



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: **11** | Sayı: **1**
Ocak 2025

Yayın Sahibi / Owner

Başkent Üniversitesi Adına
Rektör Prof. Dr. Hakan ÖZKARDEŞ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editorial Manager

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Editör / Editor

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editör Yardımcısı / Deputy Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Aybüke BASIM

Yönetim Adresi

Yukarı Bahçelievler, Mareşal Fevzi Çakmak Cad.
10. Sok. No: 45
Çankaya / ANKARA

İletişim Adresi

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bağlıca Kampüsü
Fatih Sultan Mehmet Mah. Eskişehir Yolu 18. km
Etimesgut / ANKARA
Tel: 0312 246 66 66 / 2181
Faks: 0312 246 66 44
E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158 Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Baskı

Vadi Grafik. Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Şubat 2025

Yayın Aralığı

6 ay | Ocak-Temmuz

Yayın Türü

Yerel | Süreli

ISSN 2148-6638

- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bundan doğacak sorumluluk yazarlara aittir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizininde Yer almaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORS BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Yadigâr İZMİRLİ • <i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK • <i>TED Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çiğdem KIRCA • <i>TOBB ETÜ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Arzu OĞUZ • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cemal OĞUZ • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serdar ALTINOK • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Erdal ONAR • <i>Bilkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çağlar ÖZEL • <i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Muharrem ÖZEN • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Ethem ATAY • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rıza AYHAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Murat SEZGİNER • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vedat BUZ • <i>Bilkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mertol CAN • <i>Çankaya Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Süha TANRIVER • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN • <i>Atılım Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Asuman TURANBOY • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Gülriz UYGUR • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fikret EREN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nadi GÜNAL • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Aynur YONGALIK • <i>Atılım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kudret GÜVEN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU • <i>Başkent Üniversitesi</i>

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD^(*)

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Fikret EREN
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

^(*) Yukarıda yer alan öğretim üyeleri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ, YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 yılı itibarıyla “Dergipark” sistemine geçmiştir. Bu nedenle, dergiye gönderilen çalışmaların hakemlik süreçleri Dergipark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

Dergide hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki çalışmalar Yayın Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

Dergiye gönderilecek çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların ilk değerlendirmesi Editörlük tarafından yapılır. Bu değerlendirmeden sonra, çalışmaların hakem değerlendirme süreci başlar. Hakem değerlendirme süreci sonunda çalışmaların yayımlanmasına, hakem raporları dikkate alınarak düzeltilmesine (revizyonuna) veya geri çevrilmesine karar verilir.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayımlanmasına karar verilen çalışmaların elektronik ortamda tam metin şeklinde yayımlanmak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.

II. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAZIM VE ATIF KURALLARI

A. Yazım Kuralları

Çalışmada Türk Dil Kurumu’nun kabul ettiği güncel yazım ve dil bilgisi kuralları ile “Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yazım ve Atıf Kuralları”na uyulmalıdır. Anılan kurallara uyulmaması durumunda Editörlük, çalışmanın ilgili kurallara uygun şekilde düzenlenmesini yazardan talep edebilir.

Çalışmalar, Dergipark sistemine “.doc” veya “.docx” uzantılı dosya formatında ve biri isim-siz olmak üzere iki nüsha halinde yüklenmelidir.

Çalışmanın başlığı, sayfa ortalanarak tüm harfler büyük olacak şekilde Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.

Çalışma başlığının sağ altında, yazarın unvanı, adı - soyadı ve yazarın soyadının bitiminde yıldız (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta, yazarın iletişim bilgileri (kurumu, bölümü, kurumsal elektronik posta adresi, ORCID numarası) yer almalıdır.

Örn: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-posta: ornek@baskent.edu.tr, ORCID No: 0000-0000-0000-0000.

Çalışmada, **Türkçe ve İngilizce olarak “Özet”** ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı, anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin sadece ilk harfleri büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır. Çalışma içerisinde 1.25 cm paragraf girintisi kullanılmalı ve tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.

Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar halinde eklenmeli ve kenara yaslanmış şekilde yazılmalıdır.

Cümle sonunda kullanılan dipnotlarda, dipnotun, cümle sonu noktalama işaretinden önce ve boşluk bırakılmadan gösterilmesi gerekir.

Çalışmaların gövde metni 1,5 satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 12 punto; dipnotlar ise, sayfanın altında gösterilecek biçimde, tek satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Yazılarda kullanılacak **başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde** oluşturulmalıdır:

- Birinci Derecede Alt Bölüm : I, II, III ... (**I. SİYAH, KALIN VE TÜM HARFLER BÜYÜK**)
İkinci Derecede Alt Bölüm : A, B, C ... (**A. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Üçüncü Derecede Alt Bölüm : 1, 2, 3 ... (**1. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Dördüncü Derecede Alt Bölüm: a, b, c ... (**a. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Beşinci Derecede Alt Bölüm : aa, bb, cc ... (*aa. İtalik, İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük*)

Metin içerisinde içindekiler bölümü ve kısaltmalar cetveli yer almamalıdır. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan yazılmalı ve yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

B. Atıf Kuralları

1. Kitap Atıfları

a. Tek Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : İhsan Erdoğan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023, s. 20.

Tekrar atıf : Erdoğan, s. 22.

Kaynakça : Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

b. Birden Fazla Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023, s. 100.

Tekrar atıf : Eren/Yücer Akürk, s. 105.

Kaynakça : Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

2. Bir (veya Birden Fazla) Yazarın Birden Fazla Eserinden Yararlanılması

Bu halde yapılan kısaltmalar, eser sonunda parantez içinde gösterilmelidir.

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 40.

Tekrar atıf : Kuru, Nizasız Kaza, s. 45.

Kaynakça : Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 200.

Tekrar atıf : Kuru, El Kitabı, s. 215.

Kaynakça : Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

3. Çeviri Esere Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983, s. 70.

Tekrar atıf : von Tuhr, s. 72.

Kaynakça : von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

4. Editörlü Kitapta İlgili Bölüme Yapılan Atıf

Editörlü kitapta ilgili bölüme (paragrafa, makaleye vb.) yapılacak atıf, o bölümün yazarını ve bölüm başlığını içermelidir.

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Güray Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 437.

Tekrar atıf : Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, s. 440.

Kaynakça : Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

5. Editörlü Kitabın Tamamına Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Ed., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 97.

Tekrar atıf : Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 100.

Kaynakça : Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

6. Dergi ve Süreli Yayın Atıfları

a. Tek Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Rıza Ayhan, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64), s. 16.

Tekrar atıf : Ayhan, s. 40.

Kaynakça : Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

b. Birden Fazla Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru/Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43), s. 25.

Tekrar atıf : Kuru/Budak, s. 38.

Kaynakça : Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

7. Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar

Örneğin:

RG, 02.11.2023, S. 32357

8. Yargı Kararlarına Yapılan Atıflar

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: E-Uyar Online İçtihat Programı

Yabancı mahkeme kararlarına yapılan atıflarda, özel bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte yazarın, yabancı mahkeme karar atıfları bakımından benimsediği usulü çalışmanın tamamında aynı şekilde kullanması gerekmektedir.

9. Elektronik Kaynaklara Yapılan Atıflar

Örneğin:

İlk atıf : Vural Seven, Afet Sigortaları Kanunu Kapsamında DASK’a Açılacak Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Dava Şartının Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/afet-sigortalari-kanunu-kapsaminda-daska-acilacak-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-dava-sartinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2023)

Tekrar Atıf : Seven, Lexpera Blog^(*).

Kaynakça : Elektronik kaynağa erişim tarihine metin içerisinde yer verildiğinden, kaynakçada ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Örneğin:

<https://blog.lexpera.com.tr/>

(*) Elektronik kaynağın sayfa numarası ıçermesi halinde, gerek ilk atıf gerek tekrar atıfta sayfa numarası da belirtilmelidir.

10. Kaynakça

Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakları içeren bir bölüm yer almalıdır. Fiziki kaynakları içeren bölümün başlığı “Kaynakça” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAFA YASLANMIŞ**); elektronik kaynakları içeren bölümün başlığı ise, “Elektronik Kaynaklar” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAFA YASLANMIŞ**) şeklinde yazılmalıdır.

Kaynakçadaki eserler, Times New Roman karakteri, 12 punto ve 1,5 satır aralığı ve her iki tarafa yaslanmış biçimde düzenlenmelidir. Kaynakçadaki eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örneğin:

KAYNAKÇA

Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özkes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<https://blog.lexpera.com.tr/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

İçindekiler

ÖZEL HUKUK

(Araştırma Makalesi)

Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA, Profesör

Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Sorunu

The Problem of Exclusive Jurisdiction in the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions Relating to Industrial Property Rights..... 1

(Araştırma Makalesi)

Dr. Zeynep Derya TARMAN, Profesör

Milletlerarası Özel Hukukta Çok Vatandaşlık ve Mavi Kartlı Yabancılar

Multiple Citizenship and Blue Card Holders in Private International Law..... 21

(Araştırma Makalesi)

Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU, Doçent

Velayet 'Müessesesi'nin Niteliğini Hak-Yüküm(lülük) İkileminin Dışında Yeniden Düşünmek

Rethinking the Nature of the Custody 'Institution' Outside of the Dichotomy of Rights and Obligations 49

(Araştırma Makalesi)

Dr. Gökçe ARIKAN, Öğretim Üyesi

The Law Applicable to Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies

Merkez Bankası Dijital Para Birimleri ile İlgili Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk 89

(Araştırma Makalesi)

Dr. Tuba KUTOĞLU, Öğretim Üyesi

Ana Baba Olmanın Hukuki Sorumluluğu

Parental Tort Liability 113

(Araştırma Makalesi)

Gökçe KELAHEMET, Avukat

On-Chain BTC Transferinin Milletlerarası Karakterinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi

Examination of International Element of BTC Transactions Under Turkish Act no. 5718 on International Private and Procedural Law..... 177

KAMU HUKUKU

(Araştırma Makalesi)

Dr. Çınar Can EVREN, Doçent

Yedek Jüri Raporları Bilgi Edinme Hakkı Kapsamında mıdır?

Are Substitute Jury Reports Subject to the Right to Information?..... 227

(Araştırma Makalesi)

Dr. Özge Didem BOULANGER, Öğretim Üyesi

Trafik Parası Cezası Tutanaklarının Tebliğ Süresi ve Muhtemel Sorunlar

Notification Period of Traffic Fine Reports and Potential Issues 261

(Araştırma Makalesi)

Berk YILMAZ, Araştırma Görevlisi

İdarenin Sorumluluğunda Kesin Zarar - Muhtemel Zarar Ayrımında Ciddi Şans Kaybının Yeri

The Place of Severe Loss of Chance in the Difference of Certain Damage - Probable Damage in the Responsibility of the Administration..... 285

Özel Hukuk

Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Sorunu^(*)

The Problem of Exclusive Jurisdiction in the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions Relating to Industrial Property Rights

Prof. Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA^(**)

Öz:

Günümüzde, sınai mülkiyet haklarının sınır ötesi ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkların sayısı giderek artmaktadır. Sınai mülkiyet haklarının ihlali bir ülkede gerçekleşikten sonra etkilerinin bir başka ülkede hatta birden fazla ülkede göstermesi de mümkündür. Bir tasarımın kopyalanarak farklı ülkelerde satılması ya da bir patentin birden çok ülkede ihlal edilmesi, sınai mülkiyet haklarının sınır ötesi boyutuna örnek teşkil etmektedir. Sınai mülkiyet haklarının ihlali halinde Türkiye'de dava açılabilmesi gibi, bazı durumlarda da yurt dışında dava açılabilir. Yabancı devlet mahkemelerince verilen kararların Türkiye'de kesin delil veya kesin hüküm etkisi kazanması ve icra edilebilmesi için bu kararların tanıma ve tenfiz şartlarını yerine getirmesi gerekir.

Makale, yabancı devlet mahkemelerinin sınai mülkiyet haklarının ihlaline ilişkin vermiş olduğu kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizinde karşılaşılan münhasır yetki probleminin yargı kararları çerçevesinde tartışılmasına ilişkindir. Çalışmamızda öncelikle sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan şartlar kısaca ele alınacaktır. Daha sonra sınai mülkiyet haklarına ilişkin yeniden inceleme ve değerlendirme kurulu kararlarının iptali davası, hükümsüzlük davası ve tazminat davası gibi davalar bakımından Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 156. maddesinde yer alan yetki kurallarının münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği değerlendirilecektir. Ardında da bu davalar bakımından yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınmasının ve tenfizinin mümkün olup olmadığı yargı kararları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Sınai Mülkiyet Hakları, Tanıma ve Tenfiz, Münhasır Yetki, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), Sınai Mülkiyet Kanunu.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 13.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 11.02.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: sema@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-6464-9034>.

Abstract:

Nowadays, the number of disputes regarding cross-border violations of industrial property rights is increasing. After the violation of industrial property rights occurs in one country, it is possible for its effects to show in another country or even in more than one country. Copying a design and selling it in different countries or infringing a patent in more than one country are examples of the cross-border dimension of industrial property rights. In case of violation of industrial property rights, a lawsuit can be filed in Turkey, and in some cases, a lawsuit can be filed abroad. In order for the decisions given by foreign state courts to gain definitive evidence or final judgment effect and be enforced in Turkey, these decisions must render the recognition and enforcement conditions.

The article is about discussing the problem of exclusive jurisdiction encountered in the recognition and enforcement of decisions made by foreign state courts regarding industrial property rights in Turkey, within the framework of judicial decisions. In our study, first of all, the conditions sought for the recognition and enforcement of foreign court decisions regarding industrial property rights will be briefly discussed. Then it will be evaluated whether the jurisdiction rules in Article 156 of the Industrial Property Code can be characterized as exclusive jurisdiction rules in cases such as the annulment of the decisions of the Department of Re-examination and Evaluation, invalidity and compensation cases regarding industrial property rights. Later, it will be examined within the framework of judicial decisions whether it is possible to recognize and enforce foreign court decisions in Turkey in these cases.

Keywords:

Industrial Property Rights, Recognition and Enforcement, Exclusive Jurisdiction, The Code on Private International Law and Procedural Law, Industrial Property Code.

GİRİŞ

Günümüzde, sınai mülkiyet haklarının sınır ötesi ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkların sayısı giderek artmaktadır. Buna ilişkin olarak, iki teknoloji devi Apple ve Samsung arasındaki davaları örnek olarak gösterebiliriz. Apple ve Samsung arasındaki telefon tasarımlarından kaynaklanan uyuşmazlığa ilişkin olarak farklı devletlerde; ABD, Avustralya, Japonya, Kore ve birkaç Avrupa ülkesi mahkemesinde bir dizi dava açılmıştı. İlk dava 2011 yılında açılmış ve uyuşmazlık ancak 2018 yılında sonuçlanmıştır. Telefon tasarımlarından kaynaklanan uyuşmazlık, yedi yıl süren davanın ardından Apple ve Samsung'un uzlaşmasıyla sonuçlanmıştır. ABD'deki mahkemede jüri, Samsung'un iPhone'un özelliklerini kopyaladığına ve Samsung'un Apple'a 539 milyon dolar tazminat ödemesine karar vermesinden bir hafta sonra taraflar arasında anlaşma sağlanarak uyuşmazlık çözümlenmiştir¹.

Görülmektedir ki, sınai mülkiyet haklarının ihlali bir ülkede gerçekleştikten sonra etkilerinin bir başka ülkede hatta birden fazla ülkede göstermesi de mümkündür. İtalyan bir çanta üreticisinin tasarımının Yunanistan'da kopyalanarak, üretilmesi ardından bir internet sitesi aracılığı ile Türkiye'de ve birçok ülkede satılmasını ya da Türk teknoloji şirketinin almış olduğu bir patente karşı birden çok

¹ BAJPAI, Prableen: "Apple and Samsung's Complicated Relationship", 28.12.2015, <https://www.nasdaq.com/articles/apple-and-samsungs-complicated-relationship-2015-12-28>, 16.01.2025; BBC NEWS: "Apple ve Samsung Yedi Yıl Süren Davanın Sonunda Anlaştı", 28.06.2018, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-44638491>, 16.01.2025.

ülkede hükümsüzlük davası açılmasını örnek olarak verebiliriz. Sınai mülkiyet haklarının ihlali halinde Türkiye’de dava açılabilceğı gibi, yurt dışında da dava açılabilir. Yabancı devlet mahkemelerince verilen kararların Türkiye’de kesin delil veya kesin hüküm etkisi kazanması ve icra edilebilmesi için bu kararların tanıma ve tenfiz şartlarını yerine getirmesi gerekir.

Çalışmamızda öncelikle sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan şartlar kısaca ele alınacaktır. Tanıma ve tenfiz bakımından konumuz bakımından asıl incelenmesi gereken husus ise, sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmasıdır. Sınai mülkiyet hakları bakımından yetki kuralları; Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)², Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun³ ve Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun’da⁴ yer almaktadır. Çalışmamızda konunun geniş sınırları bakımından sadece Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156. maddesinde yer alan yetki kurallarının münhasır yetki kuralı olup olmadığı belirlenerek, bu yetki kurallarının kapsamına giren yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfizin mümkün olup olmayacağı değerlendirilecektir.

I. SINAI MÜLKİYET HAKLARINA İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TÜRKİYE’DE TANINMASI VE TENFİZİ

Sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un⁵ (MÖHUK) 50-59. maddeleri arasında yer alan şartların yerine gelmesi gerekmektedir.

MÖHUK m.50’de tanıma ve tenfizin ön şartları yer almaktadır. Bu şartlar:

1. Yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilamın bulunması gerekir.

Sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak verilmiş olan hükmün, yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. Sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak yabancı idari makamlardan verilmiş bir ilamın Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

2. İlamın, hukuk davalarına ilişkin olması gerekir.

Bu şarta göre, sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararının hukuk davalarına ilişkin olması gerekir. Yine MÖHUK m.50(2) uyarınca, ya-

² Resmî Gazete T. 10.1.2017, Sa. 29944.

³ Resmî Gazete T. 30.4.2004, Sa. 25448.

⁴ Resmî Gazete T. 15.1.2004, Sa. 25347.

⁵ Resmî Gazete T. 12.12.2007, Sa. 26728.

bancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir. O halde, sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak verilmiş yabancı mahkeme kararının hukuk mahkemelerinden verilmesi şart olmayıp, verilen kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir ihtilafı çözmek için verilmiş olması yeterlidir. Örneğin, yabancı ülkede ceza mahkemesi tarafından verilen sınai mülkiyet haklarına tecavüz nedeniyle verilen tazminat kararı Türkiye’de tenfiz edilebilir.

3. Kararın, verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olması gerekir.

Hukukumuzda göre kararın kesinleşmesi için hem şekli hem de maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi gerekir⁶. Geçici nitelikteki ihtiyati tedbir ve haciz kararları tanınıp tenfiz edilemez. Yabancı kararda kesinleşme şartı bakımından bulunması gereken özellik, verildiği ülke hukukuna göre ihtilaf konusunu kesin ve nihai olarak halletmiş olmasıdır. Bu nedenle, verildiği ülke hukukuna göre hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmiş sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür. Sadece şekli anlamda kesinleşmiş mahkeme kararlarının tenfizi ise mümkün değildir. Yabancı kararın şekli ve maddi anlamda kesinleşip kesinleşmediği, kararın verildiği ülke hukukuna göre belirlenecektir. MÖHUK’un 53(b) maddesine göre bunu ispat bakımından davacının kesinleşme şerhi veya belgesini dava dilekçesine eklemesi gerekir. Mahkeme kararlarının kesinleşmesi bazı hukuk sistemlerinde karar altına yazılan ve hâkim tarafından imzalanan bir şerhle, bazı ülkelerde bir ek veya ara kararlar, bazı ülkelerde mahkeme kararlarının tescil veya depo edildiği resmi bürodan verilen belgelerle, bazı ülkelerde ise davanın avukat tarafından verilen bir yeminli beyan (Affidavit) ile açıklanmaktadır⁷.

Tanıma ve tenfize ilişkin diğer şartlar ise MÖHUK m.54’te sayılmaktadır.

1. Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması.

Tanıma için karşılıklılık şartı aranmamaktadır (MÖHUK m.58(1)). Sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararının tenfizinde, gerek akdi gerekse fiili veya hukuki karşılıklılığın tespitinde, mahkemece resen bir araştırma yapılması gerekir⁸. Mahkeme her üç karşılıklılık türü bakımından doğrudan kendi

⁶ ÖZBAKAN, Işıl: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, s. 150.

⁷ ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2024, s. 675-676.

⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 44. Hukuk Dairesi, E. 2020/1339, K. 2022/1753, T. 15.12.2022.

bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki karşılıklılığın tespiti konusunda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne, Hukuk Fakültelerine, Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Anlaşmaya istinaden yabancı ülke makamlarına veya ilgili yabancı ülkenin Türkiye'deki elçilik veya konsolosluklarına başvurulabilir⁹.

2. Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

Yabancı bir kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için, karda yer alan hüküm fıkrasının, Anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine, Türk toplumunun genel örf-adet ve ahlak anlayışına aykırı olmalıdır. Bu anlamda, örneğin, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan ya da Anayasa'da yer alan bazı temel ilkeleri ihlal eden kararlar, savunma haklarına riayet edilmeden verilen kararlar, genel ahlaka aykırı talep ve ilişkileri hüküm altına alan kararlar, hukuken veya ahlaken ifası istenemeyen ve himayesi caiz olmayan bir alacağı, özellikle tenfiz devletinin veya bir üçüncü devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacakları hüküm altına alan kararlar; sahte evrak tanzim etmek suretiyle hile ile elde edilen kararlar kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilir¹⁰.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹¹ da kamu düzeni bakımından esas alınması gereken kıstas açıklanmıştır. "... yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır".

Sınai mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle yabancı mahkemelerde açılan tazminat davalarına ilişkin ilamların Türkiye'de tanınması ve tenfizinde sık karşılaşılan sorunlardan biri de ilamın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığıdır. Konumuz bakımından ilerleyen bölümde yer verdiğimiz mahkeme kararlarında¹² da görülmektedir ki, özellikle hükmedilen tazminatların aşırı nitelikte olması halinde kamu düzenine aykırılık iddiası sıklıkla dava konusu olmaktadır.

⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 690.

¹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 701-704.

¹¹ 10.02.2012 tarih ve 2010/1 E., 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-52, K. 2021/671, T. 3.6.2021; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2022/3126, K. 2023/6729, T. 22.11.2023; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/3662, K. 2013/19524, T. 4.11.2013; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/1417, K. 2014/8769, T. 8.5.2014; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/17914, K. 2015/2986, T. 5.3.2015.

Sınai mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle açılan tazminat davası aleyhine sonuçlanan tarafın bu ilamın icrası nedeniyle güç duruma düşecek olması, ekonomik varlığının çok ciddi bir bölümünü kaybedecek, iflas edecek, bakmakla yükümlü olduğu kişilere bakamayacak duruma düşecek olması Türk kamu düzenine aykırı değildir. Tazminata ya da belli bir meblağ paranın karşı tarafa ödemesine hükmederken hâkim, kural olarak borçlunun ekonomik şartlarını, objektif imkânsızlıklarını düşünmek zorunda değildir¹³.

Sınai mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle yabancı mahkemelerde açılan davalarda cezai tazminatlara (*punitive damages*) hükmedilebilmektedir. Cezai tazminat, hukuka aykırı davranan şahsı cezalandırmak için gerçek zararın üstünde bir tazminata karar verilmesidir. Cezai tazminat ile bir yandan maddi kayıpların giderilmesi diğer yandan aynı eylemin tekrarlanmaması amaçlanmaktadır. Bu tür cezai nitelikteki tazminatlara bir takım temel prensiplerimize aykırı yabancı hukukların uygulanması suretiyle karar verilmişse, bu noktada esasa uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenini ihlal ettiğini söylemek mümkündür¹⁴.

Cezai tazminat kararlarının Türk mahkemelerinde tenfizinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlandırılması açısından bu kararın niteliğinin vasıflandırılması çok önemlidir. Çünkü yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi için bu kararların özel hukuka ilişkin olması şarttır. Kararı veren mahkemenin niteliği önem taşımamakla beraber verilen kararın niteliği önemlidir. Bu kararın özel hukuka ilişkin olması tenfiz için ön şart teşkil etmektedir. Yabancı mahkemece verilen cezai tazminat, sırf adından dolayı kamu düzenine aykırı olmayacaktır. Ancak doktrinde yer alan baskın görüş uyarınca, yabancı mahkemece hükmedilen cezalandırıcı ve caydırıcı tazminatın makul düzeyde olmaması; somut olayın özelliklerine göre fahiş ve aleyhine tazminat kararı verilen tarafın ekonomik yıkımına sebep olması ya da AİHS'e ek 1 numaralı Protokolün 1. maddesi ile teminat altına alınan mülkiyet hakkını ihlâl etmesi halinde, cezalandırıcı ve caydırıcı tazminata ilişkin yabancı ilam, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir¹⁵. Türk hukukunun da dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde taz-

¹³ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 177.

¹⁴ DEMİR GÖKYAYLA, s. 177; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2022, s. 122; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 671; GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2023, s. 299.

¹⁵ EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 605-607, 680-681. *Nomer'e* göre, Türk hukukunda özel hukuka ait zararların giderilmesinde, zarar görene sadece haksız fiilin sebep olduğu maddi kayıpların ve belirli gayri maddi zararların tazmin edilmesi imkânı tanınmıştır (telafi ilkesi). Buna karşılık, haksız fiil failinin sebep olduğu zararlar sebebiyle cezalandırılması, cezalandırmak münhasıran devletin tekelinde olduğundan, adli mahkemelerin değil, ceza mahkemelerinin yetkisindedir. Bir yabancı mahkeme hükmünde yer alan tazminat miktarı, zarara uğrayanın zararını telafi etmenin yanında zarar verenin cezalandırılmasına da hizmet etmekte ise,

minat, zararı giderici olma yönü ağırlık taşımakta, ancak önleyici amacı bulunmamaktadır. Verilen zararı gideren kısmı dışında kalan tazminat miktarı, tazminat olarak değerlendirilmemekte, ceza olarak kabul edilmektedir¹⁶.

Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre ise, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK)¹⁷'de ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹⁸'nda üç kat tazminat sistemine yer verilmiş olması (RKHK m.58; FSEK m.68) nedeniyle Türk hukukunda cezai tazminatın kabul edildiği sonucuna varmak gerektiği, kamu düzeni müdahalesinin istisnai olarak uygulanması gerektiği dikkate alındığında, cezai tazminata hükmedilmiş olan yabancı mahkeme kararının sırf bu niteliğinden dolayı tenfizinin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle reddedilmemesinin daha doğru olacağını ifade edilmiştir. Bununla birlikte, üç katın üzerinde cezai tazminata hükmedilmesi ya da fahiş bir tazminata hükmedilmiş olması durumunda, somut olayın şartlarına göre kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olması gerektiği de belirtilmiştir¹⁹.

Sınai mülkiyet haklarının ihlali durumunda yabancı mahkemece hükmedilen tazminatın, cezalandırma amacı taşıyan zararı aşan tazminat niteliğinde olması halinde Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği için bu tür kararların Türkiye'de tenfizinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz²⁰.

3. O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

Bir başka deyişle, karar, davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır. Savunma haklarına uyulup uyulmadığı, esas davanın görüldüğü ülke hukukuna göre belirlenecektir. Hakkında tenfiz istenen taraf, davanın görüldüğü

yabancı mahkeme kararının tanınması mümkün değildir. Böyle bir durumda ancak kısmi bir tanıma ve tenfiz mümkün olabilir: NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2017, s. 510.

¹⁶ ÇELİKEL, Ayse/ERDEM, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021, s. 776.

¹⁷ Resmî Gazete T. 13.12.1994, Sa. 22140.

¹⁸ Resmî Gazete T. 13.12.1951, Sa. 7981.

¹⁹ TARMAN, Zeynep Derya: "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 814.

²⁰ Yine aynı şekilde Yargıtay vermiş olduğu kararda "... kanun koyucunun, haksız fiille başkasına zarar veren kişiyi medeni olarak cezalandırmayı veya zarar göreni zenginleştirmeyi amaçlamadığı, tazminatın duruma ve kusura göre belirleneceği, cezalandırıcı bir yönü de olan tazminata ilişkin hükümlerin yer aldığı yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilemeyeceği, verilen kararın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 49 ve devamında öngörülen hükümlerle bağdaşmadığı ... hususlarını dikkate alarak tenfizi reddetmiştir" Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2021/1358, K. 2022/2968, T. 31.05.2022.

ülke hukukuna uygun olarak mahkemeye çağrılmadığını; yani kendisine tebligat yapılmadığını veya mahkemede temsil edilmediğini ya da usulüne uygun bir gı-yap prosedürü içinde karar verilmediğini ileri sürdüğünde, davalıdan olumsuz bir hususun ispatı istenemeyeceğinden, bunların aksini ispat külfeti davacıya geçecektir. Bu durumda davacı, doğrudan yabancı ülkedeki dava dosyasından temin edeceği veya mahkemenin resen yabancı mahkemeden getireceği bilgi ve belgelerle davalının ileri sürdüğü hususların aksini ispatlayabilir. Burada, davalıya usulüne uygun tebligatın yapıldığının kararda belirtilmiş olmasının bir önemi yoktur. Davacının, karar metnindeki ifadeden bağımsız olarak, usulüne uygun bir tebligatın davalıya yapıldığını karar harici belgelerle ispatlaması gerekir²¹.

4. İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

Tanıma ve tenfizde Türk hâkimi, kural olarak, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin herhangi bir inceleme yapmamaktadır. Dolayısıyla yabancı ülke mahkemelerinin yetkisi, Türk tenfiz hâkiminin incelemesine dâhil değildir. Bununla birlikte kanun koyucu, ihtilaf konusu olay veya taraflar ile gerçek bir bağlantısı olmayan ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizine engel olmak istemiştir. Hükmün amacı, aşırı yetki kuralları ile kendini yetkili gören ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizine engel olma²². Yabancı mahkemenin kendisini aşırı yetki teşkil edecek şekilde yetkili saymasının tenfize engel olabilmesi, bu hususun tenfiz davasında davalı tarafın itiraz konusu yapmış olmasına bağlıdır.

Örneğin, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinin genel yetkili mahkeme olarak pek çok hukuk sisteminde kabul edilmesine karşın, davacının yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesinin yetkili olması istisnai bir durum olmaktadır. Münhasıran davacının *forum* ile olan belli bir irtibatını (uyruklu, yerleşim yeri, mutad mesken gibi) esas alan, geniş uygulama alanına sahip yetki kuralları, prensip olarak, aşkın yetki (aşırı yetki) kuralları (*exorbitant jurisdiction rules*) olarak nitelendirilir²³. Bu kurallar, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasındaki irtibatı zayıf, geçici, tesadüfi ölçülere göre tesis eden veya herhangi bir bağlantı aramayan yetki kurallarıdır²⁴.

²¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 721-725.

²² DOĞAN, s. 131.

²³ DARDAĞAN, Esra: Milletlerarası Usul Hukukunda "Aşkın Yetki" Kavramı, Ankara 2005, s. 145-146.

²⁴ EKŞİ, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2015, s. 138.

Bu şartlar bakımından makalemizin konusunu teşkil eden husus ise, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesidir.

Münhasır yetkiden bahsedebilmek için kanunun, belirli davaların mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini amaçlamış ve bunu sağlamak için her zaman yetkili olabilecek bir Türk mahkemesini göstermiş olması şarttır. Dolayısıyla, bir uyuşmazlığın yalnızca Türk mahkemelerinde görülmesi öngörülmüş, diğer ülke mahkemelerinin yetkisi hiçbir hal ve şartta kabul edilmemiş ise münhasır yetki kuralından bahsedilir²⁵.

Sınai mülkiyet haklarına ilişkin yetki kurallarının münhasır yetki niteliğinde olması halinde, bu konudaki yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi MÖHUK m.54(1)(b) uyarınca mümkün olamayacağı gibi, tarafların MÖHUK m.47 uyarınca yetki anlaşması da yapmaları mümkün değildir.

Sınai mülkiyet hakları bakımından yetki kuralları; Sınai Mülkiyet Kanunu, Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun ve Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun’da yer almaktadır²⁶. Kanunun geniş sınırları nedeniyle çalışmamızda Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156. maddesinde yer alan yetki kurallarının münhasır yetki kuralı olup olmadığı tespit edilecektir.

II. SINAI MÜLKİYET KANUN’UN 156. MADDESİNDE YER ALAN YETKİ KURALLARININ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

A. Kurum Aleyhine Açılacak Davaları Düzenleyen Yetki Kuralının Değerlendirilmesi

SMK 156(2). maddesi uyarınca, Türk Patent ve Marka Kurumu’nun bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir.

Türk Patent ve Marka Kurumuna karşı açılacak olan dava, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararlarının iptali davasıdır. Ülkemizde tescil işlemleri Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yapılmaktadır. Türk Patent ve Marka Kurumu’nun kararından kısmen veya tamamen memnun olmayan başvuru sahibi veya itiraz sahibi, bazen de her iki taraf, Türk Patent ve Marka Kurumu’nun işlemlerinin iptali için dava açabilir.

²⁵ ESEN, Emre: “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, MHB, Y. 22, 2002, s. 193.

²⁶ Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun’da ve Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun’da yer alan yetki kurallarının münhasır yetki kuralı niteliğinde olup olmadığına ilişkin olarak bkz. ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Ankara 2023, s. 253-273.

Markanın iptaline ilişkin talepler konusunda 10 Ocak 2024 tarihinden itibaren Türk Patent ve Marka Kurumu yetkili kılınmıştır. SMK Geçici madde 4 uyarınca, markaların iptaline ilişkin talepler, 2024 yılına kadar dava olarak ileri sürülebilmekteydi ve bu tarihe kadar mahkemeler yetkiliydi. 10 Ocak 2024 tarihinden itibaren Türkiye’de markanın iptali Türk Patent ve Marka Kurumu’nun yapacağı idari inceleme sonucunda bir idari karar olarak sonuçlanmakta ve gerekirse bu karara karşı Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nde iptal davası açılabilir.

Türk Patent ve Marka Kurumu’nun aldığı tüm kararlara karşı açılan davalarda ve Kurumun kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Kurum aleyhine açacakları davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen madde 156(2) münhasır yetki kuralıdır²⁷. Kuruma karşı yurtdışında açılmış davalar neticesinde alınan ilamların Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından alınan kararlara karşı açılan iptal davalarındaki yetkili mahkemeler düzenlenmektedir. Devletlerin egemenlik yetkisinden dolayı, bir devletin mahkemesinin kararını başka bir devlete göndermesi ya da başka bir devletin yaptığı işlemi iptal etmesi söz konusu değildir. Bundan dolayı, Türk idari makamlarının vermiş olduğu sınai mülkiyet haklarının tesciline ilişkin kararların yabancı mahkemelerce iptali söz konusu olamayacağı gibi, yabancı mahkemenin kararı sonucunda sınai mülkiyet hakkının idare tarafından sicilden terkinde mümkün değildir. Ayrıca söz konusu yetki kurallarında her zaman yetkili bir Türk mahkemesi de tesis edilmektedir. Bu nedenlerle, söz konusu yetki düzenlemeleri, münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmektedir²⁸.

B. Sınai Mülkiyet Hakkı Sahibi Tarafından, Üçüncü Kişiler Aleyhine Açılacak Davaları Düzenleyen Yetki Kuralının Değerlendirilmesi

SMK’nın 156. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca; sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Davacının Türkiye’de yerleşim

²⁷ ERDEM, Bahadır B.: Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2003 (Yetki), s. 197-198; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 693; ÖZEL, Sibel/ ERKAN, Mustafa/ PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2022, s. 731; AKDUMAN, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sa. 163, Mart 2020, s. 472.

²⁸ Avrupa Birliği düzenlemelerine baktığımızda da, 1215/2012 sayılı Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü’nde (Yeni Brüksel I Tüzüğü) fikri mülkiyet haklarının tescil ve geçerliliğine ilişkin davalarda sicil bulundugu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olduğunu görmekteyiz. ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 143-152, 255.

yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarına örnek olarak; tecavüz davaları (tecavüzün durdurulması (men'i), tecavüzün kaldırılması (ref'i)) tecavüzün tespiti, tazminat gibi davaları örnek olarak verebiliriz.

Doktrinde SMK m.156(3) ve (4)'de düzenlenen hükmü karşılayan mülga Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 63(1) ve (2). maddesinde öngörülen yetki kuralının münhasır yetki kuralı olduğu belirtilmiştir²⁹. Bu görüşe göre, marka sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılan davalarda davacıya seçimlik bir hak tanınmıştır. Buna göre, davacı davasını ya Türkiye'deki ikametgâh yeri mahkemelerinde ya da Türkiye'de haksız fiilin ika yerinde açılabilir. Davacının hem ikametgâhının veya hem ikametgâhı hem de ika yerinin Türkiye'de olmaması halinde -ki haksız fiilin etki yeri, esaslı doğru- dan finansal zararın Türkiye dışında doğabileceği istisnai hallerin dışında mutlaka Türkiye'de olacaktır- kayıtlı vekilin işyeri, böyle bir kayıt yoksa Enstitü merkez yeri olan Ankara mahkemelerinde dava açılacaktır. Bu madde ile esas korunmak istenen davacı değil, milli ekonomi içindeki yeriyle Türk sınai mülkiyet hakkının kendisi ile kamunun genel menfaatleridir ve Türk hukukuna uygun biçimde tescil edilen sınai mülkiyet haklarından doğan davaların mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacı ile seçilmiştir. Bu görüş, sınai mülkiyet hakkının hukuken varlık kazanmasının, tıpkı taşınmaz mallardaki gibi, devletin egemenlik hakkına dayalı erkinin ifası olarak kabul edildiği ve hakların geçerliliği ile ihlal edildiği iddiaları hakkında, sadece onları yaratan ülke mahkemelerince karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁰.

Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, bu hüküm münhasır yetki kuralı değildir³¹. Kanun'daki yetki hükmünün amacı sınai mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin davalarda muhakkak yetkili bir Türk mahkemesini tesis etmek olsa da, sınai mülkiyet hakkı sahibinin, üçüncü kişiye karşı açacağı ihlal davasını, her zaman bu özel yetkili mahkemelerde açmak zorunda olmadığıdır. Yani sınai mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin davalarda, SMK'ya göre yetki kazanan Türk mahkemelerinin yetkisi, MÖHUK madde 54(b) anlamında 'münhasır yetki' ni-

²⁹ SARGIN, Fügen: İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara 2005, s. 221-222.

³⁰ SARGIN, s. 221-222.

³¹ ERDEM, s. 194-195; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 605-606; ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 256-257; DEMİRKOL, Berk: Milletlerarası Yetki Andlaşmaları, İstanbul 2018, s. 147; AKDUMAN, s. 472.

telîği taşımamaktadır. Çünkü ihlal davalarında mahkemelerin yetkisini belirleyen SMK'daki hükmün amacı, illaki davanın Türk mahkemelerinde açılmasını sağlamak değil, sadece sınai mülkiyet hakkı sahibini korumak amacıyla ona kolaylık sağlayacak özel yetkili mahkemeler tesis etmek ve bir de her halükârda yetkili bir Türk mahkemesi tesis etmektir. Sınai mülkiyet hakkı ihlal edilen hak sahibi, kendi lehine olacağını düşündüğü hallerde sınai mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin davasını yurt dışında açabilir ve aldığı yabancı mahkeme hükmünü, MÖHUK'un 54 maddesindeki tenfiz şartlarına aykırı bir durumun olmaması halinde Türkiye'de tenfiz ettirebilir. Hükmün münhasır yetki kuralı olduğunun kabulü halinde, ihlal davaları bakımından sınai mülkiyet hakkı sahibinin kendi lehine aldığı bir yabancı mahkeme ilamını Türkiye'de tenfiz ettirememesi sonucuna götürür ki bu durum maddenin amacına da aykırıdır³².

Örneğin, bir Türk tekstil markasının sahibi, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından adına tescil edilen markanın benzerini taşıyan ürünleri üreterek Türkiye'de ucuza satan yabancı bir firma aleyhine ihlal davasını Türkiye'de açabilir. Bu yabancı firmanın Türkiye'de malvarlığı bulunmakla birlikte esas malvarlığı yurt dışında bulunması halinde ise, zarar gören marka sahibi, marka hakkına tecavüz eden üçüncü kişiye karşı ihlal davasını, bu kişinin yerleşim yerinin ve ağırlıklı malvarlığının bulunduğu yabancı ülke mahkemesinde açmak isteyebilir. Bu şekilde, davasını yurtdışında açması halinde ileride karşısına çıkacak olan yabancı ülkedeki tenfiz işlemiyle uğraşmaktan kurtulacaktır. Bunun yerine davayı, marka hakkını ihlal eden davalının yerleşim yerinde açar ve lehine bir hüküm elde eder ise bu hükmü Türkiye'de daha kolaylıkla tenfiz ettirebileceğini haklı olarak düşünebilir³³.

Yargıtay kararlarında³⁴ da sınai mülkiyet haklarına ilişkin tecavüz ve tazminat davalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın 22.11.2023 tarihinde verdiği kararında³⁵ da sınai mülkiyet hak sahibinin, üçüncü kişiye karşı marka haklarına tecavüz nedeniyle açılan tazminat davasında Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olmadığı belirtilmiş ve hükmün tenfizine karar verilmiştir.

³² ERDEM, s. 194-195; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 605-606. Benzer şekilde, Yeni Brüksel I Tüzüğü'nde fikri mülkiyet haklarının ihlali halinde açılan tazminat davalarında yetkili mahkemeyi düzenleyen yetki kuralları münhasır yetki kuralı olarak öngörülmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 125-143.

³³ ERDEM, s. 195.

³⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/1417, K. 2014/8769, T. 8.5.2014; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/17914, K. 2015/2986, T. 5.3.2015; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/3662, K. 2013/19524, T. 4.11.2013.

³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2022/3126, K. 2023/6729, T. 22.11.2023.

Söz konusu davada, davacı vekili, davalı yanın “LUCKY EGG” ve “HIP HOP” ibareli ürünlerinin davacıların sırasıyla “TIC TAC” ve “KINDER JOY” markaları ve ürünlerinden taklit edilmesi nedeniyle davacılar aleyhinde yaratılan marka tecavüzü ve haksız rekabetin tespiti için 24 Ekim 2012 tarihinde davalı şirkete karşı Paris Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde dava açıldığını belirtmiştir. Bu dava sonucunda, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 20 Kasım 2014 tarihli ve 13/02989 Sayılı kararı ile davanın kabulüne karar verilmiş, davalının “HIP HOP” ibareli ürünlerinin davacı Ferrero adına kayıtlı “TIC TAC” markaları aleyhinde marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil ettiğini tespit etmiştir. Paris mahkemesi, davalının “LUCKY EGG” ibareli ürünlerinin davacı Soremartec adına kayıtlı “KINDER JOY” markaları aleyhinde marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil ettiğini tespit etmiş, davalının marka tecavüzü fiilleri nedeniyle davacı Ferrero ve Soremartec şirketlerine tazminat olarak 10.000,00 avro, haksız rekabet teşkil eden fiilleri nedeniyle de tüm davacılar adına tazminat olarak toplam 16.000,00 avro ödemesine ve ayrıca Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 700. maddesi uyarınca da, davalı tarafından davacıya tazminat olarak toplam 4.000,00 avro ödenmesine hükmedilmiştir.

Davacı vekili, Paris Asliye Hukuk Mahkemesi kararının tenfizini, kararda hükmedilmiş bulunan 30.000,00 avronun, karar tarihinden itibaren işletilecek olan ticari faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir³⁶. Davalı vekili ise, davanın reddini istemiştir³⁷.

İlk Derece Mahkemesi, MÖHUK’un 54. maddesinde öngörülen koşulları taşıyan yabancı mahkeme kararının tenfizine karar vermek gerektiğine, davacı vekili ayrıca tahsile ilişkin talebi bulunmadığını bildirdiğinden, tahsil yönünde

³⁶ Davacı vekili, söz konusu kararın davalı şirkete 13.03.2015 tarihinde tebliğ edildiğini ve davalının kararı süresi içerisinde istinaf etmemesi nedeniyle kararın kesinleştiğini belirtmiştir. Davacı vekili, söz konusu kararın gereğinin yerine getirilmesi için davalı şirkete iyi niyetli olarak mektuplar gönderildiğini, ancak olumsuz cevaplar verildiğini, davalı şirket aleyhinde yasal yollardan takibe başlayabilmek için Paris Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilerek kesinleşen 20 Kasım 2014 tarihli ve 13/02989 sayılı kararın tazminata ilişkin kısmının mahkeme tarafından tenfizini talep etmek zorunluluğu doğduğunu iddia ederek Paris Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilerek kesinleşen 20.11.2014 tarih ve 13/02989 sayılı kararın tazminata ilişkin kısmının, MÖHUK’un 50. ve devamı maddeleri uyarınca tenfizine, kararda hükmedilmiş bulunan 30.000,00 avronun, karar tarihinden itibaren işletilecek olan ticari faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

³⁷ “Davalı vekili cevap dilekçesinde; yabancı mahkeme kararının objektif esas ve değerlere uygun bir gerekçeyle tesis edilmediğini, söz konusu yerel mahkeme kararının yetersiz ve yanlı olduğunu, tamamen kendi vatandaş ve ülkesi firmalarını korumak amacıyla hareket ettiğini, hakkaniyete uygun delil toplanmadığını ve objektif bir değerlendirme yapılmadığı hususunun aşikâr olduğunu, mahkeme gerekçesinde, “HIP HOP” ve “LUCKY EGG” adlı ürünlerinin detaylı özelliklerini karşılaştırmasına ve farklılıkları bulunduğu hususu açık olduğunu ve mahkeme de bu farklılıkların bulunduğunu gerekçesinde kabul ettiğini, tüketicinin yanılaacağı şeklinde subjektif değerlendirmesinin yanılğıy ve yanlılığı ortaya koyduğunu ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili ikinci cevap dilekçesinde ise, yabancı mahkeme ilamının aynı zamanda haksız rekabete ilişkin de olduğunu, müvekkilinin savunma hakkının kısıtlandığını ve davaya Türk Hukukunun uygulanmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.”

karar verilmesine yer olmadığına, taraflar arasındaki Fransa Paris Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20 Kasım 2014 tarih ve 13/02989 sayılı kararının tazminata ilişkin kısmının tenfizine, davacının tahsile ilişkin talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir³⁸.

İlk Derece Mahkemesi'nin kararına karşı davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi, Fransa'da verilen kararın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmediğine hükmetmiştir³⁹. Yine kararın kamu düzenine açıkça aykırılığının bulunmadığı, MÖHUK'un 54. maddesinin (e) bendi hükmüne göre tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını incelemekle yetineceği, yabancı mahkeme kararının elde edilmesinde uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenmesinin ve yabancı hâkimin bu karara hangi kanunu, nasıl uyguladığını inceleme yetkisine sahip olmadığı, mahkemenin, tenfiz konusunda hukukumuzda yer alan şartları araştırmakla yetineceği şeklinde hüküm kurulmuştur⁴⁰. Taraflar arasındaki Fransa Paris Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20 Kasım 2014 tarih ve 13/02989 sayılı kararının tazminata ilişkin kısmının MÖHUK'un 50 ve devamı maddeleri uyarınca tenfizine, şeklinde

³⁸ İlk Derece Mahkemesi, MÖHUK'un 54. maddesinin c bendi uyarınca, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, yabancı kararın elde edilmesinde uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenmesinin esasen söz konusu olmaması, tenfiz kararı verecek hâkimin, yabancı hâkimin bu karara hangi kanunu, nasıl uyguladığını inceleme yetkisine sahip bulunmaması karşısında davalı savunmalarına itibar etmeyerek davayı kabul etmiştir.

³⁹ Ayrıca Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararında "tenfize konu yabancı mahkeme kararının marka hakkından kaynaklanan uyumsuzluk hakkında verildiği, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 156. maddesi uyarınca tenfiz yargılamasının da Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde yapılması gerektiği, kararı veren mahkemenin görevli olduğu, davalı vekilinin göreve ilişkin istinaf sebebi yerinde görülmediği, Türkiye ve Fransa'nın 1965 tarihli Lahey Sözleşmesine taraf olduğu, davalının Türkiye'de mukim bulunduğu ve dosyaya sunulan istinabe evraklarından kararın davalıya Lahey Sözleşmesine uygun şekilde tebliğ edildiği, istinaf başvuru hakkını kullanmadığı, davacının MÖHUK'un 53. maddesi gereği, yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslını, onanmış tercümesini, ilamın tebliğ edildiğini, istinaf kanun yoluna başvurulmadığını gösteren, Fransa makamlarınca usulen onanmış yazı ile onanmış tercümesini sunduğu, sunulan mahkeme kararı ve belge içeriklerinden, davalının Fransa kanunları uyarınca, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrıldığı, kendisini vekil ile temsil ettirdiği" sonucuna varmıştır.

⁴⁰ Söz konusu hükümde, "tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının, ... Gıda Şirketinin, davacı şirketlere toplam 4.000,00 avro ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin kısmının, tutanakların düzenlenmesi için yapılan harcamaları kapsadığı gerekçesiyle diğer istinaf sebebi yerinde görülmediği, ancak davacı vekilinin açıklayıcı dilekçesinden, feragate yönelik beyanda bulunmadığı, davacı vekilinin tahsil hakkını saklı tuttuklarına yönelik beyanı karşısında, bu talebin atıye bırakılmak istenildiği ve fakat davalının açık muvafakatinin bulunmadığı bu durumda mahkemeye talebin esas hakkında karar verilmesi gerektiği, davanın yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin olduğu tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararında faizi ile tahsil yönünde hüküm bulunmadığından, mahkemeye bu talebin reddine karar verilmesi gerekirken, karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi ve davalı lehine maktu vekâlet ücretine hükmedilmemesi de yerinde olmadığından davalı vekilinin bu yöndeki istinaf sebebi haklı olduğu gerekçesiyle davacıların tenfize ilişkin davasının kabulüne" karar verilmiştir.

hüküm kurulmakla yetinilmesi usul ve yasaya uygun olmadığı, mahkemenin tenfizine karar verilen yabancı mahkeme kararını hükümde açıkça göstermesi gerektiğinden davalı istinaf sebeplerinin kısmen kabulü nedeniyle, mahkeme kararının kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiştir.

Yargıtay'da ise, Fransa'da marka haklarına tecavüz nedeniyle açılan tazminat davasında verilen kararın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmediği kesinleşmiş olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararı düzeltilerek onanmıştır⁴¹. Marka haklarına tecavüz nedeniyle açılan tazminat davasında yetkili mahkeme SMK 156(3). maddesi uyarınca belirlenmektedir ve bu yetki kuralı münhasır yetki kuralı değildir. Tanıma ve tenfiz şartları bakımından söz konusu ilâm, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması nedeniyle tenfizi mümkündür. Bu nedenle söz konusu karar, isabetlidir.

Sınai mülkiyet haklarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde bazı durumlarda ilâmın birçok konuyu (örneğin, tazminatın yanında tecavüzün ortadan kaldırılması ve hükmün ilanı gibi) kapsamı söz konusu olabilmektedir. Bu tür ilâmlarda, kısmi tenfiz mümkündür. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2014 yılında verdiği kararda⁴², Fransa'da gerçekleşen marka ihlaline ilişkin olarak Fransız mahkemesinin vermiş olduğu karar için Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen tazminat ve para cezasına ilişkin kısımları yönünden kısmî bir tenfiz kararı verilmiştir. Diğer istemler bakımından, markaya tecavüzün ortadan kaldırılması ve hükmün ilanına dair kısımlarının niteliği gereği ancak kararı veren mahkemenin bulunduğu yabancı ülkede infaz edilebilecek olması nedeniyle kararın söz konusu kısımları için tenfiz talebi reddedilmiştir.

⁴¹ "İlk Derece Mahkemesince 21.02.2019 tarihli duruşmada davacı vekiline dava dilekçesinin açıklatılması hususunda kesin süre verildiği, davacı vekilinin ise 07.03.2019 tarihli dilekçesinde ve ön inceleme duruşmasında talebinin yabancı mahkeme kararının tazminat yönünden hükmünün tenfizini talep ettiklerini ve yatırmış olduğu peşin harcın ise tenfiz talebine ilişkin olduğunu beyan ettiği anlaşılmış olmakla, 6100 Sayılı Kanun'un 31. maddesi kapsamında davacının talebinin sadece tazminat bakımından tenfizi istemine ilişkin olduğu hususunun açıklanmasıyla tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararına ilişkin faiz ya da tahsil talebi bulunup bulunmadığı çelişkisi giderildiğinden işbu davada tenfiz talebinden ayrı tahsil ve faiz talebi bulunmadığının anlaşılmış olmasına göre istinaf mahkemesince "Davanın kısmen kabulüne kısmen reddine" ve "Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararında ödenmesine karar verilen 30.000 avronun faiziyle tahsili yönünde hüküm bulunmadığından, bu kısma yönelik davanın reddine," ilişkin karar verilmiş olması ve reddedilen kısım nedeniyle davalı yararına vekâlet ücreti hükmedilmesi bozmayı gerektirir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 6100 Sayılı Kanun'un 370. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi kararının hükmün 3. maddesinde yer alan "Davanın kısmen kabulüne kısmen reddine" ve 4. maddesinde yer alan "Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararında ödenmesine karar verilen 30.000 avronun faiziyle tahsili yönünde hüküm bulunmadığından, bu kısma yönelik davanın reddine" ve 5/c maddesinde "... vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine" ibarelerinin çıkarılarak kararın bu şekilde düzeltilerek onanması gerekir."

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/1376, K. 2014/4242, T. 6.3.2014.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2021 yılında verdiği kararda⁴³, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin ülkesellik ilkesi değerlendirilmiştir. Söz konusu karar, yurtdışında tescilli patentin davalı tarafından ihlal edilmesine ilişkin yabancı mahkemece verilen masraf tespit kararlarının (yargılama giderlerine ilişkin kararın) tenfizi talebidir. Bilindiği üzere, yargılama giderleri ile ilgili karar, asıl karardan bağımsız olmayıp, doğrudan ona bağlıdır. Bu nedenle konumuz bakımından burada tespit edilmesi gereken husus, asıl kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olup olmadığıdır. Asıl karar, Almanya'da tescilli patente tecavüzün men'i davasıdır. Hukukumuzda sınai haklara tecavüzün men'i davasında yetkili mahkeme SMK 156(3). maddesinde düzenlenmektedir ve bu yetki kuralı münhasır yetki kuralı değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da söz konusu davada, kararın tenfizine engel bir durumun olmadığına ve ülkesellik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

C. Üçüncü Kişiler Tarafından Sınai Mülkiyet Hakkı Sahibi Aleyhine Açılacak Davaları Düzenleyen Yetki Kuralının Değerlendirilmesi

SMK 156(5). maddesi uyarınca; üçüncü kişiler tarafından sınai mülkiyet hakkı sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Sınai mülkiyet hakkı başvurusu veya sınai mülkiyet hak sahibinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde, dördüncü fıkra hükmü uygulanır. Davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir (SMK 156(4)). Doktrinde *bizim de katıldığımız* görüş uyarınca, m.156(5) hükmü, münhasır yetki kuralıdır⁴⁴.

Sınai mülkiyet haklarının tesciline veya geçerliliğine ya da başka bir deyişle hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda, mahkemelerin yetkisinin münhasır yetki olmasına verilen gerekçelerden biri, bu yetki kurallarının mahkemenin egemenlik gücüne dayandığıdır ki zaten, bir sınai mülkiyet hakkının verilmesi de ülkelerin hâkimiyet hakkına dayanmaktadır. İkinci gerekçe ise, bu tip çözümü zor ve karışık olan ve çözümünde uzmanlık isteyen, özel nitelik taşıyan ve de söz konusu olan mahkemenin milli hukuku ile yakın olan davaların bu milli hukuku bilen mahkemeler tarafından bakılmasının doğru olduğudur. Bir başka ifadeyle, bu tip davalarda yetki, davaya hangi devletin hukuku uygulanacaksa o devletlerin mahkemelerine tahsis edilmelidir⁴⁵.

⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-52, K. 2021/671, T. 3.6.2021.

⁴⁴ ERDEM, s. 196-197; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 606; SARGIN, s. 221-222; ÇALIŞKAN, Yusuf: Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, İstanbul 2008, s. 38; DEMİRKOL, s. 48; AKDUMAN, s. 472.

⁴⁵ Bir sınai mülkiyet hakkının, hak sahibi adına tescil edilerek, korunmasını gerçekleştiren devlet bakımından artık o sınai hak, adeta o devletle özdeşleşmekte ve hatta söylenirken dahi, Almanya patenti, Japon markası olarak adlandırılmaktadır. İşte, sınai haklar ile onları koruyan ülkeler ara-

Sınai mülkiyet hakkının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda mahkemelerin yetkisine ilişkin hükümler, münhasır yetki niteliğindedir. Hükümün amacı hem davalı sınai hak sahibini korumak hem de ona karşı üçüncü kişiler tarafından açılacak hükümsüzlük davalarında, mutlaka yetkili bir Türk mahkemesini tesis etmektir. Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tescil edilerek korunan bir Türk sınai mülkiyet hakkının hükümsüz olduğuna ilişkin bir davada, bu sınai hakkı koruyan devletin mahkemesi olarak mutlaka yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması sınai hakların ülkeselliği ilkesine de uygundur. Sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerde yetkisi öngörülen Türk mahkemeleri, idarî ve kamusal nitelikte işlemler yani Türk Patent ve Marka Kurumu kararları hakkında karar vermektedir. Bu işlem ve kayıtlar kamu düzenini yakından ilgilendirmektedir. Bunlar hakkında yabancı mahkemelerin yetkisini kabul etmek, bu işlem veya ilişkilerin mahiyetine uygun değildir. Türk idari makamları tarafından verilen tescil kararları hakkında açılan hükümsüzlük davalarında yabancı mahkemeleri yetkilendirerek, yabancı mahkemelerin Türk idari makamlarının vermiş olduğu kararları geçersiz hale getirmesi uluslararası hukuka aykırı olacaktır. Bir devletin başka bir devletin kamu hukuku işlemlerini geçersiz kılamayacağı genel kuralından hareketle, söz konusu hükümler münhasır yetki kuralı niteliğindedir⁴⁶.

Üçüncü kişilerin bir Türk sınai mülkiyet hakkı sahibine karşı sınai hakkının hükümsüz olduğuna ilişkin açtıkları davada, yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması sınai hakların niteliği gereği şarttır. İç hukuk bakımından kesin yetki niteliğinde olan bu mahkemelerin yetkisi, milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır yetki niteliğindedir. Bu nedenle sınai mülkiyet haklarıyla ilgili olan ve Türkiye’de bir kaydın tescil, terkin veya iptaline dönük davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi, 54. madde (b) bendi anlamında münhasırdır ve bu konularda yabancı mahkemelerin kararları tenfiz edilemez⁴⁷.

sındaki, sınai hakkın niteliğinden kaynaklanan bu doğal bağ ya da başka deyişle sınai hakların ülkesellik prensibi, kendisinin, bir sınai hakkın geçersiz olduğuna, tescil edilemeyeceğine ve gerçek hak sahibinin kendisi olduğuna ilişkin iddialarla açılan hükümsüzlük davalarında, mahkemenin ‘münhasır yetkiye’ sahip olması şeklinde göstermektedir: ERDEM, s. 196-197.

⁴⁶ Ayrıca hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden sonra mahkeme bu kararı Türk Patent ve Marka Kurumu’na resen göndermektedir. Hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden sonra sınai hak sicilden terkin edilmekte ve bültende yayımlanmaktadır (SMK m.27, 51(4), 79(4), 139(4)). Yabancı bir mahkemenin hükümsüzlük kararı vererek, bu kararı Türk Patent ve Marka Kurumu’na göndermesi, Kurumun da yabancı mahkeme kararına dayanarak sınai mülkiyet hakkını sicilden terkin etmesi mümkün değildir. Buna paralel olarak, Yeni Brüksel I Tüzüğü’nde fikri mülkiyet haklarına ilişkin hükümsüzlük davalarında sicil bulundugu yer mahkemesinin yetkisi münhasır yetki olarak düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 143-152, 265-266.

⁴⁷ ERDEM, s. 197; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 606; ÇALIŞKAN, s. 37.

SONUÇ

Sınai mülkiyet haklarının ihlalinde yurt dışında buna ilişkin olarak dava açılırsa, yabancı devlet mahkemelerince verilen kararların Türkiye’de kesin delil veya kesin hüküm etkisi kazanması ve icra edilebilmesi için bu kararların tanıma ve tenfiz şartlarını yerine getirmesi şarttır. Sınai mülkiyet haklarının ihlali halinde verilen kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi bakımından konumuz bakımından önemli olan husus ise, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmasıdır. Çalışmamızda bu konu Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156. maddesi bakımından incelenerek, doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları çerçevesinde tartışılmıştır. *Kanaatimizce*, idarenin aldığı kararlara karşı açılacak davalarda ve idarenin kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin idare aleyhine açacakları davalarda, iptal davası gibi, yetkili olan mahkemeyi düzenleyen SMK m.156(2) hükmü münhasır yetki kuralıdır. Sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak davalarda örneğin, tecavüzün men’i, ref’i veya tazminat davalarında yetkili olan mahkemeleri düzenleyen SMK m.156(3) hükmü ise, münhasır yetki kuralı değildir. Bu nedenle söz konusu davalara ilişkin olarak verilmiş yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkündür. Üçüncü kişiler tarafından sınai mülkiyet hakkı sahibine açılacak olan davalarda, hükümsüzlük davası gibi, yetkili mahkemeyi belirleyen SMK m.156(5) hükmü, münhasır yetki kuralıdır. SMK’nın 156. maddesinin 2. ve 5. fıkralarının münhasır yetki kuralı olması nedeniyle, söz konusu yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Özellikle son dönemde verilen yargı kararları bakımından da vardığımız sonuçlara paralel olarak, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 156. maddesinin (2),(3),(4),(5) fıkralarının münhasır yetki kuralı olup olmadığına ilişkin doğru tespitlerin yapıldığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKDUMAN, Ebru: “Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sa. 163, Mart 2020, s. 466-480.
- BAJPAI, Prableen: “Apple and Samsung’s Complicated Relationship”, 28.12.2015, <https://www.nasdaq.com/articles/apple-and-samsungs-complicated-relationship-2015-12-28>, 16.01.2025.
- BBC NEWS: “Apple ve Samsung Yedi Yıl Süren Davanın Sonunda Anlaştı”, 28.06.2018, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-44638491>, 16.01.2025.
- ÇALIŞKAN, Yusuf: Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tâhkimî ve Dünya Ticaret Örgütü, İstanbul 2008.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Ankara 2023.
- DARDAĞAN, Esra: Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı, Ankara 2005.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.
- DEMİRKOL, Berk: Milletlerarası Yetki Andlaşmaları, İstanbul 2018.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2022.
- EKŞİ, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2015.
- EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.
- ERDEM, Bahadır B.: Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2003.
- ESEN, Emre: “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, *MHB*, Y. 22, 2002, s. 183-206.
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 4. Bası, Ankara 2023.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2017.
- ÖZBAKAN, Işıl: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.
- ÖZEL, Sibel/ ERKAN, Mustafa/ PÜRSELİM, Hatice Selin/KARACA, Hüseyin Akif: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2022.
- SARGIN, Fügen: İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara 2005.
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2024.
- TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 798-820.

Mahkeme Kararları

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 44. Hukuk Dairesi, E. 2020/1339, K. 2022/1753, T. 15.12.2022.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/11-52, K. 2021/671, T. 3.6.2021.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2021/1358, K. 2022/2968, T. 31.05.2022.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/17914, K. 2015/2986, T. 5.3.2015.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/1376, K. 2014/4242, T. 6.3.2014.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/1417, K. 2014/8769, T. 8.5.2014.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2013/3662, K. 2013/19524, T. 4.11.2013.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2022/3126, K. 2023/6729, T. 22.11.2023.

Milletlerarası Özel Hukukta Çok Vatandaşlık ve Mavi Kartlı Yabancılar^(*)

Multiple Citizenship and Blue Card Holders in Private International Law

Prof. Dr. Zeynep Derya TARMAN^(**)

Öz:

Türk vatandaşlık hukukunda çok vatandaşlığa imkân tanınmıştır. Ayrıca, çifte vatandaşlık kurumunu kabul etmeyen devletlerin vatandaşlığına geçerek Türk vatandaşlığından çıkmak durumunda kalan kişiler açısından *Türk Vatandaşlığı Kanunu* m.28 ile "mavi kartlı yabancılar" olarak bilinen ayrıcalıklı bir yabancı statüsü oluşturulmuştur. Uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre tespit edildiği hallerde ilgilinin birden fazla vatandaşlığı mevcutsa yetkili hukukun nasıl tayin edileceği problem teşkil edebilmektedir. 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* m.4, çok vatandaşlık durumunda milli hukukun tayinini düzenler. Ancak bu hükmün özellikle aile ve miras hukuku uyumsuzluklarında nasıl yorumlanacağı kimi tartışmaları beraberinde getirmektedir. Öte yandan, başta teminata ilişkin muafiyetler ve Türk mahkemelerinin kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkisi olmak üzere çok vatandaşlık usul hukukuna ilişkin olarak da tartışılmalı konuları gündeme getirir. Mavi kartlılar açısından ise imtiyazlı durumları dolayısıyla belli istisnalar hariç olmak üzere haklar ve imtiyazlardan Türk vatandaşları gibi yararlanacağına ilişkin düzenleme sebebiyle uygulamada farklı kuralların dikkate alınmasına neden olabilmektedir. Çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşları ile esasen Türk vatandaşlığı bulunmayan mavi kartlıların milletlerarası özel hukuk bakımından tabi olduğu rejim arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Mavi kartlılar hakkında uygulanacak hukuk ve nüfus olaylarına ilişkin işlemlerin çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının durumu ile kıyaslanması ilginç bir tartışma konusu teşkil eder. Zira mavi kartlıların kimi zaman çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarına kıyasla daha avantajlı bir konumda olduğu durumlar gündeme gelebilmektedir. Bu kapsamda başta yabancılık unsurunun tespiti olmak üzere, mavi kartlıların mirasçılık belgesi temini ve yabancı idari kararların tanınması bağlamında nüfus kütüğündeki işlemleri milletlerarası özel hukuk bakımından özellik taşır. Bu çalışmada hem çok vatandaşlığa hem de mavi kartlı yabancılarla ilişkin milletlerarası özel hukuk bakımından özellik arz eden tartışılmalı hususlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Çok Vatandaşlık, Milletlerarası Özel Hukuk, Yabancılık Unsuru, Müşterek Milli Hukuk, Mirasçılık Belgesi, Kişi Hallerine İlişkin Dava, Mavi Kart, Nüfus Kütüğü.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 12.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 14.01.2025.

^(**) Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: ztarmar@ku.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2574-8643>.

Abstract:

Multiple citizenship is allowed under Turkish citizenship law. Additionally, a privileged foreigner status known as "blue card holders" has been established under Art. 28 of the *Turkish Citizenship Act* for those who have renounced their Turkish citizenship in becoming citizens of those states that do not accept dual citizenship. The rule for determining applicable law for individuals with multiple citizenship where the connecting factor is "national law" is regulated under Article 4 of the *Act on Private International and Procedural Law* numbered 5718. However, how this provision should be interpreted brings certain debates especially in inheritance and family law disputes. Multiple citizenship also raises contentious issues in international procedural law, particularly regarding determining security payment exemptions to file a lawsuit and the international jurisdiction of Turkish courts in cases involving personal status. There are some differences between the regime applicable to Turkish citizens with multiple citizenships and the regime applicable to blue card holders in terms of Turkish private international law matters. It is an interesting subject of discussion to compare blue card holders with Turkish citizens holding multiple citizenships in terms of the law to be applied to them and the procedures regarding civil registry. In fact, blue card holders are sometimes in a more advantageous position compared to Turkish citizens with multiple citizenship. In relation to blue card holders, special rules applicable to their privileged status gives rise to additional debates in procedural law, such as determination of foreign element, procedure in acquisition of a certificate of heirship and the transactions at the civil registry in relation to their personal status. In this paper, controversial international private law issues will be examined in relation to both multiple citizenship and blue card holders.

Keywords:

Multiple Citizenship, Private International Law, Foreign Element, Common National Law, Certificate of Heirship, Lawsuits on Personal Status, Blue Card, Civil Registry.

I. GİRİŞ

Vatandaşlık, devlet ile kişi arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükler düzenini tanımlayan hukuki bağıdır¹. Çok vatandaşlık ise, bir kişinin birden çok devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olması haline denir. 20. yüzyılın ilk yarısında gerçekleşen savaşlar ve ekonomik krizler birçok göç dalgasını da beraberinde getirmiştir. Bu göç dalgaları sonucunda, milyonlarca insan kendi vatanlarının dışında başka bir ülkede yaşamak zorunda kalmıştır. Bu kişilerin gittikleri ülkelerin vatandaşlığını kazanması ile çok vatandaşlığa bağlı sorunlar da doğal olarak artış göstermiştir. İşte bu sorunların çözümü için devletler gerek milletlerarası anlaşmalarla gerekse iç hukuklarında bu alanda düzenlemeler yapmıştır. Her ne kadar dünya üzerindeki 195 devletten 148'i çok vatandaşlığı kendi hukuklarında mümkün kılarsa da bazı devletler çok vatandaşlıktan doğan problemlerin çözümü olarak çok vatandaşlığı engelleme veya sınırlama yolunu tercih etmiştir².

Türk hukukunda çifte/çok vatandaşlığa engel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Türk vatandaşlarının yoğunlukla yaşadığı Avrupa'da bulunan devletlerin bazılarının vatandaşlık kanunlarında çifte/çok vatandaşlık yasağı yer

¹ Bahattin Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 8. B., İstanbul 2020.

² Dünyadaki ülkelerin %76'sında çifte vatandaşlığa izin verildiği hakkındaki bilgi için bkz. <https://macimide.maastrichtuniversity.nl/dual-cit-database/> (Erişim Tarihi: 07.01.2025)."

almaktadır³. Bu yasal düzenlemeler yurt dışında yaşayan birçok Türk vatandaşının yaşadıkları ülkenin vatandaşlığını kazanmak için Türk vatandaşlığından çıkmasına neden olmuştur.

Türk vatandaşlığının kişinin kendi iradesiyle kaybı 5901 sayılı *Türk Vatandaşlık Kanunu* ("TVK")⁴ m.25 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. TVK m.27/f.1 uyarınca "*çıkma belgesinin ilgiliye imza karşılığı teslimi ile Türk vatandaşlığı kaybedilir*". Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin nüfus aile kütüklerindeki kayıtları kapatılır. İlgili kişi kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulur. Türk vatandaşlığına ilişkin yasal düzenlemelerin kabul edilen ilk hali bakımından aslen Türk vatandaşı olup yaşadıkları devletin vatandaşlığını kazanmak için Türk vatandaşlığından çıkan bu kişiler, Türkiye'de yabancı sayılmış ve bu nedenle bazı temel hak ve özgürlükleri bakımından belirli sınırlamalara tabi tutulmuşlardır. Bu kişiler, Türkiye'ye giriş, ikamet ve seyahat, çalışma, taşınmaz edinme gibi hakların kullanımı bakımından o zamanki yasal düzenleme kapsamında yabancı muamelesine tabi tutulacakları için Türk vatandaşlığından çıkmak suretiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanmaktan imtina etmişlerdir. İşte bu sorunu engellemek amacı ile Türk hukukunda ayrıcalıklı bir yabancı statüsü yaratılmıştır. TVK'nın 28. maddesine yapılan bir ekleme ile izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış kişilerin ve onların üçüncü dereceye kadar altsoyunun millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla Kanun'da tespit edilen haklar dışında kalan haklardan Türk vatandaşları gibi yararlanmaya devam edecekleri kabul edilmiştir⁵. Bu kişilere TVK m.28'de sayılan haklardan faydalanabileceklerini gösteren kimlik belgesi niteliğinde bir "mavi kart" verilmesi öngörülmüştür. Ancak uygulamada, mavi kartlıların TVK m.28 kapsamında kalan haklardan yararlanma bağlamındaki işlemleri konusunda bazı sorunlar bulunmaktadır. Bu sorunların temeli söz konusu maddede yer alan "*... Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanırlar*" cümlesinin yorumundaki farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır.

İşbu çalışmada hem çok vatandaşlığa hem de mavi kartlı yabancılara ilişkin milletlerarası özel hukuk bakımından özellik arz eden bazı meseleler iki temel başlık altında ele alınacaktır. Bu kapsamda ilk olarak Türk milletlerarası özel hukukunda çok vatandaşlık konusu, ardından olarak Türk milletlerarası özel hukukunda

³ Necla Öztürk, "Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2021, C. 41, S. 2, s. 955-978), s. 985, dn. 2.

⁴ RG, 12.06.2009, S. 27256.

⁵ Necla Öztürk, s. 960 vd.; Hacı Can/Ekin Tuna, Mavi Kartlı Yabancılar, 1. B., Ankara 2018, s. 17-31. Ayrıca bkz. Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, 26. B., İstanbul 2019, s. 129, dn. 107; Gülin Güngör, Tabiiyet Hukuku, 10. B., Ankara 2022, s. 197, dn. 513.

mavi kartlı yabancılar incelenecektir. Çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşları ile mavi kart hamillerinin milletlerarası özel hukuk bakımından tabi olduğu rejim arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda inceleneceği üzere mavi kartlıların Türk vatandaşlığı bulunmayıp, yabancı kişi statüsünde bulunmalarına karşın uygulamada kimi zaman Türk vatandaşymış gibi değerlendirilmeleri söz konusu olabilmektedir. Bu durum karşısında bu kişiler hakkında uygulanacak hukuk meseleleri, usuli haklar ve nüfus olaylarına ilişkin kayıtlara dair uygulamaların çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının durumu ile kıyaslanması ilginç bir tartışma konusu teşkil eder. Zira, kimi zaman mavi kart hamilleri yabancı statüsünde olmalarına karşın çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarına nazaran daha avantajlı bir konumda bulunabilmektedir. Bu tartışmalar ekseninde çalışmamızda çok vatandaşlık konusu ile mavi kart düzenlemesi beraber ele alınmıştır.

Öte yandan, mavi kart uygulamasının gelişimine tarihi açıdan yaklaşıldığında bu düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının en önemli gerekçelerinden biri olan yabancı hukuklardaki çifte vatandaşlığa izin vermeyen bazı düzenlemelerin günümüzde giderek terk edilmeye başladığı görülmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda Vatandaşlık Hukukunun Modernizasyonu Yasası 27 Haziran 2024 tarihinde temel bölümleriyle yürürlüğe girmiş olup buna göre Alman vatandaşlığını kazanmak isteyen bir kişi Türk vatandaşlığı ile Alman vatandaşlığı arasında bir seçim yapmak durumunda kalmadan, çifte vatandaş olabilecektir⁶. Alman hukukundaki önceki kanun dönemindeki düzenlemeler dolayısıyla⁷ Alman vatandaşlığını kazanırken Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda olan kişilerin bu yasal gelişmeler neticesinde Türk vatandaşlığını yeniden kazanılması yoluna başvurarak mavi kartlı statüsünden çıkmak isteyebileceği düşünülebilir. Bu gibi güncel gelişmeler karşısında mavi kartlıların sayısı azalırken çok vatandaşlığı bulunan Türk vatandaşlarının sayısının artabileceği öngörülebilir. Öte yandan halen çifte vatandaşlığa izin vermeyen Avusturya ve Hollanda hukukları⁸ ve bu ülkelerdeki Türk nüfus gözetildiğinde mavi

⁶ Alman Vatandaşlık Hukukunun Modernizasyonu Yasası hakkındaki Almanya Dış Temsilcilikleri bilgi notu hakkında bkz. <https://tuerkei.diplo.de/tr-tr/service/1514534-1514534> (Erişim Tarihi: 08.01.2025).

⁷ *Staatsangehörigkeitsgesetz/StAG Kanunu*. Alman vatandaşlık hukukunda 2000 yılından bu yana gerçekleşen değişiklikler hakkında bkz. M. Derya Canpolat, "Vatandaşlık Yasasının Modernizasyonu ve Almanya'daki Türk Diasporası", (Göç Araştırmaları Vakfı Y. 2004 S. 1, s. 1-11).

⁸ Avusturya hukukundaki çifte vatandaşlığa ilke olarak izin vermeyen yaklaşım hakkında Avusturya Dış Temsilciliği'nin "*Information zur Beibehaltung der österreichischen Staatsbürgerschaft*" başlıklı bilgi notu için bkz. https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Vertretungen/London/Dokumente/Information_zur_Beibehaltung_der_oesterreichischen_Staatsbuergerschaft.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2025). Hollanda Hükümeti internet sitesinde çifte vatandaşlığın olabildiğince engellenmeye çalışıldığı yönündeki politikayı açıklayan bilgi notu için bkz. <https://www.government.nl/topics/dutch-citizenship/dual-citizenship> (Erişim Tarihi: 08.01.2025). Avusturya ve Hollanda hukuklarındaki bu duruma ilişkin tespiti dair ayrıca bkz. Uğur Tütüncübaşı, "Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi

kart uygulamasının güncelliğini korumaya devam edeceğini söylemek de yanlış olmaz. Söz konusu iki grubun - mavi kart hamilleri ile çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının -milletlerarası özel hukuk bağlamında tabi oldukları hukuki rejimin beraber ele alınarak karşılaştırılması bu yönden de anlamlıdır.

II. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ÇOK VATANDAŞLIK

Türk hukukunda, TVK'nın 3. maddesiyle çok vatandaşlığın tanımı "*Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olması*" şeklinde yapılmakta ve aynı kanunun 44. maddesiyle de çok vatandaşlığa imkân sağlanmaktadır.

Milletlerarası özel hukukta, kişinin hangi vatandaşlığa mensup olduğu, özellikle uygulanacak hukuku tespit ederken önem arz etmektedir. Eğer bir kanunlar ihtilafı kuralında bağlama noktası olarak millî hukuk öngörülmüş ise kişinin vatandaşlığı olduğu devletin hukuku uygulanacaktır⁹.

Her ne kadar milletlerarası özel hukuktaki son eğilimler, bağlama noktası olarak milli hukuk yerine mutata mesken gibi kavramlara ağırlık verse de Türk hukukunda bulunan kanunlar ihtilafı kurallarında milli hukuk bağlama noktası olarak sıkça yer almaktadır¹⁰. Aile hukuku ve şahsın hukuku alanlarında ulusal kültür ve geleneklerin etkisi nedeniyle bu alanlara dahil hukuki meselelerin kişilerin milli hukukuna tabi tutulmasının milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine uygun olduğu ifade edilmektedir¹¹. 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*'un¹² ("MÖHUK") ehliyet, vesayet, soybağı, nişanlanma, evlilik, boşanma ve evlat edinme gibi kişiler hukuku ile aile hukukunu ilgilendiren kurallarında ve taşınır mirasta bu durum gözlenmektedir¹³.

Yabancı unsurlu bir davada uygulanacak hukuk vatandaşlık (milli hukuk) esasına göre belirlenecek ise, öncelikle kişinin hangi devlet vatandaşı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bir kişinin belirli bir devletin vatandaşı olup olmadığı sorusu ancak ilgili devlet tarafından cevaplandırılabilir¹⁴. Bu nedenle,

Kart" Uygulaması)", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 13 S. 2, s. 153-194), s. 158; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "Türk Vatandaşlık Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma", (Yasa Hukuk Dergisi, Y. 2005, C. 28, S. 260-261, s. 21-39), s. 21.

⁹ Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. B., İstanbul 2023, s. 98-99; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. B., İstanbul 2024, s. 35.

¹⁰ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 100.

¹¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 35.

¹² RG, 12.12.2007, S. 26728.

¹³ Aysel Çelikel/Bahattin Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. B., İstanbul 2021, s. 65.

¹⁴ Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 23. B., İstanbul 2021, s. 115; Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2019, s. 34.

kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda bir tereddüt mevcut ise, kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı Türk vatandaşlık hukukuna göre belirlenecektir. Buna karşılık, ilgili kişinin yabancı bir devlet vatandaşlığı tartışma konusu ise ilgili kişinin vatandaşlığı, vatandaşlığı iddia olunan devletin hukukuna göre belirlenecektir. Yetkili hukukun tespitinden önce vatandaşlık statüsünün tayini gerektiğinden vatandaşlık hukuku kanunlar ihtilafının ön sorunu olarak vasıflandırılmıştır¹⁵. Uygulanacak hukukun vatandaşlık (milli hukuk) esasına göre tayin edildiği hallerde ilgilinin birden fazla vatandaşlığı mevcut ise uygulanacak hukukun nasıl tayin edileceği bir problem teşkil edecektir. Birden fazla vatandaşlığı bulunan bir kişi bakımından hangi vatandaşlığın esas alınacağı sorusu, çok vatandaşlık ile milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkinin temelindeki sorunu oluşturmaktadır¹⁶. Bu bağlamda çoğu devlet, kanunlarında bu meselenin çözümü için genel nitelikli kurallara yer vermekte ve kişinin kendi vatandaşı olup olmadığına göre bir ayırım yapmaktadır¹⁷. Söz konusu anlayışa paralel olarak çok vatandaşlık nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi amacıyla MÖHUK'ta da genel nitelikli bir düzenleme getirilmiştir. MÖHUK'un 4. maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre, eğer kanunlar ihtilafı kuralları milli hukuku işaret ediyorsa, birden fazla devlet vatandaşlığı bulunan Türk vatandaşları hakkında Türk hukuku; birden fazla devlet vatandaşlığı bulunan yabancılar hakkında ise daha sıkı ilişki içinde bulundukları devlet hukuku uygulanacaktır. İlgilinin Türk vatandaşlığı dışında birden fazla devlet vatandaşlığı bulunması durumunda “gerçek” vatandaşlık tespit edilecektir. Kişi, hayat ilişkilerinde hangi devletle daha sıkı ilişki içinde ise, o devlet kişinin gerçek vatandaşlığına sahip olduğu devlet olarak kabul edilir. Gerçek vatandaşlığın tespitinde ikametgâh, mutad mesken, daha önceki vatandaşlık, vatandaşlık statüsüne bağlı hak ve yükümlülüklerin yerine getirildiği ve ekonomik faaliyetin yürütüldüğü devlet gibi çeşitli unsurlar rol oynarlar¹⁸. Hâkim, kişinin vatandaşlığına sahip olduğu devletlerden hangisi ile daha sıkı ilişki içerisinde bulunduğunu her somut olayda inceleyip tespit edecektir¹⁹. Ancak, aynı maddede belirtildiği üzere, çok vatandaşlığın çözümü için öngörülen bu kurallar MÖHUK'ta aksinin öngörülmediği hallerde uygulanacaktır.

¹⁵ Çelikel/Erdem, s. 23.

¹⁶ İnci Ataman-Figanmeşe, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 1999-2000, C. 19-20, s. 95-114), s. 95-96.

¹⁷ Nomer, 2021, s. 115; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 100-102; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 111-150), s. 133.

¹⁸ Nomer, 2019, s. 41-42; Nomer, 2021, s. 116; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 103.

¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 68.

A. MÖHUK Madde 4'ün İstisnaları

MÖHUK m.4'ün lafzındaki “*bu Kanunda aksi öngörülmedikçe...*” ifadesi hangi hallerin istisnai bir düzenleme içerdiği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. MÖHUK metninde veya gerekçesinde açık bir istisnadan bahsedilmemiştir²⁰. Ancak istisna teşkil edip etmediği tartışmalı bazı hususlar bulunmaktadır. Bağlama noktası olarak müşterek milli hukuku öngören MÖHUK m.14, evlilik malları için sınırlı bir seçim hakkı sunan m.15, kanunlar ihtilafı kuralları içeren milletlerarası anlaşmalar ile ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğine ilişkin m.20/f.4 hükümlerinin m.4'te bahsi geçen istisnanın kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır.

1. Bağlama Noktası Olarak Müşterek Milli Hukuku Öngören Hükümler

Aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının bazılarında eşlerin müşterek milli hukuku, kanun koyucunun öngördüğü bağlama noktalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Milli hukukun bağlama noktası olarak belirlendiği durumlarda Türk mahkemelerinin hangi vatandaşlığı esas alacağı MÖHUK m.4'e göre tespit edilecektir. Buna karşın çok vatandaşlık halinde eşlerin müşterek milli hukuku tespit edilirken hangi vatandaşlıklarının müştereklik konusunda esas alınacağı tartışmalıdır. Örneğin, Türk vatandaşlığına ve (X) devleti vatandaşlığına sahip bir eş ile (X) vatandaşlığına sahip bir eşin Türkiye'de görülen boşanma davasının hangi hukuka tabi olduğu tespit edilirken MÖHUK m.4'ün dikkate alınıp alınmayacağı konusu aşağıda ele alınacak olan bir Yargıtay kararına da konu olmuştur.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, müşterek milli hukuk MÖHUK m.4'ün (b) ve (c) bentlerinin istisnasını teşkil etmemektedir²¹. Öncelikle bireylerin milli hukuku tespit edilmeli, sonra müştereklik olup olmadığına bakılmalıdır. Keza bu görüşe göre, MÖHUK m.4 gereği kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan “*eşlerin müşterek milli hukuku*” ifadesi, “eşlerin milli hukukları müşterek ise bu hukuk” şeklinde anlaşılmalıdır²². Dolayısıyla, MÖHUK m.4 gereğince birden fazla devlet vatandaşlığı taşıyan eşin aynı zamanda Türk vatandaşı olması halinde tarafın Türk vatandaşlığının esas alınması gerektiği belirtilmektedir²³. Böylece bu görüşe göre kişinin hukuki ihtilafa göre farklı vatandaşlıklarını kullanarak kendi menfaatine uygun çözümler bulma anlayışının da önüne geçilmiş olunacaktır²⁴. Zira tersi bir yorum hem ya-

²⁰ Bayraktaroğlu Özçelik, s. 133.

²¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 167; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca s. 273-274; Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 3. B., Ankara, 2021, s. 54-55; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 138; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, 1. B., İstanbul 2006, s. 46.

²² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 167, dn. 89.

²³ Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. B, Ankara, 2022, s. 216.

²⁴ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 274.

banacı bir devletin vatandaşı hem de Türk vatandaşı olan bir kişinin, Türkiye’de görülen boşanma davasında uygulanacak hukuk bakımından yabancı bir hukuka tabi tutulmasını ancak aynı kişinin sadece Türk vatandaşlarının çalışabileceği işlerde çalışmasını mümkün kılacaktır. Böyle bir çözümün de MÖHUK’un amacına ve kanunlar arasındaki uyuma zarar vereceği düşünülmektedir²⁵.

Nitekim, eşlerden birinin İtalyan vatandaşı diğ erinin ise hem Türk hem İtalyan vatandaşı olduğu bir boşanma davasında Yargıtay da milli hukukların tespiti nde önce m.4(b)’yi uygulayarak çifte vatandaş olan eş bakımından Türk vatandaşlığını esas almış ve MÖHUK m.14/f.1 kapsamında eşlerin müşterek milli hukukunun bulunmadığı sonucuna varmıştır²⁶. Oy çokluğu ile alınan bu kararın karşı oy yazısında ise, ilgili bentte yer alan kuralın Kanunda aksi düzenlenmemişse geçerli olacağı ve MÖHUK m.14/f.1 gereğince müşterek milli hukukun varlığı halinde bu hukukun uygulanması gerektiği; somut olayda eşlerin müşterek milli hukuku olan İtalyan hukukunun bu uyuşmazlığa tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Karşı oy yazısındaki görüşe paralel olarak doktrinde MÖHUK m.4’ün (b) ve (c) bentlerinin her durumda uygulanması halinde adil olmayan sonuçların ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür²⁷.

Sonuç olarak, doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay uygulaması yetkili hukukun müşterek milli hukuk olarak belirlendiği durumları, MÖHUK m.4’ün istisnası olarak yorumlamamaktadır. Doktrinde ayrıca bu durum milletlerarası yetki ile de gerekçelendirilmektedir²⁸. Şöyle ki, çifte vatandaşlı kişinin kişi hallerine ilişkin bir davasında mahkemenin yetkisi ilgili kişinin Türk vatandaşlığı esas alınarak MÖHUK m.41 kapsamında tespit edilecektir. Bu durumda yetki tesis edilirken Türk vatandaşlığı esas alındığı için boşanma davasında da ilgili kişinin Türk vatandaşlığının esas alınması gerektiği; yetkili hukukun müşterek yabancı vatandaşlık esas alınarak tespit edilmesi durumunda Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin de sorgulanır hale geleceği ileri sürülmüştür²⁹.

²⁵ Hatice Selin Pürselim Arning, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2021, C. 27, S. 1, s. 513-542), s. 524-525.

²⁶ Y. 2. HD, E. 2007/4214, K. 2008/1476, 13.02.2008, Nuray Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, 1. B., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 3-5; Bahar Ceyda Sür al Efeçinar, “Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde ‘Müşterek Milli Hukuk’ Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”, (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 177-178, s. 1197-1212), s. 1212, dn. 37; Y. 2. HD., E. 2004/9208, K. 2004/11702, T. 12.10.2004: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 167, dn. 89.

²⁷ Bilgin Tiryakioğlu, “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, (Ankara Law Review, Y. 2006, C. 3, S. 1, s. 1-16), s. 14.

²⁸ Güngör (Tabiiyet), s. 54, dn. 66.

²⁹ Güngör (Tabiiyet), s. 54, dn. 66.

Kanaatimizce Türk mahkemelerinin yetkisinin m.41 çerçevesinde tespit edildiği her durumda Türk vatandaşlığı bulunan kişiler bakımından MÖHUK m.4(b) bendi uyarınca Türk hukukunun uygulanması yönündeki yorum isabetli değildir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen yetki kuralları, yabancılik unsuru içeren bir hayat ilişkisinde Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığını tayin ederken kanunlar ihtilafı kuralları söz konusu davada hangi hukukun uygulanacağını tespit eder. Dolayısıyla yetki kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı birbirinden farklıdır. Biri Türk vatandaşlığı olmak üzere çifte vatandaşlığı bulunan bir kişinin kişi hallerine ilişkin bir davasında Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK m.41 uyarınca tespit edildikten sonra uygulanacak müşterek milli hukuk yabancı bir hukuk ise bu hukuku pekâlâ uygulanabilir. Bu noktada milletlerarası yetkinin sorgulanabilir hale geldiği görüşüne katılmamaktayız. Zira yetki bir kere tesis edilmiştir. Aksinin kabulü kanunlar ihtilafı kurallarının ruhuna aykırı sonuçları beraberinde getirmektedir. Sözgeli mi, iki eşin de aynı yabancı ülke vatandaşı olduğu ancak bir eşin Türk vatandaşlığının da bulunduğu durumlarda müşterek bir milli hukuk olmasına rağmen hâkim görüşe göre o yabancı hukuk uygulanmayacaktır. Kanaatimizce, bu yorum tarzı kanunlar ihtilafı kurallarının amacı olan en sıkı ilişkili hukuka bağlanmayı engellemektedir. Müşterek milli hukukları bulunan eşler arasındaki boşanma davasına uygulanacak en sıkı ilişkili hukuk olarak “*eşlerin müşterek milli hukuku*” öngörülmüştür. Dolayısıyla eşlerin müşterek milli hukuku mevcut iken m.4(b) bendini uygulayarak müşterek milli hukuku yok saymak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet etmemektedir. Bağlama noktası olarak müşterek milli hukukun öngörüldüğü durumları, MÖHUK m.4(b) ve (c) bentlerinin istisnası olarak kabul etmek gerekir.

Ayrıca, Avrupa Birliği hukukunda çok vatandaşlık halinde eşlerin hangi vatandaşlığının esas alınacağı konusunda Avrupa Birliği (AB) Roma III Tüzüğü³⁰ de bu görüşü destekler niteliktedir. Zira boşanma davalarında uygulanacak hukuka ilişkin Roma III Tüzüğü’nün gerekçesinde çok vatandaşlık ile ilgili sorunların çözümü, AB prensipleri çerçevesinde olmak kaydıyla, ulusal hukuklara bırakılmıştır. Burada öne çıkan AB prensibi ise, çeşitli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere, vatandaşlığa dayalı ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmesidir³¹.

³⁰ Avrupa Birliği, “İşbirliğini Geliştirmeye Yönelik Alanlardan Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 20 Aralık 2010 tarihli 1259/2010 sayılı Konsey Tüzüğü (Roma III Tüzüğü)”, *Avrupa Topluluğu Resmî Gazetesi* (ATRG) 343/10, 29.12.2010, Gerekeçe No. 22.

³¹ 2 Ekim 2003 tarihli *Carlos Avello Garcia v. Belgian State* Kararı, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0148> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

2. Milli Hukukun Uygulanacak Hukuk Olarak Seçilmesi

Türk hukukunda özellikle sözleşme ilişkilerinde taraflara uyumsuzluğa uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmışsa da aile hukuku alanında sadece tek bir maddede hukuk seçimine izin verilmiştir. Evlilik malları hakkında uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.15, eşlere sınırlı bir seçim imkânı sunmaktadır. Buna göre eşler, evlenme anındaki mutad mesken ya da milli hukuklarından birini seçebilirler.

Doktrindeki hâkim görüş, burada zımni bir istisnaya yer verildiğini ve MÖHUK m.4'ün uygulanmayacağını savunmakta; diğer bir ifadeyle çok vatandaşlık halinde eşlerin milli hukuklarından herhangi birinin uygulanmak üzere seçilebileceğini ifade etmektedir³². Dolayısıyla eşlerin evlenme anında birden çok vatandaşlığa sahip olduğu hallerde seçilebilecek hukukların sayısı da artar. Bu hallerde irade serbestisine öncelik tanınması gerektiği için MÖHUK m.4(b) ve (c) bendlerinin sınırlayıcı bir etkisinin bulunmadığı belirtilmektedir³³. Bu bağlamda, “eşlerden birinin milli hukuku” gibi bir ifade yerine “eşlerin (...) milli hukuklarından biri” ifadesine yer verilmiş olmasıyla da bu görüş desteklenmektedir³⁴. Yargıtay da mülga 2675 sayılı MÖHUK³⁵ döneminde yabancı bir boşanmanın tanıma ve tenfizine ilişkin vermiş olduğu bir kararında hem Türk hem Hollanda vatandaşı olan eşlerin, boşanma için müşterek milli hukuklarından biri olan Hollanda hukukunu seçmiş olmalarını isabetli bulmuştur³⁶.

Doktrinde aksi görüşe sahip yazarlara göre ise milli hukuku seçme imkânı verilmiş olsa da MÖHUK m.4'ün (b) ve (c) bentlerinin etki alanının dışına çıkılmamıştır³⁷. Başka bir ifade ile ancak 4. madde uyarınca belirlenecek milli hukuklardan birinin seçimi mümkün olabilecektir. Örneğin, bu görüş uyarınca hem Türk hem Fransız vatandaşlığına sahip eş ile hem İtalyan hem de Alman vatandaşlığına sahip eş arasındaki evlilik mal rejimi bakımından MÖHUK m.15'te yer alan sınırlı hukuk seçimi imkanı MÖHUK m.4'ün (b) ve (c) bentleri çerçevesinde değerlendirileceğinden ilk eş bakımından yalnızca Türk hukuku dikkate alınacak, diğer eş bakımından ise daha sıkı ilişki halinde bulunduğu ülkenin vatandaşlığı dikkate alınacaktır. Böylece tarafların iki hukuk arasında (Türk hu-

³² Ataman-Figanmeşe, s. 100; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 164, dn. 84; Güngör (Tabiiyet), s. 145; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 141; Süral Efeçinar, s. 1197; Ebru Şensöz, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 16, s. 173-197), s. 197; Uyanık Çavuşoğlu (Boşanma), s. 44.

³³ Güngör (Tabiiyet), s. 145.

³⁴ Ataman-Figanmeşe, s. 100, dn. 10.

³⁵ RG, 22.05.1982, S. 17701.

³⁶ Y. 2. HD., E. 2002/13829, K. 2003/719, T. 21.01.2003: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca s. 268; Çelikel/Erdem, s. 265.

kuku ve İtalyan veya Alman hukukundan sıkı ilişkili olanı) seçim yapma imkanı söz konusu olacaktır. Halbuki yukarıda yer verdiğimiz diğer yaklaşım uyarınca MÖHUK m.15'te yer alan sınırlı hukuk seçimi imkanı MÖHUK m.4'ün (b) ve (c) bentleri çerçevesinde değerlendirilmez ise bu örnekte tarafların dört farklı hukuk arasından ((Türk, Fransız, İtalyan ve Alman hukukları) seçim yapma imkanı söz konusu olacaktır. Taraflara sınırlı da olsa bir hukuk seçimi sunan hükmün tekrar bir sınırlandırmaya tabi tutulması bizce uygun görünmemektedir.

Diğer taraftan, MÖHUK m.15, eşlerin hukuk seçimi yapmadığı durumlar için kademeli (aşamalı) bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmüştür. Buna göre, maddenin ilk cümlesinde yer alan hukuklardan biri seçilmemiş ise öncelikle müşterek milli hukuk uygulanacaktır. Böyle bir durumda ise, yukarıda bahsedildiği üzere, doktrindeki hâkim görüş³⁸ MÖHUK m.4'ün uygulanacağı yönündedir.

Sonuç olarak, müşterek milli hukukun bağlama noktası olduğu durumların aksine MÖHUK m.15'in MÖHUK m.4'ten ayrık bir düzenleme teşkil ettiği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bu sebeple eşler, MÖHUK m.15/f.1 uyarınca vatandaşı oldukları ülke hukuklarından istediklerini evlilik mal rejimine uygulanmak üzere seçebilirler.

3. Milletlerarası Anlaşmalar

Anayasa m.90/f.5 uyarınca, usulüne uygun yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalar ile kanunlar; normlar hiyerarşisinde, kural olarak, aynı basamakta yer almaktadır. MÖHUK ise ilk maddesinin ikinci fıkrasında, "*Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*" diyerek kendi kapsamına giren konularda milletlerarası anlaşmalara öncelik vermiştir. Bu durumda, MÖHUK'ta yer alan bir hüküm ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası bir anlaşmada yer alan bir hüküm aynı konuyu düzenliyor ise anlaşma hükmü öncelikli olarak uygulanacaktır.

Milletlerarası özel hukuka ilişkin, Türkiye'nin de taraf olduğu, bazı anlaşmalar; kanunlar ihtilafı kuralları öngörmektedir. İşte bu kanunlar ihtilafı kurallarının bazıları da bağlama noktası olarak kişinin milli hukukuna yer vermiştir. Ancak böylesine hükümler içeren milletlerarası anlaşmaların birçoğu, çok vatandaşlık halinde hangi vatandaşlığın esas alınacağına dair bir çözüm ortaya koymamaktadır³⁹. O halde, böyle bir sorunla karşılaşan Türk mahkemelerinin MÖHUK m.4'e başvurup başvuramayacaklarını incelemek gerekir.

³⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 167; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca s. 273-274; Güngör (Tabiiyet), s. 54-55; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 138; Uyanık Çavuşoğlu (Boşanma), s. 46.

³⁹ Ataman-Figanmeşe, s. 101.

İlk olarak, MÖHUK m.4'ün lafzındaki *“Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde (...)”* ifadesinden hareketle ancak MÖHUK'un uygulama alanına giren hallerde bu maddeye göre milli hukukun saptanabileceği savunulmaktadır⁴⁰. Bu durumda milletlerarası anlaşma hükümlerine göre yetkili hukuk tayin edilecekse MÖHUK m.4 uygulanmayacaktır. Öte yandan, kanunlar ihtilafı kuralları içeren sözleşmelerin temel amacı, uygulanacak hukukta yeknesaklık sağlanmasıdır⁴¹. Ancak, çok vatandaşlıkla ilgili bu sorunun çözümü her bir devletin iç hukukuna bırakılacak olursa uygulanacak hukukta yeknesaklık sağlanamayabilir. Zira, çoğu devlet kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi hakkında gerçek ve etkili vatandaşlık ayırımına gitmeyip milli hukuk bakımından uygulanacak hukukun tespitinde kendi vatandaşlığını tercih edebilmektedir.

Sonuç olarak, sayılan nedenlerle kanunlar ihtilafı kuralları içeren milletlerarası anlaşmalarda MÖHUK m.4'ün uygulanmayacağı söylenebilir. Burada doktrin, çözüm olarak gerçek ve etkili vatandaşlığın tespiti sonucunda uygulanacak hukukun belirlenmesini önermektedir⁴².

4. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Şekli Geçerliliği

MÖHUK'un 20. maddesi uyarınca mirasa uygulanacak hukuk ölenin milli hukukudur. Çok vatandaşlığa sahip kişiler için uygulanacak milli hukuk tespit edilirken de MÖHUK m.4'e göre bir saptama yapılacaktır. Öte yandan MÖHUK m.20/f.4, ölümüne bağlı tasarrufların şekline ilişkin istisnai bir hüküm getirerek ölümüne bağlı tasarrufun ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapıldığı hallerde de geçerli olacağını belirtmektedir. İşte mirasa ilişkin bu kanunlar ihtilafı kuralının, MÖHUK m.4'ün uygulama alanında kalıp kalmadığı tartışmalıdır. Öte yandan Türkiye, “Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda Sözleşme”ye⁴³ taraf olduğu için vasiyetnamelerin şekli geçerliliğine, MÖHUK m.1/f.2 ışığında, söz konusu milletlerarası anlaşma uygulanacaktır. MÖHUK m.4'te geçen *“bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde (...)”* ifadesi ve milletlerarası anlaşmaların uygulamada yeknesaklığı sağlama amacından hareketle, MÖHUK m.4'ün milletlerarası sözleşmelerde yer alan kurallara ilişkin olarak uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁴⁴. Buna karşılık, doktrinde açık bir istisnaya yer verilmemesi nedeniyle MÖHUK m.20/f.4'ün kapsamındaki (vasiyetname dışındaki)

⁴⁰ Ataman-Figanmeşe, s. 101.

⁴¹ Ataman-Figanmeşe, s. 101; Çelikel/Erdem, s. 44.

⁴² Ataman-Figanmeşe, s. 103 vd.

⁴³ RG, 17.01.1983, S. 17391.

⁴⁴ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 336-337.

ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin belirlemenin MÖHUK m.4 uyarınca yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁵.

Kanaatinizce, ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğinde *favor testamenti* ilkesine⁴⁶ uygun şekilde hareket edilmesi gerekir. Türk doktrinine hâkim olan bu ilke, ölüme bağlı tasarrufun sonuç doğurmasına imkan veren yoruma öncelik vererek ölenin son arzularının gerçekleşmesini incelemektedir. Bu bağlamda, *favor testamenti* ilkesi uyarınca ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutabilecek her yolun denenmesi prensibi kabul görmektedir.

Sonuç olarak, MÖHUK m.4 uyarınca bir saptama yapmadan, ölenin milli hukuklarından biri bakımından geçerli olan (vasiyetname dışındaki) bir ölüme bağlı tasarrufu şeklen geçerli saymak *favor testamenti* ilkesiyle birlikte değerlendirildiğinde yerinde bir uygulama olacaktır.

B. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Çok Vatandaşlık

Çok vatandaşlıktan kaynaklanan sorunlar sadece yetkili hukukun tespitinde değil usul hukukuna ilişkin kuralların uygulanmasında da kendini göstermektedir. Bu bağlamda, çok vatandaşlık bakımından bir çözüm ortaya koyan MÖHUK m.4'ün usul hukukuna ilişkin konularda uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Tartışmanın temel noktası ise maddenin genel hükümler kısmında bulunmasına rağmen başlığının “*Vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk*” olmasıdır.

Doktrindeki baskın görüşe göre, usul hukuku alanında çok vatandaşlıktan doğan sorunların çözümü için de MÖHUK m.4 uygulama alanı bulacaktır⁴⁷. Kişinin Türk vatandaşı ve yabancı bir ülkenin vatandaşı olduğu hallerde MÖHUK m.4'te açıkça belirtildiği üzere bu kişilerin Türk vatandaşlığının dikkate alınacağı kabul edilmektedir⁴⁸. Birden fazla devlet vatandaşlığı bulunan yabancılar hakkında ise daha sıkı ilişki içinde bulundukları devlet hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla usul hukukuna ilişkin konularda da hangi vatandaşlığın esas alınacağı yine MÖHUK m.4(b) ve m.4(c)'ye göre belirlenecektir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe⁴⁹ göre ise, MÖHUK m.4 “*Vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk*” başlığını taşıırken hükmün birinci fıkrası da “*yetkili olan*

⁴⁵ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 338.

⁴⁶ “*Ölüme bağlı tasarrufu elden geldiğince, tüm hukuksal yolları tüketerek, geçersizlikten kurtarma, ona hukuksal işlerlik kazandırma anlayışı*” olarak açıklanan *favor testamenti* ilkesi hakkında bkz. Rona Serozan/ İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 8. B., İstanbul, 2004, s. 272.

⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 582; Ergin Nomer, “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 1994, C. 19, 1994, s. 55-62), s. 58.

⁴⁸ Zeynep Çalıışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, 1. B., Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 58.

⁴⁹ Ataman-Figanmeşe, s. 95 vd.

hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde” şeklinde bir ifade içermektedir. Dolayısıyla söz konusu madde yetkili hukukun tayini ile ilgilidir. Yetkili hukukun tayini ise kanunlar ihtilafı kurallarının diğer bir ifadeyle, MÖHUK’un 9 ila 39’uncu maddelerinin konusunu oluşturmaktadır. Bu durumda, MÖHUK m.4 yalnızca kanunlar ihtilafı hukuku alanında uygulanacak; MÖHUK’un Milletlerarası Usul Hukuku başlıklı ikinci kısmına uygulanmayacaktır. Bunlara ek olarak, her ne kadar MÖHUK m.4 MÖHUK’un “genel kurallar” başlıklı ilk bölümünde yer almakta ise de genel kurallar bölümünde düzenlenen diğer bir kural olan kamu düzenine aykırılık kuralı (m.5) da yalnızca kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında uygulanmaktadır. Bu durum da MÖHUK m.4’ün uygulama alanı açısından savunduğumuz görüşü desteklemektedir.

Milletlerarası usul hukukunda kişinin vatandaşlığının önemli bir fark yarattığı meselelerden biri MÖHUK m.48’de düzenlenen teminat hususuna ilişkindir. Bu madde Türk vatandaşları ve yabancılar arasında bir ayırım yaparak yabancılara dava açarken teminat yatırma yükümlülüğü getirmektedir. Başka bir devlet vatandaşı olan Türk vatandaşlarının teminat yatırmayacağı konusunda doktrin ve uygulama hemfikirdir. Bununla birlikte MÖHUK m.48/f.2’de yabancılar bakımından bir istisna kabul edilerek karşılıklılık esası uyarınca teminattan muafiyet öngörülmüştür. Bu nedenle çok vatandaşlığa sahip yabancıların hangi vatandaşlıklarının esas alınacağı önem arz etmektedir.

Bu noktada çok vatandaşlığa sahip yabancılar bakımından yukarıda bahsedilen baskın görüşe göre⁵⁰ yorum yapılması halinde MÖHUK m.4(c) bendine göre kişinin vatandaşlığı tespit edilecektir. Yapılacak tespiti göre de kişinin teminat yatırıp yatırmaması gerektiğine karar verilecektir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız ikinci görüş kabul edilecek olursa MÖHUK m.48 açısından bir kanun boşluğu doğmaktadır. Zira MÖHUK m.4 yalnızca kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda bu boşluğun kişinin menfaatine en uygun şekilde doldurulması gerekir⁵¹. Kanaatimizce, MÖHUK m.48 kapsamında yabancıların teminat yatırıp yatırmayacağı tespit edilirken ilgilinin vatandaşlıklarından biri ile karşılıklılık gerçekleşmemiş olsa da diğer vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık bulunduğu takdirde kişinin teminat yatırmaktan muaf tutulacağı kabul edilmelidir.

⁵⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 582.

⁵¹ Ataman-Figanmeşe, s. 95 vd.

III. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA MAVİ KARTLI YABANCILAR

A. Mavi Kartlı Yabancıların Statüsü

Doğumla aslen Türk vatandaşlığını kazanıp daha sonra izinle Türk vatandaşlığından çıkan yabancılara Türk hukukunda ayrıcalıklı bir statü tanınmıştır⁵². TVK m.28'de düzenlenen bu statü uyarınca şartları sağlayan yabancılar ve onların üçüncü dereceye kadar altsoyları⁵³ seçme ve seçilme hakkı gibi birkaç istisna hariç Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynen yararlanabilecektir. Talep olması halinde bu kişilere, söz konusu haklardan faydalanabileceklerini gösteren bir “mavi kart”⁵⁴ verilmektedir. Bu nedendir ki hem doktrinde hem uygulamada bu kişiler “mavi kartlılar” olarak adlandırılmaktadır.

Mavi kartlıların yararlanamayacağı haklar TVK m.28/f.2'de sayılmıştır: “*Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafeen araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler*”. Bunun yanı sıra, *Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*⁵⁵ m.52/f.2 mavi kart hamillerinin yararlanabileceği bazı haklara örnek vermek suretiyle yer vermiştir⁵⁶. Bu maddeye göre, “*mavi kartlıların Türkiye'deki ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemleri, ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütülecektir*”.

Mavi kartlılar kütüğü ve tutulmasına ilişkin esaslar, İçişleri Bakanlığının 30.04.2013 tarihli *Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge*⁵⁷ ile belirlenmiştir. Yönergede, ayrıca nüfus olaylarının mavi kartlılar kütüğüne işlenmesi de düzenlenmektedir.

B. Yabancılık Unsurunun Varlığı

MÖHUK m.1 uyarınca, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk bu kanun hükümlerine göre tespit edilir. Mavi

⁵² Erdem, s. 246.

⁵³ Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK) m.28/f.4 uyarınca, “Cumhurbaşkanı gerekli görmesi halinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir.” Üçüncü dereceye kadar altsoyları ifadesinin kapsamına ilişkin belirsizliklerin eleştirisi için bkz. Can/Tuna, s. 58.

⁵⁴ Mavi kartlar 12.04.2013 tarihinden önce kimlik belgesi olarak kabul edilmediğinden pasaport veya yabancı kimlik belgesi ile birlikte ibraz edilmesi gerekmektedir. Bu tarihten sonra verilen mavi kartların tek başına kimlik belgesi olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. Can/Tuna, s. 79. Ayrıca bkz. Nomer, 2021, s. 130 vd.; Güngör (Tabiiyet), s. 201.

⁵⁵ RG, 06.04.2010, S. 27544.

⁵⁶ Öztürk, s. 964-965; Can/Tuna, s. 75.

⁵⁷ Yönerge için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/yonergeler> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

kartlılar, Türk vatandaşlığını kaybedip yabancı bir devlet vatandaşı oldukları için bu kişilerin taraf olduğu davalarda da uygulanacak hukukun MÖHUK hükümleri uyarınca belirlenmesi gerekir. Ancak mavi kartlılara tanınan imtiyazlı statü bu kişilerin taraf olduğu davalar bakımından yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı konusunda tartışmalara yol açmaktadır. Kural olarak TVK m.27 uyarınca çıkma belgesi alan kişiler, belgeyi teslim aldığı andan itibaren Türk vatandaşlığını kaybederler ve nüfus kütüklerindeki kayıtları kapatılır. Buna göre, çıkma belgesi ile vatandaşlıktan çıkan ve Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı kalmayan mavi kartlıların da yabancı statüsünde sayılması gerekmektedir. Ancak, Yargıtay bu kişileri yabancı saymamakta ve bu kişilerin tarafı olduğu davalarda yabancılık unsuru bulunduğunu kabul etmemektedir.⁵⁸

MÖHUK'ta mavi kartlıların yabancılık unsuru bakımından nasıl konumlandırıldığı konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte Yargıtay 2012 senesindeki bir kararında⁵⁹ mavi kartlı Alman vatandaşı davalının Türk vatandaşının sahip olduğu haklardan aynen yararlanmaya devam edeceği ve yabancılık unsurunun eksikliği sebebiyle MÖHUK'un uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme benzer bir olayda da paralel bir tutum sergilemiş ve Türk vatandaşlığından çıkıp Avusturya vatandaşlığına geçen eşlerin boşanma davasında Türk hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁰. Anılan karar, her ikisi de Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle ayrılarak Avusturya vatandaşlığını kazanmış eşlerin boşanmasına ilişkindir. İlk derece mahkemesi, tarafların müşterek millî hukukunu tespit ederek Avusturya hukuku uyarınca boşanmalarına hükmetmiştir. Buna karşılık, Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını "5901 sayılı TVK'nın 28. maddesi uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup da, vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle ayrılanların millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak koşulu ve Kanunda belirtilen sınırlamalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri, bu nedenle boşanma davasında 'yabancı' statüsünde olmayacaklarının açık olduğu ve yabancılık unsuru bulunmaması nedeniyle MÖHUK'un 14. maddesinin davaya tatbikinin mümkün olmadığı" gerekçesiyle bozmuştur⁶¹.

Benzer bir yaklaşımla, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 22.1.2020 tarihli bir kararında, davacının mavi kart sahibi, davalının ise Türk vatandaşı olduğu bir yardım nafakası davasında, mavi kart sahibinin TVK'nın ilgili hükümlerinden hareketle ya-

⁵⁸ Y. 2. HD., E. 2012/23566, K. 2013/8998, T. 01.04.2013; Y. 2. HD., E. 2015/13927, K. 2016/5499, T. 21.03.2016: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁹ Y. 2. HD., E. 2012/23566, K. 2013/8998, T. 01.04.2013: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁰ Y. 2. HD., E. 2015/13927, K. 2016/5499, T. 21.03.2016: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁶¹ Y. 2. HD., E. 2015/13927, K. 2016/5499, T. 21.03.2016: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

bancı muamelesine tabi tutulamayacağı; bu nedenle, davanın yabancılık unsuru taşımadığı ve bu davada MÖHUK hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir⁶².

Bununla birlikte, Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararlardan ayrılarak, Türk vatandaşlığından çıkarak Alman vatandaşlığına geçen eşlerin boşanma davasının olayda yabancılık unsuru bulunması nedeniyle MÖHUK'un uygulama alanına girdiğini ve bu nedenle uyumsuzluğa Alman hukukunun uygulanması gerektiğini kabul ettiği isabetli bir kararı da mevcuttur⁶³.

Sonuç olarak, TVK m.28 mavi kartlıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabileceğine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Ancak bu düzenleme TVK m.28 kapsamındaki kişilerin yabancı bir devlet vatandaşı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira bu kişiler Türk vatandaşlığını kaybetmiştir ve bu nedenle vatandaşlık hukuku açısından yabancı statüsündedir. Ancak Yargıtay mavi kartlıları - yabancı bir devlet vatandaşı olduklarını dikkate almayarak - Türk vatandaşı gibi değerlendirmiş ve bu nedenle bu kişilerin taraf olduğu ihtilaflarda yabancılık unsurunun bulunmadığı sonucuna vararak mavi kartlılara Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay'ın mavi kartlılara ilişkin ihtilaflarda kişi bakımından yabancılık unsuru bulunmadığı yönündeki kararları yerinde değildir ve bu kararlar Türk doktrininde de eleştirilmektedir⁶⁴. Mavi kartlı birinin Türk vatandaşı statüsünde bulunmadığı ve yasal açıdan ayrıcalıklı da olsa "yabancı" statüsünde olduğu kabul edilmelidir.

C. MÖHUK Madde 41'in Uygulama Alanı

Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m.41 uyarınca tayin edilir. MÖHUK m.41 uyarınca, *"Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalar, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür"*. Bu yetki kuralı ile bu davalar bakımından Türkiye'de yetkili bir mahkemenin bulunması temin edilmiştir⁶⁵.

⁶² Ankara 2. BAM, E. 2019/2822, K. 2020/66, T. 22.01.2020: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁶³ Y. 2. HD., E. 2006/21951, K. 2007/17742, T. 25.12.2007: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yönde daha eski tarihli bir karar için bkz. Y. 2. HD, E. 2006/16427, K. 2007/5497, T. 03.04.2007; Can/Tuna, s. 110, dn. 82.

⁶⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 5-6, dn. 1; Öztürk, s. 965-967; Can/Tuna, s. 110-111; Begüm Süzen, "Özel Statülü Yabancıların Türkiye'de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2023 C. 29, S. 2, s. 1490-1520) s. 1516.

⁶⁵ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 613 vd.

MÖHUK m.41'in uygulanabilmesi için davanın taraflarından birinin Türk vatandaşı olması gerekir. Davada taraf olan Türk vatandaşının davalı veya davacı olması hükmün uygulanması bakımından fark yaratmaz. Ayrıca davaya taraf Türk vatandaşının aynı zamanda yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip olması da hükmün uygulama alanı bulmasına engel değildir. Taraflardan herhangi birinin Türk vatandaşı olması gerekli ve yeterlidir⁶⁶. Bu kapsamda mavi kartlıların MÖHUK m.41'e dayanarak kendi kişi hallerine ilişkin davalarını Türk mahkemelerinde açıp açamayacakları Yargıtay 20. Hukuk Dairesi⁶⁷ tarafından verilen bir karar nedeniyle ayrı bir tartışma konusu olmuştur.

Söz konusu Yargıtay kararına konu olan olay, doğumla Türk vatandaşlığına sahip olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ve TVK m.28 kapsamında ayrıcalıklı bir hukuki statüye sahip bir kimsenin ad değiştirme talebine ilişkindir⁶⁸. Mavi kartlılar kütüğünde yer alan adının değiştirilmesi talebinde bulunan kişi Türk vatandaşı olmamasına rağmen söz konusu davada Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK m.41 aracılığıyla tayin edilmiştir⁶⁹. Ad değişikliğine yönelik davalar, kişinin şahsi statüsüne ait unsurlardan biri hakkında değişiklik meydana gelmesi sonucunu doğuran çekişmesiz bir yargı işi olup kişi hallerine ilişkindir. Dolayısıyla, ad değişikliğine yönelik davalar kural olarak MÖHUK m.41 kapsamındadır. Somut olayda mahkeme, TVK m.28 düzenlemesi uyarınca davacının sahip olduğu statüye vurgu yapmak suretiyle söz konusu talebe ilişkin yetkili mahkemenin tayinini, MÖHUK m.41 kapsamında değerlendirmiştir. Halbuki ilgili maddenin uygulanması için aranan, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması koşulu söz konusu olayda ad değişikliği talebinde bulunan kişinin Türk vatandaşı olmaması nedeniyle sağlanamamıştır. Bu nedenle, kanaatimizce milletlerarası yetkinin MÖHUK m.41 aracılığıyla değil, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel yetki kuralı olan MÖHUK m.40 aracılığıyla belirlenmiş olması gerekirdi. Doktrindeki hâkim görüş de MÖHUK m.41 hük-

⁶⁶ Çelikel/Erdem, s. 624; Güngör (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 245.

⁶⁷ Y. 20. HD., E. 2020/429, K. 2020/1074, T. 27.07.2020: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası. Karar incelemesi için bkz. Nazlı Albayrak Ceylan, "Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m.41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi", (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 10, S. 2, s. 563-583).

⁶⁸ MÖHUK m.41 hükmünde ifade edilen kişi hallerine ilişkin "dava" kavramından ne anlaşılması gerektiği de doktrinde tartışılmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinin hükmün kapsamında olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Yargı kararlarında da aynı yaklaşım söz konusudur. Bu tartışmalara ilişkin olarak bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 609-610; Güngör (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 245. Karşıt görüş için bkz. Rifat Erten, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 1. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 151.

⁶⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Can/Tuna, s. 113. Bu görüş uyarınca, mavi kart sahibi kişiler MÖHUK m.41'e dayanarak kendi kişi hallerine ilişkin davalarını Türk mahkemelerinde açabileceklerdir; ancak kendilerine karşı dava açılması söz konusu olmayacaktır. TVK m.28, mavi kart sahibi kişiler için tek taraflı bir hukuki dayanak oluşturmaktadır.

münün kapsamına giren bir uyuşmazlıktan söz edilebilmesi için öncelikle davalı ya da davacının Türk vatandaşlığının bulunması gerektiği ve bu kapsamda mavi kartlı yabancılara bu madde hükmünün uygulanmaması gerektiği yönündedir⁷⁰.

Sonuç olarak mavi kartlı yabancıların istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaları, yabancı statülerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu kişilerin kişi hallerine ilişkin davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m.42'nin uygulama alanı bulduğu haller saklı kalmak kaydıyla, MÖHUK m.40 atfı dolayısıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca belirlenecektir.

D. Mavi Kartlı Yabancıların Teminat Yükümlülüğü

Mavi Kartlıların dava açarken MÖHUK m.48 gereğince teminat yatırıp yatırmaması gerektiği milletlerarası usul hukuku doktrininde tartışılan bir diğer meseledir. Öğretideki baskın görüşe⁷¹ göre, TVK m.28'de mavi kartlıların faydalanamayacağı haklar sınırlı olarak sayılmıştır. Burada sayılmayan haklar bakımından ise mavi kartlılar Türk vatandaşları ile aynı statüye sahiptirler. Dolayısıyla bu kişilerin MÖHUK m.48 kapsamında teminat yatırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra, teminat hak arama hürriyetine getirilen bir istisna olduğundan bu istisnanın dar yorumlanması gerekmektedir. Kanun koyucunun öngörmediği bir istisnayı mavi kartlılara da uygulamak suretiyle genişletmek ve mavi kartlıların teminat yatırması gerektiği sonucuna varmak yerinde olmayacaktır. Zira mavi kartlıların teminat yatırmakla yükümlü olması öngörülmüş olsaydı bu hususun diğer istisnalar gibi TVK'nın 28. maddesinde açıkça düzenleneceği ifade edilmiştir⁷². Bu nedenle, mavi kartlıların TVK m.28 uyarınca teminat yatırmak zorunda olmadıkları kabul edilmektedir⁷³. Bu görüşe göre, mavi kartlılar, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerine göre bu kişilerin HMK'nın teminata ilişkin hükümlerine tabi olduklarının kabul edilmesi gerekir⁷⁴. Bu durumda baskın görüşe göre, mavi kartlı biri olsa olsa HMK m.84'ün şartları yerine gelirse teminat mükellefiyeti altında olur; örneğin, mutad meskeni yurt dışında ise te-

⁷⁰ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 607; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 509-510, dn. 159; Albayrak Ceylan, s. 581. Ayrıca bu konuda bkz. Erten, s. 92. Aksi görüş için bkz. Can/Tuna, s. 113; Süzen, s. 1497-1498.

