamlar (Askerler ve hakim sınıfından bulunanlar hariç olmak üzere) 18 - 65 yaş arasındaki bütün erkeklere görev vermeye yetkilidir. Dolayısıyla belirtilen şekillerde görev yapmalar veya görevlendirmeler söz konusu olmuşsa artık garantörlükten bahsedilecektir⁶¹. Kanununun 47. maddesinin c bendi, devlet veya devlete bağlı idarelerle sermayesinin en az yarısı devlete ait müessese memurlarına afet dolayısıyla verilen vazifeyi ifada ihmal ve suiistimallerinden veya bu maksatla kendilerine verilen para ve malları zimmete geçirmelerinden veya suç teşkil eden sair fiillerinden dolayı haklarında kamu görevlileri hakkındaki ceza hükümleri tatbik olunacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu düzenleme gereğince her garantör olan kamu görevlisi sayılmayacaktır.

⁶¹ Ayrıca 6. maddeye göre, vali ve kaymakamlar bedeli, ücreti veya kirası sonradan ödenmek üzere canlı, cansız, resmi ve özel her türlü taşıt araçlarına ve gerekli makina, alet ve edevatına el koymaya ve hiçbir kayda ve merasime tabi olmaksızın tedavi, kurtarma, yedirme, giydirme ve barındırma gibi işlerle bu gibi işlerin gerektirdiği acil satın almaları ve kiralamayı yapmaya, Devlete, mahalli idarelere, evkafa, İktisadi Devlet Teşekkülleri ile bunlara bağlı kurumlara ilişkin her türlü taşınmaz malları; yetmemesi halinde de diğer tüzel kişiler ile gerçek kişilere ait bina ve müşteremilatı ile bahçe ve arsa gibi araziye geçici olarak işgale yetkilidir. Gerekli halde bunların yapılmaması nedeniyle zararların yaşanması halinde sorumluluk söz konusu olabilecektir (kast veya taksire göre değerlendirme yapmak gerekir. Ayrıca 7. maddeye göre, afet bölgelerinde veya civarında bulunan ordu, jandarma, kıta birlik ve müessese kumandanları, hazarada, kendilerinden vali veya kaymakamlar tarafından istenilecek yardımları üstlerinden emir beklemeksizin yapmaya mecburdurlar. Söz konusu Kanun 1959 tarihli bir Kanundur. Dolayısıyla teknolojik gelişmeleri kapsayıcı nitelikte düzenleme yapılması uygun olacaktır. Örneğin iletişim operatör şirketleriyle ilgili düzenleme yapılmalı ve ceza hükümleri başlığını taşıyan 47. madde gözden geçirilmelidir.

Depremde görev yapan kişiler açısından diğer hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması da söz konusu olabilir. Bu çerçevede hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni gerçekleşebilir. Örneğin depremden kurtulanlara yönelik yapılan tıbbi müdahaleler açısından kanun hükmünün yerine getirilmesi veya ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni gerçekleşebilir. Bilinci açık olmayan ve enkazdan çıkarılan kişilere tıbbi müdahalede bulunulması kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygun olacaktır. Gönüllü yardım yapan kişilerin yaptıkları hareket nedeniyle kişilerin zarar görmelerine neden olmaları durumunda riskin azaltılması objektif isnadiyetin varlığı söz konusu olabilecektir. Ya da zorunluluk hali söz konusu olabilecektir. Ayrıca ülkemizde çok tartışılmasa da hareket yükümlülüğü ile ihmali yükümlülüğün bir araya geldiği, yani çatıştığı durumlara ilişkin yükümlülüklerin çatışması da söz konusu olabilir.

Meydana gelen yaralama veya ölümden dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için ayrıca kusurun belirlenmesi ve her kişi için kusurun ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Ceza hukukunda yalnızca kuralın ihlal edildiğinin belirlenmesi kişinin kusurlu olduğu sonucunu doğurmaz. Ceza hukukunda kişi, kişisel olarak bir şey yapabileceği veya başka türlü davranabileceği için belirli bir fiille ilgili olarak (hukuka aykırı fiil gerçekleştirmesi nedeniyle) kusurlu kabul edilmektedir⁶². İşlediği fiille ilgili kusur değerlendirilmesinde bulunulurken kişinin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal şartlar, gördüğü eğitim, şahsi kabiliyetleri, bilgi düzeyi, algılama gücü, tecrübesi gibi hususlar işlenen fiille bağlantılı olarak kusurun belirlenmesinde etkilidir⁶³. Kusur, belirli bir fiille ilgili değerlendirmeyi ifade ettiği için, hukuk normlarıyla ilgilidir⁶⁴. Dolayısıyla kusur değerlendirmesinin bilirkişi tarafından değil mahkeme tarafından yapılması

⁶² **MITSCHE**, Wolfgang, *Ordnungswidrigkeiten, Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005, s. 95.

⁶³ **ÖZGENÇ**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı*, Ankara 2022, s. 454 vd.

⁶⁴ **JESCHECK**, Hans Heinrich/**WEIGEND**, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 418; **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı*, Ankara 2022, s. 314.

gerekir⁶⁵. Mahkeme çözümlü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması yoluna gidebilir, bu anlamda kusur değerlendirmesinde kullanılmak üzere bilirkişiye başvurulabilir, ancak kusur değerlendirmesini bizzat mahkemenin kendisinin yapması gerekmektedir. Kusur belirlemesi, yükümlülüğün ihlal edildiğinin tespit edilmesi de değildir. Yükümlülüğün ihlal edildiğinin belirlenmesi suçun unsurlarının oluşmasıyla ilgilidir. Taksirle işlenen suçlarda kişinin kusurunun bulunduğu söylenmesi için subjektif öngörülebilirliğin varlığı gerekmektedir⁶⁶. Faile, kanuni tanıma uygun fiilin gerçekleşeceğini öngörmesi gerekirdi veya öngörebilir durumdaydı denebiliyorsa sorumluluğu yoluna gidilir⁶⁷. Müteahhidin veya yükümlü olan kişinin bilgisi ve izni dışında hukuka aykırı hareket edilmişse, bu kişilerin öngörmesi söz konusu değilse bu aykırılığı gerçekleştiren kişinin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Yargıtay izin vermenin, talimat vermenin söz konusu olmadığı olaylarda sorumluluğu kabul etmemektedir: *“kamyon kasasındaki molozların kepçe yardımıyla temizlenmesi hususunda ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkan bulunmayan sanığa izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, sanığa kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanığın CMK'nın 223/2-c maddesi uyarınca atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerekmektedir”*⁶⁸. Dolayısıyla o gün işyerinde olmayan

⁶⁵ Aynı yönde bkz.: ÖZGENÇ, s. 478; MERAKLI, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017, s. 438.

⁶⁶ MITSCH, s. 104.

⁶⁷ SCHROEDER, Friedrich Christian (Çeviren: İzzet Özgenc): “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 267.

⁶⁸ *“Sanık ...'nin sahibi olduğu iş yerinde kamyon şoförü olarak alışan Ahmet Lafcı'nın, 17.12.2012 tarihinde saat 09.30 sıralarında kullandığı kamyonun damperi i inde kalan molozların kepe e yardımıyla temizlenmesini aynı iş yerinde kepçe operatörü olarak alışan inceleme dışı sanık... 'dan istediği, adı geçen inceleme dışı sanığın bunu kabul etmesi üzerine Ahmet'in, kamyonu inceleme dışı sanığın kullandığı kepçeye doğru yanaştırdığı, kamyonun damperi yukarıya kaldırılmış vaziyette iken içinin inceleme dışı Serkan tarafından temizlenmeye başlandığı, bu sırada Ahmet'in kamyonun arka tarafında durduğu, kafasını kamyon kasasının kapağı arasına sokarak çamur kalıp kalmadığını kontrol etmek için baktığı sırada keçenin “BOM” diye tabir edilen uç kısmının kamyonun kapağına değdiği ve Ahmet'in kafasının kapak ile kamyon arasına sıkışması neticesinde hayatını kaybettiği olayda; Sanığın sahibi olduğu iş yerinde kamyon damperinde bulunan hafriyat kalıntılarının kepçe yardımıyla*

herhangi bir talimatı, haberi olmayan müteahhitin işçinin yaptığı işte hata varsa gözetim ve denetim yetkisi içerisinde tespit edemeyeceği bir durumdan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Suçun gerçekleşmesinde bir kişinin taksirli davranışına başka kişinin taksirli davranışı eklendiği durumlarda, inceleme konumuz olan depremde binaların çökmesinde birden fazla kişinin dahili olduğu durumlarda suçun oluşumu açısından her bir kişinin taksirli fiili nedeniyle kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Bu tespitte diğer kişilerin kusurlu olup olmadığı dikkate alınamaz (22. madde gerekçesi). Dolayısıyla asli veya tali kusur şeklinde ayırım yapılması hukuki değildir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından, “Birden fazla kişinin dikkatsiz ve özensiz davranışı sonucunda taksirle sebebiyet verilen ölüm veya yaralanmalardan dolayı sorumluluk için bu kişiler arasında “asli” kusurlu – “tali” kusurlu ayırımı yapılmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Keza, mülga 765 sayılı TCK’nın düzenlemeleri itibarıyla uygulamamızda kabul görmüş olan taksirli suçlarda kusurluluk bağlamındaki 8/8 ilâ 1/8 üzerinden değerlendirmenin yeni TCK’nın sisteminde bir dayanağı kalmamıştır”⁶⁹ şeklinde belirleme yapılmaktadır. Yargıtay’ın bazı kararlarında görülen ve ceza hukuku esaslarına uygun olmayan bir şekilde bilirkişiler tarafından belirlenen asli kusur-tali kusur ayırımı bu nedenle doğru olmayıp, kişinin aleyhine de sonuç doğuracağından bilirkişiler tarafından yapılan bu tespitin hukuki güvenlikle bağdaşmayacağı belirtilmelidir.

temizlendiğine dair bir tespit bulunmaması, sanığın, kepçenin dışlarının demir olması nedeniyle bu şekilde yapılan temizlik işleminin saçtan yapılan kamyon kasasına zarar vermesi nedeniyle kepçe yardımıyla değil kazma ile yapıldığını savunması, tanıkların, ölenin ısrarı üzerine kamyon kasasının kepçe vasıtasıyla temizlendiğini ve olay sırasında öleni kamyonla yaklaşmaması gerektiği konusunda uyardıklarını ifade etmeleri ile ölenin kendi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları sonucu kafasını kamyon kasasının kapağı arasına soktuğu hususları göz önüne alındığında; asli kusurlu olan ölen ve hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşen inceleme dışı sanık Serkan’ın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketlerinin birleşmesi sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği, kamyon kasasındaki molozların kepçe yardımıyla temizlenmesi hususunda ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkan bulunmayan sanığa izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, sanığa kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanığın CMK’nın 223/2-c maddesi uyarınca atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, bir kişinin ölümüyle neticelenen olayda sanığa atfı kabil kusur bulunmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir”, CGK, E. 2017/714, K. 2021/235, (Lexpera, Erişim Tarihi: 12.03.2023).

⁶⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 276. Ayrıca bkz.: MERAKLI, s. 436.

Mahkeme çözümünü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması yoluna gidebilir, bu anlamda kusur değerlendirmesinde kullanılmak üzere bilirkişiye başvurabilir, ancak kusur değerlendirmesini bizzat mahkemenin kendisinin yapması gerekmektedir. Yargıtay'ın da bu yönde belirleme yaptığı kararları bulunduğu gibi bilirkişinin tespitine ilişkin kararı da bulunmaktadır. CGK, E. 2017/695, K. 2021/278 sayılı Kararında kusuru bilirkişinin belirleyemeyeceğini, hakimin kanuni gerekçelerle bizzat kendisinin belirlemesi gerektiğini söylerken⁷⁰, E. 2017/714, K. 2021/235 sayılı Kararında ölümlü kazalarda sanıkların kusurlu olup olmadığının belirlenmesinin özel veya

⁷⁰ “TCK’de kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hâl ancak temel cezanın tayininde dikkate alınabilecektir. TCK’nin 22. Maddesinin gerekçesinde; “...Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeyle hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir. Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin ölümlü sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza, ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığı belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder...” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre; yargılamayı gerçekleştiren hâkimin, bilirkişilerin tespit ettikleri kusurun varlığı ya da yokluğu ve kusur oranları ile bağlı olmayıp, bilirkişilerin yapacakları teknik belirlemeler çerçevesinde failin kusurunun bulunup bulunmadığının, varsa kusurunun ne olduğunun ve bu kusurun cezanın belirlenmesinde ne derece etkin olacağına, her olayın özelliklerine göre ve kanuni gerekçelerle bizzat belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda olayın gerçekleşme şeklini belirleme görevi de hâkime ait olup bilirkişi ancak bu hususta ortaya koyacağı teknik veriler ile hâkime yardımcı olabilecek ve tarafların taksirli davranışlarının ve kusur durumlarının nelerden ibaret olduğunu gösterecektir.”, CGK, E. 2017/695, K. 2021/278, (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.03.2023). Aynı yönde “Dosyada bulunan bilirkişi raporları arasında olayın gerçekleşme şekli ve tarafların taksirli davranışlarının neler olduğu hususlarında bir çelişki bulunmadığından, takdiri hakime ait olan kusur durumu ile ilgili raporlardaki farklılıklar sebebiyle yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekmemektedir. Bu sebeple mahkemece olayın meydana geliş şekline ve sanığın kusurlu davranışına dair aralarında çelişki bulunmayan raporlardan üç kişilik bilirkişi heyetince hazırlanan rapora itibar edilerek hükme esas alınmasında isabetsizlik bulunmamaktadır”, CGK, 5.4.2016, E. 2015/1149, K. 2016/ 182, (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.03.2023).

teknik bilgiyi gerektiğini, ancak hakimın bilirkişi raporuyla bağlı olmadığını ifade etmektedir. Her iki karar da 2021 tarihlidir.

Doktrinde taksire dayanan kusurun ağırlığının belirlenmesinde, suçun gerçekleşebileceğinin kolaylıkla öngörülebilirliği⁷¹, ihlal edilen dikkat ve özen yükümlülüğünün ağırlığı⁷², önemi⁷³ gibi ölçütler belirtilmektedir. Dolayısıyla depremde, depremin şiddetinin beklenilenden fazla olması, birkaç fay hattının kırılması gibi hususlar da kusurun belirlenmesinde etken olacaktır. Ayrıca bir olayda birden fazla kişinin taksirinin kabul edildiği durumlarda her bir failin sorumluluğu tek netice üzerinden birbirleri arasında pay edilerek belirlenmediğinden, her birinin kusuru bağımsız olduğundan her bir fail kendi hareketi bakımından bağımsız değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Cezanın belirlenmesinde diğer kişilerin davranışları da göz önüne alınacaksa da bu sorumluluğun paylaşılması şeklinde değil, birbirinden bağımsız iki sorumluluğun ayrı ayrı belirlenmesi şeklinde uygulanmalıdır⁷⁴.

Depremde yıkılan binalar açısından içtima probleminin de belirlenmesi gerekir. Tek fiilin olduğu durumlarda tek fiille gerçekleştirilmiş yaralama ve/veya öldürme suçu söz konusu olacaktır. Taksirin söz konusu olduğu hallerde birden fazla kişinin ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olunmuşsa TCK m. 85/2 gereğince sorumluluk tayin edilecektir. Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde ise TCK m. 89/4 uygulanacaktır. Olası kastın varlığı kabul edildiğinde ise tek fiille gerçekleştirilmiş öldürme ve yaralama fiili söz konusu olacak ve fikri içtima kuralları çerçevesinde (TCK m. 43 ve m. 44) sorun çözümlenecektir. Fiilin tekliği her bina veya proje açısından ayrı ayrı belirlenecektir. Tek bir bina yapılması söz konusu olmuşsa tek bir fiil söz konusu olacaktır. Yine aynı proje kapsamında birden fazla bina yapılması durumunda da tek fiil kabul edilecektir. Ceza hukukunda tipikliğin gerçekleşmesi için yapılan doğal anlamda birden fazla hareket bazı şartların varlığı halinde tek hareket

⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 719.

⁷² MERAKLI, s. 435

⁷³ YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013, s. 229.

⁷⁴ MERAKLI, s. 436, 437.

olarak kabul edilmekte ve fiil çokluğuna gidilmemektedir. Zaman ve mekan bakımından dar (doğrudan) bir ilişki içinde bulunan hareketler tarafsız bir gözlemci tarafından doğal gözlem tarzında bakıldığında anlamsal bir ilişki içinde (bir araya getirilmiş tek fiil olarak) görünüyorsa, ayrı olan bu tek tek hareketler tek bir hareket olarak kabul edilmektedir⁷⁵.

III. ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA PROBLEMİ

Depremle ilgili mevzuatta farklı zamanlarda değişiklikler yapılmaktadır. Bu da zaman bakımından uygulama problemlerini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla ceza sorumluluğu olan kişilerin sorumluluğunun belirlenmesi için fiilin işlendiği zaman kanununun belirlenmesi ve lehe kanunun tespit edilmesi gerekmektedir. Deprem mevzuatıyla ilgili farklı zamanlarda değişikliklerin olması ve 765 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılıp 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ve daha sonra da bu kanunlarda değişikliklerin olması uygulamacıları zaman bakımından önemli uygulama problemleri ile karşı karşıya bırakmaktadır. Binaların farklı tarihlerde yapılması ve birçok kişinin depreme dayanıklı olmayan yapının yapılmasında katkısı olması fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanun ile sonraki kanunun belirlenmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. 6 Şubat 2023 tarihinde 11 ili etkileyen ve binlerce binanın yıkılması (AFAD, depremde, 12 bin 141 bina ve 66 bin 58 bağımsız bölümün yıkıldığını açıklamıştır)⁷⁶, oldukça fazla zaman bakımından uygulama belirlemesi yapılması sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Ceza hukukunda fiilin işlendiği zaman, icrai ve ihmali fiillere göre ayrı belirlenmektedir.

İcrai fiillerde hareketin yapıldığı zaman, kanuni tanıma uygun davranışın yapıldığı zamandır (bu zaman, kanuni tanıma uygun davranışın yapılmasıyla başlar ve failin davranışının tamamlanmasıyla sona erer). Örneğin, yıkılan binalarla ilgili ölüme veya yaralanmaya neden olan davranışlar açısından binanın inşasındaki kurallara aykırı davranışın gerçekleştirildiği zamandır. Bu zaman fiilin işlenmesinde katkısı olan her bir kişi

⁷⁵ **KKOWİG-BOHNERT**, § 19, kn. 19 vd.; **BOHNERT**, Joachim, **OWİG** Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2007, § 19, kn. 7.

⁷⁶ <https://www.haberturk.com/depremde-kac-bina-coktu-resmi-rakam-aciklandi-2023-depremde-kac-bina-hasar-gordu-3564717/4> (Erişim Tarihi: 15.02.2023).

açısından ayrıca belirlenmelidir. Her bir kişi için hareketin yapıldığı zaman, binanın çökmesinde etkisi olan kurallara aykırılığın yapıldığı zamandır. Davranışın yapılmaya başlanmasıyla tamamlanması arasındaki zaman fiilin işlendiği zaman olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla bu zamanda yürürlükte olan kanun, uygulanması gereken kanundur. Daha sonra yürürlüğe giren kanun sonraki kanun olup, lehe ise geçmişe uygulanacak, aleyhe ise geçmişe uygulanma yasağı devreye girecektir. Örneğin, yapı denetim firması yetkililerinin mevzuata aykırı binaya onay vermeleri durumunda fiilin işlendiği zaman, onayın verildiği zamandır. İmara açılmaması gereken yere imar izni verilmişse, izin veren kişi açısından imar izninin verildiği tarih suçun işlendiği zamandır. Yine binayı ruhsata aykırı olarak yapan müteahhit açısından bina veya binaların yapılmaya başlanmasıyla tamamlanması arasında geçen zaman fiilin işlendiği zamandır. Bu zaman zarfında yürürlüğe giren düzenleme fiilin işlendiği zaman kanunu olacaktır. Dolayısıyla belirtilen zamanlardan sonra yürürlüğe giren düzenlemeler veya değişiklikler sonraki kanun kuralına tabi olacaktır.

İhmali suçlarda hareket ise, hareket edebilme ve hareket etmek zorunda olduğu zamanda başlamakta, hareketin imkansız veya umutsuz olduğu ana kadar gerçekleştirilmeye devam etmektedir. Dolayısıyla hareketin imkansız veya umutsuz olduğu zamana kadar fiil gerçekleştirilmeye devam ettiğinden fiilin gerçekleştirildiği bu zamanda yürürlükte olan kanun uygulanması gereken kanundur. Örneğin, binanın depreme dayanıklı hale getirilmesi yükümlülüğü yüklenmişse ve bu yükümlülük deprem anına kadar yerine getirilmemesi nedeniyle bina çökmüşse binanın çöktüğü andaki yürürlükte olan kanun, uygulanması gereken kanundur. İhmali hareket devam etmek şartıyla yürürlüğe girecek kanun uygulanması gereken kanun olacaktır. İhmali suçlarda hareketin yapılmasına ilişkin süre belirlemesi varsa veya hareketin belirli bir zamana kadar yapılması gerekiyorsa, sürenin veya zamanın dolmasıyla ihmali hareket sona erecektir. Bu andan sonra yürürlüğe girecek kanun, sonraki kanun olacak ve lehe değişiklikler getiriyorsa geçmişe uygulanacaktır. Daha sonradan ilgili mevzuatla tekrar yükümlülük yüklenmişse, bu yükümlülük açısından fiilin işlendiği zaman ayrıca belirlenmelidir. İhmali olan birden fazla olan kişi varsa, her biri açısından ayrı ayrı suçun işlendiği zaman tespit edilmelidir. Zira ihmali

hareket zamanı her bir kişinin yükümlülüğü açısından farklı zaman dilimlerini kapsayabilir.

Görünüşte ihmalî suçlarda yükümlülük ceza hukuku dışından kaynaklandığı için yükümlülüğe ilişkin ceza hukuku dışındaki hükümlerde, örneğin deprem mevzuatında fiilin işlendiği zaman sürecinde yapılan değişiklikler fiilin işlendiği zaman kanunu olarak esas alınacak, bu zamandan sonra yürürlüğe girecek düzenlemeler ise sonraki kanun olarak nitelendirilecektir. Örneğin, Yapı Denetimi Hakkında Kanununun 1. maddesinde 12/7/2013 tarihli ve 6495/73 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçen müstakil yapılar belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapı denetimi zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla 2013 tarihinden itibaren yapılan ve bu kanun kapsamında olan binalarla ilgili olarak Yapı Denetimi Hakkında Kanun uygulanacak ve bu kanundaki yükümlülüklerine aykırı davranışı olan kişiler sorumlu olacaklardır. Kanun değişikliğinden önce yapılan yapılar açısından o dönemde yürürlükte olan mevzuata göre yükümlülükler belirlenecek ve yükümlülüklerine aykırılığı olan kişiler için sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak sonraki düzenlemede lehe hükümler söz konusuysa geçmişe uygulanacaktır.

Taksirle işlenen suçlarda objektif özene kurallarında yapılan değişiklikler, özen normunun içeriğini oluşturmaktadır. Ayrıca “genel tecrübe kuralları”, “teknolojinin geldiği nokta” itibarıyla bilimsel uygulama da özen normunun içeriğini oluşturmaktadır. Bu durumda da özen normunun içeriği taksirli icrai veya ihmalî hareketin gerçekleştiği zamana göre belirlenmelidir.

Deprem mevzuatına aykırı yapılan yapıların çökerek insanların ölmesi ve yaralanması durumunda 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanunun uygulanması söz konusu olacaktır. 765 sayılı sayılı Kanun döneminde gerçekleştirilen kurallara aykırılıklar veya icrai davranışlar açısından 765 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Şayet 5237 sayılı Kanun lehe düzenleme getiriyorsa 765 sayılı Kanun döneminde işlenmiş fiile uygulanacaktır. 5237 sayılı Kanun zamanında fiil veya fiiller gerçekleştirilmişse bu Kanun uygulanması gereken kanun olacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar sonucunda depremde yaşanan ölüm ve yaralanmalarla ilgili olarak 765 sayılı Kanun, 5237 sayılı Kanun ve İmar

Kanunu ve Yapı Denetimi Kanunu hükümlerinin (daha sonra yapılan değişiklikler de dikkate alınarak) ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinin zaman bakımından uygulama kuralları çerçevesinde somut olaya uygulanması gerekecektir.

Zaman bakımından uygulama problemi 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremler açısından önemli bir sorun oluşturmaktadır. Zira 11 ilde yıkılan çok sayıda binanın farklı tarihlerde yapılması ve depremle ilgili mevzuatlarda farklı tarihlerde birçok değişikliğin olması fiilin işlendiği zaman kanununu önemli hale getirmektedir. Ayrıca konunun teknik yönünün olması ve bilirkişilerin zaman bakımından uygulama noktasında yeterli bilgilerinin olmaması sorumluların belirlenmesinde ve bu kişilerin hangi zamandaki kurala aykırı davrandığının belirlenmesinde problem yaşanması sonucunu doğuracaktır.

IV. DAVA ZAMANAŞIMI

Depremle ilgili soruşturmalar ve kovuşturmalar açısından dava zamanaşımı kurallarının uygulanması da söz konusu olacaktır. Zaman bakımından uygulama ve dava zamanaşımı sürelerinin başlaması olmak üzere iki şekilde uygulanması söz konusu olacaktır.

Birincisi, zaman bakımından uygulama açısından hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirlemesidir. 765 sayılı Kanun döneminde işlenen fiiller açısından bu kanundaki zamanaşımı süreleri daha kısa olduğundan bu süreler uygulanacak, 5237 sayılı Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. 5237 sayılı Kanun döneminde işlenen fiiller açısından ise bu Kanunun 66. maddesindeki dava zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır.

İkicisi ise dava zamanaşımı sürelerinin ne zaman işlemeye başlayacağını belirlemesidir. Kanun koyucu, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden itibaren dava zamanaşımı süresinin işleyeceğini kabul etmiştir (TCK m. 66/6). Dava zamanaşımında suçun tamamlanması için haksızlığın unsurlarının, bu anlamda maddi ve manevi unsurların gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla suçun işlendiği zaman ile dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı zaman birbirinden farklıdır. Dava zamanaşımı süresi hareketin yapılmasıyla değil, haksızlığın unsurlarının gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır. İşlenen suçun niteliğine göre

suçun ne zaman tamamlandığı belirlenerek dava zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı zaman tespit edilmelidir. Dolayısıyla neticeli suç olan öldürme ve yaralama suçlarının tamamlanması için yaralama ve ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerektiğinden depremde ölen veya yaralananlar açısından ölüm veya yaralamanın gerçekleşmesinden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Doktrinde hareketin esas alınması noktasında tespitler söz konusuysa da⁷⁷ çoğunluk tarafından neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesinden itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir⁷⁸. Depremde ölen veya yaralanan kişiler açısından taksirin söz konusu olduğu kabul edilmesi halinde de bu suçlar neticeli suç olduğundan dava zamanaşımı süresi tipikliğe uygun neticenin gerçekleşmesinden, yani deprem nedeniyle ölümün veya yaralamanın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁷⁹. Bu suçlar ihmali şekilde gerçekleştirilmişse yine zamanaşımı neticenin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

V. İMAR BARIŞI

Türkiye’de dönem dönem imar barışı düzenlemeleri yürürlüğe konmaktadır. İlk düzenlemenin 22.06.1948 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5218 (2) sayılı “Ankara Belediyesine, Arsa ve Arazisinden Belli Bir Kısmını Mesken Yapacaklara 2490 Sayılı Kanun Hükümlerine Bağlı Olmaksızın ve Muayyen Şartlarla Tahsis ve Temlik Yetkisi Verilmesi

⁷⁷ **DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 17. Baskı, Ankara 2022, s. 777; **DÜLGER**, Murat Volkan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 1022.

⁷⁸ **TOROSLU**, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2014, s. 464, 465; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 762; **DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1997, s. 259; **EREM**, Faruk/**DANIŞMAN**, Ahmet/**ARTUK**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997, s. 1009; **ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), Yenilenmiş II. Bası, İstanbul 1992, s. 785; **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul 2020, s. 783; **AKTAŞ**, Yusuf, Ceza Davalarında Yasa Yolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979, s. 21; **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 611.

⁷⁹ Taksirli suçlarda dava zamanaşımı süresinin ne zaman işlemeye başlayacağı daha önceleri tartışılmıştır. Dava zamanaşımı süresinin neticenin gerçekleşmesinden sonra işlemeye başlaması gerektiğini belirtenler olduğu gibi hareketin esas alınması gerektiğini ileri sürenler de bulunmaktaydı: Görüşler için bkz.: **ÖNDER**, s. 785, 786.

Hakkında Kanun" ile yapıldığı ifade edilmektedir⁸⁰. 1948 yılından bu yana Türkiye'de 20'den fazla imar affı içerikli kanunun çıkarıldığı belirtilmektedir. En son düzenleme 18 Mayıs 2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 11.5.2018 tarihli ve 7143 sayılı 7143 sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla (m.16) 3194 sayılı İmar Kanununa eklenen geçici madde 16'dır.

İmar Kanununun geçici m. 16'ya göre imar barışı, daha önce ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapıların, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerli olmak üzere yapı kayıt belgesi verilmek suretiyle yapının kayıt altına alınmasına ve yapının kullanılmasına imkan tanıyan düzenlemeleri ifade etmektedir. Getirilen m. 16 düzenlemesi, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapıların kişilerin hayatı bakımından tehlike arz edip etmediklerini araştırma yükümlülüğü getirilmeden belirli bir miktar paranın yatırılmasından sonra mevzuata uygun olmasa bile yapının kullanılmasına izin vermektedir.

Her şeyden önce insanların yaşamlarını tehlikeye sokacak sonuçları olan bu tür düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğunu söylemek gerekir. Anayasada imar barışının düzenlenmeyeceğine ilişkin bir hüküm yoksa da böyle bir hükmün bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Anayasanın mevcut düzenlemesinden zaten bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 15. maddesi, olağanüstü dönemlerde dahi savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla olağanüstü dönemde kabul edilmeyenin olağan dönemde yapılmasına izin verilmesi söz konusu değildir. Yine Anayasanın 17. maddesinde, "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi*

⁸⁰ Çıkarılan düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: SEYDANLIOĞLU, Mahmut: "İmar Barışı Uygulaması Kapsamında Yapı Kayıt Belgesi Alınması ve İptal Edilmesi Nedenlerinin Analizi", Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dönem Projesi, Ankara 2021, <https://dSPACE.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/75895/Mahmut%20SEYDANLIOĞLU%20-%2017832813.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 8 vd, (Erişim Tarihi: 12.03.2023).

deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...)^[12] meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...)^[13]veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri, birinci fıkra hükmü dışındadır” şeklinde hüküm yer almaktadır. Görüldüğü gibi görev kapsamında dahi silah kullanılması suretiyle yaşamı tehlikeye sokan müdahalelere ancak zorunlu hallerde izin verilmektedir. Ayrıca Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamamaktadır. Yine Anayasanın 5. maddesi gereğince devletin temel amaç ve görevleri arasında 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 çalışmak yer almaktadır. Tam tersine devletin kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ortadan kaldıracak sonuçları olacak işlem yapması, temel hakların en başında yer alan yaşam hakkının yok edilmesine neden olacak şekilde oturulması tehlikeli olan binalara kullanım izni verilmesi, elde edilecek daha üstün bir yarar da olmadığına göre Anayasaya aykırılık niteliği taşıyacaktır.

İmar Kanununun geçici madde 16'nın birinci fıkrasına göre, “*Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödemesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir”*. Madde- nin 2. fıkrası gereğince de kayıt bedeli olarak genel bütçeye gelir olarak kaydedilmek üzere merkezi muhasebe birimi hesabına belli bir miktar

para yatırılmaktadır⁸¹. 3. fıkrasına göre, Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir. Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmektedir. 4. fıkraya göre, Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilmektedir. 10. fıkrasına göre de, Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanır. Yapının depreme dayanıklılığı hususu ise malikin sorumluluğundadır.

İmar Kanunu geçici madde 16 ile getirilen düzenlemedeki Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanımı amacıyla ilgili olup, yapının güvenli olduğunun denetlenmek suretiyle güvenli olup olmadığına ilişkin bir tespit içermemektedir. Dolayısıyla kullanma izni verilmiş olan bir yapının daha sonra çökmesi ve çok sayıda insanın ölümüne neden olması halinde ceza hukuku bakımından sorumluluk söz konusu olacak mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Öncelikle yapı kayıt belgesi için yapılan başvurularla birlikte TCK m. 184' den yapılan soruşturma ve kovuşturmaların durması, yapı kayıt belgesi verildiğinde ise soruşturmalar hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın ve kovuşturmalar hakkında ise düşme kararının verilmesi gerekir⁸². Bu yapılarla ilgili olarak daha önce yıkım kararı

⁸¹ Geçici madde 16/2: “Yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre belirlenen emlak vergi değeri ile yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranında alınacak kayıt bedeli başvuru sahibi tarafından genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilmek üzere merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılmak üzere kaydedilen gelirler karşılığı Bakanlık bütçesine ödenek eklemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenek, dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılarak kullanılır. Kayıt bedeline ilişkin oranı iki katına kadar arttırmaya, yarısına kadar azaltmaya, yapının niteliğine ve bölgelere göre kademelendirmeye, ayrıca başvuru ve ödeme süresini bir yıla kadar uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir”.

⁸² Doktrinde geçici hukuka uygunluğun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. ŞEN, Ersan: “İmar Barışı Sebebiyle Kamu Görevlileri Yargılanabilir mi”, <https://www.hukukihaber.net/imar-barisi-sebebiyle-kamu-gorevlileri-yargilanabilir-mi>, (Erişim Tarihi: 10.03.2023); ÖZGENÇ, İzzet: “İmar Affı Nedeniyle Memurlar Yargılanabilir”, <https://www.odatv4.com/guncel/imar-affi-nedeniyle-memurlar-yargilanabilir-18021955-156181>, (Erişim Tarihi:10.03.2023). Ancak yaşam hakkının ihlaline neden

verilmiş ve idari para cezasına karar verilmiş olması halinde ise, **imar barışından** yararlanmak için başvuruda bulunulması üzerine, **Yapı Kayıt Belgesi** düzenleninceye kadar bu kararların icra ve infazının durdurulması, **Yapı Kayıt Belgesinin** düzenlenmesi halinde ise, bu yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmemesi ve kararların iptal edilmesi gerekir⁸³. Yapı kayıt belgesi verilen yapılarla ilgili geçici madde 16'nın 10. fıkrası düzenlemesine rağmen depreme dayanıklı olmayan binanın yapımında katkısı olan kişilerin ceza sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Mevzuata aykırı bina yapan bina sahibinin veya müteahhidin veya binayı denetleme yetkisi ve yükümlülüğü olmasına rağmen bunu yapmayan kamu görevlilerin binanın çökmesi nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan sorumluluğu devam etmektedir. Geçici 16. maddede yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır düzenlemesi yer almakla beraber bu düzenleme binanın sağlam olmamasında katkısı olanların ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bir hukuk devletinde kişilere suç işleme görev veya yetkisinin verilmesi veya sorumsuz kabul edildiklerinin söylenmesi ve sorumluluğun malike ait olduğunun kabul edilmesi söz konusu değildir. Kanunlarda herhangi bir işlemin yapılmasına katılanların sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde düzenleme yapılması doğru değildir. Ancak hukuka uygun davranan kişilerin sorumsuzluğu kabul edilebilir. Dolayısıyla da binanın yapımında mevzuata aykırı davranan ve bu davranışları binanın yıkılmasında etken olan kişilerin sorumluluğu devam etmektedir. Anayasaya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmenin gereklerine uygun davranması gereken demokratik bir hukuk devletinde kamu görevlilerine suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceği açık olduğuna göre geçici 16. madde düzenlemesinin suç teşkil eden eylemleri kapsamadığının ve ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmesi gerekir⁸⁴.

olacak bir düzenlemenin meşru savunma da olmadığına göre bir hukuka uygunluk nedeni sağlamayacağını düşünüyoruz. Ancak bir sorumsuzluk nedeni olabilir. Bu nedenle de KYOK veya düşme kararının verilebileceğini düşünüyoruz.

⁸³ **ÖZGENÇ**, İmar Affi Nedeniyle Memurlar Yargılanabilir, <https://www.odatv4.com/guncel/imar-affi-nedeniyle-memurlar-yargilanabilir-18021955-156181>.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, 16.07.2020, E. 2018/31, K. 2020/38; Anayasa Mahkemesi, 24.12.2019, E. 2018/74, K. 2019/92.

Yukarıda yapılan belirlemelerin sonucunda geçici madde 16 düzenlemesinin suç işleyenlerin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ilgili kamu görevlilerinin başvuru konusu yapının sağlamlığını denetleme yetkisi ve yükümlülüğü ortadan kalkmamaktadır. Geçici 16. maddede, Yapı Kayıt Belgesinin düzenlenmesi için bir denetleme koşulu aranmamışsa da denetlemenin yapılamayacağı da düzenlenmemiştir. Yapı Kayıt Belgesinin düzenlenmesi söz konusu yapının kullanılmasına izin verilmesi niteliği taşıdığı için, bu izin belgesi düzenlenmeden önce dayanıklılık bağlamında bir denetim yapılabilir. Ancak denetim zorunluluğuna ilişkin kanunda bir belirleme bulunmadığı tekrar belirtilmelidir⁸⁵. Bu nedenle kullanım izni verilmiş olsa bile yapıdan kaynaklanan nedenlerle meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan dolayı binanın sağlam olmamasında katkısı olan kişilerin cezai sorumluluğu yoluna gidilecektir⁸⁶.

SONUÇ

Bir doğa olayı olan depremin meydana gelmesi sonucu oluşan neticelerin önlenebilir olması durumunda yükümlülüğü olan kişilerin ceza hukuku sorumluluğu bulunmaktadır. Ülkemizde 6 Şubat 2023 tarihinde yaşanan depremler nedeniyle meydana gelen sonuçlar açısından da depreme dayanıklı olmayan binaların yapımında rol oynayan kişilerin sorumlulukları söz konusu olacaktır. Ancak geçmişte yaşanan depremler nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı kurallara aykırı hareket eden kişilerin sorumlu tutulmaları noktasında başarılı bir sınav veremediğimiz ortaya çıkmaktadır. 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen depremler nedeniyle de uygulamacıları ceza hukuku açısından zorlu sorunlar beklemektedir. Bunlardan en önemlisi 11 ilde yıkılan çok sayıda binanın farklı tarihlerde yapılması ve depremle ilgili mevzuatlarda değişik tarihlerde birçok değişikliğin olması nedeniyle zaman

⁸⁵ Zorunlu olduğuna ilişkin bkz. **ÖZGENÇ**, İmar Affı Nedeniyle Memurlar Yargılanabilir, <https://www.odatv4.com/guncel/imar-affi-nedeniyle-memurlar-yargilanabilir-18021955-156181>; Zorunlu olmadığına ilişkin olarak **ŞEN**, İmar Barışı Sebebiyle Kamu Görevlileri Yargılanabilir mi, <https://www.hukukihaber.net/imar-barisi-sebebiyle-kamu-gorevlileri-yargilanabilir-mi>.

⁸⁶ **ŞEN**, İmar Barışı Sebebiyle Kamu Görevlileri Yargılanabilir mi, <https://www.hukukihaber.net/imar-barisi-sebebiyle-kamu-gorevlileri-yargilanabilir-mi>.

bakımından uygulama ve bu kapsamda fiilin işlendiği zaman problemi-
dir. Ayrıca konunun teknik yönünün olması ve bilirkişilerin zaman bakı-
mından uygulama noktasında yeterli bilgilerinin olmaması sorumluların
hangi kurala aykırı davrandığının belirlenmesinde problem yaşanması
sonucunu ortaya çıkaracaktır. Ayrıca taksir belirlemesi ve objektif isnadi-
yet kriterleri de ceza hukuku açısından çözümlenmesi gereken diğer so-
runları oluşturmaktadır. Doktrinde ve uygulamada tartışmalı olan bu ko-
nular depremle ilgili davalarda da tartışmalı sonuçlara neden olacaktır.
Nitekim Yargıtay 2011 tarihinde gerçekleşen Van depremindeki Bayram
Otelı davasında taksirin bilinçli mi bilinçsiz mi olduğunu 2022 yılı itiba-
riyle çözememiştir. Umarız 6 şubatta yaşanan depremlerde meydana ge-
len acı olaylar için kurallara aykırı davranan kişilerin ceza hukuku sorum-
luluğu açısından en doğru sonuçlara ulaşılabilir.

KAYNAKLAR

- AKTAŞ**, Yusuf: Ceza Davalarında Yasa Yolları, Zamanaşımı ve Süreler, İstanbul 1979.
- ARAL**, Merşat/**TUNÇ**, Gökhan: “Türkiye’de Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgilerinin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler”, Afet ve Risk Dergisi, 4(1), s. 20-41.
- BOHNERT**, Joachim: OWIG Ordnungswidrigkeitengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2007.
- BRAMMSEN**, Joerg: “Erfolgsszurechnung bei unterlassener Gefährverminderung durch einen Garanten”, MDR, 1989, s. 123 vd.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/**ÇAKMUT**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul 2020.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2021.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Güncellenmiş 17. Baskı, Ankara 2022.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım (C. III), Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1997.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2021.
- EREM**, Faruk/**DANIŞMAN**, Ahmet/**ARTUK**, Mehmet Emin: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1997.
- GROPP**, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 2005.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- HAKERİ**, Hakan: “Yargıtay Kararlarında Nedensellik Bağı”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, s. 103.
- HEINRICH**, Bernd: Ceza Hukuku, Genel Kısım-I (Editör: Yener Ünver), Ankara 2014.
- JAKOBS**, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin/New York 1993.
- JESCHECK**, Hans Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1988.

- JESCHECK**, Hans-Heinrich/**WEIGEND**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- JOECKS**, Wolfgang: Strafgesetzbuch, Studienkommentar, München 1999.
- Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2006 (KKOWiG).
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2022.
- KÜPER**, Wilfried: "Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision, Handeln auf dienstliche Weisung", JuS, 1987, No. 2, s. 81-92.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Erster Band), 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin 2003 (LK).
- LÖWE/ROSENBERG-BEULKE**: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Fünfter Band §§ 151-212b, 26. neu bearbeitete Auflage, Berlin 2008.
- MERAKLI**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017.
- MEYER-GOßNER/SCHMITT**: Strafprozessordnung, GVG und Nebengesetze, 65. Auflage, München 2022.
- MITSCH**, Wolfgang: Ordnungswidrigkeiten, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2005.
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Band 2, §§ 151-332, 1. Auflage, München 2016.
- ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler (C. II-III), Yenilenmiş II. Bası, İstanbul 1992.
- ÖZGENÇ**, İzzet: "İmar Affı Nedeniyle Memurlar Yargılanabilir", <https://www.odatv4.com/guncel/imar-affi-nedeniyle-memurlar-yargılanabilir-18021955-156181> (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Ankara 2022.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK**, Bahri vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara 2018.

- ROXİN**, Claus/**SCHÜNEMANN**, Bernd: Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 27. Auflage, München 2012.
- ROXIN**, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil (Band I), 4. Auflage, München 2006.
- SCHÖNKE**, Adolf/**SCHRÖDER**, Horst/**LENCKNER**, Theodor/**CRAMER**, Peter/**STREE**, Walter: Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von **ESER**, Albin/**HEINE**, Günter/**PERRON**, Walter/**STERNBERG-LIEBEN**, Detlev/**EISELE**, Jörg/**BOSCH**, Nikolaus/**HECKER**, Bernd/**KINZIG**, Jörg/**SCHITTENHELM**, Ulrike, München 2010.
- SCHROEDER**, Friedrich Christian, (Çev.: İzzet Özgenç): “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 255-275.
- SCHÜNEMANN**, Bernd: “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte”, JA, 1975, S. 116, s. 584.
- SEYDANLIOĞLU**, Mahmut: “İmar Barışı Uygulaması Kapsamında Yapı Kayıt Belgesi Alınması ve İptal Edilmesi Nedenlerinin Analizi”, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dönem Projesi, Ankara 2021, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/75895/Mahmut%20SEYDANLIOĞLU%20-%202017832813.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, s. 8 vd (Erişim Tarihi:12.03.2023).
- SINAR**, Hasan: “Türk Hukukunda Doğal Afetlerden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Üzerine Notlar”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, s. 873-886.
- ŞEN**, Ersan: “İmar Barışı Sebebiyle Kamu Görevlileri Yargılanabilir mi”, <https://www.hukukihaber.net/imar-barisi-sebebiyle-kamu-gorevli-leri-yargilanabilir-mi> (Erişim Tarihi: 10.03.2023).
- TOROSLU**, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara 2014.
- TRÖNDLE**, Herbert/**FISCHER**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.
- TURHAN**, Esmâ Nur: “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı”, Ankara Hacı Bayram

Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, Y. 2020, S. 3, s. 447-500.

Türkiye’de Deprem Gerçeği ve TMMOB Makine Mühendisleri Odasının Önerileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Nisan 2012, https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/d4419b4a44bde5f_ek_0.pdf, s. 12 (Erişim Tarihi:09.03.2023).

“Türkiye’de kaç fay hattı var? Fay hattı nedir, nasıl kırılır? İşte deprem riskinin yüksek olduğu iller”, <https://www.haberturk.com/turkiye-de-kac-fay-hatti-var-fay-hatti-nedir-nasil-kirilir-iste-deprem-riskinin-yuksek-oldugu-iller-3568939/5> (Erişim Tarihi: 06.03.2023).

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.

YERDELEN, Erdal: Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku, Genel Hükümler (TCK m. 1-75), Ders Kitabı, 7. Bası, Ankara 2019.

<https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/hataydaki-rende-sitesinde-kolonlarin-kesildigi-iddiasina-takipsizlik-veren-savciya-inceleme/2825655> (Erişim Tarihi: 01.04.2023).

<https://www.cnnturk.com/turkiye/42-gun-depremde-olu-sayisi-ne-kadar-oldu-guncel-yarali-sayisi-kac-hangi-ilde-kac-bina-yikildi-kac-kisi-oldu> (Erişim Tarihi:05.04.2023).

<https://www.haberturk.com/depremde-kac-bina-coktu-resmi-rakam-aciklandi-2023-depremde-kac-bina-hasar-gordu-3564717/4> (Erişim Tarihi:15.02.2023).

<https://www.mynet.com/son-dakika-depremlerde-can-kaybi-yukseldi-bakan-soylu-duyurdu-vefat-az-aciklaniyor-sozleri-spekulasyon-110107112593> (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

BULUT BİLİŞİMDE GİZLİLİK SÖZLEŞMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Emin GİTMEZ*

Öz

Yeni teknolojiler geleneksel uygulamalarda köklü değişikliklere neden olmaktadır. Bilgiyi saklamak, transfer etmek, korumak önceleri bilgisayarlara bağlanabilen taşınabilir araçlarla mümkün iken günümüzde kullanıcılar istedikleri yerde ve zamanda herhangi bir araca ihtiyaç duymadan internet ağının olduğu her ortamda bilgiye ulaşabilmektedir. Bu imkân internet çağında bulut bilişim teknolojisinin ortaya çıkmasıyla geçerli olmuştur. Bulut bilişim bilgiyi depolamak ve bilgiye ulaşmayı kolaylaştırmakla birlikte bilginin ifşası riskini de beraberinde getirmektedir. Her bilgi, gizli bilgi niteliğine sahip değildir. Ancak bazı bilgilerin gizliliğinin sağlanması mutlak surette gerekli olabilir. Bu durumda, gizli bilginin 3. kişilerle paylaşılmasının engellenmesine dönük birtakım hukuki mekanizmaların devreye alınması düşünülebilir. Bu amaçla, gizlilik sözleşmesi bilginin gizliliğinin korunmasını sağlamak noktasında caydırıcı bir etki ortaya koyabilir. Bu etkinin ortaya çıkmasını sağlamak için gizlilik sözleşmesinin geçerli ve yasal bir belge olmasını sağlayıcı tüm unsurların göz önünde bulundurulması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Teknoloji ve Hukuk • Bulut Bilişim • Mahremiyet • Gizlilik • Gizlilik Sözleşmesi

* Dr. Öğr. Üyesi. İnönü Üniversitesi, İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Asst. Prof., İnönü University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Department of Legal Sciences, Malatya, Turkey.

✉ emin.gitmez@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6678-2506.

✂ **Atf Şekli** ✂✂Cite As: GİTMEZ, Emin: "Bulut Bilişimde Gizlilik Sözleşmesi", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 629-663.

✂ **İntihal** ✂✂Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. ✂✂This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

NON DISCLOSURE AGREEMENT IN CLOUD COMPUTING

Abstract

New technologies cause radical changes in traditional practices. While it was possible to store, transfer and protect information with portable devices that can be connected to computers, nowadays users can access information wherever and whenever they want, without the need for any tool, in any environment where there is an internet network. This possibility became valid with the emergence of cloud computing technology in cyber age. While cloud computing makes it easier to store and access information, it also brings the risk of information disclosure. Not all information is classified as confidential information. However, it may be absolutely necessary to ensure the confidentiality of some information. For this purpose, a non disclosure agreement can have a deterrent effect in ensuring the confidentiality of information. In order for this effect to occur, all the factors that make the non-disclosure agreement a valid and legal document must be taken into account.

Key Words

Technology and Law • Cloud Computing • Privacy • Confidentiality • Non-Disclosure Agreement

GİRİŞ

Günlük hayatta birçoğumuz dijital kaynaklarımızı bilgisayara bağlanabilen flash disk veya harici harddisk gibi araçlar aracılığıyla taşıyoruz. Bu araçlar nispeten fiziki olarak küçük boyutta olduğundan çoğu zaman birçok insan bu araçların kaybolması durumuyla yüzleşir. Bu durum belki günlük hayatta en sık yaşanan ve sonuçları itibarıyla en sinir bozucu olayların başında gelir. Bununla birlikte veriyi taşıdığımız bu araçlarda yer alan verilerin fiziki müdahalelerle tahrif edildiği de hayatın olağan akışı içerisinde sıkça karşılaşılan bir durumdur.

İnternet teknolojisinin geçirdiği baş döndürücü dönüşüm iletişim ve veriye erişim konusunda ilerleme sağlamıştır. Veri bütünlüğü, güvenliği ve gizliliği konusunda ilerleme ise ağır aksak olmaktadır. Her gün internet platformlarına farklı amaçlar için zaman ve mekândan bağımsız olarak erişim sağlamaktayız. Her erişim çeşitli uygulamalar üzerinden internet dünyasına veri aktarımını da beraberinde getirmektedir. Bu veriler ağırlıklı olarak kişisel verilerimizdir. İnternetin sağladığı imkânlarla git-

mek istediğimiz adresleri bulabilir, herhangi bir konuya ilişkin yorumumuzu paylaşabilir, karnımız acıktığında yemek bile sipariş edebiliyoruz. Fakat her defasında veri stokladığımız bu sanal alanda acaba verilerimiz yok oluyor mu? Silinebiliyor mu? Verilerimiz kimlerle paylaşılıyor? Veri mahremiyetimiz sağlanıyor mu? Verilerimizin gizliliği nasıl korunuyor? Ya da verilerimiz birileri tarafından kazanç amaçlı kullanılıyor mu düşüncesi kafa karışıklığına neden olmaktadır. Ancak, bulut bilişimdeki gelişmelere rağmen verilerimiz halen silinmekte, kaybolmakta, bozulmakta ve çalınabilmektedir.

İnternet teknolojisindeki gelişmeler yeni uygulamaları da beraberinde getirmiştir. Bulut bilişim de bu yeni uygulamalardan bir tanesi olup özellikle verinin paylaşılması ve erişimi noktasında sağladığı kolaylıkla internet kullanıcıları açısından tercih edilmektedir. Bulut bilişim sağladığı imkânların yanı sıra çok çeşitli riskleri de beraberinde getirmiştir. Bu risklerin başında gizli verinin sahibinin izni olmadan 3. kişilerle paylaşılması gelmektedir. Uygulamada bulut bilişim hizmeti kapsamında servis sağlayıcı ile hizmet faydalanıcısı arasında paylaşılan bilgilerin gizliliğinin sağlanması amacıyla birtakım araçlar geliştirilmiştir. Gizlilik sözleşmesi, veri ifşasının bertaraf edilmesi amacıyla en sık kullanılan güvenlik aracıdır.

Bulut bilişimde gizlilik sözleşmesi çok önemlidir. Bu sözleşme, bulut hizmet sağlayıcısı ile müşteri arasındaki gizliliği, veri koruma beklentilerini ve yükümlülüklerini tanımlar. Gizlilik sözleşmesi, müşterinin verilerinin güvenliğini ve gizliliğini garanti eder, bulut hizmet sağlayıcısının verilerin kullanımına, paylaşımına veya satışına izin vermeyeceğini ortaya koyar. Bu çalışmada bulut bilişimde kullanılan gizlilik sözleşmesi hukuki açıdan ele alınmıştır.

I. BULUT BİLİŞİM

Bulut bilişim ağ içi veya ağlar arası veri paylaşımını mümkün kılan bir sistemdir. Esasen bulut kavramı ilk olarak interneti sembolize etmek için kullanılmıştır. Fakat zaman içerisinde farklı formlara bölünmüştür. Bulut bilişimle ilgili ilk çalışmalar 1950'lere dayanmaktadır. Bu dönemde yüksek kapasiteli bilgisayarları edinmek çok pahalı bir amaç olduğundan

sayısı az olan bu bilgisayarlardan maksimum faydayı elde etmek tüm hizmet sağlayıcılar ve hizmet alanlar için çok önemlidir. Bir ticari girişim olarak başlatılan bu çalışmalarda girişimci sayısı birden fazladır. Fakat gerçek anlamda bir bulut hizmetinin sağlanması 2000li yıllarda mümkün olmuştur. Bu minvalde gerçek anlamda ilk bulut bilişim hizmeti 2006 yılında Amazon S3 tarafından sağlanmıştır. Başlangıçta kapalı kaynak kodlu tasarlanan servisler sonradan açık kodlu servislerin de hizmete girmesi ile yaygınlaşmıştır.

Bulut bilişim özelinde konunun uzmanlarınca uzlaşılan ortak bir tanımlama bulunmamaktadır. Herkes sağladığı fayda bağlamında bir tanımlama yapabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü (NIST) tarafından bulut bilişim, ağlar, sunucular, depolama, uygulamalar ve hizmetler gibi yapılandırılabilir bilgi işlem kaynaklarının minimum yönetim çabası veya hizmet sağlayıcı etkileşimi ile isteğe bağlı ağ erişimi sağlayan bir model olarak tanımlanmaktadır¹. Bu modelde hızla sağlanabilen ve yayınlanabilen paylaşılabilir bir kaynak havuzu yer almaktadır. Bulut bilişimin en esaslı özelliği paylaşılan bir kaynak havuzuna sahip olmasıdır. Bu kaynak havuzu, veri depolama ve veriyi paylaşırma konularında uzmanlaşmış şirketler aracılığıyla üçüncü kişilerin hizmetine sunulmaktadır.

A. Bulut Bilişim Mimarisi

Bulut bilişim farklı hizmet modelleri ile kullanıcılara fayda sağlamaktadır. Bu modellerin bölümlendirilmesi kullanıcı sayısı, gizlilik ve güvenlik açısından kapsam olarak farklılık gösterebilmektedir. Bununla birlikte sunulan hizmet modeline bağlı olarak yazılım geliştirmeden alt yapı hizmetlerinin sağlanmasına kadar çok çeşitli amaçlarla servis hizmetleri kullanıcılara sunulmaktadır.

Basitleştirilmiş bir bulut bilişim iş akışı sürecinde, bulut bilişim hizmeti alan kişi istemini sisteme gönderir, ardından sistem yönetimi istem çerçevesinde doğru kaynakları bulur, doğru kaynakların bulunmasıyla

¹ **BADGER**, Lee/**GRACE**, Tim/**PATT-CORNER**, Robert/ **VOAS**, Jeff: "Cloud Computing Synopsis and Recommendations: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology". (Special Publication No 800-146, National Institute of Standards and Technology: United States Department of Commerce, May 2011) 2-1.

müşteri isteği yürütülür. Son olarak da hizmet taleplerinin sonuçları istemcilerle gönderilir². Kullanıcılar bulut bilişim servisleri üzerinden internet ortamında neredeyse ihtiyaç duyulan tüm ürünlere erişebilmektedir. Bu hizmet ürünleri analiz ve blok zincir uygulamaları, iş uygulamaları, yazılım geliştirme araçları, mobil uygulamalar ve oyun teknolojisi, yapay zekâ ve robotik uygulamalar ile makine öğrenimi, nesnelere interneti, sanal ve artırılmış gerçeklik uygulamaları vb. uygulamaları içermektedir.

Bulut bilişim servislerinin sunduğu çözümler kullanım örneğine, sektöre ve kurum türüne bağlı olarak farklılık göstermektedir. Kullanım örneğinde arşivlemeden blokzincirine, veri tabanı geçişlerinden nesnelere internetine kadar onlarca çözüm sunulmaktadır. Sektörel çözüm hizmetlerinde reklam ve pazarlama, otomotiv, eğitim, enerji, finansal hizmetler, oyun teknolojileri, telekomünikasyon, seyahat ve konaklama vb. sektöre yönelik iş çözümleri sunulmaktadır. Bulut bilişimde, kurum türüne bağlı olarak başta uluslararası/ulusal özel büyük ölçekli işletmelerin gizlilik, güvenlik, mevzuat uyumluluğu ile yönetsel gereklilikler için tasarlanmış bir dizi hizmet yer alır. Bunun dışında henüz emekleme aşamasında olan start-uplar için geliştirme ve büyümeye dönük sunulan hizmetler de bulunmaktadır. Ayrıca, kamusal otoriteler ile kar amacı gütmeyen kuruluşlar için toplumsal fayda düzeyini artırıcı nitelikte inovatif çözümler geliştirilmektedir³.

İnternet dünyasında dört temel bulut mimarisi konumlandırılmaktadır. Bu konumlandırma bulut hizmetlerinden yararlanan tarafların içinde buldukları çevreye göre yapılmaktadır. Örneğin genel bulutta bulut hizmetlerinden milyonlar faydalanırken topluluk bulutlarında yararlanıcı düzeyi rakamsal yönde düşük kalmaktadır. Dört temel bulut bilişim türünden bahsedebiliriz.

² **ERTAUL**, Levent/ **SİNGHAL**, Saurabh/ **GÖKAY**, Saldamli: "Security challenges in Cloud Computing, Thesis", California State University, East Bay, vol. 2, no. 06, 2009, s. 625–626, <https://aws.amazon.com/tr/about-aws/whats-new/2009/08/26/introducing-amazon-virtual-private-cloud/> (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

³ Bulut Bilişim için bkz. Amazon, "Bulut Bilişim Nedir?", https://aws.amazon.com/tr/what-is-cloud-computing/?nc2=h_ql_le_int_cc# (Erişim Tarihi: 30.12.2022).

1. Genel Bulut (Public Cloud)

Genel bulut bilgi işleminde bulut hizmeti sağlayıcısı, internet ağı üzerinden hizmet modeli uygulamalarını yürütür. Kullanıcılara sunulan hizmet modeli içerik açısından zengindir. Herkes bilgi işlem hizmetlerinden faydalanabilir. Sunulan hizmetler ücretsiz olabilir ancak kullanılan depolama alanı ve ağ bant genişliğine bağlı olarak ücretli de olabilir. Genel bulut, bireysel sanal makineler ile bilgi işlem donanımının satın alınmasını ortadan kaldırır. Kurumsal düzeyde şirket bilgi işlem altyapısı ile geliştirme platformlarının kurulması ihtiyacına çözüm üretir. Genel bulut sağlayıcısı işlem kayıtlarının yer aldığı veri merkezleri ile donanım ve teknik altyapının tüm sorumluluğunu üstlenir. Böylece şirket maliyetlerinin düşürülmesine katkı sağlar. Ayrıca, genel bulut ölçeklendirme açısından sonsuz işlem yapma kapasitesine sahip olduğundan verilere hızla erişim sağlamak mümkündür. Genel bulut, çok kiracılı bir ortamdır; bulut sağlayıcısının veri merkezi altyapısı, tüm genel bulut müşterileri tarafından paylaşılır. Küresel ölçekte bulut bilişim hizmeti sunan Amazon Web Services (AWS), Google Cloud, IBM Cloud, Microsoft Azure ve Oracle Cloud gibi şirketler genel bulut hizmetleriyle milyonlarca müşteriye ulaşabilmektedir⁴.

2. Özel Bulut (Private Cloud)

Özel bir bulutun kaynaklarını ve depolamasını yalnızca bir kişi veya işletme kullanır. Kullanıcılar, özel bulut hizmetlerine, başkalarının genel internetten erişemediği özel bir ağ üzerinden erişir. Özel bulutlar, bir şirketin tesislerinde fiziksel olarak bulunabilir. Bazı üçüncü taraf bulut sağlayıcıları, müşterilere genel buluttan daha yüksek bir fiyata özel bulut seçeneği de sunabilir. Özel bulutlar kaynaklarını internet üzerinden birden fazla müşteriyle paylaşmadığından, özel bulutlar kuruluşlara genel

⁴ PETER, Mell/TIMOTHY, Grance: "The NIST Definition of Cloud Computing", NIST, 2011, s. 1-7, <https://www.ibm.com/cloud/learn/cloud-computing>. (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

buluttan daha fazla güvenlik sunabilir. Ancak, özel bir bulut genellikle genel bir buluttan daha pahalıya mal olur⁵.

3. Hibrit Bulut (Hybrid Cloud)

Bilgi işlem, depolama ve hizmetlerin bir kombinasyonunun kullanılmasıyla çalıştırılan genel ve özel bulut ortamlarından oluşan karma bir bilgi işlem platformudur. Tek bir genel bulut kullanmak güven açısından risk içerdiğinden günümüzde hibrit bulut bilgi işlem hizmetlerinden faydalanmak daha sık görülmektedir. Hibrit bulutun amacı, bir kuruluşa ait her tür uygulama veya iş yükü için koşullara bağlı olarak en uygun bulutu seçmektir. Böylece genel ve özel bulut kaynaklarının bir karışımı ile eşanlı bir senkronizasyon düzeyi sağlanarak verilerin depolanması ve taşınması daha esnek bir yapıya kavuşturulur. Birçok kuruluş, maliyetleri azaltmak, riski en aza indirmek, dijital dönüşüm çabalarını desteklemek ve mevcut yeteneklerini genişletmek için hibrit bulut platformlarını benimsemektedir. Hibrit bulut yaklaşımı, günümüzün en yaygın altyapı kurulumlarından biridir. Kuruluşların genellikle uygulamaları ve verileri yavaş ve sistematik bir şekilde geçirmesi gerektiğinden, bulut geçişleri genellikle hibrit bulut uygulamalarına yol açmaktadır⁶.

4. Çoklu Bulut (Multi-clouds)

İki veya daha fazla farklı bulut sağlayıcısından iki veya daha fazla bulutun kullanılmasıdır. Bazı kuruluşlar, siber güvenlik sistemlerini geliştirmek için birden çok bulut sağlayıcısı kullanmayı tercih eder. Çoklu bulut ortamları, şirketleri içindeki farklı iş akışları, departmanlar veya şubeler için ayrı bulutların korunmasına da yardımcı olabilir. Ancak, çoklu bulut sistemiyle, tüm bulut kaynakları ve verileri ayrı altyapılarda çalışır ve bu da kaynakları bulutlar arasında paylaşmayı daha zor hale getirebilir. Tüm hibrit bulutlar çoklu bulutlardır, ancak tüm çoklu bulutlar hibrit

⁵ Genel Bulut için bkz. Indeed, "9 Types of Cloud Computing (With Definition and Tips)", <https://www.indeed.com/career-advice/career-development/what-is-cloud-computing>. (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

⁶ Çoklu Bulut için bkz. İbm, "What is cloud computing?", <https://www.ibm.com/cloud/learn/cloud-computing> (Erişim Tarihi: 02.01.2023)

bulutlar değildir. Çoklu bulutlar, birden çok bulut bir tür entegrasyon veya düzenleme ile birbirine bağlandığında hibrit bulutlar haline gelir⁷.

Teknolojinin sürekli olarak gelişmesine bağlı olarak kullanıcıların ihtiyaçları doğrultusunda yüksek performanslı bilgi işlem (high-performance computing cloud) bulutları da hizmet vermektedir. Bu kapsamda, bazen süper bilgisayarlar olarak adlandırılan yüksek performanslı bilgisayar uygulamaları ve cihazları için özel olarak bulut hizmetleri sağlanmaktadır. Bazı kuruluşlar, hava durumunu tahmin etmek veya kimyasal molekülleri modellemek gibi karmaşık hesaplama görevlerini gerçekleştirmek için süper bilgisayarlar kullanmaktadır⁸.

B. Bulut Bilişimde Hizmet Modelleri

Bulut bilişimin sağladığı hizmet modelleri üç temel başlık altında kategorilendirilebilir. Bu sınıflandırma bulut bilişimin ilk keşfedildiği dönemden bugüne aynı şekilde kabul görmektedir.

1. Hizmet İçin Altyapı (IaaS)

Kullanıcının donanım ve depolama ihtiyacını karşılamak üzere sanallaştırma teknolojisi ile sağlanan bir servis türüdür. Bu modelde bulut sağlayıcı, depolama, sunucu ve ağ kaynakları gibi bilgi teknolojisi altyapılarını yönetir ve bunları internet üzerinden erişilebilen sanal makineler aracılığıyla abone kuruluşlara sunar. Model, iş yüklerini potansiyel olarak daha hızlı, daha kolay, daha esnek ve daha uygun maliyetli hale getirmek gibi kuruluşlar için birçok avantaja sahiptir. Hizmet modelinde, bir bulut sağlayıcı, şirket içi bir veri merkezinde geleneksel olarak bulu-

⁷ Çoklu Bulut için bkz. Red Hat, "Types of cloud computing", [https://www.redhat.com/en/topics/cloud-computing/public-cloud-vs-private-cloud-and-hybrid-cloud#:~:text=There%20are%20four%20main%20types,a%2DService%20\(SaaS\);https://www.indeed.com/career-advice/career-development/what-is-cloud-computing.](https://www.redhat.com/en/topics/cloud-computing/public-cloud-vs-private-cloud-and-hybrid-cloud#:~:text=There%20are%20four%20main%20types,a%2DService%20(SaaS);https://www.indeed.com/career-advice/career-development/what-is-cloud-computing.) (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

⁸ Çoklu Bulut için bkz. Indeed

nan altyapı bileşenlerini barındırır. Buna sunucular, depolama ve ağ donanımı ile sanallaştırma veya hiper yönetici katmanı da dahildir⁹. Bu model modern işletmelere hız, performans, güvenilirlik, yedekleme ve kuruma ile rekabetçi bir fiyatlandırma hizmeti sunmaktadır¹⁰.

2. Hizmet Olarak Platform (PaaS)

Müşterilere, genellikle işletme içinde sürdürüldüğünde ortaya çıkacak maliyet ve karmaşıklığı ortadan kaldırarak uygulamaları geliştirmek, çalıştırmak ve yönetmek için eksiksiz bir bulut platformu (donanım, yazılım ve altyapı) sağlayan bir bulut bilgi işlem modelidir. Bu bilgi işlem modelinde geliştirme araçları, veri tabanı yönetimi, ara yazılım, işletim sistemleri, teknik altyapı hizmetleri sunulabilir¹¹. PaaS ayrıca iş akışı ve tasarım araçları gibi tümü iş kullanıcıları ve geliştiricilerini memnun eden onların uygulamalar oluşturmasına yardımcı olmayı amaçlayan bir dizi ek hizmet sunar. PaaS ile geçmişte işletmelerin kendileri geliştirmek zorunda olduğu uygulamalar ile ortaya çıkan karmaşık yazılım yığınları, sık güncellemeler, donanım bakımından kaynaklı maliyetler ortadan kaldırılmıştır. Zaman ve maliyet açısından daha avantajlı bir çözüme kavuşmuştur.

3. Hizmet Olarak Yazılım (SaaS)

Bulut sağlayıcının bulut uygulama yazılımı geliştirdiği, sürdürdüğü, otomatik yazılım güncellemeleri sağladığı ve kullandığı kadar öde sistemiyle internet aracılığıyla müşterilerine yazılım sunduğu bulut tabanlı bir yazılım sağlama modelidir. Tüketicilerin yazılım mimarisini, yazılım bakımını ve temel altyapıyı yönetmesine gerek yoktur. Son kullanıcılar, web tarayıcısı gibi bir istemci kullanarak SaaS uygulamasına erişir¹². Büyüme, erişimi ve yeniliği destekleyen bir iş stratejisinin temel direkleri olarak çevikliğe ve operasyonel verimliliğe dayanır. Hem teknik hem de finansal açıdan çok çeşitli avantajları barındırır.

⁹ MILLARD, Christopher: Cloud Computing Law, Croydon 2013, sh. 6.

¹⁰ Hizmet Altyapı için bkz. Amazon, "Hizmet Olarak Altyapı (IaaS) nedir?", <https://aws.amazon.com/tr/what-is/iaas/> (Erişim Tarihi: 05.01.2023)

¹¹ Hizmet Platform için Bkz. İbm "What is PaaS?", <https://www.ibm.com/cloud/learn/paas> (Erişim Tarihi: 06.01.2023)

¹² Mahremiyet için Bkz. Alibaba Cloud, "What Is SaaS?", <https://www.alibabacloud.com/tr/knowledge/what-is-saas>. (Erişim Tarihi: 07.01.2023)

Modern işletmeler üretim, yönetim, pazarlama benzeri gereksinimlerine göre bulut bilişim sağlayıcılarının sunmuş oldukları hizmetlerin bir ya da birkaçını kullanabilmektedir. Bulut bilişim şirketleri bu hizmetleri sunma aşamasında sanallaştırma teknolojisini kullandıklarından bu hizmetlerin farklı sağlayıcılardan aynı anda tedarik edilmesi de mümkündür.

C. Mahremiyet ve Gizlilik

Mahremiyet kavramı kişilerin kendileri ile baş başa kalabildikleri, düşünceleri, eylemleri ve duyguları ile şekillenen diğer kişilerin müdahil olamadıkları ve onlardan soyutlanmış sınırlı bir alandır. Bunun sınırlarını çizecek olan da insanın kendi iradesidir¹³. Zira mahremiyetin kapsamına kişinin çok yakınında olan değer verilen kişiler veya onlarla paylaşılan her türlü sır ve bilgi girebilir. Neyin aşılması durumunda mahremiyetin ihlal edileceği hususu kişilere göre farklılık gösterebilir. Modern dünyada mahremiyetin önemi teknolojik gelişmeyle birlikte daha değerli bir noktaya evrilmiştir. Özellikle veri kavramının ortaya çıkması ile gerçek dünyada yapılan birçok işlemin dijital alana taşınmasına bağlı olarak ihtiyaç duyulan kişisel veriler, mahremiyet konusunun tartışılma boyutunu da değiştirmiştir. Gelecek, mahremiyet açısından karanlık bir önerme sunsa da aslında mahremiyetin gerekli olduğu ve hatta en çok değer verilmesi gereken bir insan hakkı olduğu da göz önünde tutulmalıdır. Nitekim Amerikalı yargıç Brandeis tarafından ortaya atılan "yalnız bırakılma hakkı veya yalnızlık hakkı" hukukun üstünlüğü ve insan hakları açısından en temel haklar arasında kabul görmektedir¹⁴.

Hem teknik hem de hukuki boyutuyla tartışıldığında genel olarak birbirinin yerine kullanılan mahremiyet ve gizlilik kavramlarının kullanımını doğru mudur? Gizlilik kavramsal olarak her zaman için mahremiyetin yerine kullanılabilir mi? Esasında gizlilik ve mahremiyet benzeşik anlamlara sahiptir fakat gizlilik karşıladığı anlamın kapsamı itibarıyla mahremiyete göre daha geniştir. Mahremiyet bireye özeldir. Mahremiyet,

¹³ **YÜKSEL**, Mehmet: "Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 1, 2003, s.185.

¹⁴ **BENNETT**, Louise: "Reflections on privacy, identityandconsent in on-lineservices", Information Security Technical Report, C. 14, S. 3, 2009, s. 119- 123.

kişinin kendisiyle veya sevdikleriyle başbaşa kalması veya onlarla herhangi bir konuda ortaklaşması, varoluşsal etkiler karşısında kabuğuna çekilmesi, ötekilere kapalı olmasını ifade eder. Bu anlamda mahremiyetin ortaya çıkması kişilerin kendileri hakkındaki bilgilere erişimi kontrol ettikleri sosyal düzenin bir sonucudur. Bu kontrolün bireylere nasıl verildiği ve mahremiyet kavramını ifade eden sosyal yapıları meydana getirmenin yolları doğrudan ilgi konusu olmamıştır. Açıkça, kişilerin başkalarının mahremiyetine saygı duyduklarını ifade ettikleri sosyal yapıların çoğu gayri resmi ve örtüktür.

Hukuk kuralları, mahremiyetin sosyal bağlamını oluşturmada da büyük bir rol oynar¹⁵. Bu kurallar, bir kişiye ait belirli alanları, evini, iletişim numarasını vb. kontrol etme iddiasını garanti eder ve bu garantiyi uygulanabilir yaptırımlarla destekler. Örneğin kişiye ait ırk, etnik köken, dini inanç, cinsel tercih, biyometrik verilerinden bahsederken kişisel verilerin mahremiyeti kavramını kullanabiliriz. Gizlilik ise kişinin yalnızlığı üzerinden değil, ortak olandan ve kamusal olandan kaçma üzerinden tanımlanabilir¹⁶. Bir şirkete ait ticari sırlar veya şirket içerisinde gizlilik gerektiren hususların dışarıya aktarılmaması, korunması söz konusu olduğunda genellikle gizlilik kavramı kullanılmaktadır.

Hukuk uygulamalarında bu ayırım gözönünde bulundurulmuş, dolayısıyla kişiye ait olmayan özel nitelikteki her türlü verinin korunması için gizlilik kavramı kullanılmıştır. Bu açıdan gizlilik sözleşmesi kavramsal olarak da doğru bir kullanımdır. Uygulamada da mahremiyet sözleşmesi değil gizlilik sözleşmesi şeklinde bir adlandırma yapılmaktadır. Gizlilik sözleşmesinin önemi verinin paylaşılması, yaygınlaştırılması sürecinde önem arz etmektedir. Veri kavramının fazlasıyla önem kazandığı bir teknolojik dönemde verinin saklanması, gizlenmesi gerekmektedir. Bunun için de özellikle şirket dışından bulut bilişim hizmetinin alınması durumunda hizmet sağlayıcı ile yapılacak sözleşmelerde gizlilik şartlarının sözleşmelere konulması gerekir. Bu gizlilik şartları sadece hizmet sağlayıcı ile yapılacak sözleşmelerde dikkate alınmamalı aynı şekilde hizmet

¹⁵ CHARLES, Fried: "Privacy", Yale LawJournal, C. 77, 1968, s. 475-493.

¹⁶ YILMAZ, Latif: "Kayıp Kamusalığın İzinde: Mahremiyet, Gizlilik ve Kamusalılık Üzerine", <https://birikimdergisi.com/guncel/10472/kayip-kamusalligin-izinde-mahremiyet-gizlilik-ve-kamusallik-uzerine> (Erişim Tarihi: 10.01.2023)

sağlayıcıya bağlı aracı bir kurumdan alınması durumunda da gizliliğin sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bunun yanında şirket içi bilgilerin, ticari sırların şirket dışına aktarılması riski de gizlilik politikası çerçevesinde önlenmelidir. Bunun içinde işletmede farklı pozisyonlarda çalışan yardımcı, vekil gibi kişilere gizliliğe ilişkin bilgilendirme yapılması gerekir. Özellikle işletmeler açısından ticari sır niteliğindeki bilgilere erişimi olan çalışanlara bu bilgilerin ifşasının meydana getireceği olumsuz sonuçlar hususunda gerekli uyarıların yapılması gerekir¹⁷. Gerektiğinde personelin bu konuda eğitilmesini sağlayan bilinçlendirici faaliyetler de yürütülmelidir.

II. GİZLİLİK SÖZLEŞMESİ

Bulut bilişimde verilerin izin verildiği taktirde erişim sağlayan kişilerle paylaşımı mümkün olabilir. Bu konuda izin verme yetkisi verinin sahibine aittir. Her veri gizli değildir. Örneğin herkesçe bilinen bir bilgi, yasal olarak açıklanması zorunda olan bir bilgi veya hayatın olağan akışı içinde normal makul bir insanın sahip olduğu bilginin gizli bilgi olduğu değerlendirilemez¹⁸. Ancak, bazı bilgilerin gizli olması zorunluluk gerektirebilir. Bilginin açık veya gizli olmasının ayrımı bilgiye verilen değerle ölçülür. Her türlü özneye ait ticari sır, know-how, marka, fikir, icat, telif hakkı, teknik bilgi, patent vb. bilgilerin gizli olduğu söylenebilir. Bu bilgiler bir şirkete atfedildiğinde eşsiz bir değere sahiptir ve o şirketi diğerlerinden farklı kılan değerlerdir. Bu bilgilerin ifşa edilmesi söz konusu şirketi değersizleştirir. Bu nedenledir ki gizli bilginin korunması gerekir. Gizli bilginin kapsamı ve ifşası durumunda meydana gelecek mağduriyetlerin hukuk düzleminde ortadan kaldırılması ya da bir cezalandırmanın yapılması için gizlilik sözleşmesinin taraflar arasında yapılması mutlak anlamda bir gereklilik ortaya koymaz. Çünkü karşılaştırmalı hukukta zaten her ülkenin gizliliğin korunmasına dönük iç hukuk metinlerinde kapsayıcı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin Türkiye’de münhasıran

¹⁷ YÜKSEL, Armağan/BOZKURT, Ebru: “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması”, TAAD, C. 9. S.33, 2018, s. 157.

¹⁸ KOWALSKI, Stanley P./KRATTİGER, Anatole: Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation a handbook of best practices, Volume 2, California, 2007, s.693.

gizliliğin korunması kusur sorumluluğu¹⁹, özen ve sadakat borcu²⁰, haksız rekabet hükümleri²¹ ile ceza sorumluluğu²² kapsamında yasal olarak düzenlenmiştir²³. Durum bu olmakla birlikte uygulamada gizlilik arz eden bilgilerin korunmasının sözleşme sorumluluğu kapsamına alınması için gizlilik sözleşmesinin yapılmasının da özellikle ispat sorumluluğu açısından önem arz ettiği değerlendirilmektedir.

Gizli bilginin korunması paylaşılmaması ile mümkün olabilir. Dijitalleşme ile ortaya çıkan bilgiye kolay erişim gizli bilginin ifşa edilmesi yönüyle riskli bir durum meydana getirmektedir. Bu nedenle gizli bilginin gizli kalması için gizli bilgiye sahip olanların bir takım yükümlüler üstlenmesi gerekmektedir. Gizlilik sözleşmesi uygulamada gizliliğin taraflarca sağlanması için bir hukuki güvence sağlamaktadır. Gizlilik sözleşmesi, sözleşmeye taraf olanların hangi bilgilerin gizli olduğu konusunda mutabakata vardıkları ve bunu üçüncü kişilerle paylaşılmaması konusunda karşılıklı rıza uyumunun sağlandığı iki taraflı sözleşmedir. Bu sözleşmede gizli bilginin gizliliğini korumak isteyen taraf karşı tarafa

¹⁹ Hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemi ile bir kişinin kişi ve malvarlığında bir zarara neden olma durumunda söz konusu olur. Örneğin gizlilik sözleşmesinde gizli bilginin korunması için gerekli dikkat ve özeni göstermeme ya da gizli bilgiyi ifşa ederek kusurlu bir eylem ile bilerek ve isteyerek zararlı bir sonucun meydana gelmesinin söz konusu olması durumunda geçerlidir

²⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinde “..... İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür” hükmü yer almaktadır.

²¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 55. Maddesinde sayılan haksız rekabet hallerinden “ d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur” şeklinde hüküm yer almaktadır.

²² 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239. madde hükmü “Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklindedir. Madde hükmünün devamında nitelikli hallerden bahsedilmektedir.

²³ **ŞENBAŞ**, Pınar: Bilgi Teknolojileri Dış Kaynak Alımında (Outsourcing) Kişisel Verilerin Korunması ve Gizlilik Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.

bu bilginin gizliliğinin sağlanması koşuluyla bu bilgiye erişim imkânı tanımaktadır²⁴. Gizlilik sözleşmesinde edimin konusu gizli bilgidir, edimin ifası ise bu bilginin gizliliğinin sözleşme şartlarına uygun bir şekilde sağlanmasıyla mümkün olabilecektir.

Bulut bilişim hizmetlerinde gizlilik sözleşmesi, taraflarca ayrı bir sözleşme şeklinde düzenlenebilir. Bununla birlikte taraflar ayrı bir sözleşme yapmak yerine anlaşabildikleri ölçüde temel sözleşme içeriğine gizliliğin sağlanmasına dönük kişilere hak ve yükümlülükler de tanımlayabilirler²⁵. Dolayısıyla yapılacak sözleşmenin şeklini belirleyecek olan şey taraf iradeleridir. Bu açıdan gizlilik sözleşmelerinin yapılaş şekline ilişkin şekil serbestisinin var olduğu söylenebilir.

Taraflarının kim olduğuna bakılmaksızın bütün gizlilik sözleşmelerinde sözleşmeye konu olan ortak unsurlar bulunmaktadır. Sözleşmenin konusu, gizli bilginin tanımı, taraf yükümlülükleri, süre, ihlal durumunda karşılaşılabilecek hükümler tüm gizlilik sözleşmelerinde yer alan ortak unsurlardır. Gizlilik sözleşmenin konusu, gizli bilgilerin korunması gerektiğini ortaya koyan tarafın rızası alınmadıkça, bilginin diğer gerçek ve/veya tüzel kişiye verilmemesini, açıklanmamasını temin edecek olan gizliliğin sınırlarının ve koşullarının belirlenmesidir. Bir gerçek veya tüzel kişiye ait tüm bilgiler gizli değildir. Dolayısıyla bu noktada hangi bilgilerin gizli olduğunun ortaya konulması gerekir. Bu noktadan hareketle ilk olarak gizli bilginin tanımlanması zorunludur. Gizli bilginin tanımı tarafların kişisel, kurumsal ve sektörel pozisyonlarına göre değişebilir. Örneğin bir kişiye ait telefon bilgisi kişisel veridir ve kişinin rızası alınmadıkça 3. kişilerle paylaşılması gerekir. Oysaki bir şirkete ait iletişim numarası gizlilik içermez. Aksine daha fazla kişiyle paylaşılması şirketin arzu ettiği bir durumdur.

A. Gizlilik Sözleşmelerinde Taraflar

²⁴ **SIAS**, Suzanne L: " Confidentiality and Nondisclosure Agreements ", Buisness Law, vol. iv., 2008, s. 3-4.

²⁵ **BİLGE**, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005, s.100; **BAĞRIACIK**, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından), On İki levha Yay., 1.Baskı, İstanbul 2017, s.9; **SAATCIOĞLU**, Onur Can: Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Ticari Sırların İhlali, Yetkin Yay., 1. Baskı, Ankara 2020.

Bulut bilişim hizmetlerinde gizliliğin her durumda sağlanması gerekir. Gizli verinin korunması ve güvenli kılınması hukuki ilişkinin taraflarının değişmesine bağlı olarak mahiyete uygun hükümlerin her seferinde sözleşme içeriklerine yerleştirilmesiyle mümkün olabilir. Aksi durumda gizli bilgilerin ifşası, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasına yol açabilir. Örneğin bulut hizmeti sağlayıcısından alınan bir hizmetin karşılığında hizmet sağlayıcının şirketin gizli bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmaması konusunda yükümlendirilmesi gerekir. Bu gizli bilginin ifşa edilmesi riskini azaltır fakat riski tamamen ortadan kaldırmaz. Çünkü, bu aşamada hizmet sağlayıcı ile bir gizlilik sözleşmesi yapılırken bulut hizmeti faydalanıcısının kendi çalışanıyla şirkete ait ticari sırların başkasıyla paylaşılmaması yönünde bir gizlilik sözleşmesi yapmaması bilginin korunması açısından riskli durumun devam ettiği gerçeğine karşılık gelir. Bu nedenle gizliliğin tam anlamıyla sağlanması gizli bilginin paylaşıldığı tüm aktörlerle her aşamada gizlilik sözleşmesinin yapılmasıyla mümkün olabilir.

Bulut servis sağlayıcısı, bulut hizmeti faydalanıcısına donanım, yazılım veya altyapı desteği sunan bulut bilişim hizmetinin baş aktörüdür. Bulut hizmeti sağlayıcısının olmaması durumunda bulut bilişimden bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁶. Bu nedenle bulut hizmet sağlayıcısı ile hizmet faydalanıcısı arasında yapılan gizlilik sözleşmesi en temel sözleşmedir. Bu sözleşmede düzenleyici tarafta teknolojik düzeyin her aşamasında ve alanında hizmet veren genel itibarıyla Amazon AWS, Microsoft Azure, Google Drive gibi küresel şirketler, karşı tarafta ise gerçek kişiler ile kamu/özel tüzel kişileri yer almaktadır. Bu sözleşmede düzenleyici tarafından önceden tek taraflı olarak belirlenmiş genel sözleşme hükümleri ile ücret, süre vb. hükümleri içeren, hükümlerinin karşı tarafla müzakere edildiği özel sözleşme hükümleri yer alır. İmzalanacak sözleşmenin tüm hükümlerinin düzenleyici tarafından karşı tarafla müzakere edilmemesi teknolojik hayatın bir gereğidir. Zira bulut şirketleri çok sayıda kişiye benzer hizmetler sunmakta olup sürecin en az maliyetle en hızlı şekilde

²⁶ CAVE, Jonathan/ROBINSON, Neil/KOBZAR, Svitlana/SCHINDLER, Helen Rebecca: Regulating the Cloud: More, Lessor Different Regulation and Competing Agendas, <https://ssrn.com/abstract=2031695> (Erişim Tarihi: 01.01.2023), s. 2; HILBER, Marc: Handbuch Cloud Computing, Köln, 2014, s. 3.

tamamlanması ticari/kamusal hayatın sürdürülebilirliği için elzem görülmektedir.

Bulut bilişimde ana servis sağlayıcısı, bazı hizmetlerin yerine getirilmesini alt servis sağlayıcılardan tedarik edebilir. Alt servis sağlayıcısı, bulut bilişim kapsamında faydalanıcıya sağlanan bazı hizmetleri hizmet sağlayıcısına karşı yerine getiren alt yüklenicidir. Bu durumda da bulut hizmet sağlayıcısı ile alt servis sağlayıcısı arasında bir gizlilik sözleşmesinin yapılması gerekir. Gizlilik sözleşmesinin verinin dağıtılmasının her aşamasında yapılması kanuni bir gereklilik değildir. Ancak, verinin gizliliğini ihlal etme teşebbüsünde bulunacak taraf açısından caydırıcı bir yönünün olduğu söylenebilir. Peki, bütün güvenlik tedbirlerine rağmen yine de gizli verinin alt servis sağlayıcısı tarafından izinsiz paylaşılması durumunda sorumluluk kime ait olacaktır? Sorumluluk hukuku çerçevesinde sözleşmenin tarafı olan bulut bilişim servis sağlayıcısı ihlalden açık bir şekilde sorumludur. Hizmet faydalanıcısının servis sağlayıcı ile alt servis sağlayıcı arasındaki sözleşme ilişkisini bilmesi, servis sağlayıcı tarafından kurulan ilişkiye dair bildirimde bulunulmaması durumunda servis sağlayıcının sorumlu tutulması mümkün değildir. Hizmet faydalanıcısı, servis sağlayıcı ile alt servis sağlayıcı arasındaki sözleşme ilişkisini biliyorsa gizlilik hükümlerinin alt servis sağlayıcısını da içerecek şekilde genişletilerek bir sözleşme ilişkisinin kurulması veri güvenliği açısından yararlı olur. Bu durumda bile ihlal durumunda asıl sorumlu bulut hizmet sağlayıcısıdır. Bulut hizmet sağlayıcısının gizlilik hükümlerine uymaması durumunda meydana gelecek zararın tazminat sorumluluğu çerçevesinde karşılanması gerekir. Bu açıdan gizlilik sözleşmesinin varlığı tazminatın ödenmesi noktasında ispat hukuku açısından delil niteliğindedir²⁷. Tazminatın miktarında taraflar uzlaşabilir, uzlaşmama durumunda mahkemenin vereceği karar kesin hüküm niteliğindedir. Bununla birlikte, bu-

²⁷ TUNÇ, Aybike: Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020.

lut bilişim hizmet sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda hizmet faydalanıcısına ait verilerin de silinmesine ilişkin hükümlere de gizlilik sözleşmesinde yer verilmelidir²⁸.

B. Gizlilik Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Gizlilik sözleşmesi gizli bilginin olduğu ve korunması gerektiği her türlü hukuk ilişkide söz konusu olabilir. Bu hukuki ilişki bir satım, eser, vekâlet, devir veya hizmet ilişkisi olabilir. Bulut bilişimde hizmet sağlayıcı ile faydalanıcı arasında geçerli bir hizmet ilişkisi söz konusudur. Gizlilik sözleşmesi asıl borç ilişkisine bağlı bir sözleşme olabileceği gibi, asıl borç ilişkisinden bağımsız bir sözleşme olarak da düzenlenebilir. Bazı durumlarda ise bağımsız bir sözleşme olarak düzenlenmesine gerek duyulmaz, taraflar asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeye gizliliğe ilişkin hükümlerin konulmasını yeterli görebilir. Bu durumda taraf iradelerinin birbiriyle uyumlu olması gizliliğe ilişkin şeklin belirlenmesi için yeterli görülmüştür.

Sözleşme ve şekil serbestisi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna hâkim olan temel ilkeler arasında yer alır. Gizlilik sözleşmesinin de kurulmasında şekil serbestisi geçerlidir. Gizlilik sözleşmesi hukuki sonucuna göre taraflar arasında borç ilişkisi kuran bir borçlandırıcı sözleşmedir. Gizlilik sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununda ve diğer özel kanunlarda düzenlenmemiştir. Bu açıdan gizlilik sözleşmesi isimsiz bir sözleşmedir. Gizlilik sözleşmesi kendisine göre özgü bir yapısı olan suigeneris bir sözleşmedir²⁹. Tarafların bir araya gelerek sözleşme içeriğini kendi rızalarına göre ortaya koydukları, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, sözleşme konusuna bağlı gizliliğe ilişkin hükümleri bir bütünlük içinde bir araya getirdikleri bir isimsiz sözleşmedir³⁰. Gizlilik sözleşmesi edimin süresine göre, borçlunun ediminin süreklilik teşkil ettiği, sürekli borç ilişkilerinin düzenlendiği sözleşmelerdir. Sürekli sözleşmelerde asli

²⁸ **SPLITTGERBER**, Andreas/**ROCKSTROH**, Sebastian: *Sicherdurchdie Cloud navigieren – Vertragsgestaltungbeim Cloud Computing*, BB 2011, Heft 36, s. 2182.

²⁹ **TANDOĞAN**, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, İstanbul 2008, sh. 68; **DONAY**, Süheyl: *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978, s. 54.

³⁰ **EREN**, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 107; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 12.

edim, taraflar arasında sözleşme ilişkisi sona erinceye kadar sürekli olarak ifa edilir³¹.

Edim ilişkisine göre gizlilik sözleşmesi bir tarafa borç yükleyen veya iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kurulabilir. Tek tarafa borç yükleyen gizlilik sözleşmelerinde taraflardan yalnız biri gizliliğin sağlanması taahhüdüyle borç altına girmektedir. Diğer tarafın yerine getireceği herhangi bir borç yükümlülüğü bulunmamaktadır. Örneğin bulut bilişim hizmeti alan bir hizmet faydalanıcısının şirkete ait ticari sırların 3. kişilerle paylaşılmaması konusunda hizmet sağlayıcı ile yapmış olduğu gizlilik sözleşmesinde sadece hizmet sağlayıcı borcu yüklenmiştir. Bu ilişkide gizlilik sözleşmesi tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp tek tarafa borç yükleyen iki taraflı bir sözleşme niteliğindedir. Tarafların ikisinin de gizli veriyi saklı tutma yükümlülüklerini karşılıklı olarak yerine getirmeyi taahhüt etmiş olması durumunda ise iki tarafa borç yükleyen gizlilik sözleşmesi söz konusudur. Bu durumda karşılıklı edimlerin değer açısından eşit olması gerekli değildir. Önemlilik arz eden husus gizli verinin ifşasının sözleşme hükümleri kapsamında her iki tarafça sağlanmasıdır. Örneğin bulut bilişim hizmeti alan faydalanıcının ticari sırlarının 3. kişilerle paylaşılmaması durumuna karşılık, hizmet faydalanıcısının da sadece kendisine sağlanan verileri başka kişilerle paylaşmaması bu duruma karşılık gelmektedir. İki tarafa borç yükleyen gizlilik sözleşmeleri tam ve eksik iki taraf borç yükleyen sözleşme şeklinde olabilir. Gizlilik sözleşmesi asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşme ile birlikte yapılabileceği gibi asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmeden önce de yapılabilir. Bu bağlamda gizlilik sözleşmesinin hangi aşamada düzenleneceği tarafların iradeleri ile belirlenir. Bu noktada edimin konusunun değer açısından ortaya koyduğu nitelik önemlidir. Gizliliğin ihlal edilmesi telafisi mümkün olmayacak sonuçların veya yüksek maliyetlerin ortaya çıkmasına neden oluyorsa bu durumda gizlilik sözleşmesinin asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmeden önce yapılması gerekir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı tarafından yürütülen Ortak Kurumsal Savunma Altyapısı (JEDI) projesi bir bulut bilişim projesidir. Bu kapsamda Bakanlık

³¹ EREN, s. 213.

Amazon ve Microsoft'dan bulut bilişim hizmeti almaktadır. Asli edim konusunun askeri güvenlik olduğu bu tür durumlarda gizliliğin sağlanması bulut hizmet sözleşmesinin objektif esaslı noktası haline gelecektir.

Gizlilik sözleşmelerinin yeni bir hukuk alanı olan Start-up hukukunda kullanımı önem arz etmektedir. Start-up hukuku, teknolojinin desteği ile kurucuların başlattıkları ve büyüttükleri yeni bir iş girişimini bir temel oluşturmak için çeşitli yasal uygulama alanlarına verimli ve metodik olarak özenli bir şekilde entegre etme uygulamasıdır³². Start-up hukukunda gizlilik sözleşmesinin asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmeden önce yapılması gizliliği sağlanması açısından önemli görülmektedir.

C. Gizlilik Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Alanının Tespiti

Gizlilik sözleşmesi, taraflar arasındaki gizlilik yükümlülüklerini tanımlayan bir belgedir. Sözleşmenin uygulanacağı hukuk alanı, tarafların anlaşığı veya sözleşmenin yapıldığı yer olarak belirlenir. Örneğin, bir Türk şirketi ile bir Alman şirketi arasında yapılan bir gizlilik sözleşmesi olduğunu varsayalım, bu durumda hangi ülke hukuku uygulama imkânına sahiptir. Türk hukuku veya Alman hukuku gibi iki farklı hukuk sistemi arasındaki uyumsuzluklarda hangi hukuk sisteminin uygulanacağını belirlemek için hukuk alanının belirlenmesi gerekir.

Bulut bilişimde gizlilik sözleşmelerine uygulanacak hukuk, tarafların hangi ülkeye mensup olmasına göre değişmektedir. Sözleşmenin her iki tarafının tabi olduğu hukukun aynı olması durumunda uygulanacak hukuka ilişkin bir ihtilaf söz konusu olmaz. Bu durumda taraflar uyumsuzluk durumunda tabi oldukları ülke hukukunun dışında diğer bir ülkenin hukuk hükümlerinin geçerli olacağına dair bir yetki anlaşması yapsa dahi, bu anlaşma geçersizdir. Ancak taraflardan bir tanesinin başka bir ülkenin hukuk düzenine tabi olması durumunda hangi ülke hukukunun öncelikli olarak uygulanacağına dair taraflar arasında bir anlaşmanın olması mümkün olabilir. Gizlilik sözleşmeleri bulut servis ana sözleşmelerinin bir parçası olduğundan uygulanacak hukuk da ana sözleşmede ortaya konulan hükümlere göre belirlenmektedir. Bulut bilişim hizmeti

³² Gizlilik Sözleşmesi için bkz. Berkeley Law, "Startup Law Initiative", <https://www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/slps/current-slps-projects/startup-law-initiative/> (Erişim Tarihi: 15.01.2023)

sağlayan firmalar ağırlıklı olarak yabancı menşeli olduklarından uygulamada kanunlar ihtilafı hükümlerine başvurulduğu sıklıkla görülmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda bulut bilişim sözleşmelerinde taraflara diledikleri hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Bu tanınma Avrupa Parlamentosunun 1215/2012 numaralı düzenlemesi mümkün olmuştur. Uluslararası Hukuka ilişkin Avrupa yasal çerçevesi, yani Brüksel I³³ ve Roma I³⁴ düzenlemeleri, belirli koşulların geçerli olması koşuluyla, yani sağlayıcının tüketiciye yönelik hedeflenen faaliyetinin geçerli olması koşuluyla devreye giren, tüketici sözleşmelerinde yargı yetkisi ve geçerli yasa hakkında özel kurallar içeren düzenlemelerdir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede hangi hukukun geçerli olacağına dönük rızaları uyduğu sürece bir seçimde bulunabilirler ve sözleşme ilişkisi devam ederken mevcut hükümlerde değişiklik de yapabilirler.

Bulut bilişim hizmetleri ağırlıklı olarak ABD menşeli firmalar tarafından tüm dünyada küresel olarak sağlanmaktadır. Bu bağlamda CLOUD Act (Bulut Yasası) telekomünikasyon hizmet sağlayıcılarının depoladığı verilere yönelik yasal çerçeveyi güncellemiştir. Bu güncellemenin yapılmasında tamamen Amerika Birleşik Devletleri kolluk kuvvetlerinin istekleri esas alınmıştır. Böylelikle esasında CLOUD Act, başka bir ülkenin yasaları veya ulusal çıkarlarıyla çakışması durumunda, bulut hizmeti sağlayıcılarına istekleri reddetme hakkı tanımaktadır³⁵. Bu yasa ABD düzenlemelerine tabi olmayan harici olarak yönetilen bulut hizmetleri sağlayıcılarına ABD dışında ikamet eden kuruluşlar için gerçek anlamda veri gizliliği sağlama fırsatı sağlar, Google veya Microsoft gibi küresel oyuncular için nerede olursa olsun bulut altyapılarını konumlandırmak veya verilerini barındırmak, ABD mevzuatına tabidir. Bir barındırma sağ-

³³ Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000

³⁴ Regulation(EC) 593/2008 of 17 June 2008

³⁵ Gizlilik Sözleşmesi Hukuk Alanı Tespiti için Bkz. Amazon, "Clarifying Lawful Overseas Use of Data (Verilerin Denizaşırı Ülkelerde Kullanım Şeklinin Netleştirilmesi – CLOUD) Yasası", <https://aws.amazon.com/tr/compliance/cloud-act/> (Erişim Tarihi: 16.01.2023)

layıcısının ABD ile herhangi bir bağlantısı yoksa, ABD hükümetine verilere erişim izni vermek zorunda değildir. Tek yükümlülükleri verilerin bulunduğu yerdeki yargı yetkisine uyumu sürdürmektir.

Türk Hukuku'nda milletlerarasılık unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitine dönük hükümler 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK) düzenlenmiştir. Bu kanunda tarafların yapacakları yetki anlaşmaları düzenlenmiş ve bu yetki anlaşmalarının sınırları belirlenmiştir. Kanunun 47. Maddesinde “Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler” şeklinde bir hüküm mevcuttur. Bulut bilişim hizmetleri uygulamada rekabet avantajına sahip belli başlı yabancı menşeli küresel birtakım şirketler aracılığıyla yerine getirilmekte ve yabancılik unsuru içermektedir. Gizlilik sözleşmesi de bulut bilişim faaliyetlerinin bir tamamlayıcısı olup içeriğinde borçlandırıcı birtakım hükümler barındırır³⁶. Sonuç olarak MÖHUK hükümleri esas alındığında taraflar gizlilik sözleşmelerinde diledikleri şekilde hangi yer hukukunun geçerli olacağına dair yetki anlaşması yapabilirler. Ancak bu gizlilik sözleşmesinin geçerli olabilmesi yazılı delille mümkün olacaktır. Uygulamada da görülmektedir ki gizlilik sözleşmesi her ne kadar şekil serbestisi söz konusu olsa da yazılı yapılmaktadır.

D. Gizlilik Sözleşmelerinde Görevli ve Yetkili Mahkemenin Tespiti

Gizlilik sözleşmesi yapılırken bir yetki alanın seçilmesi önemlidir. Bu yetki alanında iki temel unsur bulunmaktadır. Bu unsurların ilki gizlilik sözleşmesine aykırı bir fiil neticesinde veri gizliliğinin ihlali durumunda hangi ülkenin mahkemesinde dava açılabilirliği. Diğer ise hangi ülke hukukunun geçerli olacaktır. Yargı yetkisi ile hukuk seçiminin eşleşmesi zorunlu değildir. Örneğin Kanada'da bulunuyorsanız, yargı yetkisinin Kanada'da olmasını ancak İngiliz yasalarının geçerli olmasını isteyebilirsiniz. Bu, taraflardan herhangi birinin herhangi bir davanın bir Kanada mahkemesinde açılmasını ve Kanada mahkemesinin

³⁶ TUNÇ, s. 117.

önlerindeki davayı değerlendirirken İngiliz yasasını uygulamasını istediğiniz anlamına gelir.

Tek yönlü gizlilik sözleşmelerinde yargı yetkisi ve hukuk seçimi normalde ifşa eden tarafça belirlenir. Bunun nedeni, ifşa eden tarafın aynı zamanda normalde gizlilik sözleşmesinde ısrar eden, sözleşmenin hazırlanması ve oluşturulması için ödeme yapan ve ilk yer seçimini yapan taraf olmasıdır. İfşa eden tarafça yeri seçtikten sonra, alan tarafın yeri değiştirmek için güçlü gerekçeler bulması normalde daha zordur. Bununla birlikte, her iki tarafın da açıklamalarda bulunduğu ve diğer taraftan gizlilik talep ettiği karşılıklı gizlilik sözleşmelerinde, en büyük pazarlık gücüne sahip taraf yargı ve hukuk seçimine karar verir³⁷.

Gizlilik sözleşmeleri oldukça uzmanlaşmış telif hakkı ve fikri mülkiyet konularını ele alma eğiliminde olduğundan, belirli bir mahkemenin veya hukuk seçiminin, bu tür bir konuda karar vermek için gerekli yargı yetkisine ve deneyime sahip olup olmadığını dikkate almak önemlidir. Bazı mahkemeler, dava konusunun tespiti konusunda kendilerini yetersiz görebilir ve görevsizlik kararı verebilir. Örneğin, ABD'de patent ihlalleri, eyalet yasalarının değil, federal mahkemelerin münhasır yargı yetkisine girer. Bir yargı yerini belirlemek ve hukuk seçimi basit bir iş değildir. Hangi kanunlar ihtilafının geçerli olabileceği ve belirli bir ülke ve eyaletin sonucunuz için olumlu olup olmayacağı da dahil olmak üzere dikkate alınması gereken çok sayıda karmaşık konu söz konusudur. Dolayısıyla, bir hata ek yasal maliyetlere ve daha da kötüsü istenmeyen bir sonuca yol açabilir.

Uygulamada bulut bilişim hizmet sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ve yargı yerinin genel işlem koşulları şeklinde servis sağlayıcı tarafından muhatapla müzakere edilmeden tek taraflı belirlendiği görülmektedir. Servis sağlayıcı gizlilik sözleşmesi yapıldığı anda genel itibarıyla daha güçlü bir konumda olduğundan uygulanacak hukukun tespiti de onun iradesi yönünde belirlenmektedir. Örneğin Microsoft Azure ağırlıklı olarak gizlilik sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti ve

³⁷ EveryNDA, "Choice of law and jurisdiction in NDAs", <https://www.everynda.com/blog/choice-law-jurisdiction-nda/> (Erişim Tarihi: 30.01.2023)

yargı yerinin belirlenmesinde Birleşik Devletler hukukunun geçerli olduğunu de faktör kabul etmektedir³⁸.

Amazon AWS ise münhasır yargı yetkisini kabul etmektedir. Münhasır yargı yetkisi, tarafların gizlilik sözleşmesinde belirtilenler dışında başka bir mahkeme veya kanunun dâhil olmasını istemedikleri anlamına gelir. Sözleşmede adı geçmeyen diğer mahkemelerin, sözleşmede adı geçen münhasır bir yargı yetkisinin olduğu durumlarda yargı yetkisini kabul etme olasılığı daha düşüktür. Uygulamada Amazonun dünyanın farklı bölgelerinde kurduğu bulut merkezlerinin konumlandığı yere göre hangi ülke hukukunun uygulanacağı ve hangi yargı yerinin görevli olduğu değişmektedir³⁹. Sorunların çözümü noktasında tahkim uygulaması da yer bulabilmektedir.

Genel işlem koşulu niteliğinde yetki anlaşmasının varlığı durumunda uygulanacak hukuk bu hükme göre belirlenecektir. Sözleşmede belirlenen hükmün uygulanacak hukuka aykırı olması durumunda yetki

³⁸ “Bu sözleşme, yasaların ihtilafı hükümleri dikkate alınmadan, şu istisnalar dışında Washington hukukuna tabidir: (i) ABD Hükümeti'ne bağlı bir kurum iseniz, bu sözleşme Birleşik Devletler yasalarına tabidir ve (ii) Birleşik Devletler'de bulunan bir eyalet veya yerel kamu kurumu iseniz bu sözleşme o eyaletin yasalarına tabidir. Bu sözleşmeyi uygulamaya yönelik tüm davalar, Washington Eyaleti mahkemelerinde açılmalıdır. Bu yetki anlaşması, taraflardan herhangi birinin, fikri mülkiyet haklarının ihlali konusunda uygun bir yetkili mahkemede ihtiyati tedbir aldırmasını önlemez” Bkz., Microsoft, “Microsoft Çevrimiçi Üyelik Sözleşmesi – ABD Kamu Bulut”, <https://azure.microsoft.com/tr-tr/support/legal/subscription-agreement/government/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)

³⁹ “İlgili AWS Sözleşme Tarafı, Amazon AWS ServiçosBrasilLtda. ise taraflar işbu Madde 13.5(c) hükümlerinin geçerli olacağını kabul eder. İhtilaflar, Uluslararası Ticaret Odasının o tarihte geçerli olan Tahkim Kurallarına uygun olarak, mahkemeye götürmek yerine, taraflar arasında bağlayıcı olan tahkim yoluyla çözülecektir ve hakem kararına ilişkin karar, yargı yetkisine sahip herhangi bir mahkeme tarafından verilebilir. Tahkim, Brezilya'nın São Paulo Eyaleti, São Paulo Şehrinde yapılacaktır. Üç hakem olacaktır. Hakemlerin ve, varsa, idare makamının ücret ve masrafları taraflarca eşit oranda ödenecektir. Taraflar, bu tür tahkim davasının varlığının ve bunlarla ilgili bilgilerin taraflardan herhangi biri tarafından ifşa edilmeyeceğini ve bunların gizli bilgi oluşturacağını kabul eder. Yetkili Mahkemeler, yalnızca (i) tahkim davasının başlamasını sağlamak; ve (ii) tahkim mahkemesinin kurulmasından önce koruyucu ve geçici tedbirler vermek üzere münhasır yargı yetkisine sahiptir”. Bkz., Aws, “Aws Müşteri Sözleşmesi”, https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_Turkish_Translation.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2023)

anlaşmasının uygulanması hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁰. Eğer sözleşmenin karşı tarafı genel işlem şartını kabul etmez ve sözleşme hükmü olmasına rıza göstermezse Roma I Tüzüğü md. 10/I hükmü gereğince kendi mutata meskeni hukukuna dayanabilir⁴¹. Ancak, bulut bilişim sözleşmeleri yabancılaşma unsuru içermelerine binaen her ülke için belirlenen genel işlem koşullarının değiştirilmesi uygulamada çok mümkün görülmemektedir⁴².

E. Gizlilik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun md.20/1 hükmü gereğince genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşulları hızla gelişen teknolojinin iş hayatında meydana getirdiği zorunlu bir yeniliktir. Genel işlem koşulları sözleşmelerde standardizasyon ve rasyonalizasyon sağlamaktadır. Bununla birlikte zaman yönünden sözleşmelerin hızlı ve kolay yapılması ile iş hayatında uzmanlaştırmayı da beraberinde yerine getirmektedir⁴³. Gizlilik sözleşmesine Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda yürürlük, yorum ve içerik denetiminin yapılması kanuni bir gerekliliktir. Gizlilik sözleşmesinin içeriğine ilişkin düzenleyen taraf, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir. Aynı şekilde düzenleyen taraf karşı tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlamalıdır. Bu durum şartların okunması, değerlendirilmesi ve kabulüne ilişkin makul bir süreyi tanımayı içerir. Gizlilik sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetimi kapsamına yorum denetimi girer. TBK md. 23 gereğince sözleşmede yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Gizlilik sözleşmesinde yer alan genel işlem koşulları hu-

⁴⁰ BORGES, George/MEENTS, Jan Geert: Cloud Computing Rechtshandbuch, München 2016, s. 42.

⁴¹ SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina: MünchenerKommentar zum BGB 7. Auflage 2018, Band 12, Rn. 11; <https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata/komm/MuekoBGB/cont/MuekoBGB%2Ehtm> (Erişim Tarihi: 05.02.2023)

⁴² EREN, s. 215.

⁴³ EREN, s. 215.

kuki niteliği itibari ile sözleşme hükmüdür fakat emredici nitelikte değildir. Bu hükümler sözleşmenin asli hükümleri şeklin de yorumlanamaz. Bunlar arızı hükümlerdir⁴⁴. Çünkü sözleşmenin asli hükümlerinin genel işlem koşulları şeklinde düzenlenmesi mümkün değildir. Asli hükümlerin sözleşmenin tarafları arasında müzakere edilerek hükümler üzerinde bir uzlaşmanın sağlanması gerekir.

Genel işlem koşullarına ilişkin Alman Medeni Kanununda da hükümler bulunmaktadır. Alman hukukuna göre genel işlem koşulları sözleşme metnine dahil edildiği takdirde karşılık bulacaktır. Başka bir deyişle, genel işlem koşulları açısından sözleşme metninin önceden kaleme alınması başlı başına hukuki bir işlem olarak nitelendirilemez. Bu hükümlerin hukuk düzenince kabul görmesi için sözleşmenin karşı tarafının kendisine sunulan bu koşulları kabul etmesi gerekir⁴⁵. Aslında Türk hukukunda var olan genel işlem koşullarına ait hükümlerin kaynağı Alman Medeni Kanununun 305-310 arası madde hükümleridir. Bu nedenle, Türk ve Alman hukuku açısından genel işlem koşullarının içerik denetimlerinin aynı olduğu söylenebilir. Yine Avrupa Birliği Konseyi' nin de 05.04.1993 tarihli Tüketici Sözleşmelerinde Kötüye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında 93/13 No'lu Konsey Yönergesi tüketicileri konu alan bir yönerge olup uygulanma alanı sadece genel işlem koşullarıyla sınırlı olmayıp bireysel sözleşme hükümlerini de kapsamaktadır⁴⁶. Bu düzenlemelerde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler mahiyetine uygun olması koşuluyla bulut bilişim gizlilik sözleşmelerin de uygulama alanı bulur.

Gizlilik sözleşmesinde taraflara ait isim, adres, e-mail adresleri ile birlikte sözleşmenin akdedildiği tarih dışında neredeyse sözleşmenin tamamı bulut servis sağlayıcısı tarafından tek taraflı olarak düzenlenmektedir. Sözleşmede, gizli bilginin tanımı ve kapsamı, hangi bilgilerin gizli bilginin kapsamı dışında olduğu, gizli bilginin kullanımı ve ifşasına ilişkin hükümler, ifşa durumunda uygulanacak hukuk alanının seçimi, gizli bilgilerin sahipliğine ilişkin açıklamalar, yetkisiz kullanım durumunda

⁴⁴ HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 179; EREN, s.218-220.

⁴⁵ GEZDER, Ümit: Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 145.

⁴⁶ HAVUTÇU, s. 65.

bildirim, sözleşmenin sona ermesi durumunda gizli bilgilerin iadesi, ihtiyati tedbir hükümleri, kapsam ve sözleşme süresinin dolması ile çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu başlıklara ait hükümler genel işlem koşulları şeklinde bulut bilişim servis sağlayıcısı tarafından önceden belirlenmiştir⁴⁷. Uygulamada bulut bilişim gizlilik sözleşmeleri katılmalı sözleşme niteliğindedir. Sözleşme içeriğinin tamamı veya belirli bir kısmı önceden bulut servis sağlayıcısı tarafından düzenlenmiştir. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafı açısından tek bir alternatif durum söz konusudur. Sözleşmeyi kabul etmek veya reddetmek. Bulut bilişim hizmetinin ağırlıklı olarak yabancı menşeli firmalarca yerine getirildiği göz önüne alındığında gizlilik sözleşmesinde hangi ülke hukukunun geçerli olacağına dair açık bir hüküm varsa, uygulanacak hukuk hükümleri ilgili ülkeye ait olacaktır.

F. Gizlilik Sözleşmelerinde Sorumsuzluk Antlaşması

Sorumsuzluk anlaşması veya hükümleri sözleşmenin ihlalden doğan zararın gerçekleşmesinden önce taraflar arasında açık veya örtülü yapılır. Bu anlaşma ileride ortaya çıkması muhtemel durumların varlığında, alacaklının tazminat talebinin tamamen veya kısmen ortaya çıkmasını engelleyen bir tür anlaşmadır⁴⁸. Bulut bilişimde gizlilik sözleşmesinin tarafları aralarında anlaşmak suretiyle gizli bilginin ifşası nedeniyle tam bir sorumsuzluk anlaşması yapabilecekleri gibi, sınırlı bir sorumluluk anlaşması da yapabilirler. Burada gizlilik ihlalden doğan sorumluluğu çerçevesi tarafların iradesine bağlıdır. Ancak ister kişisel ister ticari sır niteliğinde olsun gizlilik sözleşmesinin asıl edim yükümlülüğü taraflar açısından gizli bilginin ifşasını engellemek olduğundan kasti bir eylemden kaynaklı gizlilik ihlalinin sorumsuzluk anlaşması kapsamına alınması mümkün değildir. Nitekim TBK mad. 115'e göre borçlunun kasıt ve ağır ihmalden kaynaklı kusurundan doğacak zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür. Bu bağlamda TBK 116 kapsamında sorumsuzluk anlaşması yapmak mümkün iken borç ilişkisinin konusunun bulut bilişim hizmeti olması durumunda

⁴⁷ Gizlilik Sözleşmesinde Genel İşlem için bkz. Amazon, "Mutual Non-Disclosure Agreement", <https://s3.amazonaws.com/cdn.prpl.rs/docs/PRPL-NDA.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2023)

⁴⁸ EREN, s. 1108.

akdedilecek bir gizlilik sözleşmesinde gizliliğe ilişkin sorumsuzluk hükümlerine yer verilmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyim. Örneğin aynı şirkette birlikte çalışan sistem güvenliği konusunda yetkilendirilmiş bir kişinin ihmalinden kaynaklı olarak diğer çalışanın gizli bilgileri ifşa etmesi durumunda, şirketin bu durumdan sorumluluk duymayacağına ilişkin gizlilik sözleşmesine hüküm konulması mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, bir hizmet, meslek veya sanat uzmanlık gerektiriyorsa ve kanun ya da yetkili makamlarca verilen bir izinle faaliyetler yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olunmayacağına ilişkin akdedeceği anlaşma kesin olarak hükümsüz olacaktır. Örnek vermek gerekirse sistem güvenliği konusunda hizmet veren bir siber güvenlik şirketinin hizmet verdiği şirketin hafif bir kusuruyla meydana gelen bir güvenlik ihlalinden sorumluluk duymayacağına ilişkin sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Çünkü bulut bilişim hizmetlerinde işin doğası gereği sistemin arızalanması, yavaşlaması, performans kaybı veya veri kaybı gibi risklerle karşılaşılması her zaman mümkündür. Bu tür durumların varlığında elbette ki bulut hizmet sağlayıcısının sorumluluğu sözkonusu olacaktır. Bu nedenle örneğin, sistem altyapısının hafif bir kusur davranışı nedeniyle arızalanması, veri kaybının oluşması veya gizli bilgilerin ifşası durumunda hizmet sağlayıcının sorumlu olmayacağına dair gizlilik sözleşmesinde hükümlere yer verilmesi durumunda sözleşme hükmü yukarıda açıklandığı gibi geçersiz olacaktır.

Bulut hizmet sözleşmelerinde öngörülen sorumsuzluk hükümleri ağırlıklı olarak genel işlem şartı niteliği taşımaktadırlar. Uygulamada hem bulut bilişim ana hizmet sözleşmeleri hem de gizlilik sözleşmeleri düzenleyen tarafından önceden hazırlanmıştır, sözleşmede yer alan hükümler çoğunlukla karşı tarafla müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuştur.

“Kullanıcıların tarafından sunulan hizmetlerden/servislerden yararlanabilmek amacıyla kendilerine verilen bilgilerin (Kullanıcı ismi, şifre, e-posta, doğum tarihi, cinsiyet, telefon vb.) güvenliği, saklanması, bunların 3. kişilerin bilgisinden ve kullanımından beri tutulmasıyla ilgili hususlar tamamen kullanıcıların sorumluluğundadır. Kullanıcıların web sitesine giriş bilgilerinin güvenliği, saklanması, 3. kişiler tarafından kullanılması ve benzeri husus-

lardaki tüm ihmal ve kusurlarından dolayı kendilerinin ve/veya 3. kişilerin uğradığı veya uğrayabileceği zararlar nedeniyle doğrudan veya dolaylı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır”⁴⁹.

Türk hukukunda yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin benzeri Avrupa Birliği komisyon raporlarında da yer almaktadır⁵⁰. Bu raporlarda sorumsuzluk anlaşmalarının genel işlem şartı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşması hükümleri ve genel hükümler çerçevesinde içerik, yorumlama ve yürürlük denetimine tabi tutulmaktadır. Örneğin mücbir sebep, düzenli aralıklarla yedekleme yapmama, mahremiyeti güçlendirmeye dönük altyapı yatırımları yapmama gibi hizmet sağlayıcı tarafından kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmeyecek durumlarda sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olabilmesi için bulut hizmet faydalanıcısının sözleşme kurulmadan önce bu hususta açıkça bilgilendirilmiş olması, içeriğini okuma ve öğrenme imkânı tanınmış olması ve kabulü yönünde rızasının olması gerekmektedir⁵¹.

G. Gizlilik Sözleşmesinin Sona Ermesi

Gizlilik sözleşmeleri kural olarak sürenin dolması ile sona erer. Bun durum belirli süreli gizlilik sözleşmeleri için geçerlidir. Belirsiz süreli gizlilik sözleşmeleri ise bulut bilişim servis sunucusu ile faydalanıcısı arasındaki sözleşme ilişkisi devam ettiği sürece geçerliliğini korur. Gizlilik sözleşmesi asıl borç ilişkisi başlamadan önce de akdedilebilir. Bu durumda asıl borç ilişkisinin başlamasıyla birlikte mevcut gizlilik sözleşmesinin yerine yeni bir sözleşmenin yapılması veya mevcut sözleşmenin yeni koşullara göre yenilenmesi mümkündür. Asıl borç ilişkisini düzenleyen ana bulut bilişim sözleşmesi kapsamında düzenlenen gizlilik sözleşmelerinde asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin sona ermesi ile gizlilik sözleşmesinin geçerlilik süresi de dolacaktır. Gizlilik sözleşmesinin sona ermesi

⁴⁹ Gizlilik Sözleşmesinde Sorumsuzluk Antlaşması için bkz. Geminilab, “Hizmet ve Gizlilik Sözleşmesi” <https://geminilab.co/tr/hizmet-ve-gizlilik-sozlesmesi> (Erişim Tarihi: 07.02.2023)

⁵⁰ EU Commission, Comparative Study on cloud computing contracts final report, <https://doi.org/10.2838/16333> (Erişim Tarihi: 13.02. 2023)

⁵¹ SCHÖTLER, Ingo/DIEKMANN, Christian: Typische Haftungsklauseln in IT-AGB, ITRB 2012, Heft 4, s. 86; BORGES/MEENTS, s. 165.

gizli bilgiyi ifşa etmeme yükümlülüğü altında olan tarafın ifa yükümlülüğünü her zaman için tam olarak ortadan kaldırmayabilir. Bu nedenle bazı durumlarda taraflar arasında akdedilen gizlilik sözleşmesinin süresi dolsa da tarafların gizli bilgiyi paylaşmama yükümlülüğü belli bir süreliğine veya belirsiz süreli devam eder. Bu durum sözleşmede taraf iradelelerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Bu noktada bulut bilişimin mimarisine bağlı olarak kullanıcıların görevlerinin niteliği önem arz eder. Örneğin, kamuya ilişkin gizli bilgilere erişimi olan bir devlet görevlisinin gizli bilgileri ifşa etmeme yükümlülüğü, belirsiz süreli olarak devam eder. Fakat bulut servis sunucusu ve hizmet yararlanıcısının özel işletme veya gelecek kişi olduğu durumda genel olarak özel kanunlarca belirlenmiş süreler kullanılır. Örneğin, gizlilik sözleşmesinde yer alacak bir hükümle işçinin iş ilişkisinin sona ermesi akabinde gizlilik özelliğine sahip belge veya bilgileri işçinin hem kendi çıkarları doğrultusunda kullanması hem de 3. kişilerle paylaşması yasaklanabilir⁵². Bununla birlikte, gizli bilgiye erişimle yetkilendirilen kişilerin görevlerinin sona ermesi durumunda gizli bilgi içeren tüm belgeler ve konuya yönelik bütün malzemeleri gizli bilgi sahibine teslim edilmesi gizli bilgiye erişimle yetkilendirilen kişinin borçları arasında yer alır⁵³.

Gizlilik sözleşmesi asıl bulut bilişim sözleşmesinin esaslı unsurları⁵⁴ arasında yer aldığından gizlilik sözleşmesinde yer alan hükümlere uyulmaması asıl sözleşme ilişkisinin tamamen ortadan kalkmasına sebep olabilir. Bulut bilişimde gizlilik sözleşmesi yürürlük tarihinde ve sonrasında eklenen bütün gizli bilgileri kapsar. Sözleşmede veri ifşasının zorunlu olduğu durumlara ilişkin hükümlere de yer verilmelidir. Zira bu tür bir durumun varlığında gizliliğin ifşasından bahsedilemez. Örneğin gizli veriyi ifşa etmemekle yükümlenen taraf üzerinde yargı yetkisine sahip devlet kurumlarının emirlerine veya diğer yasal olarak bağlayıcı talimatlarına

⁵² **KAYASOYLU**, Damla: Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yay., İstanbul 2020, s. 76;

⁵³ **USLUEL**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 151.

⁵⁴ **SPLITTGERBER/ROCKSTROH**, s. 2182.

uymak için gerekli olduğu veya yasaların gerektirdiği şekilde gizli bilgileri ifşa edebilir⁵⁵. Bu durumun varlığında gizlilik sözleşmesinin ihlaline bağlı olarak asıl hizmet sözleşmesinin tek taraflı feshi haklı bir neden teşkil etmeyecektir.

