

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 21**

**Sayı: 2**

**Yıl: 2013**



ISSN: 1306-8075

## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 21 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2013

**Sahibi :**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

**Editörler (Editors) :**

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Yayın Kurulu (Editorial Board) :**

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

**Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :**

Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ (Atatürk Ü.)

Prof. Dr. Abdurrahim KARSLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Mevlana Ü.)

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İ. Medeniyet Ü.)

Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Ü.)

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

**Haberleşme Adresi (Communication Address) :**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

**Tel:** 0332 241 00 45 - **Fax:** 0332 241 01 05 **e-posta:** hukukdergi@selcuk.edu.tr

**İnternet:** <http://www.selcuk.edu.tr/Sayfa.aspx?birim=004&dt=1>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

**Yayın şartları son sayfada ver almaktadır.**

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Cilt (Volume): 21 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2013**

**İÇİNDEKİLER**

**MAKALELER**

**KAMU HUKUKU**

TIP CEZA HUKUKUNDA VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK  
VERME VE ELE GEÇİRME SUÇU (TCK m. 136.)..... 7

*Arş. Gör. Nizamettin AYDIN*

İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NUN 11. MADDESİNE  
GÖRE YAPILAN İDARÎ BAŞVURULAR ..... 31

*Arş. Gör. Yusuf DENİZ*

*Arş. Gör. Selman Sacit BOZ*

*Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN*

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA KİŞİ  
ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI ..... 63

*Arş. Gör. Cansu Büşra KARTAL*

THE ROLE OF OSCE IN PROTECTION OF HUMAN RIGHTS ..... 89

*Yrd. Doç. Dr Murat TUMAY*

HUKUKUN GENEL İLKELERİ BAĞLAMINDA KANUN-I  
ESASİ'DEKİ YARGILAMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ..... 101

*Arş. Gör. İbrahim ÜLKER*

GÜNÜMÜZ VE İSLAM HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI  
KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME..... 125

*Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU*

## ÖZEL HUKUK

SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN  
ZİLYETLİĞİN DEVRİ KAVRAMINA İLİŞKİN  
DEĞERLENDİRMELER ..... 163

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN*

*Arş. Gör. Mehmet AKÇAAL*

TTK M.52'YE GÖRE "TİCARİ DÜRÜSTLÜĞE AYKIRILIK"  
ŞARTININ İNCELENMESİ..... 191

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN*

RECENT DEVELOPMENTS IN TURKISH COMPETITION LAW  
CONCERNING BANKING SECTOR..... 229

*Doç. Dr. İbrahim ARSLAN*

*Yrd. Doç. Dr. Cumhuri BOYACIOĞLU*

6100 SAYILI HMK MADDE 401 HÜKMÜNE GÖRE ..... 241  
DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME..... 241

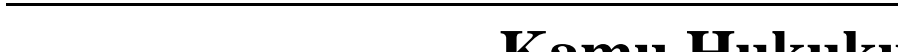
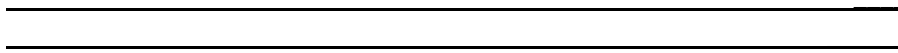
*Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN*

KOOPERATİF ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULUNUN  
OLUŞUMU..... 255

*Arş. Gör. Bilal ÖZEL*

*Arş. Gör. Mustafa Eser CİNBAŞ*

**Makaleler**



**Kamu Hukuku**



**TIP CEZA HUKUKUNDA VERİLERİ HUKUKA  
AYKIRI OLARAK VERME VE ELE GEÇİRME SUÇU  
(TCK m. 136.)**

**Arş. Gör. Nizamettin AYDIN\***

**ÖZET**

*Bireyin özel hayatının korunması anlayışı değişik düşünsel ve felsefi alt yapısı olan bir kavramdır. Bu çerçevede modern hukuk düzenleri ve yansımaları olan modern anayasalar ve yasal düzenlemeler söz konusu düşünsel ve felsefi temellerden esinlenerek en yüksek değer olarak bireyi merkezlerine almışlardır. Gerek bölgesel gerekse uluslar arası niteliğe haiz insan hakları sözleşmeleri ve bunlardan etkilenen pozitif hukuk düzenlemeleri bu gelişmelere paralel olarak bireyin özel hayatına ilişkin koruyucu hükümler ihdas etmişlerdir.*

*Genelde tıp mensuplarının özelde hekimlerin hasta ile ilgili kişisel verilerin hastanın izni ya da hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın açıklamaları durumunda hukuki, idari ve cezai olarak geniş yelpazede yaptırımlar karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmamızda konunun sınırlandırılması açısından sadece hekimlerin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak açıklanmasından kaynaklanan cezai sorumluluğu incelenecektir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** *Özel hayat, Özel hayatın korunması, Kişisel veri, Hekimin veri saklama yükümlülüğü, Verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme.*

---

\* Selçuk Üniversitesi, Anayasa Hukuku ABD., Araştırma Görevlisi.

## ILLEGAL REVEALING AND ILLEGAL REACHING OF DATAS IN CRIMINAL HEALTH LAW

### ABSTRACT

*Understanding of the protection of the individual's private life is a concept with different philosophical infrastructure. In this concept, modern constitution and legal rules as reflections of contemporary legal systems place the individuals their centres with use philosophical bases. On the other hand, both of national and international human rights arrangements have provisions about protection of individuals private lifes as well as recent developmetns.*

*If officers of health sector, especially physicians, reveal private informations of patients without their permission or legal tolerance, there can be seen three sanctions in terms of civil, criminal and administrative legal branches. In this paper, we deal with only criminal responsibilty of physicians about illegal disclosing of private informations in order to limit topic.*

**KEYWORDS:** *Private life, Protection of the individual's private life, Personal data, Physician data retention obligation, Illegal Revealing and Illegal Reaching of Datas.*

### I. GİRİŞ

Öğretide bireyin yaşam alanı, genelden özele iç içe girmiş üç daireden oluştuğu kabul edilmektedir. Çemberin en dış halkası, bireyin herkes tarafından kolaylıkla vakıf olabileceği, kamuya açık olan ve paylaşılmasında bir sakınca görmeyeceği yaşam alanıdır. Ortadaki halka, bireyin ancak yakın çevresi olarak tanımladığı kişilere müsaade ettiği alandır ki bu alana sınırlı ya da korumalı yaşam alanı da denilmektedir. En küçük ve en içteki halka ise, bireyin başkaları tarafından hatta en yakınları da dahil olmak üzere bilinmesini istemediği veya istemeyeceği iç dünyasında, manevi aleminde yaşamak istediği gizli ve sırlı alandır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Yahya Deryal, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu:Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti" **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara 2007, s. 72.



Özel hayatın korunması ve özel hayata saygı negatif karakterli bir haktır. Hakkın bu niteliği, anayasal düzenlemeler yapılırken, devlete ve topluma bu alana karışmama hatta gölge etmeme ödevi de yüklemektedir<sup>2</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki düzenlemeye paralel<sup>3</sup> 1982 Anayasası'nın 20. maddesi, "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığı altındaki "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" şeklinde düzenlemeyle amir hüküm ihdas etmiştir.

## II. Kişisel Veri, Hassas Veri Kavramları

Özel hayat kavramı, bireyin yaşam alanına başkalarının karışmasına müsaade etmemesi, bu alana ilişkin olarak serbestçe düzenleme yapabilmesi ve yaşayabilmesini ifade eden özerk<sup>4</sup> bir alandır. Bireyin özel hayatı kapsamında, kimlikleri, sırları, özel evrakları, yazışmaları, hayat tarzları, bedensel ve ruhsal sağlık durumları ve bunları ortaya koyan bilgi ve belgeleri, sözlü iletişimleri, cinsel hayatları gibi unsurlar yer almaktadır<sup>5</sup>. Özel hayatın korunması kapsamında yukarıda ifade ettiğimiz unsurların her birinin içeriğini oluşturan bilgi, belge, ve emareler kişisel veri olarak değerlendirilmektedir. Daha teknik bir ifadeyle, doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile

<sup>2</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, ss. 210-211. ; Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları 7. Baskı, Ankara 1993, s. 6.

<sup>3</sup> Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara 2007, s. 154.

<sup>4</sup> "Özerklik kavramı, bağımsız ve özgür bir şekilde düşünme, karar alma ve bu düşünce ve karar üzerinde hareket etme yeteneğidir. Bu rasyonel bir varlık olmanın temel ve mantıksal olarak gerekli bir özelliğidir. Özerklik bu anlamda insan doğasının ve her rasyonel doğanın kutsallığının temelini teşkil eder." Hazel Biggs, "Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis" (Türkçe Çevirisi), **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara 2007, s. 53.

<sup>5</sup> Erdoğan, s. 152.

ilişkilendirilebilecek her türlü bilgi ve belge kişisel veri olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>.

Kişisel verilerin korunması fikri ilk kez somut olarak İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında ileri sürülmüş ve bir takım rehber ilkeler kabul edilmiştir. Takip eden yıl içerisinde Avrupa Konseyi bünyesinde “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme” imzaya açılarak, Türkiye’nin de içinde bulunduğu üye devletlerce imzalanmıştır<sup>7</sup>. 24 Ekim 1995 tarihinde ise Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, kısa adı Veri Korunması Yönergesi olan “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması Yönergesi”ni yürürlüğe koymuştur<sup>8</sup>. Avrupa Topluluğu Veri Korunması Yönergesi’nin 2. maddesi, kişisel veri kavramını, gerçek bir kişi hakkında olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi şeklinde tanımlamaktadır. Avrupa Topluluğu Veri Korunması Yönergesi ışığında Adalet Bakanlığı tarafından 2003 yılında hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı”nın 3. maddesinde ise de “belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzelkişilere ilişkin bütün bilgiler” şeklinde ifade edilmiştir<sup>9</sup>.

Tıp alanında değişen ve gelişen teknoloji ve tedavi metotları ekseninde hastaya sunulan imkan ve desteğin sınırlarının genişlemesi, bireyin maddi ve manevi varlığının korunması ve buna bağlı bazı temel hakların sağlanması ihtiyacını da beraberinde getirmektedir<sup>10</sup>. Bu çerçevede hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kurulduğu ilk andan

---

<sup>6</sup> Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 33.

<sup>7</sup> Handan Yokuş Sevük (a), “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması” **Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 783. ; Başalp, s. 24.

<sup>8</sup> Başalp, s. 26.

<sup>9</sup> Başalp, s. 108. ; Engin Dinç, “Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslar arası Düzenlemeler ve Türkiye’nin Durumu” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006. s. 4.

<sup>10</sup> Nizamettin Aydın, “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı: 22, Aralık 2008. s. 298.

itibaren diğ er bir ifadeyle; hekimin, hastayla ilgili kişisel verilere ilk ulaş ma anından, hangi sebeple olursa olsun, hekim hasta ilişkisinin sona ermesi anına, hatta hastanın hayatını kaybetmesinden sonrası dönemde dahil<sup>11</sup>, kadar geçen süreç içerisinde hasta hakkında edinmiş oldu ğ u her türlü bilgi, belge v.s. gibi verilerde kişisel veri olarak kabul edilecektir. Söz konusu veriler, bireye ait diğ er kişisel verilerden (bireyin adı, soyadı, kimlikleri gibi öğrenilmesi ya da deş ifre edilmesi durumunda birey için mağduriyet boyutlarının çok olmadı ğ ı veriler) farklı olarak, öğrenilmeleri ya da deş ifre edilmeleri durumunda bireyin ciddi mağduriyetine yol açabilecek olması bu verilerin daha farklı düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Tıbbi verilerin açıklanmasının ya da kötüye kullanılmasının bireye vereceğ i zarar göz önüne alındı ğ ında bu tür verilerin toplanmalarının ve kaydedilmelerinin özel bir usule bağ lanması ve belli amaçlarla sınırlandırılması isabetli olacaktır<sup>12</sup>. Veri Korunması Yönergesi'nin 8/1. maddesinde ifade edilen veriler temel hassas verilerdir. Bu veriler, “ırk ve etnik unsurlara dair veriler”, “düşünce özgürlüğüne dahil olan veriler” ve konumuzla ilintili olması dolayısıyla “geniş anlamda sa ğ lık verileri” olarak sayılmış tır<sup>13</sup>.

Geniş anlamda sa ğ lık verileri, kişinin sa ğ lık durumuna ilişkin her türlü veri anlamındadır. Tıbbi veriler olarak da adlandırılmakta olan bu veriler, gerçek kişilerin sa ğ lık durumuna ilişkin olarak ancak sa ğ lık mesleğ i mensupları tarafından ulaş ılabilecek bilgilerdir. Tıbbi veri kavramının içeriğ i yukarıda ifade ettiğ imiz gibi geniş olarak de ğ erlendirilmelidir. Böylelikle; hastalı ğ ın türü, hastanın ve hastalı ğ ın öyküsü, teş his, tedavi, psikolojik belirtiler, uzuv eksiklikleri, muayene sonuçları, tıbbi tahlil sonuçları, görüntüleme filmleri, kişisel, ailevi, mesleki ve ekonomik duruma ilişkin bütün veriler kişisel veri olarak de ğ erlendirilmelidir. Hastanın, hekim tarafından bizzat muayene edildiğ ine dair bilgi, hastanın kimliğ i, adresi ve hatta sa ğ lık kurumuna

<sup>11</sup> Yusuf Büyükay, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğ ü”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII Sayı: 1-2 Yıl: 2004, s. 394.

<sup>12</sup> Sevik (a), ss. 784-785.

<sup>13</sup> Başalp, ss. 42-43.

getiriliş durumu da kişisel veri olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Bu çerçevede bireyin genetik yapısına ilişkin bilgileri de “kişisel veri” kapsamındadır<sup>15</sup>.

Genelde tıp mensuplarının özelde hekimlerin hasta ile ilgili kişisel verilerin hastanın izni ya da hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın açıklamaları durumunda hukuki, idari ve cezai olarak geniş yelpazede yaptırımlar karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmamızda konunun sınırlandırılması açısından sadece hekimlerin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak açıklanmasından kaynaklanan cezai sorumluluğu incelenecektir.

### III. Hekimin Veri Saklama ve Açıklamama Yükümlülüğü

Bireyin özel yaşamı ve özel yaşamına saygı duyulmasını isteme hakkı büyük ölçüde hastanın dışındaki özel ve tüzel kişilere bağlı olduğu görülmektedir. Hasta, tedavisinin öncesi, devamı ve sonrasında kendi ile ilgili birçok tıbbi veriyi kontrolünden, egemenlik alanından yitirmektedir. Bununla beraber tedavi ameliyeleri sırasında ve neticesinde elde edilen hastaya ait bulgu ve bilgiler, tıbbi ameliyelerin hekim dışında kişi ve kurumlara da açık olması sebebiyle, başka kişi ya da kurumların öğrenme alanına girmektedir. Bu durum bireyi korumasız ve tehlikelere açık bir hale getirmektedir. Bu da kötü niyetli kişilerin farklı gerekçelerle iştahını kabartmaktadır. Söz konusu tıbbi veriler, hastanın kontrolündeymiş gibi ya da en azından, hasta hekim ilişkisi içerisinde kaçınılmaz olarak yer alan hekim ya da yardımcı sağlık personelinin dışında kimselerin ulaşmasına engel olacak şekilde tutulmalı ve saklanmalıdır<sup>16</sup>.

Hekim-hasta ilişkisi güvene dayalı bir ilişkidir. Bu ilişki kapsamında hekim, hastanın kişisel ya da hassas olarak nitelendirilebilecek verilerine; sağlık alanındaki teknolojik gelişmelere paralel bir şekilde rahatlıkla ulaşabilecektir. Söz konusu bu durum hastaya ilişkin verilerin korunması kavramını gündeme getirmektedir. Hasta, hekime hastalığını ortaya koyan bilgi ve belgeleri güven ilişkisinin taraflara yüklemiş olduğu yükümlülük çerçevesinde gönül rahatlığıyla

---

<sup>14</sup> Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınları 7. Baskı, Ankara 2013 s. 798.

<sup>15</sup> Sevük (a), s. 785.

<sup>16</sup> Gürkan Sert, **Hasta Hakları**, Babil Yayınları, İstanbul 2004, s. 180.

teslim edebilmeli ve rızası olmadan açıklanmamasını isteyebilmelidir. Veri ya da verilerin korunması hekim-hasta ilişkisinde aktif rol alan hekime de veri ya da verileri saklama yükümlülüğü getirmektedir<sup>17</sup>. Kısacası hekim, tedavi faaliyeti öncesinde, sırasında ve sonrasında öğrendiği hastaya ait veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Buna verileri saklama yükümlülüğü denilmektedir<sup>18</sup>. Veri ya da verileri saklama yükümlülüğü hekim dışında, bilgisine müracaat edilen diğer hekimler, hekimin maiyetinde çalışan asistanlar, diğ hekimleri, veterinerler, eczacılar, tıp öğrencileri ve yardımcı sağlık personelleri açısından da bağlayıcıdır<sup>19</sup>. Aynı zamanda hastaya ait bilgilerin tutulmasında ve arşivlenmesinde görevli sağlık kuruluşunun idari personelleri de veri ya da verileri saklama yükümlülüğü altındadırlar. Söz konusu yükümlülük başta Hipokrat Yemini<sup>20</sup> olmak üzere, birçok tıp etiği<sup>21</sup> kurallarında, tıbbi deontoloji tüzüklerinde<sup>22</sup>, ulusal<sup>23</sup> ve uluslar arası<sup>24</sup> düzenlemelerde yer almaktadır.

<sup>17</sup> Deryal, s. 73.

<sup>18</sup> Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk**, İstanbul, 1991, s. 97.

<sup>19</sup> Hakeri, s. 796. ; Büyükay, s. 387.

<sup>20</sup> “Gerek sanatımın icrası, gerek sanat icrası dışında görüp işittiklerimden açıklanması lüzumlu olmayanları sır saklamayı bir ödev bilerek, ifşa etmekten sakınacağım”. Sert, s. 187.

<sup>21</sup> Dünya Sağlık Örgütü Uluslar arası Tıbbi Etik Kodu “Hastanın hekime güvenerek verdiği sırları saklaması hekimin borcudur”. ; Amerikan Sağlık örgütü Tıp Etiği Prensipleri “Hekim, hekimliği sırasında kendisine söylenen sırları veya hastanın karakterinde gördüğü eksiklikleri yasal bir zorunluluk olmadıkça veya toplumun iyiliği için gerekmedikçe açıklayamaz”. Sert, s.181.

<sup>22</sup> Bkz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m .4. ; Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m. 4.

<sup>23</sup> Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20. ; Ruh Hekimliği Meslek Etiği Kuralları m. 6. ; Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 9.

<sup>24</sup> Bkz. Dünya Hekimler Birliği’nin 1948 Cenevre, 1957 İstanbul, 1981 Lizbon, 1983 Venedik Bildirileri.

Peki yukarıda ifade ettiklerimiz bağlamında kişisel veri nedir ve hangi unsurlar hekimin kişisel verileri açıklamama yükümlülüğü kapsamında? Bir kimsenin görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrendiği saklı ve gizli tutulması gereken şey<sup>25</sup>, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan şey, bilme hakkı olanların dışında kalanların ulaşamaması gereken bilgi, açıklanması sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verme tehlikesi bulunan hususlar, sahibi açısından bilgiyi saklama yükümlülüğü olan talep edeni bakımından ise önünde engel olduğuna işaret edilen bilgi ve hastanın maddi ve manevi menfaatini zedeleyecek hususlar olarak ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Dolayısıyla hekimin veri saklama yükümlülüğü kapsamında, hastanın bakım, teşhis ve tedavisine ilişkin tüm kişisel bilgi, belge ve verileri yer almaktadır.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçu 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın II. Kitabının, II. Kısmının Dokuzuncu Bölümün de yer alan "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında<sup>27</sup> ve 136. madde metninde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme "*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" biçimindedir.

5237 sayılı TCK'da düzenlenmiş olan kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkasına verme, yayma veya ele geçirme suçunun Mülga 765 sayılı TCK'da tam karşılığı yer almamaktaydı<sup>28</sup>. Mülga kanunun 198. maddesindeki düzenleme meslek sırrının açıklaması biçimindeydi. Mülga düzenleme "*Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup da meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar*

---

<sup>25</sup> Büyükay, s. 386.

<sup>26</sup> Mehmet Akçakoca, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı 1-2, Yıl. 2007, s. 108.

<sup>27</sup> Daha ayrıntılı bilgi için, Ersan Şen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Özel Hayata Karşı Suçlar", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 2005/3, ss707-720..

<sup>28</sup> Akçakoca, s. 112.

*hapis ve elli liraya kadar ağır cezai nakdiye mahkum olur.”* biçimindeydi.

5237 sayılı TCK'nın 136. maddesinde ifade edilen “*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” biçimindeki düzenleme ile eski kanunun kullanmış olduğu “sır” kavramının yerine “kişisel veri” kavramını kullandığını görmekteyiz. Kanun koyucu bu tercihi ile sır kavramıyla dar tutulan suçun kapsamını genişletmiştir. Bunu da 135. maddenin gerekçe metninde “*Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.*” biçiminde ifade etmiştir<sup>29</sup>.

#### **IV. Korunan Hukuki Yarar**

Kişisel verilerin açıklanması bireyin özel hayatına müdahale niteliği taşımaktadır. Bu suç tipinin öngörülmesiyle korunan hukuki yarar kişinin özel hayatı ve kişilik haklarıdır<sup>30</sup>. Güven esasına dayanan hekim-hasta ilişkisi çerçevesinde; hasta, bakım, teşhis ve tedavi sürecinde kendisi için zarar, zorluk veya utanç verecek hususların ortaya çıkma kaygısını taşımaksızın hekime gidebilmelidir. Hassas veri olarak kabul edilen tıbbi verilerin, söz konusu düzenlemeyle, hekim ya da hekim dışındaki diğer tıp mesleği mensuplarınca hukuka aykırı olarak açıklanması halinde ilk planda kişinin sağlık hakkı korunmuş olacaktır. Kişinin sağlık hakkının korunması dolayısıyla, bireylerden oluşan toplumun da sağlık hakkı korunmuş olacaktır<sup>31</sup>. Nitekim AİHM’de vermiş olduğu bir kararında tıbbi verilerin gizliliğinin korunmasında hastanın ve toplumun yararı olduğunu kabul etmektedir<sup>32</sup>.

#### **V. Suçun Konusu**

5237 sayılı TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen suçta “kişisel veri” kavramından söz edilmektedir. Yani bu madde hükmünde suçun maddi unsurunu kişisel veriler oluşturmaktadır. Mülga Kanun

<sup>29</sup> Hakeri, ss. 797.

<sup>30</sup> Sevük (a), s. 794.

<sup>31</sup> Hakeri, ss. 796-797.

<sup>32</sup> Bkz. Case of Z v. Finland, Strasbourg, 25 February 1997, (9/1996/627/811) parag 97 (Sevük (a), s. 795. Dipnot 39).

hükümlerinde “kişisel veri” kavramından bahsedilmemiş, onun yerine kanun koyucu “sır” kavramı gibi kapsamı oldukça dar bir terimi kullanmayı tercih etmiştir<sup>33</sup>.

Yeni kanun kapsamında kullanılan “kişisel veri” kavramını, bireyi her yönüyle kuşatan ve başkalarıyla paylaşılmasında sakınca görünen, paylaşılması mukabilinde bireyi zor duruma düşürecek ya da bireye maddi ya da manevi zarar ıka edebilecek bilgiler bütünü olarak tanımlayabiliriz. Bu bağlamda nelerin kişisel bilgi olduğuna ilişkin saptamayı isabetli bir şekilde yapmamız gerekmektedir. Acaba, bireye ilişkin her türlü bilgi kapsamına neler girecektir. Bu konuda, yukarıda da ifade ettiğimiz unsurlar olan, bireyin kimlikleri, sırları, özel evrakları, yazışmaları, hayat tarzları, bedensel ve ruhsal sağlık durumları ve bunları ortaya koyan bilgi ve belgeleri, sözlü iletişimleri, cinsel hayatlarına ilişkin bilgiler bu kapsamda değerlendirilmelidir. “Avrupa Topluluğu Veri Koruması Yönergesi”nin 2. maddesi ve bu yönergeden esinlenerek Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı’nın 3. maddesi “kişisel veri” kavramını ortak bir potada birleştirmiştir. Söz konusu düzenlemeler göre, bireyi belirlenebilir kılacak her türlü kişisel bilgi “kişisel veri” olarak kabul edilmektedir.

Konumuz açısından kişisel veri kavramını gerçek kişilere ilişkin olan ve bir hastalık sebebiyle hekim ya da yardımcı sağlık personelinin de vakıf olduğu bununla beraber gizli kalmasında hastanın haklı bir yararının bulunduğu her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz<sup>34</sup>. Her türlü bilgi kavramının sınırını geniş tutmak söz konusu suçun konuluş amacını aşacaktır. Burada bahsedilen kişiye ait her türlü bilgiden anlamamız gereken, bireyin ancak başkalarının duymasını ve öğrenmesini istemeyeceği niteliğe haiz bilgilerdir. Hastanın başkasının duymasını ve öğrenmesini istemeyeceği verilerin neler olduğunun tespitinde esas alınması gereken unsur, söz konusu verilerin aynı durumdaki bir başka hastanın duyulmasını istemeyeceği verilerin neler olacağı değil (objektif unsur), bizzat hastanın başkaları tarafından öğrenilmesini ve duyulmasını istemeyeceği kişisel verileri (subjektif unsur) olarak algılamamız

---

<sup>33</sup> Hakeri, s. 797 ; Sevük (a), s. 795. ; Akçakoca, s. 113.

<sup>34</sup> Hakeri, s. 798. ; Sevük(a), s. 795.



gerekmektedir<sup>35</sup>. Özetle, ancak belirli ve sınırlı kişilere verilen gizli tutulmasında hastanın önemli ve anlaşılır bir yararının olduğu diğer bir ifadeyle makul bir nedeninin ve dolayısıyla korunmasında üstün nitelikte yararının bulunduğu her türlü veri kişisel veri olarak kabul edilebilir<sup>36</sup>.

Hastanın bizzat fiziki durumundan rahatlıkla gözlemlenebilen ya da bizzat hasta tarafından hastalığına ilişkin olarak deşifre ettiği bilgiler kişisel veri kapsamında değerlendirilemez. Esasen TCK verilerin gizli olmasını aramamış, verilerin kişisel olmasını yeterli görmüştür. Herkes tarafından bilinen ve kolaylıkla bilinmesi mümkün olabilecek verileri söz konusu suç kapsamında değerlendirmek maddenin kapsamını dayanılmaz ölçüde genişletmek olacaktır. O sebeple “kişisel veri” kavramının dar biçimde yorumlanması zorunluluğu vardır<sup>37</sup>.

Hekimin ya da sağlık personelinin hastaya ilişkin olarak öğrendiği kişisel veriler sağlık personeli dışındaki kişilere ait olmalıdır. Bu bilgiler hasta tarafından verilmiş, ancak üçüncü kişilere ait bilgiler de olabilir. Bu takdirde, bu bilgiler hekimin veri saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Örneğin hastanın, eşinin ya da çocuklarının hastalıklarına ilişkin olarak vermiş olduğu bilgiler de kişisel veri kapsamındadır ve hekim tarafından hukuka aykırılık gösterecek biçimde açıklanması mukabilinde hekimin cezai sorumluluğunu gerektirecektir<sup>38</sup>.

Hekim, günlük hayatında sosyal ya da bireysel münasebetleri gereği, hekim-hasta ilişkisi olmaksızın, birçok kişisel veriye vakıf olmaktadır. Bu tür edindiği kişisel veriler ve bu verilerin açıklanması bu kapsamda değerlendirilmemelidir<sup>39</sup>.

Hekimin bilirkişi olarak edindiği bilgileri yetkisiz kişilere açıklaması, TCK'nın 136. maddesi gereğince “hukuka aykırı şekilde veri verme” suçunu oluşturacaktır. Hekim ancak, mahkemeye veya savcılığa hukuka uygun olarak vermiş olduğu kişisel verilerden dolayı aynı madde

<sup>35</sup> Hakeri, s. 798. ; Sevük(a), ss. 795-796. ; Akçakoca, s. 114.

<sup>36</sup> Hakeri, ss. 798-799.

<sup>37</sup> Hakeri, s. 800. ; Sevük(a), s. 796.

<sup>38</sup> Hakeri, ss. 800-801.

<sup>39</sup> Hakeri, s. 801.

kapsamında sorumlu olmayacaktır<sup>40</sup>. Bununla beraber, hekimin bilgisine bilirkişi olarak başvurulması ve hekimin bilirkişi raporunu düzenlerken hastasının sırlarını raporuna yazması hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaz<sup>41</sup>.

Hekimin kişisel verileri, kural olarak, hem kendi ailesine hem de hastanın ailesine karşı saklama yükümlülüğü vardır. Hekim, hastasına ilişkin olarak edindiği bilgileri eşine, çocuklarına ve yakınlarına açıklayamazken, aynı şekilde hastanın ailesine de açıklayamaz. Bunun istisnası olarak, bir kişinin tedavi ve tetkiklerinde hastanın yanında aileden birinin bulunması durumudur. Burada, söz konusu kişiye bilgilerin aktarılması ya da bilgilere kişinin vakıf olması durumunda suç unsurları gerçekleşmiş olmaz<sup>42</sup>.

Hekimin, kişisel verileri açıklamama yükümlülüğü meselesi reşit olmayan çocuklara ilişkin bilgilerin ebeveynlerine açıklanıp açıklanamayacağı noktasında tartışmalıdır. Konunun önemi, ebeveynin çocuklar üzerinde kanundan kaynaklanan haklarını kullanmasından ileri gelmektedir. Çocuğun yaşının küçüklüğüne bağlı olarak ebeveyn çocukla ilgili verilere bilgilendirme hakkı kapsamında vakıf olacaktır. Ancak çocuğun gelişimine paralel olarak karar verme yeteneği de gelişecektir. Bundan dolayıdır ki, çocuk kendisine çok yakın olanları dahi bilgilendirme hakkına sahip olma statüsünden çıkarabilecektir. Örneğin tek başına kadın doğum uzmanına giden genç bir kız, henüz rıza verme hakkına sahip olmasa bile kural olarak sır saklama yükümlülüğünden sınırsız olarak faydalanma hakkına sahiptir<sup>43</sup>. Ancak ülkemizin gerçekleri göz önüne alındığında bu uygulamanın güçlüğü kuralın salt biçimde uygulamasını imkansız kılmaktadır.

## VI. Suçun Faili ve Mağduru

Bu suçun faili herkes olmakla beraber konumuz açısından fail öncelikle hekimdir. Hekim dışında kalan, bir başka hekim ya da yardımcı sağlık personeli olarak görev yapan ebe, hemşire, sağlık memuru, hasta

---

<sup>40</sup> Hakeri, s. 801.

<sup>41</sup> Büyükay, s. 388.

<sup>42</sup> Hakeri, s. 801.

<sup>43</sup> Hakeri, s. 802.

bakıcı, intörn ve eczacı gibi kişiler de bu suçun faili olabilirler<sup>44</sup>. Bunun yanı sıra, sağlık idarelerine sağlık personeli açıklarını giderme imkanı tanıyan 4924 sayılı “Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”<sup>45</sup>’a dayanarak çıkarılan yönetmeliğe göre, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek üzere sözleşmeli personel çalıştırılması esası benimsenmiştir. Bu çerçevede çalışan sağlık personeli olmayan kişilerde bu suçun faili olabilirler<sup>45</sup>. Bu anlamda kanunumuzun fail bakımından bir sınırlamaya gitmeyerek fail kategorisini geniş tuttuğunu görmekteyiz<sup>46</sup>.

Bu suçun mağduru genelde herkes olabilmekle beraber, konumuz açısından hasta olarak nitelendirilebilecek kişiler mağdur kapsamındadır<sup>47</sup>. Herkes kavramına, hasta olmaları ve kendilerine ait tıbbi verilerin rızaları hilafına açıklanmaları durumunda, hekimlerinde girebileceği gerçeğini hasta hakları çerçevesinde yapılan hararetili tartışmalar kapsamında hatırlatmak yerinde olacaktır.

## VII. Suçun Maddi Unsuru

Hekimin cezai sorumluluğu, geniş anlamda, hekimin teknik anlamda tıp mesleğini icrası esnasında işlemiş olduğu ya da işleyebileceği suçlardan dolayı sorumluluğunu ifade eder<sup>48</sup>. Hekimin, hastaya ilişkin tıbbi verileri hukuka aykırı olarak açıklaması da bu kapsamda değerlendirilerek 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun 136. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu suçun maddi unsuru, başkasına ait kişisel verileri hukuka aykırı biçimde vermek, yaymak ve ele geçirmektir<sup>49</sup>. Bunlar seçimlik hareketler olup bunlardan birinin yapılması suçun oluşması açısından

<sup>44</sup> Hakeri, s. 803.

<sup>45</sup> Aydın, ss. 319-320.

<sup>46</sup> Hakeri, s. 804. ; Akçakoca, s. 114.

<sup>47</sup> Akçakoca, s. 114.

<sup>48</sup> Selahattin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 1-4, Yıl: 1978, s. 57.

<sup>49</sup> Hakeri, s. 804. ; Sevük(a) , s. 797. ; Akçakoca, s. 116.

yeterlidir<sup>50</sup>. Verme, kişisel bilgilerin bir başkasına sözlü veya yazılı olarak aktarılmasıdır. Yayma, bilgi sahibi olmayan üçüncü kişilere karşı gizli tutulması gereken unsurlar hakkında bilgi verilmesi ve böylece kişisel verilerin duyurulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kişiye ait verilerin içeriğinin bir ya da birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunulmasıdır. Ele geçirme ise, kişiye ait bilgiler üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı halde, bu bilgiler üzerinde hukuka aykırı olarak tasarruf edebilecek şekilde edinmedir. Diğer bir deyişle, veriler başkasının tasarrufu altında iken bir başkası tarafından elde edilmesidir<sup>51</sup>. Tıp ceza hukuku anlamında, hastanın güvenerek sağlık personeline aktardığı ya da sağlık personeli tarafından edinilen bilgilerin kanunumuzdaki ifadeyle kişisel verilerin söz konusu bilgilere sahip olmayan ya da konuları itibarıyla ulaşamayacak kişilere aktarılmasıdır<sup>52</sup>.

Kişisel verilerin, bir kişiye verilmesi veya açıklanması suçun oluşması için yeterlidir. Burada önemli olan bilinmemesi ya da öğrenilmemesi gereken veri ya da verilerin başkalarının öğrenilmiş olma niteliği kazanarak deşifre olmasıdır. Ayrıca herkes tarafından bilinmesi şart değildir. Kişisel verilerin veri saklama yükümlülüğü altında olan bir başka hekime aktarılması aynı şekilde suç oluşturmaktadır. Ancak, tedavi sürecinde hastaya ilişkin bazı verilerin sağlık personeli arasında tedaviye yönelik olarak (konsültasyon) bilgi alışverişinde bulunulması biçiminde paylaşılması kanunda verme, yayma ve ele geçirme olarak kabul edilemez<sup>53</sup>.

Bu suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği noktasında öğretici hemfikir değildir. Hekimin, başkalarının kolayca görebileceği ya da ulaşabileceği bir yere hastaya ait bilgilerin bırakılması yoluyla bu suçun işlenebileceğini söyleyenler olduğu<sup>54</sup> gibi söz konusu bilgilerin ortada bırakılmasının bu suçu oluşturmayacağını savunan yazarlar da vardır<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Akçakoca, s. 116.