⁷¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 582, dn. 281; Güngör (Tabiiyet), s. 265; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 648-649; Uğur Tütüncübaşı, "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 12, S. 2, s. 183-223), s. 216; Çalışkan, s. 62-63; Öztürk, s. 971-972.

⁷² Öztürk, s. 972.

⁷³ Çalışkan, s. 63.

⁷⁴ Can/Tuna, s. 114-115.

minat yatırma yükümlülüğü altına girer⁷⁵. Bunun yanı sıra, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü internet sitesinde⁷⁶ de mavi kartlılar, vatansızlar ve mülteciler gibi teminat yatırmaktan muaf kişiler arasında sayılmıştır.

Doktrinde bizim de katıldığımız aksi görüşe⁷⁷ göre ise mavi kartlılar her ne kadar TVK m.28'deki istisnai haller dışındaki durumlarda Türk vatandaşları ile eşit haklara sahip olsalar da bu hakların hepsi bu kişinin kendisini ilgilendiren haklardır. MÖHUK m.48'in lafzından da anlaşılacağı üzere teminat yatırma zorunluluğu davalı tarafın uğrama ihtimali olan zararları ve yargılama masraflarını teminat altına alma amacıyla getirilen bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bu kişilerin MÖHUK m.48'de öngörülen teminat yatırma yükümlülüğünden muaf tutulmaları yerinde değildir. Ayrıca, TVK m.28'de “*yurtdışından muafin araç ve ev eşyası ithal etme*” gibi mali bir hak da bu kişilere tanınmamıştır. Diğer bir ifadeyle, devlet vergi alabilmek amacıyla bu kişilerin bedelsiz ithalat yapma haklarının olmadığı düzenlemiştir⁷⁸. MÖHUK m.48 anlamında yatırılması zorunlu olan teminatın amaçlarından biri de hazineye ödenecek yargılama ve takip masraflarını karşılamak olduğundan hazine elde edeceği gelirden vazgeçmek istemeyecektir. Bu nedenle, mavi kartlılar teminat konusunda aynen Türk vatandaşları gibi kabul edilmemelidirler. Bu görüşte olanların diğer bir dayanak noktası ise her ne kadar bu kişiler TVK m.28'de sayılan istisnalar dışında Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklara sahip olsalar da bu kişilerin TVK anlamında “yabancı” statüsünde bulunan kişiler olmasıdır. Kanaatimizce de mavi kartlılar yabancıların teminat yatırma yükümlülüğünü düzenleyen MÖHUK m.48'in kapsamında değerlendirilmeli ve yine bu hüküm çerçevesinde ancak karşılıklılık şartının sağlanması durumunda teminattan muaf tutulmalıdırlar⁷⁹.

E. Mavi Kartlı Yabancıların Tarafı Olduğu Kararların Tescili

Milletlerarası özel hukukta mavi kartlılara ilişkin bir diğer tartışmalı mesele ise mavi kartlıların kişisel durumlarına ilişkin almış oldukları karar ve idari belgelerin tanınması ve tenfizine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tartışma tanıma ve tenfize ilişkin esas yasal kaynak olan MÖHUK'taki temel prensiplerden farklı yönde bir düzenleme barındıran bir kanun hükmü nedeniyle ortaya çıkmıştır.

⁷⁵ Güngör (Tabiiyet), s. 265; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 649.

⁷⁶ Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, “Yabancıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü” başlıklı bilgi notu için bkz. <https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yabancilarin-teminat-yatirma-yukumlulugu05032021034324> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

⁷⁷ Çelikel/Erdem, s. 680-681.

⁷⁸ Çelikel/Erdem, s. 681.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. Süzen, s. 1510.

Türk hukukunda yabancı bir mahkeme kararının tanıma veya tenfize tabi olmadan doğrudan etki yaratması, kural olarak, mümkün değildir⁸⁰. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin düzenlemeler getiren milletlerarası sözleşmeler dışında, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi Türk hukukunda MÖHUK m.50-59 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bir yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfiz kararına konu olabilmesi için taşıması gereken ön şartlara MÖHUK m.50'de yer verilmiştir. Söz konusu şartları taşıyan yabancı mahkeme kararları, MÖHUK'un 54. maddesinde öngörülen tanıma tenfiz engellerine takılmadıkları sürece Türkiye'de tanınır ve tenfiz edilirler. Tanınması veya tenfizi talep edilen kararların MÖHUK m.50 gereğince yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olması aranmaktadır. Bu şart nedeni ile; aksine bir kanun hükmü veya milletlerarası anlaşma bulunmadıkça, yalnızca yabancı mahkemelerce verilmiş kararların tanıma veya tenfiz yolu ile Türkiye'de etki doğurabileceği kabul edilir⁸¹. Dolayısıyla, idari makam kararlarının tanınabilmesi veya tenfizi için mutlaka özel bir kanun hükmüne veya milletlerarası bir anlaşmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK)⁸² m.27/A bu amaca hizmet ederek boşanma, evliliğin butlanı veya iptaline ilişkin meselelerde, yabancı ülke makamlarından alınmış olan adli veya idari kararlarının MÖHUK kapsamında tanımaya gerek olmaksızın nüfus kütüğüne tescilini mümkün kılmaktadır⁸³. Burada, bir kanun hükmü ile Türk vatandaşlarına kolaylık sağlanmış ve bazı idari makam kararlarının tanınabilmesi için istisnai bir yol tercih edilmiştir.

Ancak, NHK'nın 8/A maddesine dayanılarak hazırlanmış olan *Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge*'nin 10. ve 17. maddelerinde bulunan hükümler, yukarıda tanıma ve tenfiz hukukuna ilişkin kabul edilen kurallar ile çatışır niteliktedir. Zira Yönerge'nin 10. maddesinin 3. fıkrasında mavi kartlıların vatandaşı olduğu ülke makamlarından usulüne uygun olarak almış oldukları karar ve idari belgelerin bir daha MÖHUK uyarınca tanınması veya tenfize gerek olmadığı belirtilmiş; 17. maddesinde ise bu kişilerin boşanma kararlarının nüfus müdürlüklerine ibrazı halinde mavi kart kütüğüne işleneceği vurgulanmıştır⁸⁴. Bu maddeler birlikte okunduğunda, eşlerinden boşanmaları halinde; mavi kartlıların, vatandaşı oldukları ülkenin yetkili

⁸⁰ Çelikel/Erdem, s. 711 vd.

⁸¹ Çelikel/Erdem, s. 717-720; Burak Huysal, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2017, C. 37, S. 2, s. 473-507), s. 475, dn. 5.

⁸² 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu için bkz. RG, 29.04.2017, S. 30052.

⁸³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 792 vd.; Güngör (Milletlerarası Özel Hukuk), s. 292-293.

⁸⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 791, dn. 660.

makamlarından yine o ülkenin usulüne uygun bir şekilde aldıkları karar ve idari belgelerin doğrudan ilgili kişilerin kütüğüne işlenebileceği sonucuna varılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Yönerge uyarınca, boşanmaya ilişkin kararın kütüğe işlenilmesi için MÖHUK maddeleri kapsamında bir daha tanıma veya tenfizinin istenmesine gerek görülmemiştir. Buna ilaveten, Yönerge'nin 18. maddesi de evliliğin feshi veya iptaline ilişkin kararları 17. maddenin kapsamına alarak uygulamanın alanını genişletmiştir. Bu düzenlemeler, yabancı bir idari belge veya mahkeme kararının ülkemizde doğrudan kesin hüküm kuvvetinin kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

Yönerge'nin yarattığı sonuç ile ilgili olarak 2016 tarihli bir Yargıtay kararında⁸⁵; Yönerge uyarınca mavi kartlılar kütüğüne tescil edilmiş bir boşanma kararı için, bir kez daha yabancı mahkeme kararının tanınmasında davacının bir menfaati olmadığını, dolayısıyla yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine ihtiyaç kalmadığının altı çizilmiştir. Buradan hareketle, yönergeye dayanılarak gerçekleştirilmiş olan kütük tescil işlemlerinin uygulamada geçerli olarak adedildiği ve kesin hüküm etkisinin kabul edildiği görülmektedir. Benzer şekilde, Bölge Adliye Mahkemesi⁸⁶; kesinleşmiş boşanma kararını Yönerge uyarınca nüfus kayıtlarına işleteceğini beyan eden mavi kartlı davacı tarafın talebini, mavi kartlıya ait kesinleşmiş boşanma kararının tanıma-tenfizine ihtiyaç olup olmadığını tartışmaksızın ve yukarıda değinilen 2016 tarihli Yargıtay kararını göz önünde bulundurmaksızın reddeden ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bulmayarak bozmuştur.

Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'nin getirdiği düzenleme pek tabi olarak öğretilde eleştirilmektedir⁸⁷. Normlar hiyerarşisi, hukuk devletinin temel kurallarından biridir. İdarenin düzenleyici bir işlemi olan yönergeler, hiyerarşik açıdan üzerlerinde bulunan kanunlara aykırı olarak düzenlenemezler. Yukarıda da belirtildiği üzere; mavi kartlılara ilişkin adı geçen yönerge, MÖHUK madde 50 ve 58'e aykırı bir düzenlemeye yer vermektedir. İlgili hüküm, aynı zamanda, Türk Medeni Kanunu'nun 39. maddesine de açıkça aykırıdır; zira bir mahkeme kararı olmadan kişi sicilinde değişiklik yapılmasına olanak sağlamaktadır⁸⁸. Kaldı ki, mavi kartlılara yukarıda bahsi geçen konulardaki karar ve belgelerin tanınması için, NHK madde 27/A ile Türk vatandaşlarına koşulmuş olan herhangi bir ek şartın da koşulmamış olması

⁸⁵ Y. 8. HD., E. 2016/7978, K. 2016/10324, T. 13.06.2016: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁶ Ankara BAM 12. HD., E. 2020/247, K. 2020/606, T. 16.09.2020: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁷ Huysal, s. 478; Serkan Ecemiş, "MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 22, 2020, s. 357-379), s. 378-379.

⁸⁸ Ecemiş, s. 379.

nedeni ile sebepsiz bir ayrıcalık da yaratılmıştır⁸⁹. Yönerge hükümleri bu yönüyle de eleştiriye açıktır. Öte yandan, konu kapsamı bakımından da bir mavi kartlılar ve Türk vatandaşları arasında bir ayrıcalık yaratılmıştır. Türk vatandaşları için NHK madde 27/A'da öngörülen istisna yalnızca boşanma, evliliğin butlanı veya iptaline ilişkin meselelerle sınırlı iken mavi kartlıların oldukça geniş bir şekilde bütün kişisel durumlarını kapsamaktadır⁹⁰. Bu çerçevede mavi kartlılar bakımından doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi, gaiplik, tanıma, mahkeme kararıyla babalığa hüküm ve evlat edinme gibi nüfus olaylarına ilişkin yabancı kararlar hakkında tanıma ve tenfize ilişkin söz konusu istisna devreye girmektedir. Mavi kartlı yabancılar kişisel durumlarına ilişkin yabancı ülke makamlarından aldıkları karar ve idari belgeleri MÖHUK hükümlerine göre tanıma ve tenfizine gerek olmaksızın *Nüfus Hizmetlerini Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik* m.167 kapsamında işleme alabilmektedirler.

Kanaatimizce, Yönergenin getirmiş olduğu bu sistem her ne kadar istenen pratikliği sağlayan bir yaklaşım olsa da bunun idareye ait bir düzenleyici işlem eliyle değil de kanunda yapılacak bir düzenleme ile, normlar hiyerarşisine uygun bir şekilde yapılması gerekir⁹¹. Ayrıca, bu yönde yapılacak olan düzenleme ile mavi kartlıların, Türk vatandaşlarına kıyasla ayrıcalık yaratan durumlarının giderilmesi yerinde olacaktır.

F. Mavi Kartlı Yabancıların Mirasçılık Belgesi Talepleri

Mirasçılık belgesi, bir kişinin ölümü sonrasında yasal mirasçılarının kimler olduğunu ve bu mirasçılardan yasal miras paylarını belirten belgedir⁹². HMK m.382 uyarınca mirasçılık belgesinin verilmesi bir çekişmesiz yargı işi olması nedeni ile sulh hukuk mahkemelerinin görevi kapsamına girmektedir. Ancak, 2011 yılında 1512 sayılı *Noterlik Kanunu*'na⁹³ getirilen 71/A maddesi ile noterlere de mirasçılık belgesi verme yetkisi tanınmış; 71/B maddesi ile de noterlerin mirasçılık belgesini yabancılara veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Hatta, *Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*⁹⁴

⁸⁹ Lale Ayhan İzmirli, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 22, S. 4, s. 67-100), s. 100; Huysal, s. 478.

⁹⁰ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s. 760.

⁹¹ Ayhan İzmirli, s. 100, dn. 121; Ecemiş, s. 379.

⁹² Mirasçılık belgesi hakkında bkz. Serozan/Engin, s. 490 vd. Mustafa Dural/Turgut Öz, *Miras Hukuku*, 17. B., İstanbul, 2021, s. 404 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 6. B., Ankara, 2015, s. 169 vd; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 6. B., Ankara, 2014, s. 405 vd.

⁹³ RG, 05.02.1972, S. 14090.

⁹⁴ RG, 04.10.2011, S. 28074.

m.5 ile daha da ileri gidilerek yabancılık unsuru içeren bir talep olması halinde, noterlerce mirasçılık belgesinin verilemeyeceği belirtilmiştir. Her ne kadar, bu belgenin sulh hukuk hâkimliği yerine noterlerden alınması bir kolaylık sağlasa da yönetmelikte yer alan söz konusu düzenleme *Noterlik Kanunu* hükmünü aşan bir niteliğe sahiptir. Yönetmelik ile *Noterlik Kanunu*'nda bulunmayan bir hukuki sınırlamanın getirilmiş olması normlar hiyerarşisine aykırıdır⁹⁵.

Buna rağmen, yukarıda da değinildiği üzere⁹⁶ Yargıtay, mavi kartlılara ilişkin davalarda mavi kartlıları yabancı saymamakta ve bu sebeple söz konusu uyumsuzluklarda yabancılık unsuru olmadığı sonucuna varmaktadır. Yargıtay'ın bu görüşüne paralel olarak uygulamada mirasçılık belgesinin mavi kartlılar tarafından talep edilmesi durumunda da noterler bu talepleri kabul etmektedir. Mevcut durumda, talepte bulunan mavi kartlılara mirasçılık belgelerinin verildiği gözetildiğinde; aslında yabancı statüsünde bulunan mavi kartlılar lehine gelişen bu ayrık uygulamanın, kanun ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunun yanında ilgili hükmün kapsamını genişleten Yönetmelik maddesinin de tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türk vatandaşı annesinin ölümü üzerine hem Türk hem de İsviçre vatandaşlığı bulunan kızının noterden mirasçılık belgesi talep etmesi halinde noterlikçe bu talep yabancı uyruklu mirasçı bulunduğundan dolayı reddedilmektedir. Oysa ki bu örnekte İsviçre vatandaşı olan mirasçının Türk vatandaşlığından çıkmış ve fakat mavi kart hamili olarak başvuru yapmış olduğu ihtimalde noterce mirasçılık belgesi talebi kabul görecekti. Görüldüğü üzere noterlerce takip edilen bu uygulama çifte ya da çok vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarını, mavi kartlı kişilere kıyasla daha dezavantajlı bir konuma sürüklemektedir. Bu bakımdan kanaatimizce eleştiriye açık olup uygulamadaki bu durumun aksi yönde değişmesi gerekmektedir.

IV. SONUÇ

Çok vatandaşlığı bulunan kişilerin durumu hem kanunlar ihtilafı hukukunda uygulanacak hukuk bakımından hem de usul hukuku alanında tartışmalara yol açmaktadır. Bu kişilerin hangi vatandaşlıklarının esas alınacağı konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Şöyle ki, bu konuya çözüm getiren MÖHUK m.4 hükmünün uygulama alanı ve istisnaları konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce MÖHUK m.4 yalnızca kanunlar ihtilafı hukuku alanında uygulama alanı bulacak, milletlerarası usul hukukunda dikkate alınmayacaktır. Bunun yanı sıra, yetkili hukukun müşterek milli hukuka göre belirlendiği durumlarda milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gözetilerek en sıkı ilişkili

⁹⁵ Çelikel/Erdem, s. 633, dn. 96; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 520.

⁹⁶ Bkz. yukarıda Bölüm III, B.

hukukun uygulanması, taraflara hukuk seçimi imkanı tanındıysa taraf iradesine göre belirlenen hukukun dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, ölenin miras sözleşmesini şeklen ayakta tutmak için MÖHUK m.4'ün katı bir şekilde uygulanmaması ve madde hükmünde geçen istisnanın devreye girmesi gerektiği fikrindeyiz.

Çalışmada değinilen bir diğer konu ise mavi kartlıların Türk hukukundaki konumu ve mavi kartlılara ilişkin özellik arz eden bazı meselelerdir. Mavi kartlılar, TVK m.28'deki düzenleme nedeniyle yabancılara kıyasla imtiyazlı haklara sahiptirler. Ancak bu ayrıcalıklı durum bu kişileri Türk vatandaşı yapmamaktadır ve dolayısıyla yabancı statüsünden de çıkarmamaktadır. Bu nedenle, mavi kartlılara ilişkin ihtilaflarda yabancılık unsurunun varlığı hiç tartışmasız kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, mavi kartlılar TVK uyarınca yabancı olduklarından karşılıklılık olmadığı sürece MÖHUK m.48 uyarınca teminat yatırmak zorundadırlar. Bunun yanı sıra, Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin MÖHUK m.41 hükmü mavi kartlılara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanmamalıdır. Ayrıca yine mavi kartlılara ilişkin olarak idare tarafından çeşitli yönerge ve yönetmeliklerle, kanuna aykırı bir takım özel düzenlemeler öngöröldüğü tespit edilmiştir. Çalışmada incelenen bu yönerge ve yönetmelikler yarattıkları pratiklik nedeni ile gerek uygulamada gerekse Yargıtay tarafından kabul görmektedir. Ancak bu düzenlemelerin normlar hiyerarşisine uygun olmadığı açıktır.

Sonuç olarak, mavi kartlılar Türk vatandaşlarının sahip olduğu birçok hakka sahip olsalar da bu kişiler Türk vatandaşı değildir ve yabancı statüsündedirler. Türk hukukunda TVK m.28 ile yasal dayanağına kavuşmuş olan bu imtiyazlı statüye sahip yabancılara ilişkin tartışmalara son vermek adına mavi kartlılara ilişkin düzenlemelerin kanun koyucu tarafından gözden geçirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Albayrak Ceylan, Nazlı, “Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m.41’in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 10, S. 2, s. 563-583.
- Ataman-Figanmeşe, İnci, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 1999-2000, C. 19-20, s. 95-114.
- Ayhan İzmirli, Lale, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdari Yoldan Tanınması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 22, S. 4, s. 67-100.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm, “Kanunlar İhtilafı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilaflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 19, S. 1, s. 111-150.
- Can, Hacı/Tuna, Ekin, Mavi Kartlı Yabancılar, 1. B., Ankara 2018.
- Canpolat, M. Derya, “Vatandaşlık Yasasının Modernizasyonu ve Almanya’daki Türk Diasporası”, (Göç Araştırmaları Vakfı Y. 2004, S. 1, s. 1-11).
- Çalışkan, Zeynep, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, 1. B., İstanbul 2013.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahattin Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. B., İstanbul 2021.
- Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. B., Ankara, 2022.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut, Miras Hukuku, 17. B., İstanbul, 2021.
- Ecemiş, Sercan, “MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 22, s. 357-379.
- Ekşi, Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, 1. B., İstanbul 2010.
- Erdem, Bahattin Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, 8. B., İstanbul 2020.
- Erten, Rıfat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 1. B., Ankara 2017.
- Güngör, Gülin, Tabiiyet Hukuku, 10. B., Ankara 2022. (Tabiiyet).
- Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 3. B., Ankara 2021. (Milletlerarası Özel Hukuk).
- Huysal, Burak, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2017, C. 37, S. 2, s. 473-507.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, 6. B., Ankara, 2015.
- Nomer, Ergin, “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 1994, C. 19, 1994, s. 55-62.
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23. B., İstanbul 2021.
- Nomer, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 26. B., İstanbul 2019.

- Özel, Sibel/Erkan, Mustafa/Pürselim, Hatice Selin vd., Milletlerarası Özel Hukuk, 2. B., İstanbul 2023.
- Özcan, Bilge, Miras Hukuku, 6. B., Ankara, 2014.
- Öztürk, Necla, “Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2021, C. 41, S. 2, s. 955-978.
- Pürselim Arning, Hatice Selin, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2021, C. 27, S. 1, s. 513-542.
- Serozan, Rona / Engin, İlkay, Miras Hukuku, 8. B., İstanbul, 2004.
- Süral Efeçinar, Bahar Ceyda, “Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Işığında Çifte Vatandaşlık Halinde ‘Müşterek Milli Hukuk’ Bağlama Noktası Nasıl Anlaşılmalıdır?”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 14, S. 177-178, s. 1197-1212.
- Süzen, Begüm, “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2023, C. 29, S. 2, s. 1490-1520.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 11. B., İstanbul 2024.
- Şensöz, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 16, s. 173-197.
- Tiryakioğlu, Bilgin, “Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law”, Ankara Law Review, Y. 2006, C. 3, S. 1, s. 1-16.
- Tütüncübaşı, Uğur, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 12, S. 2, s. 183-223.
- Tütüncübaşı Uğur, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, C. 13 S. 2, s. 153-194).
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, 1. B., İstanbul 2006. (Boşanma).
- Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, “Türk Vatandaşlık Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma”, (Yasa Hukuk Dergisi, Y. 2005, C. 28, S. 260-261, s. 21-39).

Elektronik Kaynaklar

<https://macimide.maastrichtuniversity.nl/dual-cit-database/> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Vertretungen/London/Dokumente/Information_zur_Beibehaltung_der_oesterreichischen_Staatsbuergerschaft.pdf (Erişim Tarihi: 08.01.2025).

<https://www.government.nl/topics/dutch-citizenship/dual-citizenship> (Erişim Tarihi: 08.01.2025).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0148> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

<https://www.nvi.gov.tr/yonergeler> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

<https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yabancilarin-teminat-yatirma-yukum-lulugu05032021034324> (Erişim Tarihi: 07.01.2025).

<https://tuerkei.diplo.de/tr-tr/service/1514534-1514534> (Erişim Tarihi: 08.01.2025).

Velayet 'Müessesesi'nin Niteliğini Hak-Yüküm(lülük) İkileminin Dışında Yeniden Düşünmek^(*)

Rethinking the Nature of the Custody 'Institution' Outside of the Dichotomy of Rights and Obligations

Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU^(**)

Öz:

Velayet, aile hukukunun temel kavram ve müesseselerinden biridir ve öyle olmakla, ailenin tarih içerisinde geçirdiği değişime/dönüşüme paralel bir değişimle günümüzdeki modern görünümüne kavuşmuştur. Eski hukuk sistemlerinde mutlak baba egemenliğiyle karakterize aile yapısı ve çocuk üzerindeki egemenlik, günümüz hukuk sistemlerinde, anne ve baba arasında eşitçe paylaşılan ve bakım, himaye, yetiştirilme gibi çocuğun menfaatlerini sağlamaya yönelik modern velayet müessesesine dönüşmüştür. Bu dönüşümle birlikte velayetin niteliği de tartışılmalı bir hal almıştır. Bugün Türk hukukundaki hâkim görüş, velayetin ana-baba açısından hem hak hem yükümlülük olduğu görüşüdür. Fakat daha etraflı bir değerlendirmede, velayetin kapsamındaki hükümlerden hangilerinin hak veya yükümlülük niteliğinde olduğu, bunların kime karşı hak veya yükümlülük teşkil ettiği ya da bu kavramların özel hukuktaki teknik anlamlarıyla kullanılıp kullanılmadığı gibi hususların, literatürde belirsizliğini koruduğu görülür.

Bu çalışmada, velayetin, 'hak veya yükümlülük' yahut 'hem hak hem yükümlülük', fakat her hâlükârda 'hak - yükümlülük' ikilemine sıkıştırılarak nitelendirilmesinin eleştirisi yapılmaktadır. Velayet, ana-baba ve çocuk arasında hukuki bir ilişki olduğu kadar, ana-babanın çevresi belirsiz üçüncü kişilere yöneltebileceği bazı taleplerin de dayanağı ve aynı zamanda devletin, hem düzenleyici hem müdahale edici bir işlevle dahil olduğu ilişkiler ağını kapsayan bir müessesedir. Bu geniş kapsam içerisinde velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların, velayetteki ilişkiler bütününe odaklanılarak gerçekleştirilmesi önerilmektedir. Çalışmada bu önerinin teorik zemini bakımından, Amerikalı hukukçu Hohfeld'in hak analizi hatırlatılmıştır. Böylece velayet gibi Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen bir müessesenin çözümlenmesine, medeni hukuk literatürünün dışından da bir katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Velayet, Hak ve Yükümlülük, Yetki, Tâbiyet/Egemenlik, Hohfeld.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 16.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 25.12.2024.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: reyhan.demircioglu@hbv.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5934-5623>.

Abstract:

Parallel to the change/transformation of the family in history, custody has acquired its modern appearance. In today's legal systems, sovereignty over the child has evolved into the modern institution of custody, which is shared equally between the mother and the father and is intended to ensure the interests of the child, such as care, protection and upbringing. Thus, the nature of custody has also become controversial. Today, the dominant view in Turkish law is that custody is both a right and an obligation for the parents. However, a more in-depth evaluation reveals that issues such as which of the provisions within the scope of custody are rights or obligations, to whom they constitute rights or obligations, or whether these concepts are used in their technical meaning in private law remain unclear in the literature.

This study criticizes the characterization of custody as 'right or obligation' or 'both right and obligation', but in any case as 'right - obligation'. It is suggested that discussions on the nature of custody should focus on the totality of custodial relationships. In terms of the theoretical basis for this proposal, the study recalls the rights analysis of the American jurist Hohfeld. Thus, it is aimed to provide a contribution from outside the civil law literature to the analysis of an institution regulated under the Turkish Civil Code such as custody.

Keywords:

Custody, Rights and Obligations, Authority, Sovereignty, Hohfeld.

GİRİŞ

Çocuklar üzerinde soybağı olgusunun ötesinde hukuki bir egemenliğin varlık ve kullanımı, tarih boyunca, aile fertlerinin birbirleriyle ilişkisinin hatta devlet-vatandaş ilişkisinin değişimine paralel olarak, değişime, dönüşüme uğramıştır. Günümüz hukuk sistemlerinde ve Türk hukukunda bu egemenliğin modern görünümü, ana-baba velayetidir ve yine modern niteliğiyle velayet, çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilip korunması gibi ihtiyaçları dolayısıyla, ana-baba lehine değil, çocuk lehine, çocuk menfaatine bir müessesedir. Çocuğun menfaatlerinin gerçekleştirilmesi ve korunması için öngörülen bir müessesede bu menfaatlerin sağlayıcısı, uygulayıcısı, koruyucusu olarak ana-babanın öngörülmüş olması, bu kadar büyük bir sorumluluğun yetişkinler üzerinde bir eza, yük hatta yükümlülük olarak değil, kan bağı gerçeğine dayalı tabii bir ilgi ve sevgiyle gerçekleşebileceği ön kabulüne dayanır; bu itibarla, genel yaşam tecrübelerine de uygundur. Bununla birlikte velayetin amacına uygun şekilde kullanılmadığı, çocuğun menfaatinin zedelendiği, güvenliğinin tehlikeye düştüğü her durumda devlet bu ilişkiye müdahale eder; çünkü tarafları arasında yapısal güç dengesizliğinin bulunduğu hiçbir ilişki, modern hukuk sistemlerinde devlet müdahalesiz değildir. Kişilik kazandığı ilk andan itibaren hukuk nezdinde bağımsız ve eşit kabul edilen her hak süjesi gibi, çocukların da varlık ve kişiliklerinin geliştirilmesi, devletin alacağı tedbirler, gözetim ve gerektiğinde müdahalesi ile sağlanmak zorundadır.

Günümüz hukuk düzenlerinde velayetin çocuk yararına ve gerektiğinde devlet müdahalesine açık yapısı, hukuki niteliğinin de literatürde yeniden ele alınmasına yol açmış; modern velayet anlayışı, velayetin hukuki niteliğine ilişkin

modern yaklaşımlarla tamamlanmıştır. Bu noktada velayetin medeni hukuka ait -medeni kanunlarda düzenlenen- bir kavram olması, niteliğine ilişkin yaklaşımları da medeni hukukun kavramlarına bağlı kılmaktadır. Bu yaklaşımların temelinde 'hak - yükümlülük' odaklı bir bakış açısı vardır. Bununla birlikte, velayet sözkonusu olduğunda hem hakkın hem yükümlülüğün süjesini aynı tarafın, yani ana-babanın oluşturduğuna dikkat çekmek; böylece hak kavramının modern literatürde velayet hukukunun tamamen dışına çıkmamış olduğuna, yükümlülük kavramının ise, borçlar hukukundaki anlamıyla kullanılmadığına işaret etmek gerekir. Nihayetinde bu tespitler medeni hukuk literatüründe 'yüküm-hak' olarak kavramsallaştırılmış bulunmaktadır.

Velayetin hukuki niteliği ele alınırken, medeni hukuk kavramlarının gerekli olduğu ölçüde farklı anlamlarda kullanılması, şüphesiz mümkündür. Bununla birlikte, velayetin, geniş kapsamı, modern hukuklarda devletin de dahil olduğu bir otoriteyle birlikte ele alınması ve her halükârda tâbi tutulduğu kuralların doğrudan doğruya hukuk tarafından belirleniyor olması, velayetin bir hukuki ilişkiler bütünü halinde değerlendirilmesini de fikrimizce, mümkün, hatta gerekli kılar. Buna göre, velayet, hak-yükümlülük ikileminde ele alındığında dahi, velayetin kapsamındaki hükümlerden hangilerinin hak veya yükümlülük niteliğinde olduğunun, bunların kime karşı hak veya yükümlülük teşkil ettiğinin belirlenmesine yine ihtiyaç vardır ve bunun için velayetin içerdiği ilişkilere bütün olarak bakılması gerekmektedir.

Bu çalışmada, velayetin, niteliğine ilişkin işaret ettiğimiz hususlar dahilinde, öncelikle tarihsel geçmişine yer verilmiştir. Velayetin tarihçesi olarak ifade edilen bu durum, esasında, günümüzdeki anlam ve niteliğiyle velayetin değil, çocuk ile ana-baba arasındaki egemenlik ilişkisinin zaman içerisinde gerçekleşen değişiminin/dönüşümünün değerlendirilmesidir. Böyle bir değerlendirme, çocuk ile ana-baba arasında mevcut egemenlik ilişkisinin modern hukuk sistemlerinde sadece özel hukuka ilişkin bir bakış açısıyla yorumlanmasının zorluğunu ortaya koymak açısından gereklidir. Modern velayet müessesesi dahilinde ana-babanın çocuk üzerinde sahip olduğu hukuki ve hukuki olmakla ancak hukukun öngördüğü sınırlar dahilinde kullanılmak zorunda olan egemenlik, geçmişte, aile fertleri üzerinde adeta devlet yetkilerini kullanan mutlak bir otoritenin tarifiyle ayırt edilebilir hale gelmekte ve modern hukukların bu hususta katetmiş bulunduğu mesafenin önemi anlaşılabilmektedir. Bununla birlikte, özel hukuk - kamu hukuku ayrımının yapıldığı günümüz hukuk sistemlerinde eşit hak sükeleri arasında bir yetki-egemenlik/tâbiyet bağının varlığından bahsetmek, özel hukuk teorisine tamamen yabancıdır ve velayet literatürünü böyle bir yaklaşımın reddiyle birlikte, hak-yükümlülük merkezli bir düşünce biçimine yöneltmeye elverişlidir. Bu

noktada çalışmamızda, özel hukuk ilişkilerinin çözülmesini, hukuki ilişkilerin içeriği ve ilgililerinin davranış biçimleri üzerinden yaparak, hak kavramının kullanımını daraltan Amerikalı hukukçu Hohfeld'in analizine kısaca işaret edilmiştir. Gerçi Hohfeld'in hak kavramı üzerine yaptığı analizin günümüz özel hukuk teorisinde çok önemli bir ihtiyaca karşılık geldiğini iddia etmek, fikrimizce, zordur. Çünkü Türk hukukunun da dahil olduğu kıta Avrupası özel hukuk sisteminin Roma hukukuna kadar uzanan altyapısıyla ürettiği birçok kavram, özel hukukun meselelerini çözümlemekte esasen yeterlidir. Bununla birlikte, yine fikrimizce, özel hukuk bakış açısının tüm yönleriyle çözülmesinde yeterli gelmediği, özellikle tarihsel köklerinin kamusal bir otoriteyi çağrıştırdığı velayet gibi kapsamlı bir müessesenin niteliğinin tekrar düşünülmesini amaçlayan bu çalışmada, Hohfeld'in analizinden de yararlanılmış; böylece hak kavramına ilişkin farklı bir bakış açısının, özel hukuk literatürünün dikkatine sunulması da amaçlanmıştır.

I. GENEL OLARAK VELAYET

Velayet, Türk hukukunda, kural olarak küçük istisnai hallerde reşit çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, onların şahısları, malları ve temsilleri konusunda ana babaya yüklenen ödevler ile bu ödevlerin daha iyi ifasını sağlamak amacıyla tanınan hak ve yetkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır¹.

Velayetin tanımı, geniş bir içerik ve kapsam ortaya koymaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesinde de velayete ilişkin hükümler, 335'inci maddeden, çocuğun mallarına ilişkin olanlar da dahil 363'üncü maddeye kadar uzanan geniş bir aralıkta vazedilmiştir. Böylece ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkinin düzenlenmesi bakımından velayetin aile hukukunun en temel ve etraflı mesele-

¹ Huriye Reyhan Öztürk, *Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (basılmamış yüksek lisans tezi: Danışman, Mehmet Ünal), Ankara 2000, s. 37. Velayete ilişkin doktrinde yapılmış benzer tanımlar için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II (Aile Hukuku)*, İstanbul, 1949, s. 326; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 341; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II*, İstanbul, 2023, s. 415; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, 2020, s. 222; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 250; Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku*, Ankara, 1968, s. 125; Aydın Zevkliler /Emre Cumalıoğlu/ Beşir Acabey, *Medeni Hukuk III, Aile Hukuku*, Ankara, 2024, s. 407; Ömer Uğur Gençcan, *Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar*, Ankara, 2015, s. 61; Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, Ankara, 2024, s. 383; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, 2015, s. 1074; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku*, Ankara, 2023, s. 535; Canan Yılmaz, *Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık*, Ankara, 2023, s. 21; Fulya Erlüle, *İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2019, s. 93; Hülya, İmamoğlu, "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 54, S. 1, 165-90, s. 166 vd. Reşit çocuklar üzerinde devam eden velayet hakkında bkz. A. Dilşad Keskin, "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. IX, S. 2, 27-60.

lerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Toplumun geleceği ve bedensel ve zihinsel olgunluğa henüz ulaşmamış olmakla korunmaya en muhtaç kesimini oluşturan çocukların, doğdukları andan kural olarak ergin oldukları zamana kadar bakım ve gözetim ihtiyaçlarının karşılanması, eğitimleri ile her açıdan yetiştirilmeleri sorumluluğunun ana babalarına yüklenmesi², ana-baba ve çocuk arasındaki bağın 'hukuki bir sonucudur'. Çocuk üzerindeki geniş bir sorumluluğun onun en yakınları olmakla doğal birer hamisi de oldukları kabul edilen ana babaya yüklenmesi, çocukların en çok ana babalarının yanında güvende olacaklarının öngörülmesi, hayatın olağan akışına şüphesiz uygundur. Fakat çocuklar üzerindeki bu sorumluluğun, hayatın olağan akışından sapma gösteren³ ve/veya çocuğun her bakımından güvenliğinin, özellikle temel insan haklarının tehdit altında bulunduğu her durumda Devlet müdahalesine açık tutulmasını gerektirir. Bu zaruret, velayetin kamusal yüzünü ifade eder; başka bir deyişle velayetin kamu düzeninden olma niteliğidir. Böylece velayetin soybağına bağlanmış⁴, fakat soybağının nispeten tabii karakteri karşısında tamamen hukuki bir müessese olduğu söylenebilir⁵. Buna göre, velayetin kapsam ve içeriği, ana babaya tanıdığı yetki ve sorumlulukların çevresi, hukuk düzeninin koyduğu kurallara göre şekil almaktadır.

Velayetin, salt ana babalık *olgusunun* aksine, hukuk düzeninin bir *tasarımı* 'bir hukuki müessese' olması, toplumsal değişimlerle birlikte değişen hukuka paralel biçimde niteliğinin de farklılaşmasına sebep olmuş; hatta bu farklılaşma, bazı hukuklarda velayete ilişkin terminolojiyi dahi etkilemiştir.

² Bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, "Boşanmada Ortak (Birlikte) Velayetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, S. 59, 301-344, s. 304.

³ "... kanunun velâyetin kazanılmasına ilişkin sistem bir bütün olarak değerlendirildiğinde 'hayatın olağan akışından sapma arz eden' durumlarda velâyetin ancak yargı kararı ile kazanılmakta veya devam ettirilmekte olduğu görülmektedir. Örneğin, veli sıfatını taşıyan ana ve/veya babadan nez edilen velâyet, nez sebebinin ortadan kalkmasıyla otomatik olarak geri kazanılamamakta, ancak hâkim tarafından iade edilmektedir (TMK m.351); boşanma durumunda velâyet kendisine bırakılan ana veya babanın ölümü, ayırt etme gücünü kaybetmesi veya kısıtlanması halinde diğer ebeveynin velâyeti kazanması ancak bir yargı kararı ile gerçekleşmektedir; kısıtlanmış ergin çocuğun vesâyet altına alınmak yerine velâyet altında bırakılması yargı kararını gerektirmektedir; evlilik dışı doğan çocukta baba ile soybağının kurulmuş olması babayı veli kılmamakta, ancak hal ve şartların bunu gerektirmesi halinde hâkim tarafından babaya velâyet hakkı tanınmaktadır. Tüm bu hallerde, devlet, çocuğun menfaatlerine en uygun olan durumu tesis edebilmek uğruna, özel hukukun en mahrem sahası olarak kabul edilebilecek ailevi ilişkiye doğrudan müdahale etmektedir", Huriye Reyhan Demircioğlu, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2015, S. 23, 45-84, s. 62.

⁴ Soybağının genel hükümleri ile velayete bağlı hükümleri ayrımı için bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 329 vd. Demircioğlu, ortak velayet, s. 306 vd.

⁵ Soybağı, ana-baba ve çocuk arasında esasen tabii, fakat hukuken de tespiti gereken bir ilişkidir. Buna göre, soybağının *varlığı* tabiidir/doğaldır; fakat *belirlenmesi*, hukukidir. Velayet ise, soybağına hukukun bağladığı bir müessese olmakla, varlığı itibarıyla dahi, hukukidir. Soybağı kavramı için bkz. Cem Baygın, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

II. VELAYETİN TARİHÇESİ, 'TERMINOLOJİSİ, ETİMOLOJİSİ'

A. Karşılaştırmalı Hukukta Velayete Tarihsel Bakış ve Velayet 'Terminolojisi'

Velayetin tarihçesi, ana-baba ve çocuk arasındaki tabii bağa dayalı, fakat içinde bulunulan toplumun belli bir dönemine ait ekonomik, kültürel, dini, sosyolojik yapının etkisi altında gelişen hukuk kurallarıyla şekillenmiş bu müessesenin geçmişten günümüze uzanan panoramik bir değerlendirmesidir. Böyle bir değerlendirme şüphesiz günümüzdeki velayet kavramına tarihsel bir bakış sunar. Bununla birlikte aslında yapılan, bir müessese olarak günümüzdeki anlam ve niteliğiyle velayetin değil⁶, çocuk ile ana-baba arasındaki egemenlik ilişkisinin zaman içerisindeki değişiminin/dönüşümünün değerlendirilmesidir. Bu sebeple, eski hukuklar söz konusu olduğunda velayet müessesesi yerine, kan bağına veya başka bazı unsurlara dayanan bir aile düzeninin çocuklar açısından nasıl bir görünüm arz ettiğinden bahsetmek daha doğru olur.

Eski hukuklarda aile düzeninin en karakteristik ögesi, baba egemenliğidir. Günümüz modern devletlerinin henüz kurulmamış olduğu hemen her dönem ve toplumda 'baba', günümüzdeki biyolojik anlamının çok ötesinde, adeta kamusal güç kullanan bir otoritedir. Modern çağlara yaklaştıkça nispeten yumuşayan, ne kadar geriye gidilirse o kadar sert bir yüzle kendini gösteren bu otoritenin diğer aile fertleriyle ilişkisi, günümüzün aile ilişkilerinden uzak, eşit olmayanlar arası bir dikey ilişki görünümündedir⁷. Bu otoritenin tarihteki en karakteristik görünümü, Roma hukukundaki 'Pater Familias'tır. Pater Familias, sadece kan bağına değil, hukuki bir hakimiyet esasına dayanan agnatik manadaki ailenin⁸ reisidir ve aileye mensup olan herkes Pater Familias'ın egemenliği altındadır. Bu egemenlik köleler üzerinde *Dominium*, kadınlar üzerinde *Manus* ismiyle özelleşse de⁹, bunların tamamı aile evlatları (Filius/Filia Familias) üzerindeki egemenliği ifade eden *Patria Potestas*'ın geniş anlamı içinde yer alır. Buna göre Patria Potestas, biyolojik babalıktan bağımsız, aile reisinin sahip olduğu bir yetkidir ve bu riyasete çocukla birlikte onun anası ve hakimiyet altından çıkmamış ise¹⁰ babası da dahildir.

⁶ Benzer yönde, Saliha Okur Gümrükçüoğlu, "Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı" Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, 105-144, s. 111.

⁷ Eski hukuk sistemlerinde aile hukukunun genel yapısı, devletin aileye karışmamakla bu sahayı erkeğin otoritesine terk ettiği, bu sebeple "babanın" bir anlamda devlet yetkilerini kullandığı bir görünümündedir: "Roma aile hukuku, Roma'nın günümüz modern hukuklarını en az etkilediği alanıdır. ... Bu gelişimin gerçekleşmemesinin temelinde, aile ilişkilerini düzenleme yetkisinin aile babasına ait olduğu düşüncesi yatmaktadır", Özlem Söğütü, Roma Özel Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 229.

⁸ Agnatio hısımlığı, kan esasına değil, aynı baba hakimiyeti altında bulunma esasına ilişkin yani hukuki bir bağa dayanan aileyi ifade eder, bkz. Söğütü, s. 230.

⁹ Bkz. Seldağ Güneş Ceylan, Roma Hukukundan Günümüze Velayet - Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2004, s. 33.

¹⁰ Roma'da baba egemenliğinin sona ermesi hakkında bkz. Söğütü, s. 242 vd.

Pater Familias'ın sahip olduğu egemenliğin günümüzdeki kamusal egemenlikle olan benzerliğini, tüm aile üzerindeki '*domesticus iudex* (aile yargıcı)' ve '*magistratus* (mutlak yönetici)' yetkilerine işaretle ortaya koymak mümkündür¹¹. Yine bu egemenlik, aile evlatlarının üçüncü kişilerden eşyalara özgü istihkak iddiası ile geri istenmesini mümkün kılmakla mülkiyeti hatırlatan bir mutlaklık içermektedir. Roma hukukunda, günümüzdeki mutlak hak teorisinin kişilik hakkı kavramı üzerinden kişi dokunulmazlığının da teminatını oluşturan değeri değil, aile evlatları üzerinde kurduğu mülkiyete eşdeğer etkisi dikkat çekmektedir. Buna göre Pater Familias, aile evlatlarını kazancı tamamen kendisine ait olmak üzere çalıştırabilmekte, kiraya verebilmekte, rehin bırakabilmekte, satabilmekte, hatta bir uzvunu kesebilmekte, nihayet öldürebilmektedir¹². Eski Roma'da Pater Familias'ın sahip olduğu bu geniş yetkiler, devletin güçlenmesiyle giderek ailenin içişlerine müdahale edebilir hale gelmesi¹³ ve Hristiyanlığın etkisiyle zaman içerisinde daralmıştır. Iustinianus döneminde ise (MS 527-565) Patria Potestas, yalnızca eğitim amacına yönelik cezaları içeren bir nitelik kazanmıştır¹⁴.

Eski hukuklarda baba egemenliğinin bir diğer görünümü Germen hukukundaki Munt'tur¹⁵. O dönem için yine velayetten çok total bir ev hakimiyetini ifade eden Munt, çocuğun hayatı ve şahsı üzerinde tasarruf ile mallarının idaresi ve istifadesini de yine aile reisine vermektedir. Bu kapsamda aile reisi, çocuğu istediği gibi tedip edebilir, işgücünden yararlanabilir, satabilir hatta belli durumlarda öldürebilirdi¹⁶. "*Aile babası 'Munt'a dayanarak ailesi üyelerini hukukî muamele-*

¹¹ İnan, s. 5. "*İmparatorluğun ilk yıllarında aile babası aynı zamanda kendi ailesinin, bir konseyle birlikte yargıçlığını da yapıyordu*", Güneş Ceylan, s. 36.

¹² Andreas B. Schwarz, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1947, s. 244; Öztürk, s. 8. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Güneş Ceylan, s. 37 vd, s. 40. "*Roma'da, pater familias'ın, mutlak hakimiyetinin en temel örneği olarak 'hayat ve memet' ya da 'ölüm ve dirim' hakkına sahip olması, bugün Roma ailesine ilişkin yargılarımızın merkezine oturmuştur*", Fulya İlçin Gönenç, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 48. Fakat bu yargıların eleştirilebilir olduğu yönünde yine bkz. Gönenç, s. 48, dpn. 118.

¹³ "*Bireylerin aile reisinin hakimiyetinden kurtularak, kamu otoritesinin kontrolü altına girmeleri belirli bir süreci gerektirmiştir. Aile dayanışması ve bireysel adaletten, devletin zorunlu kıldığı adalet düzenine geçiş ve aile reislerinin, aile üyeleri ve malvarlığı üzerindeki güçlerinin kamu otoritesi lehine azaldığı merkezî yönetime geçiş yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Iustinianus Döneminden itibaren (527-565) aile reisinin patria potestas'ı kural olarak tamamen devletin hakimiyetine girmiştir*", Gönenç, s. 52.

¹⁴ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, Ankara, 1997, s. 170. "*Roma'nın son dönemlerinde aile babası egemenliğinin eğitim hakkına dönüştüğü söylenebilir*", Söğütü, s. 236.

¹⁵ Üçok, Alman ailesinin genel görünümünü şekilde ortaya koymaktadır: "*Evin başında ev sahibi (= baba) bulunur. Kadın ve çocuklar ona uyruturlar. Kadınlar daima erkek velayet veya vesayeti altındadırlar: kızlar ve dullar babalarının veya vasilerinin, evli kadınlar ise kocalarının. Bir birlik üyesinin diğerleri üstündeki bu kudretine 'Munt' denirdi. Eşyalar üzerindeki kudrete de 'Gewere' denirdi, onun için kullar sahiplerinin 'Munt'u değil 'Gewere'si altındaydılar, bunlar ev birliğinin üyesi değildiler*". Coşkun Üçok, "Alman Hukukunun Tarihi Gelişmesine Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1950, C. 7, S. 1 (Mart), 292-321, s. 295.

¹⁶ Emine Akyüz, Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 1974, s. 24-25.

lerde ve hukukî anlaşmazlıklarda mahkemede temsil ederlerdi”¹⁷. Fakat Germen hukukundaki Munt’un, Roma’daki Patria Potestas’a nispetle daha çocuk lehine bir egemenliği amaçladığı, buna göre çocuğu tanıyan babanın, üçüncü kişilere karşı onu korumakla, temsil etmek ve mallarını yönetmekle yükümlü olduğu, hatta aradaki mal ortaklığı sebebiyle babanın mallara verdiği zararlardan sorumlu tutulduğu da ifade edilmektedir¹⁸. Ayrıca Munt, çocuğun tüm yaşamı boyunca değil, kendi yaşamını sürdürebilecek duruma geldiğini ortaya koyarak evden ayrılmasıyla sona ererdi. Yine Germen hukukunda Roma’dan farklı olarak, anne, çocuk üzerinde babanın ölümüyle kullanabildiği tali/ikincil bir egemenliğe sahiptir¹⁹. Fransız hukukunda da Roma hukukunun uygulandığı güney kısımlarda aile evlatları üzerinde Patria Potestas kapsam ve niteliğiyle etkili olmuş²⁰, Germen bölgesine yakın kuzey kısımlarda ise çocukların korunması anlayışına daha uygun bir örf-adet hukuku gelişmiştir. Örf-adetin etkili olduğu bu bölgelerde annenin de çocuk egemenliğini paylaştığı ve çocuğun reşit olmasıyla bu egemenliğin sona erdiği belirtilmektedir²¹.

Görüldüğü gibi eski hukuklarda çocuğun statüsü, o dönem toplumlarının genel görünümünün yansıdığı bir aile düzeninden bağımsız olmadığı gibi, aileye/topluma dahil diğer fertlerin de içinde bulunduğu durumdan tamamen farklı değildir. Başka bir deyişle çocuk, bağımsız bir hak süjesi olmak yerine, bir düzenin kendisine ferdiyet tanınmayan diğer parçalarından biridir. Bu manzaranın kısa tarifi, şahsiyet yerine aidiyettir.

Toplumun en küçük birimi, yapı taşı olarak nitelendirilen²² ailenin yaygın değişimi/dönüşümü, tüm Avrupa’nın sosyal, siyasi ve hukuki yapısını etkilemiş iki büyük gelişme sonrasında gerçekleşmiştir. Bunlar, sanayi devrimi ile Fransız devrimidir. Fransız devrimi ile daha önce İngiltere’de başlayan sanayi devrimi, Avrupa’nın sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuki yapısı üzerinde, bir zincirin halkaları gibi sebep-sonuç ilişkisi içerisinde takip edilmesi gereken birçok önemli sonuç doğurmuştur²³. Aile hukuku açısından ortaya çıkan en önemli sonuç ise

¹⁷ Üçok, s. 295.

¹⁸ Üçok, s. 295; Akyüz, çocuk hukuku, s. 25.

¹⁹ Velidedeoğlu, s. 324; Cahit Oğuzoğlu, “Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti”, Adalet Dergisi, Y. S. 11, 984-1004, s. 987.

²⁰ Velidedeoğlu, s. 324.

²¹ Akyüz, tez, 26.

²² Bkz. Tevfik Erdem, Sosyoloji Notları, 4. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2019, s. 178; Faruk Turğut, “Genel Olarak Aile”, Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, 15-34, s. 17.

²³ Sanayi devrimi ve Fransız devriminin Avrupa’da yarattığı düşünsel, ekonomik ve hukuki etkiler hakkında bkz. Mazlum Doğan, Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 71 vd. Sanayi devriminin (1750-1860) genel sosyolojik etkileri hakkında bkz. Erdem, s. 235 vd. Çocuklar ve özellikle çocuk işçiliği üzerindeki etkileri için bkz. Erdem, s. 242 vd.

üretimde tarıma, yapısal olarak feodal olguya dayanan ailenin yerini, yavaş yavaş modern çekirdek ailenin almasıdır²⁴. Fakat tüm bu gelişmelerin çocukların hukuki statüsüne yansması bu çağın erken dönemlerinde henüz mümkün olmamıştır²⁵. Örneğin Fransa'da 28 Ağustos 1792 tarihli Kararnamede reşitlerin velayet altında olmadıklarının kabulüyle²⁶ yetişkin bireylerin özgürlük ve bağımsızlığı üzerine bir teminattan bahsedilmiş olmaktadır. Küçükler ise yetişkinlerin egemenliğine tâbidir; fakat toplumsal değişimle birlikte çocuk üzerindeki bu egemenliğin eski hukuklardaki görünümünde olmayıp, günümüzdeki ana-baba velayetine dönüş-tüğü de tespit edilmelidir²⁷.

1800'lü yıllardan 1900'lü yılların yaklaşık sonuncu çeyreğine kadar ana-baba velayeti, ebeveyn merkezli bir güç ve otorite olarak görülmektedir. Bu yaklaşım dönemin medeni kanunlarına terminolojik olarak da yansımıştır. Büyük kodifikasyon çağının sembolü Fransız Medeni Kanunu'nda önceleri velayet kavramını karşılamak üzere yer alan ifade '*Puissance Paternelle* (baba iktidarı/kudreti)'dir²⁸. Bu kavram, hem içerdiği '*güç/kudret/iktidar*' anlamıyla hem de bunu sadece babaya tanınmasıyla, halen Roma'nın *Patria Potestas*'ını çağrıştırmaktadır ve 1942 yılındaki Kanun değişikliğine kadar²⁹ da bu şekilde kullanılmıştır³⁰. Söz konusu Kanun değişikliğiyle kavram yerini '*Autorite Parentale* (ana-baba otoritesi)' kavramına bırakmıştır; fakat bu değişikliğin esasının, çocuklar lehine bir paradigma değişimi değil '*ot-riteye sahip olmak bakımından*' ana ve baba arasında eşitliğin sağlanması³¹ olduğu

²⁴ Söz konusu yaklaşım ve bunun kısmi eleştirisi için bkz. İslam Can, "Ailenin Tarihsel Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/İstanbul/ Ankara, 2019, 57-79, s. 67 vd.

²⁵ Çocuk hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişimine ilişkin bkz. Memduh Cemil Şirin, "Çocuk Hukuku Ne Değildir?", Çocuk ve Medeniyet, Y. 2016, C. I, S. 1, s. 49-59. "*İnsan Hakları anlayışının 20. Yüzyıl içerisinde gelişmesi ile çocuk hakları ve özne çocuk anlayışı gelişmeye başlamış, bunun bir sonucu olarak hak sahibi birey olarak çocuğun kabulü gündeme gelmiştir*", Şirin, s. 51.

²⁶ Öztürk, s. 11.

²⁷ Ne var ki, "*Daha geçen yüzyılda bile velayet, ana-baba yararına tanınmış bir hak olarak görülüyordu. Hukukun görevi ana-babanın çocuk üzerindeki haklarını ve yetkilerini korumaktır. Ancak velayet hakkının asıl amacının çocuğun korunması olduğu görüşü de benimseniyordu*", Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 56.

²⁸ Selma Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, Ankara, 2000, s. 26. Baktır Çetiner, çalışmasında '*Puissance Paternelle*' ile '*Autorite Parentale*' ifadelerini, eş anlamlı gibi kullanmıştır.

²⁹ Bkz. Velidedeoğlu, s. 325; İnan, s. 124.

³⁰ Fransız Medeni Kanunu'na ilişkin olarak devam eden sonraki tadil hareketleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Julliot de la Morandière, "Fransız Medeni Kanunu'nun Tadili, Konferans" Çev. Kemal Tahir Gürsoy, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1950, C. 7, S. 3, s. 414-425. Velayet bahsine ilişkin değerlendirme için, de la Morandière, s. 418 vd.

³¹ Bu değişiklik ile 'velayete sahip olmak bakımından' ana ve baba arasında eşitlik sağlanmış ise de, velayetin kullanımı söz konusu olduğunda yine baba önceliklidir (Velidedeoğlu, s. 325); çünkü "*Baba, ev reisi sıfatıyla bu hakkını kullanır. Baba öldüğü zaman, velayet hakkının kullanılması anaya geçer. Ana-baba, bu hakka istinaden çocuğun şahsını korur ve mallarını idare eder ve onlardan faydalanır*", İnan, s. 124. Benzer durum, o dönemde İtalyan hukuku için de geçerlidir:

anlaşılmaktadır. Benzer terim tercih ve değişiklikleri, İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca (*Autorite Parentale*) ve İtalyanca (*Autorita Parantale*) metinlerine de yansımıştır³². Alman hukukunda ana-baba ve çocuk arasındaki egemenlik ilişkisi bakımından 1979 yılına kadar kullanılan kavram, yine çocuk üzerinde güç/kudreti ifade eden '*elterliche Gewalt* (ana-babalık gücü)' olmuştur. Fakat 1979 yılında yürürlüğe giren Kanun³³, bu kavramı '*elterliche Sorge* (ana-baba ihtimamı)' olarak değiştirmekle, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından yeni bir paradigma ya da işaret etmektedir. Buna göre, sözkonusu ilişki, ana-baba ve çocuk arasında güç veya otorite değil, ihtimam, himaye, gözetim odaklı bir anlayışa dönüşmüştür. Aynı terim tercihi, İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metnine de yansımıştır. Buna göre İsviçre'de velayete karşılık olmak üzere halen kullanılan kavram, Alman hukukunda olduğu gibi '*elterliche Sorge*'³⁴; Alman dilinin kullanıldığı bir başka ülke olan Avusturya'da yine ebeveyn bakımı/gözetimi anlamına gelmek üzere '*Obsorge*'dir³⁵. Karşılaştırmalı hukuk bakımından ana-baba ve çocuk ilişkisindeki dönüşümü, İngiliz hukukunda önceden kullanılan '*Parentel Authority*' kavramının '*Parental Responsibility* (ana-baba sorumluluğu)' olarak değiştirilmesi³⁶ üzerinden, yine terminolojik bir bakışla değerlendirmek mümkündür.

B. Türk Hukukunda Velayete Tarihsel Bakış ve Velayetin '*Etimolojisi*'

Türk hukukunda ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkinin tarihsel değerlendirilmesi, İslamiyet'in kabulü öncesine ve sonrasına göre yapılmaktadır³⁷.

İslamiyet'in kabulünden önce eski Türk toplumu da, birçok eski toplum gibi, soyun baba üzerinden aktarıldığı '*ataerki* (patrierki)' bir aile yapısına sahiptir. Fakat bu *ata-erki*, o dönem konar-göçer bir yaşama sahip olan³⁸ Türklerde, Pater Familiasinkine benzer yetkilere kaynaklık etmez; Türklerin yerleşik hayat sonrası, fakat modernite öncesi, tarımsal üretime dayalı aile yapısında³⁹ dahi kar-

"Evlilik devam ettiği müddetçe velayet hakkını baba kullanır. Babanın ölümünde ve kanunda belirtilen diğer bazı hallerde velayet ana tarafından kullanılır", İnan, s. 125.

³² Erlüle, s. 96.

³³ Bkz. Erlüle, s. 95.

³⁴ Bkz. İsv.MK m.270 ve devamı hükümleri.

³⁵ Bkz. Erlüle, s. 95.

³⁶ Baktır Çetiner, s. 29.

³⁷ Öztürk, s. 11.

³⁸ Eski Türkler için genellikle yapılan "göçebe" nitelendirmesinin isabetli olmadığı, onun yerine eski Türklerin yaşam biçimi için yapılması gereken nitelendirmenin "konar-göçerlik" olduğu yönünde bkz. Mualla Uydu Yücel, Türk Tarihine Giriş, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul, 2022, s. 70 vd. "*Türkler hayvan yetiştiriciliğine bağlı olarak yaşanan hayatın kendilerine sunduğu şartlar dahilinde hareket ederek bir hayat tarzı oluşturmuşlardı ki bu tarz göçebe (birtakım nedenlere bağlı olarak her zaman hareket halinde, s. 70) değil, konargöçerliktir*", Uydu Yücel, s. 71.

³⁹ Tarımsal üretimin hâkim olduğu geleneksel aile modeli hakkında bkz. İsmail Doğan, Türk Aile Sosyolojisi, Pegem Akademi, Ankara, 2016, s. 6.

şılaştırmalı hukuktakine benzer mutlaklıkta bir baba otoritesinden bahsedilmemektedir. Türk ailesinde evlenen oğulların, hisselerini alıp yeni bir aile kurmak üzere evden ayrılmalrı ve kendi kurdukları ailenin reisi olmaları⁴⁰, babanın aile bireyleri üzerindeki egemenliğini de Patria Potestas'tan farklı kılar. Hatta bazı kaynaklar eski Türk ailesi için ataerkil nitelemesi yerine '*Pederi Aile*' nitelemesini yaparak, bu aile tipinde akrabalığın/soyun çift taraflı olduğunu, bu sebeple ev içi otoritenin karı koca arasında paylaşıldığını ve çocuk üzerindeki velayetin de anne ve babaya birlikte ait olduğunu kabul etmektedir⁴¹. Bununla birlikte baba, aile reisi sıfatıyla çocuğun üçüncü kişilere karşı temsili, korunması ve kararların alınması bakımından velayete tek başına sahiptir; velayette annenin rolü ise daha çok *ev içi* otoritenin paylaşılmasıyla birlikte çocuğun yetiştirilmesi ve terbiyesi bakımından söz sahibi olmasını ifade eder⁴².

Çocuk üzerindeki otoritenin niteliği bakımından eski Türklere eğitim amaç ve odaklı bir tedip bulunduğu, buna göre babanın çocuğu eğitirken sertçe muamele edebileceği, fakat fena muamele edemeyeceği, kanun ile örf ve adetlere aykırı düşen cebir ve zulüm niteliğindeki hareketlerin çocuğa karşı işlenmiş suç kabul edildiği görülmektedir⁴³. Fakat çocuk, babasına itaatle ve kendisine verilen işleri yapmakla yükümlüdür; çocuğu tedip yetkisi de bu doğrultuda kullanılır. Eski Türklere ait kaynaklarda çocukların toplumsal statüsü açısından en çok konar-geçer kültürünün gerektirdiği mesleki ve askeri eğitimlere yönelik detaylar mevcuttur. Buna göre Türklere 'sıralı saygıya dayalı askerlik eğitimi' ailede başlar; *"erkek çocuğun eğitimi babaya, kız çocuğununki anaya aittir. Böylece aile içi eğitimde, velayet hakkı ve baba otoritesi ile bu konuda oluşan gelenekler çocuğun eğitimini düzenlemektedir. Ailede hayvan beslemeden, silah yapımına, halı-kilim dokuyuculuğundan kuyumculuğa kadar bütün pratik teknikler küçük yaşlarda kazandırılarak çocuğa mesleki eğitim verilir"*⁴⁴. Yine aynı kaynaklarda çocuk sahibi olmanın zenginlik addedildiği, çocuksuz ailenin itibarının düşük olduğu, bu

⁴⁰ "Türkçe'de bir erkek ile kadının aile kurma işlemine verilen ad yani 'evlenme' kelimesi de, evlenen erkek veya kızın baba ocağından ayrılarak ayrı bir ev (aile) meydana getirdiğini göstermektedir", Öztürk, s. 11'den naklen. Yine eski Türklere ortaklığın yalnız otlak ve hayvan sürülerine ilişkin olduğu yönünde, bkz. Öztürk, s. 11.

⁴¹ Bkz. Doğan İ., s. 30. Yazarın, Ziya Gökalp'e dayandırdığı bu görüşler için ayrıca bkz. Ziya Gökalp, Türk Medeniyeti Tarihi, 1976, s. 293.

⁴² Naile Binark, "Kutadgu Bilig'de Evlenme, Aile ve Çocuk Terbiyesi" Türk Kültürü Dergisi, S. 98, 1970 (Kutadgu Bilig Özel Sayısı), 174-179, s. 174. Bunun yanında "Özellikle savaş sebebiyle babanın evden uzak olduğu zamanlarda, evin iç işlerinin idaresi ve düzenlenmesi kadınlar tarafından yapıldığından, bu zamanlarda çocuklar üzerindeki velayetin ana tarafından kullanıldığı, dolayısıyla eski Türk hukukunda kadının da çocuğu üzerinde hak sahibi olduğu kabul edilebilir", Öztürk, s. 12.

⁴³ Maksudi Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk I (İslamiyet'ten Önceki Devir), İstanbul, 1947, s. 337.

⁴⁴ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 49.

sebeple, örneğin Uygurlarda evlat edinme (oğulluk) akdinin bilinip uygulandığı, bu akit ile oğulun babaya sadakat ve itaat ile yükümlü kılınır iken, babanın da oğulun nafakasını sağladığı ve kendisine mirasçı kıldığı, babalık görevlerinin yerine getirilmemesi halinde ise aradaki akdin sona erdirildiği ifade edilmektedir⁴⁵.

Türklerin İslamiyet'i kabul ettikleri sekizinci yüzyıl sonrasını takiben, toplumsal hayatta ve hukuk düzeninde yavaş yavaş İslam dininin ilke ve esasları etkili olmaya başlamıştır⁴⁶. Türklerin yerleşik hayata da geçmiş bulundukları bu dönemden sonra ailedeki esas değişim çocuklardan çok kadınların statüsü bakımından olmuştur. Konar-göçer bir düzende sözkonusu olmayan özel alan - kamusal alan ayrımı, yerleşik düzene geçişle birlikte kadınların kamusal alandan uzaklaşmasını ve yer yer tecridini de beraber getirmiştir⁴⁷. Bu durumun genel aile düzenine etkisinin yanında çocuklar ile ana-babaları arasındaki ilişki ve özel ifadesiyle velayet bakımından da etkisi vardır. Buna göre, günümüz Türk hukukunda sadece ana-baba ve çocuk arasında çok yönlü bir hukuki ilişkiyi ifade etmek üzere kullanılan velayet kavramı, İslam hukuku açısından aynı müesseseyi ifade etmez. İslam hukukunda velayet, günümüzdeki vesayet ve vekaleti de kapsayan⁴⁸, başka bir deyişle, özel hukuk - kamu hukuku ayrımının bulunmadığı bu

⁴⁵ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 50. Evlat edinme bakımından Uygurlara ait belgeler bulunduğundan, doktrinde, çocukların statüsüne ilişkin o döneme dair bazı yorumların bu tür belgeler üzerinden gerçekleştirildiği söylenebilir. Buna göre çocuğun evlatlık verilmesinde öz babaya 'süt sevinci' olarak ifade edilen bir miktar para veya altın ödendiği (bkz. Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 50); bunun baba açısından evladını satma yetkisi olarak değerlendirildiği de (bkz. Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1999, s. 33) görülmektedir. Fakat aynı belgelerde "evlatlık ile onu evlat edinen arasındaki hak ve ödevler belirtilirken, çocukların o dönemin koşullarına göre önemli sayılabilecek bazı haklara sahip oldukları göze çarpmaktadır. ... baba, çocuğu barındırır, korur, yedirir, içirir, onunla ilgilenir terbiyesini verir ve nihayet onu evlendirir", Öztürk, s. 12. Kır-gızlarda evlatlık kurumu için terbiyeye verme teriminin kullanıldığı ve bunun hükümleri hakkında ayrıca bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 25.

⁴⁶ Doğan İ, s. 42.

⁴⁷ "... İslamiyet'ten önce görece eşitlik İslamiyet'ten sonra kadının hane içi etkinliğe yönelmesiyle ortadan kalkmıştır. Ancak bu noktada şöyle bir sosyolojik gerçeği hatırlatmakta yarar vardır: Kadının toplumsal hayattan tecridi (soyutlanması) anlamına gelen hane dışı etkinlik yoksunluğu, yani toplumsal hayattan uzaklaşması (kadının tecridi) yerleşik kültüre geçişle denk düşer ... hiyerarşik bir düzen içinde kişilerin sorumlulukları, onların hak ve ödevleri çerçevesinde ayrı ayrı tespit edilmektedir. ... Bu tespitte bir bakıma 'güç ve iktidar' ölçütünün dikkate alındığı gözlenmektedir. Siyasal bir güç olarak devlet başkanı kendi halkından sorumlu olduğu gibi, erkek de ev halkından, hane halkından -belki de- aynı nedenlerle sorumlu tutulmaktadır. ... İtaat kültürü İslam öncesi tarihin mitolojik kültüründen, toplumsal kültüre ve Türk aile kültürüne yansıyan kalıcı ve sürekli bir toplumsal değerdir. Kadın ve çocukları aile otoritesini elinde bulunduranlara (baba, büyükbaba, en büyük ağabey vs) karşı itaate yönlendiren gelenek İslam dini ile güçlenmiştir. ... İslam dini ailenin merkezine erkeği koymakta, bunun dışındaki tüm statüleri ona göre belirlemektedir. ... Çocukların büyükler karşısında söz söyleme ve davranış hakkını kısıtlayan tarihsel gelenek ilerleyen dönemde İslami yorumlardan da onay ve güç almıştır" Bkz. Doğan İ, s. 22-23.

⁴⁸ Bkz. Mehmet Şener, "İslam Hukukunda Velayet I", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1986, S. 2, 203-221, s. 203, s. 205; Mustafa Genç, "İslam Hukukunda Velayetin Mahiyeti", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 7, S. 6, s. 204 - 227.

dönemde vesayet gibi kamusal niteliği de bulunan bir müessesedir ve veli sıfatı, sadece erkeğe aittir. Velayetin amacı ise çocukların yanı sıra kimsesizler, yoksullar, bedeni veya akli hastalığı bulunanlar, hatta köleler gibi, acz içinde bulunan kimselerin korunmasıdır. Bu geniş uygulanma kapsamı içerisinde çocukların şahısları üzerindeki velayet “*velayet ale'n Nefs*” adını alır⁴⁹ ve çocuğun yedirilip içirilmesine, bakımına, eğitim, öğretim ve terbiyesine ilişkin hukuki yükümlülüğü ve bundan doğan temsili ifade eder⁵⁰. Hukuki bir yükümlülük ve temsil yetkisini ifade etmekle velayet, babaya ait olup, babanın yokluğu veya acze düşmesi durumunda sırasıyla, babanın babası, vasi ve kadı tarafından kullanılır⁵¹. Anne, çocuk üzerindeki yükümlülüklerin hukuki yönüyle ilgili olmadığından, velayete de sahip değildir⁵²; fakat günümüz hukuku bakımından velayetten çok çocuğun fiili bakım ve himayesiyle⁵³ ilişkilendirilmesi gereken “*hidaneye*” sahiptir⁵⁴. Hidane “*çocukları ve çocuk hükmünde olan akıl hastası, bunak gibi acizleri, yetkili olan kimselerin koruyup terbiye etmeleri, onları yedirip içirmeleri, temizlik ve rahatlarını sağlamaya çalışmaları*”⁵⁵ anlamına gelir ve erkek çocuklarda yedi yaşına, kız çocuklarda erginlik çağına gelene kadar, boşanma durumu dahil, anneye ait bir hak ve ödev olarak kabul edilir⁵⁶. Çocukların barınma ve iye giderleri ise, her halükârda babaya aittir⁵⁷ ve babanın bu yükümlülüğü hidane süresiyle birlikte, erkek çocuklarda erginliğe, kız çocuklarda evleninceye kadar devam eder⁵⁸. Fakat

⁴⁹ Şener, s. 205.

⁵⁰ Öztürk, s. 15'den naklen.

⁵¹ “... *velayet görevini yürütecek olan veliler şu kişilerdir: Baba, dede (babanın dedesi), vasi ve kadı (hakim)dır*”, Şener, s. 207.

⁵² “*Ancak vasi tayini sözkonusu olduğunda, velayetten doğan temsili ifa edebilecek yetenekteyse, anadan başka kimse vasi olarak tayin edilemez*”, Öztürk, s. 14. Annenin çocuğuna vasi olabilmesi fakat veli olamamasının, İslam hukukunun iki temel kaynağı Kur'an ve Hadiste yer almayıp içtihadı bir hüküm olduğu yönünde, bkz. Şakir Berki, Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şumülü, Ankara, 1970, s. 6. Sözkonusu meselenin fıkıh mezheplerinde farklı hükümlere bağlandığı yönünde, bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 119. Özellikle Osmanlı hukukunda Hanefi mezhebinin etkisiyle velayette ‘erkek olma’ şartı aranmadığından, erkek akrabalarından sonra velayetin anaya geçeceği yönünde bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 124. Osmanlı Devleti'nde sadece İslam fıkıhı değil, örfün de etkisiyle şekil alan hukuk sisteminin velayet/vesayet hukuku ve özellikle annenin statüsü bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Okur Gümrükçüoğlu, s. 126 vd.

⁵³ Türk hukukunda çocuğun bakım ve himayesi ile velayet kavramı arasındaki ayırım için bkz. Demircioğlu, ortak velayet, s. 311 vd.

⁵⁴ Hidane hakkında bkz. İrem Karakoç, “Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidane Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer'iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 19, S. 3, 151-206. Ancak Şener, hidaneyi, çocuğun şahsı üzerinde velayet olarak nitelendirmiştir, bkz. Şener, s. 212.

⁵⁵ Öztürk, s. 15.

⁵⁶ Ülfet Görgülü, “Hukukun Öznesi Olarak Kadın: İslam Hukuku Ekseninden Bir Bakış”, Kadın ve Kültür, Ed: Fulya Bayraktar/ Zeliha Kayahan, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2022, 81-93, s. 86.

⁵⁷ Okur Gümrükçüoğlu, s. 107.

⁵⁸ Öztürk, s. 16.

baba, yaşı uygun olan erkek çocuğunu bir san'ata, ticarete veya kazanç getirici bir işe vermekte, hiç evlenmemiş kızını ise evlendirmekte yetkilidir⁵⁹.

İslam hukukunda velayetin, farklı hukuk sistemlerinin tarihsel karşılaştırılmasında da olduğu gibi, günümüz velayet müessesesinden gerek kapsamı gerek dayandığı ilke ve esaslar bakımından birçok farklılık içerdiği görülmektedir. Fakat sözkonusu müessesenin temel amacının, içinde çocukların da bulunduğu ilgi, bakım ve himayeye muhtaç kimselerin bu ihtiyaçlarının karşılanması olduğu hususu tartışmasızdır⁶⁰. Bu sebeple karşılaştırmalı hukukun geçmişte sadece güç, iktidar, otorite içeren ve zamanla değişerek bu defa sadece bakım ve himayeye dönüşen⁶¹ tartışmalı⁶² velayet terminolojisinin yerini, günümüz Türk hukukunda halen kullanılan velayet kavramının 'etimolojisiyle' doldurmak yanlış olmaz. Buna göre velayet kelimesinin fiil kökü "*birinin işini üzerine almak, sevmek, yardım etmek, yakınlık kurmak, otorite, başkasına söz geçirme*" anlamlarına gelmektedir. Aynı kökten gelen veli kelimesi ise "*bir işin idaresi ve bakımını üzerine alan, otorite, dost, yardım eden, seven, himaye eden, temsil yetkisine sahip olan, başkası üzerinde onun adına tasarruf yetkisi olan kişi*" demektir⁶³. Böylece modern Türk hukukunda velayetin, *bir müessese olarak* eski hukuktakinden farklı olduğu şüphesiz tespit edilmeli ise de, *bir terim olarak*, ana-baba ve çocuk arasında bakım, iase, idare, himaye, eğitim, temsil, sorumluluk, egemenlik gibi çok yönlü bir içeriği, batı dillerinden farklı olarak, tek kelimeyle ve isabetle ifade ettiği söylenebilir⁶⁴. Buna karşılık velayetin, çok yönlü içeriği sebebiyle, modern Türk hukukundaki niteliğinin etraflıca değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

IV. MODERN TÜRK HUKUKUNDA VELAYET

A. Türk Hukukunda Velayetin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Merkezinde insanın bulunduğu her ilişki gibi, ana-baba ve çocuk ilişkisi de tarihsel süreç içerisinde birçok farklı sebebin etkisiyle değişmiş ve bu durum velayete dair yaklaşımların da değişmesine yol açmıştır. Öyle ki geçmişte "*babanın*" tüm aile fertleri üzerinde mülkiyet hakkına eşdeğer mutlak egemenliği,

⁵⁹ Şener, s. 219.

⁶⁰ Şevket Topal, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, Y. 2006, C. 6, S. 2, s. 249-273.

⁶¹ Velayete ilişkin yaklaşımlardaki değişimin terminolojiye yansımaları hususunda, Baktır Çetiner, s. 29.

⁶² Velayetin ana baba açısından sadece bakım odaklı bir ifadeyle kavramsallaştırılmış olmasının velayetin içeriği bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirildiği yönünde bkz. Erlüle, s. 96.

⁶³ <https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fikih>; <https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet> (erişim tarihi: 11.11.2024).

⁶⁴ Demircioğlu, ortak velayet, s. 305, dpn. 6. Türk hukukunda aksi yönde değerlendirme için bkz. Serozan, s. 250.

günümüzde yerini, hak olup olmadığı dahi tartışmalı bir velayet müessesesine bırakmıştır. Nitekim Türk hukuk doktrinde velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların merkezinde, velayetin hak mı yoksa ödev/yükümlülük mü olduğu hususu bulunmaktadır⁶⁵ ve bu tartışma genellikle hem hak hem yükümlülük olduğu görüşüyle neticelenmektedir. Velayetin ana-baba açısından hem hak hem yükümlülük olduğu yönündeki görüşler, esas itibarıyla birbirine yakın olmakla birlikte, velayetin hak ve yükümlülük niteliğinin karşılıklı ağırlığı veya hak-yüküm(lülük) ilişkisinin amaca yönelik değerlendirilmesi ya da velayet *hakkının* niteliğinin ne olduğu gibi hususlarda birbirinden ayırmakta yahut benzer yaklaşımları farklı şekillerde ifade etmektedir. Buna göre kesin olan, velayetin ana baba *lehine* tanınmış hak olduğuna dair eski yaklaşımların artık kabul görmediğidir.

Gerçekten de doktrinde, Grotious, Montesquie gibi eski düşünürlerin ana-babanın çocuk üzerinde dünyaya gelişindeki rolleri sebebiyle sahip oldukları mülkiyete benzer menfaat yaklaşımının⁶⁶ reddiyle birlikte, velayetin '*ana-baba lehine*' bir hak olduğu düşüncesi de açık bir şekilde reddedilmektedir. Fakat bu reddiye, hak kavramını velayet literatürünün dışına tamamen çıkartmamıştır⁶⁷. Medeni hukuk literatürü, hakkı, özünde menfaat bulunan⁶⁸ bir kavram olarak benimsemesine rağmen⁶⁹, velayet *hakkından* bahsederken bu menfaatin hak sahibi olan ana-baba lehine değil, çocuk lehine olduğunu da ifade etmektedir⁷⁰. Diğer

⁶⁵ Türk hukukunda velayetin hak niteliğini, özellikle mutlak karakteri ile birlikte en net değerlendiren görüş için bkz. Velidedeoğlu, s. 329. Daha yakın bir literatür için bkz. Baktır Çetiner, s. 24. Öztan ise, velayetin tanımını yaparken hak kavramını kullanmaktan kaçınmakta ve sadece yükümlülük ile yetki kavramlarına yer vermektedir; ayrıca velayetin ana baba için bir sübjektif hak olmadığını açıkça belirtmektedir, bkz. Öztan, s. 1075. İnan da velayeti tanımlarken hak vurgusundan kaçınmıştır: "*Velayet, çocuğun şahsı ve malları üzerinde ana-babanın kanunen haiz olduğu yetkiler ve kendisine yükletilen görev ve sorumluluklardır*", İnan, s. 125. Bununla birlikte, ana-babanın *çocuk üzerinde* sahip olduğu velayet *hakkının* muhtevassından da bahsetmekte olup, böylece velayetin hak niteliğini de benimsemektedir, bkz. İnan, s. 127.

⁶⁶ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 57; Öztürk, s. 42, dpn. 168.

⁶⁷ "*Velayet hakkı*" bir isim tamlaması olarak hukuk literatürüne o kadar yerleşmiştir ki, velayetin niteliğine ilişkin tartışmaların dahi çoğu kez "hak" ifadesi kullanılarak gerçekleştirildiği görülmektedir, bkz. Erlüle, 91 vd. Keza velayet tanımlanırken de kimi zaman "*velayet hakkı*... *görev, yetki ve hakların*" *bütününü ifade eder*", şeklinde bir duplikasyon ortaya koyulmaktadır, bkz. Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 342. Benzer yönde bkz. Yılmaz C., s. 21.

⁶⁸ Özellikle Rudolph von Jhering'in klasik menfaat teorisi olarak adlandırılan hak yaklaşımı için bkz. Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 144 vd.

⁶⁹ Türk özel hukukunda hak kavramına ilişkin işaret edilen yaklaşımlar hakkında bkz. Mustafa Dural/ Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 148 vd; İhsan Erdoğan, *Hukuka Giriş*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 141; İhsan Erdoğan/ A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku)*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 164; Gökhan Antalya/ Murat Topuz, *Medeni Hukuk C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 115.

⁷⁰ Baktır Çetiner, s. 32; Erlüle, s. 94; Hatemi/Serozan, s. 341.

yandan velayetin temelinde ana-babanın kişilik hakkının bulunduğu da savunulmaktadır⁷¹; fakat *“buradaki kişilik hakkı, asıl anlamındaki kişilik haklarından farklıdır. Çünkü asıl anlamda kişilik hakkı, hak sahibine kendi yararları için tanınmıştır, oysa velayet ... çocuğun yararları için tanınmıştır. Ana-baba hakları amaca ulaşmayı sağlayan birtakım yetkilerden ibarettir. Bu yetkiler ilk planda onlara yüklenmiş görevin en iyi biçimde yapılmasını sağlarlar”*⁷². Böylece velayet sözkonusu olduğunda doktrinin hak ve yetki kavramlarını da birbirinden ayırmadan, hatta birbiri yerine kullandığı görülmektedir; ana-babaya ait olduğu kabul edilen hak ve yetkilerin başlıca amacı da çocuğa karşı olan yükümlülüklerin/ödevlerin daha iyi ifasını gerçekleştirmektir⁷³. Hak ve ödev arasındaki bu araç-amac ilişkisi, velayetin ödev niteliğini hak niteliğinin önüne geçirmektedir; fakat velayetin çocuğa karşı sadece ödev olarak nitelendirilmesi fikri de genel bir kabul görmemektedir. Buna göre, velayetin sadece ödev olduğuna dair bir yaklaşım, çocuğun ana-baba için adeta bir yük olarak görülmesine yol açarak taraflar arasındaki duygusal bağa zarar verebileceği gibi⁷⁴, fikrimizce de ana-baba ve çocuk arasındaki çok yönlü ilişkinin temelde sevgi, şefkat, dayanışma içeren psikolojik yönünün görmezden gelinmesi demektir⁷⁵. Bununla birlikte velayetin ana-babaya yükletilmiş ödev olduğu fikri ele alınırken bunun Kant’a kadar uzanan felsefi temelleri de hatırlatılmalıdır. Kant’a göre *“İlkahı (döllenme) çocuğun rızasının dışında ve tamamen keyfi biçimde meydana gelen olay olarak düşünmek gerekir. Bu keyfilik ana-babayı meydana getirdikleri yaşamı ellerinden geldiği ölçüde bakım ve ihtimama zorlar. ... Çocuk, kendi beden ve zekasını kendisi kullanamadığı sürece, ana-baba onu besleme, yetiştirme, yöneltme ve daha sonraki gereksinimlerini kendi kendine karşılayabilecek duruma getirmekle yükümlüdürler. Fakat velayetten kurtulma yaşı gelince, çocuk ana-babasına, gösterdikleri ihtimam karşılığında hiçbir hukuksal yükümlülük altına girmez. Eğitimi bitince, çocuğun karşılık olarak onlara borçlu olduğu şey sadece bir minnettarlıktır”*⁷⁶. Kant’ın özellikle ileri sürüldüğü dönemde oldukça radikal ve bugün için dahi tek yönlü görülebilecek bu yaklaşımı, o zamana kadar velayeti sadece ana-baba lehine bir

⁷¹ Akyüz, velayeti tanımlarken, bizim de benimsediğimiz gibi, hak kavramı yerine “kurum” kavramını tercih etmektedir. Buna göre *“velayet, küçüklerin, bazı durumlarda da ergin kısıtlı çocukların kişiliğine, mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya yüklenen görevlerle, bunların çocuğun yararına uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yetkileri içeren ve yalnızca çocuğun korunması amacını güden bir kurumdur”*, Akyüz, çocuk hukuku, s. 222.

⁷² Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 238. Fakat Akyüz, daha sonraki çalışmasında, velayetin ana-babanın kişilik hakkı olduğu yaklaşımına yer vermemiştir, bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 223 vd.

⁷³ Demircioğlu, ortak velayet, s. 305.

⁷⁴ Baktır Çetiner, s. 30.

⁷⁵ Velayetin sadece ödev olduğu görüşünün başka bir açıdan eleştirisi için bkz. Erlüle, s. 91.

⁷⁶ Akyüz, çocuğun güvenliği, s. 57’den naklen.

hak olarak nitelendiren görüşlerin ilkahta bir nevi mülkiyet hakkı gören düşünsel zeminiyle karşılaştırıldığında, tam bir diyalektik tezat içermektedir. Bu sebeple velayetin ana-babaya yükletilmiş sadece ödev olduğu anlayışı, bugün için genel bir kabul görmese de, bu anlayışın temelinde yatan hümanist düşünce, çocukların mülkiyete benzer bir hakkın objesi olmaktan hak süjeliğine uzanan serüveninde velayetin niteliğini dönüştüren en önemli adımlardan biridir⁷⁷. Bugün için velayetin niteliğine ilişkin Türk hukukundaki hâkim görüş de velayetin hem hak hem ödev olduğu görüşüdür⁷⁸. Daha modern yaklaşımlarda bu görüşün kavram-sallaşmış görünümü, velayetin '*yüküm-hak*' olarak nitelendirilmesi olmuştur⁷⁹.

Velayetin hukuki niteliğine ilişkin olarak Türk hukuk doktrininde ileri sürülen bu görüşlerin tamamında birçok isabetli yön bulunmaktadır. Fakat yine isabetle ifade edilmesi gereken husus şudur ki, velayetin hukuki niteliğini iza-ha yönelik kavramların neredeyse hiçbiri, hukuktaki terim anlamını tam karşılar şekilde kullanılıyor değildir⁸⁰. Hak, yetki, ödev, yükümlülük, kişilik hakkı gibi kavramlar, bazıları zaman zaman birbirinin yerine kullanılsa veya felsefi bazı tartışmalara konu olsa da, anlam ve içeriği genel itibarıyla belirli, temel hukuki kavramlardır. Fakat bunların velayet hukukunda bir kavram karışıklığına yol açacak şekilde kullanıldığı, belki de velayetin izahında yetersiz kaldıkları söylenebilir. Oysa velayetin niteliği değerlendirilirken, hangi hükümlerinin kime karşı hak niteliğinde olduğunun, çocuğa karşı kullanılan yetkilerin kaynağının nerede ya da hangi kavramlarda aranması gerektiğinin, devletin bu yapıdaki varlık ve müdahalesinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu sebeple velayet, fikrimizce, medeni hukukta kolay anlaşılır görünen, ancak içerdiği ilişkilerin her birinin ayrıca değerlendirilmesini zorunlu kılan ve sadece özel hukukun değil, hukuk felsefesi ile kamu hukukunun bazı terim ve yaklaşımlarının da dikkate alınarak açıklanması gereken *bir müessesedir*.

B. Velayete Farklı Bir Bakış: Velayette İlişkiler Bütününün Ayırt Edilmesi

1. Genel Olarak: Hohfeld'in Hukuk Bilimine Katkısının Hatırlanması

Türk hukukunda velayetin ana-baba için hem hak hem yükümlülük olduğu yönünde genel bir kabul söz konusudur; fakat bu kabulde birlikte, velayet bahsi

⁷⁷ Çocuğa ve çocukluğa dair bakış açısının değişmesinde John Locke'un (1632-1704) görüşleri hakkında ayrıca bkz. Şirin, s. 51. "Locke, çocuğun yetişkinler gibi hak sahibi olduğunu ancak yeterince olgun ve ayırt etme gücüne sahip olmadığı için bu hakları bir süreliğine kullanamadığını ileri sürer ve anne babanın temel işlevinin çocuğun bu eksik yönlerini tamamlama sürecini sağlama olduğunu söyler. ... Locke çocukları korumacı anlayışın felsefi temellerini atan düşünür olarak görülebilir", Şirin, s. 51.

⁷⁸ Akıntürk/ Ateş, s. 407; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 357.

⁷⁹ Bkz. Serozan, s. 250; Erlüle, s. 94; Yılmaz C., s. 21; İmamoğlu, s. 166.

⁸⁰ "Gelgelelim, ana babanın bu velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz", Serozan, s. 251.

içinde yetki, görev, yükümlülük, egemenlik/tâbiyet gibi kavramlara da başvurulduğu görülmektedir. Yer yer kavram karışıklığı yaratan bu durum karşısında, fikrimizce, hukuki ilişkilerin kavramsal analizini yaptığı çalışmasıyla hukuk literatürüne sıradışı bir katkı sağlayan Hohfeld'in⁸¹ bu tür karışıklıklara çözüm üretmeyi amaçlayan yaklaşımının hatırlanması faydalı olur. Hohfeld, hak kavramına değil, doğrudan doğruya hukuki ilişkilerin içeriğine ve ilgililerinin davranış biçimlerine odaklanmıştır. Gerçekten de hak kavramı, pozitif hukukta sadece *kullanılır* ve bu yapılırken mutlak hak, nisbi hak, şahsi hak, ayni hak, kişilik hakkı gibi nitelendirmelerle *kavramsallaştırılır*. Fakat herhangi bir nitelendirmeden uzak olarak "*hak nedir?*" sorusunun cevabı, kesinlik içermeyen birçok felsefi mülahazaya dayanır; bu sebeple pozitif hukuk zemininde, hakkın, birçok farklı anlamda kullanıldığı görülür⁸². İşte Hohfeld, çeşitli hukuki ilişkiler bakımından hak kavramının; 'dar anlamda hak (*right*) = talep'⁸³, 'serbestlik (*privilege*)', 'yetki (*power*)', 'ilişilmezlik (*immunity*)'⁸⁴ olmak üzere dört farklı *avantaj*⁸⁵ ifade etmek üzere kullanıldığını tespit etmiştir. Böylece, hakkı, tabii hukukun metafizik bir kavramı olduğu iddiasıyla pozitif hukuk zemininden dışlayan *-hakkı reddeden*⁸⁶- bazı hukukçuların aksine, Hohfeld, hakkı açıkça reddetmez⁸⁷, fakat pozitif hukuktaki kullanımını epey daraltır⁸⁸. Hakkın, yerine kullanıldığı başka kavramlardan ayırt edilmesini sağlayarak, ona teknik bir anlam kazandırır veya genişletici bir bakış açısıyla ifade

⁸¹ Amerikalı hukukçu Wesley Newcomb Hohfeld'in (1879 - 1918) ünlü eseri, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 3. Printing, Yale University Press, New Haven and London, 1964 (first printing, 1919) üzerine Türk hukukunda yapılan bazı çalışmalar için bkz. Burçin Aydoğdu, *Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2020; Nazime Beysan, *Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi*, On İki Levha Yayıncılık, 2015; Şule Ceylan Şahin, "Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 1, s. 9-27; Osman Serkan Gülfidan, "Hak ve Yükümlülük Bağlantısı Çerçevesinde Millî Egemenlik-İnsan Hakları İlişkisi: Hohfeld'in Hak Analizi Üzerinden 1921 Anayasası'nın Yapısal Devrimi", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İnsan Bilimleri Dergisi, Y. 2022, C. 3, S. 1, 1-18.

⁸² Benzer yönde bkz. Şule Şahin Ceylan, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 18, S. 2, 193-222, dergipark doc. erişimi s. 5.

⁸³ Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 14-15.

⁸⁴ Hohfeld'in analizinde immunitiy olarak ifade ettiği durum, Türk hukukunda "bağıışıklık" olarak tercüme edilse de, kavram, *müdahaleden ari olmak*, *başkasının yetki/güç kullanımının dışında kalmak* anlamında kullanıldığından, fikrimizce ilişilmezlik kavramıyla da karşılanabilir.

⁸⁵ Hohfeld'in analizinde hakkın kapsadığı durumların "avantaj" olarak ifadesi hususunda bkz. Gülfidan, s. 6.

⁸⁶ Hukuk felsefesi literatürüne "hak kavramının reddi" olarak yer eden yaklaşım ve bunun farklı görüşlerinin savunucuları hakkında bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 127.

⁸⁷ "Hohfeld'in kapsayıcı bir üst başlık altında kullandığı 'hukuki ilişki' kavramı, geniş anlamıyla 'hak'ka işaret eder. Ancak hak kavramı sadece bu anlama gelmemekte, aynı zamanda (dar anlamıyla) temel sekiz kavramdan birini göstermektedir", Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 14.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Aydoğdu, s. 93.

edilirse, hakkın farklı görünümelerini birbirinden ayırır⁸⁹. Hohfeld, bunu “*her şeyin zıddıyla kaim olmasını*” hatırlatan bir yöntemle yapmıştır; hukuki ilişkilerde hak olarak ifade edilen bazı durum ve ilgisine sağlanan avantajları, mantıksal bir zıtlık içinde bulunduğu ya da ‘tersinden eşdeğeri’ olarak tarif edilebilecek bir mütakabil kavramla eşleştirmiş, böylece sekiz farklı kavram⁹⁰ ortaya çıkartmıştır. Örneğin talebin tekabül ettiği zıt kavram yükümlülüktür (*duty*) ve dar anlamda hak kavramı sadece bir yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin talebi ifade eder⁹¹; çünkü gerçek anlamda hakkın sahibine sağladığı avantaj muhataba yönelbilmektedir; “... *bir hakka sahip olmak başkalarından bir şeyler isteyebilecek bir konumda olmak demektir*”⁹². Hukuki ilişkinin karşı tarafı ise, bu talebin içerdiği yükümlülüğü yerine getirmek zorundadır. Hohfeld’in dar anlamda hakkı ayırt etmekte kullandığı “talep⁹³ (right) - yükümlülük (*duty*)” eşleştirmesinde, muhatap, özel hukuktaki kavramsal ifadesiyle nisbi bir ilişkinin karşı tarafı olabileceği gibi, mutlak haklarda olduğu gibi belirsiz bir çevrenin içindeki her bir kişiyi de ifade edebilir. İkinci durumda, örneğin bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından herkes o eşyaya zarar vermemekle *yükümlüdür* ve bu yükümlülüğü her kim ihlal ederse malikin o kişiye karşı talep *hakkı* vardır⁹⁴. Böylece özel hukuktaki tüm alacak hakları ile mutlak haklar, Hohfeld’in analizinde de dar anlamıyla “haktır”; çünkü muhataba yönelme (talep) sağlamaktadır⁹⁵. Buna karşılık, malik,

⁸⁹ “Hohfeld, farklı durumları tasnif eder ve hukuki ilişkilerin ilk bakışta görüldüğü kadar karışık olmadığını öne sürer. Bulanıklığın asıl nedeni, tüm hukuki ilişkileri ‘haklar’ ve ‘ödevler’ üzerinden açıklama eğilimidir”, Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 9.

⁹⁰ Bkz. Hohfeld, s. 36. Türk hukukunda söz konusu sekiz kavramın şematik gösterimi için bkz. Aydoğdu, s. 85 (borç-alacak / serbestlik-alacaksızlık); Aydoğdu, s. 90 (tâbiyet-yetki / muafiyet-yetkisizlik). Ayrıca bkz. Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 12.

⁹¹ Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 10.

⁹² Gülfidan, s. 4’ten naklen.

⁹³ Aydoğdu çalışmasında “*right*” karşılığı olarak “alacak” kavramını kullanmıştır, bkz. s. 86. Fakat özel hukuk terminolojisinde alacak kavramının talebe göre daha daraltılmış, özelleşmiş bir anlamı vardır, örn. tazminat alacağı, nafaka alacağı, kira alacağı... gibi. Talep ise, muhataba karşı her tür yönelmeyi ifade etmekle, Hohfeld’in analizindeki belli bir dava/iddia (claim) içerir hak kavramına daha yakındır. Buna göre, örneğin arazisine izinsiz giren bir kimseye karşı malikin, bu araziden çıkılmasını talep *hakkı* vardır ve bu kimse, araziden çıkmakla yükümlüdür. Araziye zarar veren kimseden ise bu zararın giderilmesi talebi, bir tazminat alacağıdır ve zarar veren bu alacağı ödemekle yükümlüdür. Böylece bir yükümlülüğün tam karşılığını oluşturmakla talep yahut alacak, en dar anlamda birer hak (right) oluşturur. Benzer şekilde, talep kavramının tercihi için bkz. Beysan, s. 54.

⁹⁴ Hohfeld’in analizinin, hakka değil, hukuki ilişkilere yönelik olması, mutlak hakların dahi iki taraflı ilişkiye işaret eden bir düşünceyle ele alınmasını gerektirmektedir: “*Hukuki ilişki kavramı her zaman iki kişiye (ne azı ne de çoğu) atıfla kullanılmaktadır. Kişinin kendisiyle veya aynı konuda birden çok kişiyle hukuki ilişkisi olamaz. Karşısında iki ya da daha fazla kişi varsa, her biriyle kurduğu hukuki ilişkiler birbirinden farklıdır*”, Şahin Ceylan, Hohfeld, s. 13.

⁹⁵ Böylece Hohfeld, aslında mülkiyetin kendisini değil, mülkiyetten doğan talepleri hak olarak tanımlamakla, fikrimizce ‘hukuktan önce var olan bir hak anlayışını’ dolaylı şekilde reddetmiş; daha doğru bir ifadeyle, hak kavramını, hukuki olanlarla -hukuki hak kavramıyla- sınırlamış olmaktadır, aynı yönde bkz. Şahin Ceylan, insan hakları, dergipark doc. erişimi s. 23. Bu yaklaşım, isabetliliği tar-

kendi eşyasını istediği gibi kullanmak ve ondan yararlanmak sözkonusu olduğunda⁹⁶ bir muhataba yönelmemektedir; bu sebeple sözkonusu avantajlar, hak olarak nitelendirilmez. Hohfeld'in analizinde bu gibi durumlarda, malikin -hakka değil- serbestiye (*privilege*)⁹⁷ sahip olduğu kabul edilir ve malikin serbest olduğu bir konumda herkes, ona karşı -yükümlülük değil- aksini talep bakımından hak yoksunluğu (*no-right*) içindedir. Böylece ikinci grubu oluşturan zıt eşleştirme "serbestlik (*privilege*) - hak yoksunluğu (*no-right*)" şeklinde yapılır.

Hohfeld'in kurduğu "talep - yükümlülük" ve "serbestlik- hak yoksunluğu" şeklindeki ilk iki ilişki biçimi, özel hukuktaki kavramsal karşılıklarıyla da doğrulanabilir olduğundan, özel hukuk öğretisi bakımından ayırt edilebilir ilişkilerdir. Fakat "yetki (*power*)- tâbiyet (*liability*)" ve "ilişilmezlik (*immunity*) - yetkisizlik (*disability*)" şeklindeki ikinci grup eşleşmeler, özel hukuk teorisini zorlayıcıdır. Çünkü bu ikinci grup eşleşmelerin merkez kavramı hak değil, yetkidir ve dar/teknik anlamıyla yetki, aslında özel hukuk teorisine yabancısıdır. Özel hukuk yetki kavramını, daha çok, soyut hakkın somut içeriğine işaret etmek, hatta hakkı tanımlayabilmek için kullanmaktadır. Örneğin mülkiyet, sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf olmak üzere en geniş *yetkileri* bahşeden haktır⁹⁸; alacak hakkı, sahibine, borçludan bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını talep *yetkisi* verir⁹⁹. Özel hukukta yetki, bazen de temsil yetkisinde olduğu gibi, hak sahibinin ad ve/veya hesabına işlem yapabilmekle ilişkili olup; bu defa yetki, yine bir hakla ilişkili olmak üzere sahibinden alınır veya aktarılır. Oysa Hohfeld'in yaklaşımının da yetki, "bir kişinin hukuki (ya da ahlaki ilişkilerde) değişiklik yaratabilme

tışmalı olacak şekilde, tabii hukuktan tam bir kopuş anlamına da gelebilmektedir. Türk hukukunda Salihpaşaoğlu'nun, çocukla kişisel ilişki hakkını değil, velayet kendisine verilmeyen tarafın çocukla kişisel ilişki kurulmasını *talep/davasını* 'hak' olarak nitelendirmiş olması da, benzer bir tartışmaya zemin hazırlayıcıdır, bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, *Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 203.*

⁹⁶ Her biri mülkiyet hakkından doğan ve özel hukukta -Roma hukukundan beri- mülkiyetin içerdiği üç *yetki* olarak kabul edilen kullanma, yararlanma ve tasarruftan ilk ikisi, Hohfeldçi analizde malik açısından bir yetki değil sadece serbestlik iken; malikin tasarrufu, örneğin eşyayı bir başkasına satması, yeni bir hukuki ilişki yaratma gücü anlamına geldiğinden teknik anlamıyla bir yetki (*power*)'dir; bkz. Beysan, s. 67 vd. Mülkiyet hakkının Hohfeld'in analizinde bir çoklu haklar demeti olduğuna ilişkin olarak bkz. Aydoğdu, s. 94.

⁹⁷ Hohfeld'in kullandığı "*privilege*" kavramı (bkz. Hohfeld, s. 36), Türkçede ayrıcalık/imtiyaz anlamına gelmekle birlikte, Hohfeld çalışan hukukçular tarafından daha çok "serbestlik" kavramıyla Türk hukukuna kazandırılmıştır, bkz. Aydoğdu, 85; Beysan, s. 58; Gülfidan, s. 8. Nitekim, Hohfeld'in analizinde "*privilege*", keyfilik, gönle görelilik halini ifade etmektedir. Kelimenin özgürlük olarak ifadesinin ayrıca değerlendirilmesi hususunda bkz. Aydoğdu, s. 89. Fakat bu analizde serbestlik, mevcut bir *hakkın* kullanılıp kullanılmamasındaki ihtiyarilik olarak anlaşılmalıdır. Serbestlik hususunda bkz. Beysan, s. 58 vd.

⁹⁸ TMK m.683/l'e göre "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma 'yetkisine' sahiptir*". Görüldüğü gibi, mülkiyet hakkını tarif bakımından yetki kavramı, doğrudan doğruya Kanun'da yer almaktadır.

⁹⁹ Alacak kavramı ve talep ile ilişkisi hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 79.

yeterliliğidir”¹⁰⁰ ve (zıt) müteakıl kavramı olan tâbiyetle birleştğinde “birinin hukuken yetkili olması demek, hukuki ilişkinin karşı tarafının yetkinin kullanılması yoluyla konumunda meydana gelecek değişikliklere tâbi olması demektir”¹⁰¹. Bu itibarla yetki sahibi olmak, aslında sübjektif hukukla yani hakla değil, objektif hukukla ilgilidir; başka bir deyişle bir kimsenin böyle bir değiştirici veya muhatabını tâbi kılıcı bir güce (power) sahip olması, ancak hukuk düzeninin bunu ona yetki olarak tanımlamasına bağlıdır. Yetkinin bulunmadığı durumlarda ise ‘yetkisizlik (disability)’ ve muhatap için ‘ilişilmezlik (immunity)’ sözkonusudur.

Hohfeld’in analizindeki ikinci grup ilişki biçimlerinin merkezinde yetki kavramının yer alması, bu ilişkilerin kamu hukuku karakterli olduğu fikrini oluşturmamalıdır; çünkü Hohfeld’in analizi, esas olarak özel hukuk sahasını yorumlamak içindir¹⁰². Buna göre, örneğin, bir kimsenin sözleşme kurma hakkı, dar anlamıyla bir hak değil, ona hukuk düzeni tarafından bahsedilmiş bir yetkidir. “Yetkinin kullanılmasına tâbi olan taraf ise kendisi üzerinde böyle bir yetkinin kullanılmasına maruzdur”¹⁰³ ve bunun iki taraf arasında karşılıklı gerçekleşmesiyle meydana gelen sözleşme, bu defa karşılıklı hak ve borçların (talep ve yükümlülüklerin) kaynağıdır. Bu durum, yetki odaklı (ikinci grup) eşleşmelerin hukuki konumlar/statüler üzerinde doğrudan, insan davranışları ve sosyal ilişkiler bakımından ise dolaylı bir etkide bulunduğu şeklinde ifade edilmektedir¹⁰⁴. Böyle bir sözleşme bağı kurmuş olan taraflar arasında, talep ve yükümlülükler bulunur (birinci grup ilişkiler); fakat, örneğin, sözleşmenin koşullarının tek taraflı olarak değiştirilmesi hususunda taraflar birbirlerine karşı yetkisizdir. Bu sebeple her iki taraf da birbirlerinin bu tür davranışlarından etkilenmezler; bu tür yetkisiz davranışlardan bağıştırtılar, ilişilmezlik hali içindedirler¹⁰⁵. Böylece “yetkisizlik - ilişilmezlik”, birbirine tersinden tekabül eden sonuncu eşleşmeyi oluşturur. Karşıtlık içeren yetki - yetkisizlik durumları ise, her durumda hukuk düzeninin bir tasarımıdır; yani yetkinin içerdiği güç/iktidar/ehliyetin¹⁰⁶ kaynağı, bir kişinin sahip olduğu (süb-

¹⁰⁰ Beysan, s. 73.

¹⁰¹ Gülfidan, s. 7.

¹⁰² Aydoğdu, s. 88. “1990'lara kadar Hohfeld'in atomizmi sadece özel hukuk bağlamında, özellikle hak kavramının ve mülkiyet hakkının farklı görünüşlerini mantık parametreleri haline getirmek amacıyla tartışılmıştır. 1990'lerden sonra, hukuk devleti kavramının fiilen evrensellik kazanmasıyla da birlikte Hohfeld atomizminin kamusal haklara da uygulanabileceğine dair görüşler ortaya çıkmıştır”, Aydoğdu, 101. Hohfeld'in analizinin kamu hukukundaki görünümü için bkz. Gülfidan, s. 9 vd.

¹⁰³ Beysan, s. 72.

¹⁰⁴ Gülfidan, s. 8. Hak odaklı ilk grup ilişkiler ise insan davranışları üzerinde doğrudan etkili olup, bir davranışı emreden, yasaklayan ya da bir davranışa izin veren ilişkilerdir, bkz. Gülfidan, s. 8.

¹⁰⁵ Aydoğdu, s. 100.

¹⁰⁶ Aydoğdu'ya göre, bu tür ilişkiler bakımından “power” kelimesi, kamu hukuku açısından ‘iktidar’, özel hukuk açısından ‘ehliyet’ olarak anlaşılabilir, bkz. Aydoğdu, s. 91. Fakat yazar, Hohfeld çalışan diğer yazarlar gibi, her iki durumu da kapsayacak şekilde “yetki” kelimesini kullanmayı tercih etmiştir.

jektif) hak değil, doğrudan doğruya hukuk düzenidir¹⁰⁷. Bu itibarla, Hohfeld'in analizinde özel hukuk sahasında kullanılan yetkilerin dahi varlık ve kapsamlarını, kamu hukukunda olduğu gibi, ancak hukuk belirler.

Fikrimizce, Hohfeld'in analizi hukukun teorisi ve temel kavramlarıyla uğraşan herkes için ilgi çekicidir; fakat Türk hukukunun da dahil olduğu kıta Avrupası özel hukuk sisteminin Roma hukukuna kadar uzanan altyapısıyla ürettiği birçok kavram, günümüz hukuk doktrin ve uygulamasında neredeyse hiç ihtilafsız kullanılırken ve özel hukukun meselelerini kendi sistematigi içinde çözmeye birçok durumda yeterli iken, adeta matematiksel bir çözümlemeye dayalı bu kadar analitik bir yöntemin özel hukukta çok önemli bir ihtiyaca karşılık geldiği iddia edilemez. Bununla birlikte böyle bir analitik yöntemin, hukuk teorisinde dahi neredeyse günlük anlamı kadar çok çeşitlilikte kullanılan "hak" kavramı üzerinde tekrar düşünmeye teşvik edici, hatta bunun için yol gösterici olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle velayet gibi geniş kapsamlı bir müessesenin nitelendirilmesinde, öncelikle hak odaklı, onun reddi üzerine yükümlülük esaslı, bunun da yetersiz görülmesi üzerine, aynı kavramın, aynı taraf (ana-baba) için hem hak hem yükümlülük olduğunun ifadesi, fikrimizce şekilsel bir sentezdir ve bu sentez, hangi hakkın veya hangi yükümlülüğün kime/kimlere karşı olduğuna dair tespitler yapılmasına engel değil, bilakis yol açıcı olmalıdır.

2. Velayette Çocuk, Ana-Baba, Üçüncü Kişiler, Devletin Dahil Olduğu İlişkiler Bütünü

Hak süjeliğini, başka bir deyişle kimlerin "kişi" addedileceğini belirlemek, hukukun en temel meselesidir. Günümüzde teknik hukuki kavramlardan sadece biri gibi görünen kişilik, aslında hukukun *tekniğinin* çok ötesinde ve öncesinde, insanın varlık değeriyle ilişkili birçok felsefi mülahazanın konusudur ve bu kavrama modern hukuklarda verilen anlamdan önce, neticeleri insanlığın ortak tecrübeleri olarak günümüze kadar uzanan tarihsel bir süreci hatırlatmalıdır. Özellikle eski toplumlarda köleler, kadınlar, çocuklar gibi toplumun zayıf kesimleri söz konusu olduğunda insanlık tarihinin karanlık birçok tecrübesinin hatırlanması, modern hukuklarda her insanın kişiliğe sahip olmakta eşit addedilmesinin ne kadar önemli bir kazanım olduğunu farketir.

¹⁰⁷ Buna göre, yenilik doğurucu haklar, örneğin bir sözleşmenin irade sakatlığı sebebiyle feshi hakkı, Hohfeld'in analizinde teknik/gerçek anlamda hak olmayıp, aslında bir yetkinin kullanımıdır. Çünkü kişilerin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye *hakları* bulunmaz; fakat, ancak kanunun öngördüğü hallerde bu *yetkiye* sahiptirler. Buna göre, ikincil ilişkilerin ayırt edilmesindeki ölçüt -özel hukuk veya kamu hukuku niteliği farketmeksizin- bir hakka değil, doğrudan doğruya hukuka dayanarak, bir durum veya bir kişi üzerinde etki yaratabilmektir. Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede alacaklının borçluya yönelmesi ise, talebi ifade eden dar anlamda bir haktır (birincil ilişki) ve bunun temelinde tarafların sözleşme yapma yetkilerini kullanarak kendi yarattıkları hukuk bulunur (ikincil ilişki).

Türk Medeni Kanunu'nun kişiler hukuku kitabı da henüz ilk maddesinde "(1) Her insanın hak ehliyeti vardır. (2) Buna göre bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmakta eşittirler" (TMK m.8) hükmünü içerir. Her insanın eşitçe sahip olduğu bu kişilik "... çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar" (TMK m.28/I). Buna göre çocuğun; kendisini dünyaya getiren ana-babasından bağımsız bir hak süjesi olduğuna hiç şüphe yoktur; fakat ergin oluncaya -hukuken yetişkin kabul edilinceye- kadar, yetişkinler karşısında, başka hiçbir hak süjesinin olmadığı ölçüde zayıf bulunduğu da şüphesizdir. Fiziksel, mental, psikolojik, ekonomik birçok açıdan sözkonusu olan bu zayıflık sebebiyle çocukların yetişkinler tarafından bakılıp büyütülmeleri, eğitilmeleri, yetiştirilerek hayata hazır hale getirilmeleri, korunmaları, temsil edilmeleri ve tüm bunlar yapılırken onların tâbi olacakları bazı kuralların belirlenmesi ve onları ilgilendiren birçok konuda kararların alınması gerekmektedir. Hukuk düzenleri, çocukların bakılıp büyütülmelerinden, korunmalarından, yetiştirilmelerinden öncelikle ana babayı sorumlu tutmuştur.¹⁰⁸ Çünkü bu kadar büyük bir sorumluluğun, ilişkinin güçlü tarafını oluşturan yetişkin fertler tarafından, eza, yük, hatta yükümlülük olarak değil, karşılıksız bir emekle fedakârca ifasının, her şeyden önce kan bağı gerçeğine dayalı, tabii bir ilgi ve sevgiyle mümkün olabileceğini kabul etmiştir. O halde çocuklar üzerindeki sorumluluğun ana babaya verilmesinde 'onları dünyaya getirmiş olmanın bedeli sayılmak' gibi bir mütekalibiyet dahi sözkonusu değildir. Burada sözkonusu olan, çocuklar için en güvenli ve karşılıklı sevgiye dayalı ortamın ana babalarının yanı olduğu, en samimi ilgi ve bakımın ana babaları tarafından sağlanacağı ve haklarında alınacak kararlar ile temsilleri sözkonusu olduğunda menfaatlerinin en iyi ana babaları tarafından korunacağı yönündeki ön kabulüdür. Bu ön kabulün modern hukuk sistemlerine yansımaları, tarihsel bir süreç ve tecrübelerin tüketilmesinin ardından, ana-baba velayeti olmuştur.

¹⁰⁸ Velidedeoğlu, s. 323. 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi, ana-baba ve ana-babayla birlikte yerel geleneklere göre uzak ailenin veya topluluk üyelerinin dahi çocuk ile olan ilişkilerindeki sorumluluk, hak ve ödevlerine saygı gösterileceğini şu şekilde ifade etmektedir:

"Madde 5:

Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuk-tan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler". Sözleşmenin 18, (1)'inci maddesi ise ana-babanın birlikte sorumluluğuna işaret etmektedir:

"Madde 18:

1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler".

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin hakkında bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>; erişim tarihi: 12.10.2024.

Buna göre ana-baba, aralarında soybağı gibi tabii -ve hukuken de kurulu¹⁰⁹- bir ilişki bulunan çocukları üzerinde, hukuk eliyle, ayrıca sorumlu kılınmışlardır. Başka bir ifadeyle, ‘ana-baba olmak’ ile ‘velayete sahip bulunmak’, hukuken farklı kavramlardır; fakat hukuk sistemi, evlilik içinde doğan çocukların¹¹⁰ velayetini doğrudan doğruya ana-babaya tanımış, böylece ana-babalık olgusunun üzerine velayet hükümlerini de eklemiştir¹¹¹. Türk Medeni Kanunu bu durumu “*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz*” (TMK m.335/I) şeklinde ifade etmektedir.

İşaret ettiğimiz bu hususlar, çocukların ana-babalarının velayeti altında bulunmasının sebebidir; fakat velayetin niteliğine ilişkin bir açıklama değildir. Velayetin niteliğinin ele alınmasına, Kanun’daki hükümlerin ele alınmasından başlamak gerekir ve Kanun, bu husustaki ilk hükmü, yasal bir sebep bulunmadıkça velayetin ana-babadan alınamayacağının açık ifadesiyle vazetmiştir (TMK m.335/I,c.2). Buna göre ana-babanın, yasal sebep bulunmaksızın velayetin kendilerinden alınmasına karşı hukuken korunmuş olmaları, dar ve teknik anlamda bir ‘*haktır*’¹¹². Aynı durum, velayetin kendisine yüklediği sorumlulukları gereği gibi -Kanun’un koyduğu ölçülerce ve çocuğun üstün yararı ilkesine¹¹³ uygun şekilde- ifa etmekte olan ana-babanın kendilerine müdahale edilmemesi yönündeki taleplerinin dayanağı olması bakımından da geçerlidir¹¹⁴. “*Buna göre velayet, ta-*

¹⁰⁹ Çocuk ile ana-baba arasındaki tabii/biyolojik soybağının hukuken de mevcut bulunduğu tespiti meselesi, soybağı hukukunun temel meselesidir. Türk hukukunda soybağı, çocuğu doğuran kadının anne olduğu yönündeki kesin karineyle (TMK m.282/II); baba yönünden ise, anayla evlilik, tanıma veya hâkim hükmüne bağlı olarak (TMK m.282/II), ayrıca evlat edinme yoluyla (TMK m.282/III) kurulur.

¹¹⁰ “... evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuklar için babalık karinesinin işliyor olması, nikah akdiyle kurulan evlilik birliğinin sadece karı koca arasındaki hukuku belirlemekte değil, aynı zamanda koca ile çocuk arasındaki soybağını belirlemekte de kurucu bir öneme sahip olduğunu göstermektedir”, Demircioğlu, ortak velayet, s. 307. Babalık karinesi hakkında ayrıca bkz. Baygın, s. 20 vd.

¹¹¹ Türk hukukunda ana-babanın velayete doğum anından itibaren birlikte sahip olmaları, ancak evlilik içinde gerçekleşen doğumlar bakımındandır; evlilik dışı doğmuş çocukların velayeti ise, baba ile soybağı hukuken kurulmuş olsa dahi, sadece anneye aittir (TMK m.337/I). Fakat, “*Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir*” (TMK m.337/II). bkz. Abdulkarim, Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2021, s. 155. Türk hukukunda birbirleriyle hiç evlenmemiş ana babanın velayete ortak sahip olamaması hususunun eleştirisi için bkz. Hayrunnisa Özdemir/ A. Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 312.

¹¹² Velidedeoğlu, s. 329.

¹¹³ Çocuğun üstün yararı ilkesi hakkında bkz. Yıldız Abik, “Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 1-73; Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 82; İmamoğlu, s. 169.

¹¹⁴ Bu tespitin Anayasa hukuku bakımından karşılığı TC. Anayasası m.20’de düzenlenen aile yaşamına saygı hakkıdır. “*Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip*

rafları dışında kalan herkese (örneğin çocuğun ana-babası dışında kalan diğer hısımlarına), yükümlülüklerini çocuğun üstün yararı ilkesine uygun şekilde ifa eden (örneğin çocuğun eğitimiyle, gideceği okulla ilgili bir karara varmış olan) ana-babaya müdahale etmeme yönünde bir negatif yükümlülük yükler”¹¹⁵. Türk hukukunda velayetin ana-babaya bir hak olarak tanınmış olması, yasal bir sebep bulunmadıkça kendilerinden alınmaması ve hukuka uygun kullanımı halinde¹¹⁶ üçüncü kişilerin ana-babaya müdahale etmeme yükümlülüğünün bulunması dışında bir kapsama sahip değildir. Fakat dar kapsamlı bu hakkın ileri sürülebileceği çevre geniştir; çünkü ana-baba, çocuk dışında kalan herkese bu hakkını ileri sürebilir. O halde, velayet, ana-baba ve üçüncü kişiler arasındaki ilişki bakımından özel hukuktaki tam anlamıyla¹¹⁷ -ve bu anlamıyla sınırlı kalınmak kaydıyla- bir mutlak haktır¹¹⁸ ve hakkın konusunu, ayrı bir hak süjesi olan çocuğun kendisi, şahsı veya bedeni oluşturmaz; zira hiçbir hak süjesinin bir başka hak süjesi üzerinde hak sahipliğinin bulunması, düşünülemez¹¹⁹. Ayrıca, velayetin üçüncü kişilere kar-

yaşayabilmesi gereğine işaret ettiği görülmektedir. ... Bu hak ana baba açısından devletin müdahalesi olmaksızın, çocuklarını kendi inanç ve kanaatlerine uygun olarak büyütmeyi de içermektedir”, Müjgan Algan, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 599.

¹¹⁵ Demircioğlu, ortak velayet, s. 306.

¹¹⁶ Buna karşılık “Velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesindeki mutlak karakterinin dahi çocuğun üstün yararıyla sınırlı olması, özellikle çocuğun eğitiminin veya tedavisinin engellenmesi, zorunlu aşı uygulamasına karşı çıkılması gibi haller bakımından tartışılır” Demircioğlu, ortak velayet, s. 305, dpn. 11. Bu hususta bkz. Aslı Başak Makaracı/ Seda Öktem Çevik, ‘Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları’, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380; Seda İrem Çakırca, ‘Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi’, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S. 4, s. 1105 - 1138; Osman Levent, Özay, ‘Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi’nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi’, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 325-355.

¹¹⁷ Özel hukukta mutlak hak kavramı için bkz. İhsan Erdoğan/ A. Dilşad Keskin, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024, s. 172; Antalya/ Topuz, s. 168.

¹¹⁸ İmamoğlu da velayetin mutlak hak teşkil eden yönünün üçüncü kişilerle ilişkiler bakımından olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir, bkz. İmamoğlu, s. 168. Serozan bu durumu, “istihkak benzeri dış etki” olarak ifade etmektedir: “... ana babanın bu velayet hakkı, klasik haklar şemasına uymaz. Gerçi üçüncü kişilere karşı etkilidir; istihkak benzeri dış etkiler sağlar. İade istemlerine ve haksız fiil sorumluluğuna yol açabilir”, Serozan, s. 251.