“Bu Sözleşme, İfşa Eden Tarafça yürürlük tarihinde ve sonrasında ifşa edilecek gizli bilgileri kapsar. Bu Sözleşme, (i) Taraflar veya bağlı kuruluşları arasında belirtilen amaçla ilgili tüm yazılı sözleşmelerin feshi veya(ii) herhangi bir anlaşma yapılmaması halinde, taraflar veya bağlı kuruluşları arasında belirlenen amaç ile ilgili tartışmaların sona erdirilmesi veya bu sözleşmeyi sona erdiren yazılı bildirim teslimi, ancak (a) her bir tarafın diğer tarafın gizli bilgileri ile ilgili yükümlülükleri feshedildikten sonra üç (3) yıl boyunca geçerliliğini koruyacak ve (b) 6, 9, 10 ve 11. Bölümler süresiz olarak geçerliliğini koruyacaktır”⁵⁶.

Gizlilik sözleşmesinin sona ermesi asıl sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması ile mümkündür. Bazı hükümlerin gizli bilginin sağlanmasını isteyen taraf açısından sahip olduğu yüksek önemi nedeniyle belirli süreli veya süresiz olarak gizli tutulması zorunlu kılınabilir.

SONUÇ

Bulut bilişimde gizlilik sözleşmesi önemlidir. Siber dünyaya angaje olmuş her gizli veri 3. kişilerle paylaşılma riskli ile karşı karşıyadır. Bu nedenle, veri paylaşımının yapıldığı borç ilişkisi sayısı kadar gizlilik sözleşmesinin de sayıca yapılması gerekir. Gizlilik sözleşmesinde asıl amaç veri gizliliğinin sağlanmasıdır. Bu nedenle başta bulut servis sağlayıcısı olmak üzere sözleşmenin her iki tarafı verilerinin gizliliğini korumalı ve gerektiğinde şifrelenmelidir. Gizliliğin sağlanması, veri erişim kontrolü ile mümkün olabilir. Bir başka deyişle bulut hizmet sağlayıcısı, hizmet faydalanıcısına ait verilere erişimi sadece yetkilendirilmiş kişilere vermeyi taahhüt etmelidir. Hiçbir veri sürekli olarak kullanılmaz. Veriler belirli bir süre boyunca hizmet sağlayıcı tarafından saklanmalı ve belirli bir zaman dilimi sonunda veriler silinmelidir. Veri güvenliği her ne kadar bulut hizmet sağlayıcısı tarafından birincil olarak sağlanması gereken bir

⁵⁵ <https://www.buyingfor.vic.gov.au> (Erişim Tarihi: 13.02. 2023)

⁵⁶ <https://www.buyingfor.vic.gov.au> (Erişim Tarihi: 13.02. 2023)

önlem olsa da faydalanıcıların da sorumluluk bağlamında hareket etmesi önemlidir.

Gizlilik sözleşmeleri için kanunda belirtilen bir şekil şartı söz konusu değildir. Ancak, adi yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı bakımından her iki taraf açısından bir avantaj sağlayacaktır. Taraflar isterlerse nitelikli yazılı şekle çevirebilirler. Gizlilik sözleşmesi tek taraflı olabilir ancak ivazlı olması her zaman için gizliliğin sağlanması açısından daha yararlı sonuçlar doğurur. İfanın sağlanması her iki taraf açısından eşit düzeyde olmayabilir. Ancak gizlilik sözleşmesinde yer alan taraf yükümlülüklerinin sözleşmeye uygun yerine getirilmesini sağlamak için gizlilik ihlalinin bir yaptırıma bağlanması caydırıcılık açısından kayda değer sonuçlar üretebilir. Bu yaptırımlar gizlilik sözleşmesinin ihlali durumunda faydalanıcının hizmet sağlayıcıya tazminat talebinde bulunması olabileceği gibi sözleşmenin feshedilmesi ile yasal işlem başlatılması da olabilir. Burada belirleyici unsur kuşkusuz taraf iradeleridir.

Bulut bilişim asıl sözleşmelerinde bir başka sözleşme olarak gizlilik sözleşmesinin yapılması zorunlu değildir. Uygulamada ayrı bir sözleşme şeklinde gizlilik sözleşmesi akdedilmese bile asıl sözleşme içeriğine gizliliği sağlayıcı hükümlerin eklendiği çokça görülmektedir. Ancak bu yeterli değildir. Gizlilik sözleşmesinin ayrı yapılması gizli bilginin ifşası durumunda öngörülmezen zararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu nedenle gizlilik sözleşmesi taraflar arasında yapılmalı ve gizlilik sözleşmesi hazırlanırken gizliliği teminat altına alacak tüm önlemler de alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Alibaba Cloud, “What Is SaaS?”, <https://www.alibabacloud.com/tr/knowledge/what-is-saas> (Erişim Tarihi: 07.01.2023).
- Amazon, “Bulut Bilişim Nedir?”, https://aws.amazon.com/tr/what-is-cloud-computing/?nc2=h_q1_le_int_cc# (Erişim Tarihi: 30.12.2022).
- Amazon, “Hizmet Olarak Altyapı (IaaS) nedir?”, <https://aws.amazon.com/tr/what-is/iaas/> (Erişim Tarihi: 05.01.2023).
- Amazon, “Clarifying Lawful Overseas Use of Data (Verilerin Denizaşırı Ülkelerde Kullanım Şeklinin Netleştirilmesi – CLOUD) Yasası”, <https://aws.amazon.com/tr/compliance/cloud-act/> (Erişim Tarihi: 16.01.2023).
- Amazon, “Mutual Non-Disclosure Agreement”, <https://s3.amazonaws.com/cdn.prpl.rs/docs/PRPL-NDA.pdf> (Erişim Tarihi: 07.02.2023)
- Aws, “Aws Müşteri Sözleşmesi”, https://d1.awsstatic.com/legal/aws-customer-agreement/AWS_Customer_Agreement_Turkish_Translation.pdf (Erişim Tarihi: 02.02.2023).
- BADGER, Lee/GRACE, Tim/PATT-CORNER, Robert/ VOAS, Jeff: “Cloud Computing Synopsis and Recommendations: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology”. (Special Publication No 800-146, National Institute of Standards and Technology: United States Department of Commerce, May 2011) 2-1.
- BAĞRIACIK, Safiye Nur: Üretim ve İş Sırlarının Korunması (Özellikle Haksız Rekabet Hukuku Açısından), On İki levha Yay., 1.Baskı, İstanbul 2017.
- Berkeley Law, “Startup Law Initiative”, <https://www.law.berkeley.edu/experiential/pro-bono-program/slps/current-slps-projects/startup-law-initiative/> (Erişim Tarihi: 15.01.2023)
- BİLGE, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2005.

- BENNETT, Louise: “Reflections on privacy, identity and consent in on-line services”, Information Security Technical Report, C. 14, S. 3, 2009, s. 119- 123.
- BORGES, George/MEENTS, Jan Geert: Cloud Computing Rechtshandbuch, München 2016.
- CAVE, Jonathan/ROBINSON, Neil/KOBZAR, Svitlana/SCHINDLER, Helen Rebecca: Regulating the Cloud: More, Lessor Different Regulation and Competing Agendas, <https://ssrn.com/abstract=2031695> (Erişim Tarihi: 01.01.2023).
- CHARLES, Fried: “Privacy”, Yale Law Journal, C. 77, 1968, s. 475–493.
- DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- ERTAUL, Levent/ SINGHAL, Saurabh/ GÖKAY, Saldamli: “Security challenges in Cloud Computing, Thesis”, California State University, East Bay, vol. 2, no. 06, 2009, s. 625–626, <https://aws.amazon.com/tr/about-aws/whats-new/2009/08/26/introducing-amazon-virtual-private-cloud/> (Erişim Tarihi: 30.12.2022).
- EveryNDA, “Choice of law and jurisdiction in NDAs”, <https://www.everynda.com/blog/choice-law-jurisdiction-nda/> (Erişim Tarihi: 30.01.2023)
- EU Commission, Comparative Study on cloud computing contracts final report, <https://doi.org/10.2838/16333> (Erişim Tarihi: 13.02. 2023)
- Geminilab, “Hizmet ve Gizlilik Sözleşmesi” <https://geminilab.co/tr/hizmet-ve-gizlilik-sozlesmesi> (Erişim Tarihi: 07.02.2023)
- GEZDER, Ümit: Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.
- HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HILBER, Marc: Handbuch Cloud Computing, Köln, 2014.
- Indeed, “9 Types of Cloud Computing (With Definition and Tips)”, <https://www.indeed.com/career-advice/career-development/what-is-cloud-computing> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).

- İbm, "What is cloud computing?", <https://www.ibm.com/cloud/learn/cloud-computing> (Erişim Tarihi: 02.01.2023)
- İbm "What is PaaS?", <https://www.ibm.com/cloud/learn/paas> (Erişim Tarihi: 06.01.2023)
- KAYASOYLU, Damla: Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yay., İstanbul 2020.
- KOWALSKI, Stanley P./KRATTİGER, Anatole: Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation a handbook of best practices, Volume 2, California, 2007.
- PETER, Mell/TİMOTHY, Grance: "The NIST Definition of Cloud Computing", NIST, 2011, s. 1-7, <https://www.ibm.com/cloud/learn/cloud-computing> (Erişim Tarihi: 02.01.2023).
- MILLARD, Christopher: Cloud Computing Law, Croydon, 2013.
- Microsoft, "Microsoft Çevrimiçi Üyelik Sözleşmesi – ABD Kamu Bulut", <https://azure.microsoft.com/tr-tr/support/legal/subscription-agreement/government/> (Erişim Tarihi: 01.02.2023)
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- SAATCIOĞLU, Onur Can: Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Ticari Sırların İhlali, Yetkin Yay., 1. Baskı, Ankara 2020.
- SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina: MünchenerKommentar zum BGB 7. Auflage 2018, Band 12, Rn. 11; <https://beckonline.beck.de/?vpath=bib-data/komm/MuekoBGB/cont/MuekoBGB%2Ehtm> (Erişim Tarihi: 05.02.2023)
- SCHÖTTLER, Ingo/DIEKMANN, Christian: Typische Haftungsklauseln in IT-AGB, ITRB 2012, Heft 4.
- SPLITTGERBER, Andreas/ROCKSTROH, Sebastian: Sicher durch die Cloud navigieren – Vertragsgestaltung beim Cloud Computing, BB 2011, Heft 36.
- SIAS, Suzanne L: "Confidentiality and Nondisclosure Agreements", Business Law, Vol. iv., 2008, s. 3-4.

- ŞENBAŞ, Pınar: Bilgi Teknolojileri Dış Kaynak Alımında (Outsourcing) Kişisel Verilerin Korunması ve Gizlilik Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, İstanbul 2008.
- TUNÇ, Aybike: Bulut Bilişim Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020.
- USLUEL, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- YILMAZ, Latif: “Kayıp Kamusallığın İzinde: Mahremiyet, Gizlilik ve Kamusal Üzerine”, <https://birikimdergisi.com/guncel/10472/kayip-kamusalligin-izinde-mahremiyet-gizlilik-ve-kamusallik-uzerine> (Erişim Tarihi: 10.01.2023).
- YÜKSEL, Armağan/BOZKURT, Ebru: “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması”, TAAD, C. 9. S.33, 2018, s. 143-192.
- YÜKSEL, Mehmet: “Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 58, S. 1, 2003, s. 182-213.
- <https://www.buyingfor.vic.gov.au> (Erişim Tarihi: 13.02. 2023)

ŞÜPHELİNİN KOLLUK TARAFINDAN ALDATILMASI

Dr. Mahmut GÖKPINAR *

Öz

Ceza muhakemesinde şüphelinin irade özgürlüğünün müdahaleye en açık olduğu ve bu nedenle de yaşamsal öneme sahip olduğu evre, soruşturma evresidir. Bu süreçte, kolluk tarafından gerçekleştirilen kimi işlemlerde onun iradesi aleyhine meydana gelen ihlaller, bazı durumlarda kendisi hakkında verilecek hükmün maddi gerçeğe bağdaşmayacak şekilde ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu ihlallerin en önemlisi kolluk tarafından gerçekleştirilen aldatmadır. Şüpheli, ifade alma gibi yapılan işlemi, karşısındakinin de kolluk görevlisi olduğunu bildiği koşullarda aldatılabileceği gibi bunların hiçbirini ya da bir kısmını bilmediği koşullarda da aldatılabilir. Şüphelinin bilgi verdiği, spontan açıklama yaptığı, dinleme tuzaklarına maruz kaldığı sırada bir müdafii yardımı alma imkânının olmaması konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Diğer taraftan soruşturma sırasında cezai kurnazlık, maddi gerçeğe ulaşmak için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hususu oluşturmaktadır. Kanunların kriminalistik bir kurnazlığı yasaklaması söz konusu olamaz. Bu nedenle de bir davranışın aldatma teşkil edip etmediği, dar bir şekilde yorumlanmalıdır

Anahtar Kelimeler

• İfade • Bilgi Alma • Spontan Yapılan Açıklama • Aldatma • Dinleme Tuzağı

* Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı, Ankara, Türkiye | Inspection Board Presidency of National Education Ministry, Ankara, Türkiye.

✉ mahmutgokpinar@hotmail.com • ORCID 0000-0002-7433-0323.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: GÖKPINAR, Mahmut: “Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 665-701.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

DECEPTIONING OF THE SUSPECT BY LAW OFFICE

Abstract

In the criminal procedure, the period in which the freedom of will of the suspect is most open to intervention and therefore has vital importance is the investigation phase. In this process, violations against the will of the law enforcement in some proceedings, will in some cases cause the verdict to be rendered against her in a way that is incompatible with the material reality. The most important of these violations is deception by law enforcement. The suspect may be deceived under conditions such as taking a statement, when she knows that the other person is also a law enforcement officer, or she may be deceived when she does not know any or part of them. The fact that the suspect does not have the opportunity to get the help of a lawyer while he is giving information, making spontaneous statements, and being exposed to eavesdropping traps makes the issue even more important. On the other hand, criminal cunning during the investigation constitutes an irrevocable issue in order to reach the material truth. It is out of the question for the laws to forbid a criminalistic cunning. Therefore, whether a behavior constitutes deception should be interpreted narrowly. Obtaining a confession by acting cunningly against the suspect is different from obtaining a confession by deceiving her and actually taking away her will to make a decision.

Key Words

• Statemnt • Debriefing • Spontaneous Statement • Deception • Listening Trap

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, özellikle de şüphelinin hukuksal durumu açısından her devlet anayasasının bir tür sismografını teşkil etmektedir. Çünkü şüpheli-sanığın muhakemenin pasif bir objesi ya da az çok belli haklara sahip bir süjesi olarak kabul edilmesinden o ülkede var olan devlet anlayışını anlamak mümkündür. Bu nedenle de bir ülkede yaşanan sosyal değişikliklerle birlikte, ceza muhakemesi hukukunda şüpheli-sanığın hukuksal durumunu ilgilendiren hükümlerde de değişiklik olması doğal bir sonuçtur¹. Ceza, devletin bireyin özgürlükler alanına yaptığı en sert bu nedenle de en tartışmalı olan müdahaleyi ifade etmektedir. Cezanın hükmedilmesiyle toplumsal menfaatler lehine suç failinin başta özgürlüğü olmak üzere kimi menfaatleri bir kenara bırakılmakta-

¹ ESER, Albin: "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Die rechtliche Stellung des Angeklagten)", Yargıtay Dergisi, S.16, 1990, s. 313, 314.

dır. Toplumsal düzenin barış içinde var olup devam edebilmesi için bu çatışmanın bir dengeye kavuşturulması büyük önem taşımaktadır.² Bu denge ceza muhakemesinin özünü oluşturmaktadır³. Bunun için de söz ve davranışları ya da vücudunun incelenmesi aracılığıyla (CMK md. 75, StPO md. 81a) bizzatihi bir ispat vasıtası olması gibi şüphelinin obje niteliği taşıdığı durumlar dışında kendisine yapılan tüm müdahalelerin belli şartlara bağlanması gerekmektedir. Maddi gerçeğe ulaşma sürecinde şüpheli kimi haklara sahip bir süje olmalıdır. XIX. Yüzyılda gerçekleşen reformların sonucu olarak ve tahkik sisteminin aşılmasından sonra şüphelinin bir süje olduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Süreç içerisinde şüpheli, bağımsız haklara sahip ve soruşturma aşamasından itibaren muhakemenin yürüyüşüne aktif olarak katılan bir süjeye dönüşmüştür. Her türlü tartışmanın ötesinde olan insan onurunun şüpheli açısından da dokunulmaz olduğu kabul edilmiştir. Bu durum onun iradesi olmayan bir objeye dönüşerek alçaltılmasını engellemiştir. Şüpheli temel hak ve özgürlüklerinden vazgeçmesi mümkün olmayan, sadece gerçeğe ulaşmak için bazı sınırlamalara katlanması gereken bir tür '*özgü mağdur*' olarak ortaya çıkmıştır⁴.

Ceza muhakemesinde şüphelinin irade özgürlüğünün müdahaleye en açık olduğu bu nedenle de yaşamsal öneme sahip olduğu evre, soruşturmadır. Bu süreçte, kolluk tarafından gerçekleştirilen kimi işlemlerde onun iradesi aleyhine meydana gelen ihlaller, bazı durumlarda sanık hakkında verilecek hükmün maddi gerçeğe bağdaşmayacak şekilde tesis edilmesine neden olacaktır. Kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, cebir uygulama gibi yasak ifade alma yöntemleri (CMK md. 148) aleni bir şekilde uygulanmakta olup şüpheli bunların farkındadır. Bu ihlallerin ispat edilmeleri de daha kolaydır. Aldatmada ise tam tersi bir durum söz konusudur. Bu nedenle de kolluk tarafından gerçekleştirilen ihlallerin en önemlisi ve sıklıkla başvurulandır. Şüpheli, ifade alma gibi yapılan işlemi, karşısındakinin de kolluk görevlisi olduğunu bildiği koşullarda aldatılabileceği gibi bunların hiçbirini ya da bir kısmını bilmediği koşullarda da aldatılabilir. Her bir koşul bakımından kollu-

² **EROL**, Cihan: "50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50. S.1-4, 1984, s. 137.

³ **KUHNE**, H.Heiner: "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri", (Çeviren: Özbek, Veli Özer), İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1993, s. 121.

⁴ **ESER**, s. 317, 318.

ğun başvurduğu yöntemler, şüphelinin aldatılma riski gibi hususlar farklılık göstermektedir. Şüphelinin bilgi verdiği, spontan açıklama yaptığı, dinleme tuzaklarına maruz kaldığı koşullarda müdafii yardımı alma imkânının olmaması onun aldatılma riskini artırmaktadır. Bu nedenle konu, ifade alma ve diğer işlemler şeklinde ikili bir ayrıma göre incelenecektir.

I. KOLLUĞUN ŞÜPHELİYİ İFADESİNİ ALIRKEN ALDATMASI

A. Genel Olarak

Soruşturma evresinin en önemli işlemlerinden birisi, şüphelinin ifadesinin alınması ve sorgusunun gerçekleştirilmesidir. Her iki işlemle de, bir yönüyle şüpheliye kendini savunma imkânı getirilirken diğer yönüyle de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edilmektedir⁵. Şüpheli bu şekilde yapmış olduğu açıklamalar ile soruşturma-kovuşturma evresini yönlendirmekte⁶, delillerin belirlenip değerlendirilmesine⁷ yardımcı olmaktadır⁸. Diğer taraftan delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi gereğince deliller, asıl olarak duruşma evresinde ortaya konmaktadır. Yargıç isnat hakkında, dosyada yer alan yazılı belgelerden olan sanığın soruşturma sırasında kolluğa vermiş olduğu yazılı ifadeden değil; ifadenin sahibi olan sanığı sözlü olarak ve bizzatihi duyup-dinleyerek bir kanaate ulaşacaktır. Böylelikle de duydukları delil

⁵ “Sorgu; sadece (sırf) sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği de oldukça ağır basan bir usul kuralıdır. Öyleki, çok ağır ceza gerektiren birçok olayda, örneğin ıssız yerlerde işlenen adam öldürme olaylarında tek kanıt sanığın ikrarı olabilmektedir...”, YCGK, 24.10.1995, E 238/1995, K 305/1995 K (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 02.02.2023)

⁶ **AMBOS**, Kai: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-“, Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 52.

⁷ “Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir.” AYM, 27.10.2015, B.No: 2013/1138; 15.10.2014, B.No: 2012/543 (R.G. Tarih ve Sayı: 9/12/2015-29557; 17/12/2014-29208)

⁸ **TURHAN**, Faruk/**AKSAN**, Murat: “Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 2, 2020, s. 290, 291.

niteliği kazanacaktır⁹. Başka bir deyişle, şüpheli kolluğa verdiği ifadeyi yargıç önünde tekrarlamazsa bu ifade delil değeri kazanamayacaktır. Bununla birlikte, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) md. 148/4'de müdafinin yokluğunda kollukça alınan ifadenin, yargıç huzurunda doğrulanmaması halinde hükme esas alınması yasaklanarak¹⁰ yani delil değeri tanınmayarak, müdafinin varlığıyla dolaylı bir şekilde kolluk ifadesine delil değeri kazandırılmıştır¹¹.

B. İfade Kavramı

İfade alma işlemi bakımından temel Kanun 5271 sayılı CMK' dır¹². Ceza muhakemesi sistemimizde ifade alma işlemi esas olarak "*Tanımlar*" başlıklı CMK md. 2/1-g'de tanımlanmış ve "*Şüphelinin*¹³ *kolluk görevlileri*¹⁴

⁹ **ŞAHİN**, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi), Ankara 2001, s. 25-27.

¹⁰ **KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 912.

¹¹ **KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 912.

¹² **YENİSEY**, Feridun, *Kolluk Kanunu Nasıl Olmalıdır?*, s. 48. www.hukukturk.com, (Erişim Tarihi: 25.11.2022)

¹³ Şüpheli ve sanık, bir kavram olarak "*Tanımlar*" başlıklı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) md. 2/1-(a) ve (b)'de açıklanmıştır. Buna göre, şüpheli soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi; sanık ise kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. Buradan hareketle, şüpheli de sanık da suç işleme şüphesi taşıyan kişiyi ifade etmektedir. İki statü bakımından farklı olan tek husus, şüphelinin derecesidir. CMK'da da sanık ve şüpheli aynı hukuksal rejime tabi tutulmuştur. Gerek 1412 sayılı CMUK gerekse StPO'da sanık ve şüpheli kavramlarının tanımlanması yoluna gidilmemiştir.

¹⁴ Polis ve Jandarma görevlileri ifade alma işlemi bakımından yetkili olmakla birlikte 5271 sayılı CMK md. 161/'de yer alan, "*Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.*" hükmü gereğince savcının emri olmaksızın ifade alamazlar. Aynı sonuca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği md. 1'de yer alan "*Bu Yönetmeliğin amacı, bütün adli kolluk görevlileriyle gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine adli kolluk görevini ifa eden diğer kolluk görevlilerinin, Cumhuriyet savcılarının bilgi ve emirleri doğrultusunda yürütecekleri adli soruşturma sırasında kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma, muhafaza altına alma ve ifade alma işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak usul ve esasları düzenlemektir.*" hükmünden hareketle de ulaşmak mümkündür. Düzenlemede, ifade alma işleminin

veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi” olarak ifade edilmiştir. Benzer şekilde, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun (CMUK) yürürlükte olduğu dönemde, “İfade ve sorgunun tarzı” başlıklı md. 135’de “Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet savcısı tarafından ifade almada...” şeklinde bir ibare kullanılmıştır. Böylelikle her iki Kanunda da bir suç işlendiği iddiasıyla ilgili olarak kolluk ve savcı tarafından şüphelinin dinleme işlemi, ifade olarak tanımlanmış olmaktadır.

Tüm bu düzenlemelerde ifade alma işleminin kapsamı belirtilmemiştir. “Sormak” şeklinde genel bir kavrama yer verilmiş, işlem bakımından hangi görevlilerin yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁵ Tüm bu nedenlerle ceza muhakemesi sistemimiz bakımından maddi-fonksiyonel değil; şekli ifade alma kavramının geçerli olacağı sonucuna varılmalıdır. Belirtilmelidir ki, “Tanımlar” başlıklı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİAY) md. 4’de ifade alma işleminden “dinleme”, benzer bir işlem olan bilgi toplamadan ise “dinleme ve tutanağa geçme” olarak bahsedilmiştir. Bu nedenle dinleme sonucu alınan bilginin tutanağa geçirilme şartı bulunmamaktadır. Benzer bir değerlendirme, “Tanımlar” başlıklı CMK md. 2/h’ de yer alan “Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini” hükmünden hareketle sorgulama işlemi için de geçerlidir. Burada da “dinleme” olarak genel bir kavram olarak kullanılmış, daha çok işlemi yapmaya yetkili olan mahkeme ve yargıca vurgu yapılmıştır. Tüm bunların bir sonucu olarak da CMK’da ifade alma ve sorgu işlemleri¹⁶, “İfade ve Sorgu Usulü” bölümü altında aynı hukuksal statüye tabi¹⁷ tutulmuşlardır¹⁸.

Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda gerçekleştirileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

¹⁵ YENİSEY, s.78.

¹⁶ İfade ve sorgu kavramları arasındaki ayrımın işlemi yapan görevlinin statüsüne dayanmasından dolayı aslında özü itibarıyla aynı olan iki işlemin organik ölçüte başvurularak farklılaştırıldığı yönündeki görüş için bkz. KOCA, Mahmut: “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği’ Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999, s. 68.

¹⁷ “Duruşma için ne geçerliyse..., aynı şey önsoruşturma için de geçerlidir.” BGHSt 25, 331; 31, 401 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs038214.html>, Erişim Tarihi: 05.05.2023)

CMK'nın bir tür mehazi olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung-StPO) bakımından da yukarıda belirtilenlere benzer bir durum söz konusudur. Tanımlar başlıklı bir hüküm barındırmayan StPO'da ifade alma ve sorgu işlemlerinin tanımlanması yoluna da gidilmemiştir. "*Şüphelinin sorgusu*" başlıklı 10. kısımda StPO md. 133'de aslında kolluk tarafından yapılması mümkün olan işlemlerden, şüphelinin ifadesinin alınması olarak bahsedilmiştir¹⁹. Benzer bir durum, "*Şüphelinin ifadesinin alınması*" başlıklı StPO md. 163a bakımından da söz konusudur. Şüpheli hakları bakımından oldukça önemli olan, "*Yasak sorgu usulleri*" başlıklı StPO md.136a'da (CMK md. 148) sorgu ifade alma gibi bir ayırım yapılmamıştır. Diğer taraftan ifade alma işlemi bakımından doktrin ve yargı uygulamasının şekli ifade alma kavramına taraftar olduğu görülmektedir²⁰. Bu çerçevede, suçun soruşturulmasında görevli kişilerin bu sıfatlarıyla ve bu bağlamda şüpheliyle yüz yüze gelerek ona sorular sorup dinlemesi, ifade alma işlemidir. Aksine bir durum, hukuken bir ifade işlemi olmayacak ve buna bağlı hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Başka bir deyimle şüphelinin, karşısındakilerin resmi sığata sahip kişiler olarak suçun soruşturulmasında görevli olduğunu ve kendisine işlediği iddia edilen suçla ilgili sorular sorduklarını bilerek

¹⁸ Kolluk tarafından basit bir şüphe üzerine gerçekleştirilen ifade alma işlemi ile kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillere dayanarak tutuklanma talebiyle sulh ceza hakimliğine sevk edilen şüphelinin aynı hukusal rejme tabi tutulması kimi sorunları da beraberinde getirmektedir. **TURHAN/AKSAN**, s. 291.

¹⁹ Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. **YENİSEY**, Feridun/**OKTAR**, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozessordnung (StPO), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 210 vd. (Çalışmanın sonraki kısımlarında StPO ile ilgili çeviriler söz konusu eserden yapılacağından ayrıca belirtilmeyecektir.)

²⁰ **ZÖLLER**, A. Mark: "Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S.1-2, 2014, s. 95; **BEULKE**, Werner: Strafprozessrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 2008, s. 83; **KRASCHUTZKİ**, Holger: "Die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter Lis im Rahmen des § 136a StPO an Hand ausgewählter Fallbeispiel unter besonderer Berücksichtigung des so genannten Telefonmithörens durch Polizeibeamte", in: Grenzüberschreitende Polizeiarbeit Vernehmungen – Eilfälle – Kooperationen – Terrorbekämpfung", Möllers, Martin H. W(Editör), Lübeck 2004, s. 24; **PLAGEMANN**, Gottfried: "Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 183; BGHSt 40, 211 (218); BGHSt 42, 139 (146); BGHSt 52, 11, 714; BGHSt 5, 51/10; BGHSt 42, 139 (145, 146,147) (<https://www.servat.unibe.ch>, Erişim Tarihi: 10.12.2022))

yaptığı açıklamalar²¹, ifade işlemidir. Federal Adalet Divanı 2. Ceza Senatosu'nun 8 Ekim 1993 tarihli bir kararına konu olan olayda²² fuhuş yaparak hayatını kazanan birisi, kendisine aracılık eden kişi ile yollarını ayırmış fakat bu kişinin tehdidine maruz kalmıştır. Karakolda kadın bu kişi ile telefonla konuşmuştur. Bu sırada uyuşturucu ticareti de dahil olmak üzere söz konusu kişi işlediği suçlarla ilgi olarak çeşitli bilgiler vermiştir. Polisler de bu konuşmayı dinleyerek notlar almışlar, daha sonra yargıç tarafından duruşmada bu konuda dinlenmişlerdir. Yüksek Mahkeme ifade alma ile ilgili temel kuralları düzenleyen StPO md 163a ile 136'yı bu olaya uygulamamıştır. Bu kişinin konuşmalarını ifade; kolluğun şüpheliden bu şekilde dolaylı olarak bilgi almaya çalışması ve tutmuş oldukları notları ifade alma işlemi olarak kabul etmemiştir.

İfade almanın şekli bir işlem olduğu sonucuna, yukarıda belirtilenlerin dışında gizli soruşturmacı (CMK. 139, StPO md. 110a) faaliyetleriyle elde edilen bilgiler bakımından yapılacak bir değerlendirmeyle de ulaşılabilir. Eğer şüpheli ya da şüphelilerin bu görevlilere yaptıkları açıklamalar ifade olarak nitelendirilseydi, gizli soruşturmacının her konuşmadan önce bu kişilere haklarını bildirmesi gerekirdi²³. (StPO md. 163a; CMK md. 147) Nitekim "Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" başlıklı CMK md.139/4'de "Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür" denilip soruşturmacıya araştırmada bulunmak, delil toplamak görevleri verilerek aslında onun şüpheli ve çevresi ile gerçekleştirdiği sözel temasların ifade

²¹ "...Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüphelinin beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden..." YCGK, 15.04.2018, E 2008/6-70, K 2008/84 K (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.01.2023)

²² BGH Urt. v. 08.12.1993 - 2 StR 400/93. (http://edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2009/1231/pdf/band_10.pdf, Erişim Tarihi: 11.12.2022)

²³ **MERAKLI**, Serkan: "İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar", Nuhoglu, Ayşe (Editör), Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan, C.I, İstanbul 2014; **ZÖLLER**, s. 97; Aynı yönde: BGH NStZ 2009, 343 (<https://dejure.org/dienste>, Erişim Tarihi: 12.12.2022)

olmadığı dolaylı olarak belirtilmiş olmaktadır. Benzer şekilde, StPO md.110a/2'de gizli soruşturmacı, değiştirilmiş bir kimlikle sürekli araştırma yapan polis olarak tanımlanarak araştırma işlemine vurgu yapılmıştır.

Gizli soruşturmacı, şüpheli ile suçun çevresindeki kişilerle konuşarak bilgi almaya çalışır. Bu görüşme ya da sohbetler ifade alma²⁴ olmayıp araştırma işlemlerinin bir parçasını²⁵ teşkil etmektedir²⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bir kararında gizli soruşturmacının şüpheli ya da şüphelilerle gerçekleştirdiği görüşmelerin başka bir ifadeyle işlenen suç hakkında onları dinlemesinin StPO md. 136a anlamında bir sorgu olmadığını, 'sorgu benzeri soru sorulması'nın söz konusu olduğunu hüküm altına almıştır²⁷. Şüphelilerin bu açıklamaları, gizli soruşturmacının gizli tanıklığa²⁸ ilişkin hükümler uyarınca tanık olarak dinlenme-

²⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin gizli soruşturmacının resmi sorgulama görevlisi olmadığı şeklinde aynı yöndeki kararı: BGHSt 42, 139. (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html>, Erişim Tarihi: 12.12.2022)

²⁵ Gizli soruşturmacının faaliyetleri bakımından hukuka uygunluk sınırı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKPINAR**, Mahmut: Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi, Ankara 2022, s. 205-207.

²⁶ **PLAGEMANN**, s. 182.

²⁷ BGHSt 52, 11. (<https://dejure.org/dienste>, Erişim Tarihi: 12.12.2022)

²⁸ 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu md. 22/1'de "Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır." denilerek gizli soruşturmacının şüphelilerin kendisine yaptıkları açıklamalar dahil bu görevi sırasında elde ettiği bilgilerin yargılamaya nasıl dahil edileceği dolaylı olarak hüküm altına alınmıştır. Benzer bir durum, herhangi bir yasal dayanağı olmayan ve "Tahrikci-Provakötör Ajan", "Gizli Soruşturma Yürüten Kolluk Görevlisi", "Aktör Görevli" gibi çeşitli adlarla belirtilen görevlilerin faaliyetleri bakımından da söz konusudur. Bu yöntemle gerçekleştirilen soruşturmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKPINAR**, s. 257-259: Y. 10. CD, 05.07.2022 E.2021/15824, K.2022/8733 tarihli bir kararında şu görüşlere yer verilmiştir: "Sanık ...'ın 06.04.2017 ve 12.04.2017 tarihlerinde, sanık ...'in 02.05.2017 ve 06.05.2017 tarihlerinde gizli soruşturmacılara uyuşturucu madde sattıklarının iddia edildiği, sanıkların üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmedikleri ve gizli soruşturmacıların bilgi ve görgülerine başvurulmadığı anlaşılmakla; suçun sübutunun tespiti için sanıklardan uyuşturucu madde alma-temin etme eylemini gerçekleştiren gizli soruşturmacıların CMK'nın 139/3. maddesi hükmü de gözetilerek tanık olarak dinlenip sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.01.2023) AİHM, Calabro/İtalya kararında "Gizli ajanın ifa-

siyle yargulamaya dahil edilecektir²⁹. Tüm bu nedenlerle maddi (fonksiyonel) ifade (dinleme) kavramının, CMK ve StPO'nun sistematığı ile bağdaşmadığını söylemek mümkün olacaktır. Bununla birlikte şekli ifade kavramında geçen 'şekli' ibaresini de çok dar bir çerçevede anlamamak gerekmektedir. Kolluğun sivil kıyafetli olsa bile görevi çerçevesinde ve bu sıfatla sorular sorduğu muhatabı kişilerce bilinebilecek bir durum varsa, bu işlem ifade alma kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

C. İfade Alma İşlemine İlişkin Negatif Kurallar (Yasak İfade Alma Yöntemleri) (CMK md. 148/1-3; StPO md.136a/1-3)

1. Genel Olarak

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması işlemine ilişkin kurallar, gerek CMK gerekse StPO'da birbirini takip eden maddelerde ve işlemdeki görevliler esas alınarak pozitif ve negatif yükümlülükler şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, CMK md. 147, StPO md. 136'da şüphelilere tanınmış olan ve görevlilerce kullanılması gereken haklar; "İfade alma ve sorguda yasak usuller" başlıklı CMK md. 148 ile "Yasak sorgu usulleri" başlıklı StPO md. 136a'da ise başvurulması yasaklanmış olan ifade alma yöntemleri hüküm altına alınmıştır.

CMK md. 148, StPO md.136a, ifade alma işlemi sırasında incelemimize konu hileli davranışlar dahil olmak üzere yapılmaması gerekenleri düzenlemekte olup yasak sorgulama yöntemlerine ilişkin temel hükümlerdir. Bunlar 1982 Anayasası³¹ ile Alman Anayasasında³² güvence

deleri, başvuranın mahkûmiyetinde belirleyici faktör olmamıştır. Buna ek olarak başvurana yargılama aşamasında, soruşturmada görev alan polis memurlarını sorgulama, polis operasyonunun niteliği ve kullanılan usulleri netleştirme fırsatı vermiştir. Bu nedenle adil yargılama hakkı ihlal edilmemiştir" denilerek gizli görevlinin elde ettiği bilgilerin yargulamaya nasıl dahil edileceği dolaylı bir şekilde belirtilmiştir. Aynı yönde: Y. 4.CD, 18.10.2022, E.2020/18190 -, K.2022/20013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.01.2023)

²⁹ Şüpheli ile aktör görevli arasında geçen konuşmalar da gizli soruşturmacıya yapılan açıklamalar gibi yargulamaya dahil edilecektir. **TURHAN**, Faruk: Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Ankara 2009, s. 29.

³⁰ **YENİSEY**, Feridun/**BAŞER DOĞAN**, Zehra/**AKPEK**, Ayça/**BAYDAR**, Burak/**HAYIRLIOĞLU**, Gözde Hare: "Ceza Muhakemesinde İfade Alma ve Mülakat," Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 863, 864.

³¹ **Madde 12/1**: "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."

altına alınmış insan onurunun bir uzantısıdır. CMK md. 148/1'e göre "Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz." Hükümde "gibi" ibaresine yer verilerek ifade alma işlemi sırasında ortaya çıkabilecek yasak yöntemler sınırlı bir şekilde düzenlenmemiştir. Şüphelinin irade özgürlüğüne uygun karar alıp uygulama yeteneğini engellemek bakımından uygulanması muhtemel diğer yöntemlerin de önüne geçilmek istenmiştir. CMK md. 148/2'de ise şüpheliye kanuna aykırı yararın vaat edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. StPO md. 136a/1'e göre "Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü, engellenemez. Zorlama sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülmemeyen bir yarar vaat etmekteyastır." 136a/2' ye göre ise, "Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz."

StPO md. 136a'da her ne kadar CMK md. 148' de olduğu üzere "gibi" şeklinde bir benzetme edatı kullanılmamış olsa da "Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır." denilerek ifade almanın esası vurgulanmış ve bunun engellenmemesi gerektiği belirtilerek kimi yasak yöntemler sayılmıştır. Doktrin³³ ve uygulamada³⁴ da aynı yaklaşım benimsenmektedir.

³² **Madde 1/1:** "İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür."

³³ **KREY**, Volker: Deutsches Strafverfahrensrecht: Hauptverhandlung, Beweisrecht, Gerichtliche Entscheidungen, Tatbegriff, Rechtskraft, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe (Studienbücher Rechtswissenschaft), Band II, 2015, s. 71; **PRASCH**, Volker, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136a StPO, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 2002, s. 32; **SICKOR**, J. Anreas: Das Geständnis, Jus Ponela 1, 2014, s. 256; **CHİESA**, E. Luis: "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases ", Boston College Third World Law Journal, Vol. 35, 2009, s. 70; **BEULKE**, s. 83; **KRASCHUTZKI**, s. 9.

³⁴ BGHSt 5, 332, 334; BGHSt 44, 348; BGHSt 5, 332, 333, 38, 215, 219. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi:15.12.2022)

2. Kuralların Fonksiyonu

CMK md. 148 ile StPO md.136a'nın temel fonksiyonu, şüpheli kişiyi muhakemenin sadece bir nesnesi haline getirmeyi önlemek³⁵, karar verme ve iradesini kullanma özgürlüğünü korumaktır³⁶. Her iki hüküm de insan onurunu koruma amacına ek olarak, anayasal devletin varlığı³⁷ ve itibarını güvence altına almayı amaçlamaktadır³⁸. Söz konusu koruma yönü, totaliter bir devlet sisteminin ortaya çıkması ile hukuk devleti ilkelerine aykırı ifade alma yöntemlerinin kullanılması arasında yakın ilişkinin düzenli olarak varlığını devam ettirmesiyle açıklanmaktadır. Her iki yön-fonksiyonda devletin hukuk ilkelerine göre hareket etmesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı arkasına gizlenerek keyfi davranışlarda bulunmamasını, sınırsız kuvvet uygulamaktan kaçınmasını³⁹ güvence altına almaktadır. Anayasal bir devletin bu nitelikte olmasını sağlayan söz konusu ilkeleri göz ardı etmesi durumunda varlığını devam ettirmesi mümkün değildir. Hukuk devleti değerleri bozulurken, arkaalarında gizlenen hukuk devleti de çözülecektir⁴⁰.

CMK md. 148 ile StPO md.136a hükümleri maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının önünde bir engel olmayıp aksine bu amaca da hizmet eden, ispat hukukunu düzenleyen⁴¹ denge⁴² hükümleridir⁴³. Kuvvet,

³⁵ GAU, J. Patrick: Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136 a StPO als Verfahrenshindernis, Zugleich Ruhr-Universität Bochum Dissertation 2006, s. 63; BOHLANDER, Michael: Principles of German Criminal Procedure, 2012, s. 97; SICKOR, s. 257; Aynı yönde: BGHSt 5, 332/14, 358. (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs014358.html>, Erişim Tarihi:15.12.2022) BGHSt 39, 1, 42. (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>, Erişim Tarihi:15.12.2022)

³⁶ BUCH, Erstes: Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG, s. 830; SICKOR, s. 257.

³⁷ StPO md. 136a, anayasal devletin usule ilişkin görünümüdür. BUCH, s. 818,

³⁸ HEINRICH, Christoph/RAUCH, Christian/WIEHRE, Axel: Nemo» Tenetur Se Ipsum Accusare, <https://eg.uc.pt/bitstream>, s. 4 (Erişim Tarihi:15.11.2022); HERRMANN, Joachim: "Police Interrogation of The Suspect – A Power Play Germany – United States – People's Republic of China", Peking University Law Journal, Vol. 3, Issue 2, 2015, s. 358; GAU, s. 64; SICKOR, s. 254; Aynı yönde: BGHSt 31, 304, 308 (<https://www.hrr-straftrecht.de>, Erişim Tarihi:18.12.2022)

³⁹ HEINRICH/RAUCH/WIEHRE, s. 5.

⁴⁰ GAU, s. 64; Aynı yönde: BGHSt 31, 304, 308. (<https://www.hrr-straftrecht.de>, Erişim Tarihi:18.12.2022)

⁴¹ KREY, s. 72.

baskı, hile uygulama ya da başka yöntemlerle⁴⁴ şüphelinin iradesini ortadan kaldırmaya yönelik girişimler olmadığı sürece işlendiği iddia edilen suçun ispatlanması yöntemi bununla görevli adli makamların takdirindedir. Örneğin bir tür kuvvet kullanımının sonucu olan ancak varlıkları şüphelinin iradesine bağlı olmayan nefes, kan, idrar ve doku örnekleri CMK md. 148 ile StPO md.136a'nın güvencesi dışındadır⁴⁵.

CMK md. 148 ile StPO md.136a hükümleri bilgi almanın ötesine geçen başka bir deyişle ifade alma işlemi için geçerli olan kurallar⁴⁶ olup bununla görevli kişiler bakımından bağlayıcılık⁴⁷ arz etmektedir⁴⁸. Şüphelinin yanı sıra tanık ve bilirkişi için de bir güvence teşkil etmektedir⁴⁹. Her ne kadar tanıklar, şüphelilerin aksine beyanda bulunmak zorun-

⁴² WEIGEND, Thomas/HOROVITZ, Anat: "Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process", Israel Law Review, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 272; Aynı yönde: BVERFG 89 (95) (1959); 27 BVERFG 1 (5) (1969); 30 BVERFG 1 (25) (1970); 45 BVERFG 187 (228) (1977); 84 BVERFG 90 (120) (1991); 96 BVERFG 375 (399) (1997); BVERFG 279 (311) (2004) (<https://www.bundesverfassungsgericht.de>, Erişim Tarihi:18.12.2022)

⁴³ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temel amacı, şüphelilere masumiyetlerini ispatlama fırsatı vermektir. Kanun özellikle de StPO md. 136a, ifade alma işlemi sırasında bireylere kendileri hakkındaki mevcut şüpheleri ortadan kaldırma ve lehlerine olan gerçekleri ileri sürme fırsatı verecek şekilde tasarlanmıştır. VOLBERT, Ranate/BAKER, Bianca, "Investigative Interviewing of Suspects in Germany", Walsh, David /Oxburgh, Gavin E./Redlich, Allison D./Myklebust, Trond (Edirtörler), International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation, Vol. 2, 2015, s.139.

⁴⁴ Söz konusu yöntemler, birer dışsal müdahale aracıdır. ARSLAN, Mehmet: "Şüphelinin İfade Verme Özgürlüğü", Yenisey, Feridun/Özgenç, İzzet /Nuhoğlu, Ayşe/Turhan, Faruk (Editörler) , Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 804.

⁴⁵ GRABENWARTER, Christoph: "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)", (Çeviren: Can, Osman), Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 241; Aynı yönde: BUCH, s. 838.

⁴⁶ BOHLANDER, s. 97; Aynı yönde: BGHSt 42, 139 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html>, Erişim Tarihi:18.12.2022)

⁴⁷ Yasak yöntemlere başvuran kolluk, görevi kötüye kullanmaktan sorumludur. GAU, s. 88.

⁴⁸ KREY, s. 66; BOHLANDER, s. 99; BEULKE, s. 91; CHIESA, s. 57; Aynı yönde: BGHSt 27, 355. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi:18.12.2022)

⁴⁹ BUCH, s. 831; KREY, s. 66.

daysalar da bu hükümlerin onlar hakkında uygulanmaması temel amaç olan şüphelinin irade özgürlüğünü dolaylı olarak tehlikeye düşürecektir. Ayrıca söz konusu yöntemlere başvurulmasının cezanın özel ve genel önleme amaçları bakımından da sakıncaları bulunmaktadır. Şüpheli, iradesi hilafına ortaya çıkan hükmü içselleştiremeyecektir. Kendisi ve toplum, muhakeme sürecini adil olarak görmeyecektir. Böylece ceza muhakemesi hukuku asıl amacı olan hukuksal barışı yeniden tesis etmeyi başaramayacaktır⁵⁰.

CMK md. 148 ile StPO md.136a'da yer verilen yasak yöntemlere başvurularak ifade alınmasına şüphelinin göstermiş olduğu rızanın hukuken bir değeri olamayacağı; StPO md.136a/3'de, (1) ve (2). fıkralarda "*şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasaklar ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemez.*"; CMK md. 148/3'de "*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez*" denilerek açıkça hüküm altına alınmıştır. Böylelikle şüphelinin sadece kolluk görevlileri şahsında devlet gücü-yetkisine karşı değil; kendisine karşı da korunması sağlanmaktadır⁵¹. Devletin insan onurunu ve özgür iradeyi korumak için Anayasadan kaynaklanan temel bir görevi bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu değerler, bireyüstü bir endişe kaynağıdır. Gerek bireyin kendi kendisinin gerekse devlet otoritesinin ihlallerine karşı korunmalıdır. Ceza muhakemesinde eğer en küçük bir ahlaki özgürlük derecesi korunacaksa, şüphelinin bir suç isnadına cevap verip vermeyeceğine ve nasıl cevap vereceğine ilişkin karar verme hakkından feragat edilmesi mümkün değildir⁵². StPO, şüpheli izin verse bile belirli soruşturma yöntemlerini yasaklamaktadır. Bu nedenle de StPO md.136a/3 ve CMK md. 148/3 hükümleri düzenleyici kurallardır. Kolluk görevlilerinin StPO md.136a/1 ve 2 ile CMK md. 148/ 1 ve 2'yi ihlal etmesi halinde bunun sonucunu hükme bağlamaktadırlar. Düzenleyici kurallar olarak söz konusu hükümlerde yer alan

⁵⁰ **MERAKLI**, s. 1576, 1577.

⁵¹ **LUCAS**, Christian: Beweisverwertung im Strafverfahren, <https://www.juratexte.2ix.de>, s. 3, (Erişim Tarihi: 18.12.2022); **BUCH**, s. 818.

⁵² **SWANSON**, L. Warren/**ELCHMEIER**, Roger: "Lie-Detector Tests And 'Freedom Of The Will' In Germany ", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 47, Issue. 5, 1957, s. 573.

anayasal haklar, usul kuralların içeriği ve yorumlanması konusunda kılavuz ilkeleri oluşturmaktadır⁵³.

D. Aldatma

1. Bir Kavram Olarak Kolluk Aldatması

Aldatma, sözlükte muhatabını yanıltmak, bir kişinin, ilgisizliği, dikkatsizliğinden yararlanarak kazanç elde etmek, yalan söylemek, yanlış kanaat uyandırmak⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır. Kolluğun şüpheliyi aldatması ise ifadeyi alan görevlilerinin soruşturma konusu olaya ilişkin gerçekleri tahrif ederek ya da gizleyerek ya da aslında olmayan kimi hususları varmış gibi göstererek şüpheliyi hataya sevk etmeleridir. Böylelikle, onu yapmış olduğu açıklamaların hukuksal sonuçlarının ne olduğunu kavrayamayacak bir duruma sürüklemektedirler⁵⁵. Başka bir deyişle aldatma, kolluğun fiili ve hukuksal durumları çarpıtarak şüphelinin konuşma ya da bunun içeriğini belirleme konusunda, makul bir şekilde muhakemede bulunma özgürlüğünü elinden⁵⁶ almasıdır⁵⁷. Bununla birlikte suçun toplumsal düzeni yeniden sağlayacak bir şekilde aydınlatılması da anayasal bir gerekliliktir ve bu çerçevede ifade alma işlemi sırasında “*cezai kurnazlık*”⁵⁸, maddi gerçeğe ulaşmak için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hususu oluşturmaktadır. StPO md. 136a’nın (CMK md. 148) kriminalistik bir kurnazlığı yasaklaması söz konusu olamaz⁵⁹. Bu nedenle de bir davranışın aldatma teşkil edip et-

⁵³ MİTTAG, Matthias: “A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure”, German Law Journal, Vol.7, Issue. 8, s. 644, 645.

⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr>. (Erişim Tarihi: 18.12.2022)

⁵⁵ ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 147, 148.

⁵⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun 145/146 sayılı ve 21.12.1992 tarihli bir kararında, hükmün esasının aldatma şeklinde yasak yöntemle alınan itirafa dayalı olmasından bahisle bozma kararı verilmiştir. Hüküm, “...*mevzuat hakkında hiçbir bilgisi olmayan bir kişinin durumundan endişe ederek telkinleri kabul edebileceğini...*” şeklinde düzenlenen bilirkişi raporuna dayandırılmıştır. Karar için bkz. Askeri Adalet Dergisi, S. 89, 1994, s. 162 vd.

⁵⁷ ARSLAN, s. 806.

⁵⁸ BUCH, s. 836.

⁵⁹ BGHSt 35, 328, 329. (<https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/3/91/3-419-91.pdf>, Erişim Tarihi: 19.12.2022)

mediği, dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Şüpheliye karşı kurnazca davranışlar sergileyerek itiraf almak⁶⁰ ile onu yanıltarak karar verme iradesini fiilen elinden almak suretiyle⁶¹ itiraf elde etmek birbirinden farklıdır⁶². Hukuka uygunluk sınırını da bu eşik oluşturmaktadır⁶³. Nitekim konuyu düzenleyen CMUK 135a/1'de ifade verenin beyanının özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten sonra bunu engeller nitelikteki yöntemler sayılmakta ve bunlar arasında aldatma da bulunmaktaydı. Benzer bir yaklaşım, CMK md. 148/1 ile StPO md. 136a da bulunmakta ve irade özgürlüğü esas alınmaktadır⁶⁴. Bu nedenlerle de kolluğun hukuksal konulardaki bilgisizliği istisna olmak üzere kasıtlı ya da ihmali davranışlarının herhangi bir önemi olmayıp belirleyici olan, davranış ile şüphelinin iradesinin oluşması arasında bir neden-sonuç ilişkisinin varlığıdır⁶⁵.

⁶⁰ Hukuki ve fiili gerçeklerin hafif çarpıtılması deyişi için bkz. **BUCH**, s. 838.

⁶¹ Şüphelinin susma ya da konuşacaklarının içeriğini belirleme hakkı, batı ülkelerinde evrensel olarak kabul edilen bir ilkedir. Buna göre, şüpheli kendisini suçlayacak, zorda bırakacak hiçbir şey söylemeye zorlanamaz. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilke açıkça Anayasa tarafından garanti altına alınmıştır. Almanya'da ise Anayasa'da buna ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Çünkü Kıta Avrupası Hukuk geleneğini takiben anayasa hükümleri, sadece ceza adaletinin belirli sorunlarını ele alan genel bir dille kaleme alınmaktadır. Bununla birlikte söz konusu bu hakkın Alman Anayasası'nın insan onuru ve kişiliğini özgürce geliştirme hakkını koruyan hükümlerine dahil olduğu konusunda genel bir görüş birliği bulunmaktadır. **HERRMANN**, s. 342.

⁶² **MUELLER**, W. Gerhard: "The Law Relating To Police Interrogation Privileges And Limitations", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 52, Issue. 1, s. 10; **ŞAHİN**, Cumhuriyet Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 202; **KRASCHUTZKI**, s. 28; **PRASCH**, s. 29; **CHİESA**, s. 60; **HERRMAN**, s. 356; **BUCH**, s. 836; **BEULKE**, s. 85; **ARSLAN**, s. 807; Aynı yönde: BGHSt 52; BGHSt 409/81 (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 19.12.2022)

⁶³ **KARAASLAN**, Reşit: "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneği Üzerinden Bir İnceleme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, s. 596.

⁶⁴ Aksi yönde: **KARAASLAN**, s. 597.

⁶⁵ **ROSS**, Jacqueline: "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, Issue. 3, 2008, s. 457; **ENGLANDER**, Armin, "Gizli Soruşturmanın Sınırı Olarak Nemo-Tenetur İlkesi", (Çeviren: Yücel, Jale), Ünver, Yener (Editör), Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı

2. Fiili Konularda Aldatma

Aldatılan şüpheli, çarpıtılan fiili koşullar⁶⁶ etkisi altında kalarak psikolojik bir baskı hissedip aksi yöndeki istek ve kararından vazgeçerek kendisini suçlayacak açıklamalarda bulunur⁶⁷. Örneğin suç ortağının zaten itiraf edip tutuklandığı⁶⁸, birkaç tanığın kendisi aleyhine beyanda bulunduğu ya da aslında kuvvetli bir şüphe olmamasına rağmen buna ilişkin delillerin olduğuna⁶⁹ ilişkin söylemler ile “suç işleyeniniz siz olduğunuzu başka kaynaklardan biliyoruz”⁷⁰, “er ya da geç biriniz konuşacak”⁷¹ şeklinde konuşmalar bu türdendir. Kolluğun gerçeklerin çarpıtılmasına ilişkin olarak kullanabileceği bir başka taktik de, şüpheliye atılı suçun niteliğini ya da ağırlığını olduğundan farklı olarak bildirmektir. Kolluk genellikle bu hileyi şüpheliye sunduğu bilgileri, saklayarak ya da abartarak gerçekleştirmektedir. Örneğin, bu bilginin şüpheliyi konuşmaya zorlayacağını düşünerek ona maktülün hala hayatta olduğunu söyleyebilir. Benzer şekilde kolluk, suçun ağırlığını abartabilir. Örneğin zimmete geçirilen para miktarını olduğundan fazla söyleyerek şüphelinin suçtaki daha küçük rolünü itiraf etmeye mecbur hissettirmeyi amaçlar⁷². Aslında ağır bir suçla ilgili soruşturma yürütürken, şüpheliye yalnızca daha hafif bir suçun ortaya çıkarılmasıyla ilgilendiklerini bildirebilir.

Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2011, s. 215; PRASCH, s. 30; BUCH, s. 844; BOHLANDER, s. 99; Aynı yönde: BGHSt 31, 399; 35 325; 37 53; BGHSt 2004, 631; BGHSt 1989, 515; Aksi yönde: KREY, s. 68; Aynı yönde: BGHSt 35, 37; BGHSt 31 399; 37, 52, BGHSt 42, 149; BGHSt 35,400. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 20.12.2022)

⁶⁶ Bir şüpheliden parmak izleri alınıp cinayet silahında bulunanlarla uyuşup uyuşmadığı bildirilmeden önce ona itiraf etme fırsatına sahip olduğunu söylemek de aldattıcı olarak kabul edilebilir. Böyle bir taktik, izler uyuşmadığı ya da silahtan parmak izi alınmadığı halde parmak izlerinin eşleştiğinin ima edilmesi durumunda iradeyi yanıltıcıdır. Şüpheli, bu söylemden hareketle parmak iziyle silahtakileri aynı olarak varsaydığı için itiraf ederse, bu yasak delildir. ROSS, s. 457.

⁶⁷ ARSLAN, s. 807.

⁶⁸ BEULKE, s. 85.

⁶⁹ BUCH, s. 838.

⁷⁰ Interview with German prosecutor, 11.05.2004. Bkz. ROSS, s. 459.

⁷¹ Interview with German prosecutor, 22.05.2003. Bkz. ROSS, s. 459.

⁷² LEO, A. Richard: “From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America”, Crime, Law and Social Change, Vol. 18, 1992, s. 44.

Örneğin kolluk bir kişiye ifadesinin havaya ateş edip genel güvenliği tehlikeye düşürmek suçu dolayısıyla alındığını söyleyip buna ilişkin beyanları, öldürme itirafına dönüştürebilir⁷³. Bununla birlikte, yanlış olmayan bir şeyi ileri sürerek bir şüpheliyi yanıltmak mutlak şekilde kabul edilemez bir yöntem değildir. Örneğin kolluk, şüpheliye onu cinsel saldırıda bulunduğunu ispatlayacağına inandığı bir DNA testini yaptırmak üzere olduğunu yanıltma niyetiyle de olsa söyleyebilir. Şüpheli bu inceleme sonunda sorumluluğunun anlaşılacağını düşünerek itirafta bulunursa bu davranış aldatma teşkil etmeyecektir. Bireylerin suç teşkil eden davranışlarından sorumlu tutulması makul bir durumsa benzer şekilde bu türlü aleyhe çıkarımlarının sonuçlarından da sorumlu olması gerekmektedir⁷⁴.

3. Hukuksal Konularda Aldatma

Kolluğun hukuksal konularda şüpheliye kasıtlı olarak yanlış bilgi vererek ya da çarpıtarak onun iradesini etkilemesi yasak bir ifade alma yöntemidir. Örneğin, şüpheliye hukuksal sonuçları olmayan özel bir görüşme yürütüldüğü, yalnızca tanık olarak dinleneceği ve bunun zorunlu olduğu olduğu, gerçeği söylememesinin sorumluluk doğuracağı, susmasının suçu işlediğinin delili olarak kabul edileceği, itirafının her koşulda cezasını hafifletici bir neden olarak kabul edileceği ya da üzerine atılı fiilin sadece para cezasını gerektirdiği⁷⁵ şeklindeki söylemler hukuksal konularda birer aldatma teşkil etmektedir. Benzer şekilde, şüpheliye sahip olduğu hakların kasıtlı olarak bildirilmemesi de bir aldatmadır⁷⁶.

4. Şüphelinin Olayları Kavrama, Duygusal Kapasite ve Mevcut Hatalarından Yararlanarak Aldatma

Şüphelinin aldatılmış olduğunu belirleyen temel faktör, onun irade özgürlüğünün kendi doğası içinde oluşup oluşmadığıdır. Başka bir deyişle aldatma objektif değil subjektif bir nitelik taşıdığından bu türden davranışlar, şüphelinin olayları kavrama, yorumlama kapasitesiyle doğrudan ilgilidir. Dolayısıyla da mental ve akademik kapasitesi yüksek

⁷³ *Colorado v. Spring*, 107 S.Ct. 851 (1987) (Karar, LEO, s. 45'den alınmıştır.)

⁷⁴ CHİESA, s. 61, 62.

⁷⁵ BUCH, s. 838; Aynı yönde: BEULKE, s. 85; KRASCHUTZKİ, s. 28.

⁷⁶ KRASCHUTZKİ, s. 28; ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 204; Aynı yönde: BGH 20/12/1995 - 5 StR 680/94. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 20.12.2022)

şüpheli için aldatma sayılamayacak bir davranış normal ya da daha düşük kapasiteli birisi için aldatma olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle de kendisine yöneltilen sorular, yapılan açıklamalar onun kavrama kapasitesine göre, şüpheyeye, yanlış ya da farklı anlamasına yer vermeyecek, farklı değerlendirmeye yol açmayacak nitelikte olmalıdır⁷⁷. Böylelikle şüphelinin bu türden zayıflıklarından, özel koşullarından yararlanılarak istismar edilmesi önlenmeye çalışılmaktadır. Ancak, bir şüphelinin güçlü yanlarından yararlanılması mümkündür. Onun dostluk, merhamet duygusu ya da dini, etik ya da görev duygusuna başvurulabilir⁷⁸. Fiili durumlara ilişkin mevcut hatalarından bunu kuvvetlendirmemek şartıyla yararlanmak da⁷⁹ yasak kapsamında değildir.

Kolluk, şüpheliye kendisinin onuruna saygı duyduğunu ve iddia konusu davranışını kınamayacağını göstermek için çeşitli hareketler yapabilir. Onun güvenini kazanarak dostça bir iletişim kurabilir⁸⁰. Ancak kolluk şüphelinin yaptıklarını onaylar ya da suçun ortaya çıktığı koşulların kendisine başarılı bir savunma sağlayacağına inandıracak şekilde yaklaşırsa bunlar aldatma teşkil edecektir. Kendisine hitaben, *“Durup sana bunu yapmasına izin veremezdin’ ya da ‘en azından kendini savunmuş olmalısın, öyle değil mi?”* şeklinde ifadeler kullanamaz. Ona karşı bir provokasyon gerçekleştirildiğini, buna şiddet yoluyla karşılık vermemenin düşünülemeyeceğini, aksinin korkaklık olduğunu ima edemez. Bu türden yaklaşımlar, şüphelide adli makamların bir suç tipini ihlal eden davranışlarında kendisini haklı göreceği düşüncesini oluşturur⁸¹. İtirafı psikolojik olarak kolaylaştırmak için şüphelilere psikolojik mazeretler ya da ahlaki gerekçeler⁸² sunularak⁸³ kışkırtılmaktadırlar.⁸⁴

⁷⁷ ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 205.

⁷⁸ CHIESA, s. 62.

⁷⁹ WHITE, S.Welsh: “Police Trickery In Inducing Confessions”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 127, Issue.3, 1979, s. 623; HERRMAN, s. 357; ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 206.

⁸⁰ LEO, s. 43.

⁸¹ ROSS, s. 460.

⁸² Bu tür mazeret ve gerekçeler şüpheliye, itiraf ederken itibarını kurtarmasına izin verecek dışsal bir suçlama yüklemesi-atfetmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Örneğin kolluk cinsel saldırı gerçekleştirdiği iddia edilen bir kişiyi, mağdura yalnızca sevgi göstermeye çalıştığına ya da kadının gerçekten bunu istediğine ya da zimmetine para geçirdiği şüphesi altındaki bir kişiyi, davranışının düşük ücret, kötü ça-

E. Aldatmanın Özel Bir Hali Olarak Kanuna Aykırı Yarar Vaadi

Kolluk tarafından şüpheliye karşı gerçekleştirilen hileli davranışlardan bir başkası kanuna aykırı bir yarar vaadinde bulunmadır (CMK md. 148/2). Bu hal StPO md. 136a/1'de "*kanunda öngörülmemeyen bir yarar vaadi*" şeklinde kaleme alınmıştır ve aldatma yönteminin özel halini ifade etmektedir⁸⁵. Yarar, şüphelinin lehine olacağını varsayacağı bir durumun sağlanacağını kendisine söz verilmesidir⁸⁶. Vaat ise bulunanın yani kolluğun vaade konu iyileştirmeyi tüm yönleriyle gerçekleştirebileceğine dair şüphelide bir güven yaratması, onu aralarında bağlayıcı bir durumun oluştuğuna inandırmasıdır⁸⁷. Günlük hayatın akışı içerisinde küçük sayılabilecek, kahve ya da başka bir içecek⁸⁸, bir öğle yemeği sözü verilmesi gibi davranışlar, şüphelinin irade özgürlüğünü etkileme kapasitesine sahip olmadığından vaatte bulunma olarak anlaşılabilirler⁸⁹.

Yararın kanuna aykırı olması için, vaat edilen yararın herhangi bir şekilde ya da olayın somut koşullarında⁹⁰ yerine getirilmesi bakımından hukuksal imkânsızlık olmalıdır. Aksi nitelikte bir yararın vaadi, şüphelinin iradesini önemli ölçüde etkilemiş olsa bile kanuna aykırı vaat ola-

lışma koşullarından kaynaklandığına ikna etmeye çalışabilir. Şüphelilerin ahlaki kusurlarını dış kaynaklara atfetmelerine izin veren bu taktikler, şüphelide eylemlerinden sorumlu olmadığı ya da cezalandırılmayacağı izlenimini yarattığı ölçüde aldatıcıdır. **LEO**, s. 46.

⁸³ **LEO**, s. 45.

⁸⁴ **ROSS**, s. 461.

⁸⁵ **WHITE**, s. 620.

⁸⁶ **ŞAHİN**, Sanığın Sorgulanması, s. 215.

⁸⁷ **CİHAN**, Erol: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecbuası, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 131, ss. 127-140.

⁸⁸ Şüphelinin tiryakilik düzeyine bağlı olarak sigara sözü verilmesi, vaat kapsamında değerlendirilebilir. **CİHAN**, Vaat, s. 134.

⁸⁹ **ŞAHİN**, Sanığın Sorgulanması, s. 216.

⁹⁰ Belirli bir içerikte ifade verdiğinde, örneğin ikrar etmesi halinde üstünün aranmayacağı, bedeninin muayene edilmeyeceği ya da tutuklanmayacağı vaadlerinde bulunulamaz. **CİHAN**, Vaat, s. 134.

rak nitelendirilemez⁹¹. Yarar kanun tarafından düzenlenmiş ise başka bir deyimle kolluğun istediği ifade arasında fiili bir bağlantı bulunmuyorsa, bu kanunda öngörülme, kanuna aykırı bir yararır⁹². Yerine getirilmesi mümkün olmayan bu tür vaatler⁹³ ile sanığın irade özgürlüğü etkilenmektedir⁹⁴. Vaadin, kanunda yer almayan alt sınırdan bir ceza vaadi gibi maddi⁹⁵, eş ya da yakınlarıyla görüşme gibi manevi nitelikte⁹⁶ olmasının ya da kasta dayanmasının⁹⁷ herhangi bir önemi bulunmamaktadır ve şüpheliden şüpheliye de değişiklik göstermektedir⁹⁸. Şüphelinin hakkı olan bir yarar, bir pazarlığa, anlaşmaya konu olamayacağı için⁹⁹ bir aldatma teşkil etse de¹⁰⁰ kanuna aykırı yarar vaadi olarak nitelendirilemez¹⁰¹.

II. İFADE ALMA İŞLEMİ DIŞINDA KOLLUĞUN ŞÜPHELİYİ ALDATMASI

A. Bilgi Alma İşlemi Sırasında Aldatma

Kolluk alt kültürünü oluşturan etkin olma motivasyonu, onu aldatmaya sevk ederek fiille ilgili kişilerin haklarını ihlal etmeye ya da onlara henüz bir muhakeme rolü tanımadan mümkün olduğunca olayın ayrıntılarına inerek bilgi almaya yöneltebilir. Çünkü şüpheliye hakları-

⁹¹ ŞAHİN, Şerh, s. 471, 472.

⁹² KUHNE, s. 126.

⁹³ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında, kolluğun şüpheliye itiraf etmesi halinde yargıcın onun fiilinin ağırlığı hususunda bilerek daha anlayışlı bir değerlendirme yapacağını vaat etmesini, kanunda öngörülme bir yarar vaadi olarak değerlendirmiştir. BGHSt 2007, 655 (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 21.12.2022)

⁹⁴ SICKOR, s. 256.

⁹⁵ BGHSt 2007, 655. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 20.12.2022)

⁹⁶ WHITE, s. 621.

⁹⁷ SEIER, Jurgen: "Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136 a StPO", Juristen Zeitung, Vol.43, 1988, s. 687.

⁹⁸ WHITE, s. 622.

⁹⁹ KUHNE, s. 126.

¹⁰⁰ ŞAHİN, Şerh, s. 472.

¹⁰¹ KUHNE, s. 126; ŞAHİN, Şerh, s. 472.

nün öğretilmesinden sonra kolluğun bilgi akışı azalacaktır¹⁰². Şüphelinin de kendisine yönelik bir isnat olmaması ve haklarını bilmemesinden dolayı kontrolsüz bir şekilde konuşarak aleyhine bir durum yaratması söz konusu olabilir. Kolluk da bu şekilde elde ettiği bilgiyi tutanak haline getirmek suretiyle yargılamaya dahil edilmesini sağlayacaktır. Bu işlem sırasında kolluğun şüpheliyi aldatıp aldatmadığı başka bir deyişle hukuka uygun sınır içinde kalıp kalmadığının tespiti ancak işlemin kavramsal sınırlarının belirlenmesiyle mümkün olabilir.

Ceza muhakemesi sistemlerinin pek çoğunda yer alan ve işlenen fiille bir şekilde ilgisi olan ancak henüz hukuksal statüsü belli olmayan kişilerden edinilen ilk, yön gösterici bilgiler edinme işlemine, “bilgi alma” adı verilmektedir¹⁰³. Bilgi alarak, kimin hangi statüyü alacağı belirlenmektedir¹⁰⁴. Bu işlem, şüphelinin ifadesinin alınmasından önceki bir aşamaya işaret etmektedir¹⁰⁵. Ceza muhakemesi sistemimizde de bu tanıma uygun olarak ifade alma ile kimi yönlerden benzerlikler taşıyan bilgi alma işlemi, “Tanımlar” başlıklı YGİAY md. 4’de “Bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, müşteki ve suçtan zarar gören ile suç işleme şüphesi altında bulunmayan diğer kişilerin dinlenmesini ve tutanağa geçirilmesi”¹⁰⁶ olarak tanımlanmıştır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere söz konusu bu işlem, bir suçu işlediği şüphesi taşımayan (hukuksal statüsü netleşmemiş) kişilerin suçun soruşturulmasında görevli kişilerce ve bu kimlikleri bilerek suça ve failine ilişkin olarak dinlenilmesidir. Başka bir deyişle, soruşturma organlarının şüphelenmediği bir kişiye soru sorması, bilgi almadır¹⁰⁷. Aynı husus, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) md. 15/1’de yer alan “Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar” hükmü bakımından geçerlidir. Bu hüküm, bilgi

¹⁰² KOCA, s. 63.

¹⁰³ ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 85.

¹⁰⁴ KOCA, s. 62.

¹⁰⁵ ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 85; KOCA, s. 62.

¹⁰⁶ Doktrindeki bir görüşe göre, bilgi alma işleminin bir tutanağa bağlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 85; Bununla birlikte ispat zorluklarının önüne geçilebilmesi için YGİEY’de tutanağa geçirilmenin işlemin bir unsuru olarak düzenlenmesi isabetli olmuştur.

¹⁰⁷ DEMİRBAŞ, s. 52.

alma işleminin Türk Hukukundaki kanuni dayanağını teşkil etmektedir. Polise adli görev verilmesi, beraberinde insanlarla konuşma, görüşme yetkisini de getirmiştir¹⁰⁸. Bununla birlikte, doktrinde polislin soruşturma sırasında bireylere lüzumu olan şeyleri sormasının ifade alma işlemi olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁰⁹. Buna katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü soruşturma bakımından gerekli şeylerin kimlere sorulacağı konusunda bir ayrıma gidilmemiştir. Şüpheli ve bunu şahsında taşıması muhtemel kişilerin kimler olabileceğini tespit etmek amacıyla suçla herhangi bir ilgi, bu işlem için yeterli görülmüştür. Başka bir ifadeyle “sormakla”, işlendiği iddia edilen suç bakımından kimlerin mağdur, görgü ve bilgi sahibi, şüpheli olduğunu belirlemeye dönük bir ayıklama işlemi gerçekleştirilmektedir.

Türk Hukukunda bilgi alma işleminin düzenlendiği diğer bir hukuksal metin, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliğidir (JTGY). 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK) md. 7/1b’de jandarmaya adli görevler verilmiş ancak bu çerçevede yapmaya yetkili olduğu işlemler belirtilmemiştir. JTGY md. 36/1-a’da ise “Yapmakta olduğu soruşturmalara ilgili olarak veya bir görevi yerine getirmek amacıyla bilgi ve görgüsüne başvurulması gereken kişileri çağırır ve kendilerinden gerekenleri sorabilir.” denilerek tıpkı poliste olduğu gibi kimlere soru sorulacağı konusunda bir ayrıma gidilmemiştir. İşlem bakımından işlenen suçla ilgili bilgi ve görgü sahibi olmak yeterli sayılmıştır. Bu nedenle düzenlemeyle jandarmaya da bilgi alma yetkisi verilmiştir. Bunun JTGYK yerine Yönetmelikte verilmiş olması bir eksiklik teşkil etmemektedir. JTGYK’da jandarmaya adli görevi uyarınca kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak bakımından genel bir yetki verilmiş, JTGY ile de bilgi alma işlemi bakımından ayrıca bir belirleme yapma yoluna gidilmiştir.

Bilgi alma aşamasında şüpheli henüz belli değildir. İşlem bakımından “Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi” başlıklı CMK md. 160/1’de yer alan “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini¹¹⁰ veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini

¹⁰⁸ MERAKLI, s. 1551; YENİSEY, s. 48.

¹⁰⁹ YENİSEY, s. 48; MERAKLI, s. 1551.

¹¹⁰ Madde metninde geçen “izlenim” ibaresini başlangıç şüphesi olarak algılamak gerekmektedir.

araştırmaya başlar.” hükmü önem taşımaktadır. Cumhuriyet savcısı şüphelinin kimliği bilinmeksizin bir suç işlendiği izlenimi veren bir hali öğrenmişse; öncelikle bir suçun işlenip işlenmediğini araştırmaya başlayacaktır. Söz konusu bu araştırma, YGİAY md. 4 uyarınca “*bir suçun tespiti*”ne yönelik olup bilgi alma¹¹¹ işlemini ifade etmektedir¹¹². Bilgi almanın belli bir kişi ya da kişiler hakkında yapılması mümkün olmadığından bireysel özgürlükler de sınırlandırılmamaktadır. Bu aşamada bir suçun işlenip işlenmediği de henüz belli değildir; sadece bir tahmin bulunmaktadır¹¹³. Örneğin, ormanlık bir alanın farklı yerlerinde aynı anda yangın çıktığını telsiz anonsundan duyan cumhuriyet savcısı bunun bir kundaklama sonucu olabileceği izlenimine ulaştığı için, emrindeki kolluk görevlileri aracılığıyla işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır. (CMK md. 160/1). Kolluk yangının nedenini öğrenebilmek, bir kundaklama olduğu sonucuna varması durumunda ise şüpheli olarak araştırmaların kime karşı yürütülmesi gerektiğine karar verebilmek için çeşitli sorular aracılığıyla bu olayın nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir resim çizmeye çalışır¹¹⁴. Haklarında henüz şüphe yoğunlaşmamış kişilere ancak olayın araştırılması bakımından zorunlu olan sınırlı soruları sorabilir¹¹⁵. Yangın bölgesinin yakınında rastladığı kişilere tanımadıkları ya da sergiledikleri davranışlar dolayısıyla dikkat çeken kişiler görüp görmedikleri, benzin vb. yakıcı madde kokusu alıp almadıkları gibi çeşitli sorular yöneltebilir. (YGİAY md. 4) Ormanda evi bulunan şahıslardan birinin böyle bir kokuyu almasıyla beraber eşkâl bilgilerini verdiği ama tanımadığı bir kişinin yola doğru kaçtığını gördüğünü beyan etmesi üzerine çevrede yapılan araştırmada bu tarife uyan kişiye konuyla ilgili sorular sorulması da bilgi alma işleminin bir parçasını teşkil edecektir. Ancak, bu sırada kişinin üzerinden benzin kokusu alınmış ve elinde yanık izleri olduğu görülmüşse şüphe bir kişiye doğru yönelmiştir ve hakkında soruşturma yapılmasına yetecek oranda kuvvetlenmiştir. Bir suç işlendiği izlenimi,

¹¹¹ Söz konusu işlem için ‘*Bilgi toplama*’ tabiri de kullanılmaktadır: KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 419; ‘*Bilgi toplama ifadesi*’ tabiri için bkz. DEMİRBAŞ, s. 52.

¹¹² Bu aşamada bir suçun işlendiği de şüphelidir. DEMİRBAŞ, s. 52.

¹¹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 419.

¹¹⁴ DEMİRBAŞ, s. 52; Aynı yönde: KOCA, s. 62.

¹¹⁵ YENİSEY/BAŞER DOĞAN/AKPEK/BAYDAR/HAYIRLIOĞLU, s. 881.

fiil ve ilgili şahıs bakımından başlangıç şüphesine dönüşmüştür¹¹⁶. Şüpheli ortaya çıkmış olduğundan¹¹⁷ da bilgi alma aşaması bitmiştir. Doğal olarak bu işleme son verilip ifade alma aşamasına geçilerek şüpheliye CMK md. 147'de yer alan haklarının bildirilmesi gerekmektedir. (StPO md. 163a)¹¹⁸ Aksine bir yaklaşım, aldatma teşkil edecektir.

Bilgi alma işlemi Alman Hukuku'nda herhangi bir şekilde düzenlenmemekle birlikte doktrin ve yargı uygulamasında Türk Hukukundan farklı bir şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre şüpheli olmama, kolluğun bu durumu bilmemesi şartları söz konusu değildir. İşlem kapsamında, soruşturma evresi başlamadan kişiler suçun soruşturulmasında görevli kişilerce ve bu ünvanları bilerek meydana gelen olaya ilişkin herhangi bir şekli kurala bağlı olmaksızın dinlenecektir¹¹⁹. Aslında "Soruşturma evresi" başlıklı StPO md. 160/1'deki "Savcılık bir suç duyurusu yada başka bir yoldan, bir suçun işlendiğine ilişkin şüphe bulunduğunu öğrenince, kamu davası açılıp açılmaması gerektiğine karar verebilmek için, olayı derhal araştırır." hükmünde "araştırır" ibaresi bu konuda yol gösterici nitelik taşımaktadır. Savcı bu araştırmayı kolluk aracılığıyla yapacaktır bu da bilgi alma, ifade alma gibi işlemleri kapsayacaktır.

B. Kişilerin Kolluğa Yaptığı Spontan Açıklamalar Sırasında Aldatma

Alman Hukuku bakımından ifade alma işlemine benzer bir durum da şüphelinin uyarılmadan önce polise kendiliğinden yapmış olduğu açıklamalardır. (*Spontanduerungen*). Şüpheliler özellikle de ikametlerinde polisle karşılaştıklarında polisin sorusunu ya da uyarmasını beklemeksizin suça ilişkin kimi beyanlarda bulunmaktadır. Bu durumda StPO md. 163a anlamında bir ifade alma işlemi yoktur ve başta susma hakkı olmak üzere şüpheliye haklarını hatırlatmak neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Doktrinde, burada belirleyici olanın polisin bilgilendirmeyi kasıtlı olarak yapıp yapmadığı hususunun olduğu belirtilmektedir.

¹¹⁶ ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 86.

¹¹⁷ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 421.

¹¹⁸ VOLBERT/BAKER, s.138.

¹¹⁹ THAMAN, C. Stephen: "Miranda In Comparative Law", Saint Louis University Law Journal, Vol. 45, Issue. 2, 2004, s. 600; MUELLER, s. 2; BOHLANDER, s. 97; Aynı yönde: BGHSt 42, 139; (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs042139.html>, Erişim Tarihi: 21.12.2022)

Buna göre, sorgulamaya ilişkin kuralların baypass edilmesi gibi bir amacın olması halinde bu bir aldatma teşkil edecektir. Böyle bir amacın olmaması durumunda ise bu açıklamalar, hukuken bir anlam ifade edecek ve yargılamada delil olarak¹²⁰ kullanılabilir¹²¹.

Aldatmanın varlığını belirleyen diğer bir husus da, polislerin spontan açıklama yapan kişinin şüpheli olduğunu bilip bilmedikleri hususudur. Hakkında herhangi bir şikâyet ya da ihbar yapılan, koruma tedbiri uygulanan¹²² ya da suç soruşturması yürütülen kişi her zaman için şüphelidir. Kendisi StPO md. 136, 163a uyarınca dinlenmelidir. Bu yapılmaksızın alınan beyanlar yargılama aşamasında kullanılmayacaktır¹²³. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına¹²⁴ konu olan bir olayda ev sahibine kızarak evi kundaklayan anne ve kızını itfaiyeciler son anda kurtarmıştır. Olay yerine gelen polislerden bir tanesinin her ikisine de StPO md 136 ve 163a uyarınca haklarını bildirmesi üzerine susma haklarını kullanacaklarını bildirmişlerdir. Yoğun bakımda kendisine eşlik eden diğer polise anne, sık sık kızının sağlık durumunu sormuş; bunlardan birinde de evi kızıyla birlikte yaktıklarını itiraf etmiştir. Bu beyan, Yüksek Mahkemece spontan beyan olarak kabul edilmiş ve yargılamaya dahil edilmiştir. Kararda bu husus yer almamakla birlikte annenin kendisine açıklama yaptığı polis, StPO md 136 ve 163a uyarınca hak hatırlatması yapan olmayıp anneyi kızından ayrı olarak hastaneye getirendir. Başka bir deyişle, annenin şüpheli olup olmadığını bilmektedir. Belki de yangının kundaklama sonucu çıktığını düşünmemektedir. Herhangi bir yangına kolluk olarak müdahale ettiğini sanmakta-

¹²⁰ "Kolluğun inisiyatifi olmaksızın, şüpheli tarafından kendiliğinden yapılan açıklamalar delildir ve hükme esas alınabilirler." **ŞAHİN**, Cumhuriyet: "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", Koçhisarlıoğlu, Cengiz (Editör), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1413.

¹²¹ **VOLBERT/BAKER**, s.139; **BOHLANDER**, s. 97; **BEULKE**, s. 89; Aynı yönde: BGH NStZ 1990, 43; BGH NStZ 1994, 595; NJW 1994, 1296; BGHSt 38, 214, 228. (<https://dejure.org/dienste>, Erişim Tarihi: 22.12.2022)

¹²² Aynı yönde: **SCHROEDER**, F. Christian: "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", (Çeviren: Şahin, Cumhuriyet), Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, İstanbul 1999, s. 54.

¹²³ **BEULKE**, s. 89; Aynı yönde: **SCHROEDER**, s. 54.

¹²⁴ BGH 1 StR 277/17-06.03.2018. (<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/17/1-277-17.php>, Erişim Tarihi: 22.12.2022)

dır. Diğer taraftan kişilerin özgür iradeleriyle kolluğa giderek kendiliğinden yapmış oldukları açıklamalar da ifade olmayıp spontan açıklamalar niteliğindedir¹²⁵. Söz konusu açıklamalar, buna muttali olan kolluk görevlisinin tanıklığına başvurulmak suretiyle yargılamaya dahil¹²⁶ edilir¹²⁷.

Yukarıda belirtilen şartlar olmaksızın kolluğa kendiliğinden konuşanların üçüncü kişiler hakkında yapmış olduğu açıklamalar, hukuken bir değer ifade edecektir. Çünkü burada hakları ihlal edilen, üçüncü kişi ya da kişiler değildir (*Rechtskreistheorie*)¹²⁸. Kanaatimizce de, sadece Alman Hukuku bakımından değil; ülkemizin de içinde bulunduğu Kara Avrupası Ceza Muhakemesi sistemine dahil olan tüm ülkelerde aksine bir hüküm bulunmadıkça¹²⁹ belirtilen şartlar dahilinde yapılan açıklamalara sırt dönmek maddi gerçeğe ulaşma amacıyla bağdaşmayacaktır.

C. Dinleme Tuzakları Yoluyla Aldatma

Yasak ifade alma yöntemleri olan aldatma ve onun özel bir türünü teşkil eden kanuna aykırı yarar vaadiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar, şüphelinin soruşturma makamları adına hareket ettiği her yönüyle belli olan görevlilerle ifade verme işlemi bakımından karşı karşıya geldiği durumlara ilişkindir. CMK md. 148, StPO md. 136a'da düzenlenmişlerdir. Bilgi alma işlemi ve spontan yapılan açıklamalarda da bilme durumu mevcuttur. Ancak bunun aksi de mümkündür. Başka bir deyişle, görevliler bu sıfatlarını şüpheliden gizleyerek ondan itiraf elde etmeye

¹²⁵ DEMİRBAŞ, s. 54.

¹²⁶ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında da dolaylı olarak belirtildiği üzere bir soruşturmada kolluk, bireylerle ifade alma, bilgi alma, spontan ile gizli soruşturmada kendisine yapılan açıklamalar olmak üzere 4 şekilde karşı karşıya gelebilmektedir. BGH 3 StR 104/07 - 26. 07. 2007. (<https://dejure.org/dienste>, Erişim Tarihi: 22.12.2022)

¹²⁷ ŞAHİN, İfade Alma, s. 1413.

¹²⁸ BOHLANDER, s. 97; Aynı yönde: BGH NStZ 1994, 595 (<https://dejure.org/dienste>, Erişim Tarihi: 22.12.2022)

¹²⁹ Spontan olarak yapılan açıklamalarla ilgili olarak tutanağın içeriği başlıklı İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu (İCMK) md. 136/2'de, şüpheli tarafından yapılan açıklamaların kolluğun sorusu üzerine mi yoksa kendiliğinden mi olduğunun belirtilmesi gerektiği düzenlemiştir. Kanun metni için bkz. <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>. (Erişim Tarihi: 23.12.2022)

çalışabilirler. Söz konusu bilgisizlik nedeniyle şüphelilerin de kendi aleyhlerine beyanda bulunmaları yüksek bir ihtimal olarak ortaya çıkacaktır¹³⁰. Böylesi bir durumda şüphelinin ses kaydının yapılmasına dayanan ve doktrinde¹³¹ “*Dinleme Tuzağı*”¹³² olarak ifade edilen bu yöntemin, bir aldatma teşkil edip etmeyeceği önemli bir konudur. Hemen belirtilmelidir ki aldatma bakımından belirleyici olan, şüphelinin irade özgürlüğünün ihlali olduğundan¹³³ konuştuklarının kaydedildiğinin farkında olan şüpheli bir ifade verdiğini bildiğinden¹³⁴ buna dair açık bir rızası olmasa dahi irade özgürlüğü ihlal edilmiş olmadığından herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir¹³⁵. Ayrıca kanunların izin verdiği bir gizlilik, aldatma değildir¹³⁶.

Susma hakkını kullanma iradesini resmi makamlar önünde ortaya koyan bir şüphelinin bu iradesinin devre dışı bırakılmasına yönelik

¹³⁰ KARAASLAN, s. 569.

¹³¹ MEYER-MEWS, Hans, “*Gizli Soruşturmacı-Güvenilen Şahıs-Güven Bağı*”, (Çeviren: Akyol, Yaprak), Ünver, Yener (Editör), Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2011, s. 221; ENGLANDER, s. 215; BEULKE, s. 86; LEO, s. 46.

¹³² Tuzağa düşürme tabiri için bkz. ROSS, s. 460.

¹³³ ENGLANDER, s. 215.

¹³⁴ SCHMIDT, Eberhard: “*Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren*”, Juristen Zeitung, 11. Jahrg., Nr. 7, 1956, s. 208; ENGLANDER, s. 216; Aynı yönde: BGHSt 33, 217. (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 23.12.2022)

¹³⁵ ŞAHİN, Sanığın Sorgulanması, s. 208.

¹³⁶ KRASCHUTZKİ, s. 28; BUCH, s. 841; ROSS, s. 448; Aynı yönde: BGHSt 53,294, 305 (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 24.12.2022) Bir ifade alma işlemine verilen mola sırasında kolluk, şüphelinin üçüncü bir şahısla konuşma fırsatına sahip olmasını sağlayacak bir senaryo eşliğinde odadan çıkmıştır. Bu esnada şüpheli, üçüncü kişiye kendisini suçlayıcı itiraflarda bulunmakta ve kolluk da bunu kapı aralığından duyup kaydetmektedir. Bu durumda şüpheli, ifade vermenin niteliği konusunda aldatılmaktadır. Bu bir işitme tuzağı olup bir aldatma davranışı olarak yasaklanmıştır. Ancak, kanunun öngördüğü şekliyle telefonu dinlenen şüphelinin eşini kolluğun arayarak onun yakın zamanda tutuklanacağını söylediği bir olayda bunu duyan şüphelinin suç ortağı kişiyi arayarak bu konuşmada kendisini suçlayıcı ifadeler kullanması halinde bu bir ifade alma işlemi değildir. İzin verilen bir telefon dinlemesi söz konusu olup işitme tuzağı başka bir deyişle aldatma da yoktur. Açıklamanın yargılamada kullanılmasında hukuken bir sakınca bulunmamaktadır. BEULKE, s. 87.

gizli faaliyetler, bir aldatma, iradenin özgür bir şekilde ortaya çıkışına bir engel teşkil etmektedir¹³⁷. Yargıtay 1.CD'nin 2003/3819 E, 2004/299 K sayılı ve 16.02.2004 tarihli kararına¹³⁸ konu olan bir olayda kayın biraderlerini öldürmekle suçlanan iki kardeşten (C) ve (E) kolluktaki ifadelerinde susma hakkını kullanmak istediklerini beyan etmişlerdir. Şüpheliler adliyede Cumhuriyet Savcısını beklerken bir polis memuru ile şüpheli (C) arasında çeşitli konuşmalar geçmiş ve bu da gizlice kaydedilmiştir. (C), bu sırada kendisinin yardımı olmakla birlikte cinayeti asıl olarak kardeşi (E)'nin gerçekleştirdiğini polise itiraf etmiş bu da mahkûmiyet hükmüne esas alınmıştır. Yargıtay yapılan kaydın hukuka aykırılığına ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir: *“Dosyadaki olayda, sanık Cengiz kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan videokasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.”* Yargıtay kararda her ne kadar şüpheli ile polis arasında geçen konuşmaları sohbet havasında mülakat olarak kabul etmişse de bu şekilde yapılan kaydı, yasak ifade alma yöntemlerinin düzenlendiği CMUK md.135a uyarınca aldatma olarak nitelendirmiştir. Oysaki söz konusu diyalog bir ifade işlemi değildir. Dolayısıyla da onu düzenleyen kurallara (CMUK md.135a, CMK md. 148) göre hukuka uygunluğu-aykırılığı belirlenemez. Şüphelinin savunmasını özgür iradesiyle yapmasını engelleyecek, onun aleyhine bir durum yaratacak her türden aldatma başka bir deyişle irade manipülasyonunun hukukun bir değerinin olması mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen esaslar, gizli soruşturma yöntemleri bakımından da geçerlidir. Bu yönetime başvurarak sessiz kalma hakkının kullanımını fiilen etkisiz hale getirecek davranışlar yoluyla elde edilen bilgiler, hukuka aykırı olacak, hükme esas alınamayacaktır. Bunun en tipik örneğini Federal Adalet Divanı'nın 2007 tarihli ve kamuoyunda *“Mallorca Kararı”*¹³⁹olarak bilinen uyuşmazlığa konu kararı oluşturmaktadır. Olayda Alman polisi, Mallorca adlı birinin on beş yaşında bir kızı öldürmüş olduğu iddiasıyla ifadesini almıştır. Ancak, Mallorca susma

¹³⁷ ZÖLLER, s. 95; MEYER-MEWS, s. 222, ROSS, s. 459; BUCH, s. 841; KARAASLAN, s. 577.

¹³⁸ (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.12.2022)

¹³⁹ BGHSt 52, 11(<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 24.12.2022)

hakkını açıkça dile getirmiş ve konuşmamayı tercih etmiştir. Polisin elinde o sırada başka bir delil olmadığı için serbest bırakılmıştır. Akabinde Mallorca'yı izlemek üzere (A) adlı polis gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiştir. O sırada başka bir suç nedeniyle gözaltında olan Mallorca ile (A), senaryo gereği bir nakil sırasında tanışmışlar ve (A) onu tutukevinde birkaç kez ziyaret etmiştir. Serbest bırakıldıktan sonra (A)'nın kendisine ait evde zaman zaman bir araya gelmişlerdir. Böylelikle Mallorca ile (A) yakın arkadaşı olmuşlardır. Gizli görevli (A), aralarında var olan karşılıklı güvene dikkat çekerek sonunda ondan cinayetle ilgili gerçeğin ne olduğunu anlatmasını istemiş ve o da suçunu itiraf etmiştir. BGH bu olayda aldatma yasağının varlığını kabul etmiştir. Gizli görevli, susma hakkını kullanan bir şüpheliyi aralarında tesis edilen güven ilişkisini kullanarak fiilen ifade vermeye ve suçla ilgili itirafları ortaya çıkarmaya ısrarla teşvik etmemelidir. Bu şekilde delil elde etmek, kimsenin kendini suçlamak zorunda olmadığı ilkesini (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ihlal etmektedir¹⁴⁰.

Gizli görevli ile şüpheli arasında güven ilişkisi kurularak ki bu daha çok şüphelinin kalmış olduğu hücreye bir görevlinin yerleştirilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir, elde edilen itiraflar da aldatma yasağının ihlalidir¹⁴¹. Ancak bu görevliyle şüphelinin herhangi bir akrabası

¹⁴⁰ ZÖLLER, s. 96, 97; Nisan 2004'de (A), hakları konusunda bilgilendirildikten sonra üç çocuğunu öldürdüğü şüphesiyle polis tarafından ifadesi alınmıştır. Suçlamaları kabul etmemiştir. Başarısız olan soruşturmadan sonra Ocak 2005'ten itibaren (A)'ya karşı gizli soruşturmacı görevlendirilmiştir. Görevli, çevrimiçi sohbet alışkanlıkları hakkında bir kitabın yazarı gibi davranarak yayımlamayı planladığı kitabı için hikâyelerini kullanabileceği insanları aradığı izlenimi yaratmıştır. Şubat 2005' ile Ağustos 2006 arasında gizli görevli ve (A) toplam 28 kez bir araya gelmiştir. Ayrıca kısa mesaj, e-posta ve telefon yoluyla da iletişim kurmuşlardır. Görevli, 2006 yılının başından itibaren (A)'nın dikkatini tekrar tekrar kendi geçmişine çekmiştir ve bunun sonunda (A), Şubat 2006'da başka hiç kimsenin bilmediği kız kardeşini yaklaşık 20 yaşında öldürdüğünü olduğu gibi anlatmıştır. Ayrıca (A), bu görevliye oğlu Pascal'ı öldürdüğünü de itiraf etmiştir. Görevli tarafından sorulduğunda bu cinayetlerin gerekçesi ve detayları hakkında da yorum yapmıştır. "Mallorca davası"nda olduğu gibi, Yüksek Mahkeme burada da aldatma yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. BGHSt 2009, 343 (<https://dejure.org>, Erişim Tarihi: 23.12.2022)

¹⁴¹ ENGLANDER, s. 217; BEULKE, s. 86; ROSS, s. 447; Aynı yönde: BGHSt 34, 362 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs034362.html>, Erişim Tarihi: 23.12.2022); BGHSt 34, 39, 45 (<https://dejure.org>; Erişim Tarihi: 23.12.2022); Aksi yönde: LEO, *Interrogation*, s. 46; Aynı yönde: *Illinois v. Perkins*, 110 S.Ct. 2394 (1990) (Karar, LEO, s. 46'dan alınmıştır.)

arasındaki konuşmalar yasak kapsamında değildir¹⁴². Aynı durum tanıklar ile kurulan ilişkiler bakımından da geçerlidir¹⁴³. Şüphelinin başkasıyla yaptığı telefon görüşmesinin, kolluk tarafından kulak misafiri olarak dinlenmesinde de aldatma söz konusu değildir¹⁴⁴. Şüpheli bu şartlarda üçüncü bir kişiye güvenmektedir¹⁴⁵. Hukuk devleti açısından gizli görevlinin aldatma yoluyla bilgi almasına başka bir deyişle devletin aleni-resmi sorgulamalarda yasak olan bu yöntemi gizlice kullanmasına izin verildiğinin kabulü mümkün değildir. Aksine bir yaklaşım, StPO md.136a'nın (CMK md. 148) devre dışı bırakılması anlamına gelecektir. Bu tip davranışların ortaya çıkması, irade özgürlüğünün ihlali olup hukuka aykırı olacaktır¹⁴⁶.

SONUÇ

Ceza muhakemesi sistemimizde ifade alma işleminin neleri kapsadığı düzenlenmemiş, işlem bakımından hangi görevlilerin yetkili olacağı hüküm altına alınmış olduğundan maddi (fonksiyonel) değil şekli ifade alma kavramı geçerlidir. Aynısı sorgulama işlemi için de söz konusudur. Benzer bir durum, Alman Doktrin ve yargı uygulaması bakımından da geçerlidir. Bilgi alma, işlendiği iddia edilen suç bakımından kimlerin mağdur, görgü ve bilgi sahibi, şüpheli olduğunu belirlemeye dönük bir tür ayıklama işlemidir. Türk Hukukunda bilgi alma işleminin yasal dayanağı var iken Alman Hukukunda uygulamada başvurulmaktadır. İşlendiği iddia edilen suç bakımından kimlerin mağdur, görgü ve bilgi sahibi, şüpheli olduğunu herhangi birine şüphe atfetmeksizin belirlemeye dönük olarak gerçekleştirilen ayıklama işlemi, bilgi almadır. Alman Hukuku bakımından ifade alma işlemine benzer bir durum da

¹⁴² KRASCHUTZKI, s. 30; ZÖLLER, s. 99; Aynı yönde: BGHSt 40, 211 (216) (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040211.html>, Erişim Tarihi: 24.12.2022)

¹⁴³ SCHMIDT, s. 209.

¹⁴⁴ KREY, s. 71; KRASCHUTZKI, s. 25; ENGLANDER, s. 220; Aynı yönde: BGH Urt. v. 08.12.1993 - 2 StR 400/93. (http://edoc.vifapol.de/opus/volltexte/2009/1231/pdf/band_10.pdf, Erişim Tarihi: 24.12.2022); Doktrinde yer alan aksi yöndeki bir görüşe göre, kolluk böyle bir durumda aracı olarak üçüncü bir kişiyi kullanmakla aslında ifadeyi kendisi almış olmaktadır ve aldatma yasağı varlığını bu durumda da devam ettirmektedir: Herrman, s. 357.

¹⁴⁵ ENGLANDER, s. 220.

¹⁴⁶ ZÖLLER, s. 98; Aynı yönde: KRASCHUTZKI, s. 28.

şüphelinin uyarılmadan önce polise kendiliğinden yapmış olduğu açıklamalardır. Polis bilgilendirmemeyi kasıtlı olarak yapmadığı, karşıdaki kişinin şüpheli olduğunu bilmediği sürece açıklama, hukuken bir ifadedir.

Anayasal bir gereklilik olan işlendiği iddia edilen suçun toplumsal düzeni yeniden sağlayacak bir şekilde aydınlatılması ve bu çerçevede ifade alma işlemi sırasında “*cezai kurnazlık*”, önemli olmaktadır. Şüpheliye karşı kurnazca davranışlar sergileyerek itiraf almak ile onu yanıltarak karar verme iradesini fiilen elinden almak suretiyle itiraf elde etmek birbirinden farklıdır. Kolluk tarafından şüpheliye karşı gerçekleştirilen hileli davranışlardan diğeri, kanuna aykırı bir yarar vaadinde bulunmadır ve aldatma yönteminin özel halini ifade etmektedir. Şüphelinin belli bir içerikte ifade vermesi durumunda, yerine getirilmesinde hukuksal imkânsızlık olan bir avantajın kendisine sağlanacağı yönünde kolluk ile aralarında bağlayıcı bir durumun oluştuğuna inandırılmasıdır.

Susma hakkını kullanma iradesini resmi makamlar önünde ortaya koyan bir şüphelinin bu iradesinin sonrasında devre dışı bırakılmasına yönelik gizli faaliyetler bir aldatma teşkil etmektedir. Benzer bir durum, gizli soruşturmacı bakımından da geçerlidir. Bu yönetime başvurularak sessiz kalma hakkının kullanımını fiilen etkisiz hale getirecek davranışlar yoluyla elde edilen bilgiler, hukuka aykırı olacaktır. Gizli görevli ile şüpheli arasında güven ilişkisi kurularak elde edilen itiraflar da aldatma yasasının ihlalidir.

KAYNAKÇA

- AMBOS, Kai:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-“, Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 15-64.
- ARSLAN, Mehmet:** “Şüphelinin İfade Verme Özgürlüğü”, Yenisey, Feridun/Özgenç, İzzet /Nuhoglu, Ayşe/Turhan, Faruk (Editörler) ,Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 787-816.
- BEULKE, Werner:** Strafprozessrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 2008.
- BOHLANDER, Michael:** Principles of German Criminal Procedure, 2012
- MUELLER, W. Gerhard:** “The Law Relating To Police Interrogation Privileges And Limitations”, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 52, Issue. 1, s. 1-15.
- BUCH, Erstes:** Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG.
- CHIESA, E. Luis:** “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases “, Boston College Third World Law Journal, Vol. 35, 2009, s. 35-66.
- CİHAN, Erol:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecbuası, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 127-140.(Vaad)
- EROL, Cihan:** “50. Yılda Ceza Muhakemesi Süjesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50. S.1-4, 1984, s, 133-151.(Sorgu)
- DEMİRBAŞ, Timur:** Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 4. Baskı, Ankara 2015.
- ENGLANDER, Armin,** “Gizli Soruşturmanın Sınırı Olarak Nemo-Tenetur İlkesi”, (Çeviren: Yücel, Jale), Ünver, Yener (Editör), Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2011, s. 215-220.
- ESER, Albin:** “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Die rechtliche Stellung des Angeklagten)”, Yargıtay Dergisi, S.16, 1990, s. 313-338.

- HEINRICH**, Christoph/**RAUCH**, Christian/**WIEHRE**, Axel: Nemo» Tenetur Se Ipsum Accusare, <https://eg.uc.pt/bitstream>, (Erişim Tarihi:15.11.2022).
- HERRMANN**, Joachim: "Police Interrogation of The Suspect – A Power Play Germany – United States – People's Republic of China", Peking University Law Journal, Vol. 3, Issue 2, 2015, s. 339-360.
- GAU**, J. Patrick: Die rechtswidrige Beweiserhebung nach § 136 a StPO alsVerfahrenshindernis, Zugleich Ruhr-Universität Bochum Dissertation 2006.
- GÖKPINAR**, Mahmut: Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi, Ankara 2022.
- GRABENWARTER**, Christoph: "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)", (Çeviren: Can, Osman), Ünver, Yener (Editör), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 181-245.
- KARAASLAN**, Reşit: "Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği – İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneği Üzerinden Bir İnceleme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 25, S. 2, s. 555-621.
- KRASCHUTZKİ**, Holger: "Die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter Lis im Rahmen des § 136a StPO an Hand ausgewählter Fallbeispiel unter besonderer Berücksichtigung des so genannten Telefonmithörens durch Polizeibeamte", in: Grenzüberschreitende Polizeiarbeit Vernehmungen – Eilfälle – Kooperationen – Terrorbekämpfung, Hrsg.Martin H. W. Möllers, Lübeck 2004, s. 11-32.
- KREY**, Volker: Deutsches Strafverfahrensrecht: Hauptverhandlung, Beweisrecht, Gerichtliche Entscheidungen, Tatbegriff, Rechtskraft, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe (Studienbücher Rechtswissenschaft), Band II, 2015.
- KOCA**, Mahmut: "'Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği' Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1999, s. 61-88.
- KRASCHUTZKİ**, Holger "Die Abgrenzung zwischen verbotener Täuschung und erlaubter Lis im Rahmen des § 136a StPO an Hand ausgewählter Fallbeispiel unter besonderer Berücksichtigung des so genannten

Telefonmithörens durch Polizeibeamte", Hrsg. Martin H. W. Möllers (Editör), Grenzüberschreitende Polizeiarbeit Vernehmungen – Eilfälle – Kooperationen – Terrorbekämpfung, Lübeck 2004, s. 11-32.

KUNTER, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010.

KUHNE, H.Heiner: "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri", (Çeviren: Özbek, Veli Özer), İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1993, s. 121-129.

LEO, A. Richard: "From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America", Crime, Law and Social Change, Vol. 18, 1992, ss. 35-59.

LUCAS, Christian: Beweisverwertung im Strafverfahren, <https://www.juratexte.2ix.de>, (Erişim Tarihi: 18.12.2022).

MERAKLI, Serkan: "İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar", Nuhoglu, Ayşe (Editör), Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan, C.I, İstanbul 2014, s. 1548-1632.

MEYER-MEWS, Hans, "Gizli Soruşturmacı-Güvenilen Şahıs-Güven Bağı", (Çeviren: Akyol, Yaprak), Ünver, Yener (Editör), Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2011, s. 221-223.

MİTTAG, Matthias: "A Legal Theoretical Approach to Criminal Procedure Law: The Structure of Rules in the German Code of Criminal Procedure", German Law Journal, Vol.7, Issue. 8, s. 637-645.

MUELLER, W. Gerhard. "The Law Relating To Police Interrogation Privileges And Limitations", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 52, Issue. 1, s. 1-15.

PLAGEMANN, Gottfried: "Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2014, s. 157-189.

PRASCH, Volker, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136a StPO, Inaugural-Dissertation zur Erlangung

der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 2002.

ROSS, Jacqueline: "Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, Issue. 3, 2008, s. 443-474.

SCHMIDT, Eberhard: "Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren", *Juristen Zeitung*, 11. Jahrg., Nr. 7, 1956, s. 206-211.

SCHROEDER, F. Christian: "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", (Çeviren: Şahin, Cumhur), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul 1999, s. 269-283.

SEIER, Jurgen: "Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136 a StPO", *Juristen Zeitung*, Vol.43, 1988, s. 683-688.

SICKOR, J. Anreas: *Das Geständnis*, Jus Ponela 1, 2014.

SWANSON, L. Warren/**ELCHMEIER**, Roger: "Lie-Detector Tests And 'Freedom Of The Will' In Germany ", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 47, Issue. 5, 1957, s. 570-573.

ŞAHİN, Cumhur: *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994 (Sanığın Sorgulanması).

ŞAHİN, Cumhur: *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)*, Ankara 2001(Doğrudanlık).

ŞAHİN, Cumhur: *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005 (Şerh).

ŞAHİN, Cumhur: "Kolluğun İfade Alması Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar", Koçhisarlıoğlu, Cengiz (Editör), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1413-1419. (İfade Alma).

THAMAN, C. Stephen: "Miranda In Comparative Law", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, Issue. 2, 2004, s. 581-624.

TURHAN, Faruk: *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, Ankara 2009.

TURHAN, Faruk/**AKSAN**, Murat: "Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, S. 2, 2020, s. 289-332.

- VOLBERT**, Ranate/**BAKER**, Bianca, “*Investigative Interviewing of Suspects in Germany*”, Walsh, David /Oxburgh, Gavin E. /Redlich, Allison D. /Myklebust, Trond (Edirtörler), *International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation*, Vol. 2, 2015, s. 138-147.
- WEİGEND**, Thomas/**HOROVİTZ**, Anat: “Human Dignity and Victims' Rights in the German and Israeli Criminal Process”, *Israel Law Review*, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 263 – 300.
- WHITE**, S.Welsh: “Police Trickery In Inducing Confessions”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, İssue.3, 1979, s. 581-629.
- YENİSEY**, Feridun, “*Kolluk Kanunu Nasıl Olmalıdır?*”, www.hukukturk.com(Erişim Tarihi:25.11.2022).
- YENİSEY**, Feridun/**BAŞERDOĞAN**, Zehra/**AKPEK**, Ayça/**BAYDAR**, Burak/**HAYIRLIOĞLU**, Gözde Hare: “Ceza Muhakemesinde İfade Alma ve Mülakat,” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 199-200, 2021, s. 853-893.
- YENİSEY**, Feridun/**OKTAR**, Salih, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- ZÖLLER**, A. Mark: “Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 2, S.1-2, 2014, s. 85-103.

İDARE İLE KAMU MALLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ BAĞLAMINDA DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFUNDA ALTINDA OLMA

Doç. Dr. Celâl IŞIKLAR*

Öz

Hukukumuzda kamu mallarına ilişkin temel bir kanun bulunmamaktadır. Kamu tüzel kişilerinin üzerinde özel mülkiyet kurulmamış mallarına kamusal mal denir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, idare ile kamu malları arasındaki hukuki ilişki kamu mülkiyeti ilişkisidir. Kamu mülkiyeti kamu hukuku kurallarından kaynaklandığından özel mülkiyetten farklıdır; ancak değişik ölçülerde de olsa onun gibi kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini içerir. Buna karşılık başta Anayasa (m.43) olmak üzere birçok kanunda “Devletin hüküm ve tasarrufunda” (DHvTA) olma deyimini kullanılmaktadır. Bu deyim bazen sâdece belirli mal kategorilerini ifade etmekte, bazen de idarenin her türlü malını kapsamaktadır. Terimin mülkiyet öncesi bir denetim ve gözetim yetkisi anlamına geldiği de belirtilmektedir. DHvTA olma doğrudan Devletin belirli malları üzerindeki hükümlerlik hakkını gösteren bir terimdir. Terim kamu hukuku kurallarının uygulandığı, kamu yararını sağlamaya yönelik, kamu malını hem birey ve topluluklara hem de Devlete karşı koruma garantisi veren bir kuralı içeren, özgül ve özgül bir

* Doç. Dr. KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Bilim Dalı, Öğretim Üyesi, Konya, Türkiye | Asst. Prof., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Konya, Turkey

✉ celal.isiklar@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-7239-6142.

✎ **Atf Şekli** ✨✨Cite As: IŞIKLAR, Celâl: “İdare ile Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki Bağlamında Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında Olma”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 703-753.

✎ **İntihal** ✨✨Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. ✨✨This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

kamu mülkiyeti ilişkisi demektir. DHvTA olma malın özel mülkiyete konu edilmesini mutlak surette yasaklamaktadır.

Anahtar Kelimeler

İdare • Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma • Kamu malı • Kamu mülkiyeti • Özel mülkiyet

THE BEING UNDER THE IMPERIUM AND DISPOSAL OF THE STATE IN THE CONTEXT OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE ADMINISTRATION AND PUBLIC DOMAIN

Abstract

There is no fundamental law regarding public goods in our law. In theory, goods belonging to a public legal entity but on which no private property has been established are called public domain. According to the dominant view in the doctrine, the legal relationship between the administration and the public property is the public property relationship. The public property differs from private property in that it arises from the rules of public law; however, it includes the authority to use, benefit and dispose of it, albeit to a different extent. On the other hand, in many laws, especially in the Constitution (art. 43), the phrase being "under the imperium and disposal of the State" is used. This phrase sometimes only refers to certain categories of goods, and sometimes covers all kinds of goods of the administration. It is also stated that the term means a pre-ownership control and oversight authority. Being under the imperium and disposal of the state is a term that directly denotes the right of sovereignty over certain property of the State. The term refers to a unique and specific public property relationship in which the rules of public law are applied, aimed at the public interest, containing a rule that guarantees the protection of public domain both to individuals and communities and the state. Being under the imperium and disposal of the state absolutely prohibits the subjection of public domain to private ownership.

Key Words

Aynı formatta beş adet anahtar kelime olmalıdır. • Administration • Being under the imperium and disposal of the State • Public domain • Public property • Private owner

GİRİŞ

Geniş anlamda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin tüm organlarının, dar anlamda münhasıran Devlet tüzel kişiliğinin veya onunla birlikte diğer kamu tüzel kişilerinin mallarını anlatmak üzere gerek Anayasamızda gerek kanunlarımızda "Devlet Malı", "İdare Malı", "Hazine malı",

“Kamu (amme) Emlakı”, “Kamu/sal mal”, “kamu hizmeti eşyası” ve “İdarenin Aynı “Vasıtaları” gibi terimlerin yanı sıra “Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altındaki Mal” terimi de kullanılmaktadır.¹ Bu terime başta Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay olmak üzere adli ve idari yargı organlarının kararlarında da sık sık rastlanmaktadır. Yargı mercileri bu terime ya uyuşmazlıkla ilgili bir kanun hükmünü alıntılanmak, ya da kamuya ait belirli bir malın hukuki mahiyetini ifade etmek için başvurmaktadır. Ne var ki bütün bu kullanım alanlarında “Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altındaki Mal/Yer/Taşınmaz” ibaresinde geçen ve malı niteleyen sıfat kalıbının her zaman aynı anlama ve tek bir kavrama karşı gelecek şekilde kullanıldığını söylemek zordur.

“Devletin Hüküm ve Tasarrufunda Altında (DHvTA) olma” kavramı maliye ve medeni hukuk disiplinleri gibi idare hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Yasama organı tarafından kamu mallarını tasnife ve/veya korumaya yönelik alışılmış bir kalıp olarak kullanılageldiği hâlde, kavramla ilgili özel ve ayrıntılı bir çalışmaya pek rastlanmamaktadır. Devletin mallarıyla hukuki ilişkisi ve yetkisine ilişkin görüşlerin, pozitif hukukumuzda böyle bir formül mevcutken, kamu mülkiyeti gibi doktrin kaynaklı kavramlar çerçevesinde yapılageldiği görülmektedir.

Bu çalışmada diğer yargı kollarının yaklaşımına da yer verilmekle birlikte DHvTA olma kavramı esasen idare hukuku yönünden ele alınacaktır. Bu çerçevede kavramın mahiyeti idari yargı kararlarından azami istifadeyle ortaya konulmaya çalışılacaktır. Hemen belirtelim ki, burada kavram nitelediği “mal” terimine nispetle irdelenecek ve idareyle malları

¹ Bu kullanımlar için bkz. **ONAR**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3.Baskı, İstanbul 1966, s.1285, 1311; **BİLGİN**, Pertev, İdare Hukuku Dersleri-İdare Malları, İstanbul 1996, s.1; **TAN**, Turgut/**BAYAZIT**, Bahar, İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2021, s.534; **GÜLAN**, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul 1999, s.9; **GÜLAN**, Aydın “Kamu Malları”, **ÖZAY**, İl Han, Günışığında Yönetim, 1.Baskı, İstanbul 2004 içinde, s.662; **GÖZLER**, Kemal, İdare Hukuku, C.II, 3.Baskı, Bursa 2019, s. 842; **ATAY**, E. Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskıya Ek Tıpkı Basım, Ankara 2019, s.789-790; **AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2021, s.611; **ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Ankara 2022, s.747; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref /**TAN**, Turgut, İdare Hukuku, C.I, 14.Baskı, Ankara 2021, s.902.

üzerindeki ilişki çerçevesinde ele alınacaktır. Bu da, Türk hukukunda pozitif dayanağı bulunan terimin doktrinin kavramsallaştırdığı ve terminolojiye kattığı ‘kamu mülkiyeti’ formülüyle ilgi ve irtibatını açıklamayı gerektirmektedir. Kamu mallarından yararlanma ile korunmasının hukuki rejimi konusu çalışmanın kapsamı dışında tutulmakla birlikte, gerektiğinde kamu mallarının temel özelliklerine de değinilecektir.

I. KAMU MALLARI: TANIMI, KAPSAMI, BENZER

KAVRAMLARDAN AYRILMASI VE İDAREYLE HUKUKİ BAĞI

A. Kamu Malı ve Kamusal Mal

Her organizasyon gibi idare de teşkilat ve personelin yanı sıra serbestçe yararlanabildiği ve kullanabildiği araç, gereç, malzeme, para, teçhizat ve benzeri imkânlarla, kısacası mallara muhtaçtır. İdare bu ihtiyacını ya özel hukuk kişileri gibi Borçlar Kanunu esaslarına göre karşılar, ya da mal edinme yetkisini kullanarak sağlar. İdarenin faaliyetlerini yürütürken ve kamu hizmetini görürken sahip olduğu mallar, idarenin mallarını oluşturur. Bunlara (geniş anlamda) kamu malları denir. Bilindiği gibi özel hukukta (eşya hukukunda) mal hak konusu olabilen, para ile ölçülebilen ve başkalarına devredilebilen şeylere denir.² Mallar maddi mallar (=eşya) ve gayri maddi mallar (fikri ve sınai haklar) olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuki anlamda eşya, kişilerin üzerinde hâkimiyet kurabildikleri, maddi varlığı olan, belli sınırlara sahip, kişisel olmayan şeylerdir.³ Yâni maddî mallara hukukta “eşya” denir. Eşya üzerinde kişilerin (mülkiyet hakkı ile sınırlı aynı hak şeklinde) aynî hak denen mutlak hakları söz konusudur.

İdare hukukunda genellikle kamu malları olarak adlandırılan alan, idarenin ihtiyacı olan malları konu edinir. Ne var ki burada kastedilen

² BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 12.Baskı, İstanbul 1998, s. 179.

³ ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2019, s. 46; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa 2020, s.612.

asında tüm mallar değil maddi mallar, yâni eşyadır. Ancak gerek kullanım kolaylığı gerek kapsamının genişliği sebebiyle “idarenin eşyası” yerine, aynı anlama gelmek üzere “kamu malı” terimi tercih edilmektedir.⁴

Yaygın şekilde kullandığı halde kamu malı terimi konusunda tanım ve kavram birliği olduğu söylenemez. Kamu mallarının tümünü kapsayan tek bir yasal düzenleme olmadığı gibi, kavrama ilişkin yasal bir tanım da bulunmamaktadır. Bu itibarla, kamu mallarının tâbi olduğu hukuki rejim çeşitli kanunlardaki düzenlemeler, yargı kararları ve doktrin tarafından belirlenmektedir. Kavramı niteleyen terimlerin çoğu zaman birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Kimi zaman kamunun elindeki tüm malları ifade etmek üzere kullanılan idare malları veya Devlet malları terimleri yetersiz veya muğlak bulunmaktadır. Bazen kamu malı-kamusal mal ayrımı geniş ve dar anlamda kamu malı karşılığı kullanıldığı gibi, tam aksi yönde de kullanılabilir.

Biz malın sahipliğine ve bağlı oldukları hukuki rejim esasına göre kamu malı terimini geniş anlamda, buna karşılık kamusal mal kavramını dar anlamda kullanmayı tercih ediyoruz. Buna göre Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin uhdesinde bulunan tüm mallara,-kamu hukuku ve özel hukuk rejimlerinden hangisine tâbi olursa olsun,- geniş anlamda kamu malları veya doğrudan doğruya kamu malı diyoruz. Dolayısıyla kamusal mal dar anlamda kamu malı deyimine karşılık gelmekte ve Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tâbi mallarını ifade etmektedir.⁵ Bu itibarla kamusal mal, “kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan ve kamunun doğrudan kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilen (özümlenen) ya da özel bir düzenleme ile kamu hizmetine tahsis edilen

⁴ GÜLAN, Yararlanma, s.12-13; GÖZLER, C.II, s.845; ARSLAN, Kahan Onur, “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları,” TBB, 2017, S.131, s.58.

⁵ DURAN, Lütfi, “Kamusal Malların Ölçütü”, AİD, C.19, S.3, 1986, s.43; GÜLAN, “Kamu Malları”, s.662; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.612; ARSLAN, s.60.

Bu çalışmada dar anlamda malları kastetmek üzere aksi belirtilmedikçe doktrinde ve uygulamada olduğu gibi «kamusal mal» terimi yerine “kamu malı” deyimini kullanılmaktadır.

taşınır ve taşınmaz mallar” olarak tanımlanabilir.⁶ Burada kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunma kamu malını özel hukuk kişinin malından ayıran organik şart, kullanıma ve hizmete tahsis ise kamusal malı idarenin özel malından ayıran maddi şart durumundadır.⁷

B. Kamusal Malların Hukuki Özellikleri⁸

Kamu malları hukuken karakteristik bazı ayırt edici özelliklere sahiptir. Temel ilke ve nitelikler de denen bu özellikler bütün kamu malları için tam ve mutlak değildir. Esas olarak kamusal mallar özel mülkiyete konu edilemez. Devir ve ferağ yasağı gereği Devlete ait malların, ister özel ister kamusal mal olsun haczi mümkün değildir (İİK m.82). Bu yasak belediye ve il özel idarelerinin bazı malları, köylerin orta malları dışındaki malları ve KİT’lerin malları için geçerli değildir. Keza kamu malları kamulaştırılmaz (AY m.46, 2942 SK m.30). Hiçbir kamu malı zamanaşımıyla iktisap edilemez (3402 s. Kadastro K. m.18/2), ceza ve idare hukuku yönünden özel mallara göre daha ayrıcalıklı bir korumaya tâbidirler (5237 s. TCK m.152 ve 154, 3091 s. Kanun, , m.6831 s. Orman K. m.91,

⁶ GÜLAN, “Kamu Malları”, s.667; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.612; GÖZLER, C.II, s.846 vd.; GÖZLER / KAPLAN, s.615: Karş. TAN/BAYAZIT, s.534; ATAY, s.789-791; ÇAĞLAYAN, s.747; SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2021, s.709; YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR H. Eyüp/ ÜSTÜN Gül/ÇAKIR, Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, Oniki Levha, 8.Baskı, İstanbul 2022, s.365/367; AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: İdare Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2017, s. 824; GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2015, s.998; ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku, C.1, Ankara 2013, s.573; YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, C.I, Konya, 2014, s.360; ARSLAN, s.60-61; KARDEŞ, Salâhaddin, Milli Emlak Sözlüğü, 2.Baskı, Ankara 2020, s.166.

Yargı organlarının benzer tanımları için bkz. AYM, 31.1.1997, E.1996/66, K.1997/7 (RG: 28.10.1997, S.23154, s.21); D.3.D, 13.10.1980, E.1980/157, K.1980/181 (DD, S.44-45, s.54).

⁷ YILDIRIM, s.361; AVCI, Mustafa, Türkiye’de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi HFD, C.5, S.1, s. 12-13.

⁸ GÜLAN, Yararlanma, s.119-151; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.619-624; GÖZLER, C.II, s.891- 918; KAZAN, Metin, Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Hukukundan Doğan Hazine Davaları, Ankara 2012, s.34-49; YILDIRIM, s.368; AVCI, s.20-24.

KTVKK m.65, 2873 s. Milli Parklar K. m.20, 21). Kamusal mallar tapuya tescil edilmezler (TMK m.999). Kamusal mallar kanunen öngörülmedikçe özel hukuk işlemine konu olamaz. Bu itibarla üzerlerinde sınırlı aynı hak kurulamaz, kiralanmaları özel taşınmazlardan farklıdır.⁹

C. Kamusal Malların Tasnifi ve Türleri

Kamu mallarını çeşitli şekillerde tasnif edebiliriz.¹⁰ Ancak biz burada konumuzla bağlantısı açısından yararlanma ve tahsis amacına, oluşum tarzlarına ve nakil durumlarına göre yapılan sınıflandırmaları ele alacağız.