<sup>51</sup> Hakeri, s. 804 . ; Sevük (a), s. 798.

<sup>52</sup> Hakeri, s. 805 .

<sup>53</sup> Hakeri, s. 805.

<sup>54</sup> Bakınız, (Hakeri, s. 805, 9 nolu dipnottan).

<sup>55</sup> Bakınız, (Hakeri, s. 805, 10 nolu dipnottan). ; Akçakoca, s. 117.

Bu suçla ilgili olarak önemli bir başka hususda hastanın ölümü sonrasında hekimin veri saklama yükümlülüğünün devam edip etmeyeceğidir. Bazı ülke kanunlarında veri ya da verileri saklama yükümlülüğünün devam edeceği yönünde düzenlemeler vardır<sup>56</sup>. Hekimin veri saklama yükümlülüğü esas itibarıyla hastanın ölümünden sonra da devam etmektedir. Ancak bazı hallerde hekimin veri saklama yükümlülüğünün ölümünden sonra da devam ettiğini kabul etmek bazen ölen hastanın iradesine, bazen de mirasçıların menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır<sup>57</sup>.

Ülkemiz sağlık kurumlarında sunulan sağlık hizmetleri göz önüne alındığında birden fazla kimsenin aynı mekanda (koğuşlarda) tedavi hizmetlerinden yararlanmaya çalıştığını, insan onur ve haysiyetinin yükselen değer olduğu günümüz dünyasında, üzülmeye sebep gözlemlemekteyiz. Bu halde, söz konusu tedavi hizmetleri neredeyse kamuya açık bir hal almış durumdadır. Böylece bireyin hastalığına ilişkin bilgileri başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilebilmekte ve deşifre edilmektedir. Hastanın söz konusu durum karşısında, hastalığına ilişkin bilgilerin ya da bilgilendirmenin kimsenin olmadığı başka bir ortamda yapılması konusundaki talebine, hekimin duyarsız kalması hekim açısından veri saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir.

Veri saklama yükümlülüğü kapsamına hastane idaresi ve hastane idari personeli de girmektedir. Hekimlerin hasta ile ilgili yapmış oldukları her türlü yazışma kural olarak hastane idaresinden saklanmalıdır. Ancak hastane idaresinin kontrol, planlama ve güvenlik gerekçeleriyle ve veri saklama yükümlülüğüne aykırı davranmamak şartıyla idareye bilgiler aktarılır.<sup>58</sup>

### **VIII. Suçun Manevi Unsuru**

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Genel kast yeterlidir. Failin hangi saikle hareket ettiğinin suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Taksirle işlenmesi halinde faile yani hekime ya da yardımcı sağlık personeline herhangi bir cezai müeyyide uygulanmayacaktır. Hekimin,

<sup>56</sup> Hakeri, s. 806.

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız , Büyükay, ss. 394-395.

<sup>58</sup> Hakeri, s. 805.

hastasına ilişkin bilgi notlarını başkalarının görebileceği bir mahalde unutulması ve neticesinde hastaya ait bilgilerin deşifre olabilecek bir nitelik kazanması halinde kasıt söz konusu olmayacağından suç da oluşmayacaktır<sup>59</sup>.

### **IX. Hukuka Uygunluk Nedenleri**

Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 5. maddesinde kişiye ait verilerin ancak kişinin açık rızasıyla işlenebileceğini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra kişinin iradesini açıklayamayacağı durumlarda, kanunun öngörmüş olduğu bir zorunluluk halinde veya başkasının hayatını ve beden bütünlüğünü korumak amacıyla, kişisel verilerin işlenmesi durumunda verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır. Dolayısıyla hekim ve sır saklama yükümlülüğü bulunan diğer kişiler cezalandırılmayacaklardır<sup>60</sup>.

#### **A. Hastanın Rızası**

Hastanın rızası ile hekimin tıbbi müdahalede bulunması neticesinde hasta üzerinde meydana gelen neticeler önem taşımaksızın hukuka uygun olarak kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Aynı şekilde de hastanın hastalığına ilişkin kişisel verilerinin açıklanması noktasında rıza göstermesi durumunda, kişisel veriler hukukun koruduğu kurallar çerçevesinde açıklanmış olacağından açıklayan kişinin, çalışmamızda hekim ve veri saklama ve açıklamama yükümlülüğü olan diğer kişilerin, genelde hukuksal özelde cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Yapmış olduğu meslek icabı kamuya mal olmuş bir sanatçının izniyle, hekimi tarafından yazılı ve görsel medya araçlarına sağlık durumuna ilişkin olarak yaptırdığı açıklama rızaen yapılmış bir açıklamadır. Dolayısıyla hekim açısından kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde açıklanması sonucunu doğuracak bir durum değildir. Rıza, yukarıda ifade

---

<sup>59</sup> Hakeri, s. 808. ; Sevük(a) , s. 801. ; Akçakoca, s. 117.

<sup>60</sup> Hakeri, s. 808. ; Sevük (a), s.801.

<sup>61</sup> Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972, ss.78-79 ; Handan Yokuş Sevük (b), "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2006, ss. 228-229.

ettiğimiz gibi açık bir şekilde olabileceği gibi, yine yukarıdaki örneğimizden hareketle sanatçının hekiminin mahkemeye tanık olarak davet edilmesi durumundaki gibi zımnî biçimde de olabilir<sup>62</sup>.

Tıp biliminin baş döndürücü bir gelişme sergilediği bir vakıdır. Bu gelişmeye paralel olarak bazı hastalıklara ilişkin olarak birçok tıbbî müdahale ve tedavi yöntemi birden fazla hekim ya da sağlık personelinin bir araya gelerek tıbbî ameliye sergilemelerini gerekli kılmaktadır. İşte tam da bu noktada, hastanın sağlık durumuna hekimi dışında kalan diğer hekim ya da sağlık çalışanlarının da vakıf olması söz konusu olacaktır. Hekimin, hastasının kişisel verilerini, bir başka hekime ya da bir başka kimseye vermesi veyahut başkalarının bu verilere rahatlıkla ulaşmasını sağlaması kural olarak veri saklama ve açıklamama yükümlülüğünün ihlali anlamındadır. Ancak, birden fazla kimsenin tıbbî ameliyesini gerektiren durumlarda (konsültasyon ve ekip ameliyatları gibi) tıbbî ameliyede bulunan sağlık personelinin hastaya ilişkin verilere vakıf olması veri saklama ve açıklamama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyecektir. Çünkü bu tıbbî ameliyelerin doğal bir sonucudur aynı zamanda öğretide hastanın bu konuya yönelik olarak zımnî rızasının bulunduğu da kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Bunun yanı sıra hastanın kişisel verilerine ulaşan sağlık çalışanlarının veri saklama ve açıklamama yükümlülüğünün de tıpkı hekimin hastasında olduğu gibi devam edecektir. Yani bu verileri hastanın rızası olmaksızın açıklamayacaktır.

Hastanın rızasına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka nokta da hastanın rızasını bildiremeyecek bir durumda olması (akıl hastalığı ve bitkisel hayat gibi haller) sebebiyle tıbbî müdahale yapılması ve bu esnada kişisel verilerine ulaşılmış olması halidir. Bu haller bireyin akli melekelerini kullanma yeteneğinin olmadığı hallerdir. Bu durumda hastanın rızasının alınması mümkün olmadığından kişisel verilerinin korunmasına yönelik bir yararın varlığı da söz konusu olmayacağından ve zamanında sorulma imkanı da bulunmadığından bu gibi durumlarda bireyin rızasının var olduğu kabul edilir. Bu gibi durumlarda hastanın yakın akrabalarına bilgi verilmesi hekimin veri saklama ve açıklamama yükümlülüğünü, yukarıda ifade ettiğimiz gerekçelerle, ihlal anlamına

<sup>62</sup> Hakeri, ss. 808-809. ; Sevik (a), s.801.

<sup>63</sup> Hakeri, s. 809-810.

gelmeyecektir. Bu husus bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir<sup>64</sup>

### **B. Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi**

Hekim, hastasına ilişkin kişisel verileri ancak kanunun kendisine müsaade ettiği çerçeve kapsamında bildirebilir. Bu durumda hekim kanun hükümünün icrasını gerçekleştireceğinden veri saklama ve açıklamama yükümlülüğüne aykırı davranmış olmayacak ve sonucunda cezalandırılmayacaktır<sup>65</sup>. Bu görev ceza mevzuatımızdan<sup>66</sup> kaynaklanabileceği gibi sağlık mevzuatından<sup>67</sup> da kaynaklanmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı m. 6/3-a da *“Kanunun öngördüğü bir zorunluluk dolayısıyla, kamu yararına veya resmi olarak verilmiş bir görevin yerine getirilmesi amacıyla veri işlenmesi”* halinde fiilin hukuka aykırı olmayacağı belirtilmiştir<sup>68</sup>.

Kanun, hekime belirli hususları açıklama yönünde bir görev yüklemişse bu durum kanun hükümünün icrası olacağı için söz konusu fiil hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilecek aksi durumda ise görevin yerine getirilmemesi suç teşkil edecektir. Bu anlamda TCK'nın 279 ve 280. maddeleri bu tür yükümlülükler içermektedir. Bunun yanı sıra Umumi Hıfzıssıhha Kanunu 57, 97, 104, 113 ve 114. maddeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 159. maddesi, Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 32 ve 40. maddeleri, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 86. maddesi bazı hallerde bildirim yükümlülüğü getirmiştir<sup>69</sup>.

Ceza Kanunu ve CMK, hekime ve sağlık personeline bir yandan hastaya ilişkin kişisel verilerin açıklanmasını yasaklama ve hasta aleyhine tanıklıktan kaçınabilme hakkı tanırken diğer taraftan ise tam tersi nitelikte bir düzenlemeyi 279 ve 280. maddede düzenlemiştir.

---

<sup>64</sup> Hakeri, s. 810 ; Sevük(a), s. 802.

<sup>65</sup> Hakeri, s. 811.

<sup>66</sup> Bakınız, TCK m. 279-280. ; CMK m. 159/1. ; ÇKK m. 6.

<sup>67</sup> Bakınız, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57. ; Yataklı Tedavi Kurumları İşletmeciliği Yönetmeliği m. 86. ; Özel Hastaneler Tüzüğü m. 32 ve 40.

<sup>68</sup> Sevük (a), s. 803.

<sup>69</sup> Hakeri, s. 811.



Düzenlemeye göre sağlık mensupları, gerek kamu görevlisi olsun gerekse olmasın, görevlerini ifa ettikleri esnada öğrendikleri suçları yetkili makamlara bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Ancak, görevini ifa esnasında ya da görevle bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini gören hekim ya da sağlık personelinin bu hükme aykırı davranması durumunda karşılaşılabilecek müeyyide, hekim ya da sağlık personelinin kamu görevlisi olmasına ve olmamasına göre değişmektedir. Şöyle ki, 279. madde kamu görevlisi olan sağlık mensubu açısından yapılan düzenlemedir. 280. madde ise kamu görevlisi sıfatına haiz olmayan sağlık çalışanları için öngörülmüştür<sup>70</sup>.

## **X. Kusurluluğu Kaldıran Sebep**

### **A. Zorunluluk Hali**

Hekim hastaya ilişkin verileri zorunluluk gerektiren durumlarda açıklayabilir. Hekimin kişisel verileri açıklanması hangi hallerde zorunluluk hali olarak kabul edilecek ve hekimin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir hal olarak değerlendirilecektir?. Kanunumuzun düzenlemesine göre, hekimin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecek eyleminin, hastanın korunan hukuki yararından daha yüksek veya en azından onunla eşit olması bunun yanı sıra hekimin suç oluşturan eyleminin yapılmasının tehlikenin önlenmesi bakımından zorunlu olması gerekmektedir. Akıl hastalığına yakalanmış bir hastanın sağlık durumuna ilişkin tıbbi veriler kişisel veri olarak telakki edilmelidir. Ancak bahsedilen hastalığa kapılan kişinin tedavi altına alınması hem kendi sağlığı hem de toplum sağlığı açısından daha üstün nitelikte bir yarar sağlayacaktır. Böyle bir durum karşısında kişinin akıl hastalığının hekime bildirilmesi ya da hekimin akıl hastası olan hastasını gerekli güvenlik tedbirlerin alınması amacıyla ilgili mercilere bildirilmesi zorunluluk hali olarak değerlendirilecektir<sup>71</sup>.

AIDS hastalığına yakalanmış eşin sağlık durumuna ilişkin verilerin bildirilmesi<sup>72</sup>, eşyanın tabiatı gereği, diğer eşin sağlık ve yaşam

<sup>70</sup> Hakeri, ss. 811-812.

<sup>71</sup> Hakeri, s. 814.

<sup>72</sup> AİDS hastalığı, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 57. maddesi kapsamında bildirilmesi zorunlu olan hastalıklar arasına 1985 yılında dahil edilmiştir.(Sevük(a) , ss. 803-804).

hakkının korunmasından daha üstün değerde olmadığından zorunluluk gerektiren bir durum olarak değerlendirilerek hekimin veri saklama ve açıklamama yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu konuda öğretiyi mutabık olmakla beraber, hekimin söz konusu durumu ayrıca diğer eşe bildirmemesi gerektiği ancak hekim diğer eş bakımından da garantörse, yani her iki eşinde hekimi ise, o takdirde bildirme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Bu görüşün yanı sıra bizimde katıldığımız görüş yanlılarınca, daha üstün bir yararın korunması amacıyla diğer eşe bildirmeme yükümlülüğünün ihlal edilebileceği, hatta ihlal edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>73</sup>.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, özellikle Almanya ve Amerika uygulamasında, bazı ortak suç türlerinin işlendiğini öğrenen hekim açısından bildirme yükümlülüğü getirilmektedir. Söz konusu hükümler gereğince hekim, özellikle çocukların cinsel istismarı ve çocuklara kötü muamele, silahlı yaralama, bulaşıcı hastalıklar gibi ağır suçların öğrenilmesi ve dahi tekrarı tehlikesi durumlarında adli makamlara bildirilme yükümlülüğü altındadır.<sup>74</sup>

### **XI. Nitelikli Haller**

TCK'nın 137. maddesinde düzenlenen hüküm, suçun kamu görevli tarafından görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak, bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi hallerinde verilecek ceza yarı oranında artırılır demektir. Kamu görevlisi olan hekim ya da sağlık personeli tarafından yukarıda ifade ettiğimiz kanun hükmünün ihlali çerçevesinde kabul edilebilecek hastaya ait kişisel verilerin açıklanması durumunda verilecek ceza yarı oranında artırılmak suretiyle belirlenecektir<sup>75</sup>.

### **XII. Suçun Özel Görünüş Biçimleri**

#### **A. Teşebbüs**

TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen bu suçta teşebbüs mümkündür. Şöyle ki, hekimin hastasına ait kişisel verileri belge biçiminde vermesi suretiyle açıklaması durumunda, belge ya da

---

<sup>73</sup> Hakeri, ss. 485-487.

<sup>74</sup> Hakeri, ss. 813, 815.

<sup>75</sup> Hakeri, s. 819. ; Akçakoca, s.118.

belgelerin içeriğine hukuken nüfuz etme hakkı bulunmayan üçüncü kişilerin eline geçmeden, ele geçirilmesi durumunda söz konusu suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Ancak, hekimin hastasının hastalığına ilişkin kişisel veri olarak değerlendirilecek bilgileri örneğin bir basın toplantısı esnasında şifahen açıklamasıyla, ani suç (neticesi harekete bitişik suç), oluşmuş olacağından bu halde suça teşebbüs söz konusu olmayacaktır<sup>76</sup>.

Hastaya ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verme fiilinin dışında yayma ve ele geçirme şeklinde işlenmesi hallerinde de teşebbüs mümkündür. Hekim hastasının HIV virüsü taşıyıcısı olduğuna ilişkin Eliza Testinin pozitif sonuçlarını yayınlaması için bir dergiye göndermesi üzerine belgelerin postada ele geçirilmesi hali örnek olarak verilebilir<sup>77</sup>.

### **B. İştirak**

İştirak kurallarının bütün halleri bu suç kapsamında mümkündür. Şöyle ki, hastaya ait kişisel verileri hastanın hekimi ile birlikte hukuka aykırı bir biçimde yayan, veren veya ele geçirmek suretiyle gerçekleştiren, azmettiren ve yardım eden iştirak hükümlerince cezalandırılacaklardır. Ancak iştirakte bağlılık kuralı gereğince, hekimin verileri açıklaması hukuka aykırılık olarak değerlendirilemeyecekse hekimin fiiline iştirak eden kişilerde cezalandırılmazlar<sup>78</sup>.

### **C. İçtima**

TCK m. 136'da düzenlenen suç seçimlik hareketli bir suçtur. Hekim hastasına ait bilgilere, hekim-hasta ilişkisi başladığı andan, söz konusu ilişkinin bittiği ana kadar geçen süreçte bizzat ya da konsültasyon ve ekip ameliyatları gibi zorunlu hallerde de dolaylı olarak vakıf olabilmektedir. Ulaşmış olduğu kişisel verileri hekimin hukuka aykırı bir biçimde vermesi ve yayması suçtur. Ayrıca hukuka aykırı bir biçimde ele geçirmesi de suç oluşturacaktır. Ancak hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilen kişisel verinin ayrıca verilmesi suretiyle suçun işlenmesinde iki ayrı suç değil tek suç oluşacaktır. Verme eylemi cezalandırılmayan sonraki eylemdir. Bu sonuç yukarıda da ifade ettiğimiz gibi suçun

<sup>76</sup> Sevük (a), s. 809. ; Akçakoca, s. 118.

<sup>77</sup> Sevük (a), s. 809.

<sup>78</sup> Sevük (a), s. 809. ; Akçakoca, ss. 118-119.

seçimlik hareketli bir suç olmasının bir sonucudur. Ancak bu durum temel ceza belirlenirken göz önünde bulundurulacaktır<sup>79</sup>.

### SONUÇ

“Özel hayat” ve “özel hayata saygı” kavramları günümüz anayasalarının yükselen kavramsal değerleridir. Söz konusu kavramların anayasalarda yer alması anayasa yapıcının bir iyi niyet göstergesi olarak değerlendirilebilir. Ancak, söz konusu kavramların, içeriği ve kişiye sağlamış olduğu koruma anayasalarda yer almaktan öteye gitmeli, gidebilmelidir. 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önceki düzenlemeler; özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek kişisel veriler olarak ifade edilen, kişiyi bilinir kılabilecek her türlü bilgi, belge, emare v.s. gibi belirleyicilerin bireyin izni olmaksızın deşifre edilemeyeceğine ve deşifre edilmesi mukabilinde öngörülen yaptırımlar kişiye dolaylı koruma sağlamaktaydı. Çerçevesi anayasal normla çizilmiş bulunan kişinin “özel hayatı” ve “özel hayatına saygı” kavramları, yeni Ceza Kanunu’nda kavram olarak ilk kez düzenlenmek suretiyle daha etkin bir güvenceye kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenleme bu anlamda, öğretiyi hem fikir olarak, isabetli olmuştur.

Kişinin özel hayatı kapsamında koruma altına alınan kişisel verileri arasında kişinin sağlık durumuna ilişkin olanları, diğer kişisel verilere nazaran, daha ayrıcalıklı biçimde korunmalıdır. Çünkü kişinin sağlık durumuna ilişkin verilerin deşifre edilmesi kişiye ait diğer verilerin deşifre edilmesi sonucuyla karşılaştırıldığında, kişinin aleyhine daha ciddi sonuçlar doğurmak suretiyle zarar verecektir. Örneğin, kişinin isminin ya da vatandaşlık numarasının bilinmesi ile ruh sağlığına ilişkin verilerin bilinmesinin sonuçları bizim gibi ülkelerde elbette ki farklı olacaktır. Kişinin toplum nezdindeki konumu, mesleği, eğitim düzeyi, v.s. gibi toplumda kişiye yer edinmesini sağlayan belirleyiciler de göz önüne alındığında sonuçları daha da vahim olabilecek örnekler ortaya çıkacaktır. Hatta, insan hayatının sone ermesi, intihar vakaları gibi, olumsuz ve istenmeyen sonuçlar doğuran durumlarla da karşılaştırılması kaçınılmaz olabilecektir. Bu ve benzeri örnekler bu konunun önemini vurgulama da bizlere yol gösterici olmalıdır.

---

<sup>79</sup> Akçakoca, s. 119.

5237 sayılı TCK'nın 136. maddesindeki düzenlemeyle hekim-hasta ilişkisinde kişisel verilerin deşifre edilmesiyle zarar gören hastanın, hekim ve sağlık çalışanları tarafından "hassas veri" olarak adlandırdığımız kişisel verilerinin hukuka aykırı biçimde yayılması, verilmesi ve ele geçirilmesi suretiyle deşifre edilmesi hallerinde gerekli korumayı elbette ki sağlayacaktır. TCK'nın hastanın kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, yayılması ve verilmesi hallerinde sağlamış olduğu koruma, 2003 yılında hazırlanan "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı"nın, ceza kanununa göre özel bir kanun olması sebebiyle, bir an önce Meclis gündemine alınarak yasalaşması gereği ve gerçeğini göz ardı etmemizi gerektirecek bir durum olarak değerlendirilemez.

#### KAYNAKÇA

AKÇAKOCA, Mehmet, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğüne Aykırı Davranmasının Ceza Hukuku Açısından Doğuracağı Sorumluluk", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı 1-2, Yıl. 2007.

AYAN, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk**, İstanbul, 1991.

AYDIN, Nizamettin, "Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Aralık 2008.

BAŞALP, Nilgün, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

BAYRAKTAR, Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul 1972.

BIGGS, Hazel, "Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis" (Türkçe Çevirisi), **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara 2007.

BÜYÜKAY, Yusuf, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt VIII Sayı: 1-2 Yıl: 2004.

DERYAL, Yahya, "Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırının Korunması ve Beden Mahremiyeti" **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara 2007.

DİNÇ, Engin, “Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslar arası Düzenlemeler ve Türkiye’nin Durumu” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006.

ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara 2007.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa 2000.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları 7. Baskı, Ankara 1993.

KEYMAN, Selahattin, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 1-4, Yıl: 1978.

SERT, Gürkan, **Hasta Hakları**, Babil Yayınları, İstanbul 2004.

SEVÜK, Handan Yokuş (a), “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması” **Tıp Ceza Hukuku’nun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008.

------(b), “Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Yeni Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2006.

ŞEN, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nd a Özel Hayata Karşı Suçlar”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 79, Sayı: 2005/3.

**İDARÎ YARGILAMA USÛLÛ KANUNU'NUN  
11.MADDESİNE GÖRE YAPILAN İDARÎ  
BAŞVURULAR**

**Arş. Gör. Yusuf DENİZ\***

**Arş. Gör. Selman Sacit BOZ\*\***

**Arş. Gör. Mehmet Fatih GÛRKAN\*\*\***

**ÖZET**

*İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11.maddesi, İdare Hukuku'nun asli unsurları olan idare edilen ve idare edenler açısından büyük bir öneme sahiptir. Şöyle ki idare edilen bu başvuru usûlünü kullanarak durumu kendi lehine çevirme yollarını arar. Aynı şekilde bu hüküm, idarenin tesis etmiş olduğu işlemi bir kez daha gözden geçirmesini sağlar. Bu çalışmada bu önemli hüküm değerlendirme konusu yapılacaktır.*

***ANAHTAR KELİMELELER:** İdarenin denetimi, idarî yargı, idarî başvuru, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi, idarî usûl.*

**ADMINISTRATIVE APPLICATIONS IN ACCORDANCE  
WITH ARTICLE 11 OF ADMINISTRATIVE TRIAL  
PROCEDURE ACT**

---

\* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
İletişim: yusufdeniz58@hotmail.com.

\*\* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
İletişim: selmansacitboz@gmail.com.

\*\*\* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi  
İletişim: mehmetfatihgurkan@gmail.com.

### **ABSTRACT**

*Article 11 of Administrative Trial Procedure Act has a great significance for the governing and governed parties which are the fundamental elements of Administrative Law. That is to say, the governed party looks for the way to tip the scales in his favour by using this application method. In the same way, this provision enables that the procedure facilitated by the administration is revised. This work will evaluate this significant provision.*

**KEY WORDS:** *supervision of the administration, administrative procedure, administrative application, article 11 of Administrative Trial Procedure Act, administrative method*

### **GİRİŞ**

İdarî Yargı Düzeni, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesi amacıyla var olan yargı düzenidir. İdarî yargı denetiminin işleme, idarenin, öncelikle, bir faaliyette bulunmasına ve idare edilenlerce de bu faaliyetin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ve sonuçta, bu faaliyeti konu edinen idarî işlemin yapıldığı tarihten geçerli olarak hukuk düzeninden kaldırılması ya da bu işlem veya eylemden doğan maddî veya manevî zararların giderilmesi için İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda öngörülen dava türlerinden (iptal ve tam yargı davalarından) birine uygun olarak başvuruda bulunulmasına bağlıdır.

İdare edilenlerin başvurusu olmadan idarî yargı denetiminin işlerlik kazanmasına olanak bulunmadığı gibi, idarece tesis edilmiş bir işlem, yapılmış bir eylem yoksa salt idare edilenlerin başvurusu da idarenin yargısal yoldan denetlenebilmesi için yeterli değildir. Ancak, idarenin faaliyetlerinin yargısal denetimi süreci uzun süreli ve ekonomik olarak masraflı bir süreçtir. Yargı yolu, hak aramada tek yöntem de değildir. Kişiler, dilek ve şikâyetleri hakkında, idarî makamlara başvurma hakkına sahiptir. Kişilerin dilek ve şikâyetlerini iletmek için idarî makamlara yaptıkları müracaatlar, idarî başvurular olarak ifade edilmektedir. İdarî başvuru yöntemi yargı yoluna oranla daha az masraflı ve daha kısa sürede neticelenebilecek bir yöntemdir.

“Üst Makamlara Başvurma” başlığı altında düzenlenen İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi hükmü, gerek kendiliğinden,



yani idare edilenlerin bir başvurusu olmadan, gerekse idare edilenlerin başvurusu üzerine idare tarafından tesis edilen bir işlemin varlığı halinde uygulanabilir nitelikte önemli bir idarî başvuru türüdür. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu madde ile idare edilenlere, haklarını veya menfaatlerini (çevre, tarihî ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlarda menfaatlerini) ihlâl eden idarî işlemlerin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması veya yenisinin yapılması konusunda, idarî dava açmadan önce, idareye son bir kez başvuruda bulunma hakkı tanınmaktadır. Bunun için de, daha önce idarece yapılmış bir idarî işlemin bulunması gerekmektedir. Düzenlemenin amacı; bir yönden, hukuka bağlı idare anlayışına uygun davranmak durumunda olan idareye, yapmış olduğu hukuka aykırı idarî işlemini, dava yoluna gidilmesine gerek bırakmaksızın, düzeltme olanağı tanımak; diğer yönden de, idare edilenlerin, uzun ve masraflı yargı başvurusu yerine, daha kısa ve masrafsız olan idarî başvurusu ile hedeflerine ulaşabilmelerini sağlamaktır.

Çalışmamızda izlenecek metot şöyledir: Öncelikle İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine genel olarak değinilip bu madde uyarınca yapılacak başvurunun şartları incelenecek en son olarak da yapılan başvurunun idarî dava açma süresine etkisi üzerinde durulacaktır. Çalışmamızda İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi gereğince yapılacak başvurular ayrıntılı bir şekilde ele alınacak ve yeri geldikçe konu ile ilgili Danıştay kararlarına yer verilerek Danıştay'ın konuya ilişkin bakış açısı belirlenmeye çalışılacaktır.

### **I. GENEL OLARAK İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NUN 11. MADDESİ VE MADDENİN KAPSAMINA GİREN DURUMLAR**

En genel ifade ile idarî makamlara yapılan başvurular olarak ifade edilebilen idarî başvuru kavramı özel hukuka ilişkin ve kamu hukukuna ilişkin başvurular olmak üzere ikili bir ayırımla ele alınır. Bireyler özel hukukla ilgili konularda özel hukuk kişilerine başvuru yapabilecekleri gibi idarî birimlere kamu hukukuna ilişkin başvurularda bulunabilirler<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> DURAN, Lütfi, "İdarî Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 12, S. 1, s. 9.

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

Kamusal başvurular, yapılan başvurunun içeriği göz önüne alındığında, yargısal başvurular ve idarî başvurular olmak üzere ikiye ayrılır<sup>2</sup>. Bu sınıflandırmada, başvuru hakkının kullanılıp kullanılmadığı, başvuru sonucu izlenen usûller ve elde edilen sonuçlar dikkate alınmaktadır<sup>3</sup>. Ancak, kamusal başvurular idarî ve yargısal olarak sınıflandırıldığında, siyasal başvurular, ayrı bir kategoride ele alınmamakta ve idarî başvuru kapsamında değerlendirilmektedir<sup>4</sup>. Kişilerin yasama organına yaptıkları her türlü başvuruyu ifade eden siyasî başvurular, gerek izlenen usûl gerekse uygulanan yaptırım bakımından idarî başvurulardan farklılıklar taşımaktadır. Maddî açıdan yapılan bu tasnifin siyasal başvuruları açıklayamaması nedeniyle kamusal başvurular, başvurunun yapıldığı organa göre, idarî başvurular, siyasî başvurular ve yargısal başvurular olmak üzere üç grupta tasnif edilmiştir<sup>5</sup>.

Kamu hukukuna ilişkin başvurular Yıldırım tarafından “*kişilerin menfaatleri bulunan ve idarî işlev kapsamına giren konularda, kamusal makamlara yaptıkları başvuruların tümü*”<sup>6</sup> ile kamu yararını korumak

<sup>2</sup> YILDIRIM, Ramazan, **İdarî Başvurular**, B. 2, Konya, 2006, s. 68.

<sup>3</sup> SEZER, Yasin / BİLGİN, Hüseyin, “*Danıştay Kararlarında İdarî Başvurular*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2008, s. 341.

<sup>4</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 15.

<sup>5</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 15; DURAN, s. 132; ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, B. 3, İstanbul, 1967, s. 1813-1814; SEZER / BİLGİN, s. 341.

<sup>6</sup> “*Kendi isteği ile belli bir tarih göstererek emekli olmak üzere başvuran; ancak belirtilen tarihten önce, emeklilik işleminin onayından sonra bu isteğinden vazgeçtiğini bildiren davacının, vazgeçme talebi kabûl edilerek emeklilik onayının geri alınması gerekirken reddi yönündeki işlemde hukuka uyarlık görülmediği hakkındaki kararda Danıştay tarafından emeklilik yapılan idarî başvurunun bu başvuru kabûl edilmeden yapılacak yeni bir başvuru ile geri alınabileceğine karar vermiştir*”. Danıştay 11. Dairesi, 06.10.2004, E. 2001/3220, K. 2004/3925, **Danıştay Dergisi**, S. 109, s. 318; “*isteğe bağlı emeklilik işleminin kurumun en yüksek amirinin onayıyla tekemmül ettiği ve onayla birlikte kamu görevlisi statüsü kazanan iştirakçinin daha sonra emeklilik isteminden vazgeçmesinin emeklilik*

amacıyla, yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin, diğer idarî makamların yaptığı idarî işlemlerin iptali, değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle, yine yasaların gösterdiği idarî işleve sahip makamlara yaptıkları İdare Hukukuna ilişkin başvurular” şeklinde tanımlanmıştır<sup>7</sup>.

Türk hukuk sisteminde, başvuru hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır<sup>8</sup>. 1982 Anayasası'nın 36, 40 ve 74. maddeleri başvuru hakkı ile ilgilidir. Aynı şekilde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesi de bu konuyu düzenlemektedir<sup>9</sup>. Yine aynı şekilde birçok kanun hükmü ile anayasal bir hak olan başvuru hakkı (bütün içerikleri ile) dağınık olarak düzenlenmiştir. Bu hükümlerden en önemlilerin başında İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi gelmektedir.

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre, “*ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır*”<sup>10</sup>. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması

*işlemini geri alınmasını gerektirmeyeceği hakkında...*”, Danıştay 5. Dairesi, 09.09.1999, E. 1999/2302, K. 1999/2444, *Danıştay Dergisi*, S. 103, s. 404.

<sup>7</sup> YILDIRIM, *İdarî Başvurular*, s. 68.

<sup>8</sup> SEZER / BİLGİN, s. 329.

<sup>9</sup> **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi-Etkili Başvuru Hakkı-13. madde:** “*Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, ihlâl fiili resmî görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir*”.

<sup>10</sup> Fakat mevzuatta daha uzun süre öngörülmüş olabilir. Nitekim Resmî Gazetenin 13 Ekim 2006 Tarih ve 26318 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe giren fakat daha sonra Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 karar tarihli ve E. 2006/140, K. 2008/31(YD) No’lu, 31.12.2008 tarih ve 27097 Mükerrer sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan kararıyla yürütmesi durdurulan 28.09.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu’nun 21. maddesinde “(1)Başvurunun Kurum tarafından reddedilmesi halinde, durmuş olan dava açma süresi gerekçeli ret kararının ilgiliye tebliğinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar. (2) Başvurunun

*halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır”.*

İlgili bu başvuru usûlünü kullanarak durumu kendi lehine çevirmeye çalışarak yönetimin konuyu bir kez daha gözden geçirmesini sağlar<sup>11</sup>. İdarî işlem tesis edilip tebliğ edildikten sonra yani kişinin hukukunu etkiler hale geldikten sonra işlemin muhatabına, işlemdeki yanlışlıkların düzeltilmesi imkânı verir<sup>12</sup>. Bu madde ile getirilen başvuru, idarî dava açılmadan önce idarenin hatalı işlemini geri alması, kaldırması veya yeni bir işlem yapmasına imkân vermektedir<sup>13</sup>.

İdarenin de (işlemin tesisine yetkili kamu görevlisinin de) işlemi tesis ederken hata yapması ihtimal dâhilindedir. Meselâ vergi salınırken aslında işini terk edip mükellefiyet kaydını sildirmiş kişiye bundan sonraki dönem için vergi salınması, bir kamu personeline özlük haklarının, tazminatlarının eksik ödenmesi gibi durumlar örnek olarak verilebilir. İşte bütün bu durumlarda işlemin idarî davaya dönüşmesinden

---

*Kurum tarafından yerinde görülerek kabûl edilmesi halinde; ilgili merci Kurumun önerisi üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis etmez veya eylemde bulunmaz ise, durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar. (3) Kurumun, inceleme ve araştırmasını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde sonuçlandıramaması halinde de durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlar” hükmüne yer verilmiştir.*

<sup>11</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / DİNÇER, Güven, **İdarî Yargılâma Usûlü**, B. 2, Ankara, 1999, s. 374; DEMİRKOL, Selami / BAŞ BEREKET, Zuhâl, **(Teori ve Pratikte) İdarî Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usûlü**, B. 2, İstanbul, 2001, s. 116.

<sup>12</sup> HONDU, Selçuk, “İdarî Yargılâma Usûlü Kanunu'nda Yer Alan İdarî Usûller ve Uygulaması”, **İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu**, 17-18 Ocak, Ankara, 1998, s. 261; SANCAR, Mithat, “İdarî Yargılâma Usûlü Kanununun 10 ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre” **Amme İdaresi Dergisi**, C. 23, S. 1, 1990, s. 81.

<sup>13</sup> CANDAN, Turgut, “İdarî Yargılâma Usûlü Kanununun 10 ve 11. maddelerinde 4001 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, **Yaklaşım Dergisi**, Y. 3, S. 27, Mart 1995, s. 22; HONDU, s. 262.