¹¹⁹ Velidedeoğlu velayetin hak niteliğini “Herhangi bir kimse çocuğu gasbederse ana, baba çocuklarını ondan geri almak, bu hususta dava açmak, gasba teşebbüs halinde kuvvete müracaat suretiyle onu müdafaa etmek ve vermemek hakkını haizdir; bu, onların mutlak hakları icabındandır” şeklinde açıklamaktadır, Velidedeoğlu, s. 329. Ancak yazar bu durumu, ‘çocuğun şahsı ve bedeni üzerinde’ sahip olunan bir hak olarak nitelendirmektedir. Velayetin, kendini koruyamayacak durumda olan şahıslar üzerinde istisnai olarak kurulu bulunan bir mutlak hak olduğu yönünde benzer yaklaşım için bkz. Baktır Çetiner, s. 23. Oysa, hukukta, üçüncü kişilere müdahaleden kaçınma yönünde negatif yükümlülüklerin yüklenmesi, sahibine de bu yönde bir talep/yönelme hakkının tanınması, bir mutlak hakkın kabulü bakımından yeterli olup, bu durumun bir başkasının şahsı ve bedeni üzerinde adeta fiziki bir halde kurulu bulunduğu kabulüne, fikrimizce imkân yoktur. Burada hakkın konusu, çocuğun şahsı/bedeni değil, üçüncü kişilerin müdahalesinin engellenmesi talebidir.

şı ileri sürülebilirliği açısından aynı niteleme çocuk lehine de yapılmalıdır. Buna göre TMK m.335/1,c.2'deki "*Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz*" hükmü, çocuğun ana-babasının velayeti altında bulunması talebinin dayanağını da oluşturacak şekilde çift yönlü okunmalıdır. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin genel ilkelerinden biri kabul edilen çocukları ana-babalarından ayırma yasağı da¹²⁰ doğrudan velayete ilişkin bir düzenleme içermese de, ana-babalarının velayeti altında bulunmalarının çocuklar lehine bir hak olduğu çıkarımını desteklemektedir¹²¹.

Ana-baba ile çocuğun birbirleriyle olan ilişkisi bakımından yapılacak değerlendirme ise, üçüncü kişilerle olan ilişkiler bakımından yaptığımız bu değerlendirmelerden tamamen farklıdır. Bu hususta yine velayetin hükümlerini düzenleyen Kanun maddelerinden hareket etmek gerekir. Velayetin kapsamına ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m.339, bu husustaki en karakteristik hükümdür. Hükme göre:

"Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatlerini 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.

Çocuk ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

Çocuğun adını, ana ve babası koyar" (TMK m.339).

Söz konusu hükümlerin, irade özerkliğine dayalı ve eşit iradeye sahip olmakla eşit oldukları kabul edilen hak sınırları arasındaki "*hak-yükümlülük*" merkezli bir ilişkiye işaret etmediği açıktır¹²². Buna göre çocuk, hak sınırları olmak, bağımsız

¹²⁰ Çocuk açısından aynı zamanda bir hak teşkil eden bu durum, Sözleşme'nin 9, (1)'inci maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

"Madde 9:

1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasının, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir".

¹²¹ Benzer yönde bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 72.

¹²² Bazı anayasalarda ebeveynin çocuklarına bakma ve yetiştirme yükümlülükleri, çocuğun bir hakkı olarak düzenlenmiş ise de (bkz. Algan, s. 599), çocuğun ana-babası karşısındaki bu hak sahipliğinin, özel hukuktaki değil, insan hakları hukukundaki anlamıyla kullanıldığı tespit edilmelidir. Çalışmamız, hak, yükümlülük, yetki, tâbiyet gibi kavramların özel hukuktaki kullanımlarının yarattığı kavram karışıklığını çözümlmeyi amaçladığından, insan hakları hukuku düzeyinde devletin çocuklara karşı olan negatif ve pozitif yükümlülükleri ile ana-babanın veya çocuğun bakımından sorumlu diğer kişilerin bu yükümlülük karşısındaki durumlarının tartışılması, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Fakat velayetin bütüncül değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, Algan'ın

bir kişiliğe sahip bulunmak bakımından, ana-babasıyla eşittir; fakat iradesi henüz tam olmamakla¹²³, bu bağımsızlığını sadece hukuki işlemler sahasında değil, kendi hayatına ilişkin tasarruflarda bulunmak bakımından da tam kullanamayacak durumdadır. Başka bir deyişle çocukların irade eksikliği sadece fiil ehliyetlerinin sınırlılığine işaretlerle hukuki işlem sahası içerisinde ortaya çıkmaz; bağımsız bir hak süjesinin kendi hayatı üzerindeki tasarrufları bakımından da ortaya çıkar¹²⁴. Velayetin genel hükümleri olarak Kanun'da; çocukların bakım ve eğitimleri konusunda gerekli kararların ana-baba tarafından alınıp uygulanacağını (TMK m.339/I), çocukların ise ana-babaların sözünü dinlemekle yükümlü olduklarının (TMK m.339/II) ve evi terk edemeyeceklerinin açıkça ifadesi (TMK m.339/IV), ana-baba ve çocuk arasında bir tâbiyet bağına¹²⁵ işaret eder. Çocuk, bağımsız

şu değerlendirmelerine işaret etmek kaçınılmazdır: "*Çocuk haklarının yükümlülükleri, çocuğun haklarının yaşama geçirilmesini sağlamakla görevli, kendilerine çocuğu koruma ve gözetme yükümü düşen kurumlar ve kişilerdir. Devlet bu kurumlardan ilkidir. Yetişkinlerden farklı olarak çocuklar, ... haklarını ebeveynleri veya bakmakla yükümlü kişiler aracılığıyla kullanabilmektedir. ... Diğer yandan çocukların, özellikle erken çocukluk döneminde yaşamını sürdürebilmek için bakım ve gözetiminden sorumlu bir yetiştirmeye bağımlı olması ve hak ihlallerinin öncelikle yakın ilişki içinde oldukları kişilerin eylemlerinden kaynaklanması, temel hak ve özgürlüklerin öznesinin bireyler, yükümlüsünün ise devlet olması kuralının çocuklar bakımından yeniden ele alınmasını gerektirmektedir*", Algan, s. 568. Burada çocuğun haklarının ana-baba karşısındaki durumu, temel hakların yatay etkisi teorisiyle ilişkili olmakla birlikte, Algan'a göre, "*Çocuk hakları, özellikle ebeveyn ve çocuğun bakımının sorumlu olan diğer kişiler bakımından, temel hakların üçüncü kişiler üzerinde sahip olduğu (yatay) etkiye kıyasla daha güçlü bir etkiye sahiptir*", Algan, s. 568.

¹²³ Çocuğun iradesinin henüz *tam olmamasının* kişiler hukukundaki teknik ifadesi, fiil ehliyeti bakımından çocuğun sınırlı ehliyetsizler kategorisinde bulunmasıdır, bkz. Jale Akipek/ Turgut Akın-türk/ Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2021, s. 322.

¹²⁴ Benzer yönde bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 58. Bu hususu, çocukların katılım hakkıyla birlikte ele alan bir çalışma için bkz. Kamile Türkoğlu Üstün, "Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı", Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkis Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 37-76.

¹²⁵ Burada Hohfeld'in analizinden hareketle (yetki-tâbiyet) tercih ettiğimiz "tâbiyet bağı" kavramı, medeni hukuk literatüründe yine bir hak olarak değerlendirilen 'egemenlik hakkı' kavramı ile karşılaştırılmamalıdır. "*Velayeti sınırlı bir bakış açısıyla, bu hakka sahip anne ve/veya babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkı olarak niteleyen yaklaşım, modern hukuk sistemlerinde olduğu kadar bugün Türk hukuk öğretilerinde de büyük ölçüde terk edilmiştir. Çocuk bir nesne değildir; velayette hakkın öznesi değil, süjesidir. Dolayısıyla çocuk üzerindeki velayet hakkı, klasik egemenlik haklarına, bu bağlamda örneğin eşya üzerindeki mülkiyet hakkına benzetilemez*", Ahu Ayanoğlu, "Velayetin Ana Babaya Yüklediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, 269-281, s. 270. Bize göre, velayet kapsamında çocuğun ana-babasına karşı statüsünün günümüz medeni hukukunda halen mülkiyete konu nesnelerle karşılaştırılarak ele alınmasına ve bu ilişkinin çözümlenmesinde hak kavramından hareket edilmesine zaten mahal yoktur. Bu sebeple, Türk Medeni Kanunu'nun velayete dair hükümlerinin değerlendirilmesi ve çocuk ile ana baba arasındaki -hakkın değil- *ilişkinin* nitelendirilmesi açısından tercih ettiğimiz 'tâbiyet bağı' kavramının ne mülkiyetle ne de başka bir egemenlik hakkıyla yahut medeni hukukta karşılığı bulunan başka herhangi bir hakla benzerliği bulunmamaktadır. Buradaki nitelendirme, "çocuk ile velayete sahip ana-baba arasındaki ilişki, süje-nesne ilişkisi elbette ki değildir; fakat nedir?" sorusuna verilmiş bir cevaptır.

bir kişiliğe sahip olmakta ana-babasına karşı eşit¹²⁶, fakat bazı kişilik unsurlarının bağımsız kullanımında, özellikle günümüz hukuk literatürünün ayrı bir kişilik değeri olarak kabul ettiği 'bizzat karar verme hakkı'¹²⁷ söz konusu olduğunda, ana-babasına karşı tamamen eşit değildir. Bu durum çocuğun ilk doğduğu andan erginlik yaşına kadar geçen zaman içerisinde giderek azalsa¹²⁸ ve TMK m.339/III uyarınca, özellikle ayırt etme gücüne sahip çocuğun katılım hakkıyla dengelense de¹²⁹, hukuken ergin kabul edildiği ana kadar yapısal ve hukuki bir eşitsizlik olarak devam eder ve bakılıp büyü-tülmesi, eğitilmesi, korunması gibi¹³⁰ sadece çocuğun ihtiyaçlarına yönelik amaçlarla¹³¹ onu, ana-babasına tâbi, ana-babayı ise çocukla ilgili kararlar bakımından yetkili kılar¹³². Bu sebeple çocuk ile ana-baba arasındaki ilişkiyi, hakkın '*kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine terkedilmiş hukukça korunan menfaat*' şeklinde kabul gören bir tanım¹³³ üzerinden hak odaklı yorumlamak, fikrimizce mümkün değildir. Yükümlülük merkezli bir velayet yaklaşımının ise, bu kavramın borçlar hukukundaki değil, ancak in-

¹²⁶ "Velayet yoluyla çocukla ana baba arasında meydana gelen ilişkide her iki taraf da eşit hak süjesi olarak yer alırken, ana babanın durumu büyük ölçüde yükümlülük ve sorumlulukla şekillenmiş bulunmaktadır", İmamoğlu, s. 166-167.

¹²⁷ Bizzat karar verme hakkı için bkz. A. Dilşad Keskin, Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

¹²⁸ Akyüz, çocuk hukuku, s. 58; İmamoğlu, s. 167.

¹²⁹ Keskin, bizzat karar verme, s. 107.

¹³⁰ Ayırt etme gücüne sahip küçüğün bizzat karar verme hakkının ancak korunmalarının zorunlu olduğu hallerde sınırlandırılabilceği yönünde bkz. Keskin, s. 106.

¹³¹ Velayetten doğan yetkilerin, ancak çocuğun yararının gerçekleştirilmesi için tanınmış olup, yine ancak bu amaç doğrultusunda kullanılması zarureti, günümüzde ana-babanın yaptığı sosyal medya paylaşımları ile çocuğun kişilik hakkı arasındaki ilişki yönünden ele alınmaktadır. Bu hususta bkz. Murat Topuz, "Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380; Murat Akdi, "Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 123-144. Söz konusu meseleye ilişkin üretilen 'Sharenting' kavramı ve meselenin hukuki değerlendirilmesi için ayrıca bkz. Ayça Zorluoğlu Yılmaz, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 29, S. 4, s. 3383 - 3417; Erdem, Meryem Işıl, "Sosyal Medyada Sharenting Kavramı ve Ulusal Mevzuatta İncelenmesi", Külliye, Y. 2022, C. 3, S. 2, s. 165 - 183.

¹³² Söz konusu tâbiyet ilişkisinin velayette ağırlıklı olarak "parentel" bakış açısını yansıttığı söylenebilir. "1980'li yılların sonuna kadar dünyada baskın görüş olan paternalizm, geleneksel bakış açısını yansıtır ve bireyin bağımsızlığının kendi iyiliğine olacak şekilde sınırlandırılması gerektiğini savunur. ... çocuğun iyiliği için çocuğun seçim ve eylem özgürlüğüne müdahale edilebileceğini savunur. Çocuğun karar alma süreçlerinden genellikle dışlanmış olması, paternalist çocukluk anlayışından ve çocuğun kendi kararlarını alacak kadar olgunlaşmamış olduğu fikrinden kaynaklanmaktadır. ... 1980'li yılların sonunda hazırlanan CHS'de de belli noktalarda paternalist bakış açısını görmek mümkündür", Türkoğlu Üstün, s. 39-40. Fakat, günümüzde sadece insan hakları doktrininde değil, modern medeni hukuk doktrininde de parantel bakış açısının çocuğun katılım hakkı ile dengelenmekte olduğu görülmektedir, bkz. Gaye Tuğ Levent, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023; Bahar Öcal Apaydın/ Selim Hışım, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 285-323.

¹³³ Bkz. Dural/ Sarı, s. 148 vd; Erdoğan, s. 141; Erdoğan/ Keskin, s. 161 vd; Antalya/ Topuz, s. 115.

san hakları hukukundaki anlamıyla değerlendirilmesi ve insan haklarını koruyucu mekanizmalarla tamamlanarak ele alınması gereklidir. Çünkü buradaki yükümlülük, ihlali halinde borçlusuna özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını mümkün kılmak yerine, bu yükümlülüğün en üst ilgilisi olan devletin müdahalesini gerekli kılar niteliktedir¹³⁴.

Şu hususa açıkça işaret etmek gerekir ki, kamusal bir otoriteyi kullanmak bakımından eşit olmayanlar arasındaki ilişkileri konu edinen kamu hukukuna hak-yükümlülük kavramları ne kadar yabancıysa¹³⁵, eşit hak sülheleri arasında bir yetki-tâbiyet bağından bahsetmek de özel hukukun temel yapısına o kadar yabancıdır. Özel hukukta bir başka hak sülhesini onunla ilgili konularda yetki sahibinin kararlarına tâbi kılmak anlamında bir yetkiden bahsedilmez. Özel hukukta yetki, bir hakkın somut içeriğini veya mevcut bir hakkın yöneltmesi kudretini ifade etmek yahut mevcut bir hakkı bir başkası ad/hesabına kullanmak, bir tüzelkişi organizasyonu içerisinde belli bir yönde hareket etmeye muktedir kılınmak gibi, farklı durumlarda farklı anlamlara gelebilen bir kavramdır ve birçok durumda bir hakla bağlantılıdır. Buna karşılık velayette ana-babanın sahip olduğu yetkilerin, çocuk üzerinde sahip olunan bir *haktan* değil, doğrudan doğruya *hukuktan*, daha dar ve somut bir ifadeyle, Kanun'dan doğduğu kabul edilmelidir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde (m.335 vd) velayet kavramının "velayet hakkı" şeklinde kullanılmadığı görülmektedir. İlginçtir, kanun koyucu, velayetin kapsamı bakımından sadece dini eğitim bahsinde "*Çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı ana ve babaya aittir*" ifadesine yer vermiştir (TMK m.341/I). Çünkü dini/itikadi meseleler gibi şahsa sıkı sıkıya bağlılığın bu en kati görünümü söz konusu olduğunda, ana-baba ve çocuk arasında, hak-yükümlülük ilişkisi bulunmadığı gibi, bir yetki-tâbiyet ilişkisi dahi bulunmaz. Burada söz konusu olan, üçüncü kişilere "müdahale etmeme" yönünde yüklenmiş negatif bir yükümlülüktür; başka bir deyişle çocuğun dini eğitimini belirleme hususunda ana-babaya tanınmış olan bu '*hak*', çocuk ile ana-baba arasındaki ilişki bakımından değil, sadece üçüncü kişilere karşıdır. Nitekim hükmün ikinci fıkrası, "*Ana ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşme geçersizdir*" (TMK m.341/II) şeklinde olup; bahse konu sözleşmenin karşı tarafını çocuğun değil, üçüncü kişilerin oluşturacağı şüphesizdir¹³⁶. Yine ilginçtir, Medeni Kanun'un ve-

¹³⁴ İmamoğlu, velayetin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde mutlak hak karakteri görürken, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından velayetin nispi niteliğine işaret etmekte ve bu nispiликтen hareketle taraflar arasında karşılıklı yükümlülük ilişkisi kurmaktadır: "*Velayetin nisbi yönü, ana baba ve çocuk arasındaki karşılıklı yükümlülük ilişkisinde görülür; velayetin mutlak yönü ise ana baba ve çocuğun, diğer bir ifadeyle ailenin hayat alanının üçüncü kişiler karşısında korunmasında ortaya çıkar*", İmamoğlu, s. 168.

¹³⁵ Bkz. Gülfidan, s. 14.

¹³⁶ Hükmün "*Ergin, dinini seçmekte özgürdür*" şeklindeki son fıkrası da (TMK m.341/III), ancak bu çerçevede anlam kazanmaktadır; zira erginin dinini seçmekte özgür olduğuna zaten şüphe yok-

layet bahsinde hak kavramı, ayrıca, çocuğun *mallarına* ilişkin olarak geçmektedir (TMK m.343/II; TMK m.352)¹³⁷.

Ana babanın velayete ilişkin yetkilerinin kaynağının doğrudan doğruya hukuk düzeni olması, bu yetkilerin kapsam ve sınırlarının da keyfi bir hak kullanımına veya özerk iradeye göre değil, hukuk düzenine göre belirlenmesi anlamına gelir. Bu noktada devlet, velayet ilişkisine öncelikle kural koyucu ‘düzeni tesis edici’ olarak, dolaylı biçimde taraf, daha doğru bir ifadeyle, ‘ilgili’ olmuştur¹³⁸; fakat ana babanın sorumluluklarını gereği gibi yerine getirmediği, yetkilerini amacına uygun şekilde çocuğun menfaatine kullanmadığı, çocuğun menfaatinin zedelendiği, kısaca çocuğun güvenliğinin tehlikeye düştüğü her durumda devlet, ana-baba ve çocuk ilişkisine doğrudan müdahale eder¹³⁹. Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkinin güç dengesizliğine dayalı tabiatı, bu eşitsiz ilişkide ana babaya tanınmış tüm yetkiler, gerektiği her halde devletin müdahalesiyle dengelenmek zorundadır. Velayete kamu düzeninden olma niteliği kazandıran bu müdahale, toplumun geleceği olan çocukların güven içinde bulunmalarının tüm toplumun menfaatine kabul edilmesiyle ilişkilendirilebilirse de¹⁴⁰ -bu toplumcu bakış açısının dışında ve ötesinde-¹⁴¹ esasen, karakteristik zayıflık içinde bulunan tarafın bu sebeple risk altındaki temel haklarını korumak içindir¹⁴². Çocuk; bakım, eğitim,

tur. Burada kastedilen, çocuğun ergin olmasından sonra, ana-babanın üçüncü kişilere karşı da herhangi bir talebinin sözkonusu olamayacağı şeklinde okunmalıdır. Ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki bakımından ise, birçok dini ve itikadi meselenin esas ve sınırlarını çocuğun kişisel tercihleri oluşturacağından, burada çocuğun ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığı hususu tek belirleyicidir.

¹³⁷ Çocuk malları hakkında bkz. Özgür Güvenç, “Çocuk Mallarının Yönetimi”, Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkis Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 457-505. Cem Baygın/ Murat Doğan, “Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 9, S. 1-2, s. 379 - 427; Mehmet, Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 111-129.

¹³⁸ Fikrimizce bir ilişkinin “*tarafı*” olmak, özel hukuku çağrıştıran bir ifade olduğundan, devletin velayet hukukundaki yerinin değerlendirilmesinde “*ilgili*” kavramının tercih edilmesi daha isabetli olur.

¹³⁹ Aile hukukuna devletin müdahalesinin genel görünümü hakkında bkz. Demircioğlu, arabuluculuk, s. 61 vd. Medeni Kanun hükümleri uyarınca çocuğun ana-babasına karşı korunmasının genel değerlendirilmesi hakkında bkz. Başak Başoğlu, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 1, s. 347 - 364.

¹⁴⁰ Fransız Medeni Kanunu’nun kodifiye edildiği dönem ile sonraki tadilleri esnasında velayete yapılan devlet müdahalesine dair yorum farkı şu şekilde ortaya koyulmuştur: “... *velayet kudretinin çocuk hukuku karşısında çok mutlak olduğu görüldü. Devlet, yalnız beşerî mülâhazalarla değil, bütün bir milletin istikbali için çocukların himayesi lehinde müdahalelerde bulunmayı belli başlı bir vazife telâkki etti. Artık şimdi, devlet, müstakbel vatandaşın manevî teşekkülünü kontrol etmek için, memurlarıyla, hâkimiyle çocuk ve ebeveyni münasebetlerine gittikçe artan bir tempo ile müdahale etmektedir*”, de la Morandière, s. 419.

¹⁴¹ Çocuklara ilişkin toplumcu bakış açısı ile çocuğun ferdi değerine ilişkin bireyci/insan hakları odaklı bakış açısını karşılaştırmak için, bkz. Şirin, s. 50.

¹⁴² “Çocuklar önemlidir önermesinde özne çocuklar gibi gözükmetedir. Oysa toplumsal kabullere

korunma, temsil gibi ihtiyaçları sebebiyle ana babasına tâbi olmak açısından, onlara karşı eşitsiz bir konumda bulunur; fakat devlet nezdinde ana-babasıyla eşit bir vatandaşdır ve tüm vatandaşların devlete karşı sahip olduğu temel haklar, bu defa *çocuğun insan hakları*¹⁴³ olarak devleti çocuğa karşı yükümlü kılar¹⁴⁴. Çocuğun ana-babası karşısındaki yapısal eşitsizliği, Medeni Kanun hükümleriyle bir tâbiyet bağına dönmüş olsa da (TMK m.339), bu durum modern insan hakları doktrin ve uygulamasının temel kazanımlarının çocuk lehine de gerçekleştirilmesini sağlamak suretiyle dengelenir, tamamlanır¹⁴⁵. Ana-babanın velayetten doğan yetkileri kadar, bunun sınırlarının da hukuk düzeni tarafından belirlenmesinin anlamı, modern hukuk düzenlerinin insana yönelik daha özgürlükçü ve bireyci yaklaşımlarından çocukların da yararlanması demektir. Bunun görünümlerinden biri çocuğun kendisine ilişkin kararlara yaş ve olgunluk seviyesine uygun olarak katılımının sağlanmasının Medeni Kanun'da da ifade edilmiş olmasıdır¹⁴⁶. Ancak bunun yanında çocuğun isim, vatandaş, kimlik, yaşama, gelişme, düşünce ve ifade, din ve vicdan özgürlüğü, dernek kurma ve toplanma, konut, haberleşme gibi birçok kişisel hakkından, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarına ve bedensel bütünlük, istismardan uzak tutulma gibi korunma haklarına kadar günümüz insan hakları doktrinine paralel birçok temel hakka, özel yeterlilik durumları gözetilmek kaydıyla, çocuklar da sahip bulunur¹⁴⁷. Nihayetinde çocuğa ilişkin alınacak

bakıldığında çocukları önemli kılan bizatihi çocukların kendisi değil onların bizim çocuklarımız olmasıdır. ... Çocuk konusu çocuk aile ilişkisi bağlamında değerlendirildiğinde karşılıklı etkileşim, duygusal bağlılık ve fitrat bakımından aile kurumunun çocukla birlikte özneleşmesi anlaşılabilir. Ancak, benzer bir yaklaşımın Devlet bakımından gösterilmesi kabul edilemez. Eğer Devlet de çocuklar bizimdir, geleceğimizdir anlayışıyla konuya yaklaşırsa bu çocuklara ve ailelerine yönelik müdahale anlayışının bir yansımasına dönüşür. Çocuk, devlet çarkları arasında öğütölüp giden nesneye dönüşürken özne çocuk anlayışının gerçekleşmesi mümkün değildir", Şirin, s. 50.

¹⁴³ Bkz. "çocuğun insan hakları" tabiri için bkz. Fendoğlu, s. 66 vd.

¹⁴⁴ "Çocuğun bakım ve gözetimi konusunda öncelikle ana baba hak sahibi ve görevli ise de çocuğun bakım ve gözetim hakkına ilişkin olarak devlet de sorumlu olmaya devam etmektedir. ... çocuk haklarının asli yükümlüsü olarak devlet, pek çok anayasada da yer bulan çocuğun korunması hakkı gereğince, çocuğun aile içinde ihmal ve istismara maruz kalmasını önleyici mekanizmalara yer vermekle yükümlüdür", Algan, s. 606.

¹⁴⁵ Temel insan hakları bağlamında çocuk haklarının genel koruma rejimi hakkında bkz. Algan, s. 608 vd.

¹⁴⁶ Örneğin kanun koyucu, TMK m.339/III hükmünde yetkinin kullanım tarzını çocuğun olgunluğu ölçüsüne bağlamıştır. Buna göre "Ana baba, olgunluğu ölçüsünce çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar" (TMK m.339/III). Buradan anlaşılan, yaşça küçük çocuklar ile daha büyük çocuklar üzerindeki velayetin kullanım tarzının aynı olamayacağı, çocuğun yaşıyla orantılı olarak ve ayırt etme gücüne kavuşmasıyla birlikte, yetkilerin kapsamının da giderek daralacağıdır.

¹⁴⁷ Bkz. Akyüz, çocuk hukuku, s. 63 vd. Fendoğlu, *çocuğun kişisel hakları* içinde, ayrımcılık yasağı, çocuğun yüksek yararı (güvenliği), ana babası tarafından yetiştirilme hakkı, yaşama ve gelişme hakkı, isim vatandaşlık ve kimlik hakkı, bilgi alma hakkı, özel yaşam aile konut haberleşme özgürlüğü, kötü muamele ve istismardan korunma hakkını; *sosyal-ekonomik ve kültürel hakları* içinde, sağlık, sosyal güvenlik, eğitim ve engelli haklarını; *korunma hakları* içinde, ana babası tarafından yetiştirilme ve onlara karşı korunma, ana babadan ayırma yasağı, ailesi dışında korunması, özel durumdaki çocukların korunması, istismara karşı korunma, suçlu sürüklenmiş çocukların ko-

tüm kararlar ile çocuğun merkezinde bulunduğu tüm meselelerde onun üstün yararına uygunluk, ana-babanın yanı sıra devletin tarafı olduğu idari ve yargısal faaliyetler bakımından da belirleyici ölçüttür. Bu itibarla modern hukuklarda devlet, çocuğun hem temel haklarının korunmasının hem de ona ilişkin kararlarda üstün yararına uygunluk ölçütünün hayata geçirilmesinin, öncelikle denetleyicisi, gerektiğinde doğrudan uygulayıcısı olmakla -velayet *hakkının* değil- bir bütün olarak velayet *ilişkinin*, en üst kapsamda tarafı, ilgisidir.

SONUÇ

Toplumun en yaygın ve ağırlıklı biçimde zayıf kesimini oluşturan çocukların doğdukları andan ergin oldukları zamana kadar bakılıp korunmaları, yetiştirilmeleri, eğitilmeleri, eski hukuk sistemlerinden beri onları dünyaya getiren ana-babalarının yetki ve sorumluluğunda kabul edilmiştir. Böylece, tabii ve hukuki bir kavram olan soybağıyla bütünleşik ana-babalık olgusu, çocuk üzerinde, anlam ve niteliği zamanla değişerek günümüzdeki velayet müessesesine dönüşen, hukuki bir egemenlikle birleşmiştir.

Çocuk üzerindeki egemenliğin geçmişteki en sert görünümü, tüm diğer aile fertleriyle birlikte çocuklar üzerinde de mutlak bir yönetici ve yargıç olan Roma hukukundaki Pater Familias'dır ve bu dönemde çocuk üzerindeki egemenlik, neredeyse mülkiyete yakındır. Pater Familias'ın aile içinde adeta devlet yetkilerini kullanması, devletin, aileyi henüz tanzim etmeyerek baba otoritesine bıraktığı bu dönemin siyasi ve sosyal yapılanmasıyla yakın bir ilişki içindedir; nitekim, babanın sahip olduğu geniş yetkiler, devletin güçlenmesine paralel şekilde ailenin içişlerine müdahale eder hale gelmesiyle giderek azalmıştır. Birçok eski hukuk sisteminde aile düzeninin karakteristik ögesi olan mutlak baba egemenliği, benzer süreçlerden geçerek zaman içinde değişime uğramış ise de, Avrupa'nın sosyal ve siyasi yapısını etkileyen Fransız devrimi sonrasında dahi bu çağın bireyci/liberal atmosferi içinde yapılan hukuki düzenlemelerde henüz *çocukların insan haklarını koruyucu* bir anlayışa rastlanmamaktadır. Bu durumun en çarpıcı görünümü Fransız Medeni Kanunu'nda çocuk üzerindeki egemenliğin halen "*baba iktidarı/kudreti*" olarak kavramsallaşmış olmasıdır. Baba iktidarı, hem çocuk üzerindeki egemenliğin güç/tahakküm odaklı olması hem de bu gücün sadece babaya ait kılınması bakımından, modern hukuk düzenlerinde ki velayet anlayışının uzağındadır. Çocuk üzerindeki egemenliğe annenin eşit katkı-

runması, savaş ortamındaki çocukların korunması haklarını saymaktadır. Yazar, bunlardan, ana baba tarafından yetiştirilme ve onlardan ayırma yasağı ile istismara karşı korunmasını, çocuğun hem kişisel hakları hem korunma hakları içinde kabul ettiği görülmektedir. Bunlara ilaveten, yazar, çocuğun katılım haklarını da dördüncü bir kategori olarak kabul etmekte ve görüş ve düşüncelerini açıklama, bilgi edinme, vicdan ve din özgürlüğü, dernek kurma ve barışçı toplanma özgürlüklerini bu dördüncü kategori altında ele almaktadır, bkz. Fendoğlu, s. 73-74.

lının sağlanması ve egemenliğin, güç/tahakküm merkezli olmaktan çıkarak, sorumluluğun esas kılındığı bir paradigma değişimine uğraması, Dünya Savaşlarının da geride bırakılmasını ve bu dönemlerin acı tecrübeleri neticesinde, aile hukukundan bağımsız, insan hakları doktrinine paralel bir çocuk hakları (=çocuğun insan hakları) doktrininin gelişimini gerektirmiştir. Bu gelişmeler, karşılaştırmalı hukukta medeni kanunlardaki velayet terminolojisini de etkileyerek, ana-babanın çocuk üzerindeki egemenliğini, sorumluluk esaslı bir ebeveyn ihtimamı, bakım ve özen ödevini ifade eden bir terminolojiye kavuşturmuştur.

Türk hukukunda ise çocuk ile ana-baba arasındaki ilişkinin soybağının ötesinde hukuki bir egemenliği de ifade eden görünümü *-velayet-*, karşılaştırmalı hukuktaki bu gelişmelerle tam örtüşen bir tarihsel geçmişe dayanmaz. Türk hukukunda velayetin tarihçesi, genellikle İslamiyet öncesi ve sonrasını esas alan bir perspektifte değerlendirilmektedir. Fakat geçmişteki baba egemenliği, farklı kapsam ve ağırlıkta bulunmakla birlikte, yine karakteristik bir öge olarak, Türk hukukunun tarihsel okumalarında da mevcuttur. Bu sebeple, -sevme, yardım, himaye, otorite, idare, temsil, üstlenme gibi birçok anlamı birlikte içeren etimolojisi sebebiyle- terminolojisine ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalardan, fikrimizce, kaçınarak; fakat anlam ve içeriğinin zaman içerisinde geçirdiği dönüşüme şüphesiz işaret edilerek, velayetin hukuki niteliğinin Türk hukukunda da tartışılmasına ihtiyaç vardır.

Türk hukukunda velayetin *ana-baba lehine* ve *sadece* hak teşkil ettiği yönünde yaklaşımlara rastlanmamakla birlikte, geçmiş literatür, velayetin hak yönüne daha fazla vurgu yapmakta; bu *hakkın* mutlaklığından, hatta ana-babanın kişilik hakkı niteliğinde olduğundan bahsetmektedir. Ayrıca velayetin hak niteliğinin yanında, ana-babaya yüklediği yükümlülükler de işaret edilmektedir. Yine literatürde, velayetin, yükümlülük esaslı tanımlanması da sözkonusu olmakla birlikte, hâkim görüşün, velayeti hem hak hem yükümlülük olarak nitelendirdiği görülmektedir; hatta bu görüşün bazı yazarlarca "*yüküm-hak*" şeklinde kavramsallaştırılması da sözkonusudur. Velayetin niteliğine ilişkin olarak Türk hukukunda ileri sürülen görüşlerde, pek çok isabetli yön bulunmaktadır; bununla birlikte velayetin niteliğini izah sözkonusu olduğunda, hak, yetki, ödev, yükümlülük, kişilik hakkı gibi kavramların, özel hukuktaki teknik anlamlarından uzaklaştığı da fark edilmektedir. Ayrıca fikrimizce, velayetin bir yüküm-hak olduğunun kabulü halinde dahi, böyle bir sentez bakımından hangi hakkın veya yükümlülüğün kime/ kimlere karşı olduğunun tespitine yine ihtiyaç vardır. Bu tespit için, fikrimizce, velayetin nitelendirilmesinden önce, içerdiği ilişkilere odaklanılması gerekir.

Hukuk felsefesinde, hak kavramına değil, hukuki ilişkilerin içeriğine ve ilgililerinin davranış biçimlerine odaklanılarak, birçok farklı anlamda kullanılan hak

kavramının sınırlandırılması, Amerikalı hukukçu Hohfeld'in hak analizini hatırlatmaktadır. Hohfeld'in hakkı, dar anlamda, bir muhataba yöneltilebilen taleple eşdeğer gören ve zıt karşılığına (karşıtına) yükümlülük kavramını yerleştiren yaklaşımı, başka bazı açılardan eleştirilebilir olsa da, velayet gibi birden fazla ilişki içermesi sebebiyle bazı kavram karışıklıklarına zemin hazırlayan bir müessesenin çözümlenmesinde, hatırlanması gereken bir yaklaşımdır. Aksi halde velayetin, çocuğu yönetme, temsil, onun hayatına ilişkin kararlar alma yönünde ana-babaya sağladığı bazı yetkilerin, özel hukuktaki başka yetkilere benzer şekilde, (sübjektif) hakka dayanan bir yaklaşımla açıklanması kaçınılmaz olmaktadır. Oysa velayette, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişki, *karşılıklı* hak ve yükümlülüklerle dayanmamaktadır; velayet "yüküm-hak" olarak nitelendirildiğinde dahi hem haklar, hem yükümlülükler, aynı tarafa '*ana-babaya*' aittir ki, bu halde sözkonusu kavramların, özel hukuktaki teknik anlamlarıyla kullanılmakta oldukları zaten iddia edilemez.

Çocuk ile ana-babası arasındaki ilişki, dünyaya geldiği ilk andan kural olarak ergin olmasına kadar geçecek süre içerisinde, kapsam ve etkisi giderek azalan bir şekilde yetişkinlerin bakım ve ilgisine muhtaç çocuklar üzerinde, yine onların muhtaçlık hallerine paralel olarak giderek azalan bir kapsamda kurulu tâbiyet bağıdır. Bu ilişkinin şekilsel analizi, Hohfeld'deki yetki anlayışının, (sübjektif) haktan değil, doğrudan hukuktan doğan ve ancak hukuka (hukukun tasarımına) bağlı kaldığında geçerlilik/meşruiyet kazanan yapısıyla izah edilebilir. Velayetin hak olarak nitelendirilmesi, ana-babanın sadece üçüncü kişilere karşı talepleri yönündendir. Bunun anlamı, velayetin ana-babadan (TMK m.335/I,c.2) ve çocuğun ana-babasından (TMK m.339/IV), yasal bir sebep bulunmadıkça alınamaması/alıkonamaması, velayetten doğan yetkilerin hukuka uygun kullanımı halinde, üçüncü kişilerin ana-babaya müdahale etmeme yükümlülüklerinin bulunmasıdır. Sözkonusu yükümlülüğün devletle birlikte belirsiz bir çevreyi kapsıyor olması dolayısıyla, ana-babanın bu hakkı, mutlak karakterlidir; fakat burada mutlak *hak-kın* konusu, çocuğun kendisi, şahsı veya bedeni değil, üçüncü kişilerin ana-babanın yetkilerine müdahalesinin engellenmesi talebidir. Çocuk da velayetten doğan sözkonusu hakka, ana-babayla birlikte sahiptir.

Ana-babanın velayetten doğan ve devletle birlikte tüm üçüncü kişilere karşı müdahale edilemezlik talebiyle korunan yetkilerinin sınırını, hukuk düzeni oluşturur. Çünkü ana-babanın velayetten doğan yetkilerinin kaynağı irade özerkliğinin hüküm sürdüğü özel hukuk sahasında kullanılıp kullanılmaması sahibinin iradesine terkedilmiş ve sınırları bakımından da kural olarak keyfiliği içeren bir *hakka* dayanmamaktadır. Sözkonusu yetkilerin kaynağı, Türk Medeni Kanun'un hükümleriyle birlikte, çocuğun anayasal hakları ve modern insan hakları hukuku-

nun tüm kazanımlarını da kapsar bir biçimde, doğrudan doğruya *hukuk düzenidir*. Çünkü çocuk; bakım, eğitim, korunma, temsil gibi ihtiyaçları sebebiyle ana babasına tâbi olmakla, onlara karşı eşitsiz bir konumda bulunsa da, devlet nezdinde ana-babasıyla eşit bir vatandaşdır ve tüm vatandaşların devlete karşı sahip olduğu temel haklar, bu defa *çocuğun insan hakları* olarak devleti çocuğa karşı yükümlü kılmaktadır. Böylece velayet hukuku bakımından öncelikle düzenleyici, gerektiğinde müdahale edici işleviyle devletin, velayetteki ilişkiler bütününe en üst düzeyde taraf/ilgili olduğunun, tespit ve kabulü gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Türk Medeni Kanunu’ndaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velâyetle Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 1-73.
- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, İstanbul, 2023.
- Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021.
- Akdi, Murat, “Ana-Babanın Çocuğun Fotoğraf ve Görüntülerinin Sosyal Medyada Yayınlanmasından Doğan Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 123-144.
- Akyüz, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2020 (çocuk hukuku).
- Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Milli Eğitim Basımevi 2000 (çocuğun güvenliği).
- Akyüz, Emine, Hâkimin Velayet Hakkına Müdahalesi (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1974 (tez).
- Algan, Müjgan, Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Altunkaya, Mehmet, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 111-129.
- Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Medeni Hukuk C. I, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Arsal, Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk I (İslamiyet’ten Önceki Devir), İstanbul, 1947.
- Ayanoğlu, Ahu, “Velayetin Ana Babaya Yüklelediği Görev ve Yetkilerin Kullanılmasının Üçüncü Kişilere Bırakılması ve Sınırları”, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 269-281.
- Aydoğdu, Burçin, Kazanılmış Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Açısından Temellendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Baktır Çetiner, Selma, Velayet Hukuku, Ankara, 2000.
- Başoğlu, Başak, “Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 1, s. 347 - 364.
- Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Baygın Cem/ Doğan Murat, “Çocuk Mallarının Kullanılması, Yönetilmesi ve Sarfı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 9, S. 1-2, s. 379 - 427.
- Berki, Şakir, Velayetin Küçüğün Şahsı ve Malları Bakımından Şümüülü, Ankara, 1970.
- Beysan, Nazime, Hak Kavramının Hukuk Felsefesi Bakımından Analizi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

- Binark, Naile, "Kutadgu Bilig'de Evlenme, Aile ve Çocuk Terbiyesi" Türk Kültürü Dergisi, S. 98, 1970 (Kutadgu Bilig Özel Sayısı), s. 174-179.
- Can, İslam, "Ailenin Tarihsel Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, s. 57-79.
- Çakırca, Seda İrem, "Bebeklik Dönemi Aşı Uygulamalarının Velayet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2022, C. 80, S. 4, s. 1105 - 1138.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2015, S. 23, s. 45-84, (arabuluculuk).
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, "Boşanmada Ortak (Birlikte) Velayetin Kabulü Sonrası Türk Hukukundaki Durum Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, S. 59, s. 301-344, (ortak velayet).
- Doğan, İsmail, Türk Aile Sosyolojisi, Pegem Akademi, Ankara, 2016.
- Doğan, Mazlum, Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Ankara, 2024.
- Gençcan, Ömer Uğur, Velayet Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Ankara, 2015.
- Dural, Mustafa/ Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Erdem, Meryem Işıl, "Sosyal Medyada Sharenting Kavramı ve Ulusal Mevzuatta İncelenmesi", Külliye, Y. 2022, C. 3, S. 2, s. 165 - 183.
- Erdem, Tefvik, Sosyoloji Notları, 4. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, 2019.
- Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2024.
- Erdoğan, İhsan/ Keskin, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku), 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Erlüle, Fulya, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Genç, Mustafa, "İslam Hukukunda Velayetin Mahiyeti", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 7, S. 6, s. 204 - 227.
- Gökalp, Ziya, Türk Medeniyeti Tarihi, 1976.
- Gönenç, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Görgülü, Ülfet, "Hukukun Öznesi Olarak Kadın: İslam Hukuku Ekseninden Bir Bakış", Kadın ve Kültür, Ed: Fulya Bayraktar/ Zeliha Kayahan, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 81-93.

- Gülfidan, Osman Serkan, “Hak ve Yükümlülük Bağlantısı Çerçevesinde Milli Egemenlik-İnsan Hakları İlişkisi: Hohfeld’in Hak Analizi Üzerinden 1921 Anayasası’nın Yapısal Devrimi”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İnsan Bilimleri Dergisi*, Y. 2022, C. 3, S. 1, 1-18.
- Güneş Ceylan, Seldağ Roma Hukukundan Günümüze Velayet - Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınları, 2004.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 14. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019.
- Güvenç, Özgür, “Çocuk Mallarının Yönetimi”, *Türk Hukukunda Çocuk*, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkıs Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 457-505.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul, 1993.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 3. Printing, Yale University Press, New Haven and London, 1964 (first printing, 1919).
- İmamoğlu, Hülya, “Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velayete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2004, C. 54, S. 1, 165-90.
- İnan, Ali Naim, *Çocuk Hukuku*, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara, 1997.
- Karakoç, İrem, “Bir İslam Hukuku Müessesesi Olan Hidane Hakkının ve Osmanlı Aile Hukukunda Uygulanışının İzmir Şer’iyye Sicillerinde Yer Alan Bir Karar Örneği Üzerinden İncelenmesi” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2015, C. 19, S. 3, s. 151-206.
- Keskin, A. Dilşad “Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. IX, S. 2, s. 27-60.
- Keskin, A. Dilşad, *Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı (Selbstbestimmungsrecht)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Makaracı, Aslı Başak/ Çevik, Seda Öktem, “Bebeklik Dönemi Zorunlu Aşı Uygulamaları”, *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380.
- de la Morandière, Julliot, “Fransız Medeni Kanunu’nun Tadili, Konferans”, Çev. Kemal Tahir Gürsoy, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1950, C. 7, S. 3, s. 414-425.
- Oğuzoğlu, Cahit, “Velayetin Medeni Hukuktaki Ehemmiyeti”, *Adalet Dergisi*, Y. 1940, S. 11, s. 984-1004.
- Okur Gümrükçüoğlu, Saliha, “Osmanlı Hukuk Uygulamasında Kadının Çocuğu Üzerindeki Velayet ve Vesayet Hakkı” *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 105-144.

- Öcal Apaydın, Bahar/ Selim, Hışım, "Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 285-323.
- Özay, Osman Levent, "Çocuğa Aşı Yapılması Konusunda Ana ve Baba Anlaşmazlığının İsviçre Federal Mahkemesi'nin 16 Haziran 2020 Tarihli Kararı (BGE 146 III 313) Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 1, s. 325-355.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, A. Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Öztürk, Huriye Reyhan, Türk Medeni Hukukunda Velayet ve Bunun Çocuğun Şahsı Bakımından Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (basılmamış yüksekisans tezi: Danışman, Mehmet Ünal), Ankara, 2000.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, Hukuka Giriş, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Schwarz, Andreas B, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1947.
- Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2017.
- Söğütlü, Özlem, Roma Özel Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Şahin Ceylan, Şule, "Wesley Newcomb Hohfeld'in Temel Hukuk Kavramlarına Kısa Bir Bakış", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 8, S. 1, s. 9-27 (Hohfeld).
- Şahin Ceylan, Şule, "İnsan Hakları: Hukuk ile Ahlak Arasında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2019, C. 18, S. 2, s. 193-222 (insan hakları).
- Şener, Mehmet, "İslam Hukukunda Velayet I", Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Y. 1986, S. 2, s. 203-221.
- Şirin, Memduh Cemil, "Çocuk Hukuku Ne Değildir?", Çocuk ve Medeniyet, Y. 2016, C. I, S. 1, s. 49-59.
- Topal, Şevket, "Korunmaya Muhtaç Çocukların Bakımı ve Gözetimi Açısından İslam Hukukunda Velayet ve Vesayet Yetkisi", Y. 2006, C. 6, S. 2, s. 249 - 273.
- Topuz, Murat, "Çocuğun Kişilik Haklarının Ebeveynine Karşı Korunması", Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Ed: Aslı Makaracı Başak; Seda Öktem Çevik; Gülen Sinem Tek, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 363-380.
- Tuğ Levent, Gaye, Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Turğut, Faruk, "Genel Olarak Aile", Sistematik Aile Sosyolojisi, Ed: Mustafa Aydın, Çizgi Kitabevi, Konya/ İstanbul/ Ankara, 2019, s. 15-34.
- Üçok, Coşkun/ Mumcu, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 1999.
- Üstün, Kamile Türkoğlu, "Çocuğun İdari Karar Alma Süreçlerine Katılım Hakkı", Türk Hukukunda Çocuk, Ed: Ersin Erdoğan/ Belkıs Vural Çelenk/ Özgün Özyüksel, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 37-76.

Uydu Yücel, Mualla, Türk Tarihine Giriş, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, İstanbul, 2022.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II (Aile Hukuku), İstanbul, 1949.

Yıldırım Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara, 2021.

Yılmaz, Canan, Velayet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

Yılmaz, Süleyman, Medeni Hukuk C. III, Aile Hukuku, Ankara, 2023.

Zevkliler, Aydın/ Cumalıoğlu, Emre/ Acabey, Beşir, Medeni Hukuk III, Aile Hukuku, Ankara, 2024.

Zorluoğlu Yılmaz, Ayça, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 29, S. 4, s. 3383 - 3417.

Elektronik Kaynaklar

<https://islamansiklopedisi.org.tr/velayet--fikir>.

<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/velayet>.

The Law Applicable to Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies^(*)

Merkez Bankası Dijital Para Birimleri ile İlgili Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe ARIKAN^(**)

Abstract:

In an environment where more than half of the states in the world aim to issue their own digital currencies, it is important to determine the law applicable to central bank digital currencies. One of the reasons that led to the emergence of Central Bank Digital Currencies, a digital form of fiat money issued by the central bank, is their ability to facilitate cross border transactions, which also introduces the element of foreignness when Central Bank Digital Currencies are used in cross border transactions. Because Central Bank Digital Currencies do not have physical existence like paper money and are intangible, the law applicable to disputes regarding Central Bank Digital Currencies also varies. It is aimed to classify disputes regarding Central Bank Digital Currencies and determine the applicable law. The most appropriate solution in terms of applicable law in Central Bank Digital Currency related proprietary disputes is to determine the law of the state where the issuer has its statutory seat as the applicable law, unless a choice of law has been made in the digital asset itself or in the system in which it is recorded. In disputes between intermediaries and end users, the most appropriate solution would be to choose the law in the agreements between them.

Keywords:

Central Bank Digital Currency (CBDC), Applicable Law, Legal Tender, Statutory Seat of the Issuer, Digital Asset.

Öz:

Dünyada devletlerin yarısından fazlasının kendi dijital para birimlerini ihraç etmeyi hedeflediği bir ortamda merkez bankaları dijital para birimlerine uygulanacak hukukun belirlenmesi önem arz etmektedir. Merkez bankası tarafından çıkarılan yasal para biriminin dijital bir biçimi olan Merkez Bankası Dijital Para Birimlerinin ortaya çıkmasına yol açan nedenlerden biri, sınır ötesi işlemleri kolaylaştırma özelliğidir ki bu aynı zamanda Merkez Bankası Dijital Para Birimlerinin sınır ötesi işlemlerde kullanılmasıyla yabancılık unsurunu da ortaya çıkarır. Merkez Bankası Dijital Para Birimlerinin kağıt para gibi fiziksel varlıkları olmadığından ve maddi olmadığından, Merkez Bankası Dijital Para Birimleri ile ilgili anlaşmazlıklara uygulanacak hukuk da farklılık gösterir. Merkez Bankası Dijital Para Birimleri ile ilgili uyuşmazlıkların vasıflandırılması ve böylece uygulanacak hukukun belirlenmesi amaçlanmaktadır. Merkez Bankası Dijital Para Birimi ile ilgili mülkiyet uyuşmazlıklarında uygulanabilir hukuk açısından en uygun çözüm, dijital

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 18.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 02.02.2025.

^(**) Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Balıkesir - Türkiye,

E-posta: gokce.arikan@balikesir.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-0883-1795>.

varlığın kendisinde veya kaydedildiği sistemde bir hukuk seçimi yapılmadığı sürece, ihraç edenin yasal merkezinin bulunduğu devletin hukukunun uygulanmasıdır. Aracılar ile son kullanıcılar arasındaki uyumsuzluklarda, aralarındaki sözleşmede hukuk seçimi yapılması en uygun çözümdür.

Anahtar Kelimeler:

Merkez Bankası Dijital Para Birimi (CBDC), Uygulanacak Hukuk, Yasal Ödeme Aracı, İhraç Edenin Yasal Merkezi, Dijital Varlık.

INTRODUCTION

In an environment where it is estimated that 93% of central banks are exploring CBDC (Central Bank Digital Currency) in 2022 and 58% are considering issuing retail CBDC in the short or medium term¹, it is important to examine CBDC as a digital asset² in terms of Private International Law (PIL). Then, the fact that citizens and businesses can directly purchase other countries' CBDCs through distributed payment networks or digital wallets, easily bypassing the local currency payment system and foreign exchange management system, and without incurring additional fees and unfavorable exchange rates, makes the use of CBDCs in a cross border context more important³.

Given that no central bank plans to eliminate paper money, digital money and paper money will continue to coexist harmoniously for now⁴. However, it

¹ HCCH, Exploratory Work: Private International Law Aspects of Central Bank Digital Currencies (CBDCs), Prel. Doc. No 4 of January 2024, p. 3, <https://assets.hcch.net/docs/410f9f34-3360-4d22-87ff-0876377a3d87.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

² UNIDROIT, Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law, 2023, p. 16, <https://www.unidroit.org/wpcontent/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

³ Chaowei XU / Banggui JIN, "Digital Currency in China: Pilot Implementations, Legal Challenges and Prospects", (Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law, 2022, Vol. 12, Iss. 2, p. 177-194), p. 188.

⁴ Michael Lloyd, Central Bank Digital Currencies the Future of Money, Agenda Publishing, 2023, p. 19; Joseph Huber, The Monetary Turning Point: From Bank Money to Central Bank Digital Currency (CBDC), Palgrave Macmillan, Switzerland, 2023, p. 93; Tommaso Mancini Griffoli/ Maria Soledad Martinez Peria/ Itai Agur/ Anil Ari/ John Kiff/ Adina Popescu/ Celine Rochon, "Casting Light on Central Bank Digital Currencies", 2018, IMF Staff Discussion Note, p. 1-39, <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/11/13/Casting-Light-on-Central-Bank-Digital-Currencies-46233> (date accessed: 18.12.2024); Muhammad Ashfaq/ Rashedul Hasan/ Jošt Merčon, Central Bank Digital Currencies and the Global Financial System, Walter de Gruyter, 2023, p. 77; Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, COM/2023/369 final, COM(2023) 369 final, 2023/0212(COD), Brussels, 28.6.2023, par. 6, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0369> (date accessed: 18.12.2024); The digital Turkish lira is planned to be offered for circulation upon request and to complement, rather than compete with, physical money. In this context, the digital Turkish lira aims to overcome the spatial limitations of the banknote the digital Turkish lira is planned to be offered for circulation upon request and to complement, rather than compete with, physical money., TCMB (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası), Dijital Türk Lirası Birinci Faz Değerlendirme Raporu, 2023, p. 36, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/509a3c6c-d906-4099-aa27-d1900d9227fc/>

will not be possible for paper money to compete with CBDC when the full potential of CBDC is taken into account. The fact that users can easily and cheaply access CBDCs of other central banks for remittances, travel or trade is one of the qualities that will make CBDCs more preferable⁵. CBDCs, a secure and liquid digital asset that reduces the number of financial intermediaries and payment risk, are expected to be increasingly adopted by central banks⁶. Since the issuance of CBDCs by a central bank differentiates them from cryptocurrencies, the elimination of instability and risks in cryptocurrencies has the potential to make CBDCs the preferred option over cryptocurrencies as well⁷.

The foreign element that arises from the use of CBDCs, especially in cross-border transactions, requires the determination of the law applicable to disputes related to CBDCs⁸. However, there is no legal regulation yet that determines the law applicable to such disputes. Designed to facilitate transactions involving digital assets⁹ and intended to serve as a guide to ensure that States' private law is consistent with best practice and international standards regarding the holding, transfer and use of digital assets as collateral¹⁰, UNIDROIT's Digital Assets and Private Law Principles (The UNIDROIT Principles) provide guidance in determining the applicable law in disputes regarding CBDCs as a digital asset. This research article, which examines the law applicable to disputes regarding CBDCs from the perspective of the UNIDROIT Principles, consists of four chapter; CBDC's scope and definition, CBDCs overview, CBDC as a legal tender, and applicable law to CBDC.

I. CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCY'S SCOPE AND DEFINITION

In order for a medium to be accepted as money in the economy, the three basic functions it must fulfill are; being suitable for exchange in return for goods and services (medium of exchange function), being the reference unit of value of various goods (unit of account function) and ensuring the accumulation of

Dijital+Türk+Lirası+Birinci+Faz+Değerlendirme+Raporu.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOT WORKSPACE-509a3c6c-d906-4099-aa27-d1900d9227fc-oO.7xaH (date accessed: 18.12.2024).

⁵ Raphael Auer/ Philipp Haene/ Henry Holden, Multi-CBDC Arrangements and the Future of Cross-Border Payments, BIS (Bank for International Settlements), Monetary and Economic Department, BIS Papers No 115, March 2021, p. 12, <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap115.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

⁶ André Reslow/ Gabriel Soderberg/ Natsuki Tsuda, Cross-Border Payments with Retail Central Bank Digital Currencies Design and Policy Considerations, International Monetary Fund, May 2024, p. 4, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2024/05/15/Cross-Border-Payments-with-Retail-Central-Bank-Digital-Currencies-547195> (date accessed: 18.12.2024).

⁷ Ashfaq/ Hasan/ Merçon, p. 139.

⁸ Caroline Kleiner, Blockchain and Private International Law, Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani (eds.), Brill/Nijhoff, 2023, p. 354.

⁹ UNIDROIT, p. 1.

¹⁰ UNIDROIT, p. 9.

values without losing value over a certain period of time (store of value function)¹¹. In this sense, money, which is a store of value, is distinguished from payment instruments such as credit cards or checks used for value transfer. CBDCs issued by central banks are undoubtedly money in the economic sense, since the three basic functions a tool must fulfill in order to be accepted as money in the economy are not significantly affected by the digital representation of the currency¹².

The 2021 BIS annual report defines CBDCs as “a form of digital money, denominated in the national unit of account, which is a direct liability of the central bank”¹³. A CBDC is a digital form of legal currency issued by a central bank. In this sense, central banks are responsible for issuing and managing a CBDC, which is similar to cryptocurrencies in that it uses a digital ledger to facilitate fast and secure digital transactions; this may or may not be based on blockchain technology¹⁴.

CBDC can generally be defined as a digital representation of a nation’s fiat currency, issued and regulated by the central bank¹⁵. For example according to the European Union’s definition of the Digital Euro, it means the digital form of the single currency available to natural and legal persons¹⁶. Central Bank Digital

¹¹ The Opinion of the Advocate General Pitruzzella, *Johannes Dietrich and Norbert Häring v Hessischer Rundfunk*, Joined Cases C-422/19 and C-423/19, 29 September 2020, par. 77, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CC0422> (date accessed: 18.12.2024); Leo Kriese, Central Bank Digital Currency - A Technical, Legal and Economic Analysis, Springer, 2023, p. 105; “Money, which represents a store of value, may be distinguished from a payment instrument such as a credit card or cheque that is used to transfer value.”, Bank for International Settlements (BIS), Central Bank Digital Currencies: Legal Aspects of Retail CBDCs, November 2024, p. 4, https://www.bis.org/publ/othp88_legal.pdf (date accessed: 18.12.2024).

¹² Kriese, p. 106.

¹³ BIS, BIS Annual Economic Report 2020/21, <https://www.bis.org/about/areport/areport2021.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

¹⁴ Ashfaq/ Hasan/ Merçon, p. 77; It is proposed to use a software-only, token-based CBDC without Distributed Ledger Technology (DLT). see, “DLT is an interesting design if no central party is available or if the interacting entities are not willing to agree on a trusted central party. However, this is hardly the case for a retail CBDC issued by a central bank. Distributing the central bank’s ledger with a blockchain merely increases transaction costs; it does not provide tangible benefits in a central bank deployment. Utilizing DLT to issue digital cash may be useful if there is no central bank to start with (...) or if the explicit intention is to do without a central bank (e.g. Bitcoin).”, David Chaum, Christian Grothoff, Thomas Moser, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers, March 2021, <https://cognizium.io/uploads/resources/SNB%20-%20How%20to%20Issue%20a%20central%20bank%20digital%20currency%20-%202021%20March.pdf>, (date accessed: 10.01.2025); Kleiner, p. 352.

¹⁵ Tayo Tunyathon Koonprasert/ Shiho Kanada/ Natsuki Tsuda/ Edona Reshidi, Central Bank Digital Currency Adoption Inclusive Strategies for Intermediaries and Users, Fintech Note, International Monetary Fund, September 2024, p. 1, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2024/09/21/Central-Bank-Digital-Currency-Adoption-Inclusive-Strategies-for-Intermediaries-and-Users-555118> (date accessed: 18.12.2024).

¹⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, art.2/1.

Currency is defined as the digital form of a sovereign country's currency, and Digital Turkish Lira is also expressed as the digital form of the Turkish Lira¹⁷.

The UNIDROIT Principles consider a CBDC to be digital assets, even though they are an electronic record subject to control. Accordingly, "*digital asset means an information which is stored in an electronic medium and capable of being retrieved which is capable of being subject to control*" (The UNIDROIT Principles art.2/2). Digital asset is defined as information stored in an electronic medium that can be controlled and retrieved CBDCs are digital asset that is not sensory perceptible and spatially bounded¹⁸. In this sense, the UNIDROIT Principles recommend that States explicitly state in their legislation that digital assets can be the subject of proprietary rights¹⁹. In an environment where crypto assets are considered to be objects to property rights²⁰, CBDCs should also be considered to be objects to property rights²¹.

II. CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCIES OVERVIEW

There are currently 36 ongoing CBDC pilots, including a digital Euro, while the Bahamas (*Sand Dollar*), Jamaica (*JAM-DEX*), Nigeria (*eNaira*) and Eastern Caribbean Economic and Currency Union (*DCash*) have launched a full CBDC²². There are CBDCs in the pilot phase, such as the People's Bank of China's CBDC (*DC/EP*), as well as CBDCs in the project phase, such as *Jasper* in Canada, *Ubin* in Singapore, and *RScoin* in the UK²³. Although it is not possible to say that CBDCs are the new systemically dominant type of money today, it is expected that this result will be achieved in the future²⁴.

CBDC is a public and private partnership that fosters competition and preserves the competitive advantages of digital currency providers. In this model, the public sector is responsible for ensuring trust, while the private sector focuses on providing customer service, designing user friendly interfaces, and encouraging innovation²⁵. For example, the Central Bank of the Republic

¹⁷ TCMB, p. 10.

¹⁸ Kriese, p. 101.

¹⁹ UNIDROIT, p. 24.

²⁰ Law Commission, Digital Assets: Consultation Paper, Law Com No 256, 28 July 2022, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaece923f/uploads/sites/30/2022/07/Digital-Assets-Consultation-Paper-Law-Commission-1.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

²¹ BIS, Legal Aspects of Retail CBDCs, p. 10.

²² Atlantic Council Geoeconomics Center, <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/> (date accessed: 18.12.2024).

²³ XU/ JIN, p. 179.

²⁴ Huber, p. 87.

²⁵ Ashfaq/ Hasan/ Merçon, p. 57.

of Turkey reached a bilateral agreement with ASELSAN, HAVELSAN and TUBITAK in 2021 for the Digital Turkish Lira, whose R&D studies were initiated in 2020 and the first pilot test was implemented in 2022²⁶.

Diversifying the monetary policy tools used by central banks, increasing safety of the financial system, promoting competition and innovation in payment systems, maintaining income in the form of a mint annuity in the conditions of limiting the issuance of cash, solving problems related to limiting the creation of money as a result of nonbank financing, counteracting financial exclusion are among the reasons why states are turning to the use of CBDC²⁷. The declining use of cash²⁸, the technological change in payment transactions such as contactless payment, mobile payment, cryptocurrencies and stablecoins, the protection of users from oligopolies in the digital payments sector, ensuring political independence in payment transactions, payments from anywhere to anywhere at any time, even across borders, simpler and faster transactions²⁹, lower user fees expected due to this, and most importantly, programmability³⁰, which will become even more important in the internet of things³¹ are among the reasons for the ascent of CBDC³². With the digital euro, the European Central Bank aims to support the digitalisation of the economy, strengthen the strategic independence of the EU, avoid digital dollarisation, strengthen the international role of the euro and improve the costs and ecological footprint of the monetary and payment systems³³.

²⁶ TCMB, p. 7.

²⁷ Ben Dyson/ Graham Hodgson, Digital Cash: Why Central Banks Should Start Issuing Electronic Money, Positive Money, 2016, p. 1-2, <https://www.datocms-assets.com/132494/1717792148-digital-cash-positive-money.pdf> (date accessed: 18.12.2024); Aleksandra, "Central Bank Digital Currency (CBDC): Barriers to Its Introduction", *Annales Universitatis Mariae Curie- Skłodowska*, (2023, Vol. 57, Iss. 2, p. 67-86), p. 72.

²⁸ In Sweden, for example, it is estimated that less than 10 per cent of payment transactions currently involve cash., Lloyd, p. 18.

²⁹ Research suggests that the primary purpose of digital currencies is to facilitate business to business transactions., Ashfaq/ Hasan/ Merçon, p. 78.

³⁰ The programmability of digital tokens and the ability to be linked to smart contracts are also envisaged for CBDCs., OMFIF/IBM, Retail CBDCs: The Next Payments Frontier, Official Monetary and Financial Institutions Forum, 2019, London, p. 7, 26, <https://www.omfif.org/wp-content/uploads/2019/11/Retail-CBDCs-The-next-payments-frontier.pdf> (date accessed: 18.12.2024); Deutsche Bundesbank, Digital Money: Options for Payments, Monthly Report, 2021, April, p. 65, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/865166/f28d25bc79a5c78c7cf67d8002b78c81/mL/2021-04-digitales-geld-data.pdf> (date accessed: 18.12.2024); It is anticipated that the digital Turkish lira, if put into circulation, will contribute to increasing the financial inclusion rate, creating a complementary payment channel in line with the principle of uninterrupted and continuous payment operation, ensuring uniformity in digital payments, and creating a base for innovative areas of use by preparing a programmable payments infrastructure., TCMB, p. 11.

³¹ Huber, p. 94.

³² Kriese, p. 9-15.

³³ European Central Bank (ECB), Report on a Digital Euro, October 2020, p. 9, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf (date accessed: 18.12.2024).

Unlike paper money, CBDCs can be transferred online, cross border, and between different currency areas, with the system containing the database relating to them being provided and maintained by the central bank, similar to how the history of digital token transactions is documented in a system database³⁴.

In the current monetary system, the only direct recipients of central bank money are commercial banks, while the non financial corporate sector and the general public only participate indirectly in the system; whereas in the CBDC system, a retail digital money system, (account based for example in Nigeria or token based for example in the Bahamas)³⁵, non financial businesses and individual citizens can also access and hold digital money directly issued to them by the central bank³⁶. Therefore, instead of accessing commercial bank private money backed by central bank money, the CBDC system can establish a direct relationship between the citizen and the central bank³⁷. Whether non financial businesses and individuals can access digital currencies issued by central banks directly or through financial intermediaries, including commercial banks, is a matter to be determined by each state's own regulations. For example, it is planned that access to the Digital Turkish Lira will be possible through financial intermediaries, including commercial banks. Thus, the distribution of the Digital Turkish Lira will be undertaken by banks and licensed participants³⁸.

III. CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCY AS A LEGAL TENDER

Closely related to the concepts of money and currency, legal tender status is generally considered in each jurisdiction to be anything recognized by law as the means of settling debts or satisfying financial obligations³⁹. In some jurisdictions, legal tender is merely a default means of payment, meaning that a currency means of payment has the effect of settling a debt to a creditor without the parties having to accept that form of payment, and hence in these jurisdictions, private businesses

³⁴ Huber, p. 78.

³⁵ Lloyd, p. 49, 129-134.

³⁶ "CBDCs can be released in two ways: They can be created in retail form to be accessible to any user and functional for all transactions, or they can be created in wholesale form, which is only accessible to financial institutions and interbank settlements. Therefore, the general public cannot access it. In the second way, central banks would be responsible for the issuance and distribution of digital money, while private banks could play a significant role in its circulation. Similar to the current fiat money, commercial entities could be responsible for distribution and customer engagement, and CBDCs could also provide financial services and solutions that are at the forefront of innovation.", Ashfaq/ Hasan/ Merçon, p. 49, 68.

³⁷ Lloyd, p. 18.

³⁸ TCMB, p. 20.

³⁹ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 5.

are not required to accept legal tender as payment. In other jurisdictions, acceptance of legal tender as payment is required to settle a debt⁴⁰. While a means of payment can be granted legal tender status only if it is a form of money, not all forms of money are granted legal tender status⁴¹. In this sense, in most jurisdictions, only state issued currency in the form of banknotes and coins is given legal tender status.

According to the Court of Justice of the European Union⁴², the concept of 'legal tender' of a means of payment denominated in a currency unit signifies, in its ordinary sense, that that means of payment cannot generally be refused in settlement of a debt denominated in the same currency unit, at its full face value, with the effect of discharging the debt⁴³.

According to the Proposal on the establishment of the digital Euro, the European Union regulates that the digital Euro shall be granted legal tender status (*art.7*)⁴⁴, subject to exceptional circumstances⁴⁵. The digital euro is intended to be widely accessible, usable and acceptable as a means of payment, being a digital currency with legal tender status denominated in euro issued by the European Central Bank and the national central banks of the Member States whose currency is the euro. Considering that El Salvador became the first country to make bitcoin

⁴⁰ Rosa Maria Lastra, *International Financial and Monetary Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, chapter 1.

⁴¹ BIS, *Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs*, p. 5.

⁴² Judgment of the Court (Grand Chamber), Joined Cases C-422/19 and C-423/19, *Hessischer Rundfunk*, 26 January 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:3AEU:3AC%3A2021%3A63> (date accessed: 18.12.2024).

⁴³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, para. 14.

⁴⁴ "The digital euro should have legal tender status for offline digital euro payment transactions occurring within in the euro area, similarly to euro banknotes and coins which have legal tender status in the euro area.", Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, para. 17.

⁴⁵ While legally, payment using cash involves transferring possession of the paper money or coin from the payer to the payee, exceptions are provided because the need for a special technical system to transfer a CBDC may present difficulties in treating an CBDC as the legal equivalent of cash or subjecting it to the full system of rules applicable to cash in most jurisdictions., BIS, *Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs*, p. 6; "Article 9 defines a set of exceptions to the obligation to accept the digital euro. This set of exceptions includes the right for a microenterprise not to accept the digital euro, unless it accepts comparable digital means of payment. Similarly, a natural person acting in the course of a purely personal activity is not obliged to accept the digital euro. The obligation to accept the digital euro fully respects the contractual freedom of parties, as a payee will furthermore not be required to accept digital euro payments if both the payee and the payer have expressly agreed on a different means of payment prior to the payment. Nevertheless, payees will be prohibited to use contractual terms that have not been individually negotiated (Article 10) as this would result in undermining the mandatory acceptance by payees and the contractual freedom of payers. Article 11 further recognises additional exceptions to the digital euro of a monetary law nature that the Commission is empowered to adopt by means of a delegated act.", Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro.

legal tender through the Bitcoin Law on September 7, 2021⁴⁶, and then the Central African Republic (CAF) became the second country to make bitcoin legal tender in April 2022, the same month that Panama approved its own Crypto Law⁴⁷, granting legal tender status to CBDCs issued by central banks is an expected result of being a digital representation of paper money⁴⁸.

Granting legal tender status to the digital euro is intended to support its availability for payments across the euro area, thus ensuring the continued accessibility of central bank money in its role as a monetary anchor, as paper money alone cannot satisfy the needs of a rapidly digitising economy. Furthermore, the compulsive acceptance of payments in digital euro, as one of the basic conditions for legal tender status, will ensure that people and businesses take advantage of broad acceptance and can make payments in central bank money digitally and uniformly across the euro area⁴⁹. In this sense, the digital euro is intended to have legal tender status for online digital euro payment transactions made to a payee resident or established in the euro area and where the payer is also resident or established in the euro area, as well as for online digital euro payment transactions made to a payee resident or established in the euro area, where the payer is not resident or established in the euro area⁵⁰.

IV. APPLICABLE LAW TO CENTRAL BANK DIGITAL CURRENCIES

A. Classification of Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies

Classification is provided to determine the law applicable to disputes that contain an element of foreignness⁵¹ in private law that is, disputes that concern more than one country or jurisdiction⁵². The foreign element arises in disputes regarding CBDC, in cases where the CBDC is used for cross-border transactions⁵³

⁴⁶ Fernando E. Alvarez/ David Argente/ Diana Van Patten, "Are Cryptocurrencies Currencies? Bitcoin as Legal Tender in El Salvador", Working Paper No. 2022-54, Becker Friedman Institute for Economics at Uchicago, April 2022, p. 4.

⁴⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, para. 16.

⁴⁸ "... it is not so much the conceptual difference of digital assets from fiat currencies that excludes their classification as money.", Matthias, Private International Law in an Era of Change, Morten M. Fogt (ed.), Edward Elgar Publishing, 2024, p. 90.

⁴⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, para. 16.

⁵⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, para. 17.

⁵¹ In a case where there is no foreign element, the question of the applicable law does not arise., John Greenwood Collier, Conflict of Laws, Cambridge University Press, 2001, p. 3.

⁵² Collier, p. 13-14; Maria Carlota Ucin, Research Methods in Private International Law, Xandra Kramer, Laura Carballo Piñeiro (eds.), Edward Elgar Publishing, 2024, p. 55.

⁵³ "one party pays or receives a payment in a currency which is not the one in force in the State where he/she is domiciled-cross-currency payment.", Kleiner, p. 354.

or when the CBDC is used by foreigners in the issuing state of the CBDC. The element of foreignness means that the parties to the case or the subject matter of the case have a connection with a legal system other than the legal system to which the court is subject⁵⁴. Non-resident or non domiciled end users, including tourists, e-commerce consumers, international students, or those who prefer to hold a foreign CBDC for any reason, constitute a foreign element in disputes regarding their CBDC, and in this case, the determination of the applicable law becomes an issue.

The existence of a foreign element in disputes regarding CBDCs requires the determination of the law applicable to the case, for which the case must be classified. The issue of classification consists in determining which juridical concept or category is appropriate in any given case⁵⁵. The theory that classification should be made according to the *lex fori*, that is, that the court should classify according to the categories of its own law, was proposed and became dominant on the Continent⁵⁶. In this sense, whether a dispute regarding CBDCs is about proprietary or about the contractual relationship between the end users and the intermediaries is classified by the law of the forum (*lex fori*).

The points of contact that connects an individual or a subject to a legal system or a jurisdiction is the “*connecting factor*”⁵⁷. The classified disputes are resolved by connecting them to a particular system of law through a “*connecting factor*”. The “*connecting factor*” relates facts to a particular system of law by specifying a particular place⁵⁸. The points of contact that connects an individual or a subject to a legal system or a jurisdiction is the “*connecting factor*”.

⁵⁴ David McClean / Veronica Ruiz Abou-Nigm, Morris: The Conflict of Laws, 10th edition, Sweet & Maxwell, 2021, p. 1-2; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 23th edition, Beta Publishing, 2021, p. 5; Albert Venn Dicey/ J. H. C. Morris/ Lawrence Antony Collins, The Conflict of Laws, 16th edition., Thomson Reuters, 2022, p. 3; Adrian Briggs, The Conflict of Laws, 5th edition, Oxford Academic, 2024, p. 1-2; Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 18th edition, Beta Publishing, 2024, p. 5, 10; Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, 11th edition, Beta Publishing, 2024, p. 5.

⁵⁵ Dicey/ Morris/ Collins, p. 45.

⁵⁶ Another alternative is to classify according to the *lex causae*, that is, the law which governs an issue. However, if the governing law cannot be determined until the classification process is completed and if there are two possible foreign laws that will govern the issue, they will classify the issue differently, making the classification according to *lex causae* an exception. Another theory is to classify according to universal general principles based on *analytical jurisprudence and comparative law* studies. However, it is criticized because there are very few universal principles that can help in this area, it is not practical, and it has a negative effect on the duration and cost of the case., Collier, p. 15-17; Dicey/ Morris/ Collins, p. 16; McClean, David / Ruiz Abou-Nigm, p. 564; Briggs, p. 11.

⁵⁷ Briggs, p. 22.

⁵⁸ A.E. Anton / Paul Beaumont / Peter McEleavy, Private International Law, 3rd edition, W. Green, 2011, p. 17.

Since CBDCs have different characteristics than paper money, the use of CBDCs will bring different issues in terms of Private International Law. In this case, a more appropriate solution would be to establish a framework based on generally accepted the PIL principles rather than strict PIL rules in determining the law applicable to CBDCs⁵⁹.

B. Determining the Applicable Law to Central Bank Digital Currencies

1. Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies Being a Legal Tender

Money of account is a “*legal tender*” recognized by the *lex monetae* as a generally accepted unit of exchange within a State; therefore, it is solely the task of the *lex monetae* to determine what is “*legal tender*”⁶⁰. In this sense, the law applicable to paper money is *lex monetae*, that is, the law governing money of account.

Since there is a law that creates money, it is the State that decides which notes and coins are to be used as *legal tender* for debts and the nominal value to be attributed to them; consequently, each State exercises these sovereign powers over its own currency, there must be a currency law (*lex monetae*) which determines whether particular banknotes or coins have the character of money and, if so, the nominal value to be attributed to them⁶¹.

The *lex monetae* defines the monetary unit in which an obligation is expressed or is to be performed, and the *lex monetae* (the law of the state that gave it a name and a value reference system)⁶² generally govern the identification of the currency that forms the subject matter of the contract, define the amount of the obligation⁶³. The *lex monetae* applies independently of the law applicable to the entire contract and the place of payment, and in particular the place of payment cannot change the selected monetary instrument⁶⁴. The *lex monetae* does not apply to the right to claim compensation for the loss of value of money between the due date and the actual date of payment, or to the existence of the right to terminate an enforceable contract as a result of a

⁵⁹ HCCH, Digital Economy and the HCCH Conference on Commercial, Digital and Financial Law Across Borders (CODIFI Conference): Report, Prel. Doc. No 3A of January 2023, p. 25, <https://assets.hcch.net/docs/a61a1225-2eb0-4fef-8a7e-24ca186b5919.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

⁶⁰ Dicey/ Morris/ Collins, p. 2428, 2434.

⁶¹ Charles Proctor, Mann and Proctor on the Law of Money, 8th Edition, Oxford University Press, 2022, p. 356.

⁶² Kleiner, p. 360.

⁶³ Proctor, p. 120.

⁶⁴ Proctor, p. 361.

currency collapse⁶⁵. Considering that there is a law that grants *legal tender* status to CBDCs issued by the central bank, the law of the state identifying a CBDC (*lex monetae*) governs the disputes regarding the CBDC being legal tender. The *causal connection factors* are terms that describe the connection between a fact or event and the applicable law⁶⁶. The state identifying its own CBDC is the *casual connecting factor* in this sense.

2. Proprietary Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies

The law of the forum (*lex fori*) classifies what would qualify as proprietary disputes regarding CBDCs⁶⁷. The conventional approach to the determination of the applicable law is to focus on the subject and nature of the legal issues in question⁶⁸. The issues of whether a person has a proprietary right in a CBDC or whether a proprietary right in a CBDC has been validly transferred to another person or whether a security right in a CBDC has been validly created or the rights as between a transferor and transferee of a CBDC or the rights as between a grantor of a security right in a CBDC and the secured creditor to whom the security right is granted or the legal consequences of third party effectiveness of a transfer of a CBDC or the requirements for, and legal consequences of, third party effectiveness of a security right in a CBDC are related to proprietary⁶⁹. But the proprietary issues regarding CBDCs is not limited to those issues that are covered by the UNIDROIT Principles⁷⁰.

The law applicable to proprietary disputes regarding CBDCs circulating across borders, including transfers and smart contracts, needs to be determined. The UNIDROIT Principles regulate the law applicable to proprietary issues especially related to a digital asset is transferred, acquired or otherwise transacted (*The UNIDROIT Principles 5/2/(c)*).

According to The UNIDROIT Principles;

“proprietary issues in respect of a digital asset are governed by:

(a) the domestic law of the State expressly specified in the digital asset, and those Principles (if any) expressly specified in the digital asset; or, failing that,

⁶⁵ Proctor, p. 362.

⁶⁶ Foreexample the *lex protectionis*, the law which grants legal protection to an intellectual property right or the *lex concursus*, the law of the court which is administering an insolvent estate or the *lex loci celebrationis*, the law of the place of celebration of marriage etc., Briggs, p. 30.

⁶⁷ UNIDROIT, p. 41.

⁶⁸ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 23.

⁶⁹ UNIDROIT, p. 23.

⁷⁰ UNIDROIT, p. 41.

(b) the domestic law of the State expressly specified in the system on which the digital asset is recorded, and those Principles (if any) expressly specified in the system on which the digital asset is recorded; or, failing that

(c) in relation to a digital asset of which there is an issuer, including digital assets of the same description of which there is an issuer, the domestic law of the State where the issuer has its statutory seat, provided that its statutory seat is readily ascertainable by the public” (The UNIDROIT Principles art.5/1)⁷¹.

Whether the applicable law is specified in a digital asset or in a system⁷² where the digital asset is recorded must be easily determined by those who deal with the relevant digital asset. The rules in Principles 5/1(a) and 5/1(b) state that it must be expressly specified⁷³. By automatically inserting a choice-of-law clause in the algorithm, the applicable law is specified in a digital asset or in a system⁷⁴. Since the UNIDROIT Principles were prepared to cover all digital assets, including CBDC, it is not yet clear whether CBDCs or systems will include a specification of applicable law. Then, many digital assets, or systems, currently do not include a specification of applicable law⁷⁵. In addition, even if the choice of law is technically available in a digital asset or in a system, central banks will prefer to choose their own law as the applicable law⁷⁶.

The *lex situs* (the law of the place where the land, or other thing)⁷⁷ refers to the law of the place where property is situated⁷⁸. Unlike a tangible property, an intangible thing cannot really be situated anywhere because it does not physically exist⁷⁹. The *lex situs* that applies to physical money is not suitable for CBDCs, which are intangible and have no physical location⁸⁰. The *lex situs* to issues concerning the proprietary of a

⁷¹ UNIDROIT, p. 38-39.

⁷² “The concept of a system includes any protocol, platform, application, transfer arrangement, and network, as long as it has the necessary capabilities to record digital assets. Given that networks are typically built in layers (e.g., physical layer, data link layer, network layer, transport layer, session layer, presentation layer, and application layer), the applicable law specified by the layer closer to the digital asset can be considered to apply.”, UNIDROIT, p. 43.

⁷³ “An approach that applies the law specified in the CBDC system itself as the governing law could also be a possible solution. This is what is proposed by Principle 5 of UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law.”, BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 24; Kleiner, p. 371.

⁷⁴ Kleiner, p. 371.

⁷⁵ UNIDROIT, p. 43.

⁷⁶ Kleiner, p. 371.

⁷⁷ Briggs, p. 30.

⁷⁸ Collier, p. 7.

⁷⁹ Collier, p. 251.

⁸⁰ Lehmann, p. 89.

CBDC presents difficulties due to the digital (intangible) nature of the CBDC, as the location of a CBDC is uncertain, especially if distributed ledgers are used⁸¹. The basic rules of PIL regarding intellectual property, indirect holdings of shares and securities can be compared in some ways to the realities of new technologies such as CBDC⁸². Intellectual property rights such as patents, copyrights and trademarks have their situs where they can be effectively transferred under the law that created them and a share or other security issued by a company is situated where the register is kept⁸³. Similarly, there is a system in which a CBDC is also recorded.

The UNIDROIT Principles, which govern the law applicable to proprietary disputes regarding CBDCs, take into account the fact that CBDCs do not have physical assets such as paper money and are not tangible. If a choice of law has been made neither in the digital asset itself, nor in the system on which it is recorded, the law of the issuer's State applies as per the rules in Principle 5(1) (c)⁸⁴. Since the issuer of each CBDC is a state's central bank, the rule in Principle 5/1(c), namely the domestic law of the State where the issuer has its statutory seat, would be appropriate to apply to disputes over the proprietary of the CBDC.

If none of the laws specified in The UNIDROIT Principles 5/1(a)-(c) apply, the law of the forum state shall apply (The UNIDROIT Principles 5/1(d))⁸⁵. The UNIDROIT Principles 5/1(d) apply when the domestic law of the State where the issuer of a digital asset has its statutory seat cannot be applied. Since the UNIDROIT Principles are regulated by taking into account all digital assets, they provide options regarding the applicable law, taking into account cases where the domestic law of the State where the issuer of a digital asset has its statutory seat does not apply. Since there is a central bank issuing each CBDC, there will be no need to apply the rules in Principles 5/1(d).

The concept of issuer refers to central banks of the states⁸⁶. Principle 5/1(c) refers to the State where the issuer has its statutory seat⁸⁷. Issuer is defined in

⁸¹ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 23.

⁸² Briggs, p. 38.

⁸³ "... If a register is kept in each of two or more countries, the situs of a share is the place where a register is kept in which the shares can be effectively dealt with, or would usually be dealt with.", Collier, p. 251.

⁸⁴ UNIDROIT, p. 43.

⁸⁵ "... if none of the above sub-paragraphs applies: **OPTION A:** (i) those aspects or provisions of the law of the forum State as specified by that State; (ii) to the extent not addressed by sub-paragraph (d)(i), those Principles as specified by the forum State; (iii) to the extent not addressed by sub-paragraphs (d)(i) or (d)(ii), the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum State. **OPTION B:** (i) those Principles as specified by the forum State; (ii) to the extent not addressed by sub-paragraph (d)(i), the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum State (The UNIDROIT Principles art.5/1(d))".

⁸⁶ UNIDROIT, p. 40.

⁸⁷ UNIDROIT, p. 44.

Principle 5/2(f), and there are criteria that a person must meet to qualify as an issuer. Since natural persons are excluded from qualifying as issuers under these Principles, being a legal entity is required⁸⁸. The issuer must have placed the digital asset into the flow of commerce for value⁸⁹. The issuer must have identified itself in a manner that is readily identifiable to the public as the person placing the digital asset into the flow of commerce for value. Central banks already meet these criteria due to their nature. The UNIDROIT Principles are more comprehensive as they take into account all digital assets, not just CBDCs.

The most appropriate solution is to grant *client* a proprietary right in the digital asset rather than merely having a claim against the custodian⁹⁰. Considering the general fact that in many cases the digital asset may not have a significant connection with any state⁹¹, the most appropriate solution to the applicable law in CBDC related proprietary disputes is the domestic law of the State where the issuer has its statutory seat⁹². In this sense, the “*connecting factor*”⁹³ is the statutory seat of the issuer of a CBDC.

3. Contractual Disputes Regarding Relationship Between an End User and Intermediary

The UNIDROIT Principles determine the law applicable to the contractual relationship between an end user and an intermediary when a CBDC is held in custody on behalf of a client by a custodian that has control of a digital asset or has entered into a custody agreement with a sub-custodian in respect of the CBDC (*UNIDROIT Principles art.10/2*). The term *custodian* refers to a person acting in this capacity who provides services to a client under a custody agreement; the term *sub-custodian* refers to a custodian who provides services to another custodian under a custody agreement; and the term *client* refers to a person to whom a custodian provides services under a custody agreement (*UNIDROIT Principles Article 10/1*). Therefore, under the custody agreement, the custodian is obliged to safeguard a CBDC (*UNIDROIT Principles Article 11/1(c)*).

In the event that issues arise in accessing CBDCs by non-resident or resident end users, including tourists, e-commerce consumers, international students, or those who choose to hold a foreign CBDC for any reason⁹⁴, the law applicable to the contract be in question when the relationship between the intermediary and

⁸⁸ UNIDROIT, p. 44.

⁸⁹ UNIDROIT, p. 45.

⁹⁰ Lehmann, p. 89.

⁹¹ UNIDROIT, p. 45.

⁹² Christiane Wendehorst, Blockchain and Private International Law, Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani (eds.), Brill/Nijhoff, 2023, p. 115.

⁹³ Anton / Beaumont / McEleavy, p. 17; Briggs, p. 22.

⁹⁴ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 21.

the end user is qualified by the *lex fori*. For example, if a person (*client*) in State A makes a payment with a CBDC issued by the central bank of State B through an intermediary (*custodian*) in State A and the CBDC system malfunctions and the transaction fails, the law applicable to the resulting dispute needs to be determined in the case against the custodian due to the damage suffered by the client⁹⁵.

Contracts are governed (in general) by the law intended by the parties⁹⁶. The UNIDROIT Principles determine the law applicable to contractual disputes regarding relationship between an end user and intermediary including whether the agreement is a custody agreement, of the domestic law of the State that is expressly specified⁹⁷ in the agreement as the law governing the agreement or if the agreement expressly provides that another law is applicable to all such issues, that other law (*The UNIDROIT Principles art.5/3*). Therefore, the contractual relationship between end users and intermediaries will be governed by the *lex contractus* (the choice of law stated in the contract, the law which governs a contract)⁹⁸. In disputes between intermediaries and end users, the most appropriate solution would be to determine the applicable law in the agreements between them. This approach is also adopted by Article 4(1) of the Hague Securities Convention⁹⁹.

The solution proposed by the UNIDROIT Principles, which is to determine the law applicable to the relationship between the end user and the intermediary as the law applicable to the custody agreement, would be an appropriate solution within the framework provided by the general PIL rules.

Similarly, it is recommended that the question of whether the complex relationships between the participants in a cryptocurrency system, namely those operating wallets or exchange platforms or those holding a copy of the blockchain

⁹⁵ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 22.

⁹⁶ Collier, p. 11.

⁹⁷ An alternative would be to determine the applicable law based on the location of the relevant intermediary (Place of the Relevant Intermediary Approach, PRIMA). This method allows non resident end users who access a CBDC through an intermediary in their jurisdiction to avoid the possibility of being subject to the laws of the jurisdiction that issued the CBDC. The law of the location of the intermediary could be specified as the applicable law in the custody agreement between the end user and the intermediary (for example, in the terms and conditions of the CBDC wallet service)., Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJ L 166, 11.6.1998, art.9/2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0026> (date accessed: 18.12.2024).

⁹⁸ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 23; Briggs, p. 30.

⁹⁹ Article 4(1) of Hague Securities Convention does not allow designating a completely unrelated third country law; the intermediary must have a certain relation (eg, having an office) to the designated jurisdiction., HCCH, Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary, 5 July 2006, <https://assets.hcch.net/docs/3afb8418-7eb7-4a0c-af85-c4f35995bb8a.pdf> (date accessed: 18.12.2024).

register, create legally binding obligations and, if so, under what law, should be classified as contractual and that the Rome I Regulation¹⁰⁰ which determines the law applicable to contractual obligations in civil and commercial matters be applied¹⁰¹. The Rome I Regulation regulates that a contract is subject to the law expressly chosen by the parties (*The Rome I Regulation art.3*).

When the parties do not choose a law, the law with which the contract has the closest and most real connection must be applied to the contract¹⁰². The Rome I Regulation regulates that if the contract does not include a choice of law, the contract for the provision of services is governed by the law of the country in which the service provider has his habitual residence (*The Rome I Regulation art.4/1(b)*). Disputes regarding money held in bank accounts are governed by the law of the place where the bank is established, as they are a claim against the bank¹⁰³.

The Court of Justice of the European Union has ruled that a contract for service must include the performance of a specific activity and does not necessarily require a monetary payment in return¹⁰⁴, and has a wide scope, including the conferral of a commercial advantage or the provision of assistance, of economic value¹⁰⁵. Considering that an intermediary (*custodian*) provides the

¹⁰⁰ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.177.01.0006.01.ENG (date accessed: 18.12.2024).

¹⁰¹ Dicey/ Morris/ Collins, p. 1430.

¹⁰² Collier, p. 193; "Where the custody agreement provides no choice of law, the place of incorporation or the principal place of business of the intermediary can be used as a connecting factor. The client and third parties will know or can easily inform themselves about this place. They should consider all assets in the custody of an intermediary as being under the umbrella of its law. This enhances legal certainty and makes the management of such assets much easier.", Lehmann, p. 101.

¹⁰³ Lehmann, p. 89.

¹⁰⁴ Dicey/ Morris/ Collins, p. 1980; Judgment of the Court (Fourth Chamber), Case C-533/07 *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst*, 23.04.2009, para 29-44, (IP licensing agreement), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62007CJ0533> (date accessed: 10.01.2025); Order of the Court (Tenth Chamber), Case C-469/12, *Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH v Olbrich Transport und Logistik GmbH*, 14.11.2013, para 26-29, (storage of goods), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CO0469> (date accessed: 10.01.2025).

¹⁰⁵ Dicey/ Morris/ Collins, p. 1980; Judgment of the Court (First Chamber), Case C-9/12 *Corman Collins SA v La Maison du Whisky SA*, 19.12.2013, para 39-40, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0009> (date accessed: 10.01.2025); Judgment of the Court (Second Chamber), Case C-196/15 *Granorolo SpA v Ambrosi Emmi France SA*, 14.07.2016, para 40, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62015CJ0196> (date accessed: 10.01.2025); Judgment of the Court (Seventh Chamber), Case C-64/17 *Saey Home & Garden NV/SA v Lusavouga-Maquinas e Acessorios Industriais SA*, 08.03.2018, para 40, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DF7FE8E423C38D8368ACA200A1DB5860?text=&docid=200063&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10091968> (date accessed: 10.01.2025).

end user (*client*) with the service of custody a CBDC, the contract in question can be considered within the scope of a service contract. The fact that States that seek to spread CBDCs do not charge client for the custody service of the intermediaries in question does not prevent the contract from being a service contract. In this sense, if there is no choice of law in the custody agreement, it is possible for the law of the country of habitual residence of the custodian to be applied to the custody agreement. In this sense, the habitual residence of the custodian becomes the *connecting factor*.

4. Other Possible Disputes Regarding Central Bank Digital Currencies

Disputes outside the scope of the contract, such as the law applicable to torts (*lex delicti*)¹⁰⁶ arising from the fault of one of the parties, may be governed by the law of the country of damage. The general rule in question is regulated in the Rome II Regulation¹⁰⁷ art.4/1. However “*where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question*” (The Rome II Regulation art.4/3). Therefore, the tort arising from negligence between the end user (*client*) and the intermediary (*custodian*) can be governed by the law applicable to the contract, which is the more closely related law, since there is already a contractual relationship between them.

It may also arise where a third party who is not a party to the custody agreement commits a tort such as theft, fraud or blackmail over a CBDC. If the place where the damage occurred cannot be determined, it may be assumed that the damage occurred at the place of domicile of the victim¹⁰⁸. The Rome II Regulation art.4/2 regulates the application of the law of the country where the person who is claimed to be liable and the injured person have their habitual residence in the same country at the time the damage occurs. In the case of torts related to CBDCs, it can be treated like any other tort with only minor adaptations required to the PIL rules¹⁰⁹.

Unjust enrichment occurs when a CBDC is inadvertently transferred by its owner to another person. In the case of unjust enrichment, if the parties do not

¹⁰⁶ Briggs, p. 30.

¹⁰⁷ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.7.2007, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj/eng> (date accessed: 10.01.2025).

¹⁰⁸ Lehmann, p. 107.

¹⁰⁹ Lehmann, p. 108.

have a common habitual residence, the law applicable law is that of the country where the enrichment took place (*The Rome II Regulation art.10/3*). However, in the case of unjust enrichment related to CBDCs, there will be difficulties in determining the country in which the enrichment took place¹¹⁰. “Where it is clear from all the circumstances of the case that the non-contractual obligation arising out of unjust enrichment is manifestly more closely connected with an other country, the law of that other country shall apply” (*The Rome II Regulation art.10/4*). Therefore, in such a case, the habitual residence of the enriched person can be used as a *connecting factor* in determining the applicable law.

The law governing insolvency proceedings determines the precise legal characterization of CBDCs. For example, it categorizes CBDCs as digital money with legal tender status. There is no need to devise special insolvency PIL rules for CBDCs, as the PIL rules of the forum of the bankruptcy court will determine the law applicable to them¹¹¹. It is generally accepted that insolvency proceedings are conducted in accordance with the law of the opening state and that this also applies to cross-border relations¹¹². In the event of the insolvency of the intermediary (*custodian*) party to the custody agreement, the insolvency administrator may need to resolve issues related to CBDCs of other jurisdictions¹¹³. In such a case, the *lex concursus* (the law of the State within whose territory the insolvency proceedings in question are opened), that is, the law of the court which is administering an insolvent CBDC can apply to case¹¹⁴. This general rule has also been adopted by the European Union (*The European Insolvency Regulation*¹¹⁵ art.7/1). Considering the collective nature of insolvency proceedings, having a single law (*lex concursus*) generally applicable to both substantive and procedural questions in these proceedings minimizes classification difficulties and promote the administrative efficiency and cost-effectiveness of the process¹¹⁶.

While these traditional approaches may be sufficient for some situations involving CBDC, it should be noted that challenges may arise in other situations

¹¹⁰ Lehmann, p. 109.

¹¹¹ Lehmann, p. 110.

¹¹² Reinhard Bork, In Advanced Introduction to Cross-Border Insolvency Law, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 51.

¹¹³ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 22.

¹¹⁴ Briggs, p. 30.

¹¹⁵ Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L 141, 05.06.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848> (date accessed: 10.01.2025).

¹¹⁶ Richard Snowden, Commentary on the European Insolvency Regulation, 2nd edition, Reinhard Bork, Kristin van Zwielen (eds.), Oxford University Press, 2022, p. 245.

due to the digital (intangible) nature of CBDC¹¹⁷. Therefore, when determining the law applicable to disputes regarding CBDCs, general rules of PIL should be adapted to suit the intangible nature of CBDCs.

CONCLUSION

To conclude, it can be stated that considering the general fact that in many cases a digital asset may not have a significant connection with any state, the most appropriate solution in terms of applicable law in CBDC related proprietary disputes is to determine the law of the state where the issuer has its statutory seat as the applicable law, unless a choice of law has been made in the digital asset itself or in the system in which it is recorded.

The applicable law for contractual disputes between an end user of a CBDC and an intermediary is primarily the law chosen in the contract. Therefore, the contractual relationship between the end user and the intermediary will be governed by the *lex contractus* (the choice of law stated in the contract). In disputes between intermediaries and end users, the most appropriate solution would be to determine the applicable law in the agreements between them.

In tort cases related to CBDCs, the applicable law (*lex delicti*) may be the law of the place where the damage occurred. However, if the place where the damage occurred cannot be determined, the damage may be deemed that the damage occurred at the place of domicile of the victim.

Since CBDCs have different characteristics than paper money, the use of CBDCs will bring different issues in terms of Private International Law. In this case, a more appropriate solution would be to establish a framework based on generally accepted the PIL principles rather than strict PIL rules in determining the law applicable to CBDCs.

Considering the specific features of CBDCs, regulating the law to be applied in relevant disputes in the legislation of the states or in bilateral or multilateral agreements between states will provide legal certainty and encourage cross-border use and exchange of CBDCs.

¹¹⁷ BIS, Central bank digital currencies: Legal aspects of retail CBDCs, p. 23.

BIBLIOGRAPHY

- Alvarez, Fernando E./ Argente, David / Van Patten, Diana, "Are Cryptocurrencies Currencies? Bitcoin as Legal Tender in El Salvador", Working Paper No. 2022-54, Becker Friedman Institute for Economics at Uchicago, April 2022.
- Anton, A.E. / Beaumont, Paul / McEleavy, Peter, Private International Law, 3rd edition, W. Green, 2011.
- Ashfaq, Muhammad / Hasan, Rashedul/ Merçon, Jošt, Central Bank Digital Currencies and the Global Financial System, Walter de Gruyter, 2023.
- Bork, Reinhard, In Advanced Introduction to Cross-Border Insolvency Law, Edward Elgar Publishing, 2023.
- Briggs, Adrian, The Conflict of Laws, 5th edition, Oxford Academic, 2024.
- Collier, John Greenwood, Conflict of Laws, Cambridge University Press, 2001.
- Carlota Ucin, María, Research Methods in Private International Law, Xandra Kramer, Laura Carballo Piñeiro (eds.), Edward Elgar Publishinh, 2024.
- Çelikel, Aysel / Erdem, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 18th edition, Beta Publishing, 2024.
- Dicey, Albert Venn/ Morris, J. H. C./ Collins, Lawrence Antony, The Conflict of Laws, 16th Edition, Thomson Reuters, 2022.
- Huber, Joseph, The Monetary Turning Point: From Bank Money to Central Bank Digital Currency (CBDC), Palgrave Macmillan, Switzerland, 2023.
- Kleiner, Caroline, Blockchain and Private International Law, Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani (eds.), Brill/Nijhoff, 2023.
- Kriese, Leo, Central Bank Digital Currency - A Technical, Legal and Economic Analysis, Springer, 2023.
- Lastra, Rosa Maria, International Financial and Monetary Law, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Lehmann, Matthias, Private International Law in an Era of Change, Morten M. Fogt (ed.), Edward Elgar Publishing, 2024.
- Lloyd, Michael, Central Bank Digital Currencies the Future of Money, Agenda Publishing, 2023.
- McClean, David / Ruiz Abou-Nigm, Veronica, Morris: The Conflict of Laws, 10th edition, Sweet & Maxwell, 2021.
- Nocon, Aleksandra, "Central Bank Digital Currency (CBDC): Barriers to Its Introduction", Annales Universitatis Mariae Curie- Skłodowska, 2023, Vol. 57, Iss. 2, p. 67-86.
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23th edition, Beta Publishing, 2021.
- Proctor, Charles, Mann and Proctor on the Law of Money, 8th Edition, Oxford University Press, 2022.

- Snowden, Richard, Commentary on the European Insolvency Regulation, 2nd edition, Reinhard Bork, Kristin van Zwieten (eds.), Oxford University Press, 2022.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci, 11th edition, Beta Publishing, 2024.
- Wendehorst, Christiane, Blockchain and Private International Law, Andrea Bonomi, Matthias Lehmann, Shaheez Lalani (eds.), Brill/Nijhoff, 2023.
- XU, Chaowei/ JIN, Banggui, "Digital Currency in China: Pilot Implementations, Legal Challenges and Prospects", Juridical Tribune - Review of Comparative and International Law, 2022, Vol. 12, Iss. 2, p. 177-194.

Electronic Resources

- Atlantic Council Geoeconomics Center, <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/>.
- Bank for International Settlements (BIS), Central Bank Digital Currencies: Legal Aspects of Retail CBDCs, November 2024, https://www.bis.org/publ/othp88_legal.pdf.
- BIS, BIS Annual Economic Report 2020/21, <https://www.bis.org/about/areport/areport2021.pdf>.
- Auer, Raphael/ Haene, Philipp/ Holden, Henry, Multi-CBDC Arrangements and the Future of Cross-Border Payments, BIS (Bank for International Settlements), Monetary and Economic Department, BIS Papers No 115, March 2021, <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap115.pdf>.
- CaseC-533/07 *Falco Privatstiftung and Thomas Rabitsch v Gisela Weller-Lindhorst*, 23.04.2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62007CJ0533>.
- Case C-469/12, *Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH v Olbrich Transport und Logistik GmbH*, 14.11.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CO0469>.
- Case C-9/12 *Corman Collins SA v La Maison du Whisky SA*, 19.12.2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62012CJ0009>.
- Case C-196/15 *Granorolo SpA v Ambrosi Emmi France SA*, 14.07.2016, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62015CJ0196>.
- Case C-64/17 *Saey Home & Garden NV/SA v Lusavouga-Maquinas e Acessorios Industriais SA*, 08.03.2018, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=DF7FE8E423C38D8368ACA200A1DB5860?text=&docid=200063&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10091968>.
- Chaum, David / Grothoff, Christian / Moser, Thomas, How to issue a central bank digital currency, SNB Working Papers, March 2021, <https://cognizium.io/uploads/resources/SNB%20-%20How%20to%20issue%20a%20central%20bank%20digital%20currency%20-%202021%20March.pdf>.
- Deutsche Bundesbank, Digital Money: Options for Payments, Monthly Report, 2021, April, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/865166/f28d25bc79a5c78c7cf67d8002b78c81/mL/2021-04-digitales-geld-data.pdf>.

- Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, OJ L 166, 11.6.1998, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0026>.
- Dyson, Ben/ Hodgson, Graham, Digital Cash: Why Central Banks Should Start Issuing Electronic Money, Positive Money, 2016, <https://www.datocms-assets.com/132494/1717792148-digital-cash-positive-money.pdf>.
- European Central Bank (ECB), Report on a Digital Euro, October 2020, p. 9, https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf.
- Griffoli, Tommaso Mancini/ Martinez Peria, Maria Soledad/ Agur, Itai/ Ari, Anil/ Kiff, John/ Popescu, Adina/ Rochon, Celine, "Casting Light on Central Bank Digital Currencies", 2018, IMF Staff Discussion Note, <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/11/13/Casting-Light-on-Central-Bank-Digital-Currencies-46233>.
- HCCH, Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary, 5 July 2006, <https://assets.hcch.net/docs/3afb8418-7eb7-4a0c-af85-c4f35995bb8a.pdf>.
- HCCH, Digital Economy and the HCCH Conference on Commercial, Digital and Financial Law Across Borders (CODIFI Conference): Report, Prel. Doc. No 3A of January 2023, <https://assets.hcch.net/docs/a61a1225-2eb0-4fef-8a7e-24ca186b5919.pdf>.
- HCCH, Exploratory Work: Private International Law Aspects of Central Bank Digital Currencies (CBDCs), Prel. Doc. No 4 of January 2024, <https://assets.hcch.net/docs/410f9f34-3360-4d22-87ff-0876377a3d87.pdf>.
- Judgment of the Court (Grand Chamber), Joined Cases C-422/19 and C-423/19, *Hessischer Rundfunk*, 26 January 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2021%3A63>.
- Koonprasert, Tayo Tunyathon/ Kanada, Shiho/ Tsuda, Natsuki/ Reshidi, Edona, Central Bank Digital Currency Adoption Inclusive Strategies for Intermediaries and Users, Fintech Note, International Monetary Fund, September 2024, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2024/09/21/Central-Bank-Digital-Currency-Adoption-Inclusive-Strategies-for-Intermediaries-and-Users-555118>.
- Law Commission, Digital Assets: Consultation Paper, Law Com No 256, 28 July 2022, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/cloud-platform-e218f50a4812967ba1215aeaccede923f/uploads/sites/30/2022/07/Digital-Assets-Consultation-Paper-Law-Commission-1.pdf>.
- OMFIF/IBM, Retail CBDCs: The Next Payments Frontier, Official Monetary and Financial Institutions Forum, 2019, London, <https://www.omfif.org/wp-content/uploads/2019/11/Retail-CBDCs-The-next-payments-frontier.pdf>.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of the digital euro, COM/2023/369 final, COM(2023) 369 final, 2023/0212(COD), Brussels, 28.6.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0369>.

- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.177.01.0006.01.ENG.
- Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L 141, 05.06.2015, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>.
- Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31.7.2007, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj/eng>.
- Reslow, André / Soderberg, Gabriel / Tsuda, Natsuki, Cross-Border Payments with Retail Central Bank Digital Currencies Design and Policy Considerations, International Monetary Fund, May 2024, <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2024/05/15/Cross-Border-Payments-with-Retail-Central-Bank-Digital-Currencies-547195>.
- TCMB (Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası), Dijital Türk Lirası Birinci Faz Değerlendirme Raporu, 2023, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/509a3c6c-d906-4099-aa27-d1900d9227fc/Dijital+Türk+Lirası+Birinci+Faz+Değerlendirme+Raporu.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-509a3c6c-d906-4099-aa27-d1900d9227fc-oO.7xaH>.
- The Opinion of the Advocate General Pitruzella, *Johannes Dietrich and Norbert Häring v Hessischer Rundfunk*, Joined Cases C-422/19 and C-423/19, 29 September 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62019CC0422>.
- UNIDROIT, Unidroit Principles on Digital Assets and Private Law, 2023, <https://www.unidroit.org/wpcontent/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked.pdf>.

Ana Baba Olmanın Hukuki Sorumluluğu^(*)

Parental Tort Liability

Dr. Öğr. Üyesi Tuba KUTOĞLU^(**)

Öz:

Ana baba olma ya da kısa ve bütüncül adıyla "ebeveynlik", bilinçli ya da bilinçsiz bir karara dayalı olsun veya alınmış herhangi bir karara dayalı olmasın kişiye belki de hayatı boyunca sürebilecek çok farklı sorumluluklar yükler. İçinde yaşadığı toplum ebeveyne, bu sorumluluğun sosyal, psikolojik, ekonomik, kültürel ve inançsal yönünü hissettirmeden yüklerken hukuki sorumluluk çoğunlukla bilinmez ve öğretilmez. Oysa ki ebeveyn olmak kişiyi, yalnızca çocuklarına karşı değil, aynı zamanda çocuklarının işlem ve eylemlerinden üçüncü kişilere da karşı sorumlu kılmaktadır. Ana baba olmanın çocuklara ve üçüncü kişilere karşı doğan hukuki sorumluluğunu, niteliği, sınırları ve sonuçlarıyla çalışacağız.

Anahtar Kelimeler:

Ebeveyn, Küçük, Çocuk, Ev Başkanı, Haksız Fiil, Hukuki İşlem.

Abstract:

Becoming mother or father, or "parenthood" in short and in its holistic form, whether it is based on a conscious or unconscious decision or not based on any decision, imposes many different responsibilities on a person that may last a lifetime long. While the society they live in imposes the social, psychological, economic, cultural and religious aspects of this responsibility on the parent unbeknown to them, legal responsibility is often unknown and not taught. However, being a parent makes a person liable not only to their children but to third parties because of their children's actions and deeds. We will examine the legal responsibility of being a parent, including its nature, limits and consequences towards children and third parties.

Keywords:

Parent, Minor, Child, Head of Household, Tort, Legal Action.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 13.09.2024 - Makale Kabul Tarihi: 15.02.2025.

^(**) Kıbrıs İlim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Girne - KKTC,
E-posta: tubakutoglu@csu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0009-0008-2838-5770>.

GİRİŞ

Ana baba olmak, çocuk ile soybağı kurmayı gerektiren hukuki bir statüdür. Bu bağ bazen biyolojik yoldan yasa gereği doğarken bazen de evlât edinmek suretiyle hâkim hükmüyle kurulur (TMK m.282). Biyolojik sebeple yasa gereği kurulan soybağı, çocuğun doğumuna sebebiyet verilmediğinin bir başka ifade ile gerçekte biyolojik bağın olmadığına dava yoluyla ispatlanmasıyla (TMK m.42, m.286 vd., m.294, m.297 vd.) ortadan kalkarken, evlat edinme sebebiyle hâkim hükmüyle kurulan soybağı, evlat edinmenin belli koşullarının oluşmadığının yine dava yoluyla ispatlanmasıyla (TMK m.317 vd.) ortadan kalkar. Soybağı, varlığı süresince ana baba ve çocuklara karşılıklı hukuki yükümlülükler doğurur. Yükleri ağır ve mutlak olan taraf çocuklarına kıyasen ana ve babadır. Üstelik ana baba sadece çocuklarının güvenli, sağlıklı ve eğitilmiş yetiştirilmesinden ve mallarının korunmasından çocuklarına karşı değil, çocuklarının işlem ve eylemlerinden üçüncü kişilere karşı da sorumludurlar. Ana ve baba olma kararı çoğunlukla sosyal, psikolojik ve ekonomik sonuçları göze alınarak verilmekte iken hukuki sonuçları ise göz ardı edilmektedir¹.

I. ANA BABA (EBEVEYN) OLMAK

A. Genel Olarak

Decartes “Ebeveyn olmadan önce hepimiz cocuktuk.” der. Arapça bir kelime olan “ebeveyn”, “ana baba” demektir. Medeni Kanun’da ebeveyn kelimesi kullanılmamış, yerine “ana” ve “baba” kelimeleri tercih edilmiştir. Kanunda eşler arasındaki hak ve yükümlülükler düzenlendikten sonra, aileye çocuğun katılması halinde “ana ve baba olma” başka bir ifade ile çocukla soybağı kurma ve bu bağın kurulmasına bağlı hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Soybağı çocuk ile her bir ebeveyn arasındaki bire bir ilişki olup, çocuğun ebeveynleri ile soybağı kurması, ebeveynlerinin birbirlerinin eşi olmasına bağlanmamıştır.

¹ Sağlıklı ebeveynlerin sağlıklı çocuklar yetiştirdiğine ve sağlıklı çocukların ise sağlıklı bir toplumun temel yapısını oluşturduğuna dair bkz. Şeyma Pınar/Aysel Kökcü Doğan, “Yeni Çocuk Sahibi Olmuş Ebeveynlerin Anne Baba Rolüne Hazır Olma Durumu ile Sosyodemografik Özelliklerinin Karşılaştırılması”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Yıl 2020 Cilt: 29 Sayı: 4, s. 257. Ülkemizde gençlerin, eş adaylarının ve anne-babaların gereksinimleri doğrultusunda açılan eğitim programlarının tüm ülke geneline yaygınlaştırılarak etkin bir şekilde yürütülmesi gerektiğine dair bkz. Behice Ekşi “Evliliğe Hazırlık Aşamasındaki Karı-Koca Adaylarının Evlilik ve Anne-Baba Olma Üzerine Düşünceleri”, Aile ve Toplum Yılı: 7 Cilt: 2 Sayı: 9 Ocak-Mart 2005, ISSN: 1303-0256. Çocuk sahibi olmanın erkekler için mutlulukla pozitif ilişki içinde olmasına rağmen, erkeklere kıyasla kadınlar için çocuk sahibi olmanın mutlulukla negatif ilişkili olduğuna dair bkz. Zeynep B. Uğur, “Çocuk Sahibi Olmak İnsanları Mutlu Ediyor Mu? Türkiye’den Bulgular”, Nüfusbilim Dergisi 2018 40: 83-105, s. 96 Gönüllü çocuksuzluk kararının sosyal statüyle beraber arttığına dair bkz. Ezgi Sakman, “Gönüllü Çocuksuzluk: Çocuk Sahibi Olmama Kararının Altında Yatan Faktörler ve Karşılaşılan Tepkiler Hakkında Bir Derleme” Psikoloji Çalışmaları, 2021, 41.1, s. 100.

Çocuğun doğumuna sebebiyet veren kadın ve erkek, yasa gereği çocuk ile soybağı kurma hakkına sahip kişiler olarak kabul edilmiştir². Kanun koyucu, çocuğu doğuran kadının ana olduğunun aksinin kanıtlanamayacağını (kesin karine) kabul etmiş iken, baba olmanın yasal yollarını aksi kanıtlanabilir (adi karine olarak) görmüştür. Bu durumda, evlilik birliği içinde doğan çocuğun babasının, ananın eşi olduğu yönündeki karine (TMK m.285), soybağının reddi davası ile (TMK m.286 vd.), tanıma halinde (TMK m.295 vd.) tanımanın iptali davası ile (TMK m.297 vd.), babalık hükmü (TMK m.301vd.) ise yargılamanın iadesi yolu ile (HMK m.374 vd.) kaldırılabilir.

Çocuğun dünyaya gelmesine sebep olmayan kişiler ise, sadece hâkim hükmü ile çocuğu “evlat edinerek” ana baba statüsünü kazanabilirler. Evlât edinme, koşul ve sonuçlarıyla Medeni Kanun’da düzenlenmiştir. Kural olarak ana ve babaya ait olan hak ve yükümlülüklerin evlât edinene geçtiği kabul edilmiş ancak (TMK m.314/1) evlâtlık ve evlât edinen arasındaki mirasçılık hakları ile evlâtlığın adı ve soyadında yapılabilecek değişiklikler özel olarak düzenlenmiştir (TMK m.314/2,3, m.500). Evlatlıktan doğan soybağı da yasal koşullarda (TMK m.317-319) mahkeme kararı ile kaldırılabilir.

Hukukumuzda soybağını kuran bu iki yol dışında, hiç kimse çocuk ile “ana baba sıfatı ile” soybağı kurmaya hak sahibi görülmemiş ve velayet hakkı da ana baba statüsünü kazananlardan başka hiç kimseye tanınmamıştır³. Bu sebeple çocuğun velisi sadece ana ve babasıdır. Örneğin, çocuk, biyolojik veya onu evlât edinen ana ve babasından biri ile evli olan üvey ana veya babasıyla kayın hısımları (TMK m.18) olsa da üvey ana veya üvey baba onu evlât edinmedikleri sürece (TMK m.306/3) onlarla soybağı kuramayacaktır.

B. Biyolojik Ebeveynlik

Çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan her kadın ve erkek yasa gereği onun ebeveynidir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ana (anne); “*yavruyu doğurmuş olan kadın*”, baba ise; “*bir çocuğa göre onun dünyaya gelmesine etken olan erkek*” olarak tanımlanmıştır⁴. Başka bir ifade ile; ana olmak için çocuğu doğurmuş olmak, baba olmak içinse o çocuğun dünyaya gelmesine sebep olmak aranmaktadır. Do-

² Geniş ve dar anlamda soybağı ayrımı ve dar anlamda soybağının türleri için bkz. Evren Kılıçoğlu, “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması” MÜHF - HAD, C. 16, S. 3-4, s. 280.

³ Velayet hakkının münhasıran anne ve babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece velayetin küçüklerin dedesi olan davacıya verilmesi şeklinde hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğuna dair bkz. T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2008/3782, K. 2008/8892, T. 18.6.2008 Kazancı veri tabanı.

⁴ <https://sozluk.gov.tr/>.

ğum, çoğunlukla başta sağlık personeli olmak üzere başkalarının yardımıyla ve dolayısıyla tanıklığında gerçekleşir. Oysa ki babanın “etkenliği” çocuğun ana rahmine düştüğü an itibarıyla olduğundan, laboratuvar ortamındaki suni döllenme hali bir tarafa bırakılacak olursa, cinsel ilişkinin başkalarının tanıklığında gerçekleşmesi genel ahlaka aykırı olduğu gibi Anayasal “*özel hayatın gizliliği*” ilkesi gereğince de beklenemez⁵. Öte yandan çocuğun anasının, cinsel ilişkiye kaç kişi ile ne zaman girmiş olduğu ve çocuğun hangi cinsel ilişki neticesinde ana rahmine düştüğü konusundaki belirsizlik, kanun koyucuyu ister istemez “babalık” hali için birtakım ilkeler belirlemeye itmıştır.

Çocuğun ana ve/veya babası ile soybağı kurulabilmesi için “*sağ olarak tamamıyla*” doğmuş olması gerekir (TMK m.28). Çocuğun tamamıyla doğmuş olmasından kasıt, çocuğun ana rahminden doğal veya sezaryen yoldan tamamen kurtularak doğumun son bulmasıdır⁶. Yoksa “tamamıyla doğum” ibaresi, dünyaya gelen çocuğun uzuv veya organ eksikliği taşımaması anlamına gelmez. Çocuğun doğumun tamamlandığı an itibarıyla sağ olması, hak ehliyetini kazanması için yeterlidir. Çocuğun doğumdan bir an sonra dahi hayatını kaybetmiş olması, kazanmış olduğu hak ehliyetine bağlı hukuki sonuçları ölüm anından geriye dönük olarak ortadan kaldırmaz.

1. Ana ile Kurulan Soybağı

Medeni Kanun’da “*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.*” denilmekle doğuran kadının analığı aksi kanıtlanamayan (kesin) bir karine olarak kabul edilmiştir (TMK m.282). Çocuğun doğduğu an itibarıyla hayati fonksiyonları göstermiş olması başka bir ifade ile doğumun çocuk sağ iken tamamlanmış olması, çocuğun hak ehliyetine sahip olması için yeterli görülürken, ananın doğum anında hayatta olması aranmaz. Diğer bir deyiş ile çocuk ana rahminden tamamıyla kurtulduğu anda sağ ise, hak süjesi olarak anası ile soybağını kurabilecek, ananın doğum öncesi veya esnasında hayatını kaybetmesi bu bağın kurulmasına engel olmayacaktır. Kanun koyucu aynı şekilde ana ile soybağının kurulmasını ananın evli olmasına da bağlamamıştır.

Türk Hukukunda taşıyıcı annelik uygulamalara ilişkin düzenlemelerin olmaması her ne kadar ülke sınırları içinde bu işlemin yapılmasını engelliyorsa da⁷

⁵ “Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” **Anayasa madde 20**. Özel hayatın gizliliği kavramı için bkz. Yeşim Çelik, “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, Yıl: 8, Sayı: 32 (Ekim 2017), s. 392.

⁶ Bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, “Kişiler Hukuku”, Filiz Kitabevi, 2024, s. 11.

⁷ Taşıyıcı annelik hususunda Avrupa ülkelerinde dahi bir uzlaşa sağlanamadığına dair bkz. Cemile Turgut/Göksu Işık, “Türk Medeni Kanunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik” Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, S 7, Haziran 2018, s. 225.

ülke dışında Türk vatandaşı bir kadının yumurtasının bir başka kadının rahmine transfer edilmesine veya bir başka kadının yumurtasının Türk vatandaşı bir kadının rahmine transfer edilmesine, hatta kadınların her ikisinin de Türk vatandaşı olmasına fiili bir engel de yoktur⁸. Türk Hukuku açısından her iki durumda da kadınların vatandaşlık durumları ne olursa olsun, yumurta donörü olan kadın değil doğumu gerçekleştiren kadın ana kabul edilecektir⁹. Bu durumda yumurtasını veren kadının genetik çocuğu ile soybağı kurabilmesi sadece çocuğu evlât edinmesi yoluyla olabilecektir ki bu yolla kurulan soybağının özellikle miras hukuku açısından sonuçları doğumla kurulan soybağından farklıdır. Genetik baba ise çocuğu tanıyabilir (TMK m.295) ancak bunun için taşıyıcı annenin evli olmaması gerekir. Zira taşıyıcı annenin kocası için doğacak babalık karinesi kaldırılmadan (TMK m.295/3) genetik baba ile de soybağı kurulamayacaktır¹⁰.

Ananın kimliği konusunda ortaya çıkabilecek hukuki problemlerden bir diğeri de gerçekte doğum yapmadığı halde, şahsen veya onun adına üçüncü şahıslarla yapılan¹¹ bildirim neticesinde çocuğun nüfus sicilinde onun anası olarak görülen kadının durumudur. “Çocuğun soybağını değiştirme suçu” (TCK m.231/1) yaratan bu durumda ana¹² veya çocuk “nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları” (NHK m.36) açabilir¹³. Dava, bir soybağı davası olduğu halde Aile Mahkemesi’nde değil yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılacaktır (NHK m.36/f.1.b.a)¹⁴. Bununla beraber, nüfus sicilinde ana olarak görünen kişi evli olup babalık karinesi neticesinde ananın kocası lehine babalık karinesi (TMK m.285/1) doğmuşsa da biyolojik ananın tespiti ile beraber bu karinenin kendili-

⁸ Türk hukuku açısından üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde sadece eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılacağına donör kullanılması yasak olduğuna dair bkz. **Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik madde 18**.

⁹ Yabancı uyruklu taşıyıcı anne kullanılması veya Türk vatandaşı kadının taşıyıcı anne olması halinde bkz. **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, madde 16**.

¹⁰ Bkz. Cahit Ağaoğlu “Karşılaştırmalı Hukukta Sınırışan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu” Public and Private International Law Bulletin, 2020, 40.1: 437-480.

¹¹ Doğumu bildirim yükümlülüğü olanlar için bkz. **Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, madde 15**.

¹² Nüfus kaydının düzeltilmesi davaları uygulamada çocuk ve nüfus kaydında ana veya baba olarak görünen kişi ve bunların mirasçıları tarafından açılabilirse da ana olduğunu iddia eden kadın tarafından açılmasına bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Zira Anayasamızın 20’nci maddesi gereği: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” ve Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinin 56’ncı maddesi gereğince dava başkaları tarafından açılrsa dahi ana olduğunu iddia eden kişinin nüfus kütükleri de düzeltmeye konudur.

¹³ Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, 2024, s. 288.

¹⁴ Bkz. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/18-464, K. 2013/1698, T. 25.12.2013. Kazancı veri tabanı.

ğinden kalktığı, çocuğun doğduğu anda gerçekte ana olan kişinin eşi veya evliliğin sona ermesinin üzerinden üç yüz geçmeyen eski eşi lehine babalık karinesinin de dava baba yönünden açılmamış olsa dahi kendiliğinden doğduğu kanaatindeyiz¹⁵.