⁹ Bu özelliklerden devir ve ferağ yasağının temel ilke, diğerlerinin ise bundan kaynaklanan alt ilkeler olup pozitif temeli bulunmadığından nispi ve kanunla aksinin öngörülebileceği, bunun yanı sıra kanunen engellenmediği sürece kamusal malların tahsis işlemi kaldırılmak suretiyle idarenin özel malı hâline getirilebileceği, dolayısıyla özel mülkiyete konu edilebileceği ifade edilmektedir: **GÖZLER, C.II, s.891-896.**

Kamusal malların bu özellikleri bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında şu şekilde özetlenmiştir: *“Bir malın kamu malı olarak nitelendirilmesinin hukuksal sonuçları şunlardır: Kamu malları üzerinde özel mülkiyet kurulamaz ve bunlar kamu hizmetine tahsis olundukları, yetkili idarece kamu malı olmaktan çıkarılmadıkları sürece temlik edilemez, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla da edinilemezler. Devlet mallarının haczine de olanak yoktur (İcra ve iflas Kanunu, madde 82). Buradaki ‘özel mülkiyet kurulamaz’ sözü, ‘gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetine giremez’ şeklinde anlaşılmalıdır. Temlik edilebilmeleri için de, mutlak surette kamu hizmetine tahsis olunma niteliklerinin, yetkili organın hukuka uygun bir tasarrufu sonucunda ortadan kalkması, dolayısıyla kamu malı olma niteliğini yitirmeleri gerekir. Yetkili idare organlarınca Kamu mülkü olmaktan çıkarılmış bulunmayan bir taşınmaz malın, her nasılsa açık bırakılan tapu sicilindeki kaydına iyi niyetle dayanmak veya hak kazandırıcı süre içinde elde bulundurmamak yollarıyla mülk edinilmesi düşünülemez. Diğer bir ifade ile kamu malı niteliği kazanmış bir taşınmazın özet mülkiyete konu olamayacağından tapuya bağlansa bile MK. 931. maddesi bu durumda uygulanamaz. (...)kamu malı niteliği taşıyan, yetkili idari organca kamu malı olmaktan çıkarılmayan ve dolayısıyla özel mülk olarak tescile tabi bulunmayan bir taşınmazın, her nasılsa Özel mülk olarak tapuya tescil edilmesi, bir ‘yolsuz tescil’ olup, o yerin özde tescile tabi bulunmama (kamu malı olma) niteliğini değiştirmez. (...)Tekrar ve önemle vurgulanmalıdır ki, kamu malları Özel mülkler gibi devir ve temlik edilemezler; böyle durumlarda, iyi niyet veya tapu siciline güven ilkelerinin uygulama yer de yoktur.”* YHGK, 3.12.2008, E.2008/7-717, K.2008/72. Aynı doğrultuda, YHGK, 30.9.1981, E.1979/1-167, K.1981/656; HGK, 21.2.1990, E.1989/1-700, K.1990/101, YHGK, 18.10.1989, E.1989/1-419, K.1989/528; YHGK, 11.6.2003, E.2003/13-414, K.2003/410, **KAZAN**, s.24-25.

¹⁰ Kamu malların çeşitli tasnif usulleri ile mal kategori ve türlerin hakkında bkz. **BİLGİN**, İdare Malları, s.5 vd.; İdare Hukuku Ders Notları, - İdarenin Patrimuanı – Kamulaştırma – İstimval - Amme Alacaklarının Tahsili-Usulleri, İstanbul 1988, s.9 vd.; **GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s.148 vd.; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s.904 vd.; **GÜLAN**, Yararlanma, s.16 vd.; **TAN/BAYAZIT**, s.535 vd.;

1. Yararlanma ve Tahsis Amacına Göre Sınıflandırma

Kamu malları yararlanma ve tahsis (özgüleme) amacına göre sahihsiz mallar, orta mallar ve hizmet malları olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır.

a. Sahipsiz Mallar

Sahipsiz mallar, öteden beri doğaları gereği toplumun yarar ve kullanımına sunulmuş ve özel mülkiyete konu edilmemiş malları ifade etmektedir. Bu mallar hukukumuzda mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 641. maddesinde "sahipsiz şeyler", 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 715. maddesinde ise "sahipsiz yerler" şeklinde isimlendirilmiştir. Orta malları da kapsayan yeni Kanun hükmüne göre "Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. / Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. / Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir." Buradan hareketle sahipsiz malların taşınmaz mallar olduğunu söyleyebiliriz. Sahipsiz mallar kamusal mal statüsünü doğal yoldan oluşmakla kazanırlar. Aynı şekilde bu niteliklerini kaybedince de kamusal mal olmaktan çıkarlar.¹¹

"Sahipsiz mal" terimindeki sahipsiz sıfatı özel kişilerce mülkiyet konusu edilememesi anlamına gelmektedir. Gerçekte bunların sahibi Devlettir. Kimi zaman izin alma gerekebilir ise de bunlardan kural olarak

GÖZLER, C.II, s.852 vd.; GÖZLER/KAPLAN, s.619; ATAY, s.792 vd.; SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.714 vd.; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.367; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.614 vd.; ÇAĞLAYAN, s.756 vd.; ARSLAN, s.60-64. Devlet mallarının ve kamu mallarının tasnifine ilişkin teoriler ve bunların eleştirisi için bkz. ONAR, C.II, s.1299-1319; AKGÜNER/BERK, s.830 vd.; ATAY, Cevdet: Türk Hukukunda Kamu Mallarının Hukuksal Durumu, Ankara 2020, s.14 vd.; SÖYLER, İlhami, Devlet Mallarının Kamu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, Ankara 2005, s.16 vd.; YILDIRIM, s.362-367; AVCI, s.13-16.

¹¹ ÇAĞLAYAN, s.750, 753.

herkes serbestçe yararlanabilir. Medeni Kanun'da sayılanlara ilaveten yeri geldikçe zikredeceğimiz birçok düzenlemede ve doktrinde ormanlar, doğal kaynaklar, denizler, göller, kıyılar, genel sular ile kültür ve tabiat varlıkları¹² gibi şeyler de sahipsiz mal kategorisine dâhil edilmiştir. Bunların kamusal mal sıfatını kazanmaları da kaybetmeleri de doğal yollarla olmaktadır.¹³

b. Orta Malları

TMK m.715'te "yararı kamuya ait mallar" şeklinde ifade edilen orta mallarıyla yol, köprü, meydan, çeşme, parklar, pazar yeri, mera, harman yeri gibi halkın doğrudan kullanımına ve yararlanmasına sunulan mallar kastedilmektedir.¹⁴ Mal kamunun veya belirli bir kesimin istifadesine kadim gelenek icabı veya tahsis işlemiyle sunulur. Orta malları bu usullerle kamusal mal statüsü kazanırlar, niteliğin kaybı ve tahsisin kaldırılmasıyla da bu statüden çıkarlar.¹⁵

c. Hizmet Malları

Belli bir kamu hizmetine tahsis edilmiş ve o hizmete göre özel surette biçimlendirilmiş mallardır. Burada mal hizmetin vasıtası ve unsuru durumundadır. Bunlara okul, hastane, müze, cezaevi, belediye ve idari hizmet binaları, askeri kışla ve tesisler ile kütüphaneler ve içindeki kitaplar örnek verilebilir. Bir malın hizmet malı sayılabilmesi için belli bir kamu hizmetine tahsisin yeterli olmadığı, ayrıca o hizmetin unsuru ola-

¹² Kültür ve tabiat varlıklarını da orta malları kategorisinde değerlendirenler vardır; **GÜLAN**, Kamu Malları, s.670; **DÜREN**, Akın: İdare Malları, Ankara 1975, s.125 vd.; İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.116 vd.

¹³ **YAŞAR**, s.478; **SÖYLER**, Tez, s.45.

¹⁴ Kültür ve tabiat varlıklarını sahipsiz mal kategorisinde değerlendiren yazarlar: **KIRBAŞ**, Sadık, Devlet Malları, Ankara 1985, s.6, 14; **YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY**, s.325.

¹⁵ **ÇAĞLAYAN**, s.750, 752, 753; **SÖYLER**, Tez, s.42.

cak şekilde düzenlenmiş ve uyarlanmış olması gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁶ Bu mallar tahsis devam ettiği sürece kamusal mal statüsündedirler.¹⁷ Hizmet mallarının kaynağını, sahipsiz mallarla tahsisi değiştirilmiş orta malları oluşturabileceği gibi kamunun özel mallarının yanı sıra özel hukuk kişilerinin mülkiyetindeki mallar da teşkil edebilir.¹⁸

2. Oluşum Tarzlarına Göre Sınıflandırma

Dağ, deniz, akarsu, göl gibi oluşum tarzı ve kökeni itibariyle doğal yolla meydana gelen mallara doğal (tabii) kamu malları denir. Bunlar herhangi bir tahsis işlemi gerekmeksizin sırf oluşmakla kendiliğinden kamusal mal statüsü kazanırlar Buna karşılık yol, köprü, park, meydan, hizmet binası gibi insan müdahalesiyle oluşturulan mallar suni (yapay) kamu mallardır. Bunlar kamusal mal statüsüne tahsis işleminin tesisiyle girerler, kaldırılmakla da çıkarlar.

3. Nakledilebilirlik Durumuna Göre Sınıflandırma

İdare hukukunda hizmetin yürütülmesi için kullanılan kitap, büro malzemesi, taşıt gibi bir yerden bir yere nakledilebilen mallara taşınır kamu malı, hizmet binaları ve arazi gibi nakledilemeyen sabit mallara ise taşınmaz kamu malı denir.

D. İdare İle Kamu Malları Arasındaki Hukuki İlişki

1. Genel Hatlarıyla İdare İle Malları Arasındaki

Hukuki İlişkinin Tarihçesi¹⁹

İdarenin malları üzerindeki hakkının, daha doğrusu ikisi arasındaki hukuk ilişkisinin niteliği esasen 1789 Fransız İhtilali sonrasında liberal gelişmelerle yakından ilgilidir. İhtilal sonrası yaşanan kısa bir belirsizlikten sonra Fransız Medeni Kanunu çerçevesinde özel mülkiyet hakkının mutlaklığı ve dokunulmazlığı kabul edildi. Bununla birlikte toplumun

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s. 905; GÜLAN, Yararlanma, s.39; "Kamu Malları", s.595; TAN/BAYAZIT, s.537; ÇAĞLAYAN, s.749; YAŞAR, Hasan Nuri, İdare Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, İstanbul 2016, s.480.

¹⁷ ÇAĞLAYAN, s.750, 752, 753; SÖYLER, Tez, s.39-40.

¹⁸ YAŞAR, s.481

¹⁹ ONAR, C.II, s.1322-1330; GÜLAN, Yararlanma, s. 69 vd.; BİLGİN, İdare Malları, s. 5 vd.

ortaklaşa kullandığı malların korunması gündeme geldi. 18. yüzyılda özel mülkiyete elverişli olmayan ve fakat genelin ortak yararlanmasına tahsis edilen mallar idarenin kamu(sal) malı, diğerleri ise idarenin özel malı olarak kategorize edildi. Böylece kamu tüzel kişilerinin herkesin ortak yararlanabildiği kamu(sal) mallar üzerinde mülkiyet değil, koruma ve kollamaya yönelik egemenlik hakkının varlığı tanınmış oldu. V. Proudhon ve H. Bertelemey tarafından savunulan bu koruma ve gözetim ilişkisi görüşü, kamu hizmeti anlayışının giderek ağırlık kazanmasıyla farklı şekillerde de olsa özel mülkiyetteki yararlanma (fructus), kullanma (usus) ve tasarruf (abusus) yetkisini içeren mülkiyet ilişkisi görüşüne evrildi. 1900'larda M. Hauriou ve takipçilerine göre idare ile malları arasındaki ilişki kamu hukuk kurallarına tâbi ve özel mülkiyetten (ve sosyal mülkiyetten) farklı bir idari mülkiyet yetkisidir. Kamu mülkiyeti görüşü 1930'lardan itibaren yargı içtihatları ve sonra mevzuatla kabul edilmiştir.²⁰ İdari mülkiyette malın kamu tüzel kişisine kamu hizmeti için tahsis işlemi ön plandadır. Kısaca idarenin malı kamu hizmetine tahsis edilmişse idare hukuku (kamu) mülkiyeti, edilmemişse özel mülkiyeti söz konusudur. Buna karşılık Almanya'da idareyle malları arasındaki ilişki konusundaki baskın görüşün kamu hukuku kurallarıyla değiştirilmiş özel mülkiyet niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.²¹

Osmanlı klasik döneminde Devletin ve başında bulunanların özel mülkiyetinde sayılmayan halkın ortak yararlandığı mallar, yararlanma imkân ve usulüne göre çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Tanzimat döneminde önemli bir kanun olarak 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi çıkarılmak suretiyle miri arazi rejimine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.²² Duran'a

²⁰ Bu görüşler için bkz. **DÜREN**, İdare Malları, s.46-49; Dersler, s. 38 vd.; **ZEVKLİLER**, Aydın, "Kıyılarda Mülkiyet İlişkileri", AİD, C.15, S.2, s.73 vd.; **BİLGEN**, İdare Malları, s.5, 139-146; **GÜLAN**, Yararlanma, s. 71 vd.; **GÖZLER**, C.II, s.861 vd.; **SANCAKDAR/SAMANCI/ÇALIŞ/IŞIK**, s.118-127

²¹ **DÜREN**, İdare Malları, s.49-52; **AKINTÜRK**, s.43

²² Osmanlı klasik döneminde topraklar mülk, mîrî, vakıf, mevât ve metrûk arazi olmak üzere beş gruba ayrılmış olup bölüme ayrılmıştır. Bunların arasında özellikle mülk ve mîrî topraklar büyük bir yer tutar. Bize göre miri arazi (kuru mülkiyeti/rakabesi Devlete ait arazi) statüsü sonraki dönemlerde de bir ölçüde varlığını sürdürürmüş, egemenlik ve modern mülkiyet kavramlarıyla bağdaştırılarak DHvTA bulunma kavramına kaynak oluşturmuştur. Geniş bilgi için bkz. **KENANOĞLU**, "M. Macit, 1858 Arazi Kanunnamesi ve Uygulanması, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları", S. 1, 2006

göre bu düzenleme “kamusal malların bir bölümü hakkında ihtiyaca uygun ve oldukça ileri nitelikte hükümler taşımaktadır.”²³ Hâkim görüşüne göre Kanunname 1926’da Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle geçerliliğini kaybetmiştir. Bu tarihten sonra kamu mallarının pozitif temelini mülga TMK m.641 ve 916 ile Tapu ve Köy Kanunlarının ilgili hükümleri oluşturmuştur.

Ne var ki gerek bu kanunlarda gerek sonraki yasal düzenlemelerde kamu mallarının (veya Devlet malları/idare malları) tanımı yapılmadığı gibi, Anayasalarda ve birçok kanunda farklı anlam ve kapsamlara karşılık gelmek üzere “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” olma terimine yer verilmiştir. İlk kez mülga TMK m.641’de yer verilen bu terim, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nun 664/1. maddesinin Almanca aslındaki “Hoteit des Staates” (Devletin egemenliği) ifadesi karşılığında kullanılmıştır. Kanaatimizce söz konusu mallar üzerinde devletin hüküm sahibi olduğu belirtilmekle birlikte eski sistemde mutasarrıfa tanınmış olan “tasarruf yetkisinin” de devlete iade edildiği vurgulanmak istenmiştir. Böylelikle mehz Kanunun Fransızca metnindeki “police de l’Etat/Devlet kolluğu” ibaresine göre anlam kuvvetlendirilmiş gözükmektedir.

2. Günümüzde Türk Hukukunun İdare İle Malları Arasındaki Hukuki İlişkiye Bakışı

Türkiye’de idarenin malları üzerindeki yetkinin niteliği hakkındaki görüşleri üç grupta toplayabiliriz.²⁴

a. İdarenin Malları Üzerindeki Yetkisi (Özel) Mülkiyet Hakkı Değil, Koruma ve Gözetim Yetkisidir

(Bahar), s. 107-138; ONAR, C.II, s.1289 vd.; DÜREN, İdare Malları, s.22-29; KARAHANOĞULLARI, İdare hukuku, s.657-666.

²³ DURAN, Ölçüt, s.41

²⁴ DÜREN, İdare Malları, s.57 vd.; Dersler, s.49 vd; ZEVKLİLER, s.73 vd.; GÜLAN, Yararlanma, s.80 vd. Farklı tasnifler için bkz. SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s.713-714; SANCAKDAR/SAMANCI/ÇALIŞ/IŞIK, s.118-117; AKINTÜRK, s.44-45; ATAY C, s.21 vd.

Türk doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre idare ile mallar arasındaki ilişki Devletin hüküm ve tasarrufundan kaynaklanan kolluk yetkisidir. Bu ilişkide kullanma, yararlanma ve tasarrufu yetkileri bulunmadığından mülkiyet hakkından söz edilemez.²⁵

Yakın dönemde Devletin denetim ve gözetim yetkisinin Türk hukukunda DHvTA olma kavramı ile ifade edildiğini söyleyen Sancakdar/Samancı/Çalış/Işık'a göre Devletin kamu malları üzerindeki sahip olduğu yetki bir mülkiyet hakkı değil, koruma ve gözetim hakkıdır. Deyimden kamu mallarının özel mülkiyete konu edilememesi anlaşılmalıdır. Bu yazarlara göre kamusal mülkiyeti ile DHvTA olma aynı şey değildir. AY m.35'deki mülkiyet hakkı birey esas alınarak kaleme alınmış ise de kamuya ait mallar üzerinde kanunla kamu mülkiyeti tesisini de engellemektedir. Bu takdirde AY m.35'de özel mülkiyete göre daha teminatsız bir durum söz konusu olacağından ilgili kanunda kamusal malın kapsamı, özellikleri, kullanımı, hüküm ve sonuçları gibi hususların açıkça düzenlenmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda dahi Anayasa'da DHvTA olduğu belirtilen yerler dahi kamusal mülkiyete konu edilemeyecektir. Örneğin AY m.168 gereği DHvTA olan tabii kaynak ve servetler ile kamusal sular (ilaveten AY m.43 gereği kıyılar) hakkında kamusal mülkiyetin kabul edilmemesi, yararlanma konusunda muhtemel hatalı tasarrufları önleme ve kamuya karşı koruma amacıyla açıklanabilir.²⁶

Söyler'e göre gerek idare hukukunda mülkiyet kavramına yer verilmemesi, gerek diğerleri gibi teorik düzlemde kalmayıp "devletin ege-menliğinde", "devletin hüküm ve tasarrufunda" ve benzeri ibarelerle pozitif hukukta somutlaştırılması sebepleriyle denetim ve gözetim yetkisi görüşü daha tutarlıdır.²⁷

b. İdarenin Malları Üzerindeki Yetkisi Kamu Hukuku İle Sınırlanmış Özel Mülkiyet Yetkisidir

²⁵ SANCAKDAR/SAMANCI/ÇALIŞ/IŞIK, s.121; VELİDEDEOĞLU, H. Veldet/ESMER, Galip, Gayrimenkul Tasarruflar, İstanbul 1956, s.195; CİN, Halil, Türk Hukukunda Mer'a, Yaylak Ve Kışlaklar, Ankara 1975, s.12. ZEVLİLİLER, s.80;

²⁶ SANCAKDAR/SAMANCI/ÇALIŞ/IŞIK, s.126-127.

²⁷ SÖYLER, Tez, s.52.

Geçmişte Balta tarafından ileri sürülen ve Alman hukukundan kaynaklanan bir görüşe göre idarenin yetkisi kamu hukuku ile sınırlandırılmış özel mülkiyet yetkisidir. Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin orta malları ve hizmet malları üzerinde mülkiyet yetkisi vardır.²⁸ Özel mülkiyette malikin, kamu mülkiyetinde malın korunduğu tespitini yapan Yayla'ya göre de, "idare hukuku ile sınırlandırılmış sınırlı bir mülkiyet hakkı şeklindeki belirleme isabetli görülebilir."²⁹

c. Kamu Mülkiyeti Görüşü

Günümüzde hâkim bu görüşe göre, idarenin malları üzerindeki yetkisi kamu mülkiyeti/idare hukuku mülkiyetidir. Türk hukukuna kamu mülkiyeti kavramını Fransız hukukunun "domaine public" ve Alman hukukunun "öffentliches Eigentum" deyimlerinden hareketle, Devletin kamu malları üzerindeki yetkisini "amme hukuku mülkiyeti" şeklinde adlandıran Onar'ın³⁰ getirdiği ifade edilmektedir.³¹

Biz yargı organlarınca da genel kabul gören bu yaklaşımı DHvTA olma kavramıyla ilgisi bakımından aşağıda ayrı bir başlık altında ele alacağız.

III. POZİTİF HUKUK, DOKTRİN VE UYGULAMADA DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFU ALTINDA OLMA KAVRAMI

A. Kavramının Pozitif Hukukumuzdaki Yeri ve Konumu

1. Kavramın Anayasa'daki Durumu

Anayasa'da sâdece kıyılar ile tabii servet ve kaynakların DHvTA olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın "Kıyılardan yararlanma" başlıklı 43. maddesinin ilk fıkrası, "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır." hükmünü âmirdir. Takip eden ikinci fıkrada kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği, üçüncü fıkrasında

²⁸ BALTA, Tahsin, "Kamu Mallarından, Özellikle Genel Mallarından Yararlanmanın Tabii Olduğu Rejim", Su Kaynaklarının Kullanılması Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bilimsel Haftaya Sunulan Tebliğ, Ankara 1972, s.121.

²⁹ YAYLA, İdare Hukuku, s.34.

³⁰ ONAR, Armağan, s.495.

³¹ DÜREN, Dersler, s.50; ATAY C, s.24.

ise bunlardan yararlanma imkân ve şartları ile kıyı derinliğinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Açık bir şekilde belirtilmemiş ise de bu kurallardan kıyıların münhasıran Devlet tüzel kişinin hâkimiyetinde olduğu ve özel mülkiyet konusu yapılamayacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168. maddesine göre de, "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır." Takip eden cümlelerde kıyılardan farklı olarak tabii servetler ve kaynakları arama ve işletme hakkının Devlete ait olduğu, şartları, usul ve esasları kanunda gösterilmek kaydıyla Devletin arama ve işletme hakkını belli bir süre için gerek ortak olarak gerek doğrudan gerçek ve tüzelkişilere açık izinle devredebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada DHvTA olma "arama ve işletme hakkı" olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hakkın sonucu da Devlet ya uygun gördüğü tabii servet ve kaynakları bizzat kendisi işletmekte, ya da özel sektöre işlettiklerinden bir kısmını bedelsiz olarak gere alabilmekte veyahut bunlarla ilgili kamulaştırma yapabilmektedir.

Bunlardan başka, Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz." hükmüne yer verildiği gibi, ilk fıkrasında yükümlülükleri belirtildikten sonra bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu vurgulanmıştır.

2. Kavramın Kanunlardaki Durumu

Kanunlarımızda DHvTa olma kavramı genellikle yer, kaynak ve şey gibi malları niteleyen bir sıfat öbeği olarak yer almaktadır. Başka bir deyişle kavramın idare ile belirli veya farklı mal kategorileri arasındaki hukuki ilişkiyi göstermeye yönelik kullanıldığını söyleyebiliriz. Bu sebeple kavramı ilgili mal kategorileri açısından ayrı ayrı ele alacağız.

a. Kavramın Malların Tahsis Amacına Göre Tasnifinde Yeri ve İşlevi

Kavram kanunlarda tahsis cihetine göre sahihsiz mallar, orta malları ve hizmet malları kategorisinden birini veya birkaçını niteleyecek ve kapsamına alacak şekilde kullanılabilir.

(1) Kavramın Sahipsiz Malları Kapsaması ve Nitelemesi

DHvTA olma kavramıyla ifade edilen yetki durumunun özellikle sahipsiz mallar üzerinde tahakkuk ettiği söylenebilir.³² Deyim birçok yerde sahipsiz mallar kategorisiyle aynı anlamda kullanılmaktadır.³³ 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Kamu malları" başlıklı m.16/1'de kamu malları kategorize edilirken "Kamunun ortak kullanılmasına ayrılan yerler (orta malları)" ile "Bir kamu hizmetinin görülmesine ayrılan yerler (hizmet malları)" ibarelerinin yanında "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler" ifadesi kullanılmak suretiyle kavram sahipsiz yerler (mallar) ile özdeşleştirilmiştir.³⁴ Aynı maddenin (C) bendinde de kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerlerin DHvTA bulunduğu işaret edilmiştir.

Bu paralelde kavramın kanunlarımızda genellikle kıyılar, ormanlar,³⁵ tabii servet ve kaynaklar gibi sahipsiz mal kategorisindeki mallara izafeten kullanıldığını söyleyebiliriz. Örneğin, 3621 sayılı Kıyı Kanunu m.5/2'de AY m.43/1'e paralel bir şekilde, "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kıyılar, herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açıktır. / Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir." hükmüne yer verilmiştir.

Ormanlar hem doğal niteliği, hem de 6831 sayılı Orman Kanunu m.1/1'deki "Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır" hükmü gereği sahipsiz mal

³² GÜLAN, Yararlanma, s.85; "Kamu Malları", s.676

³³ GÜLAN, Yararlanma, s.41.

³⁴ SÖYLER, İlhami, "Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm Ve Tasarrufundaki Yerler," Sayıştay Dergisi, S.63, s.64.

³⁵ Anayasa m.169 hükmü dışında Kadastro Kanunu m.16/D'de "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanlar, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, özel kanunları hükümlerine tabidir." hükmü bulunmaktadır. Bahsedilen özel kanun olan Orman Kanunu'nun 11. maddesinin (6527 SK m.1 ile değişik) Dördüncü fıkrasındaki "Kadastro yapıp kesinleşen Devlete ait ormanlar orman vasfı ile, (...) Hazine adına tapu kütüklerine kaydedilir." hükmü dikkate alındığında, BİLGİN'in dediği gibi "şu halde kadastro yapılmamış (Devlete ait) ormanlar DHvTA bulunmaktadır". BİLGİN, İdare Malları, s.15-16 ve dp.33. Ormanların DHvTA ve kamu malı olduğuna dair bkz. SAPANOĞLU, Süleyman, Hukuk Sistemimizde Ormanlar, Ankara 2021, s.39-44.

kategorisine dâhildir. Öncelikle belirtelim ki Kanun'da ormanlar mülkiyet ve idare bakımından Devlet ormanları, diğer kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve Özel mülkiyet bulunan ormanlar olarak üçe ayrılmıştır (m.4). Orman Kanunu'nda AY m.169'deki ormanların Devletin gözetimi altında olduğuna ve Devlete ait olanların mülkiyetinin devredilemeyeceğine ilişkin hüküm yerine ormanların DHvTA olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede m.63/2'de, "DHvTA altında bulunan arazide ağaçlandırma yapmak isteyenler(in) vali veya kaymakama müracaat ede(cekleri)"; m.3/1'te toplumsal yer, yarar ve önemi dikkate alınarak Devletin veya gerek kişilerin özel mülkiyetindeki yada bunların hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin Cumhurbaşkanlığı kararıyla orman rejimine alınabileceği kayıtlanmıştır. Bunun anlamı artık bu yerlerle ilgili tüm işlerde tıpkı Devlet Ormanlarında olduğu gibi Orman Genel Müdürlüğü'nün yetkili olmasıdır (m.6/1).

Tabii servet ve kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altında gören Anayasa m.168 hükmü bu alanı düzenleyen bazı kanunlarda da tekrarlanmıştır. Örneğin 3213 sayılı Maden Kanunu'na göre, "Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir." (m.4). 6491 sayılı Petrol Kanunu'nun "mülkiyet" başlıklı 3. maddesine göre, "Türkiye'deki petrol kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır." Bunun gibi 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu'nun 4. maddesine göre de, "jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup buldukları arzın mülkiyetine tâbi değildir." 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, yeraltı sularının genel sularından olup, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun gerek 1. gerek 4/2. maddesinde saldırılara karşı korunacak yerler olarak "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerler," orta malları ve hizmet mallarının yanı sıra ayrıca uygulama alanına dâhil edilmiştir. Aynı ayırım Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanma Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin (RG: 31.7.1985-18828) 3. maddesinde de tekrarlanmıştır.

Bunlardan başka 775 sayılı Gecekondu Kanunu m.18/1'de üzerindeki izinsiz yapıların yıkılması öngörülenler, "belediyelere, Hazineye,

özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde ... izinsiz yapılar" şeklinde sayılmakla, kavram sahihsiz mallara yönelik kullanılmıştır.

Bazen, 5637 sayılı Kanunla mülga 5516 sayılı Bataklıkların Kurulması ve Bundan Elde Edilecek Topraklar Hakkında Kanun'un 1. maddesindeki "Devletin hüküm ve tasarrufu altında sahihsiz bulunan bataklık ve bataklık mahiyetinde göl ve su birikintileri" ibaresinde olduğu gibi malın sahihsizliğine vurgu yapılmıştır.

Ekleme gerekir ki telsiz bantları, frekans hatları gibi eşya hukuku açısından mal sayılmayan gerek hava sahası, gerek havada bulunan elektromanyetik alanları da idari hukuk açısından sahihsiz mal kategorisinde kabul edilirler ve devletin hüküm ve tasarrufu altındadırlar.³⁶

(2) Kavramın Orta malları Kapsaması ve Nitelemesi

Kavram birçok kanunda orta mallarını kapsar şekilde kullanılmıştır. Bunların ilki sahihsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar ayrımı yapan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu gelmektedir. Yukarıda temas edildiği gibi, mülga 743 sayılı TMK'nın 641 inci maddesinde "Menfaati umuma ait mallar", yeni Kanunda "sahihsiz yerler" in yanı sıra "yararı kamuya ait mallar" şeklinde orta malları kavramına yer verilmiştir. Bu hükme göre her iki mal türü de Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Bunun gibi 442 sayılı Köy Kanunu'na 3367 SK m.1 ile eklenen Ek Madde 12'de, "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan seyrangâh, yol ve panayır yerleri gibi alanlar" ibaresi mevcuttur. Keza 4342 sayılı Mera Kanunu m.4/1'de "Mera, yaylak ve kışlakların kullanma hakkı bir veya birden çok köy veya belediyeye aittir. Bu yerler Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır" denildikten sonra üçüncü fıkrada, mera, yaylak ve kışlakların özel mülkiyete geçirilemeyeceği, amacı dışında kullanılamayacağı, zaman aşımı uygulanamayacağı ve sınırlarının daraltılamayacağı belirtilmiştir.

İlginçtir ki, Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanma Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 9. maddesinde, 3091 sayılı Kanun'un ve anılan Yönetmeliğin 3.

³⁶ SÖYLER, s.65

maddesi hükümlerinden farklı olarak kavram orta malları da kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmaz mallar, herkesin istifadesine açık olan denizler, göller, nehirler, tarıma elverişli olmayan yerler, kayalar, tepeler ve dağlar gibi sahihsiz şeyler ile Devlet veya bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından umumun yahut bir kısım halkın yararlanmasına terk ve tahsis edilen umumi yollar, köprüler, parklar, meydanlar, mer'alar, yaylak ve kışlaklar gibi menfaati umuma ait olan taşınmaz mallardır.”

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere DHvTA olma kavramı kural olarak sahihsiz mallarla birlikte orta malları kategorisi için de kullanılmaktadır.³⁷

(3) Kavramın Hizmet Mallarını Kapsaması ve Nitelemesi

İstisnai bir hüküm olarak 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.18/2'de tapuda kayıtlı olsun olmasın kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyecek şeyler arasında orta malları, hizmet malları ve ormanların peşi sıra “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup da bir kamu hizmetine tahsis edilen yerler” de gösterilmiştir. Bu düzenlemeden DHvTA bulunan sahihsiz yerin veya orta malının tahsisle hizmet malı haline getirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu tür kamusal malların sonradan tahsisten çıkarma işlemiyle hizmet malı niteliğine son verilse bile DHvTA kalacağı ifade edilmektedir.³⁸

b. Kavramın Taşınır veya Taşınmaz Malları Kapsaması ve Nitelemesi

Kavramın genellikle taşınmaz malları ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir. Taşınmaz yerine bazen yer, arazi, alan gibi kelimelere yer verilebilmektedir. Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun çeşitli maddelerinde (51/g, 51/h, 75/1, 75/5) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer/taşınmaz dikkate alınmıştır. Yine 775 sayılı Gece konu Kanunu m.18/1'de üzerindeki izinsiz yapıların yıkılacağı “Devletin hüküm

³⁷ SÖYLER, s.65; Tez s.90.

³⁸ Devletin özel malı iken idarenin tahsis işlemiyle hizmet malı yapılan yerlerin yine tahsisin kaldırılmasıyla önceki statüsüne dönüştürülebilmesinden dolayı bu hükümden hareketle DHvTA yer kapsamında değerlendirilemeyeceğine dair bkz. SÖYLER, s.66; Tez, 91-92.

ve tasarrufu altında bulunan yerler”in taşınmaz mallardan olduğu açıktır. Keza 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 14. maddesinin 6110 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki halinde “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallar” ibaresi bulunmakta idi. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik de (RG: 19.06.2007-26557), Devletin hüküm ve tasarrufundaki yeri “Türk Medeni Kanunu ile diğer kanunlarda devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen yerler (m.4/c)”; Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazı ise, “Tapuda Hazine adına tescilli taşınmazlar (m.4/f)” şeklinde açıklamış ve ikisini birbirinden ayırmıştır.

Kavram kimi zaman taşınmaza bağlı olarak taşınır hale getirilebilenleri de kapsayabilmektedir. TMK’ya göre doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçası (m.685/2) olup arazi üzerindeki mülkiyetin kapsamına üstündeki hava ve altındaki arz katmanları, kaynaklar da girer (m.718). Bu çerçevede 6831 sayılı Orman Kanunu’ndaki “Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır” hükmüne göre ormanlar Devletin mülkiyetinde taşınmaz mallar cümlesindedir.

Bununla birlikte kavram çoğu zaman taşınmazın yanı sıra taşınır mallara izafeten de kullanılabilir. Örneğin, mülga 743 sayılı TMK’da taşınmaz sayılan (m.632) madenler 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun 704. maddesi hükmüne alınmayarak özel bir rejime tabi tutulmuştur. Maden Kanunu’na göre, madenlerin içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi olmadıkları (m.4) hüküm altına alınmıştır. Gerek Kanun’a göre, gerek doğası itibariyle madenlerin taşınır mal olduğu kabul edilmelidir.³⁹ Geçmişte de 4683 sayılı Kanunla mülga 3078 sayılı Tuz Kanunu’nda Türkiye’de tuz üretiminin Devlet tekeli altında olduğu belirtildikten sonra (m.1), yurt içinde bilinen ve bilinmeyen her türlü göl, kaya

³⁹ Danıştay, DHvTA olmayı madenler bakımından arzın mülkiyetine bağlı olmamak şeklinde açıklamıştır, D.8.D, 12.10.2000, E.1998/5794, K.2000/6257.

ve deniz tuzlarıyla akar veya kaynak veyahut kuyu halindeki tuzlu suların münhasıran DHvTA olduğu hükme bağlanmıştır (m.3/1).⁴⁰ Tuz kayalardan, tuzlalardan ve sıvı haldeki diğer yer ve kaynaklardan katı madde haline dönüştürülerek üretilebilen taşınır mallardandır. Görüldüğü gibi TMK'nın aksine Tuz Kanunun'da tuzladaki yerler tuzların bütünüyle parçası kabul edilmiştir (m.3/1).

Anayasa'nın tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63. maddesinde idarenin bunlar üzerindeki hakkının niteliği konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir. 2863 Sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları -özel mülkiyet bulunanlar dâhil- Devlet malı olarak kabul edilmiştir (m.5). Buna karşılık bu Kanun'a dayanan Tabiat Varlıkları ve Doğal Sit Alanları İle Özel Çevre Koruma Bölgelerinde Bulunan Devletin Hüküm Ve Tasarrufu Altındaki Yerlerin İdaresi Hakkında Yönetmelik'te Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler kavramına yer verildiği gibi (m.1) ayrıca tanımı da yapılmıştır (m.4/b).⁴¹ Bu tanım kavramın Medeni Kanun'daki anlamı ve kapsamına atıf yapmaktadır. 2683 sayılı Kanundaki "Kültür varlıkları" (m.3/a-1) ve "Tabiat varlıkları"nın (m.3/a-2 ve 3/a/14) gerek tanımlarından, gerek ilgili düzenlemelerden (m.1, 2, 4, 5, 23-34 vd.) bunların bir kısmının taşınır mal olabileceği anlaşılmaktadır.⁴²

c. Kavramın İdarenin Mal Varlığına ve Mallarının Hukuki Rejimlerine Göre Yeri ve İşlevi

Kanunlarda DHvTA olma kavramının bazen sadece kamusal malları, bazen de idarenin her türlü malını karşılayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir.

(1) Yalnızca Kamusal Malları Kapsaması ve Nitelemesi

⁴⁰ Mülga Kanun'a göre de tuzlu suların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğuna dair, GÖZLER, C.II, s.863; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C.I, s.905; TAN/BAYAZIT, s.536: BİLGİN, İdare Malları, s.14.

⁴¹ Yönetmelik madde 4/b: "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer: Tabiat varlıkları ve doğal sit alanları ile özel çevre koruma bölgeleri sınırları içerisinde kalan ve Türk Medenî Kanunu ile diğer kanunlarda Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilen yerleri, ... ifade eder."

⁴² ÖZEL, Sibel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti," MÜHFHAD, C.24, S.1, Haziran 2018, s. 228 vd.

Kavramın salt kamusal malları nitelediği kanunların başında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yukarıda alıntılanan ve sahipsiz mallarla orta malları Devletin hüküm ve tasarrufu altında sayan 715. maddesi gelmektedir. Maddedeki açıklamalardan burada özel malların kapsam dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Bundan başka, yine yukarıda zikredilen Orman Kanunu'nun 3. maddesinde kavramın devletin özel mülkiyetindeki malları dışında kalan her tür kamusal malı ifade ettiği görülmektedir. Bundan başka 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun çeşitli maddelerinde (51/g, 51/h, 75/1, 75/5) Devletin/hazinenin özel mülkiyetinde taşınır/taşınmaz ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer/taşınmaz mal ayrımı ve vurgusu yapılmakla kavram kamusal mala izafeten kullanılmıştır.

Aynı durum 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun bakımından da geçerlidir. Bu Kanunda da köy yararına imar ve ıslah edilecek bir takım ağaçlıklı alanlar (m.2/f) ile tarıma elverişli hale getirilecek bazı toprak sahaların (m.2/h) Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya özel mülkiyetinde bulunabileceği öngörülmüştür. Burada kavramın münhasıran dar anlamda kamu mallarını kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nda da aynı ayrıma başvurulmuştur (m.4/a). Yine 775 sayılı Gece kondu Kanunu m.18'de de kavramın kamusal malları ifade ettiği söylenebilir.

(2) İdarenin Tüm Mallarını Kapsama ve Niteleme İşlevi

Kavramı bazen idarenin özel malları üzerindeki yetkiyi de kapsayacak şekilde kullanıldığı düşünülebilir. 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.17'de, orman sayılmayan DHvTA bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmazların aranan şartlara göre kimin adına tescil edileceği belirlenmiştir. Yine 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun m.2/p'de, köye yönelik bir hizmet olarak, "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazinin tespit, tayin ve her türlü ölçü işlerini yapmak ve Hazine adına tescil işlemlerini yaptırmak ... mera, yaylak ve kışlakların tespit, tahdit ve tahsisini yapmak, ayrıca lüzumlu hallerde bunlardan ihtiyaç fazlalarının tespiti ile Hazine adına tescilini sağlamak" da gösterilmiştir.

Bu hükümler kavramın Devletin özel mallarını ihtiva ettiği şeklinde yorumlanabilir. Gülan'a göre ise deyim bu hallerde adeta mülkiyet öncesi bir durumu ifade etmektedir.⁴³

d. Kavramın Malın Aidiyeti Yönünden Kapsamı ve İşlevi

Kavramın Kanunlarda kural olarak salt Devlet tüzel kişisinin aidiyetindeki kamu mallarını ifade etmek üzere kullanıldığı söylenebilir.⁴⁴ Bununla beraber özellikle yasal düzenlemelerle kapsamın diğer kamu tüzel kişilerini ve hatta kamu tüzel kişisi olmayan idareleri içerecek şekilde genişletilmesinde bir engel bulunmamaktadır.⁴⁵ Bu yönde istisnai bir hüküm olarak 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu'nun 7. maddesinde geçen "Genel, katma ve özel bütçeli idareler ile Devletin ve kamu iktisadi teşebbüslerinin hüküm ve tasarrufu altında bulunan su ürünleri üreme ve istihsal yerleri" ibaresi örnek verilmektedir. Gerçekten de bu hüküm Jandarma Genel Komutanlığı ve Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kamu tüzel kişisi olmayan veya Orman Genel Müdürlüğü ve üniversiteler gibi Devlet'ten ayrı kendi kamu tüzel kişiliği bulunan birçok kamu kurum ve kuruluşunun hüküm ve tasarrufu altında su istihsal yeri olabileceğini göstermektedir. Ancak bize göre bu ibaredeki çoğul ve belirtili isim tamlamasında geçen "hüküm ve tasarruf" tamlananı, her ne kadar bütün tamlayanlar açısından ortak ve aynı anlama sahip ise de, tamlayan isimlerin hep birlikte tek bir grup oluşturmadığı, yani KİT ve diğer idarelerin Devlet tüzel kişiliği içine dahil edilmediği ortadadır. Yine Kanun'un "Kamu tüzel kişilerine ait istihsal yerlerinin kiralanması" başlıklı 4. maddesinde yapılan "Hazinenin veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan (...) üretim tesisleri" ayrımı dikkate alındığında, bir bütün olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında olmanın kavramın tüm kamu kuruluşlarını kapsayacak

⁴³ GÜLAN, Yararlanma, s.86; "Kamu Malları", s.677.

⁴⁴ GÜLAN, Yararlanma, s.86; "Kamu Malları", s.677.

⁴⁵ BİLGEN, İdare Malları, s.19, dp.43.

şekilde değil, münhasıran Devlet tüzel kişisine izafeten kullanıldığı görülmektedir.⁴⁶ Ayrıca bir görüşe göre bu hüküm yanlış olup “katma bütçe” şeklinin 5018 sayılı Kanunla ortadan kaldırılması ve özel bütçeli idareler ile KİT’lerin istihsal yeri olamaması karşısında, sadece “devletin (genel bütçeli idarelere izafeten Maliye Hazinesinin) hüküm ve tasarrufundan bahsedilebilir.”⁴⁷

775 sayılı Gecekondu Kanunu m. 18’de de belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalar ile DHvTA bulunan yerler ayrımı yapıldığından, kavram Devlet tüzel kişiliğine izafeten kullanılmış gözükmemektedir.

B. Doktrinin Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olma Kavramına ve Kapsamına İlişkin Değerlendirmeleri

DHvTa olma kavramı doktrinde genelde mülkiyet, özelde devlet ve kamu mülkiyeti kavramları çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu paralelde genellikle deyimın kapsam ve içeriğine hangi kamu mallarının dâhil olduğuna değinilmektedir. Kavramın münhasıran Devlet tüzel kişiliğine mi ilişkin olduğu, yoksa tüm kamu tüzel kişilerini mi ilgilendirdiği de tartışılmaktadır. Benimsenen kamu malı teorisi ve bu doğrultuda kamu mülkiyeti yaklaşımına göre değişkenlik gösterdiği gibi belirli gruplara ayırarak tasnif etmek de mümkün olmadığından, idare hukuku ve medeni hukuk doktrinde DHvTA olma konusunda yapılan bütün bu açıklamaları yazar bazında ayrı ayrı aktaracağız.

1. İdare Hukuku Doktrini

Duran kavramın Devlet tüzel kişisinin kamu malları üzerinde yetkisini ifade etmediği gibi dar anlamda kamu malı veya onun bir türü anlamında kullanılmadığını söylemektedir. Ona göre “Türk hukukuna özgü ve genel olarak kamu mallarını hem bireylere ve topluluklarına, hem de Devlete ve malik kamu tüzel kişilerine karşı korumayı amaçlayan

⁴⁶ Gülan bu kanun maddesini kuralı bozmayan istisnai bir hüküm saymakla birlikte sonuçta kavramın sadece Devlet tüzel kişisine ait malları kastettiği fikrindedir. GÜLAN, Yararlanma, s.86; “Kamu Malları”, s.677.

⁴⁷ SÖYLER, s.65.

ve özel mülkiyet hakkının sakıncalarından koruyan bir önlem ilkesi”dir.⁴⁸ Bununla beraber Devletin hüküm ve tasarrufu altına olma “mutlaka mülkiyet hakkını dışlayan bir durum” demek değildir.⁴⁹

Kamu malları üzerine nispeten erken dönemde “İdarenin Malları” isimli bir esere imza atmış olan Düren Devletin tüm mallarını ayırım yapmaksızın ‘İdare Malları’ terimi altında olarak toplamakla birlikte kamu malı ve idarenin özel malları ayırımı yapmaktadır.⁵⁰ Düren’e göre mülga TMK m.641’deki “Hüküm ve tasarruf” deyimini İsviçre MK m. 664’deki “hakimiyet”(Hoheit) şeklinde anlamak gerekir. Bu bakımdan Devlet sahip olduğu hakimiyet yetkisine dayanarak kamu malları üzerinde kamu yararına uygun hukuki rejimi istediği şekilde kurabilir. Yani Devlet mülkiyet ilişkisini tercih etmeyebileceği gibi, isterse özel mülkiyet veya kamu mülkiyeti esaslarından birini benimseyebilir. Öyle ki Türk hukukunda Devlet bu ilişkiyi kamu mülkiyeti olarak tayin etmiştir.⁵¹

Kırbaş da hemen hemen aynı dönemde yayımladığı “Devlet Malları” adlı monografisinde devletin mallarını kamu malları (sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları) ve malları ikiye ayırmaktadır. Kırbaş kamu malları üzerindeki hakkı kamu mülkiyeti olarak nitelemekte, özel malları ise Medeni Kanun anlamında özel mülkiyet hakkı bulunan ve özel hukuka tâbi mallar şeklinde açıklamaktadır.⁵² Burada devlet ibaresi tüm kamu tüzel kişilerini içine almaktadır.⁵³ Yazara göre Devletin hüküm ve tasarrufu ifadesi açık değildir. Ancak Medeni Kanun bunun kapsamı dışında tutulduğundan terimin özel hukuk anlamında mülkiyet olmadığı açıktır.⁵⁴

⁴⁸ DURAN, Lütfi, Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülahazalar II, AİD, C.18, S.3, s.49; YILDIRIM, s.364-365

⁴⁹ DURAN, Ölçüt, s.43.

⁵⁰ DÜREN, İdare Malları, s.36-41.

⁵¹ DÜREN, İdare Malları, s.63; Dersler, s.55.

⁵² KIRBAŞ, s.5 vd; 23 vd.

⁵³ KIRBAŞ, s.4

⁵⁴ KIRBAŞ, s.24

Takip eden yıllarda Bilgen konuyla ilgili kitap ve makalelerinde, DHvTA olmanın mülkiyet hakkı anlamı taşımadığını,⁵⁵ kavramın bu tür malların sâdece Devlet tüzel kişiliğine ait olabileceği anlamında kullanıldığını, ancak kanunlarla diğer kamu tüzel kişilerinin de bunlara sahip kılınabileceğini, buna yollar üzerindeki DHvTA bulunma yetkisinin belediyelere devrinin örnek verilebileceğini ileri sürmüştür.⁵⁶ Bilgen idarenin taşınmaz mallarına ilişkin çalışmalarında esasen DHvTA olmanın Türk hukukunda idarenin (taşınmaz) mallarının tâbi oldukları hukuki rejim dikkate alınarak kamu emlakı (malı)-özel emlak yerine Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki mallar- idarenin özel mülkiyetindeki mallar olarak ayrılması gerektiğini savunmuştur. Ona göre DHvTA bulunan taşınmazlar deyince sahipsiz mallar, orta malları ile tabii servet ve kaynaklar ve kadastro yapılmamış ormanlar anlaşılmalıdır. Buna karşılık idarenin üzerinde özel mülkiyet hakkı olan taşınmaz mallar, hizmet malları ile kamu hizmetine özgülenmemiş ve fiilen kamu hizmetinde kullanılmayan malları, yâni özel emlak kapsamaktadır.⁵⁷ Bilgen, dağ, kıyı, deniz gibi sahipsiz malların doğal olarak teşekkülleriyle birlikte DHvTA yer statüsüne girdiklerini kabul ederken bunların aynı zamanda kendiliğinden kamusal mal niteliği kazandıkları yönündeki hâkim görüşe katılmamaktadır. Ona göre, belli sınırlar içinde halkın kullanılmasına izin verilse dahi henüz halkın yararlanmasına veya kamu hizmetine (otomatikman) tahsis söz konusu değildir.⁵⁸ Bu da DHTA olmayı kamu malı ve mülkiyeti öncesi bir durum olarak gördüğü anlamına gelmektedir.

Kamu malları teorisi üzerine yetkin bir monografi sahibi olan Gülân eserinde DHvTA olma kavramını da çeşitli açılardan mercek altına almıştır. Gülân'a göre terime birçok kanunda farklı anlam ve işlevler yüklenmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda bu ibarenin yanında aynı veya yakın anlamda başka deyimlere de yer verildiğinden öncelikle terim birliği sağlanmalıdır. Keza terim farklı anlam ve kapsamlarda kullanıldığından

⁵⁵ **BİLGEN**, Pertev, Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme)," İÜSBF Dergisi, S.9, Ekim 1994, s.24, dp.3; Dersler, s.6, dp.8.

⁵⁶ **BİLGEN**, "Deneme" s.30, dp.31; İdare Malları, 19, dp.43.

⁵⁷ **BİLGEN**, "Deneme", s.23-38, özellikle s.38; İdare Malları, s. 8-33, özellikle s.32-33.

⁵⁸ **BİLGEN**, İdare Malları, s.51-52.

kavram ve içerik birliğinin temini gerekmektedir. Ona göre mevzuatımızda DHvTA olma formülü özel mülkiyet hakkı anlamında değil, Devlet mülkiyeti kavramının yanı sıra Devlet tüzel kişiliği ile malları arasındaki ilişkiyi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Ne var ki gerek kapsamı belirsiz olduğundan gerek mevzuatta farklı mal kategorileri için kullanıldığından kavramın kamu mallarının tasnif kriteri veya belirli mal türünün adı olduğu söylenemez.⁵⁹ Bununla birlikte zaman zaman mallar üzerindeki yetkiden ziyade kriter rolü oynadığı ve bir mal kategorisini ifade ettiği de açıktır.⁶⁰ Sonuç olarak anılan formül kamu malları üzerinde kolluk yetkisinin bulunduğu anlayışının görünümüdür. Bu sebeple ya terk edilmeli, ya da sadece özelliği olan mallara hasredilmelidir.⁶¹

C. Atay'a göre DHvTA olmanın anlamı, gerek devlet gerek diğer kamu tüzel kişilerin içine alan bir siyasi varlık olarak devletin tüm ülke toprakları üzerinde egemenlik hakkına sahip olduğunun vurgulanmasıdır. Cumhuriyetin kuruluşundan hemen sonra 1926'da çıkarılan Medeni Kanunda (mülga MK m.641, yeni TMK m.715) temellendirilen bu kavram, aynı ruh ve anlamı ifade etmek üzere AY m.43 ve diğer hükümlerde de tekrarlanmıştır. "Bu deyimle sadece kamu mallarının, sadece Devlet mallarının kastedildiği gibi hukuk planında, sözel ve dar yorumlar geçiği yansıtmaktan uzaktır." Bu sebeple AY m.43 ve TMK m.715'teki DHvTA olmak deyimi kamu ve özel malların tümüne ilişkin olarak kullanılmıştır.⁶²

Akyılmaz/Sezginer/Kaya, DHvTA olmanın kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan tüm malları, dolayısıyla geniş anlamda kamu mallarını kapsadığı görüşündedir.⁶³

Akın Anayasa m.43 hükmünden hareketle kavramın özel mülkiyete konu edilemezlik anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Ona göre aradaki

⁵⁹ GÜLAN, Yararlanma, s. 13, 30-31, 84-86, 89; "Kamu Malları", s.667-668, 676, 679.

⁶⁰ GÜLAN, Yararlanma, s.85-86; "Kamu Malları", s.677.

⁶¹ Buna göre kavramın tarihi eserler gibi özellikli mallar ile hava sahası, frekans gibi mal niteliği tartışmalı kamusal alanları ifade ve kategorize etmek için kullanılmakla yetinilmesi isabetli olur, GÜLAN, Yararlanma, s.89.

⁶² ATAY C, s.21-22.

⁶³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.619.

ilişki kamu mülkiyeti veya özel mülkiyet hakkı değil, kullanıma hazır bulundurma, koruma ve idare gibi kimi sınırlı yetkilere sahiplik ilişkisidir.

64

Yayla'ya göre TMK m.715'e dayanan "kamu malları Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki olan mallardır" şeklindeki bir tanım açıklanmayı gerektirdiği gibi hukuki gerçeğe uymamaktadır. Burada mülkiyetin tek bir yönüne işaret eden tasarruf ibaresi geniş ve kapsayıcı ise de kavram mülkiyetten önce egemenlikten kaynaklanan denetim ve gözetim gücünü akla getirmektedir. Kaldı ki yasal düzenlemelere göre Devlet dışındaki kamu tüzel kişileri de özne olabilmektedir.⁶⁵

DHvTA olma deyimine mevzuatta farklı anlamlar yüklendiğine işaret eden Çağlayan kavramın bazen orta mallarını, bazen hizmet mallarını, bazen de idarenin tüm mallarını kapsayacak şekilde kullanıldığına dikkat çekmektedir. Deyim her ne kadar özel hukuk mülkiyetini dışlamakta ise de, Anayasanın 168. maddesindeki kullanımının hemen ardından 169. maddede "Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz" hükmüne yer verilmesi karşısında mülkiyet kavramını içermektedir.⁶⁶

Kavramın gerek doktrinde gerek yargı kararlarında içeriğine uygun bir tanımının yapılmadığını ileri süren Söyler'e göre DHvTA yer, "Mülkiyet hakkı dışında, devletin denetim, gözetim, koruma, kollama ve kullanım hakkını yerine getirdiği görünür ve görünmez kamusal mal ve alanlardır" demektir. Bu yerler tamamen kamu hukukuna tâbi (kamusal mal) olup bunlar hakkında özel hukuktaki mülkiyet rejimi uygulanamaz. Deyim tüm sahipsiz mallar ile orta mallarının yanı sıra bunlardan tahsis yoluyla hizmet malı statüsüne geçirilenleri içermektedir.⁶⁷ Ancak devletin özel malı iken tahsis işlemi ile devletin kamu (hizmet) malı haline dönüşen yerler buna dâhil değildir.⁶⁸

64 AKIN, s.78-79.

65 YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta, İstanbul 2009, s.335.

66 ÇAĞLAYAN, s.754-755.

67 SÖYLER, s.63-66. Ayrıca bkz. SÖYLER, Tez, s.49 vd., 90-95.

68 SÖYLER, s.66-67.

Şimşek, DHvTA yer kavramının yalnızca Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 7. maddesinde tanımlandığını işaret etmektedir. Ona göre Anayasa ve kanunlardaki DHvTA olma hükmü kanun koyucunun ve idarenin kamu malları üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlamaktadır. Bu bakımdan Anayasanın (kıyılara ilişkin m.43 hükmünde olduğu gibi) DHvTA bulunduğunu belirttiği bir taşınmazın artık kamu malı niteliğine son vermek mümkün değildir. Zira Anayasa bunları Medeni Kanun'un özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmıştır.⁶⁹ Anayasanın DHvTA görmediği hallerde kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Bunları DHvTA mal kabul edebileceği gibi,⁷⁰ kamu malı sıfatına sonlandırma dâhil çeşitli kurallara tâbi tutabilir. Hiç şüphesiz kanun koyucunun imkân ve cevaz verdiği hallerde yürütme ve idare de aynı hak ve ödevlere sahiptir.⁷¹ Bundan başka AY m.168 gereği tabii kaynak ve servetler de özel kişilerin taşınmazında bulunsa dahi DHvTA kabul edilmektedir. Keza AY m.169'da Devletin mülkiyetinde olduğu kayıtlanan ormanlar da açıkça belirtilmese bile DHvTA olduğundan özel hukuk kişilerine devredilemez.⁷²

Kardeş Milli Emlak Sözlüğünde DHvTA yeri, "Tapu sicilinde kayıtlı olmayan ve yararı kamuya ait mallar ile bular, kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli bulunmayan yerler ile orta malları ve özel kanunları gereğince bu nitelikte olduğu belirtilen yerler" şeklinde tanımlamaktadır.⁷³

Sancakdar/Samancı/Çalış/Işık, genel sular ile ilgili çalışmasında Anayasanın 43 ve 168. maddelerinden hareketle DHvTA olma deyiminin

⁶⁹ Nitekim AYM 3086 sayılı Kıyı Kanunu'nun 1972 yılından önce kıyıda yapılmış özel mülkiyete konu yapıları kazanılmış hak olarak gören geçici 2. maddesini Anayasa'nın 43. maddesine aykırı bulmuştur, AYM 25.2.1985, E.1985/1, K.1986/4 (RG: 10.07.1986-19160).

⁷⁰ Örneğin MK m.715'de sahihsiz yerler ile yararı kamuya ait malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında kabulünün sonucu olarak bu mallar hiçbir şekilde özel mülkiyete konu edilemez, ŞİMŞEK, s.100.

⁷¹ ŞİMŞEK, Suat: "Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları," Sayıştay Dergisi, S.92, Ocak-Mart 2014, s.96 vd. 93-105.

⁷² ŞİMŞEK, s.98-99.

⁷³ KARDEŞ, s.68.

kesin surette özel mülkiyete konu olmama anlamına geldiğini savunmaktadır. AYM kararlarında da belirtildiği üzere bu formülle kıyılar, kamusal sular, tabii kaynak ve servetler gibi mallar Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet rejimi dışında tutulmakta ve onlara Devletin Devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer verilmektedir. Dolayısıyla (167 SK m.1, 5516 SK m.1, 1380 SK m.7, 3083 SK m.4/a ve 7478 SK m.11/4 gibi) sularla ilgili çeşitli kanunlar hükümlerinde DHvTA olduğu vurgulanan kamusal sular özel mülkiyete konu edilemezler. Sahipsiz malların DHvTA olması onların korunmasını da amaçlar. Bu itibarla Devletin kamu malları üzerinde denetim ve gözetim yetkisi vardır.⁷⁴

Son zamanlarda DHvTA olma deyimine yeni ve farklı bir yaklaşım getiren Karahanoğulları'na göre, deyim sahipliğinde bütünüyle mülkiyet rejiminin dışında olmayı anlatır: Kıyılar, tâbi kaynak ve servetler gibi. O idare ile malları üzerindeki hukuki ilişkiyi sahiplik olarak belirlemektedir. İdarenin sahiplik derecesi bir ucunda mülkiyet dışında sahiplik, diğer ucunda mülkiyet rejimine yakın sahiplik durumunun yer aldığı bir skalaya benzetilebilir. Bu skalada dereceleri (egemenlikten, kamu hizmetinden, sahip idarenin niteliğinden, malın fiziki, tarihi, kültürel ve doğal özelliklerinden kaynaklanan) mal üzerindeki yetkiler tayin etmektedir. Mülkiyet rejimine yakın sahipliğe, idarenin özel mülkiyet biçiminde sahip olduğu mallar üzerindeki hak ve yetkileri mal üzerindeki yükler ile sınırlıdır. Mülkiyet dışı sahipliğin en tipik şekli DHvTA olmaktır. Bunlar mülkiyet rejimi dışında kalırlar. Kıyılar örneğinde olduğu gibi DHvTA olan yerler özel mülkiyete konu edilemezler. Bunlarda da egemenlik göstergesi yük, toplumsal ve tarihi yük gibi değişik yükler bulunabilir. Bunlar a) sahipsiz mallar, b) yararı kamuya ait mallar, c) yararı kamuya ait sular, d) dağlar, kıyılar, bataklıklar vs. ile e) yeni oluşan araziler olarak tasnif edilebilir. Üzerlerinde yararlanma ve işletme hakkı tanınabilirse de bunların sahipliğinin özel mülkiyete dönüştürülmesi mümkün değildir.⁷⁵

2. Medeni Hukuk Doktrini

⁷⁴ SANCAKDAR, Oğuz/SAMANCI, Uğur/ÇALIŞ, Hande Sena/IŞIK, Merve, Sular Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2020, s.118-121.

⁷⁵ KARAHANOGULLARI, İdare hukuku, s.638-640, 646-648, 680-681.

Zevkliler, DHvTA olmanın idare ile herkesin ortaklaşa yararlanmasına açık olan özel mülkiyete konu edilemeyen “geniş anlamda sahipsiz mallar” arasındaki hukuki ilişkiyi nitelediğini ileri sürmektedir. Ona göre bu deyimde geçen hüküm kelimesini denetim, tasarruf terimini ise gözetim olarak anlamak gerekir. Zira buradaki "tasarruf" ifadesi Medeni Kanun anlamındaki tasarruf olarak anlaşılabilir. İdare esasen bu gibi yerler üzerinde tasarrufta bulunamaz. Dolayısıyla bu deyim kamu mülkiyeti olarak değerlendirilemez. DHvTA bulunma sâdece Devletin (idarenin) bu mallar üzerinde bir denetim ve gözetim yetki ve görevine sahip olması demektir.⁷⁶

Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, devletin özel mülkiyete tâbi olmayan mallarına kamu malları demektir. Kamu tüzel kişilerine ait mallar tahsis yoksa özel mülkiyet rejimine tâbidir. Ancak sahipsiz yerler, eski eserler, kıyılar gibi kamu malları DHvTA olduğundan özel mülkiyet konusu olamazlar.⁷⁷

Akıntürk devlete ait eşyalardan özel mülkiyetindeki devletin özel emlaki, buna karşılık sürekli olarak genel amaçlarla halkın kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilmiş taşınır ve taşınmazları kamu emlaki olarak adlandırmaktadır. Kamu emlakinin kapsamına giren orta malları, hizmet malları ve sahipsiz mallar DHvTA bulunurlar. Yazar bir tanım yapmamakla beraber gerek geniş anlamda, gerek dar ve teknik anlamda sahipsiz eşyaların DHvTA olduğunu söylemektedir. Ona göre MK m.715/III'deki DHvTA olan geniş anlamda sahipsiz eşyalarının kullanılma ve yararlanma esaslarını Devlet kamu hukukundan doğan hükümlerle düzenleyebilir. Bunlar doğal nitelikleri ve hukuk düzeni gereği özel mülkiyete konu edilemezler. Halbuki bunun alt kategorisini oluşturan MK m.715/II'deki dar ve teknik anlamda sahipsiz eşyalar özel mülkiyete konu oluncaya kadar DHvTA bulunurlar.⁷⁸

⁷⁶ ZEVKLİLER, s.80.

⁷⁷ OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2015, s.14-17.

⁷⁸ Dar anlamda sahipsiz eşyalar özel mülkiyet kurulmasına elverişli, fakat tapu siciline kaydedilmemiş veya terk suretiyle tapu kaydı silinmiş eşyalardır, AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2009, s.36-40.

Kamu mallarını özel mallar ve dar anlamda kamu malları (sahipsiz şeyler, orta malları, hizmet malları) olarak ayıran SİRMEN, Medeni Kanun m.715'den hareketle sahipsiz şeyler ile yararı kamuya ait yerlerin DHvTA olduğu için özel mülkiyet konusu yapılamayacağını söylemektedir. Bunlar DHvTA denmekle eşya hukuku dışına çıkarılarak kamu hukuku kurallarına tâbi kılınmıştır. Devlet bu mallar üzerinde üstün yetkilerini kullanarak dilediği hukuki düzeni kurabilir.⁷⁹

Farklı ve değişik bir tanıma ve tasnife başvuran Esener/Güven'e göre, kamu mülkiyetine tâbi idare malları hizmet malları ve kamu malları olarak sınıflandırılır. Kamu malları kamunun ortak kullanımına bırakılmış olan Devletin hüküm ve tasarrufunda altındaki mallardır.⁸⁰

Konuyu ormanlar bağlamında değerlendiren Sapanoğlu, DHvTA olmanın kamu mülkiyeti anlamına geldiğine işaretle ormanların özel mülkiyete konu edilemeyeceğini belirtmektedir.⁸¹

C. Yargı Organlarının Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olma Kavramına Yaklaşımı

1. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

⁷⁹ SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2016, s.16.

⁸⁰ Yazarlara göre, özel mülkiyete tâbi olmayan, yâni kamu mülkiyetine tâbi olan mallara genel olarak idare malı denir. İdare malları iki gruba ayrılır: "Bunlar ya kamu tüzel kişilerinin özel mülkiyetinde bulunan ve gördükleri kamu hizmeti gereği olarak tahsis edilmiş mallar şeklindedir, ki bunlara 'hizmet malı' adı verilir. Kamu mülkiyetine tâbi ikinci grup mal ise kamunun ortak kullanımına bırakılmış, Devletin hüküm ve tasarrufunda altındaki mallardır ki bunlar kamu malı olarak isimlendirilir. Bunlar özel mülkiyete geçirilemez, zamanaşımı ile kazanılamaz, sınırları daraltılmaz." Yazarlar kamu mallarını ekonomik amaç gütmeyen ve güdenler şeklinde iki ana kategoride topladıktan sonra, ilkinin üçe ayırmaktadır: orta malları (yol, köprü, park, Devlet ormanları gibi toplumun ortak kullanımına bırakılmış olan mallar), köy veya belediye gibi toplumun bir kesimine özgülenmiş mallar (mezarlık, cami, harman yeri, mera gibi) ve DHvTA olan sahipsiz mallar (TMK m.715/2'deki yararı kamuya ait sular, dağlık, kayalık, buzul gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kıyıları, tarih, tabiat ve kültür varlıkları gibi). DHvTA olan malların önemli bir kısmının ekonomik amaç güden kamu malları ise devletin bizzat (KİT'ler) veya imtiyaz vererek üçüncü kişilere işlettiği iktisadi kurullar ve yer altı servetleridir. ESENER/GÜVEN, s. 51-52.

⁸¹ SAPANOĞLU, s.26-27, 39-41.

Anayasa Mahkemesi eski bir kararına göre, tabii servetler ve kaynakların DHvTA olması Medeni Kanun anlamında özel mülkiyet kapsamı dışında kalan nesnelere düzeninde yer alması, özel mülkiyete konu edilememesi demektir.⁸² Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa ormanların ve DHvTA olan kıyıların özel mülkiyete konu edilmesini yasaklamıştır.⁸³ Anayasa Mahkemesi bir kararında, kıyıların DHvTA olduğunu belirttiikten sonra devletin istese bile bu yetkisinden vazgeçemeyeceğine hükmetmiştir.⁸⁴

2. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay birçok kararında kamu malı niteliğini almış taşınmazlar üzerinde özel hukuk alanındaki kanunlara özel mülkiyet tesis edilemeyeceğini belirtmiştir. Örneğin, tapuda kendi adına tescil ile on yıldan fazla iyi niyetle zilyet olursa dahi kamu malı özel hukuk mülkiyetine konu edilemez;⁸⁵ Devletin mallar üzerinde sahip olduğu hak özel hukuktaki mül-

⁸² Bu kararlara göre, "Anayasa, tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanununun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta, onlara Devletin, devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır; değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa, tabii servetlerin ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakla aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır." AYM, 16.2.1965, E.1963/126, K.1965/7 (AYMKD, S.3, s.23-36); 25.2.1986, E. 1985/1, K. 1986/4 (AMKD, S.22, s.43). Aynı doğrultuda, AYM, 7.6.1983, E.1982/1, K.1983/10 (AYMKD, S.20, s.99-100). **DÜREN**, 16.2.1965 tarihli karardan hareketle AYM'nin görüşünün tüm Devletin hâkimiyeti (hüküm ve tasarrufu) altındaki mallar için geçerli olduğunu söylemektedir, **DÜREN**, Dersler, s.51. Aynı kararda, AYM'nin mülkiyet kavramının münhasıran özel mülkiyet anlamında kullanıldığını, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma" kavramının Medeni Kanun anlamında özel mülkiyet düzeni dışladığının belirtildiğini, ama kamu mülkiyeti düzenini kapsayıp kapsamadığı sorusunu cevapsız bıraktığını ifade etmektedir, **GÖZLER**, C.II, s.864.

⁸³ AYM, 12.12.1996, E 1996/64, K. 1996/9; "...Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ... kıyıları da özel mülkiyete dayalı yapılanmaya gidilemeyeceği hakkında, AYM, 18.09.1991, E.1990/23, K.1991/29.

⁸⁴ AYM, 12.12.1996, E.1996/64, K.1996/47 (RG: 24.4.1998-23332)

⁸⁵ YHGK, 30.9.1981, E.1979/1, K.981/656 (YKD, C.7, S.2, s.165); Y.14.HD, 4.12.2006, E.2006/12485, K.2006/14372.

kiyet hakkından farklı, idare hukukundan kaynaklanan bir mülkiyet hakkıdır;⁸⁶ mera, yaylak ve otlaklar DHvTA olup üzerinde özel hukuk mülkiyeti kurulamaz;⁸⁷ TMK m.641 gereği kaya ve kayalıklar Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup özel hukuk mülkiyeti konusu olamayacağı gibi zilyetlikle kazanılamaz.⁸⁸ Yargıtay'a göre DHvTA olma özel mülkiyet konusu edilememe anlamına gelmektedir.⁸⁹

3. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Uyuşmazlık Mahkemesine göre, DHvTA olan yerler özel mülkiyete konu edilemeyen ve kamu malı niteliğini taşıyan yerlerdir. Bu yerler üzerinde devletin mülkiyet hakkı, medeni hukuk anlamındaki mülkiyet hakkı değil, bir tür idare hukuku mülkiyetidir.⁹⁰

4. Danıştay'ın Yaklaşımı

⁸⁶ Y.4.HD, 20.5.1985, E.1985/398, K.1985/5074 (YKD, S.10, s.1454).

⁸⁷ Y. 8.HD, 26.11.2012, E.2012/1251, K.2022/11146

⁸⁸ YHGK, 26.1.2000, E.2000/7, K.2020/28. Diğer kararlar: YHGK, 27.9.1973, E.1973/1923, K.1973/738 (ABD, S.1, s.68); YHGK, 4.11.1967, E.1967/396-K.1967/505 (Adalet Dergisi, S.9, s.721).

⁸⁹ Yargıtay'a göre, "*Kamu yararı, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve esenliği ile çok yakından ilgili olan deniz ve göl kıyıları, yer altı suları, madenler, petrol yatakları ve ormanlar ... Devletin hâkimiyeti (hüküm ve tasarrufu) altında bulunan yerlerden*" olup "*Anayasa'nın 130. ve 131. maddeleri hükmünce ... özel mülkiyete konu olama(z).*" YHGK, 30.9.1981, E.1979/1, K.1981/656 (YKD, S.39-56, ATAY C., s.23'ten naklen). Yine "*Kumluk, çalılık ve kayalık niteliğindeki yer, devletin hüküm ve tasarrufu altında*" olduğundan Medeni Kanunun 931. maddesinden yararlanılarak edilemezler, HGK, 6.2.1974, E.1971/1-448, K.1974/1319. Bunun gibi, maden ruhsatına sahip bir davalı şirketin, maden istihracı esnasında kullanılmaz hale getirdiği taşınmazın malikleri tarafından el atmanın önlenmesi, zararların giderilmesi ve eski hale getirilmesi talepleriyle açtığı davada, Yargıtay Anayasa m.168 ve Maden Kanunu m.4 hükmüne atıfla madenlerin özel mülkiyete konu olamayacağını hükme bağlamıştır. Y.1.D, 5.3.2009, E.2009/1430, K.2009/2785, <http://www.ilhanhelvevacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/> (Erişim Tarihi: 24.1.2023. Keza DHvTA olan "*(k)ıyı herhangi bir tahsis işlemine gerek olmaksızın doğrudan doğruya doğal yapısından ötürü herkesin serbestçe yararlanmasına sunulmuş sähipsiz kamu malı*" olduğundan devir ve ferağ edilemeyeceği gibi mülkiyeti zamanaşımı yoluyla iktisap edilemez, YİBK, 28.11.1997, E.1996/5, K.1997/3. Aynı yönde, Y.7.HD, 1.4.1996, E.1996/1813, K.1996/3213. Eski bir İBK'da da yararı kamuya ait mallardan köy içme sularının DHvTA olduğu ve kimsenin mülkü olmadığı belirtilmiştir, YİBK, 13.3.1972, E.1970/7, K.1972/4 (DÜREN, Dersler, s.90).

⁹⁰ UM Hukuk Bölümü, 12.11.2001, E.2001/70, K.2001/79 (RG: 17.1.20002-24643, s.228 vd.).

Danıştay'ın baştan itibaren çoğu zaman hukuki ilişkinin niteliğini tartışmadan idarenin mallar üzerindeki mülkiyet hakkının özel hukuktaki mülkiyet hakkından farklı, bir çeşit idare hukuku mülkiyeti/kamu mülkiyeti olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Örneğin, belediyeden kiralanmış bina üzerinde ek yapının sözleşmenin sona ermesine ve yersiz işgale dayanılarak yıkım kararı alınmasına ilişkin davada, Danıştay, kamu malının kiralanmasının söz konusu olamayacağını belirterek kamu malı üzerinde ancak kamu mülkiyeti kurulabileceğine hükmetmiştir.⁹¹ Birçok kararda idarenin kamu malları üzerindeki bir çeşit idare hukuku mülkiyeti bulunduğu hüküm altına alınmıştır.⁹² Mahkeme AY m.43/1'deki kıyıların DHvTA olması kavramıyla ilgili olarak, denizden doldurulmak suretiyle kazanılan taşınmazın Devletin hüküm ve tasarrufu altında olması hasebiyle özel mülkiyete konu edilemeyeceğine karar vermiştir.⁹³

Ancak, Danıştay'ın aksi yönde bir kararı da mevcuttur: "Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar özel hukuk hükümlerine tabi olup, bunlar hakkında özel hukuktaki mülkiyet rejiminin uygulanması gerekir."⁹⁴

D. Ara Değerlendirme

Görüldüğü üzere DHvTA olma deyimine çeşitli düzenlemelerde yer verilmiş ise de yasal bir tanımlanmamıştır. Kavram Kanunlarımızda genellikle Devlet tüzel kişisine ait malları ifade etmekle birlikte anlam, kapsam ve içeriği farklılık gösterebilmektedir. Kavrama her kanda birbirinden farklı ve değişik hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır. Mal kategorilerini dikkate alan düzenlemelere bakıldığında, her ne kadar çoğunlukla sahipsiz yerler ve bir ölçüde orta malları için kullanıldığı görülmekte ise de kavramın belirli bir mal kategorisini ve türünü esas almadığı

⁹¹ DDDK, 4.2.1972, E.1969/96-1972/77 (AİD, S.3, 1972, s.187).

⁹² D.10.D, E.1987/1324, K.1990/278 (DD, S.80, s.499. Bunun gibi, D.3.D, 13.10.1980, E.1980/157, K.1980/181 (DD, S.44-45, s.56); D.6.D, E.1981/1909, K.1984/1662 (GÜLAN, 1999, 87); DGK, 13.11.1981, E.1981/4, K.1981/25 (DD, S.44-45, s.60).

⁹³ DİDDGK, 11.12.1998, E.1997/548-K.1998/640 (ATAY C., s.23'ten naklen).

⁹⁴ D.10.D, E.1987/1324, K.1990/278 (DD, S.80, s.499).

söylenbilir.⁹⁵ Bazı yönetmeliklerde yapılan tanımlar ise ya atıftan ibaret kalmakta, ya da kuşatıcı olmadığı gibi eksiktir.

Yargı organları görüş birliği içinde, geniş anlamda DHvTA olan malların özel hukuk mülkiyetine konu edilemeyeceğini savunmaktadır.⁹⁶ Aşağıda izah edileceği üzere Devletin kamu malları üzerinde bir çeşit idare hukuku mülkiyeti/kamu mülkiyeti söz konusudur. Dolayısıyla bu tür malların kamu mülkiyeti olmaktan çıkarılması da, özel hukuk kişilerine devri de mümkün değildir. Bu yasak kanunla getirilmişse yürütme ve idare organını, Anayasa’da öngörülmüşse bununla birlikte yasama organını da kapsamaktadır.

Genel kabule göre, kavramın ilk ve ortak genel hukuki sonucu, hatta anlamı özel mülkiyete elverişli olmamaktır.⁹⁷ Doktrine göre DHvTa olma ifadesinin özel hukuk mülkiyeti anlamına gelmediği, bu haktan farklı olduğu kesindir.⁹⁸ Genel kanaat, kavramın hukuk sistemimizde değişik anlam ve işlevleri bulunmakla birlikte sadece Devlet tüzel kişiliğine ait malları için kullanıldığıdır.⁹⁹ Ancak kavram mevzuatta farklı kamu malları kategorileri için kullanıldığından, belirli bir mal türüne atfen kullanıldığı ve kapsamının belirli olduğu söylenemez.¹⁰⁰ O halde Gülan’ın dediği gibi DHvTa olmayı, “her kanun bakımından aynı bir inceleme yaparak o kanunla amaçlanan işlevine uygun olarak tespit edilecek anlam ve kapsamına göre ... yorumlamak gerekir.”¹⁰¹

⁹⁵ SÖYLER, s.64-65.

⁹⁶ Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki malın özel mülkiyete konu edilemeyeceği konusunda, a) Anayasa Mahkemesi kararları: AYM, 25.1.1973, 1972/51, K.1973/4 (AYMKD, S.11, s.97); 7.6.1983, E.1982/1, K.1983/10 (AYMKD, S.11, s.97); b) Danıştay kararları: 6.D, 6.4.1984, E.1981/1909, K.1984/1662 (DD, S.56-57, s.214); c) Yargıtay kararları: YİBK, 13.3.1971, 1970/7, K.1972/4 (RG:16.4.1972-14160); YHGK, 4.11.1967, E.1067/7652, K.1967/6997. Ayrıca bkz. AKIN, s.71-76, dp.11-149’deki kararlar.

⁹⁷ ONAR, s.1364; KIRBAŞ, s.36. Ayrıca bkz. AKIN, s.71-72, dp.141’deki yazarlar.

⁹⁸ ONAR, s.1364; KIRBAŞ, s.36; GÜLAN, Yararlanma, s.84.

⁹⁹ GÜLAN, Yararlanma, s.31, 88; “Kamu Malları”, s.677; ÇAĞLAYAN, s.754.

¹⁰⁰ GÜLAN, Yararlanma, s.86; “Kamu Malları”, s.677.

¹⁰¹ GÜLAN, Yararlanma, s.89; “Kamu Malları”, s.679. Aynı görüşte, AKIN, s.79.

Bize göre de DHvTa olmanın doğrudan ve temel anlamı hâkimiyetin devir ve ferağ edilememesi, yâni malın özel mülkiyete konu edilememesidir. Kamu mallarına ilişkin haczedilememe, tapuya tescil edilememe, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap edilememe, kamulaştırılmama gibi sonuçlar bu temel esasa bağlı sonuçlardır.¹⁰²

IV. DEVLETİN HÜKÜM VE TASARRUFU ALTINDA OLMA KAVRAMININ KAMU MÜLKİYETİ OLARAK HUKUKİ MAHİYETİ

İdareyle malları üzerindeki hukuki ilişki bağlamında bir pozitif hukuk terimi olan DHvTA bulunmayla hukuken aynı mahiyette olup olmadığına açıklamadan önce doktriner kamu mülkiyeti kavramına yakından bakalım.

A. İdarenin Malları Üzerindeki Yetkisi: Kamu Mülkiyeti

1. Kamu Mülkiyeti Kavramı

Türk idare hukuku doktrininde baskın görüşe göre,¹⁰³ devletin ülkesindeki mallar üzerinde kamu hukukuna dayanan iktidar hakkı bulunmaktadır. Devletin hâkimiyet ve iktidar hakkından dolayı, idare ile malları arasındaki ilişki özel hukuktaki mülkiyet değil, ondan farklı ve kamu hukuku kurallarına tâbi idari mülkiyet/kamu mülkiyetidir. Bir kere geniş anlamda idare kamu malları üzerinde kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) gibi özel mülkiyete özgü yetkileri söz konusudur. Ancak bu hak satılmama, devir ve ferağ edilememe gibi kamu hukuk kurallarının getirdiği özelliklerden dolayı mülkiyetten farklıdır. Türk Hukukunda çeşitli mevzuat hükümleriyle kamu mallarının

¹⁰² Bu ilkelerin devir ve ferağ yasağının alt ve sonuç ilkeleri olduğu hakkında, GÖZLER, C.II, s.891 vd.; YAYLA, Yıldızhan: "Kamu Malının Çağdaş Tanımı", MÜHFHAD, C. 7, S.1-3, 1992-1993, s. 8; Özel hukuka konu edilememesi ilkesi ile diğerleri arasında sebep-sonuç ilişkisi olduğuna dair bkz. DÜREN, Dersler, s.54.

¹⁰³ ONAR, C.II, 1328; DERBİL, Süheyy, İdare Hukuku, 5.B., Ankara 1959, s.408; ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977, s.203-204; DÜREN, İdare Malları; 58 vd.; Dersler, s.55-56; KIRBAŞ, s.23-24; GÜLAN, Yararlanma, s.89 vd.; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.909; TAN/BAYAZIT, s.539 vd; GÖZLER, C.II, s.864. GÖZLER/KAPLAN, s.624-625; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.619; ATAY C, s.23-24; ÇAĞLAYAN, s.754-755; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.380; AKGÜNER/BERK, s.827 vd. Medeni hukuk doktrininde, SİRMEN, s. 20; ARSLAN, s.64-65; SAPANOĞLU, s.39.

özel mülkiyete konu edilemeyeceğinin altı çizilmiştir. Bu husus yargı içtihatlarıyla da teyit edilmiş ve pekiştirilmiştir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda idare hukukunun ve idari yargının görev alanını genişletme ve kamu hukuku ile özel hukuk arasına sınır çizme eğilimi vardır. Türkiye’de kamu mülkiyeti görüşü DHvTa olma kavramına dayandırılabilir. TMK m.715/1 (mülga MK m.641)’deki “Devletin hüküm ve tasarrufu” deyimi esasen «hâkimiyet» demektir. Bununla devletin sahip olduğu hâkimiyete dayanarak kamu malları üzerinde kamu yararına uygun hukuki düzeni tesis yetkisi kastedilmektedir. Buna göre devlet (ve kanun koyucu), hükümlerinin derece ve kapsamını malın mahiyet, konum ve önemine göre kamu mülkiyetinden özel mülkiyete doğru şekilde bizzat tayin ve tespit edecektir. belirleyecektir. Başka bir ifadeyle, eşya hukukunun dominium (=mülkiyet) ve kamu hukukunun yetkilerinin toplamı olarak nitelendirilebilecek imperium (=hâkimiyet) unsurlarından oluşan bu kamu mülkiyetine artık özel hukuk değil kamu hukuku kuralları uygulanacaktır.

Sonuç olarak başta Anayasa ve bazı kanunlardaki DHvTA olma, TMK m.715’deki sahipsiz yer ve yararı kamuya ait malların işletilmesi ve kullanılması konusunda ayrı ve özel hükümlerin uygulanması, gerek bireylere gerekse bizzat idarenin kendisine karşı korunması, devletin kolluk yetkisine tâbi olması, devletin bazı yararlar sağladığı gibi yükümlülüklerinin bulunması gibi hal ve şartlar bu mülkiyeti kamu hukuku mülkiyeti haline sokmaktadır.¹⁰⁴ Bununla birlikte kamu mülkiyeti özel mülkiyetin bir çeşidi olmadığı gibi ikisi birbirine karıştırılmamalıdır. Kamu mülkiyetinde özel mülkiyetin özelliklerini aramak mümkün değildir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ DÜREN, İdare Malları, s.60-64; Dersler, s.52-56; KIRBAŞ, s.23-24; GÖZLER, C.II, s.863-864.

¹⁰⁵ DÜREN, İdare Malları, s.64; Dersler, s.56; GÜLAN, Yararlanma, s.91-92, 94.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında açıkça kamu mülkiyeti kavramına yer vermiştir.¹⁰⁶ AYM'ye göre "Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ... anlamına gelmektedir."¹⁰⁷

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, DHvTA bulunan ve özel mülkiyete konu edilemeyen (kıyılar gibi) yerler "kamu malı" niteliğini taşımaktadır; "Devletin bu gibi yerler üzerindeki mülkiyet hakkı, medeni hukuktaki manasında bir mülkiyet hakkı olmayıp, bir nevi 'idare hukuku mülkiyeti' olduğundan uyuşmazlığın özel hukuk ile bir ilgisi de bulunmamaktadır."¹⁰⁸

Danıştay'a göre; idare ile kamu malları üzerindeki ilişki kamu mülkiyeti de denen bir çeşit idare hukuku mülkiyettir. Bu, özel hukuktan farklı ve kamu hukuku kurallarıyla sınırlandırılmıştır. Kamu mülkiyeti kamu tüzel kişilerine özel mülkiyet hakkının tanıdığı yetkilere ilave yeni yetkiler tanıdığı gibi bazı ödevler de yükler.¹⁰⁹

2. Kavramın Kapsam ve İçeriği

İdarenin mallarını kamu malları ve özel mallar olarak tasnif eden DÜREN'e göre, İsviçre hukukundan farklı olarak Devlet hâkimiyet kudretine dayanarak kamu malları kavramına giren sahihsiz mallar, orta malları ve hizmet malları üzerinde kamu mülkiyetine sahiptir.¹¹⁰ Kamu mallarının kamusal mal ve özel mal olarak ayıran Çağlayan da kamusal mallar üzerinde kamu mülkiyeti/idari mülkiyet, özel mallar üzerinde (bazen

¹⁰⁶ AYM, 9.11.1994, E.1994/43, K.42-2 (AYMKD, S.31, s.275 vd.); AYM, 7.11.1994, E.1994/49, K.1994/45-2 (AMKD, S.30, C.1, s.222 vd.); 8.12.2011, E.2010/77, K.2010/163 (RG: 25.1.2012-28184).

¹⁰⁷ AYM, 24.9.2008, E.2008/26, K.2008/147, <https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.1.2023).

¹⁰⁸ UM Hukuk Bölümü, 23.10.2000, E. 2000/24, K.2000/41 (RG: 10.11.2000-24226, s.115 vd.). Aynı yönde, 12.11.2001, E.2001/70, K.2001/79 (RG: 17.1.20002-24643, s.228 vd.).

¹⁰⁹ D.6.D, 6.4.1984, E.1981/1909, K.1984/1662 (GÜLAN, Yararlanma, s. 87); 10. D, 26.04.2011, E. 2011/1371, K. 2011/1607 (ARSLAN, s.55); 6.D, 20.1.2014, E.2012/3025, K.2014/0000. Danıştay'a göre, kamu alanı terimi taşınmazın kamu mülkiyetinde olduğunu ifade etmektedir, 6.D, 7.11.2013, E.2010/11339, K.2013/6483.

¹¹⁰ DÜREN, İdare Malları, s.63-64; Dersler, s.56.

kamu hukuku kurallarıyla sınırlanmakla birlikte) özel hukuk mülkiyeti bulunduğunu belirtmektedir.¹¹¹

Gözler geniş anlamda kamu mallarını kamu tüzel kişilerinin kamusal malları ve özel malları şeklinde ikiye ayırmaktadır. İlk gruba kamu hukuk kurallarının, ikinci gruba (bazı istisnai yasal kısıtlamalar dışında) kural olarak özel hukuk rejiminin uygulanacağını söylemektedir. Kamu tüzel kişilerinin özel malları, kamu yararına tahsis edilmemiş, edilse de özel surette düzenlenmemiş veya kanunla özel hukuka tâbi tutulmuş mallardır. Kamu (sal) malların aksine, özel mallar ilke olarak özel kişilere veya kamu tüzel kişilere devredilebilirler, satılabilirler, takas edilebilirler, hacz edilebilirler, zamanaşımı yoluyla kazanılabilirler, kamulaştırılabilirler ve sınırlı aynı hakka konu edilebilirler.¹¹² Gözler genel eğilime uyarak kamu tüzel kişilerine ait kamusal mallar yerine aynı anlamda kamu malları terimini kullanmaktadır. Ona göre kanunlarda genellikle tercih edilen Devletin hüküm ve tasarrufu ifadesi, gerçekte Devletin mülkiyetinde demektir. Anayasa ve Kanun Koyucu bununla aslında kamu mülkiyetini kastetmektedir.¹¹³ Ancak kamu mülkiyeti kavramının hangi mal kategorilerini kapsadığını açıkça söylememektedir. Bununla birlikte, “Kamu tüzel kişileri sahip oldukları özel mallar üzerinde özel hukuktaki mülkiyet hakkına sahiptir” dedikten sonra, kamu tüzel kişilerinin kamu malları üzerinde özel hukuk değil kamu (hukuku) mülkiyeti olduğunu belirttiğinden kavramı münhasıran kamusal mallar kapsamında kullandığı söylenebilir. Bu paralelde kamu mülkiyeti altındaki kamu(sal) malların da sahipsiz malları, orta malları ve hizmet malların içerdiğine hükmedilebilir.¹¹⁴

Gülan’a göre, idarenin malları üzerindeki hukuki ilişkiye kamu mülkiyeti özelliği veren tahsis veya başka bir şey değil malikinin niteliği, yani kamu tüzel kişilerine ait olmasıdır. Dolayısıyla arada nitelik değil

¹¹¹ ÇAĞLAYAN, s.755.

¹¹² GÖZLER, C.II, s.844-845, 936 vd.; GÖZLER/KAPLAN, s.613, 639.

¹¹³ GÖZLER, C.II, s.864.

¹¹⁴ GÖZLER, C.II, s.845, 852 vd.; GÖZLER/KAPLAN, s.613-614, 623,639-640.

nicelik farkı olmakla birlikte kamu tüzel kişilerinin özel malları üzerinde de kamu mülkiyeti söz konusudur.¹¹⁵

Kamu mülkiyeti özel hukuktaki mülkiyetle bazı ortak yetki ve sorumlulukları içermekle birlikte gerek tanıdığı ek yetkiler gerek getirdiği kısıt ve yükümlülükler bakımından ondan ayrılmaktadır. Gülan'ın yaptığı listeden hareketle¹¹⁶ ortak yetkilere kullanma, tazmin imkânı, mütemim cüz ve teferruat hükümleri ile semerelerden yararlanma, komşuluk yükümlülüklerine zorlama, tahsisi kaldırarak malı satabilme; ortak sorumluluklara ise bakım, tazmin ve vergi vb. mali yükümlülükleri örnek verebiliriz. Buna karşılık kamu mülkiyeti kamu malları üzerinde şu ek yetkileri içermektedir: Sınırlarının idari işlemle belirlenebilmesi, özel cezai ve hukuki koruma sağlama, idari irtifak tesisi, zamanaşımına uğramama, haciz vb. özel hukuk işlemlerinden muafiyet, devir ve ferağ yasağı. Özel hukuk mülkiyetinden farklı ve fazla yükümlülükleri ise kullanımının (tahsisinin) daha sıkı kurallara bağlı olma, sözleşmeyle aynı hak tesis edilememe, hibe veya ücretsiz devredilememe ve kamu yararına uygun yararlandırma şeklinde sıralayabiliriz

B. Devletin Hüküm ve Tasarrufu Altında Olma: Kamu Mülkiyetine İçerikli Tam, Özgün ve Özgül Koruma Kuralı

Türk hukukunda idarenin ve/veya devletin malları ile arasındaki hukuki ilişkiyi kamu mülkiyeti kabul edenlerin çoğuna göre bu “Devletin hüküm ve tasarrufu” ile aynı şeydir. Örneğin Gözler/Kaplan'a göre kanunlarda genellikle tercih edilen “Devletin hüküm ve tasarrufu” ifadesi, gerçekte devletin mülkiyetinde demektir. Anayasa ve Kanun Koyucu bununla aslında kamu mülkiyetini kastetmektedir.¹¹⁷ Buna göre, DHvTA bulunan sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları üzerinde kamu mülkiyeti söz konusudur.

¹¹⁵ GÜLAN, Yararlanma, s. 89-92.

¹¹⁶ GÜLAN, Yararlanma, s. 93-94. Ayrıca, ÇAĞLAYAN, s.755-756.

¹¹⁷ GÖZLER, C.II, s.864; GÖZLER/KAPLAN, s.620, 624. Terim tüm kamusal ve özel mallar üzerinde devletin egemenliği anlamında kullanıldığına göre, bunun yerine hukuk tekniği açısından -ONAR ve diğer bilim adamlarının hâkim görüşü doğrultusunda- idare ile malları arasındaki hukuki ilişkinin kamu mülkiyeti olduğunu ve bu ilişkiye kamu hukuku kurallarının uygulanacağı gerçeğini kabul etmek gerekir. ATAY C, s.23-24

Bununla birlikte yukarıda değinildiği üzere¹¹⁸ DHvTA olmanın hizmet mallarını kapsamadığı ileri sürülmektedir. Kimi yazarlara göre bu bir yetki değil önlem ilkesidir. Bazıları da ilişkiyi devletin denetim ve gözetim yetkisi veya sınırlı özel mülkiyet olarak görmektedir. Bir görüşe göre devletin kamu malları üzerinde ister özel mülkiyet isterse kamu mülkiyeti kurabilmesine imkân ve yetki veren mülkiyet öncesi bir durumu ifade etmektedir.¹¹⁹

DHvTA kavramının Devlet tüzel kişinin sahipliğindeki malla özel mülkiyete karşı tam ve baştan korumalı kamu mülkiyeti ilişkisi kurduğunu düşündüğümüzden, bizim doktrindeki görüşlerden birine tümüyle iştirakimiz mümkün değildir. Öncelikle biz de idarenin malları üzerindeki ilişkiyi Karahanoğulları'nın skalası gibi, bir ucunda özel hukuk mülkiyeti, diğer ucunda salt kamu hukuku kurallarının sınır oluşturduğu ve mülkiyetin içerdiği yetkilerin en yakın uçtan en uzak uca doğru her kıvrımda kat kat ve "tedricen" azaldığı bir yelpazeye benzetiyoruz. Her bir pili katının idarenin mallarını temsil ettiği bu yelpazeyi alttan kamu tüzel kişileri tutmaktadır. Karahanoğulları'ndan farklı olarak bizim "Kamu Malı Yelpaze"sinde DHvTA olma en uzak uçtaki mülkiyet dışı sahiplik durumunu değil, aksine bu uca yakın belirli kamusal mal pililerini sağlama alan devlet himayesini ifade etmektedir. Yelpazede DHvTA olan katların düzleştirilerek özel mülkiyet konumuna getirilmesi mümkün değildir.

Bize göre DHvTA olma deyimiyile devletin mal üzerinde devredilemez ve vazgeçilemez "hükümrânlık" durumu kastedilmektedir. Bu kamu mülkiyetini kapsayan ve fakat onu aşan müstesna bir yetki ve yükümlülük durumudur. DHvTA olma, devletin malları üzerindeki kamu mülkiyetini "koruma kuralı" ile özgünleştiren özgül bir terimdir. Başka bir deyişle DHvTA olma idarenin malını hem kamusal mal kılan hem de

¹¹⁸ Bkz. yuk. II/B/1 başlığı altındaki açıklamalar.

¹¹⁹ DÜREN, İdare Malları, s.63; Dersler, s.55.

onun özel mülkiyete tâbi tutulmasını önleyen bir “garanti/teminat” hükümüdür.¹²⁰ Terim münhasıran kamu mülkiyeti veya denetim ve gözetim yetkilerinden birini kastetmemekte, her ikisini birden ifade etmekte ve içermektedir.¹²¹

Her şeyden önce yukarıda belirtildiği gibi DHvTA bulunma malın devletin hükümran olarak mutlaka ve her zaman kamu hukuku kurallarına tâbi tutulması ve yetki içeriği mala göre değişen kamu mülkiyeti düzeni kurulması demektir. Bununla birlikte koruma kuralı olarak DHvTA olma, doğal yapı ve niteliğini koruduğu sürece malın kamusal mal olmaktan çıkarılmasını önleme işlevi görmektedir. Kısaca DHvTA olan her mal kamu mülkiyeti bulunan bir kamusal mal statüsünde iken, her kamusal mal kamu mülkiyeti altında ise de DHvTA olmayabilir. DHvTA olmayan kamusal mallar bazen çeşitli kanun hükümleriyle bazen de ilke olarak tek tek satılamama, haczedilememe, tapuya tescil edilememe gibi özelliklere sahip kılınmıştır. Buna karşılık bir mal Anayasal veya yasal bir kuralla DHvTA alınmakla peşinen, doğrudan ve tek seferde özel mülkiyete konu edilememe ve devredilememe niteliği kazanmıştır. Buna paralel şekilde DHvTA olmayan kamusal malların tahsisin kaldırılmasıyla özel mülkiyet rejimine tâbi tutulması mümkündür. Oysa bu durum DHvTA bulunan hizmet malları için söz konusu olamaz. Bunlar tahsisi kaldırılıp kamu hizmetinde kullanılsa bile, doğal yapısını koruduğu sürece özel mülkiyet

¹²⁰ Burada tarihi, kültürel ve sosyo-ekonomik gelişmelerle ilgili geniş ve ayrıntılı bir izahta bulunmak uygun düşmemekle birlikte kanaatimizce ülkemizde millete ait egemenliğin vasıtası olarak Devletin bazı özellikli mallar üzerindeki hükümranlığı “hüküm ve tasarrufu altında olma” olarak tanımlanmıştır. Mülkiyeti hamura, kamu kurallarını da mayaya benzetirsek DHvTA bulundurma yetkisi de ekşi maya mesabesinde. Türk hukukuna özgü bu yetki ekşi mayanın ekmeği daha katı, ancak daha dayanıklı yapması gibi malların da yapısını değiştirmeksizin ömrünü ve kullanılma şeklini etkilemektedir. Gerçekten de DHvTA olma (ekşi maya gibi) mal üzerinde genelde kamu yararına kullanma/yararlanma/tasarruf yetki ve koruma-gözetim yükümlülüğü, özeldense özel mülkiyete konu edilemezlik niteliği sağlamaktadır. Dolayısıyla özel mülkiyet gibi birer unlu mamul hamuru iseler de hüküm ve tasarrufu altında olma ekşi mayalı, kamu mülkiyeti ise adi mayalı ekmek durumundadır..

¹²¹ “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmak tek başına bir şeyin kamusal mal olmasını sağlayan ve mutlaka mülkiyet hakkını dışlayan bir hukuki durum değildir. Dolayısıyla, devletin hüküm ve tasarrufu kavramı, sadece ‘hakimiyeti (egemenlik) içermediği gibi, geniş manada zabıta kudreti’nden ibaret sayılamaz.” DURAN, Mülâhazalar II, s.49

rejimine tâbi tutulamazlar. Anayasal veya yasal DHvTA olma kuralı Devlete malı hem kendisinden hem de birey ve topluluklardan koruma yükümlülüğü yüklediği gibi, aynı zamanda toplum genelinin kullanmasına hak ve imkân tanımaktadır.¹²² Başka bir ifadeyle, başka bir pozitif hükme gerek kalmaksızın Devlet tüzel kişinin malının daha baştan kamu mülkiyetinden çıkarılması engellendiği gibi “tasarruf” yetkisi diğerleri lehine oldukça sınırlanmıştır.¹²³

Uygulamada da aynı anlayışın benimsendiği görülmektedir: Belediyenin DHvTA olan kumsal alanı plaj olarak fuzuli işgal ettiğinden bahisle ecrimisil alması mümkün değildir.¹²⁴ DHvTA ve özel mülkiyete konu edilemeyen kamu malı niteliğinde olup belediyenin intifa hakkına sahip olduğu kale içindeki yer üzerinde medeni hukuk anlamında mülkiyet hakkı değil bir çeşit ‘idare hukuku mülkiyeti’ söz konusudur.¹²⁵ 3091 SK’da DHvTA bulunan yerlere yönelik tecavüz ve müdahalelerde başvuruda süre kaydı aranmadığından (m.4/2), kamunun ortak yararlanmasına sunulan taşınmaz mallara yönelik tecavüz ve müdahaleler fiili zilyetlik esasına dahi bakılmaksızın her zaman önlenir.¹²⁶ Bir şirket tarafından inşa edilen ve kullanımına tahsis edilen kıyıdaki iskele dolgu alanı DHvTA olup özel mülkiyete konu edilemeyeceğinden üzerinde gibi mülkiyet, intifa veya herhangi bir irtifak hakkı kurulamaz. Belediyeye yapılan kul lanma izin sözleşmesi de bu durumu değiştirmemektedir. “Öte yandan

¹²² Örneğin Danıştay yeraltı ve yerüstü su kaynaklarını bütün vatandaşların ortak varlığı olarak kabul etmiş ve Devletin bu varlıkları koruma, amaç dışı kullanımını ve tahribini önlemek için gerekli tedbirleri alması gerektiğini belirtmiştir: D.10.D, 23.2.2016, E.2012/9193, K.2016/971.

¹²³ Nitekim “DHvTA” kavramının, egemenlik hakkının bir doğal sonucu olarak yeraltı ve yüzeyel su kaynakları üzerinde devlete kullanma ve yararlanma usul ve esaslarını tespit yetkilerini tanıyan bir hak olduğu, idarenin bu malları istediği şekilde kullanıp yararlanabilmekle birlikte devletin bunların aynını koruma, geliştirme ve gelecek nesillere devretme görevi de yüklendiği ifade edilmektedir: **ARSLANOĞLU**, Mehmet, Su Kaynaklarından İktisadi Amaçlı Yararlanmanın Hukuki Rejimi, MÜSBUE, Doktora Tezi İstanbul, 2019, s.31.

¹²⁴ DİDDGK, 22.11.2002, E.000/1200, K.2002/848, <https://docplayer.biz.tr/48305446-Kamu-mallari> (Erişim Tarihi: 20.1.2023); 6.D, 11.3.1999, E. 1999/2291, K. 1999/138

¹²⁵ UM Hukuk Bölümü, 12.11.2001, E.2001/70, K.2001/79, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.5.2023);

¹²⁶ D.10.D, 7.12.1998, E.1996/9139, K. 1998/6406, (Legalbank, (Erişim Tarihi: 25.4.2023);

devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde davacının malik gibi tasarruf ettiğiinden de söz edilemez(z)".¹²⁷ 5653 SK'a göre koruma makiliği dışında kalan makilikler orman sayılamazlarsa da nitelikleri itibariyle DHvTa bulunan yerlerden olup ancak imar-ihya şartlarını varsa özel mülkiyete konu teşkil edebilir, aksi halde hak düşürücü süre ele iktisap edilemez.¹²⁸

Öte yandan iddia edildiği gibi DHvTA olmanın, devletin kamu mallarını üzerinde özel mülkiyet veya kamu mülkiyeti konumlarından birini tercih ve takdir yetkisi verdiği de düşünülemez. Bu görüş hem başta Anayasa olmak üzere pozitif hukuk kurallarına aykırılık taşıdığından, hem de keyfiliğe yol açacağından yanlış ve tehlikelidir.¹²⁹

Kamu mülkiyeti terimi DHvTA olmanın mevzuatımızda ve uygulamada farklı ve belirsiz anlamlarda kullanılmasından dolayı ortaya atılmış ve tercih edilmiş gözükmemektedir. Oysa DHvTA olma deyimi kamu mülkiyetiyle tamamen özdeş bir kapsam ve içeriğe sahip değildir. Zaten böyle olsaydı, en azından Türk hukuku bakımından pozitif hükme dayanan DHvTA olma formülü varken aynı anlama ve kapsama sahip yeni bir terim ve kavram arayışına girilmesi gerekmezdi.

Hukukumuzdaki bazı mevzuat hükümlerine dayanarak DHvTA olma kavramının idarenin özel mülkiyetindeki malları dışladığı söylenebilir. Örneğin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nunda Devletin hüküm ve tasarrufundaki yer ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz kavramları arasında ayırım yapılmıştır (m.51/g, 51/h, 75/1, 75/5). Benzer düzenlemeler 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu (m7), 775 sayılı Gecekondu Kanunu (m. 18) gibi kanunlarda da vardır.¹³⁰

¹²⁷ D.9.D, 17.2.2016, E.2013/6311, K.2016/520 (DD, S.144, 2017, s.292-294).

¹²⁸ YHGK, 24.3.1999, E.1999/167-k.1999/167. Benzer şekilde, Y.8.HD, 1.3.20027, E.2007/954, K.2007/1215; Y.1.HD, 8.7.2004, E.2004/7753, K.2004/8431 (kıyıları); Y.3.HD, 5.4.2004, E.2004/2731, K.2004/3118 (genel sular); Y.16.HD, 4.7.2003, E.2003/7647 K.:2003/6951 (kışlaklar); Y.20.HD, 14.2.2006, E.2005/14311, K.2006/1616 (ormanlar), KAZAN, s.29- 40, 314, 425

¹²⁹ GÜLAN, Yararlanma, s.88, dp.415.

¹³⁰ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte de Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yer (m.4/c) ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz (m.4/f)" terimleri ayrı ayrı tanımlanmıştır. Burada "Hazine", genel bütçeli kamu kuruluşlarının (5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu'na göre ek (I) sayılı Cetvelde

DHvTA olma kavramı kural olarak sahihsiz yerler ile orta mallarını kapsamaktadır. Bunun tek istisnası 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.18/2'de öngörülen DHvTA olan sahihsiz yerlerin ve orta mallarının tahsisle hizmet malı yapılması hâlidir. Sonradan tahsisten çıkarma işlemiyle hizmet malı niteliğine son verilse dahi bu mallar DHvTA kalmaya devam eder.¹³¹ Dolayısıyla DHvTA olma kamu mülkiyeti altındaki tüm malları kapsamadığı gibi, tahsis kararıyla ortadan kaldırılamamaktadır.

Bundan başka kamu mülkiyeti malın sâdece devlet değil diğer kamu tüzel kişilerine aidiyetini öngörmektedir. Hâlbuki yasal düzenlemede aksi öngörülmedikçe ve anlaşılmadıkça Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma deyiminden malın sahibinin münhasıran Devlet tüzel kişisi olduğu anlamı çıkarılmalıdır.

Şunu da belirtelim ki, yasama organınca DHvTA alınmış malların yine Anayasa değişikliği veya kanunla bu statüden çıkarılması ve/veya özel hukuk işlemlerine tâbi tutulabilir hâle getirilmesi mümkündür. Nitekim Anayasa m.168'e göre, DHvTA olan tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkı gerçek ve tüzelkişilere açık izinle devredilebilir.¹³² Anayasanın cevaz verdiği çerçevede 3213 sayılı Maden Kanunu'nda madenlerin hak ve vecibelerinin miras yoluyla intikal edeceği gibi maden ruhsatları, görünür rezerv geliştirme ve buluculuk haklarının devredilebileceği öngörülmüştür.

Kanun bazında örnek vermek gerekirse, 4342 sayılı Mera kanunu m.4'de, DHvTA olan mera, yaylak ve kışlakların özel mülkiyete geçirilememekle birlikte kullanım hakkının kiralanabileceği hükme bağlanmıştır. 3402 s. Kadastro Kanunu orman sayılmayan DHvTa bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen arazilerin, belli şartlar altında imar ve ihya suretiyle özel mülkiyete konu edilebileceğini öngörmektedir. Bunun gibi 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu,¹³³ 5366 sayılı Yıpranan Tarihi Ve Kültürel

gösterilen kamu idarelerinin) taşınır ve taşınmaz malları, alacakları ve borçları açısından kamu tüzel kişiliğinin genel adı (KARDEŞ, s.118; KAZAN, s.22) demektir.

¹³¹ SÖYLER, s.66; Tez, 91-92.

¹³² ŞİMŞEK, s.103-105.

¹³³ 2886 SK m.51/g'ye göre, "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralanması ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi" ve m.51/h'ye göre, "Devletin hüküm ve tasarrufu

Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun,¹³⁴ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun¹³⁵ ve benzeri kanunlarda özel hukuk işlemlerinin yapılabilmesine imkân tanıyan hükümlere yer verilmiştir. Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmeliğe göre de, Hazinenin özel mülkiyetinde veya DHvTA bulunan taşınmazlar kiraya verilebilmektedir (m.7/74).¹³⁶

Altını çizmek gerekir ki, Devletin yasal düzenlemeler çerçevesinde DHvTA bulunan varlıkları kullanma hakkı tanınması özel hukuk kişilerine devrederek yararlanılmayı sağlaması, özel hukuk anlamında bir mülkiyet devri anlamına gelmemektedir.

SONUÇ

Kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetindeki herkesin doğrudan kullanımına ve yararlanmasına veya kamu hizmetine özgülenmiş mallara kamusal mallar denmektedir. Bunları tahsis durumuna göre sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olarak ayırabiliriz. İdarenin kamusal mallar üzerinde kamu hukukunun hükümlerinden kaynaklanan ve özel hukuktakinden farklı bir kamu mülkiyeti söz konusudur. Buna karşılık idarenin özel malları bazı kısıtlamalar bulunmakla birlikte kural olarak mülkiyet rejimini tâbidir. Kamu malları mutlak olmasa da esasen

altında bulunan yerlerdeki baraj, dalyan, voli yerleri, göller, havuzlar, nehirler ve nehir ağızlarındaki av yerleri ile deniz ve iç sularda belirlenmiş yerlerdeki su ürünleri üretim hakkının, 22.3.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununa göre Tarım ve Orman Bakanlığınca kiraya verilmesi" ihale edilebilmektedir.

¹³⁴ 5366 SK m.5'e göre, "Kamu kurum ve kuruluşlarının ellerinde bulunan tarihi eser niteliğini haiz bina ve müstemilatı, tarihi özelliklerine uygun olarak restore ettirilmek ve/veya tarihi özellikleri korunmak ve mülkiyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşunda kalmak suretiyle; eğitim, sağlık, kültür ve sosyal amaçlı olmak üzere kamu yararına çalışan dernekler, vakıflar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler ile ticarî faaliyetlerde kullanılmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine sınırlı aynı hak olarak tesis edilebilir.

¹³⁵ 4046 SK m.19/B-e'ye göre: "Özelleştirme programına alınan ve sermayelerinde % 50'den fazla kamu payı bulunan kuruluşlar tarafından kullanılan Hazinenin mülkiyetinde ki taşınmaz mallar ile - özel mevzuatı gereğince tescili mümkün olmayanlar hariç - Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz malların bu kuruluşlara devrine ve/veya bu kuruluşlar lehine, devredilebilir mülkiyetin gayri aynı haklar da tesis edilebilir."

¹³⁶ Diğer örnekler için bkz. GÖZLER, C.II, s.891-893.

devir ve ferağ edilemezlik ilkesine tâbidir. Bununla beraber kamusal malların yasal engel yoksa tahsis kaldırılmak suretiyle idarenin özel malı haline getirilip özel mülkiyete konu edilebilir.

Türk hukukunda Anayasada ve kanunlarda genellikle sahipsiz mallar ile orta mallarının DHvTA olduğu kayıtlanmıştır. Bu terimin tanım ve mahiyeti konusunda kanunda açıklama bulunmadığı gibi teoride ve tatbikatta da görüş birliği bulunmamaktadır. Terim bazı düzenlemelerde belli mal kategorilerine izafeten kullanılmakla birlikte esasen idarenin belirli kamu mal çeşitleri üzerindeki yetkisinin mahiyetini göstermektedir. Kanaatimizce terim kamu hukuku rejiminin hâkim ve baskın olduğu, toplum yararına konulmuş standart bir koruma kuralını önceleyen, özgün ve özgül bir kamu mülkiyeti ilişkisini ifade etmektedir. Buna “tam ve peşin korumalı kamu mülkiyeti” de diyebiliriz. DHvTA olma sahipsiz mallarla orta mallarının ve bunlardan dönüşen hizmet mallarının özel mülkiyete konu edilmesini mutlak surette yasaklamaktadır.

Kural olarak devlet tüzel kişiye ait bir kamusal malın Anayasal veya yasal düzenlemelerle Devletin hüküm ve tasarrufu altına alınmış olması, onun hiçbir zaman kamuya ait olsa da özel mal statüsüne sokulamaması ve özel hukuk mülkiyetine konu edilememesi demektir. Anayasal nitelikteki DHvTA olma kuralı malı sâdece bireylere ve idareye karşı değil kanun koyucuya karşı da korur. DHvTA olma burada öncelikle özel hukuk kişilerine devir ve ferağ yasağını ifade etmektedir. Devir ve ferağ yasağına bağlı olarak da, DHvTa olan yerler haczedilemez, tapuya tescil edilemez, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinilemez, kamulaştırılmaz ve özel kişilerin mallarından farklı şekilde korunurlar. Öte yandan, kamu hizmetinin aracısı olarak Devlet, hükmü ve tasarrufu altındaki kamu mallarını kamu yararı gereği ortak kullanıma ve yararlanmaya hazır halde tutmak, korumak ve idare etmekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman: İdare Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2017.
- AKINTÜRK**, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2021.
- ARSLAN**, Kahan Onur: "Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları," TBBD, 2017, S.131, s.58. s.57-86.
- ARSLANOĞLU**, Mehmet: Su Kaynaklarından İktisadi Amaçlı Yararlanmanın Hukuki Rejimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 6. Baskıya Ek Tıpkı Basım, Ankara 2019.
- AVCI**, Mustafa: Türkiye’de Kamu Malları Konusuna Genel Bir Bakış, Akdeniz Üniversitesi HFD, C.5, S.1, s. 11-29.
- BALTA**, Tahsin: "Kamu Mallarından, Özellikle Genel Mallarından Yararlanmanın Tabi Olduğu Rejim," Su Kaynaklarının Kullanılması Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bilimsel Haftaya Sunulan Tebliğ, AÜHF, Ankara 1972, s.115-126.
- BİLGE**, Necip: Hukuk Başlangıcı Dersleri, 12. Baskı, İstanbul 1998.
- BİLGİN**, Pertev: İdare Hukuku Dersleri-İdare Malları, İstanbul 1996. (İdare Malları)
- : İdare Hukuku Ders Notları, - İdarenin Patrimuanı – Kamulaştırma – İstimval - Amme Alacaklarının Tahsili-Usulleri, HÜHFMD Yayını, İstanbul 1988 (Dersler)
- : "Türk Hukukunda İdarenin Taşınmaz Malları (Bir Deneme)," İÜSBF Dergisi, S.9, Ekim 1994, s.23-38. (Deneme)
- CİN**, Halil: Türk Hukukunda Mer’a, Yaylak Ve Kışlaklar, Ankara 1975.

DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 1959.

DURAN, Lütfi: “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değgin Son Kararları Üzerine Mülâhazalar II”, AİD, C.18, Eylül 1985, S.3, s.43-58.

-----: “Kamusal Malların Ölçütü”, AİD, C.19, S.3, 1986, s.43-52.

DÜREN, Akın: İdare Malları, Ankara 1975. (İdare Malları)

-----: İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979. (Dersler)

ESENER, Turhan / **GÜVEN**, Kudret: Eşya Hukuku, 8.Baskı, Ankara 2019.

GİRİTLİ, İsmet/**BİLGİN**, Pertev/**AKGÜNER**, Tayfun/**BERK**, Kahraman: İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2015.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 1983.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / **TAN**, Turgut: İdare Hukuku, C.I, Turhan, 14.Baskı, Ankara 2021.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.I-II, 3. Baskı, Bursa 2019.

GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul 1999

-----: “Kamu Malları”, ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 1. Baskı, İstanbul 2004 içinde, s.655-720.

KARDEŞ, Salâhaddin: Milli Emlak Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 2020.

KAZAN, Metin: Yargıtay Kararları Işığında Taşınmaz Hukukundan Doğan Hazine Davaları, Ankara 2012.

KIRBAŞ, Sadık: Devlet Malları, Ankara 1985.

KENANOĞLU, “M. Macit: 1858 Arazi Kanunnamesi ve Uygulanması, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları”, S. 1, 2006 (Bahar), s. 107-138.

OĞUZMAN, Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2015.

ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3.Baskı, İstanbul 1966.

ÖZEL, Sibel: “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti,” MÜHFD, C.24, S.1, Haziran 2018, s. 215-238.

ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1977

- SANCAKDAR**, Oğuz / **ÖNÜT**, Lale Burcu / **US DOĞAN**, Eser / **KASAPOĞLU TURHAN**, Mine / **SEYHAN**, Serkan, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2021.
- SANCAKDAR**, Oğuz / **SAMANCI**, Uğur / **ÇALIŞ** Hande Sena / **İŞİK**, Merve: Sular Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2020.
- SAPANOĞLU**, Süleyman: Hukuk Sistemimizde Ormanlar, Ankara 2021.
- SİRMEN**, Lale: Eşya Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2016.
- SÖYLER**, İlhami: "Kamu Malları Teorisi Açısından Devletin Hüküm Ve Tasarrufundaki Yerler," Sayıştay Dergisi, S.63, s.57-68.
- : Devlet Mallarının Kumu Finansmanı Açısından Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, Ankara 2005.
- ŞİMŞEK**, Suat: "Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları, Sayıştay Dergisi, S.92, Ocak-Mart 2014, s.93-105.
- TAN**, Turgut/ **BAYAZIT**, Bahar: İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara 2021.
- VELİDEDEOĞLU**, H. Veldet / **ESMER**, Galip: Gayrimenkul Tasarruflar, İstanbul 1956.
- YAŞAR**, Hasan Nuri: İdare Hukuku-Genel Esaslar, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 2009.
- : "Kamu Malının Çağdaş Tanımı", MÜHF Hukuki Araştırmalar Dergisi, C. 7, S.1-3, 1992-1993, s. 7-18.
- YILDIRIM**, Ramazan: Türk İdari Rejimi Dersleri, C.I, Konya, 2014.
- YILDIRIM**, Turan / **YASİN**, Melikşah / **KAMAN**, Nur/ **ÖZDEMİR** H. Eyüp / **ÜSTÜN** Gül / **ÇAKIR**, Melih / **OKAY TEKİNSOY**, Özge: İdare Hukuku, 8,Baskı, İstanbul 2022.
- ZABUNOĞLU**, Yahya Kazım: İdare Hukuku, C.1, Ankara 2013.
- ZEVKLİLER**, Aydın: "Kıyılarda Mülkiyet İlişkileri", AİD, C.15, S.2, s.71-84.

MUKAYESELİ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK PERSFEKTİ- FİNDEN İDARİ YARGIDA SÜRELERİN KISALTILMASI AÇISIN- DAN KANUN YOLLARINDA (TEMYİZ-İSTİNAF) FİLTRELEME VE BAZI MODELLER*

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI**

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ***

Öz

Mahkemelerin iş yoğunluğu adaletin âdil ve hızlı dağılımını olumsuz yönde etkilemektedir. İş yoğunluğundan dolayı, bir kararın verilmesi için ciddi zaman söz konusu olmaktadır. Böylelikle adalete erişim süreçte zaman kaybı sebebiyle daha da meşakkatli bir hâle gelmektedir. Bu durumu tersine çevirmek için bazı önlemler uygulanabilecektir. Bu önlemler filtrasyon genel terimi altında tanımlayabiliriz. Nitekim bu metotlar hem diğer ülkelerdeki ulusal kanunlarda hem de en azından bazı uluslararası idare mahkemelerde uygulanmaktadır. Böylece

* Bu çalışma, Prof. Dr. Serkan Çınarlı tarafından 155. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü "155. Yılında İçtihat Mahkemesi Olarak Danıştay" kapsamında yapılan konuşmanın genişletilmiş ve güncelleştirilmiş hâlidir.

** Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Prof., Izmir University, Faculty of Law, Department of Public Law, Administrative Law Department, Izmir, Turkey.

✉ serkan.cinarli@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-2471-875X

*** Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Assoc. Prof., Izmir University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Izmir, Turkey.

✉ anil.camyamac@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-8476-9110

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÇINARLI, Serkan/ÇAMYAMAÇ, Anıl: "Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Hukuk Perspektifinden İdarî Yargıda Sürelerin Kısaltılması Açısından Kanun Yollarında (Temyiz-İstinaf) Filtreleme ve Bazı Modeller", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 755-782.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

bu makalede amacımız özellikle Danıştay olmak üzere Türk sistemini için bu filtrasyon metotlarını mukayese etmek ve bazılarına ilişkin öneriler sunmak olacaktır.

Anahtar Kelimeler

- Kanun Yolları • İdarî Yargı • Danıştay • Uluslararası İdare Mahkemeleri
- Uluslararası İdare Hukuku

FILTRATION IN LEGAL REMEDIES (CASSATION/APPELLATE) WITH THE ASPECTS OF SHORTENING DURATIONS IN THE ADMINISTRATIVE JUSTICE UNDER THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW AND INTERNATIONAL LAW, AND SOME MODELS

Abstract

The work load of tribunals naturally effects the fast and fair distribution of justice in a negative way. As a consequence of tribunals' work load, to give a decision takes considerable time. Henceforth, accessing to justice becomes harder and harder due to the time lost in that process. In order to reverse this course, some measures can be implemented. Indeed, those methods can be identified under the general term of filtration. In the end, those measures have already been used both in national laws of other countries and at least some international administrative courts. Thereby, in this article our aim is to compare these filtration methods and propose some of them for the Turkish system, particularly for the Council of State.

Key Words

- Legal Remedies • Administrative Justice • Council of State • International Administrative Tribunals • International Administrative Law

GİRİŞ

Çağımızda zaman, en değerli mefhumlardan biridir. Bu husus, her alanda olduğu gibi, hukuk alanı içinde geçerlidir. Nitekim geç tecelli eden adaletin adalet olmayacağı dahi mütalâa edilebilecektir. Bu perspektiften ele alındığında, mahkemelerin, özellikle nihaî karar mercii konumundaki üst mahkemelerin iş yoğunluğunun azaltılarak hem hızlı hem verimli çalışmalarının sağlanması günümüzde zarurî bir ihtiyaç konumundadır. Bilhassa üst mahkemelerin yükünün azaltılmasına çalışmak adına ne gibi öneriler ortaya konulabilir? Bu sorunun cevabına mukayeseli bir araştırma yapmak suretiyle ulaşmak uygun düşecektir. Nihayetinde bu konuda çaba sarf edilerek oluşturulmuş sistemlerin ve bu sistemler kapsamındaki uygulamaların tecrübesinden faydalanmak akılcı bir yaklaşımdır.

Bilindiği üzere ülkemizde istinaf kanun yoluna geçiş uzunca bir zaman almıştır. Ancak 2014 yılında geçilen bu sistem ile beraber, özellikle 2577 sayılı kanunun 46'ncı maddesinin temyiz kanun yoluna gidilebilecek dava konularını oldukça sınırladığı fark edilmektedir¹. Söz konusu düzenleme Danıştay'ın görev yükünü azaltacağı gibi bir içtihat mahkemesine dönüşeceği yönünde fikirler ortaya çıkarmıştır. Ancak filtreleme yöntemi ile kanun yolunun yasa ile sınırlanması aynı şey değildir. Belli bir konuda çok yoğun dosya gelmesi engellemez bir durumdur. Bu nedenle bu çalışmada kanun yollarında filtreleme yöntemi anlatılarak Türk Danıştay'ının iş yükünü hafifletme ve içtihat mahkemesi olma yoluna girmesi konusunda öneriler ortaya konulacaktır.

Çalışma, böylelikle, iki temel kısım olarak plânlanmıştır. İlk kısımda farklı devletler bünyesindeki yüksek mahkemelerin bu konudaki tecrübe ile sabit uygulamaları analiz edilirken, ikinci kısımda uluslararası idare mahkemelerin bu yönlü uygulamalarının yön gösterici özellikleri değerlendirilecektir. Müteakiben ise, bu incelemelerden esinlenilerek nazıane Türk yüksek yargısının yükünün hafifletilmesine ilişkin bizim önerilerimize yer verilecektir.

¹ İstinaf sistemi ve istinaf kararlarının temyizi için bkz. ÇINARLI, Serkan, İdarî Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

I. ULUSAL HUKUKLAR ÇERÇEVESİNDE KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ: MUKAYESELİ HUKUK ÇERÇEVESİNDE ANALİZLER

Birçok Avrupa devletinin kendi yargılama sistemleri bünyesinde, özellikle de yüksek yargının iş yükünü hafifletmek adına çeşitli uygulamalara başvurduğu takip edilmektedir. Başvurulan bu yollar arasında filtreleme metodundan da ağırlıklı olarak yararlanıldığı göze çarpmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu çerçevede mukayeseli bir analiz zaruret teşkil etmektedir.