önce bu hatalı durumun belirtilerek işlemin geri alınması veya değiştirilmesi ileriye yönelik olarak düzeltilmiş olur<sup>14</sup>.

Kanun koyucunun bu maddeyi tanzim ediş amacından hareket edildiğinde hem idarî işleme muhatap kişinin hatalı işlem dolayısıyla mağduriyetinin, hem de işlemin idarî davaya dönüşmesini önlemek istediğı görülmektedir. Ayrıca bu durumda idare tarafından yapılan hata düzeltilerek hukuk devleti ilkesine paralel hareket edilmeye çalışılmaktadır<sup>15</sup>.

Bu başvurunun uygulanmasına bakıldığında; idare peşin olarak kendisinin hata yapmayacağını düşündüğü için bu tür başvuruları ayrıca inceleme ve araştırmaya gerek duymaksızın reddetmektedir. İdare başvurulara verdiği cevaplarda talepleri gerekçesiz olarak reddetmektedir. Yukarıda değinildiğı gibi idare kendisinin hatalı hareket edebileceğinin kabûl etmediğı için başvuruyu araştırıp incelememekte dolayısıyla ret işlemine gerekçe de koymamaktadır. Oysa araştırmaya dayalı olarak gerekçe konulsa belki başvuruyu yapan kişi gerekçeyi yeterli görerek veya ikna olarak dava yoluna başvurmayabilecektir<sup>16</sup>. Gerekçe yazılmaması bu başvurunun konuluş amacına hizmet etmemektedir.

Yine aynı şekilde idare bu tür başvurular üzerine kendisinin hatasını kabûl etse bile işlemi düzeltme yoluna gitmemektedir. İdare başvurucuya çoğu zaman, her ne kadar hatalı işlem tesis etmiş olsa da mahkeme ilâmını bekleyerek hatanın bu ilâm üzerine düzeltileceğini söylemektedir<sup>17</sup>. Bu da yine başvurunun konuluş amacına hizmet etmemektedir.

## **II. İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NUN 11. MADDESİNE GÖRE YAPILAN BAŞVURULAR VE ŞARTLARI**

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi, ilgililerin haklarında idarece tesis edilen işlemlerin idarî yargı yerince denetimi yoluna gidilmeden, idarî işlemin tesis edildiğı yerin üst makamına, böyle bir yer yoksa işlemi tesis eden makama başvurarak bu makamdan

<sup>14</sup> DEMİRKOL / BEREKET, s. 116; HONDU, s. 262.

<sup>15</sup> CANDAN, s. 22; HONDU, s. 262.

<sup>16</sup> HONDU, s. 262.

<sup>17</sup> HONDU, s. 262.

haklarında tesis edilen işlemin bir kez daha gözden geçirilmesini ve sonuçta bu işlemin kaldırılmasını, değiştirilmesini ya da yerine yeni bir işlem yapılmasını isteyebileceklerini, bu halde dava açma süresinin işlemeyeceğini göstermektedir<sup>18</sup>. Bu madde hükmü uyarınca yapılan başvurular da içerikleri itibari ile birer idarî başvuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla madde hükmü gereğince yapılan başvurunun gerek idarî başvuru türleri açısından bulunduğu durum gerekse de başvurunun şartları açısından özel olarak ele alınması gerekmektedir.

Bu başlık dâhilinde öncelikle İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre yapılan başvurular idarî başvuru türleri açısından incelenecek, daha sonra da bu madde uyarınca yapılan başvuruların şartlarına ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

#### **A. İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NUN 11. MADDESİNE GÖRE YAPILAN İDARÎ BAŞVURULARIN İDARÎ BAŞVURU TÜRLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

İdarî başvurular, literatürde çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır<sup>19</sup>. İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre yapılan idarî başvuruları, idarî başvuruların sınıflandırılmasından hareketle farklı açılardan sınıflandırmak mümkündür.

Hukukî sonuçları açısından idarî başvurular etkili idarî başvurular ve etkisiz idarî başvurular olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir<sup>20</sup>. Etkili idarî başvurular idareyi belli yönde işlem veya eylem yapmakla zorunlu kılan başvurulardır<sup>21</sup>. Etkisiz idarî başvuruların aksine, etkili idarî başvuruların reddi halinde başvuru sahibi idarî yargıda iptal veya tam yargı davası açarak mağduriyetinin giderilmesini isteyebilir<sup>22</sup>. Bir başvurunun etkili idarî başvuru olarak kabûl edilebilmesi için menfaat

<sup>18</sup> KARAVELİOĞLU, Celal, **Değişiklik-Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdarî Yargılama Usûlü Kanunu**, B. 4, Trabzon, 1999, s. 294.

<sup>19</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 64.

<sup>20</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 62; SEZER / BİLGİN, s. 341.

<sup>21</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 69; SEZER / BİLGİN, s. 344.

<sup>22</sup> Danıştay 10. Dairesi, 17.10.2006, E. 2003/3265, K. 2006/5765, **Danıştay Dergisi**, S. 114, s. 294; Danıştay 5. Dairesi, 28.12.2005, E. 2003/7204, K. 2005/6508, **Danıştay Dergisi**, S. 112, s. 178.

ilişkinin<sup>23</sup> varlığı yeterli olup hak ihlâlinin gerçekleşmiş olması zorunlu değildir<sup>24</sup>. Örneğin Danıştay'a göre kişinin hastaneye sevk edilmesi talebi ile yapmış olduğu başvuru etkili bir idarî başvurudur<sup>25</sup>. Etkisiz idarî başvurular ise, herhangi bir hukukî sonuç doğurmayan, idareyi işlem veya eylem yapma, başvurulara herhangi bir cevap verme konusunda bir zorlayıcılığı bulunmayan başvurulardır<sup>26</sup>. İdarenin etkisiz idarî başvuru

<sup>23</sup> Danıştay'a göre menfaatin kişisel, güncel ve meşru olması gerekir. Meşru menfaatin varlığı ise hukuken ileri sürülebilmesine bağlıdır, Danıştay 10 Dairesi, 18.02.2003, E. 2002/5935, K. 2003/956, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, e.t. 06.02.2011.

<sup>24</sup> DURAN, s. 140.

<sup>25</sup> Ayrıca Danıştay bir başka kararında da “Eğitim uzmanı olan davacının personel genel müdürlüğünde daire başkanlığı görevini yürüttüğü dönemine ilişkin, yapılan inceleme sonucu düzenlenen müfettiş raporunda yer alan bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alma ve kınama cezası verilmesi teklifinin kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin kesin ve yürütülebilir işlem” olduğuna karar vermiştir, Danıştay 5. Dairesi, 28.12.2005, E. 2003/7204, K. 2005/6508, **Danıştay Dergisi**, S. 112, s. 178; 2003 yılında “demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarını” sağlamak amacıyla 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çıkarılmıştır. Kanuna göre, kişiler kamu kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi veya belgeleri alma hakkına sahiptirler. Danıştay, Bilgi Edinme Hakkı Kanuna göre yapılan başvuruları etkili idarî başvuru olarak kabûl etmiştir. Danıştay, Fatih Belediyesinde zabıta memuru olarak görev yapan davacının zabıta müdür yardımcılığı kadrosuna atanmak isteğinin reddine ilişkin işlemin iptali için açılan davada, davacının “zabıta müdür yardımcılığına atama yapıldığını öğrenmesi üzerine yapılan atamanın hangi ölçüt ve gerekçeyle yapıldığı, kendi atamasının niçin yapılmadığını” öğrenmek amacıyla Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde yaptığı başvuruyu etkili idarî başvuru kabûl ederek, bu başvuruya verilen cevabı da idarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gerekli bir idarî işlem olarak kabûl etmiştir, Danıştay 5. Dairesi, 17.09.2007, E. 2007/1074, K. 2007/4662, **Danıştay Dergisi**, S. 117, s. 163; Danıştay 2. Dairesi, 17.04.2007, E. 2007/145, K. 2007/1752, **Danıştay Dergisi**, S. 116, s. 123, SEZER / BİLGİN, s. 344.

<sup>26</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 63; SEZER / BİLGİN, s. 341; SOYBAY, Selçuk, **İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi**,

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

yapan kişinin talebini yerine getirmek gibi bir yükümlülüğü olmadığı gibi dava açıp idareyi talebi yerine getirmek konusunda zorlamak da mümkün değildir<sup>27</sup>. Örneğin, hiyerarşik üstü bulunmasına rağmen, işlemi yapan makamın kendisine itiraz etmek gibi. İkincisi ise, hukuken korunan hiçbir hakkı ya da menfaati olmadığı halde doğrudan doğruya idarenin bir işlem ya da eylem yapması için yapılan başvurulardır<sup>28</sup>. Bu tür başvurular, dava açma süresi üzerinde durdurma etkisi göstermezler<sup>29</sup>.

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi hükmü idare edilenlere, haklarını veya menfaatlerini ihlâl eden idarî işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması veya yenisinin yapılması konusunda, idarî dava açmadan önce, idareye son bir kez başvuruda bulunma hakkı tanımaktadır<sup>30</sup>. Bu başvuru sonrası idare istemi reddederse kişiye dava açma hakkı doğar. Yukarıda da ifade edildiği gibi etkili idarî başvuruların en önemli özelliğinin, başvurunun reddi halinde başvuru sahibi idarî yargıda iptal veya tam yargı davası açarak mağduriyetinin giderilmesini isteyebilmesi olmasından dolayı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde yapılan başvurular da etkili bir idarî başvuru türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarî başvurular yapıldıkları zaman açısından ortada idarenin hiçbir işlem veya eylemi yokken yapılan idarî başvurular ve idarenin

---

Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 35; Nakleden: YILDIRIM, Ramazan, **İdarî Başvurular**, s. 131.

<sup>27</sup> DURAN, s. 141.

<sup>28</sup> SEZER / BİLGİN, s. 341.

<sup>29</sup> GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 235; Danıştay 6. Dairesi, 26.02.1990, E. 1988/833, K. 1990/166, **Danıştay Dergisi**, S. 80, s. 243. Aynı şekilde, başvuru için mevzuatta öngörülen süre geçirildikten sonra yapılan başvuru da etkisiz idarî başvuru olmaktadır. Danıştay, mevzuatta öngörülen süre dolduktan sonra yapılan başvurunun ilgilisi lehine sonuç doğurmayacağına karar vermiştir. Danıştay 11. Dairesi, 10.04.2006, E. 2006/232, K. 2006/1710, **Danıştay Dergisi**, S. 114, s. 309; Danıştay 8. Dairesi, 07.10.2003, E. 2003/590, K. 2003/3845, **Danıştay Dergisi**, S. 3, s. 257.

<sup>30</sup> CANDAN, s. 22.



daha önceden yaptığı idarî işlem veya eylem üzerine yapılan idarî başvurular olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>31</sup>.

*“İlgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebilir”* diyen madde hükmünden de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 11. maddesi gereğince yapılan başvurular yapıldıkları zaman açısından idarî başvuru türlerinden, idarenin daha önceden yaptığı idarî işlem veya eylem üzerine yapılan idarî başvurulardandır<sup>32</sup>.

Başvurma iradesi açısından idarî başvurular, isteğe bağlı ve zorunlu başvurular olarak ikiye ayrılarak incelenebilir<sup>33</sup>.

İsteğe bağlı idarî başvurular, ilgili kişilerin isteğine bağlı olarak yaptıkları idarî başvuru türüdür. İlgililer istek ve şikâyetlerini dilerlerse idarî makamlara iletip idarî başvuru yapabilecekleri gibi dilerlerse başvuru yapmaksızın doğrudan yargı mercilerine de başvurabilmektedirler<sup>34</sup>.

Bu tür idarî başvuruların yapılmamasının iki türlü hukuksal yaptırımı olabilir. İlki, idarî dava açma süresinin işlemesinin durmamasıdır. Örneğin konumuz olan İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 11. maddesi çerçevesinde yapılan başvuru aşağıda da söyleneceği üzere isteğe bağlı bir başvuru türüdür. Eğer bu hak kullanılmazsa, işlemeye başlayan idarî dava açma süresi durmaz<sup>35</sup>. İkincisi, eğer yapılmayan isteğe bağlı idarî başvuru, başvuru zamanı açısından herhangi bir idarî işlem veya eylem yokken yapılan bir başvuruya; bunun da yaptırımı doğal olarak idarenin herhangi bir idarî işlem veya eylem yapmamasıdır<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 71.

<sup>32</sup> SEZER / BİLGİN, s. 352.

<sup>33</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 111; SEZER / BİLGİN, s. 355-360.

<sup>34</sup> SEZER / BİLGİN, s. 358.

<sup>35</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 111.

<sup>36</sup> YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 112.

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

Zorunlu idarî başvurular ise, kanunların idarî başvurunun yapılmasını zorunlu olarak öngördüğü durumlarda söz konusu olan idarî başvuru türüdür<sup>37</sup>.

İdarî bir başvurunun zorunlu bir idarî başvuru olup olmadığı kanunun metnine bakılarak anlaşılabilir. “Başvurulabilir”, “müracaat edilebilir” gibi ifadeler başvurunun isteğe bağlı olarak kullanılabileceğini belirtir<sup>38</sup>.

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 11. maddesi “İlgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebilir” şeklindedir. Maddede geçen “istenebilir” ifadesi açık bir biçimde bu idarî başvuru türünün isteğe bağlı bir idarî başvuru türü olduğunu göstermektedir.

### **B. İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU’NUN 11. MADDESİNE GÖRE YAPILAN İDARÎ BAŞVURULARIN ŞARTLARI**

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 11. maddesi idare edilenlere, haklarını veya menfaatlerini ihlâl eden idarî işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması veya yenisinin yapılması konusunda, idarî dava açmadan önce, idareye son bir kez başvuruda bulunma hakkı tanımaktadır. Yapılan bu başvuru dava açma süresini durdurmaktadır<sup>39</sup>.

Bu nitelikteki bir idarî işlemin geri alınması, değiştirilmesi, kaldırılması veya yenisinin yapılması için yapılan idarî başvurunun işlemekte olan idarî dava açma süresini durdurabilmesi, kimi koşulların gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır<sup>40</sup>. Bu koşullar veya şartlar ayrıca

<sup>37</sup> SEZER / BİLGİN, s. 355.

<sup>38</sup> YILDIRIM, Turhan, “İdarî Usûl Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, **İdarî Usûl Kanunu Uluslararası Sempozyumu Bildiriler**, Ankara, 17-18 Ocak 1998, s. 253.

<sup>39</sup> Danıştay 12. Dairesi, 28.01.2005, E. 2004/3660, K. 2005/103, **Danıştay Dergisi**, S. 110, s. 344; Danıştay 11. Dairesi, 03.12.2002, E. 2001/1635, K. 2002/3906, **Danıştay Dergisi**, S. 1, s. 440.

<sup>40</sup> KAPLÂN, Gürsel, **İdarî Yargıda Dava Açma Süreleri**, Ankara 2007, s. 230; GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 375; KARAVELİOĞLU, s. 295;

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre yapılacak olan başvuruların geçerlilik şartlarıdır.

### 1. Kanunun Aradığı Şekil ve Usûle Uygun Bir Başvuru Bulunmalıdır

Eskiden idareye yapılacak başvuru belli bir şekle ve usûle tâbi değildi<sup>41</sup>. Ancak günümüzde başvurunun geçerli sayılabilmesi için resmî dilde ve kural olarak yazılı şekilde yapılması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>42</sup>. Nitekim Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 3. maddesine göre “*Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma hakkına sahiptirler*”. Aynı Kanun'un 02.01.2003 tarih ve 4788 sayılı kanunla değişik 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre de, “*Türkiye’de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerin Türkçe yazılması kaydı ile bu haktan yararlanabilirler*”.

Bu başvurunun Türkçe yapılması mecburiyeti yalnızca yabancılar için geçerli değildir. Kanun'un sözünden mecburiyetin yalnızca yabancılar için getirilmiş olduğu gibi bir izlenim oluşmakta ise de hükmün konuluş amacı dikkate alınınca böyle bir mecburiyetin vatandaş olan kişiler için öncelikle geçerli olduğu sonucuna ulaşmak gerekir<sup>43</sup>.

---

KALABALIK, Halil, **İdarî Yargılâma Usûlü Hukuku**, Konya, 2009, s. 268; ZABUNOĞLU, Yahya, “*İdarî Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’nun 10 ve 11. Maddeleri Açısından İnceleme)*”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap İdarî Yargı**, Ankara, 1990, s. 205.

<sup>41</sup> DURAN, s. 158; KAPLÂN, s. 231.

<sup>42</sup> KAPLÂN, s. 231.

<sup>43</sup> Bu paralelde 28.09.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında “*Başvuru; başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, yerleşim yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve yerleşim yeri ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren Türkçe dilekçe ile yapılır*” denilmek suretiyle bahsi geçen hususa açıklık ve katılık getirilmiştir, KAPLÂN, s. 232. Yine aynı şekilde Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 6. maddesinde yer almakta ve başvurunun resmî dilde olması gerektiği belirtilmektedir, KAYA, Cemil, **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Ankara, 2005, s. 236 vd.; Zaten

Bununla beraber, sözlü başvurulara idarenin vereceği açık ret cevaplarının da geçerli sayılması gerekir. Fakat idarenin böyle sözlü bir başvuruya cevap vermemesi halinde, ortada sonuçsuz bırakılmış, yani reddedilmiş geçerli bir başvurunun varlığından söz etmeye imkân yoktur<sup>44</sup>.

Yani ilgililerin haklarında tesis edilmiş bulunan idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makama yapacakları sözlü başvuru ve itirazlar, dava açma süresini durdurmaz; meğerki dava açma süresi içinde yapılmış böyle bir başvuruya, idarece altmış gün içinde kendiliğinden açık şekilde ret cevabı verilmiş olsun<sup>45</sup>.

## **2. Başvuru Üst Makama Üst Makam Yoksa İşlemi Tesis Eden Makama Yapılmalıdır**

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre yapılacak idarî başvurunun hukukî açıdan geçerli olması için yapılacak müracaat idarî işlemi tesis etmiş olan idarî makamın üstü olan makama yapılması gereklidir. İdare organları dışındaki veya aynı hiyerarşi içinde yer almayan başka bir idareye yapılan başvurular geçersiz ve dava açma süresine etkisi olmayan başvurulardır<sup>46</sup>. Bu kaide eski bir Danıştay kararında “*idarî muamele ve kararlardan dolayı merciinden gayriye vaki müracaatlar süreyi kesmez*” şeklinde açılmıştır<sup>47</sup>. Örnek Danıştay kararlarına bakılacak olursa: “*Tapu kaydındaki okul alanı şerhinin kaldırılabilmesi için mevcut planı değiştirmeye yetkili olan belediyeye başvurulması gerektiğinden, yetkili olmayan valiliğe yapılan başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddi yolundaki işlemde mevzuata aykırılık*”

---

Anayasa'mızın 3. maddesinin birinci fıkrasında da devlet işlemlerinde kullanılacak dilin Türkçe olması gerektiği ifade edilmiştir.

<sup>44</sup> KAPLÂN, s. 232.

<sup>45</sup> KAPLÂN, s. 232.

<sup>46</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetsel Yargı**, Ankara, 2007, s. 419; GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 376; KARAVELİOĞLU, s. 296; KALABALIK, s. 268.

<sup>47</sup> Danıştay 5. Dairesi, 13.06.1952, E. 1950/3001, K. 1952/1823, YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel, **Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdarî Yargılama Usûlü**, Ankara, 1983, s. 213.

yoktur<sup>48</sup>. Yani Valilikler, imara ilişkin konularda belediyelerin üst makamı olmadığından, belediyece verilen ruhsatın iptali istemiyle valiliğe yapılan başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmamaktadır.

Danıştay'ın bir başka kararında benzer şekilde “...Ziraat odası umumî heyetince...tarihinde oda meclisi seçiminin yapılmasından sonra davacının...tarihinde kaymakamlığa itirazda bulunduğu, kaymakamlığın bir cevap vermemesi üzerine...tarihinde dava açmıştır. Kaymakamlık ziraat odasının bir üst merci olmadığı için, davacının kaymakamlığa vâkii itirazının işlemeye başlayan idarî dava açma süresini kesmesine imkân yoktur”<sup>49</sup> ifadesiyle yer bulmuştur.

Yükseköğretim Kurulu Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'nın üst makamı değildir. Buraya yapılan başvuru dava açma süresini durdurmaz.

“..Olayda ... tarihinde yapılan doçentlik bilim sınavında davacı başarısız olmuş, başarılı olmadığı dava dilekçesinde de açıkça belirtildiği gibi aynı gün kendisine sözlü olarak duyurulmuştur. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin eserlerin incelenmesi başlıklı 8. maddesine göre adayın eserlerini inceleyen bilim jürisi eserlerin bilimsel araştırma ve yayın niteliğinde olup olmadığına oy çokluğu ile karar verip bir tutanakta tutmakta ve verilen karar adaya sözlü olarak bildirilmektedir. Jüri kararı olumsuz ise bunu belirleyen tutanak jüri üyelerinin kişisel raporları, doçentlik sınav komisyonuna gönderilmesi için ilgili rektörlüğe teslim edilmektedir. Sınav sonuçlarının kurula gönderilmesi sonucun bu kurulca belli edileceği anlamında değildir. Asıl olan jüri görüşü ve bunun ilgililere duyurulmasıdır. Bu duyurmada yukarıda açıklandığı gibi sınav sonunda adaya jüri tarafından sözlü olarak yapılmaktadır.

Olayda davacı...tarihinde üniversitelerarası kurul başkanlığına başvurarak yeni bir bilim jürisi oluşturulmasını istemiştir. Üniversitelerarası Kurul doçentlik bilim sınavı işinde yukarıda açıklanan yasa kuralına göre başvurulabilecek makamdır.

<sup>48</sup> Danıştay 6. Dairesi, 26.02.1990, E. 1988/833, K. 1990/166, **Danıştay Dergisi**, S. 80, s. 242.

<sup>49</sup> GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 377'den naklen Danıştay 8. Dairesi, 03.02.1971, E. 1968/1167, K. 1971/284.

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

*...Ancak davacı Üniversitelerarası Kurulun verdiği yanıtta sonra...günlü dilekçe ile Yükseköğretim Kuruluna aynı istemle başvurmuş ise de dava konusunda Yükseköğretim Kurulu aynı veya üst makam olarak kabûl edilemeyeceğinden bu başvurusunun da yeni bir dava süresini başlatmayacağı veya işlemeye başlamış olan dava açma süresini kesmeyeceği açıktır”<sup>50</sup>.*

Hiyerarşik makam veya zorunlu idarî başvuru makamı var iken işlemi tesis eden makama yapılan başvurular işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmaz<sup>51</sup>.

*“Dava...günü tahsil edilen istikrar fonuna katılma payının iadesi talebiyle ... tarihinde Ankara Gümrük Müdürlüğüne yapılan müracaatın reddi yolundaki işlemin iptali istemi ile...tarihinde açılmıştır. Aynı makama müracaatın dava açma süresini durdurabilmesi için bu makamın üstünde başka bir merciin bulunmaması gerekmektedir. Her ne kadar davacı...tarihli işlemin kaldırılması...tarihinde Ankara Gümrük Müdürlüğüne başvurmuşsa da bu müdürlüğün üst makamı olarak Gümrük ve Tekel Bakanlığı bulunduğundan söz konusu başvurma dava açma süresini durdurmaz”<sup>52</sup>.*

Aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı veya TBMM başkanlığı gibi bir mercie yapılan başvurular dava açma süresini durdurmamaktadır<sup>53</sup>.

Ayrıca genel olarak vesayet makamlarına yapılan başvurular dava açma süresini etkilemez. Vesayet yerlerine başvurmanın dava açma süresini etkileyebilmesi için açık bir kanun hükmüne gerek vardır. Yasa yalnız hiyerarşik yere, hiyerarşik yerin olmaması durumunda, kararı tesis

<sup>50</sup> Danıştay 8. Dairesi, 11.09.1990, E. 1990/1348, K. 1990/873, **Danıştay Dergisi**, S. 82-83, s. 710.

<sup>51</sup> YENİCE / ESİN, s. 215'ten naklen Danıştay 6. Dairesi, 06.11.1968, E. 1967/1800, K. 1968/2909.

<sup>52</sup> YENİCE / ESİN, s. 215'ten naklen Danıştay 12. Dairesi, 23.10.1973, E. 1973/548, K. 1973/2549.

<sup>53</sup> KAPLÂN, s. 233'ten naklen Danıştay 5. Dairesi, 07.03.1944, E. 1941/2108, K. 1944/493.

eden yere yapılacak başvuruların dava açma süresini durduracağını belirtmiştir<sup>54</sup>.

### 3. Başvuru Dava Açma Süresi İçinde Yapılmalıdır

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine uygun bir başvurunun en önemli şartlarından biri yapılacak başvurunun dava açma süresi içinde olması gerekliliğidir<sup>55</sup>. Dava açma süresi geçtikten sonra yapılan başvurular dava süresini etkilemez<sup>56</sup>. Çünkü dava açma süresi geçtikten sonra, sürenin varlığından bahsedilemeyeceği, var olmayan bir sürenin de durmasının mümkün olmayacağı ifade edilebilir<sup>57</sup>.

Konu ile alakalı bir Danıştay kararında şöyle denmektedir:

*“Olayda, 30.6.1999 tarihinde komiser yardımcılığına atanan ve aynı tarihte göreve başlayan davacının, 9.3.2000 tarihli kıdem listesinin tebliği üzerine 10.4.2000 tarihinde kıdem sıralamasının düzeltilmesi istemiyle 2577 sayılı Yasanın 11.maddesi uyarınca itirazda bulunduğu, bu başvurusunun reddine ilişkin 9.5.2000 tarihli işlem 16.5.2000 tarihinde kendine tebliğ edildiği halde kalan dava açma süresi içinde söz konusu işlemin iptali istemiyle dava açmadığı, bu süreler geçirildikten çok sonra aynı kıdem ve atama tarihini ihtiva eden 14.3.2002 tarihli kıdem sıralamasını gösterir listede mezuniyet tarihinin hatalı olduğunu öne sürerek 20.5.2002 tarihinde yaptığı başvurunun da yukarıda anılan 11.madde hükmü uyarınca yeni bir dava açma süresi ihya etmeyeceği açık olup İdare Mahkemesince bu hususlar gözetilerek bakılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekirken işin esası hakkında karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir”<sup>58</sup>.*

<sup>54</sup> GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 378. Vesayet makamlarına başvurunun dava açma süresine etkileri hakkında geniş bilgi için bkz. YILDIRIM, **İdarî Başvurular**, s. 163-167.

<sup>55</sup> ÇIRAKMAN, Erol, *“İdarî Davalarda Süre”*, **İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler**, C. 1, Ankara, 1976, s. 210; KAPLÂN, s. 243; DURAN, s. 158.

<sup>56</sup> KAPLÂN, s. 243.

<sup>57</sup> ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 1972-1973, (Çoğaltma), s. 229; SANCAR, s. 84.

<sup>58</sup> Danıştay 12. Dairesi, 21.12.2004, E. 2003/2321, K. 2004/4188, **Danıştay Dergisi**, S. 110, s. 346.

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

*“Her ne kadar davacı, işlem üzerine...idarî müracaatta bulduklarını ve bunu süreyi durdurduğunu iddia etmekte ise de...mezkur müracaatın dahî dava açma süresinin geçmesinden sonra yapıldığı anlaşılmıştır...süre bakımından...davanın reddine”<sup>59</sup>* karar verilmiştir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, 60 günlük süre geçtikten sonra idarece verilecek cevabın, işlemeye başlamış olan dava süresine başlangıç yönünden bir etkisi bulunmamakla birlikte, idare tarafından başvuru değerlendirilerek, yeni bir işlem tesis edilmiş olması halinde, yeni bir durumun ortaya çıkmasından dolayı önceki işlemden farklı bir hukukî durum oluşturan bu işleme karşı süresi içinde dava açılabilir<sup>60</sup>.

*“2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca idarî işleme karşı idarî dava açma süresi içerisinde yapılacak olan başvuru üzerine altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı, bu tarihten itibaren durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve dava açma süresi geçtikten sonra aynı nitelikte başvuruların ve idarece verilen cevapların dava açma süresini ihya etmeyeceği açık ise de, süresi geçtikten sonra idarece verilecek olan yanıtın dava açma süresini ihya etmemesi için istemin reddi yolunda bir yanıt olması gerektiği, idare tarafından başvuru değerlendirilerek yeni işlem tesis edilmiş olması halinde ise yeni bir hukukî durum ortaya çıkacağından, önceki işlemden farklı bir hukukî sonuç yaratan bu işleme karşı süresi içerisinde dava açılabilirliği sonucuna varılmıştır. Olayda, davacının itiraz dilekçesi üzerine... günlü encümen kararı ile istemin reddedilmeyerek itirazın değerlendirilmek suretiyle yeni bir işlem tesis edilmesi ve böylece önceki parselasyon işleminin ortadan kalkması, davacının yeni tesis edilen bu işlemin de iptalini istemiş olması karşısında, anılan encümen kararının...tarihli yazı ile davacıya tebliği üzerine...gününde açılan davanın süresinde olduğu sonucuna varıldığından, dava konusu parselasyon işleminin incelenerek bir karar verilmesi gerekirken bu işleme ilişkin olarak da davanın süre*

<sup>59</sup> GÖZÜBÜYÜK/ DİNÇER, s. 378'ten naklen Danıştay 12. Dairesi, 23.12.1969, E. 1968/1892, K. 1969/2322.

<sup>60</sup> ÖZYÖRÜK, s. 229-230; ÇIRAKMAN, s. 211; KAPLÂN, s. 246.



yönünden reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”<sup>61</sup>.

Kanunun öngördüğü süre içinde idarî başvuru hakkını kullanan ilgili, bu başvurusunun sonuçlandırılması için belirtilen süre henüz sona ermeden dava açacak olursa bu takdirde davanın süresinden önce açıldığı ileri sürülebilir mi? Danıştay böyle bir durumda davanın süresinden önce açılmış sayılmayacağına karar vermiştir.

“Dosyanın incelenmesinden; davacının...Üniversitesi Tıp Fakültesi Radyodiognastik Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yapmakta iken yapılan soruşturma sonucunda yukarıda anılan Yönetmeliğin 9/f maddesi uyarınca 2 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırıldığı ve bu cezanın Yönetmeliğin 13. maddesi uyarınca brüt aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması şeklinde uygulandığı, anılan cezanın 16.9.2002 tarihinde tebliği üzerine davacının 19.9.2002 günlü dilekçesiyle bu işleme karşı Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına itiraz ettiği, itirazın sonuçlanmasını beklemeden de 27.9.2002 tarihinde mahkeme kaydına giren dilekçe ile bakılan davayı açtığı anlaşılmıştır.

Yukarıda anılan Yönetmeliğin 47. maddesinde belirtilen itiraz yoluna başvurulması zorunlu bir idarî prosedür olmadığından bu yola başvurulmasının idarî işlemin kesinlik kazanmasını engellemeyeceği, itiraz yoluna başvuran ilgilinin aynı zamanda dava açma hakkını da kullanabileceği açık olup buna göre davacının iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması ve bu cezanın aylığından 1/4 oranında kesinti yapılması suretiyle uygulanması yolundaki dava konusu işlemin hukukî sonuçları gözönüne alındığında bu işlemin kesin bir işlem olduğu ve dolayısıyla iptal davasına konu edilebileceği anlaşıldığından, idare mahkemesince davanın esası incelenerek karar verilmesi gerekirken, dava konusu işlemin kesin bir işlem olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir”<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Danıştay 6. Dairesi, 20.04.1999, E. 1998/1839, K. 1999/2054, **Danıştay Dergisi**, S. 102, s. 356.

<sup>62</sup> Danıştay 10. Dairesi, 07.07.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077, **Danıştay Kararlar Dergisi**, S. 3, s. 345.

#### 4. Başvuru, Dava Konusu Olabilecek Bir İşleme Karşı Yapılmalıdır

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi çerçevesinde yapılacak olan başvuruların geçerli bir sonuç doğurması için bir işleme karşı, işlemin geri alınması, kaldırılması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması amacını taşıması gerekir<sup>63</sup>. Böyle istem taşımayan başvurular dava açma süresini etkilemeyeceği gibi geçerli başvuru olarak da kabûl edilmezler<sup>64</sup>. Kısacası başvurunun bir uyuşmazlığın çözümü amacıyla yapılmış olması gerekir<sup>65</sup>.

Başvuru sonrası yapılması gereken; ilgililerin dava açma hakkının korunabilmesi için, başvuruyu olabildiğince geniş yorumlamaktır. Biraz daha açacak olursak ilgililerin, çoğu kez, haklarında yapılan işlemin yeniden incelenerek değiştirilmesi, kaldırılması veya geri alınması talepli başvurular yerine, idareye sitem ve protesto içerikli başvurularda buldukları bir vakıadır. Bu çeşit başvurular gerçek anlamda bir idarî başvuru olarak kabûl edilmemekle birlikte, yine de durumun takdiri mahkemeye aittir. Çünkü böyle durumlarda başvurunun anlamı ve amacı belirsiz ve bulanıktır.

Burada yapılması gereken; başvurunun geniş yorumlanarak ilgilinin lehine olacak şekilde hareket edilmesidir. Buna karşılık hiç tereddütsüz yapılan başvurunun içeriği yalnızca işlemde duyulan

---

<sup>63</sup> YILDIRIM, s. 141; ÇOŞKUN, Sabri / KARYAĞDI, Müjgan, **İdarî Yargılama Usûlü (Örnek İçtihatlar-Yorumlar)**, Ankara, 2000, s. 214; GÖZÜBÜYÜK, s. 420; KAPLÂN, s. 250; GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 379; ÇIRAKMAN, s. 210; KALABALIK, s. 269; DEMİRKOL / BERKET, s. 116. Danıştay bir kararında “Eğitim uzmanı olan davacının personel genel müdürlüğünde daire başkanlığı görevini yürüttüğü dönemine ilişkin, yapılan inceleme sonucu düzenlenen müfettiş raporunda yer alan bir daha yöneticilik görevi verilmemek üzere görevden alma ve kınama cezası verilmesi teklifinin kaldırılması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin kesin ve yürütülebilir işlem” olduğuna karar vermiştir. Danıştay 2. Dairesi, 13.04.2005, E. 2004/4077, K. 2005/1353, **Danıştay Dergisi**, S. 110, s. 348.

<sup>64</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 420; KAPLÂN, s. 251; SANCAR, s. 84; KALABALIK, s. 269.