2. Baba ile Kurulan Soybağı

Kanun koyucu, ana ile kurulan soybağını sadece “doğurma” ölçütüne bağlarken, baba ile soybağı kurabilme yollarını çeşitlendirmiştir (TMK m.282). Bu yolların belirlenmesinde ananın, baba kabul edilecek kişi ile evli olup olmadığı önem taşır. Kanun koyucu ana ile evli olan kişi lehine babalık karinesi kurarken (TMK m.285) ananın bekar olması ihtimalinde baba olduğunu iddia eden kişiye rızasına dayanarak tanıma ile (TMK m.295 vd.), rıza göstermeyen kişiye ise mahkeme hükmüyle babalık statüsü tanımıştır (TMK m.301 vd.).

• Ana ile Evli Olma

Medeni Kanun'da “*evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş*” (TMK m.285/1) sayılmış ve “*evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası koca*” kabul edilmiştir (TMK m.285/1)¹⁶. Yapay döllenme halinde üçüncü şahsın spermi kullanılsa dahi çocuğun babası yine kocadır, ancak koca soybağını reddedebilir¹⁷. Evlilik birliği içinde doğan çocukların ne zaman ana rahmine düştüklerinin tartışılmasında kamusal bir yarar olmadığı için, ananın evlenmesinden bir an sonra bile dünyaya gelen çocuğun babası ananın kocası kabul edilmiştir. Bununla birlikte evliliğin üzerinden henüz yüz seksen gün geçmeden dünyaya gelen çocuk ve baba arasındaki soybağının reddi için açılacak davada (TMK m.286 vd.) bu süre dikkate alınacaktır. Evliliğin sona ermesinden sonra geçen üç yüz günlük sürenin hesabında ise evliliğin nasıl sona erdiği hususunda bir ayrıma gidilmemiştir. Öte yandan evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün “... *sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür*” (TMK m.285/2). Koca hakkında gaiplik kararı verilmişse “*üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden*” itibaren hesaplanacaktır (TMK m.285/3). Kuşkusuz koca hakkında gaiplik kararı verilmediğinde “kocanın babalığı yönündeki karine” devam edecektir. Babalık karinesinin kalkması için kocanın gaipliğine karar verilmesi yeterli olup evliliğin

¹⁵ Aksi yönde görüşler için bkz. Bkz. Seda Öktem Çevik, “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2117, 2118.

¹⁶ İsviçre ve Alman Hukuklarında üç yüz günlük babalık karinesinin sadece babanın ölümü halinde doğacağına dair bkz. Özlem Sarı Fidan, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”, Adalet Dergisi, 023/1 70. sayı ss. 121-143, s. 129, 131.

¹⁷ Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, Turhan Kitapevi, 2004, s. 525.

feshinin aranmaması gerekir¹⁸. Üç yüz günlük süre içinde birden fazla doğum gerçekleşirse karineden sadece ilk dünyaya gelen çocuğunun yararlanabileceği kabul görmektedir¹⁹. Bu süre içerisinde dünyaya gelen ilk çocuğun ölü doğması halinde de onun hak ehliyeti kazanmamasının hukuki bir değeri olmaksızın sonradan dünyaya sağ gelen çocukların da bu bağı kuramayacağı kanaatindeyiz.

Evliliğin sona ermesinden itibaren *“kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıнын anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi”* kaldırmadığı veya kadın bu süre içinde *“doğurmadığı”* taktirde evliliği sona ermiş bir kadının *“evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe”* evlenmesi yasaktır (TMK m.132). Ancak kanun koyucu bu koşullar altında yapılan evliliği batıl görmemiştir (TMK m.154).

Bu durumda üç yüz içinde evlenip aynı süre içinde doğum yapan kadının çocuğunun babasının, ilk evliliğin sona ermesinin üzerinden üç yüz gün geçmediğinden önceki evlilikteki eski kocası mı, yoksa çocuğun dünyaya geldiği esnada ana ile evli olan sonraki evlilikteki kocası mı olduğu yönünde karineler çatışmıştır. Kanun koyucu bu durumda sonraki evlilikteki kocayı baba olarak kabul etmiş (TMK m.290), buna rağmen bu durumun aksinin kanıtlanabileceğine izin vermiştir. maddenin uygulanması açısından özel bir dava türü belirlenmemiştir. Baba olduğunu iddia eden kişiye ağır şartlar altında tanınmış olan dava hakkı (TMK md.291) babaya getirilen koşullar yönünden Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir²⁰. Ancak hüküm TMK madde 291’e 7531 sayılı Kanunun 11’inci maddesi ile getirilen düzenleme ile yeniden aynı koşulların aranması suretiyle yürürlüğe girmiştir²¹.

Ana ile evliliğin babalık karinesi oluşturduğu bir diğer hal de eşlerin, evlilik öncesi doğmuş olan ortak çocuklarını *“evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki”* nüfus memurluğuna bildirmeleridir (TMK m.293). Bu durumda baba ile soybağı yasanın ön gönmüş olduğu karine ile değil, eşlerin beyanı üzerine kurulmuş olacaktır. Nasıl ki babalık karinesi soybağının reddi davası ile ortadan kaldırılıbiliyorsa evlilik öncesi doğan ortak çocuklar için yapılan bu beyanın hukuki sonuçları da *“tanımanın iptaline ilişkin hükümlere kıyas”* yapılarak dava yoluyla ortadan kaldırılacaktır (TMK m.294).

¹⁸ Bkz. Hüseyin Hatemi, “Aile Hukuku”, Oniki Levha 2023, s. 147. Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, “Aile Hukuku”, Editörler: Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin 2024, s. 337.

¹⁹ Bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, s. 292.

²⁰ Anayasa Mahkemesinin 23/1/2024 Tarihli ve E: 2023/135, K: 2024/18 Sayılı Kararı.

²¹ 14.11.2024 tarihli Resmî Gazete.

• Tanıma

Çocuğun başka bir erkekle soybağının bulunmaması ya da böyle bir soybağ varsa bunun kaldırılmasından sonra, baba olduğunu iddia eden kişi, küçükse velisinin, kısıtlı ise vasisinin izni ile çocuğun babası olduğunu, biri bir diğerine bildirmek üzere kendisinin veya çocuğun nüfus müdürlüğüne yazılı olarak beyan edebilecektir (TMK m.295). Beyanın nüfus müdürlüğü yerine noterlik veya sulh hakimliğine yapılması halinde bu merciler de “*tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir*” (TMK m.296/1).

Tanıma vasiyetname ile de yapılabilecek olup bu durumda vasiyetnameyi açan hâkim tanımayı nüfus müdürlüğüne bildirecektir (TMK m.296/1). Tanıma beyanı sonrası nüfus siciline tescil için her ne kadar tanınan çocuğun ve anasının veya vesayet altında ise vesayet makamının izni aranmamakta ise de çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirecektir (TMK m.296/2). “*Ana, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanınmanın iptalini dava edebilirler. Dava tanıyana, tanıyan ölmüşse mirasçılara karşı açılır*” (TMK m.298). Tanıyan da “*yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanınmanın iptalini dava edebilir*” (TMK m.297)²².

• Babalık Hükmü

Ana ve çocuk, çocuğun anası ile evli olmayan ve çocuğu tanımayan kişiye karşı açacakları dava ile “*çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesi*” (TMK m.301) isteyebilirler. Davacılar, davalının “*çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş*” olduğunu veya “*bu sürenin dışında olsa bile... ana ile cinsel ilişkide fiili gebe kalma döneminde bulunduğu*”nu kanıtlayarak babalık karinesinden yararlanabilir. Kanun koyucu burada bir “*evlilik dışı babalık karinesi*” kabul etmiştir. Baba olduğu iddia edilen davalı ise “*çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu*” ispatlayarak karineyi çürütebilecektir²³. Çocuğun veya çocuğu temsilen kayyum tarafından açılacak dava için hak düşürücü süre yoktur (TMK m.303)²⁴. Ana da doğum ve

²² Tanınmanın vasiyetname yolu ile gerçekleştirilmesi halinde vasiyetnamenin iptali davasının açılması gerektiğine dair bkz. İbrahim Özbay/Şerife Aksan Nar, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanınmanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4 (2010), s. 196.

²³ Bugün için babalığın belirlenmesine yönelik tıbbi delillerin varlığının yanında cinsel ilişkinin varlığına yönelik delillerin önemi büyük ölçüde azaldığına dair bkz. Ekin Şentürk, “Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 27 Sayı: 2 Aralık 2023, s. 378.

²⁴ Anayasa Mahkemesi 27/10/2011 tarihli ve E.: 2010/71, K.: 2011/143 sayılı Kararı ile “*Türk Medenî Kanunu’nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının “... hiç kayyum atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.*” bölümünün iptal etmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120207-16.htm>.

gebelik masrafları ile doğumdan kaynaklanan geçim masraflarını çocuk ölü doğsa dahi çocuğun doğumundan önce veya doğumundan başlayarak en geç bir yıl içinde dava yoluyla talep edebilir (TMK m.303,304).

C. Evlât Edinmeyle Yoluyla Kurulan Ebeveynlik

Çocuğun dünyaya gelmesine sebep olmayan kişiler ebeveyn sıfatıyla, sadece evlât edinme yoluyla çocukla soybağı kurabilirler. Hukukumuzda evlât edinme hâkim hükmüyle kurulur²⁵. Medeni Kanun'da küçüklerin ve erginlerin evlât edinilmesi ayrı esaslara tabi kılınmıştır. Kısıtlılar erginlerle aynı koşullarda evlât edinilebilirler. Evlât edinilen başka bir ifade ile evlâtlık, küçük olsun olmasın onu evlât edinen kişi veya kişilerin “çocuğu” statüsünü kazanır. Aynı şekilde evlat edenler de mahkeme kararıyla ana baba olurlar. Evlât edinmeyle beraber biyolojik ana ve babanın yükümlülükleri evlât edinene geçer (TMK m.314/1).

Sadece evli olan kişiler birlikte evlât edinebilirler. Eşlerin en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir. *“Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlât edinebilir (TMK m.306)”*²⁶. Bununla beraber evli olmayan kişiler ve istisnai hallerde evli kişiler tek başına da evlât edinebilirler. *“Evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlât edinebilir. Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir”* (TMK m.307). Bu sebeple ana ve baba ile soybağı bir diğerinin varlığı aranmaksızın evlat edinme yoluyla da kurulabilir.

Küçüğün evlât edinilmesi için ayrıca; *“evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması”* (TMK m.305/1)²⁷, *“evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması”*²⁸ (TMK m.305/2), *“evlât edinenin diğer çocuklarının*

²⁵ Evlat edinme kurumunun akdi olmaktan çıkarılmasının yerindeliliğine dair bkz. Oğuz Sadık Aydos, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlat Edinme.” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4.2 (2000). Yabancı hukukun veya yabancı ülkelerde gerçekleşen Türkiye’de tanınacak evlât edinme kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususunda bkz. Zeynep Derya Tarman/Işık Önay, “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, AUHFD, 60 (2) 2011: 331-365, s. 334.

²⁶ 17 yaşında evlenip 5 yıl sonra 22 yaşında olan bir çiftin bu koşulu sağlamasının evlat edinilen çocuk için yarattığı riskin eleştirisi için bkz. Hüseyin Hatemi, “Aile Hukuku”, s. 181.

²⁷ Hısmın evlat edinilmesindeki özel durumlar ve özellikle büyük ana ve babanın torunlarını evlat edinmesindeki sakıncalar ve bu husustaki bazı ülke yasaları için bkz. Murat Aydoğdu, Evlat Edinme, Adalet, 2010, s. 456, dipnot. 291.

²⁸ Çocuk yararı kavramının aynen haklı neden kavramı gibi çevresi esnek, yargıcın takdirine bağlı, bir hak olmadığı halde çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde bir kılavuz olduğuna dair bkz.

yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi” (TMK m.305/2), “evlât edinilenin, evlât edinenden en az on sekiz yaş küçük olması” (TMK m.308/1), “ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızası” (TMK m.308/2), “vesayet altındaki küçük için vesayet dairelerinin izni” (TMK m.308/3) ve “küçüğün ana ve babasının rızasını” (TMK m.309/1) aranır.

Kısıtlı olsun olmasın erginlerin evlât edinilebilmesi için ise; “evlat edinenin altsoyunun açık muvafakati” (TMK m.313/1), “evli bir kişi evlât edinilecek ise onun eşinin rızası” (TMK m.313/2), “evlât edinilecek olanın bedensel veya zihinsel engeli sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlât edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte veya evlât edinen tarafından, küçüken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ya da diğer haklı sebepler mevcutsa evlât edinilenin, en az beş yıldan beri evlât edinen ile aile hâlinde birlikte yaşamakta olması” (TMK m.313/1) ve “kıyas yoluyla küçüklerin evlât edinilmemesine ilişkin koşullar” (TMK m.313/3) aranır.

II. ÇOCUK OLMAK

A. Genel Olarak

Çocukluk dünyaya gelmemizden sonra geçirdiğimiz gelişim evresidir. “Çocukluğun tarihi serüvenine baktığımızda, çocukluk anlayışının olmadığı Antik Çağ ve Orta Çağ’dan, çocukluğun keşfedilmesi ile oluşan modern çocukluk anlayışına doğru ilerleyen ve sonrasında günümüzde elektronik medyanın gelişmesi ile yok olan çocukluğa doğru evrilen ve her dönem anlamı değişen bir sürecin işlediğini görmekteyiz. Çocuk ilk çağlarda edilgen bir varlıkken, 17. yüzyılda etken bir varlığa dönüşmüş olsa da ve 21. yüzyılda teknolojinin çocukluğu esir almasıyla birlikte yeniden edilgen bir sürece girildiğini görmekteyiz. Elektronik medyanın yaygın kullanımıyla birlikte yetişkinlik ve çocukluk sınırlarının ortadan kalktığı günümüzde, artık yetişkinliğin de yeniden tanımlanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Aydınlanma çağından sonra çocuğun birey olma serüveninin бүтүncүл bir yaklaşımla ele alınması ve bu anlamda da tarihin tanıklığına başvurulmasının önemi tartışılmaz derecede mühimdir.”²⁹

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye sözleşmeyi bazı maddelere çekince ko-

Rona Serozan, “Çocuk Hukuku”, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 65-66.

²⁹ Bkz. Elif Gökçe Arslan Çifci, “İnsan Davranışı ve Sosyal Çevre I” Çocukluk Tarihi, Atatürk Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, s. 3, <https://adm.ataaoof.edu.tr/pdf.aspx?du=ktWL8LBTtHnHH795WIYUEA==>.

yarak 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. “Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne göre “Ulusal yasalarca daha genç bir yaşta reşit sayılma hariç, 18 yaşın altındaki her insan çocuk sayılır. Çocukların bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlaki ve ekonomik bakımdan özgürlük ve haysiyet içinde, sağlıklı ve normal biçimde yetişebilmesi için ona hukuk kuralları ile tanınan yetkiler ve menfaatleri” temel hakları olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler çocuk hakları bildirisinde çocukların sahip oldukları haklar belirtilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesinde gözetilen amaç, çocukların ihmal, istismar ve kötü muameleye karşı korunmaları için evrensel standartların yerleştirilmesidir. Sözleşme, çocukların açlık ve yoksulluktan, ihmalden ve sömürüden ve diğer kötü davranışlardan uzakta potansiyellerini tam anlamıyla gerçekleştirebilecek şekilde yetiştirilmelerini öngörmektedir. Çağdaş toplumlarda çocuk paradigması üç temel ilkeyi benimser: Birincisi; her doğan çocuğun hayata iyi bir başlangıç yapması. İkincisi; nitelikli eğitim alması. Üçüncüsü ise, her çocuğun yeteneği doğrultusunda potansiyellerinin geliştirilmesi, sosyalleştirilmesidir. (Gençdoğan ve Bay, 2007, 279)”³⁰.

Medeni Kanunumuzda on sekiz yaş altı her kişi “küçük” olarak kabul edilmiş; “çocuk” kelimesi ise bazı maddelerde “küçük” yerine (TMK m.28,41) ancak çoğunlukla ana babaya göre “evlât” olma anlamıyla (TMK m.157,166,197,237 vb.) kullanılmıştır. Medeni Kanun’da kimi yerde “ergin çocuk” ifadesine de yer verilmiştir (TMK m.197,291,335,338,419,641). Türk Dil Kurumu sözlüğünde de çocuk ilk anlamıyla “bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız; yavru, bala, uşak, velet” olarak tanımlanırken ikinci anlamıyla “Soy bakımından oğul veya kız; yavru, bala, döl, evlat, zürriyet” olarak tanımlanmıştır³¹.

Kişi ergin olsun olmasın ana baba ile soybağı kurduğunda onların “çocuğu” dur. Bazen ergin kişiler de nüfus tashihi davası, babalık davası, tanıma gibi yollarla biyolojik ana babaları ile doğumdan sonra soybağı kurabilirler. Erginlerin evlat edinilmesinin küçüklerin evlat edinilmesinden farklı koşullara bağlandığından yukarıda bahsetmiştik. Ergin evlatlık da küçük evlatlık gibi evlat edinenin “çocuğu” olmaya hak kazanır.

III. EBEVEYNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Ebeveynin Çocuklarına Karşı Sorumluluğu

Ebeveyn olmanın, kişiye dünyaya getireceği veya evlat edineceği çocukların aidiyet ve özgürlük ihtiyaçlarını bir arada karşılayarak, onlara hayatta kalabilme ve sosyal

³⁰ Bkz. Sevinç Güllü, “Çocukluk ve Çocukluğun Sosyolojisi” Sosyoloji Dergisi Yıl 2016 ISSN: 1300-5642, Armağan Sayısı: 1-22, s. 10.

³¹ <https://sozluk.gov.tr>.

hayata uyum sağlama becerisi kazandırma sorumluluğunun taşınması olduğunu kanaatindeyiz. Kuşkusuz kendinden üreyen de olsa bir insanın bir başka insanın sorumluluğunu alması hiç de kolay değildir. “*Velayet, çocuğun kişiliğine ve mallarına özen göstermek ve onu temsil etmek konusunda ana babaya ödevler yükleyen ve bunların en iyi şekilde yerine getirilmesi için ona yetkiler sağlayan, asıl amacı çocuğun korunması ve yararının gözetilmesi olan bir kurumdur. Bu nedenle kimi çağdaş yasalarda egemenlik ve bağımlılık çağrışımı yapan “velayet” kavramı terk edilerek onun yerine “koruma ve bakma hakkı” kavramı tercih edilmiştir*”³². Bu sorumluluk fiziki bakım, sosyal, psikolojik ve ekonomik destek sağlama ve yönlendirme gerektirir. Kanun koyucu bu yükümlülükleri yasalarla düzenlediğinde, sorumluluk gönüllük esastan çıkar ve yerine getirilmemesi yasal yaptırımlara bağlanır. Ebeveynin sorumluluğu önce çocuklarına sonrasında ise çocukları sebebiyle üçüncü şahıslara karşdır.

1. Cenine Karşı

a. Ceninin Kişilik Haklarının Korunması

Cenin ana rahmindeki çocuğa verilen addır³³. Ceninin kişilik hakları Türk Ceza Kanunu’nda özel hükümlerle korunmuşken, Medeni Kanun’da “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ... Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” (TMK m.28) denilmekle cenin, sadece müstakbel bir hak süjesi olarak kabul edilmiştir.

Tamamıyla doğmaktan kastedilen bebeğin ana rahminden tamamen kurtulmasıyla doğumun tamamlanmış olmasıdır. Ceninin doğum tamamladıktan sonra bir an için dahi hayati fonksiyonları göstermesi hak süjesi olarak kabul edilmesi için yeterli görülmüştür³⁴. Doğumun sezaryen veya doğal yoldan olması hak ehliyetinin kazanılmasında bir fark yaratmayacaktır. Bebeğin, ölü doğması halinde ise, aile kütüğüne kaydı dahi yapılmayacak adeta ana rahmine hiç düşmemiş kabul edilecektir (NHK m.15/7).

Medeni Kanun’da ceninin mal varlığının korunmasına yönelik hükümlerin yanında, şahıs varlığının korunmasına dair tek düzenleme ana veya babadan velayetin alınmasına dair kararın “*aksi belirtilmedikçe, ... mevcut ve doğacak bütün çocukları*” kapsayacak olmasıdır (TMK m.348/3). Ancak ceninin bu korumadan yararlanabilmesi için de tam ve sağ doğmuş olması aranacaktır. Zira ölü doğan

³² Bkz. Cem Baygın, “Soybağı Hukuku”, Oniki Levha, 2010, s. 259.

³³ Doğum öncesinde anne karnındaki canlının ilk 2 haftalık dönemine döllenmiş yumurta anlamında “zigot”, ardından ikinci ayın sonuna kadar olan dönemine “embriyo”, ikinci aydan doğuma kadar olan dönemde ise “cenin” veya “fetüs” olarak adlandırıldığına dair Bkz. Nilüfer Demirsoy, “Osmanlıdan Günümüze Babanın Fetüs Üzerindeki Hakkının Değerlendirilmesi”, Jinekoloji- Obstetrik ve Neonatoloji Tıp Dergisi 2018; Volume: 15, Sayı: 2, s. 80.

³⁴ Çocuğun sağ doğduğunun kabulü için öğretideki farklı görüşler için bkz. Ayşenur Şahin Caner, “Medeni Hukuk I”, Editörler Metin İkizler/Özlem Tüzüner, Adalet, 2024, s. 289, dip not 8.

bebek üzerinde velayet hakkı zaten doğmayacaktır. Öte yandan ceninin kişilik hakları, embriyoların ticaret ve bilimsel araştırma konusu yapılmaması ile ilgili olarak sağlık mevzuatında ayrıca korunmakta olup ebeveynlerin cenin üzerinde aksi yönde tasarrufları hukuka uygun değildir³⁵.

Cenin ana rahminde olup henüz hak ehliyetine sahip olmadığı dönemde maruz kaldığı haksız fiilden doğan zararlar, dünyaya sağ olarak gelip hak ehliyetini kazandığında, tazminat isteyip isteyemeyeceği tartışmalarını doğurmuştur. Zarara sebebiyet veren kişi, bir doktor³⁶, trafik kurallarını ihlal eden bir sürücü veya anaya çocuğu düşürmesi için şiddet uygulayan baba aday gibi üçüncü bir şahıs olabileceği gibi bulaşıcı veya genetik hastalık³⁷ taşıdığını bile bile hamile kalan, hamilelik esnasında dikkatsiz ve özensiz bir yaşam süren³⁸, alkol veya uyuşturucu madde alan, sigara içen, bebek için başta bulaşıcı hastalık riski olmak üzere güvensiz cinsel ilişki yaşayan³⁹, hatta onu düşürmeye çalışan ana dahi olabilecektir. Aynı ihtimaller taşıyıcı anne içinde de geçerli olup onun da sağlığına ve yaşam tarzına aynı şekilde dikkat etmesi gerekir⁴⁰.

Ananın hamileliği dönemince kendi bedenine yönelik haksız fiiller sebebiyle kendisinin uğradığı zararların tazminini isteyebileceği tartışmasızdır. Çocuk tam ve sağ doğduktan sonra çocuğun yasal temsilcisi olarak çocuğun görmüş olduğu zarar için de dava açmasının önünde yasal bir engel yoktur⁴¹. Zira, çocuk hak ehliyeti-

³⁵ Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17'nci maddesine göre, üreme amacıyla oluşturulan embriyoların yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun kullanılması yasaklanmış olmasına, 5 yılın sonunda imha edilmesinin öngörüldüğüne ve diğer ülkelerdeki düzenlemelere dair bkz. Hamide Tacir, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı" Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 1312.

³⁶ Hasta hekim sözleşmesinin ceninin korunması için üçüncü kişi yararına yapılan sözleşme olduğuna dair bkz. Bkz. Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Cenin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararın Tazmini", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 754 vd.

³⁷ Ebeveynin kasıtlı genetik müdahalesi olmadığı sürece bebeğin engelli doğmasına sebep olması halinde hukuki sorumluluğun doğmadığına dair bkz. Kirsten Rabe Smolensky, "Creating Children with Disabilities: Parental Tort Liability for Preimplantation Genetic Interventions", Hastings Law Journal Volume 60 | Issue 2 Article 4, 1-2008.

³⁸ Ceninin hayatının annenin fiili sebebiyle tehlikeye girebileceği farklı davranış grupları için bkz. Dilşad Keskin, "Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 754 vd.

³⁹ Cinsel yolla bulaşan hastalıklardan anne karındayken etkilenen kişinin, babasının sebep olduğu zararlar için babasına dava açılabilirken annesine dava açamayacağına ilişkin "Doğuştan Engelliler (Medeni Sorumluluk) Yasası 1976 (CDCLA)"nın eleştirisi için bkz. Catherine E. Bowden, "Is the Unequal Treatment of Maternal and Paternal Liability Under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 Justified?" Medical Law Review, Vol. 30, No. 3, pp. 457-478 Advance Access Publication: May 19, 2022.

⁴⁰ Bkz. Yasemin Erol, "Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik", Yetkin Yayınları, 2012, s. 124.

⁴¹ Bkz. Dilşad Keskin, "Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi", s. 748 vd.

ni kazanmıştır. Sorun, çocuğa zarar verenin ana ve/veya baba olması durumunda çocuğun zararının nasıl tazmin edileceğidir. Bu durumda çocuğun böyle bir zarara maruz kaldığını öğrenen yetkililerin ve çocuğun diğer yakınlarının şikâyeti üzerine “*yasal temsilcinin menfaati ile çocuğun menfaatinin çatıştığından*” bahisle (TMK m.426/f.1.b.2) çocuğa derhal kayyım atanması gerektiği kanaatindeyiz. Çoğu durumda olduğu gibi bu durumda da çocuğun korunmasında sosyal bilinç ve toplumun dinamikleri de belirleyicidir. Bununla beraber Türk Hukukunda, küçük çocuğa, ebeveyninin yol açtığı kişisel yaralanmalar için tazminat talebinde bulunmasını yasaklayan “*Ebeveyn Dokunulmazlığı Doktrini*”⁴² hiçbir zaman etkin olmamıştır.

Çocuğun açacağı tazminat davasındaki zamanaşımı süresinin ise, Medeni Kanun’un genel ruhuna uygun olarak çocuğun reşit olmasından sonra başlayacak şekilde özel olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira “*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*” (TBK m.72/1). Bununla birlikte Borçlar Kanunu’nda “*velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için*” zamanaşımının durduğu (TBK m.153/f.1.b.1) ilkesi kabul edilmiştir.

Ebeveynler müteselsil ve sınırsız olarak kusurlarıyla ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabileceklerdir. Zira “*birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*” (TBK m.61).

Ceza Hukukunda da ceninin korunduğu haller vardır. Türk Ceza Kanunu’nda kadına rızası olmadan yapılan küretaj suç kabul edilmiştir. Kadının rızası olsa bile “*gebelik*

⁴² Amerika Birleşik Devletleri’nde Ortak Hukukun kabul ettiği prensiplerden biri de “*Ebeveyn Dokunulmazlığı Doktrini*”dir. Özel olarak cenin döneminde uğramış olduğu zararlar sebebiyle değil hak ehliyetini kazandıktan sonra uğradığı zararlar yüzünden de çocukların ebeveynlerine karşı dava açamayacağı ilkesi kabul edilmiştir. 1891’de Mississippi Yüksek Mahkemesi, aile içindeki bir çocuğa yönelik haksız fiiller için ebeveyn dokunulmazlığı ilkesini ilk kez dile getirilmiştir. Hewellette v. George davası için bkz. George P. Smith II “Fetal Abuse: Culpable Behavior by Pregnant Women or Parental Immunity?” Journal of Law and Health, V: 3-2, s. 225. Chenault v. Huie davasında Teksas Temyiz Mahkemesi, hamileyken hem yasal hem de yasadışı uyuşturucu kullanan bir kadının gelişimsel sorunları ve serebral palsisi olan bir çocuk doğurması üzerine çocuğa vasi atanan ablasının annesine açtığı davayı mahkemenin aynı doktrin sebebi ile reddettiğine dair bkz. Linda C. Fentiman, “Are Mothers Hazardous to Their Children’s Health?: Law, Culture, and the Framing of Risk”, Virginia Journal of Social Policy & the Law Vol. 21:2, s. 326. Michigan Temyiz Mahkemesi’nde görülen Grodin v. Grodin davasında, doğum öncesi yaralanma tazminatına izin verilmesi ve ebeveyn dokunulmazlığının kaldırılmasıyla, canlı doğan bir çocuğun, annesinin eylemlerinden kaynaklanan doğum öncesi yaralanmalar için annesinden tazminat alabileceğinin kabul edildiğine dair bkz. Ron Beal, “Can I Sue Mommy?” An Analysis of a Woman’s Tort Liability for Prenatal Injuries to her Child Born Alive” San Diego Law Review VOL. 21: 325, 1984, s. 352. Ebeveyn dokunulmazlığı ilkesinin koruyucu ebeveynler için de In Loca Parantis Doktrinine dayanılarak işletilmesi gereğine dair bkz. K. Cavanaugh, D Pollack, “Liability Protections for Foster Parents” 6 Kan. J.L. & Pub. Pol’y 78 (1996-1997).

süresi on haftadan fazla” ise küretaj yapılamaz (TCK m.99/1). On haftadan fazla olan gebeliklerde küretaja rıza gösteren kadın da (TCK m.99/2) bizzat kendisi düşüğe sebep olan kadın da (TCK m.100) suçludur⁴³ “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir” (TCK m.99/6).

Bununla beraber gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına veya düşmesine yol açan kasten yaralama suçu (TCK m.87.f.1.b.e/f.2.b.e), gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun doğmasına veya düşmesine yol açan taksirle yaralama suçu (TCK m.89.f.2.b.f/f.3.b.e), gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun doğmasına veya düşmesine yol açan işkence suçu (TCK m.95.f.2.b.e/f.2.b.e) anaya karşı işlenen suçlar olarak düzenlenmiş, ceninin henüz dünyaya gelmediği zamanda maruz kaldığı yaralanmalar ne ana karnındayken ne de sağ doğması sonrasında suça konu edilmemiştir. Zira kanunda çocuk *henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi* olarak tanımlanmış olup (TCK m.6.f.1.b.b) cenin sağ doğmuş olsa da suçun işlendiği an itibariyle kişi değildir. Kanunun sistematığında vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçların altsoya karşı işlenmiş olması cezayı arttıracakken ceninin şiddete maruz kalması usulsüz küretaj ihtimalleri dışında suç değildir. Dolayısıyla çocuğun dünyaya engelli olarak gelmesine sebebiyet veren üçüncü şahsın veya ebeveynin fiili Ceza Kanununda çocuğa karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmemiştir⁴⁴.

Çocuk dünyaya evlilik birliği içinde gelecek olsun olmasın dünyaya getirme kararı sadece anaya aittir⁴⁵. Gebeliğin ananın bedeninde gerçekleşmekte olma-

⁴³ Ceninin doğabilme hakkının sınırının gebe kadının çoktan sahip olduğu yaşam ve bunun yanında sağlık hakkı olduğuna ve hiçbir hukuk düzeninin gebe kadını yaşamı ve beden sağlığı pahasına bir doğumu zorlamayı haklı kılamayacağına dair bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi “Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan” Özel sayısı, 2013, s. 171. **Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün yedinci maddesinde** “derhal müdahale edilmediği takdirde kadının hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden acil hallerde” rahmin tahliye edilebileceği düzenlenmiş ve iki sayılı listede bu rahatsızlıklar tek tek sayılmıştır.

⁴⁴ Cenine verilen zararın suça konu olup olamayacağına dair tartışmalar için bkz. Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önök, “Pratik ve Teorik Ceza Özel Hukuku”, Seçkin, 2024, s. 203-204. Örneğin; hekimin yanlışlıkla verdiği ilaç, kadının çocuğunu düşürmesine neden olsa dahi bu takdirde kast çocuk düşürmeye yönelik olmadığı için çocuk düşürme suçunun oluşmadığının ve hekimin sorumluluğu taksirle yaralama kapsamında değerlendirileceğinin eleştirisi için bkz. Burcu Dönmez, “TCK’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 115.

⁴⁵ Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonunda anneliğin özgür bir seçim olduğuna ve bütün kadınların istemli olarak gebeliklerini sonlandırdıklarında ayrımcılığa, cezalandırılma ve sosyal reddedilmeye maruz kalmama hakkına sahip olduklarına dair bkz. Begüm Atasay/Saadet Arsan, “Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyonu” TBB Dergisi, Sayı 52, 2004, s. 172 vd.

sı ananın şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak görüldüğünden⁴⁶ gebeliği sonlandırma kararı da yasal sınırları içerisinde yalnızca anaya tanınmıştır. Öyle ki Türk Ceza Kanunu madde 99 gereğince “Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” iken kadının eşinin rızasının alınmaması bu suçu doğurmayacaktır⁴⁷. Oysa ki cezai bir yaptırım⁴⁸ olmasa da 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanunun 6’ncı maddesi gereğince ananın evli olması halinde küretaj için eşinin rızasının alınması zorunludur⁴⁹.

Öte yandan gebeliğe rıza göstermeyeceği bilinci ile babada irade fesadı yaratarak gebe kalan ananın eyleminin de babanın kişilik haklarını ihlal ettiği kanaatindeyiz. Zira baba olma kişinin maddi, manevi ve sosyal haklarından oluşan⁵⁰ kişilik hakları üzerinde sonuç doğurur.

Hukukumuzda izin verilmemekle birlikte, taşıyıcı anneliğe izin verilen ülkelerde küretaj problemi çok daha karmaşık bir hal almıştır. Zira, biyolojik ebeveynin taşıyıcı anneye rağmen küretaj istemesi veya taşıyıcı annenin biyolojik ebeveynin rızası hilafına gebeliğe son vermek istemesi hallerinde, taşıyıcı annenin bedeni hakkında kararı verebilecek tek kişi olduğu kabul görmektedir⁵¹.

Aynı tartışmalar suni döllemede ana ve babalara tanınan seçim hakkında da ortaya çıkabilmektedir⁵². Ceninin hak ehliyetini “sağ doğmak koşuluyla, ana

⁴⁶ Thomson’a göre, Bir kişinin yaşama hakkına sahip olmasının başka bir kişinin bedenini kullanma hakkını garanti etmeyeceğine dair tartışmalar hususunda bkz. Enes Dağ, “Philippa Foot’un Çifte Etki Doktrini ve ‘Tramvay Problemi’: Uygulamalı Etik Açısından ‘Ahlaki İkilemler’ ve Failin Karar Verme Sorunu” SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık 2023, Sayı: 60, s. 255 dipnot54.

⁴⁷ Bkz. Tansu Sayar/Yasemin Kılıç Öztürk, “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018, s. 326.

⁴⁸ Açılan boşanma davasında tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde kocasının bilgisi dışında çocuğunu aldırarak kadının kusurlu olduğuna dair bkz. T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2. Hukuk Dairesi 2008/10197 E., 2009/12339 K., 24.06.2009 T.

⁴⁹ Osmanlı’da annenin, kocasının rızası olmaksızın çocuk düşürmesi halinde ceza olarak 500 dirhem para ödemesi ve ölen çocuğun mirasından mahrum bırakılması gerektiği, ancak kocasının izni olması halinde çocuğu düşüren üçüncü şahıslar dahi olsa bu kişilere ceza verilemeyeceğine dair bkz. Demirsoy, s. 82.

⁵⁰ Bkz. Hayriye Şen Doğramacı, “Medeni Hukuk-I”, Editörler: Metin İkizler/Özlem Tüzüner, Adalet, 2024, s. 151.

⁵¹ Çoklu gebeliklerde de her ne kadar karar verme hakkının taşıyıcı annede olduğu kabul edilse de gönüllü ebeveynlerin küretaj taleplerinin reddedilmesi durumunda bebeğin sorumluluğunu almaktan kaçabileceği de ihtimal dâhilinde olduğuna dair bkz. Yiğit İlaşt, “Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 215 | Temmuz 2023, s. 1013.

⁵² Örneğin; kendileri de sağır olan bir çiftin sağırılık geni taşıyan embriyoyu tercih etmelerinde tercihin başka embriyodan yana kullanılması halinde bebeğin aynı kişi olmayacağından bahisle ana ve babanın hukuki sorumluluklarının doğmayacağına, ancak sağlıklı embriyoya yapılan kasıtlı

rahmine düştüğü andan” (TMK m.28/2) başlatan kanun koyucu, laboratuvar ortamında gerçekleşen suni döllenme aşamasında meydana gelebilecek haksız fiil eylemlerinin dava konusu edilebilmesi yönünde lafzi bir engel yaratmıştır. Oysa ki tüpte döllenme esnasındaki tıbbi müdahaleler de haksız fiil doğurabilecektir.

b. Ceninin Mal Varlığı Haklarının Korunması

Medeni Kanun’da ceninin şahıs varlığının korunmasına dair hükümlere yer verilmezken, mal varlığı hakları özenle korunmuştur. Kanunda ceninin “sağ doğmak koşuluyla mirasçı” olabileceği (TMK m.582/1), “*mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye*” ileride var olacağı ihtimaliyle art mirasçı sıfatıyla tereke malı bırakılabileceği (TMK m.583/1)⁵³, mirasbırakanın “*hakkında borç ödemededen aciz belgesi bulunan*” altsoyunun saklı payının yarısını onun “*doğmuş veya doğacak çocuklarına*” özgüleyebileceği (TMK m.513)⁵⁴, “*bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılırsa*”, ve sayet makamının terekeye kayyın atayabileceği (TMK m.427.f.1.b.3), “*mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa*”⁵⁵ mirasın paylaşılmasının doğumuna kadar ertelenebileceği (TMK m.643) kabul edilmiştir.

Babalık davasının “*çocuğun doğumundan önce veya sonra*” açılabilceğini (TMK m.303) ön gören kanun koyucu, babalık davası ile birlikte nafaka istenmiş ise hâkimin babalık olasılığını kuvvetli bulduğunda çocuğun ihtiyaçları için hükümden önce uygun bir nafakaya karar verilebileceğini de kabul etmiştir (TMK

müdahale ile ceninin sağır doğmasına sebebiyet vermenin bu sorumluluğu doğuracağına dair bkz. I. Glenn Cohen, Hastings, “Intentional Diminishment, the Non-Identity Problem, and Legal Liability” Law Journal Volume 60 | Issue 2 Article 5, 1-2008. Öte yandan embriyoları sağlık durumuna, özelliklerine ya da cinsiyetine göre seçip, diğerlerinin imha edilmesini istemelerinin üreme hakkı kapsamında görülüp görülmeyeceği tartışmaları için bkz. Eda Gülsüm Karasaç, “Ceninlin Yaşama Hakkı”, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (3) 2022: 1051-1097, s. 1078.

⁵³ Artmırasçının, mirasbırakanın öldüğü anda doğmuş olmasının veya ana rahmine düşmüş olmasının aranmayacağına dair bkz., Bilge Öztan, “Miras Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2023 s. 308.

⁵⁴ Bir görüşe doğacak çocuklar ifadesinin, mirasbırakanın ölümü anında ana rahmine hiç düşmemiş olan çocukları da kapsadığına, diğer bir görüşe göre doğmuş ve doğacak çocukların kapsamına, mirasbırakanın ölümü anında hayatta olan veya ana rahmine düşmüş olan çocukların girdiğine dair bkz. Dilşah Buşra Kartal, “Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, s. 630. Hakim görüşün doğacak çocuklar ifadesinden mirasbırakanın ölüm anında en azından ana rahmine düşmüş çocukların anlaşılması gerektiğine dair bkz. O. Gökhan Antalya, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 222. Evlatlığın da doğmuş ve doğacak çocuk kavramına dahil olduğuna dair bkz. Bilge Öztan, “Miras Hukuku”, Yetkin Yayınları, s. 158. Alt soyn çocuklarının doğması ihtimali oldukça terekenin kesin olarak paylaşılamayacağına, ancak mirasbırakanın ölümü anında hayatta olan çocukların, terekeyi kendi haklarından fazlasını doğacak çocuklara nakletmek yükümlülüğü ile kazanacaklarına dair bkz. Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/ Hakan Albaş, Miras Hukuku, İleri Yayınları, 2012, s. 375.

⁵⁵ Sağ doğduğu takdirde mirasçı olabilecek tüpte döllendirilmiş bir embriyonun varlığının, bu embriyo ana rahmine yerleştirilmedikçe, mirasın paylaşılmaya başlanmasına engel teşkil etmeyeceğine dair bkz. Leyla Müjde Kurt, “Ceninlin Malvarlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 2 Sayı: 1 Yıl: 2011, s. 203.

m.333). Ceninin şahsi sağlık giderleri ve hatta hayata tutunabilmesi için gerekli olduğu ölçüde annenin sağlık, barınma ve beslenme gibi yaşamsal giderleri için de maddenin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ebeveynlerin “nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine” getirmediklerine “ya da kaçma hazırlığı içinde bulundukları, mallarını gelişigüzel harcadıkları veya heba ettikleri” ne kanaat getirilirse “gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektiğinde diğer önlemlerin alınmasına” karar verme yetkisi babalık davasına bakan hâkime tanınmıştır (TMK m.334). Hükümün ana rahmindeki ceninin menfaatlerini de koruyacak şekilde uygulanmasının önünde yasal bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan, kanun koyucu tarafından hâkimin uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine karar verilebilmesi için soybağının tespit edilmiş olması, aranmakta olduğundan (TMK m.332) cenin için de bu koşulun sağlanması gerekmektedir.

Cenin mal varlığı haklarının korunmasında üzerine düşeni yapmayarak zarara uğramasına yol açan ebeveynin de çocuğun dünyaya gelmesinden sonra bu zararı tazmin etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, örneğin evli olmadığı bir kişiden hamile kalan bir kadının babanın vefatı halinde mirasçılarında çocuğun varlığını gizleyerek babalık davası açmaması, çocuğa babanın kimliği ile ilgili bilgi vermemesi, terekenin paylaşılmasının ertelenmesini istememesi veya çocuğun ana karnındayken uğradığı haksız fiil sebebi ile alacak hakları doğduğu halde, sağ doğduktan sonra çocuğun yasal temsilcisi sıfatı ile bunları dava konusu etmemesi hallerinde ebeveyn sorumluluğunun doğmadığını kabul edecek olursak ceninin mal varlığı hakları korunamayacak, kanun koyucunun cenin lehine koyduğu hükümleri etkisiz ve anlamsız kılacaktır.

2. Küçüğe Karşı

a. Küçüğün Kişilik Haklarının Korunması

Medeni Kanun’da on sekiz yaşın altındaki her kişi küçük olarak kabul edilmiştir. Kişinin ergin kabul edilebilmesi için kural olarak on sekiz yaşını doldurup on dokuz yaşından gün almış olması aranır. Kişi kanun koyucunun verdiği yetki ile henüz on sekiz yaşını doldurmadan evlenirse (TMK m.11)⁵⁶ evlenme suretiyle

⁵⁶ Çocuk evliliklere düşük eğitim seviyesi ve yoksulluk sebep olduğuna dair bkz. Perran Boran/Gülbin Gökçay/Esra Devecioğlu/Tijen Eren, “Çocuk Gelinler”, Marmara Tıp Dergisi, 2013; 26:58-62 DOI:10.5472/MMJ.2013. 02751.1, s. 59-60. On yedi yaşını dolduran kişiler ana ve babalarının rızası ile evlenebilirler. (TMK m.124,126). Olağanüstü ve pek önemli sebeplerin varlığı halinde hâkim “onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulunduğu karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir” (TMK m.124/2). Yaş sınırının ihlal edilmesi halinde evliliğin akıbetinin ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Küçük yaşta evlenmenin müeyyidesi ile ilgili olarak doktrinde ileri sürülen üç farklı görüş için bkz. Dilşad Keskin, “Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 4, s. 81. Yargıtay 15 yaşındaki bir çocuğun yaptığı evliliği yok hükmünde kabul etmiştir. Bkz. T.C. Yargıtay

ergin olur ya da “*onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir*” (TMK m.12)⁵⁷. Evlenme veya mahkeme hükmüyle ergin kılınan kişi de “küçük” olma statüsünden çıkar, bununla beraber yaşa bağlı hakları o yaş kazanmadan kullanamaz.

Medeni Kanun’da küçüklerin mutlaka yasal temsilcilik altında olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Çocukların yasal temsilcileri kural olarak soybağının nasıl kurulmuş olduğuna bakılmaksızın velayet hakkına sahip ebeveynleridir. Küçük, ana ve babasının velâyeti altında olup yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz (TMK m.335/1). Velâyet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınması yasal bir gerekliliktir (TMK m.404).

Küçükler, fiil ehliyeti açısından ayırt etme gücüne sahip olup olmamalarına göre sınıflandırılır. Ayırt etme gücü olmayan küçüklerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmadığı (TMK m.15) zira fiil ehliyetlerinin olmadığı (TMK m.14) kabul edilmiştir. Kanunda ayırt etme gücünün tarifi onu ortadan kaldıran haller üzere aksini kanıtlanarak yapılmıştır. Buna 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*” (TMK m.13). Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise kural olarak velayet hakkına sahip ana babalarının, bunların yokluğunda kendilerine yasal temsilci olarak atanmış vasilerinin (TMK m.404/1) izni ile bir hukuki işleme taraf olabilirler. “*Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*” (TMK m.16/1). Bununla beraber kanun koyucu evlat edinilme (TMK m.309), evlenme (TMK m.126,127), tanıma (TMK m.295/2) gibi bazı hakların kullanımını kanuni temsilcinin izni ile mümkün kılmıştır⁵⁸.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin, hâkim “*hakkaniyet*” gereği gerekli görmediği sürece (TBK m.65), kural olarak verdikleri zarardan sorumlulukları yoksa da (TMK m.14,15) “*ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar*” (TMK m.16). Küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmalarında bir yaş eşiği⁵⁹ yoktur, her olayın özelliğine ve çocuğun geliş-

2. Hukuk Dairesi E. 2011/4235 K. 2011/7649 T. 3.5.2011. Kazancı veri tabanı. Evliliğin butlanı halinde “evlenirken iyiniyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu” koruyacaksa da (TMK m.158/1) yok hükmünde bir evlilik kişiyi ergin kılmaz.

⁵⁷ Ayırt etme gücünün varlığının karar anında aranması gerektiğine dair bkz. Bkz. Şakir Berki, “Türk Medeni Kanunu’nda Rüştü” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1966, s. 245.

⁵⁸ Bkz. Rona Serozan, s. 447.

⁵⁹ Roma Hukukunda fiil ehliyetine sahip olmak için kabul edilen yaş eşikleri için Bkz. Selda Güneş Ceylan, “Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku” Yetkin Yayınları 2004. s. 39. Ayırt etme gücünü kazanmak için yaş eşiği belirlenmiş hukuk sistemleri için bkz. Vehbi Umur Erkan/ İpek Yücer, “Ayırt Etme Gücü” AÜHFD, 60 (3) 2011, s. 489, 490.

mine bakılarak karar verilmelidir⁶⁰. Ayırt etme gücünün yokluğu kural olarak bu kişileri haksız fiil ehliyetinden yoksun kılacaksa da bu durum, aşağıda anlatacağımız ev başkanının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (TMK m.369).

Küçükleri davada yasal temsilcileri temsil eder. Ancak ayırt etme gücüne sahip küçükler yani “Sınırlı ehliyetsizler tek başlarına kullanabildikleri kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile ilgili davalarda dava ehliyetine sahiptirler. Kanuni temsilcinin rızasına ya da katılımına gerek olmadan bu davaları açabilirler. Örneğin kişilik hakkına hukuka aykırı sonucu açılan koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve sınırlı ehliyetsiz bu davayı kanuni temsilcinin rızası olmadan da açabilir”⁶¹. Eğer küçüğün ayırt etme gücü yoksa ve bu sebeple dava açamıyorsa “onun adına yasal temsilcisinin dava açabileceği fikri daha çok taraftar bulmaktadır”⁶².

Anayasa’nın 12’nci maddesinde “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.” ilkesi benimsenmiştir. Anayasa’nın 17’nci maddesine göre de “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 deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz...” Anayasa’nın 20’nci maddesinde ise bir kişilik hakkı olan özel hayatın gizliliği ilkesi düzenlenmiştir.

Medeni Kanun’da kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayıp ölümle sona ereceği (TMK m.28/1) kabul edilmiş ve doğum anından başka bir ifade ile çocukluktan başlayarak “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz” (TMK m.23/1,2) hükmüyle önce kendisine yani içe karşı korunmuştur. Sonrasında ise “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.” (TMK m.23/2) ve “hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya

⁶⁰ Ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine dair bkz. Bkz. Hülya Atlan Gürer, “Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 82 (1), 77-103, s. 86.

⁶¹ Bkz. Serap Helvacı, “Gerçek Kişiler” Legal, 2023. s. 86.

⁶² Bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, s. 283.

kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” (TMK m.24) hükümleriyle ötekilere yani dışa karşı korunmuştur.

Kişinin ehliyetleri, hürriyetleri, kişisel durumları, maddi, manevi ve ekonomik varlıkları kişiliğinin birer unsurudur. Kişi bu anlamda maddi (bedensel) varlığının, manevi bütünlüğünün, sır çevresi ve gizlilik alanlarının, iktisadi bütünlüğünün korunmasını talep edebilir. Çocuklar da tıpkı yetişkinler gibi kişilik haklarından feragat edemezler ve kişilik haklarının korunmasından bizzat yararlanırlar. Zira, ayırt etme gücüne sahip küçükler kanunda ayrı tutulan, nişanlanma, evlenme, tanıma gibi istisnai haklar bir tarafa bırakılırsa kural olarak ana babalarının iznini almaksızın kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabileceklerdir (TMK m.16). Bununla beraber, çocuğun ayırt etme gücü olsun olmasın ana ve babalar da velayetin bir gereği olarak çocuklarını onların kişilik haklarına yapılan saldırılardan korumakla yükümlüdürler. Zira kanuni temsilcilikten beklenen öncelikli yarar yetişkinlerin sahiplenme duygularını tatmin etmek değil, küçüklerin gözetilme ve korunma ihtiyaçlarını karşılamaktır. Ergin olmayan çocuk kural olarak yasa gereği, kısıtlanan ergin çocuklar da istisnai olarak ve hâkim kararı ile ana ve babasının velâyeti altındadır (TMK m.335).

Velayet, ana ve babaya çocuğu barındırma, eğitme, temsil etme ve ona bakma, ilgi, sevgi, güven ve isim verme yetki ve yükümlülüğü yükler. Üçüncü şahıslar çocuklara tıbbi zorunluluklar ve kamu düzeninin korunması gibi haklı sebepler dışında ancak ana ve babanın rızası ile müdahale edebilirler. Örneğin çocuğa yapılacak tıbbi bir müdahalede kural olarak ana babanın rızası aranır. Aynı şekilde çocukların taraf oldukları bir davada temsil edilmeleri için temsilcilere vekaleti ana babaları velayeten verir. Ancak bu nevi verilen izin ve yetkiler, velayet hakkından feragat veya bu hakkın devri anlamına gelmez. Aksine, bunların gerektiği halde üçüncü kişilere tanınmaması velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi olarak kabul edilebilir⁶³. Ana ve babanın velayetin gereğini yapmaması bunda kusurları olmasa bile velayet hakkının kaldırılmasına sebep olabilir. Zira kanun koyucu; “*çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa*”, ana ve babanın “*deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi*” veya “*çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülük-*

⁶³ Çocukların avukat ile temsil edilmeleri sebebiyle doğan dava masraflarının ebeveyn tarafından karşılanmaması halinde Anayasal eşitlik ilkesi gereğince ailelerin ekonomik durumuna bakılmaksızın devlet tarafından karşılanmasının çocukların Anayasal haklarının korunmasının bir gereği olduğuna dair bkz. Martin N. Lettunich, “Does Parental Liability for Legal Fees Infringe Upon a Juvenile’s Constitutional Rights” Santa Clara Law Review Volume 10 | Number 2 Article 9 1-1-1970.

lerini ağır biçimde savaştıkları” hallerinde velayetin kaldırılması için hâkime yetki vermemiş, aksine velayetin kaldırılmasını emretmiştir (TMK m.348)⁶⁴. Yargıtay; yurt dışında çalışan ana ve babanın tamamen o ülke kanunları gereğince çocuklarını yanlarına alamamalarını ve çocuğa büyük ana ve babanın bakıyor olmasını, bu durum ana ve babanın kusurundan kaynaklanmasa da velayetin kaldırılmasına sebep olarak kabul etmiştir⁶⁵. Bununla beraber velayet, çocuğun üstün yararı için kaldırılması kaçınılmaz değilse ana ve babada bırakılmalıdır⁶⁶.

Velayet soybağından doğduğundan genetik ebeveynler gibi evlât edinen ebeveynler de aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olurlar (TMK m.314/1). Velayet, ana ve baba evli değilse istisnai durumlar dışında kural olarak ananın kullandığı (TMK m.337)⁶⁷, ana baba evli iseler birlikte kullandıkları, evlilik ölümle sona ermişse hayatta kalan ebeveynin tek başına kullandığı, evlilik yargı kararı ile son bulmuşsa veya evlilik devam ediyor olsa dahi ortak hayata son verilme veya ayrılık kararı alınmışsa hâkimin kendisine bıraktığı ebeveynin kullandığı (TMK m.336) mutlak bir haktır. Bununla beraber Türkiye’nin de taraf olduğu⁶⁸ 11 No.lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No.lu Protokolün 5’inci maddesine istinaden evliliğin sona ermesine rağmen eşlerin ortak velayeti kullanmaya devam edebileceği de Yargıtayca⁶⁹ kabul edilmiştir. Öte yandan çocuk başından beri evlilik birliğinin

⁶⁴ Çocuğun şahsına gösterilecek özenin nisbi sınırının çocuğun bedensel, fikrisel ve psikolojik yetenekleri ve eğilimleri ile ana babanın ekonomik gücü ölçüsünde belirleneceğine, çocuğun şahsına gösterilecek özenin mutlak sınırının ise ana-babanın çocuğun gelişimini tehlikeye maruz bırakmaması ve onu manen terk etmemesi olduğuna dair Bkz. Emine Akyüz, “Medeni Kanun’a Göre Çocuğun Ana-Babasına Karşı Korunması” Aile ve Toplum Yılı: 1 Cilt: 1 Sayı: 2 Haziran 1991.

⁶⁵ Bkz. T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2015/5313 E., 2015/6433 K., 02.04.2015 T. Yargıtay karar arama veri tabanı. Çek Cumhuriyeti’nde ebeveynlerin velayet hakkının kullanımı çerçevesinde üçüncü kişilerle yapabilecekleri “geçici bakım sözleşmesinin” koşul ve sınırları için bkz. Zdeňka Králíčková, “Children, Parents, Parental Responsibility, and the Civil Liability of Other People”, V: The Lawyer Quarterly, Cilt 9, No. 2 (2019).

⁶⁶ Velayetin kaldırılmasında zorunda kalma ilkesi için Bkz. Remzi Demir, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması”, SDÜHFD Cilt: 9, No 2, Yıl 2019, s. 282.

⁶⁷ Anne ve baba evli olmasa bile müşterek çocuklarının velayetlerini birlikte kullanmak istemeleri ve bunun çocuğun yararına aykırı olmaması halinde bu yönde karar verilmesi gerektiğine dair bkz. Serra Reyhani Yüksel, “Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları”, Legal Yayınları, 2020, s. 77, 78.

⁶⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan’a göre Türkiye’nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı 11 No.lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No.lu Protokolün onaylanmasının 25 Mart 2016 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunup Ek 7 No.lu Protokolün 5. maddesi hükmünün, Türk Medeni Kanunu’nun ortak velâyeti engelleyen hükümlerini örtülü olarak ilga ettiğine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cernecki-Austria kararına göre, söz konusu antlaşma hükmünün ortak velâyeti emretmekte olduğuna dair bkz. Eylem Apaydın, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-İnÜHFD- Cilt: 9 Sayı: 1 Yıl 2018, s. 449.

⁶⁹ Bkz. T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2016/1577, K. 2017/1737, T. 20.2.2017 Kazancı veri tabanı.

dışında doğmuş olabilir. Bu durum ortak velayetin kurulmasına engel olmamalıdır. *“Artık aile kavramının ve evlilik kavramının farklılaşması nedeni ile evlilik dışı doğan çocukların evlenmemiş ancak aile olarak yaşayan çiftler tarafından yetiştirilmesi ülkemizde de yaygınlaştırılmıştır. Bu nedenle evlilik birliği dışında doğan çocuğunu benimseyen ve onun hayatında söz sahibi olmak isteyen babanın velayet hakkına sahip olamaması ailenin ve çocuğun üstün yararına aykırıdır”*⁷⁰.

Bununla beraber soybağının velayete bağlı olmayan hak ve yükümlülükleri de vardır. Örneğin; babasıyla tanıma veya babalık hükmü (babalık davası) neticesinde soybağı kurulan çocuğun babasının soyadını taşıma hakkı, velayet hakkının doğumuna bağlı bir sonuç değildir (TMK m.321). Zira; *“ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir”* (TMK m.337). Aynı şekilde *“yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetme”* yükümlülüğü soybağının velayetin kurulmasına bağlı olmayan doğrudan bir sonucudur (TMK m.322). Zira aynı ailenin ferdi olmayan velayet hakkından yoksun ebeveynin de çocuğuna karşı yardım etme, saygı ve anlayış gösterme ve onun aile hayatının onurunu gözetme yükümlülüğü vardır. Örneğin velayet hakkı kendisine tanınmayan bir baba, çocuğunun anasının ahlaka aykırı işler yaptığını bu iddia asılsız olmasa dahi ifşa ederek çocuğun aile hayatının onurunu zedelememelidir⁷¹. Elbette ki bu durum velayet hakkı talepli bir davada iddia ve ispat edilebilir. Çocuk ile kişisel ilişki kurma ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ortak olma da soybağının velayet hakkına bağlı olmayan diğer yükümlülükleridir. Kanun koyucu kişisel ilişki veya velayet haklarının kullanılmasındaki düzen ve huzurun bozulmamasını eşler arasında olduğu gibi ebeveynler ve çocukları arasında da karşılıklı yükümlülük olarak kabul etmiştir. Diğer ebeveynin velayet veya kişisel ilişki hakkına zarar veren ebeveyn, bu sebeple sahip olduğu velayet veya kişisel ilişki hakkını kaybedebilecektir (TMK m.324).

• Küçüğün Adı ve Soyadı

Kişinin “ad” sahibi olması bir kişilik hakkıdır. Medeni Kanun sistematığında de *“ad üzerindeki haklar”* (TMK m.26,27), *“Kişiliğin Korunması”* (TMK m.23-27) genel başlığı altında düzenlenmiştir.

Çocuğa isim verme hakkı ana ve babaya velayet hakkı kapsamında tanınmıştır (TMK m.339/5). Çocuğun evlilik dışı çocuk olması ihtimalinde velayet hakkı

⁷⁰ Bkz. Hayrunnisa Özdemir, “Aile Hukuku”, Editörler Şebnem Akipek Öcal /Hayrunnisa Özdemir, Seçkin, 2024, s. 487.

⁷¹ Çocuğun yararının tehlikeye girdiğinden söz edebilmek için kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan tarafın kusurlu olması gerekmediğine, çocukla kurulan ilişkinin çocukla bedensel, ruhsal ya da gelişimine zarar vermesi veya zarar vermekle tehdit etmesinin çocuğun huzurunun ve yararının tehlikeye girdiğini kabul etmek için yeterli olduğuna dair bkz. Fulya Erlüle, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması” MÜHF- HAD, C 16. S. 1-2, s. 192.

anaya ait olduğundan adını da anası verebilecektir (TMK m.337). Çocuğa en fazla üç isim kısaltma yapılmadan verilebilir. (NHK m.15/5). Eşler çocuğun ismi konusunda uyuşmazlığa düştüklerinde “*hâkimin müdahalesini*” (TMK m.195) isteyebilmelidirler. “Zira; çocuğun ismi hususunun “*evlilik birliğine ilişkin önemli bir konu*” olduğu kanaatindeyiz. Nüfus Hizmetleri Kanununda “*Sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilcilığe*” veya “*doğumu gerçekleştiren sağlık kuruluşlarına*” bildirilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiş ve bu yükümlülük “*veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması hâlinde çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlara*” yüklenmiştir (NHK m.15). Ölü doğan çocuklar nüfus kütüğüne kaydedilmez. Bulunan çocukların nüfus kayıtlarının nasıl yapılacağı da kanunda düzenlenmiştir. Yapılan bildirim çocuklara isim verilmesini de kapsar.

Evlât edinen isterse küçüğe yeni bir ad verebilecektir (TMK m.314/3). Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük’ün 20’nci maddesinde yeni ad verilirken ayırt etme gücüne sahip küçüğün görüşünün alınması esası kabul edilmiştir. Zira; isim değişikliği ebeveynin küçükle kuracağı duygusal bağı kuvvetlendirecekse de bunun ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından rızalarının yokluğunda yapılmasının kişilik haklarına saldırı olacağı, bu sebeple aynı ilkenin Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğünü aracılığıyla olmayan evlat edinmelerde de mahkemelerce dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Burada ebeveyn beklentilerini karşılamak ve çocukla aralarında kurulan bağı kuvvetlendirmek için en doğru çözümün çocuğun adına ad eklemenin, çocuğun birden fazla isim taşıması ihtimalinde de çocuğun isimlerinden birinin onun da rızası ile değiştirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Ergin çocuklar evlât edinildiğinde evlât edinen çocuğa isim veremez⁷².

Ad kişinin kişiliğinin bir parçası olduğundan özenle seçilmelidir. Mülga 1587 sayılı Nüfus Kanunu madde 16’da “*ahlâk kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz*”⁷³ ilkesi benimsenmişse de 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda geçici 11’inci madde ile “*Kişinin üç yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurusu kaydıyla;*

⁷² Yetişkin kişinin isim değiştirmek istemesi TMK m.27 hükümlerince “*haklı sebebin*” varlığını arar ki evlat edinenin kişiye o isimle çağırması bir sebep olarak görülebilir. Etrafınca çağrıldığı isme kayden de sahip olmak isteyen davacının hakkı olduğuna dair bkz. T.C. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 1998/1122, K. 1998/1957, T. 02.03.1998 Corpus veri tabanı.

⁷³ q, w, x harflerinin Türk alfabesine dâhil edilmediğinden bahisle isimlerde yer verilemeyeceğine dair bkz. Hayrunnisa Özdemir, “Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, AÜHFD Yıl 2008, s. 578, 579.

21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanununun 3 üncü maddesine aykırı soyadları ile yazım ve imla hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan, genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen ad ve soyadları, mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilir.” denilmek suretiyle ahlaka uygun olmayan veya gülünç isimlerin mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın değiştirilmesi geçici bir hak olarak tanınmakla kalınmış genel bir yasağa yer verilmemiştir⁷⁴.

Kimliklerinin geç çıkarılması sebebi ile çocuklarının eğitim haklarını ihlal eden, onları daha önce hayatını yitiren büyük kardeşin kimliği ile yaşamaya mahkûm eden⁷⁵ veya çocuklarına anlam itibarıyla genel ahlaka aykırı veya gülünç isimler koyan ebeveynlerin de çocuklarının kişilik haklarını ihlal ettiği ve bu durumda çocuklarına karşı tazminat sorumluluklarının doğduğu kanaatindeyiz. Öte yandan şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkı olması sebebi ile ayırt etme gücüne sahip küçüğün isim değişikli istemiyle dava açabileceği kanaatindeyiz (TMK m.16/1).

Çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa (TMK m.287/2) veya bekar ananın çocuğu olarak dünyaya geldiği halde baba ile tanıma (TMK m.295 vd.) veya babalık hükmü (TMK m.301 vd.) ile soybağı kurmuşsa babasının soyadını taşır (NHK m.28/4). Çocuk ile baba arasında soybağı kurulmadığında ise anasının soyadını ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa onun bekârlık soyadını (TMK m.321/1) alır.

“Evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını” alırken “ergin olan evlâtlık, evlât edinilme sırasında dilerse evlât edinenin soyadını” alabilecektir (TMK m.314/3). Mülga Nüfus Hizmetleri Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 105/5 ve 79’uncu maddeleri gereğince; evli bir kadın evlât edinilirse “mahkeme kararında belirtilmek suretiyle evlât edinen/edinenlerin soyadını almak ve koca soyadının önünde evlât edinen/edinenlerin soyadını taşımak istediği takdirde, koca hanesindeki kaydında, koca soyadının önünde evlât edinen/edinenlerin soyadı yazılmak suretiyle evlât edinen/edinenlerin kayıtları arasında bağ” kurulacağı ve kocası ölen bir kadın evlât edinildiğinde ise “evlâtlık, evlât edinen/edinenlerin soyadını almak istediği takdirde mahkeme kararında belirtilen evlât edinen/edinenlerin soyadıyla, istemediği takdirde kendi soyadıyla evlât edinen/

⁷⁴ 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 3’üncü maddesinde de “Rûtb ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumi edeplere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.”. Ayrıca Soyadı Nizamnamesi 7-10. maddelerinde de aynı esas benimsenmiştir.

⁷⁵ Bkz. T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2024/1144, K. 2024/4274, T. 10.6.2024, T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2022/2171, K. 2022/2945, T. 28.3.2022, T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2017/8798, K. 2018/12470, T. 10.5.2018, T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2004/999, K. 2004/3789, T. 15.4.2004. Kazancı veri tabanı.

edinenlerin hanesine” taşınacağı kabul edilmişti. Mülga Yönetmeliğin yerini alan Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nde benzer hükümlere yer verilmiştir. Evlenen kadının eşinin soyadını almasına dayanak Medeni Kanunu’nun 187’nci maddesi Anayasa Mahkemesi’nin 22/2/2023 tarihli ve E. 2022/155, K. 2023/38 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Çocuğun soyadını anası veya babası koymaz. Soyadı kanun koyucu tarafından belirlenen esaslara göre yasa gereği kazanılır. Bu anlamda ana ve babanın çocuğa karşı hukuki bir sorumluluğu doğmayacaktır⁷⁶.

• Çocuğun Manevi İhtiyaçlarının Karşılanması

Çocuklar açısından aileyi “aile” yapan nüfus kayıtlarındaki soybağı değil çocuğun ana ve babasına duyduğu güven ve sevgi bağı ile aidiyet duygusudur. *“Aidiyet duygusu üzerine pek çok farklı tanım yapılmıştır. Yuval-Davis (2006, s. 199) aidiyeti şöyle tanımlar: ‘Aidiyet, duygusal bağlılıkla, “evde” ve “güvende” hissetmekle ilgilidir.’ Abant’a göre (1967) ise aidiyet; bir kişinin bir sistemle ya da bir mekânla kopması zorlu bağlarla birleşen bir unsuru olarak kişisel duygu yaşantısı biçiminde tanımlanmaktadır. Abraham Maslow (1970) ise bu duyguyu daha çok kişilerarası boyuttan ele alır ve bireyin diğerleri aracılığıyla onaylanma ihtiyacı, grup ortamında saygıya değer biri olarak görülme ve bireyin de diğerlerini saygıya değer birileri olarak görme ihtiyacı biçiminde ele alır. Bireylerin, diğer bireylerin sevgi ve şefkatine ihtiyaç duymanın yanı sıra, ait olduklarını hissetmeye yönelik temel bir psikolojik ihtiyacı olduğu söylenebilir”⁷⁷. Yetişkin bireylerin dahi güven, ilgi, sevgi ve aidiyet ihtiyacını öncelikle aile içinde karşıladıkları dikkate alınırsa yataklarının altında canavar arayabilen küçüklerin saçının okşanması, onlarla oyun arkadaşlığı, ödevlerinde yardım alması gibi⁷⁸ basit ilgi, sevgi ve güvene çok daha fazla ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır. Çocuk onaylanmak, desteklenmek, dinlenilmek ve anlaşılmak ihtiyacındadır. Gerektiği*

⁷⁶ Soyadının kişiliğin bir parçası olduğuna, bir aileye aidiyeti gösterdiğine, çocuğun babasının soyadını taşımasının hem bir hak hem de zorunluluk olduğuna, bu nedenle çocuğun mesela anasının aile ismini babasının soyadına ilave ederek kullanamayacağına, aynı şekilde babanın da küçültücü, şeref ve haysiyeti zedeleyici davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle çocuğunu bu soyadını kullanmaktan men edemeyeceğine dair bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 596. Çocuğun anasının soyadını taşıyabilme hakkı için bkz. Emine Koçano Rodoslu, “Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Hukukî Tartışmalar ve Yargı Uygulaması”, ISPEC 5th International Conference on Social Sciences & Humanities, November 13-15, 2020. Bkz. Özge Çelebi, “Kadının Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuğuna Soyadını Verme Hakkı’nın Bireysel Başvuru Işığında Değerlendirilmesi”, Journal of Sustainable Equity and Social Research, 2025, 2.1: 69-81.

⁷⁷ Bkz. Gamze Mukba/Gülşah Ezgican Kızılok “Aile Aidiyetine Çok Yönlü Bakış”, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, e-ISSN: 2822-3136, Yıl: 2023, Sayı: 60, s. 31.

⁷⁸ Ebeveyn etkileşiminin çocuk gelişimi üzerindeki olumlu etkileri için bkz. Kerem Avcı/Berrin Akman, “Küçük Çocukların Ev Aritmetik Ortamlarının İncelenmesi” Yaşadıkça Eğitim, Cilt 38, Sayı 1, Yıl 2024, s. 200.

halde duygusal destek için uzmana başvurmamak dahi çocuğun duygusal istismarı olarak kabul edilebilir⁷⁹.

Medeni Kanun'da eşlerin evlilik birliğinin “mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlü” ve “birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda” oldukları kabul edilmiştir (TMK m.185). Kanunda manevi yükümlülüklerin eşler arasında düzenlenmemiş aynı zamanda ebeveynler ve çocukların, “ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü” oldukları ilkesi kabul edilmiştir (TMK m.322). “Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlü” iken ebeveynler de “olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı” tanımak ve “önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde” tutmak zorundalardır (TMK m.339/2,3)⁸⁰.

Medeni Kanun'da çocuğun manevi ihtiyaçlarının karşılanması sadece “aile olmanın bir gereği” olarak görülmemiş çocuk ile aynı ailede olmadığı halde kurmuş olduğu soybağı sebebi ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ebeveyni de bununla yükümlü kılınmıştır. Kişisel ilişkinin sağlıklı yürümesi sadece kişisel ilişki hakkı olan ebeveynin değil velayet hakkına sahip ebeveynin de yükümlülüğüdür. “Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir.” (TMK m.324/2,3). Özelikle hısımlar gibi üçüncü kişilere çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi halinde “ana ve baba için öngörülen sınırlamalar üçüncü kişiler için kıyas yoluyla uygulanır” (TMK m.325/2). Üvey ana babalar da eşlerinin ergin olmayan çocuklarına “özen ve ilgi göstermekle” yükümlüdürler (TMK m.338).

⁷⁹ Bkz. Vanessa Gardianos, “Adolescent Suicide: A Call for Parental Liability” Journal of Civil Rights and Economic Development, Cilt 24, Yaz 2009, sayı 1, s. 211.

⁸⁰ Ülkemizde ataerkil aile yapısı baskın olmasından kaynaklı olarak çocukların kendilerini ilgilendiren konularda dahi karar mekanizmasının dışında bırakıldıklarına dair bkz. Neslihan Avcı/Arzu Akar Gençer, “Ebeveynlerin Gözünden Çocuğun Kendi Yaşamına Katılma Hakkı” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 10 Sayı: 53, s. 548. Çocuğun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli maddelerinde (m.52/3, m.236/2, 3 gibi), Dernekler Kanunu'nun 3'üncü maddesindeki çocuk dernekleri kurma ve kurulmuş çocuk derneklerine üye olma halinde katılım hakkına ilişkin bu düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen TMK m.446/3 hükmü gereğince çocuğun özgürlüğünü kısıtlayan karara karşı bizzat mahkemeye başvurulabilmesi için on altı yaşını doldurması gerektiğinin eleştirisine dair bkz. Zeynep Bahadır, “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usul Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, Adalet Dergisi, Yıl 2023, Sayı: 70, 213- 254, 19.04.2023, s. 222.

Çocuğun manevi ihtiyaçlarının karşılanmaması başka bir ifade ile çocuğa ilgi ve sevgi gösterilmemesi veya ona yeterli zaman ayrılmeması o ebeveynden velayetin alınması için haklı bir sebep olabilir (TMK m.348). Ancak bunun için “Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden” sonuç alınmamış ya da alınmayacağına anlaşılar olması gerekmektedir. Bu önlemlerden en önemlisi çocuğun “bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa” çocuğun “ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi” yönündeki mahkeme kararıdır (TMK m.347). Ancak bu kararın alınabilmesi için dahi çocuğun gerçek anlamda manen terk edilmiş olmasının aranmasının ve çocuğa yeterince zaman ayrılmasının velayetin kaldırılması için tek başına sebep kabul edilmemesinin çocuğun yüksek yararı için uygun olduğu kanaatindeyiz. Hâkim, Medeni Kanun ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un verdiği her türlü yetkiyi de kullanabilecektir⁸¹.

Çocuğun manevi dünyasına yönelik saldırı⁸² ihmal veya istismar olarak ortaya çıkabilir. “Çocuk istismarı ve ihmali, ana baba ya da bakıcı gibi bir erişkin tarafından çocuğa yöneltilen, toplumsal kurallar ve profesyonel kişilerce uygunsuz ya da hasar verici olarak nitelendirilen, çocuğun gelişimini engelleyen ya da kısıtlayan eylem ve eylemsizliklerin tümüdür. Bu eylem ya da eylemsizliklerin sonucu olarak çocuğun fiziksel, ruhsal, cinsel ya da sosyal açıdan zarar görmesi, sağlık ve güvenliğinin tehlikeye girmesi söz konusudur. Çocuk istismarı; fiziksel, cinsel ya da duygusal istismar olarak, çocuk ihmali ise fiziksel ya da duygusal ihmali olarak ayrılmaktadır. İstismar ve ihmalin bu farklı şekilleri yalnız aileleri değil,

⁸¹ UNICEF’in 4 Kasım 2024 tarihinde Kolombiya’nın Bogota kentinde düzenlenen Çocuklara Yönelik Şiddetle Mücadele Küresel Bakanlar Konferansı’nda, küresel bir kriz halini alan çocuklara yönelik fiziksel, duygusal ya da cinsel şiddetin evlerde, okullarda, topluluklarda ve çevrimiçi ortamlarda yaşanmaya devam ettiğine, yaralanma ve cinsel yolla bulaşan enfeksiyonların yanı sıra anksiyete ve depresyon gibi ruh sağlığı sorunlarını beraberinde getiren bu vakaların ölümlere dahi yol açabildiğine, erken yaşlarda bu şiddet türlerine maruz kalmanın toksik strese neden olarak beyin gelişimini etkilediğine, saldırganlık, madde bağımlılığı ve suç davranışlarını tetiklediğine, şiddete maruz bırakılan çocukların yetişkinlik dönemlerinde de travma ve şiddet döngüsünden daha çok etkilendiklerine ve bu durumun yansımalarının da topluluk düzeyinde ortaya çıktığına, bu sebeple eylem çağrısında bulunulduğuna dair bkz. <https://endviolenceagainstchildrenconference.org/>.

⁸² Ebeveynlerin çocuklarının sağlık problemleri dolayısıyla benzer durumda bulunan ebeveynle yardımlaşma amacı güderek yaptıkları paylaşımların dahi çocuğun özel yaşamının gizliliği hakkının çiğnenmesi anlamına gelebileceğine dair bkz. Ali Girgin/Seray Gönal, “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları” TAAD, Yıl: 11, Sayı: 44 (Ekim 2020), s. 109. Alman din alimi Erasmus’un çocuk ve yetişkinlerin farklı giyim biçimlerine sahip olmaları gerektiği ve büyükler dünyasından mutlak surette görüntü itibarıyla de olsa, ayrılımları gerektiği fikrinin günümüzde genel geçerliliği yitirmiş olması, günümüz modern dünyasında çocukların cinsel obje olarak kullanılması, çocuk suçlarının yetişkin suçlarıyla benzer hale gelmesi, giyim ve kuşamıyla yetişkinler ile yetişkinlere benzer görünüm çizmenin eleştirisi için bkz. Umut C. Karadoğan, “Çocuk ve Çocukluk” Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi” Çocuk ve Medeniyet 2019/1, s. 220.

toplumu, sosyal kuruluşları, yasal sistemleri, eğitim sistemini ve iş alanlarını da etkileyen bir halk sağlığı sorunu oluşturmaktadır”⁸³.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede devletlere, “çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri” alma yükümlülüğü yüklenmiş (Madde 19/1) ve “ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında” çocuğun ana ve babadan ayrılabilceği esası kabul edilmiştir (Madde 9/1).

Türk Ceza Kanunu’nda da “Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali” suçu (TCK m.233) başlığında; “aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır... Velayet hakları kaldırılmış olsa da itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ilkesi benimsenmiştir. İzleyen maddede “velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoymasını” ve kişinin “kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında” tutması “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu” olarak düzenlenmiştir. (TCK m.234) Bunun yanında “eziyet” (m.96/2) çocukların cinsel istismarı” (m.103/3.c) ve “reşit olmayanla cinsel ilişki” (m.104/2), “cinsel taciz” (m.105/2, a) suçlarında suçun altsoya karşı işlenmesi suçun ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmiştir.

Ebeveynlerinin çocuklarını özenle gözetme diğer taraftan olgunlukları ölçüsünde onları özgürleştirme yükümlülükleri çoğu zaman soyut yasalarla da olsa sınırın çizilmesi zor bir oksimorondur⁸⁴. Bu da ebeveynlere kanunda adı konul-

⁸³ Bkz. Yasemen Taner/Bahar Gökler, “Çocuk İstismarı ve İhlali: Psikiyatrik Yönleri”, Hacettepe Tıp Dergisi, 2004, s. 35, s. 82.

⁸⁴ Aşırı koruyucu ailelerin yetiştirdiği çocuklarda anksiyete bozukluğu, fiziksel gelişim, motivasyon ve akademik başarı eksikliği ya da tam tersi isyankâr davranışlarla ortaya çıkan madde bağımlılığı, erken cinsel ilişki ve suç işleme eğilimi gibi durumların değerlendirilmesi için bkz. Michael Ungar, “Overprotective Parenting: Helping Parents Provide Children the Right Amount of Risk and Responsibility”, The American Journal of Family Therapy, 2009.

mamış bir öngörülü/basiretli olma yükümlülüğü getirmektedir. Örneğin çocuğun bir hayvanı sevmesine, salıncakta sallanmasına, denize girmesine, paten yapmasına, kola içmesine izin vermek dahi çocuk için riskli bir karar olabilecektir. Aynı şekilde çocuğun çalışmasına izin veren ebeveynin iş yeri ve işin niteliğini seçmekte de aynı özeni göstermesi gerektiği aksi taktirde çocuğun çalıştırılması sebebiyle gördüğü zararlardan da sorumlu olması gerektiği⁸⁵, öte yandan çocuğun kollanması yükümlülüğünün, ona olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme hakkı tanımakta güçlü bir engel yarattığı kanaatindeyiz.

Çocuk, doğrudan ebeveyn tarafından da zarara uğratılmış olabilir. Kanun koyucu eşlerden her birine TMK m.197 ile “*ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkı*” tanımıştır. Ailenin huzuru ve çocukların güvenliği eşlerden biri tarafından tehdit ediliyorsa, çocuklarının zarara uğraması pahasına o kişi ile yaşamayı sürdürmeye devam eden diğer eşin de hukuki ve hatta cezai sorumluluğunun doğabileceği kanaatindeyiz⁸⁶.

Ailenin huzurunun korunması çocuk için de bir yükümlülük olup (TMK m.322) “*Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim*” çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir” (TMK m.347)⁸⁷.

• Çocuğun Maddi İhtiyaçlarının Karşılanması

Çocuğun kişiliğine yapılan saldırı manevi zarardan ibaret değildir. Çocuk ana ve babanın velayet hakkını kötüye kullanması veya yükümlülüklerini ihmal etmesi yüzünden maddi zararlara da maruz kalmış olabilir. Çocuğun maddi ihti-

⁸⁵ Hollanda’da tembihlediği halde atlara yaklaşan ve atın çifte atması sebebi ile ağır yaralanan kızına karşı sorumluluk sigortasından yararlanabilmek için kızının kendisine açtığı davayı kabul eden anne örneği ve Alman Hukukunda ebeveyn sorumluluğu için aranan “ağır ihmal” koşulu için bkz. J.H.G. Verweij-Hoogendijk, “Liability of Parents Due to Actions Which Endanger Their Children”, European Review of Private Law 3-2021 [425-440] © 2021 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

⁸⁶ Bu duruma annelerin yaşadıkları çaresizliklerin sosyal devlet politikaları ile bertaraf edilebileceğine dair bkz. Linda J. Panko, “Legal Backlash: the Expanding Liability of Women Who Fail to Protect Their Children from Their Male Counter Parts Abuse”, Hastings Women’s Law Journal Volume 6 | Number 1 Article 4, 1-1-1995. Aile içi şiddetten etkilenen annelerin negatif ebeveynlik uygulamaları için bkz. Behice Han Almış/Funda Gümüştaş/Emel Koyuncu Kütük, “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Kadın ve Çocukların Ruh Sağlığına Etkileri”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 2020; 12(2). s. 237, 238.

⁸⁷ Ana babanın emirlerine karşı gelmekte direnen “şirret çocuklar” aileye karşı geliyorsa yargıcın özel bir okula gitmesine karar verebileceğine ve ana babanın çocuğa özel eğitim verecek güçleri yok ise masrafin devlet tarafından karşılanacağına dair (ÖEMÇK 16, 17) bkz. Selma Bakır Çetiner, “Velayet Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2000, s. 120. 12/10/1983 tarihli ve 2916 sayılı Özel Eğitime Muhtaç Çocuklar Kanunu 573 sayılı Özel Eğitim Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır.

yaşlarının başında barınma ve beslenme gereksinimleri gelir. Sonrasında sağlık, temizlik, giyinme, eğitim, spor, sanat ve sair yollarla sosyalleşmesi gibi gelişimsel ihtiyaçlarının karşılanması gerekecektir.

Çocuğa güvenli⁸⁸ bir alan sağlanmaması, sürekli fastfood yedirerek obezite veya sair hastalıklara yakalanmasına sebep verilmesi, çocuğun yeterince gözetilmemesi, riskli ortamlarda bulundurulması, sağlık hizmetlerinden yaralanmasının şahsi inanç ve tercihlerle veya duyarsızlıkla engellenmesi, evde veya iş yerinde çalıştırarak eğitim görmesine engel olunması, üniversite giriş sınavını kazanmasına ve ailenin maddi olanaklarının varlığına rağmen eğitiminin desteklenmemesi ve hatta engellenmesi, istismar veya ihmal edilmesi veya üçüncü şahıslarca istismar ve ihmeline izin verilmesi gibi hallerde çocuğun zarar görmesi kaçınılmazdır.

Çocuğun barınma ihtiyacının çatısı ve duvarları olan bir bina içerisinde yaşamamasından ibaret olmayıp çocuğa kendi ihtiyaçlarını karşılayacağı ve şahsi mahremiyetini koruyacağı ailenin ekonomik gücüyle orantılı bir yer sağlanmalıdır⁸⁹.

Çocuğun sağlıklı beslenmesi için hangi besin grubundan ne kadar ve ne sıklıkla alacağı çocuğun yaşı, kilosu ve özel sağlık durumları dikkate alınarak belirlenmelidir⁹⁰. Çocukların fastfood yeme alışkanlıklarından ve sağlıksız atıştırma-liklardan uzak tutulması ise ebeveynler açısından zor bir mücadele alanıdır⁹¹.

Çocukların sağlık problemi yaşamaları durumunda tedavilerinin sağlanması da ülkenin sosyal güvenlik politikası çerçevesinde ana ve babaları tarafından sağlanmalıdır⁹². Çocukların temizliğinin erken yaşlarda bizzat ana ve baba tarafından yapılması ve sonrasında onlara temizlik alışkanlığı kazandırılması ebeveynin bakım görevinin bir parçasıdır. Aynı şekilde çocukların mevsime göre giyim ihtiyaçlarının da makul ölçülerde sağlanması gerekir.

⁸⁸ Çocuklara sağlanması gereken güvenli ortam için bkz. Yasemin Aydoğan, "Ev Ortamının Çocuğun Gelişimine Göre Düzenlenmesi", Aile ve Toplum, Eğitim, Kültür ve Araştırma Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, Yıl: 8, Cilt: 3, Sayı: 10, ISSN: 1303-0256, s. 29.

⁸⁹ Çocuklara özgülenen odalar için bkz. Adnan Kulaksızoğlu/Oktay Aydın/Hülya Bilgin, "Çocuklar İçin Uygun Yaşama Ortamları" M. Ü. Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, Yıl: 1996, Sayı: 8 Sayfa: 137, Çocuk odalarının çocukların uygun gelişimi için taşıması gereken özellikler için bkz. Didem Erten Bilgiç/Süphan Kaan Çiftçi, "Türkiye Kentleşmesinin Sonucu Olan Toplu Konutlarda Çocuk Odası Tasarımı ve İşlevsellik" Asead Cilt 7 Sayı 7 Yıl 2020, s. 32.

⁹⁰ UNICEF çalışmaları neticesinde çocukların gıdaya erişim koşulları için bkz. Burcu Değirmencioğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Metinleri Işığında Çocukların Yeterli Gıdaya Erişim Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 2024/1.

⁹¹ Fast food ürünlere artan talebin nedenleri için bkz. Hasan Burak Ağır/Cuma Akbay, "Tüketicilerin Fast Food Tüketim Sıklığını Etkileyen Faktörlerin Analizi" Tekirdağ Ziraat Fakültesi Dergisi Eylül 2021, 18(3), s. 438.

⁹² Çocuğu doktora götürmenin, ayırt etme gücü olmayan bir çocuğu ameliyat ettirmenin ana babanın yükümlülüklerinden olduğuna, çocuk ayırt etme gücüne sahipse vücut tamlığına müdahalenin kişilik hakkına mevzu olması sebebiyle kendisinin karar verebileceğine dair bkz. Bilge Öztan "Aile Hukuku" s. 653.

Ana ve baba, “*olanakları ölçüsünde*” (TMK m.340) “*çocuğun menfaatini göz önünde tutarak*” (TMK m.339) ve “*bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini*” (TMK m.340) sağlamak amacı ile onu eğitmek zorundadır. 6287 sayılı kanun ile devlet okullarında lise eğitimi dahil “orta öğretim” adıyla görülen ve toplamda on iki yıl süren zorunlu temel eğitimin ana ve babanın “*olanakları ölçüsünde*” bırakıldığından bahsedilemez. Çocuklarına özel öğretim sağlama olanağına sahip olan ebeveynlerin bunu tercih etmemiş olmalarının velayet hakkının kötüye kullanımı olarak değerlendirilmemesi ancak ekonomik gücü fazlasıyla yerinde olduğu halde çocuklarını kilometrelerce uzakta bir devlet okula gönderen ya da aynı koşullarda özel eğitime ihtiyaç duyan çocuklarını devlet okuluna gönderen ebeveynlerin bu tercihlerinin hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Zira, ana ve baba çocukların “özellikle” zihinsel veya bedensel engelli olmaları halinde “yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim” sağlamalıdır (TMK m.340/2). Örneğin, engelli çocukların onlar için özel öğretim sunan okullarda okutulmaları, sanatsal yetenekleri ön planda olan çocukların konservatuar eğitimi aldırılmaları, üniversite eğitimi alma fırsatı bulamayacak çocukların meslek liselerine yönlendirilmeleri gibi çocuğun yeterlilik, yetenek ve eğilimleri seçilecek okulunun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁹³. Kuşkusuz çocuğa bütün bu seçeneklerin sunulması ailenin ekonomik gücüyle de doğru orantılıdır.

Çocukların eğitiminin bir parçasını da “dini eğitim” olarak gören kanun koyucu “*çocuğun dinî eğitimini belirleme hakkı*”nı ana ve babaya tanımıştır⁹⁴. Çocuğa verilen veya verilmeyen dini eğitim ne olursa olsun ergin ailesinden bağımsız olarak dinini seçebilecektir (TMK m.341). “*Aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir*” (NHK m.35/2). Bununla beraber, hiç kimse inançlarını açıklamaya zorlanamaz (ANY m.24/3).

Çocuğun büyüme sürecinde ortaya çıkan “*bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli*” maddi ihtiyaçlarının kural olarak ana ve babası tarafından karşılanması gerekir. Ana ve baba, yoksul olmaları veya çocuğun sağlık, eğitim, özel yetenek gibi durumlarının olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi ya da olağan

⁹³ Çocuğun ilgi ve gereksinimlerini, bilişsel ve duygusal gelişmesini, fiziksel ve toplumsal olgunluğunu tanımadan onlara yönlendirmenin ve onlardan bir şeyler beklemenin doğuracağı sorunlar için bkz. Şükrü Düzgün, “Eğitim Sürecinde Ana-Babaların Çocuklarına Olan Etkileri” Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8(2), s. 230.

⁹⁴ Çocuğun kişiliğinde gelişim yaratan, onu çevresine ve topluma yabancılaştıran kendisi gibi düşünmeyenleri dışlamasına neden olan bir dini eğitim söz konusu olduğunda, gerekirse en ağır tedbir olan velayet hakkının kaldırılması tedbirinin uygulanması gerektiğine dair bkz. Cemile Turgut, “Türk Medeni Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHM Kararları Işığında Velayet Altındaki Çocuğun Eğitim Hakkı” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, Eylül 2017, s. 29.

dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde çocuğun mallarından sadece onun ihtiyaçlarını karşılayacak kadarını hâkimin izniyle sarf edilebilecektir (TMK m.327)⁹⁵. Ancak mevcut çocuklarının mal varlığına güvenerek yeni çocuklar dünyaya getiren ebeveynin bu yola başvurmasının sonuçlarının Medeni Kanun “*dürüstlük ilkesi*” (TMK m.2) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanun koyucu çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli ihtiyaçların karşılanmasını ana ve babaya soybağı kurmanın genel bir sonucu olarak yüklemiş, sorumluluğun doğumunu velayet hakkının varlığına bağlamamıştır. Velayet hakkına sahip olan ebeveyn, çocuğun ihtiyaçları için diğer ebeveyninden nafaka talep edebilecektir (TMK m.329). Velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin çocuğun birlikte yaşadığı diğer ebeveyne ödeyeceği iştirak (katılım) nafakasının miktarının belirlenmesinde eğitim masrafları da dahil olmak üzere “*çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri*” dikkate alınacaktır (TMK m.330/1)⁹⁶. Ortak velayet halinde küçüğe tek başına fiilen bakan ebeveynin de diğerinden nafaka talep edebileceği kanaatindeyiz⁹⁷. Çocuğun evlat edinilmesinde ise evlat edinen ebeveyn ana ve babaya ait hak ve yükümlülükleri kazanacaktır (TMK m.314). “*Ancak evlat edinenin mali gücü bakım yükümlülüğünü yerine getirmeye uygun değilse bu durumda evlatlığın asıl ana ve babasının bakım yükümlülüğü devam eder*”⁹⁸. Kanun koyucu üvey anne ve babaya “*ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi gösterme*” ve “*kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşine uygun bir şekilde yardımcı olmak*” ve “*durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için eşini temsil etmek*” yükümlülüğü yüklemişse de (TMK m.338) yardımın yapılmasındaki “uygunluk” ölçütü soyut ve belirsizdir⁹⁹. Velayetin kaldırılması nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacaktır

⁹⁵ Para dışında diğer mallar üzerinde tasarruf için hâkimin izninin aranmadığına, iznin sermayenin kullanılmasına ilişkin olduğunun ileri sürülmesine rağmen velilerin hâkimin vereceği yetkiye göre malı satıp elde edilen geliri tüketebileceğine dair bkz. Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, “Aile Hukuku”, “Aile Hukuku” Seçkin, 2024, s. 483.

⁹⁶ 2019 yılında barolar tarafından gerçekleştirilen nafaka çalıştaylarında dikkat çekilen noktalardan birinin nafaka hakkı değil, “tahsil edilemeyen nafakalar” olduğu, bu çerçevede çalıştayların sonuç bildirgelerinde nafaka almaya hak kazanan kadınların yoksulluk ve iştirak nafakalarının tahsilinde yaşadıkları zorlukların vurgulandığına dair bkz. Dilek Keleş, “Nafaka Veren Erkeklerin ‘Nafaka Mağduru’ Söylemine ‘Yoksulluğun Kadınlaşması Olgusu Üzerinden Bakmak’” Mülkiye Dergisi, 47(6), s. 1573.

⁹⁷ Ortak velayet halinde velâyet kendisine bırakılmayan bir eşin varlığından söz açılmayacağından ilgili hüküm kapsamında kişisel ilişki düzenlenmesinin ve nafaka belirlenmesine gerek olmadığına dair karşı görüş için bkz. Selvi Nazlı Güvenç, “Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), DOI: 10.51120/NEUHFD.2023.93, s. 607.

⁹⁸ Bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, “Aile Hukuku”, s. 393.

⁹⁹ Üvey ana babanın üvey çocuklarına karşı bakım yükümlülükleri yoksa da küçük üvey çocuğu ve eğitimine devam eden üvey çocuğu için eşine dayanışma yükümlülüğü çerçevesinde destek vermesi gerektiğine dair bkz. Derya Ateş, “İsviçre Hukukundaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın

(TMK m.350). Çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse ebeveyni dava açmadığı için gereken hâllerde nafaka davası, ona atanacak kayyum veya vasi tarafından açılabilceği gibi, dava ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat da açılabilir. (TMK m.329/2-3).

• Çocuğun Temsil Edilmesi

Velayet hakkına sahip olan ana ve baba, çocukları ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın “Üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır” (TMK m.342). Ana ve baba çocuklarını hem şahıs hem de mal varlıkları için birlikte temsil edebilirler. “Fakat velayet altındaki çocuk adına kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemleri yapamazlar”¹⁰⁰. Ebeveynler çocukları ile ilgili hukuki bir işlem yaparken çocuğun olgunluğu ölçüsünde rızasını da almalıdırlar (TMK m.339/3). Ebeveynler çocukla ilgili olarak atacağı her adımda çocuğun “üstün yararı” kollamak zorundadır. Başka bir ifade ile karar verirken çocuğun refah ve avantajının en fazla kollandığı seçenek tercih edilmelidir¹⁰¹.

Ayırt etme gücü olmayan küçükler, fiil ehliyetinden yoksun olup (TMK m.14) “kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere ... fiilleri hukukî sonuç doğurmaz” (TMK m.15). Bu çocuklar şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamadıkları gibi ana ve babaları da bu hakların kullanımında kural olarak onları temsil edemez. Bununla beraber nişanlanma, evlenme, çocuğun tanınması, babalık davası açma, ölüme bağlı tasarruflarda bulunma gibi kişiye mutlak anlamda sıkı sıkıya bağlı haklar bir tarafa bırakılacak olursa nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilcisi tarafından kullanılmasının tam ehliyetsizlerin menfaatine olacağı kabul edilmektedir¹⁰².

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ise, “kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada” ve “karşılıksız kazanmada” fiil ehliyetleri varken diğer işlemler sebebiyle borç altına girmeleri yasal temsilcilerinin iznine tabidir (TMK m.16). İzin verilmemesi dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır (TMK m.2). Bununla birlikte, “Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir” (TMK m.339/1) ve ana babanın temsili

Ergin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü”, TAAD, Yıl: 12, Sayı: 47 (Temmuz 2021), s. 205.

¹⁰⁰ Bkz. Bilge Öztan, Aile Hukuku, s. 658.

¹⁰¹ Ülkemizde 4 Mayıs 1995’de yürürlüğe giren BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin temel ilkelerinden biri çocuğun “üstün/yüksek yararının” korunmasıdır.

¹⁰² Bkz. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, s. 99.

aranmaz. Çocuklarını başkalarını temsilen hukuki işlem yapmaları halinde de bu iznin aranmayacağı kabul edilmektedir¹⁰³.

Ebeveynlerden birinin çocuğun temsilen yaptığı hukuki işlemlerde bu işlemi diğer ebeveynin rızası ile yaptığına güvenen ve inanan üçüncü şahsın iyi niyeti korunur¹⁰⁴. Velayetteki temsil yetkisinin TMK madde 342 gereğince “*vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında ... uygulanır*” olması bu işlemleri yapacak olan velayet hakkına sahip ana ve babanın vesayet ve denetim makamının iznine tabi olup olmadığı hususunda farklı yorumlara yol açmıştır¹⁰⁵.

Öte yandan, ana ve baba “*kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak*” (TMK m.449) hususlarında ne çocuğu bizzat temsil edebilir ne de bunları yapması için çocuğa rıza gösterebilirler. Zira; “*velâyet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki kişinin ehliyeti gibidir*” (TMK m.343) ve “*kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır*” (TMK m.342/2).

Ayırt etme gücüne sahip çocuğun, yukarıda anlatılan “yasaklı işlemler” dışında ana babasının rızası ile borçlanabilmesi mümkünse de “*çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayıtların katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır*” (TMK m.345).

Üvey ana ve babalar, velayet hakkına sahip olmadıklarından üvey çocuklarını değil, çocuklarının ihtiyaçları için eşlerini temsil edebilirler (TMK m.338).

• Çocuğun Şahıs Varlığına Verilen Zararın Tazmini

Ana ve babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmemesinin küçüğün bir kuruma yerleştirilmesiyle sonuçlanabileceğine ve hatta bu tedbirler yeterli olmamış veya olmayacağı ön görülüyorsa ana ve babanın velayet hakkının kaldırılabilmesine yukarıda değinmiştik. Ancak ana ve babanın sorumluluğunu, alınabilecek bu tedbirlerle sınırlamamak gerekir. Bu tedbirler çocuğun uğramış olduğu zararları onarmaz. Velayet hakkını gereği gibi kullanmayarak çocuğun bakım yükümlülüğünü ihlal eden ana ve babanın çocuğun uğramış olduğu maddi ve manevi zararları da tazmin etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber, çocuğun mal varlığına bir zarar gelmesi halinde ana ve babanın, “çocuk mallarının

¹⁰³ Bkz. Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, s. 326.

¹⁰⁴ Ana ve babanın tek başına yaptığı işlemin aciliyet gerektirmesi veya zorunlu olması hallerinde üçüncü kişinin iyiniyetli sayılabileceğine ancak çocuğa külfet getirecek olan dava açılması, taşınmaz üzerinde sınırlı ayni haklar tesis edilmesi, acil olmayan bir tıbbi müdahale ve eşlerin yarar çatışması içinde bulunduğu hallerde üçüncü kişilerin iyiniyetinden hareketle işleme geçerlilik tanınamayacağına dair bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk” s. 509.

¹⁰⁵ Bu hususta bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, s. 425.

geri verilmesinde vekil gibi sorumlu” (TMK m.363) olduklarını düzenleyen kanun koyucu, ana ve babanın çocuğun şahsına verdikleri tazmin edebileceklerini düzenlememiştir. Ancak bu durumun, çocukların ana ve babalarına karşı genel hükümlerin korumasından yararlanamayacakları şeklinde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar vereni, bu zararı gidermekle yükümlü*” (TBK m.49) tutan kanun koyucu ana ve babayı çocuğa karşı tazminat ödemekten muaf da tutmamıştır. Velayete bağlanan yükümlülüklerin ihlali ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanıyor olmaları ihtimalinde çocuklarına karşı müteselsil olarak sorumlu olmaları gerektiği (TBK m.61) ve sorumluluğun türünün de aksine bir düzenleme olmadığı için kusurlu ve sınırsız sorumluluk olduğu kanaatindeyiz.

Çocuk ebeveyninin ihmal veya istismar niteliğindeki davranışları neticesinde maddi ve/veya manevi zarara uğramış olabilir. Örneğin; çocuk bizzat bedensel bir zarara uğramış, bu sebeple tedavi masrafı yapmış, kazanç kaybı yaşamış, çalışma gücünü belli bir oranda da olsa yitirmiş veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayba uğramış olabilir (TBK m.54) ya da babasının eylemi neticesinde hayatını kaybeden annesi için cenaze gideri, ölüm gerçekleşinceye kadar tedavi giderleri yapmış veya annesinin çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesi yüzünden annesinin desteğinden yoksun¹⁰⁶ kalmış olabilir (TBK m.53).

Çocuğun ekonomik geleceğin sarsılması veya ebeveynlerinden birinin de olsa desteğinden yoksun kalması gibi ayırık durumlar bir tarafa bırakılırsa çocuğun bakım ve tedavi masraflarının çoğunlukla zarara yol açan ebeveynce karşılanıyor olması maddi tazminat taleplerini ortadan kaldıracabilecekse de, çocuğun tüm bu hallerde kişilik haklarının¹⁰⁷ ihlali sebebiyle uğramış olduğu manevi zararı karşılamaz. Borçlar Kanunu’nda “*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar görenin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini*” (TBK m.58/1) isteyebileceği genel ilke olarak kabul edilmiş “*ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar*” (TBK m.56/2) verilebileceği düzenlenmiştir. Çocuğun, örneğin kendisine şiddet uygulayan ebeveyninden veya anasının ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren babasından manevi tazminat isteyebilmesinin de kanunun ruhunun bütününe uygun olacağı kanaatindeyiz¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Destekten yoksun kalma tazminatının kişinin bakımdan yoksun bırakılması sebebi ile hüküm tarihine kadar fiili zarar, sonrası içinse farazi zarar olarak hesaplanması gerektiğine dair bkz. Gökhan Antalya, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I”, Beta, 2019, s. 475.

¹⁰⁷ Kişilik değerlerinin fiziki (maddi) kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerlerinden oluştuğuna dair bkz. Gökhan Antalya, s. 917.

¹⁰⁸ Wisconsin Yüksek Mahkemesi’nin 1963 yılında Golter v. White davasında verdiği karara kadar çocukların ebeveynlerince verilen **manevi zararları** “*Ebeveyn Dokunulmazlığı Doktrinine*” bağlı

Kişilik haklarına verilen zarar sebebiyle çocuğun talep edebilecekleri maddi manevi zararın tazmininden ibaret olmayıp çocuğun “*hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ... bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını... hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesini*” (TMK m.25) de talep edebileceği kanaatindeyiz. Örneğin, ebeveynlerinin çocuklarına sanal ortamda modellik yaptırımları halinde¹⁰⁹ bundan edindikleri kazançlar vekaletsiz iş görme hükümlerince kendilerinden talep edilebilmeli aynı sebeple saldırının önlenmesi veya saldırıya son verilmesi de dava yoluyla istenebilmelidir.

Çocuk ebeveynlerinin kendisine vermiş bulundukları maddi-manevi zararlar sebebi ile aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmedikten bahisle ana ve babasını mirasçılıktan da çıkarabilir (TMK m.510)¹¹⁰. Zira, çocuğun on beş yaşında olup ayırt etme gücüne sahip olması vasiyetname yapma ehliyeti açısından yeterlidir (TMK m.502). Ancak bu durum ana babanın çocuktan yardım nafakası (TMK m.364) istemesine engel oluşturmaz¹¹¹.

b. Küçüğün Mal Varlığı Haklarının Korunması

Küçüğün kıyafetleri, kitapları, oyuncakları gibi yaşına uygun malları dışında mal varlığına sahip olması hayatın olağan akışına uygun değildir. Bununla birlikte, küçüğe miras kalmış olması, üçüncü şahısların küçüğe sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla karşılıksız kazandırmada bulunmuş olması, hatta bu kazandırmaların bizzat ana baba tarafından yapılmış olması, bazen de ana babanın bu ka-

kalınarak tazmin edemediklerine dair bkz. Reid H. Hamilton, “Defining the Parent’s Duty After Rejection of Parent-Child Immunity: Parental Liability for Emotional Injury to Abandoned Children” Vanderbilt Law Review Volume 33 Issue 3 Issue 3 - Symposium: In Honor of Dean John W. Wade: Current Developments in the Law of Torts.

¹⁰⁹ . Ebeveynlerin çocuklarının bilgilerini sosyal medyada paylaşması “**sharenting**” kelimesi ile ifade edilirken bu paylaşımın ekstrem boyutlarını vurgulamak amacıyla “**oversharenting**” teriminin, ‘oversharing’ ve ‘parenting’ terimlerinin birleştirilmesiyle ilk kez Mayıs 2012’de Wall Street Journal yazarı Steven Leckart tarafından kullanıldığına, 2013’ten itibaren de ebeveynlerin çevrimiçi bilgi paylaşımlarının çocuklarının psikolojisi ve kimliği üzerindeki olası etkilerinin incelenmeye başlandığına dair bkz. Müge Maraşlı/Er Sühendan/Nergis Hazal Yılmaztürk/Figen Çok, “Parents’ Shares on Social Networking Sites About their Children: Sharenting”, *Anthropologist*, 24(2): 399-406 (2016), s. 399.

¹¹⁰ Bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2014/12135, K. 2014/13033, T. 13.10.2014 Corpus Veri Tabanı.

¹¹¹ Miras bırakanın nafaka yükümlüsü olması durumunda, mirasçı mirasbırakana veya aile üyelerine yakınlarına karşı ağır bir suç işlerse, mirasbırakanın nafaka yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edilebileceğine, mirasçının nafaka ödeme yükümlüsü olması durumunda ise, mirasbırakana onun aile üyelerine ya da yakınlarına karşı suç işleyen mirasçının nafaka ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmaması gerektiğine dair bkz. Selin Sert, “Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 341, 342.

zandırmayı çocuğa “bir meslek veya sanat ile uğraşması için” (TMK m.359) öz-gülenmesi veya küçüğün bunun neticesinde kişisel bir kazanç elde etmiş olması mümkündür. “Çocuk malları mameleki değeri olan bütün hakları, taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde mülkiyeti, sınırlı aynı hakları, alacakları kapsar. Çocuk malları kanundan, bir hukuki işlemin sonuçlarından veya maruz kaldığı haksız fiilden alınacak tazminattan, çocuğa yapılan bağışlardan, miras yolu ile intikal eden mallardan, kendi emeği ile elde ettiği kazançlardan, tazminattan sigorta alacaklarından ve gelirlerden veya nafaka alacağından kaynaklanır”¹¹². Çocuğun kendisine yapılan kazandırmalardan, saklı payından, ona meslek ve sanat ile uğraşması için verilen mallardan ve kişisel kazançlarından oluşan ve ana ve babasının yönetim ve kullanma hakkının bulunmadığı mallarına *serbest mallar* denir¹¹³. Kanun koyucu küçüğe ait bu mal varlığının nasıl kullanılacağını, yönetileceğini ve bunlar üzerinde nasıl tasarrufta bulunulabileceğini özel olarak düzenlemiştir.

• Ana Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı

Ana ve baba, çocuğun mallarını velayet hakkına sahip oldukları sürece ve velayet hakkı “kusurları olmaksızın” örneğin yaş küçüklüğü, deneyimsizliği, hastalığı, kısıtlı olması gibi sebeplerle kaldırılmış olsa dahi kullanabilirler (TMK m.354)¹¹⁴. “Bu durum da veli ve vasi arasındaki önemli bir farkı ortaya koymaktadır. Zira, vasi vesayet altındaki kişinin mallarını kullanma hakkına sahip değildir”¹¹⁵. Ana ve babanın malları “yönetim hakkı velayetin sona ermesi veya kaldırılması halinde sona erdiği halde, kullanma hakkı velayet ana babadan kusurları sebebi ile kaldırılmış olmadıkça devam eder”¹¹⁶. Ana ve baba serbest malları kullanamaz¹¹⁷.

¹¹² Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 681.

¹¹³ Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 691-693.

¹¹⁴ Anne-babanın çocuğun mallarından yararlanma yetkisinin kural olarak olmadığına, bu sebeptendir ki YMK 354 m.de ÖMK 280 m.den farklı olarak anne babanın “intifa” hakkından değil kullanma hakkından söz edildiğine dair bkz. Şeref Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 392.

¹¹⁵ Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Aile Hukuku”, Turhan, 2024, s. 523.

¹¹⁶ Bkz. Süleyman Yılmaz, “Aile Hukuku”, Yetkin Yayınları, 2023, s. 549. Kullanma hakkından çocuğun mallarından aile birliğinin yararlanması, yönetim hakkından ise malların himaye edilmesinin anlaşılması gerektiğine, bu sebeple yönetim hakkının velayetin sona ermesiyle son bulacak olmasına rağmen velayet hakkının kaldırılmasında ana babanı kusuru yoksa kullanma haklarının devam edeceğine, bu kapsamda çocuğun mal varlığı gelirinin çocuk yararına kullanılabilmesine, mal varlığının kendisine ise hakim onayı ile başvurulabileceğine dair bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, 689-690.

¹¹⁷ Serbest mallara giren kazandırmalardan kastın faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması şartıyla çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalar; serbest mallara giren saklı paydan kastın ise mirasbırakanın ölümüne bağlı bir tasarrufla ana babanın yönetimi dışında bıraktığı saklı paylar olduğu hakkında bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, “Aile Hukuku”, s. 439-440.

• Ana Babanın Çocuk Mallarını Yönetme Hakkı

Küçüğün mal edinmesi, ona bunlardan yararlanma yetkisini veriyorsa da kural olarak bu küçüğün bunlar üzerinde tasarruf ve yönetim yetkisi olduğu anlamına gelmez. Ana ve baba velâyetleri devam ettiği sürece birlikte, velayet eşlerinden birine bırakılmışsa tek başına “*çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler*”¹¹⁸. Velayet hakkını birlikte kullandıklarında hâkim, ana ve babanın “*yükümlülüklerini yerine getirmedikleri*” gerekçesi ile müdahale etmediği sürece “*hesap ve güvence*” vermezlerken (TMK m.352) evlilik sona erince velayet kendisine kalan ebeveyn hâkime çocuğun mal varlığını bildirmek ve “*bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır*” (TMK m.353). “*Yönetim hakkının kullanılması, yönetimin kapsamına giren bu mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiği içindir ki, ana ve baba çocuğun mallarının feri zilyedi*”¹¹⁹ olup zilyetliği koruyan hükümlerden yararlanabilirler.

Ana ve baba çocuğun serbest mallarını yönetemezler. Bununla beraber, her ne kadar ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmanın gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemeyeceklerse de kazandırmada bulunan kişi, kazandırma sırasında açıkça yasaklamadığı sürece ana ve baba bu mallar üzerinde de yönetim hakkına sahiptir (TMK m.357). Öte yandan, “*ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler*” (TMK m.359)¹²⁰. Bununla beraber “*Ana ve baba sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin kendi kazancı üzerinde yapacağı harcamaları için bir sınır belirlemiş*” de olabilir¹²¹. Çocuğun kendi kazancı üzerindeki yararlanma hakkının velayetin kullanılması se-

¹¹⁸ Ana ve babanın yönetim hakkını kullanırken, çocuk malları üzerinde amaca uygun tasarruf işlemleri yapabileceğine ancak çocuk mallarının başka bir şeyle birleştirmesi veya karıştırması, işlemesi, tüketmesi, imha etmesi gibi fiili tasarruflarda bulunamayacağına, bilakis ana baba, çocuk mallarının yok olmasından, kaybindan veya mallardaki kıymet eksilmesinden vekil gibi sorumlu olduğuna dair bkz. Cem Baygın/Murat Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanması ve Sarfı” AÜEHFD, C. IX, S. 1-2 (2005), s. 383.

¹¹⁹ Bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, “Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku”, Beta, 2024, s. 430.

¹²⁰ Düzenlemenin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32. maddesine uygun olarak çocukları ekonomik sömürüye karşı koruduğuna dair bkz. Hayrunnisa Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, s. 82 Çocuğun malvarlığında serbest mal olarak ayrı bir malvarlığı kesimi yaratmanın sebepleri için bkz. Süleyman Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2018, s. 455.

¹²¹ Bkz. Bilge Öztan, “Kişiler Hukuku”, Yetkin Yayınları, 11. Baskı, 2021, s. 215.

bebi ile kısıtlanabileceği örneğin; çocuğun kişisel kazancı ile sağlıksız bir gıda veya bir bisiklet alması geçerli bir sözleşmeye dayanıyor¹²² olsa dahi ana ve babanın bu gıdanın tüketilmesine veya bisikleti nerede ne zaman ve nasıl kullanacağına müdahale edebileceği, aksi halde velayet hakkının kullanımının çocuğun üstün yararının aksine engellenmiş olacağı, hatta çocuğun ihmal edilmiş sayılabileceği kanaatindeyiz. Kaldı ki ebeveyn örneğin bisiklet kullanımı sebebi ile *“alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini”* (TMK m.369/1) ispatlayamadığında aşağıda anlatacağımız ev başkanının sorumluluğu sebebi ile üçüncü şahısların zararını da tazmin etmek zorunda kalabilecektir.

• Ana Babanın Çocuk Mallarını Sarf Etme Hakkı

Ana ve babanın çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlıdır. Çocuğun bakım giderleri kural olarak ana babanın mal varlığından karşılanır (TMK m.327). Ancak *“Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir”* (TMK m.356). *“Diğer bir deyişle, olağan ihtiyaçların gerektirdiği durumlarda ve ihtiyaçların sınırları içinde kalmak üzere, çocuğa sermaye olarak yapılan ödemeler, uğramış olduğu zararların karşılığı olarak ödenen tazminatlar, ikramiyeler ile sosyal yardım ve sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir* (VVMET m.6/I)”¹²³. Çocuğun ihtiyaçları fazlasını gerektirdiği hallerde çocuğun diğer mal varlığına başvurmak için hakimin izninin alınması zorunludur¹²⁴.

Çocuğun gelirleri de malları gibi öncelikle çocuğun ihtiyaçları için kullanılacaksa da ana ve baba bunları *“hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarfetebilirler. Gelir fazlası, çocuk mallarına katılır”* (TMK m.355). *“Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarfetemezler”* (TMK m.357). Çocuk mallarından gelirler dışında kalan kısım da aile ihtiyaçları için sarf edilemez¹²⁵.

¹²² Sınırlı ehliyetlilerin serbest malların yönetimi ile ilgili işlemlerini kendilerini borç altına sokmalar dahi kanuni temsilcilerinin izni olmaksızın yapabileceklerine dair bkz. Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, “Kişiler Hukuku”, Beta, 2024, s. 326.

¹²³ Bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, s. 437.

¹²⁴ Hâkimin ana babanın çocuğun mallarını satmasını değil, TMK madde 356'daki koşullar mevcut değilse çocuğun ihtiyaçları için satılmasını yasaklayabileceğine dair bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 527.

¹²⁵ Bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, s. 438.

• Çocuğun Mal Varlığına Verilen Zararın Tazmini

Ana ve baba çocuklarının mallarını doğru yönetmek ve korumakla yükümlüdürler. Yükümlülüklerin ihlali halinde hâkim, yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda talimat verebilir veya gereğinde malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine (TMK m.360) ya da malların yönetiminin ana ve babadan alınarak bir kayyına bırakılmasına (TMK m.361) karar verebilir. Ancak bu tedbirler çocuk mallarına verilen zararı gidermez. Ana ve baba çocuğun mallarını gerektiği şekilde yönetmek ve “... *velâyetleri veya yönetim hakları sona erince, çocuğun mallarını, hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyına*” (TMK m.362) devretmek zorundadırlar. Velayetin sona ermesi veya çocuk mallarını yönetme hakkının ellerinden alınması halinde ana ve baba, çocuğun mallarını, durumlarını, gelir ve giderlerini gösteren hesabıyla birlikte, çocuğa atanan vasiye, kayyına veya ergin olan çocuğa vermek zorundadırlar¹²⁶. Aksi durumda çocuğun ebeveynine karşı koşullarına göre istihkak davası (TMK m.683) ve miras sebebi ile istihkak davası (TMK m.637 vd.) açabileceği kanaatindeyiz.

Kanun koyucu ebeveynin hesap verme yükümlülüğünü, velayetin kaldırılmasından veya malların yönetiminin ellerinden alınmasından bağımsız olarak evliliğin sona ermesi koşuluna bağlı olarak özel olarak düzenlemiştir. Buna göre evlilik sona erdiğinde velâyet kendisinde kalan eş, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirmek zorundadır (TMK m.353). Oysa ki eşlerin evliliğin devamı süresince, çocuğun malları ile ilgili olan yükümlülüklerini ihlal etmedikleri sürece hesap verme yükümlülükleri yoktur. Türk Medeni Kanunu’nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük’ün dördüncü maddesine göre “*ana ve babadan birinin ölümü halinde nüfus memuru veya evliliğin mahkeme kararı ile sona ermesi halinde kararı veren mahkeme, sağ kalan veya velayet kendisine verilen eşin yerleşim yeri aile mahkemesine, yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun belirlediği mahkemeye durumu derhal bildirir.*” Tek başına velayet hakkını kullanan ve aynı sebeple çocuğun mallarını tek başına yönetme hakkına sahip olan ebeveyn “*çocuğun mallarının işletilmesi tarzında mesela çocuğa ait bir malın satılması, bankadan paranın çekilerek arsanın satın alınması gibi önemli bir değişiklik olursa durumu hâkime bildirmek mecburiyetindedir*”¹²⁷. Kanun koyucu bu yükümlülüğü evliliğin son bulmuş olmasına bağlayarak başta velayeti diğer ebeveyn ile paylaştığı halde sonradan tek başına kullanmaya devam eden ebeveyne yüklemişken, TMK m.337 hükmü gereğince ne baba ile evli olmadığı için başından beri velayeti tek başına kullanan anaya ne de ananın küçüklüğü,

¹²⁶ Bkz. Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, s. 443.

¹²⁷ Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 686.

kısıtlılığı veya ölmüş olması ya da velâyetin kendisinden alınmış olması sebeplerinden biriyle hâkim kararı ile velayet hakkı kendisine verilen babaya yüklemiştir. Kanun koyucunun amacı “*velayet kendisine kalan ana veya babanın bu andan itibaren çocuğun hangi malvarlıklarını devir ve teslim aldığıнын dolayısıyla bundan sonraki sorumluluğun belirlenmesinde kolaylık sağlamaktır*”¹²⁸ velinin bu durumda dahi mahkemeye hesap vermesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucu çocuğun mallarının tek ebeveynin yönetimi altına bırakılmasını riskli bulmuştur. Aynı şekilde hükmün “*ayrılık veya velayetin eşlerden birinden kaldırıldığı halinde uygulanıp uygulanmayacağı açık değildir*”¹²⁹. Mahkemede defter tutulmasının çocuk ergin olduğunda çocuğa ya da çocuğa vasi atanmışsa vasisine veya malların yönetiminin bırakıldığı kayyuma da ayrıca hesap verilmesi yükümlülüğünü kaldırmaz. Zira, “*velayet sonunda çocuğun mallarındaki noksanlar müfredat defterine göre tespit olunur ve bunlardan dolayı veli sorumlu olur*”¹³⁰.

Kanun koyucu, ana ve babanın “*çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumlu*” (TMK m.363)¹³¹ olduklarını kabul etmişse de bu, ana ve babanın çocuk mallarını vekil gibi yönettikleri anlamına gelmez. Her şeyden önce vekalet ilişkisi hukuki bir işlemle kurulurken ana ve babanın velayet yükümlülükleri yasa gereği doğar ve ana ve baba bu sorumluluktan sözleşmeden dönerek kaçınamaz. Vekalet ilişkisi genellikle ivazlı bir hukuki ilişki iken ana ve baba çocuk mallarını yönetmek sebebi ile bir ücrete hak kazanmaz¹³². Ancak ana ve babanın da çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi hesap verme yükümlülükleri vardır. Ana ve baba velayet süresince “*... ana ve baba çocuk mallarını yöneten basiretli ana ve babanın, göstereceği özeni göstermek zorundadır. Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken işlerin olağan akışına göre gerekli davranışlarda bulunmalı, önlemler almalı, malların iyi yönetimine engel olacak davranışlardan kaçınmalıdır. Bu davranışların ölçüsü ise ortalama ana ve babanın velayet yetkisine ilişkin sahip olduğu zihinsel, fiziksel ve ruhsal yeteneklere uygun davranışlardır*”¹³³. Ancak bu durum çocuk yararına yapılan sözleşmelerden her zaman için yarar sağlandığı anlamına da gelmez. “*... vekilin vekalet sözleşmesi kapsamında kendisine verilen iş ile ilgili olarak ulaşılmak istenen sonucun başarılı bir şekilde gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine*

¹²⁸ Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 523.

¹²⁹ Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 687.

¹³⁰ Bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 688.

¹³¹ Eski Medeni Kanun m.288 hükmünde ana babanın çocuğun mallarını iadede intifa hakkı sahibi gibi sorumlu olduğu hususunda bkz. Baygın/ Doğan, s. 404, 405.

¹³² TMK m.457’de vasiye, talebi halinde, vesayet altındaki kişinin malvarlığından, olanak bulunmadığı takdirde Hazineye karşılanmak üzere yönetimin gerektirdiği emek ve yönetilen malvarlığının geliri de göz önünde tutulmak suretiyle her hesap dönemi için vesayet makamı tarafından belirlenecek bir ücret ödenebileceği düzenlenmiştir.