A- Almanya

Almanya'da istinaf mahkemeleri eyalet düzeyinde oluşturulmuştur. Kanun yolu başvurusu yapılabilmesi için kararı veren mahkemenin izin vermesi gerekmektedir.² Esas kararı veren mahkemenin, kanun yoluna başvuru için izin vermiş ise kanun yolu merci, bu karar ile bağlıdır. İzin verilmemesi durumunda ise izin verilmemesi kararına karşı üst mahkemeye itiraz yoluna gidilebilir.

İstinaf başvurusuna izin verilebilmesi için şu hâllerden en az birisinin bulunması gerekmektedir:

1) istinafa konu olan ilk derece mahkeme kararının doğruluğu konusunda ciddi derecede şüphelerin bulunması,

2) davanın özgün koşullarından kaynaklanan ve tartışılması gereken maddî ve hukukî sorunların yer alması,

3) davaya konu olan olay ve hukuki tartışmaların temel öneme sahip olması,

4) istinafa konu olan ilk derece mahkeme kararının eyalet ve federal düzeydeki yüksek mahkemelerin (İstinaf Federal Yüksek İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi) tek tek ya da ortaklaşa oluşturdukları yerleşik içtihadı aykırılık teşkil etmesi

5) İlk derece mahkeme kararında bariz usul eksikliklerinin olması.³

² Kararların yaklaşık %15'inde istinaf başvurusuna izin verilmektedir, ACA-Europe Seminar on Functions of and Access to Supreme Administrative Courts, s. 11, https://www.aca-europe.eu/seminars/2019_Berlin/Germany.pdf (Erişim tarihi: 15.5.2023).

³ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

Sayılan hâllerden 2. ve 3. durumda ilk derece mahkemesi, hüküm kurarken istinaf başvurusuna da izin verir. Fakat diğer hâllerde, izin verilebilmesi tarafların talebine bağlıdır.

İstinaf mahkemelerinin kararları Federal Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde temyiz edilebilir. Ancak bu temyiz talebi de izne tabi olup daha sınırlı bir çerçevede uygulanmaktadır. Temyiz başvurusu için izin verilmez ise yine bu karara karşı, Federal Yüksek İdare Mahkemesine itiraz edilmesi mümkündür. Bu doğrultuda ilgili iznin verilmesi, kabul edilebilirlik incelemesi şeklinde gerçekleştirilen bir ön inceleme sonucu gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede;

1) Hukuki mesele, temel bir öneme sahipse,

2) karar; Federal İdare Mahkemesinin, Yüksek Mahkemeler Ortak Senatosunun veya Federal Anayasa Mahkemesinin kararından farklıysa ve bu farklılığa dayanıyorsa,

3-Usuli bir eksiklik iddia edilmiş ve karar, bu eksikliğe dayanıyorsa temyiz başvurusuna izin verilmelidir.

Almanya'da kanun yoluna getirilen sınırlamaların temel amacı doğru kararlara ulaşılarak bireylerin adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi ile yargılamanın makul bir zaman dilimi ve masrafla gerçekleştirilmesine bağlı olan kamu yararının sağlanması arasında bir denge kurulmasıdır.⁴ Almanya özeli için yapılan bu açıklama hiç şüphesiz aşağıda örnekleri verilen diğer ülkeler açısından da geçerlidir. Benzer bir şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari yargıda mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını ve meşru gerekçelerle hakkın özü kriterine bağlı olarak sınırlandırılabilabileceği görüşündedir.⁵

B- Avusturya

Avusturya'da Danıştay düzeyinde temyiz izne tabidir. Avusturya Danıştay'ı önüne gelen temyiz başvurularını kabul edilebilirlik ön incelemesinden geçirmektedir. Bu aşamada Danıştay ancak şu hususlardan birisinin varlığı halinde temyiz başvurusunu kabul etmektedir: 1) Temyiz sonucu verilecek kararın Danıştay'ın yerleşik içtihadında önemli değişiklikler yapma olasılığının olması 2) Temyize konu olan alt derece

⁴ Bkz. WEITZEL, Jürgen (Çeviren: Fazlı Doğan): "Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları", Küresel Bakış Dergisi, Yıl: 1, C. 11, S. 3, 2011, s. 21-22.

⁵ Bkz. ZRVANDYAN, Arman, İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021, s. 63, <https://rm.coe.int/em-salkararlar/kitabioption-2/1680a1cdb6> (Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2023).

mahkemesi kararının Danıştay içtihatlarından farklılıklar göstermesi 3) Temyize konu olan dava ile ilgili Danıştay'ın bir içtihadının olmaması ya da mevcut içtihadın yeknesak bir hukuk pratiği oluşturmaya yeterli olmaması.⁶

C- Danimarka

Danimarka'da yargı birliği sistemi uygulanmakta olup adli yargı yerleri genel kural itibarıyla her türlü idari işlemi denetlemeye yetkilidir. Yerel mahkemelerin kararlarına karşı bölge mahkemelerine (istinaf) başvurulabilir. Bölge mahkemelerinin kararlarına karşı ise en yüksek yargı mercii olan Yüksek Mahkemeye temyize gidilebilir. Temyizin izne tabi olup olmadığı öncelikle dava konusunun ekonomik bir değere bağlı olup olmadığına göre belirlenir.⁷

D- Finlandiya

Finlandiya'da genel kural Danıştay'a yapılan temyiz başvurularının izne tabi olmaması şeklinde olsa da kimi özel kanunlar yoluyla ilgili meselelere ilişkin davalara dair temyiz izni düzenlenmektedir. Vergilendirme, sosyal haklar, yabancılar hukuku, ziraat teşvikleri gibi konular temyiz iznine tâbi olan konular arasında yer almaktadır.⁸

Görüldüğü üzere, Finlandiya'da temyiz izni özel kanunlarla getirilen bir istisna niteliğindedir. Öte yandan, bu durum uygulamada Finlandiya Danıştay'ının önüne gelen davaların yaklaşık yarısının temyiz iznine tâbi olması sonucunu doğurmuştur.

E- İsveç

İsveç'te idari yargı ve vergi yargısı ilk derece ve istinaf mahkemelelerinde arzuladığı yargı kararına erişemeyen kişiler bu kararlarını İsveç Yüksek İdare Mahkemesinde (İYİM) temyiz etme imkânına sahiptirler. Ancak İsveç temyiz hakkının izne tabi olduğu ülkeler arasında yer almaktadır. Bu çerçevede mahkemeler önlerine gelen davalarda öncelikle "görülebilirlik izni" (*leave to appeal*) verip vermeyeceklerine karar verirler.⁹

⁶ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁷ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁸ Bkz. <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

⁹ Bkz. ERKAN, Fikret: "İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, S. 12, 2013, s. 119.

İYİM, idare mahkemelerinde açılan davalarda son mercidir. Yüksek Mahkemenin temel görevi, içtihat tesis etme yoluyla hukukun uygulanmasına öncülük etmektir. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere İYİM'in bireylerin adalete erişiminde nihai temyiz mahkemesi olma rolü ikinci plânda yer almaktadır. Nitekim konuya ilişkin Yüksek Mahkemenin resmi internet sitesinde temyiz başvurusu yapanlara yönelik hazırlanan bilgi notunda, kişilere dava dosyalarının sınırlarını aşmaları tavsiye edilmekte ve başvurularının İYİM tarafından esastan incelenmesi hâlinde İsveç idare hukuku ile içtihadında ne gibi bir önemli değişikliğe yol açacağını açıklamaları istenmektedir.¹⁰

İYİM'e temyiz hakkı oldukça sınırlıdır. Bu izin ancak yeni bir içtihat verilme olasılığının olması ve bir alt derece yargı yeri olan istinaf mahkemesi (Bölge İdare Mahkemesi) kararının açıkça hukuka aykırılık teşkil etmesi hâlinde verilebilmektedir.¹¹ Her yıl Yüksek Mahkeme'ye yaklaşık 6.000 temyiz başvurusu yapılmaktadır. Temyiz izni yalnızca 100 civarı davada verilmektedir.

İsveç'teki söz konusu izin sistemi, 1970'li yıllarda İYİM'in dosya yükünü azaltarak onu sadece içtihat mahkemesine dönüştürmek amacıyla getirilmiştir.¹² 1990'lı yıllara gelindiğinde ise temyize ilişkin benzer amaca yönelik filtreleme sistemi Bölge İdare Mahkemelerine de getirilmiştir. Bu dönemde vergi davaları ve kimi özel davalar dışındaki diğer tüm idari davalar izin sistemine bağlı hale getirilmiştir. Bu çerçevede İsveç istinaf mahkemeleri önlerine gelen temyiz başvurularında üç kritere göre izin kararı vermektedir. Bunlar; 1) yeni bir içtihat geliştirme olanağının olması, 2) temyize konu olan ilk derece mahkemesi kararında değişiklik yapılması için haklı bir nedenin bulunması ve 3) davanın yeniden ele alınmasını haklı hale getirecek özel nedenlerin varlığı şeklinde listelenebilir.¹³

İstinaf düzeyinde izin yoluyla filtreleme kuralının istisnalarını vergi davaları ile Gençleri Koruma Kanunu ve Kötü Alışkanlıklardan Korunma Kanunu gibi özel yasalardan kaynaklanan konular oluşturmaktadır.¹⁴

¹⁰ Bkz. <https://bit.ly/3IU70CM> (Erişim tarihi, 2 Nisan 2023).

¹¹ Bkz. AKINCI, Müslüm, *İsveç İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 140.

¹² Bkz. ERKAN, s. 119.

¹³ Bkz. AKINCI, s. 140.

¹⁴ Bkz. AKINCI, s. 140.

Temyiz izninin reddedilmesine karşı bir üst mahkeme olan İYİM'e itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Bu durumda İYİM istinaf mahkemesinin temyiz talebinin reddine dair kararı bozarsa dosyayı ilgili istinaf mahkemesine havale eder. İstinaf mahkemesinin esastan vermiş olduğu karara karşı da İYİM'e temyize başvurulması halinde ise Yüksek Mahkeme, temyiz iznine dair kararını öncelikli olarak verir, temyiz izni verilmesi halinde ise dosyayı esastan inceler.¹⁵

F- Fransa

Fransız idari yargısında yer alan filtreleme sistemi 1987 yılından istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla başlanan idari yargı reformunun bir parçasını teşkil etmektedir. 1990'lı yıllarda çeşitli yasal düzenlemelerle gerçekleştirilen bu reformlarla Danıştay başta olmak üzere idari yargı yerlerinin üzerindeki iş yükünün azaltılması ve yargılama süreçlerinin hızlandırılması amaçlanmıştır. Bu çerçevedeki filtre mekanizmaları Danıştay'ın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine benzer bir şekilde kabul edilebilirlik ön incelemesi yapabilmesi ve avukat tutma zorunluluğudur. Bu bağlamda, her avukat değil sadece Danıştay önünde temsil yetkisine sahip belirli sayıdaki avukatlardan faydalanmak suretiyle temyiz başvurusu yapılabilir.¹⁶ Fransa'nın Danıştay'a ulaşımını bu denli zorlaştırması ilk bakışta yargıya ulaşım hakkını ihlal ettiği iddia edilebilerek uygulamaya konulduğu ilk yıllarda eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşı olarak belirtmek gerekir ki "Danıştay önündeki kanun yolu olağanüstü bir kanun yoludur ve temyiz hakkı genel değildir."¹⁷

Kabul edilebilirlik ön incelemesine ilişkin ayrıntıya girmek gerekirse, Fransa'da da temyiz taleplerinin izne tabi tutulması temyiz başvurularının önkoşullar açısından incelenmesi usulü çerçevesinde gerçekleşmektedir. 1988 ile 1997 yılları arasında Danıştay bünyesinde bir komisyon kurularak temyiz taleplerinin kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutulması dolayısıyla "filtrelenmesi" düşünülmüştür. 1997 yılı itibarıyla bu filtreleme görevi ilgili komisyondan alınarak Danıştay dava dairesinin içinde bulunan on alt daireye verilmiştir. Kabul edilmezlik kararı kimi durumlarda ilgili alt dairenin başkanı tarafından tek başına, kimi

¹⁵ Bkz. AKINCI, s. 141.

¹⁶ Bkz. AKBABA, Ahmet: "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", Ankara Barosu Dergisi, C. 72, S. 2, 2014, s. 453-454.

¹⁷ Bkz. SANCAKDAR, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2012, s. 2280.

durumlarda ise heyet tarafından verilmektedir. Daire başkanı tarafından verilen kararlara örnek olarak başvuranın başvurusundan açıkça feragat etmiş sayılması veya başvurunun konusuz kalmış olması, başvurunun avukat aracılığıyla yapılmamış olması ve tahkikat aşamasında giderilmesi mümkün olmayan açık bir kabul edilmezlik hali ile malul olması halinde de daire başkanı tek başına karar verebilmektedir. Kimi durumlarda ise kabul edilmezlik kararının daire başkanı tarafından tek başına değil çekişmeli bir yargısal usulle verilmesi gerekmektedir. Özellikle, başvurunun ciddi bir hukuki sebebe dayanmıyor olması gibi işin esasına girilmesi gereken durumlarda bu görüşte olan daire başkanı dosyayı değerlendirilmesi için kamu raportörüne gönderir. Bu raportörün görüşünün dinlendiği bir duruşmada daire heyeti kabul edilebilirliğe ilişkin kararını verir.¹⁸

G- İtalya

İdarî yargılamada iki dereceli bir sistem benimseyen İtalya'da da, özellikle yargılama sürelerinin azaltılmasını sağlamak amacıyla 2000 yılında yapılan bir reformla hassas sektörlerde (kamu sözleşmeleri, bağımsız yetkililer, kamulaştırma) hızlandırılmış bir prosedürü ve diğer süreçlerin daha basitleştirilmiş şekilde ele alınması olasılığı tanıtılmıştır. Meselâ geçici önlemlere karar verilirken, heyet, tüm tarafları dinledikten sonra, dairelerde basitleştirilmiş şekilde nihaî kararını yayımlayabilecektir. Teknolojik başvuru ve dijital dâva metodunun da sürelerin, sürecin kısaltılmasına katkı sunacağı ifade edilebilecektir. Son zamanlarda Parlâmento da idarî yargıçların sayısını artırmıştır.¹⁹ Daha da ötesinde, İtalyan İdarî Usûl Kanununun 26'ncı maddesine göre idarî yargı organı kaybeden tarafın kazanan tarafa ortaya çıkan masrafların iki katını aşmayacak şekilde bir para ödemesine karar verebilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında kaybeden tarafın dâvayı açarken veya sürdürürken yeterli özeni göstermemiş olduğunu (*recklessly*) düşünülürse, bu taraf için yine mahkeme ücretinin asgarî iki azamî beş katını aşmayacak şekilde bir cezaya hükmedilebileceğinin düzenlendiği fark edilmektedir.²⁰

¹⁸ Bkz. **KAPLAN**, Gürsel, Fransız İdarî Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 201-211.

¹⁹ İtalya'nın isteminin ayrıntısı için bkz. "Administrative Justice in Europe: Italy" özellikle paragraf: 54 via https://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2023).

²⁰ Bkz. "Administrative Justice in Europe: Italy", paragraf: 32.

H- Çek Cumhuriyeti

Ayrı bir idarî yargı sisteminin nispeten çok yeni benimsenerek işleme başladığı Çek Cumhuriyeti'nde, bu sistemin iki dereceli bir yapı olarak tasarlandığı gözlenmektedir. Bu minvalde, ilk derece idare mahkemesi olarak bölge mahkemelerinin özel idare dairelerinin kurgulandığı, temyiz şikâyetlerinin (*cassational complaints*) iletildiği ve ele alındığı Çek Yüksek İdare Mahkemesinin (*Supreme Administrative Court of the Czech Republic*) ise ikinci dereceyi oluşturduğu aktarılmaktadır. Bilhassa ülkede kalma süresinin mümkün olduğunca uzatılması amacını ihtiva eden iltica başvurularının çok yoğunlaştığı ikinci derecede yığılmanın önlenmesi açısından yapılan düzenlemede gerçekleştirilecek başvurunun önemi temel olarak başvurucunun kişisel çıkarlarının ötesine geçmiyorsa derhal reddedilebileceği, ret kararının oybirliği ile alınması gerektiği ancak herhangi bir neden gösterilmesinin gerekmediği hususlarına yer verilmiştir.²¹

I- Yunanistan

Yunanistan temyiz/temyizinin çok fazla zorlaştırıldığı ülkeler arasında yer almaktadır. Bir idari davanın konusunu teşkil eden meblağ 40.000 avroyu geçmedikçe temyiz başvuruları kabul reddedilmektedir. İdari sözleşmelerle ilgili bir uyuşmazlık durumunda, ilgili miktar 200.000 avrodur.

Yunan Danıştay'ının temyiz izni verme yetkisinin yasal kaynağını 18/1989 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi teşkil etmektedir. Bu düzenlemeye göre, temyiz başvuruları ilk aşamada konuyla ilgili dava dairesinde görev yapan üç yargıçtan oluşan bir komisyon tarafından incelenir. Bu incelemede temyiz açıkça kabul edilemez ve temelden yoksun olması gerekçe gösterilmek suretiyle komisyon tarafından duruşma yapılmaksızın reddedilmektedir. İlgili yasal düzenlemede, bu ret kararının gerekçeyle verilmesi zorunluluğuna ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte komisyonlar uygulamada, genel hükümler uyarınca gerekçesini de eklemektedir. İlgili ret kararı, temyiz başvurusunda bulunan tarafa tebliğ edilir. Bu tebliği takiben ilgili tarafın 60 gün içinde kararın duruşmalı

²¹ Çek Cumhuriyeti'nin idarî yargı alanındaki ilgili düzenlemelerine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **BOBEK**, Michal: "Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57/1, 2009, s. 51-53. Ayrıca bkz. https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-cz-en.do?member=1 (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2023).

olarak gözden geçirilmesi için itiraz hakkı mevcuttur. Tarafın bu şekilde duruşma talep etmesi halinde, normalde ödenenden daha fazla bir harç yatırması gerekmektedir.

Temyize ilişkin sınırlamalar 2010 yılında 3900/2010 sayılı kanunun 12'nci maddesiyle daha da sıkılaştırılmıştır. Buna göre temyiz başvurusunun kabul edilebilmesi için temyize konu olan hükmün 1) Danıştay içtihadına açıkça aykırılık teşkil etmesi, 2) İlgili konuda Danıştay içtihadının olmaması 3) Hükme dair olgu ve hukuki değerlendirmelerin mevcut Danıştay içtihadının gözden geçirilmesini gerektirecek ciddi sorunları bünyesinde taşıdığından inandırıcı bir şekilde iddia edilmesi gerekmektedir.

Danıştay içtihatlarında buraya yukarıdaki hükümleri katı bir şekilde yorumlayarak, temyize başvurmayı uygulamada oldukça zor hale getirmiştir. Bu çerçevede Danıştay önüne gelen temyiz başvurularında ileri sürülen ve somut davaya ilişkin her bir hukuki argümana ayrı ayrı eşlik edecek bir biçimde-ıçtihat yokluğu/ıçtihadı aykırılık/ıçtihadın gözden geçirilmesi gerekliliği hususlarının açıkça belirtilerek gösterilmesini ve devamında da bu hususların somut uyuşmazlığın çözümünde belirleyici olduğunun ayrıca gösterilmesini talep etmektedir.

AİHM 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında 3900/2010 sayılı yasanın 12'nci maddesiyle getirilen sınırlandırmaların AİHS 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olmadığı kararına varmıştır. Mahkemeye göre, 12'nci madde kapsamındaki sınırlamalar, temyiz prosedürünün gereksiz bir şekilde kullanılmasını ve Danıştay önünde biriken dava sayılarını sınırlamak ve adaletin yerine getirilmesinde gecikmeleri önlemek gibi meşru bir amaç gütmüştür. Böylece, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilişki korunmuştur.²²

II- ULUSLARARASI DÜZLEMDE İDARE MAHKEMELERİNE İLİŞKİN ÖRNEKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Genel Olarak

İkinci kısımda, giriş bölümünde belirtildiği üzere, uluslararası hukukta faaliyet gösteren idare mahkemelerine ve onların bu konudaki uygulamalarına ilişkin hususlara hasredilmiştir. Bu itibarla, önce uluslararası idare mahkemelerine dâir genel birtakım açıklamalar yapılacaktır;

²² AİHM, Papaioannou/Greece, Başvuru No: 18880/15.

müteakiben ise uluslararası alanda belirli idare mahkemeleri mercek altına alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle “Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi” (*International Labour Organization Administrative Tribunal/ILOAT*), müteakiben Birleşmiş Milletler bünyesindeki idarî yargı ele alınacaktır. Tıpkı Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesinde olduğu gibi bir sistemle çalışmaya başlayan Birleşmiş Milletler bünyesindeki idarî yargı, başta verimli olmaması gibi çeşitli nedenlerle 2000’li yıllarda revize edilmiştir.

B- Uluslararası İdare Mahkemeleri

19’uncu yüzyılın sonu ve 20’nci yüzyılın başı itibarıyla varlıkları inkâr edilemeyecek hâle gelen uluslararası örgütlerin²³, kısa sürede, uluslararası hukukun da süjeleri hâline geldikleri gözlenmektedir.²⁴ Bu nedenle, uluslararası örgütlerin ve bunlara dâir bilhassa içsel yönetimlerin kurgulanması ve incelenmesi “uluslararası idare hukuku” (*international administrative law*) alt dalının doğmasına neden olmuştur.²⁵ Kaçınılmaz

²³ Uluslararası örgütlerin tarihî açıdan gelişimine yönelik meselâ bkz. **MANGONE**, Gerard J., *A Short History of International Organization*, New York, 1954, özellikle s. 67 vd.; **REINALDA**, Bob, *Routledge History of International Organizations from 1815 to the Present Day*, Oxon, 2009, özellikle s. 28 vd.

²⁴ Uluslararası alanda bilhassa II. Dünya Savaşı sonrasında kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü ile bu durum pekişmiştir. Bu konuda meselâ 1948 tarihli Uluslararası Adalet Divânı tarafından verilmiş olan Birleşmiş Milletler Görevi Esnasında Uğranılan Zararlara Dâir Danışma Görüşünde Divânın gerçekleştirmiş olduğu tespitler göz önüne alınabilecektir. Bu itibarla bkz. “Birleşmiş Milletler Görevi Esnasında Uğranılan Zararların Tazminine Dair Danışma Görüşü”, Karar Metni, s. 179 veya s. 185, www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf (Erişim Tarihi, 25 Kasım 2018). Ayrıca uluslararası örgütlerin hukukî kişiliğine dâir meselâ bkz. **ME-NON**, P.R.: “The Legal Personality of International Organizations”, *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 4/1, 1992, s. 81-94, özellikle s. 85-92; **PAZARCI**, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Kitap II, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999, s. 1-4; **ÇAMYAMAÇ**, Anıl/ **ÇINARLI**, Serkan/ **BOULANGER**, Özge Didem: “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde EFTA’nın Kurumsal Yapısı”, Yıldız, Uğur Burç (Editör), *Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Tarihçe, Kurumlar, Ticaret Anlaşmaları ve Avrupa Birliği ile İlişkiler*, Ankara, 2019, s. 34-37 ve ayrıca dipnotlar: 5-7.

²⁵ Uluslararası idare hukukuna dâir daha ayrıntılı açıklama ve bilgi için meselâ bkz. **VOGEL**, Klaus: “Administrative Law, International Aspects”, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 2-7; **ÇAMYAMAÇ**, Anıl/ **ÇINARLI**, Serkan/ **BOULANGER**, Özge Didem: “Uluslararası İdare Hukuku Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Fides Law Review*, C. 1, S. 1, 2018, s. 8-18; **HANDRLICA**, Jakob: “Revisiting International Administrative Law as

olarak, bu örgütlenmelerin bünyesinde çalışan ve ağırlıklı olarak “uluslararası memur” (*international civil servant*)²⁶ statüsünü haiz personel ile çalıştıkları uluslararası örgütle arasında yaşanan sorunların çözümününün gereği, uluslararası alanda idare mahkemelerinin doğmasına ve gelişmesine neden olmuştur.²⁷ Böylelikle tarihçeleri bu uluslararası örgütler kadar eski olan bu mahkemelerdeki filtreleme sisteminin de değerlendirilmesi, kuşkusuz, okuyucuya fayda sağlayacaktır.

Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesinin kurulmasının nedenini ortaya koyan resmî değerlendirme, genelde, idare mahkemelerinin neden kurulmuş olduklarının zaruretini belki de en net şekilde ortaya koyan tespitlerden biri olarak mütalâa edilebilecektir. Bu minvalde, “*Birleşmiş Milletlere kendi rızası olmadan hiçbir ulusal mahkemede dâva açılmayacağı gibi Örgüt kendi memuru tarafından Uluslararası Adalet Divanı önünde de dâva edilemez*” şeklinde başlayan açıklama, özetle müteakiben bu tür bir sistemin yaratılmasıyla sadece Birleşmiş Milletlerin etkin idarî çıkarı sağlanmadığı aynı zamanda adalet sebebiyle hareket edilmiş olduğunu vurgulamaktadır.²⁸

a Legal Discipline”, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 39/3, 2018, s. 1237-1252.

²⁶ Uluslararası memurların statüsüne dâir ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. **YOUNG**, Tien-Cheng, *International Civil Service: Principles and Problems*, Brussels, 1958, özellikle s. 19-225; **MERON**, Theodor: “Status and Independence of the International Civil Servant”, *Recueil des cours*, vol. 167, 1980-II, 1980, özellikle s. 298-353; **BEIGBEDER**, Yves, *Threats to the International Civil Service*, London, 1988, s. 91-129; **GRABOWSKA**, Genowefa: “Independence of the International Civil Servants”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 17, 1988, s. 61-73.

²⁷ Uluslararası idare mahkemelerine dâir genel bilgi için bkz. **AKEHURST**, Michael B., *The Law of Governing Employment in International Organizations*, Cambridge, 1967, s. 11-26; **VANDERSANDEN**, Georges: “Administrative Tribunals, Boards and Commissions”, *Encyclopedia of Public International Law: Settlement of Disputes*, vol. I, Edited by Bernhardt, Amsterdam, 1981, s. 1-4; **PRIEB**, Hans-Joachim: “Administrative Tribunals, International”, in *United Nations: Law, Policies and Practice*, vol. I, edited by Wolfrum, München, 1995, s. 13-19; **PAZARCI**, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Kitap IV, Ankara, 2000, s. 101-104.

²⁸ Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesinin kurulmasına ilişkin hazırlıkları çerçevesinde oluşturulan İstişare Komitesinin konuya ilişkin raporundan aynen nakil için bkz. **KOH**, Byung Chui: *The United Nations Administrative Tribunal*, Baton Rouge, 1966, s. 37. Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesinin kuruluşuna ilişkin karar ve Mahkemenin orijinal Statüsü için bkz. “Establishment of a United Nations Administrative Tribunal”, UN General Assembly Resolution, no: 351(IV), 274th Plenary Meeting,

Tarihsel açıdan bakıldığında bu yönlü idare mahkemelerinin 20'nci yüzyılın hemen başlarında kurulduğu fark edilmektedir. Nitekim bu konudaki öncüler İtalya merkezli kurulmuş olan Uluslararası Tarım Enstitüsü (*International Institute of Agriculture*)²⁹ bünyesinde yer verilen Uluslararası Tarım Enstitüsü İdare Mahkemesi ile Milletler Cemiyeti ve Uluslararası Çalışma Örgütüne ortak hizmet eden ve Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulmuş olan İdare Mahkemesi (*League of Nations Administrative Court*) olmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi ise 1947 yılında kurulmuş ve kendinden evvelki Milletler Cemiyeti ile birlikte Uluslararası Çalışma Örgütünün de ortak olarak kullandıkları Milletler Cemiyeti bünyesindeki İdare Mahkemesinin yerine geçmiştir. Bunu 1950 yılında kurulan Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi izlemiştir. Tam da bu noktada doktrinde II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası örgütlerin bu açıdan önlerinde üç seçenek olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, ya Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesini ya Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesini seçecekler veya kendileri bu yönlü bir mahkeme kuracaklardır.³⁰ Her ne kadar birçok uluslararası örgüt kendileriyle çalışanları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi veya Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesini tercih etmiş olsa da, kendi bünyesinde idare mahkemesi kurma yoluna giden uluslararası örgütlere de rastlanmıştır: “Dünya Bankası”, “Uluslararası Para Fonu”, “Afrika Kalkınma Bankası”, “Amerikan Devletleri Örgütü”.³¹

Bu konuda belirtilmesi gereken diğer önemli bir husus, mevcut tüm uluslararası örgütlerin kendi bünyelerinde idare mahkemesi niteliğinde kurumlara yer vermediğidir. Bu şekilde bünyesinde idare mahkemesi ve hatta yarı yargısal nitelik taşıyan “başvuru komisyonları” (*appeal boards*)

December 9 1949, s. 49-51, [https://undocs.org/en/A/RES/351\(IV\)](https://undocs.org/en/A/RES/351(IV)) (Erişim Tarihi, 08 Mayıs 2021).

²⁹ 7 Haziran 1905 tarihinde bağtlanan Uluslararası Tarım Enstitüsü Yaratılmasına İlişkin Sözleşme ile kurulan bu Örgütün adı geçen kurucu sözleşmesi için bkz. **KNIPPING**, Franz/ von **MANGOLDT**, Hans/ **RITTBERGER** Volker (Edts.), *The United Nations System and Its Predecessors*, vol. II (Predecessors of the United Nations), Oxford, 1997, s. 135-138.

³⁰ Bkz. **VILLALPANDO**, Santiago: “International Administrative Tribunals”, Cogan/ Hurd/ Johnstone (Edts.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, s. 1089.

³¹ Bkz. **VILLALPANDO**, s. 1090.

barındırmayan uluslararası örgütler³², bünyesinde idare mahkemesi niteliğinde kurumları barındıran diğer uluslararası örgütlerin bu kurumlardan yararlanmaktadır. Bu konuda meselâ ilk olarak Dünya Sağlık Örgütü'nün harekete geçtiği, kurulduktan kısa bir süre sonra, 1949 yılında kendi iç düzeni çerçevesinde vuku bulacak uyuşmazlıkların çözümü için Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesine başvuruda bulunmuş ve Mahkemenin yetkisini kendisi açısından da tanımak istediğini belirtmiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün başvurusu sonrasında gerekli değişiklikler gerçekleştirilerek bu imkânlı hâle getirilmiştir.³³ Bu değişiklik hükûmetler arası uluslararası örgütler için gerçekleştirilmişken, 1998 yılında hükûmetler dışı uluslararası örgütleri de kapsayacak şekilde yeni bir değişiklik daha yapılmıştır.³⁴

C- Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi

Köken itibarıyla uluslararası alandaki en eski idare mahkemelerinden biri konumundaki Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi³⁵, yukarıda da altı çizildiği üzere, kurulmasıyla birlikte çok kısa süre içerisinde alanında sadece bünyesinde kurulmuş olduğu Uluslararası Çalışma

³² Yarı yargısal niteliği haiz olduğu mütalâa edilebilecek bu tür komisyonlar genelde bir başkan ve farklı uyruklığı haiz iki ayrı üyeden oluşmaktadır. Ancak vurgulamak gerekir ki, bu tür komisyonların gerek yapıları gerek yetkileri bünyesinde kuruldukları örgütlerden örgütlere değişmektedir. Bu tür komisyonların kurulduğu örgütler arasında "Avrupa Konseyi" (Council of Europe), "NATO", "İktisadî İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtı" (OECD), "Avrupa Uzay Ajansı" (European Space Agency) ile tasfiye olmadan evvel "Batı Avrupa Birliği" (Western European Union) gelmektedir. Bu konuya ilişkin bkz. **VANDERSANDEN**, s. 1; **PAZARCI**, Kitap IV, s. 104.

³³ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **PETROVIĆ**, Dražen: "Longest-Existing International Administrative Tribunal: History, Main Characteristics and Current Challenges", Petrović, Geneva, Une contribution de 90 ans du Tribunal administratif de L'Organisation internationale du travail à la création d'un droit de la fonction publique internationale/90 Years of Contribution of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization to the Creation of International Civil Service Law, 2017, s. 25-26.

³⁴ Bkz. **PETROVIĆ**, s. 26.

³⁵ Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesine dâir daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **AKIN**, İlhan: "Milletlerarası İş Teşkilâtı İdare Mahkemesi", Milletlerarası Mahkemeler, İstanbul, 1956, s. 153-163; **KNAPP**, Blaise: "International Labour Organisation Administrative Tribunal", Bernhardt (Edt.), Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation, vol. 5, Amsterdam, 1983, s. 94-97; **PAZARCI**, Kitap IV, s. 102-103; **PETROVIĆ**, s. 19-29.

Örgütüne değil aynı zamanda birçok farklı örgütün de bu konudaki ihtiyaçlarına hizmet etmektedir. Bu itibarla, günümüzde Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesini konuya ilişkin yetkilendirerek yararlanan örgüt sayısı 58 olarak telaffuz edilmektedir.³⁶

Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi yargıçları Örgütün Konferansı tarafından bir dönem daha atanabilme hakkıyla birlikte beş yıllığına seçilmektedir.³⁷ Her biri farklı uyruktan toplamda yedi yargıçtan oluşan Mahkemenin toplantılarını ya üç yargıçla, istisnaî durumlarda Mahkeme başkanının belirleyeceği beş yargıçla ya da tüm yargıçlarla birlikte yapabilmektedir.³⁸ Mahkemenin temel görevi Uluslararası Çalışma Örgütünün çalışanları ile olan uyuşmazlıklarını çözmektedir.³⁹ İlâve edilmesi gerekir ki, yukarıda da yer verildiği üzere, diğer örgütler de Mahkemeyi bu konuda, yâni kendileri ve görevlileri arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirebilmektedir. Bir örgüt görevlisinin bu Mahkemeye başvurabilmesi için öncelikle ilgili örgütün yönetim organında hakkını araması gerekir. Ancak bu yolla hakkını elde edemeyen görevli söz konusu bu Mahkemeye başvurabilecektir.⁴⁰

³⁶ Bu konuda bkz. "ILO Administrative Tribunal", <https://www.ilo.org/tribunal/lang--en/index.htm> (Erişim Tarihi: 25/04/23). Yukarıda da belirtildiği üzere, günümüzde hükûmetler arası uluslararası örgütlerin yanı sıra hükûmetler dışı uluslararası örgütler de Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesinden yararlanmaktadır. Bununla birlikte, bugüne kadar 10 örgüt ise bu konuda Mahkemeden yararlanmayı sonlandırmıştır. Tüm örgütlerin listeleri için bkz. "Organizations Recognizing the Jurisdiction", <https://www.ilo.org/tribunal/membership/lang--en/index.htm> (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2023).

³⁷ Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü m. 3/2. Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesinin gerek Statüsü gerek Prosedür Kurallarına ilişkin bkz. "Statute and Rules of the Administrative Tribunal/Statut et Règlement du Tribunal administratif", Edition 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---trib/documents/genericdocument/wcms_715861.pdf (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2023).

³⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü m. 3/1 ve m. 3/5.

³⁹ Mahkemenin görevine ilişkin ayrıntı için bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü m. 2.

⁴⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü m. 7/2. İç başvuru yollarının tüketilmesinin önemine ve yorumuna ilişkin dâvalar da söz konusudur. Nitekim Mahkeme 1986 yılında ele aldığı dâvada Mahkemenin konuya ilişkin kendi inisiyatifıyla (proprio motu) ilgili maddeyi uygulayacağını altını çizmiştir. Bu kapsamda, Mahkeme, iç temyizde zaman sınırı konulmuş olmasına rağmen, iç temyiz makamının hata yaparak karar vermesi durumunda, bu hatalı karara ilişkin şikâyeti dikkate almayacağını vurgulamıştır. Hattâ ilgili örgütün iç başvurusunun zamanı geçtiğini

Mahkeme, yapmış olduğu yargılamada, ilke olarak, ilgili Örgütün Statüsü ve İç Tüzüğünü, yâni iç kurallarını kullanır.⁴¹ Görevliyi haklı bulursa ilgili işlemin iptali ve lüzumlu görürse tazminata hükmedebilmektedir. Kararları kesindir. Ancak, kararın yorumu veya yeni keşfedilen, ortaya çıkan bir olguya dayalı kararın gözden geçirilmesi talep edilebilecektir.⁴²

2016 yılında yapılan bir değişikliğe kadar Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü ile ekinin 12'nci maddeleri uyarınca uluslararası örgüt yetkilileri ise, ilgili Mahkemenin kararını, yetkisini aşması veya temel usûl kurallarına aykırılık nedenleriyle Uluslararası Adalet Divânına taşımak suretiyle Divânın konu hakkındaki danışma görüşünü talep edebiliyordu. Bu minvalde, Uluslararası Adalet Divânı öze girmeksizin, sadece yetki ve usûl konularına ilişkin bir denetim yaparak tarafları bağlayıcı nitelikte danışma görüşü verebiliyordu. Ancak belirtildiği üzere, bu düzenlemeler 2016 yılında yapılan değişikliklerle kaldırılmıştır.⁴³

D- İdarî Yargı Çerçevesinde Birleşmiş Milletler Sistemi

Birleşmiş Milletler bünyesinde idarî yargı sistemini, yukarıda da belirtildiği üzere, ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Bunun nedeni, 1950 yılında klâsik olarak yaratılan İdare Mahkemesinin⁴⁴ yerine aşağıda

kanıtlamış olması durumunda şikâyetin kabul edilmeyeceğinin altını çizmiştir. Bkz. "In re Angius", ILOAT Judgment no: 775, 1986, https://www.ilo.org/dyn/triblex/triblexmain.fullText?p_lang=en&p_judgment_no=775&p_language_code=EN (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2023).

⁴¹ Petrović, nitekim her bir uluslararası örgütün kendi iç hukuku çerçevesinde farklı iç sistemleri oluşturduğuna, bunun da Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi için ciddi bir zorluk teşkil ettiğine dikkat çekmektedir. Bkz. **PETROVIĆ**, s. 26.

⁴² Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü m. 6/1.

⁴³ Konu hakkında bkz. "Amendments to the Statute of ILO Administrative Tribunal Adopted", June 14 2016, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/organigramme/jur/legal-instruments/WCMS_498369/lang--en/index.htm (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2023).

⁴⁴ 1950 ilâ 2009 yılları arasında faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesine dâir ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **KURAN**, Süha Alper: "Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi", Milletlerarası Mahkemeler, İstanbul, 1956, s. 117-148; **KOH**, özellikle s. 50-123; **BASTID**, Suzanne: "United Nations Administrative Tribunal", Bernhardt (Edt.), Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation, vol. 5, Amsterdam, 1983, s. 281-287; **PAZARCI**, Kitap IV, s. 103-104. Ayrıca, bkz. **BASTID**,

da kısaca ortaya konulacağı üzere oldukça yenilikçi bir yaklaşımla getirilen yeni sistem teşkil etmektedir.

1- Eski Sistem: Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi

1950 yılında kurulan Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi yeni sistemin devreye girdiği 2009 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. Böylelikle bakıldığında, 1 Ocak 1950 tarihi itibarıyla anılan Mahkeme çalışmaya başlamıştır. Üç yıllığına seçilen yedi yargıçtan oluşan Mahkeme, görev yaptığı süre boyunca genel olarak oturumlarını üç yargıçla yapmıştır. Birleşmiş Milletler Mahkemenin Statüsünün 2'nci maddesinde de belirtildiği üzere Mahkeme, Birleşmiş Milletler personeli arasındaki çalışma sözleşmeleri ve koşulları, emeklilik ve görevlerinin sona ermesi ile ilgili uyuşmazlıklara bakmakla görevli kılınmıştır. Mahkemenin başka uluslararası örgütlerin personelinin arasındaki uyuşmazlıklara bakmakla da yetkilendirilebileceği açıkça Statüsünde düzenlenmiş idi⁴⁵. Nitekim Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilâtı, Uluslararası Denizcilik Örgütü bu yetkiden yararlanmaktaydı.

Yazılı çalışan Mahkemenin, sözlü duruşmalar konusunda ayrıca karar verebileceği de düzenlenmiştir⁴⁶. Örgüt iç hukukunu uygulayarak çözüme ulaşması öngörülmüş olan Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıklarla ilgili hukuka aykırı örgüt işlemlerini iptal edebildiği gibi zarargiderime de hükmedebildiği görülmüştür⁴⁷. İlke olarak kararları kesin olan Mahkemenin, verdiği kararlara karşı, bu kararların yorumu için veya karara ilişkin yeni bir olayın, olgunun ortaya çıkması üzerine kararın gözden geçirilmesi için Mahkemeye tekrar başvuru yapılabileceği de düzenlenen ayrı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸.

Tüm bu anlatılan hususlara ilâve edilmelidir ki, eski sistemde, en azından bir dönem, bir yanda Genel Sekreter, bir yanda ilgili dâvanın tarafı konumundaki personelin talebi üzerine özel bir komisyonun değerlendirmesi koşuluyla Mahkeme kararlarının Uluslararası Adalet Divânı önüne danışma görüşü alma saikiyle götürülmesi mümkün kılınmıştır. Ancak altını çizmek gerekir ki, bu son yola ancak Mahkemenin yetkisini

Suzanne: "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", Recueil des cours, vol. 92, 1957-II, 1957, s. 343-518.

⁴⁵ Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Statüsü m. 14.

⁴⁶ Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Statüsü m. 9.

⁴⁷ Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Statüsü m. 10.

⁴⁸ Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Statüsü m. 11/2 – m. 12.

aşması veya temel usûl kurallarına aykırı hareket etmesi durumlarında başvurulması düzenlenmiştir.⁴⁹ Ne var ki, Uluslararası Adalet Divânına götürülmesine ilişkin düzenlemenin 1995 yılında kaldırıldığı ifade edilmektedir.⁵⁰

Takip edilebileceği üzere, gerek Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi, gerek 2009 yılına kadar faâliyet gösteren Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi yargılama kurallarında paralel düzenlemeler getirmiş olduğu mütalâa edilebilecek ve böylelikle sistemleri birbirine oldukça yakın idare mahkemeleri olarak mütalâa edilebileceklerdir.

2- Yeni Sistem: İki Dereceli Sistem

Kurulduğu 1950 yılından beri işlevlerini yerine getiren Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesinin ciddî eleştirilerle karşılaştığı; bu eleştirilerin özellikle bir yanda profesyonel ve bağımsız olmama durumuna diğer yanda yavaş, yeterli mâli kaynaklara sahip olmama, yetersiz ve etkisiz olma gibi hususlarda odaklandığı, yoğunlaştığı fark edilmektedir.⁵¹ Bu durumun bir sonucu olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu yılında harekete geçmiş ve bunun sonuçları 31 Aralık 2009 tarihinde meyvesini vermiştir. Bu tarihte Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi dönemi sonlanmış; onun yerine iki dereceli bir sistem benimsenmiştir: “Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi” (*United Nations Dispute Tribunal*) ve “Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi” (*United Nations Appeals Tribunal*). İlk derece mahkemesi konumundaki Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi örgüt ile uluslararası memur arasındaki temel sorunları çözmekle mükellef kılınmıştır.

Yeni oluşturulan bu iki dereceli sistemde ilk derece mahkemesi konumunda görev yapacak Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin Cenevre, New York ve Nairobi’de olmak üzere üç kalemi yer almaktadır. Her bir kalemde bir tane tam zamanlı yargıç bulunmaktayken, ikişer

⁴⁹ Bu konuda meselâ bkz. PAZARCI, Kitap IV, s. 103-104.

⁵⁰ Bkz. “Amendments to the Statute of ILO Administrative Tribunal Adopted”, *supra* dipnot: 43.

⁵¹ Tüm bu hususlar Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından konuya ilişkin çalışma yapması için kurulan Panel tarafından da vurgulanmıştır. Panelin bu vurgularının aktarımı için bkz. STRUYVENBERG, Maritza: “The New United Nations System of Administration of Justice”, Elias, Leiden (Edt.), *The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal*, 2012, s. 243.

tanede yarı zamanlı yargıç görev yapmaktadır.⁵² Buna karşılık, New York'ta tek bir kalemi bulunan ve bir üst mahkeme konumundaki Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi ise, kaleminin konuşlandığı New York başta olmak üzere dâva yükünün de yoğunluğu çerçevesinde Cenevre ve Nairobi'de de iki haftalık oturumlar düzenlemektedir.

Bakıldığında yeni sistem çerçevesinde oluşturulan her iki mahkemenin kalemleri de, başında bir yönetim müdürü bulunan "İdari Adalet Bürosu" (*Office of Administration of Justice*) dâhilinde konumlanmaktadır. Bu bağlamda da, sözü geçen bu Büro, bünyesinde konumlanan Kalemler yoluyla anılan Mahkemelere içeriksel, teknik ve idarî her türlü desteği sağlamaktadır. Aynı zamanda, Büro, "Personellere Hukukî Yardım Bürosuna" (*Office of Staff Legal Assistance*) da nezaret etmekte ve ayrıca sistem ile Birleşmiş Milletler (Genel Kurul(u)) arasındaki bağı sağlayan İç Adalet Konseyine (*Internal Justice Council*), uygun durumlarda, yardım sağlamaktadır. Uzman bir organ konumundaki İç Adalet Konseyinin görevleri arasında ilgili sistemin işleyişine dair Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna rapor sunmak, hukukî nitelikli boş kadrolara Genel Kurul tarafından atama yapılabilmesi için adayları teftiş edip Genel Kurula önermek gibi kilit görevler bulunmaktadır. Bunlar dışında, resmî sisteme çok yeni bir ekleme de "Yönetim Değerlendirme Birimi" (*Management Evaluation Unit*) olmaktadır. Bu birim, disiplin konuları haricinde, ilgili mahkemelere yapılan başvuruların ön incelemesini ve değerlendirmesini gerçekleştirerek bir elemeye maruz bırakmakta ve böylelikle de dâva yükünün en aza indirilmesi hedeflenmektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse, zorunluluk teşkil eden bu değerlendirme ile amaçlanan yargı mercilerini teşkil eden Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi ile Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesine gelecek muhtemel dâva yükünü hafifletmek olacaktır. Bu ön inceleme ile amaçlanan idarî makam tarafından verilmiş olan ve uyuşmazlık konusunu teşkil eden kararın, eğer hatalıysa düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Ancak ön incelemede verilen karara ilişkin personelde memnuniyetsizlik hâlâ devam ediyorsa, ön inceleme kararının kendisine

⁵² Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi Statüsü m. 4/1. Hemen ilâve edilmelidir ki, 2019 yılı öncesinde her bir Kaleimde birer tam zamanlı yargıç bulunmaktayken, iki yarı zamanlı yargıç ise üç kalem arası gezmekte ve bunlara her bir kaleme birer tane dağılacak şekilde *ad litem* yargıçlar da eklenmekteydi. Bkz. STRUYVENBERG, s. 247.

tebliğinden itibaren 90 gün içinde Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesine başvurabilmektedir.⁵³

Yeni sistemle, değerlendirildiğinde, uluslararası idarî yargı açısından önemli yenilikleri barındırmaktadır.⁵⁴ Bu itibarla, klâsik uluslararası idare mahkemelerinde yargıçların kısa süreliğine atanması, tekrar atanma olasılıklarının bulunması, kararlara karşı temyiz olanağının bulunmaması ve böylelikle genelde bu tür idare mahkemelerinin kararlarının nihaî ve bağlayıcı olması gibi hususlar, yenilikler açısından diğer hususların yanında ön plâna çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler bağlamında getirilen bu yeni sistemde, izlenebileceği üzere, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi yargıçları yedi yıllığına ve bir daha yenileme olmaksızın göreve seçilmektedir. Yine, bakıldığında, iki dereceli bir yargı sistemi getirilmiş olması ve bu açıdan Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarının temyiz konusu edilmesi bu tür yargı sistemlerinde alışılğı geldi özelliğlerden değildir. Bu temyiz sistemine, belirtilmelidir ki, Uyuşmazlık Mahkemesindeki iki taraf da başvurabilecektir.⁵⁵

Yeni getirilen bu sistemde yargılamanın uzamaması için, bilhassa temyiz başvuruların zaman kısıtlamasına tâbi olduğu görülmektedir. Buna göre, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin nihaî kararının tebliğ tarihinden itibaren hesap edilecek 60 günlük süre içerisinde üst yargı yeri konumundaki Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesine başvurulması gerekmektedir. Eğer, bir ara karar söz konusu ise bu süre ilgili kararın tebliğ tarihinden itibaren 30 gün olarak tespit edilmiştir. Süreler takvim günü olarak belirlenmiştir.⁵⁶ Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında ise, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin davalının yazılı talebi üzerine ve sadece istisnaî durumlarda bu süreleri belirli zaman aralığıyla sınırlı olmak üzere askıya alabileceği veya kaldırabileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak Mahkeme, verdiği bir kararında, bu maddenin

⁵³ Konuya ilişkin olarak bkz. "The Management Evaluation", <https://www.un.org/en/internaljustice/undt/the-management-evaluation.shtml#meu> (Erişim Tarihi: 03 Mayıs 2023).

⁵⁴ Uluslararası idare mahkemeleri çerçevesinde Birleşmiş Milletler dâhilinde getirilen yeniliklere dâir ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için bkz. ELIAS, Olufemi, "New Trends in the Administration of Justice of International Organizations: Remarks by Olufemi Elias", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 106, 2012, s. 357.

⁵⁵ Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi Statüsü m. 2/2.

⁵⁶ Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi Statüsü m. 7/1(c).

işletilmesinde hukuku bilmemenin, İngilizceye hâkim olmamanın, yasal temsilciden yoksunluğun veya hatalı hukukî tavsiye almış olmanın zaman sürelerine etkisi olmayacağını da açıkça kabul etmiştir.⁵⁷ Mahkemenin önüne gelen dâvalarda ağırlıklı olarak göreve seçilme, görevden ayrılma ve disiplinle ilgili uyuşmazlıkların olduğu da vurgulanması gereken diğer önemli bir husustur.⁵⁸

Yeni sistem dâhilinde oluşturulan iki mahkemenin yükünü daha da azaltmak adına aynı zamanda sistem kapsamında ombudsman müessesesine de yer verilmiştir. Bu çerçevede, sistem içerisinde “Ombudsman ve Arabuluculuk Hizmetleri (*Ombudsman and Mediation Services*)⁵⁹ kurulmuştur.⁶⁰ Böylelikle, yargılamanın her aşamasında arabuluculuğa başvurulabilmektedir. Dâva aşamasında eğer bu yönlü bir başvuru yapılırsa, dâva askıya alınmakta, başvuru süreleri ertelenmektedir.⁶¹

SONUÇ

Ülkemiz temyiz sisteminde, parasal sınır ve konu sınırı getirilerek Danıştayın iş yükü azaltılmak istenmişse de gelinen noktada Danıştayın içtihat mahkemesi fonksiyonu yerine getirip getiremediği ciddi tartışma konusu olmaktadır. Mevcut sistemde her ne kadar Danıştayın iş yükünü azaltmak amacıyla konu sınırı getirilmiş ise temyize tabi bir konuya ilişkin dava sayısının artmasının, Danıştayın iş yükünü artıracığı da açıktır. Bunun yanı sıra bütün konuların Danıştayın önüne gelmesi; içtihat

⁵⁷ Bkz. AXENIDOU, Antigoni: “New Trends in the Administration of Justice of International Organizations: Remarks by Antigoni Axenidou”, *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 106, 2012, s. 359.

⁵⁸ Bkz. AXENIDOU, s. 359-360.

⁵⁹ Ombudsman Bürosunun merkezi New York’tadır. Bununla birlikte ilk kurulduğunda Viyana, Cenevre, Bangkok, Santiago, Nairobi, Kinşasa ve Hartum’da bölgesel şubeleri bulunmaktayken, günümüzde bu bölgesel şubelerin sayısı artmış ve birçoğunun yerleri değişmiştir. Bu itibarla, günümüzde 10 bölgesel şube şu şekilde sıralanabilecektir. New York ve Santiago (Amerika Kıtası); Cenevre ve Viyana (Avrupa Kıtası); Kudüs ve Bangkok (Asya Kıtası); Bamako, Entebbe, Goma ve Nairobi (Afrika Kıtası). Bkz. “Ombudsman and Mediation Services: Contact Us”, <https://www.un.org/ombudsman/contact-us> (Erişim Tarihi: 03 Mayıs 2023).

⁶⁰ Ombudsman Bürosunun önüne gelebilecek hususlar şu şekilde sıralanabilir: Tazminat, faydalar, performans, kişisel farklılıklar, iş ve kariyer konuları, promosyon, tacciz, ayrımcılık, disiplin konuları, çalışma şartları, emeklilik, vergiler ve etik.

⁶¹ Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi İç Tüzüğü m. 15.

aykırılıklarının giderilmesi⁶², kanun yararına temyiz gibi çeşitli yollarla hukuken mümkün olsa da bu yolların etkinliğine yönelik tartışma ve değerlendirmeler, Danıştayın içtihat mahkemesi olma fonksiyonunun da etkinliğini tartışmalı hâle getirmektedir. Bu nedenlerle mevcut kanun yolu sisteminin hem Danıştayın iş yükünü azaltma hem de içtihat mahkemesi fonksiyonunu sağlama bakımından yetersiz kaldığı eleştirisini yapmak, yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmada özellikle karşılaştırmalı hukuktaki Yüksek İdare Mahkemelerinin iş yükünü hafifletme ve böylelikle içtihat mahkemelerine dönüşmeleri için temyiz aşamasında sadece konu sınırlamasına gidilmediği, ayrıca dosyaların içtihatlara uygun olup olmaması, yeni içtihat yaratma potansiyeli gibi kriterler getirilerek filtrelediğini belirledik. Bu filtrasyon kimi ülkelerde Yüksek İdare Mahkemelerinin alt komisyonları tarafından yapılırken kimi ülkelerde kararı temyize taşınan mahkeme tarafından yapılmaktadır. Ancak filtrasyon konusunda ortak noktanın temyiz isteminin reddi halinde her ülkede bir itiraz müessesinin bulunmasıdır. Her ne kadar filtrasyon kararlarına itiraz edilmesi öngörülmüş ise de bu durumun, temyiz merci dışında merciler tarafından verilen izin kararlarına ilişkin olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple eğer ki temyiz merci veya temyiz merci üyelerinden oluşan bir alt komisyona bu yetki verilecek olursa, itiraz yolunun öngörülmemesi de düşünülebilir bir seçenek olacaktır. Zira özellikle ülkemizde hâlihazırda, tarafların bütün başvuru yollarını tüketmeye yönelik tutumu da dikkate alındığında izin kararlarına itirazın, iş yükünü azaltmaması, örneğin istinaf mercilerinin izin kararlarına karşı hemen her durumda itiraz edildiği gibi bir sonuç çıkması hiç uzak bir sonuç değildir.

Uluslararası örgütler açısından ise temyiz süresinin kısaltılması, yargılama sürelerinin oldukça sınırlandırılması gibi iş yükünü azaltmaya yönelik tedbirler getirilmiştir.

Kanımızca Danıştayımızın bir içtihat mahkemesi olabilmesi için mutlaka filtrasyon sistemine geçilmeli, temyiz inceleme süresinin kısıtlanması gündeme alınmalıdır. Temyiz filtrasyonu ile dosya yükü hafifleyen Danıştayın kesin bir temyiz inceleme süresine tabi olması ve içtihat

⁶² Bu konuda eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. ÇINARLI, Serkan/ AZAK, Kerim, "Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi", Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2020, 1-26.

mahkemesi fonksiyonunu yerine getirebilmesi, adaletin tecellisi açısından elzemdir.

KAYNAKÇA

- AKBABA**, Ahmet: "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, s. 435-463.
- AKEHURST**, Michael B.: The Law Governing Employment in International Organizations, Cambridge, 1967.
- AKIN**, İlhan: "Milletlerarası İş Teşkilâtı İdare Mahkemesi", Milletlerarası Mahkemeler, İstanbul, 1956, s. 151-163.
- AKINCI**, Müslüm: İsveç İdare Hukuku, Ankara, Yetkin, 2010.
- AXENIDOU**, Antigoni: "New Trends in the Administration of Justice of International Organizations: Remarks", Proceedings of the American Society of International Law, vol. 106, 2012, s. 358-360.
- AYDINOĞLU**, Zeynep Nihal: "İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 34, 2018, s. 387-423.
- BASTID**, Suzanne: "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", Recueil des cours, vol. 92, 1957-II, 1957, s. 343-518.
- BASTID**, Suzanne: "United Nations Administrative Tribunal", Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation, vol. 5, Amsterdam, 1983, s. 281-287.
- BEIGBEDER**, Yves: Threats to the International Civil Service, London, 1988.
- BOBEK**, Michal: "Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe", American Journal of Comparative Law, vol. 57/1, 2009, s. 33-65.
- ÇAMYAMAÇ**, Anıl: "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde EFTA'nın Kurumsal Yapısı", Yıldız, Uğur Burç (Editör), Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA): Tarihçe, Kurumlar, Ticaret Anlaşmaları ve Avrupa Birliği ile İlişkiler, Ankara, 2019, s. 33-97.
- ÇAMYAMAÇ**, Anıl/ **ÇINARLI**, Serkan/ **BOULANGER**, Özge Didem: "Uluslararası İdare Hukuku Üzerine Genel Bir Değerlendirme", Fides Law Review, Cilt: 1 Sayı: 1, 2018, s. 8-25.
- ÇINARLI**, Serkan: İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

- ÇINARLI**, Serkan/ **AZAK**, Kerim: "Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki Aykırılık veya Uyuşmazlığın Giderilmesi Meselesi", *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2020, 1-26.
- ELIAS**, Olufemi: "New Trends in the Administration of Justice of International Organizations: Remarks", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 106, 2012, s. 355-358.
- ELIAS**, Olufemi/ **THOMAS**, Melissa: "Administrative Tribunals of International Organizations", Giorgetti (Edt.), *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Leiden, 2012, s. 159-188.
- ERKAN**, Fikret: "İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:4, Sayı: 12, 2013, s. 99-130.
- GORLICK**, Bryan: "New Trends in the Administration of Justice of International Organizations: Remarks", *Proceedings of the American Society of International Law*, vol. 106, 2012, s. 360-363.
- GRABOWSKA**, Genowefa: "Independence of the International Civil Servants", *Polish Yearbook of International Law*, vol. 17, 1988, s. 61-73.
- HANDRLICA**, Jakub: "Revisiting International Administrative Law as a Legal Discipline", *Zbornik Pravnog Fkulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 39/3, 2018, s. 1237-1258.
- KAPLAN**, Gürsel: *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Bursa: Ekin, 2016.
- KNAPP**, Blaise: "International Labour Organisation Administrative Tribunal", in *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 94-97.
- KNIPPING**, Franz/ von **MANGOLDT**, Hans/ **RITTBERGER**, Volker (Edts.): *The United Nations System and Its Predecessors*, vol. II (Predecessors of the United Nations), Oxford, 1997.
- KOH**, Byung Chui: *The United Nations Administrative Tribunal*, Baton Rouge, 1966.

- KURAN**, Süha Alper: "Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi", Milletlerarası Mahkemeler, İstanbul, 1956, s. 115-149.
- MANGONE**, Gerard J.: A Short History of International Organization, New York, 1954.
- MENON**, P.R.: "The Legal Personality of International Organizations", Sri Lanka Journal of International Law, vol. 4/1, 1992, s. 79-97.
- MERON**, Theodor: "Status and Independence of the International Civil Servant", Recueil des cours, vol. 167, 1980-II, 1980, s. 285-384.
- PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999.
- PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Kitap, Ankara, 2000.
- PETROVIĆ**, Dražen: "Longest-Existing International Administrative Tribunal: History, Main Characteristics and Current Challenges", Petrović, Geneva (Edt.), Une contribution de 90 ans du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail à la création d'un droit de la fonction publique internationale/90 Years of Contribution of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization to the Creation of International Civil Service Law, 2017, s. 19-29.
- PREIß**, Hans-Joachim: "Administrative Tribunals, International", Wolf- rum (Edt.), United Nations: Law, Policies and Practice, vol. I, München, 1995, s. 13-19.
- REINALDA**, Bob: Routledge History of International Organizations from 1815 to the Present Day, Oxon, 2009.
- SANCAKDAR**, Oğuz: "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler", Yaşar Üniversitesi Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı, 2013, s.2237-2326.
- STRUYVENBERG**, Maritza: "The New United Nations System of Administration of Justice", Elias (Edt.), The Development and Effectiveness of International Administrative Law: On the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the World Bank Administrative Tribunal, Leiden, 2012, s. 243-250.
- VANDERSANDAN**, Georges: "Administrative Tribunals, Boards and Commissions in International Organizations", Bernhardt (Edt.),

Encyclopedia of Public International Law: Settlement of Disputes, vol. 1, Amsterdam, 1981, s. 1-4.

VILLALPANDO, Santiago: "International Administrative Tribunal", Cogan/ Hurd/ Johnstone (Edts.), The Oxford Handbook of International Organizations, Oxford, 2016, s. 1085-1103.

VOGEL, Klaus: "Administrative Law, International Aspects", Bernhardt (Edt.), Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations, vol. 9, Amsterdam, 1986, s. 2-7.

WEITZEL, Jürgen (Çeviren: Fazlı Doğan): "Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları", Küresel Bakış, Yıl: 1, Cilt: 1, Sayı: 3, 2011, s.21-39.

YOUNG, Tien-Cheng: International Civil Service: Principles and Problems, Brussels, 1958.

ZRVANDYAN, Arman: İdari Yargıda Avrupa Adil Yargılanma Standartlarına İlişkin Emsal Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, 2021 via <https://rm.coe.int/emsalkararlarlakitabioption-2/1680a1cddb6> (Erişim Tarihi: 14 Mayıs 2023).

İnternet Yayınları

<https://bit.ly/3IU70CM> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-cz-en.do?member=1 (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2023).

<https://www.aca-europe.eu/index.php/en/tour-d-europe-en> (Erişim tarihi: 2 Nisan 2023).

https://www.aca-europe.eu/en/eurtour/i/countries/italy/italy_en.pdf (Erişim tarihi: 5 Mayıs 2023).

ACA-Europe Seminar on Functions of and Access to Supreme Administrative Courts, https://www.aca-europe.eu/seminars/2019_Berlin/Germany.pdf (Erişim tarihi: 15.5.2023).

7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERLE BİRLİKTE HACİZLİ MALLARIN SATIŞ TALEBİ VE SATIŞ GİDERLERİ

Doç. Dr. Kudret ASLAN*

Öz

7343 sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nun paraya çevirme hükümleri hakkında önemli değişiklikler yapılmış, özellikle açık artırmaların tamamen elektronik ortamda yapılması esas benimsenmiştir. Bu Kanunla yapılan değişikliklerden biri de satış talebine ilişkindir. İİK m. 106 hükmünde yapılan değişiklikle borçluya da açıkça satış talep etme yetkisi verilmesi isabetli olmuştur. Taşınır ve taşınmazların satışını talep etme süreleri arasındaki farklılığın kaldırılıp, sürenin her ikisi bakımından da bir yıl olarak öngörülmesi, yeknesaklığı sağlamak bakımından yerindedir. Ancak bu sürenin bir yıl yerine altı ay olarak düzenlenmesi daha isabetli olabilirdi. Borçluya satış yetkisi verilmesi halinde, satış isteme sürelerinin hangi andan itibaren duracağı ve yeniden işlemeye başlayacağına açıkça hükme bağlanması yerindedir. Açık artırmada malın satılmaması halinde alacaklının kalan satış isteme süresi içinde yeniden satış günü talep edebilmesi ve böylece yeniden satış talebine gerek olmaksızın malın satışının mümkün kılınması da isabetli bir değişikliktir. Satışı talep edilmesine rağmen bir yıllık satış isteme süresi içinde malın satılmaması halinde, satış isteme süresinin alacaklı

* Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., TOBB University of Economics and Technology, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Procedure and Enforcement and Insolvency Law Department, Ankara, Turkey.
✉ k.aslan@etu.edu.tr • ORCID 0000-0002-5689-9778.

✉ **Atf Şekli** | Cite As: ASLAN, Kudret: "7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte Hacizli Malların Satış Talebi ve Satış Giderleri", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 783-853.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

bakımından bir yılın sona erdiği tarihten itibaren bir yıl daha uzayacağına ilişkin yeni hüküm, ilave süre içinde mal üzerindeki haczin devam edecek olması nedeniyle, alacaklının menfaatlerini korumaya yönelik bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. Kanununun 106'ncı maddesinde, satış talep eden alacaklının, bu talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerini, motorlu kara taşıtları bakımından bunlara ilaveten muhafaza giderlerini peşin olarak ödemesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu hükmün, icra takibinin bir an önce sonuçlanması ve uygulamada yaşanan bazı sorunların giderilmesi amacıyla yönelik olması nedeniyle isabetli olduğu söylenebilir. Ancak satış talebinin geri alınabilmesi bakımından açık artırma başlangıcı yerine, teklif verme başlangıcının esas alınmasının isabetli olmadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler

- İcra ve İflas Hukuku • Satış Talebi • 7343 Sayılı Kanun • Satış • Haciz

REQUEST FOR SALE OF SEIZED PROPERTY AFTER THE AMENDMENT OF LAW NO. 7343

Abstract

Law No. 7343 introduced important amendments to the foreclosure provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law, In particular, the principle of conducting the auction entirely electronically has been adopted. One of the amendments made by this Law is related to the sale request. With the amendment made to Article 106 of the EBL, it has been appropriate to explicitly authorize the debtor to request a sale. The abolition of the difference between the periods for requesting the sale of movable and immovable and the provision of one year for both, is appropriate in terms of ensuring uniformity. However, it would have been more appropriate to regulate this period as six months instead of one year. In the event that the debtor is authorized to sell, it is appropriate to clearly stipulate from which moment the periods for requesting sale will stop and start to run again. In the event that the goods cannot be sold at the auction, it is also an appropriate amendment that the creditor can request a resale date within the remaining sale request period, thus making it possible to sell the goods without the need for a resale request. The new provision stipulating that if the property cannot be sold within the one-year sale request period, the sale request period will be extended for one more year from the date of expiry of one year for the creditor, is a regulation aimed at protecting the interests of the creditor, as the attachment on the property will continue during the additional period. Article 106 of the Law stipulates that the creditor requesting a sale must pay the appraisal and sale expenses, and in the case of motor vehicles, the conservation expenses in advance. It can be said that this provision is justified since it aims to finalize the enforce-

ment proceedings as soon as possible and to eliminate some problems experienced in practice. However, it can be said that taking the beginning of the bidding instead of the beginning of the auction as the basis for the withdrawal of the sale request is not accurate.

Key Words

• Code of Enforcement and Bankruptcy • Sale Request • Law No. 7343 • Sale • Seizure

GİRİŞ

İcra hukukunda geçerli olan ilkelerden biri de “paraya çevirme ilkesi”dir¹. Bu ilkeye göre, bir para alacaklısı, doğrudan borçlunun malvarlığından değil, onun haczedilen malvarlığı unsurlarının satışı sonucu elde edilen para ile tatmin edilir². Buna göre, borçlunun mallarının kendisi, alacağına karşılık olmak üzere alacaklıya aynen verilmez³. Öte yandan, borçlunun hacizli mallarının satılabilmesi için, kural olarak⁴, alacaklının⁵ satış talebinde bulunması gerekir. Bazı istisnai haller dışında, alacaklının

¹ Bu konuda ayrıntı için bkz. **ÖZEKES**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 21 vd.

² **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı İstanbul 2022, s. 31; **ÖZEKES**, İlkeler, s. 96 vd.

³ Her ne kadar borçlunun malları alacaklıya verilmemekte ise de, bu durum alacaklının, alacağına mahsuben ihaleye katılmasına ve borçlunun malını ihaleden satın almasına engel değildir. İİK alacaklıya bu hakkı vermiş bulunmaktadır. Nitekim İİK m. 114/6-6 hükmünde, satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklının, alacağını karşılayacak miktarda teminattan muaf olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁴ Ancak istisnai olarak İİK m. 113/2'ye göre icra müdürü yalnız taşınırlar bakımından kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı malların satılmasına her zaman karar verebilir. Bunun için bir satış talebinde bulunmaya gerek yoktur. Aynı şekilde İİK m. 139 hükmüne göre, tamamlama haczi yapılan hallerde yine bir satış talebine gerek olmaksızın, icra müdürü bu malları mümkün olduğu kadar çabuk bir şekilde satar. Ayrıca TTK m. 1386/2 hükmüne göre icra müdürünün icra mahkemesine başvurması üzerine, icra mahkemesi kararıyla gemilerin vaktinden evvel satışı mümkündür.

⁵ Belirtmek gerekir ki İİK m. 113/1 hükmüne göre alacaklı talep etmese bile borçlunun talebiyle de hacizli malların satılması mümkündür.

talebi olmadıkça icra müdürü kendiliğinden borçlunun mallarını sata-
maz⁶. Diğer bir deyişle, satış ancak talep üzerine yapılabilecek bir işle-
mdir. Hacizli malların satışı, İİK m. 106 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.
Bu hükümlerde 7343 sayılı “İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda De-
ğişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁷ ile çok önemli değişiklikler yapı-
lmıştır. Biz bu çalışmamızda, satış aşamasına ilişkin olarak yapılan bütün
değişiklikleri değil, sadece hacizli⁸ malların “satış talebi” hakkında yapı-
lan değişiklikleri inceleyeceğiz. Zira 7343 sayılı Kanunla, satış talebi bakı-
mından da önemli değişiklikler yapılmıştır.

I. SATIŞ TALEBİNDE BULUNMAYA YETKİLİ OLANLAR

A. ALACAKLI

Biraz önce de ifade edildiği üzere, borçlunun hacizli mallarının sa-
tışı, kural olarak alacaklının talebi üzerine mümkündür. Fakat sadece ala-
caklının talepte bulunması kendiliğinden borçlunun mallarının satılması
sonucunu doğurmaz. Bunun için satış talebinin kanuni bazı koşulları ta-
şınması⁹ ve bu talebin icra müdürü tarafından kabul edilmesi gerekir. Satış
talebi hukuki niteliği itibarıyla bir icra takip işlemi¹⁰ olmayıp, taraf takip

⁶ **ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 278-279.

⁷ Bkz. RG, 30.11.2021, Sayı: 31675.

⁸ Çalışmamızda her ne kadar rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, rehinli mal-
ların satışı talebi kapsam dışı bırakılmış ise de ilgili bazı yerlerde her iki takip çeşidi
arasındaki farklar kısaca belirtilmiştir. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde
satış talebi hakkında geniş bilgi için bkz. **NAMLI**, Mert: İcra Hukukunda Taşınmaz
Malların Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 343 vd.; **ERTURGUT**, Mine:
İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 72-73; **MU-
ŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017, s.
309 vd.

⁹ Ancak Yargıtay’ın 16.02.2018 tarihli İBK’na göre, alacaklının yasal süresi içinde usu-
lüne uygun olarak yaptığı satış talebinin icra müdürünce reddine ilişkin kararın
şikâyet yoluyla ortadan kaldırılmaması halinde, yasal sürenin geçmesi ile özellikle
sıra cetveline alınacak haciz düşmeyecektir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler
için bkz. **AKYOL ASLAN**, Leyla: “Satış Talebinin Kanuna Aykırı Olarak Reddedil-
mesinin Konulmuş Olan Hacze Etkisi, Yargıtay’ın 16.2.2018 Tarihli İçtihadı Birleş-
tirme Kararı Dolayısıyla”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 14, S.
40, 2018/2, s. 363-428, s. 369 vd.

¹⁰ Bu konuda bkz. **ARSLAN**, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018, s. 80 vd.,
s. 121; **GÖRGÜN**, Şanal/**BÖRÜ**, Levent/**KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflas Hu-
kuku, Baskı, Ankara 2022, s. 228.

işlemidir¹¹. Satış talebi hakkı, İİK m. 107’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Her alacaklı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir. 100 üncü maddenin son fıkrası mucibince hacizleri evvelki dereceden artacak bedeller için muteber olan alacaklılardan her biri dahi mensup olduğu derece namına satış isteyebilir”. Her ne kadar İcra ve İflas Kanunu’nda açıkça ifade edilmemiş ise de haciz talebinde bulunma yetkisi¹², sadece kesin haciz sahibi alacaklılara aittir¹³. Nitekim İİK m. 108 hükmünde, geçici ve ihtiyati haciz¹⁴ sahibi alacaklının satış talep yetkisine haiz olmadığı açıkça ifade edilmiştir. İşte bu hükmün mefhumu muhalifinden ancak kesin haciz sahibi alacaklının satış isteme yetkisine sahip olduğu söylenebilecektir¹⁵. Kesinleşen bir icra takibi dolayısıyla konulmuş olan hacze, kesin haciz denilir¹⁶. İşte ancak bu şekilde bir hacze sahip olan alacaklı satış isteme yetkisine sahiptir¹⁷. O halde kanunda da açıkça ifade edildiği üzere, geçici haciz ve ihtiyati haciz sahibi alacaklı, bu hacizler kesin hacze dönüşmediği¹⁸ sürece satış isteme yetkisine sahip olmayacaktır¹⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki kanunun açık hükmü gereğince (İİK m. 108/2; İİK m.

¹¹ Bu nedenle tatil ve talik hallerinde satış talebinde bulunulması mümkündür.

¹² Bu konuda ayrıntı için bkz. **NAMLI**, s. 334 vd.; **ERTURGUT**, s. 39 vd.

¹³ Bkz. **ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2022, s. 392; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGRTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 215; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 279; **ERTURGUT**, s. 39; **NAMLI**, s. 336 vd.

¹⁴ Bir taşınmaz üzerinde ihtiyati tedbir bulunmasının paraya çevirme talebi ile ilişkisi hakkında bkz. **NAMLI**, s. 338 vd.

¹⁵ Aynı yönde, **NAMLI**, s. 336.

¹⁶ Bu konuda bkz. **AKGÜN**, Şükran: Haczin Hukuki Niteliği, İstanbul 2020, s. 177 vd.; **AKİL**, Cenk: Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz, Ankara 2017, s. 151 vd.

¹⁷ İlave haciz ve tamamlama haczi de niteliği itibarıyla kesin haciz oldukları için alacaklıya satış talebinde bulunma yetkisi verecektir. Hatta tamamlama hacizleri ile haczedilen mallar, satış talebine dahi gerek olmaksızın icra dairesince resen satılabilecektir. **NAMLI**, s. 337.

¹⁸ Geçici haciz, borçlunun süresi içinde borçtan kurtulma davası açmaması veya açmış olsa bile davanın aleyhine sonuçlanması ile kesin hacze dönüşecektir. İhtiyati haciz ise ihtiyati haczi tamamlayıcı merasim çerçevesinde gerekli sürecin gerçekleşmesi ile kesin hacze dönüşebilecektir. İhtiyati haciz bakımından ayrıntı için bkz. **ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 375 vd.

¹⁹ **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 392; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 279; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGRTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 215; **NAMLI**, s. 336.

113/2) gerek geçici gerekse ihtiyati hacze konu olan malların kıymeti süratle düşmekte veya muhafazası masraflı ise, icra müdürü (bu hacizler kesinleşmemiş olsa bile) herhangi bir talebe gerek olmaksızın söz konusu malların satılmasına her zaman karar verebilecektir.

Paraya çevirmeyi isteme hakkının ferdi bir hak olduğu kabul edilmektedir²⁰. Bu nedenle, İİK m. 107 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, her haciz sahibi alacaklı tek başına haczedilen malların paraya çevrilmesini talep edebilir. Bunun için hacizli malın sadece kendisi veya diğer alacaklılarla birlikte haczedilmiş olması da önemli değildir. Zira bir alacaklının satış talep etmesi bütün alacaklılara etki eder²¹. Ancak satış talebinde bulunan alacaklının alacağının borçlu tarafından ödenmesi halinde, alacaklının takibi düşecektir. Bu sebeple takibi düşen alacaklının yapmış olduğu satış talebi, diğer alacaklılar bakımında sonuç doğurmayacaktır. Bu halde satışı başka bir alacaklının talep etmesi gerekecektir. Satış talebinde bulunan alacaklının, satış isteme süresi içinde talebini geri alması halinde de aynı sonuç geçerli olacaktır. Satış isteme süresinin sona ermesinden sonra talebin geri alınması halinde ise, söz konusu satış talebi diğer alacaklılar bakımından etkilerini göstermeye devam edecektir²².

Kanun her alacaklının²³ mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, hacze iştirak koşullarını taşıdığı için hacze iştirak edebilecek alacaklılar²⁴, kendi dereceleri adına satış talebinde bulunabilecektir. Bu halde aynı derecedeki veya

²⁰ ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, s. 287. Ayrıca takip konusu alacağı temellük etmiş olan alacaklı da satış talebinde bulunmaya yetkili olacaktır. KURU, Baki: "İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 213-221, s. 217; BERKİN, Necmeddin: İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1969, s. 124; ERTURGUT, s. 40; ASLAN, Elif Kısmet: İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004, s. 25.

²¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 287; ERTURGUT, s. 40; NAMLI, s. 376.

²² NAMLI, s. 376-377.

²³ Takip esnasında alacaklının ölmesi halinde mirasçılar takibe kaldığı yerden devam edebilirler. Bu halde eğer terekeye bir temsilci atanmış ise satış talebinin tereke temsilcisi tarafından yapılması gerekecektir (ERTURGUT, s. 53; NAMLI, s. 335). Terekeye bir temsilci atanmamış ise satış talebinin, zorunlu takip arkadaşı olarak bütün mirasçılar tarafından yapılması gerekecektir. DÖNMEZ, Murat: İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010, s. 20; ERTURGUT, s. 53; NAMLI, s. 335.

²⁴ Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, satış talebinde bulunabilecek kişiler bakımından Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak paraya çevirme

diğer derecelerdeki alacaklıların muvafakati ya da ayrı bir talebine gerek olmaksızın, bu talep üzerine satış yapılabilir. Dolayısıyla, bir alacaklının satış talebi bütün alacaklılara etki edecek, yani kesin haciz sahibi bir alacaklının yaptığı talep, sadece bu alacaklı lehine değil, aynı derecede hacze iştirak eden bütün alacaklılar bakımından sonuç doğuracaktır. O halde diğer alacaklılar, satış talebinde bulunan alacaklı ile aynı derecede hacze kesin olarak iştirak etme hakkına sahip ise, diğer alacaklılar da bu talepten yararlanacaklar ve diğer alacaklıların süresi içinde talepte bulunmamış olması, haczin düşmesine de neden olmayacaktır²⁵. Buna karşılık, geçici haciz²⁶ sahibi veya hacze geçici olarak iştirak etmiş olan alacaklılar, haczi ya da hacze iştiraki kesinleşmediği sürece, satış talebinde bulunamayacaktır. Aynı şekilde ihtiyati haciz de kesinleşmediği sürece alacaklısına satış isteme yetkisi vermeyecektir²⁷. Öte yandan belirtmek gerekir ki, aynı derecede hacze iştirak hakkına (İİK m. 100 ve 101) sahip olmayan alacaklılar, hacze iştirak edemeyecektir. Ancak bu alacaklılar, önceki dereceden artacak bedeller için hacze iştirak edebilirler. Hacizleri önceki dereceden artacak bedeller için geçerli olan alacaklıların dahi satış talep edebileceği İİK m. 107 hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu alacaklıların her biri dâhil olduğu derece namına satış talep edebilir ve bu talep diğer alacaklılar hakkında da sonuç doğurur. Kuşkusuz bu halde, malın satış bedelinden önceki sıradaki alacaklıların alacağı tam olarak ödendikten sonra kalan bedel üzerinden kendilerine ödeme yapılacaktır²⁸.

B. BORÇLU

Satış, esas olarak alacaklının talebi üzerine yapılabilir ise de Kanun, borçluya da satış talebinde bulunma yetkisi vermiştir. Burada İİK m. 106/1 hükmünde 7343 sayılı Kanunla bir değişiklik yapıldığı görülmektedir. Şöyle ki İİK m. 106 hükmünün değişiklikten önceki hali “*Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir*” şeklindeydi. Görüldüğü üzere bu hükmünde, sadece alacaklının satış talep edebileceğinden söz edilmekte,

süresinin düzenlendiği 150/e maddesinde alacaklının satış talep edebileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla rehinli alacaklının satış talebinde bulunabileceğinden kuşku duymamak gerekir. Bkz. NAMLI, s. 343.

²⁵ Bkz. ERTURGUT, s. 41; NAMLI, s. 334-335; ASLAN, E. K, s. 27-28.

²⁶ Ayrıntı için bkz. ERTURGUT, s. 42 vd.

²⁷ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 289-290; NAMLI, s. 336.

²⁸ ERTURGUT, s. 42

borçlunun, hacizli mallarının satışını talep edebileceğinden söz edilme-mekteydi. Buna karşılık İİK m. 113/1 hükmünde, *“Alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabilir”* hükmü yer almaktadır. Ancak 113/1 hükmünün taşınır satışına ilişkin hükümler arasında yer aldığını belirt-mek gerekir. 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da m. 113/1 hükmü aynen muhafaza edilmiştir. Buna karşılık 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106/1 hükmünde değişiklik yapılmıştır. Öncelikle hükmün başlığı es-kiden sadece *“Talep için müddetler”* şeklinde iken değişiklikten sonra *“Talep için müddetler ve giderlerin yatırılması”* halini almıştır. Hükmün değişiklikten sonra birinci fıkrasının yeni hali ise şöyledir: *“Alacaklı veya borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını isteyebilir”*.

Görüldüğü üzere değişiklikten sonra, sadece alacaklının değil, borçlunun da satış talep edebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Böy-lece paraya çevirmeye ilişkin genel hükümler arasında yer alan 106'ncı maddede, açıkça borçluya da satış talebinde bulunma hak ve yetkisi ve-rilmiştir. Kanaatimizce, borçluya satış talep etme yetkisinin açıkça veril-mesine ilişkin bu değişiklik isabetli olmuştur. Belirtmek gerekir ki, borç-luya da satış talep etme yetkisinin verilmiş olması, ilk bakışta yadırgana-bilir. Çünkü, satış talebinin, alacağını elde etmek isteyen alacaklı tarafın-dan yapılabileceği, borçlunun kendi mal ve haklarının satışını talep etme-sinin mantıklı olmayacağı düşünülebilir. Ancak, bu düşünce haklı olma-yacaktır. Çünkü, borçlunun, hacizli malları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır. Borçlu bir an önce satış talep ederek, bazı mallarının satış-ı ile borcun ödenmesini sağlayabilir ve satılan bazı malların bedeli ile borç ödenince, diğer bazı malları üzerinde mevcut olan hacizlerin kaldırılma-sını sağlayabilir. Nitekim İİK m. 109 hükmüne göre *“Satış bedeli, haklarında haciz katılmış olan alacakların mecmu miktarına baliğ olursa satış tatil edilir”*. Satış isteme hakkının sadece alacaklıda olması, borçlunun devamlı bir tehdit altında olması sonucunu doğurabileceği gibi, borçlunun tasarruf-larının da kısıtlanması söz konusu olur. Özellikle aşkın hacizlerde²⁹, ge-rekmediği halde haczedilmiş olan mallar üzerinde borçlunun tasarruf

²⁹ Yargıtay kararları ile benimsenmiş olan “aşkın haciz” kavramı, 7445 sayılı Kanunla İİK m. 85/1 hükmünde yapılan değişiklikle de benimsenmiş bulunmaktadır. Nitekim İİK m. 85/1'in değişik yeni haline göre; *“Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dâhil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur; ancak bu miktarı aşacak şekilde haciz yapılamaz”*.

yetkisi haksız olarak kısıtlanmış olacak, ayrıca bu mallar borçlu tarafından kullanılmadığı takdirde, borçlunun zararı söz konusu olabilecektir. Kaldı ki borçlunun mahcuz mallarının uzun süre muhafaza altında kalması, onların bakımsız kalmasına ve böylece değer kaybetmesine yol açabilir. Böylece, haczedilen malların değeri artık borcu karşılayamaz hale gelebilir. Yine alacaklının süresinde satış istememesi halinde hacizler kalacak, ancak alacaklı yenileme talebinde bulunarak borçlunun mallarına yeniden haciz koymak yoluna gidebilecektir. Bu durum, borçlunun sürekli şekilde baskı altında kalmasına neden olacaktır. Nihayet borçlu, hakkındaki kesinleşmiş bir takip dolayısıyla ortaya çıkan borcunu bir an önce ödeyerek takipten kurtulmayı isteyebilir. İşte bu ve benzeri sebeplerle, alacaklı dışında, borçluya da hacizli mallarının satışını talep etme yetkisinin verilmiş olması isabetli olmuştur³⁰.

Kanaatimizce, 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, alacaklı ile borçlunun satış talebinin birbirine önceliği ya da bir üstünlüğü kalmamıştır. Çünkü 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 106'ncı madde metninde açıkça borçluya satış isteme yetkisi verilmemişti. Bu nedenle doktrinde, satış talebinin esas (kural) olarak alacaklı tarafından yapılabileceği, ancak borçlunun da mallarının satışını isteyebileceği ifade ediliyordu. Hatta doktrinde, bu nedenle olsa gerek, eğer alacaklının lehine değilse, icra müdürünün, borçlunun talebi halinde hacizli malları satmak zorunda olmadığı ileri sürülüyordu. Buna gerekçe olarak İİK m. 113/1 hükmünde emredici bir ifade kullanılmadığı, sadece borçlunun talebiyle de satışın yapılabileceğinden söz edildiği, dolayısıyla bir zorunluluk olmadığı belirtilmekteydi. Ancak icra müdürünün borçlunun talebi üzerine satışı yapmaması halinde, işlemin olaya uygun olmaması nedeniyle dayanılarak şikâyet yoluna başvurulabileceği de ifade edilmekteydi³¹. Değiş yerindeyse, değişiklikten önce borçlunun satış talep etme yetkisi, alacaklıya nazaran adeta tali ya da yedek bir hak gibi düzenlenmiş bulunmaktaydı.

³⁰ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 278. Bu konuda ayrıntı için bkz. ERTURGUT, s. 54 vd.

³¹ Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, Ankara 1982, s. 443; ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960, s. 130; BELGESAY, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 1, 4. Baskı, İstanbul 1955, s. 265; ÜSTÜNDAĞ, s. 287; UYAR, Talih: "Haczedilen Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı", Yasa Hukuk Dergisi, 1988/1, s. 13-22, s. 15; ERTURGUT, s. 54 vd.

7343 sayılı Kanun değişikliğinden sonra icra müdürünün artık borçlunun talep etmesi halinde de hacizli malların satışını yapmak zorunda olduğu söylenebilir. Çünkü, satışa ilişkin genel düzenlemeler arasında yer alan 1062ncı maddede artık bu hak borçluya da tanınmış bulunmaktadır. Üstelik kanun koyucu, borçlunun bu hakkını kullanabilmesini herhangi bir şarta da bağlamamıştır. Nitekim bu hükmün gerekçesinde, “*Birinci fıkrada iki değişiklik yapılmaktadır. Birinci değişiklikte, borçlunun hacizli malın satışını isteyebilmesi açıkça düzenlenmektedir*” ifadesine yer verilmiştir. Bu gerekçe, değişiklikten önce borçlunun satış isteme hakkının, alacaklının satış talebiyle eşdeğer olmadığını açıkça göstermektedir. Sadece İİK m. 113/1’de borçlunun talebiyle de satışın yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin, borçluya tam anlamıyla bir hak bahşetmediği, bu talebin gereğinin icra müdürü tarafından yerine getirilmesinin zorunlu olmadığı böylece ortaya çıkmış olmaktadır. Ancak öte yandan m. 113/1 hükmü, 106’ncı maddede yapılan değişikliğe rağmen muhafaza edilmiştir. 113 üncü madde ise taşınır satışına ilişkindir. Taşınmazların satışına ilişkin hükümler arasında bu şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce, 106’ncı maddede yapılan açık düzenlemeden sonra, 113/1 hükmünün yürürlükten kaldırılması daha yerinde olurdu. Zira 106’ncı maddenin birinci fıkrasının yeni halinden sonra artık 113/1 hükmüne gerek kalmamıştır. Özetle, borçlunun taşınır bir malının satışını istemesi halinde, bu talebin 113/1 hükmüne göre değil, 106/1 hükmüne göre yapıldığını kabul etmek gerekir.

Öte yandan burada üzerinde durulması gereken bir mesele de borçlunun hacizli taşınır mallar gibi hacizli taşınmaz mallarının satışını da isteme yetkisine sahip olup olmadığıdır³². Nitekim 7343 sayılı Kanun deği-

³² Belirtmek gerekir ki, borçlunun satış talep etme yetkisine sahip olup olmadığı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de tartışmalıdır. Nitekim satış talebine ilişkin yegâne düzenleme olarak görülebilecek 150/e maddesinde sadece alacaklının satış talep edebileceğinden söz edilmiştir. Ayrıca atıf hükmü olan İİK m. 150/g’de ise satışa ilişkin yalnız İİK m. 112-137 hükümlerinin rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde İİK m. 150/g’de yer alan atıf hükmünden hareket eden bir görüş, borçlunun da rehlinli malın satışını talep edebileceğini savunmaktadır. Örneğin bkz. UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 2845; DÖNMEZ, s. 13; TERCAN, Erdal: “İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu”, BATİDER, 1994/4, s. 75-110, s. 109. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, borçlu rehlinli taşınmaz mallarının satışını talep edemez. Çünkü kanun koyucu İİK m. 150/g’deki atıf hükmüyle, rehlini taşınmazların paraya çevrilmesi bakımından İİK m.

şikliğinden önce doktrinde borçlunun taşınmaz mallarının satışını isteye-
meyeceği kabul edilmekteydi. Çünkü değişiklikten önce 106'ncı maddede
bu hak açıkça borçluya verilmediği gibi, 113/1 hükmü de sadece taşınır
satışlarına ilişkindi. Doktrinde, 113/1 hükmünün taşınır satışına ilişkin ol-
ması nedeniyle, taşınmaz satışlarında uygulanamayacağı, kaldı ki taşın-
mazların satışına ilişkin İİK m. 123 vd. hükümlerinde 113/1 hükmüne açık
bir atıf da yapılmamış olduğu ifade edilmekte, dolayısıyla borçlunun ta-
şınmaz mallarının satışını talep edemeyeceği savunulmaktaydı³³. Ancak
doktrin, olması gereken hukuk bakımından, borçluya taşınmaz malları-
nın satışını talep etme yetkisi verilmesinin yerinde olacağını da belirtmek-
teydi. Bununla birlikte doktrin, borçluya böyle bir yetki verilmesinin tıpkı
İsviçre hukukunda olduğu gibi ancak rehinli ve hacizli bütün alacaklıla-
rın onayıyla mümkün olması gerektiğini ifade etmekteydi³⁴. Nitekim İs-
viçre hukukunda SchKG Art.133/2 maddesinde 1994 yılında yapılan de-
ğişikliğe göre, henüz alacaklıya satış isteme yetkisi gelmemiş olsa bile,
bütün haciz ve rehinli alacaklıların açık onayı (muvafakati) haline borçlu-
nun talebi üzerine de taşınmaz mallar paraya çevrilebilir.

112-122, rehinli taşınmazların paraya çevrilmesi bakımından ise İİK m. 123-137 hü-
kümüne atıf yapmıştır. Borçlunun talebiyle de satış yapılabileceğine ilişkin İİK m.
113/2 hükmü taşınır satışlarına ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Bu nedenle
bu hükmün kıyasen rehinli taşınmazların satışı bakımından da uygulanabileceği söy-
lenemez. Rehlinli taşınmazların satışı bakımından sadece taşınmaz satışına ilişkin hü-
küm uygulama alanı bulmalıdır ki, bu hükümler arasında borçluya satış isteme
yetkisi veren bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla borçlu rehinli taşınmaz malları-
nın satışını talep edemez. Bkz. **NAMLI**, s. 349 vd. Kanaatimizce, her ne kadar ol-
ması gereken hukuk bakımından, borçlunun da rehinli taşınmaz mallarının satışını
talep edebilmesi gerektiği düşüncesi haklı ise de, mevcut pozitif düzenlemeler karşı-
sında, borçlunun rehinli taşınmaz mallarının satışını talep edemeyeceğini kabul et-
mek gerekir. Buradaki durum hacizli taşınmazların satışının talep edilmesinden fark-
lıdır. Çünkü orada İİK m. 106 hükmü satışa ilişkin genel hükümler arasında yer al-
maktadır. Kaldı ki 7343 sayılı Kanun değişikliği ile zaten borçluya da satış talep etme
yetkisi açıkça verilmiştir. Ayrıca İİK m. 106 hükmü hem hacizli taşınır hem de taşın-
maz malların satışında uygulanabilmektedir. Ne var ki rehlin paraya çevrilmesi yo-
lunda hacizli taşınır ve taşınmaz malların satışına atıf yapan İİK m. 150/g, sadece İİK
m. 112-137 hükümlerine atıf yapmıştır. Atıf yapılan hükümler arasında İİK m. 106
hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle İİK m. 106 hükmünün 7343 sayılı Kanun de-
ğişikliğinden sonraki haline göre dahi borçlunun rehinli taşınmaz mallarının satışını
talep edebileceği sonucuna varılamaz.

³³ Bkz. **MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara
2016, s. 14; **NAMLI**, s. 341-342; **ASLAN**, E. K, s. 24.

³⁴ Bkz. **NAMLI**, s. 342.

Kanaatimizce, borçluya taşınmaz mallarının satışını isteme yetkisi verilmesinin, alacaklıların menfaatlerinin korunması bakımından, ancak diğer bütün alacaklıların açık onayıyla mümkün olması gerektiği savunulabilir³⁵ ise de, 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106/1'de yapılan değişiklikle, kanun koyucunun bu şekilde bir şart aramadığı görülmektedir. Çünkü hem madde metninde borçlunun ya da alacaklının talebiyle satış yapılabilmesi açıkça düzenlenmiş hem de madde gerekçesinde düzenlemenin amacının, borçlunun satış talep etme yetkisinin açıkça düzenlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle kanaatimizce kanun koyucu İsviçre hukukunda mevcut olan düzenlemeyi hukukumuzda aktarma yoluna gitmemiştir. Dolayısıyla, İİK m. 106/1 hükmünün açıklığı karşısında, borçlunun, hiçbir şarta bağlı olmadan gerek taşınır gerekse taşınmaz mallarının satışını talep edebileceği söylenebilecektir. Zira 106'ncı maddede satış istenecek mal ya da hak bakımından herhangi bir ayırım da yapılmamıştır. Bu hüküm hem taşınır hem de taşınmaz satışları bakımından geçerli olacaktır. Böylece, borçlu da artık, alacaklı talep etmese (ya da etmemiş olsa) bile hem taşınır mallarının hem de taşınmaz mallarının satışını talep edebilecek ve bu talep, kanuni şartlara uygunsa icra müdürü tarafından yerine getirilmek zorunda olacaktır.

Nihayet doktrinde, borçlunun satış talep edebilmesi için alacaklıya satış isteme yetkisinin gelmiş olmasının şart olmadığı, alacaklıya satış isteme yetkisi gelmemiş olsa bile borçlunun bu hakkı kullanabileceği ifade edilmiştir. Zira hacizli malların satışının erken yapılmasında borçlunun menfaatinin olabileceği belirtilmiştir. Kaldı ki herhangi bir sürenin geçmesinde istifade hakkı olan borçlunun bu hakkını kullanmaktan vazgeçebileceği de (İİK m. 20) bu görüşe artı bir gerekçe olarak gösterilmiştir³⁶. Kanaatimizce de henüz alacaklıya satış isteme yetkisi gelmemiş olsa bile, borçlunun talebi ile hacizli malların satılabilmesinin mümkün olması gerekir. Nitekim İsviçre hukukunda da henüz alacaklıya satış isteme yetkisi gelmemiş olsa bile borçlunun taşınmaz mallarının satışını talep edebileceği hüküm altına alınmıştır (SchKG Art. 133/2). Ancak bu halde borçlunun talepte bulunması kendisinin olduğu kadar alacaklının da lehine olmalı, alacaklının menfaatlerini ihlal etmemelidir. Örneğin hacizli malın

³⁵ Bu yönde, NAMLI, s. 342.

³⁶ ERTURGUT, s. 56-57.

değeri sürekli artmakta ise icra müdürü borçlunun satış talebini reddedebilmelidir³⁷. Buna karşılık hacizli malın değeri düşmekte ise, zamanla malın daha az bir fiyata satılma olasılığı varsa, bu halde borçlunun satış talebi kabul edilebilmelidir. Dolayısıyla bu halde icra müdürünün bir takdir hakkının olması gerekir. Eğer icra müdürü bu takdir hakkını somut olayın özelliklerine uygun olarak kullanmazsa, menfaati ihlal edilen ilgili, onun bu takdirine karşı şikâyet yoluna (İİK m. 16 vd.) başvurabilecektir.

II. SATIŞ TALEBİNİN YAPILMASI

A. SATIŞ TALEBİNİN YAPILACAĞI YETKİLİ İCRA DAİRESİ

İcra ve İflas Kanunu'nda, satış talebinin hangi (neredeki) icra dairesine yapılacağına dair açık bir düzenleme yapılmamıştır. Esasen kanun koyucunun bu yönde açık bir düzenleme yapmasına da gerek yoktur. Çünkü, icra işlerinde birinci derecede görevli olan organ, icra örgütünün en önemli unsuru olan icra dairesidir. Esasen icra dairesi, alacaklının alacağını tahsil veya bir mahkeme hükmünün icrası bakımından gereken bütün işlemleri yapmaya yetkili resmi bir icra organıdır³⁸. Bu nedenle, satış talebinin de icra dairesine yapılacağı doğaldır³⁹. İcra dairesi dışında başka bir mercie (örneğin icra mahkemesine) yapılacak satış talebinin hukuken sonuç doğurmayacağı söylenebilecektir.

Satış talebinin yapılacağı yetkili icra dairesi bakımından da kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İİK'nun yetkiye ilişkin m. 50 hükmü takip taleplerinin yapılacağı yetkili icra dairesini belirlemeye yöneliktir. Ancak, satış icra takibinin başlamasından sonra, yani takip esnasında yapılan bir icra takip işlemidir. Yine satış talebi de takip esnasında yapılan bir taraf takip işlemidir. Takip talebinin yapılmasıyla yetkili icra dairesi belirlenmiş olacağına göre, bu takibe ilişkin bundan sonraki işlemlerin de söz konusu icra dairesine yapılması gerektiği açıktır. Dolayısıyla, satış talebinin yapılacağı (yöneltileceği) icra dairesi, icra takibini

³⁷ Esasen bu halde satış talebinde bulunması borçlunun da yararına olmayacaktır.

³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 58.

³⁹ Her ne kadar İİK'nun satış talebine ilişkin hükümlerinde, satış talebinin icra dairesine yapılması gerektiğinden söz edilmemiş ise de Kanunun bazı hükümlerinden bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bu bağlamda örneğin İİK m. 123 hükmünde taşınmazların, satış talebinden itibaren nihayet üç ay içinde *icra dairesi tarafından* satılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Satışı icra dairesi yapacağına göre, satış talebinin de icra dairesine yapılması gerektiği rahatlıkla söylenebilecektir.

yürüten icra dairesi olacaktır⁴⁰. Bu nedenle, haczedilen mal takibin yapıldığı yer dışında başka bir yer icra dairesinin yetki çevresinde olsa bile, yine de satış talebi, takibin yapıldığı (başlatıldığı) icra dairesine yapılmazdır. Diğer bir ifadeyle haczin istinabe suretiyle konulduğu hallerde, bu hacizli mallara ilişkin satış talebi istinabe edilen icra dairesine değil, istinabe eden icra dairesine yapılacaktır⁴¹. Ancak bu halde takibin yapıldığı icra dairesi, yetki çevresi dışında bulunan malın satışını, malın bulunduğu yer icra dairesinden isteyecek, yani o icra dairesini istinabe edecektir. Bu halde artırma ve ihaleye ilişkin şikâyetler, istinabe edilen icra dairesinin tabi bulunduğu icra mahkemesine yapılacaktır (İİK m. 360).

B. SATIŞ TALEBİNİN ŞEKLİ

Kanun koyucu, satış talebinin hangi şekilde yapılması gerektiği hususunda özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Dolayısıyla Kanunda bu konuda özel bir şekil şartı öngörülmediğine göre, satış talebinin yazılı olarak, tutanağa geçirilmiş (İİK m. 8/1) sözlü beyanla veya talepte bulunanın güvenli elektronik imzasının varlığı halinde UYAP üzerinden yapılması mümkündür⁴². Alacaklı ve/veya borçlu ya da bunların vekilleri tarafından imzalanmamış bir satış talebi geçerli olmayacaktır. Ortada açık bir satış talebi yoksa salt satış masraflarının avans olarak yatırılması, satış talebinde bulunulduğu anlamına gelmez ve bu halde hacizli mallar satılmaz⁴³. Dolayısıyla satış talebi hangi şekilde yapılırsa yapılsın, kesin ve

⁴⁰ ERTURGUT, s. 65; NAMLI, s. 352

⁴¹ ANSAY, s. 129; BELGESAY, s. 260; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 392; PEKCANITEZ/ ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 215; UYAR, Şerh, s. 2097; ERTURGUT, s. 65-66; NAMLI, s. 352.

⁴² POSTACIOĞLU, s. 444; ANSAY, s. 128; ÜSTÜNDAĞ, s. 288; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 392; MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 762; ERTURGUT, s. 64; NAMLI, s. 352-353; ASLAN, E. K, s. 32.

⁴³ "... İİK'nun 150/e maddesi uyarınca, alacaklı, taşınır rehlin satışını, ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde, taşınmaz rehlin satışını da, aynı tarihten itibaren bir yıl içinde isteyebilir. Satış, gösterilen müddetler içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddetler içinde yenilenmezse, takip düşer. Somut olayda icra emrinin borçluya 26.03.2014 tarihinde tebliğ edildiği, alacaklı tarafından ise 07.05.2015 tarihinde satış avansının yatırıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda icra emrinin tebliğinden itibaren 1 yıllık sürede satış istenmediğinden takip düşmüş olup, ihalenin ayrıca bu sebeple de feshi gerekmektedir...". Y. 12. HD, 30.5.2016, 6990/15110 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10.3.2023).

açık⁴⁴ olması gerekir; aksi halde satış yapılamaz. Alacaklının (ya da borçlunun) geçerli bir satış talebi olmadan icra müdürü borçlunun hacizli mallarını satamaz⁴⁵. Ayrıca satış talebinin herhangi bir şarta bağlanması da mümkün değildir. Şarta bağlı olarak yapılan satış talebi geçersizdir. Çünkü, icra müdürü, satış talebinin bağlandığı şartı incelemeye yetkili değildir⁴⁶. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki İİK'nunda alacaklının satış talebinin, borçluya bildirilip bildirilmeyeceği hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷. Bu nedenle, alacaklının satış talebinin borçluya bildirilmemesi, satış talebinin geçerli olması için şart değildir.

⁴⁴ "...Davacının icra dosyasına açtığı talepte "borçluya ait Muğla ili Datça İlçesi Güzne Mevkii 9.. parsel de kayıtlı taşınmazın Datça İcra Müdürlüğünün 2011/84 talimat sayılı dosyasına talimat yazılmasını talep ederim" şeklinde beyanda bulunduğu, 07.05.2013 tarihli beyanı satış iradesini içeren usulüne uygun, geçerli bir satış talebi olarak kabul edilemeyeceği ve hukuki bir sonuç doğurmayacağı gibi, aynı taşınmaz hakkında daha önceki bir tarihte gerçekleştirilen ihalenin feshine dair icra mahkemesi kararı kesinleşmeden icra müdürlüğüne, alacaklı vekilinin bahsi geçen talebine istinaden satış kararı verilerek satışın gerçekleştirilmiş olması da usulsüzdür. O halde mahkemece şikâyetin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekir..." Y. 12. HD, 14.1.2014, 34291/381 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10.3.2023).

⁴⁵ "...Tutuklu olan borçluya icra dairesince İİK'nin 54/1. maddesine göre bir temsilci tayin etmesi için mehil verilip neticesine göre tebliğ işlemleri gerçekleştirilerek takibe devam edilmesi gerektiği, eldeki davada bu eksiklik sonradan ikmal edilmiş ise de; alacaklının satış istemi bahsi geçen yasa maddesinin uygulanmasından önce olduğundan bu talebin yok hükmünde olduğu ve bundan sonra yapılmış bir satış istemi de bulunmadığından yok hükmündeki satış talebi uyarınca yapılan ihalenin usulsüz olduğu gözetilerek mahkemece şikâyetin kabulü ile şikâyete konu ihalelerin feshine karar verilmelidir..." Y. 12. HD, 3.11.2016, 17855/22915 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10.3.2023).

⁴⁶ POSTACIOĞLU, s. 444; BERKİN, s. 124; AKYAZAN, Sıtkı: Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959, s. 8; ARSLAN, Ramazan. İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s. 35; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 392; NAMLI, s. 353; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 215; ERTURGUT, s. 64; ASLAN, E. K, s. 32. Bu bağlamda Yargıtay da kıymet takdirine yönelik olarak yapılan taleplerin ve satışa esas olmak üzere taşınmazın imar durumunun celbinin talep edilmesinin satış talebi anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Örneğin bkz. Y. 12. HD, 9.7.2012, 16781/24213 (www.uyar.com, Erişim Tarihi: 12.3.2023). Ancak doktrinde Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilmiş ve kıymet takdiri yapılmasına yönelik talebin, satış talep etme iradesini de ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Bkz. KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 603; NAMLI, s. 353.

⁴⁷ Ancak İsviçre hukukunda SchKG Art. 120 hükmüne göre, alacaklının satış talebinin üç gün içinde borçluya bildirilmesi zorunludur. Hukukumuz bakımından da satış

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, alacaklının, satış talebini, borçlunun haczedilmiş bütün mallarına yönelik olarak yapması gerekir; bu talebin bazı mallara özgülenmesi mümkün değildir. Buna göre alacaklı, borçlunun hacizli⁴⁸ mallarının sadece bir kısmının satışını isteyemez. Zira icra müdürü, satışa, alacak karşılanıncaya kadar devam eder. Nitekim haciz esnasında zaten borca yetecek kadar mal haczedilmiştir. Bu nedenle hangi malların satılacağı belirtilerek bir satış talebinde bulunulamaz⁴⁹. Doktrinde aksi yönde olan bir görüşe göre ise, alacaklının satış talebini belirli mallara özgülemesi, sadece belirli malların satışını talep etmesi mümkün olmalıdır. Çünkü Kanunda bu konuda yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁰.

Kanaatimizce de alacaklının, satış talebini, borçlunun hacizli bütün mallarına yöneltmesinin zorunlu olması, bu talebin bazı mallara özgülenmesinin mümkün olmaması gerekir. Çünkü her ne kadar Kanunda bunu yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamakta ise de buna imkân veren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Esasen, icra müdürü haciz esnasında borca yetecek kadar mal haczedtiğine göre, ancak hacizli bütün malların paraya çevrilmesi halinde alacağın karşılanması mümkün olabilir. Zaten satış da alacak karşılanıncaya kadar yapılacak, alacak karşılandığı anda satış tatil edilecektir (İİK m. 109). Alacaklının, hacizli mallardan sadece bazılarının satışını talep etmesi halinde şöyle bir sorun da ortaya çıkabilir: Satış talep edilen malların alacağı karşılamanması halinde, alacaklı talep etmediği sürece icra müdürü tarafından diğer hacizli malların satışını yapamayacaktır. Alacaklının diğer hacizli mallar için ayrıca satış talebinde

talebinin borçluya bildirilmesi, borçluya, hacizli mallarının satışına engel olabilme imkânı verilmesi bakımından yararlı olacaktır. Ancak icra hukuku uygulamamızda, satış ilanının borçluya tebliğ edilmesi esası benimsendiği için, borçlunun söz konusu imkânı sahip olduğu söylenebilir. Böylece borçlu, satış ilanının tebliği üzerine borcunu ödeyerek hacizli mallarının satılmasına engel olabilir. Bu konuda bkz. **KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C. 2, 3. Baskı, Ankara 1990, s. 1176; **ARSLAN**, s. 35; **ERTURGUT**, s. 65; **ASLAN**, E. K, s. 34.

⁴⁸ Aynı şekilde, taşınmaz rehlinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, alacak için birden fazla taşınmaz rehnedilmişse, rehlin paraya çevrilmesi talebi, rehlinli bütün taşınmazlar hakkında yapılır. Bununla birlikte icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir (TMK m. 873/3).

⁴⁹ **KURU**, C. 2, s. 1176; **ARSLAN**, s. 34-35; **ERTURGUT**, s. 64; **ASLAN**, E. K, s. 34. Kanaatimizce alacaklı bu şekilde bir satış talebinde bulunmuş olsa bile, bu talep geçersiz olmamalı, hacizli bütün malların satışına yönelik bir talep olarak kabul edilmelidir.

⁵⁰ Bkz. **NAMLI**, s. 354.

bulunması gerekecektir. Ancak bu arada o mallar için satış isteme süresinin geçmesi gibi bir tehlike söz konusu olabilecektir. Hacizli bütün malların paraya çevrilmesi talep edildiğinde, öncelikle hangi malın satışının yapılacağına icra müdürü karar verecektir⁵¹. Örneğin, bir hacizli malın değeri o arada artmış ve tek başına o malın satışı alacağı karşılayabilecek durumda ise yalnız onun satışı yapılabilecek, alacak da karşılanmışsa diğer malların satışı yapılmayacaktır.

Öte yandan İİK m. 128'e, 7101 sayılı Kanunla⁵² eklenen 5 inci fıkra hükmüne de değinmek gerekir. Adı geçen hüküm şöyledir: *"Ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün hâlinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve haklar bir bütün olarak paraya çevrilir"*⁵³. Kanaatimizce bu hüküm⁵⁴, alacaklının bu mallar hakkında satış talebini nasıl yapacağına yönelik değildir. Söz konusu hüküm alacaklıdan ziyade, satışı yapacak olan icra müdürüne yönelik bir düzenleme içermektedir. Bu halde alacaklının, ekonomik bütünlük arz eden ve birlikte satıldığı

⁵¹ Bu arada İİK m. 128/4 hükmünde yer alan düzenlemeye de değinmek gerekir. Bu hükme göre *"Satışa çıkarılan taşınmazda eklenti niteliğinde teşvikli mal varsa icra müdürlüğü bu malların kıymetini ayrıca takdir ettirir. Satıştan önce ilgili kurumlardan bu mallar üzerindeki vergi, resim, harç gibi yükümlülükler sorulur. Satış isteyen alacaklının talebi üzerine bu mallar satış dışında tutulabileceği gibi, üzerlerindeki vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları dikkate alınarak 129 uncu madde hükümlerine göre taşınmazla birlikte ihale de edilebilir"*. Belirtmek gerekir ki, satışı istenen hacizli taşınmazda bu hükümde belirtilen eklenti niteliğinde teşvikli mal olsa bile, alacaklı bu mallar da dâhil, hacizli malların tamamının satışını talep etmelidir. Madde metninde geçen "... satış isteyen alacaklının talebi üzerine bu mallar satış dışında tutulabileceği gibi..." ifadesinden, bu malların satışının talep edilmeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Alacaklı bu nitelikteki malların da satışını talep edecek, ancak satış talebinden sonra, bu mallar, satışı yapacak icra dairesi tarafından satış işlemi dışında tutulabilecektir. Alacaklının buradaki talebi, daha önce satış talebinde bulunduğu bu malların şimdi satış işleminden hariç bırakılması talebidir.

⁵² Bkz. "İcra Ve İflâs Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" RG, 15.3.2018, Sayı: 30361.

⁵³ Bu hükmün gerekçesinde, borçluya ait hacizli malların birlikte satılmasının talebi artıracığı, ayrı ayrı satımına göre daha yüksek bedel elde edilmesinin beklendiği hallerde bu malların birlikte satılmasına izin verilmesinin alacaklı ve borçlu yararına olacağı ifade edilmiştir.

⁵⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **KARABULUT**, Ayşe Kübra. "Yargı Kararları Işığında Ticari Ve Ekonomik Bütünlük Arz Eden Ya Da Bir Bütün Hâlinde Satıldığı Takdirde Daha Yüksek Gelir Elde Edileceği Anlaşılan Mal Ve Haklar Kavramı", TBB Dergisi, 2021/152, s. 187-218.

takdirde daha yüksek gelir elde edeceği muhakkak olan malların⁵⁵ satışına yönelik ayrı bir satış talebinde bulunması mümkün olmadığı gibi, sadece bu mallara yönelik bir satış talebinde bulunması da mümkün değildir. İİK m. 128/5 hükmünün uygulanmasının söz konusu hallerde alacaklının, yine hacizli malların tamamına yönelik olarak satış talebinde bulunması gerekir. Ancak bu talep yapıldıktan sonra, hacizli mallar arasında m. 128/5 hükmüne uyan mallar varsa, icra müdürü bunların satışını birlikte yapacaktır. Kanun adı geçen hükümdeki koşulları taşıyan malların bulunması halinde, bunların satışının ayrı ayrı yapılması hususunda icra müdürüne bir takdir hakkı vermemiştir. Aksine, bu hükümde geçen koşulları taşıyan malların bulunması halinde icra müdürü malların satışını birlikte yapmak zorundadır. Aksi takdirde ilgililerin şikâyet yoluyla yapılan ihalenin feshini istemesi mümkün olacaktır⁵⁶.

III. SATIŞ TALEBİNDE BULUNMA SÜRESİ

Hacizli mallar bakımından satış talebinde bulunma süresi⁵⁷, İİK m. 106 hükmünde düzenlenmiştir. İİK m. 106/1 hükmüne göre “Alacaklı veya borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını isteyebilir”. Satış talebinde bulunma süresine ilişkin bu hüküm, 7343 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Hüküm değişiklikten önceki hali ise şöyleydi: “Alacaklı haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir”. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 7343 sayılı Kanundan önce İİK m. 106/1 hükmünde 6352 sayılı Kanun⁵⁸ ile de değişiklik yapılmıştı. Bu Kanun ile yapılan değişiklikle taşınurlar için öngörülen satış isteme süresi bir yıldan altı aya, taşınmazlar için öngörülen satış isteme süresi ise iki yıldan bir yıla indirilmişti⁵⁹. 7343 sayılı Kanunla satış isteme süresi bakımından yapılan değişikliğin gerekçesinde, satış isteme sürelerinin yeknesak hale getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

⁵⁵ Her ne kadar İİK m. 128/5 hükmü taşınmazların satışına ilişkin hükümler arasında yer alsada da, bu hükmün taşınır malların satışını bakımından da uygulanabileceği hakkında bkz. **KARABULUT**, s. 208 vd.

⁵⁶ **KARABULUT**, s. 214.

⁵⁷ Bu konuda bkz. **UYAR**, Talih: “Hacizli Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Süresi”, Bursa Barosu Dergisi, 1988/2, S. 32, s. 13-22.

⁵⁸ Bkz. RG, 5.7.2012, Sayı: 28344.

⁵⁹ Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, icra takibinin daha kısa sürede sonuçlanmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu satış isteme sürelerine değişik tarihlerde bazı müdahalelerde bulunmuştur. Önce satış isteme süreleri kısaltılmış, daha sonra ise yeknesaklığı sağlamak amacıyla taşınurlar bakımından, satış isteme süresi altı aydan bir yıla çıkartılmıştır. 7343 sayılı Kanun değişikliği ile hem taşınır hem de taşınmazlar bakımından satış talep etme süresinin bir yıl olarak düzenlenmesiyle, satış isteme süreleri bakımından bir yeknesaklık sağlandığı açıktır⁶⁰. Kanaatimizce, yapılan değişiklik bu açıdan yerinde ve isabetlidir. Zira bu sürelerin birbirinden farklı olmasının haklı bir gerekçesi yoktur. Ancak, yeknesaklığın farklı bir şekilde sağlanması da mümkün olabilirdi. Özellikle 6352 sayılı Kanunla satış isteme süreleri kısaltılmış ve değişikliğin, icra takibinin daha kısa sürede sonuçlanması amacına yönelik olarak yapıldığı ifade edilmiştir ki o zaman yapılan değişiklik isabetliydi.

Ancak 7343 sayılı Kanunla, her ne kadar taşınmazlar bakımından süre aynı kalsa da taşınurlar bakımından süre altı aydan bir yıla çıkartılmak suretiyle yeniden artırılmıştır. Bu açıdan yapılan değişikliğin yerinde olmadığı söylenebilir. Kanaatimizce, amaç icra takibinin sürünce mede kalmasını önlemek ya da daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlamak ise (ki takip sayısının oldukça fazla olduğu ülkemizde bu amaç halen varlığını korumaktadır) taşınır ve taşınmazlar bakımından sürenin altı ay olarak düzenlenmesi ve yeknesaklığın bu şekilde sağlanması daha isabetli olurdu. Diğer bir ifadeyle, taşınurlar için öngörülen sürenin bir yıla çıkartılması yerine, taşınmazlar için öngörülen sürenin altı aya indirilmesi amaca daha uygundur. Çünkü, satış talebinin belirli bir süre ile sınırlandırılması borçlunun yararını koruma amacına yöneliktir⁶¹. Zira satış talep edilen mal üzerine haciz konulmuş ve böylece borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır (İİK m. 86/1; m. 91). Borçlunun tasarruf hakkını

⁶⁰ Ancak kanun koyucu aynı tercihi rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde yapmamış, bu takip yolundaki satış isteme sürelerini değiştirmemiştir. Nitekim İİK m. 150/e hükmüne göre “*Alacaklı, taşınır rehlin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde, taşınmaz rehlin satışını da aynı tarihten itibaren bir yıl içinde isteyebilir*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere burada taşınır ve taşınmazların satışını isteme süresi bakımından bir yeknesaklık sağlanmamıştır. Oysa kanun koyucunun rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de satış isteme süreleri bakımından yeknesaklık sağlaması uygun olurdu. Ayrıca bu takiplerde haciz aşaması bulunmadığı için satış isteme sürelerinin ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren başlayacağını belirtmek gerekir. Bu konuda bkz. **ERTURGUT**, s. 72-73; **NAMLI**, s. 359; **ASLAN**, E. K, s. 40-41.

⁶¹ **BELGESAY**, s. 260; **ANSAY**, s. 129; **ARSLAN**, s. 35; **ERTURGUT**, s. 67.

kısıtlayan böyle bir işlemin belli olmayan bir zaman için etkilerini sürdürmesi kabul edilemez⁶². Kaldı ki borçlunun hacizli mallarının bir an önce paraya çevrilmesi suretiyle hakkındaki takipten kurtulmasında yararı bulunmaktadır.

Diğer taraftan, satış talebi hakkında alacaklı için belli bir süre öngörülmesinin, aynı zamanda bu süre içinde borçluya, borcunu ödeyerek hacizli mallarının satılmasını önleme olanağı verdiği de kabul edilmelidir. Eğer bu süre çok kısa⁶³ olur, alacaklı satış talebinde bulunmak zorunda bırakılırsa, bu kez de borçlu söz konusu olanaktan mahrum bırakılmış olacaktır. Ancak bu son belirtilen durum tamamen alacaklının inisiyatifinde olan bir durumdur. Çünkü hukukumuzda, alacaklının haczin konulduğu tarihten itibaren hemen hacizli malın satışını istemesi ve borçluyu bu olanaktan mahrum bırakması mümkündür⁶⁴. Oysa İsviçre hukukunda bu konuda borçluyu koruyucu hükümler sevk edilmiştir. Şöyle ki SchKG Art. 116 hükmüne göre, alacaklı, taşınır mallar ile alacaklar ve diğer hakların satışını, hacizden itibaren en erken bir ay sonra ve en geç bir yıl içinde; taşınmaz malların satışını ise hacizden itibaren en erken altı ay ve en geç iki yıl içinde talep edebilir. Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucusunun, belli bir süre alacaklıya satış isteme hakkı tanımayarak, borçluya bu süre içinde borcunu ödeyerek hacizli mallarının satışına engel olma fırsatı verdiği ve böylece onu korumayı amaçladığı açıkça görülmektedir. İsviçre hukukunda asgari sürenin bir “düşünme süresi” olduğu, buna karşılık azami sürenin ise emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Ancak düşünme süresi alacaklı bakımından bağlayıcı olup, borçlunun bu süre içinde de hacizli mallarının satışını talep etmesi mümkündür. Nitekim SchKG Art. 124'e göre, henüz alacaklı satış isteme

⁶² BELGESAY, s. 260; AKYAZAN, s. 8; ERTURGUT, s. 67; ASLAN, E. K, s. 39.

⁶³ Sürenin çok uzun olması halinde, bu kez alacaklının satış talep etmeyerek ya da bu talebi çok geç yaparak borçlunun mallarının uzun bir süre hacizli olarak kalmasına neden olması mümkündür. Ancak 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106/1 hükmünde borçluya da satış talep etme hak ve yetkisinin açıkça verilmesiyle birlikte, borçlunun, satış talebinde bulunarak bu tehlikeyi bertaraf etmesinin mümkün olduğunu da belirtmek gerekir.

⁶⁴ ARSLAN, s. 35; UYAR, Süre, s. 15; ASLAN, E. K, s. 40.

⁶⁵ NAMLI, s. 356 (naklen).

hak ve yetkisine sahip olmasa bile, borçlunun talebi halinde hacizli malın⁶⁶ satışı yapılabilir. Doktrinde, Türk hukukunda da İsviçre hukukundaki gibi düşünme süresi konulmasının, isabetli olacağı ileri sürülmüştür⁶⁷.

Kanunda öngörülen bir yıllık satış isteme süresi hacizden⁶⁸, yani haczin kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır⁶⁹. Burada öngörülen bir yıllık satış isteme süresi “hak düşürücü” nitelikte bir süredir⁷⁰. Bu nedenle

⁶⁶ Ancak taşınmaz malların bu halde satılabilmesi için sadece borçlunun talebi yeterli değildir. Ayrıca diğer bütün rehinli alacaklılar ile haciz alacaklılarının da buna muvafakat etmesi gerekir (SchKG Art. 133/2). Fakat taşınmaz mallar ile alacaklar ve diğer haklar bakımından bu şekilde bir şart söz konusu değildir.

⁶⁷ Bkz. NAMLI, s. 358.

⁶⁸ İİK m. 106/1 c. 2 hükmüne göre “Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı da bu hükme tabidir”. Ancak alacakların paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağına göre bu halde, alacağın dosyaya celbinin istenmesi satış talebi yerine geçer ve satış isteme süresi de bu tarihten itibaren işlemeye başlar. “... Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu... 8. İcra Dairesi'nin 2011/11595 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de, **mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekir.** Hal böyle olunca, haciz konulan takip dosyasında, 14.4.2016 tarihinde tahsilat yapılmış olup, bu tahsilat ile para istenebilir hale geldiğinden, bu tarihten itibaren şikâyet tarihi olan 27.6.2016 tarihine kadar 6 aylık paranın celbi süresinin dolmadığı görülmektedir. O halde mahkemece, şikâyetin, İİK'nun 106. maddesinde düzenlenen sürenin, haczedilen paranın istenebilir hale geldiği tarihten itibaren şikâyet tarihine kadar dolmamış olduğu gerekçesiyle kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile kabulü isabetsiz ise de, sonuçta istem kabul edildiğinden sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmiştir...”. Y. 12. HD, 6.4.2017, 85/5611: aynı yönde, Y. 12. HD, 19.4.2016, 9010/11603: Y. 12. HD, 10.3.2022, 8798/3018 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 12.3.2023).

⁶⁹ “... İİK'nun 106. maddesi uyarınca alacaklı haciz tarihinden itibaren haczedilen malların bir yıl taşınmazların ise iki yıl içinde satışını talep etmek zorundadır. **Satış isteme süresi kesin haciz tarihinde başlar ve İİK'nun 97/3. maddesi uyarınca istihkak davası açılması halinde bu dava süresince satış isteme süreci işlemez...**”. Y. 12. HD, 2.6.2011, 30597/11347 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 12.3.2023).