<sup>65</sup> KAPLÂN, s. 251.

rahatsızlığı veya işlemin gerekçesini öğrenmek amacıyla ise bu tür başvurular dava açma süresini durdurucu nitelikte olmayıp İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi kapsamına giren başvurular arasında da değerlendirilemez. Bu mahiyette olan bir konu Danıştay kararında şu şekilde yer almıştır:

*“Dava, 4 sınıf emniyet müdürü olan davacının 2003 yılı terfi döneminde 3. sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmemesine ilişkin işlemin iptali ile yoksun kaldığı özlük ve maddî haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.*

*Olayda, İdare mahkemesince; 4.sınıf emniyet müdürü olarak görev yapan davacının, Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Değerlendirme Kurulunca, 2004 yılında 3.sınıf emniyet müdürlüğü rütbesine yükseltilmesine karar verilen personele ait listeden 12.5.2004 tarihinde 3.sınıfa terfi ettirilmediğini öğrendiği, 18.5.2004 tarihinde idareye verdiği dilekçe ile terfi ettirilmeyişinin sebeplerinin bildirilmesine dair yaptığı başvurusunun 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında bir istemi içermediği, bu nedenle dava açma süresini durduracak nitelikte bir başvuru olmadığından öğrenme tarihi olan 12.5.2004 tarihinden itibaren 60 günlük sürenin son günü 12.7.2004 tarihine kadar dava açmayarak 20.7.2004 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle inceleme olanağı bulunamadığı gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de; davacının 3.sınıf emniyet müdürlüğüne terfi ettirilmediğini 12.5.2004 tarihinde yayımlanan terfi listesinden öğrenmesi üzerine 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesinin tanıdığı başvuru hakkını kullanarak 18.5.2004 tarihinde davalı idare kayıtlarına geçen dilekçe ile yaptığı başvuruda, terfi ettirilen kişilerden rütbe terfi süresini yeni doldurmuş ve kıdem sırasında son sırada bulunan kişinin terfi ettiğini, kendisinin ise 32.sırada bulunmasına rağmen terfi ettirilmeyişinin nedenlerinin bildirilmesini istediği, bu durumda, 3.sınıf emniyet müdürlüğüne yükseltilmemesi işlemine karşı itirazına ilişkin iradesini ortaya koyarak yapmış olduğu 2577 sayılı Yasa'nın 11.maddesi kapsamında bulunan başvurusunun idareye ulaşması üzerine işlemin öğrenilmesi ile başlayan 60 günlük dava açma süresinin durduğu, başvurusunun idarece reddine ilişkin işlemin davacıya 02.07.2004 tarihinde tebliği ile yeniden işlemeye başlayan dava açma süresinden kalan 53 günlük süre içinde 20.07.2004 tarihinde kayda geçen dilekçe ile açılan davanın süresinde olduğu anlaşılmış olup davanın süre aşımı*

*yönünden reddine ilişkin mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir*”<sup>66</sup>.

### **5. Başvuru Kural Olarak Ancak Bir Kez Yapılabilir**

Yasa’da ayırık bir durumun öngörülmesi haric, idarî başvuru üzerine sürenin durması, ancak bir kereye mahsustur<sup>67</sup>. Aynı yere aynı konuda birden fazla kez yapılan başvuruların süreyi durdurma etkisi olduğu kabûl edilmemektedir.

Danıştay bu konu ile ilgili vermiş olduğu kararlarından birinde “...önceki kararı hatırlatma amacına yönelik kararın, ilk karar için sona ermiş olan dava açma süresini ihya etmeyeceği”<sup>68</sup> ifadesine yer vermiştir.

İdareye tekrarlanan başvurular eski kararın teyidi ile sonuçlanıyorsa, teyidi içeren bildirim yeni bir dava açma süresi başlatmaz. Çünkü bizzat bu bildirimler, birer karar değil, yalnızca önceden verilmiş ve üzerinden dava süresi geçmiş olan bir kararın ilgiliye tekrar bildirilmesinden ibarettir<sup>69</sup>.

### **6. Başvurunun Kanıtlanması**

Başvurunun yapılmış olup olmadığı konusunda uyuşmazlık çıktığı takdirde, bunun ispatı davacıya düşmektedir<sup>70</sup>. İspat için şekil veya vasıta şartı aranmamaktadır<sup>71</sup>. Örneğin, başvuruya ilişkin posta belgesi veya başvuru makamdan alınmış alındı belgesi veya başvuru idarenin evrak kayıt defterinin fotokopisi gibi farklı şekillerle başvurunun yapılmış olduğu ispat edilebilir<sup>72</sup>. Kuşkusuz hâkim de re’sen araştırma ilkesi çerçevesinde başvurunun yapılmış olup olmadığını ve

---

<sup>66</sup> Danıştay 12. Dairesi, 28.01.2005, E. 2004/3660, K. 2005/103, **Danıştay Dergisi**, S. 110, s. 344.

<sup>67</sup> KAPLÂN, s. 254.

<sup>68</sup> KAPLÂN, s. 255’ten naklen, Danıştay 11. Dairesi, E. 1978/4663, K. 1979/30, **Danıştay Onbirinci Daire Kararları (1971-1981)**, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1984.

<sup>69</sup> DURAN, s. 158; ÖZYÖRÜK, s. 229; ÇIRAKMAN, s. 211; KAPLÂN, s. 257.

<sup>70</sup> DURAN, s. 194; KAPLÂN, s. 265.

<sup>71</sup> KAPLÂN, s. 265.

<sup>72</sup> DURAN, s. 194; KAPLÂN, s. 265.

eğer yapılmış ise tarihini tespit edebilir. Dolayısıyla başvurunun yapılıp yapılmadığı konusundaki ispat yükümlülüğü davacıya düşmekte ise de, re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde bu yükümlülüğün davacı ve hâkim arasında paylaştırıldığı söylenebilir<sup>73</sup>.

### **III. İDARÎ YARGILAMA USÛLÜ KANUNU'NUN 11. MADDESİNE GÖRE YAPILAN İDARÎ BAŞVURULARIN DAVA AÇMA SÜRESİNE ETKİLERİ**

Maddenin 1. fıkrası ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durduracağını hükme bağlamıştır. Aşağıda ikili bir ayrımla İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca yapılan başvuruların dava açma süresine etkilerinden bahsedilecektir.

#### **A. DAVA AÇMA SÜRESİNİ DURDURMASI**

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen yerlere yapılan başvurunun dava açma süresini durdurması için başvurunun içeriği ve yöneldiği yer itibari ile bazı şartları taşınması gerekir. Çalışmamızın ikinci bölümünde İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre yapılan idarî başvuruların şartları başlığında da belirtildiği üzere, dava açma süresinin durması için var olması gereken şartlardır.

Ayrıca değinilmesi gereken birkaç önemli durum vardır. Bunların başında yapılan başvurunun işlemeye başlamış olan dava açma süresine etkisinin en fazla altmış gün olması hususudur<sup>74</sup>.

Bir diğer önemli durum İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 12. maddesinin son cümlesinde geçen "*ilgililerin 11. maddeye uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır*" ifadesidir. Söz konusu Kanun'un 11. maddesinin ilgililere tanıdığı dava açma süresi içinde yönetime başvurma hakkı, aynı Kanun'un 12. maddesinde öngörülen dava çeşitleri için de

<sup>73</sup> KAPLÂN, s. 265.

<sup>74</sup> YILDIRIM, s. 138.

uygulanır<sup>75</sup>. Üst makama, üst makam yoksa kararı almış olan makama başvurma, burada da dava açma süresinin durdurur.

“2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 12. maddesinde “*ilgililer haklarını ihlâl eden bir idarî işlem dolayısıyla Danıştay’a ve İdare ve Vergi Mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davası davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11. madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır*” kuralı bulunmakta olup, aynı Yasa’nın 7. maddesinde dava açma süresi de 60 gün olarak belirlenmiştir.

Bu durum Danıştay’ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Davacılardan şeker fiyat farkı...tarihinde tahsil edilmiştir. Yukarıda anılan kural gereğince davacıların bu tarihten itibaren altmış gün içinde dava açması veya aynı süre içinde ilgili idareye başvurması ve bu başvurunun sonuçsuz kalması üzerine yine yasada belirlenen süreler içinde dava açılması gerekmektedir. Dava konusu olayda ise davacıların söz konusu sürelerin geçirilmesinden sonra...tarihinde davalı idareye yapılan başvuru üzerine verilen cevap üzerine açılan davada süre aşımı bulunmaktadır. Öte yandan davacıdan tahsil edilen şeker fiyat farkının dayanağı olan tebliğin önce yürütülmesinin durdurulması ve daha sonra iptal edilmiş olması ilgililere yeni bir dava açma süresi kazandırmaz. Bu durumda, davada süre aşımı bulunmakta iken işin esasını inceleyen Mahkeme kararında hukukî isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; 2577 sayılı Yasa’nın 49. maddesine uygun bulunan davalı idare temyiz isteminin kabûlüyle, ...İdare Mahkemesinin...sayılı kararının bozulmasına, karar verildi*”<sup>76</sup>.

## **B. DAVA AÇMA SÜRESİNİN YENİDEN İŞLEMEYE BAŞLAMASI**

---

<sup>75</sup> GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 379.

<sup>76</sup> Danıştay 10. Dairesi, 11.03.1997, E. 1995/476, K. 1997/803, **Danıştay Dergisi**, S. 94, s. 719.

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesinin 2. bendi üst makama, böyle bir makam yoksa işlemi tesis eden makama yapılan başvurunun, bu yerlerce altmış gün içinde cevaplanmaması halinde isteğin reddedilmiş sayılacağı; 3. bendi ise isteğin açıkça reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde 1. fıkra hükmüne göre durmuş olan dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağını ve eğer ki başvuru tarihine kadar geçmiş süre var ise, bu sürenin de dava açma süresinin hesabında dikkate alınacağını hükme bağlamaktadır<sup>77</sup>.

Başvurunun açıkça ve zımnen reddi hallerine göre, sürenin yeniden işlemeye başlaması kuralını ayrı ayrı kararlar ışığında incelemek gerekir.

### 1. Başvurunun Zımnen Reddi Halinde

Başvuruya idarenin altmış gün içinde cevap vermeyerek isteği zımnen reddetmesi halinde, altmış günün bitiminden itibaren, söz konusu Kanun'un 11. maddesinin 1. bendi uyarınca başvuru ile durmuş olan dava açma süresi yeniden işlemeye başlar. Bu durumda ilgililer, altmış günün nihayetinden itibaren şayet varsa, başvuruya konu ettikleri esas işlemin tebellüğ tarihî ile idareye yaptıkları başvuru tarihî arasında geçen süreyi de hesaba katmak suretiyle dava açma süresi içinde dava açabilirler. İlgilerin dava açmayarak idareye yeniden başvuruları yeni bir dava açma süresi başlatmaz. Meselâ 5 Mart 2011 günü tebliğ edilen işleme karşı ilgili 25 Mart 2011 günü idareye başvurmuş ve idare bu tarihten itibaren altmış gün içinde başvuruya cevap vermemişse, ilgilinin geçen 20 günlük süreyi (5-25 Mart) de hesaba katmak suretiyle, 25 Mart'tan geçen 60 günlük süre sonunda yani 24 Mayıs 2011 tarihinden itibaren dava açma süresinden örneğin 60 günlük dava açma süresi varsa işleyen 20 günlük süre çıkarılarak kalan 40 gün içinde dava açabilir<sup>78</sup>. Ayrıca ilgilinin dava açma süresi içinde dava açmayarak idareye yeniden başvurusu, yeni bir dava açma süresi başlatmaz.

Danıştay tarafından söz konusu durum “*Yasa bir defaya mahsus olmak üzere idarî makama, idarî dava açmadan önce başvurma imkânı tanımış olup, tevali eden diğer başvurular işlemeye başlamış olan dava*

<sup>77</sup> KARAVELİOĞLU, s. 299.

<sup>78</sup> Danıştay 10. Dairesi, 19.12.1985, E.1985/2642, K. 1985/189, **Danıştay Dergisi**, S. 62-63, s. 427.

*açma süresini etkilemediğinden...açılan davanın süreden reddine*<sup>79</sup> şeklinde yer almıştır.

Zımnî ret süresi dolduktan sonra, yönetimin açıkça ret kararı vermiş olması, zımnî ret kararı üzerinde yeniden işlemeye başlamış olan dava açma süresini etkilemez; düşmüş olan dava açma süresini yeniden ihya etmez<sup>80</sup>.

Uygulamada karıştırılan bir hususa Danıştay kararı doğrultusunda şu şekilde ışık tutulabilir: “*Uyuşmazlık, Mayıs-Aralık 1979 dönemine ilişkin muhtasar beyannamede noksan beyanda bulunan yükümlü adına resen takdir yoluyla yapılan tarhiyatın hatalı olduğu ileri sürülerek düzeltilmesi yolundaki istemin vergi dairesince reddi üzerine tarhiyata karşı açılan davanın 2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca süreden reddine ilişkin olarak verilen kararın bozulması istemine yöneliktir. 2577 sayılı Yasanın 10. maddesi “ilgililer hakkında idarî davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idarî makamlara başvurabilirler. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılı ilgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde konusuna göre Danıştay'a idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı istemin reddi sayarak dava açabileceği gibi kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Dava açılmayan haller ile davanın süreden reddi halinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili makamlarca cevap verilmesi halinde, cevabın tebliğinden itibaren dava açma süresi yeniden işlemeye başlar” hükmünü taşımaktadır.*

*Aynı yasanın 11.maddesinde de “ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlem yapmış olan makamdan idarî dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma*

<sup>79</sup> Danıştay 6. Dairesi, 03.11.1973, E. 1972/4399, K. 1973/3923, **Danıştay Dergisi**, S. 14-15, s. 314.

<sup>80</sup> KARAHANOĞULLARI, Onur, “Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi” s. 2, <http://80.251.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>, e.t. 06.02.2011; GÖZÜBÜYÜK, s. 420.



süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır” denilmektedir. Görüldüğü üzere, 10.madde, ilgili hakkında aynı konuda daha önce tesis edilmiş işlem veya eylem bulunmaması halinde yapılacak idarî müracaatların düzenlemekte, 11.madde ise, idarî işlemler hakkında idareye yapılan başvuruların reddi üzerine açılacak davalarla ilgili bulunmaktadır. 11.maddede idarî işlemlere karşı yapılan idarî müracaatlara 60 gün içinde cevap verilmemesi nedeniyle doğan ve süresinde kullanılmadığından düşen dava hakkının idarece bu süreden sonra verilecek cevapla yeniden doğacağı yolunda bir hüküm yer almamıştır. Vergi ve ceza ihbar nameleri yükümlüye 5.10.1983 gününde tebliğ edilmiş ve bu tarihyata karşı 13.10.1983 günlü dilekçe ile düzeltme isteminde bulunulmuş ve bu istemin vergi dairesi müdürlüğünün 3.9.1984 günlü ve 696/33719-43160 sayılı yazısı ile reddi üzerine yükümlüce, 12.9.1984 günü kayda geçen dilekçe ile verginin kaldırılması istemiyle dava açılmış bulunmaktadır.

Bu durumda 05.10.1983 gününde tebliğ edilen ihbarnamelere karşı vergi dairesine yapılan 13.10.1983 günlü düzeltme başvurusuyla duran dava açma süresi, vergi dairesince altmış gün içinde cevap verilmemesi üzerine altmış günün bittiği tarihi izleyen günden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlayacağından en geç 04.01.1984 gününe kadar davanın açılması gerekirken bu süre geçirildikten sonra yapılan yazılı bildirim üzerine 12.09.1984 gününde kayda geçen dilekçe ile açılmıştır.

İdarenin altmış günlük bekleme süresinin geçmesinden sonra verdiği 03.09.1984 günlü ret cevabı dava açma süresinin geçirilmesi düşmüş olan dava hakkını ihya edemeyeceğinden ve dava süresinin yeniden işlemlerini gerektirmeyeceğinden davanın süre aşımı nedeniyle reddinde kanuna aykırılık yoktur”<sup>81</sup>.

## 2. Başvurunun Açıkça Reddi Halinde

Başvuru üzerine idarenin olumsuz cevap vererek isteği açıkça reddetmesi halinde de ret işleminin tebliğinden itibaren söz konusu madde uyarınca durmuş olan dava açma süresi yeniden işlemeye başlar.

<sup>81</sup> Danıştay 4. Dairesi, 11.07.1985, E. 1985/2569, K. 1985/1938, **Danıştay Dergisi**, S. 60-61, s. 208.

Bu durumda ilgililer başvuru üzerine aldıkları olumsuz cevaptan sonra, şayet varsa, idarenin esas işlemi tebellüğ tarihî ile idareye yaptıkları başvuru tarihî arasında geçen süreyi de hesaba katarak dava açma süresi içinde dava açabilirler. İlgililerin süresinde dava açmayarak idareye yeniden başvuruları yeni bir dava açma süresi başlatmaz. Keza, dava açma süresi geçirildikten sonra idareye yapılan başvuru veya başvurularda idarenin başvuruyu cevaplama halinde de yeni bir dava açma süresi başlatmaz<sup>82</sup>.

Meselâ; ilgilinin kendisine 9 Mart 2000 günü tebliğ edilene işleme karşı 19 Mart 2000 tarihinde üst makama başvurduğunu; başvuru makamının istemini 25 Mart 2000 gününde reddettiğini ve bu ret işleminin ilgiliye 6 Nisan 2000 günün tebliğ edildiğini var sayalım. 9 Mart 2000 günü tebliğ edilen işleme karşı 19 Mart 2000 günü idareye başvurulması sebebiyle 10-19 Mart 2000 tarihleri arasındaki 10 günlük süre, dava açma süresinin hesabında dikkate alınarak dava açma süresinden düşülür. İlgilinin dava açması gereken süre içerisinde (7 Nisan'dan itibaren) dava açmayarak tekrardan idareye başvurması yeni bir dava açma süresi başlatmaz.

Bu durum bir Danıştay kararıyla şu şekilde ifade edilmiştir: *"...dosyanın incelenmesinden; yükümlünün adına salınan vergi ve kesilen cezalarla ilgili ihbarnameleri 22.12.1983 tarihinde tebellüğ ettiği bunun üzerine 03.01.1984 tarihinde 43 numara ile kayda giren dilekçe ile işi terk ettiğini daha önce bildirdiğini ve dolayısıyla mükellef olmadığını belirterek gerekli düzeltmenin yapılmasını istediği ve vergi dairesinin düzeltme isteminin reddedildiğine dair, 03.01.1984 günlü 41 sayılı yazısının da 20.01.1984 tarihinde tebliğ edilerek yükümlü tarafından...asliye hukuk hakimliğine 17.02.1984 tarihinde havale gören dilekçe ile...vergi mahkemesi nezdinde dava açtığı hususlarında tartışma bulunmadığı anlaşılmaktadır.*

*Bu duruma göre, ihbarnamenin tebliğinden düzeltme başvurusunun yapıldığı tarihe kadar 12 gün geçmiş ve geriye 18 gün kalmıştır. Düzeltme isteminin reddine ilişkin yazı 20.01.1984 tarihinde tebliğ edildiğine göre davanın kalan 18 gün içinde açılması gerekirken 2577 sayılı kanunun 7. maddesinde yazılı 30 günlük dava açma süresi*

---

<sup>82</sup> KARAVELİOĞLU, s. 302.

*geçirildikten sonra 17.02.1984 tarihinde dava açıldığından, davayı süresinde görerek, esastan incelemek sureti ile hükme bağlayan mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır*<sup>83</sup>.

### SONUÇ

İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 11. maddesine göre, ilgililer tarafından idarî dava açılmadan önce, idarî işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idarî dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idarî dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır.

İlgili bu başvuru usûlünü kullanarak durumu kendi lehine çevirmeye çalışarak durumu kendi lehine çevirme yollarını arar ve yönetimin konuyu bir kez daha gözden geçirmesini sağlar. Yani idarî işlem tesis edilip tebliğ edildikten sonra yani kişinin hukukunu etkiler hale geldikten sonra işlemin muhatabına, işlemdeki hata düzeltilmesi imkânı tanımaktadır.

Bu madde ile getirilen başvuru, idarî dava açılmadan önce idarenin hatalı işlemini geri alması, kaldırması veya yeni bir işlem yapmasına imkân vermektedir.

Söz konusu maddenin konuluş amaçlarından biri, idarenin (işlem tesisine yetkili kamu görevlisinin de) işlem tesis ederken hata yapması ihtimalidir. Meselâ vergi salınırken aslında işini terk edip mükellefiyet kaydını sildirmiş kişiye bundan sonraki dönem için vergi salınması gibi bir kamu personeline özlük haklarının, tazminatlarının eksik ödenmesi, gibi. İşte bu durumlarda işlemin idarî davaya dönüşmesinden önce bu hatalı durumun belirtilerek işlemin geri alınması veya değiştirilmesi ileriye yönelik sağlanmış olur.

Düzenlemenin bir diğer amacı; hukuk devletine bağlı idare anlayışına uygun davranmak durumunda olan idareye, yapmış olduğu hukuka aykırı idarî işlemini, dava yoluna gidilmesine gerek

<sup>83</sup> KARAVELİOĞLU, s. 303'ten naklen, Danıştay 4. Dairesi. 26.09.1986, E. 1984/4523, K. 1986/2811.

## İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

bırakmaksızın, düzeltme olanağı tanımak; diğer yönden de, idare edilenlerin, uzun ve masraflı yargı başvurusu yerine, daha kısa ve masrafsız olan idarî başvurusu ile hedeflerine ulaşabilmelerini sağlamaktır.

Kanun koyucunun bu maddeyi düzenleme amacından hareket edildiğinde hem idarî işleme muhatap kişinin hatalı işlem dolayısıyla mağduriyetinin, hem de işlemin idarî davaya dönüşmesinin önlemek istediği görülmektedir. Ayrıca bu durumda idare tarafından yapılan hata düzeltilerek hukuk devleti sağlanmaya çalışılmaktadır.

Bu başvurunun uygulanmasına bakıldığında; idare peşin olarak kendisinin hata yapmayacağını düşündüğü için bu tür başvuruları ayrıca inceleme ve araştırmaya gerek duymaksızın reddetmektedir.

İdare başvurulara verdiği cevaplarda talepleri gerekçesiz olarak reddetmektedir. Yukarıda değinildiği gibi idare kendisinin hatalı hareket edebileceğinin kabûl etmediği için başvuruyu araştırıp incelememekte dolayısıyla ret işlemine gerekçe de koymamaktadır.

Oysa araştırmaya dayalı olarak gerekçe konulsa belki başvuruyu yapan kişi gerekçeyi yeterli görerek veya ikna olarak dava yoluna başvurmayabilecektir. Gerekçe konulmaması bu başvurunun konuluş amacına hizmet etmemektedir.

Yine aynı şekilde idare bu tür başvurular üzerine idare kendisinin hatasını kabûl etse bile işlemi düzeltme yoluna gitmemektedir. Başvurucuya genelde her ne kadar hatalı işlem tesis edilmiş olsa da mahkeme ilâmını bekleyerek hatanın bu ilâm üzerine düzeltileceğini söylemektedir. Bu da yine başvurunun konuluş amacına hizmet etmemektedir.

Burada yapılması gereken ilgilileri tarafından yapılan idarî başvuru üzerine kendisine başvuru yapılan idare konuyu tam olarak araştırmalı ve konuya ilişkin başvuru sahibine doyurucu ve gerekçeli yanıtlar vererek uyuşmazlığın idarî davaya konu olmadan çözümlenmesini sağlamalıdır. Ayrıca asıl olan ve olması gereken, halen gündemde olan genel idarî usûl yasa tasarısının kanunlaşması ve bu kanunun amacının gerçekleşmesi adına bu kanunun varlığının faydasına inanmış idarenin varlığıdır.

**KAYNAKÇA**

**CANDAN, Turgut**, “İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 10 ve 11. maddelerinde 4001 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, Yaklaşım Dergisi, Y. 3, S. 27, Mart 1995.

**ÇIRAKMAN, Erol**, “İdarî Davalarda Süre”, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler, C. 1, Ankara, 1976.

**ÇOŞKUN, Sabri / KARYAĞDI, Müjgan**, İdarî Yargılama Usûlü (Örnek İçtihatlar-Yorumlar), Ankara, 2000.

**DEMİRKOL, Selami / BAŞ BEREKET, Zuhul**, (Teori Ve Pratikte) İdarî Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usûlü, B. 2, İstanbul, 2001.

**DURAN, Lütfi**, “İdarî Müracaatlar Ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 12, S. 1.

**GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / DİNÇER, Güven**, İdarî Yargılama Usûlü, B. 2, Ankara, 1999.

**GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, Yönetmelik Yargı, Ankara, 2007.

**HONDU, Selçuk**, “İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nda Yer Alan İdarî Usûller Ve Uygulaması”, İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslar Arası Sempozyumu, 17-18 Ocak, Ankara, 1998.

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

**KALABALIK, Halil**, İdarî Yargılama Usûlü Hukuku, Konya, 2009.

**KAPLAN, Gürsel**, İdarî Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara 2007.

**KARAHANOĞULLARI, Onur**, “Zimni Retten Sonra Gelen Açık Yanıtlarda Dava Açma Süresi”, <http://80.251.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/zimniredsonradangelenyanit.pdf>

**KARAVELİOĞLU, Celal**, Değişiklik-Açıklama Ve En Son İçtihatlarla İdarî Yargılama Usûl Kanunu, B. 4, Trabzon, 1999.

**KAYA, Cemil**, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, 2005.

**ONAR, Sıddık Sami**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, B. 3, İstanbul, 1967.

İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 11.Maddesine Göre Yapılan İdarî Başvurular

**ÖZYÖRÜK, Mukbil**, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, 1972-1973, (çoğaltma).

**SANCAR, Mithat**, “İdarî Yargılama Usûlü Kanununun 10 Ve 11. Maddeleri Bağlamında İptal Davalarında Süre” Amme İdaresi Dergisi, C. 23, S. 1, 1990.

**SOYBAY, Selçuk**, İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

**SEZER, Yasin / BİLGİN, Hüseyin**, “Danıştay Kararlarında İdarî Başvurular”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, 2008.

**YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel**, Açıklamalı, İçtihatlı, Notlu İdarî Yargılama Usûlü, Ankara, 1983.

**YILDIRIM, Ramazan**, İdarî Başvurular, B. 2, Konya, 2006, (İdarî Başvurular).

**YILDIRIM, Turhan**, “İdarî Usûl Yasası Kapsamında İdareye Başvuru”, İdarî Usûl Kanunu Uluslararası Sempozyumu Bildiriler, Ankara, 17-18 Ocak 1998.

**ZABUNOĞLU, Yahya**, “İdarî Yargıda Dava Açma Süresi (2577 Sayılı İYUK’nun 10 ve 11. Maddeleri Açısından İnceleme)”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap İdarî Yargı, Ankara, 1990.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

Arş. Gör. Cansu Büşra KARTAL\*

### ÖZET

*Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı günümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önemle üzerinde durduğu sözleşmenin yapı taşlarından biri haline gelmiştir. Kişi hak ve hürriyetleri arasında bir derecelendirme yapmak her ne kadar doğru bir yaklaşım olmasa da kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının diğer hak ve hürriyetlerin merkezinde yer aldığını ifade etmek gerekir. Nitekim kişilerin özgürlüğünden yoksun kılınması diğer hak ve hürriyetlerin kullanılmasını olumsuz yönde etkileyecektir.*

*AIHS' in 5.maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kişilerin keyfi olarak yakalanması ve tutuklanmasını önlemek amacıyla bir güvence mekanizması getirmiştir. 5.madde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğunu belirtmiş ve bu hükümde belirtilen haller ve kanunla belirlenen durumlar dışında hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun kılınamayacağını belirtmek suretiyle özgürlüğün kısıtlanması hallerini sınırlı sayı ilkesine tabi tutmuştur.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** özgürlük ve güvenlik hakkı, keyfi tutuklama, keyfi yakalama, sanık hakları, hukuka uygunluk

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi AnayasaHukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

## THE LIBERTY AND SECURITY OF PERSON WITHIN THE SCOPE OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

*Today the right to liberty and security of person has become one of the main factor of European convention on human rights. . Individual rights and freedoms to a rating between each one is not correct approach to people freedom and security right is other rights and freedoms to express that in the center is required. As a matter of fact exercise the other rights and freedoms will affect negatively deprived of their liberty.*

*Liberty and security of person is clause 5 of contracted have assurance to prevent arbitrary arrest and detention of people. Clause 5 implied that everyone has the right to liberty and security of person and this provision except in the cases and status determined law by declaring no one is deprived of his liberty states of deprivation of liberty to be subject to the principle of limited numbers.*

**Key words:** *liberty and security right, arbitrary arrest, arbitrary detention, rights of defendant, compliance with law*

### A. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kavramı

Kişinin özgürlüğü ve güvenliği ilkesi bireyin iktidar karşısında hukuksal güvenliğini sağlamanın bir güvencesi ve diğer özgürlüklerin sert çekirdeği olması özelliği ile insan hakları içerisinde en temel hak olarak nitelendirilir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi sahip olduğu bu önem bakımından hem ulusal hukukta odak noktası haline gelmiş hem de uluslar arası hukukta tüm devletlerin hukuk sistemlerinin yakından ilgilendiği bir kavram olma niteliğini kazanmıştır. Bu teminattan yoksun olan kişilerin diğer haklarını kullanması zor hatta çoğu zaman imkansızdır<sup>1</sup>.

Kişi özgürlüğü kavramı öğretide bireyin bedeni hareket serbestliğinden alıkonulmaması, kişinin fiziki mekan içinde gidip

---

<sup>1</sup> Göçer, Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku, Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, 2000,s.211.



gelmesi, yer değiştirme serbestisi olarak tanımlanmaktadır. Kişi özgürlüğü bireyin temel hakkı olması itibariyle keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı kişinin korunmasını amaçlamaktadır<sup>2</sup>. Kişinin hareket serbestini engelleyen keyfilikler karşısında korunmasının zorunluluğu sadece yer değiştirme serbestisini değil aynı zamanda kişinin özel yaşamına saygı, konut dokunulmazlığını, haberleşme özgürlüğünü ve evlenme özgürlüğünü de içine almaktadır<sup>3</sup>.

Kişi güvenliği ise kişilerin özgürlüğüne keyfi bir müdahale sonucunu doğuran durumlara karşı korunmasıdır. Bu bakımdan kişi özgürlüğü ve güvenliği temel hakkındaki özgürlük ve güvenlik ifadeleri birbirinden ayrılmaz bir bütünü ifade etmekte, kişinin güvenlik hakkı kişinin özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bireyin bedensel olarak hareket edebilme özgürlüğüne ve bunun güvencesine sahip olmasını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle bu hak kişinin güvenlik içinde olmasını, onun keyfi olarak yakalanma, tutuklanma, cezalandırılma amacıyla hareket özgürlüğünün sınırlanıp, istediği yere gidip gelebilme serbestliğinin ortadan kaldırılmamasını ve bunun güvencesinde yaşamını sürdürüp geliştirmesini ifade etmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin geręekleřtirildięi toplumlarda kişiler hiç kimsenin keyfine göre yakalanmayacaklarını, zorla bir yere getirilmeyeceklerini, tutuklanmayacaklarını ve cezalandırılmayacaklarını bilir ve herhangi bir yönetici tarafından özgürlüklerinin gereksiz yere kısıtlanmayacağına inanırlar. Bunun sağlanabilmesi için de keyfe göre yönetimin ortadan kalkması hukuka dayanan bir yönetimin toplumlara yerleşmesi gerekir<sup>4</sup>.

### **B. Özgürlükten Yoksunluk Kavramı**

Özgürlükten yoksunluk kavramı kişiyi hareket serbestliğinden alıkoyan her tür tedbir olarak ifade edilebilir. Özgürlükten yoksunluk sonucunu doğuran durumlarda önemli olan kişinin fiilen hareket yeteneğinin kamu makamlarınca kısıtlanmasıdır. AIHS' in 5.maddesi kişi özgürlüğünün devlet organlarınca kısıtlanması halinde uygulanır.

<sup>2</sup> şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004, s.205.

<sup>3</sup> şahbaz, a.g.m., s.206.

<sup>4</sup> Keskin, a.g.m.,s.64.

Nitekim Divan Nielsen/ Danimarka davasında anne, babanın sahip olduğu velayet hak ve yetkilerinin sınırsız olmadığını bu hakka dayanarak yetkili doktor ve ilgili servis tavsiyesi üzerine oğlunu tedavi amacıyla bir psikiyatri kliniğine kapatan annenin neden olduğu özgürlük kısıtlanmasında 5.madde hükmünün uygulanmayacağına karar vermiştir<sup>5</sup>. AİHS 5.madde kapsamında değerlendirilecek durumlara örnek olarak; kişinin bir karakolda yahut bir hapisanede zorla alıkonulması halinde hatta zor kullanarak veya kuvvet kullanmaksızın kolluk kuvvetlerince bir yerden bir yere gidemeyeceğinin kişiye söylendiği haller, kişinin yolda durdurulduğu veya kişinin özgür iradesiyle karakola geldikten sonra ayrılmayacağını söylendiği haller verilebilir<sup>6</sup>.

Hapsedilmek için kişinin rıza göstermiş olması mutlak surette özgürlükten yoksun bırakılacağı anlamına gelmez. De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika davasında kişinin özgür iradesiyle yetkili mercilere teslim olması ve alıkonulmayı kabul etmesi bu mercilerin 5.madde hükümlerine uyma yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir durum oluşturmamaktadır. Bu davada esas alınan kişinin artık bulunduğu yeri terk edemeyecek olmasıdır. Özgürlükten etkilenen kişinin statüsü özgürlükten yoksunluğun olup olmadığının tespitinde dikkate alınan bir unsurdur. AİHM askerlerin kendi konutlarında ya da askeri bina veya tesislerde alıkonmalarının özgürlükten yoksunluk olarak değerlendirilmeyeceğine karar vermiştir. Ancak asker kişilerin tutulma hali normal hayatlarına devam etmelerine engel oluşturacak bir hal aldığı durumda durumun 5.madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir<sup>7</sup>.

### **C. Hukuka Uygunluk Genel Şartı**

AİHS' in 5.maddesinin 1.fikrasında "*kanunda gösterilen durumlar dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez*" ifadesi ile özgürlükten yoksun kılma konusunda iç hukuka gönderme yapılmıştır. Başka bir ifadeyle kişi özgürlüğünü kısıtlayan tutuklama, yakalama vb. işlemler gerçekleştirilirken yürürlükteki mevzuatın öngördüğü yöntem

<sup>5</sup> Gözübüyük, A. Şeref - Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.222.

<sup>6</sup> Özyurt, a.g.e., s.12.

<sup>7</sup> Dutertre, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 105.

izlenecek ve ayrıca işlem tüm yönleriyle mevcut hukuk kurallarına uygun olarak gerçekleştirilecektir<sup>8</sup>. İç hukuka yapılan bu gönderme ilgili devletin maddi ve muhakeme hukukuna ilişkin hükümlere uygun hareket etme yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. İç hukuka uygun hareket edilmemesi durumunda Sözleşme'nin ihlali sonucu doğacağından AİHM, iç hukuka riayet edilip edilmediği yönünde bir değerlendirme yapma imkanına sahiptir. AİHS' in amacı keyfi olarak kişileri özgürlüklerinden yoksun kılmanın önüne geçmek olduğu için ulusal hukukta özgürlükten yoksun kılma için gerekli koşulların açık bir biçimde ortaya konması ve uygulamanın öngörülebilir olması gerekir. Bu bağlamda ulusal hukukun Sözleşmenin ilkeleri ile uyumlu olması aranır<sup>9</sup>.

#### **D. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkını Kısıtlama Sebepleri**

AİHS, 5.maddesinde kişinin özürlüğünden yoksun kılma durumunu maddede belirtilen hallerle sınırlamış ve ancak bu durumlardan biri veya birkaçı olması halinde özgürlükten yoksun kılmanın hukuka uygun sayılabileceğini belirtmiştir.

##### **a) Mahkumiyet kararı nedeniyle kısıtlama**

AİHS' in 5.maddesi 1.fıkrasının a bendinde öngörülen durum bireyin mahkum edilmesi halinde özgürlüğünden yoksun kılınmasının mümkün olmasıdır. Mahkumiyet kararının yetkili mahkeme tarafından verilmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkumiyet kararı veren mercii yargısal nitelik taşıması yani söz konusu mercii hem bağımsız ve tarafsız olması hem de kararın güvenceli bir yargılama usulü izlenerek verilmiş olması gerekir. Mahkemenin yetkisi konusunda yine ulusal hukuka atıfta bulunulmakta Komisyon ve Divan da sahip buldukları denetim yetkisini bu hukuk açısından yerine getirmektedirler<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü,a.g.e., s.224.