¹³³ Hayrunnisa Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, s. 88.

ve işin gereklerine uygun faaliyetlerde bulunması ve söz konusu başarılı sonuca ulaşılmasına engel teşkil edebilecek faaliyetlerden de kaçınması halinde, -vekalet veren tarafından sözleşmenin yapılması ile amaçlanan sonuç gerçekleşmese dahi (hekimin yaptığı ameliyatın başarılı olmaması, avukatın yürüttüğü davanın müvekkili lehine sonuçlanmaması gibi) bu durumda artık vekilin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir”¹³⁴. Nasıl ki “vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlü” (TBK m.508) ise ana ve baba da velayetin bittiği veya malların yönetiminin ellerinin alındığı an itibariye çocuğa ait paraları teslimde temerrüde düşerlerse faiz ödemek zorunda kalabilir. Öte yandan, “Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlü”dür (TBK m.510). Ana ve babanın maddi bakım yükümlülüğü (TMK m.327) çocuk mallarına değil çocuğun şahsına karşıdır, bununla beraber malların yönetimi korunmasını da gerektirir. Öte yandan, çocuk mallarına verilen zarar sebebi ile örneğin; kendisine anneannesinden miras kalan antika kahve fincanını koruyamayan ve kırılmasına sebep olan anne ve babasından bu sebeple manevi tazminat talep edilemez¹³⁵.

Vekalet ilişkisi sebebiyle, vekil zarara uğramışsa bunu vekalet verenden isteyebilmesi vekâlet verenin zararın oluşmasında kusurunun olmasına bağlıdır (TMK m.510)¹³⁶. Bu sebeple örneğin, çocuğa miras yoluyla kalmış olan tarım işletmesinin başına geçmek zorunda kaldığından kendi işinden ayrılmak zorunda kalan veya çocuğa ait evin tamaratı esnasında yaralanarak engelli hale gelen ebeveynin, çocuğun bunda kusuru olmadığı sürece uğradığı zararının tazmin edilmesini isteme hakkının doğmayacağı kanaatindeyiz.

Ana ve baba evlilikleri devam ettiği sürece ve hatta boşansalar dahi ortak velayetlerine hükmedildiği sürece velayet hakkını birlikte kullanırlar. “Vekâleti birlikte üstlenenler, vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumlu” (TBK m.511) olup ana ve baba çocuğun mallarının yönetiminden de müteselsil olarak sorumludurlar. Sorumluluk kusur sorumluluğudur. Ana ve babanın çocuğun malları sebebi ile doğan sorumluluğu sınırsızdır ancak “kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalar” zararın hesabında dikkate alınmaz ve “dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler” (TMK m.363).

¹³⁴ Bkz. Sinem Taştekin, “Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6 (2), Güz 2019, s. 95.

¹³⁵ Bkz. TC. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2015/6011, K. 2015/13460, T. 14.12.2015. Kazancı veri tabanı.

¹³⁶ Maddenin düzenleniş biçiminden vekâlet verenin sorumluluğunun ispat yükünün tersine çevrilmiş bir kusura dayanan bir sorumluluk olduğunun anlaşıldığına, zira ikinci cümlede yer alan, vekâlet verene kurtuluş kanıtı getirme imkânının tanınması bu tespiti destekler nitelikte olduğuna dair bkz. Vehbi Umut Erkan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD, 62 (2) 2013: 441-472, s. 459.

3. Ergin Çocuklara Karşı

a. Ergin Çocukların Kişilik Haklarının Korunması

Küçüklük hali, ergin olma ile son bulduğundan, ergin çocuklar kanun koyucunun bu kişilerin ana ve babaları karşısındaki durumlarını göz önüne alarak çocuk olarak tanımladığı kişileridir. Bu anlamda altmış yaşındaki bir kişi de anası ve babası için çocuktur.

Ana ve babanın çocuklarına karşı bakım yükümlülüğü kural olarak ergin olmaları ile son bulur. Bununla beraber eğitimi devam eden çocuğa “*durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde*” bakmakla yükümlüdürler (TMK m.328). Kural olarak çocuğun ergin olmasından sonra devam edeceği eğitim “yüksek öğrenim” niteliğindedir. Ancak ergin çocuk, ilk veya orta öğrenim sürecini henüz tamamlamamış dahi olabilir. İlk ve orta öğretim süreçleri zorunlu ve parasız olduğundan bu döneme ait giderler ortalama bir aile bütçesi için orantısız bir ölçü yaratmayabilecekse de fakirlik sınırının altında yaşayan bir ailede çocuğun el harçlığının bile bütçede önemli kalem teşkil edebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu çıkmazın tek çözümünün Anayasal bir zorunluluk olan “*sosyal hukuk devletinin*”¹³⁷ aktif şekilde hayata geçirilmesi ve ana babaların üzerinden bu yükün alınması olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan kanun koyucu, TMK madde 364’de herkesin, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlü olduğunu düzenlerken nafaka alacaklısı çocukların eğitimlerine devam etmesini şart koşmamıştır¹³⁸.

Ergin kişiler kural olarak tam ehliyetli kişilerdir. Ancak bu kişilerin kısıtlandırılmasını gerektirecek sebepler (TMK m.405,406,408) ortaya çıkabilir. Bu halde kısıtlanan ergin, hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe vesayet altına alınmaz, ana babalarının velayeti altında bırakılır (TMK m.335, m.419). Bunun için kısıtlanacak kişinin evli olmaması aranır. Zira, kısıtlı adayının yerleşim ve kişisel ilişkileri dikkate alındığında vasilige uygun olan eşin atanmada önceliği vardır (TMK m.414). Ergin çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması, kısıtlanması için bir sebepse de bu durum erginliği kazanmasını engellemez. Kısıtlı veya değil ayırt etme gücü olmayan kişilerin hukuki işlem ehliyeti yoktur. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı kişilerin haksız fiil ehliyetleri vardır ve verdikleri zararlar kendi mal varlıklarından karşılanır. Bununla birlikte ev başkanlığı altında yaşıyor-

¹³⁷ Maddi yoksunluk içindeki çocukların eğitim başta olmak üzere temel haklarından mahrum kaldıklarına dair bkz. Hicran Atatanır, “Türkiye’de Çocukların Eğitim Hakkı”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, 2023, 3(5): s. 59.

¹³⁸ TMK madde 364’de yardım nafakası düzenlenmişken ayrıca TMK madde 328 ile ergin olan çocuğa bakım borcunun düzenlenmesindeki gerek ve madde hükümlerinde yer alan koşulların farklılığı için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, “Medeni Hukuk”, s. 490.

larsa üçüncü şahıslara vermiş oldukları zararlardan aşağıda anlatılacağı üzere ev başkanının da sorumluluğu doğar.

Çocuğun ergin olmasına rağmen henüz orta eğitimi tamamlamamış olması onun zihinsel veya bedensel engelinden kaynaklanıyorsa bu çocuklar kısıtlanarak ana babalarının velayeti altında bırakılabilir (TMK m.335/2,419/2). Ergin çocuğun kısıtlanması gereken hallerde ana ve babasının velayetinde bırakılması halinde velayete bağlı bakım borcu da velayet süresince çocukların eğitimlerine devam etme koşulu aranmaksızın devam edecektir¹³⁹. Kısıtlama kararı kural olarak ergin kişiler için alınabilir ise de küçük istisnai olarak henüz ergin olmadan da kısıtlanabilir (TMK m.419/2). Bu durum *“küçüğün ergin olmasından, hakkında kısıtlama kararı alınmasına kadar geçecek süre içinde menfaatlerinin zarar görmesi endişesini yaratacak birtakım şartların bulunmasından kaynaklanır. Kısıtlama kararı ile, velayetin ya da küçüklük dolayısıyla vesayet sona ermesi ve kişinin tekrar vesayet altına alınması sırasında işlerinin görülmesi ve temsili mümkün kılınmış olur. Küçük hakkındaki kısıtlama karar ile ilgili ikinci önemli husus, kararın, küçük ergin olduktan sonra hüküm ifade edeceğidir”*¹⁴⁰.

Ana ve baba yüksek öğrenimi¹⁴¹ devam eden çocuğa kendilerinden beklenecek ölçüde¹⁴² bakmakla yükümlüdürler. Bakım yükümlülüğü çocuğun barınma, beslenme, sağlık, eğitim gibi maddi masraflarını karşılamak kadar, onun manevi ihtiyaçlarının karşılanmasını da kapsar. Çocuğun maddi yönden beklediği desteği görmemesi halinde bizzat yardım nafakasını talep etme hakkı doğacaktır¹⁴³. Zira; *“herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”* (TMK m.364/1). Her ne kadar manevi ihtiyaçlarının karşılanmaması veya çocuğun manen terki, icrai nitelikte bir borç¹⁴⁴ değilse de bunların karşılanması ana babanın ergin çocuklarına karşı da ahlaki borçlarıdır.

¹³⁹ Bkz. İyilikli/Ersöz, s. 185.

¹⁴⁰ Bkz. Dilşad Keskin, “Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)”, ERÜHFD, C. IX, S. 2, (2014), s. 7.

¹⁴¹ Çocukların lisansüstü eğitimleri, üniversiteye veya KPSS'ne hazırlık kursları süreçlerindeki maddi ihtiyaçları için bağlanacak nafakaya ilişkin çeşitli Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler için bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku”, s. 433-435.

¹⁴² Ana ve babadan “durum ve koşullara göre kendilerinden beklenecek ölçünün” tayininde mali ve ekonomik durumlarının, çocuklarla kişisel ilişkilerinin, çocuğun eğitimine devam konusundaki ciddiyeti gibi unsurların göz önünde tutulması gerektiğine dair bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 330.

¹⁴³ Eğitime devam eden çocuğun ana babasının iştirak nafakası talep edebileceken, çocuğun bizzat kendisinin açtığı davada yardım nafakası talep edebileceğine dair bkz. Bilge Öztan, “Aile Hukuku” s. 436.

¹⁴⁴ Bkz. Süheyla Zorlu/Süleyman Zorlu, “Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 1857.

b. Ergin Çocukların Mal Varlığı Haklarının Korunması

Kanun koyucu, ergin çocukların mal varlıklarının korunmasını özel olarak düzenlememiştir. Zira, ana ve baba eğitimi devam eden ergin çocuğa kendilerinden beklenecek ölçüde bakmakla yükümlü iseler de çocuğun ergin olmasıyla beraber o zamana kadar kendi yönetimlerinde olan çocuğa ait malları çocuğa vermekle yükümlüdürler.

Bununla birlikte, ergin olan çocuk ana babasının velayeti altına bırakılmışsa ana babanın küçük çocukların mal varlığı üzerindeki hak ve sorumluluklarının aynen devam etmesi ve bu durumda vesayet hükümlerinin değil velayet hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz¹⁴⁵. Ergin çocuğun velayet altına alınması halinde, ana babanın çocuğun mallarını kullanma hakkının bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁴⁶.

B. Ebeveynin Çocukları Sebebiyle Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluğu

1. Çocuklarının Haksız Filleri Sebebiyle Ebeveyn Sorumluluğu

Küçükler ayırt etme gücüne sahip değillerse, kural olarak haksız fiil ehliyetleri yoktur (TMK m.14). Bununla beraber *“hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir”* (TBK m.65)¹⁴⁷. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise sebep oldukları haksız fiillerden kendi mal varlıklarıyla sorumludurlar (TMK m.16, m.343).

¹⁴⁵ Yargıtay'ın her ne kadar ergin kişiye anne babanın veli atanması halinde velayet hükümlerinin uygulanacağına dair içtihatları müstakar ise de velayet hakkının kapsamı ile çocuk mallarının yönetimi ve kullanım hakkı ile TMK'nın 462. maddesinde izne tabi işlemlerde farklı yönde kararlar verildiğinin tecrübe edildiğine ve hatta Yargıtay'ın bu tutumunun ergin kişiye ait taşınmazların satımında dahi sürdürmekte olduğuna dair bkz. İyilikli/ Ersöz, s. 196.

¹⁴⁶ Önceki Medeni Kanun'un 280. maddesinde ana ve babanın kullanım hakkının çocuk ergin olunca kadar devam ettiği açıkça belirtilmiş ise de Yeni Türk Medeni Kanun'un 354. maddesinde kullanım hakkının sınırı olarak “ergin olma” ifadesine yer vermediğinden, artık ergin olan, ancak kısıtlanması nedeniyle velayet altına alınan çocukların malvarlığının da ana ve baba tarafından kullanılmasının mümkün olduğuna dair bkz. Ömer Çınar, “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı”, İÜHF-M-LXXI-1 Armağan 2. Cilt, s. 1357. Aksi görüş için bkz. Mehmet Erdem/Aslı Makaracı Başak, s. 481. Ana ve babanın TMK madde 462 gereğince hâkimin iznine muhtaç olmamalarının çocuk mallarında diledikleri gibi tasarrufta bulunabilecekleri anlamına gelmediği hususunda bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 511.

¹⁴⁷ TBK m.65 yer alan sorumluluğun kusursuz sorumluluk hallerinden özen ihlali ve tehlike sorumluluğu değil hakkaniyet sorumluluğu olduğuna, hakkaniyet sorumluluğunda hakkaniyet ve adalet duygularının zarar görene oranla ekonomik yönden daha güçlü durumda bulunan zarar verenin kusursuz olmasına rağmen sorumlu kılındığına dair bkz. Fikret Eren, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Legem, 2024, s. 567-569. Ayırt etme gücünün kazanılmasında yaş küçüklüğü açısından TMK'da kesin yaş sınırının ön görülmemiş olmasının hakime somut olayın özelliklerini dikkate alacağı bir takdir yetkisi tanındığına dair bkz. Gökhan Antalya, s. 548.

Ayırt etme gücüne sahip veya hakkaniyet gereği ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin verdikleri zararların onların mal varlıklarından tazmin edilebilmeleri her şeyden önce haczedilebilir bir mal varlığına sahip olmalarını gerektirir ki buna hayatın olağan akışı içerisinde sıklıkla rastlanmaz.

Bu sebeple zarar gören kişilerin muhatap kabul ettikleri kişiler öncelikle çocukların ana ve babalarıdır. Bu sosyal refleksin hukuki bir karşılığı varsa da ana ve babanın çocuklarının sebep oldukları zararlardan sorumlu olmaları ne çocuklarıyla kurdukları soybağından ne de onlar üzerinde sahip oldukları velayet hakkından kaynaklanır. Ana ve babanın çocuklarının sebep olduğu zararlardan sorumluluğu “ev başkanı” sıfatını taşıdıkları sürece doğar ve bu sıfatı haiz olmadıklarında velayet hakkına sahip olsalar dahi çocuklarının üçüncü kişilere vermiş oldukları zararlardan sorumlu olmazlar¹⁴⁸. Öte yandan ev başkanının sorumluluğu zarara sebep olan küçüğün kendi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁴⁹.

Geniş anlamda aile¹⁵⁰, “*kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada*” ve “*aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu*” (TMK m.367) topluluktur. Aynı çatı altında yaşayabilmek belli kurallar ve düzene uymayı ve bu düzenin korunmasından sorumlu en az bir ev başkanının varlığını gerektirir. Ev başkanı, kanuna, sözleşmeye veya örfü göre belirlenir¹⁵¹. Ev başkanı evi yönetirken “*ev halkından her birinin yararını adil biçimde*” gözetir ve onlara ait eşyaları güvenle korur. “*Ev halkının her biri, özellikle öğrenimi, eğitimi, dinî inançları, meslek ve sanatı için gerekli özgürlükten yararlanır*” (TMK m.368).

Çekirdek aile¹⁵² formlarında ev başkanı ana ve babadır¹⁵³. Bununla beraber çocuğun ana ve babası aynı evde yaşamıyorsa çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyni ev başkanı olarak kabul edilmelidir¹⁵⁴. Birlikte yaşamak kavramı velayetin kendisine bırakıldığı ebeveyn ile birlikte yaşamakla sınırlandırılmamalı, çocuk fiilen

¹⁴⁸ Mülga Medeni Kanun yürürlükte iken ana ve babasının boşanması nedeniyle annesiyle birlikte teyzesinin evinde kalan çocuğun işlediği fiil nedeniyle velayet kendisine verilen annenin değil, aile reisi olan teyzesinin kocasının ev başkanı sıfatıyla sorumlu kılındığına dair bkz. T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1985/844 K. 1985/1759 T. 5.3.1985 Kazancı veri tabanı.

¹⁴⁹ Bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2023/2431 K. 2024/341 T. 23.1.2024. Kazancı veri tabanı.

¹⁵⁰ Aile tanımlamaları için Bkz. Tuba Kutoğlu, “Üvey Ailede Hukuki İlişkiler” Seçkin, 2018. S. 23.

¹⁵¹ Yatılı okullardaki okul müdürlüğünün Kamu Hukuku’ndan kaynaklandığına dair bkz. Bilge Öztan, “Medeni Hukuk”, s. 722.

¹⁵² Hukuki anlamdaki “dar aile” ve “geniş aile”nin sosyolojik anlamdaki “çekirdek aile”ye, hukuki anlamdaki “en geniş aile”nin ise sosyolojik anlamdaki geniş aileye karşılık geldiğine dair bkz. Kutoğlu, s. 23.

¹⁵³ Bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2023/1757, K. 2023/3745, T. 14.12.2023 Kazancı veri tabanı.

¹⁵⁴ Ortak velayette çocuğun ikametgâh modelleri için bkz. Nazlı Hilal Coşkun, “Velayete Hâkim Olan İlkelerin Ortak Velayete Uygulanması” Aristo, 2023.

kiminle yaşıyorsa ona bakılmalıdır¹⁵⁵. “Ana ve babanın ya da bunlardan birinin ev başkanı olduğu durumlarda, ergin olmayan çocuk sürekli ya da geçici olarak başka bir aile içinde yaşıyorsa, onun yönünden ev başkanı artık o ailenin başkanıdır. Örneğin, çocuk okumak için büyük babasıyla birlikte oturuyorsa ev başkanı büyük babadır”¹⁵⁶. Ev başkanın velayet hakkına sahip ebeveyn olduğu hallerde ebeveynin çocuklarının şahıs ve malvarlıklarına karşı sorumluluğu, velayet hükümleri yanında ev başkanlığından da doğar.

Ev başkanı ev düzenini sağlarken, aile fertlerinden bazı kişilerin üçüncü kişilerde yol açtıkları maddi manevi zararlardan *objektif sorumluluk*¹⁵⁷ ilkeleri gereğince sorumlu olur. Ev başkanının aynı çatı altında yaşadığı ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler; yalnızca küçükler, kısıtlılar, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanlardır. Ev başkanının, bu kişiler dışında kalan hane halkının zararlarından sorumluluğu doğmaz. Ev başkanının eylemlerinden sorumlu olduğu küçüklerin aynı zamanda velisi ya da kısıtlıların vasisi olması aranmaz. Ev başkanı himayesinde yaşayan akıl hastaları ve akıl zayıflığı olan kişilerin, bu durumları her ne kadar kendileri için kısıtlanma kararı alınmasını mümkün ve hatta gerekli (TMK m.405) kılıyorsa da kısıtlanmış olup olmamalarına bakılmaksızın yol açtıkları zararlardan sorumludur. Bununla beraber ev başkanı “alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini” (TMK m.369/1) ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir.

Ev başkanı sıfatı taşıyan ana ve baba da çocuklarının eylemlerinden üçüncü şahıslara karşı sınırsız¹⁵⁸, kusursuz ve müteselsil olarak sorumludurlar¹⁵⁹. Ebeveyn ne “ev başkanı” sıfatı ile yüklenmiş olan bu sorumluluğu, 4721 sayılı yeni Türk

¹⁵⁵ Louisiana Eyaleti Medeni Kanun Madde 2318’inde ortak velayet halinde fiziki velayetin kim tarafından kullanıldığına bakılmaksızın iki ebeveyni de çocuklarının yol açtıkları zarar sebebiyle üçüncü şahıslara karşı müteselsil olarak sorumlu kılınmasının eleştirisi için bkz. George Davis Ernest III, “Joint Custody and Parents’ Liability Under Civil Code Article 2318”, Louisiana Law Review Volume 44 | Number 6, Symposium: Family Law July 1984. Çocuğun kişisel ilişki kurduğu ebeveyninin yanında olduğu zamanlarda yol açılan zarardan velayet hakkına sahip ebeveyni sorumlu tutmanın adil olmadığı gibi diğer ebeveynce kötüye de kullanılabileceğine dair bkz. Kutoğlu, s. 51, 52.

¹⁵⁶ Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, s. 416.

¹⁵⁷ Ev başkanının sorumluluğunun Türk Medeni Kanun’da düzenlenmesinin, borçlar hukukuna ilişkin bir sorumluluk normu olduğu gerçeğini değiştirmedicine, ev başkanının sorumluluğunun kurtuluş kanıtı getirilebilen, hafifletilmiş bir kusursuz sorumluluk olduğuna dair bkz. Emine Koçano Rodoslu, “Ev Başkanının Sorumluluğu” AÜHFD, 63 (4) 2014: 879-899, s. 880, 881.

¹⁵⁸ ABD’de birçok eyalette ebeveyn sorumluluğunun 5.000 Dolar ile sınırlandırıldığına, iki eyalette bu sınırın 25.000 Dolara çekildiğine, bazı eyaletlerde ise üst sınırın eşyaya verilen zararlar için konulmadığına dair bkz. Kristin N. Henning, “It Takes a Lawyer to Raise a Child? Allocating Responsibilities Among Parents, Children, and Lawyers in Delinquency Cases”, Georgetown Law Faculty Publications January 2010.

¹⁵⁹ Bkz. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/3-1049 K. 2021/799 T. 17.6.2021 Kazancı veri tabanı.

Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi 'ne göre kural olarak¹⁶⁰ "aile reisi" kabul edilen koca taşımıştır. Ana ve babanın sorumluluğu müteselsil olmakla beraber, bu, ev başkanına karşı açılan davanın her ikisine birden açılmasının zorunlu olduğu başka bir ifade ile ebeveynlerin zorunlu dava arkadaşı (HMK m.60) oldukları anlamına gelmez. Nitekim aile içinde çalışan kişinin ağırlıklı olarak hala "baba" olması ve özellikle mal varlıklarının çoğunlukla baba üzerine tescilli olması¹⁶¹ davaların çoğunlukla sadece babaya karşı açılmasına sebebiyet vermektedir.¹⁶²

Ana ve babanın, onlarla beraber yaşayan ergin çocuklarının haksız fiillerinden "ev başkanı" sıfatı ile sorumlu olmaları için, bu çocukların ya velayetlerinde bırakılmış olmaları ya da çocukların başkasının vesayeti alınmış olması veya haklarında kısıtlama kararı alınmamış olsa dahi bu çocukların akıl hastalıklarının veya akıl zayıflıklarının bulunması gerekir.

Ev başkanının bu kişilerin fiillerinden sorumlu olması için ne ev başkanının ne de bu kişilerin zararın doğmasında kusurları aranmaz¹⁶³. Bununla beraber bu kişilerin zarara yol açan eylemlerinin hukuka aykırı olmuş olması¹⁶⁴ ve zarar ve eylem arasındaki nedensellik bağının kesilmemiş olması aranır¹⁶⁵.

Ev başkanı aynı çatı altında yaşayan bireylerin sadece aynı çatı altında değil dışarıda verdikleri zararlardan da sorumludur. Örneğin çocuğun okulda bir başka öğrenciyi yaralaması ev başkanının gözetimi altında gerçekleştirilmemişse de ev başkanı bu zarardan sorumlu tutulabilir¹⁶⁶. Kanun koyucu her ne kadar ev başkanına sorumluluktan kurtulmak için bir kurtuluş kanıtı tanımışsa da ev başkanı için

¹⁶⁰ Kanunen ev başkanı sayılan kimsenin örf gereği bir ev başkanına tabi olduğu yerde ev başkanı olamayacağına örneğin; büyük baba ile birlikte yaşama halinde ev başkanının büyük baba olduğuna dair bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, s. 416.

¹⁶¹ Türkiye genelindeki tapu kayıtlarının yüzde 65'inin erkek, yüzde 35'inin de kadın mülkiyetinde ve aile konut şerhi oranının ise yüzde 0, 03 olduğuna dair bkz. Anadolu Ajansı haberi, <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiyede-tapular-erkeklerde/404996>. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre sadece 2020 yılında erkeklerin yüzde 59,5 oran ile 892 bin 347, kadınların yüzde 32,2 oran ile 483 bin 7 konut sahibi olduğuna, yüzde 1,6 oran ile 23 bin 424 konutun kadın ve erkek tarafından ortaklaşa alındığına dair bkz. Independent Türkçe haberi, <https://www.indyrturk.com/node/322001/haber/ev-sahibi-kad%C4%B1n-say%C4%B1s%C4%B1-art%C4%B1yor-evliliklerde-tapular-art%C4%B1k-daha-fazla-kad%C4%B1nlar>.

¹⁶² Örneğin; bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2023/1508, K. 2023/3174, T. 9.11.2023 Kazancı veri tabanı. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2014/1023, K. 2014/5569, T. 07.04.2014. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2015/2316, K. 2016/906, T. 27.01.2016. Yargıtay karar arama veri tabanı.

¹⁶³ Bkz. Turgut Akıntürk/Derya Ateş, s. 465.

¹⁶⁴ Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için, gözetime muhtaç kişinin zarar verici fiilinin mi, yoksa ev başkanının özen yükümlülüğünün ihlalinin mi hukuka aykırı olması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz. Rodoslu, s. 891.

¹⁶⁵ Bkz. Rodoslu, s. 890.

¹⁶⁶ Bkz. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/4-642, K. 2004/648, T. 8.12.2004. Kazancı veri tabanı.

“alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini” kanıtlamak oldukça zordur¹⁶⁷. Konuyu ev başkanından ebeveyne ve diğer hane bireylerinden çocuğa indirgeyecek olursak; öncelikle çocuğun ana babasının gözetimi altında her an tutulması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bunun sağlanabilmesi için çocuğun okul, oyun için dahi olsa ebeveynin gözünün önünden bir an için bile ayrılmaması ve ebeveynin de bütün işinin sadece çocuğu gözetlemek olması gerekir ki bu hem imkânsız hem de sağlıksız bir durumdur. Öyleyse gözetim altında tutmaktan anlaşılmaması gerekenin ev başkanının çocuğunu iyi tanınması, ihtiyacına göre onu eğitmesi, gerektiğinde profesyonel destek alması ve çevreyi çocuk hakkında uyarması olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, kendisi ve çevresi ile barışık, uyumlu bir çocuk için özel tedbirler almak gerekmezken, saldırgan yapıdaki çocuklar için başkaca tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu durumda çocuğun durumuna göre eğitilmesi veya tedavisi yoluna gidilmesi, okul yönetimine ve çocuğun içinde bulunduğu sosyal çevrelere çocuğun durumu hakkında uyarıda bulunulmuş olması ya da çocuğun özel bir kuruma yerleştirilmesi gibi tedbirlerin alınmış olmasının kurtuluş kanıtı olarak dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber o ana kadar hiçbir olumsuz tavrı olmayan çocuk da anlık olarak zarara yol açabilir. Bu durumda da ebeveynin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerin hafiflediğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Alınacak tedbirlerin bir kısmı da ailenin ekonomik gücüyle ilintilidir. Örneğin ekonomik sebeplerle çocuğuna düzenli psikolojik tedavi gördüremeyen veya devlet destekli olmayan ilaçları satın alamayan ebeveynin üzerine düşeni yapmamaktan ne kadar sorumlu kılınabileceği de düşünülmelidir. Elbette ki, ebeveynlerin çocuğu eğitmek için yapabilecekleri şiddet sınırını da geçmemelidir¹⁶⁸. Öte yandan ebeveynler çocuklarına olgunlukları ölçüsünde ve önemli konularda hayatlarını düzenleme hakkı da tanınmalıdır. Oysa ki çocuklara hayatlarını düzenleme hakkı tanırken üçüncü şahısları riske atmamak her zaman kolay olmayabilir. Örneğin, çocuğuna bisiklet sürmesi için izin veren ebeveynin¹⁶⁹ çocuğunun yol

¹⁶⁷ Bkz. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/4-642, K. 2004/648, T. 8.12.2004. Kazancı veri tabanı.

¹⁶⁸ Velinin kanunun verdiği yetkiyi kullandığına ilişkin savının, çocuk menfaatinin sınırlarının aşılp aşılmadığı ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. İsmail Dede, “Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini”, Oniki Levha, 2019, s. 88. İnsan Hakları İzleme Örgütü’nün (HRW) yayımladığı raporda, içlerinde Türkiye’nin de bulunduğu 60 ülkede yüz binlerce kişinin ruh sağlığı sorunları nedeniyle zincire vurulmuş halde yaşadığının ortaya konulduğuna, ailelerin ruh sağlığı sorunlarına dair bilinçlenmemiş ya da bu meselelerle ilgili destek arayışında olmadığına, bakım merkezlerinin tıbbi yardıma muhtaç bu insanları zincirleyip aç bıraktığına dair bkz. Independent, <https://www.indyturk.com/tags/hrw>.

¹⁶⁹ Turner v. Bucher davasında Louisiana Yüksek Mahkemesi’nin, altı yaşındaki Gregory Bucher’ın bir şehir kaldırımında sürdüğü bisikletle arkadan çarparak yaraladığı Mrs. Turner’ın tazminat talebini, çocuğun denetimi konusunda ebeveynlerin ihmalkâr olmadığı konusunda hemfikir olmasına

açtığı bisiklet kazasında “*alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini*”, çocuğuna frenleri sağlam bir bisiklet almış olması, bisikleti bisiklet yolunda kullandırması ve çocuğun uzun süredir bisiklet kullandığı halde böyle bir kazaya yol açmaması ile kanıtlamış kabul edilip edilmeyeceği uyuşmazlığa bakan hakimin takdirine kalacaktır.

Çocukların başkalarına vermiş oldukları zararlar sebebi ile kendi malvarlıkları ile de sorumlu oldukları dikkate alınır, bu zararı kendi malından tazmin etmek zorunda kalan çocuğun, ileride örneğin tek başına bisiklet kullanması için izin veren ebeveynlerinden velayet hakkının özenle kullanılmadıklarından bahisle ödediği tazminatı rücu etmek istemesi ihtimalinin de ebeveynin sorumluluğunu arttırdığı kanaatindeyiz.

Ev başkanının sorumluluğunun arkasında kendisini kontrol edemeyecek insanların başkalarına verecekleri zararı, onlar üzerinde kontrol sağlayarak azaltma veya ortadan kaldırma düşüncesi yatar. Bu aynı zamanda, hukuken sorumlu olmayacak kişileri kullanarak zarar vermenin önüne de geçer. “*Bu sorumluluk, ev başkanının sosyal yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, ev başkanı otoritesi altında bulunan küçüğü, kısıtlıyı, akıl hastası ve akıl zayıfı olan kişileri gözetim altında bulundurma ve onların toplum yaşamına problemsiz bir şekilde katılmalarını sağlamakla yükümlüdür. Burada, ev başkanı hâkimiyet alanı içinde bulunan kişiler üzerine denetleme ve gözetim imkânı olduğundan zararlı sonucun meydana gelmesini engelleyebilmektedir*”¹⁷⁰. Öte yandan bu sorumluluk ebeveynler açısından büyük bir çıkmaz doğurabilir. Zira saldırgan eğilimli, düşüncesiz ve sorumsuz tavırlar sergileyen çocukların eğitimi ebeveynlerin eğitim seviyelerini, parasal güçlerini ve farkındalıklarını aşıyor olabilir. Örneğin, çocukların çoğunun ebeveynlerinden çok daha iyi bilgisayar kullanıcısı olduğu nazara alındığında çocuğun yol açtığı bilişim ihlallerinden sorumlu ebeveyn¹⁷¹ “*alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini*” kanıtlamayacaktır. Bu yüzden okullardaki rehberlik hizmetlerinin yanı sıra çocuk rehabilitasyon merkezlerinin de genişletilmesinin ve bunlara parasız erişiminin sağlanmasının oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz.

rağmen kabul ettiğine dair bkz. Charles A. Marvin, “Discerning the Parent’s Liability for the Harm Inflicted by a Nondiscerning Child”, Louisiana Law Review, Cilt 44, No. 5, s. 1214.

¹⁷⁰ Gözetime muhtaç kişinin, kusurlu bir davranışıyla zararın meydana gelmesine sebep olabileceği gibi, kusursuz bir şekilde de zararın meydana gelmesine sebep olabileceğine dair bkz. Rodoslu, s. 881.

¹⁷¹ Bieker davasında izinsiz dosya paylaşan çocuğun ebeveynlerinin bunu yasaklamadığı ve internet filtresi kullanmadıkları için çocuğun fiiline rıza göstermiş kabul edildiklerine dair bkz. Janelle A. Weber, “Don’t Drink, Don’t Smoke, Don’t Download: Parents’ Liability for their Children’s File Sharing” Florida Law Review, Cilt 57, S. 5, s. 1192.

2. Çocuklarının Hukuki İşlemleri Sebebiyle Ebeveyn Sorumluluğu

Ayırt etme gücüne sahip olamayan küçüklerin fiilleri hukuki sonuç doğuramayacağından, (TMK m.15) bunların tarafı oldukları sözleşmelerin hukuken geçersiz olduğuna (TBK m.27) ancak ebeveynlerinin onları temsilen (TMK m.342) ve onların yararına (TBK m.129) nisbi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmasının onların menfaatine olduğuna, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ise, yasal temsilcilerinin rızası ile kendi işlemleriyle borç altına girebildiklerine, bu rızanın çocuk lehine bir kazandırmada bulunulması ve çocuğun şahsına sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmasında aranmayacağına (TMK m.16), çocuğun ana ve babasının rızası aramaksızın bir başkasının temsilcisi sıfatı ile hukuki işlem de yapabileceğine ancak *“önemli bağışlarda bulunmak, kefil olmak ve vakıf kurmak”* (TMK m.449) konusunda çocukların bu işlemleri yapmasına ne ebeveynleri izin verebileceğine ne de bu işlemleri onlar adına yapabileceklerine yukarıda değinmiştik.

Ana ve baba çocuk yararına yaptığı hukuki işlemlerde, sözleşmenin tarafı olup borçtan sorumludur. Örneğin çocuğunu özel bir kursa veya okula yazdıran ebeveyn, çocuğun özel eğitim masraflarını tek başına karşılamak zorundadır¹⁷². Yeter ki *“Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde”* hâkimden *“çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar”* sarf edebilmek için izin almamış olsunlar (TMK m.327). Üçüncü şahısların bu durumda dahi, çocukların mal varlığı üzerinde bir alacak haklarının doğmayacağı, borçtan sözleşmenin tarafı olan ebeveynin sorumlu olacağı kanaatindeyiz¹⁷³. Zira ebeveynin mahkemeden aldığı izin çocuk mallarının sarfı yönünde olup bu izin çocukları doğrudan sözleşmenin tarafı yapmaz. Çocukların zararına yapılacak sözleşmeler ise her durumda hükümsüzdür (TBK m.27). Öte yandan, *“... ebeveynler yaptıkları hukuki işlemle ilgili yeterli donanımına sahip olmamalarına ya da ilgili işlemi maddi veya hukuki imkânsızlık sebebiyle yapamayacak durumda olmaları-na rağmen bir şekilde yaparlarsa artık temsil yetkisinin sınırlarını aştıklarından yetkisiz temsilci olacaklardır”*¹⁷⁴.

¹⁷² “Davacının, 4721 Sayılı Kanun’un 188. maddesine dayanılarak okula kayıt işlemini gerçekleştiren dava dışı eşle birlikte davalıya karşı müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilemez...” Bkz. T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2022/132 K. 2023/100 T. 22.2.2023 Kazancı veri tabanı.

¹⁷³ İvazlı bir üçüncü kişi yararına sözleşmede vadedenden lehtara karşı üstlendiği edime karşı olarak kazandığı alacak hakkını lehtardan talep edileceği kararlaştırılmış ise vaat ettirenin temsil iradesi olduğuna ve bunun için temsil yetkisinin bulunması gerektiğine, fakat karşı edimi yerine getirme borcunu vaat ettiren üstlenmişse ve lehtar yalnızca bir alacak hakkı kazanmışsa tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin söz konusu olduğuna dair bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, Oniki Levha 2020, s. 58.

¹⁷⁴ Bkz. Ayşe Zıyan, “Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili”, Oniki Levha Yayınları 2019.

Çocuk, hukuki işlem ehliyetinin olduğu hallerde sözleşmenin tarafı olarak bir borç altına girdiyse “*ana ve babanın çocuk malları üzerindeki haklarına bakılmaksızın kendi malvarlığı ile sorumludur*” (TMK m.343/2). Bu işlemlerde ana baba, çocuğa kanunen ne müteselsil borçlu ne de kefildir. Ana babanın üçüncü şahıslara karşı sorumluluğu doğmaz. Ancak çocuk ana babasının rızası ile aile adına hukuki işlemlere girmişse borçlu olan çocuk değil onun ana ve babasıdır (TMK m.344). Öte yandan çocuğu ana babaya veya ana baba lehine üçüncü kişiye borçlandıran hukuki işlemler, çocuğa atanmış kayyımın sözleşmede çocuğu temsil etmesine ve hâkimin işlemi onaylamasına bağlı (TMK m.345) aksi halde sözleşme hükümsüzdür ve çocuk aleyhine borç doğurmaz (TBK m.27).

Sınırlı ehliyetsizler grubuna giren, ayırt etme gücüne sahip küçükler “fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış” dahi olsa yapılan işlem yasal temsilcisi izin vermediği sürece geçerli değilse de ayırt etme gücüne sahip küçük, karşı tarafa vermiş olduğu zararı kendi malvarlığından tazmin eder (TMK m.452/3)¹⁷⁵. Çocuğun bu anlamdaki haksız fiilinin ebeveynin ev başkanı sıfatıyla sorumluluğuna da yol açabileceği kanaatindeyiz.

3. Çocuklarının Sebepsiz Zenginleşmeleri Sebebiyle Ebeveyn Sorumluluğu

Sebepsiz zenginleşme fiili bir durum olup çocuğun fiil ehliyetine bağlı olarak doğmaz. Başka bir ifade ile fiil ehliyeti olmayan çocuk da sebepsiz zenginleşebilir. Ana ve baba çocuklarının kanuni temsilcisi olarak zenginleşmenin iadesi ile yükümlüdür. Örneğin; açılan soybağının reddi davasında ananın ve gerçekte baba olan kişinin çocuk sebebiyle yapılan masrafları kocaya iadesi gerekecektir¹⁷⁶. Aynı şekilde eğer açılan babalık davasında babalık olasılığının kuvvetli olmasından ötürü çocuk lehine geçici önlem niteliğinde nafaka bağlanmış olup sonrasında hükümde babalık sabit görülmemiş ise o zamana kadar ödenmiş olan nafaka da aynı şekilde sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak iade edilecektir¹⁷⁷. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, hukuki işlem ehliyetlerini ebeveynlerinin rızası ile kullanabileceklerinden (TMK m.16) bu rızanın verilmemesi halinde almış olduklarını da sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade etme yükümlülükleri doğacaktır (TMK m.452)¹⁷⁸.

Kural olarak “*sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlü*” (TBK m.79/1) ise de “*zenginleşen, zenginleşmeyi iyiniyetli olmaksızın elden*

¹⁷⁵ Bkz. Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, s. 334.

¹⁷⁶ Bkz. YHGK, 2019/4-85 E., 2019/314, K. 19.3.2019 T., Kazancı veri tabanı.

¹⁷⁷ Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, s. 334-335.

¹⁷⁸ Bkz. Rona Serozan, “Kişiler Hukuku”, Yayına Hazırlayanlar B. İlkey Engin, Yeşim M. Atamer, Oniki Levha, 2022, s. 453.

çıkarmışsa veya elden çıkarırken ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gerekiyorsa, zenginleşmenin tamamını geri vermekle yükümlüdür” (TBK m.79/2). Kısıtlının kıyasen küçüğün iade yükümlülüğünü düzenleyen TMK m.452’de de vesayet altındaki kişinin sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımında ayırt etme gücüne sahip küçüklerin sözleşmeye bizzat taraf olmaları halinde iyiniyeti aranacak olan bizzat küçüklerdir. Ebeveynlerinin çocuklarını temsilen taraf oldukları sözleşmelerde ise iyiniyet ebeveynlerde aranacak olup kötünietli olmalarının hukuki sonuçları çocuklarını da bağlayacaktır (TBK m.40)¹⁷⁹.

Öte yandan zenginleşen iyiniyetli ve kötünietli olmasına göre değişen koşullarda eşya için yaptığı birtakım masrafları eşyayı iade ettiği kişiden talep edebilecektir (TBK m.80). “Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar” (TBK m.82/1). İade yükümlülüğü olan çocuğun da ebeveyninin kötü niyetli tasarruflarından, talep edebileceği masrafları talep etmemesinden veya zamanaşımı definisi ileri sürmemesi gibi davada yol açtığı usuli hatalardan doğan tüm zararlar sebebiyle ebeveynine rücu edebileceği kanaatindeyiz. Zira, ebeveynin açılan davada çocuğun çıkarları yönünde vekil yükümlülüğü ve sorumluluğu ile hareket etmesi gerekmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ana baba olma kararı insanın hayatı boyunca verebileceği belki de en önemli karardır. Bir yandan dünyaya getirilen veya evlat edinilen çocuğa rol model olmanın sorumluluğunu taşımayı, öte yandan kendi hayatından ve özgürlüğünden hiç kimse için verilmeyen tavizleri vermeyi gerektirir. Oysa ki bu kararlar, soyu devam ettirme iç güdüsünün ya da ana baba olunan yaşların deneyimsizliği gereği çok da üzerinde düşünülmeden alınabilmektedir. Bazen çocuklar öncesinde alınmış bir karar olmaksızın da dünyaya gelirler. Ana baba olmak, kişiye toplumsal, ahlaki, kültürel, inançsal ve yasal birtakım roller ve sorumluluklar yükler. Bunların içinde belki de en son düşünülen ve hatta hiç düşünülmeyen ana baba olmakla kazanılacak hukuksal statü ve bu statünün kişiye yüklediği hukuksal sorumluluklardır.

¹⁷⁹ Temsilcinin bildiği ya da bilmesi gereken olgular, bilgide temsil yoluyla temsil olunana isnat edilmesine dair bkz. A. Hulki Cihan, “Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri”, Hacettepe HFD, 6(2) 2016, s. 173.

Ebeveyn olmak kişiyi sadece çocuğuna karşı değil çocuğu sebebi ile üçüncü kişilere karşı da sorumlu kılar. Çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren menfaatleri korunmaya başlanan müstakbel bir hak süjesidir. Medeni Kanunumuzda her ne kadar ceninin mal varlığı sair hükümlerle korunuyorsa da kişi varlığını koruyan özel hükümlere yer verilmemiştir. Bununla beraber sağ olarak dünyaya gelen kişinin cenin halindeyken maruz kaldığı zararlar sebebiyle Borçlar Kanunu genel hükümlerince korunmasına bir engel olmadığı ve hatta bu korumanın ana ve babaya karşı da olabileceği kanaatindeyiz.

Medeni Kanun'da çocuğun velayet altında olduğu süreç içerisinde kişi varlığının korunması ile ilgili ana ve babanın hak ve yükümlülükleri ve bunların ihlal edilmemesi için alınacak tedbirler ile son çare olarak velayetin kaldırılması düzenlenmiştir. Çocuğun mal varlığı da özel hükümlerle korunmuştur. Kanunda ebeveynin velayet yükümlülüğünü yerine getirilmemesinden doğan hukuki sorumluluğu, zarar çocuğun mal varlıklarına yönelik olmadığı sürece konu edilmemiştir. Oysa ki ana ve babanın velayet sorumluluğunu kötüye kullanması veya ihmali sadece cezai yaptırımlarla karşılık bulmamalı verilen zararın genel hükümlere dayanılarak tazmini yoluna da gidilmelidir. Bu sorumluluk küçüğe olduğu kadar üzerinde ana babanın bakım yükümlülüğü olan ergin çocuklara karşı da doğmalıdır.

Ebeveynlerin çocuğun zararlı eylemleri sebebi ile üçüncü şahıslara karşı haksız fiil sorumluluğu, “ev başkanı sıfatını” taşıdığı sürece doğacaktır. Ebeveynin çocuğa velayeten yaptığı hukuki işlemler ve çocuğun sebepsiz zenginleşmesi sebebiyle de onun “yasal temsilcisi” sıfatıyla üçüncü şahıslara karşı yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri vardır.

Çocukların sağlıklı ortamlarda hak ettikleri imkân ve özen ile yetiştirilmeleri önemlidir. Bununla birlikte çocuğun kendisine ve çevresine verebileceği zararlar sadece anne babasının ona sunup sunmadıklarından değil çocuğun kendi doğasından da kaynaklanabilir. Nitekim aynı evin içinde eşit koşullar altında büyümüş ikiz kardeşler arasında bile mizaç farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Ana babaların eğitim durumları, ekonomik, sosyal veya fiziksel güçleri mizaçlarına göre her çocuğun yönlendirilmesine yeterli olmayabilir. Bu sebeplerle çocuk rehabilitasyon merkezlerinin genişletilmesi ve bunlara parasız erişimin sağlanması ana babaların üzerindeki yükleri hafifletebilecek ve toplum refahına hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

Makaleler

- AĞAOĞLU, Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı An-neden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu” Public and Pri-vate International Law Bulletin, 2020, 40.1.
- AĞIR, Hasan Burak/AKBAY, Cuma, “Tüketicilerin Fast Food Tüketim Sıklığını Etkile-yen Faktörlerin Analizi”, Tekirdağ Ziraat Fakültesi Dergisi, 2021, 18.3: 436-445.
- AKYÜZ, Emine, “Medeni Kanun’a Göre Çocuğun Ana-Babasına Karşı Korunması” Sos-yal Politika Çalışmaları Dergisi, 1991, 2.2.
- ALBAYRAK, Süleyman, “Çocuğun Serbest Malları” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 26.2: 443-471.
- ALMIŞ, Behice Han/GÜMÜŞTAŞ/Funda, KÜTÜK/Emel Koyuncu, “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Kadın ve Çocukların Ruh Sağlığına Etkileri”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar, 2020, 12.2: 232-242.
- APAYDIN, Eylem, “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 9.1: 445-476.
- ASLAN, Kemale Leyla / GÜLER, Ahmet Alper, “Vekilin Özen Yükümlülüğü ve Basiretli Vekil Kavramı” Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 6 Sayı 1- Haziran 2020 (51-72).
- ATASAY, Begüm/ARSAN, Saadet, “Anne ve Yenidoğan Hakları Barselona Deklarasyo-nu”, Sted, 2001, 10.12: 457-459.
- ATATANIR, Hicran, “Türkiye’de Çocukların Eğitim Hakkı”, Disiplinlerarası Çocuk Hak-ları Araştırmaları Dergisi, 2023, 3.5: 50-63.
- ATEŞ, Derya, “İsviçre Hukukundaki Gelişmeler Işığında Ana Babanın Ergin Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü”, TAAD, Yıl: 12, Sayı: 47 (Tem-muz 2021).
- AVCI, Kerem/AKMAN, Berrin, “Küçük Çocukların Ev Aritmetik Ortamlarının İncelen-mesi”, Yaşadıkça Eğitim, 2024, 38.1: 199-216.
- AVCI, Neslihan/AKAR GENÇER, Arzu, “Ebeveynlerin Gözünden Çocuğun Kendi Yaşa-mına Katılma Hakkı”, Journal of International Social Research, 2017, 10.53.
- AYDOĞAN, Yasemin, “Ev Ortamının Çocuğun Gelişimine Göre Düzenlenmesi”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 2006, 10.10.
- AYDOS, Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlat Edinme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, 4.2.
- BAHADIR, Zeynep, “BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Çerçevesinde Medenî Usul Hukuku Bakımından Çocuğun Katılım Hakkı”, Adalet Dergisi, Yıl 2023, Sayı: 70, 213- 254, 19.04.2023.
- BAYGIN, Cem/DOĞAN, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9.1-2: 379-427.

- BEAL, Ron, "Can I Sue Mommy-an Analysis of a Woman's Tort Liability for Prenatal Injuries to Her Child Born Alive", San Diego L. Rev., 1983, 21: 325.
- BERKİ, Şakir, "Türk Medeni Kanunu'nda Rüşd", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1966, 22.1: 239-260.
- BİLGİÇ, Didem Erten/ÇİFTÇİ, Süphan Kaan, "Türkiye Kentleşmesinin Sonucu Olan Toplu Konutlarda Çocuk Odası Tasarımı ve İşlevsellik", Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 2020, 7.7: 25-42.
- BORAN, Perran/GÖKÇAY, Gülbin/DEVECİOĞLU, Esra/EREN, Tijen, "Çocuk Gelinler" Marmara Medical Journal, 2013, 26(2), 58-62.
- BOWDEN, Catherine E, "Is the Unequal Treatment of Maternal and Paternal Liability Under the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 Justified?", Medical Law Review, 2022, 30.3: 457-478.
- BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren Özcan, "Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararının Tazmini", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 9.1: 275-302.
- CAVANAUGH, Karen/POLLACK, Daniel, "Liability Protections for Foster Parents", Kan. JL & Pub. Pol'y, 1996, 6: 78.
- CİHAN, A. Hulki, "Temsilci Bakımından İrade Sakatlıklarının Özellikleri", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 6.2: 169-180.
- COHEN, I. Glenn, "Intentional Diminishment, The Non-Identity Problem, And Legal Liability", Hastings LJ, 2008, 60: 347.
- ÇELEBİ, Özge, "Kadının Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuğuna Soyadını Verme Hakkı'nın Bireysel Başvuru Işığında Değerlendirilmesi", Journal of Sustainable Equity and Social Research, 2025, 2.1: 69-81.
- ÇELİK, Yeşim, "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2017, 32: 391-410.
- ÇEVİK, Seda Öktem, "Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22.3: 2105-2130.
- ÇINAR, Ömer, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", Journal of Istanbul University Law Faculty, 2013, 71.1: 1355-1363.
- ÇİFTÇİ, Elif Gökçearslan, "İnsan Davranışı ve Sosyal Çevre I. Çocukluk Tarihi", Atatürk Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayınları.
- DAĞ, Enes, "Philippa Foot'un Çifte Etki Doktrini ve 'Tramvay Problemi': Uygulamalı Etik Açısından 'Ahlaki İkilemler' ve Failin Karar Verme Sorunu", Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 60: 243-257.
- DEĞİRMENCİOĞLU, Burcu, "Uluslararası İnsan Hakları Metinleri Işığında Çocukların Yeterli Gıdaya Erişim Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 2024, 82.1: 41-79.

- DEMİR, Remzi, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 9.2: 271-303.
- DEMİRİSOY, Nilüfer, “Osmanlıdan Günümüze Babanın Fetüs Üzerindeki Hakkının Değerlendirilmesi”, Jinekoloji-Obstetrik ve Neonatoloji Tıp Dergisi, 2018, 15.2: 80-86.
- DÖNMEZ, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı 2, 2007.
- DÜZGÜN, Şükrü, “Eğitim Sürecinde Ana-Babaların Çocuklarına Olan Etkileri” Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, 8.2: 225-238.
- EKŞİ, Behice, “Evliliğe Hazırlık Aşamasındaki Karı-Koca Adaylarının Evlilik ve Anne-Baba Olma Üzerine Düşünceleri”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, 2005, 8.8.
- ERKAN, Vehbi Umut, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları”, AÜHFD, 62 (2) 2013: 441-472.
- ERLÜLE, Fulya, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması” MÜHF- HAD, C 16. S. 1-2.
- ERNEST III, George Davis, “Joint Custody and Parents’ Liability Under Civil Code Article 2318”, La. L. Rev., 1983, 44: 1791.
- EROL, Yasemin, “Yapay Döllenne Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik”, Yetkin Yayınları, 2012.
- ERTAŞ, Şeref, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 9: 391-398.
- FENTIMAN, Linda C., “Are Mothers Hazardous to Their Children’s Health: Law, Culture, and the Framing of Risk”, Va. J. Soc. Pol’y & L., 2014, 21: 295.
- FİDAN, Özlem Sarı, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”, Adalet Dergisi, 70: 121-143.
- GARDIANOS, Vanessa, “Adolescent Suicide: A Call for Parental Liability”, John’s J. Legal Comment., 2009, 24: 201.
- GİRGİN, Ömer Ali/GÖNAL, Seray, “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2020, 44: 99-128.
- GÜÇLÜ, Sevinç, “Çocukluk ve Çocukluğun Sosyolojisi Bağlamında Çocuk Hakları”, Sosyoloji Dergisi, 2016, 102: 1-22.
- GÜLTEKİN, Esra, “Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü”, Çocuk ve Medeniyet, 2018, 3.5: 103-143.
- GÜRER, Hülya Atlan, “Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2024, 82.1: 77-103.
- GÜVENÇ, Selvi Nazlı, “Boşanmada Ortak (Birlikte) Velâyetin Uygulanabilirliği”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 6.2: 600-612.

- HAMILTON, Reid H, "Defining the Parent's Duty after Rejection of Parent-Child Immunity: Parental Liability for Emotional Injury to Abandoned Children", 33 Vand. L. Rev. 1980, 775.
- HENNING, Kristin, "It Takes a Lawyer to Raise A Child: Allocating Responsibilities Among Parents, Children, And Lawyers in Delinquency Cases", Nev. LJ, 2005, 6: 836.
- İLTAS, Yiğit, "Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı", Ethics, 1995, 21.6: 345-349.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit/ERSÖZ, Ergin Oğuz, "Kısıtlıya Ana veya Babanın Veli Atanmasının Hukuki Sonuçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2018, 11: 169-215.
- KARADOĞAN, Umut C., "Çocuk ve Çocukluk Kavramının Tarihsel Süreçte Değerlendirilmesi", Çocuk ve Medeniyet, 2019, 4.7: 195-226.
- KARASAÇ, Eda Gülsüm, "Ceninin Yaşama Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, 71.3: 1051-1097.
- KARTAL Dilşah Buşra, "Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, s. 605-636.
- KELEŞ, Dilek, "Nafaka Veren Erkeklerin 'Nafaka Mağduru' Söylemine 'Yoksulluğun Kadınlaşması Olgusu Üzerinden Bakmak" Mülkiye Dergisi, 47(6).
- KESKİN, Dilşad, "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, 15.4: 65-83.
- KESKİN, Dilşad, "Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi" Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 17.2: 743-774.
- KESKİN, Dilşad, "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velayet Hakkı (Uzatılmış Velayet)", ERÜHFD, C. IX, S. 2, (2014), s. 27-60.
- KILIÇOĞLU, Evren, "Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda "Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması-Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2010, 16.3-4: 279-307.
- KIZIROĞLU, Serap Keskin, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 19.2: 165-190.
- KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka "Children, Parents, Parental Responsibility and the Civil Liability of Other People", The Lawyer Quarterly, 2019, 9.2.
- KULAKSIZOĞLU, Adnan/AYDIN, Oktay/BILGIN, Hülya, "Çocuklar İçin Uygun Yaşama Ortamları", Marmara Üniversitesi Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, 1996, 8.8: 135-143.
- KURT, Leyla Müjde, "Ceninin Malvarlığı Hakları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, 2.1: 177-209.

- LETTUNICH, Martin N., “Does Parental Liability for Legal Fees Infringe Upon a Juvenile’s Constitutional Rights”, Santa Clara Lawyer, 1969, 10: 347.
- MARAŞLI, Müge / SÜHENDAN, Er / YILMAZTÜRK, Nergis Hazal / ÇOK, Figen “Parents’ Shares on Social Networking Sites About their Children: Sharenting”, Anthropologist, 24(2): 399-406 (2016).
- MARVIN, Charles A., “Discerning the Parent’s Liability for the Harm Inflicted by a Nondiscerning Child”, La. L. Rev., 1983, 44: 1213.
- MUKBA, Gamze/AKGÜN, Gülşah Ezgican/YAYLA, Ahmet, “Aile Aidietine Çok Yönlü Bakış”, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2023, 60: 29-43.
- ÖZBAY, İbrahim/NAR, Şerife Aksan, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanınmanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14.3-4: 187-226.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 57.3: 561-598.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, 17.3: 81-106.
- ÖZLÜK, Betül, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 27.1: 139-166.
- PANKO, Linda J., “Legal Backlash: The Expanding Liability of Women Who Fail to Protect Their Children From Their Male Partner’s Abuse”, Hastings Women’s LJ, 1995, 6: 67.
- PINAR, Şeyma/DOĞAN, Aysel Kökcü, “Yeni Çocuk Sahibi Olmuş Ebeveynlerin Anne Baba Rolüne Hazır Olma Durumu ile Sosyodemografik Özelliklerinin Karşılaştırılması”, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 2020, 29.4: 255-266.
- RODOSLU, Emine Koçano, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 63.4: 879-900.
- RODOSLU, Emine Koçano, “Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Hukukî Tartışmalar ve Yargı Uygulaması”, ISPEC 5th International Conference on Social Sciences & Humanities, November 13-15, 2020.
- SAĞLAM, Mehmet/ULUTAŞ, Ayşegül/ÇALIŞKAN, Zekeriya, “Bebeklik Döneminde Çocuk Hakları”, Hacettepe University Faculty of Health Sciences Journal, 2015.
- SAKMAN, Ezgi, “Gönüllü Çocuksuzluk: Çocuk Sahibi Olmama Kararının Altında Yatan Faktörler ve Karşılaşılan Tepkiler Hakkında Bir Derleme”, Psikoloji Çalışmaları, 2021, 41.1: 83-109.
- SAYAR, Tansu / ÖZTÜRK, Yasemin Kılıç, “Türkiye’de Uygulanan Kürtajda Eşin Rızasını Alma Zorunluluğu ve Amerikan Yargısından Bir Örnek: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania V. Casey Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, 2018.

- SERT, Selin, “Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2014, 5.16.
- SMITH, George P., “Fetal Abuse. Culpable Behavior by Pregnant Women or Parental Immunity”, JL & Health, 1988, 3: 223.
- SMOLENSKY, Kirsten Rabe, “Creating Children With Disabilities: Parental Tort Liability for Preimplantation Genetic Interventions”, Hastings LJ, 2008, 60: 299.
- ŞENTÜRK, Ekin, “Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükümünün Sonuçları”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27.2: 351-391.
- TACİR, Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 19.2: 1301-1320.
- TANER, Yasemin/GÖKLER, Bahar, “Çocuk İstismarı ve İhmali: Psikiyatrik Yönleri”, Acta Medica, 2004, 35.2: 82-86.
- TARMAN, Zeynep Derya/ÖNAY, Işık, “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, 60.2: 331-366.
- TAŞTEKİN, Sinem, “Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6 (2), Güz 2019.
- TURGUT, Cemile/IŞIK, Göksu, “Türk Medeni Kanunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 4.7: 221-240.
- TURGUT, Cemile, “Türk Medeni Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHM Kararları Işığında Velayet Altındaki Çocuğun Eğitim Hakkı” Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, Eylül 2017, 23-31.
- UĞUR, Zeynep B, “Çocuk Sahibi Olmak İnsanları Mutlu Ediyor Mu? Türkiye’den Bulgular”, Nüfusbilim Dergisi, 2018, 40: 83-104.
- UMUT, Erkan Vehbi/İPEK, Yücer, “Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Türkiye’ye Armağan Projesi, 2011, 60.3: 485-522.
- UNGAR, Michael, “Overprotective Parenting: Helping Parents Provide Children the Right Amount of Risk and Responsibility”, The American Journal of Family Therapy, 2009, 37.3: 258-271.
- VERWEIJ-HOOGENDIJK, J. H. G., “Liability of Parents Due to Actions Which Endanger Their Children”, European Review of Private Law, 2021, 29.3.
- WEBER, Janelle A., “Don’t Drink, Don’t Smoke, Don’t Download: Parents’ Liability for Their Children’s File Sharing”, Fla. L. Rev., 2005, 57: 1163.
- ZORLU, Süleyman/ZORLU, Süheyla, “Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 21(2), 1851-1873.

Kitaplar

- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya. Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku. Beta, 2024.
- AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya. Kişiler Hukuku. Beta, 2024.
- ANTALYA, O. Gökhan. Miras Hukuku, Vekat Kitapçılık, 2009.

- AYDOĞDU, Murat. Evlat Edinme, Adalet, 2010.
- BAYGIN, Cem. Soybağı Hukuku. Oniki Levha, 2010.
- CANER, Ayşenur Şahin. Medeni Hukuk I, Editörler Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Adalet, 2024.
- CEYLAN, Selda Güneş. Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku. Yetkin Yayınları, 2004.
- COŞKUN, Nazlı Hilal. Velayete Hâkim Olan İlkelerin Ortak Velayete Uygulanması. Aristo, 2023.
- ÇETİNER, Selma Baktır. Velayet Hukuku. Yetkin Yayınları, 2000.
- DEDE, İsmail. Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini. Oniki Levha Yayınları, 2019.
- DOĞRAMACI, Hayriye Şen. Medeni Hukuk-I, Editörler: Metin İkizler/Özlem Tüzüner, Adalet 2024.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, 2024.
- ERDEM, Mehmet / BAŞAK, Aslı Makaracı. Aile Hukuku. Seçkin, 2024.
- EREN, Fikret “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Legem, 2024.
- EROL, Yasemin. Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşiyıcı Annelik. Yetkin Yayınları, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin. Aile Hukuku, Oniki Levha Yayınları, 2023.
- HELVACI, Serap. Gerçek Kişiler. Legal Yayınları, 2023.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan. Miras Hukuku, İleri Yayınları, 2012.
- KONURALP, Ayşen Çilenti. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme. Oniki Levha Yayınları, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. Aile Hukuku, Turhan, 2024.
- KUTOĞLU, Tuba. Üvey Ailede Hukuki İlişkiler. Seçkin Yayınları, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / ÖZDEMİR, Saibe Oktay. Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, 2024.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa. Aile Hukuku. Editörler Şebnem Akipek Öcal /Hayrunnisa Özdemir. Seçkin, 2024.
- ÖZTAN, Bilge. Kişiler Hukuku. Yetkin Yayınları, 2021.
- ÖZTAN, Bilge. Aile Hukuku. Turhan Kitapevi, 2004.
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, Yetkin Yayınları, 2023.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNÖK, R. Murat. Pratik ve Teorik Ceza Özel Hukuku”. Seçkin, 2024.
- SEROZAN, Rona. Kişiler Hukuku, Yayına Hazırlayanlar B. İlkay Engin, Yeşim M. Atamer, Oniki Levha 2022.
- SEROZAN, Rona. Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2005.
- ŞENOL, Hatice Kübra Ercoşkun. Aile Hukuku, Editörler: Şebnem Akipek Öcal/Hayrunnisa Özdemir, Seçkin, 2024.

YILMAZ, Süleyman. Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, 2023.

YÜKSEL, Serra Reyhani. Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları. Legal Yayınları, 2020.

ZİYAN, Ayşe. Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili. Oniki Levha Yayınları, 2019.

Elektronik Kaynaklar

www.resmigazete.gov.tr.

<https://sozluk.gov.tr>.

Kazancı veri tabanı.

Corpus veri tabanı.

Gazete haberleri (Indepedent Türkçe).

Anadolu Ajansı.

<https://endviolenceagainstchildrenconference.org/>.

***On-Chain BTC* Transferinin Milletlerarası Karakterinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi^(*)**

Examination of International Element of BTC Transactions Under Turkish Act no. 5718 on International Private and Procedural Law

Av. Gökçe KELAHMET^(**)

Öz:

BTC, Bitcoin blok zincirinde üretilen ve yeni çağın dijital parası da olarak tanımlanan ilk kripto paradır. *BTC*'nin altında yatan blok zinciri teknolojisi, *BTC*'nin ağda üretilmesine ve dijital *BTC* cüzdanlarında muhafaza edilip dünyanın farklı yerlerinde olan bu cüzdanlar vasıtasıyla ağda işleme konu edilmesine imkân sağlamaktadır. Dağıtık kayıt defterinin, dolayısıyla blok zinciri teknolojsinin herkese açık bir yapıya sahip olması, *Bitcoin* blok zincirine dünyanın herhangi bir yerinden isteyen herkesin ağa katılmasına imkân vermektedir.

Aynı şekilde bu yapı, madencilik ile ağda *BTC* üretilmesinde; ağda yapılan *BTC* işlemlerinin ağda önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde üzerinde mutabakata varılıp onaylanmasında ve işlemin ağa yeni bir blok olarak eklenerek zincirin oluşturulmasında kullanıcılarına yetki vermektedir. Ağın işleyişi, farklı ülkelerde bulunan kullanıcılar tarafından eşler arası bir ağda, herhangi bir merkezi/aracı kurumun ve herhangi bir devletin kontrolünden bağımsız olarak yürütülmektedir.

Milletlerarası özel hukuk perspektifinden bakıldığında, *Bitcoin* blok zincirinin teknik özellikleri, özellikle herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcısı olmaksızın iki kullanıcı arasında *on-chain* olarak yapılan *BTC* transferinin belirli bir yargı yetkisi alanı içerisinde tanımlanmasını zorlaştırmakta ve işlemlere sınır ötesi bir nitelik kazandırmaktadır. Dolayısıyla, *Bitcoin* blok zinciri ağının geleneksel ulusal sınırları tanımayan sınır ötesi doğası *on-chain BTC* transferlerinin nasıl ve ne koşulda milletlerarası niteliğe haiz olarak değerlendirileceği sorusunu da gündeme getirmiştir.

Anahtar Kelimeler:

BTC, Yabancılık Unsuru, *Bitcoin* Blok Zinciri, Milletlerarası Özel Hukuk, *Kripto Paralar*.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 01.11.2024 - Makale Kabul Tarihi: 13.01.2025

^(**) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: gokce.kelahmet@mids.ch,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3242-5161>.

Abstract:

BTC, produced on the Bitcoin blockchain and defined as the digital currency of the new era, is the first cryptocurrency. The blockchain technology, as the technology underlying BTC allows for its generation on the network, its storage in digital BTC wallets, and its transaction via these wallets, which are located in various parts of the world. Due to the nature of distributed ledger technology (DLT) and public blockchain technology, it enables anyone from anywhere in the world to participate in the Bitcoin blockchain network.

The decentralized and distributed network structure grants users the authority to generate BTC through mining, to reach consensus on BTC transactions according to predefined network rules, and to add transactions as new blocks to the chain, thus creating the blockchain. The network's operations are conducted by users located in different countries through a peer-to-peer (P2P) network and are independent of any central authority, intermediary institution, or control by any state.

From a private international law perspective, the technical characteristics of the Bitcoin blockchain, particularly BTC transfers conducted on-chain between two users without any cryptocurrency service provider, make it difficult to define such transactions within a specific jurisdiction and grant them a cross-border nature. Therefore, the cross-border nature of the Bitcoin blockchain network, which does not recognize traditional national borders, has raised the question of how and under what circumstances on-chain BTC transfers should be considered international.

Keywords:

BTC, Foreign Element, Bitcoin Blockchain, Private International Law, Cryptocurrencies.

GİRİŞ

Ekim 2024 itibariyle 9.842'den fazla kripto para işlem görmektedir. Global kripto para piyasası değeri ise neredeyse 2.33 Trilyon Amerikan dolarını aşmıştır¹. İlk olması dolayısıyla *BTC*² *kripto varlık (crypto asset)*³ ekosisteminde en çok bilinen ve varlık gösteren kripto paradır ve pazar payı %50'nin üzerindedir. *BTC*, Nakamoto tarafından "*Bitcoin: Eşten Eşe elektronik Nakit Ödeme Sistemi*" başlığıyla 2008 yılında yayınlanan makalede blok zinciri teknolojisinin değer transferini mümkün kılan ilk örneği olarak bizlere tanıtılmıştır⁴.

¹ COINMARKETCAP, Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap, (<https://coinmarketcap.com>, erişim: 23.10.2024).

² *BTC*, *Bitcoin* blok zincirinde üretilen kripto para birimi olduğundan, bu çalışma içerisinde *BTC* kısaltmasının kullanılması kripto para birimi olarak *Bitcoin*'den bahsedilmesi olarak anlaşılmalıdır.

³ Türk hukukunda "kripto varlık" kavramının tanımlanması iki farklı yasal düzenlemede yapılmıştır. İlk olarak 16 Nisan 2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m.3(1)'de kripto varlıklar "[...] dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar [...]" olarak tanımlanmıştır. 02 Temmuz 2024 tarihli ve 32590 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7518 sayılı SPK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişik 6362 sayılı SPK m.3(z)(bb) kapsamında ise "[...]Dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar[...]" olarak tanımlanmıştır.

⁴ NAKAMOTO, Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008, (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, erişim: 14.06.2020).

Blok zinciri teknolojisi, klasik anlamda internet aracılığı ile paylaşılan bilgi ve verilerin⁵ haricinde değer yüklediğimiz varlıkları da transfer etmemizi sağlayan merkeziyetsiz (*decentralized*) ve dağıtık kayıt defteri (*distributed ledger*) olarak tanımlanmaktadır⁶. Dağıtık bir veri tabanı olan blok zinciri teknolojisi, temelini oluşturduğu kripto varlıklar, finansal kayıtlar ve akıllı sözleşmeler⁷ ile el verdiği akıllı mülkiyet⁸ konsepti sebebiyle ilk defa devletlerin para, bankaların finansal işlemler⁹ ve noterlerin taşınmaz satımlarında ellerinde bulundurdıkları hiyerarşik ve merkezi gücü etkilemiş ve ezberleri bozmuştur¹⁰.

BTC ve dolayısıyla *Bitcoin* blok zinciri, küresel ağ¹¹ olan blok zinciri teknolojinin değer paylaşımını mümkün kılan ilk uygulama örneği olmuştur¹². Öyle ki, zaten her kripto paranın kendine ait bir blok zinciri olduğunu söylemek pek de

⁵ Veri (data): "Bilgisayar ortamında bulunan bilgilerin, programlar tarafından işlenebilmesini sağlamak amacı ile derlenmiş ve formüle edilmiş şekline veri denir.", IENSTITU, Veri Nedir? Veri Tabanı Nedir? 03.01.2020, (<https://www.ienstitu.com/blog/veri-nedir>, erişim: 01.04.2021).

⁶ DOĞANTEKİN, Serkan, Yeni Sihirli Kelime: Blockchain, 04.10.2016, s. 2, (<https://medium.com>, erişim: 20.07.2020).

⁷ Blok zincirinde yer alan akıllı sözleşmeler, blok zincirinin dağıtık (*distributed*) ve âdem-i merkeziyetçi (*decentralized*) ağ yapısında önceden belirlenmiş ve ağdaki tüm katılımcılar tarafından ağı katılmalarıyla uygun bir şekilde kabul ve ifa edilmesi gereken dijital şartlar içeren bilgisayar yazılımı olarak tanımlanabilir. ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 40-41; KAPANCI, Berk, "Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: "Sanal Para" Değerleri ve "Akıllı Sözleşmeler" Üzerine Değerlendirmeler", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, 1. Baskı, Ağustos 2020, s. 132.

⁸ Akıllı mülkiyet (*smart property*), malîğin sahipliğinin sözleşmeler kullanılarak *Bitcoin* blok zinciri vasıtası ile kontrol edildiği mülkiyet olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda mülkiyet araba, telefon veya evler üzerindeki fiziki mülkiyet olabileceği gibi, bir bilgisayarı kontrol etmenin hakkına ilişkin de olabilir. BRECKENRIDGE Garrison, Introduction to Smart Property, 26.08.2021, (<https://medium.com>, erişim: 27.10.2024).

⁹ Blok zinciri 2.0'da blok zinciri teknolojisi yapısı itibari ile her türlü veri kümesini taşıyabileceğinden hisse senedi, tahvil, tapu, sigorta sözleşmesi gibi dijital varlık kayıtlarının yönetiminde de uygulama alanı bulmuştur. Blok zinciri 3.0'da teknolojinin, yönetim, sağlık, bilim, kültür ve sanat alanındaki uygulamalarıyla finans, piyasa ve para birimi alanlarındaki uygulamasının da ötesine geçtiği görülmüştür. KRAUS, Daniel, "Introduction", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, ABD, 2019, s.x; SWAN, Melanie, Blockchain: Blue Print for a New Economy, 2015, O'Reilly Media Inc, USA, (https://play.google.com/books/readereen_GB, erişim: 20.10.2024).

¹⁰ MIGNON, Vincent, "Blockchains Perspectives and Challenges", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, ABD, 2019, s. 2.

¹¹ Blok zinciri teknolojisinde ağ (network), "[...] Blok zincirinin bağlı olduğu veri transfer ağını ifade eder.[...]" BLOCKCHAIN TÜRKİYE, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU, Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, s. 10, (<https://bctr.org/dokumanlar>, erişim: 27.10.2024).

¹² WRIGHT, Aaron/DE FLIPPI, Primavera, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, s. 2, (<http://ssrn.com/abstract=2580664>, erişim: 21.10.2024); SERT, Turan, Sorularla Blockchain, Blockchain Türkiye, Türkiye Bilişim Vakfı, s. 49, (<https://bctr.org>, erişim: 12.10.2024); GÜVEN, Vedat/ŞAHİNÖZ, Erkin, Blokzincir-Kripto Paralar - Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, Kronik Kitap, 3. Baskı, Kasım 2018, İstanbul, s. 44; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 18.

yanlış olmayacaktır¹³. Bu bağlamda *BTC*, dağıtık veri tabanı üzerine, daha açık bir ifadeyle dağıtık kayıt defteri teknolojisi (*distributed ledger technology/DLT*) olarak da adlandırılan *Bitcoin* blok zinciri üzerine kurulmuş, ağda üretilen ve işlem gören ve yine bu zincir üzerinde varlığını sürdüren kripto paradır¹⁴. *Bitcoin* blok zincirinin kullandığı dağıtık defter teknolojisi genel (*public/permissionless*) niteliğe haizdir. Genel niteliğe haiz olması sebebiyle isteyen herkesin ağa katılmasına imkân sağlamaktadır ve ağa katılım herhangi bir izne tabi değildir¹⁵.

Bitcoin blok zincirinin dağıtık yapısı zincirde yapılan işlemlerin dünyanın herhangi bir yerinde bulunan ağdaki kullanıcılarda (*nodes*)¹⁶ eşzamanlı olarak kaydedilmesine ve ağda işlem yapabilmelerine olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda, merkezi otoritelerden bağımsız olarak çalışan (merkeziyetsiz/*decentralized*) ve eşler arası ağ (*Peer-to-Peer Network/P2P*) yapısına sahip bu teknoloji küresel erişime açıktır¹⁷. Bunun doğal bir sonucu olarak da dağıtık ağ yapısına sahip blok zinciri temelli *BTC* de geleneksel ulusal sınırları aşan küresel bir yapıya sahiptir.

Milletlerarası özel hukuk perspektifinden bakıldığında, *Bitcoin* blok zincirinin sistemsal ve teknik alt yapısı sınır ötesi doğası, geleneksel milletlerarası özel hukuk analizlerini, örneğin ve özellikle *BTC*'nin *on-chain* transfere¹⁸ konu edildiği işlemlerden kaynaklanan davalar için milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuk meselelerinin analizini, daha da karmaşık bir hale getirecek potansiyele sahiptir¹⁹.

¹³ Öyle ki, "koin" olarak adlandırılan kimi kripto paraların kendisine ait bir blok zinciri yoktur ve halihazırda var olan bir kripto para blok zinciri içerisinde varlıklarını sürdürmektedirler. BLOCKCHAIN TÜRKİYE HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU, s. 11; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 85; COINMARKETCAP, What are Coins?, (<https://coinmarketcap.com/coin>, erişim: 20.10.2024).

¹⁴ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, Gülçin., "Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir, On iki Levha, 1. Baskı, İstanbul, Ağustos 2020, s. 2.

¹⁵ LACITY, Mary, C., "Crypto and Blockchain", Arkansas Law Review, Volume 73, Issue 2, 2020, s. 369-370, (<https://scholarworks.uark.edu>, erişim: 06.01.2025); WRIGHT, Aaron/DE FLIPPI, Primavera, Decentralized Blockchain Teknoloji and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, s. 2, (<http://ssrn.com/abstract=2580664>, erişim: 20.11.2020); GUILLAUME, Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 50; SERT, s. 49; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 44; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 18; BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 2.

¹⁶ Ağdaki her bir bilgisayar "kullanıcı" veya "node" olarak nitelendirilmektedir. BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, Blokzinciri Ağlarında Node Nedir?, 14.05.2024, (<https://bilgiplatformu.btcturk.com>, erişim: 29.10.2024).

¹⁷ SCOTT, Brett, How Can Cryptocurrency and Blockchain Technology Play a Role in Building Social and Solidarity Finance, UNRISD Publications, Working Paper 16-1, s. 11, (<https://www.unrisd.org>, erişim: 22.11.2020); BINANCE ACADEMY, Peer-to-Peer Networks Explained, 30.09.2019, s. 2-4, (<https://academy.binance.com>, erişim: 28.10.2024); GUILLAUME, s. 50; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 20.

¹⁸ *On-chain* transfere ilişkin detaylı bilgi için bkz. II, B. *Bitcoin* Blok Zincirinde *On-Chain BTC* Transferi.

¹⁹ YÜKSEL RIPLEY, Burcu, "When is a Cryptocurrency Transfer International in Distributed Ledger Technology-Based Systems?" EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, Vol. 7, 2023, s. 2, (<https://papers.ssrn.com>, erişim: 01.10.2024).

Ancak, bir ilişki ya da olayın milletlerarası özel hukukun tatbik alanına girebilmesi için her şeyden önce söz konusu hukuki olay ya da ilişkinin önsel olarak yabancılık unsuru taşıyor olması veya milletlerarası karaktere sahip olması gerekmektedir. Öyle ki ancak bundan sonra kanunlar ihtilafı yöntemi ile söz konusu meselenin maddi olarak çözülebilmesi için hangi ülkenin özel hukuk kurallarının en uygun hukuk olduğu tespit edilebilsin²⁰. Zira, bir olay ve ilişkinin tüm unsurlarının yalnızca tek bir devletin iç hukuka ait olması durumunda kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu bağlamda, bu çalışma özellikle BTC'nin *on-chain* transfere konu edildiği işlemlerin nasıl ve ne şekilde milletlerarası niteliğe haiz olarak değerlendirileceğini incelemeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede *on-chain* BTC transferinin milletlerarası karakterine ilişkin değerlendirmeleri yapabilmek adına, ilk bölüm içerisinde çalışma konusunun sınırlandırılmasına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. İkinci bölümde genel (*public/permissionless*) bir blok zinciri olan *Bitcoin* blok zincirinin merkeziyetsiz (*decentralized*), dağıtık (*distributed*) ve eşler arası (*peer-to-peer/P2P*) ağdaki işleyişine dair teknik detaylara yer verilecektir. Takiben aynı alt bölüm içerisinde *on-chain* transfer işlemindeki yabancılık unsuruna ilişkin değerlendirmeleri daha net bir şekilde ortaya koyabilmek adına, BTC'nin teknik özellikleri ve fonksiyonları ile *on-chain* transfere konu edildiği işlem ve ilişkilere ek olarak BTC'nin diğer kullanım şekillerine de yer verilecektir.

Üçüncü ve son bölüm içerisinde ise, Türk öğretisinde yabancılık unsurunun tanımı ile yabancılık unsurunun varlığının kabulü için gerekli ve yeterli görülen maddi olgulara ilişkin ortaya atılmış görüşler ele alınacaktır. Aynı başlık içerisinde, dijital varlıklar ve dijital ekonomi, kripto paralar da dahil olmak üzere, çeşitli yönleri ele alan uluslararası düzeyde yapılmış önemli çalışmalarından bir tanesi olan ve Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitüsü tarafından (International Institute for the Unification of Private Law /UNIDROIT) tarafından çıkartılmış olan Dijital Varlıklar ve Özel Hukuka İlişkin İlkeler (*Principles on Digital Assets and Private Law/UNIDROIT İlkeleri*)²¹ kapsamında, dijital varlıkların transferlerinin milletlerarası niteliğe haiz olmasına ilişkin yapılmış düzenleme ve değerlendirmelere yer verilecektir.

²⁰ ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM Selin Hatice vd., Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, İstanbul, Eylül 2023, s. 12; NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, Eylül 2021, s. 5; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Mart 2023, s. 6; DOĞAN, Vahit/YILMAZ Alper, Çağrı/AYHAN İZMİRLİ, Lale, Milletlerarası Özel Hukuk, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2023, s. 5.

²¹ UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2), 2023, (<https://www.unidroit.org>, erişim: 03.01.2025).

Son olarak kripto paralar özelinde yabancı öğretide yabancılık unsuruna ilişkin ortaya atılmış görüşler ile *BTC*'nin konu edildiği işlemler ile *on-chain BTC* transferi karşılaştırmaları olarak analiz edilerek, *BTC*'nin *on-chain* transfer konu edildiği işleminin milletlerarası niteliğe haiz bir transfer işlemi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüşlerimiz ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. ÇALIŞMA KONUSUNUN SINIRLANDIRILMASI

Her şeyden önce *Bitcoin* blok zinciri ağına katılım ve dolayısıyla *BTC* ile işlem yapabilmek adına her şeyden önce bir kişinin *BTC* cüzdanı²² edinmesi gerekmektedir. *BTC* cüzdanı edinen bir kişinin ise farklı şekillerde *BTC* kullanıcısı olması söz konusu olabilecektir. Zira, tek başına *BTC* cüzdanı edinmek, kişi cüzdanına *BTC* eklemediği müddetçe, o kişiyi *BTC* kullanıcısı yapmaya yeterli olamayacaktır.

Bu bağlamda, *BTC* cüzdanı edinen bir kişi, farklı şekillerde *BTC* kullanıcısı olabilme imkanına sahiptir. Bu kişi ilk olarak *BTC ATM*'lerinden itibari karşılığında *BTC* edinebilir²³. İkinci olarak, kişi, *P2P* değişim olarak adlandırılan yöntem ile eşler arası ağ borsasına (*P2P Exchange*)²⁴ veya kripto para borsasına

²² Bir kripto paraya sahip olmak ve/veya onu bir işleme konu etmek isteyen bir kişinin her şeyden önce kripto paraları muhafaza edebileceği ve bunlar üzerinde hakimiyet kurmasına olanak sağlayan bir kripto para cüzdanı edinmesi gerekir. Kripto para cüzdanı, kişilerin muhtelif blok zincirleri ile etkileşim içine girmelerine, arzu ettikleri kripto paraları edinmelerine, bu bağlamda kripto para gönderimi ve/veya alımı yapmalarına, mevcut kripto paralarını muhafaza etmelerine imkân sağlayan yazılımlara veya bu tür yazılımı kullanan cihazlara ve yahut hizmetlere verilen addır. İşte *BTC* cüzdanı da tıpkı nakit paramızı koyduğumuz fiziki cüzdanlarımız gibi içerisinde *BTC* depolayabileceğimiz bir cüzdandır. *BTC*, bu cüzdanlarda muhafaza edilmektedir. Bu *BTC* cüzdanları ise *BTC*'nin ise gerek alınması gerek gönderilmesi gerekse gönderilen *BTC*'lerin kilidinin açılıp tekrar işleme konu edilebilmesi için kilidinin açılmasını sağlayan birbirinin asimetrisi olan genel ve özel anahtar ikilisi üretmektedir. Genel anahtarların, bizlerin para almak ve göndermek için kullandığımız banka hesap numaralarımızla aynı fonksiyonu gösterdiği söylenebilirken, özel anahtarlar ise bizim bu banka hesaplarımıza giriş yapmamızı sağlayan şifreler olduğu söylenebilir. HARI, Oliver, "The Protection of the Owners of Cryptocurrencies, in Particular Bitcoin", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 189-191; STABILE, Daniel, T./PRIOR, Kimberly, A./HINKES, Andrew, M., Digital Assets and Blockchain Technology, Edward Elgar Publishing, USA, 2020, s. 17; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 89-91; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45-47; HARE, Christopher, "Cryptocurrencies and Banking Law: Are There Lessons to Learn?", Cryptocurrencies in Public and Private Law, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 230-232; RHODES, Delton, Understanding Bitcoin Address Essentials: Security, Formats, and Transactions, 05.12.2023, (https://komodoplatform.com, erişim: 26.10.2024).

²³ EENMAA-DIMITRIEVA, Helen/SCHMIDT-KESSEN, Maria Jose, Regulation Through Code as a Safeguard for Implementing Smart Contracts in No-Trust Environments, European University Institute Department of Law, Working Paper 2017/13, s. 4, (https://cadmus.eui.eu/handle/1814/47545, erişim: 30.10.2024); *Coin ATM Radar*'ın verilerine göre Türkiye'de güncel olarak toplam 7 adet *BTC ATM*'si bulunmaktadır. COINATMRADAR, Bitcoin ATMs in Turkey, (https://coinatmradar.com/bitcoin-atm-turkey, erişim: 24.12.2024).

²⁴ İşlem platformları/eşler arası ağ borsası (*P2P Exchange*) farklı kripto para çeşitlerine sahip kullanıcıları bir araya getirerek bu kullanıcıların direkt olarak birbirleriyle kripto para alım satımı

(*Cryptocurrency Exchange*)²⁵ üye olarak, bu platformlar²⁶ aracılığıyla itibari para veya bir başka kripto para (*cryptocurrencies*) karşılığında bir kripto para platformundan kripto para satın alabilir²⁷. Üçüncü olarak, *BTC* cüzdanı sahibi olan bir kişi, *BTC* karşılığında mal veya hizmet satıyorsa, satış bedelinin kendisine *BTC* olarak gönderilmesi sonucunda, bu kişinin *BTC* edinmesi söz konusu olabilir. *BTC*'nin bir kişiye miras kalmış olması halinde de kendisine miras bırakılan bu

yapmalarına olanak sağlamaktadır. Bu borsalar kullanıcılara, bu alımlarını nakit para karşılığında ya da isterlerse diğer kripto para kullanıcısıyla yüz yüze gelerek işlem yapma imkânı vermektedir. Bu borsalar kendileri kripto para satma ve satın alma işlemi yapmazlar. Kripto para kullanıcılarının kendi özel anahtarları vardır ve onları kaybettiklerinde başvuracakları bir mercii söz konusu değildir ve *BTC* cüzdanları emanete dayalı olmayan cüzdandır (*non-custodial wallets*). Daha basit bir anlatımla, bu borsalar alım ve satım işlemini yapmak isteyen kullanıcıları sadece bir araya getirirler. Bu platformlarda kullanıcılar ne kadar kripto para almak veya satmak istediklerini ağda herkese açık bir şekilde listelemektedir. Ağda bulunan diğer kullanıcılar ise alım-satım şartlarına ilişkin bu kullanıcıyla direk olarak iletişim kurarak kararlaştırabilmektedir. Şartlar üzerinde bir kere anlaşıldığında taraflar transfer işlemini farklı yollardan gerçekleştirmektedir. HOUBEN, Robby/SNYERS, Alexander, *Cryptocurrencies and Blockchain: Legal Context and Implications for Financial Crime, Money Laundering and Tax Evasion*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, European Union, Brussels, 2018, s. 25-27, (<https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/80a4a6/152140.pdf>, erişim: 03.10.2024), (Legal Context); STABILE/PRIOR/HINKES, s. 19; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 89.

²⁵ Kripto para borsaları, belirli bir ücret, yani komisyon karşılığında, kripto paraların, dijital para ve itibari paralar dahil olmak üzere, diğer değerlerle/varlıklarla değişimine olanak sağlayan çevrimiçi platformlardır. Kripto para borsaları işlem katılımcıları arasında aracı olarak işlev gören geleneksel finans kurumlarına benzer şekilde çalışır. Bu kripto para borsaları platformlarında yürütülen tüm faaliyetleri denetlemek ve kolaylaştırmakla görevli merkezi bir kurum veya kuruluş tarafından yönetilir. Bu platformlar bir gerçek veya tüzel kişinin sahipliğinde kurulmaktadır. Kripto para borsalarının çoğunluğunda kullanıcının kripto parası, kullanıcıya ait bir kripto para cüzdanında değil borsanın kendi cüzdanında muhafaza edilmektedir. Yani cüzdanlar kripto para cüzdanları emanete dayalıdır (*custodial wallets*). Kripto para borsalarında işlem yapan kullanıcılar, ağda bir düğüm çalıştırmadıkları gibi, ağ üzerinde bizzat işlem yaptıkları bir cüzdana da sahip olmamaktadırlar. HOUBEN/SNYERS (Legal Context), s. 25-26; CHAINALYSIS REPORT, *Who'sWho on the Blockchain? Mapping the Key Players in the Cryptocurrency Ecosystem*, s. 10, (<https://go.chainalysis.com/>, erişim: 09.03.2022); STABILE/PRIOR/HINKES, s. 19.

²⁶ 7518 sayılı SPK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişik 6362 Sayılı SPK m.3(z)(cc)'de kripto varlık hizmet sağlayıcısının, "[...] Platformları, kripto varlık saklama hizmeti sağlayan kuruluşları ve bu Kanuna dayanılarak yapılacak düzenlemelerde kripto varlıkların ilk satış ya da dağıtımını dahil olmak üzere kripto varlıklarla ilgili olarak hizmet sağlamak üzere belirlenmiş diğer kuruluşları [...]" ifade ettiğine yer verilmiştir. Kripto varlık saklama hizmeti ise m.3(z)(çç) kapsamında, "[...] Platform müşterilerinin kripto varlıklarının veya bu varlıklara ilişkin cüzdandan transfer hakkı sağlayan özel anahtarların saklanması, yönetimini veya SPK tarafından belirlenecek diğer saklama hizmetleri [...]" şeklinde tanımlanmıştır. Son olarak, m.3(z)(dd) kapsamında Platform, "[...] Kripto varlık alım satım, ilk satış ya da dağıtım, takas, transfer, bunların gerektirdiği saklama ve belirlenebilecek diğer işlemlerin bir veya daha fazlasının gerçekleştirildiği kuruluşlar [...]" olarak tanımlanmıştır. 7518 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 2 Temmuz 2024 tarihli 32590 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak kabul edilmiştir.

²⁷ HOUBEN, Robby/SNYERS, Alexander, *Crypto-assets, Key developments, regulatory concerns and responses*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, 2020, s. 25, (<https://repository.uantwerpen.be>, erişim: 10.03.202), (Cryptoassets Key Developments).

kişi, *BTC* kullanıcısı olabilecektir²⁸. Son olarak, iş ispatına dayalı *Bitcoin* blok zincirinde her bir doğru işlem sonrasında madenci düğümler belirli bir miktar *BTC* ile ödüllendirilmektedir. İşte bu şekilde bir *BTC* işlemini geçerli kılan madenciler aldıkları ödül sonrasında artık birer *BTC* kullanıcısı haline gelmektedir²⁹.

Çalışma konusunu sınırlamak ve *on-chain* transfer işlemini yabancılik unsuru bağlamında daha derinlemesine inceleyebilmek adına, yukarıda yer verdiğimiz olasılıklara ilişkin teknik detayları bu çalışma içerisinde ele alınmadığını belirtmek isteriz. Bu bağlamda, kripto paraların miras bırakılıp bırakılmayacakları hususları ile madenci düğümlere *BTC*'nin iş ispatı sonucunda ödül olarak verilmesi durumu ise ayrı bir hukuki ve teknik inceleme konusu olduğu için, bu olasılıklar da çalışma konumuzun dışında bırakılmıştır³⁰.

Bir kişinin genel çerçevede kripto para hizmet sağlayıcısı olarak adlandırılan platformlar aracılığıyla *BTC* edinmesi durumunda, kripto para hizmet sağlayıcısı ile kullanıcı arasındaki ikili ilişkide platformlar ile kullanıcılar arasında üyelik sözleşmesi veya kullanım sözleşmesi adı altında sözleşmeye dayalı bir ilişki söz konusu olmaktadır. Bu sözleşmeler kapsamında da çoğunlukla uygulanacak hukuka ve yetkili makamlara ilişkin maddelerin yer aldığı tespit edilmiştir³¹.

Buna ek olarak, 7518 sayılı SPK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun³² ile değişik 6362 sayılı SPK³³ m.35/C(4) kapsamında da kabul edildiği üzere, "[...] Platformlar ile bunların müşterileri arasındaki ilişkiler ve platformlarda gerçekleştirilen işlemler nedeniyle taraflar arasında oluşan uyumsuzluklar genel hükümlere tabi [...]" olacaktır. Dolayısıyla kripto para veya eşler arası ağ borsaları ile kullanıcı arasındaki bu sözleşmeye dayalı ilişkilerin, çalışma konumuzu sınırlamak adına iş bu çalışma kapsamında ele alınmayacağını belirtmek isteriz³⁴.

²⁸ HALE, Tom, What Happens to Cryptocurrency When You Die, And Can You Inherit It?, 17.04.2022, s. 2-3, (<https://www.ifscience.com>, erişim: 07.04.2022); HOUBEN/SNYERS (Cryptoassets Key Developments), s. 25.

²⁹ GUILLAUME, s. 49-50.

³⁰ Öğretide madenci düğümler arasındaki ilişkinin TBK m.620 vd kapsamında adi ortaklık ilişkisi olduğuna ilişkin görüş ve detaylı bilgi için bkz. KAPANCI, s. 127.

³¹ Zira, örneğin *BINANCE* Türkiye Üyelik Sözleşmesi'nin "Uygulanacak Hukuk ve Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı m.11 hükmünde açıkça, söz konusu Sözleşme'nin Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına tabi olduğu ve bu Kanunlar uyarınca yorumlanacağı ifade edilmiştir. Üyelik Sözleşmesi'nin tam metni için bkz. (<https://www.binance.tr/agreement>, erişim: 06.12.2024).

³² 02 Temmuz 2024 tarihli ve 32590 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³³ 30 Aralık 2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁴ Dolayısıyla kripto para değişim platformları ile kullanıcıları arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi, kripto para değişim platformunun yapısına; sundukları cüzdan hizmetin emanete dayalı olup olmamasına; bulundukları yargı çevresine; ilgili kripto para değişim platformu ile kullanıcı arasında dijital ortamda kullanıcının okuyup onayladığı dijital sözleşmenin şartlarına, farklı platformlarda isimlendirildikleri şekilleri ile kullanıcı sözleşmesine, üyelik sözleşmesine veya hizmet sözleşmesine göre farklılık arz edebilecektir. Örnek teşkili için bkz. *BINANCE* Türkiye Üyelik Sözleşmesi. (<https://www.binance.tr/agreement>, erişim: 06.01.2025); STABILE/PRIOR/HINKES, s. 19.

Son olarak, bir kişinin, BTC karşılığında mal veya hizmet satması durumunda, taraflardan birisinin ediminin malı teslim ya da hizmeti icra etmek ve diğer tarafın ise bunun karşılığı BTC ile ödeme yapmasına dayalı tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dayalı ilişki olarak nitelendirilmesi gündeme gelecektir. Bu durumun hukuki olarak değerlendirilmesi çalışmamızın kapsamında bulunmamaktadır. Kaldı ki, Türkiye’de ise yasa dışı kabul edilmemesine karşın, 2021 tarihli Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’te³⁵ yer verilen “Ödemelerde kripto varlıkların kullanılmaması” başlıklı m.3(2) kapsamında kripto varlıkların doğrudan ve dolaylı olarak ödemelerde kullanılması açıkça yasaklanmıştır. Bu sebeptendir ki, bu çalışma kapsamında BTC’nin bir tarafın edimi olarak kararlaştırıldığı veyahut bir mal ve hizmet karşılığında ödeme aracı olarak kabul edildiği bir sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva edip etmediği hususuna da yer verilmeyecektir.

Bu çalışma herhangi kripto para platformu olmaksızın *Bitcoin Core*³⁶ yazılımını indirerek BTC cüzdanı sahibi olan iki kullanıcı arasında herhangi bir kripto para platformu olmaksızın direk zincir içerisinde (*on-chain*) yapılan BTC transferi³⁷ sonucu kullanıcılardan birisinin BTC alıcısı olması ihtimalini değerlendirmektedir. Bu bağlamda, ağa katılım şekilleri nazarında, (A) ve (B) bir cüzdan hizmet servisi sağlayıcısının³⁸, bir eşler arası ağ borsasının ya da bir kripto para borsanın

³⁵ 16.04.2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Yönetmelik ile bu şekilde yapılan düzenlemelerin kanunilik ilkesi çerçevesinde, temel ve hak özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve sadece kanunla sınırlandırılabileceğine yönelik kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair görüş için bkzn ÇETİN, Müge, Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Kripto Varlıklar, Haziran 2023, s. 52.

³⁶ Herhangi birisinin bir düğümü çalıştırarak ağ ile etkileşim içerisine girmesi *Bitcoin Core* yazılımını bilgisayarına indirmesi ile de mümkün olabilmektedir. *Bitcoin Core* herhangi bir kripto para borsası veya eşler arası ağ değildir. Kişiler bilgisayarlarına yazılımı direk indirerek düğüm çalıştırdıklarında, ayrıca isterlerse bir BTC cüzdanı da edinebilirler. KAUR, Guneet, What is a Bitcoin node? A Beginner’s guide on blockchain nodes, 13.03.2024, s. 2-3, (<https://cointelegraph.com>, erişim: 18.04.2024).

³⁷ Çalışma içerisinde anlam karmaşasının önüne geçebilmek adına her ne kadar “BTC transferi” ibaresi kullanılmış ise de önemle belirtmek isteriz ki, *Bitcoin* blok zincirinde yapılan BTC transfer işlemi kapsamında aslına bakılırsa dijital ya da somut olarak bir varlığın transferi söz konusu olmamaktadır. Burada aksine blok zinciri içerisinde yer alan bir BTC üzerinde yeniden işlem yapabilmeye ilişkin hak sahipliğinin hangi kullanıcıda olduğuna dair kayıt değiştirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, BTC’nin transfer edilmesi söz konusu olmamaktadır. Bunun yerine işleme konu edilen BTC üzerindeki kontrol kabiliyeti, yapılan işlem sonrasında kullanıcılar tarafından onaylanıp bir blok olarak kaydedilmekte ve dolayısıyla zincirdeki kayıtlar vasıtasıyla değiştirilmektedir. Öyle ki, *Bitcoin* blok zinciri içerisindeki BTC’nin, ağdaki bir kullanıcıdan diğerine devredilerek el değiştirdiğini gösteren kayda blok zincir işlemi ya da konumuz itibarıyla BTC transferi denilmektedir. BTC’lerin üzerindeki kaydın bu şekilde değiştirilmesine, yani kontrolün transferine ilişkin bu işlemler bir veri bloğu olarak *Bitcoin* blok zincirine kaydedilmektedir. GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 88; ÇEKİN, s. 4.

³⁸ Cüzdan Hizmet sağlayıcıları, kripto para kullanıcılarına kripto para blok zincirleri ile etkileşime girebilmeleri ve dolayısıyla kripto paralar ile işlem yapabilmeleri için cüzdan hizmeti sağlayan kuruluşlardır. *Binance*, *CoinBase* biter sıcak cüzdan ve yazılım cüzdanı hizmet sağlayıcısı iken *Ledger*, *Trezor* soğuk cüzdan ve donanım cüzdanı sağlayıcılarına örnek olarak gösterilebilirler.

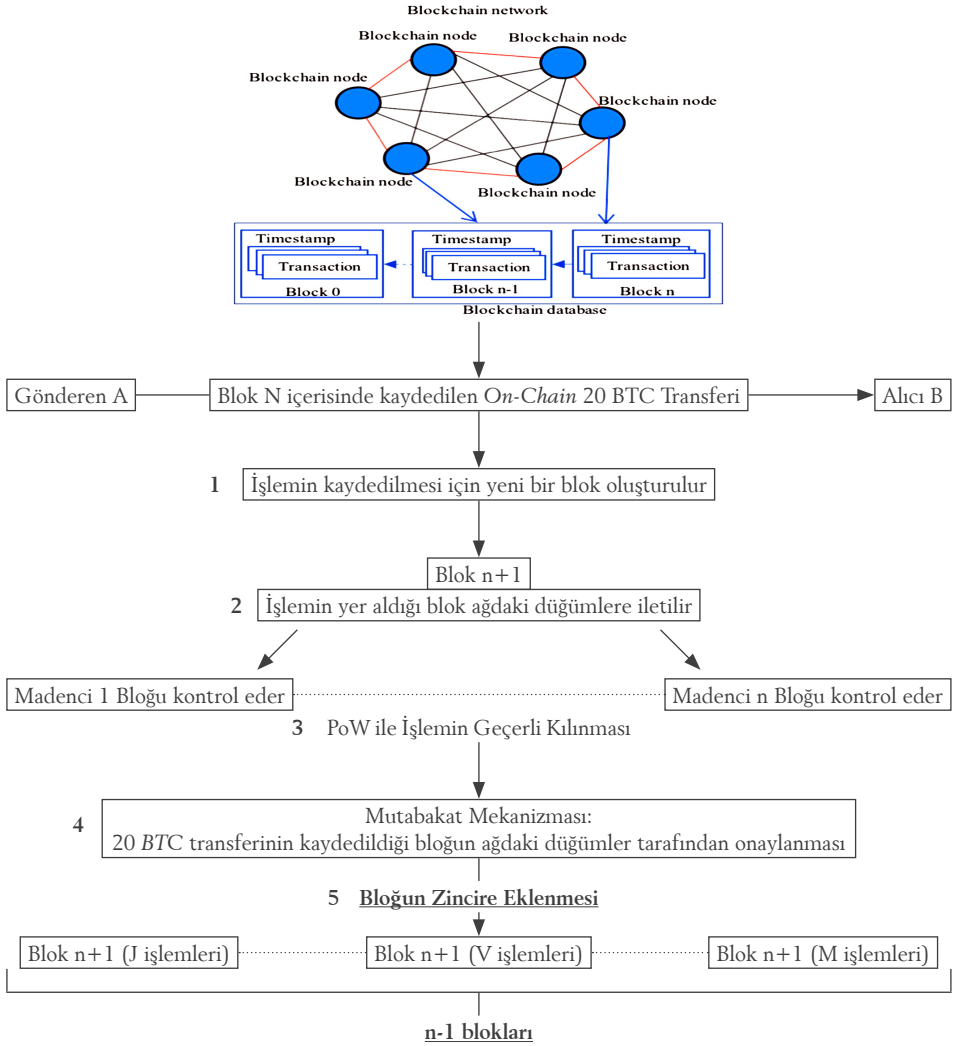
sağladığı hizmetler çerçevesinde bu çevrimiçi platformlarda bir kullanıcı hesabı açarak *BTC* cüzdanı edinmemişlerdir³⁹. (A) ve (B) bir düğüm çalıştırmaksızın ve salt *Bitcoin Core* yazılımını indirerek birer *BTC* cüzdanı edinmişler ve bu şekilde *Bitcoin* blok zinciri ağı ile etkileşime girmişlerdir. Dolayısıyla bu transfer işlemi, bizzat (A) ve (B) tarafından zincir içerisinde (*on-chain*)⁴⁰ gerçekleştirmektedirler.

Diğer bir anlatımla, bu çalışma, *Bitcoin Core* yazılımını indirerek *BTC* cüzdanı edinmiş olan (A)'nın (B)'ye *on-chain* olarak gerçekleştirdiği 20 *BTC* transferinin milletlerarası niteliğe haiz olup olmadığını değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, (A) ile (B) arasında ve herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcısı olmaksızın bizzat kendi *BTC* cüzdanları vasıtasıyla *on-chain* olarak gerçekleştirdikleri 20 *BTC* transferini bir görsel ile ortaya koymakta fayda vardır (Şema 1).

En bilinen emanete dayalı cüzdan hizmet sağlayıcısı, aynı zamanda en popüler kripto değişim platformlarından bir tanesi olan *Binance*'tir. *CoinBase* ismiyle emanete dayalı olmayan cüzdan kullanımına da imkân sağlayan bir kripto para cüzdan sağlayıcısıdır. *Metamask* da *Ethereum* ile etkileşim içinde olan bir diğer emanete dayalı olmayan cüzdan hizmet sağlayıcısı olmakla kripto para değişim platformu olma özelliğine haiz değildir. HOUBEN/SNYERS, (Legal Context), s. 27; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 90; BINANCE ACADEMY, Custody, (<https://academy.binance.com>, erişim: 12.03.2022; ENWICK, O., What's in a Self-Custody (Non-Custodial) Wallet, Anyway", 04.11.2021, (<https://consensys.io>, erişim: 13.03.2022).

³⁹ Kripto para hizmetleri sunan bir platformda hesap açmaktır ki bu yöntemde de ağı doğrudan katılım sağlanmamaktadır. Zira, blok zinciri ağına katılma aşda düğüm olma yoluyla olabileceği, aşda düğüm olmaksızın bir blok zinciri hizmeti sunan platformda üyelik açma yoluyla da söz konusu olabilmektedir. Burada hesap sahibi kişi sadece blok zinciri tabanlı hizmetleri sunan bir platform ile sözleşmeye dayalı bir ilişki kurmaktadır. Diğer bir ifadeyle *BTCTürk*, *Binance*, *Coinbase* gibi platformlarda hesap açan kullanıcılar üçüncü yolla birer *BTC* kullanıcısı olmaktadır. Bununla beraber, kripto para hizmet sağlayıcılarının, platforma ya da borsaya giriş için kullanıcıların imzalamasını öngördüğü farklı isimlendirilmiş sözleşmelerde de sözleşmeden doğan uyumsuzlukların tabi olacağına ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin özel hükümlerin yer aldığı tespit edilmiştir. Bu sebeple, herhangi bir aracı hizmet sağlayıcısı aracılığıyla *BTC* transferi yapılması olasılığı iş bu çalışmanın inceleme konusu dışında bırakılmıştır. Kaldı ki, 7518 sayılı SPK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişik 6362 sayılı SPK m.35/C(4) kapsamında, kripto para hizmet sağlayıcıları ile bunların müşterileri arasındaki ilişkiler ile platformlarda gerçekleştirilen işlemler dolayısıyla doğacak uyumsuzlukların genel hükümlere tabi olacağı yönündeki düzenlemeye açıkça yer verilmiştir. KYRSA, Felix, Taxonomy and Characterisation of Crypto Assets in Private International Law, Blockchain and Private International Law, Ed. BONOMI, Andrea/LEHMANN, Matthias/LALANİ, Shaheez, Brill, 2023, s. 173, (<https://brill.com>, erişim: 30.03.2024).

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkzn II, B. *Bitcoin* Blok Zincirinde *On-Chain BTC* Transferi.

Şema 1⁴¹:

Bu değerlendirmeleri yaparken, *BTC*'nin bir özel hukuk sözleşmesinde bir tarafın edimi olarak kararlaştırılmış olması veya bir mal ve hizmet karşılığında ödeme aracı olarak kabul edildiği sözleşmesel ilişkilerin yabancılık unsuru ihtiva edip etmediği hususuna bu çalışma kapsamında yer verilmeyeceğini ifade etmiştik.

Ancak bu noktada önemle belirtmek isteriz ki, Alman hukukunda, Alman Çalışma Grubu tarafından 2022 yılında dijital varlıklara ilişkin olarak kapsamlı

⁴¹ "Blockchain Network" görseli için bkz. SALMAN, Tara/ZOLANVARI, Maede/JAIN, Rai, "Security Services Using Blockchains: A State of the Art Survey", IEEE Communications Surveys & Tutorials, Volume 21, No. 1, 858-880, Firstquarter 2019, s. 860, (<https://ieeexplore.ieee.org>, erişim: 08.01.2025).

bir çalışma başlatılmıştır. Bu kapsamda Alman çalışma grubu ağdaki bir jeton transferinin yalnızca sözleşme hukuku ile yeterli şekilde temsil edilebilecek ve korunabilecek bir fiili işlem olduğunu ifade etmiştir⁴². Alman çalışma grubunun ortaya koyduğu görüşten hareketle, (A) ile (B) arasında gerçekleştirilen 20 BTC'nin salt *on-chain* olarak ağda transfere konu edilmesi işleminin, sözleşmelerin milletlerarası niteliği bağlamında ortaya atılan görüşler çerçevesinde de değerlendirilmeye çalışılacağını ifade etmek isteriz.

Sonuç olarak, dijital varlık ekosistemi içerisinde: kontrol edilebilir elektronik kayıt (*controllable electronic record*)⁴³, ödeme/değişim/para jetonu (*payment/currency*⁴⁴/*exchanged token*) ve değiştirilebilir merkeziyetsiz sanal para (*convertible decentralized virtual currency*)⁴⁵ olarak sınıflandırılmış olan BTC'nin bu şekilde *on-chain* olarak merkeziyetsiz (*decentralized*) ve dağıtık (*distributed*) ağ yapısında herhangi bir coğrafi sınır olmaksızın ve sınır ötesi transfere konu edilmesi söz konusu olmaktadır⁴⁶. Bu işlem ise dünyanın farklı yerlerinde bulunan madenciler tarafından geçerli kılınp, ağdaki düğümler tarafından onaylanmakta ve ağı kaydedilen bu işlem yine farklı ülkelerde olması muhtemel kullanıcılarda eş zamanlı olarak depolanmaktadır⁴⁷. Bu olgular ise, BTC'nin merkeziyetsiz (*decentralized*) ve dağıtık (*distributed*) ağ yapısında, (A) ile (B) arasında *on-chain* transfer edildiği işlemin milletlerarası niteliğe haiz olup olmadığının incelenmesini gündeme getirmektedir.

⁴² PATINO, Gregoria, D, The Legal Nature of Cryptoassets and the Protection under Property Law, 2023, s. 34-38, (<https://repositori.upf.edu/bitstream>, erişim: 30.03.2024).

⁴³ Dijital Varlıklar ve Özel Hukuka İlişkin UNIDROIT İlkeleri (*UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*) İlke 2(2) kapsamında dijital varlık kavramı, kontrol edilebilen elektronik kayıtlar (*controllable electronic records*) olarak oldukça geniş bir şekilde tanımlanmıştır. UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2), 2023, s. 11, (<https://www.unidroit.org>, erişim: 03.01.2025).

⁴⁴ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Report on Cryptoassets, 09.01.2019, s. 4-7, (<https://www.eba.europa.eu/ebareports>, erişim: 28.09.2024).

⁴⁵ Örneğin, Ekonomik İş birliği ve Kalkınma Örgütü (*Organisation for Economic Co-operation and Development/OECD*) Mali Eylem Görev Gücü (*The Financial Action Task Force/FATF*), BTC'yi, para birimi cinsinden bir değere sahip olan ve para birimleri ile değiştirilebilen, yani itibari para karşılığında alınıp satılabilen paralar olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda BTC'yi, değiştirilebilir sanal para sınıfına dahil etmiştir. FATF bu ayrım kapsamında, merkeziyetsiz sanal paraları, dağıtık, açık kaynaklı (*open-source*), matematik temelli, eşler arası, herhangi bir merkezi idari otoritenin veya merkezi izlemenin var olmadığı sanal paralar olarak tanımlamıştır. Değiştirilebilir sanal para ayırımına dahil ettiği BTC'yi, aynı zamanda merkeziyetsiz olarak da nitelendirmiştir. Son olarak kripto paraların matematik temelli, merkeziyetsiz ve kriptografi ile korunan değiştirilebilir merkeziyetsiz sanal paralar olduklarını ifade etmiştir. FATF bu ayrım kapsamında, merkeziyetsiz sanal paraları, dağıtık, açık kaynaklı (*open-source*), matematik temelli, eşler arası, herhangi bir merkezi idari otoritenin veya merkezi izlemenin var olmadığı sanal paralar olarak tanımlamıştır. Değiştirilebilir sanal para ayırımına dahil ettiği BTC'yi, aynı zamanda merkeziyetsiz olarak da nitelendirmiştir. Son olarak kripto paraların matematik temelli, merkeziyetsiz ve kriptografi ile korunan değiştirilebilir merkeziyetsiz sanal paralar olduklarını ifade etmiştir. FATF, Guidance for a Risk-Based Approach Virtual Currencies, 2015, s. 26-28, (<https://www.fatf-gafi.org>, erişim: 31.01.2024).

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. II, A. *Bitcoin* Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi.

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. II, A. *Bitcoin* Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi.

II. BITCOİN BLOK ZİNCİRİ VE ON-CHAIN BTC TRANSFERİ

A. Bitcoin Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi

Dağıtık ve merkeziyetsiz (âdem-i merkeziyetçi/*decentralized*) bir ağ yapısına sahip olan *Bitcoin* blok zinciri özerk bir sistemdir⁴⁸. Diğer bir ifadeyle, *Bitcoin* blok zincirinde alışlagelmiş merkezi sistemlerin aksine, herhangi bir merkezi ya da aracı kurum söz konusu olmadığı gibi, herhangi bir devlet ile ne organik ne de filli bir bağının var olduğundan söz edilemez⁴⁹.

Bitcoin blok zinciri genel niteliğe haiz olması sebebiyle, dünyanın farklı yerlerinde bulunan ve isteyen herkesin ağa katılımını mümkün kılmaktadır⁵⁰. *Bitcoin* blok zincirinin herkese açık yani genel/izinsiz (*public/permissionless*) bir blok zinciridir. Bu niteliği dolayısıyla, dünyanın neresinde olursa olsun herhangi bir izne ihtiyaç duymaksızın isteyen herkes *Bitcoin* blok zincir ağına katılabilmekte, ağdaki işlemleri izleyebilmekte, ağın işleyişine katkıda bulunabilmekte ve işlem kayıtlarına da erişebilmektedir⁵¹.

Ağa katılım tamamen anonim olmasa bile, ağa katılan kullanıcılar takma isimle ağa katılmakta ve ağda işlem yapmaktadırlar. Diğer bir anlatımla *Bitcoin* blok zinciri sistemdeki katılımcıların, birbirlerine gerçek kimliklerini açıklamadan yani takma isimle (*pseudo-anonymous*) işlem yapmasını da mümkün hale getirmektedir⁵². Bu sebeplerle de *Bitcoin* blok zinciri ağa katılanların lokasyonları ile kimliklerinin tespit edilmesi ve izlenmesi kolay olmayan bir yapıya sahiptir, çünkü ağ kullanıcısı dünyanın herhangi bir yerinden ağa katılmış olabilir ve ayrıca kullanıcı kimlikler takma isimler aracılığıyla korunmaktadır⁵³.

Bitcoin blok zincirinin söz konusu özellikleri onu, özel (*private/permissioned*)⁵⁴ ve konsorsiyum (*consortium*)⁵⁵ blok zincirlerinden ayıran en önemli özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁸ GÜVEN, Vedat/ŞAHİNÖZ, s. 31.

⁴⁹ GÜVEN, Emre, En Sade Anlatımla Blockchain Nedir, Nasıl Çalışır? 07.06.2020, (<https://tr.cointelegraph.com>, erişim: 20.10.2024); GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 31.

⁵⁰ LACITY, s. 369-370; WRIGHT/DE FLIPPI, s. 2; SERT, s. 49.

⁵¹ Blok zincirleri *Bitcoin* blok zinciri gibi genel niteliği olabileceği gibi, ağa katılım belirli kişilere veya gruplara sınırlandırılmış özel (*private*) veyahut konsorsiyum (*Consortium*) blok zincirleri de olabilirler. EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13.

⁵² GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 32; EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 2; GUILLAUME, s. 50.

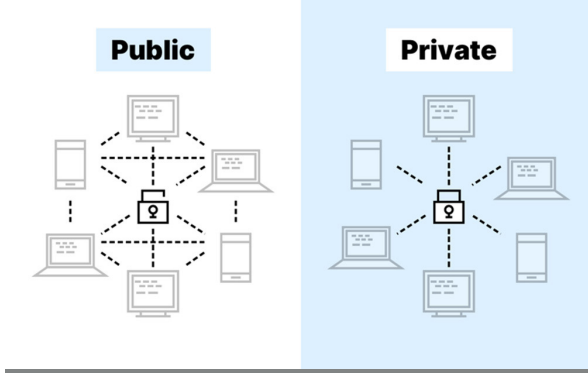
⁵³ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 32; EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 2; GUILLAUME, s. 50.

⁵⁴ SETH, Shobhit, Public, Private, and Permissioned Blockchains Compared, 11.05.2024, s. 2-5, (<https://www.investopedia.com>, erişim: 25.10.2024); ARANHA, Vivian, Public, Private, Consortium, Hybrid Blockchains, 28.06.2023, s. 2-4, (<https://medium.com/>, erişim: 24.10.2024).

⁵⁵ EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13; BUTERIN, Vitalik, On Public and Private Blockchains, 2015, (<https://ethereum.org>, erişim: 31.10.2024).

Zira, genel blok zincirlerinde merkeziyetsiz ve dağıtık bir yapı söz konusu iken, özel ve konsorsiyum blok zincirlerinde blok zinciri yöneten bir yetkili kişi/kuruluş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu iki blok zincirinde, genel niteliğe haiz olan *Bitcoin* blok zincirinde söz konusu olan âdem-i merkeziyetçi yapıdan uzaklaşmaktadır. (Şema 2).

Şema 2⁵⁶:



Bu bağlamda, Konsorsiyum blok zincirleri, belirli sayıda katılımcı tarafından kullanılan ve belirli bir endüstrinin/işletmenin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde oluşturulmuş bir yapıya sahip olan blok zincirleridir⁵⁷. Bu blok zincirlerinde, merkezi kuruluş, kimlerin blok zincirinde işlemleri geçerli kılan *mutabakat mekanizmasına* dahil olabileceğine karar vererek ağa bunları eklemektedir. İşlemler sadece bu yetkili kılınan kullanıcılar tarafından imzalanmışsa geçerli sayılmaktadır. Aynı şekilde ağa kimlerin kullanıcı olarak (*nodes*) katılabileceğine ve ağda işlem yapabileceğine de bu merkezi kuruluş karar vermektedir. Bu sebeple genel blok zincirin aksine burada kullanıcıların kimliği tespit edilip onaylanabilmektedir⁵⁸.

Dolayısıyla bir konsorsiyum tarafından oluşturulan özel, izinli blok zincirleri, genellikle merkezinde bir tüzel kişilik bulundurduğundan ve kullanıcıların doğrulanması veya tanımlanması için bir yöntemle sahip olduğundan bu niteliği haiz blok zincirler tamamen merkeziyetsiz olmaktan uzaklaşmış bir yapıya sahiplerdir. Günümüzde bankacılık sektöründe bankalar arası ödemeleri yönetmek, tedarik zincirlerinde ülkeler arası kargo hareketlerinin takibini yapmak, sigortacılık

⁵⁶ OREOLUWA, F, Public vs Private Blockchain: Pros, Cons, and Use Cases, 2024, s. 1, (<https://vezgo.com/blog/public-vs-private-blockchain/>, erişim: 06.01.2025).

⁵⁷ SHARMA, Kumar Toshendra, Types of Blockchains Explained- Public vs. Private vs. Consortium, 10.05.2024, s. 9 vd, (<https://www.blockchain-council.org/blockchain/types-of-blockchains-explained-public-vs-private-vs-consortium/>, erişim: 24.09.2024).

⁵⁸ EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13.

sektöründe sağlayıcılar arasında polişe yönetimini yapmak amacıyla konsorsiyum blok zincirleri kullanılmaktadır. Bu bağlamda, Hyperledger *Fabric* ile R3 *tarafından geliştirilen Corda* ile *Enterprise Ethereum Alliance* konsorsiyum blok zinciri çeşidini kullanan kuruluşlara örnek olarak gösterilebilir⁵⁹.

Özel blok zincirleri, tamamen özel bir kuruluş, bir grup insan veya bir tek kişi tarafından yönetilen blok zincir çeşididir. Genel hatlarıyla her ne kadar konsorsiyum blok zincirinin sahip olduğu özellikleri içinde barındırsa ve bu blok zinciri çeşidini işletenler teknolojinin diğer avantajlarından faydalanmaya devam etseler de söz konusu özel blok zincirlerin işletimi olduğunda âdem-i merkeziyetçi sistemin yapısı ortadan kalkmaktadır⁶⁰. Günümüzde, bankacılık sektöründe Müşterini Tanı (*Know Your Customer*) süreçlerini yönetmek, tedarik zincirlerinde envanter takibi yapmak, sağlık sektöründe sağlık kayıtlarının yönetmek ve veri paylaşımı yapmak amacıyla özel blok zincirleri kullanılmaktadır. *Walmart*, *Nestle*, *Amazon* ve *American Express* gibi büyük şirketler, tedarik zincirlerini takip etmek, veri tabanı yönetimi için özel blok zincirlerini kullanan şirketler arasındadır⁶¹.

Görüldüğü üzere, özel ve konsorsiyum blok zincirleri farklı sektörlerde veri takibi, veri ve bilgi depolama olmak üzere farklı amaçlarla da kullanılmaktadır. Genel niteliğe haiz olan *Bitcoin* blok zinciri ise, iktisadi açıdan değer taşıyan⁶² sahip ve gayri maddi niteliğe haiz ağda varlığını sürdürüp ağda üretilen *BTC*'nin, herhangi bir coğrafi sınır ve banka hesap sahibi olma gereksinimi olmaksızın *BTC* cüzdan sahibi iki kullanıcı arasında *on-chain* transferini mümkün kılmaktadır⁶³. Diğer bir ifadeyle, *Bitcoin* blok zinciri, *on-chain* transfer işleminde, *BTC*'yi gönderenin ve alanın konumundan bağımsız olarak *BTC* cüzdanları⁶⁴ vasıtasıyla *BTC*'nin transferinin yüksek hızla gerçekleşmesine olanak tanımaktadır.

⁵⁹ ARANHA, s. 4-5.

⁶⁰ EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13.

⁶¹ ARANHA, s. 3.

⁶² İsviçre Finansal Piyasalar Denetleme Kurumu (*Swiss Financial Market Supervisory Authority/ FINMA*), *BTC* ve benzeri kripto paraların mal ve hizmet satın almak, değer transferinde kullanılmak veya para yerine geçmek üzere tasarlandığını ifade etmiştir. FINMA, *Crypto Assesses Fact Sheet*, 01.05.2022, s. 2, (<https://www.finma.ch/en/>, erişim: 28.09.2024). *BTC*'nin piyasa değeri, kullanıcılarının onu ne kadar kullandığına ve onun ticarete veya işleme konu edilmesi sonucu oluşan arz-talep dengesine bağlıdır. KAPLANOV, Nikolei, *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation*, Temple University Legal Studies Research Paper, 31.03.2012, s. 2, (<https://ssrn.com/abstract=2115203>, erişim: 08.10.2024).