⁷⁰ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 280; “... Yukarıda da belirtildiği üzere, satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olduklarından icra memuru tarafından re'sen gözönünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde icra memurunun bu işlemi süresiz şikâyete tabidir. Bu durumda mahkemece, İİK'nun 110. maddesi gereğince ihale tarihinde anılan menkul üzerindeki haczin kalktığı gözetilerek, geçerli bir haciz

satış talebinin süresinde yapıp yapılmadığı icra dairesi tarafından resen gözetilmelidir⁷¹. Ayrıca bu sürenin İİK m. 20 hükmü nedeniyle tarafların yapacağı bir sözleşmeyle değiştirilmesi de mümkün değildir⁷². İİK m. 106 hükmünde geçen “hacizden itibaren” ifadesinin anlamı, haciz kararının verildiği ya da haciz kararının taraflara tebliğ edildiği tarih değil, bizzat kesin haczin icra edildiği, yani uygulandığı tarihtir⁷³. Bu bağlamda örneğin taşınmaz hacizlerinde haczin tapu siciline işlenmesi kurucu değil açıklayıcı niteliktedir. Dolayısıyla taşınmazlar bakımından bir yıllık satış isteme süresi, haczin tapu siciline işlendiği tarihten itibaren değil, haczin tamamlandığı tarihten itibaren başlayacaktır⁷⁴. Diğer taraftan geçici haczin ve ihtiyati haczin söz konusu olduğu hallerde, satış isteme süresi bu hacizlerin konulduğu tarihten itibaren değil, bu hacizlerin kesin hacze dönüştüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁷⁵. Ayrıca, kesin hacizden itibaren işleyecek sürenin geçip geçemediği, ilk satış talebi tarihine göre belirlenecektir⁷⁶.

olmaksızın yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi isabetsizdir...”. Y. HGK, 4.3.2015, 1284/890 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 13.3.2023).

⁷¹ UYAR, Şerh, s. 2099; NAMLI, s. 358.

⁷² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 282.

⁷³ KURU, C. 2, s. 1177; AKYAZAN, s. 8; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNĞURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 217; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 280; NAMLI, s. 356; ERTURGUT, s. 67; ASLAN, E. K, s. 39.

⁷⁴ NAMLI, s. 356. Yargıtay da örneğin, taşınmaz hacizlerinde satış isteme süresinin, haczin tapu siciline şerh verildiği tarihten itibaren değil, icra dairesince taşınmazın haczi için tapu sicil müdürlüğüne haciz müzekkeresinin yazıldığı tarihten itibaren başladığına karar vermiştir. Y. 12. HD, 1.6.2017, 16051/8674 (www.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 13.3.2023).

⁷⁵ MUŞUL, İcra, s. 761; NAMLI, s. 357.

⁷⁶ “... İcra takip dosyasının incelenmesinde, taşınmazın tapu kaydına 16.08.1999 tarihinde haciz konulduğu ve bu sırada taşınmazın borçlu adına kayıtlı olduğu, temlik eden takip alacaklısı... tarafından 31.07.2001 tarihinde satış istenerek, satış masrafının dosyaya yatırıldığı görülmüştür. Buna göre haciz tarihi itibarı ile yürürlükte olup olayda uygulanması gereken İİK. nun 106.maddesinde öngörülen iki yıllık yasal sürede satış istenmiş olup, **dairemizin değişen içtihatlarına göre anılan maddede düzenlenen sürenin hesabında hacizden itibaren ilk satış talebinin tarihi esas alınacağından**, haciz düşmemiştir. Şu hale göre 16.08.1999 tarihli ilk haciz geçerli olup, şikâyetçi-3. kişi taşınmazı bu hacizle yükümlü olarak satın almış olmakla, mahkemece anılan hacze yönelik şikâyetin reddi yerine onu da kapsar şekilde haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir...”. Y. 12. HD, 30.3.2016, 703879468 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 13.3.2023).

Hacze iştirakin söz konusu olduğu hallerde, satış isteme süresinin hangi andan itibaren başlayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre bu halde satış isteme süresi, sonuncu ilave haciz tarihinden itibaren başlamalıdır⁷⁷. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise bu halde satış isteme süresi, ilk haciz tarihinden itibaren başlamalıdır⁷⁸. Çünkü Kanuna göre hacze aynı derecede iştirak eden alacaklılardan her biri dâhil olduğu derece namına satış talep edebilmektedir. Eğer bu halde son haciz tarihi esas alınırsa, kanunda öngörülen satış isteme süresi özellikle ilk haciz bakımından değiştirilmiş (uzatılmış) olacak, bu ise İİK m. 20 hükmüne aykırı düşecektir⁷⁹.

Nihayet belirtilmesi gereken bir husus da alacaklının kanunda belirtilen süre içinde gerekli koşullara uygun olarak yani geçerli bir satış talebinde bulunmasının yeterli olmasıdır. Alacaklının kanuni süre içinde satış talebinde bulunması halinde, satışı istenen hacizli malın bu süreler içinde satışının gerçekleştirilmiş olması şart değildir⁸⁰. Ayrıca alacaklının kanuni süre içinde yaptığı satış talebi üzerine yapılan ihalenin daha sonra feshedilmesi, satış talebinin geçersiz olmasına neden olmayacaktır⁸¹.

⁷⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 289

⁷⁸ BELGESAY, s. 260; ERTURGUT, s. 66; NAMLI, s. 357; ASLAN, E. K, s. 40.

⁷⁹ ERTURGUT, s. 66; NAMLI, s. 357; ASLAN, E. K, s. 40.

⁸⁰ "...Bu durumda, ilk satış talebi yasal süresinde yapıldığına ve satış talebinin geri alınması da sözkonusu olmadığına göre, sonradan iki yıllık sürede satış istenmemiş olması sonuca etkili olmayıp, yasada belirtilen sürenin satış talebi için öngörülmüş olması karşısında; satışın aynı süre içerisinde yapılmamış olması, usulüne uygun satış talebini ortadan kaldırmadığı gibi takibin İİK'nun 150/e maddesi gereğince düşmesi sonucunu doğurmaz...". Y. 12. HD, 19.4.2016, 4508/11575; aynı yönde, Y. 12. HD, 17.4.2018, 30202/3219; Y. 12. HD, 22.10.2020, 7008/9085 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 14.3.2023).

⁸¹ "...Alacaklının, bonoya dayalı olarak başlattığı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte icra müdürlüğüne satış talebinin reddine dair işleminin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, satış talebinin yasal süre geçtikten sonra yapıldığı gerekçesi ile şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Olayda, taşınmazların 03/03/2008 tarihinde ihtiyaten haczine karar verildiği ve haczin 18/03/2008 tarihinde kesinleştiği, alacaklının yasal sürede 15/03/2010 tarihinde hacizli taşınmazların satışının yapılmasını talep ettiği, yine aynı gün 2.000,00 TL satış avansının dosyaya yatırıldığı görülmektedir. Sonraki aşamalarda, icra mahkemesince, gerçekleşen ihalenin feshine karar verilmesi yasal sürede yapılan satış talebinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi asliye hukuk mahkemesinin menfi tespit davasında verdiği takibin durdurulması yönündeki tedbir kararı da satış talebinin geçerliliğini etkilemez. Mahkemece, alacaklı tarafından, kesin haciz tarihinden itibaren İİK.nun 106. maddesinde öngörülen yasal iki yıllık sürede satış talep edilerek

IV. SATIŞ TALEBİNDE BULUNMA SÜRESİNİN İŞLEMEEYECİĞİ DURUMLAR

Kanunda öngörülen bazı hallerde satış isteme süresi işlememekte, yani satış isteme süresi belli bir süre boyunca durmaktadır. Bu haller kısaca şunlardır.

A. İHTİYATİ HACİZ VE GEÇİCİ HACİZDE

Bilindiği üzere, alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisinin gelmediği bir dönemde, İİK m. 257’de belirtilen koşulların⁸² varlığı halinde, alacaklı borçlunun mallarına ihtiyati haciz konulmasını talep edebilir. Esasında bir nevi teminat niteliğinde olan ihtiyati haczin işlevi, haczedilen malların borçlunun malvarlığı içinde kalmasını sağlamaktır. İhtiyati haciz alacaklıya satış ve paylaşırma giderleri dışında herhangi bir rüçhan hakkı vermez (İİK m. 268/2, 3). Alacaklının ihtiyaten haczedilen şeyler üzerinde bir aynı hakkı da bulunmadığı gibi ihtiyati hacizde sadece borçlunun malvarlığını el konulmakta ve bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmaktadır⁸³. Her ne kadar ihtiyati haciz kesin haczin hukuki sonuçlarına tabi ise de (İİK m. 261/2) onunla tam olarak aynı sonuçları meydana getirmez, yani alacaklıya aynı hakları bahşetmez. İşte kesin hacizden farklı olarak, ihtiyati haczin alacaklıya bahşetmediği haklardan biri de haczedilen malların satışını talep etmektir⁸⁴. Bir başka ifadeyle ihtiyaten haczedilen malların satılmaması esastır⁸⁵. İhtiyati haciz ancak onu tamamlayıcı merasim çerçevesinde ancak kesin hacze dönüştüğü takdirde⁸⁶

bir miktar satış avansı dosyaya yatırıldığından, takip dosyası safahatında ayrıca satış talebinin geri alınması veya düşmesi durumu da gerçekleşmediğinden şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekir...”. Y. 12. HD, 29.2.2016, 30239/5574 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 14.3.2023).

⁸² Bu koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 101 vd.

⁸³ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 289.

⁸⁴ ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 290.

⁸⁵ Bununla birlikte doktrinde, İİK m. 113/2 de belirtilen hallerde ihtiyaten haczedilen malların icra dairesi tarafından satılabileceği savunulmaktaydı. Bkz. ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 290. Nitekim İİK’na 3222 sayılı Kanunla eklenen 108/2 hükmüne göre “Muvakkaten veya ihtiyaten haczedilen mallar ancak 113 üncü maddenin son fıkrasında yazılı hallerde satılabilir”. Buna göre ihtiyaten haczedilen malın kıymeti süratle düşüyorsa veya muhafazası masraflı ise bu mallar icra dairesi tarafından resen satılabilecektir. NAMLI, s. 336.

⁸⁶ İhtiyati haczin kesin hacze nasıl dönüşeceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 361 vd.

(İİK m. 264) alacaklıya satış isteme yetkisi verir. Zira daha önce de belirtildiği üzere ancak kesin haciz sahibi alacaklı satış talep edebilir. O halde, ihtiyati haciz ancak kesin hacze dönüşmesi halinde alacaklıya satış isteme yetkisi vereceğine göre, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmedikçe doğal olarak satış isteme süresi de işlemeyecektir⁸⁷. Alacaklı ve borçlu⁸⁸ için bir yıllık satış isteme süresi ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesiyle birlikte başlayacaktır⁸⁹.

Benzer durum geçici (muvakkat) haciz bakımından da geçerlidir. Bilindiği üzere, itirazın geçici olarak kaldırılmasına karar verilmesi halinde, alacaklı borçlunun malları üzerine geçici haciz konulmasını talep edebilir. Nitekim İİK m. 69/1'e göre *"İtirazın muvakkaten kaldırılmasına karar verilir ve ödeme emrindeki müddet geçmiş bulunursa alacaklının talebi ile borçlunun malları üzerine muvakkat haciz konur"*. Geçici haciz de tıpkı ihtiyati haciz gibi alacaklıya satış talep etme yetkisi vermez. Nitekim İİK m. 108/1 hükmüne göre, *"Haczi muvakkat olan alacaklı satış talebinde bulunamaz ve hakkında 106 ncı maddedeki müddetler cerayan etmez"*.

Geçici haczin alacaklıya satış isteme yetkisi verebilmesi için kesinleşmesi gerekir. Buna göre *"İtirazın muvakkaten kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, takibin yapıldığı mahal veya alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde borçtan kurtulma davası açabilir"* (İİK m. 69/2). İşte alacaklı bu süre içinde borçtan kurtulma davası açmazsa, geçici haciz kendiliğinden kesin hacze dönüşür ve bu tarihten itibaren alacaklı için satış isteme süresi işlemeye başlar. Borçlu yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açar ve bu davayı kaybederse, itirazın geçici kaldırılması kararı kesin kaldırma kararına dönüşür ve daha önce konulmuş olan geçici haciz de kendiliğinden kesin hacze dönüşür. Geçici haczin bu şekilde kesin hacze dönüşmesiyle birlikte alacaklı için satış isteme süresi

⁸⁷ Yargıtay'a göre de *"... Satış isteme süresi, İcra İflas Kanunu'nun 264/son maddesinde öngörülen ihtiyati haczin kesin hacze dönüştüğü tarihten itibaren başlar. Somut olayda ihtiyati haciz 10.08.2009 tarihinde kesin hacze dönüşmüş olup, haciz tarihi itibarıyla uygulanması gereken İİK'nun 106. maddesi hükmü uyarınca; satışın talep edildiği 12/07/2011 tarihinde henüz (2) yıllık satış isteme süresinin geçmediği görülmektedir..."*. Y. 12. HD, 5.3.2015, 1570/4855 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 14.3.2023).

⁸⁸ İİK m. 106/1 hükmünde 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra artık borçlunun önce ihtiyati olarak haczedilen ve daha sonra kesin hacze dönüşen malların satışını da isteyebileceğinde tereddüt olmamak gerekir.

⁸⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 359; ERTURGUT, s. 67; NAMLI, s. 336-337; ASLAN, E. K, s. 43.

de başlamış olur ve alacaklı satış talep edebilir. Bunun için borçtan kurtulma davasında verilen kararın kesinleşmesine gerek yoktur⁹⁰. Nitekim bu husus Kanunda “*Borçlu yukarıda yazılı müddet içinde dava etmez veya davası reddolunursa itirazın kaldırılması kararı ve varsa muvakkat haciz kesinleşir*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir (İİK m. 69/3). O halde borçlu, aleyhine verilen karara karşı kanun yoluna başvurmuş olsa bile, alacaklı borçlunun hacizli mallarının satışını talep edebilir. Çünkü verilen karara karşı kanun yoluna (öncelikle istinaf yoluna) başvurulmuş olması, kararın icrasına engel olmaz. Ancak bu durumda İİK m. 69/4 hükmüne göre “*Davanın reddi hakkındaki karara karşı istinaf yoluna başvuran borçlu, ayrıca 36 ncı madde hükümlerini yerine getirmek şartıyla, icra dairesinden mühlet isteyebilir*”.

B. TAKSİTLE ÖDEME SÖZLEŞMESİNİN VARLIĞI HALİNDE

İcra hukukunda, belirli şartların varlığı halinde borçlu takip konusu borcunu taksitle ödeme imkânına sahiptir⁹¹. Hacizden⁹² önceki⁹³ bir aşamada borcun taksitle ödenebilmesi, bunu ancak alacaklının kabul etmesi şartıyla mümkündür. Borçlunun teklifi ne olursa olsun, alacaklı bu teklifi kabul etmediği takdirde, borçlu hacizden önce borcunu taksitle ödeyemez.⁹⁴ Bunun yanında, taksitle ödeme sözleşmesinin; takibin tarafları

⁹⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 270.

⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. VAROL, Gökçe: İcra Hukukunda Borcun Taksitle Ödenmesi, Ankara 2021, s. 24 vd.; KIZILHİSAR, Emrah. Borcun Taksitle Ödenmesine Yönelik Taahhüt ve Sözleşmeler, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 42 vd.

⁹² Buradaki hacizden maksat kesin hacizdir. Dolayısıyla geçici haciz ya da ihtiyati haciz esnasında yapılan taksitle ödeme taahhüdünün geçerli olmadığı kabul edilmektedir. KURU, El Kitabı, s. 609, dn. 3; VAROL, s. 81-82.

⁹³ Esasında hacizden önceki bir aşamada borcun taksitle ödenebilmesi hususu İİK’da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrin, açık düzenleme olmamasının, hacizden önce borcun taksitle ödenmesinin mümkün olmayacağı anlamına gelmediğini, nitekim İİK m. 78/2 ve İİK m. 340 hükümlerinin de bu düşüncüyü desteklediğini haklı olarak kabul etmektedir. Bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 212; VAROL, s. 61.

⁹⁴ KURU, El Kitabı, s. 609, s. 614; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 383; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 212; VAROL, s. 77. Ancak İİK m. 111 hükmüne 7343 sayılı Kanunla eklenen 4 üncü fıkraya göre “*Borçlunun borcunu muntazam taksitlerle ödemeyi taahhüdü veya alacaklı ile borçlunun hacizden önce ya da hacizden sonra borcun taksitlendirilmesi için yapacakları sözleşme nedeniyle icra dairesinde düzenlenecek tutanak veya kâğıt, damga vergisinden istisnadır*”. Görüldüğü üzere bu hükümde hacizden önceki bir aşamada alacaklı ile borçlunun taksitle ödeme sözleşmesi yapabileceklerinden açıkça söz edilmiştir. Dolayısıyla

arasında yapılması, mevcut, geçerli ve kesinleşmiş⁹⁵ bir icra takibi esnasında yapılmış olması, sözleşmenin icra dairesi aracılığıyla düzenlenmesi⁹⁶ ve sözleşmede taksit tarihleri ve miktarlarının belirli olması şartlarının yerine getirilmiş olması gerekir⁹⁷. Hacizden önce yapılmış olan taksitle ödeme sözleşmesinin yapılması ile birlikte icra takibi duracak, yani alacaklı borçlunun mallarının haczini isteyemeyecektir⁹⁸. Ayrıca taksit sözleşmesinin yapılmasından, bu sözleşmesinin ihlaline kadar geçecek süre, haciz isteme süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır (İİK m. 78/2). İnceleme konumuz satış talebi olduğu için bu ihtimal üzerinde ayrıntılı bir açıklama yapılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Hacizden sonraki bir aşamada borcun taksitle ödenmesi İİK m. 111 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Bu ihtimalde alacaklı kabul etmese (yani alacaklının rızası olmasa) bile, İİK m. 111'deki şartları⁹⁹ sağlayan¹⁰⁰ her borçlu, borcunu taksitle ödeyebilecektir. Ancak hacizden sonraki taksitle ödeme taahhüdünde bulunabilmenin de bazı şartları vardır. Buna göre, hacizden sonra taksitle ödeme ancak, taahhüdün takibin asıl borçlusuna ait olması ve geçerli bir takip sırasında gerçekleşmesi; borçlunun

bundan sonra hacizden önceki bir dönemde de taksitle ödeme sözleşmesi yapılabilmesi hususunda artık bir tereddüde yer olmamak gerekir.

⁹⁵ Borcun taksitle ödenmesine yönelik işlemler, ancak takibin kesinleşmesinden sonra mümkündür. Tarafların takibin kesinleşmesinden önce yapmış oldukları bir taksitle ödeme sözleşmesi, Kanunda (İİK m. 111) öngörülen sonuçları meydan getirmeyecektir. Taraflar, takibin kesinleşmesinden önce yapmış oldukları taksitle ödeme sözleşmesinin Kanunda öngörülen sonuçları doğurmasını arzu ediyorsa, icra dairesinde düzenlenen tutanaktan, borçlunun ödeme emrine bir itirazı olmadığının ve İİK m. 20'deki sürelerden feragat ettiğinin açıkça anlaşılması gerekir. Bkz. **VAROL**, s. 62; **KIZILHİSAR**, s. 42.

⁹⁶ Taksitle ödeme anlaşması icra dairesinde yapılmazsa, icra takibi durmaz ve m. 78/2 ile m. 340 hükmü uygulanmaz. **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 383 dn. 2.

⁹⁷ Hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesinin şartları hakkında geniş bilgi için bkz. **VAROL**, s. 66 vd.; **KIZILHİSAR**, s. 43 vd.

⁹⁸ **KURU**, El Kitabı, s. 612; **VAROL**, s. 101.

⁹⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **VAROL**, s. 77 vd.

¹⁰⁰ Alacaklı ile borçlu hacizden sonra, kanunda öngörülen şartlar dışında başka koşullar içeren ya da Kanunda öngörülen şartlara uymayan bir taksit anlaşması da yapabilirler. Borçlu bu anlaşmaya uyduğu süre, hacizli malların satışı yapılamayacağı gibi alacaklı da satış talebinde bulunamaz. **KURU**, El Kitabı, 616.

borca yetecek¹⁰¹ kadar malının kesin olarak haczedilmiş¹⁰² olması; alacaklının hacizli malların satışını henüz talep etmemiş¹⁰³ olması; ödeme taahhüdünün kayıtsız ve şartsız¹⁰⁴ olması; taksitlerin Kanunda öngörülen sürelerle ve şartlara¹⁰⁵ uygun olarak ödenmiş olması şartlarının gerçekleşmiş

¹⁰¹ Borca yetecek kadar mal haczedilmemişse, ya da borçlunun malvarlığı alacağı karşılamaya yetmiyorsa, taksitle ödeme taahhüdü geçerli olmayacaktır. **PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 213; **VAROL**, s. 80-81.

¹⁰² Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de borçlu borcunu taksitle ödeyebilir. Nitekim İİK m. 111/3 hükmünde taksitle ödeme anlaşmasının devamı süresince m. 150/e-3''deki rehninli malın satışını isteme sürelerinin işlemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde haciz aşaması bulunmadığı için rehninli malın tahmin edilen değeri borcu karşılamaya yetiyorsa ve m. 111'de öngörülen diğer şartlar da mevcutsa, alacaklının rızası aranmadan borçlu borcunu taksitle ödeyebilir. **GÜRDOĞAN**, Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 43; **VAROL**, s. 84. Rehninli malın değeri borcu karşılamaya yetmiyorsa ve borçlu da rehnin karşılamadığı miktar için mallarına haciz konulmasına muvafakat etmişse, bu halde de borcun taksitle ödenmesinin mümkün olduğu ve bu halde de öncelikle rehnin paraya çevrilecek olması nedeniyle, önce rehne başvurma zorunluluğu kuralının ihlal edilmiş olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **AŞIK**, İbrahim: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 107; **VAROL**, s. 84-85.

¹⁰³ İİK m. 111/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünü alacaklının satış talebinde bulunmasından evvel yapması gerekir. Alacaklı satış talebinde bulunduktan sonra artık m. 111 hükmüne göre taksitle ödeme taahhüdünde bulunmak mümkün değildir. **VAROL**, s. 85 vd. Her ne kadar doktrinde (**BERKİN**, s. 309; **VAROL**, s. 87) alacaklının kendisine verilen süre içinde satış giderlerini yatırmaması halinde satış talebi hükümsüz olacağı için, borçlunun, satış giderleri ödeninceye kadar taksitle ödeme taahhüdünde bulunabileceği ifade edilmiş ise de, kanaatimizce İİK m. 106 hükmünde 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra artık bu görüşün dayanağı kalmamıştır. Çünkü, 7343 sayılı Kanunla değişik İİK m. 106/3 hükmüne göre "Satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması zorunludur". Aynı maddenin 5 inci fıkrasına göre ise satış talebiyle birlikte giderlerin yatırılmaması halinde, satış talebi vaki olmamış sayılacaktır. Dolayısıyla, değişiklikten önce olduğu gibi artık borçlunun, alacaklının satış talebinde bulunması ve giderleri yatırması arasında yararlanabileceği ve taksitle ödeme taahhüdünde bulunabileceği bir süre de yoktur. Zira gerekli giderlerin artık satış talebiyle birlikte yatırılması zorunludur. Alacaklı satış talebinde bulunur ve aynı anda gerekli giderleri de yatırırsa artık borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunma olanağı ortadan kalkar. Buna karşılık, alacaklı satış talebinde bulunmakla birlikte gerekli giderleri yatırmazsa, satış talebi vaki olmamış sayılacağına göre, bu halde borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunması mümkün olacaktır. Diğer bir husus da alacaklının Kanunda öngörülen bir yıllık süre içinde satış talebinde bulunmaması halinde, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünde bulunup bulunamayacağıdır. Kanaatimizce de alacaklının süresi içinde satış talebinde bulunmaması ha-

olması halinde mümkündür¹⁰⁶. Bu şartlar gerçekleşmediği¹⁰⁷ takdirde, taksitle ödeme taahhüdü geçerli olmayacağına göre, bu taahhüdün satış isteme süresinin işlemesini durdurmak gibi herhangi bir etkisi de olmayacaktır. Alacaklının satış talebinde bulunmasından sonra, taksitle ödeme taahhüdünde bulunmak mümkün olmamakla birlikte, alacaklı ile borçlunun taksitle ödeme sözleşmesi yapması mümkündür. Bu şekilde bir sözleşme yapıldığı takdirde alacaklı takibe devam edilmesini isteyemeyecektir. Doktrinde bu halde alacaklının satış talebini geri aldığı kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Hacizden sonra biraz önce belirtilen şartları sağlayan geçerli bir taksitle ödeme taahhüdü veya hacizden sonra alacaklı ile borçlu arasında yapılan geçerli taksitle ödeme sözleşmesinin¹⁰⁹ varlığı halinde, satış isteme süreleri işlemeyecektir. Nitekim bu husus Kanunda açıkça ifade edilmiştir. İİK m. 111/3 hükmüne göre *“Borçlu ile alacaklının borcun taksitlendirilmesi için icra dairesinde yapacakları sözleşme veya sözleşmelerin devamı süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemez. Ancak bu sözleşme veya sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması hâlinde, aştığı tarihten itibaren süreler kaldığı yerden işlemeye başlar”*. Belirtmek gerekir ki, taksitle ödeme sözleş-

linde, haciz kalkacağına göre (İİK m. 110/1), artık hacizden sonra taksitle ödeme taahhüdünde bulunabilmenin şartlarından biri olan, borçlunun yeteri kadar malının haczedilmiş olması koşulu da gerçekleşmemiş olur. Bu nedenle söz konusu ihtimalde borçlu m. 111 hükmüne göre artık taksitle ödeme taahhüdünde bulunamaz. Bulunsa bile bu taahhüdü geçersiz sayılır. **VAROL**, s. 88; **KIZILHİSAR**, s. 40.

¹⁰⁴ Şarta bağlı ödeme taahhüdü geçersiz olup takibi durdurmaz. Y. 17. HD, 31.5.2001, 3377/3551 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 15.3.2023).

¹⁰⁵ Bu şartlar hakkında bkz. **VAROL**, s. 89 vd.

¹⁰⁶ Bu koşullar hakkında ayrıntı için bkz. **VAROL**, s. 79 vd.

¹⁰⁷ Borçlunun hacizden sonra yaptığı taksitle ödeme taahhüdü m. 111’de öngörülen şartları haiz değilse, böyle bir taahhütle icra takibi kendiliğinden durmayacaktır. Ancak kanuni şartları haiz olmasa bile alacaklı borçlunun bu taahhüdünü kabul ederse, alacaklı ile borçlu arasında bir taksitle ödeme sözleşmesi yapılmış olacak, borçlu bu sözleşmeye uyduğu sürece, hacizli malları satılamayacak ve satış isteme süresi de işlemeyecektir. **KURU**, El Kitabı, s. 616; **ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 387.

¹⁰⁸ **MUŞUL**, İcra, s. 913; **VAROL**, s. 96.

¹⁰⁹ Bu konuda bkz. **VAROL**, s. 95-96.

mesi veya sözleşmeleri süresince satış isteme sürelerinin işlemeyeceğine¹¹⁰ dair düzenleme, 3494 sayılı Kanunla¹¹¹ getirilmiştir. Ancak bu düzenleme¹¹² doktrinde tarafların takibi diledikleri gibi uzatmalarına olanak sağladığı ve bunun diğer bazı alacaklıları zarara uğratacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹³. Daha sonra kanun koyucu 4949 sayılı Kanunla¹¹⁴ İİK m. 111/3 hükmüne “*Ancak bu sözleşme veya sözleşmelerin¹¹⁵ toplam süresinin on yılı aşması hâlinde, aştığı tarihten itibaren süreler kaldığı yerden işlemeye başlar*” şeklinde bir cümle ilave ederek, bir anlamda bu eleştirileri bertaraf etmeye çalışmıştır¹¹⁶.

O halde hacizden sonra gerek borçlunun İİK m. 111 hükmüne göre taksitle ödeme taahhüdünde bulunması gerekse alacaklı ile borçlu ara-

¹¹⁰ Burada taksit sözlenmesinin devamı süresince sadece haciz yoluyla takiplerde değil aynı zamanda rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de satış isteme süresinin işlemeyeceğini ve sözleşmenin devamı süresince (on yılı aşmadığı takdirde) alacaklı tarafından tıpkı hacizli mallarda olduğu gibi rehinli malın satışının da talep edilemeyeceğini belirtmek gerekir. Çünkü m. 111/3 hükmünde açıkça rehinli malların satışını isteme süresini düzenleyen 150/e hükmünden de söz edilmiştir.

¹¹¹ Bkz. RG, 25.11.1988, Sayı: 20000.

¹¹² Kanunun gerekçesinde, taksitle yapılan ödemelerin devamı sırasında çoğu kez kanunun satış talebi için aradığı sürenin dolduğu, taksit anlaşmasının ihlali halinde çoğu kez süre geçtiği için alacaklının satış talebinde bulunamadığı ve kalan alacağının tahsilinde zorlukla karşılaştığı, bu mahzuru bertaraf etmek için söz konusu düzenlemenin yapıldığı ifade edilmiştir.

¹¹³ Bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 240.

¹¹⁴ RG, 30.7.2003, Sayı: 25184.

¹¹⁵ Kanun hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere, alacaklı ile borçlu arasında birden fazla taksitle ödeme sözleşmesi yapılması mümkündür.

¹¹⁶ İİK m. 111/3 hükmünde değişiklik yapan 4949 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin gerekçesi şöyledir: “*Maddeyle, bazı hâllerde şartlar değiştiği için alacaklı ile borçlu arasında zaman içinde birden fazla taksitle ödeme sözleşmesi yapılabildiği göz önüne alınarak, uygulamada ortaya çıkan duraksamaları gidermek ve borçların yeniden yapılandırılması suretiyle borçluların ekonomik sürece kazandırılmalarını kolaylaştırmak amacıyla, “sözleşmenin” kelimesi “sözleşme veya sözleşmelerin” olarak değiştirilmiştir; bu sözleşme veya sözleşmelerin yürürlükte olduğu sürece satış talebi ve paraya çevirmeye ilişkin sürelerin işlemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle borçlu ile alacaklının akdettiği taksitle ödeme sözleşmesi, ister 111 inci maddeye göre yapılmış olsun, ister alacaklının muvafakati ile aktedilmiş bulunsun, sözleşme süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemeyecektir. Ayrıca, kötü niyetli kişilerin ispatı güç muvazaalı hacizler veya icra takipleri çerçevesinde bu tür taksitle ödeme sözleşmeleri yaparak avantaj sağlamalarının önüne geçilmesi amacıyla anılan sözleşme veya sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması hâlinde, aştığı tarihten itibaren sürelerin kaldığı yerden işlemeye başlaması öngörülmüştür”.*

sında taksitle ödeme sözleşmesi yapılması halinde, bu sözleşmelerin devamı süresince satış isteme süreleri işlemeyecektir. Yine İİK m. 111/1 hükmüne göre, “*Borçlu alacaklının satış talebinden evvel borcunu muntazam taksitlerle ödemeği taahhüt eder ve birinci taksiti de derhal verirse icra muamelesi durur*”. Görüldüğü üzere usulüne uygun ve geçerli bir taksitle ödeme anlaşmasının varlığı halinde, icra takibi olduğu yerde duracak, yani icra dairesi borçlunun hacizli mallarını satamayacaktır¹¹⁷. Borçlu taksitleri sözleşme hükümlerine uygun olarak ödediği sürece, icra takibine devam edilemeyecektir. Ancak icra takibinin durabilmesi için sadece taksitle ödeme sözleşmesinin yapılmış olması yeterli olmayıp, m. 111/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği gibi borçlunun ilk taksiti derhal (peşin olarak) yatırmış olması gerekir¹¹⁸. Bu şart da yerine getirildiği takdirde, alacaklı taksitle ödeme sözleşmesinin devamı süresince hacizli malların satışını talep edemeyeceği gibi satış isteme süresi de işlemeyecektir. Öte yandan her ne kadar taksitle ödeme sözleşmesi süresince satış isteme süresi işlemeyecek ise de kanun koyucu bu kurala bir üst sınır getirmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, taraflar arasında yapılan taksitle ödeme sözleşmesi veya sözleşmelerinin toplam¹¹⁹ süresi on yılı aştığı takdirde, aştığı tarihten yani on yılın dolduğu tarihten itibaren kalan satış isteme süresi işlemeye devam edecektir¹²⁰. Alacaklının da kalan satış isteme süresi içinde

¹¹⁷ Ayrıca alacaklı, daha önce borçlu elinde bırakılmış olan hacizli malların muhafaza altına alınmasını da isteyemez. **KURU**, El Kitabı, s. 615, dn. 25.

¹¹⁸ **VAROL**, s. 98. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Y. 23. HD, 3.2.2020, 2319/1512 (www.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 16.3.2023).

¹¹⁹ Belirtmek gerekir ki, sadece bir taksitle ödeme sözleşmesinin toplam süresi on yılı aştığı takdirde bu kural uygulanacağı gibi, birden fazla taksitle ödeme sözleşmesinin toplam süresinin on yılı aşması halinde de bu kural uygulanacaktır. Ancak gerek tek sözleşmesinin gerekse birden fazla sözleşmenin toplam süresi on yılı aşmadığı takdirde, taksitle ödeme sözleşmesi ya da sözleşmeleri süresince satış isteme süresi işlemeyecek ve alacaklı da sözleşmeler ihlal edilmediği sürece satış talebinde bulunamayacaktır.

¹²⁰ Taksitle ödeme sözleşmesinin toplam süresinin on yılı aşması halinde sürelerin kaldığı yerden işlemeye başlaması, alacaklı ile borçlu arasında bir sözleşme yapılması halinde söz konusu olur. Buradaki on yıllık süre her zaman uygulanabilecek kanuni bir süre değildir. Süresi on yılı aşkın bir sözleşme bulunmadığı takdirde bu kural uygulanamayacaktır. Ayrıca, İİK'nun hacizden sonra alacaklının rızası aranmaksızın borcun taksitle ödenmesi için borçluya tanıdığı azami süre üç aydır. Dolayısıyla taraflar arasında kanuni süreden fazla bir süreyi içeren ayrıca bir sözleşme bulunmadığı takdirde, borçlunun borcunu taksitle ödeme süresi üç ay olacaktır. Bu üç ay içinde borçlu, borcunu taksitle ödeyerek kapattığı takdirde alacaklının zaten hacizli malların satışını istemesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak bu üç aylık süre içinde

satış talep etmesi mümkün olacaktır. Belirtmek gerekir ki, burada öngörülen on yıllık süre, sadece satış isteme sürelerinin ne kadar duracağı ve tekrar yeniden ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı ile ilgilidir. Yoksa bu hüküm alacaklı ile borçlunun on yıldan fazla bir süre taksitle ödeme sözleşmesi yapmasına engel değildir. Taraflar örneğin toplam süresi on beş yıl olan bir taksitle ödeme sözleşmesi de yapabilirler. Ancak böyle bir sözleşmede, on yılın dolduğu tarihte satış isteme süresi kaldığı yerden itibaren yeniden işlemeye başlar.

Borçlunun taksitle ödeme taahhüdünü ya da taksit sözleşmesini ihlal etmesi, yani taksitlerden birini zamanında ödememesi halinde, alacaklının talebi üzerine icra takibine kaldığı yerden devam edileceği gibi süreler de kaldığı yerden işlemeye devam eder (İİK m. 111/4). Dolayısıyla, taksitle ödeme sözleşmesinin ihlal edildiği tarihten itibaren, satış isteme süresi kaldığı yerden işlemeye başlar ve alacaklı da kalan süre içinde satış talebinde bulunabilir¹²¹. Sözleşmenin ihlali halinde, sadece ödenmeyen taksit için değil, kalan borcun tamamı için takibe kaldığı yerden devam edilir. Yani alacaklının talebi üzerine borçlunun hacizli malları satılır. Bir taksitin zamanında ödenmemesi halinde alacaklının talebi üzerine icra dairesi satışa başlar. Satışa başlandıktan sonra borçlu, zamanında ödemediği taksiti ödemek istese bile, satışı durduramaz. Ancak alacaklının buna rıza göstermesi halinde satışın geri bırakılması gerekir¹²².

C. HACİZDE İSTİHKAK DAVASI ESNASINDA

Satış isteme süresini etkileyen, yani bu sürenin işlemlerini durduran diğer bir hal de haczedilen mal hakkında istihkak davası (İİK m. 96 vd.) açılmış olmasıdır¹²³. Nitekim İİK m. 97/8 hükmüne göre “*Dava esnasında 106’ncı maddedeki müddetler cereyan etmez*”. Malın borçlu elinde haczedilmesi halinde (İİK m. 97), üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunursa ve bu iddiaya alacaklı ve/veya borçlu tarafından itiraz edilirse, icra müdürü bu mal ile ilgili dosyayı hemen icra mahkemesine verir. Dosyayı alan icra

borçlu taksitle ödeme taahhüdünü ihlal eder, yani taksitlerden birini zamanında ödemese, taahhüdün ihlal edildiği tarihten itibaren süreler yeniden işlemeye başlayacağı için alacaklı da satış talebinde bulunabilecektir.

¹²¹ NAMLI, s. 365.

¹²² KURU, El Kitabı, s. 615; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 387; VAROL, s. 102.

¹²³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ASLAN, Kudret: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 13 vd.; MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 10 vd.

mahkemesi de öncelikle yapacağı inceleme neticesinde varacağı kanaate göre takibin devamına veya ertelenmesine karar verir. Üçüncü kişi, icra mahkemesinin takibin devamı ya da ertelenmesi kararının kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinde istihkak davası açmaya mecburdur; aksi takdirde alacaklıya karşı istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır¹²⁴. İşte üçüncü kişi kanunda öngörülen¹²⁵ süre içinde istihkak davası açarsa, dava devam ettiği sürece, satış isteme süresi işlemeyecektir. Davanın açılması ile duran satış isteme süresinin, dava hakkında verilen ret kararının şekli anlamda kesinleşmesine kadar duracağını kabul etmek gerekir¹²⁶.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, istihkak iddiası, istihkak davasına dönüşmediği, yani alacaklı istihkak davası açmadığı takdirde, salt istihkak iddiasında bulunulması satış isteme sürelerini etkilemeyecek, yani bu süreyi durdurmaz. Dolayısıyla, istihkak iddiasında bulunulması ile istihkak davasının açılması arasında geçecek süre içinde, satış isteme süresinin durması söz konusu olmayacaktır. Çünkü Kanunda açıkça “dava esnasında” (yani istihkak davası esnasında) satış isteme süresinin işlemeyeceği ifade edilmiştir¹²⁷. İstihkak davası açılmasından önce satış isteme süresinin durabilmesi için, icra mahkemesince takibin ertelenmesine karar verilmiş olması gerekir. Eğer icra mahkemesi takibin ertelenmesine karar verirse (henüz dava açılmamış olan bu aşamada) alacaklı

¹²⁴ Malın borçlu elinde haczedilmesi halinde istihkak prosedürü hakkında geniş bilgi için bkz. **ASLAN**, İstihkak, s. 269 vd.

¹²⁵ Belirtmek gerekir ki, istihkak prosedürünün normal seyrinde devam edip, icra dairesince dosyanın icra mahkemesine verilmesi üzerine üçüncü kişinin mahkemece verilen takibin devamı ya da ertelenmesi kararının kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren istihkak davası açması mümkün olduğu gibi, kendisine istihkak iddiasında bulunma imkânı verilmemiş olan üçüncü kişinin haczi öğrendiği tarihten itibaren doğrudan icra mahkemesine başvurarak istihkak davası açması da mümkündür (İİK m. 97/9). Ancak bu şekilde dava açılması halinde, davacının talebi üzerine icra hâkimi takibin talik edilip edilmemesi hakkında yukardaki hükümler dairesinde acele karar vermeye mecburdur. Dolayısıyla işaret edilen durumda salt dava açılması ile birlikte satış isteme süresi duracaktır. Ancak mahkeme takibin ertelenmesine karar verirse alacaklı satış talep edemeyecek; takibin devamına karar verirse alacaklı dilerse satış talep edebilecektir. **ASLAN**, İstihkak, s. 346 vd.; **ERTURGUT**, s. 69.

¹²⁶ **ASLAN**, İstihkak, s. 474 dn. 967; **ERTURGUT**, s. 67-68; **AKYAZAN**, s. 9.

¹²⁷ **KURU**, C. 2, s. 1066; **ASLAN**, İstihkak, s. 471; **MUŞUL**, İcra, s. 523; **NAMLI**, s. 363; **ERTURGUT**, s. 68; **UYAR**, Süre, s. 16; **ASLAN**, E. K, s. 42.

satış talep edemeyeceğine göre, satış isteme süresi de işlemeyecektir¹²⁸. Bu halde satış isteme süresinin işlememesinin nedeni, istihkak davası açılmış olması değil, takibin ertelenmesine karar verilmiş olmasıdır¹²⁹.

Dikkat etmek gerekir ki, burada sadece satış isteme süresi işlemez. Aşağıda da değinileceği üzere, eğer icra mahkemesince takibin ertelenmesine karar verilmemiş, buna rağmen istihkak davası açılmışsa, salt dava açılmış olması nedeniyle satış isteme süresi işlemeyecektir. Ancak takibin ertelenmesine karar verilmediği, yani takibin devamına karar verildiği için alacaklı isterse satış talep edebilecektir¹³⁰. Dolayısıyla burada satış talebinde bulunmak alacaklının tercihine bağlı olacaktır. Süre işlememesine rağmen alacaklı isterse satış talep edebilecek ve satış yapılabilecektir. Nitekim İİK m. 97/10 hükmüne göre istihkak davası sonuçlanmadan önce mal paraya çevrilirse icra mahkemesi bu bedelin alacaklıya verilip verilmemesi konusunda ayrıca karar verecektir¹³¹. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, salt istihkak davasının açılması satış isteme süresini durduracak ise de takibin devamına karar verilmesi halinde alacaklı da satış talebinde bulunursa malın satışı yapılabilecektir. Aksi halde m. 97/10 hükmünün bir anlamı olmayacaktır.

Öte yandan malın üçüncü kişi elinde haczedilmesi halinde de alacaklı tarafından¹³² üçüncü kişiye karşı istihkak davası (daha doğrusu istihkak iddiasının reddi davası) açılması mümkündür. Bu ihtimal İİK m. 99'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre üçüncü kişinin istihkak iddiasında

¹²⁸ KURU, C. 2, s. 1173; ASLAN, İstihkak, s. 472 vd.; MUŞUL, İcra, s. 779; NAMLI, s. 363; ERTURGUT, s. 68; ASLAN, E. K, s. 42; UYAR, Süre, s. 16. Ancak bu halde istihkak iddiasının konusu mülkiyet ise satış isteme süresi işlemez. Mülkiyet dışındaki istihkak iddialarında hacizli mal iddiaya konu hakla birlikte satılacağı için satış isteme süresi de işlemeye devam eder. UYAR, Süre, s. 16; ERTURGUT, s. 68; ASLAN, E. K, s. 42-43.

¹²⁹ ASLAN, İstihkak, s. 472.

¹³⁰ Takibin devamına karar verilmesi halinde, satış isteme süresi durmayacak yani işlemeye devam edecektir. Ancak bu karar kendisine tefhim veya tebliğ edilen alacaklı kanuni süre içinde istihkak davası açarsa, satış isteme süresi duracaktır. Ancak satış isteme süresinin durması, alacaklının satış talep etmesine engel olmayacaktır; zira mahkemece takibin devamına karar verilmiştir.

¹³¹ Bu hususta ayrıntı için bkz. ASLAN, İstihkak, s. 474 vd.

¹³² İstihkak davalarında taraf rollerini belirleyen malın kimin elinde haczedildiğidir. Mal borçlu elinde ise ya da malı borçlu ile üçüncü kişi birlikte elde bulunduruyorsa, davacı üçüncü kişi davalı ise alacaklı (ve istihkak iddiasına itiraz etmişse borçlu); malın üçüncü kişi elinde haczedilmesi halinde ise davacı alacaklı, davalı üçüncü kişi olacaktır. Ayrıntı için bkz. ASLAN, İstihkak, s. 264 vd.

bulunması halinde, icra dairesi alacaklıya istihkak davası açmak üzere yedi gün süre verecektir¹³³. Alacaklı bu süre içinde istihkak davası açmazsa, üçüncü kişinin iddiasını kabul etmiş sayılacağı için, malın satılması da söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, Kanuna göre, “Alacaklı tarafından süresinde açılan dava sonuçlanıncaya kadar, haczedilen malın satışı yapılamaz”. Bu hüküm İİK m. 99’a 6352 sayılı Kanun¹³⁴ ile eklenmiştir. Ancak bu hükmün Kanuna eklenmesinden önce de doktrinde, istihkak davası açılması durumunda icra mahkemesinin takibin ertelenmesine karar vermesine gerek olmadığı, zira üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunmasının kendiliğinden takibin ertelenmesi sonucunu doğuracağı, icra takibine ancak istihkak davasının alacaklı lehine sonuçlanması halinde devam edebileceği kabul edilmekteydi. Bunun gerekçesi ise, bu halde malın üçüncü kişi elinde bulunduğu, mülkiyet karinesinin (İİK m. 97/a) onun lehine olduğu, bu karine çürütülmeden malın satışının yapılamayacağıdır. Buna bağlı olarak İİK m. 99’a göre açılan istihkak davalarında alacaklının satış talebinde bulunamayacağı ve satış isteme süresinin de işlemeyeceği kabul ediliyordu¹³⁵. Esasen kanun koyucu da bu görüşe paralel olarak yaptığı kanun değişikliğinde, bu ihtimalde açılan istihkak davası sonuçlanıncaya kadar hacizli malın satışının yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Hacizli malın satışı yapılamayacağına göre, alacaklının satış talebinde bulunması ve satış isteme süresinin işlenmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak davanın sonuçlanması¹³⁶ halinde, eğer dava alacaklı lehine karara bağlanmışsa, alacaklı satış talebinde bulunabilecek, bu halde

¹³³ İİK m. 99 da öngörülen prosedür hakkında ayrıntı için bkz. **ASLAN**, İstihkak, s. 497 vd.

¹³⁴ Bkz. RG, 5.7.2012, Sayı: 28344.

¹³⁵ **ASLAN**, İstihkak, s. 536; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları, İstanbul 1953, s. 38.

¹³⁶ Kanaatimizce bu hükümde kanun koyucu, “dava sonuçlanıncaya kadar” şeklinde bir ifade kullanarak, konuyu muğlak bir şekilde düzenlemiştir. Çünkü davanın sonuçlanmasından maksadın ne olduğu hususunda farklı görüşler ortaya çıkabilecektir. Örneğin bu ifade, dava hakkında ilk derece mahkemesince verilen nihai karar olarak anlaşılabilirdi gibi, dava hakkında verilen kararın şekli anlamda kesinleşmesi olarak da anlaşılabilir. Kanaatimizce burada geçen dava sonuçlanıncaya kadar ifadesini, istihkak davası hakkında verilen kararın şekli anlamda kesinleşmesi olarak anlamak gerekir. Esasen bir davanın sonuçlanması ifadesini, dava hakkında nihai karar verilmesi olarak değil de, verilen kararın kesinleşmesi olarak nitelendirmek daha mantıkidir. Zira nihai karar verilmiş olsa bile davanın derdestliği devam etmekte, kanun yollarına başvuru imkânı bulunmaktadır. Kaldı ki hacizde istihkak davalarında icra

davanın sonuçlanmasıyla birlikte satış isteme süresi de işlemeye başlayacaktır¹³⁷.

D. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ HALİNDE

7343 Sayılı Kanunla yapılan önemli değişikliklerden biri de söz konusu Kanunun 12 nci maddesi ile İİK'na 111/a maddesinin eklenmiş olmasıdır. Kanuna eklenen söz konusu madde, borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkindir¹³⁸. İİK m. 111/a hükmüyle borçluya, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için kendisine yetki verilmesini talep edebilme imkânı getirilmiştir. Borçlunun talebi halinde icra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir. Bu halde m. 111/a-1, c.4 hükmüne göre borçluya verilen sürenin başlangıcından üçüncü fıkra uyarınca verilen icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemez.

Bu hükme göre borçlunun icra dairesinden rızai satış için kendisine yetki verilmesini talep etmesi, malın satışı için talepte bulunma iradesini de içerecektir. Yani borçlunun rızai satış talebi, hem malın bu yöntemle satılması talebini hem de satışı yapma yetkisini kapsayacaktır. Esasen borçlu İİK m. 106 hükmüne göre hacizli malın satışını isteme yetkisine sahip ise de oradaki yetki, malın icra dairesi tarafından cebri yöntemle satışına ilişkin olup, bu halde satışı borçlu değil, icra dairesi yapacaktır. Oysa m. 111/a hükmüne göre yapılan talep, borçlunun hacizli malı kendisinin satabilmesine yönelik olup, m. 106 hükmüne göre yapılan bir satış talebi değildir¹³⁹.

mahkemesi görevlidir ve icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmuş olması, zaten satıştan başka icra işlemlerini durdurmamaktadır (İİK m. 363/4, m. 364/3). Bu nedenle, dava hakkında icra mahkemesince verilen nihai karar ile birlikte satış talep edilebileceği ve satış isteme süresinin işlemeye başlayacağı kabul edilse bile, zaten malın satışı yapılamayacaktır. Bu nedenlerle hükümde geçen dava sonuçlanıncaya kadar ifadesinin, dava hakkında verilen nihai kararın şekli anlamda kesinleşmesi olarak anlaşılması gerekir. Aynı yönde, **ASLAN**, *İstihkak*, s. 536; **ERTURGUT**, s. 69; **NAMLI**, s. 364.

¹³⁷ Aynı şekilde, **ASLAN**, *İstihkak*, s. 536; **NAMLI**, s. 364.

¹³⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **PEKCANITEZ**, Hakan: "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK m. 111/a)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022/1, s. 819-848; **YAZICI**, Burçin: "İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2022, s. 1119-1147.

¹³⁹ Aynı yönde, **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 286; **YAZICI**, s. 1123.

İİK m. 111/a-3 de belirtilen bazı koşulların¹⁴⁰ gerçekleşmesi halinde, icra dairesi satışın onayı ile malın devir ve teslim işlemlerinin yapılmasına karar verilmesi için dosyayı derhâl icra mahkemesine gönderir. Mahkeme, en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir. Kabul kararıyla malın mülkiyeti alıcıya geçer ve tüm hacizler kaldırılarak devir ve teslim işlemleri gerçekleştirilir. Ret kararı verilmesi hâlinde yatırdığı bedel alıcıya iade edilir. Buna göre icra mahkemesinin satışı onaylaması halinde zaten hacizli mal rızai satış sonucunda satılmış olur. Bundan sonra alacaklının bir satış talebinde bulunması da söz konusu olmaz. Buna karşılık, icra mahkemesinin satışı onaylamaması halinde, alacaklının, malın cebri satış yoluyla satışını talep etmesi mümkün hale gelir. İşte borçluya rızai satış için verilen sürenin başlamasıyla alacaklı için duran satış isteme süresi, icra mahkemesinin satışın onaylanması talebinin reddi kararıyla birlikte kaldığı yerden işlemeye devam eder ve alacaklı kalan süre içinde malın icra dairesi tarafından satılması için talepte bulunabilir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, İİK m. 111/a-1'de sadece alacaklı bakımından satış isteme süresinin duracağı hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu hükümde açıkça alacaklıdan söz etmiş, örneğin genel bir ifadeyle satış isteme süresinin duracağı şeklinde bir düzenleme yapmamıştır. Oysa borçlu da artık m. 106 hükmüne göre satış talebinde bulunabilmektedir. Fakat m. 111/a-1 hükmünün lafzından, rızai satış için yetki verilen borçlu için, m. 106 hükmüne göre cebri satış talebinde bulunma sürenin durmayacağı, işlemeye devam edeceği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, rızai satış için yetki verilen borçlunun, bu yöntemle hacizli malı kendisinin satamaması halinde, daha sonra İİK m. 106 hükmüne göre bu kez satışın icra dairesi tarafından yapılmasını talep etmesine bir engel yoktur. Borçlu halen kendisi bakımından İİK m. 106 hükmünde öngörülen bir yıllık süre geçmemişse, satış talebinde bulunabilmelidir.

E. SATIŞ TALEBİNDE BULUNULMASIYLA BİRLİKTE

Hacizden itibaren işlemeye başlayan satış isteme süresi, alacaklının satış talebinde bulunmasıyla birlikte duracaktır. Satış talebinin icra dairesi tarafından reddedilmesi nedeniyle düşmesi ya da ihalenin feshedilmesi halinde, satış isteme süresi düşme veya fesih kararının **kesinleştiği**

¹⁴⁰ Rızaen satışın gerçekleşebilmesi için gerekli koşullar hakkında geniş bilgi için bkz. PEKCANITEZ, Satış Yetkisi, s. 833 vd.; YAZICI, s. 1130 vd.

tarihten itibaren kaldığı yerden itibaren işlemeye devam eder¹⁴¹. Ayrıca 7343 sayılı Kanunla değişik İİK m. 115/6 hükmüne göre¹⁴² “İcra müdürü, asgari ihale bedelinin teklif edilmediği, en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmadığı veya teklif verme süresinin bitiminden önce borcun ödendiği hâllerde, ihalenin yapılamadığını veya iptal edildiğini tutanakla tespit eder. Yine İİK m. 115/7 hükmüne göre de “Artırmada, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse **alacaklı, önceki satış talebinden kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir. Satış isteme süresi satış talebiyle birlikte durur ve duran bu süre, ihalenin yapılamadığına veya iptal edildiğine ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar**”.

Görüldüğü üzere bu hükümde satış talebiyle birlikte satış isteme süresinin duracağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, gerek alıcı çıkmadığı için gerekse ihale koşulları gerçekleşmediği için ihalenin yapılamaması veya iptal edilmesi halinde, buna ilişkin tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren alacaklının, önceki satış isteme süresinden kalan süre içinde yeniden satış günü verilmesini talep edebileceği de hükme bağlanmıştır. Dikkat edilecek olursa, bu halde alacaklı yeniden satış talebinde bulunmamakta, sadece ilk satış talebi üzerine işleyen süreden kalan süre içinde yeni bir satış günü belirlenmesini talep etmektedir¹⁴³. Esasen yeni bir satış talebinde bulunmaya gerek de yoktur. Zira burada önceden yapılan ilk talep üzerine malın satılamaması nedeniyle kalan süre içinde malın yeniden satışa çıkarılması (yeni bir satış günü belirlenmesi) söz konusudur¹⁴⁴. Ancak burada bu ihtimalin kaç kez tekrarlanabileceği hakkında kanunda bir açıklık yoktur. Örneğin henüz ilk talep üzerine satış isteme süresi dolmamışsa, alacaklı yeniden satış günü verilmesini kaç kez isteyebilecektir.

¹⁴¹ MUŞUL, İcra, s. 766; NAMLI, s. 368. Nitekim Yargıtay’a göre de satış isteme süresi satış talebi ile durduktan sonra ihalenin feshedilmesi halinde kaldığı yerden itibaren işlemeye devam eder. Bkz. Y. 12. HD, 8.10. 2013, 22170/31844 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 20.3.2023).

¹⁴² Her ne kadar bu hüküm, taşınır satışlarına ilişkin hükümler arasında yer almakta ise de aynı zamanda taşınmaz satışları hakkında da uygulanır. Zira İİK m. 129 hükmüne göre “115 inci madde hükmü, taşınmazın ihale edilmesi hakkında da uygulanır”.

¹⁴³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 284.

¹⁴⁴ Nitekim bu hükmün gerekçesine göre; “Yedinci fıkrayla, artırmada alıcının çıkmaması veya belirtilen şartların gerçekleşmemesi nedeniyle satışın yapılamadığı hallerde kalan satış isteme süresinin ne şekilde işleyeceği ve nasıl kullanılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, alacaklı ilk kez satış talep ettiğinde satış isteme süresi duracak, satışın gerçekleşmediği andan itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Alacaklı da bakiye süre içinde yeniden satış günü verilmesini talep edebilecektir”.

Düzenlemenin lafzından hareket edildiğinde, ilk satış isteme süresi dolmadığı takdirde bunun birden fazla talep edilebilmesi gerektiği söylenebilir. Zira bu konuda açık bir sınırlandırma yapılmamıştır. Öte yandan diğer bir sorun da yeniden satış günü belirlenmesini borçlunun isteyip isteyemeyeceğidir. Kanaatimizce, Kanunda açıkça alacaklı denildiği için borçlunun yeniden satış günü belirlenmesini talep edememesi gerekir.

Öte yandan, ihale yapılamaması nedeniyle İİK m. 115/7 hükmüne göre kalan süre içinde yeniden satış günü verilmesiyle, İİK m. 106/2 hükmüne göre süresinde satış istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen hacizli mal hakkındaki sürenin 1 yıl uzaması hususunun birbirinden farklı şeyler olduğunu belirtmek gerekir. Zira 115/7 hükmüne göre satışı talep edilen mahcuz hakkında yeniden satış talebinde bulunulmadığı gibi yeni bir satış isteme süresi de başlamamaktadır. Aksine kalan satış isteme süresi içinde yeniden satış günü belirlenmesi istenmektedir. Buna karşılık m. 106/2 hükmünde ise ilk satış talebi üzerine kanunda öngörülen bir yıllık satış isteme süresi içinde herhangi bir şekilde satışın yapılamaması halinde, bir yılın dolduğu tarihten itibaren yeni bir satış talep etme süresinin işlemeye başlamasıdır. Nitekim m. 106/2 hükmüne göre *“Bir yıllık süre içinde satışı istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkındaki satış isteme süresi, **satış isteyen alacaklı bakımından** birinci fıkrada belirtilen sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzar”*.

O halde alacaklı, ilk satış talebi üzerine mahcuz malın satılamaması halinde, eğer henüz bir yıllık süre dolmamışsa yeniden satış günü verilmesini talep edebilir. Ancak alacaklı buna mecbur değildir. Alacaklı bu yola başvurmayıp, ilk satış talebi süresi olan bir yılın dolmasını bekleyip, bu sürenin bittiği tarihten itibaren bir yıl daha uzayacak¹⁴⁵ süre içinde malın yeniden satışını da talep edebilir. Kanaatimizce, ilk bir yıllık süre içinde mal satılamamışsa, uzayan ikinci bir yıllık süre içinde ancak alacaklının satış talebi üzerine mahcuz malın satışı yapılabilir. Alacaklının talebi yoksa icra dairesi sadece ilk satış talebine dayanarak satışı yapamaz. Zira, ilk bir yıllık sürenin dolmasıyla birlikte alacaklının ilk satış talebi artık hükmünü kaybetmiş (satış talebi düşmüş) olur.

¹⁴⁵ Bir yıllık uzama süresinin başlangıç tarihi, açık artırma sonucu mahcuz malın satılamama tarihinden bağımsız olarak, bir yıllık asıl satış isteme süresinin sona ermesini takip eden gündür. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 283.

Kanaatimizce, uzayan bir yıllık süre içinde borçlunun satış talebinde bulunamaması gerekir¹⁴⁶. Dolayısıyla satış talebinin borçlu tarafından yapıldığı veya icra dairesinin resen satışa karar verdiği hallerde, satış talep süresinin m. 106/2'ye göre uzaması söz konusu olmaz¹⁴⁷. Çünkü m. 106/2'de ancak satış isteyen alacaklının¹⁴⁸ bu olanaktan yararlanacağı açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca uzayan bir yıllık süre içinde alacaklının yeniden satış talebinde bulunması halinde, tekrar kıymet takdiri, satış ve muhafaza giderleri ödemesine gerek olmamalıdır. Alacaklının önceki satış talebiyle birlikte yatırdığı giderlerin muhafaza edilmesi, uzayan süre içinde yapılan satış talebi için de geçerli olması gerekir. Ancak m. 106/6 hükmü bu ihtimalde de uygulanabilmelidir. Adı geçen hükme göre, "Satış talebiyle birlikte peşin olarak yatırılan miktarın satış işlemleri sırasında yetersiz kaldığı anlaşılırsa icra müdürü tarafından satış isteyene on beş günlük süre verilir ve bu sürede eksik miktar tamamlanmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır". Dolayısıyla uzayan süre içinde alacaklı satış talebinde bulunur, ancak daha önce (ilk satış talebinde) yatırdığı miktarın yetersiz kaldığı anlaşılırsa, alacaklının, kendisine verilen on beş günlük süre içinde eksik miktarı tamamlaması gerekir; aksi takdirde satış talebinde bulunmamış sayılacaktır.

F. SATIŞ İSTEME SÜRESİNİN İŞLEMENECEĞİ DİĞER BAZI DURUMLAR

1. Menfi Tespit Davasında

İcra ve İflas Kanunu'nun 72/1 inci maddesine göre borçlu, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce¹⁴⁹, borçlu olmadığı gerekçesiyle menfi

¹⁴⁶ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 283

¹⁴⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN s. 283; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 231.

¹⁴⁸ Bu olanaktan yararlanacak olan alacaklı, mal üzerine haciz koymuş olan herhangi bir alacaklı değil, sadece yasal süre içinde satış talebinde bulunmuş olan alacaklıdır.

¹⁴⁹ İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verilemez (İİK m. 72/3). Bu nedenle davanın takip talebinden sonra açılmasının satış isteme süresine bir etkisi de olmaz. Bununla birlikte Kanuna göre borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkmeden ihtiyati tedbir yoluyla icra vizesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir (İİK m. 72/3, c.2). Ancak bu halde takip durmamakta, hacizli malların satışı mümkün olmakta, sadece icra takibin son aşaması olan paranın ödenmesi aşaması durdurulabilmektedir. Bununla birlikte uygulamada alacaklının bu yüzde on beş teminat haricinde alacağın tamamını karşılayacak parayı icra dairesine ödemesi halinde, haczedilen mallarının

tespit davası açabilir. İcra takibinden önce açılan bu menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmak üzere gösterilecek teminat karşılığında, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir. İşte mahkemece ihtiyati tedbir mukabilinde takibin durdurulmasına karar verilmesi halinde, takip durdurulacağı için, alacaklı satış talep edemeyeceği gibi, satış isteme süresi de bu tedbir kararıyla birlikte duracaktır¹⁵⁰.

Öte yandan borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacakların haczinde, İİK m. 89/3 hükmüne göre, kendisine tebliğ edilen birinci haciz ihbarnamesine yedi gün içinde itiraz etmediği için ikinci haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişi, bu ihbarnameye de yedi gün içinde itiraz etmez ve borcu ödemezse kendisine son uyarı olarak üçüncü kez bildirimde bulunulur. Kanuna göre, üçüncü kişiye, onbeş gün içinde parayı icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı teslim etmesi yahut bu süre içinde menfi tespit davası açması, aksi takdirde zimmetinde sayılan borcu ödemeye veya yedinde sayılan malı teslimine zorlanacağı bildirilir. “Bu bildirim alan üçüncü şahıs, icra takibinin yapıldığı veya yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde süresi içinde menfi tespit davası açtığına dair belgeyi bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde ilgili icra dairesine teslim ettiği takdirde, hakkında yürütülen cebri icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar durur. Bu süre içinde 106’ncı maddede belirtilen süreler işlemez”. Görüleceği üzere, üçüncü kişi tarafından süresi içinde menfi tespit davası

satışını önleyebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 54 vd.; **KURU**, El Kitabı, s. 362-363; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI**, s. 282; **PEK-CANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 144. Ancak borçlunun mallarının haczedilmiş olması ve borçlunun gerekli ödemeyi icra dairesine yapması halinde, mevcut hacizlerin aşkın haciz haline geleceği ve bu nedenle kaldırılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu halde haciz kalkacağına göre, bir satış da yapılamayacağı için, satış talebinde bulunulması ve dolayısıyla satış isteme süresinin işlememesi gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır. **POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY**, Sümer: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010, s. 339; **KURU**, El Kitabı, s. 362-363; **NAMLI**, s. 361. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Y. 12. HD, 26.2.2015, 32823/4058 (www.corpus.com.tr, 16.3.2023).

¹⁵⁰ **KURU**, El Kitabı, s. 605; **KURU**, Menfi Tespit, s. 118; **NAMLI**, s. 360. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. “... Menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takip durdurulmuş ise haciz ve satış isteme süreleri işlemez...”. Y. 12. HD, 25.10.2016, 4467/22205 (www.e-uyar.com, Erişim Tarihi: 17.3.2023).

açılması halinde, bu davada verilen kararın kesinleşmesine kadar satış isteme süresi durur. İİK m. 89/3 hükmünde satış isteme süresinin durmasına ilişkin "... bu süre içinde..." şeklindeki ifadeyi, menfi tespit davasının açıldığı tarihten, bu davada verilen kararın kesinleşmesine kadar geçecek süre şeklinde anlamak gerekir¹⁵¹. Davayı üçüncü kişinin kaybetmesi halinde, alacaklı, ret kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacak kalan satış isteme süresi içinde hacizli malın satışını talep edebilecektir.

2. Borçluya Konkordato Mühleti Verilmesinde

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, borçluya konkordato mühleti verilmiş olmasının, satış talebi ve satış isteme süresine bir etkisinin olup olmayacağıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, İİK m. 294/1'e göre, mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve daha önce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren süreler işlemez¹⁵². Bu hükümden hareketle, doktrinde, borçluya konkordato mühleti verilmesinin, satış talebi ve satış isteme süresine etkisi bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, İİK m. 294/1'de öngörülen takip yasağı ve takip işlemi yapılamaması, yalnız icra takip işlemleri¹⁵³ bakımındandır. Bu nedenle mühlet içinde icra takip işlemi niteliğini taşımayan işlemler yapılabilir. Bu bağlamda mühlet içinde icra takip işlemi niteliğinde olmaması nedeniyle, takip talebinde, haciz ve satış talebinde bulunulabilir. İcra dairesi bu talepleri kabul etmek zorundadır. Ancak alacaklının takip talebini, haciz ve satış talebini kabul eden icra dairesi, bu taleplerin gereğini yerine getirmek için icra takip işlemi yapamaz¹⁵⁴. Bu bağlamda icra dairesi örneğin borçluya ödeme emri tebliğ edemez, haciz ve satış yapamaz. Bu

¹⁵¹ KURU, El Kitabı, s. 477.

¹⁵² Bu konuda geniş bilgi için bkz. SİMİL, Cemil: Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020, s. 143 vd.; DURAN, Rukiye: Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları, Ankara 2020, s. 166 vd.

¹⁵³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ARSLAN, Aziz Serkan: İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018, s. 21 vd.

¹⁵⁴ Bkz. KURU, El Kitabı, s. 1463; PEKCANITEZ, Hakan/ERDÖNMEZ, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 93; ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali: 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 104; DURAN, s. 174-175.

görüşe göre alacaklının satış talebinde bulunması, icra takip işlemi niteliğini taşımamaktadır¹⁵⁵. Bu nedenle, mühlet içinde satış isteme süreleri işlemeye devam edeceği gibi, alacaklı da satış talebinde bulunabilir. Ancak her ne kadar satış talebinde bulunulabilir ise de icra dairesi mühlet içinde satış yapamaz; zira satış bir icra takip işlemidir¹⁵⁶.

Doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, adi konkordatoda kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenleyen İİK m. 294/1 hükmüne göre, mühlet içinde kural olarak¹⁵⁷ borçluya karşı hiçbir takip yapılamayacağı gibi, daha önce başlamış olan takipler de mühletin verilmesiyle birlikte duracaktır. İİK m. 294 hükmünde sadece teknik olarak icra takip işlemi yapılamayacağı, buna karşılık diğer takip işlemlerinin (örneğin taraf takip işlemlerinin) yapılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanunda sadece takip yapılamayacağından, takiplerin duracağından ve bir takip muamelesi ile kesilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğinden söz edilmiştir. Dolayısıyla, kesin mühlete karar verilmesiyle birlikte yeni takip yapılamayacağı ve başlamış olan takipler duracağına göre, bu takiplere ilişkin olarak hiçbir icra işlemi yapılamayacağını kabul etmek gerekir. Duran bir takipte, satış isteme sürelerinin işlemesi de düşünülemez. Takipler duracağına göre, bundan sonra satış talebinde bulunulması da mümkün olmamalıdır. Satış talebinde bulunulmasını kabul edip, satış yapılamayacağını kabul etmek mantıklı olmadığı gibi, bu durum alacaklının menfaatlerine de aykırı olur. Bu nedenle, kanaatimizce de kesin konkordato mühletinin¹⁵⁸ verilmesiyle birlikte alacaklılar için satış isteme süresinin duracağını kabul etmek daha isabetli olacaktır¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Bir işlemin icra takip işlemi niteliğini taşıyabilmesinin için gerekli olan unsurlar hakkında bkz. **ARSLAN**, A. S, s. 61 vd.

¹⁵⁶ **KURU**, El Kitabı, s. 1463; **PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ**, s. 93; **ALTAY/ESKİOCAK**, s. 105; **DURAN**, s. 175.

¹⁵⁷ Her ne kadar İİK m. 295 hükmü uyarınca konkordato mühleti içinde borçluya karşı rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir ve daha önce başlamış olan takiplere devam edilebilir ise de, Kanuna göre, bu takipler nedeniyle muhafaza tedbiri alınmayacak ve rehinli malın satışı yapılamayacaktır. Rehlinli malın satışı yapılamayacağına göre, mühlet verilmesi, rehinli alacaklılar bakımından satış isteme süresini durduracaktır. **NAMLI**, s. 366.

¹⁵⁸ İİK m. 288/1 hükmü uyarınca geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı için, geçici mühlete kararı verilmesiyle birlikte takipler duracağı için, alacaklılar için satış isteme süresi de duracaktır.

¹⁵⁹ **NAMLI**, s. 366; **SİMİL**, s. 144.

3. Borçluya Fevkalade Hallerde Mühlet Verilmesinde

İcra ve İflas Kanunu m. 317 hükmüne göre, olağanüstü hallerde özellikle devamlı iktisadi buhranlarda, cumhurbaşkanı, kusuru olmaksızın borçlarını ifa edemeyen borçlulara, borçlarını ifa edebilmeleri amacıyla belirli bir süre fevkalade mühlet verilmesini kararlaştırabilir¹⁶⁰. Bundan yararlanmak isteyen borçlu, bir dilekçe ile icra mahkemesine başvurarak, kendisine en fazla altı aylık bir fevkalade mühlet verilmesini isteyebilir (İİK m. 318/1). İcra mahkemesi tarafından borçluya fevkalade mühlet verilmesi halinde, mühlet içinde borçluya karşı takip yapılabilir ve bu takiplere hacze kadar devam edilebilir (İİK m. 323/1). Buna karşılık, rehnin paraya çevrilmesi talebi ve haciz, mühletin verilmesinden önce vuku bulmuş olsa bile, satış yapılamaz. Ayrıca İİK m. 323/2 hükmüne göre 106'ncı maddede öngörülen süreler mühlet boyunca uzatılır. O halde, satış talep etme süresi, fevkalade mühlet boyunca uzayacağına göre, satış talep etme süresi de icra mahkemesi tarafından fevkalade mühlet verilmesiyle duracak, fevkalade mühletin sona ermesinden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam edecektir¹⁶¹.

V. SATIŞ TALEBİNİN SÜRESİNDE YAPILMAMASININ SONUÇLARI

Yukarıda da belirtildiği üzere, alacaklının, Kanunda öngörülen hak düşürücü süre içinde satış talebinde bulunması gerekir. İcra müdürü satış talebinin süresinde yapıp yapılmadığını resen gözetmelidir. Satış talebi

¹⁶⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **YILMAZ**, Ejder: "Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması", *BATİDER*, 1977/IX/1, s. 153-191; **KİRAZ**, Taylan Özgür: "Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil", *Manisa BD*, 2000/2, s. 7-20.

¹⁶¹ **MUŞUL**, İcra, s. 781; **NAMLI**, s. 367.

kanuni süre içinde yapılmamışsa, talep icra dairesi tarafından reddedilmelidir¹⁶². O halde süresinden sonra yapılan satış talebi sonuç doğurmayacaktır¹⁶³. Her ne kadar doktrinde, süresinden sonra yapılan satış talebi üzerine, borçlunun hacizli mallarının satışına rızasının bulunması halinde satış yapılabileceği ileri sürülmüş¹⁶⁴ ise de haczin kalkması nedeniyle artık ortada satışa konu olabilecek bir malın bulunmaması ve haczin kalkmasına ilişkin sonucun kamu düzenine ilişkin olup¹⁶⁵ icra müdürü tarafından resen dikkate alınmasının zorunlu olması nedeniyle, biz de bu görüşe katılmıyoruz¹⁶⁶.

Süresinde satış talebinde bulunulmadığı takdirde, bunun sonuçlarının ne olacağı Kanunda düzenlenmiştir. İİK m. 110/1 hükmüne göre *“Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Hacizli malın satılması yönündeki talep bir defa geri alınabilir”*. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu hükümde geçen *“icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli*

¹⁶² Talebin reddedilmemesi ve malın ihaleyle satılması halinde, ihalenin feshine karar verilmelidir. **KURU**, C. 2, s. 1183; **ARSLAN**, s. 77; **ERMAN**, Eyüp Sabri: “Müddetinde Satış İstememenin Sonuçları”, Adalet Dergisi, 1976/3-4, C. LXVII, s. 214-220, s. 218; **GÜNDOĞAN**, Atilla: İcra Hukukunda Satış İşlemleri ve Özel Satış Türleri, B. 1, İstanbul 2020, s. 33. “... Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re’sen gözetmelidir. Satış talebi, bu sürelerden sonra ise, reddetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikâyete tabidir. Satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen yapılan ihalenin feshi gerekir...”. Y. 12. HD, 9.3.2015, 2632/5067 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 20.3.2023).

¹⁶³ “...İİK.nun 106-110. maddeleri gereğince süresinde satış istenmediği için haciz düşmüş olup, artık düşen bir hacze dayalı olarak ihale yapılamayacağından ihalenin feshi gerekir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK.'nin emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır. Taşınmazın tahmini değerinden fazla bir bedelle satılmış olması, mutlaka ve tek başına zarar unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Bir başka deyişle, böyle bir durumda, taşınmaz, tahmini bedelin üstünde dahi satılsa, borçlunun ihalenin feshini istemekte hukuki yararının olduğunun kabulü gerekir...”. Y. 12.HD, 26.9.2022, 10151/9319 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 20.3.2023).

¹⁶⁴ **POSTACIOĞLU**, s. 444.

¹⁶⁵ **KURU**, C. 2, s. 1182; **ANSAY**, s. 129; **BELGESAY**, s. 305; **ARSLAN**, s. 38; **ERTURGUT**, s. 76; **NAMLI**, s. 370; **ASLAN**, E. K, s. 50.

¹⁶⁶ Aynı yönde, **KURU**, C. 2, s. 1183; **ARSLAN**, s. 36; **ERTURGUT**, s. 76; **NAMLI**, s. 370; **UYAR**, Süre, s. 13; **ASLAN**, E. K, 48.

gider onbeş gün içinde depo edilmezse veya” şeklindeki ifade 7343 sayılı Kanunla madde metninden çıkartılmıştır. Bu ifadenin madde metninden çıkartılması yerindedir. Zira, aşağıda da inceleneceği üzere, gerekli giderler ödenmediği takdirde bunun sonucunun ne olacağı 7343 Sayılı Kanunla İİK m. 106 hükmünde yeniden düzenlenmiştir.

Öte yandan m. 110/1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere satış talebi kanuni süre içinde yapılmazsa, satışı talep edilen **mahcuz mal üzerindeki haciz kalkacaktır**¹⁶⁷. Süresinde satış istenmediği ve haciz kalktığı halde, satış yapılması halinde, yapılan ihalenin feshedilmesi gerekir¹⁶⁸. Görüldüğü üzere, hukukumuzda süresinde satış talebinde¹⁶⁹ bulunmamaya, sadece haczin kalkması şeklinde bir sonuç bağlanmış; icra takibinin düşmesi şeklinde bir sonuç bağlanmamıştır¹⁷⁰. Oysa İsviçre hukukunda SchKG Art 121’de süresinde satış istenmemesi veya satış talebi geri alınıp kanuni süre içinde yeniden talepte bulunulmaması halinde, takibin düşeceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu hukukumuzda, haciz yoluyla yapılan takiplerde bu şekilde bir sonuç benimsememekle birlikte, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, süresi içinde satış talep edilmezse

¹⁶⁷ Burada haczin kalması yönünde icra dairesinin ayrıca bir karar vermesine gerek yoktur. Zira haciz kanundan dolayı kendiliğinden kalkacaktır. **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 281. Ancak icra dairesinin haczin kalmış olduğu hususunu resen gözetmesi gerekir. Nitekim İİK m. 110/2 hükmüne göre “*Haczedilen resmi sicile kayıtlı malların, icra dairesiyle yapılacak yazışmalar sonucunda haczinin kalktığına tespit edilmesinde hâlinde, sicili tutan idare tarafından haciz şerhi terkin edilir ve işlem ilgili icra dairesine bildirilir*”. İcra dairesi hacizlerin kaldırılması için gerekli işlemleri yapmazsa, ilgililer şikâyet yoluna başvurabilecektir.

¹⁶⁸ “... Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re’sen gözetmelidir. Satış talebi, bu sürelerden sonra ise, reddetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikâyete tabidir. Satış isteme süresinin geçmesinden dolayı haczin kalkmasına rağmen satışın yapılması halinde ihalenin feshi gerekir...”. Y. 12. HD, 8.10.2013, 22170731844 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 25.3.2023).

¹⁶⁹ Ancak hukukumuzda “7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun” un 8/4 ncü maddesine göre “*Ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren beş yıl içinde haciz talep edilmezse takip düşer. İtirazın hükmünden düşürülmesine ilişkin dava açılması hâlinde davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmaz*”. Görüldüğü üzere burada da takip düşmekte, ancak bu süresinde satış talebinde bulunulmaması nedeniyle değil, haciz talebinde bulunulmaması nedeniyle söz konusu olmaktadır.

¹⁷⁰ **KURU**, El Kitabı, s. 607; **MUŞUL**, İcra, s. 775-776; **NAMLI**, s. 369; **GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU**, s. 231.

veya satış talebi geri alınıp da kanuni süre içinde yenilenmezse, bizatihi rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin düşeceğini hükme bağlamıştır¹⁷¹.

Süresinde satış talebinde bulunulmadığı için haczin kalkması halinde¹⁷², icra takibi düşmeyeceği için takip dosyası halen derdest kalacaktır. Ancak süresinde satış istenmediği için haczin düşmesi halinde, borçlunun mallarına yeniden haciz konulabilmesi için İİK m. 78/5 hükmünde düzenlenen işlemlerin yapılmasının gerekli olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yani burada tartışmalı olan husus, süresinde haciz istenmemesi nedeniyle dosyanın işleminden kaldırılması halinde, borçlunun mallarına yeniden haciz konulabilmesi için harç ödenerek yenileme talebinde bulunulması ve yenileme talebinin borçluya tebliğ edilmesine ilişkin İİK m. 78/5 hükmünün, süresinde satış istenmemesi nedeniyle haczin kalması halinde de uygulanıp uygulanmayacağı hususudur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu halde İİK m. 78/5 hükmü uygulanamaz. Çünkü burada sadece haciz düşmüştür, haciz isteme hakkı düşmemiştir; zira alacaklı zaten daha önce kanuni süre içinde haciz talebinde bulunmuştur. Haciz isteme hakkı düşmediğine göre¹⁷³, süresinde satış talep etmeyen alacaklının borçlunun mallarına yeniden haciz koydurabilmesi için, harç ödeyerek bir yenileme talebinde bulunmasına ve bu talebin borçluya tebliğine de gerek yoktur¹⁷⁴. Yargıtay'ın da görüşü benimsediğini belirtmek gerekir¹⁷⁵. Buna karşılık, bizim de katıldığımız

¹⁷¹ Bu konuda bkz. ERTURGUT, s. 74 vd.; NAMLI, s. 369 vd.; ASLAN, E. K, 48 vd.

¹⁷² Bu suretle haczin kalkmasına sebebiyet veren alacaklı o mala yönelik olarak, haczin konulması ve muhafazası gibi tüm giderlerden sorumlu olur (İİK m. 110/3).

¹⁷³ Ancak Yargıtay'ın bir kararına göre bu halde haciz isteme hakkı düşer. "... 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 78/2. maddesi gereğince, alacaklının haciz isteme hakkı, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl geçmekle düşer. Bu durumda takip dosyası işleminden kaldırılır (md. 78/4). Bir yıllık süre (md.78/2) içinde haciz talebinde bulunan alacaklı, haciz talebini geri alabilir. Bu halde yeniden bir yıllık haciz isteme süresi işlemeye başlamaz. Alacaklı ancak, ödeme emrinin tebliğinden itibaren işlemeye başlamış olan bir yıllık sürenin, varsa kalan kısmında, yeniden haciz talebinde bulunabilir (md. 78/5). Anılan sürelerin geçirilmesi halinde, alacaklının "**haciz isteme hakkı**" düşer. Alacaklı, yeniden haciz isteyebilmek için yenileme talebinde bulunmalı ve bu talep borçluya tebliğ edilmelidir..."Y. 12. HD, 17.1.2019, 9730/408 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi, 25.3.2023).

¹⁷⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 290; UYAR, Süre, s. 20; MUŞUL, İcra, s. 776; ERMAN, s. 217.

¹⁷⁵ "...Somut olayda, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık süre içerisinde 07.08.2000 tarihinde alacaklı vekilinin talebi ile borçlu adına kayıtlı taşınmazın tapu

diğer görüşe göre ise, süresinde haciz istenmezse mal üzerindeki haciz kalkacağına göre, haciz talep etme süresi de zaten dolmuş olacaktır. Dolayısıyla borçlunun mallarına yeniden haciz koydurmak isteyen alacaklı, bunu ancak İİK m. 78/5 uyarınca yenileme harcı ödemek suretiyle yenileme talebinde bulunarak ve bu talebin borçluya tebliğini sağlayarak yapabilir. Ancak hacizden önceki işlemlerin yenilenmesine gerek yoktur¹⁷⁶. Gerek süresinde haciz istenmemesi gerekse satış istenmemesi halinde, icra takibi derdest kalmaktadır. Her iki halde de amaç, borçlunun mallarına yeniden haciz konulmasını sağlamak olduğuna göre, başvurulacak yöntem ve varılacak sonuç açısından bir farklılık olmamak gerekir¹⁷⁷.

kaydına haciz konulmuş olmakla, İİK. nun 78/2. maddesinde düzenlenen “haciz isteme hakkı” süresi içinde yerine getirilmiş olup, İİK. nun 78/son maddesi gereğince, yeniden haciz uygulanabilmesi için borçluya yenileme tebliğine ve yenileme harcı alınmasına gerek yoktur. İİK. nun 78. maddesi haciz isteme hakkına ilişkin olup, bir yıllık sürede haciz istendikten sonra haczedilen malın satışının yapılması için uygulama imkânı yoktur. Bir diğer anlatımla bir yıllık sürede haciz istendikten sonra artık takibe devam edilebilmesi için takipsizlik nedeniyle işlemde kaldırılan dosyanın yenilenmesi durumunda yenileme harcı alınmaz...”. 12. HD, 22.6.2010, 3540/16117: [www.corpus.com.tr.](http://www.corpus.com.tr); “... Somut olayda, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık süre içerisinde alacaklı vekilinin talebi ile borçlu adına kayıtlı taşınmazların tapu kayıtlarına haciz konulmuş olmakla, İİK. nun 78/2. maddesinde düzenlenen “haciz isteme hakkı” süresi içinde yerine getirilmiştir. Ancak, yasada öngörülen zamanda satış istenmediğinden İİK'nun 106 ve 110. maddeleri gereğince haciz kalkmıştır. İİK. nun 78/son maddesi gereğince, yeniden haciz uygulanabilmesi için borçluya yenileme tebliğine ve yenileme harcı alınmasına gerek yoktur. O halde, Mahkemece şikâyetin kabulü yerine reddine karar isabetsizdir...”. Y. 12. HD, 10.10.2006, 15390/18841 ([www.corpus.com.tr.](http://www.corpus.com.tr), Erişim Tarihi: 25.3.2023). “... Buna karşılık alacaklı bir yıllık süresi içinde haciz talebinde bulunmuş ise aynı bir yıllık süre içinde (hatta daha sonra) borçlunun mallarının haczedilememiş olması haciz isteme hakkının düşmesini ve dolayısıyla takip dosyasının işlemde kaldırılmasını gerektirmez. Bu halde icra takibi derdest kalmakta devam etmektedir ve alacaklının bir yıllık süresi içinde yapmış olduğu haciz talebi gereğince (bir yıl geçtikten sonra) borçlunun mallarının haczedilmesini istemesi, İcra ve İflas Kanunu'nun 78/5. maddesi anlamında yenileme talebi niteliğinde değildir. Yani bu halde alacaklının yeniden harc ödemesine ve talebin borçluya tebliğine gerek yoktur...”. Y. HGK, 8.11.2017, 12-1147/1304 ([www.corpus.com.tr.](http://www.corpus.com.tr), Erişim Tarihi: 25.3.2023).

¹⁷⁶ BELGESAY, s. 262; KURU, El Kitabı, s. 607-608; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 391; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 218; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 281; NAMLI, s. 370; ERTURGUT, s. 75, s. 370; ASLAN, E. K, s. 49.

¹⁷⁷ Kaldı ki, haczin düşmüş olduğunun kabulü ile birlikte haciz talebinin de düşmüş olduğunu kabul etmek gerekir; aksi takdirde alacaklı kalkan haczi hiçbir süreye tabi olmaksızın yeni talebiyle tekrar ileri sürme hakkına sahip olur. Hâlbuki hiç olmazsa

VI. SATIŞ TALEBİNDE BULUNULMASININ SONUÇLARI

A. SATIŞ TALEBİ ÜZERİNE İCRA MÜDÜRÜNÜN YAPACAĞI İŞLEMLER

Alacaklının satış talebini alan icra dairesi, bu talebin kanunda öngörülen şartlara uygun olup olmadığını inceleyecektir. Bu bağlamda icra dairesi, alacaklının kesin haciz sahibi ya da hacze kesin olarak iştirak eden bir alacaklı olup olmadığını; satış talebinin kanunda öngörülen süre içinde yapılıp yapılmadığını ve aşağıda inceleneceği üzere gerekli giderlerin satış talebiyle birlikte ödenip ödenmediğine bakacaktır¹⁷⁸ (İİK m. 106/3, 4, 5). Alacaklının satış talebinin, kanuni şartları taşıdığına karar veren icra dairesi, satış için gerekli hazırlıklara başlayarak satışı yapma yükümlülüğü altına girer¹⁷⁹. Bundan sonra alacaklı satışı, ancak bu konudaki talebini geri alarak durdurabilir¹⁸⁰. Kanuni şartları taşımasına rağmen icra dairesi, alacaklının satış talebini kabul ederek mahcuz malın satışını yapmazsa, ilgililer icra dairesinin bu işlemine karşı şikâyet yoluna başvurabilirler.

Satış talebi üzerine, icra dairesinin yapması gereken diğer bir iş de daha önce muhafaza altına alınmamış mahcuz malları, satış talebi üzerine muhafaza altına almaktır. Zira İİK m. 88/2 hükmüne göre, *“Haczedilmiş ancak muhafaza altına alınmamış mallar satış talebi üzerine muhafaza altına alınır veya ihale alıcısına teslim hazır hâle getirilir, aksi takdirde satış yapılamaz. Sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından 106’ncı madde hükmü saklıdır”*. Bu düzenlemenin, İİK m. 88/2 ile İİK m. 106 hükmünün birlikte dikkate alınması suretiyle değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, daha önce yani haciz aşamasında muhafaza altına alınmamış bir mal, m. 88/2 uyarınca, satışının talep edilmesi üzerine muhafaza altına alınacak veya teslim hazır hale getirilecektir. İİK m. 88/2 hükmüne bakıldığında, bu malların muhafaza altına alınabilmesi veya teslim hazır hale getirilebilmesi için sadece satışlarının talep edilmiş olması yeterliymiş gibi gözükse de bu şekilde bir sonuca varmak doğru olmayacaktır. Çünkü İİK m. 106/3’e göre *“Satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması zorunludur”*. Bu hükmün haciz aşamasında m. 88/2’ye göre

yenileme talebinin kendisine tebliği üzerine borçlunun, borcun zamanaşımına uğradığını ileri sürme olanağına sahip olması gerekir (POSTACIOĞLU, s. 445).

¹⁷⁸ NAMLI, s. 372 vd.

¹⁷⁹ ERTURGUT, s. 78.

¹⁸⁰ ARSLAN, s. 36; ERTURGUT, s. 78.

muhafaza altına alınmamış mallar bakımından da geçerli olacağı açıktır. Ancak gerekli giderlerin de ödenmesi suretiyle yapılan satış talebi üzerine, bu mallar muhafaza altına alınmaz veya ihale alıcına teslim hazır hale getirilmezse, satışlarının yapılması mümkün olmayacaktır. İİK m. 88/2'de, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından 106'ncı madde hükmü saklı tutulmuştur. Dolayısıyla sicile kayıtlı motorlu kara araçları, eğer daha önce m. 88/2'ye göre haciz aşamasında muhafaza altına alınmamışsa, bu araçların satış aşamasında muhafaza altına alınabilmeleri için, sadece satış talebinde bulunulmuş olması ve sadece kıymet takdiri ve satış giderlerinin ödenmesi yeterli olmayacaktır. Aksine, bunların satış, kıymet takdiri ve muhafaza talebinin birlikte yapılması ve bunlara ilişkin giderlerin tamamının birlikte ve peşin olarak yatırılması zorunlu olacaktır. Aksi takdirde satış talebi vaki olmamış sayılacaktır. Kanun koyucu diğer mallardan farklı olarak, bu araçlar bakımından muhafaza talebinin satış talebiyle birlikte yapılmasını ve muhafaza giderlerinin de ödenmiş olmasını özel olarak düzenlemiştir. Bu koşullara uygun bir satış talebi üzerine, bu araçların satışının yapılabilmesi için de muhafaza altına alınmaları veya ihale alıcısına teslim hazır hale getirilmeleri şarttır (m. 88/2).

Burada üzerinde durulması gereken mesele, alacaklının satış talebi kanuna uygun olmasına rağmen, icra dairesinin örneğin söz konusu mal hakkında henüz kıymet takdiri yapılmadığı gerekçesiyle satış talebini reddetmesi halinde, mal üzerindeki haczin akıbetinin ne olacağıdır. Acaba alacaklı icra dairesinin bu kararına karşı şikâyet yoluna başvurarak bu kararı ortadan kaldırmazsa ve o arada satış isteme süresi de geçmişse mal üzerindeki haciz kalkmış olacak mıdır? Yoksa alacaklı şikâyet yoluna başvurmasa bile kanuna aykırı olarak reddedilen satış talebi geçerliliğini sürdüreceği için mal üzerindeki haciz varlığını koruyacak mıdır? Bu konuda Yargıtay daireleri arasında bulunan içtihat aykırılıkları¹⁸¹ Yargıtay tarafından 18.2.2018 tarihinde verilen İçtihadı Birleştirme Kararıyla¹⁸² çözüme kavuşturulmuştur¹⁸³. Yargıtay bu İBK'nda özetle şu şekilde karar

¹⁸¹ Bu konuda İBK verilmesinden önce yapılan bir inceleme için bkz. **KARAKAŞ**, Cemal Fazıl: "Çelişen Yargıtay Uygulaması Bağlamında Satış Talebinin Reddi ve Sıra Cetveline Yansıyan Sonuçları", Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1145-1185.

¹⁸² Bu İBK'ni ayrıntılı olarak değerlendiren bir çalışma için bkz. **AKYOL ASLAN**, Leyla: "Satış Talebinin Kanuna Aykırı Olarak Reddedilmesinin Konulmuş Olan Hacze Etkisi, Yargıtay'ın 16.2.2018 Tarihli İBK Dolayısıyla", Legal MİHDER, C. 14, S. 40, 2018/2, 363-428.

¹⁸³ Bkz. Y. İBBGK, 16.2.2018, 4/1: RG. 29.6.2018, Sayı: 30463.

vermiştir: "... Alacaklının yasal süresi içinde usulüne uygun olarak yaptığı satış talebinin icra müdürünce reddine ilişkin kararın şikâyet yolu ile ortadan kaldırılmaması hâlinde yasal sürenin geçmesi ile özellikle sıra cetveline esas alınacak haczin düşmeyeceğine, 16/02/2018 günlü oturumda oy çokluğu ile karar verilmiştir...".

Görüldüğü üzere Yargıtay, bu İBK ile satış talebinin kanuna aykırı olarak reddedilmesi halinde, icra dairesinin bu kararı (işlemi) şikâyet yoluyla ortadan kaldırılmasa bile, satış talebinin ve konulmuş olan haczin varlığını koruyacağını ve söz konusu alacaklının sıra cetvelinde dikkate alınacağını kabul etmiştir. Ancak bu İBK doktrinde bazı haklı eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki doktrine göre, icra dairesi tarafından satış talebinin kanuna aykırı olarak reddine karar vermiş olsa bile, bu karar şikâyet yoluyla ortadan kaldırılmadığı sürece geçerliliğini koruyacaktır. Zira şikâyet zaten icra dairesinin (icra organlarının) icra ve iflas hukuku kurallarına aykırı olarak yaptığı işlemlere (verdiği kararlara) karşı başvuru olan bir hukuki çaredir¹⁸⁴. Kanuna uygun olan işlemlere karşı zaten şikâyet yoluna başvurulmasına gerek yoktur. İcra dairesinin kanuna aykırı işlemi/kararı şikâyet yoluyla ortadan kaldırılmadığı sürece, hukuk âleminde varlığını muhafaza edecektir. Varlığını muhafaza eden bir kararın göz ardı edilmesi ise mümkün değildir. İcra dairesi satış talebini kanuna aykırı olarak reddetmiş ise, bu karar şikâyet yoluna başvurularak ortadan kaldırılmadığı ya da süresi içinde yeni bir satış talebinde bulunulmadığı takdirde, bu arada satış isteme süresi dolmuşsa, mal üzerindeki haciz kalkacağı için, bu haczi koyduran alacaklının sıra cetvelinde yer alması mümkün olmayacaktır¹⁸⁵.

B. SATIŞ TALEBİNDE BULUNANIN GEREKLİ GİDERLERİ ÖDEMESİ

İcra ve İflas Kanunu'nun 59 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre her ne kadar takip masrafları borçluya ait ise de, aynı hükme göre, "Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62 nci maddeye göre yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da avans olarak peşinen öder". Bu hüküm yanında kanun koyucu,

¹⁸⁴ Bkz. PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 49.

¹⁸⁵ AKYOL ASLAN, Satış Talebi, s. 374 vd.; NAMLI, s. 373-374.

hacizli malların satışını¹⁸⁶ talep eden alacaklının ödemesi gereken giderler hususunda bazı özel düzenlemeler yapmıştır. Kanunda bu konuda mevcut olan düzenlemelerde, 7343 sayılı Kanun ile de bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu Kanunla değişiklik yapılmadan önce satış giderlerinin ödenmesi hususunda İİK m. 110/1 hükmünde, icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli gider satış isteyen alacaklı tarafından on beş gün içinde depo edilmezse, o mal üzerindeki haczin kalkacağı şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak, satış talebinde bulunan alacaklının hangi giderleri, hangi anda ödemesi gerektiği, ödemezse bunun sonucunun ne olacağı hususunda 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106 hükmünde düzenleme yapıldığı için, biraz önce belirtilen düzenleme İİK m. 110 hükmünden çıkartılmıştır. O halde satış talep eden alacaklın ödemesi gereken giderler, yapılan değişiklikle artık 106'ncı maddede yeniden düzenlenmiştir.

Bu maddenin yeni haline göre; *“Satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması zorunludur (m. 106/3). “Sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından muhafaza, kıymet takdiri ve satış talebinin birlikte yapılması ve bunlara ilişkin giderlerin tamamının birlikte ve peşin olarak yatırılması zorunludur” (m. 106/4). “Kıymet takdiri ve satış giderlerinin, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından ilaveten muhafaza giderinin tamamı, satış talebiyle birlikte peşin olarak yatırılmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır” (m. 106/5). Getirilen yeni düzenlemeden de anlaşılacağı*

¹⁸⁶ Yine örneğin hacizli malların muhafazasına ilişkin olarak İİK m. 95 hükmünde *“Alacaklı haczedilen malların muhafaza ve idare ve işletilmesi masraflarını istenildiği takdirde peşin vermeğe mecburdur”* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

üzere, artık **satış talebiyle birlikte** gerekli olan satış giderlerinin¹⁸⁷ tamamının¹⁸⁸ peşin olarak ödenmesi zorunludur. Satış talebini kim yapmışsa, giderleri de o taraf ödeyecektir. Buna göre gerekli giderleri, satış talebi alacaklı tarafından yapılmışsa alacaklı, borçlu tarafından yapılmışsa borçlu ödeyecektir¹⁸⁹. İcra müdürünün resen satışa karar verdiği hallerde ise satış giderlerinin alacaklı tarafından ödenmesi gerekir¹⁹⁰. Bu hükümde satış giderlerinin ödenmesi bakımından, sicile kayıtlı motorlu karar araçları ve diğer mallar şeklinde ikili bir ayırım yapıldığı söylenebilir. Buna göre, sicile kayıtlı motorlu kara araçları dışında kalan gerek taşınır gerekse taşınmaz diğer bütün hacizli malların satışını talep eden alacaklı,

¹⁸⁷ Burada ödenmesi gereken giderler, bütün takip giderleri değildir. Kıymet takdiri ve satış giderleridir. Motorlu kara araçları bakımından bunlara ilaveten muhafaza giderleridir. "... İİK'nun 129. maddesinde, arttırma bedelinin, malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerektiği düzenlemesi yer almaktadır. Bu durumda satış bedelinin, tüm icra masraflarını değil, paraya çevirme ve paylaşım giderlerini geçmesi gerektiğinin hüküm altına alındığı görülmekte, satış talebinden ihale tarihine kadarki paraya çevirme ve paylaşım giderlerinin hesaplamada dikkate alınması gerekmektedir. Satış istenen taşınmazın kıymetinin takdiri hakkındaki İİK'nun 128. maddesi paraya çevirme başlığını taşıyan III. bölümde bulunmaktadır. Bu nedenle taşınmazın kıymetinin belirlenmesi için yapılan keşif ve bilirkişi masraflarının da tıpkı ilan giderleri gibi paraya çevirme masrafı olarak kabulü gerekir. İhale bedelinin, İİK'nun 129. maddesinde öngörülen kriterlere uygun olmaması ise, tek başına ihalenin feshi sebebi olup, mahkemece re'sen nazara alınmalıdır...". Y. 12. HD, 5.7.2017, 31105/10306 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 27.3.2023).

¹⁸⁸ Kanun değişikliğinden önce Yargıtay, satış giderlerinin bir kısmının ödenmesi halinde de satış talebinin geçerli olacağına karar veriyordu. Örneğin, "... İİK'nun 59. maddesi uyarınca, bir işlemin yapılmasını isteyen alacaklı, o işlemin yapılması için gerekli masrafı, icra müdürünün kararına gerek olmadan avans olarak peşin yatırmalıdır. Az da olsa satış avansının yatırılmış olması halinde, usule uygun satış talebi yapılmış sayılır. İİK'nun 110. maddesi hükmüne göre, satış talebi yapıldığında, icra müdürünün, alacaklıdan, satış avansını 15 gün içinde depo etmesini talep etmesi gerekir. İcra müdürünce verilen süre içinde belirtilen satış avansı depo edilmez ise, anılan hüküm gereği haciz kalkar...". Y. 12. HD, 20.12.2016, 30970/25764 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi, 30.3.2023).

¹⁸⁹ Ancak satış giderlerinin satış talebinde bulunmayan diğer tarafça ödenmesine de kanuni bir engel bulunmamaktadır. **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 285; **GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU**, s. 234.

¹⁹⁰ **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 285.

satış talebiyle birlikte, hem kıymet takdiri¹⁹¹ hem de gerekli satış giderlerinin tamamını peşin olarak ödemek zorundadır. Sicile kayıtlı motorlu kara araçlarında ise bunlara ilaveten bir de muhafaza giderlerinin peşin olarak ödenmesi gerekmektedir. Yapılan değişikliğin gerekçesinin, hacizli malların hızlı bir şekilde satılması amacına yönelik olduğu ifade edilmiştir. Uygulamada, gerekli giderlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle yaşanan bazı sorunlar dikkate alındığında, değişikliğin isabetli olduğu savunulabilir. Zira yapılan değişiklik, giderlerin vaktinde ödenmemesinden kaynaklanan zaman kaybını önleme amacına yönelik olduğundan, hacizli malların daha hızlı bir şekilde satılmasına, böylece icra takibinin daha çabuk bir şekilde sonuçlanmasına hizmet edecektir.

Satış talebinde bulunan alacaklının, satılması istenen hacizli malın niteliğine göre hangi miktarda satış gideri ödemesi gerektiği hususunda da 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106/7 hükmünde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre *“Bu maddede belirtilen giderler Adalet Bakanlığınca her yıl yürürlüğe konulan tarifede belirlenir”*. Kanunda öngörülen tarife Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan bir *“tebliğ”* ile belirlenmiş ve yürürlüğe konulmuştur¹⁹². Tarife’ye göre, satışı istenen hacizli malın niteliğine göre, o mal için Tarife’de belirlenen giderin ödenmesi gerekmektedir. Nitekim Tarife’nin 3/1 inci maddesine göre *“Satış talep edilmesi halinde ücret tablosunda yer alan satışı istenen mahcuz mala ait satış giderlerinin peşin olarak yatırılması zorunludur”*.

Bu bağlamda örneğin Tarife m. 4’e göre *“Taşınmaz malların satışının talep edilmesi halinde satış giderleri tablosunda yer alan buna ilişkin*

¹⁹¹ Bu konuda ayrıntı için bkz. **BORAN GÜNEYSU**, Nilüfer: İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri, Ankara 2020, s. 185 vd. Yargıtay’a göre aynı mal üzerine yeniden haciz konulması halinde kıymet takdirinin bu yeni hacze göre yeniden yapılması gerekir. Eski (düşen) hacizlere dayanılarak yapılan kıymet takdirinin esas alınarak yapılan ihalenin feshi gerekir. *“... Somut olayda, ihaleye konu taşınmazlar üzerine 20.02.2012 ve 09.06.2015 tarihlerinde haciz konulduğu, taşınmazların ihaleye esas olan kıymet takdirlerinin 18.04.2016 tarihinde yapıldığı, taşınmazlar üzerine 06.05.2016 tarihinde yeniden haciz konulduğu, 17.10.2016 tarihinde satış talebinde bulunularak aynı tarihte satış avansının yatırıldığı görülmektedir. Bu durumda, satış, yeni konulan hacizlere dayanılarak yapıldığından, bu hacizlere göre yeniden kıymet takdirlerinin yapılması ve satışın da bu yeni kıymet takdirleri üzerinden gerçekleştirilmesi gerekirken, düşen hacizlere dayalı olarak belirlenen kıymet takdirlerinin herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacakları cihetle, satışa esas alınmaları mümkün olmayıp, bu hususun mahkemece re’sen gözetilmesi gerekir...”*. Y. 12. HD, 8.11.2018, 9170/11152 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 30.3.2023).

¹⁹² En son yayımlanan Satış Giderleri Tarifesi için bkz. RG, 8.3.2023, Sayı: 31772.

ücret esas alınır¹⁹³. Taşınmaz mallara ilişkin satış gideri, kıymet takdiri ve satış giderleri esas alınarak belirlenmiştir¹⁹⁴. İcra dosyasından birden fazla taşınmazın birlikte satışının talep edilmesi halinde, bir taşınmaz için satış ücreti tam olarak alınır. Diğer taşınmazlar için ise ücret tablosunda belirtilen satış giderinin toplamından belirli miktarda indirim yapılmak suretiyle avans olarak depo edilmesine icra müdürü tarafından karar verilebilir. Bu indirim tabloda belirtilen gider avansının yarısından fazla olamaz". 8.3.2023 tarihli son Tarifeye göre taşınmaz malların satışını talep eden alacaklının ödemesi gereken satış gideri 11.600 TL'dir. Yine örneğin Tarife'nin 5/2 nci maddesine göre, sicile kayıtlı motorlu kara araçlarına ilişkin satış gideri; aracın muhafazası, kıymet takdiri ve satış giderleri esas alınarak belirlenmiştir¹⁹⁵. Tarife'nin 9 uncu maddesine göre, Tarife'nin 3/2 nci maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla satış giderinin belirlenmesinde, *satış talebinin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan tarife esas alınır*. Bununla birlikte, satış işlemleri sırasında Tarifede belirtilen ve peşin olarak yatırılan miktarın yetersiz kaldığı anlaşılırsa, icra müdürü tarafından miktarın tamamlanması için satış isteyene on beş günlük süre verilir (İİK m. 106/6; Tarife m. 3/2). Eğer bu sürede eksik miktar tamamlanmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır (İİK m. 106/6).

Görüldüğü üzere, hem başlangıçta satış talebiyle birlikte satış giderlerinin hem de satış işlemleri esnasında yetersiz kaldığının anlaşılması üzerine tamamlanması için süre verilen giderin ödenmemesi halinde, satış talebi vaki olmamış, yani yapılmamış sayılacaktır¹⁹⁶. Dolayısıyla bu

¹⁹³ Tarifenin 7 nci maddesine göre "Bu Tarifede satış gideri belirtilmeyen malların satışının talep edilmesi halinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde satış gideri tablosunda yer alan ücretler esas alınır".

¹⁹⁴ Yargıtay'a göre; "... Satış masraflarından anlaşılması gereken ise, satışın tamamlandığı bir diğer ifade ile ihalenin gerçekleştiği son satışa ilişkin masraflar olup, daha önce aynı dosyadan aynı taşınmaza ilişkin olarak düşen ya da feshedilen ihalelere ilişkin satış masrafları bu kapsamda kabul edilemez. Bunlar ancak icra takip masrafı olarak dosya hesabında dikkate alınır...". Y. 12. HD, 2.4.2014, 7332/9702 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 1.4.2023).

¹⁹⁵ Tarifeye göre sicile kayıtlı motorlu kara araçları için örneğin, otomobil ve diğer yük vasıtalarının satışını talep eden alacaklının 5.800 TL; kamyonet, minibüs, midibüs, arazi taşıtı için 6.260 TL satış gideri ödemesi gerekmektedir. Diğer araçlar bakımından ödenecek satış gideri de Tarifenin 8 inci maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁹⁶ Yargıtay'a göre, satış talebinde bulunulmasından önce masraf yatırılmış olması, bu tarihte satış talebinde bulunulduğu anlamına gelmez. "... Her ne kadar tapu kayıtlarının incelenmesinde ihaleye konu taşınmazlara 12/08/2016 tarihinde tekrar haciz konulduğu görülmüş ise de; icra müdürlüğünün 18/10/2021 tarihli cevabi yazısında,

hallerin gerçekleşmesi halinde icra dairesinin hacizli malları satması mümkün olmayacaktır. Ancak her ne kadar bu sebepler nedeniyle hacizli malların satışı mümkün olamayacak ise de, eğer satış isteme süresi henüz geçmemişse, mal üzerindeki haciz salt bu nedenlerle kalkmayacaktır¹⁹⁷. Çünkü Kanunda bu hallerde sadece satış talebinin vaki olmamış sayılacağı hükme bağlanmış, salt bu nedenlerle haczin kalkacağı şeklinde bir yaptırım düzenlenmemiştir. Kuşkusuz, satış talebi vaki olmamış sayılan alacaklı, gerekli giderleri ödemek suretiyle, satış isteme süresi içinde, yeniden satış talebinde bulunmadığı takdirde, haciz kalkacaktır.

VII. SATIŞ TALEBİNİN GERİ ALINMASI

Kanuni süre içinde satış talebinde bulunan alacaklının, satış talebini geri alması mümkündür. Doğal olarak, henüz ileri sürülmemiş olan bir satış talebinin geri alınması da söz konusu olamaz. İİK m. 110/1 hükmünde, satış talebinin geri alınıp da kanuni süre içinde yenilenmemesi halinde o mal üzerindeki haczin kalkacağı açıkça ifade edilmiştir. Keza 7343 sayılı Kanunla değişik İİK m. 115/5 hükmünde, teklif verme başladıktan sonra satış talebinin geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, satış talebinin geri alınabilmesi hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Satış talebinin geri alınması, sadece borçlunun mallarının paraya çevrilmesine yönelik somut talebin sonuç doğurmaması (icra dairesi tarafından dikkate alınmaması)¹⁹⁸, yani bu talep nedeniyle yapılacak olan satışın artık yapılamaması anlamına gelir. Salt satış talebin geri alınması, alacaklının hacizli mallar hakkında daha sonra yeniden satış talebinde

alacaklı vekilince 09/06/2016 tarihli talebi ile ihaleye konu taşınmazlara ilişkin takyidat raporlarının alınmasının talep edildiği, ancak tapu müdürlüğüne 12/08/2016 tarihinde söz konusu taşınmazlara yeniden haciz şerhi işlendiğinin bildirildiği, 12/08/2016 tarihli haciz şerhinden sonra alacaklı vekilinin usulüne uygun ve yasal süresinde satış talebinde bulunmadığı görülmekle, satış isteminin varlığını kabul için bu konudaki açık talep yanında satış giderlerinin de yatırılması gerekir. Satış talebinden önce masraf yatırılması, o tarihte satış talebinde bulunduğu anlamına da gelmez...". Y. 12. HD, 9.11.2021, 8386/9906 (www.corpus.com.tr., Erişim Tarihi: 5.4.2023).

¹⁹⁷ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 285.

¹⁹⁸ Satış talebi geri alınmasına rağmen, icra dairesince satış yapılması halinde, ihalenin feshi talep edilebilecektir. Y. 12. HD, 13.12.1999, 15556/16362 (ERTURGUT, s. 78 dn. 150).

bulunamayacağı, bu yöndeki talebinden (hakkından) bütünüyle vazgeçtiği anlamına gelmez¹⁹⁹. Çünkü satış talebinin geri alınması, haciz talebinin geri alınması anlamına gelmeyeceği gibi, mallar üzerindeki haczin kaldırılmasının talep edildiği anlamına da gelmez. Satış talebinin geri alınması halinde, takip derdest kalmaya devam edeceğine göre, henüz satış isteme süresi de dolmamışsa, alacaklı yeniden satış talep edebilecektir²⁰⁰. Ayrıca, satış talebinin geri alınmasının sonuç doğurması, borçlunun ve icra dairesinin kabulüne de bağlı değildir²⁰¹. Öte yandan satış talebinde kim bulunmuşsa, bu talebi, ancak ileri süren geri alabilir²⁰². Alacaklının, satış talebini geri alması, borçlunun satış talebinde bulunmasına engel değildir²⁰³. Ancak borçlu da yapmış olduğu satış talebini geri alabilmelidir. Zira borçluya satış talep etme yetkisi veren (m. 106/1) kanun koyucu, onun bu talebini geri almasına engel olacak bir hüküm koymamıştır²⁰⁴.

Alacaklının satış talebinin geri alınmasına yönelik iradesinin şarta bağlı olmaması, kesin ve açık olması gerekir²⁰⁵. Alacaklının örneğin, “satış talebimi geri alıyorum” ya da “satış talebinden vazgeçiyorum” şeklindeki

¹⁹⁹ Buna karşılık, satış talebinin geri alınmasının, haciz ve satıştan feragat anlamına geldiği hallerde, alacaklının yeniden satış talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir. **MUŞUL**, İcra, s. 776; **NAMLI**, s. 379; **ERMAN**, s. 219; “... Somut olayda; alacaklı vekili satış talebinden vazgeçmiş olup, açıkça hakkın özünden feragat etmiş değildir. Bu durumda satış talebinden vazgeçilmiş olması, alacağın haricen tahsil edildiğine karine teşkil etmeyeceği gibi, borçlunun talebi, süresinde satış istenmediği gerekçesi ile İİK'nun 106-110. maddelerine dayalı olarak hacizlerin kaldırılmasına ilişkin olup, borçlunun bu istemi harca tâbi değildir. Bu nedenle, icra müdürlüğünün tahsil harcı yatırılmasına ilişkin 19.02.2016 tarihli işleminin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır...”. Y. 12. HD, 9.3.2017, 20216/3502; aynı yönde, Y. 12. HD, 13.5.2014, 11744/14136 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 6.4.2023).

²⁰⁰ **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 282.

²⁰¹ Bu anlamda bkz. **ASLAN**, Kudret: Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Ankara 2016, s. 543.

²⁰² **KURU**, C. 2, s. 1183; **ERTURGUT**, s. 79.

²⁰³ **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 282.

²⁰⁴ **ERTURGUT**, s. 79.

²⁰⁵ **KURU**, El Kitabı, s. 608; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 391; **GÖRGÜN/BÖRÜ/ KODAKOĞLU**, s. 232; **NAMLI**, s. 377; **ERTURGUT**, s. 78; **ASLAN**, E. K, s. 52.

beyanlarla bu konudaki iradesini ortaya koyması mümkündür. Doktrinde, alacaklının, satışın durdurulmasını²⁰⁶ talep etmesi ve borçluya süre vermesi²⁰⁷ hallerinde de satış talebinin geri alınmış sayılacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, satış talebi ancak bütün hacizli malların satışını kapsayacak şekilde geri alınabilir. Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, satış talebi de ancak bütün hacizli mallara yönelik olarak yapılabilir. Dolayısıyla satış talebinin geri alınması hacizli malların sadece bir kısmına yönelik olarak yapılamaz²⁰⁸. Kanaatimizce, alacaklı satış talebinin geri alınması iradesini sadece hacizli malların bir kısmına yönelik olarak açıklamışsa, bunun, bütün hacizli malların geri alınmasına yönelik olarak yapıldığını kabul etmek gerekir.

Satış talebinin en son hangi ana kadar geri alınabileceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre satış talebi ihale anından sonra geri alınmaz. İhale anına kadar satış talebi geri alınabileceğine göre, artırma esnasında dahi bu talep geri alınabilir²⁰⁹. Yargıtay'ın da bu görüş doğrultusunda verdiği kararları vardır²¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise, artırmanın başlamasından sonra satış talebi geri alınarak

²⁰⁶ KURU, C. 2, s. 1184; ERMAN, s. 220; UYAR, İsteme Hakkı, s. 17; ERTURGUT, s. 78; NAMLI, s. 377; ASLAN, E. K, s. 52; "... Somut olayda, şikâyete konu taşınmaz üzerine 26.02.2009 tarihinde haciz konulduğu ve alacaklı tarafından 07.01.2011 tarihinde 300,00 TL satış avansı da yatırılarak mahcuz taşınmazın satışının talep edildiği görülmektedir. Öte yandan, yasal iki yıllık süre içerisinde satış istenmiş ise de; alacaklı yanca 24.06.2011 tarihinde satışın durdurulması istenmiş olup, alacaklının bu talebi satış talebinin geri alınması niteliğindedir. Satış talebini geri alan alacaklı tarafından haciz tarihinden itibaren kalan satış isteme süresinde yeniden satış isteminde bulunmadığı gibi, aynı taşınmaza alacaklının 25.07.2011 tarihli haciz talebi üzerine 28.07.2011 tarihinde yeniden haciz konulmuş ancak alacaklı tarafından satış talebinde bulunulmamıştır. Dolayısıyla, geçerli bir satış isteminin varlığından söz edilemeyeceğinden taşınmaz üzerindeki haczin kalkmış olduğu kuşkusuzdur...". Y. 12. HD, 19.2.2018, 2250/1541 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 7.4.2023).

²⁰⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 239; ERTURGUT, s. 79; NAMLI, s. 377; ASLAN, E. K, s. 52.

²⁰⁸ KURU, C. 2, s. 1183; ERTURGUT, s. 79; ERMAN, s. 219; ASLAN, E. K, s. 53.

²⁰⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 238; ERTURGUT, s. 79; ASLAN, E. K, s. 53.

²¹⁰ "... Somut olayda alacaklı ihale tamamlanmadan memurlukça taşınmazın alıcıya ihale edilmesine karar verilmeden, ihale bütün şekil ve şartları ile tamamlanmadan önce ihaleden vazgeçtiğini beyan etmiştir. İhale tamamlanmadan önce satıştan vazgeçildiğine göre memurlukça alacaklının talebi doğrultusunda satışın düşürülmesi gerekirken ihalenin sürdürülüp sonuçlandırılması yasaya uygun değildir. O halde şikâyetin kabulü ile ihalenin feshi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi isabet-sizdir...". Y. 12. HD, 14.11.2000, 15861/17342 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 8.4.2023).

satış durdurulamaz. Çünkü bir kamusal işlem olan artırmanın görevli memur tarafından başlatılmasından sonra alacaklı tarafından durdurulması, işlemin niteliğine uygun olmaz²¹¹. Kaldı ki artırma başladıktan sonra satış talebinin geri alınması, artırmaya olan ilgiyi de azaltır²¹². Yargıtay da bazı kararlarında bu görüşü benimsemiştir²¹³.

Doktrinde bu görüşler mevcutken, 7343 sayılı Kanunla İİK m. 115/5 hükmünde konuya ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre “*satış talebi teklif verme başladıktan sonra geri alınamaz*”. Böylece kanun koyucu doktrindeki görüşlerden, ikinci görüş yakın sayılabilecek bir ölçütü esas alarak düzenleme yapmış, ancak bu düzenlemeye somut bir gerekçe göstermemiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi, 7343 sayılı Kanunla fiziki olarak yapılan artırmaya son verip, artırmanın tamamen elektronik ortamda yapılması nedeniyle tercih ettiği düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, ihalenin hangi ana kadar geri alınabileceği hususunda bir tercih yaparken, takibin taraflarının mı yoksa açık artırmaya katılan üçüncü kişilerin menfaatinin mi üstün tutulması gerektiği noktasından hareket edilmesi uygun olacaktır. Buna göre cebri icrayı başlatan ve satış talebinde bulunan alacaklıdır. Açık artırmanın yapılması ve borçlunun hacizli malının satılması, öncelikle alacaklının menfaatine (onun tatmin edilmesine) hizmet etmektedir. Zira alacaklı bu suretle alacağını elde etme imkânına kavuşacaktır. Hacizli mallarının satılmasından kurtulması nedeniyle, bu durum borçlunun menfaatlerine de hizmet edecektir. Açık artırmaya katılan ve pey ileri süren üçüncü kişilerin menfaatlerinin, bu açıdan daha tali nitelikte olduğu ve takibin taraflarının menfaatlerine

²¹¹ ARSLAN, s. 124; UYAR, İsteme Hakkı, s. 17.

²¹² UYAR, İsteme Hakkı, s. 17.

²¹³ Örneğin, “Alacaklının satış talebi üzerine icra dairesi artırma hazırlıklarını ve artırmayı yapmakla mükellef olup, alacaklıca paraya çevirme talebinin geri alınması mümkündür. Ancak açık artırma, kamusal bir işlemdir ve artırmanın görevli memur tarafından başlatılmasının ardından alacaklı tarafından durdurulabilmesi, kamusal işlemin niteliğine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, **alacaklının satış talebini geri almasının artırma başlayana dek mümkün olduğunun**, artırma başladıktan sonra paraya çevirme talebini geri almasının ise, kamusal işlemin güvenilirliğinin azalmasına neden olacağı kabulü gerekir. İhalenin devamı sırasında alacaklı yanca yapılacak satışın düşürülmesi talebinin, muhtemel katılımcılarda ihalenin bir anda sona erdirilmesi endişesi oluşturacağı ve katılımı düşüreceği de tabidir. O halde Bölge Adliye Mahkemesi’nce, alacaklı tarafından satış başladıktan sonra yapılan satışın düşürülmesi talebinin sonuç doğurmayacağı nazara alınarak, borçlunun sair fesih iddialarına yönelik istinaf nedenleri incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir”. Y. 12. HD, 17.3.2021, 1122/3013 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 9.4.2023).

tercih edilmemesi gerektiği söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında, satış talebinde bulunan alacaklının, bu yöndeki talebini geri almasına rağmen satış prosedürüne devam edilmesinde artık alacaklının bir menfaatinin bulunduğu söylenemez. Bu nedenle, kanaatimizce de ancak açık artırma başlayınca kadar satış talebinin geri alınmasının mümkün olması gerekir. Bu nedenle satış talebinin teklif verme başladıktan sonra geri alınmayacağı yönünde bir düzenleme yapılması yerine, açık artırmanın başlamasından sonra geri alınmayacağı şeklinde bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu.

Bu noktada 7343 sayılı Kanunla satış talebinin geri alınabileceği en son zaman bakımından getirilen düzenlemenin de değerlendirilmesi gerekir. Getirilen yeni düzenlemeye göre, satış talebinin geri alınabileceği son zaman, teklif vermenin başlangıç anıdır. Teklif verme başladıktan sonra satış talebi artık geri alınamaz. Satışı talep edilen hacizli mala teklif verilebilmesi için öncelikle malın açık artırmaya çıkartılması, açık artırmanın başlangıç ve bitiş saatlerinin belirtilmesi ve bunun ilan edilmesi gerekir. Nitekim İİK m. 114/1 hükmüne göre *“Birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı gün ve saat aralığı, artırmaya başlangıç tarihinden en az on beş gün önce ilan edilir. Elektronik satış portalında yapılacak ilan, artırmanın bitimine kadar erişime açık tutulur. İkinci artırmanın başlangıç tarihi, birinci artırmanın bitimi tarihinden itibaren bir ayı geçmeyecek şekilde belirlenir”*. Yine m.115/1’e göre, *“Birinci ve ikinci ihale, icra müdürü tarafından, ilanda belirlenen gün ve saatte, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi üzerinden başlatılır. Şartların yerine gelmesi hâlinde mal, en yüksek teklif verene ihale edilir”*. Kanaatimizce, kanun koyucunun satış talebinin geri alınabileceği en son an bakımından *“teklif vermenin başlaması”* şeklinde bir ölçütü esas alması uygun olmamıştır. Bunun yerine, doktrinadaki görüşlere de uygun olarak, açık artırmanın başlangıç anının esas alınması daha yerinde olurdu. Zira, yapılan düzenlemeye bakıldığında, açık artırma başlamasına rağmen (ki başlayacağı ve biteceği gün ve saat aralığı önceden ilan edilmektedir), henüz bir teklif veren çıkmamışsa, yani teklif verme başlamamışsa, satış talebinin geri alınabileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak kanundaki düzenlemenin bu şekilde anlaşılması, bazı tereddütlere sebep olacağı için uygun olmayacaktır. Kanaatimizce bu düzenlemedeki teklif vermenin başlaması ifadesini, açık artırmanın başlaması anı olarak anlamak gerekir. Diğer bir deyişle, teklif vermenin başlaması şeklindeki ifadeyi, teklif verme olanağının başlaması, yani artırmanın başlaması şeklinde anlamak uygun ola-

caktır. Ayrıca kanundaki düzenleme esas alındığında, teklif verme başlangıcı bakımından birinci ve ikinci ihalenin ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulup tutulmayacağı da tereddüde neden olabilecektir. Bu bağlamda örneğin birinci arttırmada kimse teklif vermediği için mal satılmamış ve ikinci arttırmaya geçilmişse, alacaklı bu arada henüz ikinci artırma için teklif verme başlamadığına göre satış talebini geri alabilecek midir? Yoksa teklif vermenin başlamasını sadece birinci artırma bakımından mı düşünmek gerekecektir. Yani birinci arttırmada teklif verme başlamışsa artık bu aşamadan sonra satış talebi hiçbir şekilde geri alınmaz mı denilecektir. Kanaatimizce, kanundaki açık düzenleme nedeniyle teklif verme başladıktan sonra artık satış talebi geri alınmaz. Buradaki teklif verme başlangıcını ise, birinci açık arttırmadaki teklif verme başlangıç anı olarak anlamak, bu aşamadan sonra artık satış talebinin geri alınmayacağını kabul etmek gerekir.