<sup>9</sup> Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004,s.281.

<sup>10</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü,a.g.e., s.227.

Mahkumiyet için ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar yeterli olmakla birlikte bu kararın hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğinde olması gerekir. Mahkumiyet kavramına emniyet tedbirleri girmemektedir. Yetkili mercii tarafından verilen kararın sonradan hatalı olduğunun ortaya çıkması halinde bu durum tek başına özgürlükten yoksun kılmanın Sözleşmeye aykırı olması sonucunu doğurmaz. Çünkü AİHM ulusal mahkeme kararlarının yerindeliği yönünde bir inceleme yapamaz<sup>11</sup>.

**b) Karara uymama veya yükümün yerine getirilmemesi**

AİHS bir kişinin bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı kişinin özgürlüğünden yoksun kılınabileceğini 5.maddenin 1.fıkrasının b bendinde düzenlemiştir. Bu durumda kararı bir mahkemenin vermesi esastır. AİHM tarafından böyle bir kararı vermeye yetkili mahkeme bağımsız ve tarafsız, adil bir yargılama usulü güvencesine sahip yargı yeri olarak tanımlanmaktadır<sup>12</sup>. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir mahkeme tarafından psikiyatrik gözlem amacıyla belirtilen kısa vadeli gözaltını, bir cezanın ödenmemesi dolayısıyla bir mahkeme tarafından verilen nezaret kararını, bir kan testi uygulanması yönündeki adli kararı, zorunlu bir ikamet emrine uyulmaması nedeniyle gerçekleştirilen tutuklama eylemini ve belli sınırlar içinde hareket etmeyi kabullenmeyi reddetme üstüne gerçekleştirilen nezaret edimini 5.maddenin 1.fıkrasının b bendi kapsamında değerlendirmektedir<sup>13</sup>.

Sözleşme 5.maddesinin 1.fıkrası b bendinin ikinci cümlesindeki düzenleme ile yasal bir yükümün yerine getirilmesini sağlamak amacı ile bireyin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin vermektedir. Kanunun öngördüğü ve yerine getirilmesini emretmesine rağmen yerine getirilmeyen yükümün belli, somut bir yüküm olması ve doğrudan doğruya kanundan kaynaklanması gerekmektedir<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.282.

<sup>12</sup> Şahbaz, a.g.m.,s.211.

<sup>13</sup> Reid, Karen, *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları*, çev. Bahar Öcal Düzgören, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap, 2000, s.25.

<sup>14</sup> Gözübüyük / Gölcüklü,a.g.e., s.229.

### c) Suç işlediği şüphesine dayalı kısıtlama

Sözleşmenin 5.maddesinin 1.fıkrasının c bendinde “*bir suç işlediği şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla yetkili adli makam önüne çıkarılmak üzere yakalanması*” amacıyla kişinin özgürlüğünden mahrum edilebileceği hükmüne yer verilmektedir. Fıkranın c bendinde belirtilen durumun ceza yargılama hukukuna ilişkin olması nedeniyle bir ceza yargılama usulü kurumu olan geçici yakalama ve tutuklama ifadelerine yer verdiği görülmektedir. İlgili bendde sözü geçen yetkili adli makam ifadesinden daha önceki iki bendde de belirtildiği üzere bağımsız tarafsız ve bireyin keyfi surette tutuklanmasını önleyici güvenceye sahip bir usul izleyen yargıç ya da kanun tarafından adli görev yürütmekle yetkili kılınmış bir görevli olduğu anlaşılmaktadır<sup>15</sup>.

Hükümde belirtilen yakalamanın hukuka uygun olması için yetkili makam önüne çıkarılmak amacıyla yapılması ve Sözleşmenin 5.madde 1.fıkrasında suç işleme şüphesi, suçun işlenmesinin önlenmesi veya kaçmayı önleme şeklinde belirtilen yakalama nedenlerinden birinin mevcut olması gerekir<sup>16</sup>.

Sözleşmenin 5.madde 1.fıkra c bendinde yer alan kişinin bir suç işlediğine dair makul bir şüphe bulunması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği ifadesi yalnızca bu şüphenin geçerli bir sebebe dayandığı ve bu hükmün keyfi olarak uygulanmadığı durumları kapsamaktadır. Şüphenin makul olabilmesi için şüphelenilen kişi ile söz konusu suç arasında objektif bilgilere ve gerçeklere dayalı bir ilişki olması gerekir<sup>17</sup>. Aksi takdirde şüpheye dayanak oluşturan herhangi bir olgu veya bilgi bulunmaksızın kişilerin yakalanması ve tutuklanması AİHS 5.maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

<sup>15</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.230.

<sup>16</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.283.

<sup>17</sup> Macovei, Monica, “Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, no 5, <http://www.humanrights.coe.int/aware,s.46>.

**d) Küçüklerin ıslah amaçlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmaları**

Sözleşmenin 5.madde 1.fıkra d bendinde bir küçüğün Sözleşme çerçevesinde gözetim altında eğitimi için tutulabilmesi kapalı veya açık alanda küçüğün yapısına ve usulüne uygun gerçek bir eğitim düzeninin oluşturulmasını gerektirir. Nitekim Divana Bouamar/Belçika davasında bir gencin tutukevinde izole bir konumda ve uzman bir görevlinin desteği olmaksızın tutulmasının herhangi bir eğitim amacı taşımadığı kararını vermiştir. Bu nedenle küçüğe uygulanacak özgürlükten yoksun kılan önlemin güdülen amaca uygun olması gerekir.

Nielsen/Danimarka davasında AİHM kendi iradesi dışında ancak annenin talebi üzerine 12 yaşında psikiyatrik rahatsızlığı olan çocuğun psikiyatri kliniğine kapatılmasını özgürlükten yoksunluk olarak değil çocuğun menfaatleri doğrultusunda annenin velayet hakkından doğan bir sorumluluk olarak değerlendirmiştir<sup>18</sup>.

**e) Tedavi, eğitim ve ıslah amaçlı kısıtlama**

Sözleşmenin 5.madde 1.fıkrasının e bendinde bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne(hukuka) uygun olarak alıkonulmasına müsaade edilmiştir. AİHM bu kategoride ele alınan kişilerin sadece kamu güvenliği açısından tehlikeli olabileceğini değil aynı zaman da kendi menfaatlerinin de bir gereği olarak alıkonulmalarının dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Kişinin akıl hastalığı nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınabilmesi için davranış bozukluğunun hastalık niteliğinde olması gerekmektedir. Bir kişinin akli dengesinin yerinde olup olmadığına ulusal kanunlar ve bu kanunların belli bir durumda nasıl uygulandığı ve kişinin durumuna ilişkin mevcut psikiyatrik bilgilere göre karar verilmelidir. Dikkat edilmesi gereken husus ise alıkoymanın hem esasa hem usule ilişkin kurallar bakımından hem de Sözleşme bakımından hukuka uygun olması ve keyfi bir uygulamaya imkan vermemesidir. AİHM Winterwerp davasında akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkoyulmasının hukuka uygun olması için yerine getirilmesi gereken şartları şu şekilde belirtmiştir<sup>19</sup>:

<sup>18</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.285.

<sup>19</sup> Macovei,a.g.e., s.80.

- i. akli bozukluk objektif bir tıbbi uzman tarafından tespit edilmiş olmalıdır, ancak bu durum acil koşullarda aranmaz.
- ii. bozukluğun özellikleri veya derecesi alıkoymayı gerektirecek ölçüde ağır olmalıdır.
- iii. alıkoyma hali yalnızca tıbbi bozukluk ve bu bozukluğun şiddeti devam ettiği süreyle kısıtlanmalıdır.
- iv. alıkoyma halinin süresiz olma ihtimali durumunda yetkili bir mahkeme tarafından kişinin durumu düzenli olarak değerlendirilmelidir.
- v. alıkoyma bir hastane, klinik ya da bu tür kişileri alıkoyma yetkisine sahip bir kurumda olmalıdır.

Serseri kişiler konusu De Wilde, Ooms ve Versyp-Belçika davasında AİHM önüne getirilmiş ve bu davada mahkeme ilke olarak Belçika Ceza Kanunu'nda yer alan serseri kişilerle ilgili tanımı kabul etmiştir. Bu tanıma göre serseri “*sabit bir ikametgahı, düzenli bir geliri, işi ya da mesleği olmayan kişi*”dir<sup>20</sup>.

Uyuşturucu bağımlılarının, alkoliklerin alıkoymasına ya da bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi amacıyla ilişkin kişinin alıkonulması konusunda AİHM' in akli dengesi yerinde olmayan kişilerin alıkonulmasının usule uygun olup olmadığına ilişkin benimsediği yaklaşımı zımnen kabul ettiği düşünülebilir<sup>21</sup>.

#### **f) Sınır dışı etme işlemlerine dayalı kısıtlama**

Sözleşmenin 5.maddesinin 1.fıkra f bendinde bir kimsenin bir ülkeye usulüne aykırı olarak girmekten alıkonulması amacıyla hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işlemi yapılmakta olan bir kişinin yakalanması veya tutuklanmasına izin verilmektedir. Yakalama ve tutuklama işleminin usulüne uygun olması işlemin hem şekil hem de esas bakımından ulusal mevzuata uygun olması anlamına gelmektedir<sup>22</sup>. Sözleşmenin bu hükmü vatansızlar ve yabancılar bakımından uygulanma alanı bulmaktadır. AİHM sınır dışı etme konusuna ilişkin Bozano-Fransa davasında verdiği kararda başvuru sahibinin alıkonulmasının hukuka

<sup>20</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.235.

<sup>21</sup> Macovei, a.g.e., s.82.

<sup>22</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.235.

uygun olmadığı ve dolayısıyla 5.m/1f. f bendine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karara konu olayda İtalyan vatandaşı başvuru işlediği çeşitli suçlar nedeniyle gıyabında yargılanarak mahkum edilmiş bunun üzerine İtalyan hükümeti Fransa'da bulunan başvuru kişinin iadesini istemiştir. Ancak Fransa mahkemesi İtalya'da yapılan yargılamanın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir. Fransız hükümeti daha sonra başvuru kişiyi İsviçre'ye iade etmiş, İsviçre de cezasını çekmek üzere İtalya'ya iade etmiştir<sup>23</sup>.

5.madde 1.fıkra f bendinde alıkoyma süresiyle ilgili bir kısıtlama getirilmemiş olsa dahi AİHK iade ya da sınır dışı etme işlemlerinin gerekli titizlikle sürdürülmesi gerektiğini belirtmiştir. Lynas-İsviçre davasında komisyon bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "işlemlerin gerekli titizlik gösterilerek sürdürülmemesi ya da alıkoymanın yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanması halinde hapis uygulaması 5.madde 1.fıkra f bendine aykırıdır. Bu çerçevede komisyonun iade işlemleri sırasında kişinin alıkonulduğu süreyi dikkate alma gerekçesi olacaktır"...ancak iade etme işlemleri esnasında alıkoyma uygulamasının kişinin yararına ya da talebi üzerine uzaması halinde kişinin uzun süre alıkonulduğunu iddia etmesi mümkün olmayacaktır<sup>24</sup>.

#### **E. Özgürlüğü Kısıtlanan Kişinin Hakları**

Yakalama ve tutuklama için aranan bütün koşulların gerçekleşmesi nedeniyle kişi yakalanmış ya da tutuklanmış olsa bile AİHS bu yolla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye bazı haklar tanıdığıdır. Bunlara uyulmaması halinde AİHS' in 5.maddesinin ihlali söz konusu olur. Sözleşme ile tanınan haklar 1) tutuklama nedenlerinin ve isnadın sanığa en kısa zamanda bildirilmesi, 2) sanığın hemen bir hakim veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı bir memur huzuruna çıkarılması ve tutukluğun makul süre devam etmesi, 3) sanığın yakalamanın ve tutuklamanın kanuna uygunluğunun denetimini sağlamak için yargı yoluna başvurma hakkı, 4) yakınlarına durumun haber verilmesi hakkı ve 5) sözleşmeye aykırı olarak yakalanan ve tutuklanan kişiye tazminat ödenmesi hakkıdır<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.286.

<sup>24</sup> Macovei,a.g.e., s.73.

<sup>25</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.287.



**a) Yakalanan kişinin bilgilendirilme hakkı****aa) Kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgi edinme hakkının kapsamı**

Sözleşmenin 5.maddesinin 2.fıkrasında bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin yetkinin suiistimalini önlemeye yönelik önemli bir düzenlemeye yer verilmektedir. Bu hükme göre yakalanan kişiye yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı dilde bildirilir. Bu sayede bu uygulamaya maruz kalan kişiye başına geleni ve bu uygulamaya ne şekilde itiraz edebileceğini anlama imkanı sağlanmış olmaktadır. Haklı bir gerekçe ile özgürlükten yoksunluğun söz konusu olduğu pek çok durumda kişiye yapılacak açıklama kişinin direnmesinin doğru olmadığını anlamasını sağlayacak dolayısıyla yetkilinin görevini yapmasını kolaylaştıracaktır. Ayrıca bu tür bir tedbirin neden alınmış olduğunun açıklanması gereği kamu görevlilerini yetkileri dahilinde hareket edip etmedikleri konusunda dikkat etmeye ve haklı bir gerekçesi olmayan hareketlerde bulunmaktan kaçınmaya teşvik edecektir<sup>26</sup>.

Divanın bilgi edinme hakkının kapsamına ilişkin bakmış olduğu Van der Leer-Hollanda davasında Belediye Başkanı başvurusunun bir psikiyatri hastanesine yatırılma emrini vermiştir. Başvurucu mahkemeye verilen alıkoyma emrinin kendisine derhal bildirilmediğini ileri sürmüştür. Davalı devlet ise bu davada 5.madde 2.fıkra hükmünün uygulanmayacağını zira yakalama ve suç isnadı kavramlarından da anlaşılacağı üzere bu maddenin yalnızca ceza davalarına yönelik olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme 5.madde 2.fıkarda kullanılan kelimelerin özerk bir şekilde ve özellikle de 5.maddenin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakma riskinden korunmasına yönelik niyet ve amacına uygun olarak yorumlanması gerektiği inancını taşımaktadır. Dolayısıyla 5.madde 2.fıkarda belirtilen yakalama ceza hukuku bünyesi dışında kalan tedbirleri de kapsamaktadır<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Macovei,a.g.e., s.84.

<sup>27</sup> Dutertre,a.g.e., s.145.

Komisyonun yerleşmiş uygulamasına göre yapılacak bildirim içeriği amaçla sınırlıdır<sup>28</sup>. Bu açıdan Sözleşmenin 5.maddesi 2.fikrasında belirtilen bilgilendirme yükümlülüğü kişinin hakkındaki suçun niteliği ve bu suçlamanın sebebine ilişkin bilgilendirilmesi görevine dair 6.maddenin 3.fikrasının a bendinden daha sınırlı bir kapsamdadır, zira ikinci durumda daha fazla ayrıntıya ihtiyaç duyulur bu ayrıntılar yargı aşamasında savunma hazırlığı açısından gereklidir<sup>29</sup>.

#### **bb) Verilecek bilginin içerik ve şekli**

AİHM bilgilendirmenin içeriğine ilişkin Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık davasında yakalanan kişilere verilecek bilginin hem fiili hem de hukuki konularla ilgili olması gerektiği hükmüne varmıştır. Sözleşmenin 5.madde 2.fikrasında yakalanan herkesin hangi sebeple özgürlüğünden yoksun bırakıldığını öğrenmesi gerektiği şeklinde temel bir güvence bulunmaktadır. Bu hüküm 5.maddenin ihtiva ettiği koruma anlayışının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. 2.fikrada belirtilen ifadelerle göre yakalanan herkese basit teknik olmayan ve anlayabileceği bir dille yakalanmasına ilişkin temel hukuki ve fiili gerekçelerin bildirilmesi şartı getirilmiş bu sayede de yakalanan kişiye uygun gördüğü takdirde 5.maddenin 4.fikrası hükümleri çerçevesinde yakalanmasının hukuka uygunluğu konusunda mahkemeye başvurabilme imkanı sağlanmıştır. Diğer yandan yakalanan kişiye verilecek bilginin belirli bir şekilde olması gerekmemektedir. Soruşturma amacıyla yöneltilen belirli sorular söz konusu kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin gerekçeler hakkında bilgi edinmesini sağlayabilir. Ayrıca bir kişinin suçüstü yakalanmış olması diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde bu kişinin kendisine isnat edilen suç hakkında yeterince bilgilendirildiğine işaret eder<sup>30</sup>.

Pek çok durumda özgürlüğünden yoksun kalan kişiye açıklamayı yapacak olan kişi belki de doğrudan kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan kişidir. Bir ceza davasında açıklama yapma görevi hem kişinin işlendiğinden şüphelenilen suç hakkında hem de bu suça nasıl karıştığına düşünülmesi hakkında kişiye bilgi verilmesini gerektirir.

<sup>28</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.236.

<sup>29</sup> Macovei, a.g.e., s.86.

<sup>30</sup> Dutertre, a.g.e., s.146.

Aynı şekilde kişinin bir başka ülkeye iadesinden önce alıkoyması halinde kişiye söz konusu suç ve bu suçtan ötürü bir başka ülkenin kişinin iadesi talebinde bulunduğu hakkında bilgilendirilmesi gerekir.

#### **cc) Bilginin temin edileceği zaman**

Sözleşmenin 5.maddesinin 2.fıkrası sebeplerin derhal değil en kısa zamanda bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İlk yakalanma ve yeterli açıklamanın yapılması arasında geçen süre o davaya ilişkin koşullar göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Özgürlüğünden yoksunluk sebebini anlaması için şüphelinin sorgulanmasının yeterli olduğu tespit edilen durumlarda AİHM bu sürenin iki ila on dokuz saat arasında olmasına itiraz etmemiştir. AİHM Murray-Birleşik Krallık davasındaki iki saatlik süreyi ve Dikme-Türkiye davasındaki on dokuz saatlik süreyi birkaç saat olarak nitelendirmiştir. Ancak derhal bir tercümanın bulunmaması gibi iletişimi etkileyen pratik zorlukların bulunması halinde daha uzun sürelerin kabul edilmesi mümkündür. Yine de cezai süreç dışında en kısa sürede ifadesi yorumlanırken daha fazla müsamaha gösterilmesine imkan tanımamak gerekir. Nitekim Van der Leer- Hollanda davasında akıl hastanesine kapatılan kişiye alıkoymanın nedeninin on gün sonra açıklanması kabul edilemez bulunmuştur<sup>31</sup>.

#### **dd) Açıklamanın anlaşılabilirliği**

Kişi, yakalanmasını gerektiren önemli fiili ve hukuki nedenlerin aynı zamanda delillerin anladığı bir dilde kendisine bildirilmesini isteme hakkına sahiptir<sup>32</sup>. Özgürlüğünden yoksun kılınan pek çok kişi ya zihinsel kapasite ya da profesyonel tecrübe bakımından hukuki karmaşıklıkları çözemeyecek haldedir. Önemli olan kişinin başına ne geldiğini anlaması olduğundan bireysel kapasitesi de dikkate alınarak açıklamanın teknik olmayan bir dilde yapılması gerekir. Bu amaçla özgürlükten yoksun kılma yetkisi veren resmi evrak, tutuklama emri yahut mahkeme kararının anlaşılabilir bir dilde ifade edilmesi önemlidir. Bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dil kullanmaları için fazladan çaba harcamalarını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da akli

<sup>31</sup> Macovei, a.g.e., s.88.

<sup>32</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.287.

durumu sebebi ile etkili bir iletişimin mümkün olmadığı hallerde açıklama bu kişinin yasal temsilcisine yapılmalıdır. Özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin resmi dili anlamadığı hallerde açıklama kişinin anladığı dilde yapılmalıdır. Ancak bu durumda açıklamanın yakalanmanın ilk anında verilmesi mümkün olmadığından ve kişinin anladığı dilde açıklama yapabilecek bir kişinin varlığını zorunlu kıldığından bir sorun teşkil etmemelidir.

**b) Yargıç önüne çıkarılma hakkı**

Sözleşme ile özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye tanınan ikinci hak 5.maddenin 3.fikrasında yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkesin hemen-derhal bir yargıç veya adli fonksiyon yapmaya yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmasıdır. Ayrıca özgürlüğünden yoksun kılınan kişi makul süre içinde yargılanma veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılma hakkına sahiptir. Bu fıkra hükmü yalnızca 5.madde 1.fıkra c bendi bakımından alıkonulan kişiler bakımından uygulanma imkanı bulabilmektedir.

**aa) Yetkili yasal merciin özellikleri**

Sözleşmenin 5.maddesinin 3.fikrasına göre 1.fıkra c bendi uyarınca yakalanan ya da alıkonulan kişinin en kısa süre içinde hakim ya da kanunen yargı yetkisini haiz bir yetkili huzuruna çıkarılması gerektiğinin belirtildiği hükümde hakim kelimesi herhangi bir istifhama yol açmazken “kanunen yargı yetkisini haiz yetkili” ifadesi AİHM’ i hakim olmayan bu tür bir yetkilinin kim olduğunu belirlemek zorunda bırakmıştır. Bazı Avrupa Konseyi üyesi ülkeler uygulamada bu yetkinin savcı tarafından kullanılabilmesini kabul etmiştir. Bu durumda savcının 5.madde 3.fıkarda belirtilen kriterlere uygun olarak yargı yetkisini kullanma yetkisini haiz bir kişi olmasına dikkat edilmiştir. Ancak uygulamada savcıların sözleşmede öngörülen şartlara uygun bir şekilde bu görevi üstlenmelerinin imkansız olduğu da görülmüştür. Yetkilinin yargı yetkisine haiz olması söz konusu yetkilinin hem idareden bağımsız hem de tarafsız olmasını gerektirmektedir. Bu yaklaşım AİHM’ i bir savcıya şüphelinin yargılama öncesi alıkonulmasına devam edilip edilmemesine karar verme yetkisi verilmesinin 5.madde 3.fıkra hükümlerine uygun olmadığı fikrine yöneltmiştir<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Macovei,a.g.e., s.92.

AIHM Schiesser-İsviçre davasında yetkili ve yargıç kavramlarını inceleyerek bazı ilkeler ortaya koymuştur. Buna göre yetkili yargıçla aynı şey değildir ancak yine de yargıcın bazı sıfatlarını taşımalıdır; diğer bir ifadeyle bu yetkili yakalanan kişi açısından güvence teşkil eden belli şartları yerine getirmelidir. Bu şartlardan ilki idareden ve taraflardan bağımsız olunması gerektiğidir. Usule ilişkin getirilen şarta göre yetkilinin huzuruna çıkartılan bireyi dinleme yükümlülüğünün bulunmasıdır. Esas yönünden ise bu yetkiliye kişinin alıkonulmasında lehte ve aleyhteki koşulları inceleyerek ve yasal kriterleri dikkate alarak alıkoyma tedbirini haklı kılan şartlar olup olmadığını belirlemesi bu tür şartların bulunmaması halinde de kişinin salıverilmesine karar verme yükümlülüğü getirilmiştir<sup>34</sup>.

#### **bb) Yetkili yasal merciin görevi**

Kişinin huzuruna çıkarılacağı hakimin söz konusu kişinin alıkoyma halinin devam edip edemeyeceğine karar verme sorumluluğuna sahip olması gerekir. 5.madde 3.fıkra hükmü gereğince alıkonulan kişinin makul sürede salıverilmesi ya da yargılanması seçenekleri bulunduğundan yeterli ve gerekli bir sebep olmadan alıkoyma halinin uzatılması bu hükme aykırılık teşkil edecektir. Bir kişinin alıkonulmasına dair haklı bir gerekçe bulunsa da yargılama öncesi alıkoymanın makul olmayan bir süre devam etmemesi gerekir. Toth-Avusturya davasında olduğu gibi uzun bir süre işlem yapılmadan beklenmesi bir ihlali ortaya çıkaracaktır; aynı durum davanın gecikmeden yargı önüne getirilmesinin teminine ilişkin yargı sorumluluğu için de geçerli olacaktır. Bu sorumluluğun yerine getirilmesi için hakimin hem ilk alıkoyma tedbirinin gerçekleştirildiği nedeni hem de alıkoyma halinin devamına ilişkin ileri sürülen nedenleri yakından incelemesi gerekir. Yani hakimin görevi alıkoymanın hukuka uygun olup olmadığına bakarak geçerli ve haklı gerekçeler varsa alıkoyma halini onaylamaktır<sup>35</sup>.

#### **cc) Makul sürede yargılanma hakkı**

AIHM yargılama sırasındaki tutukluluk sürelerine riayet edilip edilmediği hususuna büyük önem atfetmektedir. Çünkü sözleşmenin

<sup>34</sup> Dutertre, a.g.e., s.157.

<sup>35</sup> Macovei, a.g.e., s.94.

5.maddesinin 3.fikrasında tutuklanan kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya yargılanma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. AİHM kararlarına göre makul sürenin hesaplanmasında göz önünde tutulacak zaman dilimi kişinin özgürlüğünün yoksun kılındığı tarihten başlayıp fiilen salıverildiği tarihe kadar geçen süredir. Yakalanan kişinin makul süre içinde yargılanma hakkı tutuklamayı makul yani kabul edilebilir bir süre ile sınırlandırmaktadır. Bunun nedeni tutuklamanın öne alınmış bir ceza olarak değil bir koruma tedbiri olarak öngörülmesi<sup>36</sup>. Makul tutukluluk süresinin kesin ve evrensel bir ölçüsü bulunmamaktadır<sup>37</sup>. Bu açıdan AİHS her olay için geçerli soyut bir süre saptamamış önüne gelen olay bakımından somut olayın özelliklerini incelemek suretiyle makul sürenin aşılmadığının tespiti mahkemeye bırakılmıştır<sup>38</sup>. AİHM' in önüne gelen bazı davalarda alıkoyma süresi makul olarak kabul edilebilir süreden çok daha uzun olmuştur. McGoff-İsveç davasında AİHM kişinin gözaltına alınmasıyla mahkeme huzuruna ilk çıkarılması arasında geçen on beş günlük süre bakımından bir ihlal tespitinde bulunmuştur. Aynı şekilde yargı gözetimine kadar on bir ila on dört gün arasında bir gecikmenin yaşandığı Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe-Hollanda davasında ki bu davada askeri emirlere itaatsizlik söz konusu olup askerliğe özgü koşullar ve kurallar gereği bir süre alıkoymaya müsaade edilse dahi bir ihlal bulunduğu tespit edilmiştir<sup>39</sup>.

Yargı gözetimiyle ilgili süre kısıtlaması getirilmesi bakımından en dikkat çeken davalardan biri de Brogan-Birleşik Krallık davasıdır. Bu davada mahkeme dört gün altı saatlik süreyi çok bulmuş ayrıca bu davada kişinin ilk alıkoymasını takiben mahkeme önüne çıkarılması yükümlülüğünün ne amaçla getirilmiş olduğu konusu aydınlatılmıştır. AİHM davayla ilgili olarak her ne kadar terörle mücadelede özgü şartların alıkoymanın yargı gözetimine tabi olmasından önceki süresini

---

<sup>36</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.289.

<sup>37</sup> Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Haklar Sorunu, İstanbul, 1991,s.55.

<sup>38</sup> Kazancı, Behiye Eker, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBB Dergisi, 2012, s.91.

<sup>39</sup> Macovei,a.g.e., s.96.

etkileyebileceğini kabul etmiş olsa da davaya özgü koşullar çerçevesinde kişinin en kısa sürede yargı huzuruna çıkarılması şartının ihlal edildiğini belirlemiştir. AİHM kabul edilir ve yeterli kanıt bulmada karşılaşılan zorluklar, belli adli tahlillerin yapılması için gereken süreler ve davaya ilişkin bilgilerin hassasiyeti gibi konularda bazı sıkıntılar çıkabileceğini varsaymaktadır. Ancak AİHM bu koşulların dikkate alınmasının bir ölçüye kadar mümkün olduğu en kısa süre şartının aranmasının son derece önemli olduğu kanaatini taşımaktadır<sup>40</sup>.

AİHM' e göre ulusal mahkemeler tarafından somut olayda tutuklamanın makul süreyi aşip aşmadığı belirlenirken masumluk karinesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Ayrıca kişinin özgürlüğünden yoksunluğunu meşru kılan tüm koşulların araştırılıp incelenmesi ve bunun gerekçesinin de kararda açıkça gösterilmesi gerekir<sup>41</sup>. Nitekim Divan denetim görevini yerine getirirken kararlarda yer alan gerekçeler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin başvurularında ileri sürülüp yalanlanmayan olgulara dayanarak 5.madde hükmünün ihlal edilip edilmediğini saptamaktadır<sup>42</sup>.

Komisyon ve Divanın makul süre değerlendirmesinde getirdikleri bir diğer önemli ilke; sanığın suç işlediğine dair kuvvetli emarelerin bulunması tutuklamanın olmazsa olmaz şartı ise de bu koşulun belli bir süre sonunda yetersiz kalacağı ve tek başına tutukluğa gerekçe teşkil etmeyeceğidir. Strausburg denetim organları makul süre sınırının aşıldığı iddialarını incelerken önce ulusal mercilerin tutukluluk halinin devamına karar verirken dayandıkları sanığın kaçması veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi gerekçelerin bu tedbiri gerekli ve meşru kılıp kılmadıklarına bakmakta tutukluluk nedenlerinin yerinde ve yeterli olduklarının saptanması üzerine de ulusal mercilerin yargılama işlemleri sırasında durumun gerektirdiği süratle hareket edip etmediklerini araştırmaktadır. 5.maddenin güvence altına aldığı kişi özgürlüğü ile özgürlükten yoksun kılmaya gerekçe teşkil eden nedenler arasındaki denge tutukluluk süresi uzadıkça özgürlük aleyhine bozulacaktır.

<sup>40</sup> Macovei, a.g.e., s.97.

<sup>41</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.289.

<sup>42</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.239.

Tutukluktaki makul süre ile Sözleşmenin 6.maddesindeki adil yargılanma hakkına ilişkin yargılamadaki makul süreyi birbirinden ayırmak gerekir. Sözleşmenin 5.maddesinin 3.fıkrası tutuklu sanıklara ilişkin iken ilk derece mahkemesinde mahkum olmuş bir tutuklu 6.madde 1.fıkra da belirtilen adil yargılanma hakkına tabi tutulmuştur. Mesela bir dava uzun süre devam etmiş olabilir ve geçerli nedenler varsa 6.madde hükmü ihlal edilmemiş olabilir. Fakat bu yargılama sırasında sanık makul süreyi aşan şekilde tutuklu kalmışsa 3.fıkra hükmüne aykırı hareket edilmiş olacaktır<sup>43</sup>.

**dd) Teminatla salıverilme hakkı**

3.fıkranın son cümlesinde sanığın yargılama sırasında kaçmasını önlemek için salıvermenin bir teminat güvencesine bağlanabileceği hususu belirtilmiştir. Tutukluluk ana kural olan serbestiye getirilmiş ağır bir önlem olduğuna göre alternatif çözümlerin varlığı halinde bu önleme başvurmamak gerekir. Sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanması halinde bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır. Wemhoff-Almanya davasında tutuklamanın devamı için tek neden sanığın duruşmaya çıkmaktan kaçınması olması halinde kendisinden duruşmaya çıkarılacağına dair güvence alındıktan sonra salıverilmesine karar verilmiştir. Niteliği itibarıyla bu hüküm tutuklama kararının kaçma tehlikesi nedeniyle verilmiş olduğu hallerde uygulanır<sup>44</sup>. Teminatla salıverme sanığın duruşmaya gelmesini sağlamaya yönelik bir tedbir olduğundan teminat miktarının bu amaca uygun olması gerekir. AIHM teminat miktarının sanığın yol açtığı zararın tazmini değil sanığın duruşmaya katılacak düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir. Yetkili makamların sanığın malvarlığına ilişkin kendilerine iletilen bilgi çerçevesinde teminat miktarını doğru belirleme sorumluluklarının bulunmasının yanı sıra sanığın da sahip olduğu malvarlığına ilişkin doğru bilgi verme yükümlülüğü vardır<sup>45</sup>. Sanığın ekonomik durumu hakkında

<sup>43</sup> Gözübüyük / Gölcüklü,a.g.e., s.240.

<sup>44</sup> Gözübüyük / Gölcüklü,a.g.e., s.240.

<sup>45</sup> Macovei,a.g.e., s.61.



bilgi vermekten kaçınması halinde teminat karşılığı salıverilme talebi reddedilebilir<sup>46</sup>.

### c) Tutulmaya itiraz hakkı

AİHS 5.madde 4.fikrasında yakalama ve tutuklama işlemine karşı sanığın yasa yollarına başvurma hakkı olduğunu belirtmiştir. Bu hükümde yer alan yükümlülüğün bir kişinin alıkoymasının yasal olup olmadığının tespit edilebilmesi için Habeas Corpus olarak nitelendirilen güvenceyi içermesi gerekir. Bu maddede yer alan yükümlülüğün en önemli unsurları; yargı gözetiminin bir mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi, nizalı dava ve hukuki yardım sağlanan sözlü bir duruşma yapılması, alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun en geniş anlamda ele alınması ve bu gözetimin süratle gerçekleştirilmesi gereğidir<sup>47</sup>.

### aa) Mahkemeye çıkma ihtiyacı

Sözleşmenin 5.maddesi 4.fikrasında başvurma hakkının kullanılabilmesi bakımından açıkça mahkemeye atıfta bulunulmuştur. Fıkroda sözü geçen mahkeme yalnızca tarafsızlık ve bağımsızlık güvencesine sahip bir merciiyi değil aynı zamanda güvenceli bir inceleme usulünü de ifade eder<sup>48</sup>. Hukuka uygunluk incelemesini gerçekleştiren kişinin idareye karşı sorumlu olması halinde bağımsızlık şartı, alıkoymanın hukuka uygunluğunu tespit edecek hakimin daha önce bu davaya bakmış olması halinde ise tarafsızlık şartı zarar görecektir. Ancak bu durum AİHM' i bu görevin soruşturmayı yürüten bir hakim tarafından gerçekleştirilmesini kabul edilmez olarak nitelendirme yoluna sevk etmemiştir. Bu tür bir hakimin soruşturmayı etkin bir biçimde gerçekleştirme görevi ve suçlanan kişinin salıverilmesi gerektiğini savunabilecek durumda olması arasında çelişki varmış gibi görünse de mahkemenin özellikleri ne olursa olsun mahkemenin kişinin salıverilmesi yetkisini haiz olması gerekmektedir<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye, SÜHF Dergisi, 2000, s.92.

<sup>47</sup> Macovei,a.g.e., s.105.

<sup>48</sup> Gözübüyük / Gölcüklü,a.g.e., s.242.

<sup>49</sup> Macovei,a.g.e., s.106.