⁶³ SWAN, s. 6; MIGNON, s. 3; *On-chain* transfere ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz II, B. *Bitcoin* Blok Zincirinde *On-Chain BTC* Transferi.

⁶⁴ HARI, s. 189- 191; STABILE/PRIOR/HINKES, s. 17; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 89-91; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45-47; HARE, s. 230-232.

Bitcoin blok zincirine özerklik sağlayan bir diğer özellik ise zincirin *P2P* (eş-lerarası ağ) protokolüne dayalı olmasıdır. Zira *P2P* protokol, ağda yapılan tüm işlemlerin kaydedildiği ve sürekli güncellenen kayıtların birer kopyasının sistem içerisinde, dünyanın herhangi bir yerinde bulunan çok sayıda kullanıcıyla paylaşımını ve eş zamanlı olarak ağda senkronize edilmesini sağlamaktadır⁶⁵. *P2P* protokolü, *Bitcoin* blok zincirinin dağıtık ve merkeziyetiz ağ yapısı ile paralel olarak, ağda yapılmış tüm işlemlerin birer kopyasının ağdaki kullanıcılarda saklanmasına olanak sağlamaktadır⁶⁶.

Dolayısıyla, söz konusu teknik özelliklerle herhangi bir aracı kuruma ve/veya güvenilir üçüncü bir kişiye ihtiyaç duyulmayan âdem-i merkeziyetçi bu yapıda, ağda yapılmış tüm işlemler kriptografi⁶⁷ ile şifrelenmiş ve (dijital) zaman damgasına⁶⁸ sahip olarak geri alınamaz ve tamamen imkânsız olmasa da değiştirilemez (*immutable*)⁶⁹ bir şekilde bloklara kaydedilmektedir⁷⁰. *Bitcoin* blok zincirinde, her

⁶⁵ SERT, s. 49.

⁶⁶ YAVUZ, Melih, "Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme", Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019, C. 4, S. 1, s. 16, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/fesa/issue/44215/498053>, erişim: 04.10.2024).

⁶⁷ Kriptografi: "Bir verinin içermiş olduğu bilgilerinin istenmeyen taraflarca erişilebilir olmasını engellemek amacıyla kullanılan şifreleme yöntemidir.[...]", BLOCKCHAIN TÜRKİYE PLATFORMU, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLERİ ÇALIŞMA GRUBU, s. 20.

⁶⁸ Zaman damgası (dijital zaman damgası), "[...] dijital verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla [...] elektronik imza ile doğrulanan kayıttır. [...] Dijital verilerin oluşturulma ve uygulama işlemlerinin gerçekleştirilme ve onay zamanlarını kesin biçimde belirlemek amacıyla kullanılır. [...] Zaman Damgası Sunucusu, zaman damgalarını imzalamak için açık anahtar teknolojisini kullanarak, verinin bütünlüğünü ve belirli bir tarihteki varlığını onaylar.". TNB TEKNOLOJİ, Zaman Damgası Nedir? (<https://www.tnbteknoloji.com.tr>, erişim: 20.09.2024).

⁶⁹ Bu noktada, blok zincirindeki kayıtların değiştirilemez olma kavramı, kesin ve hiçbir şekilde kayıtların değiştirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Ağda yapılmış ve blok olarak zincire geçerli olarak kaydedilmiş bir işlem belirli bir dereceye kadar değiştirilemez ve ancak imkânsız değildir. Öyle ki, örneğin, bir işlem kaydı, herhangi bir hata içeriyorsa bu hatayı geri çevirmek ancak aynı işlemin hata içermeyen versiyonunun ağda onaylanmasını müteakip söz konusu olabilmektedir. Zira bu durumda hatalı işlem de yeni işlem de ağda görünür olmaktadır. *BTC* blok zincirindeki işlemlerin değiştirilmesi imkânsız olmasa dahi, oldukça zordur. Aynı şekilde eşler arası ağda dağıtık bir şekilde saklanan kayıtlar ise, kendinden önceki tüm bloklar değiştirilmeden ve ağda mutabakat sağlanmadan geriye yönelik değiştirilememektedir. BACON, Jean/ MICHELS, Joan David/MILLARD, Christopher, "Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers", Richmond Journal of Law & Technology, No. 1, 2018, s. 4-8, (<https://www.westlaw.com>, erişim: 03.10.2024); STABILE/PRIOR/HINKES, s. 20; BLOCKCHAIN TÜRKİYE, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU, s. 23; TEMPLIN, Sarah, "Blocked-Chain the Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts", Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 32, 2019, s. 957-959, (<https://plus.lexis.com>, erişim: 01.10.2024).

⁷⁰ MURRAY, Marryanne, Blockchain Explained, 15.08.2018, (<http://graphics.reuters.com/TECHNOLOGY-BLOCKCHAIN/010070P11GN/index.html>, erişim: 18.10.2024); STABILE/PRIOR/HINKES, s. 20; BLOCKCHAIN TÜRKİYE, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU s. 23.

blok bir önceki bloğun parmak izi niteliğinde olan *hash*'iyle⁷¹ ilişkilendirilerek bir birbirine bağlanarak blok zincirini oluşturmaktadırlar⁷².

Bitcoin blok zinciri, ağda yapılmış bir *BTC* transfer işleminin geçerli kılınması ile yeni bir blok içerisine kaydedilerek zincire eklenmesi için ise işin ispatı (*Proof of Work/PoW*) mutabakat mekanizması algoritması (*consensus mechanism*) kullanılmaktadır⁷³. Ağda kullanıcılar tarafından yapılan *BTC* işlemleri, herhangi bir ülkede bulunan madenciler (*miners*)⁷⁴ tarafından yürütülen madencilik (*mining*)⁷⁵ faaliyeti sonucu işin ispatı (*Proof of Work - PoW*) ile geçerli kılınmaktadır. Bu şekilde geçerli

⁷¹ 2010 yılında *Nakamoto* tarafından *Han Finnley*'e yapılan 10 *BTC*'lik transfer işlemi de dahil olmak üzere bugüne kadar yapılmış tüm *BTC* transferlerinin hangi kullanıcı adreslerine yapıldığı tek tek bloklara kaydedilmektedir. Blok zinciri teknolojinin orijinal olup olmadığı zincirde yer alan her bir bloğun *hash*'i ile tespit edilebilmektedir. Nitekim her bir blok kendinden önceki bloğun *hash*'ini taşımaktadır. Bu sebepten ki, dışarıdan yapılacak bir müdahale, müdahale edilen bloktan sonraki her bir bloğun *hash*'inin ve dolayısıyla girdisinin değişmesine sebep olacaktır. Bu şekilde oluşan bloklar zincirinde, herhangi bir blokta yapılan ufak bir değişiklik bile, o bloğun çıktısı niteliğinde olan *hash*'ini değiştirecektir. Bu durum ise blok zincirinde yer alan ve izleyen her bloktaki *hash*'in değişmesine sebep olacaktır. Bu durumda artık blok zincirinin orijinal olmadığı anlaşılabacaktır. GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45 ve 50; BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, Muhammed, Fatih, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*, 08.08.2019, s. 3-4, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713, erişim: 26.09.2024); KAUR, Guneet, *Who is Hal Finney: Behind the Scenes of the First Bitcoin transaction*, 25.02.2024, (<https://cointelegraph.com>, erişim: 08.10.2024).

⁷² Blok zincirinde bloklar birbirlerine zincir şeklinde bağlanırken zincir içerisindeki her bir işlem/veri bloklarda kayıt altına alınmaktadır. Birbirini takip eden bloklar ise zincirde bulunan ve kendisinden önce üretilmiş bloklarda yer alan bu kayıtları kendi yapısına "*hash*" adı verilen bir bileşen sayesinde eklemektedir. Daha teknik ifadeyle, bir blok zincirinde üretilen ve birbirini takip eden her bir blok kendisinden önceki bloğun özetini ve parmak izi niteliğinde olan ve *hash* adı verilen sabit uzunluktaki bir çıktısını da kendi blok yapısına ekleyerek kesintisiz bir şekilde blok zincirini oluştururlar. GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45; BİLGİLİ/CENGİL, Kripto Paraların Eşya Niteliği, s. 3-4.

⁷³ Kripto para blok zincirlerinde kripto para üretmek ve zincirde yapılan birbirinden bağımsız işlemlerin doğruluğunun onaylanması ve dağıtık ağ yapısında oluşan her bir bloğun geçerli kılınması için kullanılan en yaygın mutabakat mekanizmaları İş İspatı (*Proof of Work - PoW*) ve Pay İspatı (*Proof of Stake - PoS*) mekanizmalarıdır. Blok zinciri ağında, ağda bulunan varlıkların belirli bir yüzdesi kadar hisse ya da jetona sahip olan kullanıcının blok oluşturma ve doğrulama hakkını elde ettiği mutabakat algoritmasına pay ispatı (*PoS*) denmektedir. Pay ispatında, iş ispatının (*PoW*) aksine bu kullanıcılar üretilen blok için ödül kazanmamakta cüzdanlarında tuttukları kripto parayla doğru orantılı olacak şekilde ödül kazanmaktadırlar. Pay ispatında, madencilik işlemi yapılmamaktadır. Pay ispatı (*PoS*), *Cardano*, *ETH02* (*Ethereum02*) ve diğer birkaç yeni blok zinciri tarafından kullanılan mekanizmadır. MENDİ, Arif/ÇABUK Alper, "Bitcoin'in Arkasındaki Güç: Blockchain" *GSI Journals Serie C: Advancements in Information Sciences and Technologies*, No: 1, Issue: 1, 2018, s. 16, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/aist/issue/40358/481946>, erişim: 10.10.2024).; DE FILIPPI, Primavera, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: The Pitfalls of a Trustless Dream*, *Decentralized Thriving: Governance and Community on the Web 3.0*, 2019, s. 1, (<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02445179>, erişim: 05.09.2024); GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 75 vd; BLOCKCHAIN TÜRKİYE, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU, s. 26.

⁷⁴ Madenci kavramı, bir blok zincirinde yaptıkları hesaplarla zincirdeki işlemleri geçerli kılan kullanıcılara verilen addır. REIJERS Wessel/O'BROLCHAIN Fiachra/HAYNES, Paul, "Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories", *Ledger Journal*, Vol. 1, 2016, s. 136, (<https://doi.org/10.5195/ledger.2016.62>, erişim: 24.09.2024).

⁷⁵ Madencilik işlemi, bir bloğun, dolayısıyla bloğun içine kaydedilecek yeni işlemin geçerli kılınması için, bilgisayar gücü kullanılarak zor ve karışık bir matematiksel işleminin çözülmesi olarak tanımlanabilir. GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 64.

kılınan işlemler, yine coğrafi olarak birden çok bölgede, ülkede veya kuruluştaki yer alan birden çok kullanıcının üzerinde mutabakata varması halinde onaylanmaktadır⁷⁶. Ağda onaylanan bu işlem bloklara kaydedildiğinde transfer işlemi yeni bir kayıt olarak ağda çoğaltılmakta ve birer kopyası ağa dağıtılmaktadır⁷⁷.

Sonuç olarak, yukarıda yer verdiğimiz teknik özellikler ile ağ yapısı, *BTC*'nin sınır ötesi erişimini sağlamakta⁷⁸ ve dolayısıyla çalışma konumuzu oluşturan (A) ile (B) arasında *on-chain* olarak gerçekleştirilen 20 *BTC* transfer işleminin milletlerarası niteliğe haiz olup olmadığının değerlendirilmesini gündeme getirmektedir⁷⁹. Ancak, milletlerarası özel hukuk bağlamında, *on-chain* transfer işleminin yabancı-lık unsuru ihtiva edip etmediğine ilişkin incelemelerin daha net bir şekilde ortaya koyabilmek adına, öncesinde işlemin teknik detaylarına yer vermekte fayda vardır.

B. Bitcoin Blok Zincirinde On-Chain BTC Transferi

Bitcoin blok zincirinde *BTC* transferi, zincir içerisinde (*on-chain*) yapılabilceği gibi, zincirin dışında da (*off-chain*) yapılabilir. Bu noktada, çalışma içerisinde anlam karmaşasının önüne geçebilmek adına her ne kadar "*BTC transferi*" ibaresi kullanılmış ise de önemle belirtmek isteriz ki, *Bitcoin* blok zincirinde yapılan *BTC* transfer işlemi kapsamında aslına bakılırsa dijital ya da somut olarak bir varlığın transferi söz konusu olmamaktadır. Burada aksine blok zinciri içerisinde yer alan bir *BTC* üzerinde yeniden işlem yapabilmeye ilişkin hak sahipliğinin hangi kullanıcıda olduğuna dair kayıt değiştirilmektedir.

Diğer bir ifadeyle, *BTC*'nin transfer edilmesi söz konusu olmamaktadır. Bunun yerine işleme konu edilen *BTC* üzerindeki kontrol kabiliyeti, yapılan işlem sonrasında kullanıcılar tarafından onaylanıp bir blok olarak kaydedilmekte ve dolayısıyla zincirdeki kayıtlar vasıtasıyla değiştirilmektedir. Öyle ki, *Bitcoin* blok zinciri içerisindeki *BTC*'nin, ağdaki bir kullanıcıdan diğerine devredilerek el değiştirdiğini gösteren kayda blok zincir işlemi ya da konumuz itibarıyla *BTC* transferi denilmektedir. *BTC*'lerin üzerindeki kaydın bu şekilde değiştirilmesine, yani kontrolün transferine ilişkin bu işlemler bir veri bloğu olarak *Bitcoin* blok zincirine kaydedilmektedir⁸⁰.

⁷⁶ USTA/DOĞANTEKİN, s. 23-24; BLOCKCHAIN TÜRKİYE PLATFORMU, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLERİ ÇALIŞMA GRUBU, s. 26; MENDİ/ÇABUK, s. 16.

⁷⁷ GOFORTH, Carol, The Case for Preempting State Money Transmission Laws for Crypto-Based Businesses, Arkansas Law Review, Vol. 73, No. 2, s. 307, (<https://plus.lexis.com>, son erişim: 06.10.2024) GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 53; BLOCKCHAIN TÜRKİYE, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLER, ÇALIŞMA GRUBU, s. 13.

⁷⁸ BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, s. 2; USTA, Ahmet/DOĞANTEKİN, Serkan, Blockchain 101 v2, 2019, s. 9, (<https://www.bkm.com.tr>, erişim: 14.09.2024).

⁷⁹ *On-chain* transfer işleminin görsel olarak örneklendirildiği şema için bkz. I. Çalışma Konusunun Sınırlandırılması, Şema 1, s. 11.

⁸⁰ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 88; ÇEKİN, s. 4.

Zincir dışında (*off-chain*) yapılan işlemler, adından da anlaşılacağı üzere ana *Bitcoin* ağının dışında gerçekleşen ve dolayısıyla ana blok zincirine kaydedilmeyen veya ağdaki düğümlere yayınlanmayan işlemlerdir⁸¹. *Lightning Network*⁸² işlemleri ikinci katmanda yani zincir dışında gerçekleşen işlem türüne örnek olarak gösterilebilir.

Kripto para borsalarında da zincir dışı (*off-chain*) işlemler yapılmaktadır. Örneğin daha hızlı bir ticaret için *Binance* gibi kripto para platformunda işlemler, *Binance*'in kendi dahili defteri üzerinde gerçekleşmektedir. Yani işlemler blok zincirine kaydedilmemekte ve işlemlerin yönetimi değişim platformunun bizzat kendisi tarafından yönetilmektedir⁸³. Bu şekilde kripto para borsalarında işlem yapan kullanıcılar, ağda bir düğüm çalıştırmadıkları gibi, ağ üzerinde bizzat işlem yaptıkları bir cüzdana da sahip olmamaktadırlar ve işlemler zincir dışı (*off-chain*) yapılmaktadır. Yani işlemler blok zincirine kaydedilmemekte ve işlemler kripto para platformu tarafından yönetilmektedir. Bu her ne kadar işlemlerin daha hızlı gerçekleşmesine olanak sağlasa da şeffaflığı azaltan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁴.

Bunlarla beraber, *Bitcoin* blok zincirinde *BTC*'ye dair işlemler, çalışma konumuzda söz konusu olduğu gibi (A) ve (B) arasında birinci katmanda, yani direk ana *Bitcoin* ağının içerisinde bizzat ağdaki iki kullanıcı arasında ve tarafından gerçekleştiriliyorsa, bu işlemler *on-chain* işlem olarak tanımlanmaktadır. Zira, tarihte elektronik ortamda ilk *on-chain* *BTC* transferi *Nakamoto*'nun *Han Finley*'e 10 *BTC* yollamasıyla 2009 yılının ocak ayında gerçekleşmiştir⁸⁵. Bu durumda (A) ve (B), *Bitcoin* blok zincirinde 20 *BTC*'nin *on-chain* olarak transferini, kendi bilgisayarlarına yükledikleri *Bitcoin Core* gibi yazılımlar aracılığıyla edindikleri *BTC* cüzdanı ile ve herhangi bir platform aracılığı olmaksızın kendileri bizzat zincir içerisinde gerçekleştirmektedirler⁸⁶.

⁸¹ MOUNT, Michelle, "Bitcoin Off-Chain Transactions: Their Invention and Use", Georgetown Law Technology Review, Volume 4.2., 2020, s. 688 vd., (<https://georgetownlawtechreview.org>, erişim: 05.01.2025); BITCOIN MAGAZINE, Bitcoin Glossary of Terms", s. 9, (<https://bitcoinmagazine.com>, erişim: 28.04.2024).

⁸² *Lightning Network*, *Bitcoin* için özel olarak tasarlanmış, hızlı, ucuz ve gizli ödemeler sağlayan bir Katman 2 protokolüdür. Ödeme kanallarından oluşan bir üst ağ olan *Lightning Network* işlemleri, *Bitcoin*'in ana blok zincirine kaydedilmez. Sadece kanal açılışı ve kapanışı işlemleri blok zincirine işlenir. Bu sayede çok sayıda *Lightning* işlemi, daha az sayıda *Bitcoin* blok zinciri işlemiyle gerçekleştirilebilir. BITCOIN MAGAZINE, s. 8.

⁸³ MOUNT, s. 690 vd.

⁸⁴ HOUBEN/SNYERS (Legal Context), s. 25-26; CHAINALYSIS REPORT, s. 10; STABILE/PRIOR/HINKES, s. 19.

⁸⁵ KAARU, Steve, 13 years ago, Satoshi Nakamoto sent Hal Finney 10 bitcoins in Bitcoin's first transaction ever, 12.01.2022, (<https://coingeek.com/13-years-ago-satoshi-nakamoto-sent-hal-finney-10-bitcoins-in-bitcoins-first-transaction-ever/>, erişim: 01.09.2024).

⁸⁶ ICYPEX, On-chain ve Off-Chain Nedir? Çalışma Prensibi Nasıldır?, 29.03.2023, (<https://icrypex.com.tr/>, erişim: 17.09.2024); *On-chain* transfer işleminin görsel olarak örneklendirildiği şema için bkz. I. Çalışma Konusunun Sınırlandırılması, Şema 1, s. 11.

Bu doğrultuda, (A) (B)'ye 20 BTC göndermek istediğinde, ilk olarak (A), (B)'nin BTC cüzdanı tarafından üretilen genel anahtarı öğrenerek, transfer talimatını (B)'nin genel anahtarı ile kilitleyecektir. Bu 20 BTC'lik transfer işleminin blok zincirine gönderilmesinden önce, (A)'nin cüzdanı bu işlemi (A)'nın özel anahtar ile imzalayacaktır⁸⁷.

Bu aşamadan sonra (A)'nın cüzdanında yeterli (en az 20) BTC olup olmadığı, (A) ve (B)'nin kayıtlı kullanıcı olup olmadığı gibi temel kontrollerin yapılması ve bilgilerin onaylanması için, bu işleme ilişkin detaylar, dünyanın farklı ülkelerinde bulunmaları kuvvetle muhtemel olan ağdaki diğer düğümlere gönderilecektir. İşleme ait kontrollerin yapılmasını ve bilgilerin onaylanmasını müteakip, bu 20 BTC transferini de içeren onaylanmış bir dizi işlem teyit edilmemiş işlem havuzunda (*memory pool*) biriktirilerek, coğrafi olarak farklı yerlerde bulunması olası madenciler tarafından madencilik işlemi yapılması için bekleyecektir⁸⁸. Madencilik zamanı geldiğinde ise madenci düğümler, teyit havuzunda bekleyen işlemler arasından daha yüksek ödül veren işlemlere önceliği vererek, bu teyit havuzunda bekleyen işlemleri bir sonraki bloğu oluşturacak şekilde gruplandıracaktır⁸⁹. Bu gruplandırmanın ardından madenci düğümler matematiksel hesaba dayalı işin ispatı (*PoW*) mutabakat algoritmasını çözerek işlemi geçerli kılacaktır.

Madenci düğümler işlemi bu şekilde doğruladıktan sonra, (A)'nın (B)'ye yollamak istediği 20 BTC'ye ilişkin transfer işlemini yeni bir blok içerisinde tüm

⁸⁷ Kripto para cüzdanları, kullanıcılar ile kripto para blok zincirleri arasında etkileşimi sağlayan araçlardır. Bu bağlamda, kripto para cüzdanları kullanıcılarına, blok zinciri ağı üzerinde kripto para gönderme, alma veya cüzdandaki meblağları takip etmeleri için gerekli bilgileri üretmektedir. Bu bilgiler ise özel (*private*) ve genel/açık (*public*) anahtar çiftinden oluşmaktadır. *Bitcoin* blok zincirinin kullandığı, açık anahtarlı kriptografi olarak da adlandırılan asimetrik şifreleme yönteminde şifreleme genel anahtar ile yapılırken, bu şekilde şifrelenen verinin şifresi ancak söz konusu genel anahtarın asimetriği olan özel anahtar vasıtasıyla çözülmemektedir. *BTC* cüzdanları kullanıcılarına özel ve genel anahtar üretme ve bu anahtarları kontrol etme imkânı da sağlamaktadır. İşte *BTC* de işlevsel olarak, genellikle biri herkese açık diğeri özel olmak üzere asimetrik şifreleme kullanan bir çift veri parametresi, yani anahtar ile temsil edilmektedir. Genel anahtar, cüzdanda bulunan *BTC* hakkında değer ve işlem geçmişi gibi kodlanmış bilgileri içerir veya bunlara referans vermektedir. Özel parametre olan özel anahtar ise, *BTC* üzerinde yapılan transferlerin veya diğer işlemlerin dijital imza ile kriptografik olarak doğrulanmasına izin vermektedir. Bu anahtar ikilisi, ilgili cüzdanda bulunan *BTC*'lere erişmemize, onlarla işlem yapabilmemize ve onlar üzerinde kontrol sahibi olmamıza imkân sağlayan araçlardır. Özel anahtar, kullanıcının kendi cüzdanına erişimini mümkün kılarken, genel anahtar ise ilgili sistem/platform tarafından kullanıcıyı tanımlamak için kullanılmaktadır. SAMARKOON, Gayan, *Bitcoin Fundamentals: Step by step explanation of a peer-to-peer Bitcoin transaction*, 23.12.2012, s. 3, (<https://samarakoon-gayan.medium.com>, erişim: 07.09.2024); UKJT: "Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts", Kasım 2019, s. 10, p. 28, (<https://www.blockchain4europe.eu>, erişim: 02.04.2024); GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 39-45 ve 88; SHARMA (Crypto Wallet), s. 1-2.; STABILE/PRIOR/HINKES, s. 17; GUILLAUME, s. 53.

⁸⁸ COLLINS, Patrick, *What is a Blockchain Mempool and How Does it Work?*, 2024, s. 3-4, (<https://www.cyfrin.io/blog/what-is-a-blockchain-mempool-and-how-does-it-work>, erişim: 27.12.2024).

⁸⁹ WRIGHT/DE FLIPPI, s. 2; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 19-20; SERT, s. 49; MENDİ/ÇABUK, s. 16; GUILLAUME, s. 50; COLLINS, s. 3-4.

ağa yayacaktır. Ağda bulunan diğer kullanıcıların çoğunluğu tarafından sistemde tanımlanan kurallara uygunsa, 20 BTC transfer işleminin de yer aldığı dünyanın farklı ülkelerinde yer alan kullanıcılara dağıtılan bu blokta yer alan tüm işlemler geçerli kılınmışsa ve kullanıcılar bu blok üzerinde mutabakata varırlarsa, artık 20 BTC üzerinde kontrol kabiliyetine sahip kullanıcıya ilişkin kaydın değiştirildiği bu işlem geçerli bir işlem haline gelecektir. Ağda bu şekilde yapılan *on-chain* işlemler ve tüm detayları *Bitcoin* blok zincirine kaydedilmekte ve dünyanın rastgele farklı ülkelerinde bulunan ağdaki tüm düğümlere yayınlanmaktadır.

C. BTC'nin Özellikleri ve Kullanım Şekilleri

İlk kripto para olan BTC'nin 2008 yılında bizlere tanıtılmasından sonra, blok zinciri teknolojisinin ve kripto paraların popülerliğinin artması ile paralel bir şekilde binlerce farklı kripto para piyasaya sürülmüştür. Dağıtık kayıt defteri teknolojisinin sağladığı teknik alt yapının sunduğu imkanlar ise farklı fonksiyonlara sahip kripto varlıkların piyasa sürülmesinin önünü açmıştır⁹⁰. Piyasaya sürülen kripto varlıkların çeşitliliği ise yabancı otoriteler ile çalışma grupları tarafından kripto varlık ekosisteminde bir sınıflandırmaya gidilmesine sebebiyet vermiştir. Kripto varlıkların kendi eko sistemleri içerisinde tabi tutuldukları bu sınıflandırmanın ise ağırlıklı olarak bu varlıkların sahip oldukları özellikler ve temel fonksiyonları dikkate alınarak yapıldığı görülmüştür⁹¹.

Güncel haliyle yabancı kamu kuruluşları ve finansal otoriteler tarafından genel çerçevede içinde BTC'nin de yer aldığı kripto varlıkların ise ödeme/değişim/para jetonları (*payment/currency/exchanged tokens*) grubuna dahil edildiği ve hatta bu grubun öncüsü olduğunun ifade edildiği tespit edilmiştir⁹². Bu alt başlık içerisinde, ödeme jetonu grubuna dahil edilen BTC'nin özelliklerine ve ödeme jetonu olarak günümüzde sahip olduğu kullanım alanlarına yer vermek isteriz.

⁹⁰ GOEL, Arushi, Pathways to the Regulation of Crypto-Assets: A Global Approach, The World Economic Forum, White Paper, 2023, s. 13, (<https://www3.weforum.org>, erişim: 23.09.2024).

⁹¹ GOEL, s. 13.

⁹² EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Report on Cryptoassets, 09.01.2019, s. 4-7, (<https://www.eba.europa.eu/ebareports>, erişim: 28.09.2024).

⁹³ Her ne kadar isimlendirme bakımından farklı tabirler kullanılmış ise de kripto paralar: ödeme jetonları, hizmet jetonları (*utility tokens*), menkul kıymet/varlık/yatırım jetonları (*security/asset/investment tokens*), endeksli kripto paralar (*stable coins*) ve son olarak hibrit jetonlar (*hybrid tokens*) olarak gruplandırılmışlardır.; FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), 16.02.2018, s. 3, (<https://www.finma.ch/en>, erişim: 04.10.2024); FINMA, Fact Sheet, s. 2; BURNIE, Andrew/BURNIE, James/HENDERSON, Andrew, "Developing a Cryptocurrency Assessment Framework: Function over Form", Ledger Journal, 2018, Vol. 3, s. 24-29, (<https://doi.org/10.5195/ledger.2018.121>, erişim: 08.10.2024); EUROPEAN BANKING AUTHORITY, s. 7; HOUTEN, Robby/SNYERS, Alexander, Cryptocurrencies and Blockchain: Legal Context and Implications for Financial Crime, Money Laundering and Tax Evasion, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, European Union, Brussels, 2018, s. 21, (<https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/80a4a6/152140.pdf>, erişim: 03.10.2024), (Legal Context)..

BTC, merkeziyetsiz herkese açık, şeffaf ve güvenilir olan *Bitcoin* blok zincirinde üretilmekte ve işlem görmektedir. *BTC* ile işlem yapan kullanıcılar tamamen anonim olmayıp, takma isimlidir (*pseudo-anonymous*)⁹⁴. Öyle ki, herhangi bir devlet tarafından çıkarılmadığı gibi, yapılan işlemlerin herhangi bir banka veya resmi aracı kurum tarafından onaylanması gerekmemektedir⁹⁵. Coğrafi bir sınır olmaksızın farklı ülkelerde bulunan kullanıcıların katılımına açık olan *Bitcoin* blok zincirindeki takma isimli kullanıcılar arasında elektronik ortamda işleme konu edilebilmektedir⁹⁶. Bu durum ise, zincire katılımın takma isimli gerçekleştirdiği *Bitcoin* blok zincirinde *BTC* ile yapılan işlemlerde takma isim ile açılan *bitcoin* adreslerinin⁹⁷ farklı yollarla da olsa takip edilebilmesini mümkün kılmaktadır⁹⁸.

Varlığını *Bitcoin* blok zincirinde sürdüren ve bu işlem üzerinde üretilip işlem gören *BTC*'nin fiziksel bir formu yoktur. *BTC*, özünde kendine ait bir blok zinciri ağı içerisinde yer alan ve bu ağ içerisinde kaydedilen sayılar dizisinden başka bir şey değildir⁹⁹. Kendi ekosistemi içerisinde, dijital ortamda yapılan işlemleri güvenli kılmak, onaylamak ve yeni kripto paraların oluşturulması adına oldukça sofistike bir şifreleme yöntemi olan kriptografi kullanılmaktadır. *BTC*'nin fiziki ve cismani bir varlığa sahip olmayan soyut ve gayri maddi (*intangible*) bir varlıktır. *BTC* ancak elektronik ortamda *BTC* cüzdanlarında saklanabilmekte ve *BTC*'yle işlem ancak bu cüzdanlar vasıtasıyla mümkün olabilmektedir¹⁰⁰. Nitekim, Türk hukukunda Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik¹⁰¹

⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. II, A. *Bitcoin* Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi.

⁹⁵ HOUBEN/SNYERS, (Legal Context), s. 51.

⁹⁶ *United States v. Ulbricht*, 31 F. Supp. 3d 540 (S.D.N.Y. 2014) Case, (https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-11/?PHONE_NUMBER_GROUP=P, erişim: 07.09.2024).

⁹⁷ Her cüzdan, örneğin bir *BTC* cüzdanı, kendine özgün bir *bitcoin* adresine sahiptir ki, bu adres, paylaşıldığında diğer kullanıcılardan *BTC* ile ödeme kabul edebilmemizi mümkün kılmaktadır. Bu cüzdanlar aslında alfasayısal karakterlerden oluşan *bitcoin* adresini, taratılabilen QR koduna çevirebilme imkânı sunmaktadır. COINTELEGRAPH, How to Accept Bitcoin in My Store? A Guide to Getting Paid in BTC, (<https://cointelegraph.com/learn/how-to-accept-bitcoin-a-guide-to-getting-paid-in-btc>, erişim: 30.10.2024).

⁹⁸ Günümüzde artık *Bitcoin* gezginleri, *bitcoin* blok zincirindeki işlemleri eşleştirmeyi mümkün kıldığından, işlemler de takip edilebilir hale gelmektedir. Dolayısıyla *Bitcoin* blok zinciri gezginleri (*Bitcoin explorers*) aracılığıyla *bitcoin* işlemleri kolayca takip edilebildiğinden artık *Bitcoin* işlemlerinin tamamen isimsiz yapılması neredeyse imkânsız hale gelmeye başlamıştır. Diğer bir anlatımla, her ne kadar kişinin gerçek ismi bilinmese de kullanıcının takma ismiyle yaptığı işlemlerin gerek gelişen teknoloji çerçevesinde bulunan blok zinciri gezginleri (*blockchain explorers*) gerekse kripto para ekosistemine dahil olan aktörlerin de etkisiyle takip edilebilir niteliğe haiz olduğu söylenebilecektir. VOS, Christiaan, Are Bitcoin Transactions Anonymous and Traceable?, 3.09.2022, (<https://cointelegraph.com>, erişim: 22.08.2024); HOUBEN/SNYERS (Legal Context), s. 51, tablo 2; VAN WIRDUM, Aaron, Is Bitcoin Anonymous? A Complete Beginner's Guide, 18.11.2015, (<https://bitcoinmagazine.com>, erişim: 01.10.2024); SAMARKOON, s. 3.

⁹⁹ *United States v. Ulbricht*, 31 F. Supp. 3d 540 (S.D.N.Y. 2014) Case, (https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-11/?PHONE_NUMBER_GROUP=P, erişim: 07.09.2024).

¹⁰⁰ HARI, s. 189-191; STABILE/ PRIOR/HINKES, s. 17; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 89-91; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45-47; HARE, s. 230-232.

¹⁰¹ 16.04.2021 tarihli 31456 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

m.3 ile 7518 sayılı SPK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişik 6362 sayılı SPK m.3(z)(bb) kapsamında da kripto varlıkların gayri maddi olduğuna dair tanımlamalara açıkça yer verilmiştir.

Mübadale edilebilme ve birbiriyle değiştirilebilme (*fungibility*)¹⁰² özelliğine haizdir ve direk itibari paraya çevrilebilmektedir. Zira, her biri bir diğeriyle eş değer olan ve aynı malları veya hizmetleri satın almak için kullanılan *BTC*'ler birbirleriyle takas edilebilmektedir. Dijital ortamda işlem gören *BTC*, *Coinbase*, *Binance*, *BTCTürk* gibi birden çok kripto para değişim platformlarından itibari para karşılığında satın alınabileceği gibi, kullanıcı sahip olduğu *BTC*'nin bu platformlar vasıtasıyla direk itibari paraya da çevrilebilmektedir¹⁰³. Bununla beraber, şu anda dolaşımda olan kripto paralar nazara alındığında *BTC*'nin direk itibari paraya çevrilmesi en kolay olan kripto paralardan olduğu söylenebilir. Aralık 2024 itibariyle Türkiye'de toplamda 7 adet *BTC ATM*'si vardır¹⁰⁴.

BTC'nin arzı 21.000.000 adet ile sınırlıdır¹⁰⁵ ve kendi içsel değeri yoktur. *Bitcoin* blok zincirini başlangıç bloğunda (*Genesis Block*)¹⁰⁶ *BTC*'nin arzı 21 milyon ile sınırlandırılmıştır, yani ancak 21 milyon adet *BTC* madenciliği yapılacak ve piyasa da sirkülasyonu olabilecektir¹⁰⁷. Değeri, günlük olarak dalgalanan kur oranına ve piyasada işleme konu edilmesiyle oluşan arz-talep dengesine göre belirlenmektedir¹⁰⁸. Yabancı literatürde yapılmış sınıflandırmalarda kendi eko

¹⁰² "[...] *Fungibility* kavramının Türkçe karşılığı, ikame edilebilirlik veya değiştirilebilirlik olarak kullanılmaktadır. *Fungibility* olma özelliğine sahip bir varlık, diğer birimleri ile kolayca ikame olabilmeye özelliğine sahiptir. Başka bir ifadeyle *fungible* bir varlığın her birimi, söz konusu varlığın aynı geçerliliğe ve piyasa değerine sahip özdeş parçalarıyla alınıp satılabilir veya takas edilebilir. *Fungible* varlıklara kriptoparalar, fiat paralar, hisse senetleri, altın vb. varlıklar örnek olarak verilebilir. [...] BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, *Fungibility Nedir? Fungible ve Non-Fungible Farkı Nedir?*, 05.06.2024, (<https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/fungibility-nedir/>, erişim: 31.10.2024).

"[...]Kripto paralar bağlamında *fungibility* herhangi bir dijital varlığa ait bir birimin, söz konusu kripto paranın başka bir birimi yerine geçebildiği veya bir başka birimi ile takas edilebildiği durumu ifade eder. Yani, dijital varlığın tüm birimleri aynı değere ve işlevselliğe sahiptir. Bu nedenle birbirinin yerine kullanılabilirler. [...]". BİTLO AKADEMİ, *Fungibility*, 30.07.202, (<https://akademi.bitlo.com/sozluk/fungibility>, erişim: 09.09.2024).

¹⁰³ HOUBEN/SNYERS (Legal Context), s. 31-33.

¹⁰⁴ Coin ATM Radar'ın verilerine göre Türkiye'de güncel olarak toplam 7 adet *BTC ATM*'si bulunmaktadır. COIN ATM RADAR, *Bitcoin ATMs in Turkey*, (<https://coinatmradar.com>, erişim: 25.10.2024).

¹⁰⁵ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 197.

¹⁰⁶ Başlangıç bloğu, her bir blok zincirinin, zincirde yer alan blokların kapasitesine, bir bloğun kapasitesi dolunca ne yapılacağına, yeni blokların üretilme şartlarına, verilerin blok zincirde nasıl takip ve kontrol edileceğine, nasıl saklanacağına ilişkin kendine ait özellikleri ve kuralları barındırmaktadır. SHERRY, Benjamin, *What is the Genesis Block in Bitcoin Terms?*, 28.08.2024, (<https://www.investopedia.com/genesisblock>, erişim: 20.09.2024); BUY BITCOIN WORLD WIDE, *How Many Bitcoins are There?*, (<https://www.buybitcoinworldwide.com>, erişim: 31.10.2024).

¹⁰⁷ 2024 Ekim ayı itibariyle dolaşımda olan yani madenciliği yapılmış *BTC* adeti 19,768,346'dur. COINMARKETCAP, *Bitcoin (BTC)*, (<https://coinmarketcap.com/bitcoin>, erişim: 16.10.2024).

¹⁰⁸ KAPLANOV, s. 2.

sistemi içerisinde ödeme jetonu¹⁰⁹ grubuna dahil edilmiş olan *BTC*'nin değeri o kripto paradan kaç tane üretileceğinin sabitlenmiş olmasına bağlıdır¹¹⁰. Bununla beraber, satıcıların mal ve hizmet karşılığında kripto para kabul ediyor olmaları da *BTC*'nin değerini belirleyen bir diğer unsur olarak karışımıza çıkmaktadır¹¹¹.

Herhangi bir devlet tarafından tedavül edilmediği gibi, El Salvador¹¹² ve Orta Afrika¹¹³ Cumhuriyeti dışında, herhangi başka devlet tarafından da *BTC*'ye yasal ödeme gücü verilmemiştir. Kendisine yasal ödeme gücü verilmediği için hukuki anlamda para birimi (*currency*) olarak da kabul edilememektir. Yasal ödeme gücü vermemiş olmalarına karşın, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İngiltere, Kanada gibi ülkelerde ve Avrupa Birliği'nde *BTC*'nin kullanımı hukuka aykırı sayılmamakta ve kullanımına izin verilmektedir.

Öte yandan, aralarında Çin ve Suudi Arabistan'ın içlerinde yer aldığı birçok ülkede *BTC* kullanımını hukuka aykırı kabul etmektedir¹¹⁴. Türkiye'de ise yasa dışı kabul edilmemiş ise de 2021 tarihli Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik kapsamında kripto varlıkların çeşitli alanlarda ve daha da önemlisi ödemelerde kullanılması açıkça yasaklanmıştır¹¹⁵.

İster devletlerce yasal ödeme gücü verilmiş olsun isterse verilmemiş olsun *BTC*'nin günlük hayatta ve ticari hayatta değişim/ödeme aracı olarak kullanımı gün geçtikçe artış göstermektedir. *BTC*, aralarında *Microsoft*, *Expedia*, *Virgin*

¹⁰⁹ Her ne kadar isimlendirme bakımından farklı tabirler kullanılmış ise de kripto paralar: ödeme jetonları, hizmet jetonları (*utility tokens*), menkul kıymet/varlık/yatırım jetonları (*security/asset/investment tokens*), endeksli kripto paralar (*stable coins*) ve son olarak hibrit jetonlar (*hybrid tokens*) olarak gruplandırılmışlardır.; FINMA, (ICOs Guideline), s. 3-5; FINMA, Fact Sheet, s. 2; BURNIE/BURNIE/ HENDERSON, s. 24-29, EUROPEAN BANKING AUTHORITY, s. 7; HOU-BEN/SNYERS, (Legal Context), s. 21.

¹¹⁰ *BTC*'nin mucidi Satoshi Nakamoto tarafından oluşturulan ve 50 *BTC* barındıran başlangıç bloğunda arzı 21 milyon ile sınırlandırılmıştır. BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, Neden Yalnızca 21 Milyon Adet Bitcoin Çıkarılabilir?, (<https://www.btcturk.com>, erişim: 27.09.2024).

¹¹¹ HENDERSON, Andrew/BURNIE, James, "Sake-keeping Crypto-Assets: a Push for Principle", 2018, Journal of International Banking and Finance Law, 01.12.2018, s. 2-3, (<https://plus.lexis.com>, erişim: 19.09.2024).

¹¹² 9 Haziran 2021 tarihinde El Salvador hükümeti, *BTC*'yi ülke içinde yasal para birimi yapan yasayı resmî gazetede yayımlamıştır. Yasa, 7 Eylül 2021'de yürürlüğe girmiştir. ARSLANIAN, Henri / DONOVAN, Robert/BLUMENFELD, Matthew vd.ve diğerleri: El Salvador's law: a meaningful test for Bitcoin, PWC Business Services, 2021, s. 3, (<https://www.pwc.com>, erişim: 25.09.2024).

¹¹³ SYED, Hassan/DE KIEV, Laurent Cleenewerck/KATTERBAUER, Klemens, The Impact of the Legalization of Bitcoin in the Central African Republic -A Legal Analysis, 2022, s. 1-3, (<https://www.researchgate.net>, erişim: 25.09.2024).

¹¹⁴ BAJPAI, Prableen, Countries Where Bitcoin is Legal ang Illegal, Makalenin Son güncellenme Tarihi: 30.06.2024, s. 5-6, (<https://www.investopedia.com>, erişim: 17.10.2024).

¹¹⁵ Yönetmelik ile bu şekilde yapılan düzenlemelerin kanunilik ilkesi çerçevesinde, temel ve hak özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve sadece kanunla sınırlandırılacağına yönelik kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair görüş için bkz ÇETİN, s. 52.

Galactic, Gyft (gift cards for dozens of merchants) gibi büyük firmaların yer aldığı yabancı online şirketler ve satıcılar tarafından bir gelir kaynağı olarak görülmektedir. Bu şirketler BTC'yi sattıkları mal/hizmet bedeli karşılığında ödeme aracı olarak kabul etmektedirler. Türkiye'de de farklı alanlarda faaliyet gösteren şirketler de BTC ile ödeme kabul etmektedir¹¹⁶. Bu şirketler sattıkları mal/hizmet bedeli karşılığında BTC'yi ödeme olarak kabul etmektedir.

İnternet üzerinden yapılan alışverişlerde kabul edilmesinin yanı sıra, BTC artık günlük hayatta mağaza içi fiziki alışverişlerde de bir mübadele/ödeme aracı olarak da kabul edilmeye başlanmıştır. Amerika'nın Miami eyaletinde bulunan *Ralph Lauren* mağazası, *Newegg (electronics)*, yine Amerika Birleşik Devletleri'nin Newyork eyaletinde bulunan Metropolitan Sanat Müzesi (*Metropolitan Museum of Art*) gibi mağaza ve işletmeler fiziki olarak yapılan alışverişlerde BTC ile ödeme kabul etmektedirler¹¹⁷. Hatta Türkiye'de bulunan teknoloji firması 3Dörtgen şirketi 2016 yılında, henüz 2021 tarihli Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik çıkarılmamışken, çalışanlarının maaş ödemesini BTC ile yapmıştır¹¹⁸.

III. ON-CHAIN BTC TRANSFERLERİNİN MİLLETLERARASI KARAKTERİ

A. 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Yabancılık Unsuru

Herhangi bir hukuki olay veyahut ilişkinin milletlerarası özel hukukun uygulama alanına girebilmesi için her şeyden önce o meselenin milletlerarası karaktere sahip olması gerekmektedir¹¹⁹. Milletlerarası niteliğe haiz olma ise o ilişkinin birden çok hukuk düzeniyle irtibatlı olması halinde söz konusu olmaktadır. İşte, yabancılık unsuru, bir hukuki olay ya da ilişkinin, forum devletinden başka bir devletin veya birden çok devletin hukuku ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan maddi vakıalardan ya da hukuk seçiminin mümkün olduğu meselelerde taraf iradesinden doğan bir unsur olarak karınıza çıkmakta ve o ilişkiye milletlerarası nitelik kazandırmaktadır¹²⁰.

¹¹⁶ Bu şirketlerden bazıları ise; Dr. Ali Özgür (Bursa), İstasyon Eczanesi (Bilecik), İkarus Mental Aritmetik (İzmir), Astekin Hukuk ve Danışmanlık (Ankara), Translation Genie (Ankara), Merkur Design Digital Web Solutions (Ankara), Atam Lawyers & Consultants (Alanya), Platin Market (İstanbul), Demir Yapı İnşaat (Lüleburgaz), Zihni Müzik (İstanbul), Doğan Perde (İstanbul), Hasret Kırtasiye (Manisa), İvmec Mechatronics (Ankara), Karaburun Apart Houses (İzmir), Reset OTB Reklam Ajansı (Ankara), Saydam Bilişim (Çevrimiçi). ASLAN ATEŞ, Burcu: "Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi", Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2016, C. 7, S. 1, s. 358 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/253802>, erişim: 20.08.2024).

¹¹⁷ BITPAY, Who Accepts Bitcoin?, (<https://bitpay.com/directory/>, erişim: 29.10.2024).

¹¹⁸ ASLAN ATEŞ, s. 358.

¹¹⁹ NOMER, s. 5; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 6; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 5.

¹²⁰ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, 2016, s. 5; ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM, s. 9.

5718 sayılı MÖHUK¹²¹ kapsamında, Kanun'un "[...] *Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler [...]*"e uygulanacağı açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ancak ne yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine ne de bu unsurun tanımlanmasına açıkça yer verilmiştir.

Buna karşın, Türk doktrininde bir meselenin milletlerarası niteliği haiz olduğunun kabulü ve dolayısıyla MÖHUK'un uygulama alanına girebileceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu bağlamda hukuki kriteri nazara alan klasik anlayışa göre, bir meselenin, yer ya da kişi itibarıyla, yani tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin ifa yeri, işlemin yapıldığı yer, tarafların iş yeri, tarafların mutad meskeni, tarafların ikametgahları, borcun ifa yeri ya da sözleşmenin akdedildiği yer veya sözleşmenin konusu olan şeyin/malın bulunduğu yer bakımından birden çok devlet hukukuyla ya da forum devletinden başka bir devlet ile de bağlantılı olması halinde yabancılık unsurunun varlığı kabul edilecektir¹²². Bu şekilde birden çok devlet hukuku ile irtibatlı olan meselenin bir mahkeme önüne getirilmesi halinde, artık meseleye birden çok devlet hukukunun uygulanması gündeme gelecektir.

Bununla beraber, Türk öğretisinde özellikle sözleşmeler bağlamında bir sözleşmenin milletlerarası¹²³ niteliğe haiz olmasına ilişkin yapılacak farklı kriterler gözetilen görüşler mevcuttur¹²⁴.

Bir görüş, sözleşmelerin milletlerarası niteliğe haiz olduğunun kabulü için sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasını gerekli görmemektedir¹²⁵. Bu görüşe

¹²¹ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

¹²² ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM, s. 10; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 6; BALKAR BOZKURT, Süheyla, "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Ocak 2011, s. 144, (<https://www.jurix.com.tr>, erişim: 06.01.2025).

¹²³ Milletlerarası nitelikten ne anlaşılması gerektiği konusu da hukuk sistemlerinde farklılık arz etmektedir. Örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Swiss Federal Act on Private International Law/PILA*) m.1, kanunun milletlerarası durumlarda, İsviçre yargı veya idari makamlarının yetkisini; uygulanacak hukuku, yabancı kararların tanınması ve tenfizi için gereken koşulları; iflas ve konkordato ile tahkimi düzenlediğini açıkça düzenleme altına almışsa da milletlerarası durumların ne olduğuna bir açıklık getirmemiştir. PILA of 18 December 1987 (Status as of 1 September 2023), s. 291, Kanun'un İngilizce metni için bkz. (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en, erişim: 21.12.2024). Bununla beraber, 22 Aralık 1986 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (*HCCH Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*) m.1 kapsamında, Bu Sözleşme'nin iş yerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki sözleşmeler için ve tarafların uygulanacak hukuku seçmesine dayanan durumlar hariç olmak üzere, mahkeme veya tahkim yeri seçimiyle birlikte olsa bile farklı devletlerin hukukları arasında bir tercihi içeren tüm diğer durumlar için uygulanacağını hüküm altına alarak, söz konusu durumların Sözleşme çerçevesinde açıkça uluslararası niteliğe haiz olduğunu ortaya koymuştur. HCCH Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, s. 1, (<https://www.hcch.net>, erişim: 07.01.2025).

¹²⁴ BALKAR BOZKURT, s. 145; YÜKSEL RIPLEY, s. 184.

¹²⁵ ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 29-31; TIRYAKIOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 7-8.

göre, bir sözleşmenin milletlerarası niteliği ekonomik ve maddi bir test temelinde belirlenebilecektir¹²⁶. Bu görüş, sözleşmenin milletlerarası ticareti ilgilendirmesi halinde, kişi ve yer bakımından sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, sözleşmenin milletlerarası olarak nitelendirilebileceğini ve yabancılık unsuruna dair coğrafi tespiti ve hatta yabancılık unsurunun varlığına bile gerek olmaksızın salt ekonomik kriterleri taşıması halinde milletlerarası niteliği haiz olduğunu savunmaktadır¹²⁷.

Bu görüşe göre, ilgili sözleşmelerde, mal, emek veya sermaye gibi parasal değer taşıyan unsurlar sınır ötesi transfere konu ediliyorsa, sözleşme milletlerarası niteliğe haiz olacak ve dolayısıyla sözleşmeden doğan meseleler MÖHUK'un uygulama alanına girecektir¹²⁸. Bu görüş yabancı öğretide de savunulmaktadır. Bu çerçevede, bir sözleşmenin farklı bir ülkenin iç ticaretinin menfaatini ilgilendirmesi, ilgili sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva ettiğinin kabul edilmesi için gerekli olmasa dahi yeterlidir¹²⁹.

Buna karşın, sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıması için hukuki kriteri nazara alan görüşe göre, birden çok ülke hukukunu ilgilendiren sözleşmeler milletlerarası niteliğe haiz sözleşmelerdir. Burada bahsi geçen, birden çok devletle bağlantılı olma kavramı, sözleşmede var olan bir yabancılık unsuru ile bir tutulmaktadır. Bu çerçevede, hukuki kriterler nazara alındığında sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin taraflarının vatandaşlıkları, taraflardan birinin mutad meskeni, iş yeri veyahut ikametgâhının forum mahkemesinden farklı bir ülkede olması gibi durumlar bu görüşe göre o sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandıracaktır¹³⁰.

Hukuki kriterleri nazara alarak sözleşmelerin milletlerarası niteliğe haiz olduğunu savunan görüş, taraflarca yabancı bir hukukun uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin sözleşmeye yabancılık unsuru ve dolayısıyla milletlerarası nitelik katması bakımından kendi içerisinde birbirlerinden farklı değerlendirmeler ortaya koymuştur. Zira bir görüşe göre, salt iç hukukla alakalı yani objektif açıdan yabancılık unsuru ihtiva etmeyen bir sözleşme olsa dahi, sözleşmenin taraflarının kendi iradeleriyle yabancı bir hukuku

¹²⁶ BALKAR BOZKURT, s. 146 vd.

¹²⁷ ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 29-31; TIRYAKIOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 7-8.

¹²⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003, s. 116; DEMİRKOL, s. 45 vd.

¹²⁹ KASSIS, Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, Paris 1993, s. 86, (naklen), DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 70, dn. 209, (<https://tez.yok.gov.tr>, erişim: 06.01.2025).

¹³⁰ BALKAR BOZKURT, s. 145.

seçmeleri mümkündür. Bu yönde bir seçimin yapılmış olması sübjektif bir bağlama kuralı tesis etme özelliği sağladığından, yabancı hukuk seçimi söz konusu sözleşmenin yabancılık unsuruna sahip olduğunun kabulü için yeterli görülmektedir¹³¹.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, salt iç hukukla alakalı bir sözleşmeye MÖHUK m.24'teki irade serbesti kapsamında uygulanacak hukukun seçilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Zira bu görüşe göre ilgili madde kapsamında tanınan serbesti MÖHUK m.1'de de belirtildiği üzere ancak ve ancak yabancılık unsuru ihtiva eden olay ve ilişkiler bakımından söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeleri konusunda sahip oldukları bu serbesti ancak o sözleşmenin öncelikli olarak yabancılık unsuru taşıyor olması halinde mümkün olabilecektir¹³².

B. Dijital Varlık ve Özel Hukuka İlişkin UNIDROIT İlkeleri (UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law) Kapsamında Dijital Varlıkların Transferinin Milletlerarası Niteliği

2023 yılında yayımlanmış olan UNIDROIT İlkeleri, dijital varlık türleriyle yapılan işlemleri kolaylaştırmak üzere tasarlanmış ve her biri bir yorumla desteklenen 19 İlke içermektedir. Tüm hukuk sistemlerinde yapılacak reformlara rehberlik etmesi adına çıkarılan UNIDROIT İlkeler kapsamında, İlkelerin konusuna ve uygulama alanına ilişkin olarak açık düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda İlkeler 'in konusunu, dijital varlıkların alt kümesini oluşturan ve ticarette sıklıkla kullanılan dijital varlıklar oluşturmaktadır¹³³.

¹³¹ NOMER, s. 324 ve 341; ÇELİKEL/ERDEM, s. 341; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2006/8585 E, 2006/12877 K. sayılı ve 07.12.2006 tarihli kararında: "[...]Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamakta, yabancı hukukun uygulanması gerektiğinde bu iddiada bulunan tarafa, o kanun hükmünü ispat yükümlülüğü bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde tarafların hakim hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilke ile de uyumludur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır. [...] MÖHUK.nun 24/1 nci maddesi gereğince de uyumsuzlukta tarafların açıkça seçtiği kanunun uygulanması gerekmektedir. [...] yönünde hüküm kurmuştur. Karar metni için bkz. (<https://lib.kazanci.com.tr>, erişim: 08.01.2025).

¹³² ÖZEL/ERKAN/PÜRSELİM, s. 12; Aynı yönde görüş için bkz. ÇORTOĞLU KOCA, Sema, Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, 2013, s. 163; DEMİRKOL, s. 42; Örneğin 30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nin (HCCH Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements) kapsamını belirtilen m.1(1)'de Sözleşme'nin uluslararası davalarda, medeni veya ticari konularda akdedilen münhasır mahkeme seçimi anlaşmalarına uygulanacağı, Sözleşme'nin II. Bölüm'ü açısından da, tarafların aynı Akit Devlette yerleşik olması ve tarafların ilişkisi ile uyumsuzlukla ilgili tüm diğer unsurların, seçilen mahkemenin konumu ne olursa olsun, yalnızca o Devlet ile bağlantılı olması durumu dışında, o davanın uluslararası kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, uluslararası nitelik yerel davaları dışlayıcı bir ifadeye yer verilerek tanımlanmıştır. HCCH Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, s. 1, (<https://assets.hcch.net>, erişim: 07.01.2025).

¹³³ UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2), 2023, s. 5.

İlke 1’de belirtildiği üzere, *UNIDROIT* İlkeleri dijital varlıklarla ilgili yalnızca özel hukuka ilişkin meseleleri ve özellikle de dijital varlıklarda hak sahipliğini ele almaktadır. Ancak, İlke 1’e ilişkin yapılmış yorum kapsamında da özel hukuka ilişkin olarak sözleşme, fikri mülkiyet ve tüketici koruması ile ilgili düzenlemeler ile bir dijital varlık üzerindeki hak sahipliğinin başka bir kişiye geçerli bir şekilde devredilip devredilmediği hususlarının İlkelerin uygulama alanı dışında bırakıldığı açıkça ifade edilmiştir¹³⁴. Ayrıca İlke 4 ve İlke 17’de, *UNIDROIT* İlkeleri’nin söz konusu dijital varlıkların diğer haklarla bağlantılı yönlerini veya icra hukuku yönlerini kapsam dışı bıraktığı da belirtilmiştir¹³⁵.

UNIDROIT İlkeleri kapsamında bahsi geçen ve ticarete kullanılan bu dijital varlıklar, İlke 2(2) kapsamında yalnızca kontrol edilebilir elektronik kayıtlar (*controllable electronic records*) olarak diğer dijital varlıklardan ayrılmıştır¹³⁶. Yorum 2.8. kapsamında dijital varlık kavramına ilişkin yer verilen örneklerde, genel blok zinciri ağındaki sanal (kripto) paraların, örneğin *BTC*’nin, bir dijital varlık olduğu açıkça ifade edilmiştir¹³⁷.

UNIDROIT İlkeleri, kripto paralar da dahil olmak üzere dijital varlıklarda hak sahipliği, dijital varlıkların transferi, kontrolü ilişkin maddi hukuk kurallarına yer verdiği gibi, “Uygulanacak Hukuk” başlıklı İlke 5 kapsamında açıkça hak sahipliğinden doğan meselelere uygulanacak hukuka ilişkin kademeli bir kanunlar ihtilafı kuralı sunmaktadır¹³⁸. Ancak, uluslararası düzeyde bir düzenleme olmasına karşın, *UNIDROIT* İlkeleri, İlke 5’in yalnızca uluslararası durumlarda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ve milletlerarası niteliğin ne olarak kabul edildiği konusunda sessiz kalmaktadır¹³⁹. Bu nedenle, bir dijital varlıkla ilgili özel hukuka ilişkin meselelerin, *UNIDROIT* İlkeleri kapsamında uluslararası (sınır

¹³⁴ İlke 1’in yorumunda *UNIDROIT* İlkeleri’nin sözleşme ve mülkiyet hukuku ile ilgili birçok özel hukuk meselesini ele almadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde bir dijital varlığın devreden ve devralan arasındaki haklar; bir dijital varlık üzerinde teminat hakkı veren kişi ile ilgili teminatlı alacaklı arasındaki haklar; bir dijital varlık devrinin üçüncü şahısların aleyhine geçerliliğinin hukuki sonuçları; bir dijital varlık üzerindeki teminat hakkının üçüncü şahıslar aleyhine geçerliliğinin bazı gereklilikleri ve hukuki sonuçları gibi hususlar, *UNIDROIT* İlkeleri’nin kapsamı dışında bırakılan meselelere örnek olarak gösterilmiştir. *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 9-10.

¹³⁵ *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 9-10.

¹³⁶ Yorum 2.17’de, bu ilkelere bahsi geçen dijital varlıkların yalnızca kontrol edilebilir elektronik kayıtları kapsadığı ifade edilmiştir. İlke 2(1) kapsamında elektronik kayıt kavramının elektronik ortamda saklanan ve yeniden kazanılmaya elverişli kayıtları ifade ettiği belirtilmiştir. *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 13; *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 5-6.

¹³⁷ *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 17.

¹³⁸ *UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2)*, 2023, s. 38 vd.

¹³⁹ *EAPIL*, “Position Paper in Response to the Public Consultation on the *UNIDROIT* Draft Principles and Commentary on Digital Assets and Private Law”, 16.03.2023, s. 5, (<https://eapil.org/>, erişim: 22.11.2024).

ötesi) olarak kabul edilip edilmeyeceği ve bir kanunlar ihtilafı analizine ihtiyaç duyulup duyulmayacağı soruları da ortaya çıkmaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla, dijital varlıklarla yapılan işlemlerin milletlerarası niteliğe haiz olması, *UNIDROIT* İlkeleri ve özellikle uygulanacak hukukun belirlendiği İlke 5'in uygulanması açısından önem arz etmektedir.

Bir meselenin milletlerarası niteliğe haiz olması, taraflara uygulanacak hukuku seçme konusunda özgürlük tanıyan İlke 5'te belirtilen hukuk seçimi kuralları açısından da önem arz etmektedir. Bununla beraber, salt iç hukukla ilgili işlemlerle ilgili olarak taraflara genellikle bir yabancı hukukun uygulanmasını seçebilme konusunda serbesti de sağlanmamaktadır¹⁴¹. Özellikle taraflara salt iç hukukla ilgili sözleşmelerde uygulanacak hukuku seçmelerine izin verilmesi konusunda Türk öğretisinde söz konusu olduğu gibi, yabancı öğretide de bir fikir birliği bulunmamaktadır¹⁴².

Dolayısıyla, her ne kadar *UNIDROIT* İlkeleri, İlke 5'in yalnızca uluslararası durumlarda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sessiz kalmakta ise de Taslak *UNIDROIT* İlkelerine ilişkin yapılan çalışma kapsamında, salt iç hukukla alakalı işlem ve ilişkilerde sınırsız hukuk seçimine izin verilmesinin gerekçelendirilmesinin zor olacağı değerlendirilmiştir¹⁴³. Bu nedenle, dijital varlık işlemleri için, örneğin yalnızca aynı ülkede kurulmuş ve yalnızca tek bir ülkedeki katılımcılarla sınırlı bir olan özel (*private*) ya da konsorsiyum (*consortium*) blok zinciri gibi istisnai durumlarda çürütülebilecek bir milletlerarası nitelik varsayımının sağlanmasının bu sorunu çözebileceği ifade edilmiştir¹⁴⁴.

C. On-Chain Transfer İşleminin Milletlerarası Niteliği

Kripto paralar da dahil olmak üzere dijital varlıklar ve bunların transferine ilişkin uluslararası düzenlemeler içeren *UNIDROIT* İlkeleri'nin milletlerarası nitelik kriterine ya da testine dair yaklaşımı henüz netleşmiş değildir¹⁴⁵. Buna ek olarak, kripto para transferlerinde milletlerarası nitelik meselesine ilişkin herhan-

¹⁴⁰ EAPIL, s. 5.

¹⁴¹ NOMER, s. 5; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 6; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 5; YÜKSEL RIPLEY, s. 192; EAPIL, s. 5.

¹⁴² NOMER, s. 5; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 6; DOĞAN/YILMAZ/AYHAN İZMİRLİ, s. 5; YÜKSEL RIPLEY, s. 192; EAPIL, s. 5.

¹⁴³ EAPIL, s. 5.

¹⁴⁴ EAPIL, s. 5; EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13; Özel ve Konsorsiyum blok zincirlerine ilişkin detaylı bilgi ve görsel örnek için bkz. II. A.Bitcoin Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi, Şema 2, s. 14.

¹⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. III, B. Dijital Varlık ve Özel Hukuka İlişkin *UNIDROIT* İlkeleri (*UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*) Kapsamında Dijital Varlıkların Transferinin Milletlerarası Niteliği; YÜKSEL RIPLEY, s. 192; EAPIL, s. 5.

gi bir somut sonuca varmak için yeterli sayıda içtihat da henüz oluşmamıştır¹⁴⁶. Buna karşın, bu alt başlık içerisinde ayrıntılı olarak yer verileceği üzere, yabancı öğretide bu konuya ilişkin farklı yaklaşımlar benimsendiği tespit edilmiştir¹⁴⁷. Söz konusu yaklaşımları ele almadan önce, BTC ile yapılan işlemlerinin milletlerarası niteliğini tartışmaya açabilecek olan *Bitcoin* blok zinciri ile *on-chain* BTC transfer işleminin teknik detaylarına bir kez daha kısaca yer vermekte fayda vardır.

Genel (*public*) bir blok zinciri olduğu için *Bitcoin* blok zinciri herkesin katılımına açıktır ve dolayısıyla dünyanın farklı ülkelerinde bulunan ve isteyen herkes ağa katılabilmektedir. Ağa katılım tam bir gizlilik içinde olmasa da ağdaki katılımcılar birbirlerine gerçek kimliklerini açıklamadan yani takma isimle (*pseudo-anonymous*) ağda varlıklarını sürdürmekte ve ağın işleyişine katılmaktadırlar¹⁴⁸. Bu şekilde takma isimle ağda bulunan katılımcılar, BTC ile yapılan işlemlere ister madenci düğüm olarak ister işlemlerin onaylanması aşamasında katılabilmekte isterlerse de ağın işleyişine katkıda bulunmaksızın, çalışma konumuzda *on-chain* transfer işleminin tarafları olan (A) ve (B) gibi sadece BTC cüzdanı sahibi olarak ağda işlem yapabilmektedirler.

Bu teknik özelliklere ek olarak, içinde barındırdığı özel ve genel anahtar ikilisi ile BTC'lerin işleme konu edilmesini mümkün kılan BTC cüzdanları da sistemsel altyapı dolayısıyla dünyanın herhangi bir yerinde olabilmeye potansiyeline sahiptir¹⁴⁹. Dahası, bir ülke vatandaşlığına sahip olan veya belirli bir ülkede ticari faaliyet gösteren bir kişinin BTC kullanıcısı olarak, BTC cüzdanını, dolayısıyla *bitcoin* adresini başka bir ülkenin sınırları içerisinde bulunan IP adresiyle¹⁵⁰ ilişik bir şekilde alabilmesi de mümkün olabilmektedir. Ağda BTC ile yapılmış, madenciler tarafından geçerli kılınp ağda onaylanmış ve takiben bir blok içerisine kaydedilen işlemler ise, dünya genelinde eşler arası (P2P) ağda bulunan kullanıcılara dağıtılmakta ve bu kullanıcılarda muhafaza edilmektedir¹⁵¹.

Bu bağlamda, yabancı öğretide bir görüş, blok zincir temelli tüm kripto para transferlerinin kaçınılmaz olarak yabancılik unsuru içerdiği ve dolayısıyla mil-

¹⁴⁶ YÜKSEL RIPLEY, s. 192; EAPIL, s. 5.

¹⁴⁷ YÜKSEL RIPLEY, s. 187 vd.; GUILLAUME, s. 59 vd.

¹⁴⁸ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 32; EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 2; GUILLAUME, s. 50.

¹⁴⁹ Asimetrik anahtar ikilisine ilişkin detaylı bilgi için bkzn. II, B. *Bitcoin* Blok Zincirinde *On-Chain* BTC Transferi, s. 19, dn. 89.

¹⁵⁰ "[...] IP adresi, bir cihazı internet veya yerel ağ üzerinde tanımlayan benzersiz bir adrestir. IP (İnternet Protokolü), internet veya yerel ağ üzerinden gönderilen verilerin formatını belirleyen bir dizi kuraldır. Yani özünde, IP adresleri bir ağ üzerinde cihazlar arasında bilgilerin gönderilmesine olanak tanıyan tanımlayıcılardır. Konum bilgileri içerir ve cihazların iletişim için erişilebilir olmasını sağlarlar. İnternetin bilgisayarlar, yönlendiriciler ve web sitelerini ayırt etmek için bir yöntem ihtiyacı vardır. IP adresleri bu ihtiyacı giderir ve internetin çalışma şeklinde çok önemli bir role sahiptir.[...]". KASPERSKY, IP adresinin Tanımı, (<https://www.kaspersky.com.tr>, erişim: 23.10.2024).

¹⁵¹ SERT, s. 49; YAVUZ, s. 16.

letlerarası niteliğe haiz olduğunu savunmaktadır¹⁵². Bu görüşe göre, blok zincir temelli kripto para ağları, farklı yargı alanlarında bulunan katılımcılara sahiptir ve dağıtık (*distributed*) deftere kaydedilen işlemler yine dünyanın farklı yerlerinde olan katılımcılarında depolanmaktadır. Dolayısıyla, belirli bir işlemin dahil olduğu ağdaki tüm düğümlerin aynı devlette bulunma olasılığı istatistiksel olarak düşük olduğundan, söz konusu olgu ve faktörler, blok zinciri temelli işlemlere uluslararası bir nitelik kazandırmak için yeterlidir¹⁵³.

Bir diğer görüş, *Bitcoin* blok zinciri katılımcılarının farklı yargı alanlarında bulunuyor olmaları ile ağ katılımcıları arasında dağıtılan işlem kayıtlarını içeren defterin potansiyel olarak birçok farklı yerde var olması nedeniyle, blok zincirine dayanan *Bitcoin* ağının, genellikle ve kaçınılmaz olarak bir yabancı unsur içerdiğini kabul etmektedir. *BTC*'nin üretildiği *Bitcoin* ağının teknik özellikleri nazara alındığında, ağın bu şekilde yabancı unsur içerdiğini savunuyor olmasına karşın, bu görüşe göre, her ne kadar blok zinciri teknolojisine dayanan merkeziyetsiz ve dağıtık *Bitcoin* ağında gerçekleştiriliyor olsa da salt blok zincirinin teknik özellikleri ile işlemin doğrulanmasına ve kayıtların tutulmasına katılanların farklı ülkelerde olması gibi olguların kendiliğinden ve tek başına, *BTC* kullanımını içeren her transfer işlemine ve ilişkiye milletlerarası nitelik kazandırmayacağını savunmaktadır¹⁵⁴.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, *BTC*, her ne kadar dağıtık ve merkeziyetsiz ağ yapısında işlem görüyor olsa da *BTC* transferi, tek bir devletin yargı alanına girecek ve salt iç hukuku ilgilendirecek bir işlem, olay ya da ilişkinin konusunu teşkil edecek şekillerde yapılmış ise, örneğin aynı ülke içerisinde bulunan iki taraf arasında ödeme yapmak amacıyla bir *BTC* transferi yapılmış ise, bu *BTC* transferi esasen yerel bir transfer olup uluslararası bir transfer değildir¹⁵⁵. Dolayısıyla, salt dağıtık ağ yapısında varlığını sürdüren *BTC*'nin kullanılmış olması aynı yargı alanında ve salt iç hukuku ilgilendiren bir ilişkiye ya da işleme tek başına yabancılık unsuru katmaya ve dolayısıyla milletlerarası nitelik kazandırmak bakımından yeterli olamayacaktır.

Bu açıklamalar ve değerlendirmeler kapsamında, kripto para transferlerinin kaçınılmaz olarak yabancılık unsuru içerdiğini ve milletlerarası niteliğe haiz olduğunu savunan ilk görüşe tam anlamıyla katıldığımızı söylememiz mümkün değildir. Zira, çalışma içerisinde de yer verdiğimiz üzere, blok zincir temelli olmasına karşın *BTC*'nin birden çok farklı şekillerde kullanımı söz konusu olmaktadır¹⁵⁶.

¹⁵² GUILLAMAE, s. 59.

¹⁵³ GUILLAUME, s. 59 vd.

¹⁵⁴ YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁵⁵ YÜKSEL RIPLEY, s. 187 vd.

¹⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. II, C. *BTC*'nin Özellikleri ve Kullanım Şekilleri.

Bu çerçevede, salt dağıtık, merkeziyetsiz ve genel ağ yapısına sahip olması sebebiyle, *Bitcoin* blok zincirinde *BTC* ile yapılan tüm işlemlerin milletlerarası niteliğe haiz olduğunu kabul etmek, *kanımızca BTC*'nin farklı kullanım şekilleri göz önüne alındığında salt iç hukukla alakalı ve aynı yargı yetkisi içerisinde gerçekleştirilen işlemler bağlamında mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla, *Bitcoin* blok zincirinin dağıtık ve merkeziyetsiz ağ yapısına sahip olması ve zincirde işlemleri yapan kullanıcıların farklı ülkelerde olması da dikkate alınarak, blok zincir ağında gerçekleştirilen işlemlerin milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinin her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılması gerekliliği önem arz etmektedir¹⁵⁷.

Çalışma konumuzu oluşturan ve (A) ile (B) arasında gerçekleştirilen *on-chain* 20 *BTC* transferinin milletlerarası niteliğine ilişkin spesifik değerlendirmelerimize geçmeden önce, çalışma içerisinde yer verdiğimiz kullanım şekilleri özelinde¹⁵⁸ *BTC*'nin salt iç hukukla ilgili işlem ve ilişkilere konu edildiği olasılıkların milletlerarası niteliğine ilişkin değerlendirmelerimize yer vermek isteriz.

2010 yılının Mayıs ayında, fiziki dünyada ilk mal alımı *Laszlo Hanyecz*'nin 10,000 *BTC* karşılığında Florida'da 2 pizza almasıyla gerçekleşmiştir¹⁵⁹. Yıllar içerisinde de *BTC*'nin günlük hayatta ve ticari hayatta değişim/ödeme aracı olarak kullanımı da gün geçtikçe artış göstermiştir. O kadar ki, *BTC* artık günlük hayatta mağaza içi fiziki alışverişlerde de bir mübadele/ödeme aracı olarak kabul edilmeye başlanmıştır.

Çalışma içerisinde yer verdiğimiz kullanım şekilleri nazara alındığında¹⁶⁰, *BTC* transfer işlemi her ne kadar dağıtık ağ yapısında gerçekleştiriliyor olsa da *BTC*'nin tek bir ülke sınırları içerisindeki iki kullanıcı arasında kullanımı gündeme gelmektedir. Bu alışverişler, aynı yargı yetkisi içerisinde gerçekleşmektedir. Aynı şekilde, *BTC* transferi ile yapılan maaş ödemelerinin de özünde yerel bir işlem olduğunu söylemek *kanımızca* daha isabetli olabilecektir. Aksinin kabulü, söz konusunu olaya milletlerarası nitelik katacaktır. Zira, yani salt ödemenin *BTC* ile yapılmış olmasının meseleye yabancılık unsuru ve dolayısıyla milletlerarası nitelik kattığını kabul etmek, yerel bir işleme farklı bir ülke hukukun uygulanması sonucunu doğurabilecektir.

Bu iki örneğe ek olarak, Türk mahkemeleri önüne gelmiş, *BTC*'nin dahil olduğu uyuşmazlıkları da ele almakta fayda vardır. Antalya Bölge İdare Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi önüne gelen miras hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta,

¹⁵⁷ MERT, s. 121.

¹⁵⁸ Detaylı bilgi için bkzn. II, C. *BTC*'nin Özellikleri ve Kullanım Şekilleri.

¹⁵⁹ KHUN, Daniel, Happy Bitcoin Pizza Day, (<https://www.coindesk.com>, erişim: 25.10.2024).

¹⁶⁰ Kullanım şekillerine ilişkin detaylı bilgi için bkzn. II, C. *BTC*'nin Özellikleri ve Kullanım Şekilleri.

uluslararası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemleri ve kripto paraları ölen kişinin dijital malvarlığı içerisinde olduğuna dair karar vermiştir¹⁶¹. Aynı şekilde İstanbul 24. İcra Hukuk Mahkemesi kripto paraların taşınabilir mal statüsünde olduğu yönünde hüküm kurduğu uyuşmazlığı salt iç hukuk kuralları ile değerlendirerek, tek başlarına bir değer ifade etme fonksiyonuna haiz kripto paraların paraya çevrilme şeklini taşınır satış usulüne tabi olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁶².

Bu iki karara konu olan ve birisi icra ve iflas diğeri ise miras hukukuyla ilişkili olan uyuşmazlıklarda, tarafların Türk vatandaşı olduğu nazara alındığında, salt kripto paraların ve kripto para blok zincirinin teknik özellikleri dikkate alınarak, söz konusu uyuşmazlıkların milletlerarası niteliği haiz olduğunu söyleyebilmek *kanımızca* pek doğru ve isabetli bir yorum olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, BTC'nin kullanımını içeren işlem ve ilişkilerin milletlerarası niteliğini değerlendirirken, BTC'nin yerel niteliğe haiz aile, miras ve icra iflas hukuku gibi salt iç hukuk düzenlerini etkileyen meselelerin konusu olabileceğinin de dikkate alınması *kanımızca* önem arz etmektedir.

Yukarıda açıklamalarımızdan sonra, sistemsel ve altyapısal faktörler dolayısıyla salt tek bir devlet hukukuyla organik ya da fiili olarak bağı olmayan genel niteliği haiz *Bitcoin* blok zinciri ağında gerçekleştirilen bir jeton transferinin yalnızca sözleşme hukuku ile yeterli şekilde temsil edilebilecek ve korunabilecek bir işlem olarak kabul edilmesi görüşünden hareketle¹⁶³ (A) ile (B) arasında salt *on-chain* olarak gerçekleştirilen 20 BTC transfer işleminin bu bağlamda milletlerarası niteliğe haiz olup olmadığını değerlendirmek isteriz.

Bu bağlamda, BTC'nin *on-chain* olarak (A) ile (B) arasında ve herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcı olmaksızın transfere konu edildiği işlem, işlemin gerçekleştirildiği merkeziyetsiz ve dağıtık ağ yapısındaki işleyiş ve teknik özellikler ele alındığında, bu işlemin belirli bir ülkeye özgü bir hukuk sistemine tabi tutulmasını ve tek bir ülkenin yargı yetkisi içerisinde olmasını zorlaştırmaktadır. Ancak yukarıda yer vermiş olduğumuz üzere, milletlerarası niteliğe haiz olma durumunun her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Milletlerarası niteliğe haiz olma, farklı banka hesapları arasında elektronik yöntemlerle ve fiziksel olarak para transferine ihtiyaç duyulmadan değer trans-

¹⁶¹ Antalya BAM 6.HD'nin 2020/1149 E., 2020/905 K. ve 13.11.2020 tarihli kararı, (<https://kazanci.com.tr/>, erişim: 14.09.2024).

¹⁶² İstanbul 24. İcra Hukuk Mahkemesi, 2022/1353 E., 2023/220 K. ve 16.02.2023 tarihli kararı, (karar metni yayınlanmamıştır.).

¹⁶³ PATINO, s. 34-38.

ferinin gerçekleştirildiği Elektronik Fon Transferleri (*Electronic Fund Transfers/ EFT*) için de gündeme gelmiştir. *EFT*'ler her ne kadar, fiziksel olarak el değiştirmeme ile elektronik ortamda değer transferini sağlıyor olması bakımından kripto para transferiyle benzerlik gösteriyor olsalar da *EFT*'ler bankalar vasıtasıyla gerçekleştiğinden¹⁶⁴, kripto paraların transferindeki merkeziyetsizlik ve dağıtık yapı dikkate alındığında kripto para transferiyle *EFT*'lerin gerçekleştirilme biçimi özünde oldukça farklılık arz etmektedir¹⁶⁵.

Bu noktada, *EFT*'ler için önerilen bankaların konumuna dayanan milletlerarası nitelik tanımının ya da kriterinin¹⁶⁶, özellikle genel niteliğe haiz *Bitcoin* blok zincirinin yapısı ile *BTC* transferlerinin özellikleri dikkate alındığında, *BTC* transferleri bağlamında uygulanabilmesi söz konusu olamayacaktır¹⁶⁷. Spesifik olarak çalışma konumuz özelinde, herhangi bir kripto hizmet sağlayıcısı olmaksızın (A) ile (B)'nin bizzat kendileri tarafından *on-chain* gerçekleştirilen 20 *BTC* transferine, *EFT*'ler için benimsenmiş uluslararası nitelik kriteri uygulanabilir değildir.

Zira konumların tespiti bağlamında, (A) ile (B) arasında salt *on-chain* olarak gerçekleştirilen 20 *BTC* transfer işleminin onaylanması dünya genelinde dağıtık ağ yapısında bulunan madenciler tarafından geçerli kılınmakta ve geçerli kılınan işlemler yine dünyanın farklı yerlerinde bulunan kullanıcılar tarafından üzerinden mutabakata varılarak onaylamakta ve son olarak dünyanın farklı ülkelerinde bulunan kullanıcılara dağıtılmaktadır¹⁶⁸. Dolayısıyla, madencilerin veya işlemleri onaylayan düğümlerin konumuna dayanarak uluslararası niteliği belirlemek pek mümkün olmayacaktır, zira genel niteliği haiz ve takma isimle ağda var olan madencilerin konumu genellikle bilinmediği gibi, aynı zamanda rastlantısaldır.

¹⁶⁴ “[...] Müşterilerarası TL Aktarım Sistemi bileşeninde, bankaların müşterileri adına gerçekleştirdikleri ödemeler, Bankalararası TL Aktarım Sistemi bileşeninde ise bankaların birbirleri arasında gerçekleştirdikleri ödemeler ile yurt dışı finansal kuruluşlara sağladıkları muhabirlik hizmetlerine ilişkin bankacılık ödemeleri gerçekleştirilmektedir. [...]”. TCMB, Elektronik Fon Transfer Sistemi - Elektronik Menkul Kıymet Transfer Sistemi - Fonların Anlık ve Sürekli Transferi (FAST) Sistemi, s. 1, (<https://www.tcmb.gov.tr>, erişim: 08.01.2025).

¹⁶⁵ YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁶⁶ Örneğin uluslararası transferlere uygulanan 1992 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Uluslararası Kredi Transferleri Model Kanunu (*UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers* (1992) m.1(1) kapsamında, Kanun'un herhangi bir gönderen bankanın ve alıcı bankanın farklı devletlerde bulunduğu kredi transferlerine uygulanacağı ve uygulama alanının belirlenmesi amacıyla, bir bankanın farklı devletlerde bulunan şubeleri ve ayrı ofislerinin, ayrı bankalar olarak kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Kanun, bankaların konumuna dayalı bir milletlerarası nitelik kriteri benimsemiştir. Dolayısıyla eğer söz konusu bankalar farklı devletlerde bulunuyorsa, Kanun kapsamında transfer uluslararası kabul edilmektedir. UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992), s. 1, (<https://uncitral.un.org>, erişim: 08.01.2025).

¹⁶⁷ YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁶⁸ Detaylı bilgi için bknz. II, B. *Bitcoin* Blok Zincirinde *On-Chain BTC* Transferi.

Bununla beraber, çalışma konumuzda salt *on-chain* transfer işlemini gerçekleştiren (A) ile (B)'nin konumları biliniyor ya da tespit edilebiliyor ve konumları birbirinden farklı ülkedeysen söz konusu 20 *BTC* transfer işleminin yabancılık unsuru barındırdığı dolayısıyla işlemin milletlerarası niteliğe haiz olduğu kabul edilebilir. Bununla beraber, (A) ile (B) arasındaki 20 *BTC* transferinin temeli başka bir ilişkiye dayanıyorsa bu durumda, işlemin milletlerarası niteliği söz konusu ilişkinin milletlerarası niteliğine bağlı olarak da değerlendirilebilecektir¹⁶⁹.

Ancak bu noktada *kanımızca*, çalışma konumuzu oluşturan (A) ve (B) arasında herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcısı olmaksızın bizzat kendileri tarafından gerçekleştirilen bu *on-chain* 20 *BTC* transfer işleminin işleyişi ve ağı dağıtık yapısı nazara alındığında, eğer bu işlemin salt iç hukukla ilgili olduğuna dair somut maddi olgular yok ise, *kanımızca*, çürütülene kadar (A) ile (B) arasında genel niteliği haiz *Bitcoin* blok zincirinde *on-chain* olarak gerçekleştirilen bu 20 *BTC* transfer işleminin milletlerarası niteliğe haiz olduğu karinesi (*presumption of internationality*) kabul edilebilir. Bu karine, örneğin çalışma içerisinde yer verdiğimiz üzere, *BTC*'nin salt iç hukukla ilgili bir işlem veya ilişkide kullanıldığının veya miras ya da icra hukuku gibi salt iç hukukla ilgili bir meseleyle ilişkili olarak uyuşmazlık konusu haline getirildiğinin maddi olgularla bunu iddia eden tarafından ispatlanması gibi istisnai durumlarda çürütülmesi düşünülebilir.

Dolayısıyla, *kanaatimizce*, hukuki kriterler gözeterek bir sözleşmede yabancılık unsurunun varlığını kabul eden ve dolayısıyla söz konusu sözleşmeye de milletlerarası nitelik kazandıran görüşü dikkate aldığımızda ve milletlerarası olma karinesi çürütülmediği takdirde, (A) ile (B) arasında *on-chain* olarak gerçekleşen bu işlemin salt dünya genelinde dağıtık ağ yapısında gerçekleşiyor olması, madencilerin, işlemi onaylayan ve işlemin dağıtıldığı kullanıcıların da kuvvetle muhtemel dünyanın farklı ülkelerinde olması göz önünde bulundurularak bu işlemin milletlerarası niteliğe haiz bir işlem olduğu sonucuna varılabileceği gündeme getirebilecektir.

Bu noktada, her ne kadar bu çalışma kapsamında, aynı yargı yerinde dolayısıyla aynı ülke içerisinde mal ve hizmet alım-satımında ödeme aracı olarak kullanılması dışında, *BTC*'nin bir tarafın edimi olarak kararlaştırıldığı veya bir mal ve hizmet karşılığında ödeme aracı olarak kabul edildiği bir sözleşmesinin milletlerarası niteliğinin çalışma içerisinde incelenmeyeceğini ifade etmiş isek de, sözleşmelerde ödemenin *BTC* ile yapılacağının kararlaştırılmasının, o sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırıp kazandırmayacağı hususu ile kısaca *BTC*'nin para birimi (*currency*) vasfına ilişkin açıklamalara yer vermek isteriz.

¹⁶⁹ YÜKSEL RIPLEY, s. 189 vd.

Öncelikle, Türk hukukunda, yasal olarak paranın kesin bir tanımı yapılmamıştır. Ancak öğretide, her hâlükârda ilgili devletlerin yetkili organlarınca kamu gücüne dayalı olarak tedavüle çıkarılmış ve yasal ödeme aracı niteliği kazandırılmış olmakla, para dar ve geniş anlamda para olmak üzere ikiye ayrılmıştır¹⁷⁰. Ülke parası ve yabancı ülke parası geniş anlamda para kavramının tanımına girerken, dar anlamda para tanımına sadece ülke parası girmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹⁷¹ m.99'da yer verilen dar anlamda para kavramını ele aldığımızda¹⁷², Türk lirası ile diğer devletlerin yetkili makamlarınca tedavüle çıkarılmış olan Amerikan doları, İngiliz sterlini ve İsviçre frangı gibi yabancı ülke paraları Türk hukuku bağlamında geniş anlamda para kavramını ifade ederken, sadece Türk lirası Türk hukukunda dar anlamda para olarak kabul edilecektir¹⁷³. Herhangi bir devlet tarafından tedavül edilmediği gibi, El Salvador ve Orta Afrika Cumhuriyeti dışında, herhangi başka devlet tarafından da *BTC*'ye yasal ödeme gücü verilmemiştir. Bu çerçevede, hukuki bağlamda *BTC* ülke parası ve yasal ödeme aracı (*legal tender*) yani para birimi (*currency*) olma niteliğine haiz olarak değerlendirilmemektedir¹⁷⁴.

Bu bağlamda, bir sözleşme kapsamında, bir tarafın borcunu *BTC* ile ifa edeceği kararlaştırılmış olması halinde, bu borcun yabancı para borcu olduğu söylemeyecektir. Ancak *BTC*'nin ödeme aracı olarak kullanıldığı dikkate alınarak bu yönde bir değerlendirme yapılacak olsa bile Türk milletlerarası özel hukuk öğretisindeki baskın olan görüşe göre, bir sözleşmede tarafların, ödemenin belli bir ülkenin para birimi üzerinden yapılacağını kararlaştırması olması halinde, yabancı ülke parasıyla yapılacak ödememin sözleşmeye yabancılik unsuru kazandırmak için tek başına yeterli olmayacağı savunulmaktadır¹⁷⁵.

Bizim de katıldığımız bu görüş, günümüzde teknolojinin gelişmesiyle yabancı paraların kolay ulaşılabilir ve temin edilebilir olması ile neredeyse Türk lirası ile yapılan işlemler kadar rahat işlem yapılıyor olması, yabancı ülke paralarının sınır ötesi özelliğini ortadan kaldırdığını ifade etmektedir¹⁷⁶. Dolayısıyla bir sözleşme kapsamında salt *BTC* ile ödeme yapılmasının kararlaştırılması olması *kanımızca* başlı başına o sözleşmeye

¹⁷⁰ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı, s. 1102 vd.

¹⁷¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁷² TBK m.99'da para borçlarının ülke parasıyla ödeneceği yönündeki düzenleme kapsamında, ülke parası ifadesine yer verilmiş ve sadece dar anlamda para kavramına atıf yapılmıştır. Para borçlarının yabancı para ile ödenebileceğine de TBK m.99(2) kapsamında yer verilmiştir.

¹⁷³ ÇETİN, s. 45 vd.

¹⁷⁴ ÇETİN s. 48 vd.

¹⁷⁵ ÇETİN s. 48 vd.

¹⁷⁶ DEMİRKOL, s. 66 vd.

milletlerarası nitelik kazandırmak için yeterli olmayacaktır. Ancak, *BTC*'nin bir tarafın edimi olarak kararlaştırıldığı sözleşme, başka kriterler bağlamında milletlerarası niteliğe haiz ise o durumda ayrı bir analiz yapılması gündeme gelebilecektir.

Son olarak, her ne kadar *Bitcoin* blok zinciri genel niteliği haiz olsa da blok zincirleri çeşitleri bakımından da milletlerarası niteliği haiz olma durumuna kısaca değinmek isteriz. Bir işlemin yapıldığı blok zinciri, *Bitcoin* blok zinciri gibi genel/izinsiz/herkese açık (*public/permissionless*) olabileceği gibi, özel (*private/permissioned*) ve konsorsiyum (*consortium*) blok zinciri olabilir¹⁷⁷. Bu noktada bir işlemin salt blok zincirinde yapılıyor olmasının somut olayın özelliklerine bakılmaksızın, o ilişki ya da işlemin yabancılık unsuru içerdiğinin ve milletlerarası niteliğe haiz olduğunun kabulü (*private/permissioned*) ve konsorsiyum (*consortium*) bakımından da problem teşkil edebilecektir¹⁷⁸. Zira, özel ve konsorsiyum niteliğe haiz blok zincirlerinin tek bir devletin sınırları içerisinde işlev gösteren blok zincirleri olmaları söz konusu olabileceğinden, bu blok zincirlerinde yapılan işlemlerin tek bir devletin iç hukuk kurallarına tabi olabilecek niteliğe haiz olabilmeleri daha yüksek bir ihtimal olarak karşımıza çıkabilecektir.

SONUÇ

Blok zincir teknolojisi çoğunlukla dünyanın farklı ülkelerinde bulunan bir dizi kullanıcı aracılığıyla işlemleri doğrulayan ve kayıt altına alan, merkezi olmayan ve dağıtık bir kayıt defteridir. *Bitcoin* blok zincirinin altında yatan ve genel niteliği haiz blok zincirine katılım isteyen herkese açıktır. *Bitcoin* blok zinciri dağıtık, değiştirilemez ve izinsiz bir ağ yapısına sahiptir¹⁷⁹. *Bitcoin* blok zinciri kriptografi kullanarak işlemlerin takma isimli ve güvenli bir şekilde yapılmasına imkân sağlamaktadır.

Bitcoin blok zincirinin merkeziyetsiz yapısı, zincirdeki işlemlerin kontrolünün, tek bir merkezi otorite tarafından değil, dünyanın farklı ülkelerinde ve dağıtık bir ağda bulunan kullanıcıları tarafından gerçekleştirilmesine imkân sağlamaktadır¹⁸⁰. Her bir işlem, bir blokta kaydedilmekte ve ağdaki küresel kullanıcılara dağıtılarak zincire eklenmektedir. *Bitcoin* blok zincirinde, her blok bir önceki bloğun *hash*'iyle ilişkilendirilerek bir zincir oluşturmaktadır¹⁸¹.

¹⁷⁷ EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13; SHARMA, s. 9 vd.

¹⁷⁸ BUTERIN, Vitalik, On Public and Private Blockchains, 2015, (<https://ethereum.org>, erişim: 31.10.2024), SETH, s. 2-5; ARANHA 2-4; EENMAA-DIMITRIEVA/SCHMIDT-KESSEN, s. 11-13; Görsel örnek için bkzn. III. A. *Bitcoin* Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi, Şema 2, s. 14.

¹⁷⁹ Detaylı bilgi için bkzn. II, A. *Bitcoin* Blok Zincirinin Teknik Özellikleri ve İşleyişi.

¹⁸⁰ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45; GUILLAUME, s. 50; SCOTT, s. 11; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 20; BINANCE ACADEMY, Peer-to-Peer, s. 2-4.

¹⁸¹ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 45 ve 50; BİLGİLİ/CENGİL, (Kripto Paraların Eşya Niteliği), s. 3-4.

Bitcoin blok zincirinin sınırları aşan sistemsel işleyişi ise, *BTC*'nin sınır ötesi doğasını ve merkeziyetsiz yapısını güçlendirerek bu konuda yapılacak hukuki düzenlemeleri zorlaştırmaktadır. Diğer bir ifadeyle *Bitcoin* blok zincirinin merkezi olmayan yapısı ve küresel çapta dağıtılmış uluslararası teknolojik altyapısı, geleneksel hukuki düzenlemeler için çeşitli zorluklar doğuran bir dijital varlık teknolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bitcoin blok zincirinin merkeziyetsiz ve dağıtık ağ yapısı, *BTC* ile yapılan işlemlerin belirli bir yargı yetkisi alanı içerisinde de tanımlanmasını zorlaştırmakta ve bu işlemlere sınır ötesi bir nitelik kazandırmaktadır. Bu durum ise, özellikle *Bitcoin* blok zincirinde iki kullanıcının herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcısı olmaksızın ve kullanıcıların bizzat kendi *BTC* cüzdanları vasıtasıyla gerçekleştirdikleri *on-chain BTC* transfer işlemlerinden kaynaklanan davalar için milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuk meselelerini gündeme getirmektedir¹⁸².

Ancak, *Bitcoin* blok zinciri katılımcılarının farklı yargı alanlarında bulunuyor olmaları ile ağ katılımcıları arasında dağıtılan işlem kayıtlarını içeren defterin potansiyel olarak birçok farklı yerde var olması nedeniyle, *Bitcoin* ağı, genellikle ve kaçınılmaz olarak bir yabancı unsur içerse de, *BTC* kullanımını içeren her transfer işleminin salt blok zinciri teknolojisine dayanan merkeziyetsiz ve dağıtık *Bitcoin* ağına gerçekleştiriliyor olması ve dolayısıyla salt blok zincirinin teknik özellikleri ile işlemin doğrulanmasına ve kayıtların tutulmasına katılanların farklı ülkelerde olması gibi olgular kendiliğinden ve tek başına ilişkiye uluslararası nitelik kazandırmayabilecektir¹⁸³.

Bu çerçevede, salt dağıtık, merkeziyetsiz ve genel ağ yapısına sahip olması sebebiyle, *Bitcoin* blok zincirinde *BTC* ile yapılan tüm işlemlerin milletlerarası niteliğe haiz olduğunu kabul etmek, *kanımızca BTC*'nin farklı kullanım şekilleri göz önüne alındığında salt iç hukukla alakalı ve aynı yargı yetkisi içerisinde gerçekleştirilen işlemler, örneğin, aynı ülke içerisinde bulunan iki taraf arasında ödeme yapmak amacıyla gerçekleştirilen bir *BTC* transferi, bağlamında mümkün olamayabilecektir. Dolayısıyla, *Bitcoin* blok zincirinin dağıtık ve merkeziyetsiz ağ yapısına sahip olması ve zincirde işlemleri yapan kullanıcıların farklı ülkelerde olması da dikkate alınarak, blok zinciri ağına gerçekleştirilen işlemlerin milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinin her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılması gerekliliği önem arz etmektedir¹⁸⁴.

¹⁸² LAU, Chin, Yang, Joseph, "Legal and Regulatory Intervention in the Cryptocurrency Space an Impossible Task?", Singapore Academy of Law, 2021, s. 88 vd., (<https://journalsonline.academy-publishing.org.sg/>, erişim: 12.10.2024).

¹⁸³ YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁸⁴ MERT, s. 121.

BTC'nin *on-chain* olarak (A) ile (B) arasında ve herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcı olmaksızın transfere konu edildiği işlem, işlemin gerçekleştirildiği merkeziyetsiz ve dağıtık ağ yapısındaki işleyiş ve teknik özellikler ele alındığında, bu işlemin belirli bir ülkeye özgü bir hukuk sistemine tabi tutulmasını ve tek bir ülkenin yargı yetki içerisinde olmasını zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası niteliğe haiz olma durumunun her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Yine de ağ katılımcılarının farklı yargı alanlarında bulunduğu ve bu sistemlerdeki defterin sistem katılımcıları arasında dağıtılarak potansiyel olarak dünyanın birçok yerinde var olduğu göz önüne alındığında, dağıtık ağ yapısına sahip *Bitcoin* blok zincirinin genellikle bir yabancılık unsuru içerdiği konusunda şüphe yoktur¹⁸⁵. Ancak bu durum, her ne kadar dağıtık ağ yapısına sahip ağda varlığını sürdüren *BTC*'nin konu edildiği işlemlerin, dolayısıyla *BTC* transferinin, milletlerarası olduğu ve dolayısıyla milletlerarası özel hukuk hukukun uygulama alanına gireceği yönünde bir argümanı desteklese de bunun her zaman arzu edilen bir durum olduğunu söyleyebilmek pek mümkün değildir.

Zira çalışma içerisinde de yer verdiğimiz üzere *BTC* çeşitli bağlamlarda hem tamamen yerel hem de uluslararası durumlarda kullanılabilmektedir. Dolayısıyla *BTC* transferlerinden kaynaklanan ihtilaflarının, *BTC*'nin transfer edildiği *Bitcoin* blok zincirinin küresel doğası dışında bir yabancılık unsuru içermemesi ihtimali de gündeme gelebilmektedir. Diğer bir ifadeyle *BTC*'nin kullanımından doğan bir uyuşmazlığın, salt iç hukuk düzenini ilgilendiren bir alışverişte kullanıldığı veya salt iç hukuk düzeniyle alakalı, örneğin miras hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların Türk vatandaşı olması gibi, *BTC*'nin salt dağıtık yapıya sahip olmasının bu uyuşmazlığa yabancılık unsuru katmak için yeterli olduğunu söylemek *kanımızca* pek isabetli olmayacaktır¹⁸⁶. Bu durumda söz konusu olay ve ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı tartışmaya açık bir hale gelebilecektir. Bundan dolayıdır ki, *BTC*'den veya onunla alakalı bir ilişki ya da işleminden doğan meselenin milletlerarası karaktere haiz olup olmadığının her bir somut olayın özelliklerine bakılarak incelemesi daha uygun bir yaklaşım olabilecektir.

Milletlerarası niteliğe haiz olma, farklı banka hesapları arasında elektronik yöntemlerle gerçekleştirilen dolayısıyla fiziksel olarak para transferine ihtiyaç duyulmadan değer transferinin gerçekleştirildiği Elektronik Fon Transferleri (*Electronic Fund Transfers/EFT*) bakımından bankaların konumuna dayanılarak analiz edilmesi önerilmiş ise de özellikle genel niteliğe haiz *Bitcoin* blok zincirinin yapısı ile *BTC* transferlerinin özellikleri dikkate alındığında *BTC* transferlerinde

¹⁸⁵ GUILLAUME, s. 50; SCOTT, s. 11; ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 20; YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁸⁶ Detaylı bilgi için bknz. III, C. *On-Chain* Transfer İşleminin Milletlerarası Niteliği.

uygulanabilmesi söz konusu olamayacaktır¹⁸⁷. Zira, özellikle, çalışma konumuz özelinde gerçekleşen transfer işlemi herhangi bir kripto hizmet sağlayıcısı olmaksızın, (A) ile (B)'nin bizzat kendileri tarafından *on-chain* olarak gerçekleştirilen 20 BTC transferine, *EFT*'ler için benimsenmiş uluslararası nitelik tanımının bu işlem özelinde uygulanabilir değildir.

Ancak bu noktada *kanımızca*, çalışma konumuzu oluşturan (A) ve (B) arasında herhangi bir kripto para hizmet sağlayıcısı olmaksızın bizzat kendileri tarafından gerçekleştirilen bu *on-chain* 20 BTC transferinin işleyişi ve ağı dağıtık yapısı nazara alındığında, eğer bu işlemin salt iç hukukla ilgili olduğuna dair somut maddi olgular yok ise, *kanımızca*, çürütülene kadar (A) ile (B) arasında genel niteliği haiz *Bitcoin* blok zincirinde *on-chain* olarak gerçekleştirilen bu 20 BTC transfer işleminin milletlerarası niteliğe haiz olduğu karinesi (*presumption of internationality*) kabul edilebilir. Bu karine, örneğin çalışma içerisinde yer verdiğimiz üzere, *BTC*'nin salt iç hukukla ilgili bir işlem veya ilişkide kullanıldığının veyahut miras ya da icra hukuku gibi salt iç hukukla ilgili bir meseleyle ilişkili olarak uyuşmazlık konusu haline getirildiğinin maddi olgularla bunu iddia eden tarafından ispatlanması gibi istisnai durumlarda çürütülmesi düşünülebilir.

Dolayısıyla, *kanaatimizce*, hukuki kriterler gözeterek bir sözleşmede yabancılık unsurunun varlığını kabul eden ve dolayısıyla söz konusu sözleşmeye de milletlerarası nitelik kazandıran görüşü dikkate aldığımızda ve milletlerarası olma karinesi çürütülmediği takdirde, (A) ile (B) arasında *on-chain* olarak gerçekleşen bu işlemin salt dünya genelinde dağıtık ağ yapısında gerçekleşiyor olması, madencilerin, işlemi onaylayan ve işlemin dağıtıldığı kullanıcıların da kuvvetle muhtemel dünyanın farklı ülkelerinde olması göz önünde bulundurularak bu işlemin uluslararası niteliğe haiz bir işlem olduğu sonucuna varılabilmesi gündeme getirebilecektir.

Bununla beraber, çalışma konumuzda salt *on-chain* transfer işlemini gerçekleştiren (A) ile (B)'nin vatandaşlıkları veya konumları biliniyor ya da tespit edilebiliyor ve konumları veyahut vatandaşlıkları birbirinden farklı ülkedeysen söz konusu 20 BTC transfer işleminin yabancılık unsuru barındırdığı dolayısıyla işlemin milletlerarası niteliğe haiz olduğu kabul edilebilir. Bununla beraber, (A) ile (B) arasındaki 20 BTC transferinin temeli başka bir ilişkiye dayanıyorsa bu durumda, işlemin milletlerarası niteliği söz konusu ilişkinin milletlerarası niteliğine bağlı olarak da değerlendirilebilecektir¹⁸⁸.

¹⁸⁷ YÜKSEL RIPLEY, s. 188 vd.

¹⁸⁸ YÜKSEL RIPLEY, s. 189 vd.

KAYNAKÇA

- ARANHA, Vivian, Public, Private, Consortium, Hybrid Blockchains, 28.06.2023, (<https://medium.com/public-private-consortium-hybrid-blockchains>).
- ARSLANIAN, Henri/DONOVAN, Robert/ BLUMENFELD, Matthew, El Salvador's law: a meaningful test for Bitcoin, PWC Business Services, 2021, (<https://www.pwc.com/gx/en/financial-services/pdf/el-salvadors-law-a-meaningful-test-for-bitcoin.pdf>).
- ASLAN ATEŞ, Burcu, "Kripto Para Birimleri, Bitcoin ve Muhasebesi", Çankırı Karatekin Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2016, C. 7, S. 1, s. 349-366, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/253802>).
- BACON, Jean/MICHELS, Joan David/MILLARD, Christopher, "Blockchain Demystified: A Technical and Legal Introduction to Distributed and Centralised Ledgers", Richmond Journal of Law & Technology, No. 1, 2018, s. 4-104, (<https://www.west-law.com>).
- BAJPAI, Prableen, Countries Where Bitcoin is Legal and Illegal, 30.06.2024, (<https://www.investopedia.com/articles/forex/041515/countries-where-bitcoin-legal-illegal.asp>).
- BALKAR BOZKURT, Süheyla, "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Ocak 2011, s. 141-196, (<https://www.jurix.com.tr/article/13465?u=4035&c=1>).
- BINANCE ACADEMY, Custodial vs. Non-Custodial NFTs: What's the Difference?, 16.06.2024, (<https://academy.binance.com>).
- BINANCE ACADEMY, Peer-to-Peer Networks Explained, 30.09.2019, (<https://academy.binance.com>).
- BITCOIN MAGAZINE, Bitcoin Glossary of Terms, <https://bitcoinmagazine.com/bitcoin-glossary>).
- BITLO AKADEMİ, Fungibility, 30.07.202, (<https://akademi.bitlo.com/sozluk/fungibility>).
- BITPAY, Who Accepts Bitcoin?, (<https://bitpay.com/directory/>).
- BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, Muhammed, Fatih, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu, 08.08.2019, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713), (Kripto Paraların Eşya Niteliği).
- BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, Muhammed, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, 1. Baskı, Bursa, 2019, (Kripto Para Hukuku).
- BLOCKCHAIN TÜRKİYE PLATFORMU, HUKUK, DÜZENLEMELER VE KAMU İLİŞKİLERİ ÇALIŞMA GRUBU, Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması, Türkiye Bilişim Vakfı, Haziran 2019, (https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf).
- BRECKENRIDGE Garrison, Introduction to Smart Property, 26.08.2021, (<https://medium.com/humanizing-the-singularity/introduction-to-smart-property-ecb446268f23>).

- BURNIE, Andrew/BURNIE, James/HENDERSON, Andrew, “Developing a Cryptocurrency Assessment Framework: Function over Form”, *Ledger Journal*, 2018, Vol. 3, 24-47, (<https://doi.org/10.5195/ledger.2018.121>).
- BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, Blokzinciri Ağlarında Node Nedir?, 14.05.2024, (<https://bilgiplatformu.btcturk.com>).
- BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, Fungibility Nedir? Fungible ve Non-Fungible Farkı Nedir?, 05.06.2024, (<https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/fungibility-nedir/>).
- BTCTURK BİLGİ PLATFORMU, Neden Yalnızca 21 Milyon Adet Bitcoin Çıkarılabilir?, 27.09.2024, (<https://www.btcturk.com/bilgi-platformu/neden-yalnizca-21-milyon-adet-bitcoin-cikartilabilecek/>).
- BUTERIN, Vitalik, *On Public and Private Blockchains*, 2015, (<https://ethereum.org>).
- BUY BITCOIN WORLD WIDE, How Many Bitcoins are There?, (<https://www.buybitcoinworldwide.com>).
- BÜYÜKÖZKAN FEYZİOĞLU, Gülçin, “Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, On iki Levha, 1. Baskı, İstanbul, Ağustos 2020, s. 1-23.
- CHAINALYSIS REPORT, Who's Who on the Blockchain? Mapping the Key Players in the Cryptocurrency Ecosystem, (<https://go.chainalysis.com/>).
- COIN ATM RADAR, Bitcoin ATMs in Turkey, (<https://coinatmradar.com/country/218/bitcoin-atm-turkey/>, erişim: 24.12.2024).
- COINMARKETCAP, Bitcoin, (<https://coinmarketcap.com/bitcoin>) (BTC).
- COINMARKETCAP, Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap, (<https://coinmarketcap.com/charts/>).
- COINMARKETCAP, What are Coins?, (<https://coinmarketcap.com/coin>).
- COINTELEGRAPH, How to Accept Bitcoin in My Store? A Guide to Getting Paid in BTC, (<https://cointelegraph.com/learn/how-to-accept-bitcoin-a-guide-to-getting-paid-in-btc>).
- COLLINS, Patrick, What is a Blockchain Mempool and How Does it Work?, 2024, (<https://www.cyfrin.io/blog/what-is-a-blockchain-mempool-and-how-does-it-work>).
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, *Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, 2016.
- ÇETİN, Müge, *Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Kripto Varlıklar*, Haziran 2023.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema, *Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara, 2013.
- DE FILIPPI, Primavera, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: The Pitfalls of a Trustless Dream, Decentralized Thriving: Governance and Community on the Web 3.0*, 2019, (<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02445179>).

- DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010 (https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=SN1UIv0sEILNzHErgT8xig&no=IWWdQ-GFjUkhn3g_5WMP3A).
- DOĞAN, Vahit/YILMAZ Alper, Çağrı/AYHAN İZMİRLİ, Lale, Milletlerarası Özel Hukuk, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara, 2023.
- DOĞANTEKİN, Serkan, Yeni Sihirli Kelime: Blockchain, 04.10.2016, (<https://medium.com/@sdogantekin/yeni-sihirli-kelime-blockchain-68864a30fee9>).
- EENMAA-DIMITRIEVA, Helen/SCHMIDT-KESSEN, Maria Jose, Regulation Through Code as a Safeguard for Implementing Smart Contracts in No-Trust Environments, European University Institute Department of Law, Working Paper 2017/13, (<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/47545>).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, Gözden Geçirilmiş 28. Baskı.
- EUROPEAN BANKING AUTHORITY, Report on Cryptoassets, 09.01.2019, (<https://www.eba.europa.eu/ebareports>).
- FATF, Guidance for a Risk-Based Approach Virtual Currencies, 2015, (<https://www.fatf-gafi.org>).
- FINMA, Crypto Assests Fact Sheet, 01.05.2022, (<https://www.finma.ch/en/>).
- FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), 16.02.2018, (<https://www.finma.ch/en>).
- GOEL, Arushi, Pathways to the Regulation of Crypto-Assets: A Global Approach, The World Economic Forum, White Paper, 2023, (https://www3.weforum.org/docs/WEF_Pathways_to_the_Regulation_of_Crypto_Assets_2023.pdf).
- GOFORTH, Carol, The Case for Preempting State Money Transmission Laws for Crypto-Based Businesses, Arkansas Law Review, Vol. 73, No. 2, s. 301-360, (<https://plus.lexis.com>).
- GUILLAUME, Florence, "Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 49-82.
- GÜNEN, Emre, En Sade Anlatımla Blockchain Nedir, Nasıl Çalışır? 07.06.2020, (<https://tr.cointelegraph.com/news/a-simple-explanation-of-what-is-blockchain-and-how-its-works>).
- GÜVEN, Vedat/ŞAHİNÖZ, Erkin, Blokzincir-Kripto Paralar - Bitcoin: Satoshi Dünyayı Değiştiriyor, Kronik Kitap, 3. Baskı, İstanbul, Kasım 2018.
- HALE, Tom, What Happens to Cryptocurrency When You Die, and Can You Inherit It?, 17.04.2022, (<https://www.iflscience.com/what-happens-to-cryptocurrency-when-you-die-and-can-you-inherit-it-62986>).

- HARE, Christopher, “Cryptocurrencies and Banking Law are There Lessons to Learn?”, *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 229-254.
- HARI, Oliver, “The Protection of the Owners of Cryptocurrencies, in Particular Bitcoin”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 185-215.
- HENDERSON, Andrew/BURNIE, James, “Sake-keeping Crypto-Assets: a Push for Principle”, 2018, *Journal of International Banking and Finance Law*, 01.12.2018, (<https://plus.lexis.com/api/permalink/a2707f18-43e9-4d4b-be24-c883833568ab/?context=1530671>).
- Houben, Robby/Snyers, Alexander, *Cryptocurrencies and Blockchain: Legal Context and Implications for Financial Crime, Money Laundering and Tax Evasion*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, European Parliament, European Union, Brussels, 2018, (<https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/80a4a6/152140.pdf>), (Legal Context).
- Houben, Robby/Snyers, Alexander, *Crypto-assets, Key Developments, Regulatory Concerns and Response*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, 2020, (<https://repository.uantwerpen.be>, erişim: 10.03.202), (Cryptoassets Key Developments).
- ICRYPEX, On-chain ve Off-Chain Nedir? Çalışma Prensibi Nasıldır?, 29.03.2023, (<https://rehber.icrypex.com.tr/blog/on-chain-ve-off-chain-nedir-calisma-prensibi-nasildir>).
- IIENSTITU, Veri Nedir? Veri Tabanı Nedir? 03.01.2020, (<https://www.iienstitu.com/blog/veri-nedir>).
- KAARU, Steve, 13 years ago, Satoshi Nakamoto sent Hal Finney 10 bitcoins in Bitcoin's first transaction ever 12.01.2022, (<https://coingeek.com/13-years-ago-satoshi-nakamoto-sent-hal-finney-10-bitcoins-in-bitcoins-first-transaction-ever/>).
- KAPANCI, Berk, “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerine Değerlendirmeler”, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1.Baskı, Ağustos 2020, s.113-154.
- KAPLANOV, Nikolei, *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against Its Regulation*, Temple University Legal Studies Research Paper, 31.03.2012, (<https://ssrn.com/abstract=2115203>).
- KRAUS, Daniel, “Introduction”, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Edward Elgar Publishing, ABD, 2019, s.x-xi.
- KASPERSKY, IP adresinin Tanımı, (<https://www.kaspersky.com.tr/resource-center/definitions/what-is-an-ip-address>).
- KAUR, Guneet, What is a Bitcoin node? A Beginner's guide on blockchain nodes, 13.03.2024, (<https://cointelegraph.com/learn/articles/what-is-a-bitcoin-node-a-beginners-guide-on-blockchain-nodes>).

- KAUR, Guneet, Who is Hal Finney: Behind the Scenes of the First Bitcoin transaction, 25.02.2024, (<https://cointelegraph.com>).
- KHUN, Daniel, Happy Bitcoin Pizza Day, (<https://www.coindesk.com/opinion/2024/05/22/happy-bitcoin-pizza-day/>).
- LACITY, Mary, C., "Crypto and Blockchain", Arkansas Law Review, Volume 73, No. 2, Article 4, 2020, s. 363-395, (<https://scholarworks.uark.edu>).
- LAU, Chin, Yang, Joseph, "Legal and Regulatory Intervention in the Cryptocurrency Space an Impossible Task?", Singapore Academy of Law, 2021, s. 50-100, (<https://journalsonline.academyPublishing.org.sg/>).
- MENDİ, Arif/ÇABUK Alper, "Bitcoin'in Arkasındaki Güç: Blockchain", GSI Journals Serie C" Advancements in Information Sciences and Technologies, No: 1, Issue: 1, 2018, s. 12-23, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/aist/issue/40358/481946>).
- MERT, Baver Mazlum, Blockchain Teknolojisine İlişkin Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2024.
- MIGNON, Vincent, "Blockchains Perspectives and Challenges", Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Edward Elgar Publishing, ABD, 2019, s. 1-18.
- MOUNT, Michelle, "Bitcoin Off-Chain Transactions: Their Invention and Use", Georgetown Law Technology Review, Volume 4.2., 2020, s. 685-698, (<https://georgetown-lawtechreview.org/wp-content/uploads/2020/07/4.2-p685-698-Mount.pdf>).
- MURRAY, Marryanne, Blockchain Explained, 15.08.2018, (<http://graphics.reuters.com/TECHNOLOGY-BLOCKCHAIN/010070P11GN/index.html>).
- NAKAMOTO, Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008, (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>).
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23.Baskı, Eylül 2021.
- OREOLUWA, F, Public vs Private Blockchain: Pros, Cons, and Use Cases, 2024, (<https://vezgo.com/blog/public-vs-private-blockchain/>).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2003.
- ÖZEL, Sibel/ERKAN, Mustafa/PÜRSELİM Selin Hatice vd., Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, İstanbul, Eylül 2023.
- REIJERS Wessel/O'BROLCHAIN Fiachra/HAYNES, Paul, "Governance in Blockchain Technologies& Social Contract Theories", Ledger Journal, Vol. 1, 2016, s. 134-151, (<https://doi.org/10.5195/ledger.2016.62>).
- RHODES, Delton, Understanding Bitcoin Address Essentials: Security, Formats, and Transactions, 05.12.2023, (<https://komodoplatform.com>).
- SAMARKOON, Gayan, Bitcoin Fundamentals: Step by step explanation of a peer-to-peer Bitcoin transaction, 23.12.2012, (<https://samarakoon-gayan.medium.com/bitcoin-fundamentals-a5d62fe98bac>).

- SALMAN, Tara/ZOLANVARI, Maede/JAIN, Rai, "Security Services Using Blockchains: A State of the Art Survey", IEEE Communications Surveys & Tutorials, Volume 21, No. 1, Firstquarter 2019, s. 858-880, (<https://ieeexplore.ieee.org/document/8428402>).
- SCOTT, Brett, How Can Cryptocurrency and Blockchain Technology Play a Role in Building Social and Solidarity Finance, UNRISD Publications, 10.02.2016, Working Paper 16-1, (<https://www.unrisd.org>).
- SERT, Turan, Sorularla Blockchain, Blockchain Türkiye, Türkiye Bilişim Vakfı, (https://bctr.org/dokumanlar/Sorularla_Blockchain_Turan_Sert.pdf).
- SETH, Shobhit, Public, Private, and Permissioned Blockchains Compared, 11.05.2024, (<https://www.investopedia.com>).
- SHARMA, Kumar Toshendra, Types of Blockchains Explained- Public vs. Private vs. Consortium, 10.05.2024, (<https://www.blockchain-council.org/blockchain/types-of-blockchains-explained-public-vs-private-vs-consortium/>).
- SHERRY, Benjamin, What is the Genesis Block in Bitcoin Terms?, 28.08.2024, (<https://www.investopedia.com/genesisblock>).
- STABILE, Daniel, T./PRIOR, Kimberly, A./HINKES, Andrew, M., Digital Assets and Blockchain Technology, Edward Elgar Publishing, USA, 2020.
- SWAN, Melanie, Blockchain: Blue Print for a New Economy, 2015, O'Reilly Media Inc, USA, (https://play.google.com/books/readersn_GB).
- SYED, Hassan/DE KIEV, Laurent Cleenewerck/KATTERBAUER, Klemens, The Impact of the Legalization of Bitcoin in the Central African Republic - A Legal Analysis, 2022, (https://www.researchgate.net/publication/360804987_The_impact_of_the_legalization_of_Bitcoin_in_the_Central_African_Republic_-_a_legal_analysis).
- ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Baskı, Mart 2023.
- TCMB, Elektronik Fon Transfer Sistemi - Elektronik Menkul Kıymet Transfer Sistemi - Fonların Anlık ve Sürekli Transferi (FAST) Sistemi, (<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Sistemleri/Turkiyedeki+Odeme+Sistemleri/Elektronik+Fon+Transfer+%28EFT%29+Sistemi>).
- TEMPLIN, Sarah, "Blocked-Chain the Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts", Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 32, 2019, s. 957-973, (<https://plus.lexis.com>).
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- TNB TEKNOLOJİ, Zaman Damgası Nedir?, (<https://www.tnbteknoloji.com.tr>).
- TURAN, Gamze, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", TBB Dergisi, S. 77, 2008, s. 87-119, (<https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-77-433>).

- UKJT, Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts, Kasım 2019, (<https://www.blockchain4europe.eu>).
- USTA, Ahmet/DOĞANTEKİN, Serkan, Blockchain 101v2, 2019, (https://www.bkm.com.tr/wp-content/uploads/2019/08/15082019_kitap.pdf).
- VAN WIRDUM, Aaron, Is Bitcoin Anonymous? A Complete Beginner's Guide, 18.11.2015, (<https://bitcoinmagazine.com/technical/is-bitcoin-anonymous-a-complete-beginner-s-guide-1447875283>).
- VOS, Christiaan, Are Bitcoin Transactions Anonymous and Traceable?, 3.09.2022, (<https://cointelegraph.com/explained/are-bitcoin-transactions-anonymous-and-traceable>).
- WRIGHT, Aaron/DE FLIPPI, Primavera, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, 2015, s. 2, (<http://ssrn.com/abstract=2580664>).
- YAVUZ, Melih, "Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme", Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019, C. 4, S. 1, s. 15-29, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/fesa/issue/44215/498053>).
- YÜKSEL RIPLEY, Burcu, "When is a Cryptocurrency Transfer International in Distributed Ledger Technology-Based Systems?", EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, Vol. 7, 2023, s. 181-201, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4590972).

Diğer Kaynaklar

- Antalya BAM 6.HD'nin 2020/1149 E., 2020/905 K. ve 13.11.2020 tarihli kararı, (<https://kazanci.com.tr/>).
- HCCH Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=61>).
- HCCH Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, (<https://assets.hcch.net/docs/510bc238-7318-47ed-9ed5-e0972510d98b.pdf>).
- İstanbul 24. İcra Hukuk Mahkemesi, 2022/1353 E., 2023/220 K. ve 16.02.2023 tarihli kararı, (karar metni yayınlanmamıştır.).
- Swiss Federal Act on Private International Law, of 18 December 1987 (Status as of 1 September 2023), (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en).
- UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers (1992), (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-creditrans.pdf>).
- UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 2(2), 2023, (<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>).
- United States v. Ulbricht, 31 F. Supp. 3d 540 (S.D.N.Y. 2014) Case, (https://casetext.com/case/united-states-v-ulbricht-11/?PHONE_NUMBER_GROUP=P).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2006/8585 E, 2006/12877 K. sayılı ve 07.12.2006 tarihli kararı (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/11hd-2006-8585.htm>).

Kamu Hukuku

Yedek Jüri Raporları Bilgi Edinme Hakkı Kapsamında mıdır? (*)

Are Substitute Jury Reports Subject to the Right to Information?

Doç. Dr. Çınar Can EVREN (**)

Öz:

Bilgi edinme hakkı Anayasa'da düzenlenmiş temel hak ve hürriyetlerden olup aynı zamanda hukuk devletinin ön koşuludur. Bu hak Anayasa'da yer alan diğer pek çok temel hak ve hürriyet ve ilke ile yakın ilişki içindedir. Örneğin hak arama hürriyetinin veya düşünceyi açıklama hürriyetinin kullanılabilmesi, kişinin bilgi edinme hakkına sahip olmasına bağlıdır.