Satış talebinin geri alınması hususunun düzenlendiği İİK m. 110/1 hükmüne göre *“Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar. Hacizli malın satılması yönündeki talep bir defa geri alınabilir”*. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hacizli²¹⁴ malın satışına yönelik talep ancak bir defa geri alınabilir. Satış talebinin birden fazla geri alınması mümkün değildir. Bu yönde bir irade ortaya konulmuş olsa bile, bu irade herhangi bir sonuç doğurmaz ve icra dairesi de bunu dikkate almadan satış işlemlerine devam eder. Ancak kanaatimizce, satış talebinin birden fazla geri alınmaması için, satış talebinin daha önce geçerli bir şekilde geri alınmış olması gerekir. Önceden bu yönde yapılan bir talep geçerli olarak yapılmamışsa, bir sonuç doğurması söz konusu olmaz ve alacaklının satış talebini geri aldığından söz edilemez. Örneğin kesin ve açık bir şekilde yapılmayan ya da şarta bağlı olarak yapılmış olan satış talebi sonuç doğurmayacağı için, daha sonra satış talebi geçerli olarak geri alınabilir.

²¹⁴ Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, süresi içinde satış istenmemesi veya satış talebinin geri alınıp da kanuni süre içinde yenilenmemesi halinde takip düşmektedir. Görüldüğü üzere haciz yoluyla yapılan takiplerden farklı olarak, burada geri alınan satış talebinin kanuni süre içinde yenilenmemesi halinde de bizzat takip düşmektedir. Alacaklının düşen takibe devam etmesi mümkün değildir. Alacaklının alacağını elde edebilmek için yeni bir takip yapması gerekir. Bu konuda bkz. KURU, El Kitabı, s. 1022; ERTURGUT, s. 78.

Öte yandan, satış talebinin geçerli bir şekilde geri alınması halinde alacaklının, daha sonra talebini yenileyerek yeniden satış istemesi mümkündür. İİK m. 110/1 hükmüne göre satış talebini geri alan alacaklının bu talebini, “kanuni müddet içinde” yenilemesi gerekir. Hükümde geçen “...kanuni müddet içinde...” ifadesi uygulamada bazı tereddütlere sebebiyet vermiştir. Bu tereddüt, satış talebini geri alan alacaklı bakımından yeni bir satış isteme süresinin mi başlayacağı, yoksa alacaklının kesin hacizden itibaren başlayan sürenin geriye kalan kısmında mı talebini yenilemesi gerektiği noktasında yaşanmıştır. Yargıtay özellikle eski tarihli bazı kararlarında, satış talebinin geri alınması halinde, talebi geri alan alacaklı bakımından yeni bir satış isteme süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmişti²¹⁵. Ancak Yargıtay yeni tarihli kararlarında, satış talebinin geri alınması halinde (talebi geri alan bakımından) ilk kesin haczin konulduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacak satış süresinden geriye kalan kısım içinde talebin yenilenmesi gerektiğine karar vermiştir²¹⁶. Esasen

²¹⁵ “... Somut olayın incelenmesinde; ihaleye konu taşınmaz üzerine, 25.04.2012 günü konulan hacizden itibaren yasal 2 yıllık süre içerisinde 21.04.2014 günü satış talebinde bulunduğu, bu satış isteminin 12.09.2014 tarihinde geri alınması üzerine satışın düşürüldüğü, bu tarihten itibaren **yeniden işlemeye başlayan** 2 yıllık satış isteme süresi içerisinde 15.09.2014 tarihinde yeniden satış talebinde bulunduğu görülmekle süresinde satış istenildiği ve haczin kalkmadığı anlaşılmaktadır...”. Y. 12. HD, 24.3.2016, 3382/8833 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 9.4.2023). Aynı yönde, Y. 12. HD, 19.2.1997, 1131/1502; Y. 12. HD, 10.7.1996, 9247/9710 (UYAR, Talih: İhale ve İhalenin Bozulması, C. 1, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 21-22).

²¹⁶ Örneğin, “... Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re’sen gözetmelidir. Satış talebi, bu sürelerden sonra ise istemi reddetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, bu hususun kamu düzeninden oluşu nedeniyle süresiz şikâyete tâbidir. Süresi içinde yapılmış olan satış talebi, alacaklı tarafından bir defa geri alınabilir. Bu durumda, satış talebini geri alan alacaklı ancak, haciz tarihinden itibaren kalan satış isteme süresi içinde yeniden satış isteyebilir...” Y. 12. HD, 28.5.2015, 9567/14519 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10.4.2023). Aynı yönde, “... Taşınmaz üzerine haczin konulduğu tarih itibarıyla yürürlükte bulunan İİK’nun 106. ve 110. maddeleri uyarınca iki yıllık sürede **satış** istenmemiş ise haciz kalkar. Öte yandan iki yıllık sürede **satış** istenmekle beraber alacaklı **satış talebini geri** alırsa süre kaldığı yerden devam eder...”. Y. 12. HD, 21.4.2016, 32370/11894 (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi, 10.4.2023).

doktrinde kabul edilen görüş de bu yöndedir²¹⁷. Yani doktrinde de, isabetli olarak, satış talebini geri alan alacaklı bakımından, yeni bir satış isteme süresinin başlamayacağı, ancak kanuni süreden geriye kalan süre içinde satış talebinin yenilenebileceği kabul edilmektedir. Aksine düşüncenin kabulü, alacaklıya satış isteme süresini istediği kadar uzatma yetkisinin verilmesi anlamına geleceği gibi, İİK'nda tayin edilen sürelerin kesin olduğu ve tarafların iradesiyle değiştirilemeyeceği şeklindeki m. 20 hükmüne de aykırı olacaktır. Ayrıca satış talebinin süresinde yapılması borçluyu koruyucu nitelikte ve kamu düzenine ilişkin bir husustur²¹⁸. Bu nedenlerle de m. 110/1'de geçen "kanuni müddet içinde" ifadesinin satış talebinin geri alınması halinde yeni bir satış isteme süresini işletmeye başlayacağı şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

SONUÇ

İcra hukukunda hacizli malların satılması, kural olarak alacaklının talebiyle mümkündür. Ancak 7343 sayılı Kanunla borçluya da satış isteme hakkı tanınmıştır. Böylece, alacaklı talep etmese bile, herhangi bir koşula bağlı olmadan borçlu da hacizli mallarının satışını talep edebilecektir. Henüz alacaklıya satış isteme yetkisi gelmemiş olsa bile borçlu, satış isteme hakkını kullanabilmelidir. Borçluya bu hak ve yetki, hacizli malların satışına ilişkin genel hükümler arasında yer alan İİK m. 106 hükmünde yapılan değişiklikle verilmiştir. Bu nedenle, söz konusu yetkiye dayanarak borçlu gerek taşınır gerekse taşınmaz mallarının satışını talep edebilecektir. Borçlunun hacizli mallarının uzun süre muhafaza altında kalması, onların bakımsız kalmasına ve böylece değer kaybetmesine yol açabilecektir. Böylece, haczedilen malların değeri artık borcu karşılayamayabilecek hale gelebilecektir. Yine alacaklının süresinde satış istemesi halinde hacizler kalkacak, ancak alacaklı yenileme talebinde bulunarak borçlunun mallarına yeniden haciz koyma yoluna gidebilecektir. Bu ise borçlunun sürekli şekilde baskı altında kalmasına neden olacaktır. Bunun yanında bu yetkinin borçluya da açıkça verilmiş olması, ona bir an önce hacizli mallarının satışını talep ederek, takip konusu borcu ödeme ve böylece hakkındaki icra takibine son verme olanağı tanıyacaktır. Bu nedenlerle getirilen yeni düzenleme isabetli olmuştur.

²¹⁷ KURU, El Kitabı, s. 608; KURU, C. 2, s. 1184; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 391; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 218; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 282; MUŞUL, s. 775; NAMLI, s. 379; ERTURGUT, s. 77; ERMAN, s. 220; ASLAN, E. K, s. 54.

²¹⁸ ERTURGUT, s. 77.

Taşınır malların satışının hacizden itibaren altı ay, taşınmaz malların satışının ise yine hacizden itibaren bir yıl içinde yapılması gerektiğine ilişkin süreler, 7343 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Yapılan değişikliğe göre hem taşınır hem de taşınmaz malların satışının artık hacizden itibaren bir yıl içinde istenmesi gerekmektedir. Bu değişiklik, satış isteme süreleri açısından taşınır ve taşınmazlar arasındaki farkı kaldırmış, böylece süreleri yeknesak hale getirmiştir. Bu açıdan yapılan değişikliğin isabetli olduğu söylenebilir. Ancak amaç icra takibinin sürüncemede kalmasını önlemek ya da daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlamak ise (ki takip sayısının oldukça fazla olduğu ülkemizde bu önemli amaç halen varlığını korumaktadır) taşınır ve taşınmazlar bakımından sürenin bir yıl yerine altı ay olarak düzenlenmesi ve yeknesaklığın bu şekilde sağlanması daha isabetli olurdu. Kanunda öngörülen ve kesin haczin konulduğu tarihten itibaren başlayan bir yıllık satış isteme süresi, hak düşürücü bir süre olup, icra dairesi tarafından resen gözetilmesi gerekir.

Kanunda öngörülen bazı hallerde satış isteme süreleri, belli sürelerle durmakta, yani işlememektedir. 7343 sayılı Kanunla, satış isteme sürelerinin işlemeyeceği mevcut sebeplerin yanına yeni bir sebep daha ilave edilmiştir. Bu sebep, 7343 sayılı Kanunla İİK'na eklenen 111/A hükmüyle getirilen, "borçluya satış yetkisi verilmesi"ne ilişkindir. İİK m. 111/A-1 hükmüne göre borçluya rızai satış için verilen sürenin başlangıcından icra mahkemesinin satışın onayı kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemeyecektir. Hükümde açıkça sadece alacaklı bakımından satış isteme süresinin işlemeyeceği düzenlendiği için, borçlunun m. 106 hükmü uyarınca yapacağı satış isteme süresi işlemeye devam edecektir.

7343 sayılı Kanunla İİK m. 115/7 hükmünde yapılan değişikliğe göre, artırmada, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse alacaklı, önceki satış talebinden kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir. Satış isteme süresi, satış talebiyle birlikte durur ve duran bu süre, ihalenin yapılamadığına veya iptal edildiğine ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar. Hükümde satış talebiyle birlikte satış isteme süresinin duracağıının ve tekrar hangi andan itibaren işlemeye başlayacağıının açıkça düzenlenmesi yerindedir. Ayrıca bu hükme göre, alıcı çıkmaması veya ihale şartları oluşmadığı için malın satılmaması halinde, alacaklının, önceki satış tale-

binden kalan süre içinde, yeniden satış talebinde bulunmasına gerek olmaksızın sadece yeni bir satış günü verilmesini talep etmesine yönelik düzenleme de isabetli olmuştur.

7343 sayılı Kanunla İİK m. 106/2 hükmüyle getirilen yeni düzenlemeye göre bir yıllık süre içinde satışı istenip de artırma sonucu satışı gerçekleştirilemeyen mahcuz hakkındaki satış isteme süresi, satış isteyen alacaklı bakımından birinci fıkrada düzenlenen bir yıllık sürenin sona ermesinden itibaren bir yıl daha uzar. Kanun koyucu böylece alacaklıya hacizli malın satışını talep edebilmek için ilave bir yıllık bir süre daha tanımıştır. Ancak bu süre satışı talep edilmesine rağmen, satışı yapılamayan mallar bakımından geçerli olacaktır. İlave bir yıllık süre boyunca mal üzerindeki haciz varlığını koruyacağından, bu hükmün daha ziyade alacaklının menfaatlerini korumaya yönelik olduğu söylenebilir. İlave süre içinde hacizli malın satışının yapılabilmesi için, alacaklının satış talebinde bulunması gerekir. Hükmün lafzına göre ilave bir yıllık süreden ancak alacaklı yararlanabilir; borçlunun bu süreden yararlanması mümkün değildir. Öte yandan, İİK m. 106/2 hükmüyle getirilen düzenlemenin, İİK m. 115/7 hükmüyle getirilen düzenlemeden farklı olduğunu belirtmek gerekir. İİK m. 115/7 hükmü satış talebi üzerine henüz bir yıllık süre dolmamışsa, yeniden satış talebine gerek olmaksızın, satış günü verilmesine ilişkindir. Oysa m. 106/2 hükmünün uygulanabilmesi için bir yıllık satış isteme süresinin dolmuş olması gerekir.

Alacaklının kanunda öngörülen süre içinde satış talebinde bulunmaması halinde, mal üzerindeki haciz kalkacaktır. Kanun koyucunun süresinde satış istenmemesine, İsviçre hukukundaki gibi icra takibinin düşmesi yerine, sadece haczin kalkması şeklinde bir sonuç bağlamış olması yerindedir. Ancak süresinde satış istenmediği için haczin kalkması halinde, borçlunun mallarına yeniden haciz koydurmak isteyen alacaklının, bunun için, hacizden önceki işlemlerin yenilenmesine gerek olmamakla birlikte, m. 78/5 uyarınca yenileme harcı ödemek suretiyle yenileme talebinde bulunması ve bu talebin borçluya tebliğini sağlaması gerekir.

Satış talebinin Kanunda öngörülen koşullara uygun olarak yapılmış olması halinde, icra dairesinin, bu talebi dikkate alarak satışı yapma yükümlülüğü doğar. Ayrıca 7343 sayılı Kanunla m. 88/2 hükmünde yapılan değişiklik uyarınca, icra dairesinin, daha önce muhafaza altına almadığı hacizli malları, satış talebi üzerine muhafaza altına alması veya ihale alıcısına teslim hazırlan hale getirmesi gerekir. Aksi takdirde satış yapılamama-

yacaktır. 7343 sayılı Kanunla açık artırma sadece elektronik ortamda yapılacağı ve bu nedenle hacizli malın fiilen getirileceği bir mekân olmayacağı için, yapılan değişikliğin yerinde olduğu söylenebilir. İİK m. 88/2 hükmünde, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından 106'ncı madde hükmü saklı tutulmuştur. Buna göre, eğer sicile kayıtlı motorlu kara araçları haciz aşamasında muhafaza altına alınmamışsa, geçerli bir satış talebinden söz edilebilmesi için, bunların muhafaza, kıymet takdiri ve satış talebinin birlikte yapılması ve bunlara ilişkin giderlerin tamamının birlikte ve peşin olarak yatırılması zorunludur.

Satış giderlerinin ödenmesine ilişkin 7343 sayılı Kanunla İİK m. 106 hükmünde bir takım yeni düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre, satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması zorunluluğu kabul edilmiştir. Ayrıca, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından muhafaza, kıymet takdiri ve satış talebinin birlikte yapılması ve bunlara ilişkin giderlerin tamamının birlikte ve peşin olarak yatırılması zorunluğu getirilmiştir. Kıymet takdiri ve satış giderlerinin, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından ilaveten muhafaza giderinin tamamı, satış talebiyle birlikte peşin olarak yatırılmazsa satış talebinin vaki olmamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Uygulamada, giderlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle yaşanan bazı sorunları bertaraf etmeye ve hacizli malların hızlı bir şekilde satılması amacına yönelik olduğu dikkate alındığında, bu değişikliğin de isabetli olduğu söylenebilir. Ayrıca satış giderlerinin bir tarifeye bağlanmak suretiyle belirlenmiş olması da kanaatimizce yerinde olmuştur.

Nihayet, kanuni süre içinde gerekli koşulları taşıyan bir satış talebinde bulunan alacaklının, satış talebini geri alması mümkündür. Bunun için borçlunun ya da icra dairesinin rızasına gerek yoktur. Hacizli malın satılması yönündeki talep ancak bir defa geri alınabilir. Ancak satış talebini geri alan alacaklı, bu talebini kanuni süre içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkacaktır. Satış talebinin geri alınması halinde, bu talep, ancak önceki satış isteme süresinden geriye kalan süre içinde yenilenebilir; yoksa talebin geri alınması halinde yeni bir satış isteme süresi başlamaz. Satış talebinin geri alınmasına yönelik iradenin, açık, kesin ve herhangi bir şarta bağlı olmadan yapılması gerekir. Satış talebinin hangi aşamadan (hangi andan) itibaren geri alınmasının mümkün olamayacağına ilişkin olarak 7343 sayılı Kanunla m. 115/5 hükmünde yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, satış talebi teklif verme başladıktan

sonra geri alınamaz. Kanaatimizce, teklif verme başlangıcı yerine, doktrindeki görüşlere de uygun olarak, satış talebinin, artırma başladıktan sonra geri alınamayacağına yönelik bir düzenleme yapılması daha isabetli olurdu.

KAYNAKÇA

- AKGÜN**, Şükran: Haczin Hukuki Niteliği, İstanbul 2020.
- AKİL**, Cenk: Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz, Ankara 2017.
- AKYAZAN**, Sıtkı. Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.
- AKYOL ASLAN**, Leyla: “Satış Talebinin Kanuna Aykırı Olarak Reddedilmesinin Konulmuş Olan Hacze Etkisi, Yargıtay’ın 16.2.2018 Tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı Dolayısıyla”, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 14, S. 40, 2018/2, s. 363-428.
- ALTAY**, Sümer/**ESKİOCAK**, Ali: 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemeler Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. Baskı İstanbul 2018.
- ANSAY**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1960.
- ARSLAN**, Aziz Serkan; İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018 (ARSLAN, A.S.).
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2022.
- ARSLAN**, Ramazan: İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- ASLAN**, Elif Kısmet: İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu İle Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.
- ASLAN**, Kudret: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005 (**ASLAN**, İstihkak).
- ASLAN**, Kudret: Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, Ankara 2016.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2022.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 1, 4. Baskı, İstanbul 1955.
- BERKİN**, Necmeddin: İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1969.
- DÖNMEZ**, Murat: İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010.
- DURAN**, Rukiye: Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları, Ankara 2020.

- ERMAN**, Eyüp Sabri: “Müddetinde Satış İstememenin Sonuçları”, Adalet Dergisi, 1976/3-4, C. LXVII, s. 214-220.
- ERTURGUT**, Mine: İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- GÖRGÜN**, Şanal/**BÖRÜ**, Levent/**KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2022.
- GÜNDOĞAN**, Atilla: İcra Hukukunda Satış İşlemleri ve Özel Satış Türleri, 1. Baskı, İstanbul 2020.
- GÜRDOĞAN**, Burhan: Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.
- KARABULUT**, Ayşe Kübra: “Yargı Kararları Işığında Ticari Ve Ekonomik Bütünlük Arz Eden Ya Da Bir Bütün Hâlinde Satıldığı Takdirde Daha Yüksek Gelir Elde Edileceği Anlaşılan Mal Ve Haklar Kavramı”, TBB Dergisi, 2021/152, s. 187-218.
- KARAKAŞ**, Cemal Fazıl: “Çelişen Yargıtay Uygulaması Bağlamında Satış Talebinin Reddi ve Sıra Cetveline Yansıyan Sonuçları”, Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1145-1185.
- KIZILHİSAR**, Emrah: Borcun Taksitle Ödenmesine Yönelik Taahhüt ve Sözleşmeler, 1. Baskı, Ankara 2015.
- KİRAZ**, Taylan Özgür: “Fevkalade Hallerde Mühlet ve Tatil”, Manisa BD, 2000/2, s. 7-20.
- KURU**, Baki: “İcra Takibi Konusu Alacağın Temlik”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 213-221.
- KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (KURU, El Kitabı).
- KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku, C. 2, 3. Baskı, Ankara 1990 (KURU, C. 2).
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku Esasları, 5. Baskı, Ankara 2015.
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 2016.
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, 2. Baskı, Ankara 2017.
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017.

- NAMLI**, Mert: İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul 2019.
- ÖZEKES**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (**ÖZEKES**, İlkeler).
- ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (**ÖZEKES**, İhtiyati Haciz).
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. Baskı, İstanbul 2022.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ERDÖNMEZ**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**SİMİL**: Cemil; İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ**, Hakan: "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK m. 111/a)", *GSÜHFD*, 2022/1, s. 819-848.
- POSTACIOĞLU**, İlhan/**ALTAY**, Sümer: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010.
- POSTACIOĞLU**, İlhan: İcra Hukuku Esasları, Ankara 1982.
- SİMİL**, Cemil: Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi: Hacizden Mütevellit İstihkak Davaları, İstanbul 1953.
- TERCAN**, Erdal: "İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu", *BATİDER*, 1994/4, s. 75-110.
- UYAR**, Talih/**UYAR**, Alper/**UYAR**, Cüneyt: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 2, 3. Baskı, Ankara 2014.
- UYAR**, Talih: "Hacizli Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Süresi", *Bursa Barosu Dergisi*, 1988/2, S. 32, s. 13-22 (**UYAR**, Süre).
- UYAR**, Talih: "Haczedilen Malların Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı", *Yasa Hukuk Dergisi*, 1988/1, s. 13-22 (**UYAR**, İsteme Hakkı).
- UYAR**, Talih: İhale ve İhalenin Bozulması, C. 1, 3. Baskı, Ankara 2002.
- ÜSTÜNDAĞ**, Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004.
- VAROL**, Gökçe: İcra Hukukunda Borcun Taksitle Ödenmesi, Ankara 2021.

YAZICI, Burçin: “İcra ve İflas Kanunu m. 111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, 2022/2, s. 1119-1147.

YILMAZ, Ejder: “Olağanüstü Durumlarda Borçlulara Süre Verilmesi ve İcra Takiplerinin Durdurulması”, BATİDER, 1977/IX/1, s. 153-191.

İLAÇ VE BİYOLOJİK ÜRÜNLERİN KLİNİK ARAŞTIRMALARINA KATILACAK ÇOCUKLARDAN OLUR (RIZA) ALINMASI

Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

Öz

Çocuk klinik araştırmaları, yeni bir tıbbî yöntemin, bir ilacın ya da tıbbî cihazın bu konuda uzman araştırmacı hekimler (araştırma ekibi) tarafından çocuklar üzerinde denenmesini gerektiren, henüz olağan hale gelmemiş tıbbî uygulamalar ve bu uygulamalara yönelik araştırmalardır. Aslında, klinik araştırmaların çocuklar üzerinde yapılması istisnai bir durumdur. Zira, mevzuat gereği, klinik araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum söz konusu ise çocuklar üzerinde araştırma yapılabilir. Ayrıca, yetişkinler üzerinde yapılmış araştırmaların sonucunda elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda çocuklar üzerinde klinik araştırma yapılabilir. Klinik araştırmalar, araştırma ekibinin kurduğu hipoteze göre kimi zaman sağlıklı, kimi zaman da hasta çocuklar üzerinde yapılabilmektedir. Dahası, klinik araştırmalarda, karşılaştırmalı olarak hem hasta hem de gönüllü çocuklar birlikte incelenebilir. Klinik araştırmalarda evrensel olarak kabul edilen temel ilke, insan hayatının, sağlığının ve kişilik hakkının korunmasıdır. Klinik araştırmanın konusu çocuk olduğu zaman ise çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gereği çocuğa, açık rızası olsa bile zarar verilmemesi esastır. Çocuklar üzerinde yapılacak klinik araştırmanın en önemli şartı, klinik araştırmaya başlanmadan önce çocuktan ve yasal temsilcisinden aydınlatılmış olur (rıza) alınmasıdır. Bu evrensel kurala aykırı yapılan araştırmalar, hem ceza hukuku bakımından suç olur hem de hukukî sorumluluk

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Selçuk University Faculty of Law, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ alperuyumaz@gmail.com • ORCID 0000-0001-8479-4642.

🔍 **Atf Şekli** | **Cite As:** UYUMAZ, Alper: "İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmalarına Katılacak Çocuklardan Olur (Rıza) Alınması", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 855-906.

🔍 **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

anlamında araştırma ekibinin tazminat sorumluluğunu doğurur. Bu arada, rıza alınsa bile ortaya çıkacak zararlardan dolayı hukukî sorumluluğun devam ettiği belirtilmelidir.

Anahtar Kelimeler

- Çocuk deneylerinde olur • Klinik araştırmalarda rıza • Aydınlatılmış olur
- Bilgilendirilmiş gönüllü oluru • Rıza ehliyeti

GETTING CONSENT OF CHILD IN CLINICAL INVESTIGATIONS OF DRUG AND BIOLOGICAL PRODUCTS

Abstract

Pediatric clinical trials are concerned with the study of a new medical method, drug, or a medical device. Researchers search for medical practices that have not yet become commonplace that should be tried on children in this research. Pediatric clinical trials are less common than in adults. Because, by the legislation, if the subject of clinical research directly concerns children or if there is a clinical situation that can only be examined in children, research can be conducted on children. In addition, clinical research can be carried out on children in cases where it is necessary to prove the validity of the data obtained as a result of studies conducted on adults in children. According to the hypothesis established by the research team, clinical studies can sometimes be performed on healthy children and sometimes on sick children. Moreover, in clinical trials, patient and volunteer children can be studied together for comparison. The basic principle universally accepted in clinical research is the protection of human life, health, and personality. When the subject of clinical research is the child, no harm must be done to the child, even with his/her explicit consent, due to the child's best interests' principle. The most essential condition of clinical research to be conducted on children is to obtain informed consent (consent) from the child and his legal representative before starting the clinical trial. Research conducted against this universal rule is both a crime in terms of criminal law and creates the responsibility of the research team for compensation in terms of legal liability. In the meantime, it should be noted that even if consent is obtained, legal liability of researchers continues.

Key Words

- Consent of Child in Child Experiments • Consent in Clinical Research
- Enlightened consent • Informed Consent of Volunteer • Legal Capacity

GİRİŞ

Klinik araştırma, bir tıbbî yöntemin, yeni bir ilacın, biyolojik ürünün ya da tıbbî cihazın bu konuda uzman araştırmacı hekimler (araştırma

ekibi) tarafından insanlar üzerinde denenmesini gerektiren, henüz olağan hâle gelmemiş tıbbî uygulamalar ve bu uygulamalara yönelik araştırmalardır¹. Tıp bilimi açısından teknik bir tanımlama yapmak gerekirse, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik²'e başvurmak gerekir. Bu Yönetmeliğin *Tanımlar* başlıklı dördüncü maddesinin (t) bendine göre, klinik araştırma, bir diğer ifade ile klinik çalışma, bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmaları ifade eder.

Aslında, klinik araştırmalar, inceleme konusuna göre, *ilaç ve biyolojik ürünlerin klinik araştırmaları* ile *ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Yukarıdaki verilen klinik araştırma tanımı, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikten alındığı için ilk belirtilen klinik araştırma için geçerli tanımdır. İlaç ve biyolojik ürünlere ilişkin olmayan klinik araştırmalar ise bu Yönetmelikte düzenlenmemiştir. Esasında, yürürlükten kaldırılan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik³ böyle bir ayırım gözetmemekte, bu Yönetmelikte belirtilen tüm ilkeler her iki klinik araştırma türü için de geçerli kabul edilmekteydi. 2013 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'in *Kapsam* başlıklı 2 nci maddesi, Yönetmelik'in biyoyararlanım ve biyoeşdeğerlik çalışmaları dâhil, ruhsat veya izin alınmış olsa dahi insanlar üzerinde yapılacak olan ilaç, tıbbi ürünler ve bitkisel tıbbi ürünler ile ilaç dışı klinik araştırmaları, klinik araştırma yerlerini ve bu araştırmaları

- 1 SOMER, Pervin/ VATANOĞLU, E. Elif, "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 395; PETEK, Hasan, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 133; KARA KILIÇARSLAN, Seda, "Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3, 2011, s. 287; ÖZGÜL, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010, s. 294; EROL, Ayşe, "Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2021, s. 42-43.
- 2 RG., 13.04.2013, S. 28617, bkz., 06.07.2022 tarihli, 31888 sayılı ve 25.06.2014 tarih, 29041 sayılı Yönetmelikler ile değişik metin (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=17285&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, erişim tarihi: 30.10.2022).
- 3 RG., 13.04.2013, S. 28617, bkz., <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/04/20130413-7.htm>, erişim tarihi: 30.10.2022.

gerçekleştirecek gerçek veya tüzel kişileri kapsadığını belirtmekteydi. Bu yönetmelikte yer alan klinik araştırma tanımı, şu an yürürlükte olan Yönetmelik⁴'in tanımı ile aynıdır.

Ancak, bu Yönetmelikte değişiklik yapılmasına ilişkin Yönetmelik⁵ ile Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'in 2 nci maddesi değiştirilerek, ilaç dışı klinik araştırmalar Yönetmelik'in kapsamından çıkartılmıştır⁶. Son düzenleme ile İlaç ve Biyolojik Ürünler ile İlgili Yönetmelik'in ismi, *İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik*⁷ olarak değiştirilmiş, bu yönetmelikte ilaç dışı klinik araştırmaların tanımına yer verilmemiştir⁸.

Öte yandan, *İnsan Gönüllüler Üzerinde Yapılan Tıbbî Araştırmalarda Etik İlkeleri* düzenleyen Dünya Tıp Birliği Helsinki Bildirgesi'nde, insan üzerinde yapılan tıbbî araştırmaların herhangi bir ayırıma tâbi tutulmadan etik kurul izni alınarak yapılması ve araştırma boyunca etik kurulun

⁴ Bu çalışmada, isim belirtilmeden *Yönetmelik* ifadesi kullanıldığında, bu konuda güncel yönetmelik olan *İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik* kastedilmektedir.

⁵ Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG., 25.06.2014, S. 29041.

⁶ Aynı şekilde, tıbbî cihazlara ilişkin klinik araştırmalar da kapsam dışına taşınmıştır. Tıbbî cihaz klinik araştırmaları açısından *Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği* yürürlüktedir. Bkz., RG., 08.07.2022, S. 31890.

⁷ Yönetmelik'in adı "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik" iken "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile "İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik" şeklinde değiştirilmiştir. Yönetmelik hakkında detaylı bilgi için bkz., AKAN, Hamdi, "Klinik Araştırmalar Yönetmeliği-2008", Türkiye Biyoetik Derneği, e-Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", 2009, s. 12-13; ATICI, Elif, "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Üzerine", Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 147-152; ERGÜN, Yusuf, "Klinik Araştırmalar Mevzuatı: Kısa Bir Güncelleme", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2020, s. 101-109; ERGÜN, Yusuf, "Klinik Araştırmalar: Türkiye'deki Güncel Mevzuatın Bir Özeti", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2017, s. 50-72; ERGÜN, Yusuf, "Klinik Araştırmalar: Türkiye'deki Mevzuatın Kronolojisi", Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 26, S. 3, 2017, s. 378-426.

⁸ Önceki Yönetmelik'te ilaç, biyolojik ve tıbbi ürünler ile tıbbi cihazlar ve kozmetik ürünler dışında insanlar üzerinde gerçekleştirilecek olan yeni bir cerrahi yöntem araştırması, kök hücre nakli araştırması, doku nakli araştırması veya organ nakli araştırması, ilaç dışı klinik araştırma olarak tanımlanıyordu (Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m.4/1, r).

izlemesine açık olması gerektiği kabul edilmiştir⁹. Bu sebeple, ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalar için araştırma yapılan kurumlar bünyesinde yerel etik kurullar oluşturmuşlar ve bunların işleyişine dair *yerel etik kurul yönergeleri* ile izin alınması gerekliliği korunmuştur¹⁰.

Bu anlatılanlara ışığında, bu çalışmanın konusu, ilaç ve biyolojik ürünlerin klinik araştırmalarında gönüllü çocuklardan olur alınmasına odaklanmıştır. Tıbbî cihaz klinik araştırmaları ile ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalarda olur konusu ise kapsam dışı tutulmuştur. Bu sebeple, bu çalışmada klinik araştırma ifadesi kullanıldığında kastedilen ilaç ve biyolojik ürünlerin klinik araştırmalarıdır.

İlaç, biyolojik ürün ve tıbbî cihaz dışı klinik araştırmaları, *insana bir hekimin doğrudan müdahalesini gerektirmeden yapılacak gözlemsel klinik çalışmalar, anket çalışmaları, dosya ve görüntü kayıtları gibi geriye dönük arşiv taramaları, kan, idrar, doku, radyolojik görüntü gibi biyokimya, mikrobiyoloji, patoloji ve radyoloji koleksiyon materyalleriyle veya rutin muayene, tetkik, tahlil ve tedavi işlemleri sırasında elde edilmiş materyallerle yapılacak araştırmalar ile hücre veya doku kültürü çalışmaları; gen tedavisi klinik araştırmaları dışında kalan ve tanılamaya yönelik olarak genetik materyalle yapılacak araştırmalar, hemşirelik faaliyetlerinin sınırları içerisinde yapılacak araştırmalar, egzersiz gibi vücut fizyolojisi ile ilgili araştırmalar (tedavi edici etkilerinin araştırılması kapsam dışındadır), antropometrik ölçümlere dayalı yapılan çalışmalar ve yaşam alışkanlıklarının değerlendirilmesi araştırmaları gibi insana bir hekimin doğrudan müdahalesini gerektirmeden yapılacak araştırmalardır¹¹.*

Görüldüğü gibi, ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalar, Yönetmelik'in kapsamından çıkarıldığı ve bu araştırmalarda araştırmacıların gönüllülere doğrudan tıbbî bir müdahalesi olmadığı için çalışma kapsamına alınmamıştır. Aynı şekilde, tıbbî cihaz klinik araştırmaları da ayrı bir yönetmelikte düzenlendiği için inceleme kapsamında değildir. Bu çalışmadaki tespitler ve ileri sürülen görüşler, 1993'ten beri çeşitli değişiklikler geçirse de hâlen yürürlükte olan ulusal nitelikteki Yönetmelik gereğince ilaç ve biyolojik ürünlere ilişkin klinik araştırmaların çocuklar

9 Helsinki Bildirgesi, m. 23 (https://jag.journalagent.com/aot/Helsinki_Declaration_tur.pdf, Erişim tarihi: 27.10.2022).

10 Örneğin, Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Yerel Etik Kurul Yönergesi, bkz., [https://webadmin.selcuk.edu.tr/contents/090/icerik/31960/Yerel%20Etik%20Kurul%20Y%C3%96NERGES%C4%B0%202021%20\(1\)_637938165265818028.pdf](https://webadmin.selcuk.edu.tr/contents/090/icerik/31960/Yerel%20Etik%20Kurul%20Y%C3%96NERGES%C4%B0%202021%20(1)_637938165265818028.pdf), erişim tarihi: 28.10.2022.

11 Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Yerel Etik Kurul Yönergesi m.4/ 1, c.

üzerinde yapılmasında çocuktan olur alınması ilişkindir. Ancak, niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu tespit ve görüşlerin tıbbî cihaz klinik araştırmaları ile ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalara katılan çocuklardan olur alınmasında da geçerli olduğu söylenebilir. Zira, bu düzenlemelerin tamamı kaynağı, aynı yasal dayanaklardan¹² aldığı için türü ne olursa olsun insan ve çocuk gönüllüler üzerinde klinik araştırma yapılmasında benimsenen temel ilkeler özdeştir.

Çocuklar klinik araştırmaya katılan diğer kişi gruplarına göre çok daha fazla korunmaya muhtaçtır. Zira, çocukların yetişkinlere göre kendilerini korumaları, kendi tıbbî kaderlerini kendilerinin belirlemeleri bakımından hem fikren hem bedenen yeterli değildir. Bir diğer ifade ile çocukların tam fil ehliyeti yoktur. Bunu gözetken Yönetmelik'e göre, araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirmesi veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olması ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olması, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşımaması ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbî bir kanaat bulunması şartıyla çocuklar üzerinde klinik araştırma yapılabilir. Ancak, bu durumlar söz konusu olsa dahi Yönetmelik'in 5 inci maddedeki hususlar ile birlikte ayrıca, araştırılacak ürünün veya uygulamanın çocuklar üzerinde bilinen herhangi bir riskinin olmadığı hususunda genel tıbbî bir kanaatin bulunması gerekir (Yönetmelik m.6/1, a).

Çocuğun klinik araştırmaya katılması bakımından belki de en önem şart çocuktan, aydınlatılmış olur alınmasıdır. Gerçekten, Yönetmelik 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, "Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır". Yönetmelik'in 5 inci maddesinin ilk fıkrasının (1) bendi ise klinik araştırmaya katılma olurunun ön şartı olan aydınlatmayı düzenlemektedir.

¹² Bu yasal dayanaklar, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10 uncu maddesi ile 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 27 nci ve 40 ncı maddelerine dayanılarak ve Avrupa Birliği'nin ilaçlarla ilgili mevzuatının İyi Klinik Uygulamaları hakkındaki 2001/20/EC ve 2005/28/EC sayılı direktifleridir.

Esasında, klinik araştırmaya katılmak için sadece çocuklardan değil tüm insanlardan alınması gereken aydınlatılmış olur evrensel olarak aranan bir gerekliliktir. Bu husus, bu konuda evrensel geçerliliği olan WMA Helsinki Bildirgesi'nin 25-32 hükümlerinde açıkça ifade edilmektedir¹³. Aydınlatılmış olur, kişinin kendi tıbbî kaderini kendisinin belirleyebilmesi ilkesinin doğal bir sonucudur¹⁴.

Çocukların klinik araştırmalara katılmasında çocuklardan aydınlatılmış olur alınması, araştırma ekibinin hukuken sorumlu olmaması için çok büyük bir öneme sahip olmasına rağmen, maalesef uygulamada bu tür işlemler rutin bir prosedür olarak gerçekleştirilmektedir. Uygulamada, çocuktan hatta tüm gönüllülerden olur alınmasının yasal düzenlemelerde yer alanın aksine çoğu zaman şekli şartını usulen sağlanmasından başka bir anlamı yoktur. Oysa, ayırt etme gücü olan çocuklara ve

¹³ WMA (Dünya Tıp Birliği) Helsinki Bildirgesi, *İnsan Gönüllüler Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeleri* düzenlemektedir. Bildirge, 1964 yılının Haziran ayında Finlandiya'nın Helsinki kentinde WMA 18. Genel Kurulunda kabul edilmiş ve 1975 yılının Ekim ayında Japonya'nın Tokyo kentinde düzenlenen WMA 29. Genel Kurulunda, 1983 yılının Ekim ayında İtalya'nın Venedik kentinde düzenlenen WMA 35. Genel Kurulunda, 1989 yılının Eylül ayında Hong Kong'da düzenlenen WMA 41. Genel Kurulunda, 1996 yılının Ekim ayında Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Somerset West kentinde düzenlenen WMA 48. Genel Kurulunda, 2000 yılının Ekim ayında İskoçya'nın Edinburgh kentinde düzenlenen WMA 52. Genel Kurulunda, 2002 yılının Ekim ayında ABD'nin Washington D.C. kentinde düzenlenen WMA 53. Genel Kurulunda, 2004 yılının Ekim ayında Japonya'nın Tokyo kentinde düzenlenen WMA 55. Genel Kurulunda, 2008 yılının Ekim ayında Kore Cumhuriyetinin Seul kentinde düzenlenen WMA 59. Genel Kurulunda, 2013 yılının Ekim ayında Brezilya'nın Fortaleza kentinde düzenlenen WMA 64. Genel Kurulunda değiştirilerek son hâlini almıştır. Bkz., <https://jag.journalagent.com/aot/HelsinkiDeclaration.pdf>, erişim tarihi: 31.10.2022.

¹⁴ ÖZGÜL, s. 192; EROL, s. 56; OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, "Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, 2003, s. 59; FISCHER, Gerfried, "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü" (Çeviren Efe Direnisa), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2006, s. 3; ROSENAU, Henning, Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza (Çeviren Ali Kemal Yıldız), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2006, s. 49; KARATOPRAK, Nihal, "Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları", Türk Farmakoloji Derneği, Klinik Farmakoloji Çalışma Grubu, S. 2, 2008, s. 3; ERSOY, Nermin, "Araştırma Etiği", Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 2-8, s. 3; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara, 2021, s. 131; ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlüğü", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, s. 190; ÜYE, Müslüme, "Hasta Haklarının Dayandığı Temel İlkeler ve Normlar", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Diğestası Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 138.

yasal temsilcilerine, Yönetmelikte belirtilen şekilde aydınlatma yapıldıktan sonra onlardan yine Yönetmelikte belirtilen şekle uyularak olur alınması gerekmektedir. İşte, bu çalışma, evrensel bir insan hakkı olarak kabul edilen kişinin kendi tıbbî kaderini kendisinin belirlemesi ilkesinin önemli bir örneği olarak klinik araştırmaya katılacak çocuktan alınacak olurun usulen değil usulüne uygun şekilde gerçekleşmesi için uygulamadaki sorunlara ışık tutmak amacıyla hazırlanmıştır. Klinik araştırmalarda yer alan araştırma ekibinin hekimler, teknisyenler gibi yalnızca sağlık personeli ya da profesyonellerinden oluşması, bu tür konularda yeterli hukukî bilgiye sahip olan kişilerin araştırma ekibinde bulunmaması sorunun ortaya çıkmasında en büyük etkidir.

II.ÇOCUĞUN AYDINLATILMASI

A) GENEL OLARAK

Klinik araştırmalara katılacak çocuğa yapılacak aydınlatma, Yönetmelik'in 6 ncı maddesinin, (ç) bendinde düzenleme altına alınmıştır. Hükme göre, "Çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgiler çocuğa uygun bir şekilde anlatılır". Yönetmelik m. 5/1, (ı) bendine göre ise, "Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya araştırmacı tarafından görevlendirilmiş araştırma ekibinden hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir".

Klinik araştırmalar bakımından temel düzenleme bu olmakla birlikte, aydınlatmaya ilişkin bir diğer düzenleme Hasta Hakları Yönetmeliği'nin tıbbî araştırmalara ilişkin 32 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Aslında, gönüllüyü yapılacak müdahale konusunda aydınlatma ya da bilgilendirmeye ilişkin düzenlemelerin hasta hakları bakımından çeşitli mevzuat hükümlerinde yer aldığı görülmektedir. Bunlar arasında, Anayasa m. 17, Türk Medenî Kanunu m.23-24, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi m. 14/2, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun m.7 ve TCK.m.90 hükümleri sayılabilir.

Bu düzenlemelerin ortaya çıkmasına sebep olan tarihî olay, Nazi İnsan Deneyleri¹⁵ ve Tuskegee Frengi Deneyidir¹⁶. İkinci Dünya Savaşından sonra Nazi deneylerinden hareketle insanlar üzerindeki klinik araştırmalarda söz konusu olan etiko-legal boşlukları doldurmak üzere Nuremberg ilkeleri oluşturulmuştur¹⁷. Bu ilkeler ile klinik araştırmalardan önce

¹⁵ Nazi İnsan Deneyleri, 2 nci Dünya Savaşı sırasında, Nazi toplama kamplarında aralarında çocukların da bulunduğu birçok mahkûmun katıldığı tıbbî deneyler dizisidir. Deneyler, gönüllüler üzerinde yapılmamıştır. Mahkûmlar ve çocuklar, deneylere katılmaya zorlanmıştır. Tipik olarak deneyler, anestezi kullanmadan yapılıyor, deneklerin ölümü ya da kalıcı ağır bedensel zararı ile sonuçlanıyor, yetersiz sonuç elde edildiği gerekçesi ile bitiriliyordu. Auschwitz-Birkenau ve diğer kamplarda, Doktor Eduard Wirths'in yönetiminde yapılan deneylerde kurbanlar, savaşta yer alan Alman askeri personel için tasarlanmış çeşitli tehlikeli deneylere maruz bırakılıyordu. Aynı şekilde, Carl Vaernet, eşcinsel mahkûmlarda eşcinselliği tedavi etmek üzere çeşitli deneyler yapmıştır. Savaştan sonra bu suçları işleyen doktorlar, *doktorlar davası* diye bilinen davada yargılandı ve bu eylemleri sebebi ile suçlu bulundu. Bu yaşananlar, Nuremberg Kodunun ve bilim etiğinin oluşmasına sebep oldu. Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Nazi_human_experimentation, erişim tarihi: 31.10.2022.

¹⁶ Tuskegee Frengi Deneyi, 1932-1972 yılları arasında gerçekleşen ve kırk yıl süren bir deneydir. 1932 yılında Amerikan Toplum Sağlığı Servisi ve Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi maddî bakımdan yetersiz kişileri ücretsiz tedavi adı altında almak üzere Tuskegee, Alabama'da yaklaşık 600 Afrika kökenli çiftçiyi bu programa dahil etti. Bu kişilerin 399'u frengi hastası idi, ancak 201'i sağlıklıydı. Katılımcıların hiçbiri frengi hastası olduğunu bilmiyordu, bu konuda kendilerine bir bilgilendirme de yapılmamıştı. Deneyin başladığı dönemde frengi için etkili olacak penisilin icat edilmişse de sonraki yıllarda penisilin icadına rağmen sözde bilim adamları deneyi devam ettirerek hastaları tedavi etmediler. Amaç, hastalığın vücuttaki ilerlemesini ve vücuda verdiği tahribatını görmektir. Bu durum, yani 1947 yılında penisilin frengi hastalığında uygulanmasının standart hâle gelmesinden sonra bile hastaları iyileştirmek yerine deneye devam edilmesi, bir insanlık suçu olarak kabul edilmektedir. 1972 yılına kadar devam eden bu deneyde, hastaların bölge dışına çıkmaması sağlanmış ve başka bir frengi kliniğinde tedavi olmaları engellenmiştir. 16 Mayıs 1997'de Başkan Bill Clinton ülkesi adına deneyin kurbanlardan özür dilemiş; deneyin, ırkçı ve utanç verici olduğunu belirtmiştir. Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Tuskegee_Syphilis_Study, erişim tarihi: 31.10.2022. Bu iki hususta detaylı bilgi için bkz., PRESSEL, David M., "Nuremberg and Tuskegee: Lessons for Contemporary American Medicine" *Journal of the National Medical Association*, Vol. 95, No. 12, 2003, s. 1216-1225.

¹⁷ ERTİN, Hakan/ TEMEL, M. Kemal, "İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler", *Anadolu Kliniği*, C. 21, S. 3, 2016, s. 225. Nuremberg İlkeleri için bkz., https://research.unc.edu/human-research-ethics/resources/ccm3_019064/, erişim tarihi: 31.10.2022. İlkelerle ilişkin eleştiriler için bkz., GHOOI, Ravindra B., "The Nuremberg Code—A critique", *Perspectives in Clinical Research*, V. 2, Issue 2, 2011, s. 72-76.

gönüllülerden alınacak aydınlatılmış olur, evrensel bir hukuk kuralı hâline getirilmiş ve günümüzde hasta haklarının vazgeçilmez bir unsuru olarak yasal düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. 1946 yılında Almanya'nın Nuremberg şehrinde yayınlanan bu ilkeler, 1960'larda, insan üzerinde yapılan deneylerde önemli artış olması sonucu yetersiz kalınca 1964'de Dünya Tıp Birliği tarafından Helsinki Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu Bildirge, 2013 yılında Brezilya'nın Fortaleza kentinde düzenlenen Dünya Tıp Birliği'nin 64 üncü genel kurulunda yapılan eklemelerle son hâlini almıştır.

Esasında, klinik araştırmalarda araştırmacılara ait bir yükümlülük olarak aydınlatma, en basit tanımlamayla araştırmacının vereceği bilgilerle katılımcının, kendisine uygulanması düşünülen müdahale, tıbbî teşhis ve/veya tedavi hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirilmesidir¹⁸. Şüphesiz, aydınlatmaya ilişkin bu gereklilik klinik araştırmaya katılanın çocuk olması durumunda da söz konusudur. Klinik araştırmayı yapan sorumlu araştırmacı hekim¹⁹, klinik araştırmaya ilişkin bilgilendirmeyi katılımcı çocuğun ve/veya yasal temsilcinin sosyo-kültürel seviyesine uygun olarak basit ve anlaşılır bir şekilde gerçekleştirmelidir²⁰. Çünkü klinik araştırma ve kendisine yönelik müdahale hakkında yeterince bilgi sahibi olan bir çocuğun ya da yasal temsilcisinin klinik araştırmaya özgür iradesi ile katılmasından bahsedilebilir. Davet edildiği klinik araştırmanın olumlu ve olumsuz yönlerini bilmeyen, bu konuda yeterince aydınlatılmamış bir katılımcının özgür iradesi ile karar verdiğini

¹⁸ **EROL**, s. 72; **KARATOPRAK**, s. 3; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 348; **KAYA**, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 100, 2012, s. 56; **SARI**, İrem/ **AŞIRDİZER**, Mahmut, "Tıbbî Uygulamalar ve Bilimsel Çalışmalarda 'Çocuklarda Onam' Kavramı", *Adli Tıp Dergisi*, C. 28, S. 1, 2013, s. 62; **AYDIN**, Erdem, "Klinik İlaç Denemelerinde Aydınlatılmış Onam", *Journal of Pharmaceutical Sciences*, V. 27, N. 1, 2002, s. 56.

¹⁹ Sorumlu araştırmacı, araştırma konusu ile ilgili dalda uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya diğ hekimini ifade eder. Araştırmacı ise, sorumlu araştırmacının gözetiminde klinik araştırmada yer alan kişidir (Yönetmelik m.4/1, c).

²⁰ Aynı yönde bkz., **OZANOĞLU**, s. 70; **ÖZGÜL**, s. 214; **ÖZDEMİR**, Aydınlatma, s. 36; **AYAN**, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 75; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul, 2001, s. 148.

söylemek mümkün olamaz. Klinik araştırmaya katılacak çocuk ve yasal temsilcisi tarafından verilen olurun geçerliliği, bunun serbest ve aydınlanmış bir iradenin ürünü olması ile çocuğun ve yasal temsilcinin yeterince aydınlatılmış olmasına bağlıdır²¹.

B) AYDINLATMANIN ESASLARI

Yönetmelik'in 5/1, (ı) bendine göre, klinik araştırmaya katılma konusunda gönüllü olmak isteyen çocuk, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsî özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya sorumlu araştırmacı tarafından görevlendirilmiş araştırma ekibinden hekim ya da dış hekim olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilecektir. Buna göre, aydınlatma, *müdahale aydınlatması, süreç aydınlatması, amaç-yöntem aydınlatması, yarar-riziko-zorluk aydınlatması, ücret ödenmeyeceğine dair aydınlatma, her zaman gerekçesiz araştırmadan çekilme hakkına ilişkin aydınlatma ve kişisel verilere ilişkin aydınlatma* başlıkları altında toplanabilir.

Müdahale aydınlatması, klinik araştırmaya katılan çocuğa, klinik araştırma protokolünde²² belirtilen tıbbî eylem ve işlemler bakımından yapılacak aydınlatmayı ifade eder. Süreç aydınlatması, klinik araştırma protokolüne uygun olarak gönüllü çocuğa uygulanacak müdahale süreci ve müdahale sonrası araştırma süreci hakkında bilgi verilmesidir. Bu aydınlatma türünde, çocuğun klinik araştırmaya katılmadan önceki durumu ve katıldıktan sonra kendisine müdahale edilmesi ile başlayan ve

²¹ ERSOY, s. 4; AYDIN, s. 61. Ayrıca bkz., ŞENOCAK, "Zarife, Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 68; KULULAR İBRAHİM, Ayşegül Merve, "Rıza, Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2019, s. 316-317.

²² Klinik araştırma protokolü, klinik araştırmanın amacını, tasarımını, metodolojisini, uygulanacak istatistiksel yöntemleri ve araştırmaya ait düzenlemeleri detaylı olarak tanımlayan belgeyi ifade eder (Yönetmelik m.4/1, d). Bkz., AKAN, Hamdi, Klinik Araştırma Protokolünün İçeriği, <https://tucrin.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2014/12/KlinikArastirmaProtokolu.pdf> (Erişim tarihi: 07.10.2022). Ayrıca bkz., AKAN, Hamdi, "Bilimsel Araştırmalarda Planlama ve Tasarım", Antibiyotik ve Kemoterapi Dergisi, C. 28, S. Ek 2, 2014, s. 101-104.

devam eden sürecin ana hatları ile anlatılması esastır²³. Amaç ve yöntem aydınlatması, klinik araştırmaya katılacak çocuğa, anlayabileceği dilde mümkün olan en basit şekilde çalışmanın amacı ve yöntemi konusunda bilgilendirme yapılımasıdır.

Araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirdiği veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olduğu ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olduğu durumlarda, araştırma gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbî bir kanaat bulunuyor ise çocuk üzerinde klinik araştırma yapılabilir (Yönetmelik m. 6/1). Klinik araştırmaya katılan çocuk hasta ise bu yarar doğrudan o çocuğa ilişkindir. Katılan sağlıklı bir çocuk ise belirli bir fayda o çocuk için değilse bile başka hasta çocuklar için söz konusudur. İki ihtimalde de araştırmadan beklenen yarar, yarar aydınlatması olarak çocuğa açıklanmalıdır. Riziko aydınlatması ise, uygun görülen araştırma yönteminin taşıdığı birtakım risklere yönelik olarak yapılan bilgilendirme²⁴. Çocuk klinik araştırmaları, tüm bilimsel esaslara ve modern tıp biliminin verilere göre kurgulansa bile birtakım komplikasyonlar veya öngörülemeyen riskler içerebilir. İşte bunlar da araştırmanın rizikoları olarak çocuğu ilgilendirdiği ölçüde riziko aydınlatması olarak çocuğa aktarılmalıdır. Zorluk aydınlatması ise, çocuğun klinik araştırmaya katılmak suretiyle yaşayacağı zorluklar konusunda bilgilendirilmesini ifade eder.

Gönüllü çocuktan klinik araştırmaya katıldığı için hiçbir ücret talep edilmeyeceği ve ona katılımı sebebi ile bir ücret ödenmeyeceği konusunda aydınlatma yapılması klinik araştırmanın ücretsiz olduğuna ilişkin aydınlatma olarak ifade edilebilir²⁵ (Yönetmelik m. 5/1, l, m; 6/1, f; 23).

²³ OZANOĞLU, s. 66; ÖZGÜL, s. 194; AYAN, s. 71; HAKERİ, s. 138; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 354; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1, 2016, s. 57; KASI, Esmir, "The Right of the Patient on Getting Information and Taking Decisions, International Congress On Health Law", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Hukuk Kitapları Serisi, İstanbul, 2018, s. 27.

²⁴ OZANOĞLU, s. 67; HAKERİ, s. 147; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 355; ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 57.

²⁵ Ülkemizde, klinik araştırmaların ücretsiz olması karşısında diğer ülkelerde özellikle bu tür çalışmalara çok fazla bütçe ayrılan Amerika Birleşik Devletleri'nde klinik araştırmalar ücretlidir. Ancak, yapılan bu yönde yapılan bir araştırmada, bu

Yönetmelik'in 5/1 hükmü (ı) bendi gereğince, gönüllü çocuğun *araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu* ifadesine dayanarak araştırmaya katılan çocuğa bu yönden aydınlatılma yapılması, her zaman gerekçesiz araştırmadan çekilme hakkına ilişkin aydınlatmadır. Yönetmelik'in 5 inci maddesinin, (ö) bendine göre, klinik araştırmalarda gönüllülerin, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca ilgili verilerinin korunmasına dair haklarının güvence altına alınacağı düzenlemiş olduğundan, bu yönde yapılan aydınlatma kişisel verilere ilişkin aydınlatmadır²⁶.

Aydınlatma, yukarıda belirtilen aydınlatma türlerini kapsamına almalıdır. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün içerik ve kapsamı, burada değinilen kapsamdan az olmamak üzere her somut olaydaki klinik araştırma türüne özel durum ve koşullara göre belirlenmelidir²⁷. Unutmamak gerekir ki, klinik araştırmaya katılan gönüllülerin sosyo-kültürel seviyesi aydınlatmanın kapsamını belirlemede en önemli bir ölçüttür.

Yönetmelik m. 5/1 (ı) bendine göre, aydınlatma, araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya sorumlu araştırmacı tarafından görevlendirilmiş araştırma ekibinden hekim ya da dış hekim olan bir araştırmacı tarafından yapılacaktır. Şüphesiz, çocuk üzerinde yapılacak klinik araştırmalarda aydınlatma yükümlülüğünün, araştırmanın sorumlu hekim veya dış hekim tarafından yerine getirilmesi en doğru olandır.

Yönetmelik'in 5/1, (ı) ve 6/1, (b) bentleri birlikte değerlendirildiğinde, çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise çocuğun yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin aydınlatılması gerekir. Bu durumda, aydınlatmanın muhatabı, araştırmaya iştirak edecek olan çocuk

çalışmalara katılımın ortalama bir geçimi sağlayacak ölçüde gelir getirmediği sonucuna varılmıştır. Bkz., FISHER, Jill A./ MCMANUS, Lisa/ KALBAUGH, Julianne M./ WALKER, Rebecca L., Phase I Trial Compensation: "How Much Do Healthy Volunteers Actually Earn from Clinical Trial Enrollment?" *Clinical Trials*, V. 18, No. 4, 2021, s. 477-487.

²⁶ İnsanlar üzerinde yürütülen klinik araştırmalarda en önemli sorunlardan biri de kişisel verilerin işlenmesi sonucu gönüllülerin gizliliğinin ve kişilik hakkının ihlal edilebilecek olmasıdır. Bkz., ERBAYRAKTAR, Buket/ERGÜN, Kübranur/ERDEM, Sabri/KESKİNOĞLU, Tunçok/PEMBE Yeşim, "Araştırmacıların Klinik Araştırma Gerçekleştirirken Karşılaştıkları Sorunlar ve İhtiyaçlar: Pilot Bir Anket Çalışması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 2, 2018, s. 111-122.

²⁷ ERSOY, s. 4.

ve onun yasal temsilcisidir²⁸. Aydınlatmanın muhatabına göre içeriği farklı olacağı için aydınlatmanın çocuk ve yasal temsilcisine aynı anda yapılmaması, birbirini takip edecek şekilde olsa bile farklı zamanlarda yapılması uygun olacaktır.

Yönetmelik m.5/1 (1) bendine göre, aydınlatma, her ilgili açısından araştırmaya başlanmadan önce yapılmalıdır. Aynı hükmün (j) bendinde, çocuğun ve yasal temsilcisinin, kendi sağlığı ve araştırmanın gidişatı hakkında istediği zaman bilgi alabilmesi ve bu amaçla irtibat kurabilmesi için araştırma ekibinden en az bir kişinin görevlendirileceği de belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, bu hükümle, çocuk henüz araştırmaya dahil edilmeden başlayan aydınlatma yükümlülüğü, araştırmanın sonraki aşamalarında da devam eden bir yan yükümlülük olarak düzenlenmiş bulunmaktadır²⁹. Bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husus da klinik araştırmaya katılacak çocuğa yapılan aydınlatmayı değerlendirebilecek kadar uygun bir zaman tanınmasıdır³⁰. Bu sebeple, uygulamada yapıldığı gibi klinik araştırmadan dakikalar önce yapılan bir aydınlatma hukuken geçerli bir aydınlatma değildir³¹.

Aydınlatmanın şekli konusuna gelince, bu hususta Yönetmelik'te herhangi bir hüküm yoktur. Yönetmelikte aydınlatmadan sonra alınacak olurun yazılı olmasından bahsedilmektedir (Yönetmelik m. 5/1, i ve 6/1, b). Konu ile ilgili bir diğer düzenleme olan Hasta Hakları Yönetmeliği m.34/2 hükmünde de yalnızca yazılı rızadan bahsedilmekte, aydınlatmanın şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre, aydınlatmanın şekli konusunda şekil serbestîsi ilkesinin olduğu ifade edilebilir.

Çocuk üzerinde yapılan klinik araştırmalarda aydınlatılmış olur, bir hukuka uygunluk sebebi olmasa da araştırmacıların sorumluluğunun

²⁸ FISCHER, s. 11; KAYA, s. 63.

²⁹ KASI, s. 27; ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 56; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 39; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, İstanbul 2022, s. 5.

³⁰ FISCHER, s. 12; OZANOĞLU, s. 73; AYAN, s. 83; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366; AYDIN, s. 58-59; ORAL, s. 194; DERYAL, Yahya, "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2006, s. 138; İNCE, Nurten, Alman Hukukunda Veteriner Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s. 540.

³¹ ÖZGÜL, s. 211; HAKERİ, s. 157; KAYA, s. 64; DERYAL, s. 138; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366.

artmasını önleyici etkisi bakımından ispatlanması gerekir (TBK.m.52/1). Uygulamada, tıbbî müdahaleler bakımından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusunda Yargıtay, isabetli olarak ispat yükünün davalı hekim üzerinde olduğu kanısındadır³². Bu içtihadın klinik araştırmalar için de geçerli kabul edilmesine bir engel olmadığı için usulüne aykırı, eksik ve yetersiz aydınlatmanın, aydınlatmanın hiç yapılmaması gibi hukukî sonuç doğurduğu kabul edilmektedir³³. Bu kabulün sonucu olarak, aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirildiğini ispatlayamayan araştırma ekibi, bu yükümlülükle illiyet bağı bulunan bütün zararları tazminle yükümlü olacaktır. Her ne kadar aydınlatma bakımından geçerlilik şekli yoksa da sözlü aydınlatmadan sonra bu aydınlatmaya ilişkin yazılı bir metnin altına aydınlatmanın tüm detayları ile sözel olarak yapıldığına ilişkin bir ibarenin katılımcının el yazısı ile yazdırılması ve imza alınması uygun olur³⁴. Böylece, hem aydınlatma olması gerektiği gibi sözlü yapılmış, hem de bu durum ilgililerin beyanı ve imzası ile tutanak altına alınmış olur. Bir alternatif olarak, sözlü aydınlatmanın yapılması ve bunun ispat kolaylığı sağlamak bakımından ilgili diğer yasal düzenlemelere uygun olarak video kayıt altına alınması da önerilebilir.

Bu başlık altında, klinik araştırmaya katılan çocuğun ve yasal temsilcisinin aydınlatılması, kapsamı bakımından başka bir akademik çalışmanın konusu olduğu için, olurun ön şartı olması bakımından ana hatları ile ele alınmıştır. Bu hususta detaylar bu konuda yapılacak başka bir çalışmaya bırakılmıştır.

³² GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 148. Muayene-tedavi sözleşmesine ilişkin olarak Yargıtay, ispat yükünün hekimde olduğunu içtihat etmiştir. Bkz., Yargıtay 4. HD., 7.3.1977, E.1976/6297, K.1977/ 2541; "...Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer...Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır...İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır. O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerinin davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır..."; 13. HD., 15.9.2014, E.2013/26330, K. 2014/ 27050; 13. HD., 2.7.2014, E. 2013/23012, K.2014/22561; 13. HD., 16.01.2014, E. 2013/ 17487, K. 2014/ 794 (Hukuk Türk Hukuk Veri Tabanı).

³³ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 148.

³⁴ ÖZGÜL, s. 217; KAYA, s. 65; ÖZGÜR, Çiçek, "İnsan Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Diğestası Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 192.

III.ÇOCUKTAN OLUR (RIZA) ALINMASI

A.GENEL OLARAK KLİNİK ARAŞTIRMA SÖZLEŞMESİ

İlgili mevzuat hükümlerine göre, klinik araştırmayı yürüten araştırmacının çocuğa müdahalesinin hukuka uygunluğunu sağlayan husus, çocuğun klinik araştırma için verdiği olur yani araştırmaya katılmak için gösterdiği rızadır. Kişinin Anayasal haklarından biri olarak kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı, tıbbî kaderini ve geleceğini belirleme hakkı söz konusudur. Duruma göre hasta veya sağlıklı gönüllü çocuğun davet edildiği klinik araştırma hakkında yeterince bilgi edinerek katılım konusunda özgür iradesi ile karar verme hakkı bulunmaktadır³⁵. Bu hakkı düzenlemek üzere getirilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz". Benzer şekilde, HHY.m.32/1 hükmü ile İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m. 5/1, (i) ve 6/1, (b) hükümleri de klinik araştırmalar için olur alınması zorunluluğunu tekrarlamaktadır.

Konuya tedavi sözleşmesi bakımından yaklaşırsa, hukuken hastanın hekim tarafından muayene ve tedavi edilmesi için taraflar arasında bir sözleşme ilişkinin kurulması gerekir. Bu sözleşme ilişki, kural olarak vekâlet sözleşmesinin özel bir türü olan tedavi sözleşmesidir³⁶. Tedavi sözleşmesi, hekimle hasta arasındaki kurulan bir sözleşme olup öngörülen teşhis ve buna uygun tedavinin türüne göre taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükler³⁷. Emredici hükümlere aykırı olmayan sözleşme hükümlerinde aksi öngörülmemişse, kural olarak borçlar hukukunun vekâlete ilişkin hükümlerine tâbi olan bu sözleşme, istisnaları olsa da ilke olarak irade hürriyeti esasına dayanır³⁸.

Araştırma konusu olan çocuk üzerinde yapılan klinik araştırmalarda çocuktan olur alınması hususunda ise taraflar arasında bir vekâlet sözleşmesi ya da bir diğer iş görme sözleşmesinin kurulup kurulmadığı tartışılmalıdır. Klinik araştırmalar, hasta gönüllüler üzerinde yeni bir tedavinin denenmesi bakımından tedavi sözleşmesine benzer özellikler

³⁵ FISCHER, s. 3; ROSENAU, s. 49; ÖZGÜL, s. 179; EROL, s. 56; KARATOPRAK, s. 3; ERSOY, s. 3; HAKERİ, s. 281; OZANOĞLU, s. 59; ORAL, s. 190; ÜYE, s. 138.

³⁶ OZANOĞLU, s. 63; ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 47.

³⁷ ŞENOCAK, s. 65.

³⁸ ŞENOCAK, s. 65.

taşısa da bazen sağlıklı gönüllüler üzerinde de yürütülebilir. Ayrıca, klinik araştırmalar hem muayene ve tedavi amacı hem de muayene ve tedavi olmaksızın bir ilacın, tıbbî cihazın ya da yöntemin etkinliğini denemek amacı ile de yapılabilir³⁹. Muayene ve tedavi içeren bir klinik araştırmanın, hakkında söz konusu olan emredici hükümler saklı kalmak üzere tedavi sözleşmesi esasına dayandığı kabul edilebilir. Burada, alışılmış, bilinen bir teşhis ya da tedavi değil, henüz olağan hâle gelmemiş, ancak faydalı olacağı konusunda bilimsel dayanakları olan bir teşhis ya da tedavi söz konusudur. Bu tedavi sözleşmesi içerdiği hükümlere göre vekâlet⁴⁰ ya da eser, hatta karma bir sözleşme niteliği taşıyabilir⁴¹. Örneğin, tedavisi olmayan bir hastalığa karşı yeni bir tedavi denemesi için klinik araştırmaya katılan çocuklar ile klinik araştırma ekibi arasında böyle bir tedavi sözleşmesinin kurulduğu söylenebilir. Öte yandan, yeni piyasaya sürülen bir ilacın, geliştirilen tıbbî bir cihazın veya tıbbî bir yöntemin sağlıklı gönüllülere etkisini belirlemek için muayene ve tedavi dışındaki amaçlarla yapılan klinik bir araştırma da özünde taraflar arasında kurulan bir sözleşme ilişkisine dayanır.

Öğretide, doğrudan tedavi amacı taşıyan tıbbî müdahaleler, tıbbî müdahale sözleşmesi ya da hekimlik sözleşmesi olarak isimlendirilmektedir⁴². Doğrudan tedavi amacı taşımayan bu türden sözleşmelerin, *klinik araştırma sözleşmesi* ya da *klinik araştırmaya katılma sözleşmesi* olarak isimlendirilmesi önerilebilir. Belki, tedavi amacı taşıyan taşımaya bu tür sözleşmeleri, klasik tedavi sözleşmelerinden farkları dikkate alınarak *klinik*

³⁹ Klinik araştırmaların evrensel dayanağı olan Helsinki Bildirgesi, insan üzerinde hem tedavi hem de salt bilimsel amaçlı deneylere izin vermiştir. Ancak, Bildirge, bu kurala 18 inci maddesi ile bir de sınırlama getirmiştir. Buna göre, “İnsan sùjeleri içeren tıbbi araştırmalar, ancak amacın önemi, sùjeye yönelik risk ve külfete göre ağır bastığı durumda gerçekleştirilebilecektir”. Ayrıca bkz., ÖZGÜR, s. 184; AYDIN, s. 56; ERTİN/ TEMEL, s. 225-226; ÖZTOPRAK, Ümit Yaşar/ ERSOY, Mesut/ KARAHANCI, Onur Naci/ ÖRNEK BÜKEN, Nüket, “Helsinki Bildirgesi’nin Biyoetik ve Biyopolitikalar Bağlamında İzini Sürmek”, Journal of Clinical and Experimental Investigations, C. 7, S. 1, 2016, s. 110-118.

⁴⁰ Hasta ile hekim arasındaki tıbbî müdahaleye ilişkin sözleşmenin konusu ne olursa olsun her zaman vekâlet olduğu yönünde bkz., ŞENOCAK, s. 69. Ayrıca bkz., AYAN, s. 53 vd.

⁴¹ Bilimsel amaçlı klinik araştırmaların, sui generis yapıda olduğu ve bünyesine uygun düşen sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz., ÖZGÜL, s. 69; KARA KILIÇARSLAN, s. 292. Tedavi amaçlı bilimsel araştırmaların vekâlet sözleşmesi esasına dayandığı yönünde bkz., ÖZGÜR, s. 199.

⁴² ŞENOCAK, s. 66-67.

araştırmaya katılma sözleşmesi olarak isimlendirmek de mümkün olabilir. Tedavi amacı taşıyanlara vekâlet hükümlerini uygulamak mümkün iken, tedavi amacı taşımayan sözleşmeler bakımından da TBK.m.502/2 hükmü gereğince yine vekâlete ilişkin hükümler uygulanabilir. Zira, hükme göre, “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır*”. Öyleyse, özel düzenleme bulunan durumlar (Yönetmelik ve dayanağı olan diğer yasal düzenlemeler) dışında vekâlete ilişkin hükümleri, bünyesine uygun düştüğü ölçüde hem tedavi amacı taşıyan hem de taşımayan klinik araştırmaya katılma sözleşmeleri için uygulamakta bir sakınca yoktur.

Nihayet, çocuklar üzerinde klinik araştırma yapabilmek için her şeyden önce taraflar arasında kurulan bir sözleşme ilişkisi şarttır. Bu bağlamda, bu hukukî ilişki, sözleşme esasına dayanan özel hukuk temelli bir hukukî işlemdir. Bu sözleşmenin kurulması, yani çocuğun klinik araştırmaya katılması ise, ayırt etme gücü varsa kendisinden ve yasal temsilcisinden alınacak aydınlatılmış olur ile mümkün olabilir. Aksi halde, hukuka aykırı bir eylem söz konusudur ve araştırmacıların bundan dolayı diğer hukuk dallarına göre sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla hukukî sorumlulukları ortaya çıkabilir. Bu hukuka aykırı eylemi, gerek tedavi amacı ile yapılan klinik araştırmalarda gerekse bu amaçla yapılmayan klinik araştırmalarda sözleşmeye aykırılık (TBK.m.112, 505 vd.) olarak ifade etmek mümkündür.

B.OLUR KAVRAMI VE OLURUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Klinik araştırma protokolünde yer alan amaç ve yöntem ne olursa olsun, hukuka uygun bir klinik araştırma yapabilmek için araştırmacılar ile klinik araştırmaya katılacak çocuklar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulması şarttır. Taraflar arasında kurulan sözleşme, vekâlet ya da bir isimli sözleşme olsa bile klinik araştırma sözleşmeleri hakkında özel düzenleme bulunmayan hâllerde, borçlar kanununun vekâlete ilişkin hükümleri (TBK.m.502-514); burada da düzenleme bulunmayan durumlarda Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin genel hükümleri (TBK.m.1-206) uygulanacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun birinci maddesine göre, sözleşme ilişkisinin kurulması için taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması, ayrıca iradelerin hukukî sonuca yönelmesi şarttır⁴³. Buna göre, klinik

⁴³ EREN, Genel Hükümler, s. 211; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 43; FURRER, Andreas/ CHEN-MULLER, Markus/ ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul

araştırmaya katılma sözleşmesinin kurulabilmesi için kural olarak, klinik araştırmaya katılacak çocuğa klinik araştırmayı yapacak kişiler tarafından bir öneride bulunulmalıdır. Bu öneri, kamuya yapılmış alenî bir öneri olabileceği gibi tedavi için sağlık kurumuna gelen çocuğa özel olarak yapılmış bireysel bir öneri de olabilir. Böyle bir klinik araştırmaya ilişkin sosyal medya ya da internet ilanı, araştırma merkezine, hastaneye müracaat eden hastalara doğrudan yöneltilmiş bir öneri bu durumlara örnek gösterilebilir.

Borçlar Kanunu'na göre öneriyi, sözleşmenin her iki tarafı da yapabilir. Yani, Borçlar Kanunu'ndaki sözleşmenin kuruluşuna ilişkin ilkeler (TBK.m.1-11) benimsenirse, sözleşme önerisinin gönüllü çocukta gelmesi, araştırmacının da çocuğu araştırmaya kabul etmesi durumunda sözleşme araştırmacının kabulü ile kurulmuş olacaktır. Zira, öneri, sözleşmenin hangi tarafından, nasıl ortaya çıkarsa çıksın buna uygun şekilde kabulün söz konusu olması durumunda sözleşme ilişkisi kurulmuş olur⁴⁴. Bu bilgiye göre, klinik araştırmaya katılan bir arkadaşından klinik araştırmayı duymuş bir çocuğun yeterince bilgi edinmiş olarak klinik araştırmaya katılmak üzere başvuruda bulunması ve bu önerinin araştırma ekibi tarafından kabulünde yine sözleşme kurulmuş olacak mıdır? Yukarıdaki tespitte klinik araştırmaya katılma sözleşmesine doğrudan ya da dolaylı olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanabilir şeklinde sonuca varılmışsa da klinik araştırmalar ile ilgili emredici hükümlerin öncelikle uygulanacağı ifade edilmişti. Bu hususta, Helsinki Bildirgesi m.25-32, Anayasa m.17/2, HHY.m.32/1 ve İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m. 5/1, (i) ve 6/1, (b) hükümlerinin açıkça aydınlatılmış oluru bu sözleşmenin kurulması için geçerlilik şartı olarak öngörmekte olduğu unutulmamalıdır. Bir diğer ifade ile bu emredici hükümler, gönüllü üzerinde klinik araştırmanın yapılabilmesi için katılımcının usulüne uygun aydınlatıldıktan sonra olurlarını şart koştukları için Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin kuruluşuna ilişkin genel ilkeleri burada uygulama alanı bulamayacaktır.

Görüldüğü gibi, klasik sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi klinik araştırmalara katılma sözleşmesinde de sözleşme, öneri ve kabul ile

2021, s. 83; **ANTALYA**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 286; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2019, s. 81.

⁴⁴ **EREN**, Genel Hükümler, s. 288; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 67; **KILIÇOĞLU**, s. 84; **FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER**, s. 90.

kurulmaktadır. Ancak, klasik sözleşmelerden farklı olarak araştırma ekibi tarafından sözleşme önerisi klinik araştırma hakkında tüm bilgileri içeren bir aydınlatma şekline bürünmüş olarak muhatap çocuğa sunulmalı, çocuk da bu aydınlatmayı anladıktan sonra buna uygun olur, yani rıza göstererek kabul beyanında bulunmak suretiyle sözleşmeyi kurmalıdır. Bu bakımdan, oluru, hukukî niteliği bakımından sözleşmenin kurulması için gereken iradelerden kabul olarak değerlendirmek mümkündür⁴⁵. Buradaki olurun, yani kabulün klinik araştırmaya ilişkin aydınlatılmayı içeren öneriden sonra ve bunlarla tam uyumlu olarak açıklanmış olması geçerlilik şartıdır. Bu sebeple, gönüllü çocuğun klinik araştırmaya katılma önerisini, araştırma ekibine sunması durumunda olsa olsa öneriye davet söz konusu olur. Bu davet üzerine usulüne uygun aydınlatılmayı içeren öneriyi araştırma ekibi muhatap çocuğa sununca, buna uygun olur ile yani çocuğun kabulü ile sözleşme kurulacaktır.

Olurun, hukukî niteliği bakımından zarar görenin rızasının bir hukuka uygunluk hâli olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de akla gelebilir. TBK.m.63/2 hükmüne göre, “Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”. Yani, bu hükme göre, zarar gören kendisine yönelik eyleme rıza göstermişse rıza belli şartlar altında⁴⁶ eylemi hukuka uygun kılacağı için eylem hukuka aykırı olmaktan çıkar. Bir diğer ifade ile zarar görenin rızası bir hukuka uygunluk hâlidir⁴⁷. Ancak, klinik araştırmaya katılma yönünde verilen rıza bir hukuka uygunluk hâli değildir. Zira, Yönetmelik m. 23/3 hükmüne göre, “Araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olması,

⁴⁵ Rızanın Türk ve İsviçre Hukuklarındaki hâkim görüşe göre, hukukî işlem olduğu yönünde bkz., ŞENOCAK, s. 68-69. Kabulün hukukî niteliğinin tek taraflı kurucu yenilik doğuran bir hak olduğu yönünde bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 288; OĞUZMAN/ÖZ, s. 67; KILIÇOĞLU, s. 101; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 90; ANTALYA, V/1, 1, s. 331.

⁴⁶ Bu şartları, rızanın müdahaleden önce verilmiş olması, rıza verenin rıza vermeye ehil olması ve rızanın sınırlarının aşılmamış olması şeklinde ifade etmek mümkündür. Bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 678-680; KILIÇOĞLU, s. 381-384; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, İstanbul, 2019, s.119-121.

⁴⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 678; ANTALYA, V/1, 2, s. 119; KILIÇOĞLU, s. 381; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 358.

gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmaz". Görüldüğü üzere, bu düzenleme sebebi ile rızanın, klinik araştırmaya katılan çocuğa zarar verilmiş olması durumunda araştırma ekibi tarafından tazminat ödememek üzere savunma olarak ileri sürülmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu sebeple, gönüllüden aydınlatılmış olur alınmasının, ilaç ve biyolojik ürünlerin klinik araştırmaları bakımından hukuka uygunluk hâli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

C. OLUR EHLİYETİ

1.Genel Olarak

Kişiler hukuku bakımından ehliyet, hak ve fiil ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Hak ehliyeti, hukuken haklara sahip olma ve borç altına girebilme ehliyeti olarak kabul edilir⁴⁸. Hukuken kişi kabul edilen herkesin sahip olduğu hak ehliyeti, pasif bir ehliyet türüdür⁴⁹. Bu başlık altında olur ehliyeti ile ifade edilmek istenen ise fiil ehliyetidir. Fiil ehliyeti, kişinin kendi eylemleri ile lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilmek gücüdür⁵⁰. Fiil ehliyeti, hak ehliyetinden farklı olarak kişiliğin vazgeçilmez bir parçası değildir. Yani, hak ehliyetinde olduğunun aksine fiil ehliyetine herkesin sahip olması söz konusu değildir. Kişiler tam ve sağ doğum ile kişiliği, aynı zamanda hak ehliyetini kazanırken⁵¹; fiil ehliyetine sahip olmak için tam ve sağ doğum yetmez. Fiil ehliyetinin kazanılması için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak şartlarını birlikte taşımak gerekir (TMK.m.10).

⁴⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2021, s. 43; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2022, s. 39; AYAN, Mehmet/ AYAN, Nürşen, Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Konya 2020, s. 49; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, 9. Baskı, İstanbul 2021, s. 45; ERDOĞAN, İhsan/ KESKİN, Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 222; AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 108; SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2017, s. 90-91.

⁴⁹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 43; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 48; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 228; AYAN/ AYAN, s. 49.

⁵⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 51; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 47; SEROZAN, s. 92; HELVACI, s. 51; AYAN/ AYAN, s. 51; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 228; AKYÜZ, s. 109.

⁵¹ Hak ehliyetini henüz kazanamamış insan embriyo üzerindeki araştırmalar için bkz., ÇOBAN, Aykut, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 86, 2009, s. 204-248.

Fiil ehliyetine sahip olmak, kişinin kendi eylemleri ile lehine haklar yaratırken, aleyhine borçlar üretilebilmesi olduğuna göre, fiil ehliyeti ilke olarak hukukî işlem ehliyetine sahip olmak anlamına gelir. Ancak, fiil ehliyeti sadece hukukî işlem ehliyeti değil aynı zamanda hukuka aykırı eylemlerden sorumlu olma ehliyetidir⁵². Bu başlık altında, küçüğün klinik araştırmaya katılması bakımından olur verme ehliyeti ise doğrudan fiil ehliyetinin hukukî işlem ehliyeti boyutu ile ilgilidir. Bu sebeple, bu başlık altında fiil ehliyeti yalnızca bu açıdan ele alınacaktır.

Türk Medenî Kanunu'nun 10 uncu maddesi çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her erginin fiil ehliyeti olduğuna göre, çocukların ergin olmamaları sebebi ile fiil ehliyetleri, daha doğru bir ifade ile tam fiil ehliyetleri yoktur. TMK.m.14'ün "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur" ifadesi fiil ehliyeti bakımından tam ehliyetsizliği ifade etmektedir. TMK.m.16'ın "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler" şeklindeki hükmü ise ayırt etme gücü olan çocukların kısmen ehliyetli olduğunu belirtmektedir. Gerçekten, öğretilerde, ayırt etme gücü olmayan çocuklar, tam ehliyetsizler olarak isimlendirilirken; ayırt etme gücü bulunan çocuklar, sınırlı ehliyetsizler olarak ifade edilmektedir⁵³. Bu bilgiler ışığında, klinik araştırmaya katılacak çocukları fiil ehliyetine göre iki kategoride incelemek mümkündür: Sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler. Görüldüğü gibi, bu iki ehliyet türü bakımından da ayırt etme gücü ayırıcı ölçüttür.

Ayırt etme gücü, TMK.m.13'te yer almaktadır. Hükme göre, "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir". Hükümde, ayırt etme gücünü tanımlamak üzere *akla uygun şekilde hareket edebilme yeteneğinden* bahsedilmektedir. Daha açık bir ifade ile ayırt etme gücü, her somut olayın şartları çerçevesinde mevcut durumu, insan aklına ve mantığına uygun şekilde değerlendirip en doğru kararı verebilme yeteneği olarak belirtilebilir⁵⁴. Bu bağlamda, ayırt etme

⁵² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 55; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 52; SEROZAN, s. 100; HELVACI, s. 53; AYAN/ AYAN, s. 51-52; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 232.

⁵³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 97; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 84; HELVACI, s. 80; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 251; AYAN/ AYAN, s. 69.

⁵⁴ ERKAN, Vehbi Umut/ YÜCER, İpek, Ayırt Etme Gücü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 487-488; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-

gücüne sahip olabilmek için hem bedenen hem de aklen olgun olmak gerekir⁵⁵. Burada bahsedilen iki yönlü olgunluk, ayırt etme gücünün göreceli bir kavram olması anlamına gelir. Yani, ayırt etme gücünün varlığı, her somut olayda, olaya ve kişiye göre değişkenlik gösterebilir⁵⁶. Örneğin, ortaokula giden on, on iki yaşındaki bir çocuğun harçlığını kullanarak ihtiyaçlarını karşılaması bakımından ayırt etme gücü var kabul edilebilirken; aynı çocuğun mülkiyetinde bulunan bir taşınmaz üzerinde sınırlı aynî haklar kurması, kendisi hakkından hayatî risk taşıyan bir ameliyata karar vermesi bakımından ayırt etme gücünün varlığından bahsetmek mümkün olmayabilir.

Ayırt etme gücünün var olup olmadığı sorunu, klinik araştırmaya katılma açısından değerlendirildiğinde, çocuk, katılacağı klinik araştırmanın önemini, kendisi için oluşturduğu yarar ile zararları anlayacak olgunluğa erişmiş ise artık onun ayırt etme gücünün olduğundan bahsedilebilir⁵⁷. Aslında, ayırt etme gücünün varlığı, bedenen ve aklen belirli bir olgunluğa erişmeye bağlı olduğuna göre her somut olayda diğerlerinden bağımsız olarak yeniden değerlendirmelidir. Bu hususta, referans tıp biliminin esaslarıdır. Bu konuda en uygun olan, gönüllü çocuğun ayırt etme gücünün varlığını, araştırma ekibinden bir çocuk psikiyatrinin en azından çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının değerlendirmesidir⁵⁸.

ÖZDEMİR, s. 56-57; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 57; HELVACI, s. 59; AYAN/ AYAN, s. 51; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 234; AKYÜZ, s. 110.

⁵⁵ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 57; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57; AYAN/ AYAN, s. 53-54; HELVACI, s. 59; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 234.

⁵⁶ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 58; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 57; HELVACI, s. 59; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 234; AYAN/ AYAN, s. 54.

⁵⁷ ŞENOCAK, s. 78. Öğretideki bir görüşe göre, çocuklara uygulanacak tıbbî tedavi ve girişimler ile çocuklar üzerinde yapılacak tıbbî araştırmalarda, yaklaşık yedi yaşından itibaren çocuğun belli bir psiko-sosyal olgunluğa ulaştığı ve kendisi hakkında alınacak kararlar konusunda söz sahibi olması gerektiği fikrinin Türk hukukunda da tanımlanmasının Türkiye'nin taraf olduğu pek çok hasta ve çocuk haklarını ilgilendiren uluslararası sözleşmelere uygun bir davranış biçimi olacağı savunulmaktadır. Bkz., SARI/ AŞIRDİZER, s. 68. Bu fikre, ayırt etme gücünün değişkenliği ve her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği sebepleri ile katılmak mümkün görünmemektedir. İslam hukukunda çocuğun tıbbî müdahaleye rıza verme ehliyeti bakımından bkz., ZORLU, Süleyman Emre, Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara, 2017, s. 93-101.

⁵⁸ Ayırt etme gücünü tespit edecek kişinin bizzat müdahaleyi yapacak hekim olduğu yönünde bkz., ŞENOCAK, s. 77. Bu sebeple, çocuklar üzerinde yapılacak klinik

Bu tespite rağmen, hayatın olağan akışına göre akıl yürütme yoluyla bir öngöründe bulunulabilir. Örneğin, yeni doğanlarda, 1-5 yaş arası çocuklarda yapılan klinik araştırmalarda ayırt etme gücünün yokluğu sebebi ile çocuktan rıza alınmaması; okul çağında olan, örneğin 7-17 yaş aralığında bulunan çocuklar için, her klinik araştırma özelinde ayrı değerlendirme yapılmak şartıyla, ayırt etme gücü varsa rıza alınması doğru olur⁵⁹. Unutmamak gerekir ki, ayırt etme gücü hususunda genel bir ilke koymak mümkün değildir ve her klinik araştırma özelinde gönüllü çocukların her birinin ayırt etme gücünün ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Ayırt etme gücü olmayan çocuklar başkaca bir şart aranmaksızın tam ehliyetsiz kabul edilir. Bu husus, TMK.m.15 hükmünde, “Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz” ifadesi ile açıkça belirtilmiştir. Tam ehliyetsizlerin hukukî işlemlerini, onlar adına yasal temsilcilerinin yapması gerekir. Yasal temsilci, velâyet altındaki çocuklar için veli, vesayet altındaki çocuklar için vasisidir.

Tam ehliyetsizin tek başına yaptığı hukukî işlemler kesin hükümsüzdür⁶⁰. Bu sonuç, işleme izin veya olur verilmesi durumunda da değişmez. Yani, ayırt etme gücü olmayan bir çocuğun klinik araştırmaya

araştırmalarda, araştırma ekibinde bir çocuk psikiyatrinin, en azından bir çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması uygun olur.

⁵⁹ ROSENAU, s. 50; KARATOPRAK, s. 3; ERSOY, s. 3. ÖZTÜRK TÜRKMEN, Hafize, “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, Türkiye Biyoetik Derneği, e – Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, 2009, s. 7. Çocuklara ilişkin bir çalışmada, beş yaşında zeki bir çocuğun bile, on beş yaşındaki bir adolesan kadar olmasa da kendisine uygulanabilecek bazı tıbbî prosedürleri anlayabileceği, ancak bilgilendirme ve olur sırasında yaştan ziyade çocukta zekâ ve algılama yeteneklerinin değerlendirilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir. Bkz., BILLICK S. B. / EDWARDS, J. L. / BURGERT, W. 3rd / SERLEN, J. R. / BRUNI, S. M., A Clinical Study of Competency in Child Psychiatric Inpatients, Journal of American Academy of Psychiatry Law, V. 26, N, 4, 1998, 587-594; SARI/ AŞIRDİZER, s. 65. Araştırmaya katılan çocukların yaşa göre sınıflandırılmasında üç temel grubun olduğu, bunların 0-7; 7-14 ve 14-18 yaş aralığında olabileceği yönünde bkz., BÜKEN, Nükhet, “Klinik Araştırmaların Katılımcısı Olarak Çocuklar”, Journal of Pediatric Infection, C. 11, S. 2, 2017, s. 91.

⁶⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 85; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 69; HELVACI, s. 69; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 248; AYAN/ AYAN, s. 82.

katılımını ancak yasal temsilcisi olur vermek suretiyle sağlayabilir⁶¹. Klinik araştırmacının bu bakımdan iyiniyeti, yani çocuğun ayırt etme gücünün olduğunu ya da olmadığını düşünmesi, bu konuda yanılmış ya da yanılmamış olması hiçbir değer taşımaz. Zira, küçüğün ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğu konusunda diğer tarafın iyiniyeti korunmaz⁶².

Ayırt etme gücü olmayan çocuğun yasal temsilcisi⁶³ kural olarak kişiye sıkı şekilde bağlı hakları kullanamaz. Bu hakları, ayırt etme gücü olmayan küçüğün fiil ehliyetini kazanınca kullanması gerekir. Ancak, bu kural katı şekilde uygulanmamalıdır. Zira, bazen küçüğün kişiye sıkı şekilde bağlı haklarını yasal temsilcinin onun adına kullanamaması aleyhine olabilir⁶⁴. Bu sebeple, bazı özel durumlarda bunun mümkün olması gerekir. Örneğin, ayırt etme gücü olmayan küçüğün sağlığı bakımından gerekli bir operasyona yasal temsilcisi tarafından karar verilmesi, kişiye sıkı şekilde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olsa da mümkündür.

Konuya klinik araştırmalar bakımından yaklaşırsa, Yönetmelikte rıza verme yeteneği olmayan çocuklar hakkında herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Konu ile ilgili diğer yasal düzenlemelere bakmak gerekirse, İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği incelenmelidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre, sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir (m.5/1). Ancak, muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale sadece onun doğrudan yararı için yapılabilecektir (m. 6/1). Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği

⁶¹ Bu, yasal temsilcinin işlemi, küçük adına bizzat yapması anlamına gelir. Yasal temsilcinin yapılacak işleme önceden izin ya da sonradan olur verilmesi de hukuken değer taşımaz.

⁶² Bkz., İçtihadı Birleştirme Kararı, 11.06.1941, 4/21 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ictihadi-birlestirme-bgk-e-1941-4-k-1941-21-t-11-6-1941>, erişim tarihi: 03.12.2022). Ayrıca bkz., OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 88; ERKAN/ YÜCER, s. 504.

⁶³ Küçükler, kural olarak velayet altındadır. Bu bakımdan, küçüğün yasal temsilcisi velisidir. Veli, anne ve baba ya da birinin ölmesi, boşanma gibi durumlarda bunlardan biridir. Anne babanın ikisi de ölmüşse veya ikisinden de velayet alınmışsa küçüğe onu temsil etmek üzere bir vasi atanır (TMK.m.404). Ayrıca bkz., DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2022, s. 365, 421; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 1082.

⁶⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 91; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 69; HELVACI, s. 71; AYAN/ AYAN, s. 84.

bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir (m.6/2).

Bu hususta, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35 inci maddesi de ayrıca dikkate alınmalıdır. Söz konusu düzenlemede, reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbî araştırma amacı güden tıbbî müdahalelerin hiçbir surette tatbik edilemeyeceği, faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbî araştırma yapılmasının velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Öyleyse, ayırt etme gücü olmayan bir çocuk üzerinde salt yasal temsilcinin rızası ile bilimsel amaçlı klinik araştırma yapılması mümkün görünmemekle birlikte çocuğa faydası olacak tedavi amaçlı klinik araştırma yapılması, çocuğun doğrudan yararının olması şartıyla mümkün görünmektedir.

Küçüğün yasal temsilcisi, küçüğün faydasına olmak şartıyla, klinik araştırmaya katılmasına veli ise doğrudan, vasi ise TMK.m.462/1, b.13 hükmü ışığında karar verebilmelidir. Zira, Yönetmelik m.6/1, çocuklar üzerinde yapılacak klinik araştırmalara katılım konusunda genel esasları belirlerken, araştırmanın gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve *araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbî bir kanaatin varlığını* aramıştır. Ayrıca aynı hükümde, araştırma konusunun doğrudan çocukları ilgilendirmesi veya sadece çocuklarda incelenebilir klinik bir durum olması ya da yetişkin kişiler üzerinde yapılmış araştırmalar sonucu elde edilmiş verilerin çocuklarda da geçerliliğinin kanıtlanmasının zorunlu olması da çocuk klinik araştırmaları için şarttır. Yani, küçük açısından yukarıda bahsedilen potansiyel fayda zaten bu tür klinik araştırmalarda yasal düzenleme gereği varsayıldığından yasal temsilcinin kural olarak bu konuda tek başına karar verebilmesi mümkün görünmektedir. Ancak, yasal temsilcinin küçük için söz konusu olduğu varsayılan bu faydayı her somut araştırmada yine de değerlendirmesi, klinik araştırmaya katılma konusunda bu değerlendirmenin sonucuna göre karar vermesi gerekir.

Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda ise, kural, küçüğün kişiye sıkı şekilde bağlı hakları bizzat kullanmasıdır. Gerçekten, TMK.m.16/1 hükmüne göre, "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları

kullanmada bu rıza gerekli değildir". Ancak, bu kuralın da istisnaları mevcuttur (TMK.m.12, 27, 118/2, 124/2, 126, 127, 136, 308, 309)⁶⁵.

Klinik araştırmalara katılma da bu istisnalardan biri olarak ifade edilebilir. Aslında, kişinin kendi tıbbî kaderinin kendisinin belirleyebilmesi kişiye sıkı şekilde bağlı bir hak olsa da yukarıdaki istisnalarda olduğu gibi küçük bakımından ağır sonuçları olabilecek bu tür işlemlerde yasal temsilcinin, duruma göre bazen vesayet makamının da oluru aranmıştır. Yönetmelik, 6 ncı maddesinin (b) bendinde bu kuralı şu şekilde ifade etmektedir: "Çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınır". Görüldüğü gibi, Yönetmelik ayırt etme gücü olan küçüğün klinik araştırmaya katılabilmesi için kendi rızası yanında yasal temsilcinin de olurlarını aramaktadır⁶⁶.

Hem küçüğün hem de yasal temsilcinin oluru, TMK.m.15, 23 ile TBK.m.26 ve 27 hükümlerine uygun olarak açıklanmalıdır. Bir diğer ifade ile olura ilişkin irade açıklaması, hukukî işlem ehliyetine sahip ilgililer tarafından hukuka, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun olarak beyan edilmelidir. Ayrıca, olur verilen klinik araştırmanın konusu imkânsız olmamalıdır.

Kişiliğin ve kamu düzeninin korunması ilkeleri çerçevesinde her somut olayda olura ilişkin irade açıklamasının TMK.m.15, 23 ve TBK.m.26, 27'ye uygunluğu mahkemece resen gözetilir. Yani hâkim, her somut olayda bu yönde bir iddia olmasa bile iradenin bu yönlerden hukuka uygunluğunu ve özellikle kişinin fiil ehliyetinin varlığını kendiliğinden araştırıp bu araştırmanın sonucuna göre hüküm kurmalıdır⁶⁷. Bu

⁶⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 109; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 94; HELVACI, s. 86; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 253-254; AYAN/ AYAN, s. 73.

⁶⁶ Aynı şekilde, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70 inci maddesine göre, hekim, hasta küçük veya kısıtlı ise öncelikle veli veya vasisinin onayını alacaktır. Yine, Hasta Hakları Yönetmelik'inde de aynı usul düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türk hukukunda ayırt etme gücü olsa bile küçükler açısından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı teşkil eden tıbbî müdahaleye rıza gösterme ve tıbbî araştırmalara katılma konusunda yetki küçük ve yasal temsilciye birlikte verilmiştir.

⁶⁷ Yargıtay 3. HD., 19.09.2013, E. 2013/10102, K. 2013/12978 "...Mevcut dosya içeriğinden; davalının 765 Sayılı TCK Md. 46 kapsamında sağlık raporunun bulunduğu anlaşılmuştur. Fiil ehliyeti; mahkemece resen dikkate alınması gereken bir dava şartıdır. Öncelikle davalının fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığı, kısıtlı olup olmadığının

bakımdan, klinik araştırmaya katılan çocuğun ehliyet durumu, aydınlatılmış olur alınması ve katılımın buna göre sonuçları mahkemece resen değerlendirilmelidir. Zira, ehliyet kamu düzeninden olup⁶⁸ kısıtlıların özellikle küçüğün yüksek yararının korunması açısından son derece önemlidir.

1. Velayet Altında Olan Çocuklar Açısından

Ayırt etme gücü olsun olmasın kural, küçüğün velayet altında olmasıdır. Zira, TMK.m.335'e göre, "Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınmaz. Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar". Anne baba evli ise, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir. Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir (TMK.m.336). Anne ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir (TMK.m.337). Görüldüğü gibi, velayet altındaki çocuğun velisi kural olarak anne ve babasıdır. Kanunda belirtilen durumlarda veli, anne veya babadan biri de olabilir.

TMK.m.339 hükmünde ise velayetin kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre, anne ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatinin göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Bu hüküm, klinik araştırmalar bakımından değerlendirildiğinde, çocuğun bakımına ilişkin ifadenin çocuğun sağlık ve tedavisini de kapsadığı söylenebilir. Hem bu hüküm hem de Yönetmelik m. 6/1, (b) bendi gereğince, çocuğun klinik araştırmaya katılmasında velayet anne ve babada birlikte

araştırılması kısıtlılığını gerektirir düzeyde bir akıl hastalığının bulunması halinde durumun yetkili mercilere ihbar edilerek davalıya vasi tayin ettirilmesinden sonra dava dilekçesi ve duruşma gününün vasiye tebliği cihetine gidilmesi gerekirken; davanın esasına girilerek esasa ilişkin hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır...". Aynı yönde bkz., Yargıtay 20. HD., 06.03.2017, E. 2016/6237, K. 2017/1834 (Lexpera).

⁶⁸ Yargıtay 1. HD., 17.04.2014, E. 2014/3936, K. 2014/8035; Yargıtay 12. HD., 03.07.2019, E. 2019/4251, K. 2019/11869 "...Somut olayda, mahkemece, hükme esas alınan 27/07/2018/3662 sayılı Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda borçlu ...'in 28.03.2014 ve 02.06.2014 tarihlerinde hukuki ehliyete haiz olmadığı belirtiltiği anlaşılmıştır. Fiil ehliyeti kamu düzeniyle ilgili olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir..." (Lexpera).

bulunuyor ise her ikisinin de oluru, yalnızca birinde bulunuyorsa onun oluru aranır.

Anne ve babanın velayet hakkına birlikte sahip olduğu durumlarda, çocuğun klinik araştırmaya katılması konusunda anlaşamamaları söz konusu olursa sorunun nasıl çözüleceği sorusu akla gelebilir. Bu hususta, *Çocuğun Korunması* başlıklı TMK.m.346'nın uygulanması önerilebilir⁶⁹. Hükme göre, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır". Aslında, anne veya babadan biri velayet hakkına sahip olup da yine çocuğun klinik araştırmaya katılması konusunda anne baba arasında fikir birliği yoksa ne olacağı konusunda kural olarak tereddüt yoktur. Velayete sahip olan taraf, bu konuda tek başına karar verir. Ancak, onun bu yetkisini bir sebeple doğru kullanmaması ve çocuğu tehlikeye atması söz konusu olursa yine diğer eş TMK.m.346 hükmü çerçevesinde mahkemeye başvurabilmelidir. Şüphesiz, bu hükümde velayete sahip olmayan tarafa verilmiş bir müdahale hakkı yoktur. Ancak, burada, çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi bağlamında çocuğun korunması bakımından bu konuda resen hareket edebilecek olan mahkemenin ihbar niteliğindeki bu başvuru ile durumdaki haberdar edilmesi söz konusudur⁷⁰.

Öte yandan, velayet hakkına sahip olan kişinin klinik araştırmaya katılma konusunda tercihi çocuğa yeterli ilgi gösterilmemesi niteliği taşıyorsa diğer ebeveynin TMK.m.348/1, b.2 çerçevesinde velayetin kaldırılması talebi de söz konusu olabilir. Örneğin, velayete sahip kişinin, çocuğun klinik araştırmaya katılmasını sağlaması karşılığında herhangi bir menfaat elde etmesinde durum böyledir⁷¹. Bu yönde bir başvuru söz

⁶⁹ TMK.m.346 çerçevesinde alınabilecek tedbir örnekleri için bkz., ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçükün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009, s. 110 vd. Ayrıca bkz., CEYLAN, Ebru, Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 354 vd.

⁷⁰ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 375; ÖZTAN, s. 1131; ELÇİN GRASSINGER, s. 81; CEYLAN, s. 354.

⁷¹ Yönetmelik'in m.6/1, f bendine göre, çocuklar üzerinde yapılacak klinik araştırmalar için çocukların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya mali teklifte bulunulamaz. Bu hükmün getiriliş amacı, insanların bilimsel araştırmalardan ekonomik gelir elde etmesini sağlamak değil insan sağlığı için bilimsel bir veri elde etmek, kolektif bir fayda

konusu ise, durumun ciddiyetine göre mahkeme çocuğun klinik araştırmaya katılmasını tedbiren önleyebileceği gibi yargılama sonucunda varacağı kanaate göre velayeti de kaldırabilir⁷².

Bu hükümler çerçevesinde, duruma göre anne ve baba birlikte veya onlardan biri diğerinin yerleşim yeri (TMK.m.21) aile mahkemesinden⁷³ hâkimin müdahalesini veya velayetin kaldırılmasını istemek suretiyle bu anlaşmazlık konusunda mahkemenin müdahalesini talep edebilir⁷⁴.

2. Vesayet Altında Olan Çocuklar Açısından

Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir durumun varlığını öğrenen nüfus memurları, idarî makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili sulh hukuk mahkemesine bildirmek zorundadırlar (TMK.m.404). Bu hüküm çerçevesinde, küçüklerin, korunmaları bakımından velayet altında değillerse vesayet altında olmaları zorunludur.

Yönetmelik m. 6/1, (b) bendi kapsamında, çocuk rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra vesayet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak oluru alınarak çocuğun klinik araştırmaya katılımı sağlanacaktır. Ancak, çocuğun temsili yönünden Türk Medenî Kanunu, vasisinin hak ve yetkilerini veliye göre farklı şekilde düzenlemiştir. Örneğin, velayet hakkında sahip olan anne ve babaya, vasiye göre daha fazla hak ve çocuğun menfaatleri bakımından daha geniş bir takdir hakkı vermiştir (TMK.m.339, 340, 341, 342/3, 352)⁷⁵. Velinin kural olarak çocuk

sağlamaktır. Ancak, bu kural tek başına hukuka aykırı eylemlerin gerçekleşmesini engellemeyebilir. Böyle bir eylemi, pek tâbi çocuğun velisi ya da vasisi de gerçekleştirilebilir.

⁷² **HAKERİ**, s. 186. TMK.m.348 hükmünün sınırlı sayım yapmadığı, mahkemenin bu hususta takdir hakkı olduğu yönünde bkz., **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 378; **ÖZTAN**, s. 1101; **ELÇİN GRASSINGER**, s. 174; **CEYLAN**, s. 360-361.

⁷³ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/1, b.1.

⁷⁴ **ÖZTAN**, s. 1104; **CEYLAN**, s. 359, 363.

⁷⁵ Yargıtay 2. HD., 25.06.2008, E. 2008/ 4269, 2008/ 9378 "...Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitim konusunda onun yararını göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulamalar, çocuğu olanakları ölçüsünde eğitirler, bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimini sağlar ve korurlar. Bedensel ve zihinsel özürülü olanlara, yetenek ve eğitimlerine uygun düşecek ölçüde genel ve mesleki eğitimi verirler. (TMK.md.389, 340) Ana baba velayeti çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisidir (TMK.md.342/1). Vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında, kısıtlının temsiline ilişkin hükümler

hakkında karar verirken vesayette olduğunun aksine mahkeme iznine ihtiyacı yokken, vasinin küçük hakkındaki bazı önemli işlemler bakımından duruma göre vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden, duruma göre vesayet makamı iznine ek olarak denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinden de izin alması gerekir (TMK.m.342/3, 462, 463)⁷⁶.

Bu durum, çocuğun klinik araştırmalara katılması bakımından değerlendirilirse, Yönetmelik'in ilgili hükmüne bakmak gerekir. Yönetmelik'in m.6/1, (b) bendi gereğince vesayet altındaki çocuğun klinik araştırmaya katılması bakımından vasi oluru dışında başkaca bir şart yokmuş gibi görünmektedir. Ancak, bu hususta, çocuğun ayırt etme gücü olsun veya olmasın klinik araştırmaya katılımı açısından vasinin ayrıca vesayet dairelerinden izin alması gerekir mi sorusu sorulabilir. TMK.m.462/1, b.13 hükmüne göre, vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi bakımından vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin izni gerekir. Bu bağlamda, hükmün lafzından çocuğun klinik araştırmaya katılması, araştırmanın niteliği gereği çocuğun bir sağlık kurumuna yatırılmasını gerektiriyorsa izin alınmasının şart olduğu ifade edilmelidir. Örneğin, prematüre bebeklerin normal doğan bebeklerle karşılaştırmalı olarak gelişiminin izlendiği bir klinik araştırmada, bebeğin altı ay süreyle klinik araştırma yapılan kurumda kalması gerekiyorsa durum böyledir.

Böyle bir durum söz konusu değilse bile, hükmün geniş yorumlanması yoluyla vesayet altındaki çocuğun klinik araştırmaya katılması bakımından yine de vasi oluruna ek olarak sulh hukuk mahkemesinden izin alınması da küçüğün korunması ilkesine hizmet edecektir. Zira, Türk Hukukunda esas olan öncelikle küçüğün yüksek menfaatinin korunmasıdır⁷⁷. Çocuk üzerinde oluşabilecek geçici ve kalıcı etkileri bakımından

velayetteki temsilde de uygulanır (TMK.md.342/son). Kısıtlıya en yakın olan anne ve babanın vasiden daha fazla özen göstereceği düşüncesiyle bu hükümler getirilmiştir...". Karar için bkz., **İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit/ **ERSÖZ**, Oğuz, Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2018, s. 174, dn. 21. Ayrıca bkz., s. 175.

⁷⁶ **DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ**, s. 372; **ÖZTAN**, s. 1409; **AKYÜZ**, s. 261.

⁷⁷ Ayrıca bkz., **SEROZAN**, s. 64 vd., **AKYÜZ**, s.227; **ÖZTAN**, s. 1137; **ŞİRİN**, Memduh Cemil, Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet, S. 2, 2019, s. 219-240; **DEMİR**, Remzi, Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2019, s. 271-303; **YÜCEL**, Özge, Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı

çocuğun klinik araştırmaya katılması sıradan bir teşhis ya da tedavi sözleşmesi olmadığı gibi çocuğun bu konudaki beklenen menfaatinin varlığını, vasinin veli kadar dikkate almayabileceği de düşünüldüğünde bu öneri daha da haklı görünmektedir. Örneğin, prematüre doğan ve annesi tarafından terk edilmiş bir bebeğin devlet korumasına alındığı ve vasisinin de koruma kurumundan bir sağlık personeli olduğu bir durumda, bebeğin kuruma yerleştirilmesi söz konusu olmasa da prematüre bebek üzerinde yapılacak klinik araştırmaya vasinin tek başına karar verememesi, çocuğun yüksek yararının korunması amacıyla daha uygun olur.

Böyle bir iznin alınması için vasi, küçüğün yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesine başvurmalıdır (TMK.m.411, 462). Verilecek izin, hukukî niteliği bakımından bir hukukî işlem değil bir yargı makamı tarafından verilen idarî karardır. Bunun sonucu olarak mahkeme kararının muhataba yöneltilmesi ve varması gerekmez, salt karar verilmesi ile hukukî etki doğar⁷⁸.

D. OLUR KONUSUNDA ÇOCUK İLE YASAL TEMSİLCİNİN ANLAŞAMAMASI

Klinik araştırmaya katılım hususunda ayırt etme gücüne sahip çocuk ile yasal temsilcinin fikir ayrılığına düşmesi durumunda uyumsuzluk nasıl giderilecektir? Örneğin, çocuk klinik araştırmada yer almak istediği hâlde anne ve babası ya da vasisi aynı fikirde değilse; çocuk klinik araştırmaya katılmak istemediği hâlde anne babanın ya da vasisinin bu konuda ısrarcı olmaları durumunda nasıl bir çözüm getirilmelidir? Hatırlanacağı gibi, çocuk üzerinde gerçekleştirilecek olan klinik araştırmalara katılım, kişiye sıkı şekilde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir ve bu hususta son söz sahibi ilke olarak ayırt etme gücüne sahip çocuk olmalıdır. Ancak, Yönetmelik'te çocuğu korumak için çocuğun rızası yanında ayrıca yasal temsilcinin de oluru aranarak katılıma birlikte karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönetmelik, bu iki rızanın uyumadığı durumlara ilişkin düzenleme getirmemiştir. Bu fikir ayrılığı nasıl ortaya çıkarsa çıksın, olur vermeye yetkili kişilerden birinin, örneğin çocuğun veya yasal temsilcinin tek başına oluru, Yönetmelik'e göre usulüne uygun olur değildir.

Bağlamında Çocuğun İradesi, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, 2013, s. 117-137.

⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 449.

Sorunu, Medenî Kanun hükümleri ile çözmek mümkün olabilir. Türk Medenî Kanunu, velayetin kapsamına ilişkin 339. madde hükmünde, “Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar...” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hükmeye göre, anne ve baba çocuğun menfaatine gözeterek karar verecekler, çocuk da onların tercihe uymak durumunda kalacaktır. Ancak, anne ve baba, önemli konularda çocuğun düşünceleri ve tercihlerini dikkate alarak karar vermek durumundadır⁷⁹. Görüldüğü gibi, bu hükmünde kanun, fikir ayrılığının söz konusu olduğu konularda çocuğun düşünce ve tercihini de dikkate alarak son sözü veliye bırakmış görünmektedir.

Kanun, vasiye ilişkin TMK.m.445 hükmünde ise, “Vesayet altındaki kişi küçük ise, vasi onun bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, vasi bu konuda ana ve babanın yetkilerine sahiptir” şeklindeki düzenleme ile velayete ilişkin 339 uncu madde hükmüne atıf yapmıştır. Ayrıca, TMK.m.426/1, b.2 hükmünde, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, vesayet makamının ilgisinin isteği üzerine veya resen temsil kayyımı atayabileceği düzenlemiştir.

Bu bilgiler ışığında, ayırt etme gücüne sahip çocuğun klinik araştırmaya katılması bakımından çocuğun fikrini almak ve değerlendirilmek kaydıyla son söz veli ve vasidedir. Ancak, ilk ihtimale istinaden, yani çocuğun klinik araştırmaya katılmak istemesi ancak yasal temsilcinin buna haksız olarak olur vermemesi durumunda, ayırt etme gücüne sahip çocuğun özgür iradesine değer vererek, bu hususta mahkemenin müdahalesi istenebilmelidir. Bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı için TMK.m.128 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle hâkimin müdahalesinin mümkün olduğu ileri sürülebilir. TMK.m.128 hükmüne göre, “Hâkim, haklı sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verebilir”. Böylece, mahkeme kanalıyla, yasal temsilcinin çocuğun yararına olacak bir klinik araştırmaya katılımını haksız şekilde

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 368; ÖZTAN, s. 1133; AKYÜZ, s. 65; SEROZAN, s. 273.

engellemesi önlenebilir. Öte yandan, TMK.m.426 gereğince vesayet makamının müdahalesi istenerek klinik araştırma konusunda çocuğun temsilinin bir kayyımına verilmesi düşünülebilir. Ancak, çok özel durumlar dışında klinik araştırmaya katılma hususunda küçük için temsil kayyımı atanmasına pek ihtiyaç duyulmayacaktır.

Çocuk bu durumda, yerleşim yeri aile mahkemesine müracaat ederek, haklı bir sebep olmaksızın klinik araştırmaya katılımının engellendiğini belirtir, araştırmanın kendisi için önemini açıklar. Mahkeme yapacağı değerlendirmeden sonra uygun görürse katılıma izin verebilir. İzin talebi, vasisinin muhalefetine ilişkin ise görevli mahkeme, vesayet makamı yani sulh hukuk mahkemesi olacaktır (TMK.m.461; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/1, b.1).

İkinci ihtimalde, yani çocuğun klinik araştırmaya katılım konusunda isteği yoksa yasal temsilcinin çocuğun rızası olmamasına rağmen onu böyle bir araştırmada yer almaya zorlaması mümkün değildir. Bunun tek istisnası klinik araştırmanın tedavi de içeriyor olması ve bunda çocuğun mutlak yararının bulunmasıdır. Örneğin, tedavisi olmayan bir hastalığı olan çocuğun bu konuda geliştirilmekte olan ve umut vaat eden tedavi amaçlı bir klinik araştırmaya katılması konusunda yasal temsilcinin onu zorlaması mümkün olabilir. Ancak, bunun bir tercihten ziyade çocuğun hayatta kalması için son çare olması gerekir. Artık, burada yasal temsilcinin tercihi gerçek bir vekâletsiz iş görmedir ve bu bir hukuka uygunluk halidir⁸⁰. Örneğin, bilinci kapanan ve hayatı tehlikeye giren, aslında bilinci açıkken rıza göstermemiş bir çocuğun, hayatını kurtarmak için tedavi amacı taşıyan klinik araştırmaya yasal temsilcinin oluru ile dahil olması hukuken mümkün olabilir. Belirtmek gerekir ki, bu bir tercihten ziyade mecburiyet olmalıdır. Zira, hukuk sistemimizde yaşama hakkı, kişilik hakkının en önemli parçası olup bu hakkın kişinin kendi tercihlerine rağmen korunması esastır. Hukuk düzeni kişiyi ve kişiliği, kişinin kendisine karşı dahi korumaktadır⁸¹.

⁸⁰ Bu durumun, klinik araştırmayı yapan sorumlu hekimin kendi tercihi olması dahi sonucu değiştirmez. Bahsedilen şartlar altında, hekimin bu eylemi de vekâletsiz iş görme olarak bir hukuka uygunluk hâli olabilir. Bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 681; KILIÇOĞLU, s. 384; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 359-360; ANTALYA, V/1, 2, s. 119.

⁸¹ HAKERİ, s. 187-188; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 6; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 13; SEROZAN, s. 65; HELVACI, s. 28; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 213; AK-YÜZ, s. 133; AYAN/ AYAN, s. 31.

Öte yandan, çocuğa, katılması önerilen klinik araştırma, mevcut tedavi yönteminden daha fazla konfor, daha az yan etki ve daha hızlı iyileşme imkânı vaat ediyor olsa bile ayırt etme gücüne sahip çocuğun rızasının aksine bu klinik araştırmaya yasal temsilcisinin zorlaması ile veya mahkeme kararı ile dahil edilmesi kabul edilemez.

E. OLURUN ZAMANI

Usulüne uygun bir olurun söz konusu olabilmesi için olurun, aydınlatmadan ve klinik araştırma önerisinden sonra ancak klinik araştırma başlamadan önce alınması gerekir. Yönetmelik, aydınlatmanın zamanını, aydınlatmaya ilişkin hükümde, *araştırmaya başlanılmadan önce* şeklinde belirtmiştir (madde 5/1, 1). Olurla ilgili olarak Yönetmelik'te genel hüküm olarak düzenlenen 5 inci maddenin (i) bendinde ise, gönüllünün tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızasının alınacağını ve bu durumun bilgilendirmeye yönelik beşinci maddenin (1) bendinde yer alan hususları kapsayan bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile belgeleneceğini düzenlemiştir. Çocuklar üzerinde yapılacak klinik araştırmalara ilişkin olarak ise 6 ncı maddenin (b) bendinde, çocuğun rızasını açıklama yetisine sahip olması durumunda kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesalet altında ise vasisinin, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olarak olurunun alınacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, iki hükümde de olurun bilgilendirmeden sonra verileceği açıkça düzenleme altına alınmıştır.

Ancak, çocuğun ayırt etme gücü varsa klinik araştırmaya katılacak çocuğa ve yasal temsilcisine, ayırt etme gücü yoksa yalnızca yasal temsilcisine, yapılan aydınlatmayı anlayacak ve bu aydınlatma sonucunda iradesinin özgürce oluşması ve açıklanması için uygun bir süre tanımak gerekecektir⁸². Uygulamada, genellikle gönüllülere aydınlatma yapılmadan sadece bilgilendirilmiş gönüllü olur formlarının imzalatıldığı, ayrıca gönüllü ve yasal temsilcilerine yeterince düşünme imkânı verilmeden olur talep edildiğine rastlanmaktadır. Bu sebeple, klinik araştırma başlamadan hemen önce alınan olur gibi katılımcıya yeterince düşünme imkânı verilmeden alınan olur da hukuken geçerli değildir⁸³. Uygun süre ifadesi ile anlatılmak istenen, her klinik araştırma özelinde farklı olabileceği

⁸² FISCHER, s. 12; OZANOĞLU, s. 73; AYAN, s. 83; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366; AYDIN, s. 58-59; İNCE, s. 540; ORAL, s. 194; DERYAL, s. 138.

⁸³ HAKERİ, s. 157, 176; ÖZGÜL, s. 211; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 366; KAYA, s. 64; DERYAL, s. 138.

belirtilmek kaydıyla katılımcısının özgür iradesi ile araştırmaya katılmaya karar verebileceği kadar bir zaman dilimidir. Örneğin, daha uzun düşünme ve değerlendirmeyi gerektiren istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla araştırma hakkında yeterince ve usulünce aydınlatılmış olan çocuk ve yasal temsilcisine düşünceleri için bir hafta süre tanınması uygun süre kavramını karşılar.

F. OLURUN ŞEKLİ

Olurun şekli hususunda, Yönetmelik'te, yazılı olur alınmasından bahsedilmektedir (Yönetmelik m. 5/ 1, i ve 6/ 1, b). Yine, HHY. m. 34/ 2 hükmünde, yalnızca yazılı rızadan bahsedilmektedir. Yönetmelik'e göre, klinik araştırma konusunda, gönüllünün sözlü aydınlatılması yeterli ise de gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun tanımından da anlaşılacağı üzere olurun yazılı alınması şarttır. Buradaki yazılı şeklin, nitelikli (vasıflı) yazılı şekil olduğu söylenebilir⁸⁴. Zira, Yönetmelik'te belirtilen klinik araştırmaya ilişkin bazı hususların⁸⁵ *bilgilendirilmiş gönüllü olur formunda* yer alması ve olurun bu formda yer alacak şekilde yazılı olması zorunludur.

Bilgilendirilmiş gönüllü olur formu, klinik araştırmaya ilişkin aydınlatmayı içerdiği gibi bu aydınlatmadan başka ayırt etme gücü varsa gönüllü çocuğun ve yasal temsilcisinin de olurunun içeren yazılı bir belgedir. Hukuken bir sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade açıklamalarından kabul, kanunla getirilen istisnalar saklı kalmak üzere herhangi bir şekle tâbi değildir⁸⁶. Ancak, klinik araştırmalarla ilgili emredici nitelik

⁸⁴ Zira, nitelikli yazılı şekil de bir kanunî şekil türü olup burada şeklin, sözleşmenin adi yazılı şekle oranla ya tamamı ya da imza ile birlikte bazı hususlarını içermesi gerekir. Yani, nitelikli yazılı şekilde metin ve/ veya imza ile ilgili bazı ek hususların yer alması aranır. El yazılı vasiyetname ve kefalette durum böyledir. Bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 319; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 144-145; KILIÇOĞLU, s. 158; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 156; ANTALYA, V/1, 1, s. 550; ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 77.

⁸⁵ Bu hususlar, araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar ile katılımcının araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğuna ilişkin bilgilendirmedir (Yönetmelik m.5/1, ı).

⁸⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 292; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 68; FURRER/ CHEN-MULLER/ÇETİNER, s. 148; ANTALYA, V/1, 1, s. 333.

taşıyan yasal düzenlemeler gereği⁸⁷ aranan şekil şartı sebebi ile klinik araştırmaya katılım yönündeki iradeyi ifade eden olur, yazılı olarak açıklanmaktadır. Şüphesiz bu şekil şartı bir geçerlilik şeklidir⁸⁸.

Buradaki yazılı şekil de metin ve imzadan oluşur. Klinik araştırmalar özelinde metin, klinik araştırmanın şartlarını içeren bilgilendirme ile çocuğun klinik araştırmaya özgür iradesi ile katılım rızasını içeren bir ifadeden oluşur. İmza ise kural olarak borç altına girenlerin el yazısı ile ad ve soyadlarını yazmalarıdır (TMK.m.15)⁸⁹. Klinik araştırma sözleşmesi hem araştırma ekibine hem de gönüllü çocuğa haklar ve borçlar yüklediğine göre her iki tarafın da metni imzalaması gerekir. Çocuk ayırt etme gücüne sahipse bu belgeyi yasal temsilcisi ile çocuğun ayrı ayrı imzalaması; çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, yalnızca yasal temsilcisinin imzalaması yeterlidir. Mahkemeden izin alınmasını gerektiren bir durum varsa ayrıca bu izin belgesinin de ileride karşılaşılabilecek muhtemel ispat sorunlarına karşı bu yazılı belgeye eklenmesi isabetli olur.

Taraf sayısı kadar hazırlanan bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun taraflarca imzalanmasından sonra bir nüshasının gönüllüye verilmesi, bir nüshasının da araştırma ekibinden kalması uygun olur.

G.OLURUN İSPATI

Klinik araştırmanın hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırı oluşturmaması için gönüllü çocuktan ve yasal temsilcisinden olur alınması şarttır. Bu hususta bir uyuşmazlık çıkarsa, yani gönüllü tarafça usulüne uygun rıza alınmadığı iddia edilirse, araştırmacının sorumlu olması için çocuğun hukuka uygun olarak araştırmaya katıldığını ispat etmesi gerekecektir. Bir diğer ifade ile bu konuda ispat yükünün araştırmacıda olduğu belirtilmelidir.

Esasen, Türk Hukukunda ispat yükü bakımından kural, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını

⁸⁷ Yönetmelik'in m. 5/1, i ve 6/1, b hükümler dışında, Hasta Hakları Yönetmeliği de *tıbbî araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir* ifadesi ile bu şekil şartını tekrarlamıştır.

⁸⁸ Geçerlilik şekli, TBK.m.12/2'de öngörülmüştür. Hükme göre, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz. Yani, kanunun öngördüğü şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler kesin hükümsüzlük sebebi ile hukukî sonuç doğurmayacaktır. Bkz., EREN, Genel Hükümler, s. 303; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 159; KILIÇOĞLU, s. 151; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 149; ANTALYA, V/1, 1, s. 529.

⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 309; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 151-152; FURRER/ CHEN-MULLER/ ÇETİNER, s. 152; ANTALYA, V/1, 1, s. 535-536; KILIÇOĞLU, s. 181-182.

dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olmasıdır (TMK.m.6). Bu kuralı destekleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre de ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir (HMK.m.190/1). Bu kural klinik araştırmalar bakımından uygulanırsa, usulüne uygun olur alınmadığını iddia edenin bunu ispatlaması gerekecektir. Ancak, TBK.m.112 hükmüne göre, *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”*. Bu hüküm kapsamında klinik araştırma sözleşmesinde olur alma yükümlülüğü borçlu araştırmacılara aittir. Borçlu araştırmacı, gönüllüyü bilgilendirmeli ve bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile bu durumu yazılı belgeye bağlamalıdır. Yani araştırmacı, çocuğa karşı bu borcu yerine getirdiğini veya bu borcun yerine getirilmesi bakımından herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmek zorundadır⁹⁰. Görüldüğü gibi, klinik araştırma özelinde araştırmacı, bu borcun yerine getirilmesinde kusurunun olmadığını ispat etmedikçe sorumlu olacaktır⁹¹. Zira, bu, taraflar arasındaki sözleşme gereğince bir borcun gereği gibi ifa edilip edilmediğine dair bir uyumsuzluktur.