**bb) Bizzat mahkemeye çıkarılmak**

Yargı gözetiminin sağladığı yararlarından biri yasadışı alıkoyma dışındaki suiistimallerin de tespit edilebilmesidir. Bu durum özellikle alıkoyma işleminin hukuka uygunluğunun araştırılması için alıkonulan kişinin normal şartlar altında mahkemeye çıkartılması kapsamına girmektedir. Konuya ilişkin olarak Kampanis-Yunanistan davasında dolandırıcılık suçlaması nedeniyle gözaltına alınan kişinin ceza muhakemeleri usulü kanununa göre mümkün olmasına rağmen mahkemeye çıkartılmaması AİHS 5.maddenin ihlali olarak nitelendirilmiştir. AİHM alıkonulan kişinin alıkoyma işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etme hakkı bulunması ve bizzat mahkeme huzuruna çıkmanın alıkoyma işleminde suiistimal yapılması ihtimalini azaltması nedeniyle alıkonulan kişinin savcılığın kendisi hakkındaki iddialara itiraz edebilmesinin önemli olduğuna işaret etmektedir<sup>50</sup>.

**cc) Hukuki yardım, nizalı dava ve silahların eşitliği imkanlarına erişim**

Davalarda alıkonulan kişinin ileri sürdüğü gerekçeler karmaşık hukuki açıklamalar gerektirebilir ve çoğu zaman da alıkonulan kişinin tüm yasal argümanları hazırlama imkanına sahip olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla alıkonulan kişiye itirazını formüle edebilmesi için hukuki bir yardım sağlanması gerekir. Eğer alıkonulan kişi avukat ücretini ödeyemez bir durumda bulunuyorsa bu masrafın devlet tarafından karşılanması gerekir. AİHM Woukam Moudefo-Fransa davasında temyiz başvurusu hukuki meseleler ihtiva etmesine rağmen suçlanan kişinin tahliye talebiyle Temyiz Mahkemesine başvurması için kendisine bir avukat tahsis edilmemesini 5.madde 4.fıkra hükmüne aykırı bulmuştur. Hukuki yardım alma ihtiyacı kişinin davada temsil edilmesi açısından da oldukça önemlidir. Duruşmada her iki tarafın hazır bulunması AİHM' in 6.maddesini uygularken de belirttiği üzere taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin gözetilmesi gerekir<sup>51</sup>. Bunun anlamı itiraz hakkını kullanan kişinin tutuklanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenleri çürütme olanağına sahip olması için soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeterli bilgiye ulaşma imkanına sahip olması

---

<sup>50</sup> Macovei,a.g.e., s.107.

<sup>51</sup> Macovei,a.g.e., s.108.

gerektiğidir. Bu imkanın kişiye tanınmaması halinde yargı yolunun kullanılması anlamını yitirecek ve 4.fıkra hükmü ihlal edilmiş olacaktır<sup>52</sup>.

Tutuklamaya itirazı inceleyen bir mahkeme taraflar bakımından yargısal garantileri sağlamalıdır. Muhakeme yüz yüze olmalı ve muhakemenin tarafları( savcı ve özgürlüğünden yoksun kılınan kişi) arasında silah eşitliği sağlanmalıdır. Eğer sanığın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek bakımından önem taşıyan soruşturma dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenirse bu durumda silahların eşitliği sağlanmış olmaz<sup>53</sup>.

#### **dd) Hukuka uygunluğun tespiti**

Sözleşmenin 5.madde 4.fıkra hükümlerinin yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde hukuka uygunluk kavramı sözleşme standartlarına uygunluk anlamını taşımaktadır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin alıkonulmasının ulusal mevzuata ve sözleşmeye uygun olup olmadığını sorgulama hakkı olmalıdır. AİHM Jecius-Litvanya davasında 5.madde 4.fıkra hükmünün yakalanan ve alıkonulan kişilerin özgürlüklerinden yoksun kılınmalarının sözleşme açısından hukuka uygunluğun temel unsurları olan usule ve esasa ilişkin koşulun yargı incelemesine tabi olması hakkının bulunduğu yani yetkili mahkemenin sadece usule ilişkin şartlar bakımından ulusal kanunlara uygunluğu değil aynı zamanda kişinin yakalanmasını destekleyen şüphenin makul olup olmadığını kişinin yakalanması ve sonrasında da alıkonulmasında gözetilen amacın meşruiyetinin incelenmesi gereği olduğunu belirtmiştir<sup>54</sup>.

#### **ee) Kararların süratle alınması**

Sözleşmenin 5.maddesi 4.fıkrasında yer alan diğer bir koşul itiraz üzerine yapılacak incelemenin kısa bir zamanda yerine getirilmesi gereğidir. Bu ifade ne derhal ya da hemen anlamına gelecek kadar dar ne de makul süre kavramı kadar geniştir. Hükümle hedeflenen amaç özgürlükten yoksun kılma gibi sonuçlar bakımından kişi için ağır ve önemli bir tedbiri keyfi uygulamalardan kurtarmak hukuka aykırı

<sup>52</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.242.

<sup>53</sup> Tezcan / Erdem / Sancakdar, a.g.e., s.291.

<sup>54</sup> Macovei, a.g.e., s.111.

özgürlüğü yoksun kılmanın kısa sürede son bulmasını sağlamaktır<sup>55</sup>. Başvuru tarihinden itibaren başvuru sonuçlandırılıncaya kadar geçen sürenin bir ila iki hafta olması genellikle davaların çoğu bakımından kabul gören bir yaklaşımdır. Ancak her somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak sürenin tespit edilmesi Divan tarafından genel kabul gören bir durumdur. Hakimin izinde olması ya da iş yükünün fazlalığından kaynaklanan gecikmeler ile alıkonulan kişiden kaynaklanan gecikmeler dikkate alınmamaktadır. Sözleşmenin 4.fıkra hükmünde yer alan süre alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğuna itiraz başvurusunda bulunulduktan sonra başlar alıkoyma ile ilgili nihai kararın verilmesi ile sona erer. AİHM bazı davalarda alıkoyma uygulamasının hukuka uygunluğunun tespitine ilişkin tıbbi ya da diğer türden unsurların karmaşık olması nedeniyle işlemlerin süratle gerçekleştirilmesi kararını ihlal etmeyebileceğini kabul etmiştir<sup>56</sup>.

#### **d) Tazminat isteme hakkı**

AİHS 5.maddesinin 5.fikrasına göre 5.maddeye aykırı olarak tutuklanan ya da gözaltına alınma işleminden mağdur olan kişinin tazminat istemeye hakkı vardır. Wassink-Hollanda davasında başvuru sahibi 5.madde 1.fıkra hükümleri uyarınca yasada belirlenen bir usul şartını yerine getirmeyen koşullarda psikiyatri hastanesine kapatılmıştır. Başvuru sahibi sadece Hollanda Medeni Kanununun medeni haklarla ilgili sorumluluk konusundaki ilgili madde çerçevesinde 5.madde 1.fıkra hükümlerinin ihlali nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceğini ileri sürmüştür. Medeni kanunun bu hükmü ise fiili zarar kanıtlandığı takdirde uygulama imkanı bulmaktadır. Başvuru sahibi ise uğradığı zararın kanıtlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiş ve bunun üzerine AİHM sözleşmeciler devletlerin ödenecek tazminatı ilgili kişinin ihlal nedeniyle uğradığı zararı kanıtlayabilmesine dayandırmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir<sup>57</sup>.

Uygulamada tazminat mali tazminat niteliğindedir. Sözleşmenin 5.madde 5.fikrası uyarınca tazminat talebinde bulunma

---

<sup>55</sup> Gözübüyük / Gölcüklü, a.g.e., s.243.

<sup>56</sup> Macovei, a.g.e., s.114.

<sup>57</sup> Dutertre, a.g.e., s.200.

hakkı yalnızca mağdur olduğunu ileri süren kişinin 5.madde 1-4 fıkralarında belirtilen hükümlerden herhangi birine aykırı bir şekilde yakalandığı veya gözaltına alındığı hallerde geçerlidir<sup>58</sup>.

### SONUÇ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı taşıdıkları önem itibariyle insan haklarına ilişkin pek çok uluslar arası belgede ve birçok ülkenin başta anayasaları olmak üzere ulusal mevzuatlarında yer almış bulunmaktadır. Özellikle kişi hak ve hürriyetleri konusunda pek çok ülkenin örnek aldığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenlemelerinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının tüm unsurlarıyla düzenlendiğini söylemek mümkündür. Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramı bu hak kapsamında birbirini tamamlayan bir bütün olarak kabul edilmekte ve bu hakkın özünü toplumsal yaşamın gerekleri sonucu yasayla belirlenen ve sınırlı durumlar dışında kişinin hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun kılınmaması<sup>59</sup> oluşturmaktadır.

AİHS'in 5.maddesi kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına karşı koruma sağlamaktadır. Bu madde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğunu belirtmiş ve kişinin bu hakkından sadece istisnai durumlarda yoksun bırakılabileceğini kabul etmiştir.

Demokratik toplumlarda güvenliğin önemli bir yere sahip olduğu esasını benimseyen AİHM kamu düzeni için tehlike arz eden kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceğini ve yoksunluk sebeplerinin de Sözleşmenin 5.m de sayılan hallerle sınırlı olduğu anlayışını kabul etmektedir. Kişiler bu hükümde sayılan nedenlerle alıkonulmuş olsalar bile Sözleşme özgürlüğünden yoksun kılınan kişiye bazı haklar tanımıştır. Gerek AİHS de gerek ulusal mevzuatlarda hüküm altına alınan bu haklara uygulamada da saygı gösterilmesi ve bu hakların ihlal edilmesine yol açan keyfi işlemler yapılmaması bireyin dolayısıyla toplumun güvenliği açısından oldukça önemlidir.

<sup>58</sup> Macovei,a.g.e., s.118.

<sup>59</sup> Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1999, s.196.

Netice itibariyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bağlamında daha demokratik bir yapıya ulaşmak adına kişilerin keyfi olarak yakalanmayacaklarını, tutuklanmayacaklarını ya da cezalandırılmayacaklarını yöneticilerin keyfi uygulamalarına maruz kalmayacaklarını bilmeleri gerekir. Bunu sağlamanın koşulu ise hukuka dayanan bir yönetim anlayışını benimseyen toplum olma yolundan geçmektedir.

### **KAYNAKÇA**

Arslan, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukukunda Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006

Çeçen, Anıl, İnsan Hakları Rehberi, Ankara, 1999

Dutertre, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.

Göçer, Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku, Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, 2000.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000

Gözübüyük, A. Şeref - Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,

Turhan Kitabevi, Ankara,2011.

Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1999

Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Ankara, 1981

Kazancı, Behiye Eker, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBB Dergisi, 2012.

Keskin, Serap, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı, İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000

Kuzu, Burhan, Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, İstanbul, 1997.

Macovei, Monica, “Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5.Maddesinin Uygulanmasına

İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, No 5, <http://www.humanrights.coe.int/aware>

Özyurt, Gülnur, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumıza Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006

Reid, Karen, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakları, çev. Bahar Öcal Düzgören, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, İkinci Kitap, 2000

Şahbaz, İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, 2004

Tanör, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul, 1991

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.

Turhan, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM.) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi ve Türk Hukuku, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 3-4, 2001.





## THE ROLE OF OSCE İN PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Yrd. Doç. Dr Murat TUMAY\*

### ABSTRACT

*To protect and promote human rights, the European countries established the world's first international legally binding human rights protection system (Council of Europe and European Convention on Human Rights). Today in Europe, there are three supra-national organisations which aim to mandate in the area of human rights; The Council of Europe, The European Union and the Organisation for Security and Cooperation in Europe. In this paper I will examine the specific nature and mechanism of OSCE.*

**Key Words:** OSCE, Intergovernmental Organizations, Human Rights, Security and Human Rights

### İNSAN HAKLARININ KORUNMASINDA AVRUPA GÜVENLİK VE İŞBİRLİĞİ TEŞKİLATININ ROLÜ

#### ÖZET

*Avrupa ülkeleri insan haklarını korumak için Avrupa Konseyi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini kurarak dünyanın hukuken bağlayıcı ilk insan hakları koruma sistemini kurmuşlardır. Şu anda Avrupa'da insan haklarını korumak üzere Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı isimleriyle üç tane hükümetlerarası örgüt bulunmaktadır. Bu makalede AGİT'in özel sistemi ve tabiatı incelenecektir.*

---

\* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**Anahtar Kelimeler:** *Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Hükümetlerarası Kuruluşlar, İnsan Hakları, Güvenlik ve İnsan Hakları*

### **Introduction**

The continent of Europe, after World War II devoted its great endeavour to establish and maintain 'pluralist constitutional democracies' through the Europe.<sup>1</sup> The main basement for democratic society is the respect for human rights. To protect and promote human rights, the European countries established the world's first international legally binding human rights protection system (Council of Europe and European Convention on Human Rights). Today in Europe, there are three supra-national organisations which aims to mandate in the area of human rights; The Council of Europe, The European Union and the Organisation for Security and Cooperation in Europe. Among them, as an institute of Council of Europe, especially European Court of Human Rights has contributed greatly to the development of human rights. The EU increasingly gives importance to human rights. In this paper I will examine the specific nature and mechanism of OSCE. I will also examine whether can the OSCE contribute significantly in the field of human rights considering the role of the Council of Europe in the field.

### **The Specific Nature of the OSCE Process**

The process of the Organisation on Security and Co-operation in Europe (OSCE)<sup>2</sup> initiated by the Final Act of Helsinki in 1975 was the unique basis for inter-state relationships in Europe during the Cold War. The idea of convoking a pan-European conference has been launched by the Soviet diplomacy in the 1960s. The agreement by the Helsinki Final Act primarily concerned with the inviolability of the frontiers, sanctioned de facto the division of Europe. The OSCE process had since then its own way, overshadowed or paralysed by the tensions between the

---

<sup>1</sup> Lauren, Paul Gordon, *The Evolution of International Human Rights*, (University of Pennsylvania, 2011)

<sup>2</sup> The Organisation on Security and Co-operation in Europe prior to 1 January 1995 was named as Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE)

superpowers in almost all fields of co-operation in Europe.<sup>3</sup> The process, which created a framework of co-operation, has particularly been successful in the field of international protection of human rights issues during the Cold War. It moreover constituted the hard-core of an ‘international softlaw’.<sup>4</sup> All participating States in the conference are in condition of sovereign and independent States and in conditions of equality.<sup>5</sup> Originally thirty-five countries chose to participate in the process. The number of participating states has reached to fifty-five to date. The Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) is the largest regional security organization in the world with fifty-five participating States from Europe, Central Asia and North America.<sup>6</sup> The OSCE as its name indicates, differs radically in many aspects from the European Union and Council of Europe. The Helsinki Final Act provides that “the participating States will respect human rights and fundamental freedoms...”<sup>7</sup> In general, OSCE commitments - such as the extensive provisions governing treatment of minorities found in the 1990 Copenhagen Document and various other OSCE instruments - are politically, but not legally, binding.<sup>8</sup> The OSCE has no individual complaint procedure, and no reporting requirements. Similarly, OSCE commitments do not apply directly in the national laws of participating States.<sup>9</sup> The agreement’s primary object is therefore issue of international security and relations between States.

---

<sup>3</sup> Pieter van Dijk, Arie Bloed, *The Vienna Follow up Meeting and Its Aftermath*, International Studies in Human Rights, 1991 p.75

<sup>4</sup> Bakir Caglar, *Avrupa yeni Mekanında Kurumsallasma: Hukuk ve Demokrasi*, (Istanbul, 1991) p.33

<sup>5</sup> The Helsinki Final Act <<http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/helfa75e.htm>>

<sup>6</sup> <<http://www.osce.org/general/>>

<sup>7</sup> supra note 4

<sup>8</sup> “[OSCE documents] are not treaties and, therefore, are not legally binding on the OSCE participating states” Jane Wright, “The OSCE and the Protection of Minority Rights” in *Human Rights Quarterly*, Vol.18 190, 192 (1996)

<sup>9</sup> David Wippman, “Symposium: Human Rights on the eve of the next century: Aspects of Human Rights Implementation: The evolution and implementation

### **Structure of Helsinki Act : The Three Baskets**

The Helsinki Final act consists of four sections namely; (a) questions relating to security in Europe, (b) co-operation in the fields of economics, science and technology and the environment, (c) co-operation in humanitarian and other fields (d) “follow up” the Conference.

The first three sections of the Final Act are commonly known as “three baskets”.

“ Basket I” starts with a ‘Declaration on Principles Guiding Relations Between Participating States’. This sets out ten fundamental principles known as “decalogue”.<sup>10</sup>

Principle No. 7 which requires “the respect for human rights and fundamental freedoms, including freedom of thought, conscience, religion and belief” is wide in scope but rather limited in its effect: these are simple intentions to promote and encourage, instead of affirmative statements of a determination to respect human rights.

Basket III of the Helsinki Final Act is entitled “Co-operation in Humanitarian and other Fields” and contains four sections.<sup>11</sup> The principles, which take place in this section, are not directly concerned with genuine human rights, they nevertheless have an unprecedented meaning in Cold War atmosphere.

---

of Minority Rights”. In *Fordam Law Review*, November 1997, accessing from lexis-nexis professional

<sup>10</sup> These principles are: Sovereign equality and respect for the rights inherent in sovereignty; avoidance of the threat or use of force; inviolability of frontiers; territorial integrity of States; peaceful settlements of disputes; non-intervention in internal affairs; respect for human rights and fundamental freedoms, including freedom of thought, conscience, religion and belief; equal rights and self-determination of peoples; co-operation among States; fulfilment in good faith of obligations under international law.

<sup>11</sup> The reinforcement of peace and of comprehension between peoples and the spiritual fulfilment of human person without any distinction based on race, sex, language or religion were mentioned as the principal aims envisaged in these sections. The first relates to ‘human contacts’, the second one concerns the free flow of information. Basket III concludes with two brief sections about co-operation and exchanges in the fields of culture and education. *Supra* note 4

The integration and balance between all the Baskets of the Helsinki Accords have become a cornerstone of the process and helped to ensure that human rights are not subordinated to other questions.<sup>12</sup> The Final Act of Helsinki aimed at putting an end to the isolation of human rights issues with regard to other sectors and other finalities relevant in international relations. It incorporates human rights in a series of interdependent principles of crucial importance. The principle of human rights supremacy is recognised, but the modalities of their application have been conceived in a restrictive manner. Despite the fact that no real serious engagement has been provided by the signatory States in favour of human rights protection, the policies in this regard seem more than ever before related to other activities promoting peace and co-operation. A ‘procedural transition from agreements to process of Helsinki has been realised when the impact of the achievements expanded over relations between States and societies in Europe. These achievements contributed to the universalisation of human rights / humanitarian issues, which have, began to be considered as “inter-ideological common value.”<sup>13</sup>

The Final act has served as a constitution for a regime tearing down the Iron Curtain in Europe.<sup>14</sup> A magnitude of treaties, resolutions and agreements appeared in Europe since 1975, quite a few of them have been conducted through the spirit of Helsinki. As a manifesto of human rights movement, Helsinki process paved the way for the most significant and far-reaching changes in Europe since the Second World War. In 1989, as the totalitarian regimes of the Eastern Europe began to topple, every emerging leadership pointed specifically to the Helsinki process as a catalyst in the drive for democracy.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> E. B. Schlager; “The Procedural Framework of the CSCE: From the Helsinki Consultations to the Paris Charter” in HRLJ Vol.12 No. 6-7, July 1991 p.222

<sup>13</sup> Munci Kapani, *Insan Haklarinin uluslararası boyutları*, Ankara,1991 p.98

<sup>14</sup> Asbjorn Eide, Helgesen Jan; *The future of human rights protection in a changing world: fifty years since the four freedoms Adress: essays in honour of Torkel Opsahl*, (Oslo, Norwegian University Press, 1991) p.133

<sup>15</sup> supra note 9, p.221

### **Innovations in the CSCE Process**

Because of the effects of the Cold War, the period following the signing of Final Act in 1975 has been a fruitless one in respect to human rights issues. One of the striking features of the CSCE process under Cold War was its lack of a permanent structure.<sup>16</sup> The establishment of a permanent supervisory mechanism for the “human dimension of the field of human rights and other issues of a humanitarian character, was one of the basic objectives of the Vienna Follow-up Meeting which took place on 15 December 1989. Thus, on the basis of the Vienna concluding document a special supervisory mechanism started operating. The mechanism, which is of non-voluntary character, constitutes a system of supervision that can permanently function.<sup>17</sup> The final phase of the supervisory mechanism of Vienna Summit concerns matters relating to the first three phases of the mechanism on the agenda of the annual meetings of the Conference on Human Dimension of the CSCE. The meetings of the Conference on Human Dimension have a triple role: they review developments in the human dimension of the CSCE including the implementation of the relevant CSCE commitments, evaluate the functioning of the established procedure, discuss the provided information and consider practical proposals aimed at improving the implementation of commitments.<sup>18</sup> The Vienna meeting deeply contributed to the international protection of human rights issues more by elaborating a certain institutional reformation than by deepening of those rights named in the context of Helsinki Final Act. Accordingly the “human dimension” of the CSCE refers to all human rights and humanitarian issues, which conceivably arise the principles and Basket III. Before the Vienna meeting, human rights were still considered as an issue of concern to the Western and Neutral Non-aligned countries. The criticism of a State’s human rights record was considered as interference

---

<sup>16</sup> The participating States have avoided the establishment of an international organisation for their deliberations in the framework of the process. The structure of the process has been that of follow-up meeting and expert meetings. *Supra* note 2, p.76

<sup>17</sup> *supra* note 2, p.72

<sup>18</sup> *supra* note 2, p.135

in its internal affairs. This approach has been changed by the progress made in Vienna follow-up meeting.<sup>19</sup>

The Charter of Paris for a new Europe the first embryo of organisation of CSCE process, which supplements the Final Act of 1975, was concluded in 21 November 1990. It officially marks the end of Cold War. The Paris summit seriously envisaged the institutionalisation of the CSCE and gave a definition of a new programme in a more democratic, more pacific and united Europe. The Charter of Paris has lifted the human rights element up to an more prominent level. The operative paragraphs begin with human rights, democracy and the rule of law as the first sub-section of the Charter. Hence, the protection and promotion of human rights and fundamental freedoms is made a top priority, which encompasses the whole CSCE process.

The charter clearly indicates as follows;

“Human rights and fundamental freedoms are the birthright of all human beings, are inalienable and are guaranteed by law. Their protection and promotion is the first responsibility of government. Respect for them is an essential safeguard against an over-mighty State. Their observance and full exercise are the foundation of freedom, justice and peace.”<sup>20</sup>

Paris summit has introduced two basic innovations: the protection of minorities and the technical assistance for democracy, for the consolidation of democratic institutions in Eastern and Central Europe.

The Copenhagen Meeting on human dimension took place between 5 June and 29 July 1990, in a drastically changed international context. At this meeting, the participants gave formal recognition to the relatively peaceful revolutions of the age, but also committed themselves to respect a broad range human rights and humanitarian goals. The agreement set forth the essential elements for a democratic system of government in which human rights and fundamental freedoms can be protected. Recognising the explosive potential of ethnic disputes in Central and Eastern Europe, the scope of the Copenhagen document

---

<sup>19</sup> supra note 2, p.27

<sup>20</sup> <<http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/paris90e.htm>>

extended beyond individual civil and political rights and embraced provisions for the rights of minorities.<sup>21</sup>

The Moscow Meeting on Human Dimension was held from 10 September to 4 October 1991. In the final document of the meeting of the Conference on human dimension, the participating States have repeated their determination to achieve further progress in the implementation of the provisions of the document, as full respect for human rights and fundamental freedoms and the development of societies based on pluralistic democracy and the rule of law considered as prerequisites for a lasting order of peace, security, justice and co-operation in Europe.<sup>22</sup>

The third conference on human dimension of the CSCE process was held in Helsinki on 10 July 1992. It reveals the necessity to adopt a careful approach towards the recent developments in Europe. The statements in the document reflect the will to protect the positive achievements in human rights field and the common commitment to construct a united front to prevent the expansion of regressive, totalitarian tendencies, which undermine peace and security in Europe.<sup>23</sup>

#### **The High Commissioner on National Minorities**

The Helsinki Follow-up Meeting established the post of High Commissioner on National Minorities. The mandate and manner of function take place in the chapter II of Helsinki decisions. The mandate of the HCNM is to provide "early warning" and "early action" with regard to "tensions involving national minority issues" that have the "potential to develop into a conflict . . . affecting peace, stability, or relations between participating States. As the language of the mandate suggests, the High Commissioner does not represent an express advocate of national minority rights; rather the post is designed as "an instrument of conflict prevention. The High Commissioner is empowered to collect

---

<sup>21</sup> <<http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/hd/cope90e.htm>>

<sup>22</sup> <<http://www.osce.org/odihr/docs/compilation/compilation-1991mos.htm>>

<sup>23</sup> <<http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/hels92e.htm>>



and receive information on national minority issues from any source except organizations that practice or condone terrorism.<sup>24</sup>

The creation of post is a considerable innovation as it gives chance to take proper measures to prevent a possible conflict. However, some problems arise when performing the mandate. First of all, there is no a clear definition of minority concept in the international law. The OSCE does not make clear this definition problem as well.<sup>25</sup> Another problem is that like other international mechanisms OSCE does not provide group rights for national minorities but the individual rights.

#### **Some remarks on the Protection and Promotion Mechanism of OSCE**

The Organisation on Security and Co-operation in Europe has originally been set up as a conference but not an institution. The initial absence of any supervisory body or organ in the field of human rights was a serious deficiency of the organisation. The individual has had no access to the process. There was not a mandatory reporting system, which might disclose human rights issues. The commitments of the organisation are not legally binding. They are politically binding. The human rights norms in the Helsinki process have not been elaborated with the same degree of certainty as is normally the case in international human rights instruments. The highly important problem concerning the supervisory mechanism established in the Vienna Follow-up Meeting is the fact that no decision with regard to matters placed on the agenda can be made without the consent of the State concerned.<sup>26</sup> It is totally intergovernmental in character, and its four phases have the nature of inter-state consultations and peaceful settlement negotiations rather than that of international supervision. The procedures are rather formless and flexible. However, it is the unique human rights protection system at the regional level, which participates all European States some of which are

---

<sup>24</sup> < <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/hels92e.htm>> Stuart Ford, "National Minority Rights in the United States: The limits of conflict prevention" in *Suffolk Transnational Law Review*, Winter 1999.

<sup>25</sup> Rachell Brett, "human Rights and OSCE" in *Human Rights Quarterly*, Volume 18 No.3 pp.668-693 at 690

<sup>26</sup> supra note 2, p.87

not yet members of the Council of Europe. The OSCE mechanism on human dimension has facilities for inter-state settlement of humanitarian matters, which may not be present in the formalised human rights procedures such as the European Convention on Human Rights.<sup>27</sup> The OSCE process is considered as “Europe’s premier post-Cold War political forum”.<sup>28</sup>

Helgesen notes that “ If one truly advocates to establish a human rights regime covering the whole of Europe, with or without the North American States, but nothing more than Europe, the CSCE may be the only realistic alternative for a long time into the future. In this sense, the CSCE represents the broadest platform for agreement among thirty five nations”.<sup>29</sup>

The OSCE process is built on the decades of experience derived from the universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the International Covenant on civil and Political Rights. One of the OSCE’s greatest contributions to the area of human rights may have been its role as a vehicle for raising publicly violations of agreed standards.<sup>30</sup>

### **Conclusion**

The Council of Europe and its mechanism over the decades by specific and focused activities in the area of human rights played precisely a unique role. However, in some areas it lacks of effectiveness. The main area in this regard is the gross violations situations. Experiment of the European Court of Human Rights and the Commission to respond to such practices is disappointing. The main mechanism of the European Convention, which is individual petition system, is not regarded as proper means to combat with gross and systematic violations.<sup>31</sup> While

---

<sup>27</sup> supra note 2, p.98

<sup>28</sup> supra note 9, p.236

<sup>29</sup> supra note 11, pp.142-143

<sup>30</sup> supra note 9, p.237

<sup>31</sup> Aisling Reidy, Françoise Hampson, Kevin Boyle, *Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 15, June 1997 161-167 at 162

examining an individual complaint the Court considers only the individual case but not the systematic practice in the country as a whole. However, the consideration of only individual complaints will not generate a political impact, which is required to change human rights situation in whole country.<sup>32</sup> In this respect as a political organisation OSCE mechanism can be used to address and create the politic will to change the systematic violations. The OSCE has more member states some of which are not member of council of Europe. This is its advantage. So, its mechanism can be used in the protection of human rights concerning those countries, which are not member states of Council of Europe.

#### **BIBLIOGRAPHY**

Aisling Reidy, Françoise Hampson, Kevin Boyle, *Gross Violations of Human Rights: Invoking the European Convention on Human Rights in the case of Turkey*, in Netherlands Quarterly of Human Rights, Volume 15, June 1997

Asbjorn Eide, Helgesen Jan; *The future of human rights protection in a changing world: fifty years since the four freedoms Adress: essays in honour of Torkel Opsahl*, (Oslo, Norwegian University Press, 1991)

Bakir Caglar, *Avrupa yeni Mekanında Kurumsallasma: Hukuk ve Demokrasi*, (Istanbul, 1991)

David Wippman, "Symposium: Human Rights on the eve of the next century: Aspects of Human Rights Implementation: The evolution and implementation of Minority Rights". In *Fordam Law Review*, November 1997,

Jane Wright, "The OSCE and the Protection of Minority Rights" in *Human Rights Quarterly*, Vol.18

Munci Kapani, *Insan Haklarının uluslararası boyutları*, Ankara,1991

van Dijk, Arie Bloed, *The Vienna Follow up Meeting and Its Aftermath*, International Studies in Human Rights, 1991

---

<sup>32</sup> ibid pp.162-163

The Role of Osce in Protection of Human Rights

---

Rachell Brett, “ human Rights and OSCE” in *Human Rights Quarterly*, Volume 18 No.3

E. B. Schlager; “The Procedural Framework of the CSCE: From the Helsinki Consultations to the Paris Charter” in HRLJ Vol.12 No. 6-7, July 1991

Stuart Ford, “National Minority Rights in the United States: The limits of conflict prevention” in *Suffolk Transnational Law Review*, Winter 1999, accessing from lexis-nexis professional

The Helsinki Final Act

<<http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/75e.htm>.

# HUKUKUN GENEL İLKELERİ BAĞLAMINDA KANUN-I ESASİ'DEKİ YARGILAMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. İbrahim ÜLKER\*

## ÖZET

*1876 Kanun-ı Esasi Osmanlı-Türk medeniyetinin ilk yazılı anayasası olarak kabul edilir. Bu anayasada yargılamaya ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler anayasa yapım yöntemine uygun olarak kısa ve öz maddeler halinde düzenlenmiştir. Kanun-ı Esasi'nin yargılamaya ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında iki önemli faktörün etkili olduğu göze çarpmaktadır. Birincisi kuruluştan bu yana devlet yönetiminde hakim olan adaleti gerçekleştirme düşüncesi; ikincisi ise evrensel hukukun benimsediği hukukun genel ilkeleridir. Bu maddelerden bazıları yeni hükümler içerse de birçoğu Osmanlı'nın zaten yıllardır uygulamakta olduğu ilkelerdir. Ancak bu hükümlerin anayasada düzenlenmesi ile yargılamaya ilişkin temel ilkelere anayasal bir boyut kazandırılmış oldu.*

***Anahtar Kelimeler:** Kanun-ı Esasi, Adalet, Eşitlik, Savunma Hakkı, Yargı Bağımsızlığı,*

## IN TERMS OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN THE KANUN-I ESASİ TO JUDGE EVALUATION OF TERMS

### ABSTRACT

*1876 Kanun-ı Esasi (Constitution) is considered to the first written constitution of the Ottoman-Turkish civilization. In this constitution are included some of the provisions of the proceedings.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

*These provisions, according to the method of constitution-making are organized into short and concise. Two important factors are known to be effective in the preparation of the provisions of the Constitution. First, since the state-run organization, which is dominated by the idea of justice to perform; second the general principles of law adopted by the universal law. Some of these substances contain new provisions, many of which already have been implemented for years of the Ottoman Empire. However, These provisions with the regulation of the constitution gained a new dimension the basic principles for the proceedings of the constitutional.*

**Keywords:** *Fundamental Law, Justice, Equality, Defence Rights, Independence of the Judiciary.*

## GİRİŞ

Tarih boyunca devletler, adaleti hakim kıldıkları oranda toplumda meşruiyet kazanmış ve varlıklarını sürdürebilmişlerdir. Bu ilkedен hareketle Osmanlı İmparatorluğu kuruluşundan itibaren çeşitli kurumlar tesis etmiş tüm ülkeye yayılan adalet teşkilatı ile toplumsal düzen ve huzur sağlamıştır. On yedinci asırdan sonra devletin kurumlarında görülen bozukluk, özellikle medrese kurumunun özelliklerini kaybetmesi nedeni ile yargı sistemine de sıçramıştır. Osmanlı Devleti, yaşadığı durgunluk ve gerilemeden kurtulmak amacıyla on dokuzuncu yüzyılda, bütün kurum ve kuralları ile yenilik hareketlerine girişmiştir. Ordunun yenilenmesi amacıyla başlayan yenilik hareketleri, bu alanla sınırlı kalmamış, özellikle hukuk ve idare gibi alanlara da kaymıştır.<sup>1</sup> Hantallaşmış ve bozulmuş kurumları yenilemek için bu dönemde yoğun bir kanunlaştırma faaliyeti gerçekleşmiştir. İşte 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de, bu kanunlaştırma faaliyetinin bir parçasıdır.

Kanun-ı Esasi, Osmanlı Devleti'nin, modern anlamda yazılı ilk anayasası kabul edilir.<sup>2</sup> Bu anayasada yargıya ilişkin hükümler "Mehâkim" başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun-ı Esasi ile yargılamaya ilişkin düzenlemiş olduğu güvencelerin çoğu Osmanlı Devleti'nin uzun

---

<sup>1</sup> EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, İstanbul, 2008, s.539-540.

<sup>2</sup> ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1995, s.4.

yıllar boyunca uygulamakta olduğu hükümlerdi. Örneğin yargılamanın aleniliği, savunma hakkı, kanun önünde eşitlik gibi ilkeler, Osmanlı yargı teşkilatının kurulduğu ilk günden itibaren taraflara tanınan güvencelerdi. Kanun-ı Esasi’de bu hükümlerin düzenlenmesi ile fiili olarak uygulanan bu ilkeler sistematik bir şekilde düzenlenmiş ve anayasal bir hüküm haline gelmiştir.

Hukukun genel ilkeleri toplumsal gereksinimler sonucu ortaya çıkan ve ortak adalet duygusuna dayanan ilkelerdir. Sürekli ve evrensel hukuk düşüncesinin bir yansıması olan bu ilkeler, genellik, süreklilik ve üstünlük niteliklerini bünyesinde barındırır. Hukukun genel ilkeleri, hukuk sistemleri tanımasa bile varlığını devam ettirir.<sup>3</sup> Bu ilkeler gerçek anlamda adaleti tesis etmeyi düşünen kanun koyucular tarafından görmezden gelinemez ve yapılan hukuk normlarında çeşitli şekillerde ifadesini bulur. Kanun-i Esasi’nin yapımında da metni hazırlayanlar, hukukun genel ilkelerinden etkilenmişler ve bu ilkelere Anayasa metninde çeşitli şekillerde yer vermişlerdir.