Bilgi edinme, sınırsız bir hak değildir. Mutlak açıklık, idareyi karar alamaz hale getireceği gibi kişilerin hak ve menfaatlerini de ihlal eder. Demokratik bir hukuk devletinde bu hakka yönelik yapılacak sınırlamalar, demokratik toplumun gereklerine, ölçülülük ilkesine ve kamu yararına uygun olmalı ayrıca kanunla yapılmalıdır. Diğer bir ifade ile yapılacak sınırlamada kamu yararı-kişisel yarar dengesi gözetilmelidir.

Bilgi edinme hakkı kamu gücünü sınırlar. İdarenin daha dikkatli davranmasına ve denetlenmesine imkân verir. Bu sayede kamu yararı tesis edilir. Bu açıdan sadece kanun koyucu değil hakkın muhatabı olan idareye de önemli görevler düşmektedir. İdareler bilgi edinme hakkının kullanımını kolaylaştırmalı; sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engelleri ortadan kaldırmalıdır. Bu noktada idareler özellikle takdir yetkisinin veya kanundaki muğlak ifadelerin arkasına sığınarak bilgi edinme taleplerini reddetmemelidir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kabulü, Türk idare hukukunda idari usul açısından önemli bir adım olmakla birlikte Kanun'da "devlet sırrı", "ticari sır" gibi muğlak ifadelere yer verilmiş olması, ayrıca Kanun kapsamındaki idarelerin takdir yetkisine dayalı uygulamaları, açıklığın önünde engel olmaya devam etmektedir.

Makale konusu somut olayda yapılan bilgi edinme başvurusunun Üniversitelerarası Kurul ve hatta Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu tarafından, Kanun'daki istisnalara dahi girmemesine rağmen reddedilmesi, Türk kamu yönetiminde açıklık ilkesinin halen tam olarak özümsemediğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler:

Bilgi Edinme Hakkı, Doçentlik Başvurusu, Jüri Raporları, Üniversitelerarası Kurul, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 25.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 20.01.2025.

(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: cinar.evren@hbu.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3685-5046>.

Abstract:

The right to information is one of the fundamental rights and freedoms regulated in the Constitution. This right is also a necessity for the rule of law. The right to information is in close relationship with many other fundamental rights, freedoms and principles such as freedom to seek justice or freedom to express opinion, included in the Constitution. If a person has the right to information, he/she can exercise his/her freedom to seek justice or his freedom to express his opinion.

The right to information is not an unlimited right. If the right to information is regarded as an unlimited right, administrations will be unable to make decisions and rights and benefits of people will be suffered. In a democratic state of law, the right to information should be limited by law in accordance with the requirements of a democratic society, the principle of proportionality and the public interest. In other words, the limitation must consider the balance of public interest and personal benefit.

The right to information limits the public power and allows the administration to act more carefully and be supervised. Thus, public interest is established. From this standpoint not only the legislator but also the administration has important duties. Administrations should facilitate the use of the right and remove obstacles that delay and/or make it difficult to get results. In other words, administrations should not reject requests for information by hiding behind their discretionary powers or vague provisions in the law.

The enactment of the Law on the Right to Information No. 4982 has been an important step in terms of administrative procedure in Turkish administrative law. However, the use of vague provisions such as "state secret" and "trade secret" in the Law, as well as the discretionary practices of the administrations, prevent the required clarity.

In the incident subject to this article, although it is not included in the exceptions in the Law on the Right to Information No. 4982, application for information is rejected by Interuniversity Board and even Review Board of Access to Information. This situation shows that the principle of clarity has not yet been fully assimilated in Turkish public administration.

Keywords:

The Right to Information, Application for Associate Professorship, Jury Reports, Interuniversity Board, Review Board of Access to Information.

I. GİRİŞ

Makale konusu olayda doçentlik başvurusunda bulunan bir doktor öğretim üyesi, eser incelemesi aşamasında başarısız bulunmuştur. Bunun üzerine aday¹ (başvuru sahibi), idari ve yargısal başvuru yollarını kullanmak ve bu başvuruların olumsuz sonuçlanması halinde yeniden yapacağı doçentlik müracaatında yedek jüri raporlarında belirtilen eksiklik ve hataları gidermek için Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'ndan (ÜAK) yedek jüri üyelerinin raporlarının kendisine verilmesini, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (4982 sayılı Kanun) uyarınca talep etmiş; ancak bu talebi reddedilmiştir. Ret kararı üzerine aday bu sefer de Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na (BEDK) itiraz etmiştir. Adayın itirazı önce kabul edilmiş ve yedek jüri üyelerinin raporlarının adayın erişimine açılmasına karar verilmiştir. Ancak ÜAK'ın bu karara itiraz etmesi üzerine bu sefer BEDK önceki kararından dönmüş ve adayın yaptığı başvuruyu reddetmiştir.

¹ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca "Bu Kanun kapsamında bilgi edinme hakkını kullanarak kurum ve kuruluşlara başvuran gerçek ve tüzel kişiler" başvuru sahibi olarak ifade edilmektedir (m. 1/b).

Bu makale, Anayasa’da bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenen bilgi edinme hakkının anılan idarelerce (ÜAK ve BEDK) reddedilmesinin hukuki tahlilini amaçlamaktadır. Bu tahlilde, ÜAK ve BEDK’nın başvuru sahibinin talebi hakkında verdiği kararlar irdelenmiş; anılan ret kararları, bilgi edinme hakkının hukuki niteliği; mevzuatta düzenlenme şekli, konu hakkındaki yargı ve BEDK kararları ışığında değerlendirilmiştir.

II. GENEL OLARAK BİLGİ EDİNME HAKKI

Bilgi edinme hakkı idari usulün parçasıdır. İdari usul ise idarenin kararlarını oluşturması sürecinde uyması gereken kuralların, işlemin muhataplarının sürece ilişkin hak ve yükümlülüklerinin bütünüdür². İdari usul sayesinde hakların kullanılması kolaylaşır. Örneğin bilgi edinme hakkı sayesinde savunma hakkı daha etkin şekilde kullanılabilir³.

İdari usul, hazırlık işlemlerinin yapılış usulü; işlemin tesisi sırasında yapılacak araştırma, inceleme ve soruşturma; işlemi tesis edecek idarenin yetkileri, işlem metninin şekli; işleme karşı başvuru yolları ve süreleri; idari işlemlerin geri alınma, kaldırılma ve değiştirilmesi; işlemin gerekçesi; işlemle ilgili uzlaşma, sulh ve müzakere konularını kapsar. Yine bunların yanında, idari usulün işlemin muhatabının hak ve yetkilerini⁴ ve işlemin tesisi sürecine katılma koşulları konularını da ihtiva etmesi gerekir⁵.

Herhangi bir kural öngörülmeyle, idarenin işlem yaparken tamamen kendi takdirine dayanması; işleminden ilgisini haberdar etmemesi, ilgilinin işlem dosyasından bilgi ve belge almasını engellemesi⁶, idarenin yetkisini kötüye kullanmasına neden olur⁷. Bu sakıncaları bertaraf etmek için kabul edilen idari usul kuralla-

² Lütfi Duran, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, (Amme İdaresi Dergisi, Y. 1998, C. 31, S. 2), s. 3; Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 16. B., Ankara 2023, s. 560.

³ Yücel Oğurlu, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, (AÜEHFD, Y. 2005, C. IX, S. 1-2), s. 84; Tekin Akıllıoğlu, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, s. 117, (savunma hakkı).

⁴ Özay, bilgi edinme hakkının olmadığı bir yerde idari usul kanununun varlığının bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır. İl Han Özay: Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 3; Ramazan Yıldırım, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, (Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998) s. 228.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s. 85; Celal Işıklar, İdarenin Yargı Dışı Denetimi Aracı Olarak Mukayeseli Hukukta İdari Usul Yasaları, <http://www.msb.gov.tr/Ayim/Makale/> (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

⁶ 4982 sayılı Kanun’un 3. maddesi uyarınca bilgi, “Kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi”; belge ise “Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını” ifade eder.

⁷ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 559.

rı⁸ idarenin keyfi karar almasını önler ve takdir yetkisini sınırlar; kararların yeterli bir araştırma ve inceleme sonunda kamu yararına en uygun şekilde alınmasına hizmet eder; katılımı sağlayacağından yönetimde açıklık ve demokrasiye katkı sağlar⁹; iyi yönetim ilkesinin gerçekleşmesine hizmet eder; herkese aynı kurallara uygulanacağından eşitlik ve hukuki güvenlik sağlanır; kişiler ile idare arasında iyi bir ilişki kurulmasına yardımcı olur; idarenin denetimini ve hesap verebilirliğini kolaylaştırır¹⁰ ve yargının iş yükünü azaltır. Bu açıdan idari usul, idareyi disiplin altına almak suretiyle kamu yararı ile kişisel yararı uzlaştırmak amacı taşır¹¹.

İdari yargı kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunmasında vazgeçilmez bir araç olsa da tek başına yeterli olmamakta; en azından zaman ve para kaybına neden olmakta kimi zaman da iptal kararı uzun zaman sonra verileceğinden, bir anlam ifade etmemektedir. Diğer bir ifade ile işlemin tesisinden sonra yapılacak yargısal denetim her zaman istenen sonucu vermeyebilir¹². Bu eksikliği tamamlamak suretiyle idari usul kuralları bu sakıncaları bertaraf edebilmek adına idarenin yargı yoluna başvurmadan önce denetlenebilmesine imkân veren kurallardır. Dahası yine bu kurallar, yargılama usulündeki gibi kişilere hukuki koruma sağlama yanında kamu hizmetinin etkin ve verimli yürütülebilmesi¹³ için isabetli ve doğru karar verilmesini de hedefler¹⁴. Nihayet idari usul kurallarının varlığı idari yargının iş yükü azalacağından, kalan uyuşmazlıklarda yargılama daha hızlı hale gelir; verilen kararların daha adil olmasını sağlar ve tüm bunlar sonucunda kişilerin yargıya olan güveni artar¹⁵.

⁸ Ali Ülkü Azrak, "Umumi İdari Usul ve kodifikasyon Meselesi", (İÜHF, Y. 1967, C. XXXIII), s. 70 vd, 81; Akyılmaz, s. 88 vd; Işıklar, İdarenin Yargı Dışı Denetimi; Oğurlu, s. 82 vd; Nuri Alan, "İdari Usul ve İdari Yargı", (ABD, Y. 2000, S. 2), s. 12; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 561 vd; Sait Güran, "Yönetimde Açıklık", (İHİD, Y. 1982, C. 3, S. 1-3), s. 102; Metin Kıratlı, "İsviçre'de İdari Usul Kodifikasyonu", (AİD, C. 6), s. 49.

⁹ Türkiye'de 4982 sayılı Kanun yürürlükte olmasına rağmen genel idari usul kanununun kabul edilmemiş olması nedeniyle arzulanan açık yönetim, demokratik katılım ve idarenin önceden denetiminin yetersiz kalacağı ifade edilmektedir. Işıklar, İdarenin Yargı Dışı Denetimi.

¹⁰ "23. Devletin elinde bulunan ve erişilebilir olmayan bilgi ve belgeler ulaşabilmeyi garanti altına alan bilgi edinme hakkının bireylere daha yakın bir yönetimi ve yönetenlerin hesap verilebilirliğini sağlama hususunda esaslı bir işlevi vardır. Devletin vatandaşları bilgilendirme sorumluluğundan kaynaklanan bilgi edinme hakkı yönetimde şeffaflığın, demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerindendir (Yaman Akdeniz (2), § 43)." AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2019/10171, KT: 04/07/2024.

¹¹ Azrak, s. 74; Duran, s. 11. "(Bilgi edinme hakkının) Kanun'da öngörülen amaca uygun olarak, anlamlı bir şekilde varlığını sürdürebilmesi için, kamunun ortak yararını ve kişilerin bireysel yararlarını dikkate alan adil bir denge içerisinde kullanılması gerektiği açıktır." İstanbul BİM 10. İDD: 09.11.2022, E. 2022/1931, K. 2022/2768, Kazancı.

¹² İdari usul ve yargılama usulü birlikte değerlendirilmeli ve idari usul tamamlansa bile yargısal korunma imkânı devam ettiği sürece yargısal korunmada yararlanmak üzere başvuru sahipleri bilgi edinme hakkından yararlanabilmelidir. Akyılmaz, s. 161.

¹³ "24. Devletin ontolojik nedeninin ve esas ödevinin halka hizmet olduğu gerçeğinin kaçınılmaz bir sonucu olan yönetimde şeffaflık sayesinde yönetime güven, idarenin işleyişinde objektiflik, adillik ve etkinlik sağlanmaktadır." AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2019/10171, KT: 04/07/2024.

¹⁴ Azrak, s. 74; Duran, s. 11; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 559.

¹⁵ Azrak, s. 79.

Bilgi edinme hakkı, kamu gücünü sınırlayan ve bu gücün denetlenmesine imkân veren demokratik bir haktır¹⁶. Gerçek anlamda bir bilgi edinme hakkından bahsedebilmek için gereken, kanunla belirlenmiş istisnalar dışında konu sınırlaması olmaması; başvuru sahibi ile talep edilen bilgi ve belge arasında bir ilgi aranmaksızın idarenin elindeki (doğru) bilgi ve belgeyi en kısa sürede başvuranın erişimine açmasıdır¹⁷. Kamu Denetçiliği Kurumu da bilgi edinme hakkını, “*kendisi ile doğrudan ilgisi olsun ya da olmasın bireylerin, idarenin elinde mevcut olan bilgileri talep edebilmesi ve elde edilebilmesi hakkı*” olarak tanımlamaktadır¹⁸.

Avrupa Komisyonu’na göre bilgi edinme hakkının kullanılması için talep edenin bir gerekçe bildirmesi veya talep edilen bilgi ve belge ile arasında doğrudan ve kişisel bir yarar şartı aranmaması gerekir. Bu tür taleplere yönelik formaliteler asgari düzeyde tutulmalıdır. Bilgi edinme hakkı sınırlanabilecek bir hak olmakla birlikte bu sınırlama kanunda açıkça düzenlenmeli, demokratik bir toplum için gerekli ve orantılı olmalıdır¹⁹.

A. Bilgi Edinme Hakkının Dayanakları

5982 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile 2010 yılında Anayasa’nın 74/4. fıkrasına eklenen hüküm²⁰ uyarınca “**Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.**” Bilgi edinme hakkı Anayasal güvenceye kavuşturulmak suretiyle bir temel hak olarak kabul edilmiştir²¹. Ancak açıkça zikredilmemiş olsaydı bile yine de bu hak, dayanağını Anayasa’nın pek çok maddesinden alan bir hak-

¹⁶ Musa Eken, “Gizlilik Geleneğinden Şeffaf Yönetime Doğru”, (AİD, Y. 2005, C. 38, S. 1) s. 114; Fatma Ebru Gündüz / İsmail Yazıcıoğlu, “Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması”, (Anayasa Yargısı, Y. 2021, C. 38, S. 1), s. 173.

¹⁷ “**25. Bilgi edinme hakkının konusu resmî makamlarca tutulan ve kişinin kendisi hakkında olan veya olmayan verilere erişim talebi olabileceği gibi resmî makamlarca tutulan, kişinin kendisi ile ilgili olmayan ancak kamu yararı taşıyan konulardaki bilgiler de olabilir.**” AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2019/10171, KT: 04/07/2024.

¹⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu, İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, Ankara 2019, s. 103.

¹⁹ Council of Europe, The Administration and You, Principles of Administrative Law Concerning Relations Between Individuals and Public Authorities, 2018, s. 20.

²⁰ “**27. Bilgi edinme hakkı, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle Anayasa’nın 74. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile de anayasal güvence altına alınmıştır. 5982 sayılı Kanun’a ilişkin teklifin gerekçesinde Anayasa değişikliğinin amacı “bireylerin kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen iş ve işlemlerle ilgili olarak bilgi edinmesi ve kamu yönetiminde şeffaflığın sağlanması bakımından büyük önem arz eden bilgi edinme hakkının özel bir Kanunla düzenlenmiş olmasına karşılık Anayasa’da bu hakkı doğrudan düzenleyen açık bir hükmün bulunmaması, günümüz toplumunda teşkil ettiği önemi dikkate alınarak bu hakkın garanti altına alınmasının ileri bir adım olacağına kanaat getirilmesi” olarak belirtilmiştir.**” AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2019/10171, KT: 04/07/2024.

²¹ “**İdare bilgi edinme taleplerine cevap verirken bu hakkın temel hak ve özgürlükler kapsamında ve Anayasada korunan bir hak olduğu ve kişilerin hak arama hürriyetini etkin bir şekilde kullanabilmeleri için mutlaka gerekli olduğu hususlarını göz önünde tutmalıdır.**” Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 107.

tır²². Bu açıdan bilgi edinme hakkı, insan hakları kavramının gelişmesinde önemli bir rol oynamakta olup ayrıca pek çok temel hak ve hürriyetle de ilişkilidir²³. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi bilgi edinme hakkının, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez haklardan biri olduğunu ifade etmektedir²⁴.

Bilgi edinme hakkı öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “*hukuk devleti ilkesi*”nden kaynaklanır. Zira hukuk devletinin²⁵ zorunlu bir unsuru olan ve aynı zamanda kendisi de bir temel hak ve hürriyet olarak Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama hürriyeti” ve “savunma hakkı” ancak kişilere bilgi edinme hakkı tanınmışsa kullanılabilir²⁶. Akyıldız'ın²⁷ da vurguladığı

²² Nitekim Anayasa değişikliğinden önceki tarihli çalışmalarda da aynı husus vurgulanmıştır. Tekin Akıllıoğlu, “Bireyin Yönetmelik İşlemleri Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, (AİD, Y. 1981, C. 14), s. 49; Akyılmaz, s. 159. “Anayasa'nın 74. maddesinin temel işlevi kişilerin dilekçe ve bilgi edinme haklarının korunmasıdır. Nitekim bu haklar ile başta ifade özgürlüğü olmak üzere Anayasa'da güvence altına alınan diğer birçok temel hak ve özgürlük arasında önemli bir ilişki bulunmaktadır.” AyM: 23.07.2024, E. 2023/25, K. 2024/139.

²³ Akyılmaz, s. 152; Gündüz/Yazıcıoğlu, s. 179. “4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun; demokratik, insan haklarına saygılı, hukuk devletinin bir gereği olarak demokratik fikir ve düşünce oluşumuna, bireylerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesine, fikir ve haber alma serbestisinin geliştirilmesine, yönetimde şeffaflığın sağlanmasına, vatandaşların idarenin demokratik denetimine katılmasına ve bu yolla yönetimde verimliliğin artırılmasına katkıda bulunmak ve ülkemizin Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde bireysel hakların genişletilmesi ve çağdaş yönetim anlayışının gerçekleştirilmesinde atılmış çok önemli bir adım olduğu” BEDK: 11.03.2005 tarih ve 2005/144 sayılı karar. “27. Kaldı ki bilgi edinme hakkı ile başta ifade özgürlüğü olmak üzere Anayasa'da güvence altına alınan ve CBK ile düzenlenemeyecek yasak alanda kalan diğer birçok temel hak ve özgürlük arasında da önemli bir ilişki ortaya çıkabilmektedir.” AyM: 18.01.2024, E. 2022/93, K. 2024/9.

²⁴ D15D: 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184, Kazancı. “43. ... demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin kendileri veya faaliyet alanlarıyla ilgili konularda bilgi edinme hak ve özgürlüğü bulunmaktadır. Bilgi edinme hakkı demokratik toplum düzeninin ve hukukun üstünlüğünün gereklerindendir. Dolayısıyla dilekçe hakkı ile sıkı sıkıya bağlı bulunan bilgi edinme hakkı insan hakları ve temel özgürlüklerin ayrılmaz bir parçasıdır.” AYM İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2017/31069, KT: 30/09/2020.

²⁵ Hukuk devleti ile ilgili olarak sadece savunma hakkı ve hak arama hürriyetinin değil “hukuki güvenlik”, “belirlilik” ve “haklı beklenti” ilkelerinin dahi bilgi edinme hakkının dayanaklarından olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre kişi ancak sahip olduğu bilgiye göre hayatını organize edip geleceğini planlayabilir. İbrahim Kaylan, Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetimi, Doktora Tezi, Kocaeli 2016, s. 37.

²⁶ AyM: 23.07.2024, E. 2023/25, K. 2024/139. “Anayasanın 36. maddesinde yer alan ve evrensel konumu nedeniyle insanlığın ortak değerlerinden sayılan iddia ve savunma hakkı, birbirini tamamlamakta ve birbirinden ayrılmaz niteliğiyle de hak arama hürriyetine temel oluşturmaktadır. ... çağdaş bir hukuk düzeninde bu hakkın kullanılması, olabildiğince kolaylaştırılmalı; olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. Hak arama hürriyetinin belirtilen şekilde kullanılabilmesi ise, idari işlem veya eylemle ilgili tüm tespit ve kanıtların bilinmesi, buna bağlı olarak karşı argümanlar geliştirilerek aksi yönde tespit ve kanıtların sunulmasıyla mümkündür.” D8D: 30.04.2015, E. 2014/8893, K. 2015/3715, Lexpera.

²⁷ Ali Akyıldız, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Ülkemizde İnsan Hakları Alanında Çalışan Diğer Kurumlarla Karşılaştırılması”, (Bilgi Edinme Hakkı Ulusal Sempozyumu, Ankara 2022), s. 206. “... yapılan sınavlara ilişkin olarak kişilerin bilgi sahibi olması da son derece önemli olup kişilerin bu soru ve cevapların doğru olarak tespit edilip edilmediğini öğrenme ve buna göre yanlışı

üzere “*Hak arama özgürlüğü, savunma ve adil yargılanma hakları (Anayasa, m.36), adeta bütün hakların anlam kazanabilmesinin olmazsa olmazıdır. Ancak, bu hakların gereği gibi kullanılabilmesinin de temelinde, bilgi edinme ve resmi belgelere erişim hakkının gereği gibi sağlanması yatar.*”

Kişinin savunma hakkını kullanabilmesi için işlem dosyasındaki tüm bilgi ve belgeleri görme olanağının tanınması; kendini neye karşı savunacağını bilmesi gerekir²⁸. Nitekim gerek Danıştay²⁹ gerekse de Kamu Denetçiliği Kurumu bilgi edinme hakkının, hak arama özgürlüğünün ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin ön koşulu olduğunu ifade etmektedir³⁰.

Bilgi edinme hakkı Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “demokratik devlet” ilkesinden de dayanağını almaktadır. Zira demokrasi belirli aralıklarla temsilcileri seçmek için oy kullanmak faaliyetinden ibaret değildir. Bu demokrasinin unsurlarından sadece biridir. Bunun yanında kişilerin idarenin işleyişine katılması³¹ ve bu sayede demokrasinin yönetimde demokrasi ile pekiştirilmesi gerekir. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Resmi Belgelere Erişim Hakkındaki Tavsiye Kararı’nda³² çoğulcu ve demokratik bir toplumda kamunun açıklığının ve kamu yararına ilişkin bilgilere erişimin önemli olduğu belirtilmiştir. Anılan Kararı uyarınca açık kurallara uygun olarak ve eşitlik temelinde resmî belgelere geniş

olarak belirlenen soru ve cevaplara karşı hak arama özgürlüğünü kullanabilmesinde de ciddi bir kamu yararı bulunmaktadır. Zira kişilerin eğitim veya iş hayatı bakımından geleceklerini belirleyen bu sınavların, doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilmeleri ve buna ilişkin hak arama özgürlüklerini kullanabilmeleri için anılan soru ve cevaplara erişebilmeleri gerekmektedir.” AyM: 04.12.2014, E. 2013/114, K. 2014/184.

²⁸ Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 9. B., Ankara 2013, s. 403; Yıldırım, s. 228; Sait Güran, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, (Anayasa Yargısı, Y. 1993, S. 9), s. 29, (hak arama). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İdari İşlemler Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı ekinde yer alan bilgiye erişim hakkı ilkesi “*Talebi halinde ilgili, idari işlemin tesisinden önce, işlemin bütün mevcut unsurları ile ilgili olarak tüm uygun araçlarla bilgilendirilir.*” hükmünü havidir. Resolution No. (77)31 of the Committee of Ministers on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of Administrative Authorities, <https://rm.coe.int/16804dec56>. Ayrıca bkz. İhsan Kuntbay, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, (AİD, Y. 1978, C. 11, S. 4), s. 3 vd.

²⁹ “*Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapının görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabileceklerdir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkansızdır.*” DİDDGK: 12.06.2008, E. 2005/3292, K. 2008/1633, Kazancı.

³⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 103. Ayrıca bkz. Tekin Akıllıoğlu, “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm, (idari usul), (Erişim Tarihi: 05.08.2024).

³¹ Musa Eken, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, (AİD, Y. 1994, C. 27, S. 2), s. 53, (gizlilik).

³² Recommendation Rec(2002)2 of the Committee of Ministers to Member States on Access to Official Documents, <https://rm.coe.int/16804c6fcc>. Ayrıca bkz. Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı REC (2002) 2”, (TBB Dergisi, Y. 2005, S. 58), s. 189 vd.

bir biçimde erişim imkânı tanımak; i) kamunun içinde yaşadığı toplum ve kendini yönetenler hakkında yeterli görüş sahibi olmasına ve eleştirel bir bakış açısı getirmesine imkân verirken ortak yararlar konusunda halkın bilinçli katılımını da cesaretlendirir. ii) İdarenin yeterliği ve etkinliğini geliştirir ve yolsuzlukları önleyerek idarelerin faaliyetlerini dürüstçe yerine getirmesine yardımcı olur. iii) Kamu hizmeti gören idarelerin meşruiyetine katkı sağlar ve kamunun idarelere olan güvenini güçlendirir. Kararın 4. maddesi uyarınca, resmî belgelere erişim sınırlandırılabilir bir hak olmakla birlikte bu sınırlamanın açıkça kanunda düzenlenmesi, demokratik bir toplum için gerekli olması ve korunan amaçla orantı bulunması gerekir. Kararın 5. maddesine göre ise bilgi edinme talebinde bulunan başvurana başvurusunun gerekçelerini bildirme yükümlülüğü getirilmemelidir.

Bilgi edinme hakkı bir yönüyle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliği" hakkı ile de ilgilidir. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ve kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme hakkını da kapsayan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı uyarınca, kişilerin kendileri ile ilgili bilgi ve belgelere erişebilmeleri gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu hakka istinaden devletin, kişilerin özel hayatına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir³³.

Bilgi edinme hakkının dayanaklarını Anayasa'nın 25. maddesinde yer alan "Düşünce ve kanaat hürriyeti" ile 26. maddesinde düzenlenen "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nde de bulmak mümkündür³⁴. Nitekim bilgi edinme

³³ "Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız kalma hakkından ibaret olmayıp bu hak, bireyin kendisiyle ilgili bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaştırılmaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisiyle ilgili bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir." AyM Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2019/39889, KT: 17/07/2024, par. 11.

³⁴ "... düşünce ve ifade özgürlüğü, ancak bir konu hakkında bilgi sahibi olunursa anlam ifade edebilecek hak ve özgürlüklerdendir." Melike Özge Çebi Buğdaycı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bilgi Edinme Hakkı- İfade Özgürlüğü İlişkisine Güncel Yaklaşımı", (Bilgi Edinme Hakkı Ulusal Sempozyumu, Ankara 2022, s...), s. 44; Cavidan Soykan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı", (AÜHFD, Y. 2007, C. 56, S. 2), s. 63; Kaylan, s. 25; Ahmet Korhan Mastı, Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları ile İlişkisi, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 16. "Şüphesiz ifadeye konu olacak düşüncenin oluşumu öncelikle haber, bilgi ve belgelere ulaşabilmeyi gerektirir. Bu bağlamda öncelikle kişiler arasındaki bilgi alışverişinin ve mevcut erişilebilir bilginin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaması ve engellenmemesi gerekir. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestisini kapsadığı belirtilmiştir. Anılan maddeye göre devletin üçüncü kişiler arasındaki bilgi alışverişine müdahale etmeme, mevcut erişilebilir bilgiye erişimi engellememe yönünde negatif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. 30. Öte yandan ifade özgürlüğünün ön koşulu olan haber, düşünce ve bilgilerin serbestçe araştırılması, elde edilmesi ve öğrenilmesinin haber

hakkı uluslararası düzeyde ilk kez Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi'nde iletişim özgürlüğü kapsamında ifade edilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de aynı kural daha geniş biçimde yinelenmiştir³⁵.

Gerçek anlamda demokratik bir hukuk devleti olma iddiasındaki her devletin, belirli sınırları olmakla birlikte, kişilere bilgi edinme hakkı tanınması gerekir³⁶. Bu gerekliliği sağlamak adına başta insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar olmak üzere ulusal üstü düzeyde, bağlayıcı olan veya olmayan pek çok metin bulunmaktadır³⁷. Örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi "*Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın **bilgi** ve görüşleri her yoldan aramak, **almak** ve yaymak özgürlüğünü kapsar.*" hükmünü havidir³⁸. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne göre ise "*Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın **her çeşit bilgiyi** ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, **edinme** ve iletme özgürlüğünü de içerir.*" (m.19/2)³⁹. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/1. fıkrasına göre⁴⁰ "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve **haber ve görüş alma** ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*"

B. İyi Yönetim (İdare) İlkesi Bağlamında Bilgi Edinme Hakkı

İyi yönetim ilkesi "*bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleyle tâbi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, idareyi her zaman*

ve bilgi kaynaklarının erişilebilir olmasına bağlı olduğu unutulmamalıdır. Bireyler çeşitli yollarla elde ettikleri bilgiler sayesinde düşüncelerini oluşturma sürecine girer. Devlet, kamu düzeni içinde sahip olduğu konumu ve bireylerle arasında kurduğu ilişkideki üstünlüğü nedeniyle ilk elden, ham ve çarpıtılmamış bilginin elde edilebileceği temel bir kaynak konumunda olduğundan objektif bilgiye erişimin çoğu zaman resmî makamların elinde bulunan bilgi ve belgelerin ulaşılabilir olması ile mümkün olabileceği açıktır. Bu anlamda bilgi edinme hakkı ifade özgürlüğünün gerçekleşmesine hizmet eder (Yaman Akdeniz (2), § 51)." AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2019/10171, KT: 04/07/2024.

³⁵ Tekin Akıllıoğlu, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990), s. 806, (açıklık).

³⁶ Alan, s. 9.

³⁷ Bilgi edinme hakkının yer aldığı metinler için bkz. Mastı, s. 30 vd; Can Azer, Bilgi Edinme Hakkı, Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 87 vd.

³⁸ Rona Aybay, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, <https://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr> (Erişim Tarihi: 02.01.2012).

³⁹ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK>.

⁴⁰ https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.

yanında hissettiği ve idareye güven duyduğu şeffaf bir yönetim” olarak tarif edilmektedir⁴¹. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir bireysel başvuruda iyi yönetim kavramını kullanmış ve kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir içtihadına da referans vererek şöyle açıklamıştır⁴²: “İyi yönetim” ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda, kamu otoritelerinin, uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir (bkz. Krstic / Sırbistan, B. No: 45394/06, 10/12/2013, § 78).” Yine Yüksek Mahkemeye göre idarenin sorumluluklarını yerine getirmeyerek işlemin iptaline neden olması; yargı kararlarını da süresinde ve gereği gibi yerine getirmemek suretiyle kamu yararı ile kişisel yarar arasında olması gereken adil dengeyi kuramaması⁴³ ve ölçülülük ilkesine uygun hareket etmemesi iyi yönetim ilkesine aykırıdır⁴⁴. Danıştay ise bir kararında denetim faaliyetlerinde objektifliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından idarenin kendi faaliyetlerine sınırlama getirmesini iyi yönetim ilkesinin bir gereği kabul etmiştir⁴⁵.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İyi Yönetim Hakkındaki Tavsiye Kararı’nda⁴⁶ iyi yönetimin temel bir hak olduğu ifade edilmiş ve eki İyi Yönetim Yasası’nın 10. maddesinde kamu idarelerinin açıklık ilkesine uygun şekilde hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın⁴⁷ iyi idare hakkının düzenlendiği 41. maddesine göre herkes Birliğin kurum ve organları önünde işlerinin tarafsız, adil ve makul bir zaman içinde değerlendirilmesi hakkına sahip olup, bu hak diğerleri yanında kişinin, mesleki ve ticari sırlardan doğan gizliliğin yarattığı meşru yararları saygılı kalarak kendi doyasına erişme hakkını da kapsar. Yine Sözleşme’nin 42. maddesine göre “Birliğin bütün vatandaşları, bir üye devlette ikamet eden veya yasal merkezi bulunan gerçek ve tüzel kişiler Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişim hakkına sahiptirler.”

⁴¹ Bahtiyar Akyılmaz, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, (GÜHFD, Y. 2003, C. 7, S. 1-2, (sayfa belirtilmemiş), (iyi yönetim).

⁴² AyM Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2013/711, KT: 03/04/2014, par. 68. Yine Anayasa Mahkemesi’ne göre “İdarelerin iyi yönetim ilkesi gereğince hatalı işlemlerinin neticelerini herhangi bir başvuru olmaksızın resen düzeltmeleri beklenir.” AyM İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2014/7970, KT: 22/03/2018, par. 46. “İdarenin ‘iyi yönetim’ ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. ... Ayrıca idarelerin kendi hatalarının sonuçlarını gıdirmeleri ve bireylere yüklememeleri gerekir.” AyM Genel Kurul, Başvuru Numarası: 2015/6728, KT: 01/02/2018, par. 100.

⁴³ AyM İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2017/38317, KT: 13/01/2021, par. 66, 67.

⁴⁴ AyM Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2019/11980, KT: 29/06/2022, par. 51.

⁴⁵ D13D: 07.03.2019, E. 2015/1473 K. 2019/703, Lexpera.

⁴⁶ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, <https://rm.coe.int/16807096b9>. Ayrıca bkz. Onur Karahanoğulları: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimle/r/522/dosya/2522-02-202212-36-pm.pdf> (Erişim Tarihi: 08.03.2024).

⁴⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

Diğer taraftan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan “iyi yönetim ilkeleri” arasında şeffaflık, hesap verilebilirlik, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı sayılmaktadır.

Görüleceği üzere açıklık, şeffaflık, bilgi edinme ve iyi yönetim ilke ve kavramları birbirleri ile yakın ilişki içindedirler⁴⁸. Nitekim Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinin başlığı şöyledir: “*Bilgi verme, saydamlık ve katılımcılık*”. 4982 sayılı Kanun’da da “*Bu Kanunun amacı; demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.*” hükmüne (m.1) yer verilmiştir⁴⁹.

Şeffaflık ilkesi “*Gerçek ve tüzel kişilerin bilgiye erişim hakkının yasal olarak güvenceye bağlanmasını*”, “*İdarenin faaliyetleri ile faaliyet sonuçlarının kamuya açık olmasını*” ve kişilerin bilgiye erişebilmesi için idarenin bilgi verme ödevini sistematik, kolay, hızlı ve ulaşılabilir bir şekilde yerine getirmesini gerektirir⁵⁰. Bu sayede idarenin sahip olduğu kamu gücü dengelenir ve idare üzerinde kişilerin denetim imkânı söz konusu olur⁵¹. Bilgi edinme hakkı diğer yandan idarenin meşruiyetinin artırılmasında da önemli rol oynar. Bu hak sayesinde idare, faaliyetle-

⁴⁸ “Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve idarenin faaliyetlerini objektif esaslara göre ve güvenilir bir sistem içerisinde yürütmesinde, etkili ve önemli araçlardan biri de “idarenin şeffaflığı ilkesi”dir. Şeffaflık, devletin ekonomik, siyasi, idarî ve sosyal konularda aldığı kararlara ve yaptığı uygulamalara, bireyler tarafından zamanında ve güvenilir bir biçimde erişilebilmesi olarak tanımlanabilir. Şeffaflık ilkesini tamamlayan haklardan en önemlisi de bilgi edinme hak ve özgürlüğüdür. Bilgi edinme hakkı; ilgililerin karar alma süreçlerine katılabilmelerine, denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işletilebilmesine ve hak arama özgürlüğünün etkili bir şekilde kullanmasına olanak sağlamaktadır. Bu nedenle, şeffaflığın sağlanmadığı bir yönetim modelinde, hak ve yükümlülüklerin kullanılması da tam anlamıyla gerçekleşmiş olmayacaktır.” D8D: 30.04.2015, E. 2014/8893, K. 2015/3715, Lexpera.

⁴⁹ “4982 sayılı Kanun’un 1. maddesinde yer verilen amacına ve genel gerekçesine bakıldığında; Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile hukukun üstünlüğünün, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olarak bireylere daha yakın bir yönetimin, halkın denetimine açıklığın, kamu güveninin sağlanmasının amaçlandığı; bu çerçevede, kamu kaynaklarını kullanan ve kamusal hizmetle yükümlü bulunan kurum ve kuruluşların çalışmalarının hizmetten yararlananlar ve/veya etkilenenler tarafından görülmemesinin, izlenmesinin, denetlenmesinin hedeflendiği görülmektedir.” D10D: E. 2018/3778, K. 2022/6734, DKD, Y. 2023, S. 13, s. 352 vd.

⁵⁰ Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 77; Eken, s. 114.

⁵¹ Gündüz/Yazıcıoğlu, s. 174. “Bilgi edinme hakkı, yönetilenlerin yönetenleri denetleyebilmesinin, dolayısıyla hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesinin çok önemli bir aracı olarak işlev görmektedir. Bilgi edinme hakkı, devletin demokratik niteliğinin geliştirilmesi ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususlarında önemli bir rol oynadığından, demokratik hukuk devletinde vazgeçilmez bir hak niteliğine sahip bulunmaktadır. Bu hakkın sınırlandırılmasını öngören düzenlemelerin de Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere ve bu bağlamda ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği açıktır.” AyM: 04.12.2014, E. 2013/114, K. 2014/184.

rinde daha dikkatli davranıp hukuka ve kamu hizmeti gereklerine uygun işlem tesis etmek zorunda kalır ve kamu yararı gerçekleşir⁵².

Kişilerin bilgi edinme hakkına sahip olması, hukuk devleti yanında demokratik devletin de bir gereğidir. Zira demokratik bir devlet açıklığı gerektirir. Bilgi edinme hakkı ise açıklık ilkesinin önemli unsurlarından biridir⁵³. Açıklık, Akıllıoğlu'nun tanımından yola çıkarak, özel bir sebebe dayanmak zorunda olmadan herkesin idari makamlardan bilgi alabilmesi, bilgi alma talebinin makul sürede ve uygun vasıtalarla karşılanmasıdır⁵⁴.

Yönetimde şeffaflık, günışığında yönetim⁵⁵, yönetimde demokrasi gibi terimlerle de ifade edilen⁵⁶ açıklığın temel hedefi iyi yönetim ilkesini sağlamak, kişilerle idare arasındaki ilişkileri iyileştirmek ve yönetimde demokrasiyi gerçekleştirmek olup demokratik yönetim anlayışının günümüzdeki en önemli araçlarından biri de bilgi edinme hakkının varlığıdır⁵⁷. Nitekim 4982 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2003'te kaleme alınan bir çalışmada ülkemizde son yıllarda iyi yönetim bakımından en önemli yapısal değişikliğin bu Kanun'un kabulü olduğu ifade edilmiştir⁵⁸.

Yönetimde açıklığın sağlanması ile idarenin kamu gücü kullanması nedeniyle sahip olduğu üstünlük bir nebze azalacak, idareler kararlarını daha dikkatli alacak, kişilerin idareye güvenleri artacak, idare ile ilgili soru işaretleri, kuşku, güvensizlik ve söylentiler giderilecektir⁵⁹. Diğer bir ifade ile aslında idare de bundan yararlanacaktır.

⁵² "Bilgi Edinme hakkı, kamu yönetiminde açıklığı sağlamak suretiyle, bürokraside yozlaşmayı da önleyecek, böylece idarenin etkin ve verimli çalışmasına yol açması sayesinde kamu yararına da hizmet etmiş olacaktır." Akyıldız, s. 184.

⁵³ Bahtiyar Akyılmaz, "Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun" (Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998), s. 44, (İspanya). "Bilgi edinme hakkı, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez haklardan biridir. Bu hakkın kullanımı bireylerin, kamu kurum ve kuruluşların tarafından iş ve işlemlerle ilgili olarak bilgi edinebilmesi, kamu yönetiminde ve sunulan hizmetlerde şeffaflığın sağlanması bakımından da önem arz etmektedir." D15D: 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184, Kazancı.

⁵⁴ Tekin Akıllıoğlu, "İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku", par. 19. www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm, (insan hakları). Yine Akıllıoğlu'na göre yönetimde açıklık ilkesi bilgi edinme hakkından ibaret değildir. İlike bu hakkın yanı sıra kamu hizmeti görülen yerlerin ve idari faaliyetlere ilişkin dosyaların açık tutulmasını, gezilip görülebilmesini de kapsar. Akıllıoğlu, s. 807, (açıklık).

⁵⁵ Özay'a göre yönetimde demokrasinin açıklık yanında idari usul kurallarının mevcudiyeti ve bilgi edinme hakkı olmak üzere 3 unsuru bulunmaktadır. Özay, s. 2 vd.

⁵⁶ Eken, s. 39, (gizlilik).

⁵⁷ Eken, s. 43, (gizlilik); Dursun Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2019, s. 199.

⁵⁸ Akyılmaz, sayfa belirtilmemiştir, (iyi yönetim).

⁵⁹ Güran, s. 102. İdare bir bilgi ve belgeyi vermeyi reddettiğinde, kişilerde idarenin yaptığı bir hatayı, yanlışlığı gizlemeye çalıştığı algısı oluşmaktadır. Eken, s. 36, (gizlilik); Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 103. Kanun'un gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: "Demokrasinin ve hukukun üstünlü-

Açıklığın karşısında gizlilik ve kapalılık yer alır. Gizlilik, idarenin elindeki bilgi ve belgelerin açıklanmaması; kapalılık ise idarenin dıştan gelen etkilere kayıtsız kalması, işlemlerin dışarıdan görülememesi ve kararların gerekçelerinin açıklanmaması anlamına gelir⁶⁰. Gizliliğin ve kapalılığın altında, siyasi rejimin niteliği, devlet güvenliği ve diplomasi (dış politika), özel hayatın korunması, otorite kazanma eğilimi, yönetimde etkinliği ve tarafsızlığı sağlama düşüncesi, kötü yönetim uygulamaları ve kamu görevlilerinin kendilerini denetimden koruma isteği yatar⁶¹.

Gizlilik ve kapalılık⁶²; i) Kişilerin idareye karşı olan olumsuz düşünceleri artırır, şüphe ve güvensizlik duymalarına neden olur. Zira kişilerde, idare bir bilgi ve belgeyi vermeyi reddettiğinde, yaptığı bir hatayı, yanlış gizlemeye çalıştığı algısı oluşur. ii) Bilgi güçtür. Bilginin idarede kalması, idarenin ve kamu görevlilerinin gücünü artırarak denetimden bağımsız olmalarına ve bu nedenle keyfi davranabilmelerine sebep olur. iii) İdareyi denetlemek zorlaşır. iv) Yönetimde demokrasinin gerçekleşmesine engel olur. Yönetimde demokrasinin unsurlarından biri kişilerin yönetime katılabilmesidir. Yönetime katılımdan söz edebilmek için de kişilerin bilgi edinme hakkına sahip olması gerekir. Bilgi sahibi olmadan gerçek anlamda bir katılımdan söz edilemez⁶³.

Gizlilik ve kapalılığın sınırlandırılarak bilgi edinme hakkının gerçek anlamda kişilere tanınması suretiyle yönetimde açıklığın sağlanması, yukarıda sayılan bu olumsuz sonuçları ortadan kaldırır. Diğer bir ifade ile yönetimde açıklığın olması

ğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı, bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın Devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynamaktadır. Kullanılan bu hak sayesinde hem halkın Devleti denetimi kolaylaşmakta hem de Devletin demokratik karakteri güçlenmektedir. / Bilindiği üzere, kamu kurum ve kuruluşlarında açıklık ve şeffaflık kavramı, olumsuz olarak görülen gizlilik kavramının giderilmesi ile yönetilenlerin yönetenlerin işlem ve faaliyetlerini denetlemesinin sağlanması düşünceleri üzerine ortaya çıkmıştır. Demokratik ülkelerde, bilgi edinme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında vazgeçilmez temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir. / Kamu kaynaklarıyla üretilen ve hiçbir gizliliği olmayan bilgilere erişimin gereksiz yere kısıtlanmaması, vatandaşların, kendileriyle ilgili bilgilere kolayca erişiminin sağlanması ve kamusal hizmetle yükümlü kurum ve kuruluşların çalışmalarını görmesini, izlemesini, bilgilendirmesini sağlamak amacıyla bilgi edinme hakkının kullanılmasının sınırlarını da belirlemek gerekmektedir.” İstanbul BİM 10. İDD: 25.11.2022, E. 2022/1576, K. 2022/2829, Kazancı; D10D: E. 2018/3778, K. 2022/6734, DKD, Y. 2023, S. 13, s. 352 vd.

⁶⁰ Eken, s. 26.

⁶¹ Eken, s. 28.

⁶² Eken, s. 27, 36 vd, (gizlilik); Musa Eken, “Bilgi Edinme Hakkı”, (İnsan Hakları Yıllığı, C. 17), s. 73, (bilgi edinme).

⁶³ “Amaç, toplumdaki bütün bireylerin, kamu yönetiminin elindeki bilgilere ulaşabilmesinin sağlanmasıdır. Kişi, böylece gelişmeleri nesnel verilere dayanarak değerlendirme olanağına kavuşmuş olmaktadır; bu da demokratik bir toplumun sorumlu ve bilinçli yurttaşı olmayı kolaylaştırmaktadır.” Rona Aybay, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II’yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”, (TBB Dergisi, Y. 2004, S. 53), s. 218, (bilgi edinme).

başta demokratik bir yönetimin teminini sağlamak yanında hizmetten yararlanların idarenin aldığı kararlara uymakta daha istekli olmalarını da sağlar; idari faaliyetlerin denetimini mümkün kılar; otoriter ve keyfi yönetimin önüne geçer⁶⁴. Anayasa Mahkemesi de kararlarında aynı hususu vurgulamaktadır⁶⁵.

Mutlak açıklık ve bu kapsamda kişilerin idarenin elindeki her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilmesi mümkün değildir⁶⁶. Zira yönetimde mutlak açıklık idareyi karar alamaz veya karar alacak makamı etkiye açık hale getirebilir⁶⁷. Bunun yanında özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması gibi hususlar dikkate alındığında, kişilerin hak ve menfaatlerini korumak için de mutlak açıklığın kabulü mümkün değildir⁶⁸. Bu açıdan gizlilik hem idare hem de kişiler için bir ihtiyaçtır⁶⁹. Burada önemli olan, açıklığın ve bilgi edinme hakkının sınırı olan gizliliğin kapsamını mevzuatta açıkça, demokratik hukuk devletine uygun biçimde tespit etmek ve idarelerin de bu ilke ve kuralları gözeterek mevzuatı yorumlamasını sağlamaktır. Nitekim yargı kararlarında da bu hakkın sınırsız bir hak olmadığı; kamu yararı ile kişisel yarar arasında adil bir denge kurulmak suretiyle kullanılabilecek bir hak olduğu ifade edilmektedir⁷⁰.

⁶⁴ Duran, s. 11; Council of Europe, s. 20.

⁶⁵ “Şeffaf ve açık yönetim anlayışının egemen olduğu demokratik toplumlarda hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kamu gücünü elinde bulunduran idarenin tesis ettiği işlemlere karşı oluşturulan denetim mekanizmalarından birisi de idarenin işlem ve eylemlerine esas alınan ve erişilebilir nitelikte olmayan bilgi, belgeler ile kişisel verilere bireylerin ulaşmasına imkân tanınmasıdır. Böylelikle idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçilmesi sağlanabilir.” AyM: 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

⁶⁶ “176. Anayasa’da bilgi edinme ve kişisel verilerin korunmasını isteme haklarına yönelik herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni belirtilmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.” AyM: 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

⁶⁷ Örneğin hazırlık işlemlerinin kapsam dışında bırakılmasının amacının idarenin sessizlik içinde ve rahatsız edilmeden çalışmasını sağlamak olduğu dile getirilmiştir. Eken, s. 128.

⁶⁸ Akıllıoğlu, s. 807, (açıklık).

⁶⁹ Eken, s. 53, (gizlilik).

⁷⁰ “Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerine göre; 4982 sayılı Kanun’da yer alan istisnalar dışında her türlü bilgi ve belgenin, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak, başvuruların yararlanmasına sunulmasının, idareler için bir yükümlülük olduğu, bununla birlikte, bilgi edinme hakkının, kişilerin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın her türlü bilgi ve belgeye sınırsız ve denetimsiz olarak ulaşma hakkı şeklinde yorumlanamayacağı, bu hakkın, Kanun’da öngörülen amaca uygun olarak, anlamlı bir şekilde varlığını sürdürebilmesi için, kamunun ortak yararını ve kişilerin bireysel yararlarını dikkate alan adil bir denge içerisinde kullanılması gerektiği açıktır.” İstanbul BİM 10. İDD: 09.11.2022, E. 2022/1931, K. 2022/2768, Kazancı. “181. ... kanun koyucunun bireylerce söz konusu bilgi ve belgelere ulaşılmasından elde edilecek fayda ile bunların gizli tutulması hâlinde oluşacak kamu yararı arasında bir denge kurması gerekmektedir. Bilgi ve belge erişimine yönelik sınırlamalar ancak bu dengenin sağlanmasıyla birlikte ölçülü olarak kabul edilebilir.” AyM: 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

III. ÜAK VE BEDK KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

1. Başvuru sahibi, yedek jüri raporlarının tarafına verilmesi istemi ile başvuru yapmış; ÜAK bu talebi şu gerekçe ile reddetmiştir:

“İlgi kayıtlı dilekçeniz Başkanlığımızca incelenmiş olup, Doçentlik Sınav Yönetmenliğinin 6. maddesinin 7. fıkrası gereği “Jüri raporları tamamlandığında, değerlendirmeye esas alınan raporlar ve başvuru sonucu ilgili lere elektronik ortamda erişime açılır ve erişime açıldığı tarihi izleyen beşinci gün ilgililere tebliğ edilmiş sayılır.”

Yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda sadece değerlendirmeye esas alman jüri raporları adayın erişimine açıldığı için dilekçeniz hakkında yapılacak bir işlem bulunmamaktadır.”

Öncelikle ÜAK'ın dayandığı Yönetmeliğin adı Doçentlik Sınav Yönetmeliği olmayıp Doçentlik Yönetmeliği'dir. Doçentlik Yönetmeliği 15.04.2018 tarih ve 30392 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup Yönetmeliğin 9. maddesinde “7/2/2015 tarihli ve 29260 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Doçentlik Sınav Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.” hükmü yer almaktadır.

ÜAK'ın kararı usul açısından değerlendirildiğinde, kararda başvuru yolları ve süresinin gösterilmemiş olduğu görülmektedir. Halbuki Anayasa'nın 40/2 hükmü “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” şeklinde olup ÜAK'ın, başvuru sahibinin bilgi edinme talebini reddeden işlem metninde başvuru yolları ve süresini göstermesi, başta Anayasa olmak üzere mevzuatın amir hükmü gereğidir. Ayrıca 4982 sayılı Kanun'un 12 ve Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin (Uygulama Yönetmeliği) 18. maddelerinde de aynı yönde hükümlere yer verilmiştir.

Bilgi edinme hakkı⁷¹, belli bir idari usuldeki bütün dosyaları, işlemin yöneldiği diğer kişilerin veya üçüncü kişilerin dilekçelerini ve ekli belgelerini, varsa tanık beyanları ile bilirkişi raporlarını, usule katılan diğer makam ve görevli kişilerin belgelerini kapsar⁷². Nitekim Kamu Denetçiliği Kurumu da geniş bir yorumla bilgi edinme hakkını, “kendisi ile doğrudan ilgisi olsun ya da olmasın bireylerin, idarenin elinde mevcut olan bilgileri talep edebilmesi ve elde edilebilmesi hakkı” şeklinde tanımlamaktadır⁷³. Bu hak, kurum ve kuruluşlara kanunda öngörülmüş

^(*) **Makaledeki ÜAK ve BEDK kararları, isim, tarih ve sayı belirtilmeden kullanılmıştır.**

⁷¹ Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesinde bilgi veya belgeye erişim, “İstenen bilgi veya belgenin niteliğine göre, kurum ve kuruluşlarca, başvuru sahibine söz konusu bilgi veya belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, başvuru sahibinin bilgi veya belgenin aslını inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁷² Akyılmaz, s. 160.

⁷³ Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 103.

birtakım istisnalar dışında her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına geciktirilmeksizin sunma yükümlülüğü getirmektedir⁷⁴. 4982 sayılı Kanun madde 5 “*Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler. / Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.*” hükmünü havi olup Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar talep edilen bilgi ve belgeler, istisna kapsamında değilse, erişime açma yükümlülüğü altındadır⁷⁵.

Tüm hak ve hürriyetler gibi bilgi edinme hakkı da sınırsız değildir. Diğer bir ifade ile bilgi edinme hakkı, idarenin elindeki bütün bilgi ve belgelere erişim hakkı vermez⁷⁶. Örneğin özel hayata, ticari sırlara, uluslararası ilişkilere, millî güvenlik gibi konulara ilişkin bilgi ve belgelere erişime bir sınır getirilmesi gerekir⁷⁷. Başta 4982 sayılı Kanun olmak üzere, mevzuatta bilgi edinme başvurularına kurum ve kuruluşların hangi hallerde olumsuz cevap vereceği/verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre;

- İstenen bilgi ve belgeler başvuran kurum ve kuruluşların elinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgelerden değilse istem reddedilir (4982 sayılı Kanun m.7/1).
- Ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bilgi veya belge talepleri reddedilebilir (4982 sayılı Kanun m.7, Uygulama Yönetmeliği m.12/2).
- Tekemmül etmemiş bir işleme ilişkin bilgi veya belge için yapılacak başvurular reddedilebilir (Uygulama Yönetmeliği m.12/2).
- Belli bir tarihte açıklanacağı, duyurulacağı önceden belirtilmiş olup, zamanından önce açıklanması halinde kamu yararını zedeleyecek veya kişisel menfaat temin etmek için kullanılabilecek bilgi veya belgelere erişim talebi reddedilir (Uygulama Yönetmeliği m.12/3).

⁷⁴ Kamu Denetçiliği Kurumu, s. 103.

⁷⁵ “... Yeminli Mali Müşavir olan K2’nin İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odasından istediği bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında başvuranın erişimine sunulabilecek bilgi ve belgelerden olduğu, bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulan bilgi ve belgeler olmadığı, anılan Yasada başvuran tarafından istenilen bilgilerin verilmesine engel hüküm bulunmadığı...” D10D: 17.02.2015, E. 2011/10165 K. 2015/540, Lexpera.

⁷⁶ “... demokrasilerde her hak ve özgürlükte olduğu gibi bilgi edinme hakkının da sınırları vardır. Bununla birlikte istisnaların haklı bir amaca yönelmesi, gereksiz olmaması, dar kapsamlı olması, sınırlı sayıda olması, dar yorumlanması ve kısmî erişim imkânının da göz önünde bulundurulması önemlidir.” Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 568.

⁷⁷ Akyılmaz, s. 150. Akıllıoğlu'na göre “bu sınır “kamu düzeni” olarak özetlenebilir.” Akıllıoğlu, s. 806.

- Kurum ve kuruluşlarca yayımlanmış veya kitap, broşür, ilan ve benzeri yollarla kamuya açıklanmış bilgi veya belge talepleri reddedilir (4982 sayılı Kanun m.8, Uygulama Yönetmeliği m.13/1).
- Daha önce cevaplandığı halde aynı kişiler tarafından yapılan tekrar mahiyetindeki başvurular ile soyut ve genel nitelikteki başvurular reddedilir (Uygulama Yönetmeliği m.18/9).
- Ve son olarak, Kanunda istisna sayılan bilgi veya belgelere ilişkin talepler reddedilir (4982 sayılı Kanun m.15 vd.; Uygulama Yönetmeliği m.23, 27 vd.).

Bilgi edinme başvurusunun reddine sebep olan temel neden son sayılan yani talep edilen bilgi ve belgelerin Kanun'daki istisnalar kapsamına girmesidir. Talep edilen bilgi ve belgeler istisnalar kapsamındaysa, kurum ve kuruluşlar kısmi erişim imkânını da gözeterek, istemi reddederler. Ancak kurum ve kuruluşların istisnalar kapsamına girmeyen bir başvuruyu reddetmesi mümkün değildir⁷⁸. Nitekim Kanun'un "*Bilgi verme yükümlülüğü*" başlıklı 5. maddesi şu hükmü havidir⁷⁹: "*Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*" Yargı mercileri de bilgi edinme hakkı taleplerinin reddine yönelik olarak önlere gelen uyuşmazlıklarda, bilgi edinme hakkının anayasal bir hak olmasından hareketle, Kanunda istisna kapsamında yer almayan bilgi ve belge taleplerinin karşılanması gerektiğine hükmetmektedir⁸⁰.

Kanunda istisna sayılan bilgi veya belgeler ise şöyledir (4982 sayılı Kanun m.15 vd.; Uygulama Yönetmeliği m.23, 27 vd.): **1)** Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler, **2)** Ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler, **3)** İstihbarata ilişkin bilgi veya belgeler⁸¹, **4)** Yürütülmekte olan idari soruşturmalara ilgili bilgi ve belgeler, **5)** Adli soruşturmalara ilişkin bilgi ve belgeler **6)** Özel

⁷⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 567.

⁷⁹ Ayrıca bkz. Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.19/1: "*Kamu görevlileri, halkın bilgi edinme hakkını kullanmasına yardımcı olurlar. Gerçek ve tüzel kişilerin talep etmesi halinde istenen bilgi veya belgeleri, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununda belirlenen istisnalar dışında, usulüne uygun olarak verirler.*"

⁸⁰ "... bir hak olarak Anayasal güvence altına alınan bilgi edinme hakkı kapsamında yapılacak başvurular üzerine, kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken ve bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bulunmayan bilgi ve belgelerin demokratik ve şeffaf yönetimin gereği ilgilinin erişimine sağlanması gerekmektedir." İstanbul BIM 10. IDD: 25.11.2022, E. 2022/1576, K. 2022/2829, Kazancı.

⁸¹ "**177.** MİT bünyesindeki mevcut bilgi ve belgelere 4982 sayılı Kanun kapsamında erişme imkânını ortadan kaldıran kuralın ülke güvenliğine ilişkin istihbarat faaliyetlerinin zafiyete uğratılmaması gerekçesiyle getirildiği, böylelikle millî güvenliğin korunmasına yönelik meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır." AyM: 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

hayatın gizliliği kapsamında kalan bilgi ve belgeler 7) Haberleşmenin gizliliğini ihlal edecek nitelikteki bilgi veya belgeler, 8) Ticari sırlara ilişkin bilgi ve belgeler, 9) Kamuoyunu ilgilendirmeyen kurum içi uygulamalarla ilgili bilgi veya belgeler, 10) Açıklanmaması konusunda karar alınmış olmak şartıyla kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler, 11) Tavsiye ve mütalaa talepleri, 12) Yargı denetimi dışında kalan işlemlerle ilgili bilgi ve belgeler, 13) Fikir ve sanat eserleri.

Somut olayda başvuru sahibinin erişime açılmasını istediği yedek jüri raporlarının, yukarıda sayılan 1-9 (bunlar dahil) arasındaki bilgi ve belgeler ile 11, 12 ve 13'deki bilgi ve belgeler kapsamında olmadığı izahıtan varestedir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken yedek jüri raporlarının madde 10'da yer alan “Açıklanmaması konusunda karar alınmış olmak şartıyla kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler”den olup olmadığıdır.

Öncelikle bu düzenleme idarelere bu nitelikteki bilgi ve belgelere diledikleri zaman alacakları bir kararla erişim engeli getirmelerine imkân verdiği için hukuken kabul edilebilir ve demokratik bir hukuk devletine uygun değildir.

4982 sayılı Kanun'un bu istisnayı düzenleyen *Kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler* başlıklı 26. maddesi şöyledir: “*Kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere, elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamındadır. / Bilimsel, kültürel, istatistik, teknik, tıbbî, malî, hukukî ve benzeri uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yükümlülüğü bulunan kişi, birim ya da kurumların görüşleri, kurum ve kuruluşların alacakları kararlara esas teşkil etmesi kaydıyla bilgi edinme istemlerine açıktır.*”

Maddenin 1. fıkrasında kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere, elde ettikleri görüşlerin aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiş olup ÜAK tarafından bu yönde bir karar alındığına dair bir açıklamaya işlem metninde yer verilmemiştir. Nitekim BEDK da idarelerin, faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeleri, 26. maddenin birinci fıkrası uyarınca karar almak suretiyle, bilgi edinme hakkının kapsamı dışında bırakılabileceklerini; bu yönde bir karar alınmamışsa bilgi ve belgelerin Kanun kapsamında olduğunu ifade etmiştir⁸².

⁸² Nitekim BEDK bu hükme istinaden idarenin bu yönde aldığı bir ilke kararı varsa bilgi edinme talebini reddetmiştir: “*Başvuru sahibinin bilgi edinme talebine konu “Müfettiş Hal Kağıtları” Hâkimler ve Savcılar Kurulunca, hakim ve savcılarının çalışmalarının değerlendirilmesinde göz önünde tutulan ve içeriği itibarıyla görüş ve tavsiye niteliğinde bir belge olduğu ifade edilmiştir. 4982 sayılı Bil-*

Maddenin 2. fıkrasında ise uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yükümlülüğü bulunan kişilerin görüşlerinin kurum ve kuruluşların alacakları kararlara esas teşkil etmesi kaydıyla bilgi edinme istemlerine konu olacağı ifade edilmektedir. Doçentlik Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 4 ve 5. fıkraları uyarınca⁸³ jüri üyelerinin mevzuat gereği görüş bildirmeleri zorunludur⁸⁴.

Bu noktada yedek jüri raporlarının karara esas teşkil etmediği ileri sürülebilir. Ancak Doçentlik Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrası "*Doçentlik değerlendirme jürisi, adayın başvuru dosyasını ilk olarak bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık bulunup bulunmadığı ve asgari başvuru şartlarının sağlanıp sağlanmadığı yönünden değerlendirir. Jürinin bilimsel araştırma ve yayın etiği ihlali yönündeki değerlendirme raporları, ilgili Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Komisyonu tarafından incelenir. Jürinin adayın asgari başvuru şartlarını sağlamadığı yönündeki değerlendirme raporları ise Doçentlik Komisyonu tarafından incelenir.*" hükmünü havi olup fıkra da yedek - asıl jüri üyesi ayrımı yapılmadan, etik ihlal ve asgari şartların sağlanmadığı kim tarafından tespit edilirse edilsin etkili olacağı ifade edilmiştir. Bu açıdan yedek jüri raporlarının etkisiz olduğu da iddia edilemez.

Kaldı ki başarısız sayılma işlemine karşı açılacak bir davada mahkemede kanaat oluşturma açısından da yedek jüri raporları önemlidir. Örneğin iki yedek jüri üyesinin raporu da olumlu ise aday normalde 3'e 2 başarısız bulunmuşken 4'e 3 başarılı olmuş olacaktır. Ya da olumsuz rapor veren bir jürinin yazdıklarının tam tersi yedek jürinin raporunda yer alması ve bu iddialar çürütülmüş olabi-

gi Edinme Hakkı Kanunu'nun 26 ncı maddesi ise ilgili kurumlara faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi ve belgeleri bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutabilme imkânı vermektedir. Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunun 03/01/2018 tarih ve 3 sayılı kararı ile görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi ve belgeleri bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tuttuğu anlaşılmıştır. Bu doğrultuda başvuranın mezkur bilgi edinme talebine ilgili kurumca verilen cevabın yerinde ve yeterli olduğu, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "Kurum içi görüş, bilgi notu ve tavsiyeler" başlıklı 26 ncı maddesi uyarınca itirazın reddedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir." BEDK: 27.10.2021 tarih ve 2021/1290 sayılı karar, BEDK, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararları İşığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 2. B., Ankara 2022, s. 251 vd.

⁸³ "(4) Jüri üyesi, rapor hazırlamasına engel olacak bir hal ortaya çıktığında görevden çekilme talebini görev yaptığı yükseköğretim kurumuna yazılı olarak bildirir. **Mazereti üniversite yönetim kurulunca kabul edilen jüri üyesi**, kararın bir örneğini süresi içinde Doçentlik Bilgi Sistemi (DBS) üzerinden Üniversitelerarası Kurula bildirmekle yükümlüdür. Bildirim üzerine, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından bu kişinin jüri üyeliği sonlandırılır ve yedek üyelerin raporları sırasıyla değerlendirmeye alınır. (5) Görevini süresi içinde yapmayan veya mazeretinin uygun bulunduğuna ilişkin üniversite yönetim kurulu kararı bulunmadan bu görevden kaçınan jüri üyesinin genel hükümlere göre **idari ve cezaî sorumluluğu saklıdır.**"

⁸⁴ "Ancak bilimsel, kültürel, istatistik, teknik, tıbbi, mali, hukuki ve benzeri uzmanlık alanlarında yasal olarak görüş verme yükümlülüğü bulunan kişi, birim ya da kurumların görüşleri, alınacak kararlara esas teşkil ediyorsa, bilgi edinme hakkının kapsamına dahildir. Yani Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alınacak bir karar, bu tarz görüşler için geçerli olamayacaktır." BEDK, s. 254.

lir. Yine bütün bunların yanında yaptırılacak bilirkişi incelemesinde, yedek jüri raporlarında yer alan olumu görüşlerden de bilirkişi heyetinin yararlanabilmesi mümkündür.

BEDK da bir kararında, açık olan kadroya müracaat eden iki adaydan birinin atanması sonucunda atanmayan adayın, jüri raporlarının verilmesi talebini reddeden üniversitenin kararına karşı yapılan itirazı haklı bulmuş ve 4982 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası gerekçe gösterilerek bu talebin reddedilemeyeceğini; 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu m.26 hükmüne göre söz konusu jüri raporlarının idarenin kararına yasa gereği esas teşkil edeceğini belirtmiştir⁸⁵.

ÜAK ret kararında Doçentlik Yönetmeliği'nin 6/7. maddesinde yer alan *"Jüri raporları tamamlandığında, değerlendirmeye esas alınan raporlar ve başvuru sonucu ilgililere elektronik ortamda erişime açılır ve erişime açıldığı tarihi izleyen beşinci gün ilgililere tebliğ edilmiş sayılır."* şeklindeki hükme⁸⁶ dayanmış olmakla birlikte adı geçen Yönetmelik doçentlik sürecinin yürütülmesine ilişkindir. Nitekim Doçentlik Yönetmeliği'nin 1. maddesi şu hükmü amirdir: *"(1) Bu Yönetmeliğin amacı, doçentlik değerlendirmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. (2) Bu Yönetmelik, doçentlik bilim/sanat alanlarının belirlenmesi, doçentlik başvurusu yapabilme şartları, başvuru zamanı ve usulü, doçentlik değerlendirme jürilerinin oluşturulması, doçentlik sürecinin yürütülmesi, Üniversitelerarası Kurul tarafından belirlenen intihal, diğer bilimsel araştırma ve yayın etiği ve disipline aykırılık iddiaları dolayısıyla izlenecek yollarla komisyonların teşkiline ve görevlerine ilişkin hükümleri kapsar."*

Aktarılan hükümden de görüleceği üzere Doçentlik Yönetmeliği doçentlik sürecini düzenlemektedir. Bu açıdan bilgi edinme hakkı ile ilgisi olmayan bir Yönetmelik hükmüne dayanarak anayasal bir hak olan ve Kanunla düzenlenen bilgi edinme hakkının kullanılması engellenemez. Aksi halde her idare kendi görev alanına giren konularda çıkardığı bir yönetmelik ile Anayasa'nın kendisine verdiği bir temel hak ve hürriyetin kullanılmasını sınırlandırabilecektir⁸⁷. Halbuki

⁸⁵ BEDK: 17.01.2005 tarih ve 2005/29 sayılı karar. Ayrıca bkz. *"Başvuru sahibinin, müvekkilin önceki profesörlük başvurusundaki diğer aday olan G.Ç.'a ait jüri raporlarına ilişkin talebi hakkında ise; söz konusu belgelerin, başvuru sahibinin çalışma hayatını etkileyen bir idari işleme dayanak teşkil etmiş olması ve düzenlendiği kişinin yürüttüğü kamu hizmetine, akademik ve sanatsal çalışmalarına ilişkin değerlendirmeleri içermesi sebebiyle, "özel hayatın gizliliği" kapsamındaki bilgi ve belgeler arasında yer almaması nedenleriyle kendisine verilmesi gerektiğinin"* BEDK: 01.06.2005 tarih ve 2005/409 sayılı karar, https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf.

⁸⁶ BEDK başvurusu reddedilen kişiye cevabi olarak sadece kanun ya da yönetmeliğin ilgili maddesinin yazılmasının yeterli olmadığını belirtmektedir. BEDK: 22.11.2024 tarih, 2004/183 sayılı karar, aktaran, Ayhan Küçük, "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu", (Sayıştay Dergisi, S. 81), s. 114.

⁸⁷ *"157. ... Anayasa'nın ... 74. maddesinin dördüncü fıkrasında bilgi edinme hakkı güvence altına alınmış, aynı maddenin son fıkrasında ise "Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi ka-*

yönetmeliklerin üst hukuk normlarına aykırı hükümler ihtiva edememesi kuralı bir yana, varlık nedenleri kamu hizmetlerinin kamu yararına en uygun şekilde yürütülmesini sağlamaktır.

Doktrinde de idarelerin aldığı kararın oluşmasında yasa ile öngörülen öneri, danışma kararı, inceleme ve araştırma raporlarını ve benzeri belgeleri ilgililere vermek/göstermek zorunda olduğu belirtilmektedir⁸⁸.

4982 sayılı Kanun'da bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutulan konularda bile talep edilen bilgi ve belge başvuru sahibinin mesleki hayatına ilişkinse, bu bilgi ve belgenin verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Örneğin Kanun'un 15. maddesinde *"yargı denetimi dışında kalan idarî işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, bu Kanun kapsamına dahildir."* hükmüne yer verilmiştir. Yine 18. maddede sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgelerden, kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte olanların bilgi edinme hakkı kapsamında olduğu; 25. maddede ise kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen, sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgelerin, bilgi edinme hakkı kapsamında olmadığı ancak, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanlarının bilgi edinme haklarının saklı olduğu düzenlenmiştir⁸⁹. BEDK da bir kısım kararında Kanunda

nunla düzenlenir." denilmek suretiyle bu hakka ilişkin kuralın norm alanını belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın da kanunda belirlenecek nedenlere dayalı olarak sınırlandırılması mümkün bulunmaktadır. 158. Ancak anılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için yukarıda belirtilen nedenlerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, ifade ve basın hürriyeti ile bilgi edinme hakkı yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." AyM: 30.12.2015, E. 2014/122, K. 2015/123.

⁸⁸ Duran, s. 5.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi de aynı yöndedir: **"187. ... MİT'in herhangi bir istisna öngörülmeden Bilgi Edinme Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasının 4982 sayılı Kanun çerçevesinde istihbarat faaliyeti dışında kalan veya bu faaliyet içinde olmakla birlikte kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyen bilgi ve belgelere bireylerin ulaşamaması sonucu doğmaktadır. 188. Bu açıdan MİT'in istihbarat niteliğinde olmayan ya da bu kapsamda olsa dahi kişilerin çalışma hayatı ve meslek onuru gibi belirli konularda ve yalnızca işlem tesis eden kurumdan talep edilebilmek üzere bilgi ve belgelere erişimini sağlayan 4982 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması suretiyle MİT bünyesindeki bilgilere ulaşılmasına kategorik olarak yasak getirilmesi, kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan bilgi edinme hakkını kullanma imkânını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle kuralla bilgi edinme ve kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamada kişilerin söz konusu haklardan kaynaklanan yarar ile kamusal yarar arasındaki dengenin kişiler aleyhine bozulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin tesis edilmesi ve korunması amaçlarına ulaşma bakımından bilgi edinme ve kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamanın zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olmadığı gibi söz konusu meşru amaç yönünden ölçülü olduğu da söylenemez."** AyM: 30.06.2022, E. 2018/137, K. 2022/86.

istisna tutulmuş olsa dahi kişinin meslek hayatı ile bilgilerin, bilgi edinme hakkına konu olacağını kabul etmektedir⁹⁰.

Son olarak yedek jüri raporlarında yer alan görüşlerin bilinmesinin adayların yapacağı sonraki doçentlik başvuruları için son derece önemli olduğu da ifade edilmelidir. Zira adaylar ancak bu sayede sonraki başvurularında önceki başvurularındaki eksiklikleri düzelterip gerekli çalışmalarını yapabilecektir. Nitekim konuyla ilgili olarak Danıştay bir kararında kişinin “*sonraki çalışmalarında dikkat edeceği hususları öğrenmesi ve bilmesi olanağı doğacağından kişisel gelişme ve mesleki ilerlemeleri bakımından önemli olan bilgi ve belgelerin erişimine açılması gerektiğine*” hükmetmiştir⁹¹.

2. ÜAK’ın ret kararı üzerinde başvuru sahibi Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’na, 4982 sayılı Kanun’un 13. maddesinde öngörülen 15 günlük süre içinde itiraz etmiştir.
3. BEDK, başvuru sahibinin bu itirazı üzerine bir ara karar almış ve bunu taraflara göndermiştir. Bu ara kararda öncelikle itirazın usul yönünden denetimi yapılmış; başvurunun usulüne uygun olduğu tespit edildikten sonra itirazın incelemeye alınmasına ve ÜAK’tan

*“Başvuru sahibinin dilekçesi ve eklerinin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelenmesi neticesinde; başvuru sahibinin itirazının karara bağlanabilmesi için; A- Başvuru sahibinin itirazına konu başvurusunda yer alan **talebine konu yedek Jüri üyeleri ... tarafından yazılmış Eser İnceleme Raporlarının ilgili kurumun kayıtlarında ya da arşivinde halihazırda mevcut ve hazır olup olmadığı**, B- Başvuru sahibine bu konuda bilgi verilmemesinin kanuni gerekçelerinin ve söz konusu bilgi ve belgelerin verilmesi halinde bunun sakıncalarının neler olduğu, C) Kurulun değerlendirmelerine esas teşkil etmek üzere, yukarda bahse konu hususların haricinde konunun sağlıklı bir şekilde ele alınmasına yönelik*

⁹⁰ “... başvuru sahibinin itirazına konu başvurusunda yer alan taleplerinin, kendisi hakkındaki “Disiplin Soruşturması” dosyasında bulunan bilgi ve belgelere yönelik olduğu dikkate alındığında başvuru sahibinin itirazına konu kendisi hakkındaki soruşturmanın tekemmül etmiş olması halinde başvuranın söz konusu verilere erişiminde güncel, somut, meşru ve kişisel menfaatinin bulunduğu, başvuru sahibi tarafından talep olunan belgelerin çalışma hayatına ve mesleki onuruna ilişkin olduğu, başvuru sahibinin bu belge ve bilgilere erişiminin anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin kullanılabilmesi bakımından gerekli ve zorunlu olduğu ve Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun olacağı sonucuna varıldığından başvuru sahibinin taleplerinin demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak bilgi edinme hakkının kullanımı kapsamında”dır. BEDK: 28.09.2022 tarih ve 2022/1257 sayılı karar.

⁹¹ D10D: 12.04.2010, E: 2007/8119, K: 2010/2681, aktaran, Seyfettin Kara, “Danıştay ve İdare Mahkemesi Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 2012, C. 15, S. 1), s. 205.

açıklayıcı nitelikteki ilave bilgi, belge, görüş ve yorumlarının neler olduğu” hususlarında Kurulumuzca bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik’in “Kurul tarafından istenen bilgi veya belgeler” başlıklı 26 inci maddesi uyarınca; bu hususların 15 gün içerisinde Kurulumuza gönderilmesi gerektiğinin Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı’na bildirilmesine”

Karar verilmiştir.

BEDK’nın itirazın incelemeye alınması kararı eleştiriye açıktır. Şöyle ki yeni tarihli bir başvuruda doçentlik ile ilgili olan bir kuruma (ÜAK) kayıtlarında bu belgenin olup olmadığını sormanın bir anlamı yoktur. Zira 4982 sayılı Kanun’da BEDK’nın oluşumu şu şekilde düzenlenmektedir (m.14/2): “Kurul; birer üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içinden önercekleri ikişer aday, **birer üyesi ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanlarında profesör veya doçent unvanına sahip kişiler**, bir üyesi Türkiye Barolar Birliğinin baro başkanı seçilme yeterliliğine sahip kişiler içinden göstereceği iki aday, iki üyesi en az genel müdür düzeyinde görev yapmakta olanlar ve bir üyesi de Adalet Bakanının önerisi üzerine bu Bakanlıkta idarî görevlerde çalışan hâkimler arasından Cumhurbaşkanınca seçilecek dokuz üyeden oluşur.” Kurul içinde görev alan doçent veya profesör unvanlı kişilerin talep edilen belgelerin ÜAK’ın bünyesinde olduğunu bildikleri aşikardır.

4. BEDK’nın bu ara kararı, ÜAK’a ulaşmasına karşın yasal süre içerisinde ÜAK herhangi bir yanıt vermemiştir.

4982 sayılı Kanun’un *İtiraz usulü* başlıklı 13. maddesi “... Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler.” hükmünü havidir. Yine Uygulama Yönetmeliği’nin Kurul tarafından istenen bilgi veya belgeler başlıklı 26. maddesi “Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahiplerinin Kurula itirazı üzerine, Kurul başvurunun yapıldığı kurum veya kuruluştan her türlü bilgi veya belgeyi isteyebilir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi on beş iş günü içinde vermekle yükümlüdür.” hükmünü ve Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin (Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik) *İtirazın esastan incelenmesi* başlıklı 13. maddesinin 3. fıkrası da “Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi gizli dahi olsa onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler.” hükmünü ihtiva etmektedir. Mevzuatın bu açık hükümlerine rağmen ÜAK’ın BEDK’nın kararına cevap vermemesi, BEDK’nın bilgi edinme hakkının kullanılması noktasında sahip olduğu/olması gereken etkinliğinin sorgulanmasına neden olacak niteliktedir.

Doktrinde de BEDK kararlarının bağlayıcı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. 4982 sayılı Kanun'da ve Uygulama Yönetmeliği'nde Kurul kararlarının bağlayıcılığı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kimi yazarlar Kanun'un 13/2. fıkrasında yer alan *"Kurula itiraz, başvuru sahibinin idarî yargıya başvurma süresini durdurur"* şeklindeki hükme istinaden Kurul kararlarının bağlayıcı değil istişari olduğunu ifade etmektedir⁹². Ancak Danıştay bir kararında⁹³ *"Kurul tarafından, itiraz talebinin yerinde görülmesi ve istenilen bilgi ve belgelerin erişime sunulmasına karar verilmesinden sonra, aleyhine karar verilen idare tarafından, bu karar dava konusu edilmeksizin, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itiraz edilen başvuru sahibinin talebinin yerine getirilemeyeceği yolundaki ilk işlem gibi yeni bir işlem tesis edilmesi, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu kararlarını sonuçsuz bırakabileceği gibi gerçek ve tüzel kişilerin, bilgi edinme hakkını kullanmalarını sağlamaya yönelik 4982 sayılı Yasanın çıkarılış amacına da aykırılık oluşturacaktır."* şeklindeki bir gerekçe ile Kurul kararlarının bağlayıcı olması gerektiği görüşüne daha yakın olduğunu göstermektedir.

4982 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan *"Bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurula itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi veya belgeyi onbeş iş günü içinde vermekle yükümlüdürler."* şeklindeki hüküm ile 29. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun uygulanmasında ihmâli, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tâbi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları uygulanır."* şeklindeki hüküm bir arada değerlendirildiğinde, Kurul kararlarının bağlayıcı olması gerektiği düşünülmektedir. Nitekim BEDK bir kısım kararlarında Kanun'un uygulanmasında ihmâli, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında cezai işlem yapılmasını idarelerden talep edebilmekte; bazen de başvuru sahibine şikâyetle bulunabileceğini bildirmektedir⁹⁴.

5. BEDK, ara kararından sonra bu defa esas hakkında bir karar almış ve 4982 sayılı Kanun'un 1, 4, 5 ve 7. maddeleri ile Uygulama Yönetmeliği'nin 12. maddesine atıf yaparak, aşağıdaki gerekçe ile yedek jüri üyelerine ait raporların başvuranın erişimine açılmasına karar vermiştir:

"3) "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları" ise, 24/10/2003 tarihli ve 25269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı

⁹² Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 570; Cemil Kaya, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, s. 289, (bilgi edinme hakkı).

⁹³ D10D: 03.11.2010, E: 2007/4744, K: 2010/8746.

⁹⁴ Örnek kararlar için bkz. Kaya, s. 290 vd, (bilgi edinme hakkı).

Kanunu'nun dördüncü bölümünde 15 ile 28 inci maddeler arasında ve yine 27/04/2004 tarihli ve 25445 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, *Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*'in beşinci bölümünde, 27 ile 39 uncu maddeler arasında tahdidi olarak sayılmıştır.

4) Bu çerçevede, bilgi edinme herkes için kanuni bir hak, bilgi verme ise Kanun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için kanuni bir yükümlülüktür. Kurum ve kuruluşların bilgi ve belgeye erişimi engellemeleri ancak Kanunun istisna saydığı gerekçelerin mevcudiyeti halinde mümkündür.

5) Başvuru sahibinin dilekçesi ve eklerinin 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde incelenmesi neticesinde; başvuru sahibinin itirazına konu başvurusunda yer alan talepleri dikkate alındığında, başvuru sahibinin mesleki gelişimi ve motivasyonu, mesleki gelecek ve kariyer planlaması bakımından başvuranın söz konusu bilgi, belge ve verilere erişiminde somut, güncel ve kişisel menfaatinin bulunduğu sonucuna varıldığından başvuru sahibinin taleplerinin, **4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "İstenecek bilgi veya belgenin niteliği"** başlıklı 7'nci maddesi ve Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'in "**İstenecek bilgi veya belgelerin niteliği**" başlıklı 12'inci maddesine uygun olduğu, **4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun "Tanımlar"** başlıklı 3'üncü maddesindeki bilgi ve belge tanımı ile "**İstenecek bilgi veya belgenin niteliği**" başlıklı 7'nci maddesindeki kurum ve kuruluşların, ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgeler kapsamında olduğu, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak bilgi edinme hakkının kullanımı kapsamında olduğu ve 4982 sayılı Kanunun dördüncü bölümünde 15 ile 28 inci maddeler arasında ve yine Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin beşinci bölümünde, 27 ile 39 uncu maddeler arasında tahdidi olarak sayılan "**Bilgi Edinme Hakkını Sınırları**" kapsamındaki bilgi ve belgelere yönelik olmadığı değerlendirildiğinden Kanunun "**İstenecek bilgi ve belgenin niteliği**" başlıklı 7 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca talep edilen bilgi ve belgelerin ilgili kurumun kayıtlarında ya da arşivinde halihazırda mevcut olması halinde Kanunun "**Bilgi verme yükümlülüğü**" başlıklı 5. maddesi kapsamında başvuru sahibinin erişimine açılarak karşılanması gerektiğinin Üniversitelarası Kurul Başkanlığı'na bildirilmesinin gerektiği kararlaştırılmıştır"⁹⁵.

⁹⁵ Vurgular Kurul'a aittir.

BEDK erişime açma kararını, Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin *İtirazın esastan incelenmesi* başlıklı 13. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “*İtiraz haklı bulunursa, itiraz edenin itiraz konusu bilgi ve belgeye erişimine karar verilir.*” şeklindeki hükme istinaden vermiştir⁹⁶.

Ancak BEDK erişime açma kararını, itiraz başvurusu yapıldıktan 4 ay sonra vermiştir. Diğer bir ifade ile erişime açma kararı 4982 sayılı Kanun’un 13 ve Uygulama Yönetmeliği’nin 24. maddesinin öngördüğü 30 iş gününden çok sonra verilmiştir. Dahası BEDK bu kararı, aldıktan neredeyse bir buçuk ay sonra tebliğ etmiştir. Halbuki bilgi edinme hakkının mevzuattaki düzenlenişinden, bu hakkın mümkün olan en kısa sürede kullanılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim mevzuatta bilgi edinme taleplerinin hızlıca karşılanabilmesi için pek çok hüküm öngörülmüştür. Bu cümleden olmak üzere, 4982 sayılı Kanun’un 5. maddesinde “*Kurum ve kuruluşlar, ... bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.*” ve Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde “*Kurul, en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Başkanın çağrısı üzerine toplanır.*” hükümlerine yer verilmiş olup ayrıca Uygulama Yönetmeliği’nin 6. maddesinde idarenin bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlü olduğu; 8. maddesinde bilgi veya belgelere erişimin zamanında sağlanabilmesi amacıyla bilgi edinme birimleri oluşturulacağı ve 14. maddesinde de başvuru dilekçesinin en geç iki iş günü içinde kurum veya kuruluşun ilgili birimlerine gönderileceği düzenlemelerine yer verilmiştir.

BEDK’ya göre de kurum ve kuruluşlar kayıtlarındaki bilgi ve belgeleri hızlı, etkin ve doğru bir şekilde başvuru sahibinin erişimine açmak için gerekli idari ve teknik tedbirleri almak zorunda olup bu kurum ve kuruluşların yerine getirmekle yükümlü oldukları asli kamu hizmetlerindendir⁹⁷. Danıştay da bilgi edinme taleplerinin yasal süresi geçirildikten sonra cevaplandırılmasını hizmetin geç işlemesi olarak değerlendirmektedir⁹⁸.

⁹⁶ BEDK’nın bu kararı, talep konusu belgeler Kanunda sayılan istisnalardan olmadığı için doğru ve önceki kararlarına da uygundur: “... *bilgi edinme herkes için kanuni bir hak, bilgi verme ise kamu kurum ve kuruluşları için kanuni bir yükümlülüktür. Kurum ve kuruluşların bilgi ve belgeye erişimi engellemeleri, ancak Kanunun istisna saydığı gerekçelerin mevcudiyeti halinde mümkündür.*” BEDK: 15.04.2020 tarih ve 2020/496 sayılı karar, BEDK, s. 42.

⁹⁷ BEDK: 01.11.2004 tarih ve 2004/158 sayılı karar, https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf.

⁹⁸ “*Dosyadaki bilgi ve belgeler incelendiğinde, hasta dosyası ve diğer bilgi ve belgelerin yasal süresinde hastanın erişimine açılmadığı anlaşılmaktadır. / İdare tarafından bilgi edinme birimlerinde yeterli sayıda ve kalitede personel istihdam edilmemiş olması, personelin gerekli eğitime sahip olmaması, personelin hizmetin görülmesinde gerekli dikkat ve özeni göstermemiş olması, taleplere yanlış/hatalı veya eksik cevap verilmesi gibi durumlarda “hizmetin*

6. ÜAK, BEDK'nın ara kararına yasal süresi içinde herhangi bir cevap vermemiş olmasına rağmen sonradan verdiği tarihsiz dilekçesi ile BEDK'nın erişime açma kararına itiraz etmiştir.

ÜAK'ın dilekçesinde Doçentlik Yönetmeliği'nin 5/1, 6/4 ve 6/8. fıkra hükümlerine yer verildikten sonra şu gerekçelerle BEDK kararına itiraz edilmiş ve alınan kararın tekrar gözden geçirilmesi talep edilmiştir:

“Adayın değerlendirmesinde 5 asıl jüri üyesinin raporu dikkate alınmıyor olup sadece aşağıdaki durumlarda yedek jüri raporları dikkate alınmaktadır;

a) Asıl jüri üyelerinden herhangi biri Doçentlik Bilgi Sistemi üzerinden “Engel Durum var.” işaretlese,

b) Asıl jüri üyelerinden herhangi biri aday için “Etik” iddiasında bulunur ancak Etik Komisyonu “Etik İhlal yoktur” kararı verirse,

c) Asıl jüri üyelerinden herhangi biri aday için “Asgari Başvuru Şartlarını sağlamamıştır.” kararı alır ancak Doçentlik Komisyonu “Aday Asgari Başvuru Şartlarını sağlamıştır, jüri üyesinin görevinin sonlandırılması uygundur” kararı alırsa,

d) Asıl jüri üyelerinden herhangi biri çalıştığı kurumdan jüri görevinden çekilmek için Yönetim Kurulu Kararı çıkartırsa ilgili jüri görevi sonlandırılır ve sırası ile yedek jüri üyelerinin raporları dikkate alınır.

Ancak ilgili aday’ın böyle bir durum söz konusu olmayıp, 5 Asıl jüri üyelerinin değerlendirmesi sonucunda 3 Başarısız, 2 Başarılı eser inceleme raporlarının sonuçlarının Yönetim Kurulu’nda onaylanmasının akabinde, yapılan işleme dayanak teşkil eden jüri raporları Doçentlik Bilgi Sistemi üzerinden adayın erişimine açılmıştır. Başarısız sonucuna herhangi bir etkisi olmayan yedek jüri üyelerinin raporları ilkesel olarak sistemde kapalı olarak yer almakta olup yukarıda sayılan durumlardan herhangi birisi vb. durumların gerçekleşmesi halinde geçerlilik kazanmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda aday tarafından talep edilen yedek jüri raporları, Kurulumuz tarafından tesis edilen idari işleme esas teşkil etmediğinden ve Doçentlik Yönetmeliği’nde ifade edilen maddeler hükümlerinden de anlaşıldığı üzere yedek jüri raporları devreye girmemektedir.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’nun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği’nin 12. madde’nin 4. fıkrası “Taraflar, Kurulun vermiş olduğu bir karara dayanarak teşkil eden bilgi veya belgelerde herhangi bir eksik-

kötü işlemden” dolayı idarenin kusuru doğacaktır. / Yine bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin başvuruların, yasal süresi geçirildikten sonra cevaplandırılması “hizmetin geç işlediğinin göstergesi olacaktır.” D15D: 15.04.2015, E. 2014/5076, K. 2015/2184, Kazancı.

lik, sahtecilik ve benzeri bir durumu tespit etmeleri ya da esası etkileyecek yeni bir bilgi veya belgeye ulaşmaları durumunda Kurula başvurulabilirler. Kurul, bu başvuru üzerine kararını gözden geçirebilir.”

ÜAK'ın itiraz başvurusunda yer verdiği ancak gerekçelerini ortaya koymaktan imtina ettiği iddiaların aksine, BEDK'nın vermiş olduğu karara dayanak bilgi veya belgelerde herhangi bir eksiklik, sahtecilik ve benzeri bir durum bulunmadığı gibi ÜAK'ın dayandığı Yönetmelik de Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olduğundan, esası etkileyecek yeni bir bilgi veya belgeye ulaşmış olması gibi bir durumun varlığından söz edilemez.

7. BEDK, ÜAK'ın itiraz başvurusunu bilgi edinme hakkı mevzuatı hükümleri uyarınca usul yönünden incelemiş ve neticesinde, itiraz dilekçesinin aranan şartları haiz olduğuna, eksiklik veya aykırılık bulunmadığına ve mevzuatta belirtilen süreler içinde itirazda bulunulduğu gerekçesiyle itirazın usul yönünden hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Halbuki esastan bir karar verildikten, diğer bir ifade ile talep edilen bilgi ve belgenin erişime açılmasına karar verildikten sonra BEDK'nın kararına itiraz edilebilmesine imkân veren bir düzenleme mevzuatta yer almamaktadır. Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 12/4. fıkrasında *“Taraflar, Kurulun vermiş olduğu bir karara dayanak teşkil eden bilgi veya belgelerde herhangi bir eksiklik, sahtecilik ve benzeri bir durumu tespit etmeleri ya da esası etkileyecek yeni bir bilgi veya belgeye ulaşmaları durumunda Kurula başvurulabilirler. Kurul, bu başvuru üzerine kararını yeniden gözden geçirebilir.”* şeklinde bir hüküm yer almakla birlikte maddenin başlığı **“İtirazın usulden incelenmesi”**dir. Diğer bir ifade ile anılan maddedeki itiraz, BEDK esas hakkında bir karar verildikten sonra başvurulabilecek bir yol değildir. Nitekim **“İtirazın esastan incelenmesi”**ni düzenleyen 13. maddede esas hakkında verilen kararlara karşı bir itiraz yolu ön görülmemiştir.

8. Usul yönünden yapılan değerlendirme sonucu BEDK, itirazı ilgili mevzuat ve esas bakımından incelemiş ve ÜAK'ın itirazının kabulü ile başvuranın talep ettiği yedek jüri raporlarının erişime açılması kararının kaldırılarak; başvuru sahibinin itirazının reddine şu gerekçe ile karar vermiştir⁹⁹:

“Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin “İtirazın usulden incelenmesi” başlıklı 12’nci maddesinin (4) numaralı fıkrası “Taraflar, Kurulun vermiş olduğu bir karara dayanak teşkil eden bilgi veya belgelerde herhangi bir eksiklik, sahtecilik ve benzeri bir durumu tespit etmeleri ya da esası etkileyecek yeni bir bilgi veya belgeye

⁹⁹ Vurgular BEDK'ya aittir.

ulaşmaları durumunda Kurula başvurulabilirler. Kurul, bu başvuru üzerine kararını yeniden gözden geçirebilir.” hükmünü amirdir.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 12’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında belirtilen şartların oluştuğu ve “İtirazın Kabulü” Kararına dayanak teşkil eden bilgi veya belgelerde esas etkileyecek yeni bir bilgi veya belgeye ulaşılmış olması göz önünde bulundurularak Kurulumuzun 02/08/2023 tarihli 2023/1074 sayılı kararının yeniden gözden geçirilmesi talebinin kabul edilerek kararın gözden geçirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Başvuru sahibi ilgili kurumun yazısına istinaden ilk başvuru sahibinin taleplerine yönelik olarak başvuru sahibine ilgili Kurum tarafından ayrıntılı şekilde cevap verildiği ve verilen yeni bilgiler ışığında, bu kapsamda ilgili Kurumun cevabının yerinde ve yeterli olduğu Kurulumuzun 02/08/2023 tarihli 2023/1074 sayılı kararının kaldırılarak mezkûr itirazın reddedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.”

BEDK, idarenin keyfi uygulamalarına karşı kişileri korumak amacıyla oluşturulmuş özel görevli bir kuruldur¹⁰⁰. BEDK, 4982 sayılı Kanun’un uygulanmasında başvuru sahiplerinin bilgi edinme taleplerinin reddine karar verilmesi halinde başvurulmuş bir üst itiraz makamı olarak çalışmaktadır¹⁰¹. Nitekim bu nedenle doktrinde, BEDK’nın bir “bağımsız idari otorite” olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁰².

Anayasal düzeyde tanınmış bir hakkın gerçek anlamda kullanılabilirliğinden söz edebilmek için, bu hakkın kullanılmasını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç bulunmaktadır¹⁰³. Bilgi edinme hakkının etkin kullanılması için lazım gelen bu mekanizma ise BEDK ve yargı mercileridir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 569.

¹⁰¹ Ulusoy, s. 197. Kanunda bilgi edinme taleplerinin reddine karşı dava açmadan önce bir ihtiyari idari itiraz yolu öngörülmüş olmasının hakkın gerçekleşmesine hizmet ettiği ifade edilmiştir. Gül Üstün, İdari Usul, İdare Hukuku, Ed.: Nur Kaman, 9. B., İstanbul 2024, s. 547.

¹⁰² Gözübüyük/Tan, s. 285.

¹⁰³ Güran, s. 32, (hak arama); Kaya, s. 283, (bilgi edinme hakkı).

¹⁰⁴ BEDK bir kararında 4982 sayılı Kanun’un tanıdığı bir hakkı sınırlama yetkisinin olmadığını beyan etmiştir. BEDK: 11.03.2005 tarih ve 2005/140 sayılı karar. Ayrıca bkz. “Bilgi edinme Hakkı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğinin 25. maddesine istinaden personelimizin bu konudaki bilgi taleplerine verilecek cevaplarda, yukarıda belirtilen 3 yıl sicil notunun verilmemesi uygulaması hakkında kurulunuz tarafından verilecek kararın bildirilmesi” talebi ile ilgili olarak, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 2 nci maddesinin “Bu Kanun; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanır” amir hükmü ile Kanunun kapsamının belirlendiği, buna göre **kurum ve kuruluşların özel konumu vb. gerekçeler ile kanun karşısında ayrı bir uygulamaya tabi tutulamayacaklarının açık olduğu, mezkur Yönetmeliğin 25 inci maddesinin ikinci fıkrasının “Kurul, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemeye yetkilidir.” hükmü ile Kurulumuza tanıdığı yetki**

BEDK bir kısım kararlarında kişilerle ilgili olsa bile kamusal nitelikteki bilgi ve belgelerin 4982 sayılı Kanun kapsamında olduğuna karar vermektedir. Bu cümleden olmak üzere talep edilen bilgi ve belgelerin, kişilerin üniversitedeki görevleri ve meslek yaşamı ile ilgili olması durumunda, bunların kamusal bilgi niteliğinde kabul edilerek açıklık ilkesi doğrultusunda bilgi edinme istemlerine konu olabilmesi gerektiği; akademik kadrolara atama için düzenlenen jüri raporlarının, yayın listesinin, öğretim üyeliğine yükseltilme ve atama ilkelerine göre hesaplanan toplam puanların ve bu konularla ilgili diğer bilgi ve belgelerin başvuruda bulunan herkesin erişimine açılmasının 4982 sayılı Kanun'un ruhuna uygun düşeceği belirtilmektedir¹⁰⁵.

Kurul'a göre¹⁰⁶ **“üçüncü kişilere ait olsa dahi** kadroya yeniden atanmaya ilişkin jüri raporlarının, jüri listesinin kamusal bilgi niteliğinde olması; kişilerin özel hayatına ve mesleki değerlerine haksız müdahale oluşturacak nitelikte olmaması nedeniyle erişime açılması gerekir¹⁰⁷. Örneğin bir uyumsuzlukta profesörlük kadrosuna başvuran ve başvurusuna cevap alamayan bir kişinin söz konusu kadroya başka bir aday atanmış ise atama işlemine esas teşkil eden, kendisinin ve atanan adayın yayınlarına ilişkin jüri raporlarının tarafına iletilmesi talebini şu gerekçe ile kabul etmiştir¹⁰⁸: *“İtiraz dilekçesi ile eklerinin incelenmesi neticesinde başvuru*

kapsamında Kanunun tanıdığı bir hakkın sınırlandırılması yetkisinin bulunmadığı, hususun İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesinin” BEDK: 06.12.2004 tarih ve 2004/190 sayılı karar, https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf.

¹⁰⁵ BEDK: 07.09.2005 tarih ve 2005/619 sayılı karar; BEDK: 17.01.2005 tarih ve 2005/38 sayılı karar; BEDK: 06.04.2005 tarih ve 2005/222 sayılı karar, aktaran, Gündüz/Yazıcıoğlu, s. 183.

¹⁰⁶ BEDK yakın tarihli bir kararında da kadroya başka bir aday atanmış ise atama işlemine esas teşkil eden, başvuru sahibinin ve atanan adayın yayınlarına ilişkin jüri raporlarının verilmesi talebini kabul etmiştir. BEDK: 16.06.2021 tarih ve 2021/812 sayılı karar, <https://bedk.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/61020211447502021-812%20Nolu%20Karar.pdf>. Doktrinde de sınavların objektifliğini sağlamak için sınav sonuçlarının açıklanması gerektiği ve bu nitelikteki bilgilerin verilmesinden, özel hayatın gizliliği ilkesi ileri sürülerek imtina edilemeyeceği dile getirilmektedir. Yıldırım, s. 235.

¹⁰⁷ BEDK: 25.10.2004 tarih ve 2004/140 sayılı karar, aktaran, Küçük, s. 121. “[Doç. Dr. Y. A.'ın vekili Av. A. F. Ç.'nun] Yrd. Doç. Dr. S. A. P.'in [...] yılında Yardımcı Doçentlik kadrosuna yeniden atanması istemi nedeniyle oluşturulan 3 kişilik jüri üyesinin hazırladığı jüri raporlarının onaylı sureti talebinin ise 4982 sayılı Kanunun herhangi bir istisnasına girmemesi nedeniyle başvuru sahibinin erişimine açılması gerektiği,” BEDK: 25.10.2004 tarih ve 2004/140 sayılı karar, https://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf.

¹⁰⁸ BEDK: 16.06.2021 tarih ve 2021/812 sayılı karar. “27/07/2021 tarihli dilekçesiyle ... Üniversitesi Rektörlüğü ... Adalet Meslek Yüksekokulu Müdürlüğüne başvurarak, Müdürlüğün Adalet Programı Dr. Öğretim üyeliği kadrosuna başvuru yaptığını ancak kendisinin yerine diğer adayın atanmasının uygun görüldüğünü belirterek, bahse konu jüri değerlendirme raporlarını görmeyi talep etmiştir. Başvuru sahibinin itiraz dilekçesi ile eklerinin incelenmesi neticesinde itiraza konu talebinin 4982 sayılı Kanunda düzenlenen istisna hükümleri kapsamında kalmadığı değerlendirildiğinden, 4982 sayılı Kanunun 5 ve 10 uncu maddeleri uyarınca, bir gazetemen eşliğinde başvuru sahibinin jüri değerlendirme raporlarını incelemesine olanak sağlanarak mezkur talebin karşılanması gerektiği değerlendirilmiştir.” BEDK: 01.09.2021 tarih ve 2021/1063 sayılı karar, BEDK, s. 74, 107. Ayrıca bkz. BEDK: 25.10.2004 tarih ve 2004/140 sayılı karar; BEDK: 17.01.2005 tarih ve 2005/38 sayılı karar.

sahibinin bahse konu kadro için yapmış olduğu başvurusuna istinaden düzenlenen jüri raporlarının bilimsel nitelikte olduğu ve özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilemeyeceğinden söz konusu talep edilen bilgilerin başvuru sahibi açısından 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununda düzenlenen istisna hükümleri kapsamında kalmadığı değerlendirildiğinden anılan mevzuat hükümleri gereğince mezkur talebin karşılanması gerektiğinin ... Rektörlüğüne bildirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.”

İdari yargı yerleri de üçüncü kişilere ait sınav ve değerlendirme evraklarının üçüncü kişilerin özel hayatına ve mesleki değerlerine haksız müdahale oluşturacak belge ve bilgilerden kabul edilemeyeceğine bilakis bu bilgi ve belgelerin açılmış veya açılacak davalarda kullanabilmesinin önünün açılması gerektiğine hükmetmektedir¹⁰⁹

Somut olayda ise talep edilen bilgi ve belgeler üçüncü kişilerle ilgili olmayıp başvuru sahibi ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, başvuranın özlük dosyasında yer alan sicil ve bilgilendirme notlarının kendisine verilmemesini Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre 4982 sayılı Kanun madde 21’de üçüncü kişiler yönünden bilgi edinme hakkı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama kişilerin kendi özlük dosyalarına yönelik olmayıp, kişilerin kendi özlük dosyasındaki sicil ve değerlendirme notlarına yönelik erişim talepleri kişisel verilere erişim kapsamındadır¹¹⁰.

IV. SONUÇ

4982 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi, Türk idare hukukunda gizlilikten açıklığa atılan önemli bir adım olarak kabul edilse de Kanun’daki “devlet sırrı”, “ticari sır” gibi muğlak ifadelerle yine Kanun kapsamındaki idarelerin takdir yetkisine dayalı uygulamaları, açıklığın sağlanması önünde engel olmaya devam etmektedir¹¹¹.

Her ne kadar gizlilik kanunla belirlenmiş durumlarda, ölçülülük ve demokratik hukuk devleti ilkesine uygun olmak şartıyla hem kamu hem de kişiler için bir gereklilikse de bu sınırların aşılaraq idarenin gücünü hakim kılmak ve denetimden kaçınmak amacıyla gizliliği kural haline getirmesi kabul edilemez.

Bilgi edinme hakkının etkin kullanılabilmesi, yönetimde demokrasinin sağlanmasına bağlıdır. Bu açıdan, gizlilik ilkesinin uygulanmasının yaygınlaştığı

¹⁰⁹ Ankara BİM 12. İDD: 18.05.2017, E. 2017/502, K. 2017/516, Kazancı.

¹¹⁰ AyM Birinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2019/39889, KT: 17/07/2024, par. 11 vd.

¹¹¹ Eken, s. 34, (gizlilik); Eken, s. 130; Kaylan, s. 13; Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 7. B., Ankara 2019, s. 266.

ölçüde bilgi edinme hakkının kullanımı sınırlanır¹¹². Somut olayda bilgi edinme başvurusunun ÜAK ve hatta BEDK tarafından, Kanun'daki istisnalara dahi girmemesine rağmen reddedilmesi, Türk kamu yönetiminde açıklık ilkesinin halen tam olarak sindirilemediğini ortaya koymaktadır.

Bu noktada BEDK'ya ayrıca değinmek gerekir. Kurul'un demokratik yönetim anlayışının gelişmesinde son derece önemli bir işlev görmesi gerekirken¹¹³ somut olaydaki gibi usul hükümlerine dahi uyulmadan yapılan itiraz üzerine almış olduğu erişime açma kararını 4982 sayılı Kanun'da bir istisna yokken bir Yönetmelik (Doçentlik Yönetmeliği) hükmüne dayanarak kaldırması, Kurul'un kuruluş amacının sorgulanması sonucunu doğurmaktadır. Halbuki bu uyumsuzluk özelinde Kurul'dan beklenen, 4982 sayılı Kanun'un 14. maddesinde yer alan "*kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kararlar vermek*" şeklindeki hükümle Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "Kurulun görev ve yetkileri" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "c) *Kurum ve kuruluşlar için bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin hususları düzenlemek*" ve "e) *Bilgi edinme hakkına ilişkin yapılması gereken mevzuat değişikliklerini önermek.*" şeklindeki hükümlere istinaden yedek jüri raporlarını erişime açmak yanında ÜAK'a yönetmelik değişikliği yapması gerektiğini de bildirmektir.

¹¹² Erdoğan, s. 265.

¹¹³ Ulusoy, s. 199.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, “Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, Y. 1981, C. 14.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara 1990, (açıklık).
- Akıllıoğlu, Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Ankara 1983, (savunma hakkı).
- Akyıldız, Ali, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Ülkemizde İnsan Hakları Alanında Çalışan Diğer Kurumlarla Karşılaştırılması”, Bilgi Edinme Hakkı Ulusal Sempozyumu, Ankara 2022.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, 16. B., Ankara 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, GÜHFD, Y. 2003, C. 7, S. 1-2, sayfa belirtilmemiş, (iyi yönetim).
- Akyılmaz, Bahtiyar, “Yeni Bir İdari Usul Kanunu Örneği: İspanya Kamu İdarelerinin Hukuki Rejimi ve Genel İdari Usul Hakkında Kanun”, Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, (İspanya).
- Akyılmaz, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000.
- Alan, Nuri, “İdari Usul ve İdari Yargı”, ABD, Y. 2000, S. 2.
- Aybay, Rona, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, MK 1020/II’yi Yürürlükten Kaldırdı mı?”, TBB Dergisi, Y. 2004, S. 53, (bilgi edinme).
- Azer, Can, Bilgi Edinme Hakkı, Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Azrak, Ali Ülkü, “Umumi İdari Usul ve kodifikasyon Meselesi”, İÜHFM, Y. 1967, C. XXXIII.
- Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 2. B., Ankara 2022.
- Buşdaycı, Melike Özge Çebi, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bilgi Edinme Hakkı-İfade Özgürlüğü İlişisine Güncel Yaklaşımı”, Bilgi Edinme Hakkı Ulusal Sempozyumu, Ankara 2022.
- Council of Europe, The Administration and You, 2018.
- Duran, Lütfi, “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, Amme İdaresi Dergisi, Y. 1998, C. 31, S. 2.
- Eken, Musa, “Bilgi Edinme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 17, (bilgi edinme).
- Eken, Musa, “Gizlilik Geleneğinden Şeffaf Yönetime Doğru”, AİD, Y. 2005, C. 38, S. 1.
- Eken, Musa, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, AİD, Y. 1994, C. 27, S. 2, (gizlilik).
- Erdoğan, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 7. B., Ankara 2019.
- Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 9. B., Ankara 2013.
- Gündüz, Fatma Ebru / İsmail Yazıcıoğlu, “Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması”, Anayasa Yargısı, Y. 2021, C. 38, S. 1.
- Güran, Sait, “Hak Arama Özgürlüğünün İki Boyutu”, Anayasa Yargısı, Y. 1993, S. 9, (hak arama).

- Güran, Sait, “Yönetimde Açıklık”, İHİD, Y. 1982, C. 3, S. 1-3.
- Kamu Denetçiliği Kurumu, İyi Yönetim İlkeleri Rehberi, Ankara 2019.
- Kara, Seyfettin, “Danıştay ve İdare Mahkemesi Kararları Işığında Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’na Eleştirel Bir Bakış”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 2012, C. 15, S. 1.
- Kaya, Cemil, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Resmi Belgelere Erişme Konusunda Üye Devletlere Tavsiye Kararı REC (2002) 2”, TBB Dergisi, Y. 2005, S. 58.
- Kaya, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara 2005, (bilgi edinme hakkı).
- Kaylan, İbrahim, Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Yargısal Denetimi, Doktora Tezi, Kocaeli 2016.
- Kıratlı, Metin, “İsviçre’de İdari Usul Kodifikasyonu”, AİD, C. 6.
- Kuntbay, İhsan, “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”, AİD, Y. 1978, C. 11, S. 4.
- Küşük, Ayhan, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlalinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, Sayıştay Dergisi, S. 81.
- Mastı, Ahmet Korhan, Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Kişilik Hakları ile İlişkisi, Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Özay, İl Han, Günişığında Yönetim, İstanbul 2004.
- Soykan, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı”, AÜHFD, Y. 2007, C. 56, S. 2.
- Ulusoy, Dursun Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2019.
- Üstün, Gül, İdari Usul, İdare Hukuku, Ed.: Nur Kaman, 9. B., İstanbul 2024.
- Yıldırım, Ramazan, “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, Başkanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998.
- Yücel Oğurlu, “İdari Usul Kanunu Neden Acil ve Zorunludur?”, AÜEHFD, Y. 2005, C. IX, S. 1-2.

Elektronik Kaynaklar

- <http://www.msb.gov.tr>.
- <https://bedk.adalet.gov.tr>.
- <https://kazanci.com.tr/>.
- <https://lexpera.com.tr/>.
- <https://rayp.adalet.gov.tr/>.
- <https://rm.coe.int/16807096b9>.
- <https://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr>.
- <https://www.bilgiedinnehakki.org>.
- https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.
- https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.
- <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK>.
- www.idare.gen.tr.

Trafik Parası Cezası Tutanaklarının Tebliğ Süresi ve Muhtemel Sorunlar^(*)

Notification Period of Traffic Fine Reports and Potential Issues

Dr. Öğr. Üyesi Özge Didem BOULANGER^(**)

Öz:

5326 sayılı Kabahatler Kanunu 20'nci maddesi uyarınca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer. İlgili madde hükmünde trafik para cezalarının verilme ve tebliğ süreleri bir yılı aşacak hatta yirmi dört aya kadar ulaşabilecek şekilde oldukça uzundur. Önceki dönemlerde bu süreler yönetmeliklerle 7 ve sonrasında 10 gün olarak düzenlenmişti. Ardından süre bu hususta çeşitli sorunlar oluşturacak şekilde kanunla oldukça uzun belirlendi. Trafik para cezaları tutanaklarının tebliğ sürelerinin kanunda uzun tutulması idari yaptırım niteliğindeki cezalardan beklenen faydanın sağlanamaması riski taşımaktadır ve bu durum diğer bazı sorunların doğmasına da yol açabilecektir. Bu çalışmada tebliğ süresinin uzunluğunun yol açabileceği olası sorunlar incelenmiş ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

İdari Yaptırımlar, İdari Para Cezaları, Depenalizasyon, Trafik Para Cezaları.

Abstract:

Pursuant to Article 20 of the Misdemeanor Law No. 5326, if an administrative fine is not imposed and notified by the end of the calendar year following the date on which the act requiring an administrative fine, as specified in the Highway Traffic Law No. 2918, was committed, no administrative sanction decision can be made, and any issued decisions are nullified. The notification and issuance periods for traffic fines have been determined to be quite long, potentially extending up to twenty-four months. In previous periods, these periods were regulated as 7 and 10 days respectively by regulations. Subsequently, the time period was set quite long by law, leading to various potential problems. The long notification period for traffic fines poses a risk of failing to achieve the intended benefits of administrative sanctions and may lead to other issues. This article examines the possible problems arising from the long notification period and attempts to propose solutions.

Keywords:

Administrative Sanction, Administrative Fines, Depenalization, Traffic Fines.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 01.10.2024 - Makale Kabul Tarihi: 12.12.2024.

^(**) İstanbul Okan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: ozge.boulanger@okan.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9474-9471>.

GİRİŞ

İdari yaptırımlar idari makamlar tarafından araya yargı kararı girmeden, idari usullerle verilir ve uygulanır. İdarenin kamu düzenini sağlaması ve koruyabilmesi için idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olması bir zorunluluktur. Aslında idari yaptırımlar cezalandırma değil kamu düzeninin korunması amacını taşıdıklarından idari yaptırımların hızlı uygulanabilmeleri etkinlikleri açısından önemlidir. Bu bağlamda da idari yaptırımlar için genellikle çeşitli ülkelerde Ceza Kanunlarından ayrı kanuni düzenlemeler öngörülmüştür. Ülkemiz açısından değerlendirdiğimizde idari yaptırımlarla ilgili temel mevzuat hükmü Kabahatler Kanunudur. Ancak bu Kanunda bütün idari yaptırımlar düzenlenmemiştir, idari yaptırımlar çok çeşitlidir ve birçok farklı kanunda yer alırlar. Trafik idari para cezaları idari yaptırımların bir türüdür ve diğer idari yaptırımlar gibi idari işlem niteliğindedir. İdari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilirler, tek yanlı ve icraidirler ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar.

Karayolları Trafik Kanunu incelendiğinde trafik para cezası tutanaklarının ilgisine tebliği hususunda iki yöntemin bulunduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Bu yöntemlerden biri ihlal anında ceza tutanağının ilgisine verilmesi, diğer yöntemse araç tescil plakasına trafik ceza tutanağı düzenlenmesi ve araç sahibine tebliğ edilmesidir. Karayolları Trafik Kanununda tebliğ sürelerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta Kabahatler Kanunu hükümleri incelendiğinde Kanunda Karayolları Trafik Kanununda belirtilen trafik para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edileceği aksi takdirde cezanın düşeceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme araç tescil plakasına ceza tutanağı düzenlendiğinde çeşitli açılardan sorun yaratabilecek bir uygulamadır. Bu makalede araç tescil plakasına trafik para cezası tutanağı düzenlendiği ve tebliğ edildiği durumlarda Kanunla belirlenen sürenin uzunluğu nedeniyle karşılaşılabilecek sorunlar incelenmiştir.

Ayrıca tebliğ sürelerinin uzunluğu ile ilgili yakın zamanda Kamu Baş Denetçisi tarafından verilen bir tavsiye kararı bulunmaktadır. Çalışmada bu karara da yer verilmiştir. Zira bu karar trafik para cezalarının tebliğ sürelerinin uzunluğu ile ilgili önemli tespitler ve çözüm önerisi içermektedir.

I. YAPTIRIM VE İDARİ YAPTIRIM KAVRAMLARI

A. Yaptırım Kavramı Sınıflandırması ve İdari Yaptırımlar

Yaptırım veya müeyyide¹, hoş gitmeyen Devlet tepkisidir, bu tepki bireylerin hukuk kurallarına uygun davranmalarını sağlamak için harekete geçer². Yaptı-

¹ İki kavram aynı anlama sahiptir.

² Ali Aybay/Rona Aybay/Alı Pehlivan, Hukuka Giriş, 23. B., İstanbul 2020, s. 38.

rım “herhangi bir hukuk kuralının koyduğu emir ve yasaklara uyum davranmama, onun yap dediğini yapmama veya yapma dediğini yapma halinde karşılaşılacak tepkidir”³. Bir başka tanımla yaptırım, “bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilen ve hukuk düzeni tarafından öngörülen cebirdir”⁴. Tanımlar göz önünde bulundurulduğunda yaptırım şu unsurlara haizdir⁵;

- Yaptırım bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak gösterilir.
- Bu tepki cebri niteliktedir, yaptırıma maruz kalanlar açısından onların hoşuna gitmeyecek, maruz kalanlara zarar verici niteliktedir.
- Yaptırım hukuk düzeni tarafından öngörülür.

Yaptırımın çok değişik biçimleri vardır ve yaptırımlar çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Temel olarak yaptırımlar özel hukuk ve kamu hukuku yaptırımları olarak iki ana başlıkta incelenebilir. Özel hukuk yaptırımları cebri icra, tazminat ve geçersizliktir⁶. Geçersizlik yaptırımının yokluk ve butlan olarak alt kırımları mevcuttur. Butlan da mutlak ve nispi butlan olarak ikiye ayrılır⁷. Kamu hukuku yaptırımları cezai ve idari yaptırımlardır. Cezai yaptırımlar hapis cezalarıyla adli para cezaları olarak ikiye ayrılır. Kamu hukuku yaptırımlarının ikinci türü idare hukuku yaptırımlarıdır⁸. Gözler, idare hukuku yaptırımlarını özel kişilere karşı yaptırımlar ve idareye karşı yaptırımlar başlıkları altında incelemektedir, idareye karşı yaptırımlar yokluk, iptal ve tazminatken, özel kişilere karşı yaptırımlar idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, izin ve ruhsatın geri alınması vb. çok çeşitlidir⁹.

Öğretide, mevzuatta ve yargı kararlarında kullanıldığı haliyle, idari yaptırımlar özel kişilere karşı yetkili idari makamlar tarafından araya yargı kararı girmeksizin idari usuller kullanılarak verilip uygulanabilen yaptırımlardır. Hukuk sistemimizde sayısal ve niteliksel olarak oldukça fazla sayıda idari yaptırım mevcuttur.

³ Ender Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 10. B., Ankara 2023, s. 319.

⁴ Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 16. B., Bursa 2019, s. 411. Zorlayıcılık içeren yaptırım sadece hukukla ilgili bir kavram değildir, yaptırım genel olarak düzenin bozulmasına tepkidir, bu açıdan örneğin ahlak kurallarının da bir yaptırımı vardır. İl Han Özay, İdari Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3326, Hukuk Fakültesi No: 691, İstanbul 1985, s. 20.

⁵ Gözler, s. 411.

⁶ Gözler, s. 421. Atay, benzer şekilde yaptırımları kamu hukuku ve ceza hukuku yaptırımları şeklinde sınıflandırmıştır. Özel hukuk yaptırımları hükümsüzlük, zorla yaptırma, tazminat yaptırımlarıdır. Kamu hukuku yaptırımlarıysa ceza hukuku, Anayasa hukuku, idare hukuku, uluslararası hukuk yaptırımlarıdır. Atay, Hukuk Başlangıcı, s. 321-334. aynı şekilde Çağlayan, kamu hukuku özel hukuk müeyyidesi ayırımında kamu hukuku müeyyidelerini ceza hukuku müeyyideleri, Anayasa hukuku müeyyideleri, uluslararası hukuk müeyyideleri, idare hukuku müeyyideleri şeklinde sınıflandırmaktadır. Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), 1. B., Ankara 2006, s. 15-18.

⁷ Gözler, s. 421; Atay, Hukuk Başlangıcı, s. 330-331; Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), s. 15-18.

⁸ Gözler, s. 421.

⁹ Gözler, s. 427.

Yukarıda belirttiğimiz üzere idari yaptırımlar araya yargı kararı girmeden idari makamlar tarafından verilir ve uygulanır. Esasen toplumsal düzeni ihlal eden davranışların önüne geçmek ve toplumsal düzeni koruyabilmek için idarelere birtakım yetkiler tanınması zorunludur¹⁰, bu yetkilerden biri de idarenin yaptırım uygulama yetkisidir. Gerçekten de idare yaptırım uygulama yetkisine faaliyetleriyle ilgili alanda getirilmiş olan emir ve yasaklara uygun hareket edilmesinin sağlanması için haiz olmak zorundadır. Teknolojik gelişmelerle birlikte gelişen, büyüyen, çeşitlenen toplumsal ihtiyaçların doğru şekilde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılanabilmesi için çağdaş yönetimlerde idareye farklı alanlarda ve geniş yaptırım yetkileri tanınmaktadır¹¹. İdarenin kendi görev alanına giren konularda oluşan ihlallere karşı yaptırım uygulama yetkisine sahip olması gerekliliği idarenin idari düzeni koruma görevine haiz olması ve bu korumanın yaptırım uygulama yetkisiyle sağlanabilmesiyle ilintilidir¹².

B. İdari Yaptırımlar ve Kabahatler Kanunu

18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren Almanya'da başlayan bir akımla idari cezalarla adli cezalar ayrılmaya başlanmıştır. Almanya 'da idare idari cezalarla ilgili olarak yetkilendirilmiş ve kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması için çalışmalar yapılmıştır (entkriminalisierung)¹³. Hatta Almanya 'da 1911 yılı itibarıyla hazırlanan tüm kanun tasarılarında kabahatlerin ceza kanunu içerisinde yer almaması şeklinde bir uygulama gerçekleştirmiştir¹⁴. Bu şekilde "*daha hafif*" suç ve cezaların idari yaptırım haline getirilmesi "depenalizasyon" olarak adlandırılır. Depenalizasyonla hem mahkemelerin yükü azaltılmış hem de yaptırımların etkinliği artırılmış olur¹⁵. Zira bu şekilde yaptırımlar yargısal süreçten geçmeyerek doğrudan ve hızlı bir şekilde idare tarafından verilerek uygulanabileceklerdir¹⁶.