Bu husus dışındaki diğer uyumsuzluk konularında, örneğin başkaca hukuka aykırılık hâllerinin varlığı, varsa zararın miktarı, illiyet bağının varlığı, hukuka uygunluk hâllerinin varlığı gibi konularında genel ispat kuralı gereğince ispat yükü bunları iddia edenin yani davacı çocuğun üzerindedir⁹².

⁹⁰ FISCHER, s. 15; HAKERİ, s. 452; KARA KILIÇARSLAN, s. 301; AYAN, s.86; OZANOĞLU, s. 73-74; ÖZGÜL, s. 232; EROL, s. 80; ÖZGÜR, s. 198; KAYA, s. 66; DER-YAL, s. 141.

⁹¹ Minnesota (ABD) Yüksek Mahkemesi, yalnızca sağ kulak için müdahale oluru veren hastanın, operasyon sırasında sol kulağa da müdahale edilmesi üzerine açtığı rıza dışı müdahale davasını, hastanın bedensel bütünlüğüne saldırı olduğu sonucuna vararak kabul etmiştir. Bkz., Minnesota Supreme Court, Nos. 14, 312, 14, 360-(94,95), Mohr v. Williams, 95 Minn. 261 (23 June 1905), <https://cite.case.law/minn/95/261/>, E.T. 01.10.2022. Ayrıca bkz., ORAL, s. 185-209; KULULAR İBRAHİM, s. 316-317; KAYA, s. 61. Aynı yönde bkz., Court of Appeals of Maryland, No. 11 281 Md. 432, Sard v. Hardy, 281 Md. 432 (1977) Nov. 9, 1977, <https://cite.case.law/md/281/432/>, E.T. 01.10.2022. Ayrıca bkz., HAKERİ, s. 221-222.

⁹² OZANOĞLU, s. 74; ÖZGÜR, s. 200; ÖZDEMİR, Aydınlatma, s. 371; KAYA, s. 66.

H. USULÜNE UYGUN OLURUN HÜKMÜ

Hekimin hastaya yönelik tıbbî müdahalelerinde kural olarak, hastadan alınacak rıza bir hukuka uygunluk sebebidir (TMK.m.24/2; TBK.m.63/2)⁹³. Genel olarak tıbbî müdahalelerde durum böyle olsa da klinik araştırma özelinde, Yönetmelik, *Sorumluluk* başlıklı 23 üncü maddesi ile farklı yönde bir düzenleme getirmiştir. Hükümde, araştırmanın her türlü hukukî ve mâli sorumluluğunun destekleyici, sözleşmeli araştırma kuruluşu⁹⁴ ve araştırma ekibinde olduğu ifade edilmiştir (Yönetmelik m.23/1, c.1). Aynı hükmün 3 üncü fıkrasında ise, “*Araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olması, gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmaz*” ifadelerine yer vermiştir. Yönetmelik’teki bu açık hüküm gereğince, TMK.m.24/2 ve TBK.m.63/2 hükümlerine rağmen zarar görenin rızası, klinik araştırmalarda hukuka aykırılığı kaldıran bir hâl olarak nitelendirilemeyecektir. Bu bağlamda, klinik araştırmalarda, bu arada çocuk üzerinde yapılan klinik araştırmalarda da her türlü hukukî ve mâli sorumluluk bakımından destekleyici, sözleşmeli araştırma kuruluşu ve araştırma ekibinin müteselsil sorumlu olduğu ifade edilmelidir (TBK.m.61)⁹⁵.

Yönetmelik bu hususta, 5 inci maddesinin ilk fıkrasının (1) bendi ile bazı klinik araştırmalar için sigorta zorunluluğu getirmektedir. Hükme göre, “Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, 10 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen Faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur”. Bu durumda, bir klinik araştırma için madde kapsamında zorunlu ya da tedbiren ihtiyari sigorta yapılmışsa, sigorta şirketinin de diğer müteselsil sorumlular gibi poliçedeki sorumluluk limitine kadar sorumlular arasına dahil olacağı belirtilmelidir.

⁹³ EREN, Genel Hükümler, s. 629; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 155; ŞENOCAK, s. 68; AYAN, s. 71, 72; ÖZGÜR, s. 191; OZANOĞLU, s. 61; ÖZDEMİR, Sorumluluk, s. 55; DERYAL, s. 137; KAYA, s. 53; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015, s. 29.

⁹⁴ Sözleşmeli araştırma şirketleri hakkında bkz., AZAP, Alpay, “Klinik Araştırmalar ve Sözleşmeli Araştırma Şirketleri”, Toplum ve Hekim, C. 25, S. 5, s. 387-390.

⁹⁵ Aynı yönde bkz., ÖZGÜR, s. 199.

Usulüne uygun olarak yapılan aydınlatma sonucunda alınmış olur bir hukuka uygunluk hâli değilse de bir tazminatta indirim sebebidir⁹⁶. Uyuşmazlığa bakan hâkimin diğer şartlar da varsa bu indirim sebebini dikkate alarak takdir hakkı çerçevesinde hakkaniyet uygun bir tazminata hükmetmesi gerekir. Gerçekten, TBK.m.52/1 hükmüne göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Şüphesiz, olunun hiç alınmamış veya usulüne aykırı olarak alınmış olması ek kusur olarak tazminatın artmasına sebep olacaktır⁹⁷.

SONUÇ

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, bu çalışmadaki tespitler ve ileri sürülen görüşler, 1993'ten beri ülkemizde yürürlükte olan ulusal nitelikteki İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik gereğince ilaç ve biyolojik ürünlere ilişkin klinik araştırmaların çocuklar üzerinde yapılmasında çocuktan olur alınması ve bu konuda yaşanan sorununa ilişkindir. Ancak, yukarıdaki tespit ve önerilerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde tıbbî cihaz klinik araştırmaları ile ilaç ve biyolojik ürün dışı klinik araştırmalara katılan çocuklardan olur alınması için de geçerli olduğu ifade edilmelidir.

İnsanlık tarihinde yaşanan insanlık dışı deney ve uygulamalardan sonra geliştirilen Nuremberg ilkeleri, klinik araştırmalardan önce gönüllülerden alınacak aydınlatılmış oluru evrensel bir hukuk kuralı hâline getirilmiştir. Bu olur, günümüzde hasta ve sağlıklı gönüllü haklarının vazgeçilmez bir unsuru olarak yasal düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Çocukların klinik araştırmaya katılmaları bakımından bu tür araştırmalarda gönüllü olan yetişkinlerden çok daha fazla korunmaya muhtaç oldukları tartışmasızdır. Zira, çocukların yetişkinlere göre kendilerini korumaları, kendi tıbbî kaderlerini kendilerinin belirlemeleri bakımından hem fikren hem bedenen yeterli olmadıkları bilinen bir gerçektir. Hukuken çocuk, rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, usulüne uygun şekilde bilgilendirildikten sonra yazılı olarak olur alınmalıdır. Klinik araştırmaya katılmak için olur vermenin ön şartı ise aydınlatmadır. Aydınlatma, klinik araştırmaya katılım için gönüllü olmak isteyen çocuk veya

⁹⁶ ÖZGÜL, s. 170; EROL, s. 70; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 46.

⁹⁷ PETEK, s. 83; KARA KILIÇARSLAN, s. 301.

yasal temsilcisinin, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmacının amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmacının yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya araştırmacı tarafından görevlendirilmiş araştırma ekibinden hekim ya da dış hekim olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilmesidir. Klinik araştırmayı yapan sorumlu araştırmacı hekim, klinik araştırmaya ilişkin bilgilendirmeyi katılımcı çocuğun ve/veya yasal temsilcinin sosyo-kültürel seviyesine uygun olarak basit ve anlaşılır bir şekilde gerçekleştirmelidir. Aydınlatmanın kapsamı ve içeriği, en azından yukarıda belirtilen şekilde olmalıdır. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün içerik ve kapsamı, bu çalışmada değinilen kapsamdan az olmamak üzere her somut olaydaki klinik araştırma türüne özel durum ve koşullara göre belirlenmelidir.

Esasında, çocuklar üzerinde klinik araştırma yapabilmek için taraflar arasında kurulan bir sözleşme ilişkisine ihtiyaç vardır. Bu bağlamda, bu sözleşme, özel hukuk temelli bir hukukî işlemdir. Taraflar arasında sözleşmenin kurulması, bir diğer ifade ile çocuğun klinik araştırmaya katılması, ayırt etme gücü varsa çocuktan ve yasal temsilcisinden alınacak aydınlatılmış olur ile mümkün olabilir. Aksi halde, kişilik hakkına saldırı ve hukuka aykırı bir eylem söz konusudur. Araştırmacıların bundan dolayı diğer hukuk dallarına göre sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla hukukî sorumlulukları gündeme gelir. Bu hukuka aykırı eylemin yasal dayanağının, hem tedavi amacı ile yapılan klinik araştırmalarda hem de bu amaçla yapılmayan klinik araştırmalarda sözleşmeye aykırılık (TBK.m.112, 505 vd.) olduğu ifade edilmelidir.

Taraflar arasında kurulan bu klinik araştırmaya katılma sözleşmesi, vekâlet ya da bir başka isimli sözleşme olsa bile klinik araştırma sözleşmeleri hakkında özel düzenleme bulunmayan hâllerde, borçlar kanununun vekâlete ilişkin hükümleri (TBK.m.502-514) uygulanabilir. Eğer vekâlete ilişkin hükümlerde de düzenleme yoksa o zaman Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin genel hükümleri (TBK.m.1-206) uygulama alanı bulacaktır. Ancak, emredici diğer mevzuat hükümleri, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin hükümlerini bertaraf edebilir. Bu hususta, ilgili hükümlerde, gönüllüler üzerinde klinik araştırmacının yapılabilmesi için gönüllünün usulüne uygun aydınlatılmasından sonra

olurunu alınması gerektiği için sözleşmelerde geçerli önerinin her iki tarafça da ileri sürülebileceğine ilişkin ilke burada uygulanabilir değildir. Olurun, yani klinik araştırmaya katılım konusundaki kabulün klinik araştırmaya ilişkin aydınlatılmayı içeren öneriden sonra ve bunlarla tam uyumlu olarak açıklanmış olması geçerlilik şartıdır. Bu davet üzerine usulüne uygun aydınlatılmayı içeren öneriyi araştırma ekibi muhatap çocuğa sununca, buna uygun olur ile yani çocuğun kabulü ile sözleşme kurulacaktır.

Aynı şekilde, gönüllü çocuk her zaman araştırmadan çekilebileceği için geleneksel sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ile taraflara yüklenmiş olan ahde vefa ve gereği gibi ifa etmeme sorumluluğu gönüllü için geçerli olmayacaktır.

Çocuğun klinik araştırmaya katılımı için gerekli ehliyet bakımından ayırt etme gücünün varlığı, bedenen ve aklen belirli bir olgunluğa erişmeye bağlı olduğuna göre bu durum, her somut olayda diğerlerinden bağımsız olarak yeniden değerlendirmelidir. Bu bakımdan, referans tıp biliminin esaslarıdır. Bu sebeple, gönüllü çocuğun ayırt etme gücünün varlığını, araştırma ekibinden bir çocuk psikiyatrinin en azından çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının değerlendirmesi isabetli olur. O halde, çocuklar üzerinde yapılacak klinik araştırmalarda, araştırma ekibinde bir çocuk psikiyatrinin veya çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması gerekir.

Ayırt etme gücü olsun olmasın çocuk üzerinde, yasal temsilcinin isteği ile salt bilimsel amaçlı klinik araştırma yapılması mümkün değildir. Çocuk üzerinde tedavi amaçlı bir klinik araştırmanın yapılması, çocuğun doğrudan yararının olması şartıyla mümkündür.

Yasal temsilcinin ve ayırt etme gücü olan çocuğun oluru, TMK.m.15 ve 23 ile TBK.m.26 ve 27 hükümlerine uygun olarak açıklanmalıdır. Bir diğer ifade ile olura ilişkin irade açıklaması, hukukî işlem ehliyetine sahip ilgililer tarafından hukuka, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olarak beyan edilmelidir. Ayrıca, olur verilen klinik araştırmanın konusu imkânsız olmamalıdır. Kişiliğin ve kamu düzeninin korunması ilkeleri çerçevesinde olur yönündeki irade açıklamasının bu açılardan hukuka uygunluğu uyuşmazlık hâlinde mahkemece resen gözetilecektir.

Çocuğun klinik araştırmaya katılmasında velayet anne ve babada birlikte bulunuyor ise her ikisinin de oluru, yalnızca birinde bulunuyorsa onun oluru aranır. Anne babanın anlaşamaması ya da birinin velayeti

hukuka aykırı kullanması durumunda, anne ve baba birlikte veya onlardan biri diğersinin yerleşim yeri aile mahkemesinden hâkimin müdahalesini veya duruma göre velayetin kaldırılmasını istemek suretiyle bu anlaşmazlık konusunda mahkemenin müdahalesini talep edebilir.

TMK.m.362/1, b.13, hükmü geniş yorumlanarak vesayet altındaki çocuğun klinik araştırmaya katılması bakımından vasi oluruna ek olarak sulh hukuk mahkemesinden izin alınması da küçüğün korunması ilkesine hizmet edecektir.

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun klinik araştırmaya katılım konusunda istekli olmadığı durumlarda yasal temsilcinin çocuğun rızası olmasına rağmen onu böyle bir araştırmada yer almaya zorlaması hukuken mümkün değildir. Bunun tek istisnası klinik araştırmanın tedavi de içeriyor olması ve bunda çocuğun mutlak yararının bulunmasıdır. Ancak, bunun bir tercihten ziyaden çocuğun sağlığı ve esenliği bakımından bir gereklilik olması gerekir. Artık, burada yasal temsilcinin ya da araştırmacı hekimin bu gereklilik yönündeki tercihi gerçek bir vekâletsiz iş görme kabul edilir ve bu bir hukuka uygunluk hâlidir.

Usulüne uygun bir olurun söz konusu olabilmesi için olurun, aydınlatmadan ve klinik araştırma önerisinden sonra ancak klinik araştırma başlamadan önce alınması gerekir. Öte yandan, çocuğun ayırt etme gücü varsa klinik araştırmaya katılacak çocuğa ve yasal temsilcisine, ayırt etme gücü yoksa yalnızca yasal temsilcisine, yapılan aydınlatmayı anlayacak ve bu aydınlatma sonucunda iradesinin özgürce oluşması ve açıklanması için uygun bir süre vermek gerekecektir.

Bilgilendirilmiş gönüllü olur formu, klinik araştırmaya ilişkin aydınlatmayı içerdiği gibi bu aydınlatmadan başka ayırt etme gücü varsa gönüllü çocuğun ve yasal temsilcisinin de olurunu içeren yazılı bir belgedir. Türk Borçlar Kanunu'nda benimsenen kuralın aksine, klinik araştırmalarla ilgili emredici nitelik taşıyan yasal düzenlemeler gereği olur konusunda aranan şekil şartı olurun yazılı olarak açıklanması yönündedir. Şüphesiz, bu kanunî şekil bir geçerlilik şeklidir. Klinik araştırma sözleşmesinde olur alma borcu, araştırmacılara aittir. Bu kapsamda, borçlu araştırmacı, gönüllüyü bilgilendirmeli ve bilgilendirilmiş gönüllü olur formu ile bu iradeyi yazılı belgeye bağlamalıdır. Yani araştırmacı, uyuşmazlık hâlinde, çocuğa karşı bu borcu yerine getirdiğini ya da bu borcun yerine getirilmesi bakımından herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmek zorundadır. Gönüllü çocuk, usulüne uygun rıza alınmadığını iddia

edilirse, araştırmacının sorumlu olmaması için çocuğun hukuka uygun olarak araştırmaya katıldığını ispat etmesi gerekecektir.

Yönetmelik m.23/3 hükmüne göre, araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olması, gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmaz. Yönetmelik'teki bu açık hüküm gereğince, TMK.m.24/2 ve TBK.m.63/2 hükümlerine rağmen zarar görenin rızası, klinik araştırmalarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hâl olarak nitelendirilemez. Usulüne uygun olarak yapılan aydınlatma sonucunda alınmış olur bir hukuka uygunluk hâli değilse de ortaya çıkan tazminatta indirim sebebi olarak nazara alınabilir.

Klinik araştırmayı gerçekleştirecek olan araştırma ekibinin hekimler, teknisyenler gibi sağlık personeli ya da profesyonellerinden oluşması, ancak çok ağır hukukî sonuçları olabilen gönüllülerin aydınlatması, gönüllülerden olur alınması, kişisel verilerin alınması ve işlenmesi gibi hukukî konularda yeterli hukukî bilgiye sahip olan hukukçuların araştırma ekibinde bulundurulmaması hukuka aykırılık sorunlarının ortaya çıkmasından en büyük etkidir. Bu sebeple, klinik araştırma ekiplerinde klinik araştırma konusunda uzman bir hukukçunun yer alması, ayrıca klinik araştırmada yer alan araştırma ekibinin tamamına araştırmadan önce bu konuda uzmanlık eğitimi verilmesi önerilebilir. Bu eğitimin etkili olması ve gönüllü haklarının korunması için, verilecek eğitimi sertifikaya bağlamak, bu hususta sertifikaya sahip olmayı klinik araştırma yapmak için ön şart olarak aramak da diğer bir öneridir.

KAYNAKLAR

- AKAN, Hamdi:** “Klinik Araştırmalar Yönetmeliği-2008”, Türkiye Biyotik Derneği, e-Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, 2009, s. 12-13.
- AKAN, Hamdi:** “Bilimsel Araştırmalarda Planlama ve Tasarım”, Antibiyotik ve Kemoterapi Dergisi, C. 28, S. Ek 2, 2014, s. 101-104.
- AKAN, Hamdi:** Klinik Araştırma Protokolünün İçeriği, <https://tucin.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2014/12/KlinikArastirmaProtokolu.pdf> (Erişim tarihi: 07.10.2022).
- AKYÜZ, Emine:** Çocuk Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- ALTAŞ, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998.
- ANTALYA, Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, İstanbul, 2019 (V/1, 1).
- ANTALYA, Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, İstanbul, 2019 (V/1, 2).
- ATICI, Elif:** “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Üzerine”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 3, 2009, s. 147-152.
- AYAN, Mehmet/ AYAN, Nursen,** Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Konya 2020.
- AYAN, Mehmet:** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 1991.
- AYDIN, Erdem:** “Klinik İlaç Denemelerinde Aydınlatılmış Onam”, Journal of Pharmaceutical Sciences, V. 27, N. 1, 2002, s. 55-61.
- AZAP, Alpay:** “Klinik Araştırmalar ve Sözleşmeli Araştırma Şirketleri”, Toplum ve Hekim, C. 25, S. 5, s. 387-390.
- BILLICK S. B./ EDWARDS, J. L./ BURGERT, W. 3rd/ SERLEN J. R./ BRUNI, S. M., A.:** “Clinical Study of Competency in Child Psychiatric Inpatients, Journal of American Academy of Psychiatry Law”, V. 26, N, 4, 1998, s. 587-594.
- BİNGÖL, Nurhan:** Farmakoloji ile İlgili Temel Kavramlar, <https://acikders.ankara.edu.tr/course/index.php?categoryid=93> (Erişim Tarihi: 14.09.2022).

- BÜKEN**, Nükhet: “Klinik Araştırmaların Katılımcısı Olarak Çocuklar”, *Journal of Pediatric Infection*, C. 11, S. 2, 2017, s. 87-93.
- CEYLAN**, Ebru: Türk Medeni Kanunu’nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 349-375.
- ÇOBAN**, Aykut: “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 86, 2009, s. 204-248.
- DEMİR**, Remzi: Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, 2019, s. 271-303.
- DERYAL**, Yahya: “Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2006, s. 101-148.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku*, C. III, 16. Baskı, Aile Hukuku, İstanbul 2022.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan: *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 23. Baskı, İstanbul 2022.
- ELÇİN GRASSINGER**, Gülçin: *Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler*, İstanbul, 2009.
- ERBAYRAKTAR**, Buket/ **ERGÜN**, Kübranur/ **ERDEM**, Sabri/ **KESKİNOĞLU**, Tunçok/ **PEMBE** Yeşim: “Araştırmacıların Klinik Araştırma Gerçekleştirirken Karşılaştıkları Sorunlar ve İhtiyaçlar: Pilot Bir Anket Çalışması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 2, 2018, s. 111-122.
- ERDOĞAN**, İhsan/ **KESKİN**, Dilşad: *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019.
- EREN**, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara, 2019 (Genel Hükümler).
- EREN**, Fikret: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, 2019.

- ERGÜN**, Yusuf: “Klinik Araştırmalar Mevzuatı: Kısa Bir Güncelleme”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2020, s. 101-109 (Güncelleme).
- ERGÜN**, Yusuf: “Klinik Araştırmalar: Türkiye’deki Güncel Mevzuatın Bir Özeti”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2017, s. 50-72 (Özet).
- ERGÜN**, Yusuf: “Klinik Araştırmalar: Türkiye’deki Mevzuatın Kronolojisi”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 26, S. 3, 2017, s. 378-426 (Kronoloji).
- ERKAN**, Vehbi Umut/ **YÜCER**, İpek, Ayırt Etme Gücü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 485-522.
- EROL**, Ayşe: “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2021, 33-109.
- ERSOY**, Nermin: “Araştırma Etiği”, Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 2-8.
- ERTİN**, Hakan/ **TEMEL**, M. Kemal: “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik-Yasal Metinler”, Anadolu Kliniği, C. 21, S. 3, 2016, s. 223-234.
- FISCHER**, Gerfried: “Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Çeviren Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2006, s. 3-16.
- FISHER**, Jill A./ **MCMANUS**, Lisa/ **KALBAUGH**, Julianne M./ **WALKER**, Rebecca L.: Phase I Trial Compensation: “How Much Do Healthy Volunteers Actually Earn from Clinical Trial Enrollment?” Clinical Trials, V. 18, No. 4, 2021, s. 477-487.
- FURRER**, Andreas/ **CHEN-MULLER**, Markus/ **ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021.
- GHOOL**, Ravindra B.: “The Nuremberg Code—A critique”, Perspectives in Clinical Research, V. 2, Issue 2, 2011, s. 72-76.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2014 (Özel Hükümler).

- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001.
- GÜNİ**, Mukadder: "Türkiye'de Klinik Araştırma Etik Kurullarının Yapılanmaları", Lokman Hekim Dergisi, C. 10, S. 2, 2020, s. 269-279.
- HAKERİ**, Hakan: Tıp Hukuku El Kitabı, 24. Baskı, Ankara, 2021.
- HAMZAOĞLU**, Onur: "Üniversite Hastanelerinin Bilimsel Özerkliği: Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", Toplum ve Hekim, C. 25, S. 5, s. 380-386.
- HELVACI**, Serap: Gerçek Kişiler, 9. Baskı, İstanbul 2021.
- İLBARS**, Hilal: "Türkiye'de Klinik Araştırma Etik Kurullarının Yapısı ve Üye Dağılımı", Akdeniz Tıp Dergisi, S. 2, 2018, s. 95-103.
- İNCE**, Nurten: Alman Hukukunda Veteriner Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s. 515-550.
- İYİLİKLİ**, Ahmet Cahit/ **ERSÖZ**, Oğuz: Ergin Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2018, s. 169-215.
- İZGİ**, Cumhuriyet: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik' Üzerine Bir Değerlendirme" Türkiye Biyoetik Derneği, e – Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", 2009, s. 3-6.
- İZGİ**, Cumhuriyet/ **ÜLMAN**, Yeşim Işıl: "Klinik Araştırmalar Yönetmeliği'ne Bakış", Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 4, 2013, s. 161-167.
- KARA KILIÇARSLAN**, Seda: "Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3, 2011, s. 285-310.
- KARATOPRAK**, Nihal: "Çocuklarda Klinik İlaç Araştırmaları", Türk Farmakoloji Derneği, Klinik Farmakoloji Çalışma Grubu, S. 2, 2008, s. 1-5.
- KASAPÇOPUR**, Özgür: "Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği", Cerrahpaşa Tıp Dergisi, C. 38, S. 4, 2007, s. 161-165.
- KASI**, Esmir: "The Right of the Patient on Getting Information and Taking Decisions, International Congress On Health Law",

- Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Hukuk Kitapları Serisi, İstanbul, 2018, s. 25-30.
- KAYA**, Mine: "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 100, 2012, s. 45-82.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara, 2019.
- KOÇ**, Sermet: "Klinik Araştırmalar ile İlgili Yeni Yönetmelik Yeni Ciddi Sorunlar İçermektedir", Türkiye Biyoetik Derneği, e – Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", 2009, s. 9-10.
- KULULAR İBRAHİM**, Ayşegül Merve: "Rıza, Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2019, s. 306-333.
- MAMUR IŞIKÇI**, Yasemin/ **İNCE**, Doğukan: "Çocuk Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Örnek Bir Model: Norveç Çocuk Ombudsmanı", Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2018, s. 53-73.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 20. Bası, İstanbul, 2022.
- OZANOĞLU**, Hasan, Seçkin: "Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S. 3, 2003, s. 55-77.
- ORAL**, Tuğçe: "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlüğü", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2011, s. 185-209.
- ÖRNEK BÜKEN**, Nüket/ **DEMİR KÜRECİ**, Hatice: "Biyotıp Araştırmalarında Katılımcı Olarak Çocuklar ve Çocuklarda Araştırma Yapmanın Koşulları", Türkiye Klinikleri, C. 4, S. 1, 2018, s. 50-60.
- ÖZCAN**, Zeynep: "Tıbbi Standartların Hekimin Hukuksal Sorumluluğu Üzerinde Etkisi", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Hukuk Kitapları Serisi, İstanbul, 2018, s. 213-228.

- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1, 2016, s. 33-81 (Sorumluluk).
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 347-379 (Aydınlatma).
- ÖZGÜL**, Mehmet Emin: Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010.
- ÖZGÜR**, Çiçek: "İnsan Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları", Ankara Barosu Sağlık Hukuku Diğestası Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 181-202.
- ÖZTAN**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015.
- ÖZTOPRAK**, Ümit Yaşar/ **ERSOY**, Mesut/ **KARAHANCI**, Onur Naci/ **ÖRNEK BÜKEN**, Nüket: "Helsinki Bildirgesi'nin Biyoetik ve Biyopolitikalar Bağlamında İzini Sürmek", Journal of Clinical and Experimental Investigations, C. 7, S. 1, 2016 s. 110-118.
- ÖZTÜRK TÜRKMEN**, Hafize: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", Türkiye Biyoetik Derneği, e – Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", 2009, s. 6-8.
- PETEK**, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, 2009.
- PRESSEL**, David M.: "Nuremberg and Tuskegee: Lessons for Contemporary American Medicine" Journal of the National Medical Association, Vol. 95, No. 12, 2003, s. 1216-1225.
- ROSENAU**, Henning: "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çeviren Ali Kemal YILDIZ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2006, s. 49-58.
- SARI**, İrem/ **AŞIRDİZER**, Mahmut: "Tıbbi Uygulamalar ve Bilimsel Çalışmalarda 'Çocuklarda Onam' Kavramı", Adli Tıp Dergisi, C. 28, S. 1, 2013, s. 62-72.
- SEROZAN**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2017.
- SOMER**, Pervin/ **VATANOĞLU**, E. Elif: "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar", Marmara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 381-396.

SÜZER, Öner: “1993 Yılında Yürürlüğe Giren İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelikten, 23 Aralık 2008’de Resmî Gazete’de Yayınlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik’e”, Türkiye Biyoetik Derneği, e – Bülten, Sayı 17, Özel Sayı: “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik”, 2009, s. 10-11.

ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80.

ŞİRİN, Memduh Cemil: Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesine Bakış, Çocuk ve Medeniyet, S. 2, 2019, s. 219-240.

TÖRENLİ ÇAKIROĞLU, Maral: “Acil Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Legal Hukuk Kitapları Serisi, İstanbul, 2018, s. 115-134.

TURAN GÜRHOPIR, Fatma Dilek / **İŞLER DALGIÇ**, Ayşegül: “Zihinsel Yetersiz Çocuğu Olan Ebeveynlerde Aile Yüğü”, Psikiyatri Hemşireliği Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 9–16.

ULUOĞLU, Canan/ **AKARSU**, Nurten/ **PERÇİN**, Ferda: “Genetik Araştırmaların Etik Yönü ve Bir Örnek Üzerinden Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu” Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 3, 2007, s. 207-214.

ÜYE, Müslüme: “Hasta Haklarının Dayandığı Temel İlkeler ve Normlar”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Diğestası Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 134-140.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61.

YÜCEL, Özge: Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2013, s. 117-137.

YÜKSEL, Hilal: Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2018.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul, 2021.

ZORLU, Süleyman Emre: Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara, 2017.



EŞYA ÜZERİNDE KURULAN İNTİFA HAKKININ KONUSUNDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERE DAYALI SONUÇLAR

Dr. Öğr. Üyesi Zehra Gizem ATEŞ*

Öz

İntifa hakkı, sahibine konusu olan eşya üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı veren, devredilmez ve mirasçılara geçmez nitelikte sınırlı ayni bir haktır. İntifa hakkı taşınır, taşınmaz eşya, hak veya malvarlığı üzerinde kurulabilir. İntifa hakkı TMK md. 794 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda eşya üzerinde kurulan intifa hakkı incelenecektir. İntifa konusu eşyada meydana gelen değişiklikler neticesinde intifa hakkında bazı değişimler oluşur. İntifa hakkı sona erebilir veya karşılık değer üzerinde devam edebilir. Eşyada meydana gelen değişiklikler neticesinde intifa hakkının durumuna ilişkin sonuçların bir kısmı TMK'nun intifa hakkının sona ermesi hakkındaki hükümlerinde düzenlenmekle birlikte bir kısmı TMK'nun diğer hükümlerinde düzenlenmiştir. İntifa hakkının durumu eşyadaki değişikliğe bağlı olarak belirlenir. Bu çalışmada eşyada meydana gelen değişiklikler nedeniyle intifa hakkında oluşan değişiklikler ve sonuçları incelenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, İstanbul, Turkey.

✉ zehragizem.ates@yeniyuzyil.edu.tr • ORCID 0000-0002-3973-8630.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ATEŞ, Zehra Gizem: "Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkının Konusunda Meydana Gelen Değişikliklere Dayalı Sonuçlar", SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 907-948.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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



Anahtar Kelimeler

Sınırlı Ayni Haklar • İntifa Hakkı • Taşınır Eşya • Taşınmaz Eşya • Malik

CONCLUSIONS BASED ON CHANGES OF PROPERTY OCCURRING IN THE RIGHT OF USUFRUCT INSTALLED ON GOODS

Abstract

The right of usufruct refers to a limited right in rem giving the right holder the power to use and benefit from the property in question and it is a non-heritable right by its origins. The right of usufruct may be exercised over both movable and immovable properties together with rights. The right of usufruct is provided in article 794 et al of the Turkish Civil Code. This article aims at discussing specifically the right of usufruct on properties. It can be argued that some changes of specific property can modify the features of the right of usufruct. By doing so, the right of usufruct may be finished or may be regulated according to the principle of "mutual value". As a result of the changes in the goods, some of the results regarding the status of the usufruct right are regulated in the provisions of the Turkish Civil Code on the termination of the usufruct right and some of them are regulated in the other provisions of the Turkish Civil Code. Such modifications must be determined in terms of the changes of the property. This article deals with the changes and the results of the right of usufruct in the modified conditions of the property.

Keywords

Restricted Real Right • Usufruct • Movable Property • Immovable Property
• Owner

GİRİŞ

Eşya hukukunun konusunu oluşturan ayni haklar¹ sağladığı yetkiler bakımından mülkiyet ve sınırlı ayni haklar olmak üzere ikili ayrımına tabi tutulur. Sınırlı ayni haklar ise kendi içinde üç gruba ayrılır: Bunlar irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin haklarıdır. İrtifak hakları hak sahibine, malikin eşya üzerindeki kullanma ve yararlanmayla ilgili haklarının bir bölümünü veya hepsini sağlayan ya da malikin mülkiyete ilişkin yetkilerinin bir bölümünü hak sahibi yararına yasaklayan sınırlı

¹ Ayni haklar sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabidir. Bu ilke gereği taraflar ancak kanunda öngörülen ayni hakları kurabilirler, karşılıklı anlaşma ile kanunda öngörülme-yen yeni bir ayni hak çeşidi yaratılamaz.

ayni haklardır (TMK md.779). Rehin hakları bir alacağı teminat altına almak için kurulur. Borç ödenmediği takdirde alacaklı rehinli malı satarak paraya çevirme yetkisine sahiptir. Bir diğer sınırlı ayni hak olan taşınmaz yükü, taşınmaz malikinin taşınmazla ilgili bir edimi borçlanması ve bunun karşılığında da taşınmazını teminat göstermesidir.

İrtifak hakları hak sahibinin belirlenmesi açısından eşyaya bağlı irtifaklar ve kişiye bağlı irtifaklar olmak üzere ikiye ayrılır: Kişiye bağlı irtifaklar el değiştiremeyen (düzenli) kişiye bağlı irtifaklar, el değiştirebilen (düzensiz) kişiye bağlı irtifaklar ve diğer (düzensiz kişiye bağlı) irtifaklar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. El değiştiremeyen kişiye bağlı irtifaklar intifa hakkı ve oturma hakkıdır. Bunlar zorunlu olarak kişiye bağlı kurulurlar, eşyaya bağlı kurulmaları mümkün değildir. Aynı zamanda intifa ve oturma hakkının başkasına devredilmesi ve mirasçılara geçmesi mümkün değildir.

İntifa hakkı, hak sahibine mülkiyette olduğu kadar geniş yetkiler vermese de, irtifak hakları içinde hak sahibine en geniş yetkileri veren sınırlı ayni haktır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere intifa hakkı, hak sahibine kural olarak hakkın konusu üzerinde tam kullanma ve yararlanma imkanı verir.

İntifa hakkı bir eşya üzerinde belirli bir kişiye kural olarak tam yararlanma hakkı veren irtifak hakkıdır. İntifa hakkı kişiyle bağlı irtifaklardandır². Dolayısıyla başkasına devredilemez ve mirasçılara

² "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 794. maddesindeki tanıma göre intifa hakkı; taşınurlar, taşınmazlar hatta haklar veya bir mal varlığı üzerinde tesisi mümkün olan ve hak sahibine konusu olan şeyden yararlanma hakkı veren bir irtifak türüdür. Bu tanımdan anlaşılacağı gibi intifa hakkı, hak sahibine mülkiyet hakkından sonra en çok kullanma imkanı sağlayan ayni bir haktır. Taşınmazlarda intifa hakkının tesisi için resmi senet ile tapuya tescil gerekmektedir olup, tesisinden sonra intifa hakkı kaydının terkin edilebilmesi yasal birtakım sebeplere dayanmalıdır. Bunlar; TMK md. 796/1'e göre tescilin terkinini, TMK md. 798'e göre kamulaştırma, TMK md. 796/1'e göre eşyanın yok olması, cebri icra, TMK md. 796'ya göre yasal intifa sebebinin ortadan kalkması, TMK md. 796/2'ye göre hak sahibinin vazgeçmesi, süre öngörülmüşse sürenin sona ermesi ve nihayet intifa hakkı sahibinin ölümü şeklinde sıralanabilir. İntifa hakkı, hak sahibi vefat ettiği takdirde başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. Niteliği gereği şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle intifa hakkının, hak sahibi murisin mirasçılara intikal edebilmesi

geçmez. Hak sahibinin kişiliğini kaybetmesine kadar intifa hakkı devam edebilir veya bu hak belirli bir süre için³ verilmiş olabilir.

İntifa hakkı taşınır veya taşınmaz eşya, haklar veya malvarlığı üzerinde kurulabilir (TMK md. 794). Çalışmamızda taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde kurulmuş olan intifa hakkı incelenecektir. İntifa hakkının devam ettiği süre zarfında eşyada birtakım değişiklikler meydana gelebilir. Binanın depremde çökmesi, kentsel dönüşüm nedeniyle yıkılması, hasarlanması, cebri icra yoluyla satılması, kamulaştırılması buna örnek gösterilebilir. Bunun gibi eşyada meydana gelen değişikliklerde intifa hakkının akıbetinin ne olacağı çalışmamızın inceleme konusunu oluşturmaktadır.

İntifa hakkı bir aynı hak olması ve hak sahibine eşya üzerinde kural olarak tam kullanma ve yararlanma hakkı sağlamasından dolayı uygulamada tercih edildiği görülmektedir. Kendi ölümünden sonra miras kalacak evi üzerinde yaşlı annesine ölümüne kadar devam edecek intifa hakkı tanıyan kişi, yaşlı annesinin miras paylaşımından etkilenme riskini ortadan kaldırmış olacaktır. Çoğunlukla benzin istasyonlarının kurulduğu taşınmaz üzerinde intifa hakkı tanındığı görülmektedir.

Çalışmamızın konusunu intifa konusu eşyada meydana gelen değişikliklere bağlı sonuçlar oluşturmakla birlikte, intifa hakkı sahibinin

mümkün değildir. (...)", Y. 7. HD, E. 2021/2711, K. 2021/2433 , <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi 21.09.2022).

³ İntifa hakkı hak sahibinin ölümüne kadar devam edebileceği gibi taraflar bu hakkı belirli bir süre için tanımlayabilirler. Tüzel kişilerde bu süre yüz yılı geçemez. Bununla birlikte Rekabet Kurumu'nun 2002/2 (RG 14.07.2002, 24815) ve 2003/3 (RG 18.09.2003, 25233) sayılı tebliğlerine göre, Rekabet Kanunu'ndan kaynaklanan rekabet etmeme yükümlülüğü uyarınca, hak sahibine tanınacak intifa hakkı 5 yılı aşamaz. Konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz. Y. 14. HD. 30.03.2012, E.2012/3083, K.2012/4685; İst. Bölge Adliye Mah. 14. HD, 09.05.2019, E. 2018/1108, K. 2019/682; Y. 19. HD. 27.01.2014, E. 2013/4077, K. 2014/1927, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi 21.09.2022).

kusurlu olarak eşyaya verdiği zararlar ve bundan doğan borca aykırılığa bağlı sonuçlar inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

I. İNTİFA HAKKI

A. GENEL OLARAK İNTİFA HAKKI

İntifa hakkı irtifak hakları içerisinde hak sahibine en geniş yetkileri veren haktır. Mülkiyet hakkına nazaran (aşağıda belirtileceği gibi istisnaları olmakla birlikte) intifa hakkı sahibinin bir tek tasarruf yetkisi eksiktir⁴. Aynı haklarda tipe bağlılık ilkesi geçerli olduğundan, taraflar anlaşma ile intifa hakkının içeriğinde ancak kanunun izin verdiği ölçüde değişiklik yapabilirler⁵. İntifa hakkı ile hak sahibine eşya üzerinde kural olarak tam kullanma ve yararlanma yetkisi verilir. Bu yetki TMK md. 794/f.2'den açıkça anlaşılmalıdır: "Aksine düzenleme olmadıkça bu hak sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar." Hükümden anlaşılacağı gibi eşyaya ilişkin münferit yararlanmaların intifa hakkının kapsamı dışında kalacağı taraflar arasında kararlaştırılabilir. Kanun buna cevaz vermiştir. Ancak intifa hakkının içeriğine eşyayı satarak paraya çevirme yetkisi dahil edilemez. İntifa konusu eşya üzerinde kullanma ve yararlanma hakları (kural olarak) tamamen hak sahibine geçer ve malikin elinde sadece çıplak mülkiyet hakkı kalır⁶. İntifa hakkı sona erdikten sonra bu yetkilerin tamamı malikin mülkiyet hakkına geri döner. Böylece malik intifa hakkı bittikten sonra tekrar mülkiyet hakkının verdiği kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerinin hepsine birden sahip olur. Buna mülkiyetin esnekliği ilkesi denir⁷. Malik intifa hakkı devam ettiği sürece intifa

⁴ SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 533.

⁵ SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. s. 37; SEROZAN, s. 63; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s.28.

⁶ KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, 1982-1983, s. 66; NOMER, Haluk/ERGÜNE, M. Serkan, Eşya Hukuku, Oniki levha Yayınları, 2022, s. 547; SİRMEN, s. 591; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 823 vd; "Malike sadece çıplak (kuru) mülkiyet kalmakta, malik tasarruf yetkisini muhafaza etmektedir", Y. 3. HD, 01.12.2003, E 2003/13930, K 2003/13810, <https://www.corpus.com.tr/>, Erişim Tarihi 22.09.2022.

⁷ NOMER, Haluk/ERGÜNE, M. Serkan, Eşya Hukuku, Oniki levha Yayınları, 2022, s. 320; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 5.

konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. İntifa hakkı sahibinin yararlanmasına engel olmamak kaydıyla intifa konusunda tasarruf edebilir.

İntifa hakkı sahibinin eşya üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini kullanabilmesi için eşyayı fiili hakimiyeti altında bulundurması gerekir. Bu nedenle intifa hakkı sahibinin, eşyanın zilyetliğini elde etme hakkı vardır (TMK md. 803/f.1). İntifa hakkı sahibi zilyet kılınınca, kendisi dolaysız fer'i zilyet, malik ise dolaylı asli zilyet konumunda olur⁸. Ayrıca intifa hakkı sahibi zilyetliğin korunmasına ilişkin bütün dava ve imkanlardan faydalanır⁹.

B. İNTİFA HAKKININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

İntifa hakkı sahibinin hakları arasında eşyanın zilyedi olma, yönetme, kullanma ve yararlanma yetkileri bulunmaktadır (TMK md.803/f.1). İntifa hakkı sahibi kural olarak tam kullanma ve yararlanma yetkisine sahiptir¹⁰.

İntifa hakkı sahibi eşya üzerinde malikin sahip olduğu şekilde tasarruf yetkisine sahip değildir. İntifa hakkı sahibi eşya üzerinde ancak intifa hakkı ile kendisine tanınan ölçüde tasarruf edebilir. Örneğin intifa hakkı sahibi eşya üzerinde yeni bir sınırlı aynı hak kuramaz. İntifa hakkı kişiye bağlı irtifak hakkı olduğundan başkasına devredilemez olsa da, hakkın kullanımının başkasına devredilmesi mümkündür¹¹. TMK md.

⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 840; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 67; SİRMEN, s.591; NOMER/ERGÜNE, s. 557.

⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 840; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 67; SİRMEN, s.591; NOMER/ERGÜNE, s. 557.

¹⁰ "Taşınmaz üzerinde davacı yararına kurulan intifa hakkı nedeniyle taşınmazdan tam yararlanma hakkı olup taşınmaz maliki davalının kilit değiştirmek suretiyle TMK md. 794. maddesine aykırı olarak davacının taşınmazdan faydalanma hakkına engel olduğu anlaşıldığından davacının elatmanın önlenmesi isteminin kabulüne karar verilmesi gerekip davalının ihtarname tebliğine rağmen taşınmazı iade etmemekle kötü niyetle taşınmazda tasarrufu nedeniyle davacının ecrimisil isteminin de hüküm altına alınması gerektiği ", Y. 14. HD, 22.03.2016 , 17563/3474, <https://app.e-uyar.com/karar/list>, (Erişim Tarihi 13.09.2022).

¹¹ İntifa hakkı sahibi hakkın konusu eşyayı kiraladığında, intifa hakkı ile elde ettiği yararlanma yetkisini mi kullandığı yoksa intifa hakkının kullanılmasını mı devrettiği tartışmalıdır, ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 297. Türk öğretisinde hakim görüşe göre bu ihtimalde hakkın kullanılması devredilmiştir, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-

806/f.1'e göre sözleşmeden aksi anlaşılmıyorsa ve intifa konusu niteliği gereği intifa hakkı sahibince şahsen kullanılması gerekmiyorsa, hakkın kullanımı devredilebilir. Bu durumda hakkın kendisi bir başkasına devredilmemekte, hak sahibi ile hakkın kullanımını devralan üçüncü kişi arasında kişisel borç ilişkisi kurulmaktadır. İntifa hakkının kullanımı devredildiğinde intifa hakkı sahibi değişmez ve aynı hak durumunda herhangi bir değişiklik meydana gelmez¹².

İntifa hakkının kullanımı üçüncü kişiye devredildiğinde, intifa hakkı sahibi ile hakkın kullanımını devralan üçüncü kişi arasında kişisel borç ilişkisi kurulmaktadır. İntifa hakkının kullanımını devralan üçüncü kişi intifa konusu eşyanın dolaysız zilyedi haline gelir¹³. Böylece üçüncü kişi hakkın konusu eşyanın zilyetliğinin korunmasına yönelik hükümlerden faydalanabilir¹⁴. İntifa hakkının kullanılmasını devralan kişinin sahip olduğu yetkiler¹⁵, intifa hakkının sona ermesiyle birlikte son bulur¹⁶. Malik her ne kadar intifa hakkının kullanılmasının devrine

ÖZDEMİR, s. 824; SİRMEN, s. 592; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 101. Alman hukukunda yer alan görüşe göre, intifa konusunun kiralanması, hak sahibinin kendisine ait yararlanma yetkisinin kullanılmasıdır, PROMBERGER, s. 1059, N.9, JANSEN/JANSEN, s. 82-83, BAUR/BAUR/STÜRNER, S. 364, (ÖZEN, s. 298, dn. 815'den naklen). ÖZEN de bu görüşe katılmaktadır. Yazara göre intifa konusunun kiralanması, intifa hakkının verdiği yararlanma yetkisinin bir görünümüdür, ÖZEN, s. 298.

¹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 824; ÖZEN, s. 299; NOMER/ERGÜNE, s. 556; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 30; SİRMEN, s. 604.

¹³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 30; SİRMEN, s. 604; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 840; ÖZEN, s. 299; NOMER/ERGÜNE, s. 556.

¹⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 30; ÖZEN, s. 299; AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 637; SİRMEN, s. 604; NOMER/ERGÜNE, s. 557.

¹⁵ Öğretide bir görüşe göre, intifa hakkını devralan kişi intifa hakkı sahibinin ifa yardımcısıdır (TBK md. 116), ÖZEN, s. 302; NOMER/ERGÜNE, s. 549, dn. 20; diğer görüşe göre intifa hakkını devralan kişi intifa hakkı sahibinin temsilcisi konumundadır, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 825.

¹⁶ SİRMEN, s. 592; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 825; NOMER/ERGÜNE, s. 549; Bununla birlikte intifa hakkının kullanılmasını devralan üçüncü kişinin akdettiği kira sözleşmesi hakkında, kira konusu taşınmazın devrine bağlı olarak kiracıyı koruyan hükümlerin kıyasen uygulanacağı öğretide belirtilmektedir, ÖZEN, s. 298-299; İntifa hakkı sahibi ölünce, onun tarafından yapılmış kira sözleşmesinin hukuki durumunun ne olacağı konusunda bkz. : "Soruna yukarıda açıklanan görüşler değerlendirilerek yaklaşıldığında Borçlar Kanununun 254. 276. maddelerinde hüküm altına alınan, kira dönemi içerisinde

ilişkin sözleşmeye taraf olmasa da, TMK md.806/f.2 hükmünce intifa hakkına bağlı yasal haklarını (örneğin sona ermenin ardından eşyanın kendisine iadesini), hakkı devralan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir.

İntifa hakkı gerçek veya tüzel kişi lehine kurulabilir. İntifa hakkı belirli bir süre için kurulmuşsa, sürenin dolmasıyla birlikte hak sona erer (TMK md. 797/f.1). İntifa hakkı için herhangi bir süre kararlaştırılmamışsa gerçek kişinin ölümüne kadar devam edeceği kabul edilir¹⁷. Gerçek kişinin ölümüyle birlikte intifa hakkı sona erer. Ölüm karinesi ve gaiplik kararı verilmesi hallerinde de kişilik sona ereceği için intifa hakkı sona erer¹⁸. Tüzel kişi lehine tanınan intifa hakkında süre belirtilmemişse tüzel kişiliğin ortadan kalkmasıyla intifa hakkı son bulur.

İntifa hakkı sahibi eşyayı kullanırken eşyanın öz değerine zarar vermemekle ve eşyanın ekonomik özgülenme amacını korumakla yükümlüdür. TMK md. 817/f.1'e göre intifa hakkı sahibi taşınmazın ekonomik özgülenme yönünü malike zarar verecek şekilde değiştiremez

kiralayanının mülkiyet hakkını devretmesi veya ölümü halinde yeni malikin önceki kira sözleşmesi hükümleri ile bağlı olacağı olgusu göz önünde tutularak sırf Medeni Kanun'un 806. maddesindeki iade mükellefiyetinin varlığından söz edilerek davalının fuzuli şağil olduğu söylenemez. (...)Yukarıda açıklanan ilke ve olgular göz önünde bulundurulduğunda intifa hakkı sahibinin kiraladığı bağımsız bölümün intifa hakkına konu olan bir mal olduğunu, davalı kiracıya söylediği başka bir deyişle davalının kiraladığı taşınmazın intifa hakkına konu, bir mal olduğunu bildiği yolunda, bir araştırma yapılmış değildir. Bu hususun araştırılıp sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik soruşturma ile hüküm kurulması doğru değildir.", Y. 1. HD, 03.07.2003, E. 2003/4902, K. 2003/8056, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 09.02.2023); "(...) Kira sözleşmesi devam ederken intifa hakkının sona ermesi halinde davacı şirket ile davalı şirket arasındaki kira sözleşmesinin sona ermeyeceği, e. BK'nun 254. Maddesinin kıyasen uygulanması neticesinde intifa hakkı sona erse bile malik olan belediyenin kira sözleşmesi ile bağlı olacağı ve sanki kira konusunu devralan yeni malikmiş gibi e BK 254/f.2'de belirtilen konumda olacağı, intifa hakkı sona erdiği halde kira sözleşmesi devam ettiğinden e BK 254f.2 uyarınca belediyenin kira sözleşmesinin tarafı haline geldiğinin kabulünün gerektiği (...)" , HGK 06.04.2021, (6)3-2461/411, <https://app.e-uyar.com/karar/list/1f9e1842-fc48-4197-8c26-d0d1fc3e81b4>, Erişim Tarihi 11.02.2023.

¹⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.88; SİRMEN, s. 600.

¹⁸ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.88; SİRMEN, s. 600.

ve taşınmazda önemli değişiklikler yapamaz. Bir taşınmazın ekonomik özgülenme yönü, o taşınmazın hangi amaçla kullanıldığı, neye hizmet ettiği ile ilgilidir. Örneğin intifa hakkı sahibi restoran olarak kullanılan taşınmazı otele çeviremez. Eğer bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, malik buna itiraz edebilir (TMK md. 807) ve malikin itirazına rağmen hak sahibi hukuka aykırı kullanımına devam ederse, malik intifa hakkı sahibinden güvence isteyebilir (TMK md. 808).

II. İNTİFA HAKKININ KONUSU

Aynı haklar kural olarak eşya üzerinde kurulurlar. Sınırlı aynı hak olan intifa hakkının konusu diğer aynı haklardan farklıdır. TMK md. 794/f.1'e göre "İntifa hakkı, taşınurlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir." Dolayısıyla kanun koyucu eşya niteliği taşımayan haklar ve malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulmasına imkan tanımıştır. Uygulamada intifa hakkının çoğunlukla eşya üzerinde kurulduğu görülmektedir. Çalışmamızın inceleme konusu eşya üzerinde kurulan intifa hakkı ile sınırlı olduğundan yalnızca taşınır ve taşınmaz eşya unsurları açıklanacaktır.

Türk hukukunda eşya kavramı tanımlanmış değildir. Öğretide kabul edildiğine göre hukuki anlamda eşya, üzerinde hakimiyet sağlanabilen, ekonomik bir değer taşıyan insan dışındaki cismani varlıklar olarak tanımlanabilir¹⁹.

Bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için üzerinde hakimiyet kurulması önemli bir unsurdur. Hayvanların eşya olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair Türk Hukukunda açık bir düzenleme yoktur²⁰. Bu nedenle konu tartışmalıdır²¹. 5199 sayılı Hayvanları Koruma

¹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 4; SİRMEN, s. 4; ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 57-58; SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 251.

²⁰ Alman Medeni Kanunu 90/a paragrafında şu düzenleme yer almaktadır: "Hayvanlar eşya değildir. Onlar özel kanunlarla koruma altındadır. Eğer aksine hüküm yoksa, eşyalar hakkındaki hukuk kuralları onlara da kıyasen uygulanır.", ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 2021, s. 7'den naklen.

²¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 4-5; SİRMEN, s.8; NOMER/ ERGÜNE, s. 9; AKÇAAL, s. 18.

Kanunu²² hayvanlara yaşam hakkı tanımış olsa da, hayvanların eşya olmadığını belirten özel bir hüküm bulunmadığına göre, Hayvanları Koruma Kanunu ile bağdaştığı ölçüde hayvanların eşya olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır²³. Bizce de bu görüş isabetlidir. Hatta TMK md.819/f.2’de hayvan sürüleri açıkça “eşya” olarak nitelendirilmiştir. İntifa hakkı ancak özel mülkiyete tabi olan eşyalar üzerinde kurulabilir. Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan kamu malları üzerinde TMK hükümleri gereğince intifa hakkı kurulması mümkün değildir. Bu itibarla TMK md. 715 gereğince kamu malları ve sahipsiz eşya üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi mümkün değildir²⁴.

A.TAŞINIRLAR

Taşınır eşya, toprağa bağlı olmayan, özüne zarar gelmeden kendi hareketi veya dış etkenlerin etkisiyle yer değiştirebilen şeylerdir²⁵. İntifa hakkı taşınır mülkiyetine konu olabilen tüm taşınır eşyalar üzerinde kurulabilmektedir. Bu bakımdan irtifak haklarından sadece intifa hakkı taşınır eşya üzerinde kurulabilir²⁶. Taşınırlar üzerinde intifa hakkı aynı sözleşme ve zilyetliğin devri ile kurulur (TMK md. 795/f.1).

İntifa hakkı, üzerinde kurulabildiği eşya çeşitliliği itibarıyla oldukça geniş bir yapıya sahiptir. Öyle ki, TMK md. 762’ye göre üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler üzerinde de intifa hakkı kurulabilir²⁷. İntifa hakkı sadece tüketilemeyen taşınırlar üzerinde değil, tüketilebilen taşınır eşyalar üzerinde de (TMK md. 819) kurulabilir. Tüketilebilen eşya üzerinde devamlı olarak kullanma-yararlanma mümkün olmadığından

²² RG. 01.07.2004, S. 25509.

²³ NOMER/ERGÜNE, s.9; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 4-5; SİRMEN, s.8; SEROZAN, s. 73; BİLGİN YÜCE, Melek, Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 260 vd; ERTAŞ, s. 7-8.

²⁴ CANARSLAN, s. 21.

²⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 10; AKÇAAL, s. 21; SİRMEN, s. 13; NOMER/ERGÜNE, s. 11.

²⁶ AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, Beta, 2018, s. 679-680; ÖZEN, Burak, s. 41.

²⁷ ÖZEN, s. 41, konuyla ilgili tartışmalar için bkz. ÖZEN, s. 41, dn. 93.

buna “gerçek olmayan intifa” adı verilir²⁸. Bu ihtimalde taşınır eşyanın mülkiyeti kural olarak intifa hakkı sahibine geçer. İntifa hakkı süresi boyunca hak sahibi eşyayı kullanacak, tasarrufta bulunacak ve doğası gereği tüketecektir. İntifa hakkı sona erdiğinde ise hak sahibi eşyayı geri vermekle değil, eşyanın bedelini malike ödemekle yükümlü olacaktır. Bununla birlikte TMK md. 819 emredici bir hüküm değildir²⁹.

Taşınır eşya üzerinde intifa hakkı kurulduğunda konumuz dahilinde eşyadaki değişikliklere bağlı olarak meydana gelen sonuçlar aşağıda açıklanacaktır. Ayrıca tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkına ilişkin detaylı açıklama, aşağıda yapılacaktır.

B.TAŞINMAZLAR

Taşınmaz mülkiyetinin konusuna giren (TMK md. 704) arazi, bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler üzerinde intifa hakkı kurulabilir. Bunun için hakkın tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekmektedir (TMK md. 795/f.1). Taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkı taşınmazın eklenti ve bütünleyici parçalarını da kapsar³⁰ (TMK md. 684/f.1, TMK md. 686/f.1).

İntifa hakkı paylı mülkiyete tabi bir malın bir payı üzerinde kurulabilir³¹. Bu olasılıkta da intifa hakkının konusu hak olmayıp, paylı mülkiyete tabi eşyanın kendisidir³². Bu durumda intifa hakkı sahibi hakkını kullanma yetkisini paylı mülkiyet hükümleri gereğince (TMK

²⁸ ÖZEN, s. 456 vd; AKÇAAL, s. 625; SİRMEN, S. 593; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 845.

²⁹ AKÇAAL, s. 625; CANARSLAN, Gökçe, “Tüketilebilen Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2019, s. 12, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/751603>, (Erişim Tarihi 30.07.2022).

³⁰ AKÇAAL, s. 626; “TMK’nun 804. maddesinde belirtildiği gibi, intifa sözleşmesine konu “malın doğal verimi veya ürünü sayılmayan bütünleyici parçalar” malike aittir. Bu nedenle; taraflar arasındaki sözleşme ile oluşturulan intifa hakkı, davalıya, taşınmaz üzerinde baz istasyonlarını kurma ve yararlanma hususunda kira sözleşmesi yapma hakkı vermeyeceğinden elde ettiği kira gelirlerinin davacıya ödenmesi gerekir”, Y. 7. HD, 27.09.2021, E. 2021/24, K. 2021/1153, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi. 21.09.2022).

³¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.827; SİRMEN, s. 592; AKÇAAL, s. 625; ÖZEN, s. 50-51.

³² ÖZEN, s. 51; SİRMEN, s. 592.

md. 693/f.1) ancak diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde kullanır³³.

Taşınmazın tamamı veya bir payı üzerinde kurulan intifa hakkında, taşınmazda ve payda meydana gelen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan sonuçlar detaylı olarak aşağıda açıklanacaktır.

III. İNTİFA HAKKININ KONUSUNDA DEĞİŞİKLİK YARATAN DURUMLAR VE BUNLARA BAĞLANAN SONUÇLAR

A. GENEL OLARAK

İntifa hakkının üzerinde tesis edildiği eşyada meydana gelen değişiklikler ve bunlara bağlanan sonuçlar çeşitlilik göstermektedir. Eşyada oluşan değişiklikler neticesinde duruma göre intifa hakkı sona ermekte veya kaim değer (ayni ikame) üzerinde devam etmektedir. İntifa hakkının sona erme sebepleri kanunda açıkça düzenlenmiştir. İntifa konusu eşyada meydana gelen değişiklikler neticesinde intifa hakkının sona erdiği ve kanunun intifa hakkının sona erme sebepleri arasında saydığı haller şunlardır: İntifa hakkı konusunun tamamen yok olması (TMK md. 796), intifa konusu eşyanın harap olması (TMK md. 798/f.1). İntifa konusu eşyada meydana gelen değişiklikler nedeniyle kaim değer üzerinde intifa hakkının devam ettiği haller şunlardır: Sigorta ve kamulaştırma gibi durumlar (TMK md. 798/f.2). Bundan başka kanunda intifa hakkının sona erme sebepleri arasında sayılmayan fakat ilgili maddelerde, eşyadaki değişiklik neticesinde eşya üzerinde mevcut irtifak haklarının sona ereceğinin düzenlendiği haller şunlardır: İntifa konusunun cebri icra yoluyla satılması, tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulması (TMK md. 819/f.1), değeri biçilerek intifa hakkı sahibine teslim edilen eşyada meydana gelen değişiklikler (TMK md. 819/f.2), eşyanın karışma, işleme, birleşme yoluyla malikinin değişmesine bağlı sonuçlar, eşyanın bütünleyici parça haline gelmesi, paylı mülkiyette pay üzerinde kurulan intifa hakkının paylaşmadan sonraki durumu.

³³ SİRMEN, s. 592; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.318.

B. KANUNDA SAYILAN İNTİFA HAKKININ SONA ERME SEBEPLERİNDE EŞYADA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERE BAĞLANAN SONUÇLAR

1. İntifa Hakkı Konusunun Yok Olması

İntifa hakkı konusunun “*tamamen yok olması*” halinde intifa hakkı sona erer (TMK md. 796/f.1). Hakkın sona ermesi, hakkın konusunu oluşturan değer “tamamen” yok olmasına bağlanmıştır. Bundan anlaşılması gereken, intifa konusunun çeşitli sebeplerle tekrar ele geçirilemeyecek ve artık mülkiyete konu olamayacak şekilde ortadan kalkmasıdır³⁴. Yani eşyanın yok olmasıyla birlikte üzerinde mülkiyet kurulabilecek bir eşya olmadığından mülkiyet hakkıyla birlikte intifa hakkı (ve varsa tüm irtifaklar) sona erer. İntifa konusu eşyanın tamamen yok olması doğal afetler sonucunda olabileceği gibi malikin veya üçüncü kişinin kusuru neticesinde de olabilir. İntifa hakkı taşınmaz üzerinde kurulduysa taşınmazın suyun altına çökmesi³⁵, motorlu araç üzerinde intifa hakkı kurulduysa aracın kaza sonucu tamamen yanması ve kullanılamaz hale gelmesi³⁶; alacak üzerinde kurulan intifa hakkının sözleşmenin geçersizliği nedeniyle sona ermesi³⁷ bunlara örnek gösterilebilir. İntifa hakkının konusunu oluşturan eşya kısmen yok olursa, intifa hakkı sona ermez, kalan kısım üzerinde devam eder³⁸.

Hakkın konusunun yok olması durumunda da malikin eşyayı yenileme yükümlülüğü yoktur. Malik yok olan intifa konusunu yeniden yararlanılacak hale getirirse, intifa hakkı yeni değer üzerinde yeniden ve kendiliğinden doğar³⁹(TMK md. 798/f.1). Eğer eşya malikin kusuru nedeniyle harap olmuşsa, intifa hakkı sahibi eşyayı masrafı malike ait olmak üzere yenileyebilir (TMK md. 812/f.3) ve ayrıca malikten tazminat

³⁴ NOMER/ERGÜNE, s. 505; SİRMEN, s. 599; CANARSLAN, s. 29.

³⁵ SİRMEN, s. 599; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.831; AKÇAAL, s. 631.

³⁶ KILIÇOĞLU, s. 505.

³⁷ KILIÇOĞLU, s. 505.

³⁸ NOMER/ERGÜNE, s. 575; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.831; SİRMEN, s. 599; AKÇAAL, s. 632; KILIÇOĞLU, s. 505; ÖZEN, s.154-155.

³⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 87; AKÇAAL, s. 632; ERTAŞ, s. 541; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 680-681.

talep edebilir⁴⁰(TBK md. 49, 112). Ayrıca eşyanın yok olmasına üçüncü kişinin haksız fiili neden olduysa ve malik tazminat alacağı elde ettiyse, intifa hakkı tazminat alacağı üzerinde devam eder (kaim değer)⁴¹. Benzer şekilde eşya sigortalıysa ve yok olma nedeniyle malik sigorta bedeli elde ettiyse, sigorta bedeli o şeyin yerine geçer ve intifa hakkı sigorta bedeli üzerinde devam eder. Taşınmazın yok olması halinde intifa hakkı sicil dışı sona erer. İntifa konusunun yok olması malike yüklenebilecek bir sebepten ileri geliyorsa, malik kusurlu davranışı nedeniyle intifa hakkı sahibine tazminat ödemekle yükümlü olur⁴². Hatta burada intifa sözleşmesine aykırılık olabileceği için malik aleyhine borca aykırılık hükümlerine gidilebilir⁴³. İntifa hakkı konusu eşya kat irtifakına tabi bir taşınmaz ise, taşınmazın bulunduğu arsanın tamamen yok olması değil de, sadece binanın yıkılması halinde KMK md.49/f.2 uyarınca intifa hakkı sona ermez, arsa üzerinde devam eder⁴⁴. Bununla birlikte arsanın tamamıyla yok olması veya üzerinde yapı yapılamayacak hale gelmesiyle intifa hakkı sona erer⁴⁵.

Eşyanın korunması, bakımının sağlanması vb. konularda intifa hakkı sahibinin sorumluluğu olduğunu belirtmiştik. İşte intifa hakkı sahibi bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek eşyanın yok olmasına sebep olursa ortaya çıkan zarardan sorumlu olur. İntifa konusu eşya, intifa hakkı sahibinin kusurundan kaynaklanan bir sebeple yok olursa, TMK md. 800/f.1'e göre intifa hakkı sahibi zararın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, intifa hakkı sahibi yok olmadan sorumludur. İntifa hakkı sahibi bakımından kusur sorumluluğuna

⁴⁰ SİRMEN, s. 599; NOMER/ERGÜNE, s. 575; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 680-681.

⁴¹ ÖZEN, s. 155-156, 186; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 831-832; NOMER/ERGÜNE, s. 575-576; SİRMEN, s. 599; AYAN Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.90; AKÇAAL, s. 632; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 87; SEROZAN, s. 339.

⁴² TEKİNAY/Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Eşya Hukuku II/3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 45; ÖZEN, s. 156; NOMER/ERGÜNE, s. 575.

⁴³ ÖZEN, s. 156; NOMER/ERGÜNE, s. 575.

⁴⁴ CANARSLAN, s. 32; BAUMANN, Max, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV/2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art 745-778 ZGB), Nutzniessung und Wohnrecht, Zürich 1999, Art. 748-749, N. 22.

⁴⁵ ÖZEN, s. 155; BAUMANN, Art 748-749, N.16.

dayanan bir hüküm getirilmiştir. Buna göre intifa hakkı sahibi intifa konusunun yok olmasında kusurlu ise yok olmadan dolayı sorumlu tutulur. Ancak intifa hakkı sahibine kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmıştır. Hak sahibi zararın kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Malik ile intifa hakkı sahibi arasındaki intifa sözleşmesinden kaynaklı olarak intifa hakkı sahibinin eşyanın yok olmasında kusurlu olduğu karine olarak kabul edilir⁴⁶. TMK 800/1, TBK 112'nin özel görünümüdür⁴⁷. Burada kusur sorumluluğu kabul edilmiştir⁴⁸. İntifa hakkı sahibi intifa konusunun yok olmasında kusurlu ise, intifa hakkı sona erer ve intifa hakkı sahibi malike tazminat ödemekle yükümlü olur. Bu ihtimalde intifa konusunu geri verme borcunun yerini malike tazminat ödeme borcu alır. Tazminatın kapsamı TBK 96 vd. hükümlerine göre belirlenir⁴⁹. Eşyanın yok olmasında intifa hakkı sahibi kusurlu değilse, intifa hakkı sona erer.

Binanın tamamı veya bağımsız bölüm üzerindeki intifa hakkı, binanın kentsel dönüşüm nedeniyle yıkılması halinde ne olacaktır? Yapının riskli olması durumunda 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁵⁰ hükümleri uyarınca bina yıkılır. İntifa hakkı bir bina veya bağımsız bölüm üzerinde kurulduğunda, taşınmaz riskli yapılar arasındaysa ve kentsel dönüşüm nedeniyle yıkıldıysa, intifa hakkının akıbetinin ne olacağı konusu önem arz etmektedir. 6306 sayılı Kanun md.6'ya göre "Bu taşınmazların sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan ve yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder." 6306 sayılı Kanun'a göre bina yıkıldıktan sonra arsa maliklere payları oranında tescil edilir ve sicilde bulunan aynı, şahsi ve sınırlı aynı haklar hisseler üzerinde devam eder⁵¹.

⁴⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.837; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 92; NOMER/ERGÜNE, s. 580; SİRMEN, s. 602.

⁴⁷ NOMER/ERGÜNE, s. 580, dn. 146

⁴⁸ TEKİNAY, s. 51; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.837; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 92; NOMER/ERGÜNE, s. 580; SİRMEN, s. 602.

⁴⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 92; NOMER/ERGÜNE, s. 580.

⁵⁰ RG. 16.05.2012, S. 28309.

⁵¹ CANARSLAN, s. 160.

Binanın riskli olması nedeniyle 6306 sayılı kanun kapsamında yıkılması, üzerinde kurulmuş olan intifa hakkının TMK md. 796 gereğince taşınmazın yok olması dolayısıyla sona ermesini gerektirmez. Başka bir deyişle TMK md. 796'da belirtilen intifa hakkının sona erme sebeplerinden taşınmazın tamamen yok olması, 6306 sayılı kanun kapsamında yapılan yıkımlarda uygulanmaz⁵². Kentsel dönüşüm kapsamında riskli yapının yıkılması, kamu otoritesi kullanılarak binanın yıkılıp yeni baştan yapılmasını gerektirir. Oysa TMK md. 796'da düzenlenen intifa hakkını sona erdiren "tamamen yok olma", doğal afet sonucu veya taşınmazın ömrünü tamamlaması nedeniyle çökmesi gibi sebeplerden ileri gelmektedir⁵³. Bu durumda intifa hakkı (ve diğer sınırlı aynı haklar) pay üzerinde devam eder. 6306 sayılı Kanun md.6/f.1'de yer alan bu düzenleme emredici hükümdür. Bu nedenle riskli yapı yıkıldığında intifa hakkı sona ermez, pay üzerinde devam eder⁵⁴.

Anılan hükmün varlığına rağmen yıkımla birlikte intifa hakkının sona erip ermeyeceği konusunda görüş ayrılıkları söz konusudur. Öğretide bir görüşe göre intifa hakkının arazi üzerinde veya yapı

⁵² ÖZMEN, Ethem Saba/ŞENGÜL, Mehmet: Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları İle Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler (6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanunu Hükümlerince), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 260; SÖNMEZ, Muhammet: Kentsel Dönüşüm Hukuku, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2020, s. 255.

⁵³ SÖNMEZ, s. 255.

⁵⁴ "Davacı, intifa hakkına konu binanın son 15 yıldır kullanılamaz vaziyette olup, tapu kaydında "6306 Sayılı Kanun gereği riskli yapıdır" şerhi bulunduğunu ve riskli yapı tespitine dayalı olarak da bu binanın yıkıldığını, taşınmazın halen boş arsa niteliğinde bulunduğunu ve intifa hakkının yıllardır kullanılmadığını, bu nedenlerle tapu kaydındaki intifa hakkının devamının davacıların mülkiyet hakkını haksız olarak kısıtlamakta olup, MK.2. maddesindeki iyi niyet ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürerek; davalı lehine tesis edilmiş akdi intifanın bedelsiz terkinini, olmadığı takdirde bedele çevrilerek terkinini talep etmiştir. Davalının sağ olduğu, arsa vasıflı taşınmazda da lehine intifa hakkı tesisli paya ilişkin yararlanma hakkının bulunduğu, intifa hakkına konu çekişme konusu taşınmazın tamamen yok olmadığı, yararlanılamayacak derecede harap hale gelmediği ve kamulaştırılmadığı, intifa hakkının süreli olarak tesis edilmediği açıktır. Başka bir deyişle; somut olayda intifa hakkını sona erdiren sebeplerin gerçekleşmediği gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken,", Y. 14 HD, 12.03.2018, E. 2015/9989, K. 2018/1843, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi 21.09.2022).

üzerinde kurulması konusunda ayrıma gidilerek sonuca varılmalıdır⁵⁵. İntifa hakkı araziye ilişkin olarak kurulduysa, asıl yararlanma alanı arazi olup küçük bir yapı oturma veya hayvan barınağı olarak kullanılıyorsa, bu küçük yapının yıkımı sonrasında asıl yararlanma alanı arazi olduğu için TMK md. 1026 uyarınca intifa hakkı hukuki değerini kaybetmeden varlığını sürdürür⁵⁶. Buna karşılık yapı üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa intifa hakkı zilyetliğe dayalı yararlanma sağladığından yıkımla birlikte intifa hakkı TMK md. 798 ve TMK md. 1026 uyarınca sona erer ve yapının yeniden inşa edilmesiyle TMK md. 798'e göre intifa hakkı yeniden kurulmuş olur⁵⁷. Bu görüşe göre intifa hakkının yeniden kurulması dar yorumlanmalıdır. Yazarlar buna sebep olarak, intifa konusu yapının yıkımdan önceki hali ile yıkımdan sonraki hali arasında çok fazla farklılık olabileceğini göstermekte, örneğin yıkımdan önce iki odalı olan yapının yıkım sonrasında otuz odalı hale gelmesi durumunda intifa hakkının kendiliğinden devam etmesinin kabul edilemeyeceğini savunmaktadırlar⁵⁸. Buna karşılık öğretide kabul edilen bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, 6306 sayılı Kanun md. 6/f.1 hükmü uyarınca riskli yapının yıkılması intifa hakkını sona erdirmez, intifa hakkı (ve varsa diğer irtifaklar) pay üzerinde kendiliğinden devam eder⁵⁹.

6306 sayılı Kanun'a göre yıkılıp yeniden inşa edilen binada/bağımsız bölümde bulunan intifa hakkı, taşınmazın yeni hali üzerinde tekrar canlanır. Bina yeniden inşa edildiğinde bu yeni hali üzerinde, intifa hakkı kendiliğinden devam eder⁶⁰.

Riskli yapının yıkılıp yeniden yapılması intifa hakkı sahibinin hakkını kullanmasına engel olmamalıdır. Çünkü malik intifa hakkı sahibinin eşyayı kullanmasına katlanmakla yükümlüdür. Bu durumda malik intifa hakkı sahibinin onayını almadan yıkım sonrasında intifa hakkının içeriğini değiştiremez. Örneğin organik meyve bahçesi olarak

⁵⁵ ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 261-262.

⁵⁶ ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 261-262.

⁵⁷ ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 262.

⁵⁸ ÖZMEN/ŞENGÜL, s. 262.

⁵⁹ SÖNMEZ, s. 255; CANARSLAN, s. 159-160; BİLGİN YÜCE, s. 260 vd.

⁶⁰ SÖNMEZ, s. 254-255.

kullanılan taşınmazdaki küçük yapının yıkılması sonrasında malik, intifa hakkı sahibinin rızası hilafına taşınmazda yeni yapılar inşa edemez

Riskli yapı yıkıldıktan sonra paydaşlar müteahhit ile anlaşarak binanın yeniden yapımını sağlarlar. Bu aşamada müteahhit ile yapılacak görüşmelere intifa hakkı sahibinin de katılması sağlanarak hak kayıplarının önüne geçilmesi sağlanabilir. Malik müteahhit ile yapılan anlaşmayı uygun bulmazsa veya başka nedenle payını satarsa, intifa hakkı TMK md. 798 gereğince satış bedeli üzerinde devam eder⁶¹.

2. İntifa Hakkı Konusunun Harap Olması

İntifa hakkı konusu eşyanın yararlanılamayacak şekilde harap olması halinde intifa hakkı kendiliğinden sona erer (TMK md. 798/f.1). Hakkın sona ermesi terkin edilmeden önce sicil dışı gerçekleşir⁶². Tapu kaydının sonradan terkin edilmesi açıklayıcı işleve sahiptir. İntifa hakkı konusu eşyanın bir kısmı harap olursa, intifa hakkı diğer kısım üzerinde devam eder⁶³.

İntifa konusu eşyanın harap olması, eşyanın tekrar kullanılabilmesinin çok büyük masrafı gerektiriyor olmasını ifade eder⁶⁴. Yoksa burada kastedilen eşyanın tamamen yok olması, ortadan kalkması değildir. Örneğin üzerinde intifa hakkı kurulan iş makinelerinin iş kazası sonucu büyük hasar alması ve onarımının büyük masraf getirmesi harap olma halidir⁶⁵.

İntifa konusunun harap olması farklı sebeplerden ileri gelebilir: Üçüncü kişinin kusuru, hak sahibinin kusuru, mücbir sebep gibi sebeplerle eşya harap olmuş olabilir. Hak sahibinin kendi kusuru ile eşyayı harap etmesi çalışmamızın inceleme konusu dışında kalmaktadır. Öyleyse eşyanın harap olmasına sebep olan durumlardan beklenmeyen hal, malikin kusuru vb. sebepler üzerinde durulmalıdır. Eşyanın harap olması malikin kusurundan kaynaklandıysa haksız fiil (TBK md. 49 vd)

⁶¹ SÖNMEZ, s. 256-257.

⁶² SİRMEN, s. 599; AKÇAAL, s. 631; NOMER/ERGÜNE, s. 575;

⁶³ SİRMEN, s. 599; AKÇAAL, s. 632; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 831.

⁶⁴ CANARSLAN, s. 84; KILIÇOĞLU, s. 506.

⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 506.

veya borca aykırılık TBK 112 vd) hükümlerinin uygulanması gündeme gelir. Hangi hükümlerin uygulanması gerektiği öğretilerde tartışmalıdır⁶⁶. Eşyanın harap olması malike yüklenecek bir sebepten kaynaklandığına, malik eşyayı koruma yükümlülüğüne (TMK md.812/f.2) aykırı davranmış olur. Eşyada yapılması gereken esaslı tadilat, bakım, onarım intifa hakkı sahibi tarafından malike bildirilmiş olmalıdır. Bu bildirim yapılmasına rağmen malik eşyanın korunması için gerekli işleri yapmadığına veya önlemleri almadığına ve bunun sonucunda eşya harap olduysa, malikin kusurlu olduğu kabul edilir. Böyle bir durumda malik intifa sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülüğü yerine getirmediğinden borca aykırılık gerçekleşmiştir ve kanaatimizce isabetli olan görüşe göre TBK md. 96 vd. da düzenlenen borca aykırılık hükümleri uygulanır⁶⁷. Öğretilerde TBK md. 49 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır⁶⁸.

Eşyanın harap olması ihtimalinde malikin eşyayı onararak, yenileyerek tekrar kullanılabilir hale getirme yükümlülüğü yoktur⁶⁹. Bununla birlikte TMK md. 798/f.1 hükmü emredici olmadığından, taraflar intifa sözleşmesinde malikin harap olan eşyayı yararlanılacak hale getirmekle yükümlü olduğunu kararlaştırabilirler⁷⁰. Eşyanın harap olması malikin kusuru yüzünden meydana gelmiş olsa bile malikin eşyayı eski haline getirme, onarma yükümlülüğü yoktur⁷¹. Eşya kısmen harap olmakla birlikte esaslı bir parçası/kısmı harap olduğu için geri kalanından faydalanma imkanı yoksa, yine de malikin eşyayı yenileme yükümlülüğü yoktur⁷². Örneğin bilgisayar üzerinde intifa hakkı

⁶⁶ ÖZEN, s. 182-183.

⁶⁷ MÜLLER, Roland M., Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB (Heinrich Hansell, Nedin Peter Vogt, Thomas Geiser), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006 , Art 750, N.1; LEEMANN, Hans, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, II Abteilung (Art. 730-918), Bern 1925, Art. 750, N.2.

⁶⁸ NOMER/ERGÜNE, s. 575; BAUMANN, Art. 750, N. 4.

⁶⁹ TEKİNAY, s. 44-45; SİRMEN, s. 599; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.832; AKÇAAL, s. 632.

⁷⁰ NOMER/ERGÜNE, s. 575, dn. 125.

⁷¹ ÖZEN, s. 180; LEEMANN, Art. 750, N.1; BAUMANN, Art 750, N.2.

⁷² CANARSLAN, s. 84-86; ÖZEN, s. 180.

kurulmuşsa, bilgisayarın ana parçasının harap olması yüzünden sistem kullanılamıyorsa malik ana parçayı yenilemek zorunda değildir⁷³.

Malikin eşyayı eski haline getirme, onarma yükümlülüğü olmasa da, kendi arzusuyla eşyayı eski haline getirmiş olabilir. Hatta eşyanın eski haline getirilmesi tekrar kullanılabilmesi açısından malikin yararına olabilir. Eğer malik eşyayı tekrar kullanılabilir hale getirirse intifa hakkı “yeniden kurulmuş olur” (TMK md. 798/f.1). Bu durumda intifa sözleşmesinin tekrar yapılmasına gerek kalmadan intifa hakkı kendiliğinden yeniden kurulmuş olur⁷⁴.

Eşyanın harap olması üçüncü kişinin kusurundan kaynaklanması halinde zarar veren tazminata mahkum edildiyse intifa hakkı tazminat alacağı üzerinde devam eder. Benzer şekilde eşyanın mücbir sebep vb. nedenlerle harap olması durumunda eşya sigortalanmışsa, intifa hakkı ödenecek sigorta bedeli üzerinde devam eder. Bu sonuç TMK md. 798/f.2’den çıkarılmaktadır. Tazminat veya sigorta bedeli üzerinde devam eden intifa hakkı artık alacak üzerinde intifa hakkı haline dönüşür⁷⁵. Bundan böyle intifa hakkı TMK md. 820-822 hükümlerine tabi olur. Tazminat alacağı veya sigorta bedeli ödendikten sonra intifa hakkı ödenen para üzerinde devam eder⁷⁶. Bu son halde intifa hakkı tüketilebilir eşya üzerinde kurulan gerçek olmayan intifa hakkı haline gelir.

Eşyanın harap olmasından sonra malik eşyayı yenilemeyiip yeniden tedarik ederse, yeni eşya üzerinde intifa hakkının devam edip etmeyeceği tartışılabilir. Eşya kullanılmayacak derecede harap olmuşsa intifa hakkı sona erer. Bundan sonra malik eşyanın yenisini tedarik ederse, intifa hakkı tedarik edilen yeni değer üzerinde canlanır⁷⁷. Ancak

⁷³ ÖZEN, s. 180.

⁷⁴ NOMER/ERGÜNE, s. 575; AKÇAAL, s. 632; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 832.

⁷⁵ ÖZEN, s. 181.

⁷⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.832; ÖZEN, s. 185-186; SİRMEN, s. 599; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 87; LEEMANN, Art. 750, N.13; BAUMANN, Art. 750, N. 12.

⁷⁷ NOMER/ERGÜNE, s. 576; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 832; ÖZEN, s. 183, İntifa hakkının yeni tedarik edilen eşya üzerinde devam etmesinin kendiliğinden meydana gelip gelmeyeceği, hak sahibinin kabulüne bağlı olup olmadığı, yeni değer hak sahibine tesliminin gerekip gerekmediği öğretide

intifa hakkının yeni tedarik edilen eşya üzerinde devam edebilmesi için malikin yeni eşyayı, harap olan eşya yerine geçirme niyeti taşıyor olması gerekir. Başka bir deyişle ancak malik yeni tedarik ettiği eşyayı harap olan eşya yerine geçirme niyeti taşıyorsa, intifa hakkı yeni eşya üzerinde devam eder. Aksi halde intifa hakkı son bulur.

C. İNTİFA HAKKININ KAİM DEĞER ÜZERİNDE DEVAM ETTİĞİ HALLERDEN İNTİFA KONUSUNUN KAMULAŞTIRILMASI

Kamulaştırma, devlet ya da kamu tüzel kişinin Anayasa'nın 46. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kamu kudretine bağlı olarak ve kamulaştırma bedelinin peşin ödenmesi karşılığında idarenin tek taraflı kararıyla özel mülkiyete tabi olan bir taşınmazın mülkiyetini edinmesidir⁷⁸. Kamulaştırma taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları arasındadır (TMK md. 754). 6203 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na⁷⁹ göre kamu yararının gerektirdiği durumlarda özel mülkiyete tabi taşınmaz idari kararlar kamulaştırılabilir. Kamu gücü kullanılarak el konulan eşyalar sadece taşınmaz olmakla kalmayabilir. Olağanüstü hallerde taşınırlara uygulanan istimval ve bulaşıcı hastalıkların önlenmesi için hayvanların devlet tarafından toplanıp itlaf edilmesi hallerinde bunlar üzerindeki intifa hakkı, bunlara devlet tarafından ödenecek bedel üzerinde devam eder⁸⁰.

TMK hükümlerine göre intifa hakkının özel mülkiyete tabi eşya üzerinde kurulduğunu belirtmiştik. Kamulaştırma yapıldığında taşınmaz kamu malı haline gelir ve malik taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kaybeder. Nitekim TMK md 717/f.2'de kamulaştırma halinde

tartışılmaktadır. Bir görüşe göre harap olan eşyanın yerine yenisinin tedarik edilmesiyle sona eren intifa hakkı kendiliğinden canlanır. Diğer görüşe göre yeni eşya üzerinde intifa hakkının devam edip etmemesi hak sahibinin kabulüne bağlıdır. Eğer hak sahibi kabul ederse intifa hakkı tekrar canlanır, kabul etmezse intifa hakkı sona erer. Ayrıca yeni tedarik edilen değer üzerinde intifa hakkının devam edebilmesi için yeni eşyanın hak sahibine teslim edilmesi gerekir. Tartışmalar için bkz. ÖZEN, s. 184; CANARSLAN, s. 86.

⁷⁸ SİRMEN, s. 382; CANARSLAN, s. 149-150.

⁷⁹ RG. 18215, 08/11/1983.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANARSLAN, s. 151, dn. 215.

mülkiyetin ne zaman sona ereceğinin özel kanunla belirleneceği belirtilmektedir. Kamulaştırma Kanunu md.8/f.6'ya göre taşınmazın kamulaştırılmasına malik rıza gösterip taşınmazın idare adına tescil edilmesiyle birlikte mülkiyet idareye geçer⁸¹. Bu ihtimalde malikin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmesiyle birlikte taşınmaz üzerindeki tüm irtifak hakları ve bu sırada intifa hakkı sona erer. Ayrıca Kamulaştırma Kanunu md.8/f.6'da "taşınmaz üzerindeki tüm takyidatların son bulacağı" belirtilmiştir.

Kamulaştırma bedeli üzerinde anlaşılabilmesi, kamulaştırma bedelinin düşük olması hallerinde intifa hakkı sahibinin malikle birlikte idare aleyhine dava açıp açamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nun dava hakkı başlıklı 14. maddesinde kamulaştırma işlemine karşı iptal veya maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecek kişi olarak malik gösterilmiş, intifa hakkı sahibinden bahsedilmemiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti halinde paydaşların tek başına dava açabilecekleri belirtilmiştir. Kamulaştırma Kanunu hükümlerinde intifa hakkı sahibinin kamulaştırma işlemine karşı dava açabilmek için taraf ehliyetine sahip olup olmadığı açıkça belirtilmiş olmasa da, İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/1,a,b⁸² hükümlerine göre intifa hakkı sahibinin taraf ehliyetine sahip olduğu söylenebilmektedir. Hükümde açıkça "menfaatleri ihlal edilenler" ifadesi kullanıldığı için, intifa hakkı sahibinin kamulaştırma durumunda haklarına hanel gelebileceği ve davayla ilgisi olduğu için hak konusu eşyanın kamulaştırılmasına karşı açılacak davada taraf ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir⁸³.

⁸¹ Kamulaştırma Kanunu md.8/f.3 şu şekildedir: "İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırk beş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel hazırlanarak, idarenin anlaşma tutanağı ve kamulaştırma öncesi taşınmaz üzerindeki tüm takyidat ve haklardan arındırıldığını bildiren yazıya istinaden idare adına tapuya resen tescil veya terkin edilir. Tapuya resen tescil veya terkinden sonra kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir."; Ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, s. 383.

⁸² "a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları."

⁸³ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yöneltilmiş Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 269-271.

Böylece intifa hakkına konu teşkil eden taşınmaz kamulaştırıldığında intifa hakkı sahibi, kamulaştırma bedelinin tespiti veya kamulaştırma işleminin iptali için idare aleyhine dava açabilir. Yargıtay da kamulaştırılan taşınmaz intifa hakkı ile yüklü ise intifa hakkı sahibinin davaya dahil edilerek taraf teşkili sağlanması gerektiğini belirtmektedir⁸⁴.

Malik kamulaştırmaya rıza göstermezse, bu durumda dava açılarak çözüme ulaşılabacaktır. Kamulaştırma Kanunu md.25/f.2 uyarınca “Mülkiyetin idareye geçmesi, mahkemece verilen tescil kararı ile olur”. Bu ihtimalde malik idare adına tescille birlikte mülkiyeti kaybettiği anda intifa hakkı sona erer.

İntifa konusu eşya kamulaştırılırsa intifa hakkı üzerinde kurulduğu eşyaya ilişkin olarak sona erer fakat kamulaştırma bedeli üzerinde devam eder⁸⁵. Bu durum TMK md. 798/f.2’den anlaşılmaktadır. Hükme göre “sigorta, kamulaştırma gibi durumlarda” intifa hakkı karşılık (kaim) değer üzerinde devam eder. Anılan hükümde intifa hakkının kaim değer üzerinde devam edeceği haller örneksene yoluyla sayılmıştır⁸⁶. Dolayısıyla kamulaştırma ve sigortadan başka intifa konusu eşya için elde edilen kaim değer üzerinde de intifa hakkı yeniden kurulmuş olur. Bunun anlamı şudur: İntifa hakkı, kamulaştırılan taşınmazın yerine geçen kaim değer üzerine, başkaca herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın kendiliğinden geçerek

⁸⁴ “Dava konusu taşınmazın tapu kaydında lehine intifa hakkı bulunan'nın mahkemece davaya dahil edilmesi üzerine taraf teşkili sağlanmışsa da, kamulaştırma bedelinin intifa hakkı sona erinceye kadar bir milli bankaya çıplak mülkiyet sahibi davalı adına yatırılarak bu bedelin nemalarından intifa hakkı sahibinin yararlanmasına, intifa hakkı sona erdiğinde davalıya ödenmesine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi(...)”, Y. 5. HD, 30.04.2019, E. 2018/2943, K. 2019/8200, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 10.02.2023).

⁸⁵ “Davalı ... payına düşen kamulaştırma bedelinin intifa hakkı sona erinceye kadar bir milli bankaya çıplak mülkiyet sahibi davalı ... adına yatırılarak bu bedelin nemalarından intifa hakkı sahibinin yararlanmasına, intifa hakkı sona erdiğinde davalı tapu malikine ödenmesine karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi ”, Y. 5. HD, 08.12.2021, E. 2021/9137, K.2021/14761, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi 21.09.2022).

⁸⁶ TEKİNAY, s. 45; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 87.

yasal intifa hakkını oluşturur⁸⁷. Yasal intifa hakkı TMK md. 1013/f.3 gereğince aynı hakkın tescilden önce⁸⁸ kazanıldığı hallerden biridir. Yasal intifa hakkı tescilden önce kazanıldığı için, hak sahibinin talebiyle tapu siciline açıklayıcı tescilin yapılması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında benimsendiğine göre, kamulaştırmadan sonra kamulaştırma bedeli, hesaplanarak malik adına bir milli banka hesabına yatırılır, intifa hakkı sona erinceye kadar bu bedelin nemalarından intifa hakkı sahibi faydalanacaktır⁸⁹. İntifa hakkı sona erdikten sonra kamulaştırma bedeli malike ödenir.

İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırmaya konu taşınmazı kamulaştırmaktan vazgeçebilir (Kamulaştırma Kanunu md. 21). Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra, taşınmazın kamulaştırılmasında kamu yararı olmadığı idare tarafından belirlenirse, kamulaştırmadan vazgeçildiği ve taşınmazın iade edileceği malike bildirilir (Kamulaştırma Kanunu md. 22). Bu bildirimden ardından malikin kamulaştırma bedelini iade etmesiyle birlikte taşınmaz malike iade edilir. Kamulaştırılmasından vazgeçilen ve malike iade edilen taşınmaz üzerinde intifa hakkı kurulmuş idiyse, taşınmaz malike geri verildiğinde intifa hakkı yeniden (kendiliğinden) kurulmuş olur⁹⁰. Ayrıca Kamulaştırma Kanunu md.23'e göre, taşınmaz kamulaştırıldıktan sonra idarece kamulaştırma amacına yönelik hiçbir işlem yapılmaz ve taşınmaz idarece olduğu gibi bırakılırsa, malik kamulaştırma bedelini

⁸⁷ NOMER/ERGÜNE, s. 555; CANARSLAN, s. 81, dn.231; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 829; ÖZEN, s. 129; AKÇAAL, s. 631.

⁸⁸ Kural olarak intifa hakkı (diğer irtifak hakları gibi) tapu kütüğüne tescille kurulur (TMK md. 780/f.1). TMK md. 780/f.2'ye göre "irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde aksi öngörölmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır." İntifa hakkı kural olarak tescille kurulmakla birlikte, yasal intifa hakkının TMK md. 780/f.2'nin yollamasıyla tescilden önce kazanılması mümkündür. Daha sonra hak sahibinin talebiyle yapılacak tescil, açıklayıcı niteliktedir.

⁸⁹ "kamulaştırma bedelinin ...'nün intifa hakkı sona erinceye kadar bir milli bankaya çıplak mülkiyet sahibi davalı adına yatırılarak bu bedelin nemalarından intifa hakkı sahibinin yararlanmasına, intifa hakkı sona erdiğinde davalıya ödenmesine) ibaresinin yazılmasına", Y. 5. HD, 03.07.2018, E. 2018/4012, K. 2018/13715, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 10.02.2023).

⁹⁰ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 693; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.832; CANARSLAN, s. 158.

iade ederek taşınmazı geri alabilir. Bu durumda da iade edilen taşınmaz üzerinde intifa hakkı yeniden kurulmuş olur.

D. İNTİFA KONUSU EŞYADA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER NEDENİYLE İNTİFA HAKKININ ETKİLENECEĞİ DİĞER HALLER

1. İntifa Konusunun Cebri İcra Yoluyla Satılması

İntifa konusunun cebri icra yoluyla satılması intifa hakkını sona erdiren sebeplerden biridir. Taşınmazın maliki intifa hakkı kurmuş olmasına rağmen tasarruf yetkisi kendisinde olduğu için taşınmaz üzerinde başka bir irtifak hakkı kurulabilir. İntifa kurulduğunda taşınmaz üzerinde bir rehin olabileceği gibi, daha önceden kurulmuş bir haciz de olabilir. Daha önceden bir sınırlı aynî hak kurulmuş olması ya da haciz şerhi bulunması malikin tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz, bu nedenle intifa hakkı kurulabilir. Sınırlı aynî hak içinde sıra eşitliği olarak adlandırılan ilkeye göre, birbirleri ile çelişmeyen bu haklar bir arada taşınmaz üzerinde varlığını sürdürür. Elbette yine tapuya hâkim ilkelerden biri olan küdeme itibar uyarınca da, intifa hakkı sahibi kendisinden önce var olan bu haklara katlanma yükümlülüğündedir. Aynı şekilde taşınmaz üzerinde intifa hakkının kurulması malikin tasarruf yetkisini kısıtlamadığından, intifa hakkı ile çelişmeyen hukuki işlemler yapılabilir. Bu bağlamda kendisinin kullanma ve yararlanma yetkileri artık intifa hakkı sahibinde olduğundan, kullanma ve yararlanma yetkileri veren sınırlı aynî haklar kuramaz; ancak kullanma ya da yararlanma yetkisi içermeyen rehin kurulması hala mümkündür. Ayrıca bir borcuna dayalı olarak her zaman haciz kurulması mümkündür.

Taşınmaz üzerinde kurulan sınırlı ayni haklar birbiriyle çatışmadığı sürece sorun yoktur. Fakat sınırlı ayni hakların kullanımı bakımından hak sahiplerinin menfaatleri birbiriyle çatışırsa küdeme itibar ilkesi⁹¹ devreye girer. Buna göre irtifak hakları birbiriyle çatışırsa

⁹¹ SEROZAN, s. 71; AKÇAAL, s. 600; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 23-24; SİRMEN, s. 566; AYAN, s. 31; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 414.

tescil tarihlerine bakılarak, daha önce tescil edilmiş olan hakka öncelik tanınır. İrtifak haklarıyla taşınmaz yükü çatışırsa yine tescil edildikleri tarih karşılaştırılır. İrtifak hakları ile rehin hakları çatıştığında irtifak hakkının tescil edildiği tarih ile rehin hakkının ait olduğu derecenin kuruluş tarihi karşılaştırılarak önce tarihli olan hakka öncelik verilir.

Rehnin paraya çevrilmesi sırasında taşınmaz üzerinde yer alan intifa hakkı rehinli alacaklıları zarara uğratıyorsa bu durumda taşınmaz üzerindeki (diğer tüm irtifaklarla birlikte) intifa hakkının terkin istenebilir (TMK md. 869/f.2). Hakkın terkin edilmesinin istenmesiyle birlikte intifa hakkı sona erer.

TMK md. 869/f.2 hükmünün uygulanabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir: Aynı taşınmaz üzerinde kurulmuş intifa hakkı ve rehin hakkı mevcut olmalıdır. Esasen TMK md. 869/f.2 hükmü sadece intifa hakkı için değil tüm irtifak hakları için kullanılmaktadır. Başka bir deyişle varsa diğer tüm irtifaklarla birlikte intifa hakkı da aynı kadere sahiptir. Taşınmaz üzerinde hem intifa hakkı hem de rehin hakkının bulunması durumunda bunlardan hangisine öncelik verileceği konusu önem taşır. Öncelikle taşınmaz üzerinde rehin hakkı intifa hakkından önce kurulmuş olması gerekir. Burada sınırlı ayni haklarda sıra meselesi devreye girecektir. Taşınmaz rehninin yer aldığı derecenin kuruluş tarihi ile intifa hakkının kuruluş tarihi karşılaştırılır⁹². Hangisi daha önce geliyorsa o hakka öncelik verilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur: Taşınmaz üzerinde rehin hakkının kuruluş tarihi değil, rehin derecesinin kuruluş tarihi göz önüne alınır. Taşınmazın bölündüğü farazi değer parçaları olarak tanımlanan derecelerin değeri kadar rehin kurulabilmektedir⁹³. Taşınmaz rehninde önemli olan rehin hakkının yer aldığı derecenin kurulduğu tarihtir. İşte taşınmaz üzerinde rehin hakkı ile intifa hakkı çatıştığı zaman rehnin yer aldığı derecenin kuruluş tarihi ve intifa hakkının tescil edildiği tarih karşılaştırılır. Rehlin hakkının yer aldığı derecenin kuruluş tarihi daha eski ise rehin hakkına öncelik tanınır.

⁹² AKÇAAL, s. 601; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 774; NOMER/ERGÜNE, s. 323; SİRMEN, s. 566-567.

⁹³ SİRMEN, s. 656-657; NOMER/ERGÜNE, s. 362; KILIÇOĞLU, s. 569; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 917.

Rehinli alacaklının intifa hakkının terkin edilmesini talep edebilmesi için rehinli taşınmazın açık arttırma yoluyla paraya çevrilmesi gerekmektedir. Alacağı teminat altına almak için kurulmuş olan rehin hakkı, rehinli alacaklıya borç ödenmediği takdirde taşınmazı satarak satış bedeli üzerinden alacağını tahsil edebilme imkanı vermektedir. Eğer borç ödenmediyse rehinli alacaklı İİK hükümleri uyarınca taşınmazı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi başlatarak açık arttırma suretiyle satabilir. TMK md. 869/f.2 hükmü bu aşamada devreye girecektir. Hükmün uygulanabilmesi için taşınmazın cebri icra yoluyla satılması söz konusu olmalıdır. Yoksa taşınmaz üzerinde eski tarihli rehin hakkı bulunması tek başına (rehinli alacaklıya) terkin isteme hakkı vermez.

TMK 869/f.2'nin uygulanabilmesi için bir diğer şart, intifa hakkının alacaklıları zarara uğrattığı olmasıdır. Zarardan kastedilen, intifa hakkının rehinli taşınmazın değerini düşürmesidir⁹⁴. Taşınmaz açık arttırmaya çıkarılırken bedelin belirlenmesi aşamasında taşınmaz üzerindeki intifa hakkı taşınmazın düşük bedelle satılmasına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda rehinli alacaklı intifa hakkının terkinini talep edebilir.

Belirtilen şartların bulunması halinde rehinli alacaklı intifa hakkının terkin edilmesini talep eder. Böylelikle terkinle birlikte intifa hakkı sona ermiş olur. Rehlinli taşınmazı açık arttırma yoluyla satın alan kişi, taşınmazın mülkiyetini intifa hakkından arınmış olarak elde eder.

Eğer satış bedeli rehinli alacaklının alacağını karşılıyorsa, alacaklı alacağını tahsil ettikten sonra arta kalan bedel varsa, bu bedel intifa hakkı sahibine (tüm irtifak hakkı sahipleriyle birlikte) sırasına göre ve "haklarının değerini karşıladığı miktarda" paylaşılır⁹⁵. Aslında böylelikle intifa hakkı kaim değer üzerinde devam etmiş olur.

İntifa hakkı taşınır eşya üzerinde kurulmuşsa, taşınır rehnindeki genel kural uygulanır: Taşınır rehninde sıra kuruluş tarihine göre belirlenir (TMK md. 948/f.2). Taşınır rehni ile intifa hakkı çatıştığında taşınır rehninin kuruluş tarihi ile intifa hakkının kuruluş tarihi

⁹⁴ CANARSLAN, s. 147; SİRMEN, s. 567-568.

⁹⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 569; CANARSLAN, s. 148.

karşılaştırılır⁹⁶. Taşınır rehninde rehinli alacaklının terkin talep etme yetkisi yoktur.

2. Tüketilebilen Eşya Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması Halinde Eşyanın Tüketilmiş Olması

İntifa hakkı kural olarak tüketime tabi olmayan taşınır eşya üzerinde kurulur. Ancak kanun koyucu tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulmasına imkan vermiştir. Tüketilebilen ve değeri biçilen şeyler başlıklı TMK md. 819/f.1'e göre "Tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer; ancak intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur." Böylece tüketilebilen taşınır eşya üzerinde intifa hakkı kurulması mümkündür. Fakat burada intifa hakkının temel kurallarının bazılarının uygulanamayacağı görülmektedir. Bu nedenle tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkına "gerçek olmayan intifa" adı verilmektedir.

Tüketilebilen eşya denince akla yiyecek, akaryakıt gibi nesnelere gelmektedir. Ancak giysiler, beyaz eşya gibi makinelerin tüketilebilen eşya olup olmadığı konusu incelenmelidir. Kanun koyucunun kastettiği anlamda tüketilebilen eşya, özgülenme amacına uygun olarak kullanılması tüketilmesine, temlik edilmesine veya elden çıkarılmasına bağlı olan taşınır eşyadır⁹⁷. Bir eşyanın tüketilebilir olup olmadığı araştırılırken hem fiziksel özellikleri, hem de özgülenme amacı dikkate alınmalıdır⁹⁸. Örneğin bir çuval portakal veya para tüketilebilen eşya olarak kabul edilir. Portakal yenmek suretiyle, para da temlik edilmek suretiyle tüketilir. Tüketilebilen eşyanın öz değerinin kullanım sonucunda yok olması ve bir kez daha aynı şekilde kullanılmasının mümkün olmaması gerekir⁹⁹. Bununla birlikte kullanılması sonucunda

⁹⁶ NOMER/ERGÜNE, s. 323, dn. 18; SİRMEN, s. 566; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 774-775; NOMER/ERGÜNE, s. 323; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 23-24.

⁹⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73; SİRMEN, s. 593; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.853; Eşyanın tüketilebilir olma özelliği konusundaki tartışmalar için bkz. ÖZEN, s. 456 vd; CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 6 vd.

⁹⁸ CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 3 vd; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73.

⁹⁹ CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 4.

yavaş yavaş eskiyen eşyalar tüketilebilen eşya değildir¹⁰⁰. Bu nedenle çamaşır makinesi tüketilebilen eşya olarak kabul edilmez. Tüketilebilen eşya konusunda yapılan tanımların yanında eşyanın kullanım amacının da göz önünde tutulması gerektiği belirtilmektedir¹⁰¹. Eşya tüketilebilir nitelikte olmasına rağmen özgülenme yönü bakımından tüketilme amacı taşıyorsa tüketilebilen bir eşya olduğu söylenemez¹⁰². Örneğin müzede sergilenmek üzere konulmuş bir portakal artık tüketilebilen eşya vasfını kaybeder¹⁰³.

Gerçek olmayan intifada malikle hak sahibi arasında bir borç ilişkisi kurulur¹⁰⁴. İntifa hakkı sahibi hakkının bitmesiyle birlikte eşyanın değerini ödeme borcu altına girer. Söz konusu borç intifa hakkı bittiği zaman muaccel olur¹⁰⁵. Gerçek olmayan intifa TMK md. 794 vd. genel hükümlere göre kurulur. Tarafların hak ve yükümlülükleri, sona erme sebepleri gibi hükümler gerçek olmayan intifanın yapısına uygun düştüğü müddetçe uygulanır¹⁰⁶.

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulduğunda mülkiyet kural olarak intifa hakkı sahibine geçer. Bu durum TMK mf. 819/f.1'in açık ifadesinden anlaşılmaktadır. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Yani tüketilebilen eşya üzerinde gerçek anlamda intifa hakkı kurulabilir¹⁰⁷. Sözleşmede ayrıca mülkiyetin geçişi kararlaştırılmamış olsa da mülkiyet hakkı kanun gereği, kendiliğinden intifa hakkı sahibine geçmiş olur¹⁰⁸. Böylece intifa hakkı sahibi tam anlamıyla malik hak ve yetkilerine sahip olur. Eşya üzerinde tasarrufta bulunabilir. Mülkiyetin devri gerçek anlamıyla hüküm ifade eder. İntifa hakkı sona erdiğinde hak sahibi eşyayı tüketmemişse geri vermekle

¹⁰⁰ SİRMEN, s. 593; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 73.

¹⁰¹ CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 6-7; ÖZEN, s. 465-466; SİRMEN, s. 593.

¹⁰² CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 6-7; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73; SİRMEN, s. 593.

¹⁰³ CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 7.

¹⁰⁴ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72; AKÇAAL, s. 625; CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 14,19; AKÇAAL, s. 625.

¹⁰⁵ CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 19.

¹⁰⁶ NOMER/ERGÜNE, s. 568-569.

¹⁰⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 73; AKÇAAL, s. 625; NOMER/ERGÜNE, s. 568-569.

¹⁰⁸ NOMER/ERGÜNE, s. 568-569; SİRMEN, s. 593; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 73.

yükümlü değildir¹⁰⁹. Çünkü mülkiyet hak sahibine geçmiştir. O ancak eşyanın bedelini ödemekle yükümlü olur.

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa, intifa süresince eşyanın kullanıma bağlı olarak tüketilmesi mümkündür. Bu yolla eşya öz değerini veya varlığını yitirecek şekilde elden çıkmış olur. Örneğin yiyecek üzerinde kurulan intifa hakkında yiyeceğin tüketilmesiyle eşya ortadan kalkmış olur. Para veya altın üzerinde intifa hakkı kurulduğunda bunların harcanması durumunda eşya harcanmakla ya da temlik edilmekle tüketilmiş olur.

İntifa hakkı sona erdiğinde gerçek intifada hak sahibi eşyayı geri vermekle yükümlü olur. Gerçek olmayan intifada ise eşya kural olarak tüketilebilir olduğundan hak sona erdiğinde eşyanın aynen iadesi mümkün olmaz. Bunun yerine iade nakden gerçekleşir. Daha açık ifade etmek gerekirse, kural olarak eşya intifa hakkı süresince tüketilmiş olacağı için hak sona erdiğinde eşyanın bedeli eski malike ödenir. TMK md. 819/f.1’de intifa hakkı sahibinin “bu şeylerin o günkü değerini” ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanun lafzındaki “o günkü değer” ifadesi öğretide tartışmalara yol açmıştır. Gerçek olmayan intifa sona erdiğinde hak sahibi tükettiği eşyanın bedelini eski malike ödeyeceği bedel, eşyanın intifa kurulduğu zamanki haline göre mi yoksa hak sona erdiğindeki piyasa değeri üzerinden mi ödeneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre maddenin kaleme alınış tarzı geri verme sırasındaki değerinin ödenmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰. Hatta 743 sayılı Medeni Kanun md. 744/f.1’de intifa hakkının başladığı gündeki değer borçlanılmış olduğu belirtiliyordu¹¹¹. 4721 sayılı TMK md. 819’un gerekçesinde intifa hakkının başladığı sıradaki kıymet ölçütünün geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değeri olarak değiştirildiği, bunun sebebi olarak da değerlerde meydana gelecek değişimlerden malikin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmek istenmesidir¹¹². Bizce de kanun lafzının ve gerekçesinin açık ifadesi karşısında bu görüşe üstünlük verilmelidir. Diğer görüşe göre “o günkü değeri” ifadesi

¹⁰⁹ ÖZEN, s. 462; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 73; NOMER/ERGÜNE, s. 568-569.

¹¹⁰ NOMER/ERGÜNE, s. 569.

¹¹¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72.

¹¹² TMK md. 819 gerekçe, www.corpus.com.tr, (Erişim tarihi 13.09.2022).

yeterince açık değildir, ayrıca mehz kanunda intifa hakkının başlangıcındaki değerin tazmin edileceği belirtildiği için bu ifade intifa hakkının başladığı tarihteki değer olarak anlaşılmalıdır¹¹³.

3. Değeri Biçilerek İntifa Hakkı Sahibine Teslim Edilen Eşyada Meydana Gelen Değişiklikler

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulmasını içeren TMK md.819'un ikinci fıkrasında değeri biçilerek intifa hakkı sahibine teslim edilen eşyaya ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre intifa hakkı sahibi kural olarak, değeri biçilerek kendisine teslim edilen diğer taşınurlar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir. Ancak bu yetkisini kullanırsa, bu şeylerin biçilen değerini geri verme sırasında ödemekle yükümlü olur.

İntifa hakkına konu olan taşınır eşya tüketilebilir nitelikte olmasa bile, eğer intifa hakkı sahibine teslim edilirken envanter çıkarılarak değer biçilmişse, bu durumda intifa hakkı sahibi o taşınır üzerinde tasarruf yetkisine sahip olur¹¹⁴. İntifa hakkı sahibi değeri biçilerek kendisine teslim edilen eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasa da tasarruf yetkisine sahiptir¹¹⁵. Değer biçilerek teslim edilen taşınırın mülkiyeti malike aittir. İntifa hakkı sahibi taşınır üzerinde tasarruf yetkisini kullanırsa, hak sahibi bu anda taşınırın mülkiyetini kanun gereği kazanır; taşınır eşyada tasarruf edene kadar mülkiyet malike aittir¹¹⁶. Bununla birlikte taraflar aksini kararlaştırabilirler. Daha açık ifade etmek gerekirse, intifa hakkı sahibinin değeri biçilen taşınır üzerinde tasarruf yetkisinin olmadığı ve eşyanın iade anında malike geri verileceği taraflar arasında kararlaştırılabilir¹¹⁷.

Aksine anlaşma yoksa, intifa hakkı sahibi taşınır eşya üzerinde tasarruf yetkisini kullanıp kullanmamakta serbesttir. İntifa hakkı sahibi taşınır eşyayı başkasına satıp devredebilir, rehnedebilir, yok edebilir. Eğer hak sahibi tasarruf yetkisini kullanarak eşyayı elinden çıkarmışsa

¹¹³ ÖZEN, s. 457; CANARSLAN, Tüketilebilen Eşya, s. 24.

¹¹⁴ ERTAŞ, s. 338; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 73; SİRMEN, s. 594;

¹¹⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 107; NOMER/ERGÜNE, s. 570;

¹¹⁶ SİRMEN, s. 594; NOMER/ERGÜNE, s. 570.

¹¹⁷ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73; AKÇAAL, s. 625; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 146; ÖZEN, s. 479; SİRMEN, s. 593.

intifa hakkı sona erer. Malik mülkiyet hakkını kaybeder, bunun yerine alacak hakkı doğar¹¹⁸. İntifa konusu taşınırın biçilen değerini intifa hakkı sahibi, eski malike ödemekle yükümlü olur. Malikin sahip olduğu alacak hakkı intifa hakkı son bulduğu anda, daha doğrusu intifa hakkının sona erdiği anda muaccel olur¹¹⁹.

İntifa hakkı sahibinin değer karşılama yükümü kural olarak para ile yerine getirilmelidir¹²⁰. Ancak TMK md. 819/f.2 intifa hakkı sahibine eşyayı misliyle ödeme imkanı vermiştir. İntifa konusu eşya tarım işletmesi gereçleri, hayvan sürüsü, ticari mallar ve benzeri şeyler ise bunlar aynen değil misliyle geri ödenebilir. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu intifa konusu eşyaları örnekseme yoluyla saymıştır. Her somut olay kendi içinde değerlendirilir.

4. Eşyanın İşleme, Karışma ve Birleşme Yoluyla Malikin Değişmesi Halinde Durumu

İntifa hakkına konu olan eşyanın taşınır olması halinde, eşyanın karışma, işleme veya birleşme sonucu formu değişmiş olabilir. Ayrıca bu hallerde eşyanın maliki de değişecektir. Malikin değişmesi intifa hakkını sona erdirmemekle birlikte eşyanın formunun değişmesi durumunda bu yeni hal üzerinde intifa hakkının devam edip etmeyeceği irdelenmelidir

İşleme, karışma ve birleşme, taşınır mülkiyetinin aslen kazanılmasını sağlayan haller arasındadır. İşleme (TMK md. 775) bir kişinin başka bir kişiye ait taşınır eşyayı (hakkı olmadığı halde) işlemek veya başka bir şekle sokmak suretiyle ondan yeni bir eşya yaratmasıdır. Örneğin bir başkasına ait tahtalar kullanılarak mobilya yapılması böyledir¹²¹. Daha önce tahta formunda olan eşya artık şekil değiştirerek yeni bir eşyaya dönüşmüş ve mobilya halini almıştır. Burada önemli olan işleme sonucunda eskisinden farklı, yeni şekle ve özelliklere sahip yeni bir eşyanın ortaya çıkmış olmasıdır. Eskisinden farklı yeni bir eşyanın ortaya çıkıp çıkmadığı hayatın olağan akışına ve ekonomik

¹¹⁸ ÖZEN, s. 477-478; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73; AKÇAAL, s. 625.

¹¹⁹ ÖZEN, s. 477-478; AKÇAAL, s. 625; NOMER/ERGÜNE, s. 569; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 72-73.

¹²⁰ ÖZEN, s. 478.

¹²¹ SİRMEN, s. 549; KILIÇOĞLU, s. 461-462.

bakışa göre belirlenir¹²². İşleme insan fiiliyle malzeme olarak kullanılan eşyanın şeklinin, niteliğinin ve yapısının değiştirilmesini ifade eder¹²³. Eşyada meydana gelen değişikliğin mutlaka insan fiiliyle ortaya çıkması gerekir, yoksa rüzgar, yağmur gibi doğal güçlerle eşyada meydana gelen değişiklikler işleme olarak adlandırılmaz¹²⁴.

Üzerinde intifa hakkı kurulmuş eşya malikten bir başkası tarafından işlenirse, ortaya çıkan yeni eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağı belirlenmelidir. İşlemeyle artık eski eşya ortadan kalkmış, yeni forma sahip yepyeni bir eşya ortaya çıkmıştır. İşte bu eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağının belirlenmesi için malzemenin değeri ile işleyen kişinin emeğinin değeri karşılaştırılır. Eğer malzemenin değeri fazla ise yeni eşya malzeme malikine ait olur. İşleyen kişinin emeğinin değeri malzeme değerinden fazlaysa yeni eşya işleyen kişinin mülkiyetine geçer (TMK md 775/f.1).

Eşyanın malikinin değişmiş olması kural olarak intifa hakkında herhangi bir değişiklik yaratmaz. Fakat işleme halinde artık eşyanın kendisinde köklü bir değişiklik olmuştur. Üstelik artık eşya eski haline getirilemeyecek şekilde form değiştirmiş ve başka bir eşya halini almıştır. Örneği hatırlayacak olursak, tahtalar üzerinde kurulan intifa hakkının kullanım amacı vs. artık işlevsiz kalır, çünkü tahtalardan yeni bir mobilya imal edilmiştir. Dolayısıyla işleme yoluyla eşyanın mülkiyeti işleyene geçince, eşya üzerinde önceden kurulmuş olan intifa hakkı sona erer¹²⁵. İntifa hakkının sona ermesini gerektiren durum mülkiyetin başkasına geçmesi değildir, üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan eşyanın yok olmasıdır. Eski eşyanın tamamen yok olması nedeniyle eşya üzerinde önceden kurulmuş intifa hakkı sona erer¹²⁶. Malzemeyi işleyen kişi malikin kendisi ise yine mülkiyet aslen kazanılır ve eşya üzerindeki intifa hakkı sona erer¹²⁷.

¹²² NOMER/ERGÜNE, s. 310; SİRMEN, s. 550.

¹²³ EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 517; NOMER/ERGÜNE, s. 309; KILIÇOĞLU, s. 461-462; AKÇAAL, s. 587-588.

¹²⁴ NOMER/ERGÜNE, s. 309.

¹²⁵ TEKİNAY, s. 21; SİRMEN, s. 551; AYAN, s. 585.

¹²⁶ CANARSLAN, s. 42-43.

¹²⁷ SİRMEN, s. 551; ÖZEN, s. 157.

İşlenen taşınırın eski maliki, işleyip mülkiyeti kazanan yeni malike karşı duruma göre haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı talepleri olabilir (TMK md. 775/f.3). İşte eski eşya üzerinde son bulan intifa hakkı, eski malikin talep hakları üzerinde devam eder¹²⁸.

Karışma ve birleşme (TMK md. 776) taşınır mülkiyetinin aslen kazanılması halleri arasında yer almaktadır. Karışma, mülkiyetleri farklı kişilere ait olan taşınır eşyaların kendi özelliklerini kaybederek birbiriyle kaynaşmasını ifade eder¹²⁹. Örneğin A'ya ait zeytinyağ ile B'ye ait ayçiçek yağının aynı tenekeye konması böyledir¹³⁰. Birleşme ise farklı kişilere ait taşınır eşyaların kendi özelliklerini yitirmeden tek bir eşya oluşturacak şekilde birbirlerine bağlanmasıdır¹³¹. Örneğin ahşap boyasının tahta masaya sürülmesi durumunda, iki eşya artık birbirinden ayıramayacak şekilde birleşmiş olur. Karışma ya da birleşme halinde bunun kendiliğinden ya da insan fiiliyle yapılmış olması bir fark yaratmaz¹³². Karışma ve birleşme üzerine, TMK md. 776 uyarınca iki taşınırın fazla emek ve para harcanmadan birbirinden ayrılması olanaksız ise bunların bir araya gelme zamanındaki oranlarına göre yeni eşya üzerinde paylı mülkiyet kurulmuş olur.

Netice itibariyle karışma ve birleşme durumunda da yeni bir eşya vücuda gelmektedir. Eski eşya artık yok olmuştur. İşte bu nedenle üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan taşınır, başka bir taşınırla karışır ya da birleşirse intifa hakkı sona erer¹³³. TMK md. 776/f.1'e göre karışan eşyalar üzerinde paylı mülkiyet kurulmuşsa, yok olan eski eşya üzerindeki intifa hakkı bu eşyanın malikinin yeni oluşan eşyadaki payı üzerinde devam eder¹³⁴.

¹²⁸ ÖZEN, s. 157; NOMER/ERGÜNE, s. 575, dn. 130.

¹²⁹ EREN, s. 518-519; TEKİNAY, s. 22; SEROZAN, s. 325; NOMER/ERGÜNE, s. 311; SİRMEN, s. 551; AKÇAAL, s. 588; KILIÇOĞLU, s. 464.

¹³⁰ TEKİNAY, s. 22; SEROZAN, s. 325; NOMER/ERGÜNE, s. 311-312.

¹³¹ NOMER/ERGÜNE, s. 311; SEROZAN, s. 325; TEKİNAY, s.23; ¹³¹ EREN, s. 518-519; SİRMEN, s. 551-552; AKÇAAL, s. 588; KILIÇOĞLU, s. 464-465.

¹³² EREN, s. 518-519; TEKİNAY, s. 22; SEROZAN, s. 325; NOMER/ERGÜNE, s. 311; SİRMEN, s. 551; AKÇAAL, s. 588; KILIÇOĞLU, s. 464.

¹³³ NOMER/ERGÜNE, s. 575; ÖZEN, s. 157; BAUMANN, Art. 748-749, N. 20.

¹³⁴ BAUMANN, Art. 749, N. 20; NOMER/ERGÜNE, s. 575, dn. 130.

5. Eşyanın Bütünleyici Parça Haline Gelmesi

TMK md. 684/f.2'ye göre “ bütünleyici parça, yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.” Maddenin ilk fıkrasında bir eşyanın bütünleyici parça haline gelmesi durumunda asıl eşyaya malik olan kişinin bütünleyici parçaya da malik olacağı belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle asıl eşya üzerinde ayrı, bütünleyici parça üzerinde ayrı mülkiyet hakkı kurulamaz, asıl şeyin maliki bütünleyici parçanın da maliki olur.

Bütünleyici parça haline gelen eşya, asıl şeyin mülkiyetine tabi olarak yok olmuştur. Üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan eşya başka bir eşyanın bütünleyici parçası haline gelirse, bunun üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer ve intifa hakkı da son bulur¹³⁵. Başka bir ifadeyle intifa hakkının sona ermesinin sebebi (eski) eşyanın yok olmasıdır. Zaten bütünleyici parça üzerinde ayrı bir mülkiyet hakkı mevcut olamayacağına göre, bütünleyici parça haline gelen taşınır eşya, intifa hakkının konusunu teşkil edemez.

Eşyanın bütünleyici parça haline gelmesi noktasında kanun koyucu ayrı bir hüküm sevk etmiştir. TMK md. 776/f.2'ye göre “bir taşınır diğer bir taşınırın onun ikincil nitelikte bütünleyici parçası olacak şekilde karışır veya birleşirse; eşyanın tamamı ana parçanın malikine ait olur.” Burada iki ihtimal belirtilmektedir: İki farklı eşyanın karışması veya birleşmesi halinde intifa hakkı asıl şey üzerinde kurulmuşsa, asıl şey ikincil nitelikteki eşyayı kapsamına alır¹³⁶. Eğer karışan ya da birleşen eşyalardan ikincil nitelikte olan üzerinde intifa hakkı kurulmuş idiyse, bu parça üzerinde mülkiyet ve intifa hakkı sona erer ve intifa hakkı haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme talep hakları üzerinde devam eder¹³⁷.

6. Paylı Mülkiyette Pay Üzerinde Kurulan İntifa Hakkının Paylaşmadan Sonraki Durumu

¹³⁵ NOMER/ERGÜNE, s. 575; ÖZEN, s. 156.

¹³⁶ ÖZEN, s. 157.

¹³⁷ BAUMANN, Art. 748-749, N. 20.

Türk Medeni Kanunu'nda paylı mülkiyete ilişkin esaslar 688-700. maddeler arasında düzenlenmiştir. TMK md.688'de yer alan tanımlamaya göre "paylı mülkiyette birden çok kimse maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir." Paylı mülkiyet, birden çok kişinin bir eşya üzerinde aynı anda kural olarak eşit oranda mülkiyet hakkına sahip oldukları birlikte mülkiyet halidir¹³⁸. Paydaşların kendi payları üzerinde intifa hakkı kurmalarının önünde herhangi bir engel yoktur¹³⁹. Bu husus TMK md 688/f.3'te "paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yetkilerine sahip olur" şeklinde belirtilmiştir. Paydaşlardan biri kendi payı üzerinde intifa hakkı kurduğunda hak sahibi pay üzerinde kural olarak tam kullanma ve yararlanma yetkisini elde eder.