#### **A. Kanun-ı Esasi’yi Hazırlayan Sebepler ve İlanı**

Üç kıtaya yayılmış Osmanlı İmparatorluğu, devlet teşkilatını sağlam siyasi, idari, askeri ve sosyo-ekonomik temellere dayalı olarak kurmuştu. Bu kadar büyük ve uzun süre sağlamlığını koruyabilmiş olan bu yapının bozulması da, birçok sebebin bir araya gelmesiyle olmuştur. XVI. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Osmanlı Devleti’nin ana yapısını oluşturan organlar arasındaki uyum ve ahenk çeşitli sebeplerle ortadan kalkmış, ekonomik, sosyal ve askerî konularda çalışan devlet kurumları ve merkezi yönetim bozulmaya başlamıştır. Bu bozulma XVII. ve XVIII. yüzyıllarda artarak devam etmiş ve devlet otoritesi sarsılmaya başlamıştır. Devlet yönetiminde etkin olanlar, bozulma ve duraklamanın sebeplerinin tartışılması ve çözüm yollarının araştırılması yönünde çaba sarf etmişlerdir.<sup>4</sup>

XIX. yüzyılın ilk yarısında ilan edilen Sened-i İttifak, Tanzimat ve Islahat fermanları, hükümdarın kendi yetkilerini sınırlandırmasından

<sup>3</sup> KABOĞLU, İbrahim, **Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı**, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf)  
E.T. 11.09.2013

<sup>4</sup> ORTAYLI, İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, İstanbul, 2006, s.27.

ibarettir. Bu fermanlar, kendilerine uyulmasını sağlayacak hukuki müeyyidelerden mahrum olduğu için, ülkeyi batılı anlamda bir anayasa rejimine kavuşturmaktan uzak bulunmaktadır. Bununla beraber bu belgeler ülkenin bir anayasaya kavuşması yönünde başlangıç adımları olmuştur. Sened-i İttifak'la tebaanın ayandan oluşan bir kısmı, Tanzimat ve Islahat Fermanları ile de tebaanın tümü için mevcut hak ve hürriyetler yazılı teminat altına alınmış, kanuna riayet ve halkın eşitliği prensibi yazılı bir metinde yer almıştır.<sup>5</sup>

Sultan III. Selim ile başlayan yenilik hareketleri Sultan II. Mahmut ve Sultan Abdülmecit ile devam etmiştir. Ancak Tanzimat reformları da geriye gidişi engelleyecek köklü ve sürekli bir değişiklik getirememiş ve devletin içinde bulunduğu kötü durumu düzeltmemiştir. Ancak Tanzimat hareketleri, kendisinden beklenenleri sağlayamasa da, demokratik fikirlerin ülkeye girmesini ve meşrutiyetin ilanını kolaylaştıran bir zemin hazırlamıştır.<sup>6</sup>

Tanzimat döneminin önemli özelliklerinden biri, merkezi yönetimde ve yerel yönetimlerde karar alma süreçlerinde yeni kurum ve kurulların ortaya çıkmasıdır. 1864 yılında yürürlüğe giren Vilayet Nizamnamesi ile kuvvetler ayrılığı prensibine uygun olarak adliye bağımsız duruma getirilmiştir. 1868 yılında kurulan Şura-yı Devlet de parlamento fikrinin doğmasına katkıda bulunmuştur. Ayrıca bu dönemde adliye teşkilatı yeniden düzenlenerek esaslı bir kanunlaştırma faaliyeti başlamıştır. Avrupa kanunlarından faydalanılarak ceza, ticaret ve usul-u muhakeme kanunları hazırlanmış, padişahın onayı ile yürürlüğe konulmuştu. Ahmet Cevdet Paşa'nın başında bulunduğu hukukçular heyetinin yaptığı çalışmalar neticesinde modern anlamda ilk Türk medeni kanunu sayılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (1869-1876) çıkarıldı. Kanun-ı Esasi'nin ilan edildiği 1876 senesine gelindiğinde Osmanlı Devleti kanunlaştırma faaliyetleri konusunda epey bir tecrübe kazanmıştı. Bu

---

<sup>5</sup> ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982, s.46.

<sup>6</sup> BOYALIK, Ramazan, **Kanuni Esaside Padişahın Statüsü**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s.42.



kanunlaştırma faaliyetleri Kanun-ı Esasi'ye giden yolda önemli rol oynamışlardır.<sup>7</sup>

Avrupa devletlerinde ve Balkan eyaletlerinde yaşanan anayasacılık hareketleri de Osmanlı Devleti'nin anayasalı düzene geçişinde etkili olmuştur. Belçika 1830, Fransa ve İtalya 1848, Prusya ise 1850'de anayasal sisteme geçmişlerdir. Balkanlarda ise önce Eflak ve Boğdan Prenslikleri bir araya gelerek 1831-1832'de "*Organik Nizamname*" adlı anayasal metni kabul ettiler. Bu metin, 1834'te Osmanlı Devleti tarafından da kabul edildi. İki prensliğin birleşmesiyle 1859'da kurulan ve 1861'de Osmanlı Devleti tarafından onaylanan Romanya Anayasası 1864'te plebisite sunularak kabul edilmiştir. Romanya'nın Belçika Anayasası'ndan ilham alarak hazırladığı bu anayasasının Osmanlı Kanun-ı Esasi'sini yakından etkilediği söylenebilir. Yine Yunanistan'da kabul edilen 1864 Anayasası, Balkanlar'daki ilk ciddi parlamenter rejim uygulaması olması bakımından önemlidir. Son olarak Osmanlı Anayasasına giden yolda Islahat Fermanı'nın gereği olarak Osmanlı milletlerinin (cemaatler) kendi iç yönetimlerini düzenlemek için hazırladıkları ve Osmanlı Hükümeti tarafından onaylanarak yürürlüğe giren nizamnameleri de zikretmek gerekir. Bunlar "*1862 Rum Patrikliği Nizamı*", "*1863 Ermeni Patrikliği Nizamı*" ve "*1865 Hahamhane Nizamı*"dır. Cemaatler, kendi dillerinde bu düzenlemelere "*anayasa*" adını vermektedirler. Nizamnamelerle her millet için genel meclisler ve eyaletlerde bölgesel meclisler kuruldu. Böylece Osmanlı Devleti içindeki unsurlar eliyle meclis ve anayasa kavramları siyasal pratiğe geçirilmiş oluyordu.<sup>8</sup>

Sultan II. Abdülhamit tahta çıktığı zaman, ülkenin içinde bulunduğu şartları iyi bilmekte ve bu ağır şartların sorumluluğunu paylaşacak organların olacağı meşruti sistemin hem ülke için, hem de Osmanlı Hanedanlığı için yararlı olacağını düşünmektedir. Bu sebeple vükelâyı toplayarak, mutlak idarede sorumluluğun padişahta olduğunu,

<sup>7</sup> EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Kanun-u Esasi'nin İlanını Hazırlayan Şartlar**, S.Ü.H.F.D., Cilt 6, Sayı 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Ayrı Basım, 1998, s. 512-514.

<sup>8</sup> TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, 2006, s.129-131.

meşrutiyet idaresinde ise vükelânın sorumlu olacağını söyleyerek bir meclis kurulmasına taraftar olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, Genç Osmanlılarla temasa geçerek, onlarla bu konularda işbirliği yapmak istediğini söylemiştir. Sultan II. Abdülhamit, bu fikirlerinde samimi olduğunu eylemleri ile ortaya koymuştur. Ancak dönemin ağır şartları altında, etrafındakilerin de tesiriyle mutlakiyete geri dönmek zorunda kalmıştır.<sup>9</sup>

Sultan II. Abdülhamit'in tahta geçmesiyle, yapılan anlaşma gereği hemen Kanun-ı Esasi'nin hazırlık çalışmaları başlatıldı. Padişah tarafından Kanun-ı Esasi'yi hazırlamak üzere, "Cemiyet-i Mahsusa" isimli 28 kişiden oluşan bir komisyonu görevlendirilmiştir. İki asker, on altı sivil bürokrat ve onu da ulemadan oluşan bu komisyonun başkanlığını Server Paşa yapmıştır. Cemiyet-i Mahsusa, Mithat Paşa'nın ve Sait Paşa'nın hazırladığı önceki tasarlardan ve yabancı anayasalardan yararlanarak Kanun-ı Esasi tasarısını hazırladı. Tasarı, Mithat Paşa başkanlığındaki Heyet-i Vükelâdan geçti. Neticede Sultan II. Abdülhamit tarafından kabul ve ilân edildi.<sup>10</sup>

### **B. Kanun-ı Esasi'nin Muhtevası**

Kanun-ı Esasi on iki fasıl ve yüz on dokuz maddeden oluşmaktadır. Formatı batılı anayasalar, içeriği ise klasik Osmanlı örfi ve Şer-i hukukun kodifiye edilmesinden ibarettir.<sup>11</sup>

Kanun-ı Esasi ile birlikte, Osmanlı Devleti teşkilatında ilk kez, resmen yasama, yürütme ve yargı erkleri, üçe ayrılarak düzenlenmiştir.<sup>12</sup> Ancak yasama organının bir kısmı seçimle oluştuğu için organik bakımdan padişahtan kopmuş görünmekle birlikte, işlevsel açıdan ondan bağımsız davranamayacağı düzenlemeler yapılmıştır.<sup>13</sup> Yürütme, başta Padişah olmak üzere Vekiller Heyetine, Yasama yetkisi Heyet-i Ayan ve

<sup>9</sup> KARAL, Enver Ziya, **Osmanlı Tarihi**, Ankara, 1988, C. 8, s.257-258.

<sup>10</sup> OKANDAN, R. Galip, **Amme Hukukumuzun Anahatları**, 1971, s.134-143.

<sup>11</sup> BOYALIK, s.51.

<sup>12</sup> BAŞGİL, Ali Fuat, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri**, C.1, 1945, s.75.

<sup>13</sup> TANÖR, s.144.

Heyet-i Mebusan olmak üzere iki meclisten oluşan Meclis-i Umumi'ye aittir. Yargı yetkisi de bağımsız mahkemelere verilmiştir.<sup>14</sup>

Kanun-ı Esasi'ye göre, Osmanlı Devleti bir monarşidir. Zira Kanun-ı Esasi'nin 3'üncü maddesine<sup>15</sup> göre, saltanat ve hilafet hakkı ve makamı Osmanoğulları soyuna ve Osmanlı sülalesinin en büyük evladına aittir.<sup>16</sup> Yani, devlet başkanlığı irsî olarak intikal etmektedir. Ancak, Kanun-ı Esasi'yle birlikte artık, hükümdarın hak ve yetkileri yazılı anayasa ile belirlendiğinden, hükümdar yetkilerini kullanırken anayasa ile belirlenmiş bulunan sınırlara riayet etmek zorunda olduğundan ve bir nebze de olsa halka da devlet yönetiminde kendisini temsil ettirme imkânı tanınmış olduğundan, bu monarşi meşrutî monarşidir. Artık ortada hükümlerine riayete söz verilmiş bir esas kanun yani bir anayasa vardır.<sup>17</sup>

Kanun-ı Esasi'nin 2. maddesine göre devletin başkenti, İstanbul'dur. Ancak, bu sebeple şehrin diğer şehirlerden bir "imtiyaz ve muafiyeti yoktur." 18. maddeye göre, devletin resmî dili Türkçedir. Yine aynı maddeye göre devlet hizmetine girmek için, Türkçe bilmek gerekir. Osmanlı Devleti'nin dini İslam'dır. Padişah aynı zamanda halife olup, Ahkâm-ı Ser'îye'nin icrası padişahın görevlerindedir. Şeyhülislâm, devlet örgütünün içinde ve hükümette yer almaktadır. Kanunlar, 64. maddeye göre, umur-u diniyeye aykırı olamazlar.<sup>18</sup>

### HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN KANUN-I ESASİDEKİ GÖRÜNÜMLERİ

Kanun-ı Esasi'de yargıya ilişkin kurallar "mehakim" (mahkemeler) başlığı altında 81 ilâ 91'inci maddelerinde

<sup>14</sup> CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Eylül, 2011, s.560.

<sup>15</sup> "Saltanatı Seniyei Osmaniye hilâfeti kübrayı İslâmiyeyi haiz olarak sülalei âli Osmandan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir."

<sup>16</sup> ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2009, s.21.

<sup>17</sup> BAŞGİL, s.94.

<sup>18</sup> ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1982, s.57.

arasında düzenlemiştir.<sup>19</sup> Bu başlık altında getirilen düzenlemeler dışında 17. maddede “*kanun önünde eşitlik ilkesi*”, 23. maddede de “*tabii hakim ilkesi*” düzenlenmiştir. Anayasadaki yargıya ilişkin düzenlemeler, anayasa yapım yöntemine uygun olarak genel, kısa ve öz olarak ifade edilmiştir. Yargı ve yargı fonksiyonuna ilişkin detaylı düzenlemeler kanunlar vasıtası ile sağlanmıştır. Kanun-ı Esasi ile yargılama faaliyeti anayasal anlamda önemli güvenceler kazanmıştır.<sup>20</sup> Yapılan düzenleme ile yargı konusunda getirilen güvenceler günümüz anayasalarının güvencelerden hiç de az değildir.<sup>21</sup> Ayrıca bu güvencelerin birçoğu Osmanlı'nın devraldığı İslam hukukunun ilk dönemlerinden itibaren yargılama alanında uygulanan ve taraflara tanınan haklardı. Kanun-ı Esasi ile birlikte baştan beri uygulana gelen bu hükümler, anayasal bir boyut kazanmıştır.

Kanun-ı Esasi'yi hazırlayanlar bu bölümde yargılamaya ilişkin detaylı düzenlemeler yapmak yerine adaletin tesis edilmesi için göz önünde bulundurulması gereken temel ilkeler ortaya konulmuştur. Aşağıda detaylı inceleyeceğimiz bu ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz. a)Herhangi bir din ve ırk farkı gözetmeksizin tüm Osmanlı halkı kanun önünde eşittir.(m.17) b)Bir kimse kanunlarla belirlenmiş mahkemelerden başka bir mahkemede yargılamaz.(m.23) c)Hakimler kanunda düzenlenmeyen bir sebepten dolayı azil olunamazlar.(m.81) d)Yargılama alenidir ve gizlilik kararı verilmedikçe yargı kararları yayımlanabilir.(m.82) e)Kanunu önünde herkes eşittir ve yargılamada silahların eşitliği ilkesi geçerlidir.(m.17,83) f)Mahkemeler görevli oldukları davalara bakmakla yükümlüdürler, davayı görmekten imtina edemezler veya yargılamayı yarım bırakamazlar.(m.84,85) g)Mahkemeler her türlü müdahaleden bağımsız olarak çalışırlar.(m.86) h)Kanunla görevli mahkemeler dışında, bazı özel durumlarda karar

<sup>19</sup> Kanun-i Esasi tam metin için Bkz: AKGÜNDÜZ, Ahmet, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Kamu Hukuku** 1. Cilt, İstanbul, 2011, s.439; GÖZLER, Kemal, **1876 Kanunu Esasisi**, <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm> E.T. 15.05.2013

<sup>20</sup> TÜRKER, Cihan, **Kanun-ı Esasi'de Yargı Fonksiyonu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s.87.

<sup>21</sup> GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Bursa, 2000, s.27.

vermek üzere kişiye veya olaya özel mahkeme kurulamaz.(m.89)  
1)Hakimler mesleği icra ederken yargılama dışında başka bir memuriyet yapamazlar.(m.90)

Yukarıdaki ilkelerden çoğu hukukun genel ilkeleri ile birebir örtüşmektedir. Şimdi bu ilkeleri daha detaylı inceleyeceğiz.

#### **A. Kanun Önünde Eşitlik**

Eşitlik ilkesi insan hakları söyleminin temelini oluşturur. İnsanları ırk, renk, cinsiyet, etnik köken gibi hiçbir ayrıma tabii tutulmadan aynı haklara sahip olmalarını ve aynı sorumlulukları paylaşmalarını ifade eder.<sup>22</sup> Günümüzde eşitlik ilkesinin iki farklı tanımı yapılmaktadır. Eşitlik kavramı ile devletin bireylere eşit mesafede olması ve objektif olmayan ölçütlere dayanılarak bireylerin aleyhlerinde farklı muamele yapılmaması ifade ediliyorsa şekli eşitlik; kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları olumlu yönde göz önünde bulunduran ve onları eşit veya aynı varsaymayan eşitlik anlayışına ise maddi eşitlik denilmektedir.<sup>23</sup>

Günümüzde şekli anlamda eşitlik ilkesinin tam anlamda adaleti sağlamadığı, bu nedenle kişisel ve toplumsal farklılıkların olumlu yorumlanarak her bireyin ve topluluğun içinde bulunduğu koşullar göz önüne alınarak hareket edilmesi gerektiği görüşü daha yaygın olarak dile getirilmektedir.<sup>24</sup> Mutlak anlamda eşitlik her zaman adil olmayacaktır. Örneğin kadın erkek eşitliğinden yola çıkarak kadınların erkeklerle aynı koşullarda çalışma şartlarına tabi tutulması, doğum izni vb. konularda ayrıcalık tanınmaması, şekli anlamda bir eşitlik getirmekle beraber gerçekte bireyleri zor durumda bırakacaktır. Bu nedenle maddi anlamda eşitlik anlayışı adalete daha uygundur.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **Uluslar Arası Alanda İnsan Hakları**, Ankara, 2006, s.138.

<sup>23</sup> GÜL, İdil Işıl- KARAN-Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, Bilgi İletişim Grubu Yayınları, İstanbul, 2011, s.10-11.

<sup>24</sup> GÜL-KARAN, s.12.

<sup>25</sup> DİNÇKOL, Bihterin, **Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, s.104.

Osmanlı Devleti'nin kurmuş olduğu sistemdeki adalet anlayışı incelendiğinde, şekli anlamda eşitlik ilkesinden çok, maddi anlamda eşitlik ilkesini gerçekleştirmek çabası ile kurumların tesis edildiği görülecektir. Osmanlı millet sistemi bunu en açık örneğidir. Osmanlı Devleti tüm vatandaşlarının can, mal ve namusunu garanti altına aldıktan sonra dini farklılıklarını gözeterek bir millet sistemi inşa etmiş ve her topluluğun farklılıklarını gözeterek bazı ayrıcalıklı düzenlemeler yapmıştır. Örneğin gayrimüslimlerden askerlik görevini kaldırmış, cemaatlerin kendi özel mahkemelerini kurarak bazı alanlarda yargılama yaparak karar verebilmelerine imkan tanımıştır.<sup>26</sup>

Tanzimat'ın ilanından sonra batıda yaşanan gelişmelerin etkisi Osmanlıda fiilen uygulanan maddi anlamda eşitlik uygulaması terk edilerek şekli anlamda bir eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda gayrimüslimlere askerlik mecburiyeti getirilmiş, cemaat mahkemelerinin yargılama yetkisi kaldırılarak yargı birliği sağlanmaya çalışılmıştır. Halbuki toplumsal farklılıkların yok sayılarak mutlak anlamda eşitliğin sağlanmaya çalışılması Osmanlı toplumunda kabul görmemiştir.

Kanun-ı Esasi'nin 17. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. "*Osmanlıların kâffesi huzuru kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde mütesavidir.*"<sup>27</sup> Bu düzenleme ile o devirde batı ülkelerindeki anayasalarda düzenlenmiş eşitlik anlayışına denk bir yaklaşım, anayasal bir hüküm haline getirilmiştir.

### **B. Tabii Hakim İlkesi**

Kanun-ı Esasi'de yargılamaya ilişkin düzenlenen ilkelerden biri tabii hakim ilkesidir. Bu konuyu düzenleyen hüküm Anayasanın 23. maddesinde yer almıştır.<sup>28</sup> Maddede kişilerin usul kanunlarına göre önceden belirlenmiş mahkemelerden başka mahkemelere gitmeye zorlanamayacakları belirtilmektedir.

---

<sup>26</sup> AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 2009, s.148.

<sup>27</sup> AKGÜNDÜZ, s.439.

<sup>28</sup> "Yapılacak usulü muhakeme hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz." AKGÜNDÜZ, s.439.

Modern anlamda “tabiî hâkim ilkesi” “*kanunla, yargılanacak uyuşmazlıktan önce kurulmuş, yargılanacak uyuşmazlıkla kuruluş bakımından herhangi bir ilgisi bulunmayan, herkes için genel – geçer bir çerçevede ve soyut olarak görevi ve yetkileri tayin edilmiş olan mahkemenin o dava bakması*”<sup>29</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Tabiî hâkim ilkesinin iki temel unsuru vardır. Bunlar, “*kanunilik*” ve “*öncedenlik*” unsurlarıdır. Kanunilik unsurunun gerçekleşmesi için şu şartların varlığı aranmalıdır. Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmelidir. İdarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşisinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararname aracılığıyla yeni mahkemeler kurulamazdır. Kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltmaması veya yargılama usulüne ilişkin olarak değişiklik öngören herhangi bir düzenlemenin idari bir işlemle yapılmaması gerekmektedir.<sup>30</sup>

Kanunilik ögesi, tek başına hak arayanlar açısından yargı yerlerinin oluşturulması ve işleyişlerinin belirlenmesinde, hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi ile kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığının sağlanmasına hizmet edecek bir yeterliğe sahip değildir. Bu nedenle, tabii hakim ilkesinin bünyesinde, kanuniliğin yanı sıra “*öncedenliğe*” de yer verilmiştir. Tabii hakim ilkesinin gerçek anlamda fonksiyon sağlaması için zorunlu olan bir diğer unsur da, “*öncedenlik*” ögesidir. Bu ilkeye göre bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, tabii hakim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin düzenlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca sözü edilen

<sup>29</sup> KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2010, s.145.

<sup>30</sup> TANRIVER, Süha, **Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:2013, Sayı:104, s.12. [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2013-104-1240.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2013-104-1240.pdf) E.T. 15.05.2013

düzenlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır.<sup>31</sup>

Kanun-ı Esasi 89. madde ile tahkim müessesesi hariç herhangi bir sebeple, genel mahkemeler dışında özel mahkemelerin ve hüküm verme, yargılama yetkisine sahip komisyonların kurulamayacağını hüküm altına almış, böylece 23. madde ile düzenlenen tabii hakim güvencesini iyice kuvvetlendirmiştir. Anayasa maddesi şu şekildedir: *“Her ne nam ile olursa olsun bazı mevaddı mahsusayı rüiyet ve hükmetmek için mehakimi muayene haricinde fevkalâde bir mahkeme veyahut hüküm vermek sel'hiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tâyinimevla ve tahkim caizdir.”*<sup>32</sup>

Tabii hakim ilkesinin günümüzdeki yorumu ile Kanuni Esasi ile getirilen düzenleme karşılaştırıldığında, bu hakkın çağdaş anlamda gerçekleşmesi için gerekli güvencelerin sağlanacağı bir yapı oluşturulduğu ve düzenleme ile tabii hakim güvencesi sağlandığı anlaşılmaktadır.

### **C. Hakimlik Teminatı**

Hakimin yaptığı görevin ağır sorumluluğu ve verdiği kararların bireylerin yanı sıra devletin faaliyet yaptığı her alanda etkili olması, kendisine özel bir statü verilmesini zorunlu kılmaktadır. Hakimlik teminatı, hakimlerin şahsi bağımsızlığının sağlanması olarak kabul edilebilir. Hakimlerin bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için kendilerine şahsi teminatlar tanınması gerekir. Ancak bu sayede her türlü maddi ve manevi etki, baskı ve endişeden uzak, tarafsızlık ve emniyet içinde görev yapabilirler.<sup>33</sup>

Hakimlere tanınması gereken teminatlar, hakimlere seçkin bir sınıf kabul edilmelerinden dolayı tanınmış bir ayrıcalık değildir. Hakimlik teminatı hakimlerin hiçbir baskı altında kalmadan adaleti gerçekleştirilebilmeleri amacına dayanan, bu sayede insanlara adaletin her türlü müdahaleden uzak olarak, serbestçe sağlandığı konusunda kanaat veren müessesedir. Hakimlik teminatı ile güdülen amaç hakimin

---

<sup>31</sup> TANRIVER, s.13.

<sup>32</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>33</sup> BİLGE, Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1965, s.73.



şahsi menfaati olmayıp, kamu menfaatidir. Hakimlere görevlerini yaparken yalnızca kanunlara göre hareket etmeleri imkanlarını kendilerine sağlamak, onların bağımsızlığını sağlamak için yeterli değildir. Verdiği herhangi bir karar yüzünden görevinden alınması, başka bir yere tayini veya başka bir göreve tayini halinde hakimin bağımsızlığından söz etmek anlamsız olur. Onun için teminat ve bağımsızlık birbirini tamamlayan iki ilkedir.<sup>34</sup>

Esasen en güçlü teminat, hakimlerin bizzat kendi ahlak ve karakterlerinden gelmelidir. Hakimler yüksek ahlak ve güçlü iradeye sahip olmalıdırlar. Ancak hakimlerin de bir insan olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple kendilerine hür ve bağımsız olmalarını sağlayıcı teminatların yasal düzenlemelerle sağlanması gereklidir.<sup>35</sup>

Teminatın en önemli noktası, hakimin iktidar karşısında kendisini tam bir emniyet içinde hissetmesidir. Teminatlar devlet tarafından oluşturulan bir önlemler paketidir. Dar manada teminat, hakimlerin azledilememeleridir. Geniş anlamda teminat ise; sadece azledilememe değil, geçici bile olsa görevlerinden alınamamaları, emekliye sevk edilememeleri, rızaları olmadan yerlerini değiştirememesi, maaş ve diğer maddi haklarından yoksun kılınamamaları konularını kapsar. Kanunları uygulayarak hukuki anlaşmazlıkları sonuçlandırmak, kamu düzenini korumak görevini yüklenen hakimler, tamamen bağımsız hareket etmedikçe “*Hakimlik teminatı sağlanmıştır.*” denemez.<sup>36</sup>

Kanun-ı Esasi’de “Mehakim” başlığı altında düzenlenen ilk konu hakimlik teminatıdır. 81. madde ile hâkimlerin azlolunamayacağı hüküm altına alınmış ve hâkimlerle ilgili yükselme, yer değiştirme, emeklilik ve görevden el çektirme gibi işlemlerin özel bir kanun ile düzenleneceği öngörülmüştür.<sup>37</sup> “*Kanunu mahsusuna tevfikan tarafı Devletten nasbolunan ve yedlerine beratı şerif verilen hakimler lâyenazildir. Fakat istifaları kabul olunur. Hakimlerin terekkiyatı ve meslekleri ve tebdili*

<sup>34</sup> ASLAN, Zehrettin, **Hakim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2007, s.90.

<sup>35</sup> KAPANİ, Münci, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara, 1956, s.125.

<sup>36</sup> ASLAN, s.92.

<sup>37</sup> TÜRKER, s.87.

*memuriyetleri ve tekaüdleri ve bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azil olunmaları dahi kanunu mahsusu hükmüne tabidir ve hakimlerin ve mehakim memurlarının matlup olan evsafını işbu kanun irae eder.*"<sup>38</sup>

Ana hatları ile hakimlik teminatının bu şekilde düzenlenerek, detayların kanuni düzenlemeye havale edilmiş olması hakim teminatı açısından önemli bir gelişmedir. Zira klasik devirde en mükemmel hâliyle işleyen ve yabancı devletler örnek teşkil eden adalet düzeni Tanzimat'a gelindiğinde eski hâlinden çok şey kaybetmişti. Kadıların bir veya iki yıl süre ile görevlendirilip bu kısa sürenin sonunda merkeze çağırılması, mesleğin liyakatli kimseler tarafından tercih edilmemesinin başta gelen sebeplerinden biri olmuştu. Yargıda ortaya çıkan aksaklıkları gidermek için batılı emsalleri örnek alınarak yeni mahkemeler kurulmuş ve getirilen düzenlemelerle hakimlerin kısa süreli görevlendirmesi uygulamasından vazgeçilmiştir.<sup>39</sup> Kanun-ı Esasi'ye getirilen bu hüküm yargı reformlarının Anayasaya yansıyan yönlerinden birini oluşturmaktadır. Osmanlı ilk anayasası ile önem verdiği adli teşkilatı ve hakimlik teminatını anayasal güvence altına almıştır. 81. maddede kanuna yapılan gönderme ile de bu konuda keyfi uygulamaların yapılamayacağını, her şeyin yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirileceğini hüküm altına almıştır.

#### **D. Yargıda Alenilik**

Duruşmaların kural olarak kamuya ve halka açık olarak yapılması anlamına gelen alenilik ilkesi, hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsuru durumundadır. Aleni yargılanmada önemli olan, yargılama aşamasında duruşmalara katılabilme olanağının bulunmasıdır. Çeşitli sebeplerle duruşmaya kimsenin katılmamış olması aleniyete engel değildir.<sup>40</sup>

Batı medeniyetleri için 17. yüzyılda dile getirilmeye başlanan bu ilke, Osmanlı uygulamasında başlangıçtan itibaren yaygın bir şekilde uygulanana gelen bir düstur olmuştur. Hatta yargılamanın tarafsız bir şekilde yapıldığını gözlemleyen ve kadı defterlerini imzalayan "şuhudü'l

<sup>38</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>39</sup> EKİNCİ, **Osmanlı Mahkemeleri**, s.43.

<sup>40</sup> BAŞARAN, Başar, **Aleni Yargılanma Hakkı**, Mevzuat Dergisi, Yıl:2, Sayı:3. <http://www.basarmevzuat.com/dergi/99-03/a/alenyargi.htm> E.T. 15.05.2013.

*hal*” denilen kimseler bulunmakta idi.<sup>41</sup> Kanun-ı Esasi’de 82. madde ile getirilen hüküm ile yargının aleniliği anayasal güvence altına alınmıştır. “*Mahkemelerde her nevi muhakeme alenen cereyan eder ve ilâmatın neşrine mezuniyet vardır. Ancak kanunda müsarrah esbaba mebni mahkeme muhakemeyi hafî tutabilir.*”<sup>42</sup> Bu düzenleme ile kanunda özel hüküm bulunmayan her türlü davanın alenen görüleceği belirtilmiş olup, ayrıca kararların da gazete ve benzeri yayın organları tarafından yayımlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Günümüz usul hukukuna paralel olarak kanunda gizli yapılacağı belirtilmiş olan duruşmaların bu genel ilkenin istisnası olduğu da maddenin son cümlesinde belirtilmiştir.

#### **E. Savunma Hakkı**

Geniş anlamda savunma hakkı iddia ve isnatta bulunmak ve iddia ve isnada cevap vermek olarak tanımlanabilir. Davalar karşılıklı iddia ve savunma örgüsü üzerine kurulu olduğu için iddia ve savunmanın birlikte ele alınması gerekir. Bu hak, kişi tarafından bizzat kullanılabilmesi gibi kişinin yetki verdiği vekil tarafından da kullanılabilir.<sup>43</sup>

Avukattan yararlanma hakkı da, iddia ve savunmanın eşitliği, adil yargılanma ve savunma hakkı için gerekli bir unsurdur. Sanığın hukuk kurallarına yabancı olması, kendisini, hukuku bilen iddia ve karar mercileri karşısında eşit olmayan durumlara sokabilir. Bu nedenle yargılama sırasında müdafiden yararlanma hakkı önemli bir haktır. Kanun-ı Esasi’de mahkeme huzurunda tarafların bu haklarını düzenleyen hüküm 83. maddede yer almıştır. “*Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vesaiti meşruayı istimal edebilir.*”<sup>44</sup>

Bu hüküm öyle iyi kurgulanmış ki; hem davalı hem davacı hem sanığı kapsayan bir şekilde, avukat tutmak, yazılı beyan verme, yeterli süre talep etme, şahit dinletme gibi iddiasını ispatlayacak veya yargılamada kendisine yardımcı olacak her türlü unsuru kapsayacak şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir.

<sup>41</sup> AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, 2012, s.107.

<sup>42</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>43</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Genel Çizgileri ile Savunma Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1994, Sayı:1,s.21.

<sup>44</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

### F. Davaya Bakma Zorunluluğu

Yasa düzenlemelerde hangi mahkemelerin hangi davalara bakacağı belirtilmiştir. Kanunen bir davaya bakmakla görevli olan mahkeme geçerli bir sebep olmadan davayı görmekten imtina edemez. Aynı şekilde görülmeye başlanan bir dava mücbir bir sebep olmaksızın yarım bırakılamaz. Bu kural hukukun evrensel ilkeleri arasında yerini almıştır. Aynı şekilde Kanun-ı Esasinin 84. maddesinde de ifade edilmiştir. *“Bir mahkeme vazifesi dahilinde olan dâvanın her ne vesile ile olursa olsun rüiyetinden imtina edemez ve bir kerre rüiyetine veyahut rüiyeti için iktiza eden tahkikatı evveliyeye başlandıktan sonra tatil veya tâviki dahi caiz olamaz; meğer ki müddei dâvadan keffiyed etmiş ola. Şu kadar ki cezaya müteallik deavide Hükûmete ait olan, hukuk nizamı vechile yine icra olunur.”*<sup>45</sup>

Maddenin son cümlesinde de ceza davalarının yine mevcut kurallara göre görüleceği davaya bakma zorunluluğunun bu davalar içinde geçerli olduğunu beyan etmiştir. Hakimin kanunen bakmak zorunda olsa da, bir davaya bakmaktan imtina etmesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Örneğin siyasi yönü ağır basan bir kişiye karşı açılmış bir dava, hakimi tedirgin edebilir ve bu davaya bakmaktan imtina edebilir. Ancak Osmanlı tarihinde de hakimlerin yöneticiler aleyhine dava gördükleri ve bu davalara bakmaktan çekinmediklerine dair örnekler mevcuttur.

Osmanlı İmparatorluğu'nun yükselme devirlerinde hakimlerin bağımsız olduğu ve önlerine gelen davayı herhangi bir çekinceleri olmaksızın adaletle neticelendirdikleri görülmektedir. O zamanlarda yargı kuvveti, yürütme kuvvetinden ayrılmamış olmasına ve padişah bütün iktidarı elinde toplamasına rağmen, hukuka uyan, devletin temelini adalet olduğunu benimsemiş hükümdarlar, kadıların hükümlerine boyun eğerdiler.<sup>46</sup> Bunun bir örneği Fatih Sultan Mehmet'in kadı tarafından ayakta tutulması ve mahkum edilmesidir. Fatih iki mermer sütunu üçer arşın kısaltan bir Rum mimarın ellerini kestirmiş, mimar da Fatih'i dava etmişti. Hükümdar mahkemeye gelip alışkanlıkla

---

<sup>45</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>46</sup> SOYSAL, Mümtaz, **Ormanların Hakimi**, İzmir Baro Dergisi, Yıl 6, S.1, Ocak, İzmir, 1987, s.23.

baş köşeye oturmak isteyince, kadı Hızır Bey Çelebi kendisine “-*Oturma begüm, hasmınla murafaayı ser olup ayakta beraber dur.*” diye ihtar etmiştir. Sonuçta Fatih’in haksız el kestirdiği sabit olmuş ve kadı İslam Ceza Hukukuna göre, Fatih’in de ellerinin kesilmesine karar vermiştir. Fakat mimar kısas istememiş, Fatih ellerinin kesilmesi yerine günde 10 akçe tazminata mahkum olmuştur. Fatih kısastan kurtulduğu için sevinerek bu tazminatı 20 akçeye çıkarmıştı.<sup>47</sup>

### G. Yargılamaların Yalnızca Mahkemelerde Yapılması

Klasik dönemde Osmanlı hukukunda kendinden önceki devletlerden devir aldığı gelenekle divan uygulaması yaygındı. Başta Divan-ı Hümayun olmak üzere, Vezir-i Azam’ın dava dinleyip karar verdiği ikinci ve Çarşamba divanı,<sup>48</sup> Donanmada bulunan askerlere ilişkin uyuşmazlıkların dinlendiği Kaptan Paşa Divanı,<sup>49</sup> yeniçerilerin davalarının görüldüğü Ağa Divanı, eyaletlerde eyalet merkezinin bulunduğu yerlerde kurulan ve uyuşmazlıklar ile şikayetleri dinleyen Eyalet Divanı, sancaklarda aynı şekilde Sancak Divanı bulunmakta idi.<sup>50</sup> Bu divanlar bazen ilk derece mahkemesi olarak karar verdikleri gibi, temyiz mercii olarak, kadıların kararlarına yapılan itirazları da incelemekte idiler. İdare aleyhine şikayetler bazen kadı önüne götürülse de genelde merkezde Divan-ı Hümayuna veya Sadrazamın başkanlık ettiği divanlardan birine, taşrada ise eyalet veya sancak divanlarına götürülmekte idi.<sup>51</sup>

Tanzimat ile birlikte yargıda yapılan değişikliklerden biri de divanlarda görülen davaların mahkemelerde görülmesi için yapılan düzenlemelerdir. Gerektiğinde temyiz vazifesi de gören bu divanların

<sup>47</sup> KUNTER, Nurullah, **Türkiye’de Kaza Kuvveti**, İ.H.F.M., Cilt 25, S.1-4, İstanbul, 1960, s.51.