Depenalizasyon İtalya'da da gündeme gelmiş ve uygulanmış, özellikle trafik suçlarında idare kovuşturma konusunda yetkilendirilmiştir¹⁷. Bu akımı ülkemiz

¹⁰ İdari Ceza Hukuku toplumsal düzeni ihlal eden davranışları, uygulanacak yaptırımları ve bu yetkilerin kullanılma usullerini inceleyen hukuk dalıdır. Kayıhan İçel, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1984, C. 50 S. 1-4, s. 117-131), s. 117.

¹¹ AYM, 23.10.1997, E: 1997/19, K: 1997/66, Resmi Gazete Tarihi: 16.01.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23585.

¹² Yücel Oğurlu, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari yaptırım - Ceza Yaptırımı Ayrımı", (Erzincan Binali Yıldırım Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 3 S. 1, s. 143-194) s. 151.

¹³ İçel, s. 117.

¹⁴ İçel, s. 117.

¹⁵ Burcu Erding, "İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması", (Ankara Barosu Dergisi, Y: 2012, S: 2, s. 239-276) s. 254.

¹⁶ Erding, s. 254.

¹⁷ İçel, s. 118.

de biraz gecikmeli olarak takip etmiştir. Önceden 765 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Ceza Kanununda suçlar cürüm ve kabahatler olarak ayrılmıştı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu cürüm ve kabahat şeklinde bir ayrıma yer vermemiş, kabahatler Ceza Kanunundan ayrılmış ve 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu adı altında ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Ancak Kabahatler Kanununun tüm idari yaptırımları kapsamaması dolayısıyla mevzu hukukumuzda tüm idari yaptırımların bir arada yer aldığı bir İdari Yaptırımlar Kanunu bulunmamaktadır. İdari yaptırımların bir bölümünü düzenleyen Kabahatler Kanunu mevcuttur ve bu Kanun genel kanun niteliğindedir. Bu bağlamda yaptırımlarla ilgili özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, Kabahatler Kanunu genel kanun olarak uygulanacaktır.

Kabahatler Kanununda emre aykırı davranış, dilencilik, kumar, sarhoşluk, gürültü vb. gibi bazı kabahatlere spesifik olarak yer verilmiştir. Bu spesifik düzenlemeler dışında Kanun genel hükümler de içermektedir. Örneğin Kabahatler Kanunu idari yaptırımı kabahatin mevcut olduğu durumlarda uygulanacak yaptırım olarak nitelendirmiştir. Kabahat ise Kanunda “*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*”¹⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Yine Kabahatler Kanunun 1’inci maddesinde idari yaptırımların amacı toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunması olarak belirlenmiştir ki bu amaç tüm idari yaptırımların ortak amacıdır.

Ek olarak Kabahatler Kanunun 3’üncü maddesi uyarınca Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacaktır. O halde özel bir düzenleme bulunmadığı takdirde Kanunda yer alan kanun yolu tüm idari yaptırımlar için geçerli olacaktır. Kanunun diğer genel hükümleri de idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanacaktır.

Yine Kanunun Başvuru Yolu başlıklı 27’nci maddesinde idarî para cezasına ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza hakimliklerine başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu süre içinde başvurunun yapılmaması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşecektir. Yalnız Kabahatler Kanunu’nda yer alan kabahat cezaları için değil özel bir düzenleme bulunmayan ve diğer kanunlarda yer alan tüm kabahat cezaları için sulh ceza hakimlikleri kanun yolunda görevli yargı yeridir.

¹⁸ Yurtcan “haksızlık” tanımlamasının doğru olmadığını, bu kavram yerine fiil kavramının kullanılması gerektiğini, zira haksızlığın kabahatin bir niteliği olabileceğini, kabahatin Kanunda da belirtildiği üzere toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan bir fiil olduğunu söylemektedir. Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. B., Ankara Nisan 2016, s. 15.

C. İdari Yaptırımların Türleri ve Hukuksal Nitelikleri

İdari yaptırımlar çok çeşitlidir ve yukarıda açıkladığımız üzere idari yaptırımlar tek bir kanunda toplanmamıştır. Birçok kanunda idari yaptırımlara ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu durum yaptırımların sınıflandırılmasını zorlaştırmaktadır. Kabahatler Kanununu göz önünde bulundurduğumuzda Kanunun 16'ncı maddesinde idari yaptırımlar idari para cezası ve idari tedbirler olarak ikiye ayırmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında idari tedbirler açıklanmıştır. İdari tedbirler mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir. Ancak bu sınıflandırma eksiktir. Zira örneğin bu sınıflandırmada disiplin cezaları yer almamaktadır. Bu nedenle idari yaptırımların sınıflandırılmasında *Ulusoy*'un ayırımına başvurulabilir. *Ulusoy*, idari yaptırımları idari cezalar ve idari tedbirler olarak iki başlıkta sınıflandırmaktadır¹⁹. Bu sınıflandırma Kabahatler Kanunu ile uyumlu bir sınıflandırmadır. *Ulusoy*'un sınıflandırmasında idari yaptırımlar idari cezalar ve idari tedbirler olarak iki ana başlığa ayrıldıktan sonra idari cezalar regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak ayırma tabi tutulmuştur. İdari tedbirler ise geçici engelleme, idari iznin geri alınması, eşyaya geçici el koyma ve atipik idari tedbirlerdir²⁰. Bu şekilde sınıflandırıldığında idari yaptırımların tamamı sınıflandırma kapsamına alınmış olmaktadır.

Konumuzla ilgili olarak, trafik düzenin ihlal edilmesi nedeniyle verilen trafik para cezaları ise idari para cezalarıdır. Bir idari yaptırım türü olan idari para cezaları yargı organı kararı olmaksızın idari makamlar tarafından verilen sonuçları bir bakıma genel para cezalarına benzeyen ancak tümüyle idari işleme dayanan yaptırımlardır²¹. *Ulusoy*'un sınıflandırmasında idari para cezaları regülatif veya kabahat cezaları niteliğinde olabilir, trafik para cezaları ise kabahat cezalarıdır.

İdari yaptırımların hukuksal niteliklerinin idari işlem olması hususunda öğretide ve yargı kararlarında görüş birliği vardır. Zira idari yaptırımlar doğrudan idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilirler ve kişilerin hukuksal durumlarını idarenin tek yanlı irade açıklamasıyla etkilerler.

Akyılmaz, Sezginer, Kaya idari işlemi “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince ya da yasama veya yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışında, idari fonksiyona ilişkin olarak kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belirli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya nesnelerin hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları*” şeklinde tanımlamışlardır²². Bir idari işlem idari makamlar tara-

¹⁹ Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, 1. B., İstanbul 2013, s. 11.

²⁰ Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, s. 11.

²¹ AYM, 23.10.1997, E: 1997/19, K: 1997/66, Resmi Gazete Tarihi: 16.01.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23585.

²² Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 14. B., Ankara 2021, s. 332.

fından idare işlevine ilişkin yapılmış olmalı, tek yanlı olmalı ve icrailik özelliğine haiz olmalıdır. İdari işlemler kesin ve icrai olma özelliklerinin yanı sıra resen icra edilebilirler ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilirler. İdari yaptırımlar birer idari işlemlerdir. Zira idari yaptırımlar tek yanlıdır, ilgisinin onayına ya da rızasına bağlı kalmaksızın ilginin hukuksal durumunda etki yaratırlar²³. Bunlara ek olarak idari yaptırımlar hukuka uygunluk karinesinden de faydalanır, bir idari yaptırımın hukuksal etkisini gösterebilmesi için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç yoktur ve aksi yargı kararıyla tespit edilene kadar hukuk dünyasında etki ve sonuçlarını doğururlar. Trafik para cezaları da diğer idari yaptırımlar gibi birer idari işlem niteliğindedir.

D. İdari Yaptırımlarla İdari Cezaların Adli Cezalardan Ayrılması

İdari yaptırımlarla adli cezalar arasındaki en temel farklılık idari yaptırımların araya yargı kararı girmeden verilmesi ve uygulanmasıdır. İdari yaptırımlar idare tarafından verilerek İdare Hukuku usullerine göre tatbik edilirler²⁴. Adli cezalar ise bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yargılama usulleri tatbik edilerek verilirler. Bunlara ek olarak idari yaptırımlar idari işlem niteliğinde olduklarından icrailerdir, kesin ve yürütülebilir niteliğe sahiptirler ve muhatapları üzerinde hukuken bağlayıcıdır, buna karşılık adli cezalar hukuksal açıdan daha güçlü olan yargısal kesinliğe haizdirler²⁵.

İdari yaptırımları adli cezalardan amaç açısından ayırmak kanımızca bu hususta kullanılabilecek bir başka ölçüttür. Zira idari yaptırımlar idari düzenin sağlanması amacını taşırlar ve bu nedenle kişilere idare karşısındaki borçlarını ve yükümlülüklerini hatırlatırlar²⁶. İdari yaptırımlarla cezalandırma amacından ziyade “*idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmenin giderilmesi*

²³ Yeni hukuksal durum yaratırlar, mevcut hukuksal durumu değiştirebilirler veya mevcut hukuksal durumu ortadan kaldıracırlar. Metin Günday, İdare Hukuku, 11. B., Ankara 2017, s. 124. “**İdari işlem**; idare hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve de hizmetin gereklerine uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran yani icrai niteliği olan, resen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargı denetimine tabi ve kural olarak yazılı şekilde tesis edilen işlemlerdir. Örneğin kamulaştırma, ruhsat, ... idari para cezasına hükmedilmesi...” Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 9. B., Ankara 2023, s. 466. “İdari yaptırımların baskın kimliği onun bir idari işlem olmasıdır. Dolayısıyla, idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde, idari işlem kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir” Turgut Tan, İdare Hukuku, 7. B., Ankara 2018, s. 424. “... idari yaptırımların hukuki rejiminin belirlenmesinde idari işlem kimliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir” Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 7. B., Ankara 2010, s. 784.

²⁴ Özay, s. 20.

²⁵ Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 46. Zanobini tipik müeyyidenin ceza hukukundaki müeyyide olduğu görüşündedir, zira ceza müeyyidesi müeyyideye has şartlara ve bu hukuki fonksiyona daima cevap verir. Guido Zanobini, İdari Müeyyideler Çev: Yılmaz Günel, Ankara 1964, s. 2.

²⁶ Oğurlu, s. 156.

*amaçlanmaktadır*²⁷. Buna göre adli cezalarda mevcut çektirme, caydırma amacından çok idari yaptırımlar kişilere görev ve yükümlülüklerini hatırlatma amacı taşır, ki bu şekilde düzen bozucu davranışın önüne geçilebilsin²⁸.

II. TRAFİK PARA CEZALARINA İLİŞKİN GENEL KANUN OLARAK KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU VE CEZA TUTANAKLARININ TEBLİĞ SÜRESİYLE İLGİLİ MEVZUAT HÜKÜMLERİ

Trafik düzeniyle ilgili olarak, 2918 sayılı 13.10.1983 kabul tarihli Karayolları Trafik Kanunu²⁹ temel mevzuat hükmüdür. Kanun, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek amacıyla 13.10.1983 tarihinde kabul edilmiştir. Kanunda geçici maddeler hariç toplam 138 madde bulunmaktadır. Kanun karayollarındaki trafik düzeniyle ilgili ve trafik güvenliği ile ilgili genel kanun niteliğindedir ve bu yönde birçok hüküm içermektedir. Trafik para cezaları ile ilgili hükümler de bu kanunda yer almaktadır. Hangi durumlarda hangi cezaların verileceği ve ceza miktarları Kanunda belirtilmiştir. Kanunda yüz civarında trafik ihlali durumu belirlenmiş ve söz konusu ihlaller nedeniyle çeşitli idari yaptırımlar ve trafik para cezası verileceği öngörülmüştür. Trafik para cezalarının hangi ihlaller durumunda verileceğinin yanı sıra Kanun cezalarla ilgili başkaca hükümleri de haizdir.

Örneğin Kanunun Cezaların Uygulanması başlıklı İkinci Bölümünün 114'üncü maddesinde yetkili makamlar belirlenmiştir, Kanunda yazılı trafik suçlarını işleyenler hakkında yetki sınırları esas alınarak Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı personeli ile Ulaştırma Bakanlığının ve Karayolları Genel Müdürlüğünün ilgili birimlerinin il ve ilçe kuruluşlarında görevli ve yetkili kılınmış personelin tutanak düzenleneceği hükmü yer almaktadır. Devam eden 115'inci maddede para cezalarının ödenme süreleri düzenlenmiştir. Buna göre tutanağın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde para cezalarının ödenmesi gerekir ve bir ay içinde ödenmeyen cezalar için her ay %5 faiz uygulanacaktır ancak faiz uygulaması sonucu bulunacak tutar cezanın iki katını geçemeyecektir. Kanunda yine süresinde ödenmeyen para cezaları için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kanunda ayrıca para cezalarının ödenme yöntemleri belirtilmiş ve yabancı plakalı araçlara uygulanacak trafik para cezasıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

²⁷ Oğurlu idari ihlali "*idarenin emir ve yasaklarını bozan ve idarece cezalandırılabilen eylem*" olarak tanımlamaktadır, ihlal ortaya çıktığında idari düzen bozulmaktadır. Oğurlu, s. 156.

²⁸ Oğurlu, s. 157.

²⁹ Karayolları Trafik Kanunu 18.10.1983 tarih ve 18195 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır.

Trafik para cezası tutanaklarının tebliğ yöntemiyle ilgili de Kanunda hüküm bulunmaktadır. Kanunun 116'ncı maddesi uyarınca tescil plakasına tutanak düzenlenebilir. Bu şekilde tutanak düzenlendiğinde trafik kaydında araç sahibi olarak görülen kişiye cezayı ödemesi için posta yoluyla tebligat yapılacaktır. Tebligat posta yoluyla yapılmadığı takdirde, tutanaklar ilgili tahsil dairesinin ilân asmaya mahsus yerinde liste halinde ilân edilecek ve ilân tarihini takip eden otuzuncu gün tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu hüküm dışında tebliğ yöntemiyle ilgili herhangi bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kanunda iki tür trafik cezası tebliğ yöntemi var olduğu yorumu yapılabilir. Biri doğrudan ihlalin gerçekleştiği anda ihlali gerçekleştirene verilen ve tebliğ edilen trafik cezalarıdır, diğer bir yol ise ihlali gerçekleştiren aracın tespit edilmesi ve bu aracın tescil plakasına trafik cezasının verilmesi ve tebliğidir ki bu durum özel olarak Kanunda yukarıda zikrettiğimiz maddede ve zikrettiğimiz şekilde düzenlenmiştir.

Ancak Kanunda cezalarla ilgili yer alan bu hükümlerin içerisinde trafik para cezalarının tebliğ sürelerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bağlamda hemen ihlalin gerçekleştiği anda verilir uygulanan trafik para cezası tutanakları dışında tescil plakasına düzenlenen trafik para cezası tutanaklarının tebliğ işlemlerinin hangi sürede yapılacağına ilişkin bir hüküm Karayolları Trafik Kanunda bulunmamaktadır.

Özetle Karayolları Trafik Kanunu uyarınca trafik para cezalarının iki farklı tebliğ durumu mevcut olabilir, birinci durumda ihlal gerçekleştiğinde hemen verilen ve tebliğ edilen trafik para cezaları, ikinci durumda aracın tescil plakasına yazılan ve tebliğ edilen trafik para cezaları³⁰. Birinci durumda tebliğ ve tefhim derhal yapıldığından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak ikinci durumda araç tescil plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi durumunda tutanağın (trafik cezası tebligatının) hangi sürede tebliğinin gerçekleştirileceğine ilişkin Karayolları Trafik Kanununda hüküm bulunmamaktadır. Buraya kadar aktarılan hususlardan da anlaşılabilceği üzere trafik idari para cezalarında tebliğ süresiyle ilgili temel sorun araç tescil plakasına yazılan cezaların tebliğ süreleriyle ilgilidir.

Araç tescil plakasına yazılan trafik cezalarının tebliğine ilişkin Kabahatler Kanununda hüküm bulunmaktadır. Ancak öncesinde önceki dönemlerde meri olan iki Yönetmelik hükmünden ve bu dönemlerde verilmiş bazı yargı kararların-

³⁰ Yürürlükte olan 06.04.2011 tarih ve 27897 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanaklarının Düzenlenmesinde tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik madde 8 ve 9'da bu durumlar teknik olarak açıklanmıştır. Madde uyarınca trafik idari para cezası tutanakları 1) Fiziki ortamda düzenlenebilirler ve ilgilisine derhal verilirler. 2) Taşınabilir veya el cihazlarıyla düzenlenebilirler ve bir nüshası kural ihlalinde bulunana verilmek üzere iki nüsha düzenlenir 3) Mülki amire sevk tutanakları, fiziki ortamda veya sabit, taşınabilir veya el cihazlarıyla elektronik ortamda üretilebilirler. 4) araç tescil plakasına veya yükü gönderene tutanak düzenlenebilir, fiziki ortamda veya elektronik ortamda düzenlenebilirler.

dan bahsetmek yargı organlarının bakış açısını değerlendirmek açısından faydalı olacaktır.

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne dek aşağıdaki yönetmelikler ilgili Bakanlıklar tarafından düzenlenmiştir.

A. 27.01.1989 tarih ve 20062 sayılı Resmi Gazete 'de Yayımlanan Yönetmelik Hükümlerinde Yer Alan Düzenleme

Trafik Para Cezalarının Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Esas ve Usuller ile Kullanılacak Belgeler Hakkında Yönetmeliğin 10'uncu maddesinin ilk halinde tescil plakasına göre düzenlenen tutanaklar için yapılacak işlemler başlığı altında araç plakasına yapılacak tebligatlara ilişkin olarak tebliğ süresi belirlenmişti, buna göre üç iş gün içerisinde tebliğ işlemlerine başlanacaktı. Ancak Yönetmeliğin ilgili maddesi 22.04.2003 tarih ve 25087 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Trafik Para Cezalarının Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Esas ve Usuller ile Kullanılacak Belgeler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca değiştirilmiş tescil kaydına göre araç sahibi veya işletenin adreslerinin arşiv kayıtlarından tespit edileceği ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tebliğ işlemlerine 7 iş günü içerisinde başlanacağı düzenlemesi yapılmıştı.

Dolayısıyla 2003 yılına gelindiğinde mevzuat hükümlerine göre tescil plakasına düzenlenen ceza tutanaklarının 7 işgünü içerisinde tebliği gerekiyordu. Ancak bu Yönetmelik hükümleri yürürlükteyken Yargıtay 7'nci Ceza Dairesi 19.04.2012 tarihinde bir karar verdi. Bu kararda Yargıtay *"haklı sebeplerin varlığı halinde, idarece 7 işgünü içerisinde tebligata başlanılmamasının tek başına trafik ceza tutanağının iptali için geçerli sebep olamayacağı"* gözetilmeden karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur³¹.

Bir başka Yargıtay içtihadına konu olayda yetki belgesi olmadan yolcu taşımacılığı yapmak eylemi sebebiyle kişi hakkında tebliğ edilen para cezasına yönelik olarak itirazın kabulü ile idarî yaptırım kararının kaldırılmasına Gebze 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22/05/2012 tarihli ve 2012/417 değişik iş sayılı kararıyla karar verilmiştir. Ancak Yargıtay *"... Yönetmeliğin 10/a-b maddesi gereğince tebligat işlemlerine 7 iş günü içerisinde başlanmadığından bahisle itirazın kabulüne karar verilmiş ise de, belirtilen hükmün idarî işlemlerin sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla idareye yönelik getirilmiş bir düzenleme olduğu, süresinde tebligat işlemlerine başlanmamış olmasının idarî karar tutanağını geçersiz kılmayacağı, mahkemesince olayın esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği"* gözetilmeden, yazılı

³¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 19.04.2012, E: 2012/3000, K: 2012/8436, (AYM, Hakan Eren Başvurusundan alınmıştır. Başvuru Numarası: 2013/8508, Karar Tarihi: 21.05.2015.

*gerekeyle karar verilmesinde isabet görülmemiş ...” görüşüyle kararı bozmuştur*³². Bu kararda Yargıtay açıkça herhangi bir süre tartışması yapmadan 7 günden uzun sürede idari işlemin (ceza tutanaklarının) tebliğ edilmemiş olmasını işlemin iptal edilmesini gerektirecek nitelikte ağır bir hukuka aykırılık olarak görmemiştir.

Özetle, söz konusu Yönetmeliğin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Yönetmelikte yer alan 7 günlük süreye uyulmamasını trafik cezasının iptalini gerektirecek nitelikte bir hukuka aykırılık olarak görmemiş, bu sürenin idareye yönelik getirilmiş bir düzenleme olduğunu belirterek temyiz konusu kararları bozmuştur.

Bu kararların ardından sulh ceza mahkemeleri Yönetmelik’de yazılı süre olan 7 gün içerisinde tebliğ edilmeyen trafik idari para cezalarının iptali yönünde karar vermemişler, diğer hukuka aykırılıklara göre değerlendirme gerçekleştirmişlerdir.

B. 06.04.2011 tarih ve 27897 sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanan Meri Yönetmelik Hükümlerinde Yer Alan Düzenleme

06.04.2011 tarih ve 27897 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan Trafik İdari Para Cezası Karar Tutanaklarının Düzenlenmesinde, Tahsilinde ve Takibinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ilk düzenlendiği tarihte 10’uncu maddesinde cezaların tebliğine ilişkin hususları düzenlemişti. İlgili Yönetmeliğin 8 ve 9’uncu maddelerinde trafik para cezalarının doğrudan ilgisine tebliği ve araçların tescil plakasına yazılması hususları düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin değişiklikten önceki ilk halinde araçların tescil plakasına göre düzenlenen trafik idari para cezası karar tutanaklarına ilişkin üç temel durum yer almaktadır. Buna göre ilk durumda Karayolları Trafik Kanunu gereğince yetkili personel tarafından araçların plakasına göre düzenlenmiş trafik idari para cezası, ikinci durumda trafik para cezası karar tutanağının sabit / masa üstü cihazlarla elektronik ortamda üretilerek düzenlenmesi, üçüncü durumda da karar tutanağının taşınabilir cihazlarla elektronik ortamda üretilerek düzenlenmesi durumları yer almıştır. Her üç durumda da Yönetmelikte tutanakların tebligat işlemlerine “on işgünü” içerisinde başlayacağı hususunda düzenleme yer almaktaydı. Yönetmelik 10/1/b, 10/2/b, 10/3/b). Söz konusu madde hükümleri 2014 tarihinde değiştirilmiş, madde yeniden düzenlenmiş ve yeniden düzenlemede on işgünü olan tebliğ süresi kaldırılmış ve Kabahatler Kanunun aşağıda yer verdiğimiz tebliğ sürelerine ilişkin 20’nci maddesine atıf yapılmıştır.

Bu Yönetmelik döneminde tebliğ süresi ile yeni bir karar tarafımızdan tespit edilmemiştir. Bu bağlamda Yargıtay’ın yukardaki içtihatları değişiklik göstermemiştir yorumunu yapmak mümkündür. Bu dönemde ilgili yönetmeliklerce belirlenen 7 ve 10 günlük sürelerle uyulmaması ve bu sürelerle uyulmamasının

³² Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 29.04.2013, E: 2012/31671, K: 2013/10142, www.legalbank.net, E.T.: 05.09.2024.

Yargıtay tarafından idari işlemin iptalini gerektirecek bir sakatlık olarak görülmemesi nedeniyle Anayasa'nın 35'inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ve 36'ncı maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkını ihlali edildiği ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurulmuştur.

AYM başvuruyu mülkiyet hakkı kapsamında incelememiş, değerlendirmesini adil yargılanma hakkı çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Başvurucu idari para cezasının tebliği için mevzuatta belirtilen süre aşılarak hakkındaki cezanın tebliğine rağmen, mahkemece bu husus nazara alınmadan cezanın iptali yönündeki talebinin reddine karar verilerek suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

AYM kararında Anayasa'nın 148'inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan *"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz"* hususuyla, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası hükmü olan *"Mahkeme, ... açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir"* hususuna değinilmiş ve kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvuruların bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik bulunmadıkça AYM tarafından incelenemeyeceği hususunun altı çizilmiştir.

AYM başvurusunun yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığına, kendi delillerini ve iddialarını sunma olanağı bulamadığına, karşı tarafça sunulan delillere ve iddialara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığına ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediğine veya kararın gerekçesiz olduğuna ilişkin bir bilgi ya da kanıt sunmaması nedeniyle ve Yönetmeliğin idari para cezası karar tutanağının tebliğine ilişkin mülga hükmünün, idarî işlemlerin sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla idareye yönelik getirilmiş bir düzenleme olduğu ve süresinde tebligat işlemlerine başlanmamasının idarî karar tutanağını geçersiz kılmayacağına ilişkin içtihatlarla belirlenmesi karşısında, mahkeme kararında bariz takdir hatası veya açıkça keyfilik oluşturan herhangi bir durum tespit edememiş ve ileri sürülen ve kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu kabul edilen iddiaların diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir³³.

Özetle söz konusu içtihatlar değerlendirildiğinde bu dönemde ilgili yönetmeliklerde tebliğ sürelerine ilişkin belirlenen yedi ve on günlük sürelerinin idari işlemlerin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi amacıyla öngörülmüş düzenlemeler olduğu ve sırf bu nedenle idari işlemin iptal edilmeyeceği yolunda içtihat birliği bulunduğu sonucuna varmak mümkündür.

³³ AYM, Hakan Eren Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/8508), Karar Tarihi: 21.05.2015.

C. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Düzenlemesi

5326 sayılı Kabahatler Kanunu soruşturma zamanaşımı başlıkla 20'nci maddesi soruşturma zamanaşımı sürelerini para cezalarının miktarlarına göre üç ile beş yıl arasında belirlemiştir. Soruşturma zamanaşımı dolduğunda kabahat nedeniyle kişi hakkında idari para cezasına karar verilemeyecektir. Ancak Kanunun 20'nci maddesine 13.02.2011 tarihinde 6111 sayılı Kanunun 22'nci maddesiyle üçüncü fıkra eklenmiş ve yukarıda zikrettiğimiz madde hükmüne özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre:

“Ancak, ... 1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer”.

Bu hükme göre Karayolları Trafik Kanunu uyarınca bir ihlal gerçekleştiğinde bu ihlale ilişkin idari para cezasının takip eden yılın son gününe kadar verilmesi ve tebliği gerekecektir. Aksi takdirde idari yaptırım kararı verilmeyecek, verilmiş olanlarda düşecektir. Yine Kanunun 20'nci maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca zamanaşımı süresi, fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlayacaktır. Bu hüküm uyarınca kişi 01.01.2021 tarihinde para cezası verilmesini gerektirecek şekilde trafik kurallarını ihlal ettiyse, bu kişiye para cezası 31.12.2022 tarihine kadar tebliğ edilebilecektir. Bu tarihe kadar tebliğ edilmediği takdirde para cezası verilemeyecektir. Bu düzenlemeyle dikkat edilirse özellikle yıl başlarında gerçekleşen ihlaller için tebliğ süresi 24 aya kadar uzayabilmektedir. Dolayısıyla önceki dönemlerde yönetmeliklerde 7 ve 10 gün olarak belirlenmiş bu süreler Kanunla iki yıla varabilecek şekilde uzatılmıştır.

Kanunla gerçekleştiren bu değişiklikten sonra Yargıtay Karayolları Trafik Kanununa aykırı davranma eylemi nedeniyle verilen ve Kabahatler Kanununda belirtilen süreler içerisinde tebliğ edilmeyen trafik para ceza tutanaklarının iptal edilmesi yönünde kararlar vermiştir³⁴.

³⁴ “İdari yaptırım kararının 19/03/2012 tarihinde düzenlendiği ve 5326 sayılı Kanun'a göre takip eden takvim yılının sonu olan 31/12/2013 tarihine kadar idari yaptırım kararını tebliğ etmesi gerekirken muterize kararın 13/03/2015 tarihinde tebliğ edildiği hususu nazara alındığında, muteriz hakkında verilmiş idari yaptırım kararının düşeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü;

III. TRAFİK PARA CEZASI TUTANAKLARININ TEBLİĞ SÜRELERİNİN HUKUKA AYKIRILIK SORUNU

Kabahatler Kanunda belirtildiği şekilde trafik para ceza tutanaklarının tebliğ sürelerinin uzunluğu aşağıda değerlendirilen durumlar çerçevesinde sorunlu bir uygulamadır.

A. İdari Cezaların (İdari Yaptırımların) Varlık Nedenleri Çerçevesinde Değerlendirme

Yukarıda aktarıldığı üzere idarî para cezalarının verilme amacı kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanmasıdır³⁵. İdare toplumsal düzenin bozulmasını önlemek ve bu toplumsal düzenin varlığını devam ettirebilmek için zorlayıcı tedbirlere başvurabilir ya da düzeni bozan eylemi gerçekleştiren kişilere düzen bozmama yükümlülüğünü hatırlatmak amacıyla yaptırım uygulayabilir³⁶. İçel, bu durumu şu şekilde özetlemektedir, “... idarenin uyguladığı ve ceza dediğimiz yaptırım aslında ceza olmayıp, göreve aykırı hareket eden kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir ihtar, bir ikaz niteliğine sahiptir”³⁷. Adli suçların cezalandırılmasında da düzen sağlama amacı vardır, bu amaç temel hedef olmaktan ziyade faile herkese örnek olabilecek bir ceza

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, İstanbul ... Sulh Ceza Hakimliğinin 05/06/2015 tarihli ve 2015/555 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 12.05.2016, E: 2015/34508, K: 2016/17915; “21/09/2018 tarihinde gerçekleştiği belirtilen kabahat fiilinin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar muterize tebliğ işlemi yapılmadığından verilmiş olan idarî yaptırım kararının düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriğindeki husus yerinde görüldüğünden ... Sulh Ceza Hakimliği'nin 06/01/2021 tarihli ve 2020/2535 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA”, Yargıtay, 7. Ceza Dairesi, 17.01.2022, E: 2022/562, K: 2022/544. Benzer şekilde Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 24.05.2021, E: 2019/32166, K: 2021/5499, Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 11.03.2014, E: 2013/11785, 2014/4017, www.legalbank.net, E.T.: 06.09.2024.

³⁵ AYM, 23.10.1997, E: 1997/19, K: 1997/66, Resmi Gazete Tarihi: 16.01.1999, Resmi Gazete Sayısı: 23585. Ulusoy, idari cezalarla adli cezaların idari cezaların kurum içi düzeni korumak için adli cezalarinsa tüm toplum düzenini korumak için konulduğu dolayısıyla korunun düzenin iki ceza türünde farklı olduğunu ancak bu ölçütün disiplin cezalarıyla adli cezaları maddi yönden ayırabileceğini söylemektedir, bu ölçüt diğer idari cezalarla adli cezaları birbirinden ayırt edemez. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 45. Çağlayan, cezai yaptırımların ve idari yaptırımların her ikisinin de koruduğu menfaat açısından çok farklı olmadıklarını, her iki yaptırımın amacının sosyal düzeni korumak olduğunu söylemektedir. Ancak her ikisi arasında özetle şöyle farklar vardır, cezalar toplum düzenini korur, idari yaptırımlar idari düzeni sağlamayı hedefler, cezalar acı çekirtme, dolayısıyla caydırma amacına ve cezalandırmayla ıslaha yönelmiştir, idari yaptırımlar kişilere idare tarafından yüklenen görevleri yerine getirmeyi hedefler burada amaç ihlalin engellenmesidir. Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), s. 27-28.

³⁶ İçel, s. 119.

³⁷ İçel, s. 119.

vermenin sonucunda ortaya çıkar³⁸. Esasen kabahat eylemlerinin ceza kanunları kapsamından çıkarılması faaliyetlerinin Almanya ile birlikte diğer bazı ülkelerde gündeme gelmesinin sebeplerinden biri de bu farklı durumdur³⁹. O halde idari yaptırım uygulanması sonucu eylemi gerçekleştiren ıslah olabilir ancak idari yaptırımlarda temel amaç ıslah değildir⁴⁰. Asıl amaç kamu düzeninin ihlal edilmesi sonucu düzenin yeniden sağlanması ve oluşan zararın giderilmesidir⁴¹.

İdari yaptırımların temel amaçlarından bir diğeri de idarenin hizmetlerini gerektiği şekilde yerine getirmesidir⁴². Tüm bunlara ek olarak idari işlemlerin tamamının yegane amacı kamu yararı hedefinin sağlanmasına yönelmektir⁴³. Buna göre *“kamu yararına yabancı her unsur, idarenin davranışını sakatlar ve hukuka aykırı hale getirir”*⁴⁴. Doğal olarak idare bir işlemi kamu yararından daha belirli bir amaç için gerçekleştirilmiş olabilir, bu noktada örneğin kolluk işlemlerinde amaç kamu düzeninin sağlanmasıdır⁴⁵, ancak bu amaç da nihai olarak kamu yararının sağlanmasına hizmet eder. Zira kamu düzeninin sağlanması nihai amaç olan kamu yararına ulaşmayı sağlar.

Ceza tutanaklarının ihlali gerçekleştiren kişilere geç tebliğ edilmesi kamu düzenin sağlanmasına fayda sağlamayacaktır. Trafik ihlalini gerçekleştiren kişiye cezası zamanında verilip tebliğ edilmediğinden ilgili defalarca kez trafik ihlali gerçekleştirebilecek, kamu düzeni her ihlalde bozulmaya devam edecektir. Böylelikle cezaların verilme ve tebliğ edilme sürelerinin uzunluğu esasen trafik para cezalarının varlık amacına aykırılık oluşturmaktadır. Bu şekilde uzun sürelerle cezalar tebliğ edildiğinde kamu düzeninin sağlanmasında gecikilmekte ve trafik para cezası kamu düzenin sağlanmasından çok cezalandırma amacına yönelmektedir. Yine idari yaptırımların bir kolluk işlemi⁴⁶ olduğu göz önünde bulundurulduğunda, idarenin kolluk işlemlerini kamu düzeninin sağlanması amacı dışında gerçekleştirmesi özel amacı aşarak işlemi sakat hale getirecektir. Trafik para ce-

³⁸ İçel, s. 119.

³⁹ *“Bu nedenle, gerçek anlamda cezalar adli sicile işlendikleri, tekerrüre esas oldukları ve ileride işlenecek bir suçun cezasının ertelenmesine engel teşkil edebildikleri halde, idarenin uyguladığı yaptırımlar bu sonuçları doğurmazlar”*, İçel, s. 119. Kamu hukukunda en çok karşılaşılan müeyyide olan cezai müeyyidenin amacının toplum düzenini koruma ve sağlama, idari yaptırımların amacınınsa idari düzeni sağlama ve koruma olduğunu söylemektedir. Erdinç, s. 260.

⁴⁰ Erdinç, s. 260.

⁴¹ Erdinç, s. 260.

⁴² İçel, s. 119.

⁴³ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, 9. B., Ankara: 2021, s. 395.

⁴⁴ Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 395.

⁴⁵ Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 6. B., Ankara 2023, s. 456.

⁴⁶ İdari yaptırımlarla kamu güvenliği korunmaktadır. *“... kamu güvenliği, umumi ya da umuma açık yerlerde, bireylerin can ve mallarının saldırılara ve kazalara karşı korunması bireylerde bu tür saldırıların, tehditlerin veya tehlikelerin bulunmadığı kanısının yerleşmesi anlamına gelir”* Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt II*, 6. B., Ankara 2024, s. 264.

zalarının da uzun sürelerde uygulanması ve tebliğ edilmesi trafik para cezalarının kamu düzenini sağlaması amacına aykırıdır. Kanunla bu duruma izin verildiği için idari işlem yargı organı tarafından iptal edilmeyecektir ancak bu sürelerle işlem-den beklenen faydanın sağlanması imkansız hale gelmiştir.

Bu konuda son olarak, *Ulusoy*, kabahat cezalarının mevzuatın ihlal edildiği anda hiç beklenmeden hemen uygulanması gerektiğini zira bu cezaları esasen etkili kılan hususun bu özellikleri olduğunu söylemektedir⁴⁷. Gerçekten de mevzuatın ihlal edilmesinden hemen sonra verilmeyen araya zaman girmiş olan cezaların beklenen amacı ve etkiyi doğurması imkansızdır, bu imkânsızlık nedeniyle de bu cezalar için cezanın verilmesinden evvel soruşturma ve savunma aşaması öngörülmemiştir⁴⁸. Tebliğ süresi uzun tutulan trafik para cezaları kendilerinden beklenen amacı ve etkiyi sağlamayacaktır.

B. Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirme

Tarihsel süreçte çeşitli ulusların belgelerinde yer alan adil yargılanma hakkının bazı hükümlerine ilk kez 1215 yılında Magna Carta Libertum (Büyük Özgürlük Fermanı) 'da rastlanır. Yine adil yargılanma hakkı İngiltere'de 1628 - 1689 tarihli Bill of Rights (Haklar Bildirgesine)'a girmiştir. Devam eden yıllarda 1776 yılı Virginia İnsan Hakları Bildirgesi'nde adil yargılanmaya ilişkin hükümlere yer vermiştir. Ancak adil yargılanma hakkı içerik olarak 1789 Fransa İnsan ve Yurttaş Bildirgeleri hükümleri ile daha anlamlı hale gelmiştir⁴⁹. Yine İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası sözleşme ve bildirilerde de adil yargılanma hakkına yer verilmiş, bu hak iç hukukun bir sorunu olmaktan çıkarılarak uluslararası güven-çeye kavuşturulmuştur⁵⁰. Bunlar içerisinde en önemli belge 16 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de adil yargılanma hakkının gerçekleşmesi için asgari standartlar belirlenmiştir. Sözleşmenin 6'ncı maddesi adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, "*Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir*". Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir suç ile itham edilenlerin "*a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı*

⁴⁷ Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 147.

⁴⁸ Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, s. 147.

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.07.2003, E: 2003/7-438, K: 2003/463, www.legalbank.net, E.T.: 14.09.2024.

⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.07.2003, E: 2003/7-438, K: 2003/463, www.legalbank.net, E.T.: 14.09.2024.

bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak...” haklarına sahiptir.

Anayasamızda adil yargılanma hakkı tanınlanmamış, ancak 36’ncı madde-sinde adil yargılanma hakkına yer verilmiştir, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”.

Adil yargılanma hakkının yargıya erişim hakkı, yasa dışı delillerin kullanılma-ması hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi, dinlenilme hakkı, tanık dinletme ve tanığı sorgulama hakkı, gerekçeli karar hakkı, makul sürede karar ve-rilmesi hakkı, kararların gereğinin yerine getirilmesini isteme hakkı şeklinde alt unsurları bulunur⁵¹. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi usulü haklar çer-çevesinde davanın taraflarının birbirlerine göre zayıf duruma düşürülmeden iddi-alarıyla savunmalarını mahkemede ileri sürebilmeleri ve tarafların aynı koşullara tabi tutularak yargılanmalarını ifade eder⁵². Bu ilkenin ihlali adil yargılanma ilkesi-nin de ihlalidir. AYM, silahların eşitliği ilkesini şu şekilde tanımlamaktadır “... *da-vanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması, taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması ve yargılamaya etkin katılımlarının sağlanması anlamına gelir*”⁵³. Çelişmeli yargılama ise yargılamada bir tarafın sunduğu görüş ve delillerin diğer tarafça bi-linmesi ve bu görüş ve deliller hakkında diğer tarafa karşı çıkma ve görüş bildirme imkanının tanınması anlamına gelir⁵⁴. AYM’ye göre yargılama çelişmeli değilse ve taraflar arası silahların eşitliği sağlanmadıysa yargılama hakkaniyetli değildir⁵⁵.

İdari yargı yerleri yargılamayı idari yargılama usulü uygulayarak gerçekleşt-i-rirler ve İdari yargılama usulüyle ilgili 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu bulunmaktadır. İdari yargıda hakim Sözleşmenin 6’ncı maddesini göz önünde bulundurarak adil yargılanma hakkının gereklerini belirlemeli ve bakmakta olan davaya bu gerekleri uygulamalıdır⁵⁶.

⁵¹ Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. B, Ankara 2023, s. 67-81.

⁵² Candan, s. 71.

⁵³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27.10.2004, E: 2004/11405, K: 2004/12644, www.legalbank.net, E.T.: 19.09.2024.

⁵⁴ Candan, s. 72. Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamın-da Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çev.: Av. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012, s. 51.

⁵⁵ AYM, Targan Tolga Yungul Başvurusu, Başvuru No: 2013/1386, Karar Tarihi: 16.04.2015, Resmi Gazete Tarihi: 13.07.2015 (29415).

⁵⁶ Yargılama usulü çerçevesinde değerlendirdiğimizde idari yargıç için öncelikle İdari Yargılama Usulü Kanunu ve sonrasında da Sözleşmenin 6’ncı maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkeme-sinin maddeyle bütünleştiği kabul edilen yorumları gelir. Candan, s. 63.

Trafik cezalarının takip eden yıl sonuna kadar verilir ve tebliğ edilebilmesi adil yargılanma hakkının alt ilkesi olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesini zedeleyebilir niteliktedir. Bu bağlamda örneğin 01.01.2023 yılında trafik ihlali gerçekleştiren bir kişiye trafik para cezasının, 31.12.2024 tarihine dek verilerek tebliğ edilebilmesine Kanun izin vermektedir. Zira Kabahatler Kanunu 20'nci maddesinde “*idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar*” yaptırım kararı verilerek tebliğ edilmesinin gerekliliği, aksi takdirde yaptırım kararının düşeceği hüküm altına alınmıştır. Sürenin bu denli uzun olması sonucu ilgililer gerçekleştirdikleri trafik ihlaline ilişkin detayları hatırlamayabilecektir. Bu durumda yargısal incelemede ilgili kişiler iddia ve savunmalarını aradan geçen sürenin uzun olması nedeniyle gereği gibi yapamayabilecek hatta belki iddia ve savunmaları için gerekli delilleri yargı organına sunamayacaklardır. Zira aradan geçen uzun zaman içerisinde delillerin de saklanmama ihtimali bulunmaktadır.

C. III. Kişiler Açısından Mağduriyet Yaratabilme İhtimali

Karayolları Trafik Kanunu 20'nci maddesi uyarınca tescilleri gerçekleştirilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri noterler tarafından yapılır. Ancak bu devrin gerçekleşmesi için araç üzerinde vergi borcu veya vergi cezası bulunmamalıdır ve yine devirler ancak tescil plakasına verilmiş trafik idari para cezası borcu yoktur tespitinin yapılmasının ardından gerçekleştirilir. Trafik ceza borcu bulunan araçlar satılamaz veya devredilemez, öncelikle bu borcun ödenmiş olması gerekir.

Tebliğ sürelerinin bu denli uzun tutulması araç satış ve devirlerinde üçüncü kişiler açısından mağduriyet yaratabilecek niteliktedir. Araç tescil plakasına trafik para cezası tutanağı düzenlenerek tebliğ edildiğinde, bu sürenin kanunen uzun olması nedeniyle aracın bir başka kişiye satılması durumunda iyiniyetli üçüncü kişi aracı satın aldığı tarihte araç üzerinde herhangi bir borç kaydı bulunmamasına güvenecek ancak aracın devralınmasından sonra tescil plakasına yazılan ceza tutanağı tebligatıyla aracı satın aldığı kişinin trafik para cezasından haberdar olacaktır. Bu durumda iyiniyetli üçüncü kişi tescil plakasına düzenlenen, aracın önceki sahibine ait olan ceza tutanağını iptal ettirmek amacıyla yargı yerine başvurmak durumundadır.

Ek olarak araç üçüncü kişilere devredildiğinde ve sürenin uzun olması nedeniyle örneğin araç plakasına ceza tutanağı düzenlenip, ihlalden haberi olmayan aracın yeni sahibine bu tutanak tebliğ edildiğinde bu durum ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine de aykırılık yaratabilecektir⁵⁷. Anayasamızın 38'inci mad-

⁵⁷ Ancak burada idari yaptırımlar alanında kişisellik ilkesinin “sui generis” bir kural olarak uygulandığını da belirtmek gerekir. Oğurlu bu durumu şu şekilde açıklamaktadır, örneğin idari para cezaları

desinin yedinci fıkrası ceza sorumluluğunun şahsiliğini Anayasal olarak güvence altına almıştır. Gerçekten de kişiler kendi eylemlerinden dolayı sorumludurlar ve bir kişi bir başka kişinin suç oluşturan eylemi nedeniyle cezalandırılmaz. Ancak bu durumda üçüncü kişi bir başkasının trafik ihlali nedeniyle cezalandırılmış olmaktadır.

Bu sorunun tescil plakasına yazılan tüm trafik para cezaları açısından geçerli olduğu ileri sürülebilir. Bu konu AYM'ye taşınmıştır. AYM, Karayolları Trafik Kanunu'nun 116'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "... ve sürücüsü tespit edilemeyen ..." ve "... tescil plakalarına göre" ibarelerinin⁵⁸ Anayasanın 38'inci maddesine aykırı olduğu iddiasını incelemiştir⁵⁹. Konuyu suçsuzluk karinesi ve cezaların kişiselliği kapsamında inceleyen AYM konumuz açısından önemli olan cezaların kişiselliği kapsamında "Cezaların kişiselliği kuralı gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılması veya bir eylemin asli veya feri faili olmadan o eylemden sorumlu tutulması, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğince olanaklı değildir" hususunun altını çizmiş ve 116'ncı maddedeki sorumluluğun, iradi ve kusurlu olan sürücünün eylemine dayandığını, ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, 116'ncı maddede sayılan ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğunu ve trafik ihlaline ilişkin tutanağın bu nedenle

kamu alacağıdır ve ihlali gerçekleştiren kişinin mal varlığından alınır, ama mal varlığının pasifini oluşturmaz ve kişisel niteliğini koruyarak mirasçılara geçmez. Ancak örneğin mülkiyeti kamuya geçirilmesinde malın sahibinin önemi bulunmaz eşya kime ait olursa olsun mülkiyet kamuya geçirilir. Yazar bu durumu o dönemki mevzuat çerçevesinde şöyle açıklar "1918 sayılı Kanunun 12 inci maddesinde, idari yaptırımlardan müsadere kişisellik ilkesi açısından önemli bir nokta dikkat çekiyor: Burada gümrük komisyonunca müsadereye karar verilmesi için müsadere konusu yükün kime ait olduğunun önemi yoktur. Ayrıca, yük sahibinin bir suçla mahkum edilmesi koşulu da yoktur". Yükün kime ait olduğunun önemli olmaması, ilk bakışta kişisellik açısından yanlış bir izlenim uyandırmaktadır. Halbuki, müsadere konusu eşya kime ait olursa olsun müsadere edilmekle bu yaptırımdan malvarlığı etkilenen mal sahibidir. O halde, üçüncü kişinin elindeki eşya müsadere edildiğinde, cezalandırılan kişi eşyanın maliki olmaktadır. Ancak, bir idari önlem olduğu düşünülürse, kişisellik ilkesinin zedelenmediği sonucuna varılır... Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza yaptırımlarında öncelikle suç işleyen kişiye çekirme amaçken, sözü geçen iki düzenlemeye olduğu gibi, idari ihlallerde eylemin önlenmesiyle idari düzenin korunması amacı için üçüncü kişinin elindeki yükün müsaderesine başvurulabilmektedir." Oğurlu, s. 176-178.

⁵⁸ Karayolları Trafik Kanunu 116'ncı maddesinin birinci fıkrasında

- a) Trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park edilen,
- b) Trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara

Trafik zabıtası, trafik zabıtasının bulunmadığı yerlerde polis ve Jandarma Genel Komutanlığının görevlendirdiği personeli tarafından;

- c) Ayrıca, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin işaretlerine rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara Karayolları Genel Müdürlüğü'nün yetkili personeli tarafından,

Tescil plakasına göre tutanak düzenleneceği öngörülmüştü.

⁵⁹ AYM, 06.03.2008, E: 2004/116, K: 2008/74, Resmi Gazete Tarihi: 01.07.2008, Resmi Gazete Sayısı: 26923.

aracın tescil plakasına göre düzenlendiğini söylemiştir. AYM'ye göre kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların, trafik zabıtası tarafından saptanabilecek plâkasından başka ayırt edici bir özelliği bulunmadığından ancak plâka ile araç sahibine ulaşılabilmesi açık olduğundan tescil plakasına ceza yazılması Anayasa'ya aykırı değildir. AYM plakaya yazılan ceza ile araç sahibine ulaşılabilmesini varsaymaktadır. Oysa tebliğ süresinin uzunluğuyla tescil plakasına yazılan cezalara ilişkin olarak cezaların kişiselliği ilkesinin zedelenme ihtimali artmaktadır. Zira tebliğ süresi uzadıkça satış ve devir gibi araç sahibinin değişeceği hukuki işlemlerin yapılma ihtimali artmakta ve tescil plakasından araç sahibine ulaşılma ihtimali azalmaktadır.

IV. KAMU DENETÇİSİNİN KARARI

Yakın zamanda verilen Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye kararı da⁶⁰ trafik para cezalarının tebliğ süresi çerçevesinde değerlendirildiğinde önemli bir karardır. Karara konu olayda başvurusunun, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezi (UKOME) tarafından 15 Temmuz Şehitler Köprüsünü (Köprü) Kullanan Araç Sınıflarının Revize Edilmesi Teklifi çerçevesinde alınan 16.05.2019 tarihli karara göre, N1 sınıfındaki aracının Köprüden geçebileceği anlaşılmaktadır ve başvuru bu karara güvenerek 25.06.2020- 27.08.2021 tarihleri arasında 152 kez Köprüyü kullanmış, bu 14 aylık süreçte kendisine hiçbir bildirim, trafik para cezası tebliği yapılmamıştır. Ancak Başvurucu Karayolları Genel Müdürlüğü memurlarıyla görüştüğünde aracının araç aksının uzunluğu nedeniyle Köprüden geçemeyecek araç kategorisinde olduğu kendisine bildirilmiştir. Başvurucu aksla ilgili kriterin kendisine bildirilmediğini belirterek, vatandaşların mağdur olmaması, karardaki hatanın UKOME'ye bildirilmesi ve hatanın düzeltilmesiyle 147 ihlali geçiş nedeniyle düzenlenen 159.518 -TL para cezasının iptali talebinde bulunmuştur.

Kamu Denetçisi öncelikli olarak Köprüden geçebilecek araçlar konusunda mevcut idari kararın açık net ve anlaşılır düzenlenmediğinin altını çizmiştir. Buna ek olarak cezalı geçişler ilgisine çok geç bildirilmiş ve başvuru durumundan çok geç haberdar olmuş ve ceza miktarları çok yüksek boyutlara ulaşmıştır.

Kamu Denetçisi değerlendirmesinde Kabahatler Kanunu düzenlemesinin idareye idari yaptırım kararlarının tebliği için bir yılın üzerinde süre tanıdığı hususuna yer verilmiştir. Kamu Denetçisine göre Kanunda yer alan tebligat süresi zaman aşımı süresidir ve bu süre fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayan ve gerekli işlemlerin sonuçlandırılması için ilgili idarelere tanınan maksimum süreyi

⁶⁰ TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), Sayı: 2022/4197-S. 22.6361, Başvuru No: 2021/16658, Karar Tarihi: 25.03.2022.

ifade eder. Olayda Başvurucuya para cezaları 1,5 yıl gibi bir sürede tebliğ edilmiştir, bu süreler günümüz şartlarında oldukça uzun sürelerdir. Kamu Denetçisi de bu durumun hem hukuki güvenlik ilkesi ve öngörülebilirlik ilkesine uygun olmadığını⁶¹ hem de idari cezaların uygulanma amaçlarına aykırı olduğu kanaatinde. Zira cezaların uygulanma amaçları karayollarında trafik düzenini sağlamak ve denetlemektir, cezalar geç tebliğ edildiğinde söz konusu amaç gerçekleşmemektedir. Ayrıca bu kadar uzun sürede cezaların uygulanması ve tebliğ edilmesi sürücülerin gerekli önlem ve tedbirleri almakta gecikmelerine, hatalı davranışları tekrarlamalarına neden olmakta ve trafik düzeninin olumsuz etkilenmesine yol açmaktadır. Ayrıca geç bildirim sonucu ceza miktarları oldukça yüksek tutarlara da ulaşmaktadır. Buna göre Kamu Denetçisi idari yaptırımın koruduğu amaçla tebligat sürelerini değerlendirmiş ve teknolojik imkanlardan faydalanmak suretiyle geçiş ihlali yapan kişilere takdir edilecek makul sürede bilgilendirme yapılması gerekliliğine yönelik çalışma yürütülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁶².

⁶¹ Kamu Denetçisinin kararında dayandığı hukuki güvenlik ilkesi için Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğuna yönelik 2'nci maddesine bakmak gerekir. Hukuk devleti tüm faaliyetleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, insan hak ve özgürlüklerini korumakla kalmayıp aynı zamanda güçlendiren, her durumda ve her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukukun tüm Devlet organlarına egemen olduğu, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (AYM, 18.06.2013, E: 2012/157, K: 2013/79, Resmi Gazete Tarihi: 31.12.2013, Resmi Gazete Sayısı: 28868). Anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri hukuki güvenlik ilkesidir (Danıştay 8 Daire, 12.03.2021, E: 2019/8622, K: 2021/1534). "*Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde ve uygulamasında bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*" (Danıştay 8 Daire, 12.03.2021, E: 2019/8622, K: 2021/1534). Hukuki güvenlik ilkesi "... bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur" (Danıştay 9. Daire, 20.05.2013, E: 2010/10149, K: 2013/4858). Hukuk güvenliği ilkesi bireylerin kendilerine uygulanacak normları öngörülebilirliğini ve bireylerin tüm faaliyetlerinde Devlete güven duyabilmelerini, Devletin de yasal düzenlemelerde duyulan bu güveni zedelemekten kaçınmasını gerekli kılar (AYM, 18.06.2013, E: 2012/157, K: 2013/79, Resmi Gazete Tarihi: 31.12.2013, Resmi Gazete Sayısı: 28868). Hukuki güvenlik ilkesinin hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır (Danıştay 8. Daire, 12.03.2021, E: 2019/8622, K: 2021/1534). Belirlilik ilkesi yarıncı kişiler ve idare açısından kanuni düzenlemeler hiçbir bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık olmalı, çelişkiye mahal vermemeli ve uygulanabilir olmalıdır, ayrıca kanuni düzenlemeler kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu nitelikte olmalıdır (Danıştay 8. Daire, 21.01.2021, E: 2019/6094, K: 2021/224). Belirlilik ilkesi, kanuni belirlilikten da geniş şekilde hukuki belirliliği anlatır. Hukuki istikrar ilkesi, "*hukukun sistem olarak devamlılığını ve var olan kuralların ve uygulamasının istikrarlı olmasını ifade etmektedir*" (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 15.06.2022, E: 2022/30, K: 2022). "*Hukuki öngörülebilirlik ilkesi ise, kişilerin, kuralların ve idari ve yargısal uygulamaların ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörerek ve planlayarak yaşamlarını sürdürebilmesini sağlar. Kuralların, uygulamanın ve mahkeme kararlarının birlikte öngörülebilir olması durumunda anılan alt ilke gerçekleşmiş olur*" (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 15.06.2022, E: 2022/30, K: 2022/39).

⁶² "*Kararda yer verilen düzenlemelerin, bireyler açısından olduğu kadar idareler açısından da açık, net, anlaşılır ve yeterli derecede öngörülebilir olmadığına tespit edilmesi nedeniyle ihlali geçiş*

Kamu Denetçisi değerlendirmesinde 28.03.2013 tarih ve 28601 sayılı mükerres Resmi Gazete 'de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde yer alan "iyi yönetim ilkelerine" değinmiştir. Bu ilkeler uyarınca cezaların geç tebliğ edilmesi makul sürede karar verme ve kararın geciktirmeksizin bildirilmesi ilkelerine uygun değildir. Bu bağlamda Kamu Baş Denetçisince trafik cezalarına ilişkin tebligat işlemlerine 30 iş günü içerisinde başlanmasına yönelik ek tedbirler alınması yönünde Karayolları Genel Müdürlüğüne tavsiyede bulunmasına karar vermiştir.

SONUÇ

Kabahatler Kanunu'nun 20'nci maddesinde yer alan soruşturma zamanasını başlıklı düzenleme uyarınca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiillerin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer. Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde değerlendirildiğinde bu düzenleme sorunlu bir düzenlemedir.

Trafik para cezası tutanakları ihlal anında yüze veya araç tescil plakasına yazılabilir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 116'ncı maddesi araç tescil plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi hususunu hüküm altına almıştır. Kabahatler Kanunu'nda sürenin idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar uzun tutulması araç tescil plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi durumunda tutanağın düzenlenmesi ve tebliğ edilmesi için yaklaşık 24 aya kadar varabilen uzun bir sürenin idareye tanınmış olabileceği anlamına gelir. Zira Kanun uyarınca örneğin Ocak 2023 tarihinde fiil işlendiğinde idarenin takip eden takvim yılının son günü olan 31.12.2024 tarihine kadar ceza verip cezayı tebliğ etmesi mümkündür. Bu süre birtakım sorunlar yaratabilecek niteliktedir.

Öncelikle idari yaptırım uygulama yetkisi idareye cezalandırma veya ıslah amacıyla değil, kamu düzeninin sağlanması amacıyla verilmiştir. Bu şekilde ceza tutanaklarının uzun sürelerde tebliğ edilebilmesi kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olumsuz etki yaratacaktır. Ceza tutanağı kendisine tebliğ edilmeyen il-

olarak değerlendirilen fiilin, idarelerin hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olarak hareket etmemesinden kaynaklanması ve idarenin ilk ihlali geçişi ilişkin bildirimi söz konusu geçişin meydana geldiği tarihten yaklaşık 1,5 yıl sonra başvurucuya tebliğ ettiği hususları dikkate alındığında idare tarafından ihlali olduğu değerlendirilen geçişlerin müteaddit defa tekrarlanması noktasında idarenin geç bildirimde bulunmasının da etkili olduğu göz ardı edilemez. Bu noktada, verilen idari para cezası yaptırımının koruduğu amaç birlikte değerlendirildiğinde idarenin hukuki belirliliğe sahip olmayan idari karar uygulaması ile tebligat uygulamasının başvuru yönünden orantısız ve aşırı bir külfete yol açtığı değerlendirilmektedir".

gili ihlali tekrar edebilecek, uzun sürede tebliğ nedeniyle cezaların verilme amacına aykırılık meydana gelebilecektir. Mevcut durumda uzun sürelerde tebliğ edilmiş trafik para cezası tutanağı kamu düzeninin sağlanma amacından ziyade cezalandırma amacına yönelmektedir. Ayrıca bu şekilde uzun tebliğ süreleri adil yargılanma hakkına da aykırıdır. Zira uzun tebligat süreleri ilgilerinin yargı yeri önünde savunma yapma ve delil değerlendirmelerinin sıhhatine etki edecektir. Ek olarak bu düzenleme üçüncü kişiler açısından mağduriyet yaratabilecek bir düzenlemedir. Zira uzun tebligat süreleri araç el değiştirdiğinde devir esnasında ihlalden haberi olmayan üçüncü kişilere sonradan ceza tutanağı tebliğ edilmesi gibi olumsuz bir durum yaratacaktır. Bu düzenlemenin cezaların kişiselliği ilkesine de aykırı olduğu tarafımızdan düşünülmektedir.

Yukarıda aktarılanlar çerçevesinde ilgili düzenlemede değişiklik yapılması yine yukarıda aktarılmaya çalışılan sakıncaları bertaraf edecektir. Bu noktada iki çözüm önerilebilir, öncelikle kanun koyucu Kanundaki ceza tutanaklarının tebliğ süresini kısaltabilir. Bu süre Kamu Baş Denetçisi 'nin tavsiye kararında belirttiği şekilde 30 güne düşürülebilir. Böylece yukarıda yer alan sorunlar kanun vasıtasıyla çözülmüş olacaktır. Bir ikinci yol olarak da idare kanunla kendisine verilmiş olan süreyi düzenleyici işlemlerle daha kısa olarak belirleyebilir. Bu sürenin 30 günü aşmayacak şekilde belirlenmesi çalışmada belirtilen sorunların önüne geçecektir. Bu şekilde idari cezaların kamu düzenini koruma amacı gerçekleşmiş olacaktır. Yine silahların eşitliği ve çelişme ilkesi çerçevesinde delillerin kaybolma riski bu şekilde azalacak ve savunma yapmanın önündeki olası engeller ortadan kalkacak, üçüncü kişilerin mağduriyetleri büyük ölçüde azaltılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ali Aybay/Rona Aybay/Ali Pehlivan, Hukuka Giriş, 23. B., İstanbul 2020.
- Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, 1. B., İstanbul 2013.
- Ali D. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 6. B., Ankara 2023.
- Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 14. B., Ankara 2021.
- Burcu Erdinç, “İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi Y: 2012, S: 2, s. 239-276.
- Dovydas Vitkauskas, Grigoriy Dikov, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Çev. Av. Serkan Cengiz, Avrupa Konseyi, Strazburg 2012.
- Ender Ethem Atay, Hukuk Başlangıcı, 10. B., Ankara 2023.
- Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 9. B., Ankara 2023.
- Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. B., Ankara 2016.
- Guido Zanobini, İdari Müeyyideler Çev: Yılmaz Günal, Ankara 1964.
- Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt II, 6. B., Ankara 2024.
- İl Han Özay, İdari Yaptırımlar Kuramsal Bir Deneme, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 3326, Hukuk Fakültesi No: 691, İstanbul 1985.
- Kayıhan İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1984, C: 50 Sayı: 1-4, s. 117-131.
- Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 16. B., Bursa 2019.
- Metin Günday, İdare Hukuku, 11. B., Ankara 2017.
- Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, 9. B., Ankara 2021.
- Ramazan Çağlayan, İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), 1. B., Ankara 2006.
- Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, 7. B., Ankara 2010.
- Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 10. B., Ankara 2023.
- Turgut Tan, İdare Hukuku, 7. B., Ankara 2018.
- Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari yaptırım - Ceza Yaptırımı Ayrımı”, Erzincan Binali Yıldırım Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 1999, C: 3, S: 1, s. 143-194.

İdarenin Sorumluluğunda Kesin Zarar - Muhtemel Zarar Ayrımında Ciddi Şans Kaybının Yeri^(*)

The Place of Severe Loss of Chance in the Difference of Certain Damage - Probable Damage in the Responsibility of the Administration

Arş. Gör. Berk YILMAZ^(**)

Öz:

Günümüzde idarenin faaliyetlerinden doğan zararlardan sorumlu olması, modern devletlerde kabul edilen hukuk devletinin temel gereklerinden bir tanesidir. Buna göre idare, eylem ve işlemlerinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar, idarenin sorumluluğu için kabul edilen üç temel şarttan biridir. Öğretide zarar kavramına ilişkin bazı temel özellikler kabul edilmektedir. Kural olarak zarar, şüpheyi yer vermeyecek şekilde kesin anlamda ortaya çıkmalıdır. Ayrıca gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların tazmini de gerek öğretide gerekse Danıştay kararlarında kabul edilmektedir. Şans kaybı, henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşme ihtimali taşıyan zarardır. Gerçekleşmesi kesin kabul edilebilecek şans kaybı halleri ciddi şans kaybı olarak nitelendirilmektedir. Bu durumlarda idarenin sorumluluğu ayrıca gündeme gelmektedir. Ciddi şans kaybının tazmini konusu öğretide tartışılmaktadır. Danıştay kararlarında zarar kesin değilse tazmininin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Makalede ciddi şans kaybı niteliğindeki zararların kesinliği varsayımından hareketle bu tür zararların tazmini gerektiği sonucuna ulaşılması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

İdarenin Sorumluluğunda Zarar Kavramı, Zararın Kesinliği, Muhtemel Zararlar, Ciddi Şans Kaybı.

Abstract:

Today, the administration's liability for damages arising from its activities is one of the basic requirements of the state governed by rule of law accepted in modern states. Accordingly, the administration is obliged to compensate for the damage arising from its actions and procedures. Damage is one of the three basic conditions accepted for the liability of the administration. Some basic features of the concept of harm are accepted in the doctrine. As a rule, the damage must be clearly established beyond doubt. In addition, compensation for damages that are certain to occur in the future is accepted both in the doctrine and in the decisions of the Council of State. Loss of chance is damage that has not yet occurred and may occur in the future. Situations where the loss of chance is certain to occur are

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 06.11.2024 - Makale Kabul Tarihi: 07.01.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: berkyilmaz@baskent.edu.tr,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5401-9183>.

considered severe loss of chance. In these cases, the responsibility of the administration also comes to the fore. The issue of compensation for severe loss of chance is discussed in the doctrine. In the decisions of the Council of State, it is concluded that if the damage is not certain, compensation is not possible. The article aims to reach the conclusion that such damages should be compensated based on the assumption of the certainty of damages in the nature of severe loss of chance.

Keywords:

Concept of Damage under the Responsibility of the Administration, Certainty of Damage, Possible Damages, Severe Loss of Chance.

GİRİŞ

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde idare, kamu yararı amacıyla faaliyetlerini sürdürür ve bu amaçla yerine getirdiği bu faaliyetlerde kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. Bu çerçevede idarenin tek taraflı, icrai, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve kamu yararı amacıyla idari işlem yapma yetkisi bulunur. Kamu yararı amacıyla faaliyette bulunan idare, hukuka aykırı eylem veya işlemde bulunmak gibi bir tutum ve davranışta bulunamaz. Bununla birlikte idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden birisidir. Nitekim Anayasa'nın 125. maddesi (md.) uyarınca *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* Söz konusu hükme göre idarenin, devletin bir başka organı olan bağımsız ve tarafsız yargı tarafından denetlenmesi hukuk devletinin bir diğer gereğidir. Türk Hukuku'nda idarenin yargısal denetiminde adli yargıdan ayrı bir idari yargı kolu oluşturulmuş ve kural olarak idari uyuşmazlıkları çözmekle yetkilendirilmiştir.

İdarenin yargısal denetiminde esasen tesis ettiği idari işlemlerin hukuka uygunluğunun incelendiği iptal davaları hukuk sistemlerine dahil olmuştur. Dar görevli idari yargı sistemi olarak da ifade edilen bu sistemde, idari işlemlere karşı hukuka aykırılıkları gerekçesiyle iptal davası açılabilir. Bu tür sistemlerde, uğranılan zararın giderimi için açılacak davalar, genel görevli yargı yerinde (adliye mahkemelerinde) görülmektedir. Geniş görevli idari yargı sisteminde ise iptal davalarının yanı sıra en çok idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ortaya çıkan zararların giderilmesi ve bazı durumlarda iptal talebi dışında idari eylemlere karşılık eski hale getirme, saldırının durdurulması gibi taleplerin yer aldığı tam yargı davası da açılabilir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) md.2'de idari dava türleri olarak iptal davaları, tam yargı davaları ve idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar şeklinde üç dava türü düzenlenmektedir. İdarenin eylem ve işlemlerinden zarar görenlerin zararlarının tazmini için tam yargı davası açması gerekmektedir. Tam yargı davasında idarenin kusurlu veya kusursuz

sorumluluk hallerinin mevcut olup olmadığı değerlendirilir. İdarenin sorumluluğu ise bir malvarlığı sorumluluğu olup bu sorumlulukta idare, bir kimseye verdiği zararı genelde belli bir miktar paranın zarar gören kişinin malvarlığına aktarmasıyla tazmin etmektedir¹. Mahkemenin idarenin sorumluluğuna hükmedebilmesi için ortaya bir zararın çıkması, idarenin davranışının olması ve ortaya çıkan zararlar idarenin davranışı arasında illiyet bağının kurulması şeklinde üç unsurun varlığı aranır².

İdarenin sorumluluğunun şartlarından biri olan zarar kavramı diğer hukuk dallarında olduğu gibi idare hukukunda da sıklıkla tartışılan kavramlardan biridir. Makalede “idari yargıda zarar” kavramı ele alınarak öğretilde yapılan “kesin zarar - muhtemel (müstakbel, olası) zarar” ayrımı³ kapsamında şans kayıplarının tazmini konusuna ilişkin hangi zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiğinin tespiti amaçlanmaktadır. Nitekim ciddi şans kaybı olarak da ifade edilen bazı hallerde zarar, gerçekleşmesi kesin nitelikli görülebilir. Makalede bu ayrım üzerinden şans kaybının tazminine ilişkin sonuçlara ulaşılması amaçlanmaktadır.

I. TÜRK İDARE HUKUKU’NDA ZARAR

Türk Hukuku’nda zarar kavramı, genel olarak bir kişinin mal veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen azalma ya da artmanın önlenmesi olarak tanımlanmaktadır⁴. Bir diğer ifadeyle hukuk düzeninin tanıdığı ve koruduğu maddi veya manevi varlığın ihlale bağlı olarak ihlal öncesi ile sonrası arasındaki farktır⁵. Türk idare hukukunda zarar, diğer hukuk dallarına benzer şekilde sorumluluğun unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle zarar, idarenin

¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Baskı, 2024, s. 824-825.

² Siddik Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* Cilt 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967, s. 1714; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku* Cilt: 2 *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Baskı, 2016, s. 670-673; Atay, *İdare Hukuku*, s. 836; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, 2024, s. 600; Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019, s. 1294; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onaltıncı Baskı, 2024, s. 722; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, 2020, s. 198.

³ Öğretilde ve Danıştay kararlarında kesin zararların idare tarafından tazmin edileceği, muhtemel zararlar bakımından ise kural olarak idare tarafından tazmin etme esasının bulunmadığı ifade edilmektedir. Gözübüyük/Tan, s. 675; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Çağlayan, s. 726; Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 351; Oğuz Sancakdar/Lale Burcu Öñüt, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, 2024, s. 324; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onyedinci Baskı, 2024, s. 267; Candan, s. 201; Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2413; Fatma Ebru Gündüz/Melike Özge Çebi Buğdaycı, “İdarenin Sorumluluğunda Yansımaya Zarar”, *TBB Dergisi*, S. 174, Y. 2024, s. 129-130.

⁴ Atay, *İdare Hukuku*, s. 836; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 600; Gözübüyük/Tan, s. 675-676; Gözler, s. 1298; Çağlayan, s. 724.

⁵ Atay, *İdare Hukuku*, s. 837.

sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı tüm uyuşmazlıklarda aranan zorunlu şartlardan biridir. Nitekim bir kimsenin malvarlığında meydana gelen zararlar-
dan kendisinin sorumlu olması genel kural iken, sorumluluk sebeplerinin varlığı
halinde bu zararlardan üçüncü kişilerin veya idarenin sorumluluğu gündeme ge-
lir. Sorumluluk, genel olarak bir kişinin veya idarenin kendi fiillerinden üçüncü
kişilerin zarara uğramaları halinde bu zararları tazmin yükümlülüğüdür. Bu çerçe-
vede idarenin tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için ilk şart, tazmini gereken
bir zarar olmasıdır. Bunun yanı sıra idarenin olumlu ya da olumsuz davranışı ve
ortaya çıkan zararlar idari davranış arasında nedensellik bağının mevcudiyeti de
gerekir. Bu üç şartın varlığı halinde bir kimsenin mal veya şahıs varlığında mey-
dana gelen zararlardan kendisi değil, idare sorumlu olmaktadır.

A. Zararın Özellikleri

Zararın idari etkinlik ile doğrudan doğruya ve kesin nitelikte bir ilişkiden
kaynaklanması gerekir⁶. Buna göre zarar, idarenin eylem veya işlem tesis etmesi,
olumlu bir hareketiyle meydana gelebileceği gibi hareketsiz kalması şeklinde de
ortaya çıkabilir. Bu iki durum arasında bir farklılık bulunmamaktadır. İdarenin
olumlu hareketi, bir eylemde bulunmak veya bir idari işlem tesis etmek şeklinde
olabilir. Bir başka ifadeyle idare, bu durumda hareketsiz kalmamakta, tam aksine
eylem veya işlemde bulunarak belirli bir hareket tarzını benimsemektedir. Bu
da idarenin olumlu davranışı olarak ifade edilir. İdare, olumlu davranış yanında,
yasal olarak işlem ya da eylem yapması gereken bir konuda hareketsiz kalarak da
zararın ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bir diğer ifadeyle hiçbir eylem veya
işlemlerde bulunmadan, herhangi bir hareket tarzı benimsemeden zararın meydana
gelmesine yol açabilir. İdarenin olumsuz davranışı olarak da ifade edilen bu halde
zararla idarenin olumsuz davranışı arasında nedensellik bağının varlığı kurulabi-
lirse, idare yapması gereken bir konuda hareketsiz kaldığı için idarenin kusurlu
sorumluluğu ortaya çıkar. İdarenin kusurlu sorumluluğu, idarenin kamu hizmeti
faaliyetlerinde “kusurlu” bir davranışta bulunarak meydana gelen zarardan so-
rumlu olması, bu zararları tazmin etme yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir⁷.

Zarar çeşitleri, maddi veya manevi zarar şeklindedir. Bir kimsenin iradesi
dışında malvarlığında meydana gelen eksilme veya kesin nitelikli artışın engel-
lenmesi, “maddi zarar” olarak ifade edilmektedir⁸. Öte yandan bir kişinin, kişi
olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, şeref, haysiyet gibi kişilik hakları-
na yönelik bir ihlâl dolayısıyla ortaya çıkan cismani ve manevi acı, elem, ıstırap

⁶ Ender Ethem Atay/Hasan Odabaşı/Hasan Tahsin Gökcan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdare-
nin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2003, s. 158.

⁷ Çağlayan, s. 673.

⁸ Atay, İdare Hukuku, s. 837; Çağlayan, s. 728; Candan, s. 199.

manevi zarar olarak tanımlanmaktadır⁹. Öğretide maddi zararlar, mala verilen zararlar ile şahsa verilen zararlar; manevi zararlar ise şan, şeref, kişilik haklarına verilen zararlar, estetik zararlar, fiziksel veya manevi acılar şeklinde alt başlıklar altında incelenmektedir¹⁰. Buna göre kişinin taşınmaz ve taşınır mallarına verilen zararlar ile kişinin maruz kaldığı bedensel zararlar ve kişinin ölümü, maddi zarar kalemlerinin bilinen en önemli örnekleridir. Bir manevi değere dokunan, estetiğe yönelik gerçekleşen, fiziksel acı ve üzüntüler ile duygusal acı çekmesine yol açan zararlar ise manevi zarar olarak ifade edilmektedir. Danıştay maddi zararların tazmini istemiyle açılan davalarda tazmin edilecek zararın mal varlığında gerçek, kanıtlanabilir bir azalma veya artma olanağından yoksun kalma niteliğinde bulunması gerektiğini belirtmektedir¹¹. Manevi zararlar ise Danıştay'a göre, meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik değil, manevi anlamda zarar gören kişinin manen tatminin sağlamaya yönelik bir tazmin aracı olarak kabul edilmektedir¹².

İdari yargıda zararın hukuken korunan bir menfaate yönelik olması esası benimsenmektedir. Bir diğer ifadeyle zararın tazmini için zarar gören kişinin bir hakkının ya da meşru bir menfaatinin ihlal edilmesi gerekir¹³. Danıştay, hazineye ait bir tarlada buğday ve lahana yetiştiren bir çiftçinin her ne kadar işgalci olsa da ekilen ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması nedeniyle DSİ'nin kusuru sonucu ürünler üzerinde meydana gelen zararlardan DSİ'nin (idarenin) sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Karara göre, "... söz konusu tarlanın davacının mülkiyetinde olmayıp Hazineye ait bulunması, davacının işgalci olması, buğday ve lahana ürününün, davalı DSİ Genel Müdürlüğü'nün hizmet kusuru sebebiyle su baskınına uğradı-

⁹ Atay, İdare Hukuku, s. 837; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 600; Çağlayan, s. 728; Candan, s. 199.

¹⁰ Gözler, s. 1299-1308.

¹¹ Danıştay İDDK, E. 2022/3762, K. 2023/1591, K.T.: 05.07.2023; Benzer kararlar için bkz.: Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023; Danıştay 13. D., E. 2021/3782, K. 2023/5000, K.T.: 23.11.2023; Danıştay 8. D., E. 2020/347, K. 2023/171, K.T.: 26.01.2023; Danıştay 12. D., E. 2019/1267, K. 2022/1433, K.T.: 24.03.2022.

¹² "Manevi zararın başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Manevi tazminat, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlamaktadır. Tam yargı davalarının ve manevi tazminatın belirlenen niteliği gereği takdir edilecek manevi tazminat miktarının, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi, olayın, zararın ve varsa idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak, hukuka aykırılığı özendirilmeyecek, bir başka ifade ile benzeri hak ihlallerinin bir daha yaşanmaması için caydırıcı ve aynı zamanda cezalandırıcı olacak şekilde belirlenmesi, bununla birlikte olayın meydana geliş şekli, idari faaliyetin niteliği ve idarenin sorumluluk sebebi gözetilerek hakkaniyetli ve makul bir tutarı aşmaması gerekmektedir." Danıştay 6. D., E. 2022/7865, K. 2024/198, K.T.: 11.01.2024; Benzer kararlar için bkz.: Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023; Danıştay 10. D., E. 2023/293, K. 2023/7175, K.T.: 21.11.2023; Danıştay 6. D., E. 2019/15147, K. 2023/8023, K.T.: 08.11.2023; Danıştay 12. D., E. 2023/4460, K. 2023/5357, K.T.: 26.10.2023.

¹³ Atay, İdare Hukuku, s. 842; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 602; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, 2019, s. 316; Sarsıkoğlu, s. 2414.

ğının tespiti halinde, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira buğday ve lahana ürününün, davacı tarafından ekildiği, davacının mülkiyetinde olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla su baskınına uğrayan buğday ve lahana ürününde ortaya çıkan davacının uğradığı zararın, hizmet kusurunun tespiti halinde, davalı idarece tazmini sorumluluk hukuku ilkelerinin gereğidir.”¹⁴

Zararın tazmini için öğretide “parayla ölçülebilir olma” şartı aranmaktadır¹⁵. Bir diğer ifadeyle Türk İdari Yargı Sistemi’nde aynen tazmin değil, nakden tazmin ilkesi benimsenmektedir. İYUK md.2 tam yargı davaları, “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından” açılan davalar olarak tanımlanmakta, düzenlemede talep konusuna ilişkin olarak parayla ölçülebilirlik bakımından bir sınırlama yoktur. Ancak Danıştay içtihatlarında, tam yargı davasına konu edilebilecek hak ihlalinde mahkemelerce parasal bir tazmin kararı verilmektedir¹⁶.

Teori ve uygulamada kişinin, bir hakkına yapılan saldırının durdurulması ya da hakkının iade edilmesi (aynen tazmin) gibi parasal tazmin dışında da taleplerde bulunması mümkün ise de bu tür talepler tam yargı davası açılması şeklinde değil, hakkın iadesi için idareye başvurulması ve bu başvuru neticesinde idarenin açık veya zımni ret kararı üzerine iptal davası açılarak söz konusu olabilir. İptal kararı verilmesi halinde kararın gereğini yerine getirme yükümlülüğü gereği idare, kararı uygulayarak kişinin talebi yönünde bir sonuç elde edilebilir. Bu bağlamda açılacak iptal davası ile birlikte bu süreçte uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini için ayrıca tam yargı davası açılabilmesi de mümkündür. Türk İdari Yargı Sistemi’nde aynen tazmin ilkesi ve eski hale getirme bakımından ayrı ve açık bir düzenleme söz konusu olmadığı için yargılama tekniği bakımından da izah edilen sürecin işletilmesi gerekecektir. Dolayısıyla Türk İdare Hukuku’nda idarenin sorumluluğu bakımından kural olarak nakden tazmin ilkesi geçerli olup ortaya çıkan zararların, parasal ölçülebilir nitelikte olması önem taşımaktadır.

Bir diğer özellik, zararın özel ve olağandışı nitelik taşıyor olmasıdır. Bu unsur, zararın bir topluluğun üyelerinin tamamının ortak nitelikteki zararları şeklinde olması halinde bu zararın tazmininin kabul edilmeyeceği anlamına gelmesidir¹⁷. Bir

¹⁴ “Ancak, davacının işgal ettiği Hazine arazisine ekim yapmak suretiyle sağladığı bu yararın, davacıdan tahsil olunacak ecrimisil hesabında dikkate alınacağı tabiidir.” Danıştay 10. D., E. 2009/6921, K. 2013/4338, K.T.: 13.05.2013.

¹⁵ Onar, s. 1752; Gözübüyük/Tan, s. 678; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 616; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024, s. 353; Çağlayan, s. 727-728.

¹⁶ “Uğranılan zararın aynı olarak giderilme olanağı bulunmayan tam yargı davalarında, tazmini istenilen zararın para olarak ve TL cinsinden ifade edilmesi zorunludur. Bu haliyle tazmini istenilen zarar ise, davaya konu edildiği tarihte uğranılan zarar miktarını ifade eder.” Danıştay 10. D., E. 1995/6440, K. 1997/4796, K.T.: 24.11.1997. Benzer yönde başka bir karar için bkz.: Danıştay 10. D., E. 1993/4139, K. 1994/5234, K.T.: 28.10.1994.

¹⁷ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 159.

diğer söyleyişle zarar, belli bir veya birden fazla kişi üzerinde etkisini göstermeli ve bu durum topluluğun diğer üyeleri karşısında özel ve olağandışı nitelik taşımalıdır. Öğretideki bir görüşe göre bu unsur idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından geçerli olup idarenin kendi kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olmasında zararın özel ve olağandışı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁸.

B. Zararın Kesin ve Gerçek Olması

Zarar kavramına ilişkin yukarıda verilen özelliklerin yanı sıra kural olarak zararın gerçek ve kesin olması şartı aranmaktadır. Gerçek ve kesin kavramları birbirinden farklı iki kavram olup sözlük anlamıyla gerçek, *“Yalan olmayan, doğru olan şey; çın, ciddi, hakikat”*, kesin ise *“Şüphe ve duraksamaya yer bırakmayan veya geri dönülmeyen; katı”* anlamına gelmektedir¹⁹.

Zararın gerçekliği, zararın meydana gelmiş olması, hakikatte zararın mevcut olması; zararın kesinliği ise zararın şüpheyne ve duraksamaya meydan vermeyecek şekilde katı anlamda ortaya çıkmış olması anlamına gelir. İdari yargıda idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kural olarak zararın tahakkuk etmiş olması ve kesin olarak etkilerini doğurması şartı aranmaktadır. Ayrıca henüz gerçekleşmemiş olsa da gerçekleşmesi kesin, mevcut bir durumun devamı niteliğindeki zararlar da kesinlik şartına sahiptir²⁰. Henüz doğmamış ve gelecekte doğması basit bir ihtimalin ötesine geçemeyecek nitelikteki muhtemel zararların tazmini mümkün değildir²¹. Ayrıca zarar tehlikesinin olması, idarenin tazmin borcunu doğurmaz²². Dolayısıyla idarenin tazmin borcunu gerektiren bir zararın varlığı için kesinlik şarttır. Kural olarak zararın gerçekleşmiş olması gerekli ise de gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların da tazmini kabul edilmektedir²³.

Öğretide ve Danıştay kararlarında ihtimale dayanan, mutlak ve kesin olarak hesabı mümkün olmayan zararların tam yargı davasına konu edilemeyeceği benimsenmektedir²⁴. Buna göre ihtimal, idarenin sorumluluğuna gidilmede yeterli

¹⁸ Gözler, s. 1335-1338.

¹⁹ Türk Dil Kurumu, E.T.: 05.09.2024, <https://sozluk.gov.tr>.

²⁰ Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, Ankara, Turhan Kitabevi, Otuzdördüncü Bası, 2015, s. 323; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 155; Çağlayan, s. 726.

²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, Yirmisekizinci Baskı, 2023, s. 614; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Kaplan, s. 315.

²² Çağlayan, s. 726.

²³ Gelecekte doğması kesin olan zararların tazmini Türk borçlar hukukunda da kabul edilmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.54 uyarınca *“Çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar.”* ile *“Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”* bedensel zararlar kapsamında değerlendirilmekte ve haksız fiil şartlarının oluşması halinde tazmini gerekmektedir.

²⁴ Gözübüyük/Tan, s. 676; Atay, İdare Hukuku, s. 841; Gözler, s. 1324; Onur Karahanoğulları, İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, 2022, s. 620; Candan, s. 201.

bir hukuki sebep değildir. Muhtemel ve tahakkuk etmemiş sonuçlar giderilmesi gereken zarar kapsamında kabul edilmemektedir²⁵. Danıştay'a göre "İdari işlemlerin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusurunun varlığına kanıttır. Ve bu durumda idarenin sorumlu tutulması tabiidir. Ancak idari işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekmektedir. Gerçekleşmesi olanı bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır."²⁶

İdari yargıda kural olarak gerçekleşmiş ve kesin zararların tazmini kabul edilse de gelecekte gerçekleşecek bazı zarar türlerinin tazmini kabul edilmektedir. Örneğin uygulanması ve düzenlenmesi itibarıyla borçlar hukukunun konusuna giren destekten yoksun kalma tazminatı idarenin sorumluluğu bakımından gündeme gelebilir. Destek, bir kimseye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve olayların olağan akışına göre bu şekilde bakması ihtimali yüksek olan kimsedir²⁷. Destekten yoksun kalma tazminatı ise desteğin ölümü sebebiyle destekten yararlanan veya yararlanacak kişinin içinde bulunduğu veya bulunacağı hayat seviyesinden, ölenin desteğinden yoksun kalması anlamına gelir²⁸. Çalışmanın konusu bakımından gerçek destek - farazi destek ayrımı önemlidir. Gerçek destek, ölüm gerçekleştiği anda başkasına/davacıya fiilen ve düzenli destek olan gerçek kişidir. Farazi destek ise, ölüm anında kendisi ile destek gören arasında fiilen ve düzenli bir bakım ilişkisi olmamasına rağmen ileride destek görene bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir²⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı her ne kadar borçlar hukukuna ait bir kavram olarak yer alsada idarenin sorumluluğunda da uygulanabilir bir kavram olarak karşımıza çıkar. İdari yargıda bir kişi tarafından destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için desteğin ölümünün gerçekleşmiş olması, bu ölümden idarenin sorumlu tutulması ve bu iki temel şartın yanında ölen desteğin bakım yardımına muhtaç olunması gerekir³⁰. Destekten yoksun kalmada farazi

²⁵ Karahanoğulları, s. 620.

²⁶ Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.

²⁷ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ondördüncü Bası, 2018, s. 103; Eren, s. 865.

Benzer yönde tanım Danıştay tarafından da benimsenmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre destekten yoksun kalma tazminatı, "... ölenin mevcut ya da gelecekte olacak yardımından yoksun kalınmasından kaynaklı kuvvetle muhtemel zararı ifade eder. Ölümü anında olması bile daha sonra diğer kimse veya kimselerin bakımını kısmen veya tamamen karşılaması muhakkak olan kimse farazi destek olarak tanımlanmaktadır." Danıştay 10. D., E. 2019/10605, K. 2023/1602, K.T.: 29.03.2023.

²⁸ Eren, s. 861; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019, s. 172-173.

²⁹ Oğuzman/Öz, s. 105-106; Antalya, s. 177-178.

³⁰ Fatma Ebru Gündüz ve Hakan Gündüz, "İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, Y. 2011, s. 254.

desteğin varlığı durumunda söz konusu edilen zarar gerçekleşmiş, hesabı kesin olan bir zarar değildir. Ancak desteğin ölümünün meydana gelmesiyle beraber destekten yararlanan kişiler için gelecekte bu destekten yoksun kalma hali kesin olarak meydana gelmektedir. Danıştay, idari yargıda destekten yoksun kalan zararlar bakımından henüz gerçekleşmemiş zararlar olsa da ileride gerçekleşmesi kesin ve hesabı mümkün olan şartlarda destekten yoksun kalma tazminatına hükmetmektedir. Örneğin polis memuru olan ve hizmet içi eğitim sırasında bir komiser yardımcısı tarafından kazaen vurularak vefat etmesi nedeniyle murislerin³¹; bir kişinin cadde üzerinde karşıdan karşıya geçmek isterken yoldan geçen aracın çarpması sonucu vefat etmesi nedeniyle eş ve çocukların³²; Kilis'te Suriye sınırlarından atılan füze nedeniyle hayatını kaybeden kişinin eşi ve çocuklarının³³; operasyonda çıkan çatışmada şehit olan güvenlik korucusunun eşi ve çocuklarının³⁴; destekten yoksun kalma zararlarının tazminine karar vermiştir.

II. ŞANS KAYBI KAVRAMI VE ŞANS KAYBI HALLERİNİN TAZMİNİ KONUSU

A. Şans Kaybı Kavramı

Destekten yoksun kalma tazminatı gelecekte ortaya çıkacak zararlar bakımından geçerli olsa da desteğin ölümüyle aslında kesinleşmiş bir zarar türüdür. Şans kaybında ise zarar, destekten yoksun kalma zararlarında olduğu kadar kesinleşmiş bir konumda değildir. Zaten şans kaybında tartışılan temel husus da budur. Şans kavramının Türk Dil Kurumu'nda iki farklı tanımı bulunmaktadır. İlk anlamı "*Bir kimsenin bilgi ve emeğinden çok rastlantı sonucu elde ettiği elverişli durum; baht*", ikinci anlamı ise "*Bir olayın olabilirliği*" şeklindedir³⁵. Hukuki boyutta ele alındığında ise şans, sorumluluk hukuku bakımından bir kimsenin bir şansa dayalı olarak elde edebileceği menfaatten mahrum kalması, zararın mevcut olarak kabul edilerek tazmininin sağlanması olarak ifade edilebilir³⁶. Eş bir söyleyişle *rastlantı sonucu elde edilen elverişli durum* şeklindeki sözlük anlamıyla değil, *bir olayın olabilirliği* üzerinden hareket edilmektedir. Şans kaybının tazmini, sorumluluk hukuku bağlamında bir eylem/işlem üzerine henüz meydana gelmeyen ancak gelecekte olabilirliği kuvvetle muhtemel bazı zararların tazmini şeklindedir. Şans kaybı, olumlu bir sonuca ulaşmaya yönelik fırsat kayıpları

³¹ Danıştay 10. D., E. 2019/7459, K. 2023/6817, K.T.: 14.11.2023.

³² Danıştay 8. D., E. 2023/2276, K. 2023/5901, K.T.: 16.11.2023.

³³ Danıştay 10. D., E. 2021/4063, K. 2023/2930, K.T.: 31.05.2023.

³⁴ Danıştay 10. D., E. 2019/12437, K. 2023/2704, K.T.: 23.05.2023.

³⁵ Türk Dil Kurumu, E.T.: 08.09.2024, <https://sozluk.gov.tr>.

³⁶ Zehra Özkan, "İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1106.

olabileceği gibi olumsuz bir sonuçtan kaçınmanın engellendiği haller olarak da somutlaşabilir³⁷.

Şans kaybının tazmini konusu Türk doktrinde daha çok borçlar hukuku bakımından incelenmekte ve konunun anlatımı üç farklı örnek üzerinden yapılmaktadır. Buna göre, şans kaybının tazmini ilk olarak avukatın temyiz sürecini kaçırıp davanın vekili olduğu tarafın lehine/aleyhine sonuçlanma ihtimaline göre tazminatın gündeme gelmesidir. İkinci olarak, at yarışları alanında nakliyecilik yapan bir firmanın atı zamanında yetiştirememesi nedeniyle atın yarışa katılamama örneğidir. Buna göre, at yarışa katılsaydı yarışı kaçınıcı bitireceği kesin olarak belirlenebilir değildir. Üçüncü olarak, doktorun hastalığı doğru teşhis edememesi veya yanlış tedavi sonucunda hastanın hayatını kaybetmesi ve doğru teşhis veya tedavinin uygulanması halinde hastanın iyileşmesinin kesin olmaması örneğidir³⁸.

İdare hukuku bakımından, yukarıda verilen örneklerde konunun idareyle ilişkilendirilebilmesi ancak hekimin yanlış teşhisi ya da tedavisi neticesinde meydana gelebilecek zararlar bakımından ve at yarışına katılamama sebebinin idareden kaynaklanması halinde geçerli olabilir. Bir yarış atının, idare tarafından yarışlara katılmaktan yasaklanma kararına karşılık iptal ve zararın tazmini istemiyle açılan davada Danıştay, giderilmesi talep edilen zararlar arasında yer alan yasaklanma süresi içerisinde yarışlara girebilseydi elde edeceği derece ve kazanaacağı para ödülünün tazmini taleplerine ilişkin olarak şu kararı vermiştir: “... Davacının atının ... yarışlara katılması halinde elde edeceği dereceler kazanacağı belirtilen ... lira toplam ikramiyenin tazmini istemi, ihtimale dayalı olup, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarardır. Bu nedenle de yukarıda belirtilen idare hukuku kuralları uyarınca bu miktarın davalı idareden tazmini mümkün değildir.”³⁹ Söz konusu karara bakıldığında Danıştay; atın, yarışlara katılması halinde belirli bir dereceyle çıkması ve buna göre para ödülüne hak kazanabilmesini, gerçekleşmesi kesin bir zarar olarak kabul etmeyerek olası bu zararın tazmini talebini reddetmektedir. Bize göre de yarışlar kapsamında sonucun herhangi bir şekilde kesinliğinin saptanması mümkün değilse yarışlara katılamama işlemlerinin iptalleriyle birlikte zarar tazmininin talebinde, yarışlara katılıp belirli bir derecenin

³⁷ “Şans kaybının tazmininde kaybedilen şansın olumlu bir sonucun gerçekleşmesine veya olumsuz bir sonuçtan kaçınılabilmesine yönelik olması da fark yaratmamaktadır. Bir şansın kaybindan bahsedilebilecek durumlardan biri, zarar görenin, ileride belirli bir avantajın gerçekleşeceği umudunu taşımasıdır... Bazı hallerde ise zarara uğrayan kişi, gerçekleşmesi muhtemel bir zarardan kaçınma umudunu taşımakta ancak davalının kusurlu davranışı bu yöndeki belirsizliği ortadan kaldırmaktadır.” Özgün Çelebi, “Şans Kaybının Tazmini”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 2, Y. 2018, s. 135.

³⁸ Zehra Özkan, Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şans Kaybının Tazmini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2013, s. 5-6.

³⁹ Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.

kazanılma ihtimali iddia edilerek zararın tazmininin kabulü söz konusu değildir. Belki yarışa katılamayan atın, yarışa katılan diğer atlarla geçmişte katıldığı başka yarışlar varsa buradaki performans ortalaması dikkate alınarak bu kapsamda bir hesaplama yoluna gidilebilir. Ancak böyle bir yöntemin objektiflikten uzak, zararın kesinliği bakımından sorunlara yol açabileceği tartışılabilir.

Kamu personeli seçilmesinde yapılacak sınavların ya da mülakatların iptalleri halinde de şans kaybı tazminatı gündeme gelebilir. Keza Fransız Danıştay kararlarında, idarenin aldığı bir karardan, bir karar alınmamasından veya gecikmesi gibi bazı sebeplerle bir kişinin sınavı başarması, özel ya da kamusal bir işe girmesi, bir sözleşme akdetmesi veya belirli bir miktar para kazanma şansını kaybetmesi durumlarında kesin bir zararın söz konusu olduğu ve idarenin tazmin borcunun söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁰. Türk idari yargısında da bu yönde zararların tazmini yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır. Örneğin Danıştay, yargı kararıyla iptal edilen sözlü sınavdan sonra yeniden sınava tabi tutularak başarılı olan bir kimsenin geç atama nedeniyle yoksun kaldığı zararın tazmini gerektiğini belirtmektedir⁴¹.

B. Ciddi Şans Kaybı

İdari yargıda kural olarak zararın talep anında gerçekleşmesi şarttır. Henüz doğmamış zararların tazmini istenemez. Danıştay'a göre de "*İdarenin tazminle yükümlü tutulması, ancak bir maddi zararın kesin olarak ortaya çıkmış, belirgin hale gelmiş olması halinde mümkündür.*"⁴² Bununla birlikte gelecekte ortaya çıkacak zararlar bazı hallerde kesinlik şartına sahip olabilir. Her somut olayda ayrıca incelenmesi gereken bir konu olmakla birlikte eğer zararın gelecekte ortaya çıkmasıyla birlikte kesinliği söz konusuysa yine idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Burada önemli olan husus, zararın henüz gerçekleşmemiş olsa da gelecekte gerçekleşmesinin ihtimal değil, kesin olmasıdır.

1. İdari Yargıda Muhtemel Zararların Tazmini Konusu

İdari yargıda ihtimale dayalı olarak ortaya çıkabilecek zararların tazmini mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle ihtimal, zarara uğrayan lehine idarenin tazminat ödemesi için yeterli bir hukuki sebep sayılmaz⁴³. Kesin zarar kavramının

⁴⁰ Gözler, s. 1325-1326.

⁴¹ "Davacının başarısız sayıldığı sözlü sınavdaki usule aykırılığın Dairemiz kararıyla saptanmış olması ve yargı kararı uyarınca yeniden yapılan sözlü sınav sonucunda başarılı olup 13.11.1997 tarihinde müfettişliğe atanması karşısında, ilgilinin usulüne uygun yapılmayan sözlü sınav nedeniyle müfettişliğe geç atanmasının idarenin hizmet kusurunu oluşturduğu açık olup; geç atandığı dönem için iş müfettiş yardımcılığı ile müfettişlik arasındaki maaş farklarının idarece tazmini gerekir." Danıştay 5. D., E. 1999/2771, K. 2002/2723, K.T.: 10.06.2002.

⁴² Danıştay İDDK, E. 2021/2823, K. 2022/1620, K.T.: 25.04.2022.

⁴³ Atay, İdare Hukuku, s. 841.

karşıtı olarak muhtemel zarar, henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, ihtimale dayalı zararlar olarak ifade edilebilir. Nitekim Danıştay'a göre; *"Doğması muhtemel zararlar; gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan sadece bu konuda bir ihtimal barındıran ve zararın kesinliği şartını taşımayan zararlardır. Dolayısıyla; bu zararlar, idarenin mali sorumluluğuna yol açmayacaktır... Bu durumda; ihtimale dayanan müstakbel zararların tazmin imkanı bulunmamakta olup; davacının maddi tazminat ödenmesi isteminin hukuken kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."*⁴⁴ Buna göre idari yargıda zararın kesinliği söz konusu değilse, zararın ortaya çıkması az veya çok belirli bir ihtimal içerisinde görülüyorsa idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanmaz. İdarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar henüz gerçekleşmese de zararın gerçekleşmesinin kesin olması gerekir.

Danıştay'a benzer şekilde Yargıtay da muhtemel zararı, *"... henüz mevcut olmayan fakat riskli bir olgunun ilavesi ile gelecekte gerçekleşme ihtimali olan zarar ise muhtemel zarardır. Hukuk düzeni kural olarak mevcut zararın tazminini düzenlemiş, ancak bazı durumlarda, örneğin ölüm halinde destekten yoksun kalma zararı gibi müstakbel zararın tazminini de düzenlemiş bulunmaktadır. Buna karşılık muhtemel zararda ise riskli olgu gerçekleşmedikçe zararın tazmini mümkün değildir."* şeklinde tanımlamaktadır⁴⁵. Görüldüğü üzere Yargıtay, kural olarak muhtemel zararların tazmininin kabul edilmediğini, ancak riskli olguların gerçekleşmesi halinde uğranılan zararların tazmini yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir. Riskli olgular, riskin gerçekleşmesi halinde zararın muhtemellikten kesin zarar haline getiren birtakım sonuçlardır. İdari yargıda da benzer yönde bir kabul söz konusudur.

Acele kamulaştırma kararı nedeniyle aynı zamanda korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı statüsündeki taşınmazdan, kamulaştırma tarihi ile dava tarihi arasındaki sürede kira geliri elde edilemediği gerekçesiyle maddi zararın tazmini talebiyle açılan davada Danıştay, söz konusu alanın otopark olarak kullanımının tespit edildiğini ve buna ilişkin muhtemel bir zararın varlığı kabul edilerek idarenin sorumluluğunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir⁴⁶. Aynı kararın

⁴⁴ Danıştay 8. D., E. 2019/9564, K. 2023/418, K.T.: 07.02.2023.

⁴⁵ Yargıtay HGK, E. 2023/2-858, K. 2023/1399, K.T.: 27.12.2023.

⁴⁶ "... bitişik tescilli taşınmazlar nedeniyle Diyarbakır Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunca yapılan incelemelerin ve değerlendirmelerin henüz sonuçlandırılmadığı, tescilli yapılarıdaki restorasyon süreci tamamlanmadan uyumsuzluğa konu taşınmaz üzerinde yeni yapı inşa edilemeyeceği, dolayısıyla doğrudan dava konusu işlemde kaynaklanan bir zararın oluşmadığı, bu nedenle uğranıldığı ileri sürülen zararlar dava konusu acele kamulaştırma kararı arasında illiyet bağı bulunduğundan bahsetme imkanı da bulunmadığından, uğranıldığı ileri sürülen zarardan idarenin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ve bu kapsamda davacının tazminat isteminin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır." Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.

devamında ise Danıştay, muhtemel zararların tazminine ilişkin, “Kişinin kendi isteği dışında maddi varlığında meydana gelen kayıp ve eksiklikler ile çoğalma olanağından yoksunluk olarak tanımlanan maddi zarar, henüz kesin olarak ortaya çıkmamış, belirgin hale gelmemiş ise, bu aşamada idarenin tazmin yükümlülüğüne gidilmesine olanak bulunmamaktadır. İdari yargıda tazmini gereken zararların gerçek ve kesinleşmiş olarak ortaya çıkan zararlar olması nedeniyle belli şartların gerçekleşmesi durumunda ileride elde edilmesi muhtemel gelirlerin gerçek ve kesinleşmiş olarak ortaya çıkan zarar olarak kabulü mümkün değildir.” tespitiyle bulunarak idari yargıda ancak gerçek ve kesinleşmiş zararların tazmininin benimsendiğini açıkça ifade etmektedir⁴⁷.

At yarışı örneğinde birden çok atın içerisinde olduğu bir yarış ve bu yarışın sonucuna göre kazanç elde edilmesi esas olduğundan bu zarar muhtemel zarar olarak nitelendirilebilir. Ancak bu örnekten farklı olarak otopark olarak kullanılan alan artık kullanılmadığına göre geçmişteki kazançların ortalaması esas alınarak zarar hesaplanabilir ve bu zararın tazmini yoluna gidilebilir. Kararda her ne kadar gelirin muhtemel olduğu ifade edilse de kanaatimizce burada hayatın olağan akışında otopark olarak işletilen bir alanda elde edilecek gelir muhtemel değil, kesindir. Burada muhtemel olan zararın varlığı değil hesaplanmasıdır. Hesaplama yönteminde ise geçmiş kazançların ortalaması esas alınabilir ve bu şekilde idarenin eyleminden zarar görecektir kişinin bu zararının tazmini sağlanabilir.

2. Ciddi Şans Kaybının Kesinlik-Muhtemellik Arasındaki Yeri ve Tazmin Edilebilirliği

Muhtemel zarar, idare hukukunda tazmini mümkün olmayan zarar türüdür⁴⁸. Zarar gerçekleşmişse kesin bir zarar olarak karşımıza çıkar ve nedensellik bağının varlığı halinde idarenin sorumluluğu gündeme gelir. Benzer şekilde zarar, henüz gerçekleşmemiş olsa da gelecekte gerçekleşmesi kesinse ve nedensellik bağının varlığı ispat edilirse idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır⁴⁹. Ancak kural olarak, zarar henüz gerçekleşmemiş ve gelecekte gerçekleşmesi kesin olmayan, ihtimale dayalı zararların idare hukuku bakımından tazmini mümkün değildir. Nitekim zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirlenebilir değildir, gerçekleşme ihtimali olduğu kadar gerçekleşmeme ihtimali de olan bu tür zarar ihtimallerinin varlığı halinde idarenin sorumluluğu hükümleri uygulanmaz. Ancak kural bu olmakla birlikte özellikle Fransız Danıştay’ının bazı kararları çer-

⁴⁷ Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.

⁴⁸ “Tazmin borcunun doğması için sadece zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi kâfi değildir. Muhtemel ve tesadüfî bir zarar tazmin borcu doğurmaz, zararın mevcut, malûm ve muayyen olması, mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması lazımdır.” Onar, s. 1716.

⁴⁹ Atay, İdari Yargılama Hukuku, s. 352; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 601; Karahanoğulları, s. 621; Çelik Ahmet Çelik, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2017, s. 225.

çevesinde Türk idare hukukunda da gündeme gelen şans kaybı kavramı bu kurala bir istisna niteliğinde kabul edilebilir. Nitekim şans kaybının tazmini halinde gerçekleşmesi kesin olmayan bir zarar türünün tazmini kabul edilmektedir.

Fransız idari yargısında şans kaybına ilişkin ortaya çıkabilecek zararların tümünün tazmini kabul edilmemektedir. Bu zararların tazmini için “ciddi nitelikte” şans kaybının söz konusu olması gerekir⁵⁰. Şans kaybının ciddi olması, her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmekte olup ciddiliğe ilişkin bir kıtas belirlenmiş değildir. Örneğin bir ev sahibinin evini işgal edenlerin kamu gücü kullanılarak çıkarılması talebinin reddi üzerine açılan davada Paris İdari İstinaf Mahkemesi, ret tarihinde ev sahibinin evi daha yüksek bir miktarda kiraya verme imkânı söz konusu ise buradaki zararın kesin zarar olduğuna hükmetmiştir⁵¹. Bir yükseköğretim öğrencisinin diploma almak için gerekli şartları sağlamasına rağmen diplomasının hukuka aykırı şekilde jüri tarafından verilmediği olayda mahkeme, bu ret kararının hemen akabinde söz konusu öğrencinin elde edebileceği ciddi bir işi elde etme şansını kaybetmişse, kesin bir zarara uğradığına hükmetmiştir⁵².

Türk idare hukuku öğretisinde ciddi şans kayıplarının tazminine yönelik yaklaşımlar bulunmaktadır⁵³. Buna göre her tür şans kaybının tazmini değil ancak ciddi nitelikteki şans kayıplarında zarar, kesin ve gerçekleşecek zararlar olarak kabul edilebilir ve idarenin sorumluluk ilkelerine göre tazmini gerekmektedir. Öğretideki başka bir görüş kişinin sadece haksız yere yoksun bırakıldığı bir hak veya imkân dolayısıyla yapmış olduğu masrafların ve manevi zararın tazmininin gerektiği yönündedir⁵⁴. Danıştay şans kaybı şeklinde bir nitelendirme yapmamakla birlikte gelecekte doğması muhtemel zararlar bakımından tazminat taleplerinin reddine karar vermektedir⁵⁵. Örneğin Danıştay kararına konu olan bir olayda üniversite öğrencisi bir kişinin, başarısızlığı nedeniyle okulla ilişkisinin kesilmesi işleminin ilk derece mahkemesince iptali ve Danıştay tarafından onanması üze-

⁵⁰ Gözler, s. 1326.

⁵¹ 11 Temmuz 1989 Tarihli Hug Kararı, Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 156.

⁵² 27 Mayıs 1987 Tarihli Le Goff Kararı; Fransız idari yargısında şans kaybının tazmininde zararın kesinliği şartı her somut olay özelinde incelenmektedir. Örneğin Stade de France adlı stadyumun inşaatına ilişkin ihaleden hukuka aykırı bir şekilde elenen ve fakat ihaleye girse idi, ihaleyi kazanması hususunda hiçbir şansı olmayan ilgili firmanın bu anlamda bir zararının söz konusu olmadığına hükmedilmiştir. Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif* (Paris: 19ème édition, Dalloz, 2002), s. 269, Akt: Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 155-156.

⁵³ Çağlayan, s. 727; Gözler, s. 1325-1326.

⁵⁴ Kaplan, s. 316.

⁵⁵ “Bu durumda, idarenin hizmet kusuru nedeniyle doğmuş bir zarardan söz edilemeyeceği gibi ileride doğması muhtemel zararların tazmininin de mümkün olmaması karşısında tazminat isteminin reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik bulunmamaktadır.” Danıştay 6. D., E. 2007/987, K. 2009/3604, K.T.: 08.04.2009; Muhtemel zararların tazmin edilemeyeceğine dair benzer kararlar için bkz.: Danıştay 10. D., E. 2016/15620, K. 2021/4165, K.T.: 21.09.2021; Danıştay 8. D., 2021/1115, K. 2021/3047, K.T.: 10.06.2021.

rine bu kişi tam yargı davası açarak öğrenimini geç bitirmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmektedir. Danıştay, doğmuş bir zararın mevcut olmadığı gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar vermiştir⁶⁶.

3. Değerlendirme

Danıştay kararlarına bakıldığında uygulamada muhtemel zararların tazminine yönelik talepler, genel olarak zararın gerçekleşmemesi ve kesin olmaması gerekçeleriyle reddedilmektedir. Kanaatimizce böyle bir kabul benimsenmiş olsa da muhtemel zararlar içerisinde bir ayrıma gidilebilir. Gerçekleşmesi ihtimaller içerisinde olan ve farklı olgulara bağlı olarak meydana gelip gelmeyeceği değişebilecek zararların tazmininde hem zararın gerçekleşmemesi hem de buna bağlı olarak illiyet bağının yokluğu gerekçesiyle bu tür zararların tazmini mümkün değildir. Ancak henüz gerçekleşmese de gelecekte gerçekleşmesi kesin olarak görülebilecek ve birtakım olgu ve olaylara bağlı olmaksızın meydana gelebilecek şans kaybı zararlarının tazmini gündeme gelebilir.

Hukuki güvenlik ilkesi gereği, tazmini gereken şans kayıplarının kıstasının belirlenip ayrımının yapılması gereklidir. Nitekim muhtemel zararlara uğrayabilecek durumda olan bireylerin en azından hangi tür zararlarının karşılanacağını bilmeleri gerekir. Bu noktada belirlenebilecek kıstas, Fransız Danıştay'ının benimsediği şans kaybının "ciddi niteliği" olabilir. Bu çerçevede muhtemel zararlara ilişkin şans kaybı tanımının yapılması ve ciddi şans kaybı söz konusu olması halinde bu zararların tazmin edilmesi seçeneği benimsenebilir.

Ciddi şans kaybı, hayatın olağan akışı içerisinde istatistiki verilere de bağlı olarak gerçekleşme ihtimali oldukça yüksek zarar türü olarak kabul edilebilir. Buna göre zarar, henüz gerçekleşmemiş, gelecekte gerçekleşmesi kesin değil ancak hayatın olağan akışında objektif veriler esas alınarak zararın gerçekleşme ihtimalinin çok yüksek olduğu, zararın muhtemellikle kesinlik arasında kesinliğe çok yakın olduğu zarardır.

Hastanede yanlış teşhis/tedavi nedeniyle sakat doğan bir çocuk örneğinde⁵⁷ illiyet bağı kurulduğu takdirde o çocuk için henüz ortaya çıkmış bir zarar olmasa da gelecekte meslek yaşamında ve gündelik hayatında birtakım zorluklar yaşaması ve bazı zararların ortaya çıkması kesin olarak kabul edilebilir⁵⁸. Böyle bir kabul-

⁵⁶ "... öğrencinin daha önceki eğitim durumu da göz önünde bulundurulduğunda, düzenli bir başarı sürdüremediği, kaydı silinmeseydi bile belirtilen zamanda okulunu bitirmesinin de şüpheli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının objektif ölçülere göre doğmuş bir zararından söz edilme-yeceğinden aksi yönde verilen mahkeme kararında hukuki uyarılık görülmemiştir..." Danıştay 8. D., E. 1990/981, K. 1990/812, K.T.: 28.06.1990.

⁵⁷ Verilen örnek Atay, İdare Hukuku, s. 841'den alınmıştır.

⁵⁸ Gözübüyük/Tan'a göre küçük bir çocuğun vücut sakatlığı ile uğradığı zarar hesaplanırken ileride uğrayacağı zararlar da dikkate alınır ve bu zarar, muhtemel bir zarar değil, belli ve gerçek bir zarardır. Gözübüyük/Tan, s. 676.

de bu ciddi bir şans kaybı olarak nitelenebilir ve gelecekte bazı zarar kalemlerinin ortaya çıkması hayatın olağan akışı içerisinde kesin olarak ifade edilebilir. Buna göre zararların da tazmini gerekir.

Örneğin bir at yarışında idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle atın yarışa katılamaması durumunda bu atın yarışta birinci olma şansını kaçırdığı veya idarenin kamu personeli alma amacıyla yaptığı bir sınavın asli şekil sakatlığı nedeniyle iptalinin ardından sınava girmeye hak kazanan bir kişinin sınavın iptali nedeniyle kazanabileceği ihtimalini sunarak uğradığını iddia ettiği zararların tazmini talepleri bakımından bu tür örneklerde ciddi şans kaybı ortaya çıkmamaktadır. Çünkü at, yarışa katılsaydı kazanması belirli bir ihtimalin ötesine geçmemekte, kesinliğe yakın bir sonuç arz etmemektedir. Diğer örnekte ise sınav yapılsaydı tüm adaylar içerisinde kazanma durumu yine belirli bir ihtimalin ötesine geçemeyecek noktada kalmaktadır. Bu iki örnekte şans kayıpları ciddi nitelikte kabul edilmeyip tazminat taleplerinin reddi kararı verilebilir.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu şartlarından biri olan zarar, bir kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında kişinin iradesi dışında meydana gelen azalma ya da artmanın önlenmesi şeklinde tanımlanmakta olup kavrama ait bazı temel özellikler bulunmaktadır. Bu özelliklerden biri, zararın kesin olmasıdır. Zararın kesinliği, idarenin davranışıyla birlikte zararın bu davranışın etkileriyle gerçekleşmiş olmasını ya da gelecekte gerçekleşmesinin kesin olmasını ifade etmektedir. Nitekim henüz ortaya çıkmamış olsa da gelecekte gerçekleşmesi kesin olan zararların tazmini de kabul edilmektedir.

Şans kaybının tazmini, bir kişinin gelecekte sahip olabileceği bir menfaatten mahrum kalma ihtimali üzerine, henüz meydana gelmeyen ancak gelecekte olabilirliği kuvvetle muhtemel nitelikli zararların tazmini şeklinde ifade edilebilir. Konu daha çok borçlar hukuku kapsamında ele alınmakta, idare hukuku bakımından öğretide sadece bazı yazarlar tarafından konudan söz edildiği görülmektedir. Nitekim idarenin sorumluluğu bakımından idarenin herhangi bir davranışı nedeniyle gelecekte olumlu bir sonuca ulaşmaya yönelik bir fırsat kaybedilebileceği gibi, olumsuz bir sonuçtan kaçınmanın engellendiği haller de mevcut olabilir. Kural olarak muhtemel zararlar, idare hukukunda tazmini kabul edilmeyen zararlardır. Bu tür durumlarda ortaya çıkabilecek zararların tazmini konusunda Danıştay, zararın kesin olarak ortaya çıkmış olması şartının sağlanmadığı gerekçesiyle taleplerin reddine karar vermektedir.

Öğretide de genel olarak gerçekleşmesi kesin olmayan, muhtemel zararların idare hukukunda tazmininin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte bazı görüşler, şans kaybı olarak kabul edilebilecek her zarar kaleminin değil, ciddi şans kaybı niteliğindeki zararların giderilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim muhtemel zararların tazmin edilmeyeceği kuralının bir istisnası olarak ciddi şans kayıplarının tazmini kabul edilebilir. Ciddi şans kayıpları ise birtakım olgu ve olaylara bağlı olmaksızın gelecekte gerçekleşmesi kesinliğe yakın nitelikteki şans kayıpları olarak ifade edilebilir ve bu tür zararların tazmini kabul edilebilir. Hayatın olağan akışı içerisinde istatistiki verilere de bağlı olarak gerçekleşme ihtimali oldukça yüksektir. Ciddi şans kayıplarının tazminin kabul edilmesi hukuki güvenlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bakımından önem arz etmektedir. Nitekim bu sayede hukuk devletinin gereklerinden idarenin yargısal denetimi ve idarenin sorumluluğu ilkelerine uygun hareket edilerek hukuk devleti ilkesi güçlenir. Ciddi şans kayıplarında özellikle objektif kriterler esas alınmak suretiyle istatistiki veriler ışığında zararın kesinliği ve miktarına ilişkin tespitler yapılarak ciddi şans kayıplarının tazmini yoluna gidilebilir.

KISALTMALAR

AKT	: Aktaran
C.	: Cilt
D.	: Daire
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK	: 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
md.	: Madde
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onuncu Baskı, 2024.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2, Ankara, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Onuncu Baskı, 2024.
- ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024.
- ATAY, Ender Ethem / ODABAŞI, Hasan / GÖKCAN, Hasan Tahsin: Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2003.
- CANDAN, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, Yetkin Yayınları, Sekizinci Baskı, 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onaltıncı Baskı, 2024.
- ÇELEBİ, Özgün: “Şans Kaybının Tazmini”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 2, Y. 2018, s. 121-196.
- ÇELİK, Çelik Ahmet: İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, 2017.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Legem Yayınevi, Yirmisekizinci Baskı, 2023.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Üçüncü Baskı, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, Otuzdördüncü Bası, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt: 2 İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Sekizinci Bası, 2016.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara, İmaj Yayınevi, Onbirinci Baskı, 2017.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru / GÜNDÜZ, Hakan: “İdare Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, Y. 2011, s. 225-258.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru / ÇEBİ BUĞDAYCI, Melike Özge: “İdarenin Sorumluluğunda Yansıma Zarar”, TBB Dergisi, S. 174, Y. 2024, s. 127-159.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Onyedinci Baskı, 2024.
- KAPLAN, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Beşinci Baskı, 2019.
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, Birinci Bası, 2022.

- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ondördüncü Bası, 2018.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt 3, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1967.
- ÖZKAN, Zehra: “İngiliz Hukukunda İyileşme Şansı Kaybının Tazmini”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, Y. 2013, s. 1105-1138.
- ÖZKAN, Zehra: Karşılaştırmalı Hukukta İyileşme Şans Kaybının Tazmini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Karşılaştırmalı Hukuk) Ana Bilim Dalı, 2013.
- RIVERO, Jean / WALINE, Jean: Droit administratif, Paris: 19ème édition, Dalloz, 2002. (Akt: Atay, Odabaşı ve Gökcan, s. 155-156).
- SANCAKDAR, Oğuz / ÖNÜT, Lale Burcu: Ankara, Seçkin Yayıncılık, Altıncı Baskı, 2024.
- SARİKOĞLU, Şenel: “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2389-2422.

İnternet Kaynakları

<https://sozluk.gov.tr>

Danıştay Kararları

- Danıştay İDDK, E. 2021/2823, K. 2022/1620, K.T.: 25.04.2022.
- Danıştay İDDK, E. 2022/3762, K. 2023/1591, K.T.: 05.07.2023.
- Danıştay 5. D., E. 1999/2771, K. 2002/2723, K.T.: 10.06.2002.
- Danıştay 6. D., E. 2007/987, K. 2009/3604, K.T.: 08.04.2009.
- Danıştay 6. D., E. 2019/15147, K. 2023/8023, K.T.: 08.11.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2023/1383, K. 2023/8430, K.T.: 20.11.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2022/5123, K. 2023/9994, K.T.: 27.12.2023.
- Danıştay 6. D., E. 2022/7865, K. 2024/198, K.T.: 11.01.2024.
- Danıştay 8. D., E. 1990/981, K. 1990/812, K.T.: 28.06.1990.
- Danıştay 8. D., E. 2021/1115, K. 2021/3047, K.T.: 10.06.2021.
- Danıştay 8. D., E. 2020/347, K. 2023/171, K.T.: 26.01.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2019/9564, K. 2023/418, K.T.: 07.02.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2020/6651, K. 2023/4502, K.T.: 10.10.2023.
- Danıştay 8. D., E. 2023/2276, K. 2023/5901, K.T.: 16.11.2023.
- Danıştay 10. D., E. 1987/1324, K. 1990/278, K.T.: 15.09.1990.
- Danıştay 10. D., E. 1993/4139, K. 1994/5234, K.T.: 28.10.1994.
- Danıştay 10. D., E. 1995/6440, K. 1997/4796, K.T.: 24.11.1997.
- Danıştay 10. D., E. 2009/6921, K. 2013/4338, K.T.: 13.05.2013.
- Danıştay 10. D., E. 2016/15620, K. 2021/4165, K.T.: 21.09.2021.

Danıştay 10. D., E. 2019/10605, K. 2023/1602, K.T.: 29.03.2023.
Danıştay 10. D., E. 2019/12437, K. 2023/2704, K.T.: 23.05.2023.
Danıştay 10. D., E. 2021/4063, K. 2023/2930, K.T.: 31.05.2023.
Danıştay 10. D., E. 2019/7459, K. 2023/6817, K.T.: 14.11.2023.
Danıştay 10. D., E. 2023/293, K. 2023/7175, K.T.: 21.11.2023.
Danıştay 12. D., E. 2019/1267, K. 2022/1433, K.T.: 24.03.2022.
Danıştay 12. D., E. 2023/4460, K. 2023/5357, K.T.: 26.10.2023.
Danıştay 13. D., E. 2021/3782, K. 2023/5000, K.T.: 23.11.2023.

Yargıtay Kararı

Yargıtay HGK, E. 2023/2-858, K. 2023/1399, K.T.: 27.12.2023.