Paydaşlardan birinin payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, kanun diğer paydaşlara eşyanın paylaşılmasını isteme yetkisi vermiştir. TMK md.700'e göre "Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması hâlinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder". Paydaşlardan birinin payı üzerinde intifa hakkı kurduğunun diğer paydaşlara tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde diğer paydaşların paylaşmayı istemesi gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü süredir. Ancak bu şekilde TMK md. 700 uygulama alanı bulur ve intifa hakkı bedel üzerinde devam eder. Eğer paylaşma üç aylık süre geçtikten sonra istenirse, madde gerekçesine göre satış istemi intifa hakkını etkilemez¹⁴⁰. Yargıtay'a göre pay üzerinde intifa hakkı kurulduğu TMK md. 700'e göre diğer paydaşlara bildirilmezse, intifa hakkının tesisinden itibaren üç aylık süre

¹³⁸ EREN, s. 85-86; NOMER/ERGÜNE, s. 219 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 301 vd; SİRMEN, s. 301 vd; KILIÇOĞLU, s. 240 vd; AKÇAAL, s. 343 vd.

¹³⁹ EREN, s. 96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 307; NOMER/ERGÜNE, s. 253-254.

¹⁴⁰ Gerekçe TMK md. 700, <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/d0518648-7762-4fdc-aa31-3d09b5cc7559>, Erişim Tarihi 20.09. 2022.

geçtikten sonra açılan dava, süresinde açılmış sayılır¹⁴¹. Kaldı ki, payı üzerinde intifa hakkı kuran paydaşa böyle bir yükümlülük getirilmediği gibi, malik hak ve yükümlülüklerini kullanarak serbestçe payı üzerinde intifa hakkı kurması karşısında paylaşma yaptırımıyla karşılaşması düşündürücüdür¹⁴².

Bu maddede belirtilen durum şöyle cereyan edecektir: Paydaşlardan biri kendi payı üzerinde intifa hakkı kurduğunu diğer paydaşlara tebliğ yoluyla bildirilir. Tebliğden itibaren üç ay içinde diğer paydaşlar paylaşma talepli dava açabilirler¹⁴³. Üç aylık sürede bu haklarını kullanırlarsa taşınmaz açık arttırma yoluyla satılır. Pay üzerindeki intifa hakkı satışla birlikte sona erer ve paylaşma sonunda malike düşecek bedel üzerinde devam eder. TMK md.700'ün düzenlemesi bu yönde olmakla birlikte maalesef hatalı Yargıtay kararları nedeniyle konu tartışmalı ve içinden çıkılmaz hale gelmiştir. Yargıtay'ın 14.03.1960 tarihli 1960/1 E, 1960/3 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre satışın intifa hakkı ile yüklü olarak yapılması gerekir. Ancak öğretilerde bu karar ve buna bağlı uygulama yoğun eleştirilere maruz kalmıştır¹⁴⁴. Öncelikle pay üzerinde intifa hakkının devam edeceği ve satışın payın intifa hakkıyla kayıtlı olarak yapılacağı yönündeki görüş kabul edilemez niteliktedir. Bunun gerekçelerinden biri paylı mülkiyet konu olan taşınmaz satıldığında, ortada artık pay kalmayacaktır. Pay kalmayınca mülkiyet hakkı da kalmaz. Buna bağlı olarak intifa hakkı da olmayan pay üzerinde devam edemez¹⁴⁵. Bu nedenle taşınmazın intifa hakkıyla yüklü olarak satışa çıkarılması mümkün değildir. Ayrıca

¹⁴¹ Y. 14. HD, 28.10.2013, E. 11795/ K. 13467, <https://app.e-uyar.com/karar/list/d0518648-7762-4fdc-aa31-3d09b5cc7559?p=1>, (Erişim Tarihi 20.09.2022).

¹⁴² ÖZMEN, Ethem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek, "Kırk Akıllının Kuyudan Çıkaramadığı Taş: MK 'Madde 700' Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar", İstanbul Barosu Dergisi, 81(3), 2007, s.965.

¹⁴³ "Dava konusu taşınmazda dava dışı şahıs lehine intifa hakkı tesis edildiği anlaşıldığından dava sırasında intifa hakkı sahibinin davaya dahil edilmesi gerekeceği ", Y. 14. HD, 09.09.2013, 9819/11183, <https://app.e-uyar.com/karar/list/d0518648-7762-4fdc-aa31-3d09b5cc7559?p=2>,(Erişim Tarihi 20.09.2022).

¹⁴⁴ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 949 vd; SİRMEN, s. 331; NOMER/ERGÜNE, s.253-254.

¹⁴⁵ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 962; SİRMEN, s. 332.

İBK'da benimsenen taşınmazın intifa hakkıyla yüklü olarak satışa çıkarılması gerektiği görüşü kabul edilecek olursa, bu durum taşınmazın düşük bedelle satılmasına sebep olur. Böyle bir durumda payında intifa hakkı kurmuş olan paydaş, hiç hakkı olmadan diğerlerinin mülkiyet hakkını olumsuz olarak etkilemiş olur ve bu sonuç hiçbir hukuki gerekçe ile açıklanamaz¹⁴⁶.

Esasen hükmün varlığı öğretide topyekün eleştirilmektedir: Yukarıda belirtilen TMK md.798/f.2 hükmü kanunda belirlenen durumlarda intifa hakkının kaim değer (ayni ikame) üzerinde devam edeceğini öngörmektedir. TMK md.700 ise payında intifa hakkı olmayan diğer paydaşlara üç aylık hak düşürücü süre vermiştir. İntifa hakkı kurulduğu kendilerine tebliğ edildikten itibaren üç ay içinde paylaşma için dava açılmazsa, intifa hakkının kaim değer üzerinde devam etmeyeceği sonucuna varılmaktadır; ki bu sonuç TMK md. 798/f.2'nin uygulanmaması anlamına gelir¹⁴⁷. Bu nedenle TMK md. 700 hükmünün hatalı olduğu ve değiştirilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır¹⁴⁸.

İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması bakımından intifa hakkının kurulduğu tarihin dikkate alındığı, 01.01.2002'den önce kurulan intifa hakkına 1960 tarihli İBK'nın uygulandığı, 01.01.2002'den sonra kurulan intifa hakkına TMK md.700'e göre intifa hakkından arınmış olarak satış yapılacağına karar verildiği görülmektedir¹⁴⁹. Yakın

¹⁴⁶ ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 964-966.

¹⁴⁷ SİRMEN, s. 332-333; ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 969-970.

¹⁴⁸ SİRMEN, s. 332-333; ÖZMEN/BİLGİN YÜCE, s. 970.

¹⁴⁹ "Ortaklığının giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde intifa hakkı var ise bu hak sahibinin davaya dahil edilmesi zorunludur. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önce kurulmuş bir intifa hakkı varsa taşınmazın 14.03.1960 tarihli ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca intifa hakkı ile yükümlü olarak satılması gerekir. İntifa hakkı sahibi yalnız başına bu hakkının paraya çevrilmesini, taşınmazın intifasız satışını isterse diğer paydaşların muvafakati aranmaksızın taşınmazın intifasız satışına karar verilmelidir. İntifa hakkı 01.01.2002 tarihinden sonra kurulmuş ise, 4721 sayılı TMK'nın 700. maddesi uyarınca "Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder", Y. 7. HD, E. 2021/5940, K. 2021/2117, <https://karaarama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi 21.09.2022).

tarihli kararlarda İBK'dan ayrılarak taşınmazın intifa hakkından arınmış olarak satılması gerektiği görüşü baskın görünmektedir¹⁵⁰.

SONUÇ

İntifa hakkı konusu eşyada farklı sebeplerle değişiklikler meydana gelebilmektedir. Bu durumda intifa hakkının sona erme sebeplerinin mevcut olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer mevcut durum bunlardan birine dahilse intifa hakkı ona göre sona erer. Eşyada meydana gelen değişiklik intifa hakkının sona erme sebepleri arasında yoksa, bu durumun Medeni Kanun'da düzenlendiği hükümlere bakılmalıdır.

Öncelikle intifa konusu eşyada meydana gelen değişikliğin niteliği tespit edilmelidir. Daha doğru bir ifadeyle, eşyadaki değişikliğin eşyayı hangi hal ve şarta maruz bıraktığına bakılmalıdır. Burada eşyanın değişiklikten sonra aldığı hal ve üzerindeki mülkiyet hakkının halen devam edip etmediği önemlidir.

İntifa konusu eşyanın harap olması, yok olması ve cebri icra yoluyla satılması halinde, bunlar TMK gereği hakkın sona erme sebepleri arasında olduğundan intifa hakkı sona erer. İntifa konusu taşınırın bütünleyici parça haline gelmesi, işleme, karışma, birleşme hallerinde artık eski eşya yok olduğu için intifa hakkı sona erer. Eşyanın malikin veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olması, harap olma, kamulaştırma gibi durumlarda intifa hakkı sigorta veya tazminat bedeli gibi kaim değer üzerinde devam eder. İntifa hakkının kaim değer üzerinde devam edeceği haller yasal intifa hakkı olup, bunlar örneksene yoluyla TMK md. 798/f.2'de sayılmıştır. Sigorta ve kamulaştırmadan başka hallerde de intifa konusu eşya yerine gelen kaim değer üzerinde intifa hakkı devam eder. Aslında intifa konusu eşyada meydana gelecek değişikliklerin büyük bölümünde intifa hakkı sahibini korumak için hakkın kaim değer üzerinde devam ettiği görülmektedir. Bu bakımdan TMK md.798/f.2 sıkça uygulama alanı bulmaktadır.

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulduğunda ise, bu tür intifa hakkı kural olarak eşyanın tüketilmesine bağlandığı için, tabiatıyla

¹⁵⁰ Y. 6. HD, 19.03.2012, 1539/4386; Y. 6. HD, 13.03.2012, 14254/3990, <https://app.e-uyar.com/karar/list/d0518648-7762-4fdc-aa31-3d09b5cc7559?p=2>, (Erişim Tarihi 20.09.2022).

eşya ortadan kalkacak şekilde tüketilmiş olur ve eşyanın (hakkın sona erdiği tarihteki) değeri malike ödenir.

Pay üzerinde intifa hakkı kurulduğunda ise son derece tartışmalı bir hüküm olan TMK md. 700 diğer paydaşlara paylaşmayı isteme hakkı tanımıştır. Diğer paydaşlar paylaşmayı isterse intifa hakkı bu durumda paya düşecek bedel üzerinde devam eder. Eğer diğer paydaşlar bildirimden itibaren üç ay içinde paylaşmayı istemezse, intifa hakkının kaim değer üzerinde devam etmeyeceği sonucuna varıldığından dolayı Yargıtay'ın konuya yaklaşımı öğretide haklı olarak son derece eleştirilmekte ve TMK md. 700'ün değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, Beta, 2018.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku, Cilt IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AYAN Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- BAUMANN, Max, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV/2a, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten (Art 745-778 ZGB), Nutzniessung und Wohnrecht, Zürich 1999, Art. 748-749, N. 22.
- BİLGİN YÜCE, Melek: Eşya Hukuku Pratik Çalışmaları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- CANARSLAN, Gökçe: İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- CANARSLAN, Gökçe, "Tüketilebilen Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkı", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 2019, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/751603>, (Erişim Tarihi 30.07.2022).
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları, 2021.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- LEEMANN, Hans, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Das Sachenrecht, II Abteilung (Art. 730-918), Bern, 1925.

MÜLLER, Roland M., Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art 457-977
ZGB

(Heinrich Hansell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), Helbing
Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006.

NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, On İki
Levha Yayıncılık, İstanbul.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya
Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.

ÖZEN, Burak: Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı,
Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

ÖZMEN, Ethem Saba/ŞENGÜL, Mehmet: Kentsel Dönüşümde Kat
Mülkiyeti Uygulamaları İle Sınırlı Ayni Haklar ve Şerhler (6306
Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanunu
Hükümlerince), On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

ÖZMEN, Ethem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek, "Kırk Akıllının Kuyudan
Çıkaramadığı Taş: MK 'Madde 700' Hükmünce Pay Üzerindeki
İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin
Hukuki Sonuçlar", İstanbul Barosu Dergisi, 81(3), 2007.

SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

SÖNMEZ, Muhammet: Kentsel Dönüşüm Hukuku, Seçkin Kitabevi,
Ankara, 2020.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar,
Eşya Hukuku II/3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

HASTALIK VE SAĞLIK SİGORTASINDA SİGORTACININ ALDIĞI RAPOR HAKKINDA BİLGİ İSTEME VE İNCELEME HAKKI

Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN*

Öz

TTK m. 1401’de sigorta sözleşmesi tanımlanmaktadır. Bir sözleşme olması sebebiyle tarafların sigorta sözleşmesinden kaynaklanan çeşitli hak ve yükümlülükleri mevcuttur. TTK m. 1518’de hastalık ve sağlık sigortası kapsamında sigortalının bilgi isteme hakkı; “Sigortacı, ifa yükümlülüğünü incelerken, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır” ifadelerine yer verilmek suretiyle düzenlenmektedir. Hüküm, sigortacının ifa yükümlülüğü kapsamında riziko değerlendirmesine ilişkin araştırma ve incelemeleri sırasında sigortalının sağlık durumu hakkında elde ettiği raporları ilgilisi ile paylaşması yükümlülüğünü düzenlemektedir. Düzenlemenin kaynağı §202 VVG olup TTK m. 1518 ile bazı farklılıklar içermektedir. Bu çalışmada; TTK m. 1518 bağlamında, bilgi isteme hakkı ve bu hakkın kapsamının Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Eskişehir, Turkey.

✉ hediye@anadolu.edu.tr • ORCID 000-0001-5175-8987.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: **BAHAR SAYIN**, Hediye: “Hastalık ve Sağlık Sigortasında Sigortalının Aldığı Rapor Hakkında Bilgi İsteme ve İnceleme Hakkı”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, s. 949-991.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

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

Anahtar Kelimeler

• Can sigortası • Hastalık ve sağlık sigortası • Bilgi isteme hakkı • Rapor • Tıbbi gereklilik

THE RIGHT TO REQUEST AND EXAMINE INFORMATION ON THE REPORT RECEIVED BY THE INSURER IN SICKNESS AND HEALTH INSURANCE

Abstract

Article 1401 of the TCC defines the insurance contract. Since it is a contract, the parties have various rights and obligations arising from the insurance contract. In Article 1518 of the TCC, the insured's right to request information within the scope of sickness and health insurance is regulated by using "*While examining the obligation to perform, the insurer is obliged to give the doctor determined, if requested by the relevant person or the person's legal representative, information on the report he received on whether the disease covered by the coverage has occurred and the necessity of medical treatment, and the potential to examine the report.*" statements;". The adjudgement regulates the obligation of the insurer to share with the relevant person the reports obtained on the health status of the insured during the research and examination of the risk assessment within the scope of the performance obligation. The regulations source is § 202 VVG and it has some differences from Article 1518 of the TCC. In this study; In the context of Article 1518 of the TCC, it is aimed to evaluate the right to request information and the scope of this right in comparison with German law.

Key Words

• Personal insurance • Sickness and health insurance • Right to request information • Report • Medical necessity

GİRİŞ

Sigortanın ekonomik ve sosyal anlamda pek çok yararı vardır. Sigorta sayesinde toplum ve bireyler kendilerini güvence altına almaktadır¹.

¹ AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 1; ÇEKER, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Adana 2011, s. 4 vd.; KARA, Hacı, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 39 vd.; KAYIHAN, Şaban/ BAĞCI, Ömer, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Kocaeli 2019, s. 23; KENDER, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, 17. Baskı, İstanbul 2021, s. 6; KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2003, s. 11 vd.; ÖZDAMAR, Mehmet/ DOĞAN, Burak: Sigorta Hukuku Temel Hukuk Dizisi, 1.

Sigorta sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme² olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin en önemli özelliği taraflara karşılıklı hak ve yükümlülükler³ yüklemesidir. Bu kapsamda, sigorta sözleşmelerinde de tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Sigorta ettirene düşen borç ve yükümlülükler, sigortacının haklarını sigortacının borç ve yükümlülükleri ise sigorta ettirenin haklarını oluşturmaktadır⁴.

Çalışma konusunu can sigortası türlerinden hastalık ve sağlık sigortasında sigortalının sigortacının aldığı rapor hakkında bilgi isteme hakkı oluşturmaktadır. TTK m. 1518 gereği, *“Sigortacı, ifa yükümlülüğünü inceleyen, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır”*.

Anılan madde hükmü, sigortacının ifa yükümlülüğü kapsamında riziko değerlendirmesine ilişkin araştırma ve incelemeleri sırasında, sigortalının sağlık durumu hakkında elde ettiği raporu ilgilisi ile

Baskı, Ankara 2020, s. 17 vd.; YAZICIOĞLU, Emine/ ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, Sigorta Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2021, s. 5 vd.

- ² Sigortacının borcu “sigorta himayesi sağlamak” olarak kabul edildiğinde, riziko gerçekleşme dahi sigortacı borcunu ifa etmiş kabul edilir. ÇEKER, s. 57; ÖZDAMAR/ DOĞAN, s. 56; KAYIHAN/ BAĞCI, s. 117; KAYIHAN, Şaban, “Hastalık ve Sağlık Sigortası”, REGESTA, C. 5, S. 2, 2020, s. 256; KENDER, s. 189; KUBİLAY, s. 36; YAZICIOĞLU/ ŞEKER ÖĞÜZ, s. 75. Sigorta sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu konusunda bkz. KARA, s. 135.
- ³ Sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinde tarafların yükümlülükleri çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan biri ilk yükümlülükler ve ikincil yükümlülüklerdir. İlk yükümlülükler, sözleşmeden doğan her türlü yükümlülük olup aslı yükümlülük ve yan yükümlülük şeklinde belirmektedir. Aslı yükümlülükler aslı edim ve yan edim yükümlülükleri olarak kendi içinde ayrılmaktadır. Yan yükümlülükler ise borç ilişkisinden doğan ve edim yükümlülüğün dışında kalan diğer yükümlülüklerdir. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2014, s. 30.
- ⁴ ÇEKER, s. 77. Bu kapsamda, sigorta ettiren, prim ödeme borcu(TTK m. 1430), beyan (TTK m. 1435, 1444, 1446), bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme (TTK m. 1447), zararı önleme, azaltma ve sigortacının rücu haklarını koruma (TTK m. 1448) yükümlülüğü söz konusu iken, sigortacının ise öncelikle sigorta himayesi sağlama (TTK m. 1409, 1421), sigorta ettirene bilgi verme (aydınlatma yükümlülüğü) (TTK m. 1423), poliçe düzenleme (TTK m. 1424) ve sigorta tazminatı/bedelini ödeme yükümlülüğü mevcuttur (TTK m. 1427). ÖZDAMAR/ DOĞAN, s. 56; ÇEKER, s. 78 vd.

paylaşması yükümlülüğünü düzenlemektedir⁵. Bu hükme aykırı olarak düzenlenen sigorta sözleşmesi şartları ise geçersizdir (TTK m. 1520/2).

Bu çalışmada TTK m. 1518 bağlamında, hastalık ve sağlık sigortası türlerinin genel olarak incelenmesinin ardından bilgi isteme hakkı ve bu hakkın kapsamı belirlenecek devamında zamanaşımı, masraf gibi çalışma açısından önem arz eden başlıklar Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

I. HASTALIK VE SAĞLIK SİGORTASI

A. Genel Olarak

Can sigortalarında (TTK m.1487-1520) sigorta sözleşmesinin konusunu sigortalının hayatı, vücut tamlığı ve sağlığı gibi şahıs varlığı değerleri oluşturmaktadır⁶. Sigortacı; hayat sigortasında sigortalının sözleşme süresi içinde hayattan ayrılması veya hayatta bulunması, kaza sigortasında sigortalının kaza sonucu ölmesi veya sakat kalması, sağlık sigortasında sağlık sorunu yaşayan sigortalı için sağlık masrafı yapılması, hastalık sigortasında; sigortalının sözleşmede sayılan hastalıklardan birine yakalanması hallerinde ödeme yapmaktadır⁷.

Hastalık ve sağlık sigortası (TTK m. 1511-1519), kanunda aynı başlık altında düzenlenmesine rağmen birbirinden farklı hukuki esaslara bağlı iki sigorta türüdür⁸. Bu husus, TTK m. 1511 gerekçesinde de “düzenlemede öncelikle hastalık ve sağlık sigortası ayırımına gidilmiştir” ifadesi ile vurgulanmaktadır. Ayrıca, bir özel sağlık sigortası türü olan hastalık ve sağlık sigortaları tarafların isteğine bağlı olarak yapılmakta olup, sorumluluk sigortaları (TTK m. 1483 vd.) veya bazı mal (deprem) sigortaları gibi kamu

⁵ ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 1734; ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C. III Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler 2. Bölüm Can Sigortaları (Madde 1487-1520), 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 457.

⁶ Can sigortasının konusunu oluşturan şahıs varlığı değerlerinin objektif olarak ölçülmesi mümkün olmadığından sözleşmede belirlenen risk gerçekleştiğinde ortaya çıkan zararın tam olarak belirlenmesi mümkün olmamaktadır. CAN, Mertol, Birden Çok Sigorta, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 8.

⁷ ÜNAN, s. 1.

⁸ KUBİLAY, s. 119. Hastalık sigortasının, sağlık sigortasının bir türü olduğu hakkında eleştiri için bkz. ERİŞ, s. 1694.

yararının gerekli kılması (Sigortacılık Kanunu⁹ (SK) m. 13/1) sebebiyle akdedilmesi zorunlu olan sigortalardan değildir¹⁰.

B. HASTALIK SİGORTASI

Hastalık sigortası, sözleşmede sayılan hastalıkların sözleşme süresi içerisinde gerçekleşmesi veya ortaya çıkması haline ilişkin sigorta teminatı sağlamaktadır (TTK m. 1512). Hastalığın gerçekleşmesi halinde, bunun bir zarara neden olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmede kararlaştırılan sigorta bedeli ödenmektedir¹¹. Bu sebeple, hastalık sigortası meblağ sigortası şeklinde düzenlenmektedir¹². Hastalık sigortasında, sigorta ettiren kendisini sigorta ettirebileceği gibi kendisine yansıyacak gider yüküne karşı başkasının hastalık hali için veya üçüncü bir kişi lehine de sigorta sözleşmesi akdedilebilmektedir (TTK m. 1511). Sözleşmede lehtar belirlenmediği takdirde sigortanın “sigortalı lehine” yapıldığı kabul edilmektedir (TTK m. 1515/4)¹³. Lehtar belirlemek suretiyle başkasının sağlığı üzerine sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için sigorta ettiren ile lehtar arasında sigortalanabilir menfaatin bulunması gerekmektedir (TTK m. 1515/1)¹⁴.

C. SAĞLIK SİGORTASI

Uygulamada sağlık sigortası, sigorta şirketleri tarafından çeşitli şekillerde sınıflandırılrsa da teminat kapsamı açısından ihtiyari sağlık sigortası, tamamlayıcı ve destekleyici sağlık sigortası ile seyahat sağlık sigortası olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁵.

TTK m. 1513 uyarınca sağlık sigortası; sağlık giderleri teminatı, gündelik hastane teminatı, gündelik iş görememe teminatı, bakım giderleri

⁹ 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu için bkz. 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmî Gazete.

¹⁰ KAYIHAN, s. 257 vd.; SÜZEL, Cüneyt, “Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 936.

¹¹ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 387; ÇEKER, s. 337; KAYIHAN, s. 258 vd.

¹² Hastalık sigortasında riziko gerçekleştiğinde sigortacının poliçede yazılı sigorta bedelini sigortalıya ödemesi sebebiyle bu sigorta türü için meblağ sigortası kavramını kullanmaktadır. ÖZDAMAR/ DOĞAN, s. 79. Benzer görüş için bkz. ÇEKER, S. 337.

¹³ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 387; ÇEKER, s. 338; KAYIHAN, s. 260 vd.; ÖZDAMAR/ DOĞAN, s. 180.

¹⁴ Düzenleme konusundaki eleştiriler için bkz. ÜNAN, s. 437.

¹⁵ SÜZEL, s. 932; ŞİRİN, Melih, Özel Sağlık Sigortası, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 17.

teminatı ve gündelik bakım teminatı sağlamaktadır. Sağlık sigortasına ilişkin usul ve esaslar Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği (ÖSSY)¹⁶ ile düzenlenme altına alınmıştır. Ayrıca Sağlık Sigortası Genel Şartları'nda (SSGŞ)¹⁷ teminat kapsamına dahil haller ile kapsam dışı hallere yer verilmiştir (SSGŞ m. 1).

Sağlık sigortası, zarar ve meblağ sigortası özelliklerini içerdiğinden karma sigorta olarak değerlendirilmektedir¹⁸. Zira, sigortacı sigortalının hastalık sonucunda ortaya çıkan tedavi giderleri, hastane ve bakım masrafları ile iş göremezlikten kaynaklanan gelir kaybını karşılamayı üstlenmişse; zarar sigortası, hastalık durumunun ortaya çıkması halinde policede yazılı bedelin ödeneceği öngörülmüşse; meblağ sigortası söz konusu olmaktadır¹⁹. Ayrıca sigorta ettiren bizzat kendi hesabına sağlık sigortası yapabileceği gibi kendisine yansıyacak gider yüküne karşı başkasının sağlığını da sigorta ettirebilir. Ancak sağlık sigortasında lehtar tayini mümkün değildir (TTK m. 1511)²⁰.

Sağlık sigortası bireysel ya da grup sigortası²¹ şeklinde yapılabilir (ÖSSY m. 6/1 ve SSGŞ m. 18/B). Her ne kadar sağlık sigortasına

¹⁶ 23.10.2013 tarih ve 28800 sayılı Resmî Gazete.

¹⁷ Genel Şartların ismi "Hastalık Sigortası Genel Şartları" iken Hazine Müsteşarlığının 20/06/2006 tarih ve 32894 sayılı Sektör Duyurusu ile 20/06/2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere "Sağlık Sigortası Genel Şartları" olarak değiştirilmiştir.

¹⁸ UZUNALLI, Sevilay, Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 28.

¹⁹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 389; ÇEKER, s. 339 vd.; KAYIHAN, s. 258; ŞİRİN, s. 10. Sağlık sigortasının zarar sigortası olduğu görüşü için bkz. ÜNAN, s. 391, 405; ÜLGEN, Hüseyin, "Başkası Lehine Sigorta Ve Bu Sigortada Sigortalının Ve Sigorta Ettirenin Talep Ve Dava Hakkı" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 2830.

²⁰ Doktrinde sağlık sigortasında hiçbir surette lehtar tayinin mümkün olmadığı yönünde görüşler olduğu gibi (Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 389; KARA, s. 441) sağlık sigortasının zarar sigortası şeklinde düzenlenmesi halinde lehtar tayinin mümkün olmadığı yönünde de görüşler bulunmaktadır. Bkz. ÇEKER, s. 341; KAYIHAN, s. 264.

²¹ Grup sigortası, en az on kişiden oluşan, belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bir gruba dâhil kişiler lehine, sigorta ettirenin sigortacı ile akdettiği tek sigorta sözleşmesidir (TTK m. 1496). Hastalık ve sağlık sigortasına uygulanacak hükümlerin yer aldığı TTK m. 1519'da "Hayat sigortasına ilişkin hükümler 1497 ve 1504'üncü madde hükümleri dışında hastalık sigortasına da uygulanır..." ifadesine yer verilmektedir. Bu sebeple hastalık ve sağlık sigortasının grup sigortası

uygulanacak hükümler başlıklı TTK m. 1519'da grup sigortasına ilişkin TTK m. 1496'a atıf yapılmamışsa da, ÖSSY m. 6 ve SSGŞ m. 18/B'de yer alan hükümlerin TTK m. 1496 ile paralel ve hatta neredeyse aynı olduğu görülmektedir. Bu sebeple, TTK m. 1496 hükmü ancak ikincil mevzuat hükümleri vasıtasıyla ve dolaylı şekilde sağlık sigortasına da uygulanabilmektedir²².

II. BİLGİ İSTEME HAKKI

Bilgi edinme, temellerini insan haklarından²³ ve Anayasa'dan²⁴ alan ve kamu hukuku²⁵ ile özel hukuk ilişkilerine de yansımaları bulunan bir haktır. Bu kapsamda, mevzuatta konuya ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

A. Bilgi İsteme Hakkının Hasta Hakları Yönetmeliği ile İlişkisi

TTK m. 1518 hükmü, ilgilinin bilgi isteme hakkını düzenlemektedir. Ancak konu öncelikle hasta haklarıyla bağlantılıdır. Zira, bilgi isteme hakkının konusunu ilgilinin bir kısım sağlık verileri oluşturmaktadır. Hasta haklarının temelleri insan hakları ile ilgili olup bu hakların sağlık hizmetleri sahasına yansımalarından oluşmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY)²⁶ Üçüncü Bölümü'nde hastanın "Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı" düzenlenmektedir. Yönetmeliğin bu bölümünde bulunan 15. maddenin başlığı "Bilgilendirmenin Kapsamı", 16. maddenin başlığı ise "Kayıtları İnceleme"dir. Hüküm kapsamında "*Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve*

şeklinde oluşturulması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİFTÇİ, Tuba, Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, 2016, s. 15 vd. TTK m. 1519'da grup sigortasın atıf yapılmadığı, konunun Sağlık Sigortası Genel Şartları m. 18 par. B'de düzenlendiği konusunda bkz. SÜZEL, s. 945.

²² SÜZEL, s. 944.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SOYKAN, Cavidan, Bir İnsan Hakkı Olarak Bilgi Edinme Hakkı (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Tüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 23 vd.

²⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 74 (9.11.1982 tarih ve 17863 Mükerrer sayılı Resmî Gazete).

²⁵ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (24. 10.2003 tarih ve 25269 sayılı Resmî Gazete).

²⁶ 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazete.

kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir". Bu bağlamda, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 16'nun hastalık ve sağlık sigortasına yansımaları TTK m. 1518 oluşturduğu söylenebilir.

B. Bilgi İsteme Hakkının Sigortacının Bilgilendirme Yükümlülüğü ile İlişkisi

Özel hukuk ilişkilerinin önemli bir kısmını tüketici sözleşmeleri oluşturmaktadır. Sigorta sözleşmesi bazı hallerde tüketici sözleşmesi²⁷ niteliği taşımaktadır. Sigorta sözleşmesi oldukça karmaşık esaslara dayanması sebebiyle tarafların bilgi asimetrisi ile korunmasını zorunlu kılmaktadır. Sigortacının sigorta sözleşmesinin diğer tarafına bilgi vermekle yükümlü tutulmasının amacı, ilgili kişileri korumaktır²⁸.

Her hukuki ilişki kural olarak bir hak ve bu hakka karşılık gelen borç ve yükümlülükten oluşmaktadır²⁹. Sigorta sözleşmesi ilişkisinde

²⁷ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun md 3/1'de tüketici işlemi tanımlanmış ve sigorta sözleşmesi tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (28/11/2013 tarih ve 28835 sayılı Resmî Gazete); AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 109; Tüketici hukukunun sigorta alanında da geçerli olması gerektiği konusunda bkz. ÜNAN, Samim "2013 Tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Sigortaya Etkileri", Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda ve Sigorta Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, İnönü Üniversitesi, Malatya 2014, s. 167 vd; Tüketici hukukuna ilişkin bazı hükümlerin sigorta tüketicilerine uygulanmasının mümkün olmadığı konusunda bkz. KENDER, Rayegân "Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C. 8, S. 2, 2012, s. 24. Her somut uyuşmazlık bakımından TTK'da ve TKHK'da sevk edilen hükümlerin belirlenmesi ve özel hüküm-genel hüküm değerlendirilmesi yapıldıktan sonra uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerektiği konusunda bkz. SAAT, Dursun "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri Ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 2459; SÜZEL, s. 933; Eski TTK dönemi için aynı yönde bkz. KUBİLAY, s. 36.

²⁸ ÖZDAMAR, Mehmet "Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü" Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C. II, Ankara 2010, s. 1681. YETİŞ ŞAMLI, Kübra "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 2978 vd.

²⁹ ERBEK ODABAŞI, Özge "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleri İle Karşılaştırılması", İzmir Barosu Dergisi, S. 9, 2020, s. 64.

sigortalının bilgi isteme hakkının karşılığında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sigortacının bu yükümlülüğü ilk olarak Sigortacılık Kanunu (SK) m. 11/3 hükmü ile mevzuattaki yerini almıştır. Anılan hüküm uyarınca, sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri³⁰ tarafından gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenecektir³¹.

TTK ise mevcut gelişmeleri dikkate alarak sigortacının bilgi verme yükümlülüğünü “Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü (TTK m. 1423)³²” kapsamında düzenlemiştir³³. TTK m. 1423 uyarınca, sigortacı veya acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce başlayan ve sözleşme süresince devam eden bilgilendirme yükümlülüğü altındadır. Madde gerekçesinde, sözleşmenin görüşme safhasında, taraflardan biri diğerinin çıkarlarını korumak için dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen özeni göstermek zorunda olduğu, bu bağlamda maddeyle sigortacı açısından doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün söz konusu olduğu vurgulanmıştır.

³⁰ “Sigorta acentesi: Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişidir (SK m. 2/1, m)”.

³¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (eTTK) (06.07.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmî Gazete) ise sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamıştır.

³² TTK’nın hazırlandığı dönemde ve yürürlüğe girdikten sonra yapılan çeşitli düzenlemelerde genel olarak “bilgilendirme” terimi kullanılmasına rağmen TTK’da “aydınlatma” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. YAZICIOĞLU, Emine, “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü” Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Editörler: Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu) 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 394. Çalışmada genel mevzuata uygun şekilde “bilgilendirme yükümlülüğü” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

³³ TTK m. 1423 hükmünün, SK m. 11/3’ün uygulanmasına engel olmayacağı konusunda bkz. KENDER, Sigorta Hukuku, 160; Her iki düzenlemenin birlikte uygulanması ise çeşitli sorunlara sebebiyet vereceği ve düzenlemeler arasında çeşitli açılardan farklılıklar bulunduğu konusunda bkz. YETİŞ ŞAMLI, s. 2983.

TTK m. 1423/2 gereği, sigortacı poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi açısından önemli sayılabilecek tüm olay ve gelişmeler hakkında sigortayı yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak doktrinde, sigorta sözleşmesine ilişkin tüm şartların poliçede yazılı olmasına rağmen bilgilendirme yükümlülüğünde bahsi geçen olay ve gelişmelerle neyin ifade edilmek istendiği belirsiz olduğu gerekçesi ile hüküm eleştirilmektedir³⁴. Sigorta sözleşmesi sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir³⁵. Sözleşme süresi içerisinde çeşitli olay, gelişmelerin söz konusu olması muhtemeldir. TTK m. 1518’de ifade bulan sigortacının aldığı “rapor” TTK m. 1423’de bahsi geçen olay ve gelişmeler kapsamında değerlendirilmelidir.

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin ikincil mevzuata da çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. ÖSSY, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik (SSBilY)³⁶ ve 29.04.2022 tarihinde Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Genelge (SSBilG 2022/14) bunlardan bazılarıdır.

ÖSSY m. 5/1, sağlık sigortalarında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü hakkında TTK m. 1423/2’ye göre kısmen farklı bir düzenleme içermektedir. Anılan düzenleme “Şirket, özel sağlık sigortası isteyenlere sözleşme yapma kararını etkileyebilecek hususlar hakkında bilgi verir; dürüstlük ve iyi niyet ilkeleri çerçevesinde, sözleşmenin müzakeresi ve yapılması sırasında sigorta sisteminin işleyişine ilişkin teknik konularda yardımcı olur, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin gerekli her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlar, yanıltıcı her türlü hâl ve davranıştan kaçınır” şeklinde olup, sigortacının yardımcı olacağı hususlar, “sigorta sisteminin işleyişine ilişkin teknik konular” ile sınırlandırılmış ise de yardımcı olma ile neyin kastedildiği belirsizdir. Bu ifade, “sigorta teminatının kapsam ve koşullarına göre teminatın nasıl yararlanılacağı hususunda ayrıca açıklamada bulunmak” şeklinde anlaşılabilir³⁷.

³⁴ KENDER, Tüketici, s. 24.

³⁵ KAYIHAN/ BAĞCI, s. 118; KENDER, Sigorta Hukuku, s. 187. Sigorta sözleşmesinin sürekli değil ani edimli sözleşme olduğu konusunda bkz. ŞEKER, Zehra, “Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 1048.

³⁶ 14.02.2020 tarih ve 31039 sayılı Resmî Gazete.

³⁷ YAZICIOĞLU, s. 397.

Ayrıca SSBY m. 10 gereği, sigortacı, sigorta sözleşmesinin devamı sırasında³⁸ sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimse-lerin ortaya çıkabilecek hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere bildirmekle yükümlüdür. SSBY m. 12’de konu açısından önem arz etmektedir. “Bilgi talepleri ve şikayetlerin cevaplandırılması” başlıklı düzenlemeye göre, “*Sigortacı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar tarafından yazılı veya elektronik iletişim araçlarıyla kendisine yöneltilenher türlü bilgi taleplerini, ...cevaplandırmak zorundadır*”.

III. BİLGİ İSTEME HAKKINA İLİŞKİN TTK DÜZENLEMESİNİN KAYNAĞI, AMACI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve KONUSU

A. Bilgi İsteme Hakkına İlişkin TTK Düzenlemesinin Kaynağı

Hastalık ve sağlık sigortasında sigortalının tazminat talebinin karşılanıp karşılanmadığı konusunda sigortalının doğru bir değerlendirme yapabilmesi ancak ilgili rapor/raporlar hakkında kapsamlı bilgi sahibi olmasıyla mümkün olmaktadır³⁹. Kanun koyucu TTK m. 1518’de “Bilgi isteme hakkı” başlığı altında “*Sigortacı, ifa yükümlülüğünü incelerken, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır*” ifadesi ile taraflarının bilgi isteme bağlamındaki hak ve yükümlülüğünü düzenlenmektedir.

Hükmün başlığı her ne kadar “Bilgi isteme hakkı” olsa da hükümde yer alan “rapor üzerinde inceleme imkânı” ifadesinden ilgilinin söz konusu rapor üzerinde inceleme yapma hakkına da sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, ilgilinin hem rapor hakkında bilgi istemesi hem de rapor üzerinde inceleme yapması yoluyla rapora tam anlamıyla vakıf olunabileceği dikkate alındığında hükmün başlığının “*Bilgi isteme ve inceleme hakkı*” olması gerekmektedir. Ancak çalışmamızda kanun metnine

³⁸ Sözleşmenin devamı sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşme öncesinde Bilgilendirme Formu kapsamındaki bilgilen değişmesi veya sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya bazı yeniliklerin çıkması sebebine dayanmaktadır. ÖZDAMAR, Sözleşmesi Sonrası, s. 1688.

³⁹ SPICKHOFF, Andreas, Medizinrecht (Hrsg.) 3. Auflage, München 2018, VVG § 202, Nr. 1.

sadık kalınarak, düzenlemeye atfen “Bilgi isteme hakkı” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Hükümün gerekçesinde, hastalık ve sağlık sigortalarında rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde doktor raporlarının büyük önem taşıdığı vurgulanarak, tazminat talebi ile karşılaşan sigortacının konuya ilişkin gerekli incelemeleri yapacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda tazminat talebinde bulunan ilgilinin; özellikle tazminat talebinin reddedilmiş veya kısmen kabul edilmiş olduğu hallerde, red veya kabule ilişkin gerekçelerin ortaya konulması için yapılmış olan inceleme ve düzenlenen rapor hakkında bilgi sahibi olmak isteyeceğine işaret edilmektedir. Düzenleme; böyle bir taleple karşılaşan sigortacının, gerekli bilgileri paylaşma ve raporlar üzerinde inceleme yapılmasına izin verme konusunda yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır.

Alman hukukunda da sigortacının aydınlatma yükümlülüğü öncelikle Versicherungsvertragsgesetz (VVG) § 7’de (Sigorta Sözleşmeleri Kanunu), ardından Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen (VVG-InfoV) (Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü Hakkında Yönetmelik) ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. TTK m. 1518’in kaynağı VVG § 202 olup, hüküm “Sigortacının bilgi verme yükümlülüğü; hasar tespit masrafları” başlığını taşımaktadır. *“Sigortacı, sigorta ettirenin veya sigortalının talebi üzerine, ifa yükümlülüğünün değerlendirilmesi sırasında tıbbi tedavinin gerekliliğine ilişkin elde ettiği uzman raporları veya görüşleri hakkında bilgi vermek ve bunların incelenmesini sağlamakla yükümlüdür. Eğer bilgi alma ve inceleme hakkının sigorta ettiren veya sigortalı tarafından kullanılması önemli tedavi nedenleri veya diğer önemli sebeplerle mümkün değil ise bu bilgilerin önceden belirlenmiş bir doktor veya avukata⁴⁰ verilmesi*

⁴⁰ 2008 yılında yapılan değişiklik öncesinde sigortalının bilgi isteme ve inceleme hakkı sadece doktor aracılığı ile kullanılabilirken, 2008’den itibaren hak bir avukat aracılığıyla da kullanılabilir. Tasarı gerekçesinde, hukuki bir uyumsuzluk halinde, açılacak davada incelenmesi gereken raporlar için sigortalının doktor ataması gerekeceği, yapılan değişiklikle doktor masraflarından tasarruf sağlanması sebebiyle sigortalının menfaatine bir düzenleme getirildiği belirtilmektedir. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir: Özellikle ruhsal hastalıklar söz konusu olduğunda, hastanın kendisiyle ilgili tıbbi raporlar ile teşhis ve tedavi değerlendirmelerine erişiminin olması, tedavi başarısını engelleyebileceği ve hatta tamamen tehlikeye girmesine sebep olabileceği gerekçesiyle eski düzenlemede (§ 178m VVG) olduğu gibi incelenmenin yalnızca bir doktor tarafından gerçekleştirilmesinin daha doğru olduğu ifade edilmektedir. LANGHEID, Theo/ RIXECKER, Roland/GAL, Jens/ GROTE, Joachim/ MUSCHNER, Jens, *Versicherungsvertragsgesetz*, 7. Auflage, 2022, § 202 VVG, Nr.1, 3;

talep edilebilir. Talep sadece ilgili kişi veya yasal temsilcisi tarafından ileri sürülebilir. Sigorta ettiren, uzman raporu veya görüşünü sigortacının teşvikiyle almışsa, sigortacı yapılan masrafları öder". TTK m. 1518 hükmünün; § 202 VVG'ye paralel şekilde, sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında riziko⁴¹ değerlendirmesi sırasında sigortalının sağlık durumuna ilişkin

LANGHEID, Theo/ WANDT, Manfred (Hrsg. Jan Wilmes) Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2017, § 202 VVG, Nr. 1, 3; BACH, Peter/ MOSER, Hans/ HUTT, Stephan (Hrsg. Jan Wilmes) *Private Krankenversicherung*, 5. Ausgabe, München 2015, § 202 VVG, Nr. 3.

Federal Anayasa Mahkemesi, tedavi kayıtlarını inceleme konusunda hastanın sınırsız bir hakka sahip olmadığını ve özellikle psikiyatrik veya onkolojik tedavi söz konusu olduğunda, tıbbi kayıtların hastaya verilmesinin tıbben haklı olup olmadığına bir doktorun karar vermesinin özel bir önem taşıdığına işaret etmiştir (BVerfG NJW 1999, 1777). Bu nedenle, eski düzenlemede inceleme hakkı sadece doktorlara tanınmış ve tedavi raporunun hasta tarafından incelenmesinin tıbben yararlı olup olmadığına uzmanlığına dayanarak bir doktorun karar vermesi öngörülmüştür. Ancak yeni düzenleme bu hususu göz ardı etmektedir. Yeni düzenlemede, raporu inceleme hakkına sahip olan avukat ne raporu müvekkiline iletirken olası bir hastalık tehlikesini fark edecek tıbbi yeterliliğe ne de müvekkilinin inceleme talebini reddedecek kuma sahiptir. Dolayısıyla 2008'deki yasal durum, görünüşte çıkarları korunması gereken kişinin sağlığının tehlikeye atılmasına yol açabileceği gerekçesi ile eleştirilmektedir. 1.5.2013 tarihinde yürürlüğe giren 24.4.2013 tarihli Sigorta Kanunu Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ise inceleme hakkını ilke olarak sigortalı kişiye vermektedir. Sadece § 202 VVG cümle 2'de belirtilen istisnai durumda inceleme artık bir doktor veya avukat tarafından yapılabilmektedir. Mevcut düzenlemeye göre, sigortacı, önemli tedavi nedenleri veya aksi yönde başka önemli nedenler olup olmadığına somut olay kapsamında karar vermelidir. Ancak söz konusu durum da sigortacıyı tereddütte bırakmaktadır. LANGHEID/ WANDT, VVG § 202, Nr. 1, 5; BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 3, 4. Sigortacı, sigortalının bilgi alma talebini reddederse, sigortalı bir gerekçe talep edecektir. Ancak bu gerekçe aynı zamanda sigortalının kendi sağlık durumuyla ilgili menfaatinin korunması bağlamındaki bilgileri de verme riskini içermektedir. Bu çerçevede; sigortacı bilgi edinme talebinin reddine ilişkin gerekçesinde ayrıntı vermeden VVG § 202 cümle 2'de yer alan "önemli tedavi nedenlerinin varlığına" kısaca atıfta bulunması yeterli olacaktır. BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 4.

⁴¹ Somut anlamda riziko, sigorta sözleşmesinin taraflarının münhasır iradeleri haricinde gerçekleşme tarihi belirsiz zarar türük veya uygun olmayan hal doğuran geleceğe ilişkin olaydır. OMAÇ, Merih Kemal *Türk Sigorta Hukukunda Riziko Ağırlaşması*, 1. Baskı, İstanbul 1985, s. 9; Benzer tanımlar için bkz. KUBİLAY, s. 47; KENDER, s. 332; Sağlık sigortasında rizikoyu oluşturan olgu hastalığın kendisi değildir. Hastalığın gizli gelişme dönemleri ve sigortalının hastalanmaya yatkınlığı sigorta tekniği açısından hastalığı riziko olarak tanımlamaya engeldir. Zira hastalığın ne zaman söz konusu olduğunun tam olarak tespiti mümkün değildir. Bu yüzden sağlık

edineceği raporu sigortalı ile paylaşma yükümlülüğünü içerdiği görülmektedir⁴².

İki hüküm benzerlikler taşısa da hükümler arasında bazı farklılıklar da mevcuttur: Öncelikle TTK m. 1518 başlığında yer alan “Bilgi isteme hakkı” yerine § 202 VVG’nin başlığında “Sigortacının bilgi verme yükümlülüğü” ifadesi yer almaktadır. § 202 VVG başlığının hükmün içeriği ile daha uyumlu olduğu görülmektedir. Zira, hükümde, sigortacının bilgi verme ve incelemeye imkân sağlama yükümlülüğü temelinde düzenlemelere yer verilmektedir. Ayrıca konunun sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüyle bağlantılı olması dikkate alındığında madde başlığının daha doğru bir başlık olduğu söylenebilir. § 202 VVG başlığında TTK’da m. 1518’den farklı olarak “hasar tespit masrafları” ibaresi de yer almaktadır. Ancak § 202 VVG’nin 4. cümlesinde yer alan “masraflara” ilişkin düzenlemeye TTK m. 1518 kapsamında yer verilmemiştir.

Bundan başka SSGŞ’nin “Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde Sigortalının Yükümlülükleri” başlıklı 9. maddesinin “Tedaviye Başlama ve Gerekli Önlemleri Alma” başlıklı B fıkrası uyarınca; “Sigortacı her zaman kazazedeyi veya hastayı muayene ve sağlık durumunu kontrol ettirmek hakkını haiz olup, bu muayene ve kontrollerin yapılmasına izin verilmesi zorunludur”. Söz konusu yükümlülüğün kasten yerine getirilmemesi halinde poliçeden doğan hakların kaybolacağı, kusur sonucunda yerine getirilmemesi ve bu nedenle kaza ve hastalık sonuçlarının ağırlaşması halinde sigortacının ağırlaşan kısımdan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde Alman hukukunda da, Musterbedingung für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung (MB/KK) 2009 (Hastalık Giderleri ve Hastane Giderleri Genel Şartları) ile Musterbedingungen für die Krankentagegeldversicherung (MB/KT) 2009 (Hastane Giderleri Genel Şartları) § 9 paragraf 3 uyarınca, sigortacının talebi üzerine riziko şahsı, sigortacı tarafından atanan doktor tarafından muayene edilmekle yükümlüdür. İlgili talebi yerine getirmezse, tazminat alma hakkını (kısmen) kaybetmektedir. Sigortalının muayene yapılmasına izin verme yükümlülüğü⁴³,

sigortasında riziko; hastalık sonucu tıbbi açıdan gerekli olan tedavinin sigortalıya uygulanmasıdır. ÜNAN, s. 412 vd.

⁴² SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 1.

⁴³ ŞENOCAK, Kemal “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK m. 1490)”, BA-TİDER, C. 28, S. 4, 2012, s. 77 vd.; UZUNALLI, s. 155-158; YILDIRIM, Ali Haydar, Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK m. 1427), 1. Baskı, Ankara 2020, s.

sigortacının tazminle yükümlü olup olmadığını ve ne ölçüde yükümlü olduğunun değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. § 202 VVG'nin bu arka plan çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir⁴⁴. Bu bağlamda, TTK m. 1518'in de bu çerçevede düşünülmesinde, hükmün amacı ve kapsamının anlaşılması açısından fayda vardır.

Hem Türk hem de Alman hukukunda hükmün uygulanmasında bazı tereddütlere neden olabilecek şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu sebeple, hükümde yer alan bazı hususların aydınlatılması gerekmektedir.

B. Bilgi İsteme Hakkına İlişkin Düzenlemenin Amacı

TTK m. 1518 ile ilgilinin kendisine ait özel nitelikli kişisel verilerden⁴⁵ hangilerinin sigortacı tarafından bilindiğini bilmeye hakkı olduğu vurgulanmaktadır. Hüküm ayrıca sigortacıya karşı ileri sürülen tazminat taleplerinin veya başkaca taleplerin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda, taraflar arasında "silahların eşitliği" amacına hizmet etmektedir. Bu yolla, taraflar arasındaki olası uyuşmazlıkların önüne geçilmesi hedeflenmektedir⁴⁶. Bunlara ek olarak hüküm ile sağlık bilgilerinin ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde açıklanacağına ilgilinin kendi başına karar vermesi imkânı sağlanmaktadır⁴⁷.

C. Bilgi İsteme Hakkının Hukuki Niteliği

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin edimi, diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır⁴⁸. Sigorta

305. Doktor incelemesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAHAR SAYIN, Hediye, "Hayat Sigortalarında Doktor İncelemesi", İnÜHFD, C.10, S. 2, s. 677vd.

⁴⁴ Federal Yüksek Mahkeme bu düşünceyi mesleki maluliyet sigortasına ilişkin kararında ifade etmiş ve tazmin talebinin reddedilmesi halinde, sigortacıyı raporu sigortalıya sunmakla yükümlü kılmıştır (BGHZ 121, 284 (296) = NJW 1993, 1532 = ZfS 1993, 272 = VersR 1993, 562). LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 202 VVG, Nr. 1.

⁴⁵ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunu (04.07.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete) md. 6 gereğince, kişilerin sağlık ile ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

⁴⁶ SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 1.

⁴⁷ RUFFER, Wilfried/ HALBACH, Dirk/ SCHIMIKOWSKI, Peter (Hrsg.) *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Auflage, Baden-Baden 2020, § 202 VVG, Nr. 1.

⁴⁸ EREN, s. 37 vd.

sözleşmesi tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan, sigortalının bilgi isteme hakkının karşılığını sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Sözleşmenin devamı sırasındaki sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmeden doğan bir yan yükümlülük niteliğindedir⁴⁹. Yan yükümlülükler, ifaya yardımcı ve koruyucu yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde bilgilendirme yükümlülüğünün ifaya yardımcı yan yükümlülük olduğu yönünde görüşler⁵⁰ olduğu gibi koruyucu yan yükümlülük olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır⁵¹. İfaya yardımcı yükümlülükler asli edimin ifasının hazırlık safhası veya ifası sırasında önem taşıyan yükümlülüklerdir. Koruyucu yükümlülüklerin asıl fonksiyonu, ilgilinin mal ve şahıs varlığı değerlerinin ifa sebebiyle uğrayabileceği zararlardan korunmasıdır⁵². Bu bağlamda, TTK m. 1518 kapsamındaki bilgilendirme yükümlülüğünün “koruyucu yan yükümlülük” niteliği taşıdığı kanaatindeyiz⁵³.

Genel olarak sözleşme ilişkilerinde yan yükümlülüğün dayanağını dürüstlük kuralı ve taraflar arasındaki güven ilişkisi oluşturduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak doktrinde sigorta sözleşmelerinde sözleşme süresince bilgilendirme yükümlülüğünün dayanağını dürüstlük kuralının değil, SK m. 11/3, TTK m. 1423 ve SSBilY ve sözleşme ilişkisinin oluşturduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁵.

⁴⁹ DURGUT, Ramazan/ BULUT, Haşim “Karar İncelemesi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları”, TFM, C. 6, S. 2, 2020, s. 351; YAZICIOĞLU, Emine, Sigorta Araçları Hukuku I, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 195 vd.; YETİŞ ŞAMLI, s. 2981. Aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğünün, yan edim yükümlülüğü niteliği taşıdığı konusunda görüşler için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet, Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 117 dnp. 20.

⁵⁰ ÖZDAMAR, s. 129.

⁵¹ OMAÇ, Merih Kemal “Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, 1. Baskı, İstanbul 2003, s. 29; YAZICIOĞLU, s. 195.

⁵² EREN, s. 38 vd.

⁵³ DOLAR, Neyzen Fehmi, “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022, s. 83.

⁵⁴ EREN, s. 37 vd.; OMAÇ, Sigorta Sözleşmesi, s. 29; ÖZDAMAR, s. 117.

⁵⁵ YAZICIOĞLU, s. 195; YETİŞ ŞAMLI, s. 2981.

Yan yükümlülükler asli edimin tam ve doğru şekilde ifasına veya alacaklının ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin korunmasına hizmet eder⁵⁶. Yan yükümlülükler, aslî edim yükümlülüklerine bağımlı olmaları sebebiyle alacaklının bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ayrı bir ifa davası talep edemeyeceği ancak alacaklının bundan doğan zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir. Ancak yan yükümlülerin niteliğinin elverdiği hallerde ifasının talep ve dava edilebileceği de doktrinde savunulmaktadır⁵⁷.

D. Bilgi İsteme Hakkının Konusu

Rizikonun gerçekleşmesi üzerine sigorta ettirenin sigortacıdan tazmin talebinde bulunması halinde, sigortacı öncelikle tazmin yükümlülüğü altında olup olmadığını tespit etmek, tazmin yükümlülüğünün söz konusu olması halinde ise bunun kapsamını belirlemek zorundadır. Bu aşamaların gerçekleşebilmesi, sigortacının inceleme yapması ile mümkün olmaktadır. Hastalık ve sağlık sigortasında sigortacı rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini doktor raporu ile tespit etmektedir. Sigorta ettiren/sigortalı açısından ise tazmin talebinin sigortacı tarafından kısmen veya tamamen karşılanmaması halinde, bunun gerekçesini/ dayanağını öğrenmek haklı bir talep teşkil etmektedir. Bu bağlamda, hastalık ve sağlık sigortasında doktor raporu hem sigortacı hem de sigortalı açısından önem taşımaktadır. Bu hususları dikkate alan kanun koyucu, taraflar arasında bir denge oluşturarak, sigortacının kararının dayanağını teşkil eden raporu ilgili ile paylaşması gerektiği hükme bağlanmıştır⁵⁸. Zira, bilgi isteme hakkının konusunu sigortacının aldığı rapor oluşturmaktadır.

1. Rapor Kavramı

TTK m. 1518'de düzenlenen bilgi isteme hakkının konusunu sigortacının "aldığı rapor" oluşturmaktadır. VVG § 202'de ise "alınan rapor ve görüşler"den (eingeholte Gutachten oder Stellungnahmen) bahsedilmektedir. Bu bağlamda, "rapor" kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Rapor bir anlamı ile "*Herhangi bir işte, bir konuda yapılan inceleme, araştırma sonucunu, düşünceleri veya tespit edilenleri bildiren yazı*" diğer bir

⁵⁶ EREN, s. 30 vd.; ERBEK ODABAŞI, s. 71 vd.; ÖZDAMAR, s. 17.

⁵⁷ ERBERK ODABAŞI, s. 107.

⁵⁸ ÜNAN, Şerh, s. 457.

anlamı ile “*anlatım, ifade*” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda, raporun yazılı veya sözlü olabilmesi mümkündür. Tıp bilimi açısından ise rapor “*Hastalığın tanısı, hastanın dinlenme durumu vb.ni gösteren, doktor veya doktorlar kurulu tarafından verilen yazı*”yı ifade etmektedir⁵⁹. VVG § 202’den önceki düzenlemede eVVG §178’de sadece “*Gutachten*” “*rapor*” ifadesine yer verilmiş, ardından yapılan değişiklikle “*Stellungsnahmen*” (görüş) ifadesi eklenmiştir. Söz konusu eklemenin sadece açıklayıcı nitelikte olduğu belirtilmelidir. Zira önceki hükümde yer alan “*Gutachten*” “*uzman raporu*” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ve teşhis ve tedaviye ilişkin doğrulanmış tüm uzman görüşlerini, bir başka ifade ile tıbbi “*bilgi*” ve “*görüşleri*” de içerdiği kabul edilmektedir⁶⁰.

TTK m. 1518’de ise herhangi bir ayrıma gidilmeden “*rapor*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak ÖSSY m. 5/3’de “*Bilgilendirme ve teklif*” başlığı altında “*Şirket, sigortalının yazılı onayı alınarak, sigortalıyı tedavi eden kişi ve kurumlardan, SBGM⁶¹’den, SGK’dan ve Sağlık Bakanlığından ilgili mevzuat çerçevesinde bilgi alma ve belge isteme hakkına sahiptir. Şirket, ihtiyaç görmesi halinde, sigortalının sağlık durumunun tespiti için hekim görüşünün alınmasını isteyebilir*” düzenlemesine yer verilmektedir. ÖSSY md. 13’te ise, sigortalıya ilişkin bilgi ve belgeler hakkında şirketin değerlendirme esasları ve sözleşme hükümleri kapsamında “*görüş verebilecek*” hekim veya uzman hekim veya diğer sağlık mesleği mensubu en az bir kişiyi sigorta şirketinin görevlendirmesi gerektiği düzenlenmektedir. TTK ile ÖSSY arasında kavramsal uyum olmamakla birlikte § 202 VVG’de dikkate alınarak, TTK m. 1518’de “*rapor*” ile ifade olunanın “*hekim görüşü*”nü içerdiği söylenebilir. Ancak, bilgi isteme hakkı kapsamında sigortacının, ilgiliye “*rapor*”u esas almak suretiyle bilgi vermesi ve inceleme hakkı kapsamında sigortacının ilgiliye “*raporu*” göstermesi gerekmektedir. “*Raporun gösterilmesi*” esas alındığında, raporun “*yazılı*” olması gerektiği sonucu hasıl olmaktadır. Dolayısıyla hükmün kapsamını belirlerken tıp bilimi anlamındaki “*rapor*” tanımının esas alınması hükmün amacı açısından daha isabetli olacaktır.

⁵⁹ www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

⁶⁰ LANGHEID/ WANDT, § 202 VVG, Nr. 8; BACH/ MOSER/ HÜTT, § 202 VVG, Nr. 6.

⁶¹ SBGM “*Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi*”ni ifade etmektedir. Bkz. 9.8.2008 tarihli ve 26962 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi Yönetmeliği.

Sigortacının; hastalık sigortasında, hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediğine veya sağlık sigortasında, uygulanan tedavinin tıp bilimi açısından gerekli olup olmadığına ilişkin kararını dayandırdığı rapor hakkında sigortalıya bilgi vermesi ve inceleme imkânı tanınması gerekmektedir⁶². Raporun kim tarafından düzenlenmesi gerektiğine ilişkin hükümde bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bu raporun mutlaka “bir doktor raporu” niteliği taşıması zorunlu değildir. Raporun sigortacının kararına dayanak olan bir rapor olması yeterlidir. Doktrinde bir başka görüşe göre ise rizikonun meydana gelip gelmediğinin tespiti açısından sigortalının sağlık verilerinin doktor tarafından incelenmesi ve bu kapsamda bir rapor verilmesi gerekmektedir⁶³. Sigortacı, ifa yükümlülüğünü tespit etmek için hastalık sigortasında hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediğine, sağlık sigortasında ise uygulanan tedavinin tıp bilimi açısından gerekli olup olmadığına ilişkin rapora ihtiyaç duymaktadır⁶⁴. Söz konusu hususlar özel uzmanlık gerektiren konular⁶⁵ olduğu için raporun “doktor raporu” niteliği taşıması gerektiği görüşündeyiz.

Alman hukukunda da sigortacının edim yükümlülüğünü değerlendirme çerçevesinde elde edilen uzman görüşlerinin bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bilgi isteme hakkının sadece hastaya ilişkin objektif bulgularla sınırlı olmadığı subjektif bulguları da kapsadığı ifade edilmektedir⁶⁶.

2. Raporun Kapsamı

TTK m. 1518’de düzenlenen “bilge isteme hakkının” konusunu sigortacının “aldığı rapor”un oluşturduğunu belirttik⁶⁷. Ancak düzenlemede bu raporun kapsamına ilişkin bir açıklık söz konusu değildir. Alman

⁶² ÜNAN, s. 457.

⁶³ ERİŞ, s. 1733; AYHAN/ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 392.

⁶⁴ ÜNAN, s. 457.

⁶⁵ “...sigortalının gizlediği iddia olunan hastalık ile riziko (ölüm) arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Anılan bu tespit ve değerlendirmenin yapılması da tıbbi ve teknik bilgiyi gerektiren bir iş...” olduğu hususunda bkz. 17. Hukuk Dairesi 18.03.2021T. 2020/3951 E., 2021/2974 K. [https://karararama.yargitay.gov.tr/\(Erisim Tarihi: 15.11.2022\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(Erisim Tarihi: 15.11.2022)).

⁶⁶ BERGMANN, Karl Otto/ PAUGE, Burkhard/ STEINMEYER, Heinz-Ditrich, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2018, § 202 VVG, Nr. 34.

⁶⁷ Sadece sigortacı tarafından değil, sigorta ettiren veya sigortalı veya riziko kişinin aldığı raporunda dikkate alınması gerektiği konusunda bkz. ERİŞ, s. 1734.

hukukunda ise bilgilendirme yükümlülüğünün konusunu öncelikle “konuya ilişkin uzman raporu alınıp alınmadığı” hususunun oluşturduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Daha açık bir ifade ile sigortacı ilgiliyi öncelikle uzman raporu alıp almadığı hususunda bilgilendirmelidir. Bu kapsamda bir rapor alınması halinde ise raporun konusunu “*tıbbi tedavinin gerekliliği*” oluşturmaktadır⁶⁹. Alınan görüş veya raporun doktorun kendi araştırmalarına veya fiziksel muayenesine dayanıp dayanmadığı önemli değildir. Bu bağlamda, hastalığın mevcut bulgularının yer aldığı hasta dosyası üzerinde uzman değerlendirmeleri de rapor kapsamına dahildir. Ayrıca görüş veya raporu hazırlayan uzmanın kimliğinin de bilgi edinme hakkının kapsamında olduğu kabul edilmektedir⁷⁰.

§ 202 VVG’ye göre, bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamını sigortacının ifa yükümlülüğünü değerlendirmek amacıyla tıbbi tedavinin gerekliliğine ilişkin elde ettiği belgeler oluşturur. Bununla birlikte, hakim görüşe göre⁷¹, § 202 VVG düzenlemesi, sigortacının ifa yükümlülüğünü tespit etmek amacıyla alınan (örneğin günlük hastalık ödeneği sigortasında iş göremezliğin veya mesleki maluliyetin değerlendirilmesi veya tıbbi tedavinin gerekliliğinin incelenmesi için elde edilen uzman raporları) tüm uzman raporları ile tedavi faturalarını da kapsamaktadır. Ancak, bir sigorta sözleşmesinin akdedilmesi veya değiştirilmesi için yapılan başvurunun incelenmesi bağlamındaki görüş ve raporların bu kapsamda olmadığı belirtilmektedir⁷². Sigortalı, sigortacı tarafından kendisi

⁶⁸ BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 6; BERGMANN/ PAUGE /STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 4; RUFFER/ HALBACH /SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 8; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 2.

⁶⁹ BERGMANN/ PAUGE/ STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 5.

⁷⁰ BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 6; BERGMANN/ PAUGE/ STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 4; RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 8; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 2.

⁷¹ Tarafların ve özellikle uzmanların çıkar grupları tarafından baskı altına aldığı hususunun göz önüne alınması ve bu sebeple düzenlemenin geniş yorumlanmaması gerektiği konusunda bkz. BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 7. Hastalık sigortası sözleşmesinin kurulmasında sigortacıya bilgi elde etme olanağı sağlayan kayıtlar konusunda bkz. UZUNALLI, s. 154-155.

⁷² RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 5; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 3; PROLSS, Jürgen/ MARTIN, Anton, *Versicherungs-vertragsgesetz, Beck’sche Kurz Kommentare*, 31. Auflage, München 2021, § 202 VVG, Nr. 4.

hakkında tutulan tüm dosyaları kapsayan bir inceleme hakkına ise sahip değildir⁷³.

Sigorta şirketi "doktor raporunu" şirket dışında bağımsız çalışan bir doktordan edinebileceği gibi şirket bünyesinde çalışan doktorlardan da edinebilir. Zira, ÖSSY md. 13 uyarınca; sigorta şirketi, sigortalıya ilişkin bilgi ve belgeler hakkında şirketin değerlendirme esasları ve sözleşme hükümleri kapsamında görüş verebilecek kadrosunda çalışan veya şirket ile anlaşmalı hekim veya uzman hekim veya diğer sağlık mesleği mensubu en az bir kişi görevlendirmelidir. Ayrıca ÖSSY m. 5/3 gereğince "*Şirket, sigortalının yazılı onayı alınarak, sigortalıyı tedavi eden kişi ve kurumlardan, SBGM'den, SGK'dan ve Sağlık Bakanlığından ilgili mevzuat çerçevesinde bilgi alma ve belge isteme hakkına sahiptir*". Bu noktada, "doktor raporlarına" ilişkin bir ayırım yapılması gerekmektedir. Geleneksel anlamda "şirket doktoru" genellikle tazminat değerlendirmesi konusunda yazılı veya sözlü tıbbi tavsiye veren harici bir tıp doktoru olarak kabul edilirken, günümüzde, "şirket doktorları" sigorta şirketi bünyesinde tazmin veya uzmanlık departmanlarının daimî çalışanı olduklarından (ÖSSY m. 13), şirket doktorlarından rapor "alınması"⁷⁴ söz konusu olmaz. Bu nedenle, şirket doktorlarının görüş ve raporları bilgi edinme hakkının kapsamında yer almamaktadır⁷⁵. Ayrıca, sigorta şirketinde istihdam edilmemekle birlikte bir şekilde şirket organizasyonuna dahil olan doktorların rapor ve görüşleri de bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Örneğin, haftada bir gün sigorta şirketinde tıbbi danışman olarak çalışan doktorun raporu hükümde bahsi geçen "alınan rapor" kapsamında kabul edilmemelidir⁷⁶.

IV. BİLGİ İSTEME HAKKI KAPSAMINDA BAZI KAVRAMLAR

A. Sigorta Teminatı Bağlamında "Hastalık" "Tedavi" Ve "Tanı" Kavramı

Hastalık sigortasında sigorta teminatı kapsamına sözleşmede sayılan veya tarif edilen hastalıkların sözleşme süresinde ortaya çıkması hali

⁷³ SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 4.

⁷⁴ § 202 VVG'deki ifadesi ile "eingeholten"

⁷⁵ PROLSS, MARTIN, § 202 VVG, Nr. 5; BACH/ MOSER/ HUTT, § 202 VVG, Nr. 8; BERGMANN/ PAUGE/ STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 4; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 4. Aksi görüş için bkz. RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 2.

⁷⁶ LANGHEID/ WANDT, § 202 VVG, Nr. 11.

girmektedir (TTK m 1512). Sağlık sigortasında ise hangi hususların sigorta teminatı kapsamında olduğu TTK m. 1513 ve Sağlık Sigortası Genel Şartları'nda düzenlenmiştir⁷⁷. Bu kapsamda hastalık, sigorta teminatı süresince doğal olarak veya bir kaza sonucu ortaya çıkmış olabilir⁷⁸. TTK m. 1513/1,a'da eksik bir düzenleme yapılmış ve "hastalık" nedeniyle gerçekleşen tedavilerin bu teminata dahil olacağı öngörülmüştür. Ancak kaza sonucu meydana gelen tedavilerin de sağlık sigortası kapsamında olması gerekmektedir⁷⁹.

Hastalık ve sağlık sigortasında "hastalık" kavramı, sigortacının tazminat yükümlülüğü açısından önem arz etmektedir. Hastalık, "fiziksel ve/veya zihinsel işlevlerde tamamen önemsiz olmayan bir rahatsızlığa neden olan anormal bir fiziksel veya zihinsel durum⁸⁰" olarak tanımlanabileceği gibi "hekim kararıyla tespit edilen, kişinin bedensel veya ruhsal işlevlerinin kısmen veya tamamen ortadan kaldıran fiziksel veya ruhsal hal⁸¹" olarak da tanımlanabilir. Son tanım esas alındığında, hastalık nesnel olarak belirlenmesi gereken bir durum olup, sigorta ettirenin subjektif fikrine bağlı değildir. Burada belirleyici faktör, tıp biliminin genel olarak bilinen bulguları temelinde şikayetlerin yorumlanmasıdır⁸².

⁷⁷ *Sağlık sigortası teminatları MADDE 1513- (1) Sağlık sigortası ile sigortacı; a) Hastalık sonucu gerekli hâle gelen ilaç dâhil, her türlü tıbbi bakım, gebelik ve doğum, hastalıkların erken tanısına yönelik, ayaktaki incelemeler de içinde olmak üzere, sözleşmede kararlaştırılan giderleri, b) Tedavinin tibben yatarak yapılmasının gerekli olduğu durumlarda günlük hastane giderleri, c) Sigortalının, hastalık sonucu çalışmaması nedeniyle elde edemediği kazançlar için kararlaştırılan günlük iş görememe parası, d) Sigortalı, bakıma ihtiyaç duyar duruma geldiği takdirde, bakım nedeniyle doğan giderler veya kararlaştırılan gündelik bakım parası, için teminat verir.*

⁷⁸ KAYIHAN, s. 259.

⁷⁹ Sağlık sigortası ile kaza sigortası farklı iki sigorta olup, riziko tanımları da farklıdır. Ancak sağlık sigortasındaki kaza kavramı ile kaza sigortasındaki kaza kavramı aynıdır. ÜNAN, Şerh, s. 405.

⁸⁰ LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 26; ÜNAN, Şerh, s. 408.

⁸¹ KARA, Ethem, Sigortalı Menfaat İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 145; KAYIHAN, s. 259; ÜNAN, Şerh, s. 401.

⁸² ÜNAN, Şerh, s. 408. Bu nedenle, özellikle estetik ameliyatlar için tazmin zorunluluğunun söz konusu olmadığı söylenebilir. Bu bağlamda, kozmetik hedefler, tedavinin tek nedeni olmamalıdır. Örneğin, hipoplazi, pitozis veya göz bölgesinde torbaya benzer deri kıvrımları bir hastalık olarak kabul edilmemektedir. Ancak söz konusu durum, rahatsızlığın ötesinde ciddi şikayetlere veya sakatlıklara yol açıyorsa durum farklıdır. LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 26; ÜNAN, Şerh, s. 408.

Sağlık sigortasında sigortacının tazmin yükümlülüğünün söz konusu olması için öncelikle tazminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Ayrıca yükümlülüğünün doğması için sigortalıya hastalık için tıbbi bir tedavinin uygulanmış olması da gerekmektedir. Bu noktada özellikle sigorta teminatının kapsamı açısından “tedavi” kavramının açıklanması gerekir. “Tedavi” genel olarak ilaç veya cerrahi müdahale ile hastalığın ortadan kaldırılmasına yönelik prosedürleri ifade etmek için kullanılır⁸³. Bu bağlamda “*tedavi, ortaya çıkan hastalık nedeniyle gerekli hale gelen tıbbi veya benzeri iyileştirici veya palyatif önlemler*” şeklinde tanımlanabilir⁸⁴. Tedavi, doktor ya da terapist tarafından verilen hizmetin doğası gereği tıbben gerekli bakım kapsamına giren ve hastalığın iyileştirilmesi ya da hafifletilmesine yönelik olması koşuluyla, söz konusu hastalıktan kaynaklanan her türlü tıbbi faaliyet olarak anlaşılmalıdır. Tedavinin, hastalığı tamamen ortadan kaldırılması gerekli değildir⁸⁵.

Tedavinin söz konusu olması için öncelikle bir “tanı”nın olması gerekir. Hastalığın tanınması/teşhisi için gerekli harcamalar da sağlık sigortası kapsamındadır. Tanılama sırasında laboratuvar incelemesi, ultrason, röntgen, tomografi gibi çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Hastalığın tanısı için uygulanan bu yöntemler sigorta teminatı kapsamındadır. Ayrıca tedavi için gereken hallerde hastanın hastaneye yatışı, pansuman, enjeksiyon, alçı uygulaması gibi çeşitli müdahalelerde gerekmektedir. Bu müdahalelere ilişkin giderlerin de sigorta teminatına dahil olduğu kabul edilmektedir⁸⁶.

B. Tıbbi Tedavinin Gerekliliği Kavramı

Sigortacının tazmin yükümlülüğünün söz konusu olması için tıbbi tedavinin gerekli olması gerekir. İnsan vücudunun karmaşıklığı göz

⁸³ KAYIHAN, s. 265.

⁸⁴ LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 192 VVG, Nr. 8; Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından; tedavi, “hekimin belirli bir hastalık dolayısıyla gerçekleştirdiği, o hastalığın iyileştirilmesi için tıbben gerekli olan tedavi kategorisine dahil ve hastalığın tamamen iyileştirilmesi, hastanın daha iyi konuma getirilmesi veya hastalığın hafifletilmesini hedef tutan yahut kötüye gitmesinin önlenmesi olarak nitelenebilecek tıbbi uygulamalar” biçiminde tanımlanmaktadır. ÜNAN, Şerh, s. 415.

⁸⁵ LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 22; ÜNAN, Şerh, s. 415. Ancak sadece bakımevi hizmeti sunulması halinde tedavi mevcut değildir. LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 22.

⁸⁶ KAYIHAN, s. 265.

önüne alındığında, uygulanan tedavinin gerekliliğinin somut olayda fiilen gerçekleştirilen tedavi başarısı temelinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Alman hukukunda yerleşik içtihadı göre; tedavinin yapıldığı tarihteki objektif tıbbi bulgular ve bilimsel bilgiler temelinde tedavinin gerekliliği haklı bir gerekçeye dayanıyorsa “tedavi” tıbbi açıdan gereklidir. Tıbbi tedavi, altta yatan hastalığın haklı, anlaşılır ve bilimsel olarak temellendirilmiş şekilde teşhis edilmesi ve buna uygun bir tedavinin uygulanması halinde haklı görülmektedir. Bir tedavinin tıbbi gerekliliği vaka bazında değerlendirme yapılarak belirlenir. Tedavinin başarı olasılığı, hastalığın ağırlığına, planlanan müdahalenin ciddiyetine, ilişkili risklere ve olası komplikasyonlara karşı değerlendirilmektedir⁸⁷. Bu bağlamda, tıbbi gerekliliğin varlığı⁸⁸ nesnel tıbbi bulgular ve ekonomik açıdan ölçülülük⁸⁹

⁸⁷ LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 23; LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 192 VVG, Nr. 8. Mahkeme kararlarına konu olan spesifik ihtilaflardan biri de obezite tedavisinin tıbbi gerekliliğinin değerlendirilmesidir. Bu konuda alınan çeşitli uzman görüşlerine dayanarak, alınan tedbirlerin uzun vadeli etkisinin belirleyici olduğu söylenebilir. Tedavinin olası başarısında ve tıbbi gerekliliğin değerlendirilmesinde ortak belirleyici olan, tüketilen gıdaların genel olarak azaltılması ve tüketim davranışının yanı sıra yaşam tarzının (“egzersiz eksikliği”) değiştirilmesidir. Bu nedenle, kilo vermek için yatarak tedavi uygulanması kural olarak tıbbi açıdan gerekli değildir (OLG Köln r+s 1993, 75; OLG Bremen VersR 1984, 574 f.; OLG Celle VersR 1984, 529 f.; OLG Köln VersR 1983, 1071). Kilo vermenin ciddi bir hastalığın acil olarak tedavisi için bir ön koşul olması halinde ise durum farklıdır (OLG Karlsruhe VersR 1984, 457). LANGHEID/ WANDT, § 192 VVG, Nr. 24, fn. 42, 43. Benzeri örnekler için bkz. ÜNAN, Şerh, s. 409.

⁸⁸ *“Davacı vekili, müvekkilinin davalı nezdinde 05/05/2010 başlangıç, 05/05/2011 bitiş tarihli poliçe ile sağlık sigortası yaptırdığını, müvekkilinin aniden geçirdiği beyin kanaması nedeniyle kaldırıldığı hastanede 15/09/2010 tarihinde operasyona alındığını, beyin kanaması (...) ve beyinde kitle... tedavisi nedeniyle yapılan tedavi giderlerini davalının ödemediğini ileri sürerek, 28.640,00 TL tedavi masrafinin 18/10/2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari faiziyle birlikte davalıdan teshilini talep ve dava etmiştir.... Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının beyin kanaması (...) nedeniyle ameliyat edildiği, bu sırada **tıbbi ve ..gereklilik** dolayısıyla buna yol açmış olan ... beyin urunun da (...) çıkartıldığı, ameliyatının ciddi ve ... acil bir durum olan beyin kanaması nedeniyle gerçekleştirilmiş olup sigorta poliçesi teminatında kaldığı gerekçesiyle davanın kabulü ile 28.640 TL'nin 26/10/2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir...”* 17. Hukuk Dairesi 2013/4461 E. , 2014/1447 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.11.2022).

⁸⁹ Önemli maliyet farkları olan birbirine benzer tedavi yöntemleri söz konusu ise bunlardan pahalı olanının seçilmesi halinde ekonomik gereklilik koşulu gerçekleşmemiş olur. ÜNAN, Şerh, s. 418.

kıstasları çerçevesinde tedavinin uygulandığı an esas alınarak belirlenmektedir⁹⁰.

Herhangi bir tedavi yöntemi bulunmayan ağır, yaşamı tehdit eden hastalıklar söz konusu olduğunda henüz deneysel nitelikte olsa da en azından- tıbben haklı görülebilecek- bir tedavi veya hastalığı hafifletme olasılığı olan tedavi de tıbbi olarak gerekli kabul edilebilmektedir. Ancak, bu tedavi yöntemlerinin başarı şansının çok düşük olmaması⁹¹, istenen tedavi hedefi üzerinde öngörülen etki şeklinin tıbbi olarak anlaşılabilir bir yaklaşıma dayanması ve tedavi hedefine ulaşılmasının mümkün olması gerekmektedir (BGH VersR 2013, 1558; VersR 1996)⁹². Bu noktada, sigortacının "alternatif tıp" yöntemlerinin masraflarını karşılaması gerekip gerekmediği cevaplanması gereken bir sorudur. Doktrinde alternatif tıp yöntemlerinin sigortacının tazmin yükümlülüğü kapsamında olmadığı yönünde görüşler vardır⁹³. Nitekim Alman hukukunda tedavinin tıbbi açıdan gerekli olup olmadığı değerlendirilmesi, ilgili tedavinin geleneksel tıpta kabul gördüğünün kanıtlanmasını gerektirmektedir. Alternatif tıp veya doğal iyileştirme yöntemleri çerçevesinde yapılan tedavilerde tıp bilimi açısından gerekli sayılabilmektedir⁹⁴.

V. BİLGİ İSTEME HAKKINA SAHİP İLGİLİ VE İLGİLİNİN HAKKI KULLANMASI

A. "İlgili" Kavramı

TTK m. 1518'de yer alan ve bilgi isteme hakkına sahip "ilgili"nin kim olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta ettiren ve sigortacıdır. Bazı hallerde, bu kişiler dışında sigorta sözleşmesiyle ilgisi bulunan (sigortalı, riziko şahsı/ lehdar) kişiler de olabilmektedir. Sigorta ettiren, teminat kapsamında yer alan rizikoya

⁹⁰ ÜNAN, Şerh, s. 416.

⁹¹ Alman Federal Mahkemesi'nin 21.09.2005 tarihli kararına göre (VersR 2005, 1673), sigortacının ifa yükümlülüğünün söz konusu olması, tedavinin başarı olasılığının en az %15 olmasını gerektirir. Bu başarı olasılığı, tıbbi bulgulara göre değerlendirilmelidir (BGH VersR 1996, 1224). LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 192 VVG, Nr. 8a.

⁹² LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 192 VVG, Nr. 8a; ÜNAN, Şerh, s. 416.

⁹³ Akapunktur, bioenerji gibi alternatif tedavi yöntemlerinin sigorta teminatı kapsamında olmadığı konusunda bkz. KAYIHAN, s. 265.

⁹⁴ ÜNAN, Şerh, s. 416.

karşı sigortacı ile sigorta sözleşmesi akdeden kişidir⁹⁵. Sigortalı ise sigorta sözleşmesi ile sigortalı olabilir menfaati güvence altına alınan ve riziko gerçekleştiğinde tazminata hak kazanan kişidir⁹⁶. Ancak zarar sigortalardaki “sigortalı” ile can sigortalardaki “sigortalı” kavramları farklılık arz etmektedir. Can sigortalarda “sigortalı”, sigortacının edim yükümlülüğünü doğuracak olan rizikonun şahsında gerçekleşmesi gereken kişi olup, bu kişi sigorta sözleşmesinden doğan hakların sahibi değildir⁹⁷. Bu sebeple, zarar sigortalarda başkası lehine yapılan sigorta ile karışıklığa sebep olmaması için can sigortalarda bu şahsa “riziko şahsı” denilmesinin daha isabetli olduğu savunulmaktadır⁹⁸.

Uygulamada hastalık ve sağlık sigortasında, sigorta ettiren, sigortalı/riziko şahsı aynı kişi olduğu görülmekte ise de bunların farklı kişiler olması mümkündür. Zira, sigorta ettiren, kendisinin yaşadığı sağlık sorunları dolayısıyla gider yapmak zorunda ise bizzat kendisi için sigorta sözleşmesi akdedebileceği gibi bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık giderleri sebebiyle bu kişileri riziko şahsı tayin ederek, kendi yararına sözleşme de akdedebilmektedir. Ayrıca sağlık sigortasının “sigortalı lehine” yapılması da mümkündür. Bu olasılıkta sigortalı deyimini ile riziko kişinin sağlık sorunları sebebi ile yine riziko kişinin yapacağı giderlerin yararına temin edilmektedir⁹⁹. Hastalık ve sağlık sigortasının grup sigortası şeklinde kurulması halinde ise sözleşmeyi akdeden kişi sigorta ettiren, grup üyeleri ise sigortalı sıfatını taşımaktadır¹⁰⁰.

⁹⁵ YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 83; ŞİRİN, s. 42; KUBİLAY, s. 40; KARA, s. 166.

⁹⁶ KUBİLAY, s. 41; SÜZEL, s. 944; ŞİRİN, s. 46.

⁹⁷ ŞENOCAK, s. 49.

⁹⁸ ÜNAN, s. 25; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 356; KAYIHAN/BAĞCI, s. 145; KENDER, Sigorta Hukuku, s. 262.

⁹⁹ ÜNAN, Şerh, s. 392, 393.

¹⁰⁰ Grup sigortası, en az on kişiden oluşan, belirli kistalara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bir gruba dâhil kişiler lehine, sigorta ettirenin sigortacı ile akdettiği tek sigorta sözleşmesidir (TTK m. 1496). Hastalık ve sağlık sigortasına uygulanacak hükümlerin yer aldığı TTK m. 1519’da “Hayat sigortasına ilişkin hükümler 1497 ve 1504’üncü madde hükümleri dışında hastalık sigortasına da uygulanır...” ifadesine yer verilmektedir. Bu sebeple hastalık ve sağlık sigortasının grup sigortası şeklinde oluşturulması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİFTÇİ, Tuba, Grup Sigortası Kavramı ve Tabii Olduğu Hukuki Esaslar, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, 2016, s. 15 vd. TTK m. 1519’da grup sigortasının atıf yapılmadığı, konunun Sağlık Sigortası Genel Şartları m. 18 par. B’de düzenlendiği konusunda bkz. SÜZEL, s. 945.

TTK m. 1518 çerçevesinde bilgi edinme hakkına sahip kişilerin kim olduğuna ilişkin doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Bir görüşe göre; bu hak sigorta ettiren ve sigortalı tarafından ileri sürülebilirken¹⁰¹, diğer bir görüşe göre, hak sigorta ettiren veya riziko şahsı tarafından kullanılabilir¹⁰². Bir başka görüşe göre ise rizikonun meydana gelmesi ile sigorta sonucu hak sahibi olan kişiler bu hakka sahiptir¹⁰³. Doktrindeki bu farklı görüşler, hastalık ve sağlık sigortasında sigorta ettiren, sigortalı/ riziko şahsının bulunma ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, TTK m. 1518 kapsamında “ilgili” ile kimin kastedildiği tespit edilmelidir. Bilgi isteme hakkının konusunu kişisel bilgilerin oluşturduğu ve söz konusu kişilerin (sigorta ettiren, sigortalı/riziko şahsı) menfaatlerinin çatışabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple, sigorta ettiren ve sigortalının/riziko şahsının farklı kişiler olması durumunda yasal temsilci olarak atanmadığı sürece sigorta ettirenin rapor içeriği hakkında bilgi isteme hakkına sahip olmaması gerekir¹⁰⁴. Bu konuda tek yetkili veri sahibi (sigortalı/riziko şahsı) olmalıdır¹⁰⁵.

§ 202 VVG 1. cümlesinde öncelikle bilgi alma ve inceleme hakkının “sigorta ettiren” veya “sigortalıya” ait olduğu, 3. cümlesinde ise bu hakkın sadece “ilgili” kişi veya yasal temsilcisi tarafından ileri sürebileceği belirtilmektedir¹⁰⁶. Her ne kadar 1. cümlede hem sigorta ettiren hem de sigorta ettiren tarafından belirlenen sigortalı bilgi edinme hakkının sahibi olarak görünse de 3. cümlede hak sahibi somut olarak “ilgili kişi ve yasal (iradi değil) temsilcisi” ile sınırlandırılmaktadır. Bu hüküm, sigorta ettiren ile sigortalı arasında bir ihtilaf olması durumunda, taraflar arasında korunması gereken gizlilik menfaatlerinin söz konusu olabileceği son derece kişisel sağlık verilerinin¹⁰⁷ olduğu gerçeğini dikkate almaktadır.

¹⁰¹ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 392.

¹⁰² ÜNAN, Şerh, s. 458.

¹⁰³ ERİŞ, s. 1734.

¹⁰⁴ PROLSS/ MARTIN, § 202 VVG, Nr. 6.

¹⁰⁵ ÜNAN, Şerh, s. 458; Sözleşmeyle doğrudan veya dolaylı şekilde ilgili kişilerin bilgi isteyebileceği konusunda bkz. ERİŞ, s. 1602.

¹⁰⁶ LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 202 VVG, Nr. 3; BERGMANN/ PAUGE/ STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 3.

¹⁰⁷ Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik (21.06.2019 tarih ve 30808 sayılı Resmî Gazete) m. 4/j'ye göre; “Kişisel sağlık verisi: Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri”ni ifade ederken, Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin

Ancak hak sahibi elbette bilginin kendisi tarafından belirlenen üçüncü bir kişiye verilmesini talep etme hakkına sahiptir¹⁰⁸. Ayrıca “ilgili” kişinin ölümü halinde, mirasçılarının talepte bulunma hakları mevcut olduğu belirtilmelidir¹⁰⁹.

B. İlgilinin Hakkı Kullanması

Hastanın sağlık durumuna ilişkin bilgileri edinme hakkı genel olarak HHY’de düzenlendiğini belirttik. Yönetmeliğin 16. maddesinde, hastanın “Kayıtları inceleme hakkı”na yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir.” TTK m. 1518’de yer alan bilgi edinme hakkı, HHY m. 16’da yer alan “Kayıtları inceleme hakkı”na göre bazı farklılıklar içermektedir. Şöyle ki, HHY m. 16’da, ilgili, doğrudan veya dolaylı olarak kanuni temsilci veya vekil aracılığıyla inceleme hakkını kullanabilmektedir. TTK m. 1518’de ise bilginin ilgili veya kanuni temsilcisi tarafından talep edilebileceği belirtildiğinden, hakkın “vekil” aracılığıyla kullanılması mümkün değildir. Buna ek olarak; ilgili veya kanuni temsilci tarafından bilgi talep edilmesine rağmen sigortacının talep edilen bilgiyi ilgiliye veya kanuni temsilcisine değil, ilgili tarafından belirlenen “doktora” vermesi gerekmektedir. Ancak sigortacının raporu öncelikle “ilgili kişi” veya “kanuni temsilcisi” ile paylaşması menfaatler dengesi açısından daha uygundur¹¹⁰. Zira söz konusu bilgiler ilgilinin kişisel sağlık verileri olup ilgilinin kişisel verilerine kural olarak doğrudan ulaşabilmesi gerekmektedir. Ancak talep edilen bilgilerin ilgiliyle doğrudan paylaşılması ilgili nezdinde bazı sağlık sorunlarına sebep olabilir. Bu ihtimalinde söz konusu verilerin kime sunulacağı noktasında TTK’da bir açıklık bulunmamaktadır. Konu, Alman VVG 202’de “Eğer bilgi alma ve inceleme hakkının sigorta ettiren veya sigortalı tarafından kullanılması önemli tedavi nedenleri veya diğer önemli sebeplerle mümkün değil ise bu bilgilerin önceden belirlenmiş bir doktor veya avukata verilmesi talep edilebilir” ifadeleri ile düzenlenmektedir. Bu bağlamda, incelemeyi engelleyen önemli tedavi nedenleri varsa sigortalı tarafından

Sağlanması Hakkında Yönetmelik (20.10.2016 tarih ve 29863 sayılı Resmî Gazete) m. 4/g’ye göre, “Kişisel sağlık verisi: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisini” ifade etmektedir”.

¹⁰⁸ SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 9; UZUNALLI, s. 156.

¹⁰⁹ PROLS/ MARTİN, § 202 VVG, Nr. 6; ÜNAN, Şerh, s. 458.

¹¹⁰ ÜNAN, Şerh, s. 458.

atanan bir doktor veya avukat raporları inceleyebilmektedir. Raporun incelenmesi sonucu ilgilinin sağlık durumunun kötüleşmesi veya tedavi sürecinin riske girmesi ihtimali söz konusu ise önemli tedavi nedenlerinin veya diğer önemli nedenlerin mevcut olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumla özellikle psikoterapi, psikiyatri ve onkoloji alanlarında karşılaşılmaktadır. Hastanın sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olması en doğal hakkı olmasına rağmen bilgi edinme bir sağlık riski ile ilişkilendiriliyorsa burada hastanın sağlığının korunmasına öncelik verilmesi gerekmektedir¹¹¹.

VI. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜSÜ

Bilgi sağlama ve bilgiye erişime izni verme yükümlülüğü sigortacıya aittir. Bilgi edinme hakkının konusunu oluşturan raporu hazırlayan kişinin/uzmanın böyle bir yükümlülüğü söz konusu değildir¹¹². Hastalık ve sağlık sigortasına ilişkin sözleşmeler uygulamada daha çok sigorta acenteleri vasıtasıyla kurulmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde sigorta acentesi sigortacının yardımcısı konumundadır¹¹³. 2022/14 sayılı SSBilG m. 5’de de sigorta acentesi aracılığı ile akdedilecek sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüğünün acente tarafından yerine getirileceği düzenlenmektedir. Ancak sigorta şirketinin kurmuş olduğu bir sistem ile acentenin düzenlediği sigorta sözleşmeleri için usulüne uygun bir şekilde bilgilendirme yapılıyor ise, acentenin bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Sigortacı bu yükümlülüğü sadece sigorta ettirene değil, talep halinde sigorta korumasından yararlanan sigortalı, lehdar gibi kişilere karşı da yerine getirmelidir¹¹⁴.

VII. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DOĞUMU

Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşme öncesi ve sözleşme süresi içinde olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. TTK m. 1518’de düzenlenen sigortalının “Bilgi isteme hakkı”, sigortacının “sözleşme süresi

¹¹¹ LANGHEID/ WANDT, § 202 VVG, Nr. 6, 7; UZUNALLI, s. 157.

¹¹² RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 2; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr 5.

¹¹³ ÇEKER, s. 84; ŞİRİN, s. 84; YAZICIOĞLU, Aydınlatma, s. 173.

¹¹⁴ ÇEKER, s. 84.

içerisinde bilgilendirme yükümlülüğü¹¹⁵ kapsamında. Zira, sigortalının bilgi isteme hakkı sigortacının “*ifa yükümlülüğünü*” araştırdığı sırada ortaya çıkmaktadır. Sigortacının ifa yükümlülüğü ile kastedilen ise sigortacının zararı tazmin etmesidir (TTK m. 1401, 1427)¹¹⁶. Zararın tazmin edilebilmesi için rizikonun gerçekleşmesinden sonra, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli olan ve sigorta ettirenden beklenebilecek her türlü bilgi ile belgeyi sigorta ettirenin sigortacıya makul bir süre içinde sağlaması gerekmektedir (TTK m. 1447/1). Ayrıca bu yükümlülüğün devamında bilgi ve belgenin niteliğine göre, sigorta ettirenin ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermesi ve kendisinden beklenen uygun önlemleri alması gerekmektedir. Dolayısıyla hastalık ve sağlık sigortasında da sigortacının ifa yükümlülüğü kapsamında ödenecek tazminat tutarı belirlenirken sigortacının inceleme ve araştırma yapması ve bu kapsamda sigortalının doktor incelemesinden geçirilmesi dahi gerekebilmektedir¹¹⁷.

Sağlık sigortasının zarar sigortası şeklinde yapılması halinde, sağlık harcamalarının ortaya çıkması ile malvarlığında meydana gelen yük sigortacıya aktarılmaktadır. Sigortacının bu harcamaları karşılması için sağlık harcaması yapılması ve bu harcamaların sözleşmede kararlaştırılan kapsamda meydana gelmesi gerekmektedir. Sağlık harcaması, hastalık sebebi ile sunulan sağlık hizmetleri karşılığında doktora veya sağlık kuruluşuna yapılan ödemelerdir¹¹⁸. Doktor raporu hastalık ve sağlık sigortasında rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önemi haizdir. Sigortacı bu rapora dayanarak rizikonun gerçekleştiğini tespit eder ise sözleşmede üstüne düşen ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Bu noktada edimin tam olarak ifa edilmesi halinde sigortacının bilgi verme yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, hükmün kanunda yer alma amacı dikkate alındığında edimini tam olarak ifa etmesi halinde sigortacının rapor hakkında bilgi vermek veya rapor üzerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak yükümlülüğü söz konusu değildir¹¹⁹. Doktrinde

¹¹⁵ Sözleşme süresi içinde bilgilendirme, sözleşmeden doğan haklara ve borçlara ilişkin gelişmeler, sözleşme ilişkisini sürdürme veya sona erdirmeye hakkı veren bir duruma ilişkin bilgi verilmesidir. YAZICIOĞLU, Aydınlatma, s. 392.

¹¹⁶ KARA, s. 227.

¹¹⁷ YILDIRIM, s. 303-305.

¹¹⁸ ÜNAN, Şerh, s. 405 vd.

¹¹⁹ LANGHEID/ RIXECKER/ MUSCHNER, § 202 VVG, Nr. 3; ÜNAN, s. 458.

bir diğer görüşe göre ise sigortacı tazmin talebini yerine getirmiş olsa bile bilgi isteme hakkının kullanılması mümkündür¹²⁰. Bilgi isteme hakkının konusunu ilgilinin kişisel sağlık verileri olduğu dikkate alındığında ikinci görüşün daha isabetli olduğunu söylenebilir.

Sigortalının bilgi edinme hakkını kullanabilmesi için (özel) meşru bir menfaati olduğunu ispat etmesine ihtiyaç yoktur¹²¹. Sigortalının sağlığının durumunu, bu konuda ortaya çıkan bilgileri ve bunların nasıl değerlendirileceğini öğrenme konusunda genel bir yararı söz konusudur¹²². Bu bağlamda, § 202 VVG'de, sigortalının bu konuda bir menfaatinin olduğu varsayılmaktadır¹²³.

VIII.BİLGİNDİRME SÜRESİ

TTK m. 1518 hükmünün amacına ulaşabilmesi için bilginin verilmesi kadar bilginin zamanında verilmesi de önem arz etmektedir. Ancak düzenlemede yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Sözleşmenin devamı sırasında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü ne zaman yerine getireceğine ilişkin TTK m. 1423'de bir düzenleme içermemektedir. SSBY m. 10'da ise "*sigortacı, sözleşmeye konu sigortaya ilişkin mevzuatta meydana gelen değişiklikler başta olmak üzere; iflâs veya tasfiyesini, ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptallerini, tüm branşlarda sözleşme yapma yetkisinin kaldırıldığını ve sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere, en geç on iş günü içinde bildirir*" düzenlemesine yer verilmektedir. Bu bağlamda, sigortacı, sigorta sözleşmesinin devamı sırasında sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek değişiklik ve gelişmeyi ilgililerine on iş günü içerisinde bildirmekle yükümlüdür. Düzenlemede sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı belirtilmemişse de, on iş günlük sürenin bildirilmesi gereken konunun ortaya çıktığı tarihin ertesi günü işlemeye

¹²⁰ SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 6; PROLSS/ MARTIN, § 202 VVG, Nr. 3.

¹²¹ RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 2; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 6.

¹²² BERGMANN/ PAUGE/ STEINMEYER, § 202 VVG, Nr. 6.

¹²³ RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 2; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 6.

başlayacağı kabul edilmelidir¹²⁴. Dolayısıyla raporun alınmasını izleyen gün süre işlemeye başlayacaktır.

Ayrıca, SSBY'nin "Bilgi talepleri ve şikayetlerin cevaplandırılması" başlıklı 12. maddesi uyarınca; "Sigortacı, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar tarafından yazılı veya elektronik iletişim araçlarıyla kendisine yöneltilen sigortaya ilişkin şikayetlerle, sözleşmeye bağlı olarak yapılacak ödemeler de dahil olmak üzere sözleşmeye ilişkin **her türlü bilgi taleplerini**, başvurunun kendisine ulaşmasından itibaren onbeş iş günü içinde cevaplandırmak zorundadır". İlgilinin sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmesine beklemesine gerek yoktur. İlgili de bilgi isteme hakkını kullanarak talepte bulunabilir. Bu halde, sigortacı talebin kendisine ulaşmasından itibaren onbeş gün içinde talebi cevaplandırmakla yükümlüdür.

IX. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ

TTK m. 1518'de sigortacının rapor hakkında bilgi vermemesi veya inceleme imkânı tanımaması durumunda bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu noktada, ilgili boşluğun SSBİY ile tamamlanması düşünülebilir. Bu konuda sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü temelinde bir değerlendirme yapılabilirse de, TTK m. 1423'ün yalnızca sigortacının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğünün sonuçlarını düzenlemiş olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Sigortacının sözleşmenin devamı sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğünü¹²⁵ ihlal etmesi ve bunun hukuki sonuçları hakkında TTK m. 1423'te bir düzenleme bulunmamaktadır¹²⁶. SSBİY m. 7'ye göre, "Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri **sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir**". Buna göre, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması, sigorta ettirenin

¹²⁴ YAZICIOĞLU, Aydınlatma, s. 194.

¹²⁵ Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde SK m. 11/3'e dayanılarak hazırlanan SSBİY ile TTK m. 1423'te düzenlenen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları farklılık arz etmektedir. Bkz. YETİŞ ŞAMLI, s. 2983.

¹²⁶ YAZICIOĞLU, Aydınlatma, s. 160; YETİŞ ŞAMLI, s. 2983.

sözleşme akdedip akdetmeme veya mevcut şartlarla akdetme konusundaki kararında etkili olmamışsa sigorta ettiren sözleşmenin feshi ve/veya tazminat talep hakkına sahip değildir¹²⁷. “Sigorta ettirenin kararını etkilemesi” ifadesi düzenlemenin daha çok sözleşmenin kuruluşu safhasına yönelik olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Ayrıca bu düzenleme yaptırım olarak “fesih” ve “tazminat” öngörmesi sebebiyle sigortalının bilgi edinme ihtiyacını karşılamamaktadır¹²⁸. Sigortacının sözleşmenin devamı sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın hukuki sonuçları hakkında genel hükümlere gidilmesi düşünülebilir (TTK m. 1451)¹²⁹. Alman hukukunda, sözleşmenin devamı sırasında sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali halinde söz konusu ihlalin dava edilebilir talep hakkı vermediği; sigorta ettirenin sözleşmenin devamı sırasında sadece sigorta genel şartlarını talep edebileceği kabul edilmektedir¹³⁰.

Sözleşmenin devamı sırasındaki bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinde sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesine ilişkin genel düzenlemeler kapsamında “borçların ifa edilmemesinin sonuçları” önem arz eder (TBK m. 112-126). Bilgilendirme yükümlülüğünün bir yan yükümlülük niteliğinde olduğu tespit etmiştik. Yan yükümlülüklerin aslî edim yükümlülüklerine bağımlı olmaları sebebiyle alacaklının bunların yerine getirilmesi için ayrı bir ifa davası açamayacağı sadece bundan doğan zararının tazminini talep edebileceği ifade edilmektedir¹³¹. Ancak yan yükümlülerin niteliğinin elverdiği hallerde ifasının talep ve dava edilebileceğinin de savunulduğuna işaret etmek gerekmektedir¹³². Böyle bir çözüm sigortalının bilgi edinme hakkının korunması anlamında amaca daha iyi hizmet etmektedir. Nitekim Alman hukukunda benimsenen hâkim görüşe göre; ilgili veya kanuni temsilcisi bilgi edinme ve inceleme

¹²⁷ YAZICIOĞLU, Sigorta Araçları, s. 200; YETİŞ ŞAMLI, s. 3000.

¹²⁸ Hukuki sorumluluğu ilişkin düzenlemelerin kanunla öngörülmesi gerektiği, yönetmelikle hukuki sorumluluk getirilmesinin mümkün olmadığı konusunda bkz. DOLAR, s. 247.

¹²⁹ DOLAR, s. 248.

¹³⁰ YAZICIOĞLU, Sigorta Araçları, s. 196 dpn. 206.

¹³¹ ERBERK ODABAŞI, s. 107.

¹³² Bkz. III. C. Bilgi İsteme Hakkının Hukuki Niteliği

talebini sigortacıya doğrudan ileri sürebileceği gibi ifa talepli bir eda davası (§ 254 ZPO) açılabilir¹³³.

X. BİLGİ İSTEME HAKKININ TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

TTK m. 1518’de bilgi isteme hakkının kullanılmasına ilişkin bir hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bütün istemlere ilişkin zamanaşımı süresi TTK m. 1420’de emredici hüküm şeklinde düzenlenmiş olup, bu hükme aykırı sözleşme şartları geçersizdir (TTK m. 1452,2)¹³⁴. TTK m. 1420’ye göre, “*Sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl ve 1482nci madde hükmü saklı kalmak üzere, sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler herhâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”. Hükümde yer alan iki yıllık kısa zamanaşımı süresi, eTTK’ya paralel şekilde sigortacılık faaliyetinin gereksinimleri dikkate alınarak getirilmiştir. Özellikle maddi olayların karartılması tehlikesi sigortacının yükümlülüklerinin bir an önce saptanarak ayrılması gereken karşılıkların doğru şekilde belirlenmesi gerektiği dikkate alınmıştır¹³⁵. Altı yıllık azami zamanaşımı süresi ise eTTK döneminde mevcut olmayıp sigortacıyı oldukça uzun zamanaşımı süreleriyle karşı karşıya bırakmamak amacıyla getirilmiştir¹³⁶.

Söz konusu zamanaşımı sürelerinin bilgi isteme hakkına uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bilgi isteme hakkının sigorta tazminatından ve bedelinden farklı bir talep olduğu ve bu sebeple altı yıllık zaman aşımı süresinin uygulanmayacağı düşünülse de, doktrinde bilgi isteme hakkının sigorta alacağının öncüsü (ilk adımı) olması sebebiyle bu hakkın da altı yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu

¹³³ RUFFER/ HALBACH/ SCHIMIKOWSKI, § 202 VVG, Nr. 16; SPICKHOFF, § 202 VVG, Nr. 13.

¹³⁴ Ayrıntılı bilgi ve eleştiriler için bkz. MEMİŞ, Tekin, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımına İlişkin Eleştiriler Ve Değerlendirmeler” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 1931 vd.

¹³⁵ ARKAN, Sabih, “Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamanaşımı”, AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007, s. 39.

¹³⁶ Eski TTK döneminde azami zamanaşımı süresine Borçlar Kanunu’nda bulunan azami genel zamanaşımı süresi uygulanmaktaydı. BAĞCI, Ömer, “Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanaşımı”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2016, s. 164.

yönünde görüşler bulunmaktadır¹³⁷. Ancak TTK m. 1420’de sigorta sözleşmesinden doğan tüm istemler sigorta alacağının muaccel olduğu tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur¹³⁸. Bilgi isteme hakkı, sigorta tazminatı ve bedelinden tamamen bağımsız bir hak olup yukarıda işaret edildiği üzere; sigortacı, sigorta tazminatını veya bedelini tamamen ödese bile sigortalının bilgi isteme hakkı mevcuttur. Bu sebeple bilgi isteme hakkının sigorta sözleşmesinden doğan istem kapsamına girdiğini kabul ederek, hakkın iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu tespit, sigorta ettirenin bilgilendirme yükümlülüğünden kaynaklanan haklarının iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönündeki görüşle de uyumludur¹³⁹. Ancak iki yıllık zamanaşımı süresi sigorta ettiren ve riziko şahsının aynı kişi olması hali için geçerlidir. Riziko şahsının sigorta ettirenden farklı bir şahıs olması halinin ayrıca incelenmesi gerekir: Başkası lehine sigortada lehine sözleşmesi yapılan üçüncü kişi/lehtar sözleşmenin tarafı değildir. Ancak TTK m. 1412’de sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartı ile can sigortalarında lehtarın bilgisi ve davranışının dikkate alınacağı düzenlenmiştir. TTK m. 1493/7’de ise başkası lehine sigorta sözleşmesinde sigortacıdan edimi talep ve tahsil yetkisi sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça lehtara ait olduğu belirtilmiştir¹⁴⁰. Tüm bu bilgiler ve TTK m. 1420 ışığında lehtarın bilgi isteme talebi “sigorta sözleşmesinden kaynaklanan bütün istemler” kapsamında olup, iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu söylenebilir.

Sigorta ettiren başkasının sağlık sorunu için sigortalı/riziko şahsı kendi karşılayacağı giderler sebebiyle sigorta sözleşmesi akdetmesi

¹³⁷ ÜNAN, Şerh, s. 459; Benzer yönde ERİŞ, s. 1734. Ancak doktrinde altı yıllık zamanaşımı süresinin muacceliyetin rizikonun gerçekleştiğini bildirmeye bağlanmış olması sebebi ile sadece sigorta tazminatı ve sigorta bedeline ilişkin alacaklar için söz konusu olduğu yönünde görüşler de vardır. BAĞCI, s. 164; DEMİR, Şamil, “TTK Tasarısı’nın Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Maddeleri ile Getirilen Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, TBBD, C. 2009, S. 84, s. 340 vd.

¹³⁸ Sorumluluk sigortalarında TTK m. 1482 gereği, tazminat talepleri açısından on yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olup sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan diğer taleplerde TTK m. 1420 gereği iki yıllık zamanaşımı süresinin geçerlidir. KARASU, Rauf “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 6, S. 4, 2015, s. 703.

¹³⁹ ÖZDAMAR, s. 468.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için ÜLGEN, s. 2838.

halinde de riziko şahsının sigortacı ile akdi bir ilişkisi söz konusu olmayıp kendisi sigorta sözleşmesinin sadece konusunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda ne prim ödeme ne de sözleşmeden kaynaklanan külfetleri yerine getirme yükümlülüğü mevcuttur. Başka bir ifadeyle riziko şahsı, sigorta sözleşmesinden doğan hak ve borçların sahibi değildir¹⁴¹. TTK m. 1420'de düzenlenen zamanaşımı süreleri sadece sigorta sözleşmesine taraf olanları bağlar¹⁴².

Riziko şahsının bilgi isteme hakkı sigorta sözleşmesinden doğan istem kapsamına girmemektedir. Bu noktada, borcun kaynaklarından olan haksız fiil sorumluluğu akla gelmektedir. Zira, riziko şahsının bilgi talebinin geri geçirilmesi veya yanıtız kalması halinde bir haksız fiil oluşur. TBK m. 49/1 uyarınca, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür¹⁴³. Haksız fiilden doğan davalarda zamanaşımı süresi zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren iki yıl, fiilin işlenmesinden itibaren on yıldır (TBK m. 72). Haksız fiil sorumluluğu, rapordan uzun bir süre sonra haberdar olan ve bilgi talebi karşılanmayan riziko şahsının korunmasına hizmet edecektir.

XI. GİDERLER

§ 202 VVG¹⁴⁴ aksine TTK m. 1518'de rapor alınmasına ilişkin giderlerin kime ait olacağı hususu düzenlenmemiştir. Ancak TTK m. 1426'ya

¹⁴¹ ŞENOCAK, s. 76.

¹⁴² BAĞCI, s. 164 vd.; KAYIHAN, s. 276.

¹⁴³ Haksız fiil sorumluluğunun şartları; hukuka aykırılık (kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan veya dolaylı şekilde koruma amacı güden yazılı veya yazılı olmayan emredici davranış kurallarının ihlali), fiil (olumlu, olumsuz eylem), zarar (zarar gören kişinin mal varlığı ve şahıs varlığındaki azalma, eksilme) illiyet bağıdır. EREN, s. 516-586.

¹⁴⁴ § 85 VVG kapsamındaki giderlerin ödenmesine ilişkin genel ilkeleri düzenlemektedir. Bu sebeple § 202 VVG cümle 3'ün, § 85 (2) VVG 'den farklı koşullara sahip olup olmadığı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Bu durum ilk olarak ifadelerin farklılığından anlaşılmaktadır. § 85 (2) VVG sigortacı tarafından uzman görüşü alınması "talep edilmiş" olmasını gerektirirken, VVG § 202 cümle 3 sigortacının "teşvikiyle" sigorta ettiren tarafından alınan uzman görüşlerinden bahsetmektedir. Bu durum, "teşvik üzerine" ifadesinin sigortacı tarafından yapılan bir "talep"ten farklı bir anlama gelip gelmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Ancak bu durum, sigortacının kendisi tarafından "talep edilen" uzman görüşlerinin giderlerini açıkça üstlenmesi gerektiği yönündeki gerekçeyle çelişmektedir. Dolayısıyla, § 202 VVG'nin uygulama alanı § 85 VVG'den daha geniş değildir. Bu nedenle, yapılan giderlerin geri ödenmesi için ön

göre; sigortacı, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar tarafından, rizikonun, tazminatın veya bedel ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, ödemek zorundadır. Doktrinde sigortacının ifa yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığını tespiti amacıyla yapılan giderlerin sigortacıya ait olması gerektiği ifade edilmektedir. Zira hükümde sigortacının ifa yükümlülüğünün belirlenmesi amacıyla sigorta ettiren tarafından yapılan giderlerin sigortacı tarafından talep edilip edilmediği önem arz etmeksizin sigortacı tarafından karşılanacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda sigortacı talep doğrultusunda yapılan giderleri ödemekle yükümlü olmalıdır¹⁴⁵.

SONUÇ

Bilgi isteme, kamu hukuku ve özel hukuk ilişkilerine yansımaları bulunan bir haktır. Özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan sigorta sözleşmesi ise bazı hallerde tüketici sözleşmesi niteliği taşımakta olup güçsüz durumdaki sigortalının korunması önem arz etmektedir. Sigorta ilişkisinde sigortalının korunması araçlarından biri bilgi isteme hakkıdır. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan sigorta sözleşmesinde sigortacının önemli borçlarından biri bilgilendirme yükümlülüğüdür ve konu genel olarak SK m. 11/3'e ve TTK m. 1423'te düzenlenmiştir.

Hastalık ve sağlık sigortası bir can sigortası türü olup TTK'nın 1511 ila 1519'uncu maddeleri arasında yer almaktadır. TTK m. 1518'de hastalık ve sağlık sigortası kapsamında sigortalının bilgi isteme hakkı; "*Sigortacı, ifa yükümlülüğünü incelerken, ilgili kişinin veya onun kanuni temsilcisinin istemesi hâlinde, bunlar tarafından belirlenen doktora, teminat kapsamındaki hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediği ve tıbbi tedavi uygulanmasının gerekliliği konusunda aldığı rapor hakkında bilgi ve rapor üzerinde inceleme imkânı vermek zorundadır*" ifadelerine yer verilmek suretiyle düzenlenmektedir. Rizikonun gerçekleşmesi üzerine tazminat talebinde bulunan ilgili; özellikle tazminat talebinin sigortacı tarafından reddedildiği veya kısmen kabul edildiği hallerde, red veya kabule ilişkin gerekçelerin ortaya konulabilmesi için yapılan incelemeden ve düzenlenen rapordan bilgi sahibi olmak istemektedir. Düzenleme; böyle bir taleple karşılaşan sigortacının, gerekli bilgileri paylaşma ve raporlar üzerinde inceleme yapılmasına izin verme

koşul, sigortacının açık talebi üzerine uzman görüşünün alınmış olmasıdır. BACH/MOSER/HUTT, § 202 VVG, Nr. 14.

¹⁴⁵ ERİŞ, s. 1734; ÜNAN, Şerh, s. 458.

konusunda yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır. Düzenlemenin kaynağı ise § 202 VVG olup, iki düzenleme arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

Bilgi isteme hakkının konusunu sigortacının aldığı rapor oluşturmaktadır. Sigortacı, ifa yükümlülüğünü tespit etmek için hastalık sigortasında hastalığın gerçekleşip gerçekleşmediğine, sağlık sigortasında ise uygulanan tedavinin tıp bilimi açısından gerekli olup olmadığına ilişkin rapora ihtiyaç duymaktadır. Söz konusu hususlar özel uzmanlık gerektiren konular olduğu için raporun “doktor raporu” niteliği taşıması ve raporun şirket bünyesinde istihdam edilmeyen bir doktordan alınması gerekmektedir.

Sigortacı, sigortalıyı öncelikle uzman raporu alıp almadığı hususunda bilgilendirmelidir. Bu kapsamda bir rapor alınması halinde ise raporun konusunu “*tıbbi tedavinin gerekliliği*” oluşturmaktadır. Alman hukukunda yerleşik içtihadı göre; tedavinin yapıldığı tarihteki objektif tıbbi bulgulara ve bilimsel bilgiye göre tedavinin gerekliliği haklı bir gerekçeye dayanıyorsa “tedavi” tıbbi açıdan gereklidir. Bu bağlamda, tıbbi gerekliliğin varlığı nesnel tıbbi bulgular ve ekonomik açıdan ölçülülük kıstasları çerçevesinde tedavinin uygulandığı an esas alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

Bilgi isteme hakkına sahip “ilgili”nin kim olduğunun belirlenmesi de önem arz etmektedir. Uygulamada hastalık ve sağlık sigortasında, sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi olduğu görülmekte ise de bunların farklı kişiler olması mümkündür. Sigorta ettiren ve sigortalının (riziko şahsı) farklı kişiler olması durumunda yasal temsilci olarak atanmadığı sürece sigorta ettirenin rapor içeriği hakkında bilgi isteme hakkına sahip olmaması gerekir. Bu konuda tek yetkili veri sahibi (riziko şahsı) olmalıdır.

Bilgi sağlama ve bilgiye erişime izni verme yükümlülüğü sigortacıya aittir. Bilgi edinme hakkının konusunu oluşturan raporu hazırlayan kişinin/uzmanın ise böyle bir yükümlülüğü söz konusu değildir.

TTK m. 1518 gereği; bilgi, ilgili veya kanuni temsilcisi tarafından sigortacıdan talep edilmekte ancak söz konusu bilgi sigortacı tarafından ilgilinin önceden tayin ettiği doktora verilmektedir. Ancak ilgililerin kişisel sağlık verilerine doğrudan ulaşabilmesi önem arz etmektedir. VVG § 202’de ise bilgi edinme hakkını öncelikle ilgiliye vermekte önemli tedavi

engellerinin söz konusu olması halinde ise bilgi önceden belirlenmiş bir doktora veya avukata verilmektedir.

TTK m. 1423'de bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi haline ilişkin fesih ve tazminat yaptırımı öngörülmüş olsa da bu yaptırımlar bilgilendirmenin amacı ile uyumlu değildir. Bu sebeple yan yüküm niteliğindeki bilgilendirme yükümlülüğünün niteliğinin elvermesi sebebi ile ifası talep ve dava edilebilmelidir. Eda davası ile bilginin talep edilmesi menfaatler dengesine daha uygundur.

Bilgilendirme yükümlülüğünden kaynaklanan haklarının iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu dikkate alındığında, bilgi isteme hakkının TTK m. 1420 çerçevesinde iki yıllık zamanaşımında tabi olduğu söylenebilir. TTK m. 1426 gereği, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar tarafından, rizikonun, tazminatın veya bedel ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile sigortacı ödemek zorunda olduğundan TTK m. 1518 kapsamında alınan rapora ilişkin giderleri de ödemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARKAN**, Sabih: "Sigorta Hukukunda Fazladan Yapılan Ödemelerin İadesinde Zamaşımı", AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007, s. 39-43.
- AYHAN**, Rıza/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin/ **ÖZDAMAR**: Mehmet, Sigorta Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2021.
- BACH**, Peter/ **MOSER**, Hans/ **HUTT**, Stephan (Hrsg. Jan Wilmes): *Private Krankenversicherung*, 5. Ausgabe, München 2015.
- BAĞCI**, Ömer: "Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamaşımı", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 11, 2016, s. 159-171.
- BAHAR SAYIN**, Hediye: "Hayat Sigortalarında Doktor İncelemesi", İnÜHFD, C.10, S. 2, 2019, s. 677-693.
- BERGMANN**, Karl Otto/ **PAUGE**, Burkhard/ **STEINMEYER**, Heinz-Ditrich: *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2018.
- CAN**, Mertol: Birden Çok Sigorta, 1. Baskı, Ankara 2004.
- ÇEKER**, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, 3. Baskı, Adana 2011.
- ÇİFTÇİ**, Tuba: Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, 2016.
- DEMİR**, Şamil: "TTK Tasarısı'nın Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Maddeleri ile Getirilen Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi", TBBB, S. 84, 2009, s. 319-346.
- DOLAR**, Neyzen Fehmi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2022.
- DURGUT**, Ramazan/ **BULUT**, Haşim: "Karar İncelemesi: Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları", TFM, C. 6, S. 2, 2020, s. 337-358.
- ERBEK ODABAŞI**, Özge: "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleri ile Karşılaştırılması", İzmir Barosu Dergisi, S. 9, 2020, s. 61-155.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2014.

ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2020.

KARA, Ethem: Sigortalanabilir Menfaat İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2020.

KARA, Hacı, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021.

KARASU, Rauf: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 6, S. 4, 2015, s. 683-706.

KAYIHAN, Şaban: "Hastalık ve Sağlık Sigortası", REGESTA, C. 5, S. 2, 2020, s. 255-283.

KAYIHAN, Şaban/ **BAĞCI**, Ömer: Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Kocaeli 2019.

KENDER, Rayegân: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku: Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, 17. Baskı, İstanbul 2021 (Sigorta Hukuku).

KENDER, Rayegân: "Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, C. 8, S. 2, 2012, s. 1-27 (Tüketici).

KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2003.

LANGHEİD, Theo/ **RİXECKER**, Roland/**GAL**, Jens/ **GROTE**, Joachim/**MUSCHNER**, Jens: *Versicherungsvertragsgesetz*, 7. Auflage, 2022.

LANGHEİD, Theo/ **WANDT**, Manfred (Hrsg. Jan Wilmes): Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2017.

MEMİŞ, Tekin: "Sigorta Sözleşmelerinden Kaynaklanan Taleplerde Zamanlaşımına İlişkin Eleştiriler ve Değerlendirmeler" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 1931-1944.

- OMAĞ**, Merih Kemal: “Sigortacı Açısından Sigorta Sözleşmesinin Hükümleri”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, 1. Baskı, İstanbul 2003, 25-41 (Sigorta Sözleşmesi).
- OMAĞ**, Merih Kemal: *Türk Sigorta Hukukunda Riziko Ağırlaşması*, 1. Baskı, İstanbul 1985 (Riziko Ağırlaşması).
- ÖZDAMAR**, Mehmet/ **DOĞAN**, Burak: Sigorta Hukuku Temel Hukuk Dizisi, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ÖZDAMAR**, Mehmet: Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, 1. Baskı, Ankara 2009.
- ÖZDAMAR**, Mehmet: “Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü” Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan C.II, Ankara 2010, s. 1677-1707.
- PROLSS**, Jürgen/ **MARTIN**, Anton: *Versicherungs-vertragsgesetz, Beck’sche Kurz Kommentare*, 31. Auflage, München 2021.
- RUFFER**, Wilfried/ **HALBACH**, Dirk/ **SCHIMIKOWSKI**, Peter (Hrsg.): *Versicherungsvertragsgesetz*, 4. Auflage, Baden-Baden 2020.
- SAAT**, Dursun: “Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri Ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 2453-2471.
- SOYKAN**, Cavidan: Bir İnsan Hakkı Olarak Bilgi Edinme Hakkı (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Tüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- SPICKHOFF**, Andreas: *Medizinrecht* (Hrsg.) 3. Auflage, München 2018.
- SÜZEL**, Cüneyt: “Özel Sağlık Sigortası Sözleşmesinin Niteliği, Tarafları ve Ömür Boyu Yenileme Garantisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, 2018, s. 931-965.
- ŞEKER**, Zehra: “Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 1043-1060.
- ŞENOCAK**, Kemal: “Hayatı Sigorta Edilecek Kişi (Riziko Şahsı) (TTK m. 1490)”, *BATİDER*, C. 28, S. 4, 2012, s. 47-79.

ŞİRİN, Melih: Özel Sağlık Sigortası, 1. Baskı, İstanbul 2022.

UZUNALLI, Sevilay: Hastalık Sigortası Sözleşmesinin Kurulmasında İhbar Külfeti, 1. Baskı, Ankara 2005.

ÜLGEN, Hüseyin: “Başkası Lehine Sigorta Ve Bu Sigortada Sigortalının Ve Sigorta Ettirenin Talep Ve Dava Hakkı” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 2827-2838.

ÜNAN, Samim: “2013 Tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Sigortaya Etkileri”, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku’nda ve Sigorta Hukuku’nda Güncel Gelişmeler Sempozyumları, İnönü Üniversitesi, Malatya 2014, s. 165-192 (Tüketici).

ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C. III Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler 2. Bölüm Can Sigortaları (Madde 1487-1520), 1. Baskı, İstanbul 2017.

ÜNAN, Samim: Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C. I Genel Hükümler (Madde 1401-1452), 1. Baskı, İstanbul 2016.

YAZICIOĞLU, Emine: “Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü” Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Editörler: Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu) 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 393-410 (Aydınlatma).

YAZICIOĞLU, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku I, 1. Baskı, İstanbul 2010 (Sigorta Aracıları).

YAZICIOĞLU, Emine/ **ŞEKER ÖĞÜZ**, Zehra: Sigorta Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2021.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra: “Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan C. I, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 2977-3004.

YILDIRIM, Ali Haydar: Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti (TTK m. 1427), 1. Baskı, Ankara 2020.