<sup>48</sup> İPŞİRLİ, Mehmet, **Sadrazam**, İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, C.35, s.417.

<sup>49</sup> BÜLBÜL, Zekeriya, **Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyet Tarihi**, Ankara, 2000, s.98.

<sup>50</sup> AVCI, **Türk Hukuk Tarihi**, s.90.

<sup>51</sup> GÜRBÜZ, Mustafa, **İslam Hukuk Tarihinde Kanun Yolu Olarak Temyiz Mahkemesi ve Osmanlı Devletinde İşleyişi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.45.

yerine bu vazifeyi ifa etmeleri için Mahkeme-i Temyiz ve Şura-yı Devlet kurulmuştu.<sup>52</sup> Bu değişiklikler ile paralel olarak mahkeme dışı kurumların yargı yetkisini kaldıran hüküm de Anayasada yerini almıştır. 85. maddede “*Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehakim-i umumiyeye aittir.*”<sup>53</sup> hükmüne yer verilmiştir. Böylece mahkemelerin görevi, yalnızca kişiler arasındaki uyuşmazlıklarla sınırlı kalmayıp kişiler ile devlet kurumları arasındaki uyuşmazlıklara da bakacak şekilde genişletilmiştir.

#### **H. Yargı Bağımsızlığı**

Yargı bağımsızlığı, hakimin, görevini tüm dış etmenlerden özellikle yasama ve yürütmeden gelebilecek etkilerden bağımsız olarak, sadece hukuka ve vicdani kanaatine göre yerine getirmesidir. Adil bir yargılama için hakim gerekli özeni ve dikkati göstermeli, önüne gelen meselede olabildiğince önyargısız, taraflar arasında ayırım gözetmeden, tarafların kişiliklerine toplumsal statülerine bağlı olmadan karar vermelidir.<sup>54</sup>

İslam devletlerinde çağın gereklerine göre devlet başkanının yargı da dahil olmak üzere birçok yetkiye sahip olduğu bir sistem işlemekte idi. Bu sistemde kuvvetler ayrılığı anlayışı yoktur. Kuvvetler birliğinin uygulandığı devlet sisteminde hakimi de yargı yetkisini elinde tutan devlet başkanı ya da onun yetkilendirdiği kişi tayin etmektedir.<sup>55</sup> Hakimin devlet başkanı tarafından görevlendirildiği işlemi, devlet başkanının yargı görevini kendi adına yerine getirmesi için hakime vekalet vermesi olarak da niteleyebiliriz. Atama yetkisine paralel olarak hakimin azil yetkisi de devlet başkanındadır. Ancak İslam hukukunda, adalete büyük önem verildiği için, hakime münhasıran bir dava için müdahale edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak zaman zaman

<sup>52</sup> EKİNCİ, **Osmanlı Mahkemeleri**, s.216.

<sup>53</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>54</sup> ÖZKORKUT, Nevin Ünal, **Yargı Bağımsızlığı açısından Osmanlıda ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış**, AÜHFD, Yıl:2008, C.57, S.1, s.228.

<sup>55</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme)**, İstanbul, 1996, s.247.

padişahlar yayınladıkları fermanlarla mahkemelerin işleyişinde ne gibi kurallara dikkat edileceğini hatta Hanefi mezhebinde farklı görüşler bulunduğu durumlarda hangi görüşe göre karar verileceğini bildirmişlerdir. Hakimin verdiği hükmün İslam şeriatına ve adalete aykırı olması durumunda ise bozulması mümkün görülmüştür.<sup>56</sup> İslam hukukunda olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de bu konuda titiz davranılmış; hakimin, doğru hüküm verebilen, dürüst, güvenilir, sağlam kişilikli ve sağlam iradeli olması gerektiği kabul edilmiştir.<sup>57</sup>

Osmanlı Devleti'nde, kadıların başlangıçta sınırlı olmayan görev süreleri daha sonra kısaldı. Sürenin kısa tutulmasının nedenleri arasında kadrolardaki yığılma kadar tarafsızlıklarını sağlama düşüncesi de bulunmaktadır. Bu yolla dolaylı bir denetimin de gerçekleştirilmiş olduğu söylenebilir. Ancak bu durum yargı sisteminde olumsuzluklara yol açmış, işsiz kalma korkusu kadıların görevlerini gereği gibi yapmalarını engellemiş, hukuk dışı davranışlara, yasal olmayan harcamalara ve rüşvete neden olmuştur.<sup>58</sup> Bu mahzurları gidermek için 1834'de görev teminatı açısından önemli sayılabilecek düzenlemelerden biri gerçekleştirilmiştir. Bu düzenleme ile hakimlerin istifa etmedikçe veya kendilerinden bir şikayet olmadıkça görevden azledilemeyecekleri ve şikayetin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılacağı belirtilmiştir.<sup>59</sup>

Yargı bağımsızlığını sağlamak açısından Kanun-ı Esaside hakimler hakkında bir suçtan dolayı mahkumiyet kararı verilmedikçe azledilemeyeceklerine ilişkin 81. maddede getirilen düzenlemenin yanı sıra hiçbir şekilde mahkemelere müdahale edilemeyeceği 86. maddede düzenlenmiştir. "*Mahkemeler her türlü müdahelâttan azâdedir.*"<sup>60</sup>

<sup>56</sup> ATAR, Fahreddin, **İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)**, Ankara, 1999, s.109-113.

<sup>57</sup> ORTAYLI, İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**, Ankara, 1994, s.9.

<sup>58</sup> FENDİOĞLU, s.247.

<sup>59</sup> EKİNCİ, **Osmanlı Mahkemeleri**, s.242.

<sup>60</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

### **I. Yargılamaya İlişkin Diğer Hususlar**

Kanun-ı Esasi'nin "*Mehakim*" bölümünde bu noktaya kadar bahsettiğimiz hususlar dışında düzenlenen konularda bulunmaktadır. 87. maddede şer'i davaların şer'i mahkemelere de nizamiye mahkemelerinin bakacağı belirtilen davalar ise nizamiye mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir.

88. maddede mahkemelerin sınıf, vazife, görev, derece ve bunların dağılımının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 90. maddede hakimlerin hakimlik mesleğinin yanı sıra devletin maaşlı başka bir işinde çalışmayacağı belirtilmiştir.

### **J. Savcılık Kurumu**

İslam hukukunda savcılık kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü her Müslüman dini bir vazife olarak suç işleyeni gördüğü veya bildiği zaman mahkemeye, haber vermek yükümlüğündedir. Savcılarının görevlerini yer ve zamana göre polisler, muhtesipler, hakimler, halifeler yapmışlardır. İslam hukukunda suçlar kısas suçları ve had suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Had suçları daha çok kamu düzenini ilgilendirdiği için bu suçlarda kadı da diğer bütün Müslümanlar da davacı olup davayı takip edebilir.<sup>61</sup> Kişi hukukunu ilgilendiren suçlarda, suçtan zarar görenin kendisi davacı ve takipçi olabilir. Mağdurun varislerinin de takip hakkı vardır. Bazen muhtesip denilen ahlak ve zabıta polisi suç isleyenleri yakalayarak mahkemeye çıkarır ve kamu davacısı sıfatıyla taraf olurdu. Suçtan zarar görenin mirasçısı yoksa dava açmak yetkisi devlete geçerdi. İslam hukukunda kamu adına dava açacak savcıya ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir. Ancak savcının görevlerini yapacak bir memurun atanması İslam hukukçularınca kabul edilmektedir.<sup>62</sup>

Osmanlı İmparatorluğunda klasik dönemde savcılık kurumu olmadığı gibi Tanzimat Döneminde Nizamiye Mahkemelerin kurulduğu ilk zamanlarda da savcılık teşkilatı yoktu. Bazı mahkeme üyeleri savcının görevlerini yürütüyorlardı. Kanunu Cedid adlı 1851 tarihli Ceza Kanunu kişi haklarını ilgilendiren suçlarda devletin kovuşturma yapmasını kabul

---

<sup>61</sup> AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, 2010, s.29.

<sup>62</sup> ATAR, s.138.



etmişti. Ancak bu kanunla savcılık müessesesi kurulmamıştı. Savcılığın makamına ilişkin ilk düzenlemeye, 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesinde rastlanır. 1876 Anayasasının 91. maddesi savcılık için “*Umuru cezaiyyede hukuku ammeyi vikayeye memur müddeiumumiler bulunacak ve bunların vezaif ve derecatı kanun ile tayin kılınacaktır*”<sup>63</sup> hükmü getirilmiştir. Kanun-ı Esasiden üç yıl sonra 1879 yılında müddei umumilik adıyla fiili surette savcılık kuruldu. Böylece 1879 tarihli kanun ile Osmanlı İmparatorluğunda bütün mahkemelerde savcılığa yer verildi.<sup>64</sup>

### SONUÇ

Araştırmacılar Osmanlı Devleti'nin bu kadar uzun bir süre ayakta kalmasının en önemli sebeplerinden birinin de halka adaletle hükmetmesi olduğunu belirtmektedirler. Müslümanı, gayrimüslimi barış içinde bir devlet çatısı altında birlikte yaşamışlardır. Bu düzenin sağlanmasında Osmanlının kurduğu, günümüzde maddi eşitlik olarak isimlendirilen kişi ve kişi grupları arasındaki farklılıkları olumlu yönde değerlendirerek bireyin toplum içindeki konumunu dikkate alan eşitlik anlayışının etkili olduğu söylenebilir.

Kurduğu sistemle uzun yıllar adaleti sağlamış olan devlet yapısı, zamanla bozulmuş ve hantallaşmıştır. Tanzimat Dönemi ile birlikte bozulan kurumların yeniden düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Bu aşamada ele alınan kurumlardan biride yargı teşkilatı olmuştur. Adalet alanında yapılan reformlar, bu alandaki temel hakların Osmanlının ilk anayasası olan Kanun-ı Esasi'de yer alması ile yeni bir boyut kazanmıştır.

Kanun-ı Esasi'nin yargılamaya ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında iki önemli faktörün etkili olduğu göze çarpmaktadır. Birincisi kuruluştan bu yana devlet yönetiminde hakim olan adaleti gerçekleştirme düşüncesi; ikincisi ise evrensel hukukun benimsediği hukukun genel ilkeleridir.

Kanun-ı Esasi'nin yargı alanında getirdiği hükümler, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunundan oldukça ileridir; 1961 ve 1982

<sup>63</sup> AKGÜNDÜZ, s.444.

<sup>64</sup> KEYMAN, Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara, 1970, s.63.

Anayasalarından ise pek geri kalan yanı yoktur. Kanun-ı Esasinin yargıya ilişkin hükümleri döneminin Batı Avrupa ülkelerinin anayasalarıyla tamamıyla boy ölçüşebilir niteliktedir.

#### **KAYNAKÇA**

AKGÜNDÜZ, Ahmet, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyesi, Kamu Hukuku** 1. Cilt Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.

ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

ASLAN, Zehrettin, **Hakim Bağımsızlığı ve Savcılık Teminatı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

ATAR, Fahreddin, **İslam Adliye Teşkilatı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)**, Ankara.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya, 2009.

AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.

AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, Mimoza Yayınları, Konya, 2012.

AYDIN, Mehmet Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

BAŞARAN, Başar, **Aleni Yargılanma Hakkı**, Mevzuat Dergisi, Yıl:2, Sayı:3. <http://www.basarmevzuat.com/dergi/99-03/a/alenyargi.htm> E.T. 15.05.2013.

BAŞGİL, Ali Fuat, **Esas Teşkilat Hukuku**, Dersleri, C.1, 1945, OKANDAN, R. Galip, **Amme Hukukumuzun Anahatları**, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1971.

BİLGE, Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1965.

BOYALIK, Ramazan, **Kanuni Esaside Padişahın Statüsü**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

BÜLBÜL, Zekeriya, **Osmanlı Müesseseleri ve Medeniyet Tarihi**, Nobel Yayınları, Ankara, 2000.

CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Saydam Yayınları, Eylül, 2011.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **Uluslar Arası Alanda İnsan Hakları**, Platin Yayınları, Ankara, 2006.

DİNÇKOL, Bihterin, **Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Kanun-u Esasi'nin İlanını Hazırlayan Şartlar**, S.Ü.H.F.D., Cilt 6, Sayı 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), Ayı Basım, 1998,

EKİNCİ, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku**, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2008.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **İslâm ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı (Anayasa Hukuku Tarihi Açısından Mukayeseli Bir İnceleme)**, Beyan yayınları, İstanbul, 1996.

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitapevi, Bursa, 2000.

GÜL, İdil Işıl- KARAN-Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, Bilgi İletişim Grubu Yayınları, İstanbul, 2011.

GÜRBÜZ, Mustafa, **İslam Hukuk Tarihinde Kanun Yolu Olarak Temyiz Mahkemesi ve Osmanlı Devletinde İşleyişi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Genel Çizgileri ile Savunma Hakkı**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:1994, Sayı:1.

İPŞİRLİ, Mehmet, **Sadrizam**, İslam Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, C.35.

KABOĞLU, İbrahim, **Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı**, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf) E.T. 11.09.2013

KAPANİ, Münci, **İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali**, Ankara, 1956.

KARAL, Enver Ziya, **Osmanlı Tarihi**, Ankara, 1988, C. 8.

KEYMAN, Selahattin, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara, 1970.

KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

KUNTER, Nurullah, **Türkiye'de Kaza Kuvveti**, İ.H.F.M., Cilt 25, S.1-4, İstanbul 1960.

ORTAYLI, İlber, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı**, Ankara, 1994.

ORTAYLI, İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2006.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

ÖZKORKUT, Nevin Ünal, **Yargı Bağımsızlığı açısından Osmanlıda ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış**, AÜHFD, Yıl:2008, C.57, S.1.

SOYSAL, Mümtaz, **Ormanların Hakimi**, İzmir Baro Dergisi, Yıl 6, S.1, Ocak, İzmir, 1987.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları,14. Baskı, İstanbul, 2006.

TANRIVER, Süha, **Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl:2013, Sayı:104.. [http://portal.ubap.org.tr/App\\_Themes/Dergi/2013-104-1240.pdf](http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2013-104-1240.pdf) E.T. 15.05.2013

TÜRKER, Cihan, **Kanun-ı Esasi'de Yargı Fonksiyonu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

## GÜNÜMÜZ VE İSLAM HUKUKUNDA ÇOCUK HAKLARI KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU\*

### ÖZET

*İnsan kişiliğinin şekillendiği çocukluk dönemi hiç kuşkusuz insan hayatının en önemli dönemidir. Çocukluk dönemi en uzun süren canlı da insandır. İnsanın bu en önemli dönemi, çocuğun gerek sosyal, gerekse ekonomik hakları tarafından büyük oranda etkilenmektedir. Eski hukukumuz olan İslam Hukukunda ve onun Osmanlı uygulamasında çocuklara yönelik birçok hak ve koruyucu tedbirler mevcuttu. Günümüz Hukukunda aynı şekilde çocuklara yönelik koruyucu ve iyileştirici hükümler bulunmaktadır. Özellikle ülkemizin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuk haklarına dair ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir. Dünyü bugünü ve yarını ile bir bütün olan hukukun, geçmiş uygulamalarını öğrenmek, uygarlık yolunda aşama kaydedip etmediğimizi gözlemlemek açısından çok önemlidir.*

**ANAHTAR KELİMELELER:** Çocuk Hakları, İnsan Hakları, İslam Hukuku, Yaşam Hakkı, Eşitlik Hakkı.

### CHILDREN'S RIGHTS IN TODAY'S AND ISLAMIC LAW A COMPARATIVE STUDY

#### ABSTRACT

*Human personality is shaped in childhood, without a doubt the most important period of human life. Human has the longest period of childhood in creatures. Man is the most important period of childhood, largely influenced by social and economic rights of the child. Islamic law, which law was our old and and its ottoman*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

*practicing, many of the rights and protective measures for children there. There are provisions in the same way as for children, preventive and curative. There are preventive and curative provisions in the same way in today's law. Especially, our country is a party to the Convention of Children's Rights, makes detailed provisions on children's rights. Law, Past, present and future of a whole. It is very important to learn legal history in order to observe whether we went on stage on the path of civilization.*

**KEYWORDS:** *Childrens Rights, Human Rights, İslamic Law, Right To Life, Right To Equality.*

## GİRİŞ

Çocuğun İslam Hukuku açısından durumu hakkında günümüzde pek fazla eser bulunmamaktadır. Bulunanlardan bazıları Prof. Dr. Orhan Çeker'in "*İslam Hukukunda Çocuk*" ve merhum Prof. Dr. İbrahim Canan'ın "*Çocuk Hakları Beyannamesi Işığında İslam Hukukunda Çocuk Hakları*" adlı eserlerdir. Sayın Prof. Dr. İbrahim Canan'ın eseri çocuk hakları beyannamesi hükümlerini, İslam Hukuku açısından ele almaktadır. Çocuk hakları beyannamesinden sonra, çocuk hakları sözleşmesi imzalanmıştır. Zannediyoruz ki çalışmamız bu anlamda bir ilk olacaktır.

İnsan kişilik ve karakterinin şekillendiği çocukluk gelişimi hiç kuşkusuz insan hayatının en önemli dönemidir. Çocukluk döneminde insanın yaşadığı trajediler, kötü muameleler veya ağır psikolojik buhranlar, insanın kişiliğine işlemekte ve insan bununla ömrünü geçirmektedir. Her davranışımızda, olaylara ilişkin tutumlarımızda, sahip olunan önyargılarda çocukluk döneminin etkisi vardır ve hatta buna göre şekillenir denilebilir. Ayrıca çocukluk dönemi yaratılış gereği masum ve bilgiye açık bir dönemdir. Çocuk kendi benliğine bilgi aktarırken iyi-kötü süzgecine sahip değildir. Çocukluk döneminde verilen eğitime göre çocuk, çevresini algılamakta ve kişiliğini bina etmektedir. İnsanın en önemli dönemi olan çocukluk dönemi çocuğun gerek sosyal gerekse ekonomik hakları tarafından büyük oranda etkilenmektedir.

Millet olarak kendi Anayasamızı ve kanunlarımızı yaptığımız bu dönemde faydalı bir çalışma olmasını ümit etmekteyiz. Bu çalışmamızda Allah'ın insana bir lütfu ve anne babaya bir emaneti olan çocuğun, İslam Hukuku ve günümüz hukukundaki hakları karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

### I. GENEL OLARAK

Çocuk konusu İslam Hukukunda geniş ve ayrıntılı ele alınan konulardan birisi olmuştur. Kuran-ı Kerim ve Sünnette buluş yaşına kadar çocuğun mükellef sayılmaması, çocukluk döneminin ayrı bir inceleme alanı olmasına sebep olmuştur.<sup>1</sup> İslam düşünürleri çocukluk dönemini ayrıca ele almışlar bu çağı eğitim, aydınlanma ve neşe çağı olarak simgeleştirmişlerdir.

Günümüzde çocuk haklarına insan hakları hukukunun çok büyük bir etkisi vardır.<sup>2</sup> İslamiyet herkese sırf insan olması sebebiyle haklar tanımakta mıdır? İnsan hakları düşüncesi İslam'da mevcut mudur? Nitekim Çocuk Hakları Beyannamesi'ndeki hak sahipleri çocuklardır ve sırf çocuk olmakla bu haklara sahip olmuşlardır. Bazı yazarlar İslam'da insan hakları düşüncesinin var olmadığını zira İslam'ın sadece Müslümanlara hitap ettiği ve onlara görevler yüklediğinden bahisle karşı çıkmaktadır. DONNALLY *“İnsan hakları oldukları iddia edilenler bir kişinin sahip olduğu haklar olmayıp, sadece yöneticilerin ve bireylerin ödevleridir. Hayatın korunması hakkının temeli olarak zikredilen Kur'an ayetleri aslında öldürme*

<sup>1</sup> CANAN, İbrahim, **İslamda Çocuk Hakları**, İstanbul, 1981, s. 13; TAN, Mine, *“Çocukluk Dün ve Bugün”*, **Toplumsal Tarihte Çocuk Sempozyumu 23-24 Nisan 1993**, İstanbul, 1994, s. 13.

<sup>2</sup> “Ne yazık ki çocuk haklarının insan haklarından uzaklaşmakta olduğuna dair üç olgudan bahsedilmeye başlanmıştır. Bunlardan birincisi aşırı duygusallık barındıran ‘çocuk’ kavramının insan hakları kavramı çerçevesine tam oturmaması, ikincisi organizasyonların sıklıkla insan haklarının dayandığı bazı temellere gerekli saygıyı gösterememesi, sonuncusu ise çocuk haklarına dair beyanların, yorumların, İnsan haklarının üzerinde varılan belirlenmiş uzlaşılarla zarar verebilmesidir.”CANTWELL, Nigel, **The Human Rights of Children “Are Children Rights Still Human”**,(Edited by: Antonella Invernizzi, Jane Williams), Union Road Farnham, England, 2011, s. 42.

*yasağıyla ve hayatın dokunulmaz sayılmasıyla ilgili ilahi emirlerdir. Adalet hakkının da yöneticilerin adaleti sağlama ödevi olduğu görülmektedir. Özgürlük hakkı ise haksız olarak köleleştirmeme ödevinden ibarettir.*"<sup>3</sup> Böylesi bir fikir meseleyi tersten izah etmektir. Zira haklar, ödevler yüklenerek elde edilen menfaatlerdir. Haklar çığnendiğinde karşılığında bir yaptırım olmazsa bu haktan söz edilemez.<sup>4</sup> İnsan hakları beyanname metni gözden geçirildiğinde kişilere ve devletlere yükümlülükler yüklememekte midir? Böylesi bir görüş İslam'ın insanın iyiliğine yaklaşımını ters şekilde izah etmektir. Nitekim geleneksel batı anlayışı hakları ve görevleri tanımlarken bunu şartların ve sosyolojik sebeplerin getirdiği bir zorunluluğa dayandırır, oysa İslam'ın hak ve görev yaklaşımı, İslam dininin esasını teşkil etmektedir.<sup>5</sup> Bu durum hak ve hürriyetlerin dini bir anlamı ve temeli bulunduğu anlamına gelmekle birlikte, saygı duyulacak bir pratiği de beraberinde getirmektedir.<sup>6</sup> İslâm'da "insan

---

<sup>3</sup> DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları** (Çeviren: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara, 1989, s. 59.

<sup>4</sup> Hukuk kuralının ayrılmaz bir parçası da müeyyidedir. Kural ihlalinde bulunan kimsenin bedenine, haklarına, malına, hürriyetine yönelik cezai yaptırımlar bütün hukuk sistemlerinde uygulana gelmiştir. İslam Hukuku bu yaptırımlara ek olarak, uhrevi müeyyide de öngörmektedir. Bu da caydırıcılığı arttırmakta ve suç oranını etkilemektedir.; KÖSE, Saffet, **İslam Hukuku'na Giriş**, İstanbul, 2012, s. 62; AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Konya, 2010, s. 46.

<sup>5</sup> "Din koyucu insanın beş temel maslahatını korumak için dini insanlara göndermiştir. Bu beş temel maslahatın gözetilmesi yalnızca bu varlığın insan oluşuna bağlanmıştır. Eğer bu temel maslahatlar mü'min olarak görevlerini yapmasına bağlanacak olursa, mü'min olmadığı halde İslam ülkesiyle vatandaşlık (zimmət) bağı kuran kişilerin bu temel haklarının asla korunmaması lazım gelmez miydi? Anne rahminde yeni oluşmaya başlayan zigotun yaşam hakkını veya sonraki dönemlerde ceninin (fetus) yaşam ve miras hakkını hangi ödevler ile ilişkilendireceğiz. Görüldüğü üzere İslam Hukuku'nun tanıdığı bütün bu hakları bir ödevin karşılığı olarak açıklama imkanımız bulunmamaktadır;" BİRSİN, Mehmet, **İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı**, İstanbul, 2012, s. 112-113.

<sup>6</sup> Marcel A. Boisard, **İslam ve İnsan Hakları**, (Çevirenler: Tahir Yücel, Şennur Karakurt), İstanbul, 1995, s. 65-67.



hakki” kavramı; batıdaki gibi “toplumsal sözleşme” gibi bir varsayıma değil, Yaraticı ve Rabb olan Allah(c.c.)’nin iradesine dayanır. Bazı kesimler; Hukuk Devleti’nin de batı düşüncesinin bir ürünü olduğunu iddia etmektedirler. Ancak aynı insan haklarında olduğu gibi, sadece “terim” batı ürünüdür.<sup>7</sup>

#### A. Çocuğun Tanımı ve Evreleri

İslam Hukuku’na göre yapılan çocuk tanımlamaları günümüzde yapılan tanımlamalardan pek de farklı değildir. Nitekim biz bu tanımlamaları 20.yy öncesi İslam alimlerinin eserlerini taramakla bulmaya çalışmaktayız. Kaynaklarımız çocuğun tanımı bakımından pek fazla bir veri bizlere sunmamaktadır. Bunlardan son dönem alimlerden Ali Haydar Efendi çocuğu “*Veladet ve buluğ beyninde bir haleti fitriyyedir*”<sup>8</sup> Yani henüz buluğa ermemiş velayet altında olan insan halidir. Bir başka tanıma göre “*Sabiy (çocuk) doğumu zamanından buluğ vaktine kadarki insandır.*”<sup>9</sup>

5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, çocuğu, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamaktadır. Aynı kanun, 18 yaşından küçük olduğu halde evlenmeye ergin olan kişinin, Çocuk Koruma Kanunu’na göre, korunma altına alınabileceğini de hükme bağlamıştır. Yine Türk Ceza Kanununda çocuğun tanımı yapılmış, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak kabul edilmiştir (TCK.m.6). Böylece Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesindeki çocuk tabiri ile uyum sağlanmıştır. Görüldüğü üzere ceza hukukunda “*çocuk*”, yaş küçüklüğü açısından belirlenmeye çalışılmıştır. Ceza hukukunun niteliği gereği bu şekilde bir nitelermeye varılması doğal bir sonuçtur. Çünkü çocukların

<sup>7</sup> HATEMİ, Hüseyin, “**İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramları**”, [http://www.fikribeyan.net/1427\\_Islam-da-Insan-Hakki-ve-AdaletKavramlari---Prof-Dr-Huseyin-Hatemi.html](http://www.fikribeyan.net/1427_Islam-da-Insan-Hakki-ve-AdaletKavramlari---Prof-Dr-Huseyin-Hatemi.html), 10.04.2013, 13:11.

<sup>8</sup> Büyük Haydar Molla, **Usuli Fıkıh Dersleri**, (Editör: M.Çevik, K. Meral), İstanbul, s. 482; ÇEKER, Orhan, **İslam Hukukunda Çocuk**, İstanbul, 1990, s. 27.

<sup>9</sup> Bahru’l-Ulum, **el-Hacr ve Ahkamuh**, s. 28, Beyrut, 1980; Akt. ÇEKER, 1990, s. 28.

büyümesiyle orantılı olarak, akli melekelerinde gelişme ve olgunlaşma meydana gelmektedir.<sup>10</sup>

İlk duyuşta kişide saflığı, kusursuzluğu ve sevimliliği çağrıştıran çocuk, ele alındığı kanuna göre farklı şekillerde tanımlanmıştır. Medeni Kanunda “küçük” olarak belirtilmiş,<sup>11</sup> iş kanunlarında “çalışan çocuk”, “çocuk işçi” gibi adlarla da anılmıştır.<sup>12</sup>

Bunun yanında Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin<sup>13</sup> birinci maddesi çocuğu, “on sekiz yaşından küçük

---

<sup>10</sup> “İnsan gelişimi, yaşamın belli dönemlerinde birbirini izleyerek gerçekleşen değişikliklerden oluşmaktadır. Kalıtsal ve çevresel etkenlerle yönlendirilen değişimler karmaşası olan gelişim, doğum öncesi dönemden başlayan ve yaşamın sonuna kadar devam eden bir süreç olarak ele alınmaktadır. Döllenmeden ölüme kadar süren dönem içinde, organizmada gözlenen düzenli ve sürekli değişiklikler gelişim olarak tanımlanmaktadır.”, İNANÇ, Banu Yazgan/ BİLGİN, Mehmet/ ATICI, Meral Kılıç, “Gelişim Psikolojisi”, **Çocuk ve Ergen Gelişimi**, Ankara, 2007, s. 59; İRKİN, Ayça Çamlıbel, **Çocukların Gelişim Süreci ve Televizyonun Etkileri**, Ankara, 2012, s. 6.

<sup>11</sup> Medeni kanunda çocuk tabiri yanında “küçük” tabiri de kullanılmıştır. Bu sebeple “küçük” tabiri ile “çocuk” tabirinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Nitekim küçük çocuk sayılmakla birlikte, her çocuğa küçük denilemez. Medeni Kanununun 28. maddesinde; kişiliğin, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlayacağı, ölümlü de sona ereceği belirtilmiş, çocuğun, hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde edeceği belirtilmektedir. Çocukluğun başlangıcı bu şekilde belirtilmiş, ancak hangi durumlarda çocukluğun sona ereceği, çocukluğun sona ermesi için gerekli bir üst yaş sınırı belirtilmemiştir., ÇELİK, Cemil, “Çocuk Kavramı Ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi”, **Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 36, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%C7OCUK%20KAVRAMI%20VE%20MEDEN%DD%20HUKUK%20A%C7ISINDAN%20%C7OCUK%20HAKLARININ%20TAR%DDH%DD%20GEL%DD%DE%DDM%DD&kimlik=-1854485512&url=makaleler/ccelik-1.htm>, 24.04.2012, 13:38.

<sup>12</sup> “İş hukukunda çocuğun tanımı yapılmamıştır. Ancak “çocuktan” söz eden hükümler Türk iş mevzuatı içinde yer almaktadır. İş Kanunu'nun 2, 46, 55, 56, 71, 73,74, 85, 87 vd. maddelerinde çocuk deyimi kullanılmıştır.”ÇELİK, s. 2.

<sup>13</sup> Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 20 Kasım 1984 tarihinde kabul edilmiş, 02 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye 29-30 Eylül 1990 tarihleri arasında yapılan “Çocuklar İçin Dünya Zirvesi”nde sözleşmeyi

*insan*” olarak tanımlamıştır. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere çocukluğun başlangıç anı belirtilmemiştir. Türkiye bu sözleşmeye 29-30 Eylül 1990 tarihinde taraf olmuş ve çocuğun tanımına dair bu hükmü de kabul etmiştir. Türkiye’de ve Çocuk Hakları Beyannamesine taraf olan devletlerde çocuk on sekiz yaşından küçük olarak tanınmış ve Çocuk Hakları Beyannamesindeki haklardan yararlanma hakkına sahip olmuşlardır.<sup>14</sup>

Hukukumuzda kişilik çocuğun sağ olarak doğmasının tamamlandığı anda kazanılır. Ana karnına düşen, fakat henüz doğmamış cenin hak ehliyetini sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir.<sup>15</sup> (MK. 28. md.) Hak ehliyeti çocuk tarafından insan sıfatıyla kendiliğinden kazanılırken, fiil ehliyeti ayırt etme gücü, erginlik,<sup>16</sup> ve kısıtlanmış olmamakla kazanılır.( MK 13, 11, 405.) Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk “tam ehliyetsizdir”, erginlik ve kısıtlanmamışlık unsurlarından birisi eksik olduğunda ise çocuk sınırlı ehliyetli sayılır. Ayırt etme gücü mevcudiyetini muhafaza ettikçe çocuk tam ehliyetsiz sayılmaz.<sup>17</sup>

Burada konumuzla ilgili olarak İslam Hukuku’ndaki çocuk devrelerini incelemek gerekmektedir. Çocuk İslam Hukuku’nda belirli devreler halinde ele alınmış bu devirler içerisinde hukuki durumunda değişiklikler göstermiştir. İslam Hukukçuları çocukluk dönemlerini

---

imzalamış, 09.12.1994 tarihinde Sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddelerini, TC. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 Tarihli Lozan Antlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun yorumlama hakkına ilişkin çekince koyarak 4058 sayılı Kanunla onaylamıştır. Sözleşme, Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 94/6423 sayılı kararla onaylanarak 27.01.1995 Tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır., İNAN, Ali Naim, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, A.Ü.H.F.D., Ankara, 1995, c. 44, S. 1, s. 766.

<sup>14</sup> İNAN, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 777.

<sup>15</sup> SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s. 91.

<sup>16</sup> “Ergin olmak, en genel anlamıyla belirli bir fiziki olgunluğa erişmiş olmayı ifade eder.”, AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, Konya, 2013, s. 25; SEROZAN, s. 92.

<sup>17</sup> SEROZAN, s. 92; AYAN/AYAN; s. 22.

cenin, çocukluk, temyiz çağı, buluş ve rüşd olarak beş döneme ayırarak incelemişlerdir.<sup>18</sup>

Cenin dönemi ana rahmine düşme ile başlar, doğumla sona erer. Ceninin eksik vücub (hak) ehliyeti mevcut iken Eda ehliyeti yoktur. Cenin nesep, miras, vakıf, vasiyet şeklindeki dört hakkı sağ doğmak koşuluyla kazanır. Ceninin düşmesine sebep olan kimse gurre<sup>19</sup> denen diyeti ödemek zorunda kalır.<sup>20</sup>

İslam hukukuna göre çocukluk dönemi çocuğun doğmasından temyiz gücünü kazandığı yedi yaşına kadar olan dönemdir. Bu dönemdeki çocuğa gayri mümeyyiz küçük adı verilir. Çocuğun bu dönemde vücub (hak) ehliyeti tamdır. Eda ehliyeti ise yoktur. Kanuni temsilcinin izni olsa dahi hukuki işlem yapamaz.<sup>21</sup>

İslam hukukuna göre temyiz çağı çocuğun temyiz gücünü elde etmesinden (yedi yaşından) buluşa ermesine kadar olan dönemdir. Mümeyyiz küçüğün hak ehliyeti tam olmakla beraber eksik eda ehliyetine sahiptir. Ceza ehliyeti yoktur ve bu sebeple had ve kısas cezaları uygulanmaz; ancak suç işlerse eğitici güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Fiil ehliyeti için temyiz gücünün olması gereklidir. Temyiz gücü kişinin iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan, faydalıyı zararlıdan ayırabilme ve yaptığı fiillerin sonuçlarını idrak edebilme kabiliyetidir. Bu dönemdeki çocuğa mümeyyiz küçük denilir. Hz. Peygamber de yedi yaşından itibaren çocukların namaza teşvik edilmelerini emretmiş, İslam hukukçuları yedi yaşın

---

<sup>18</sup> AKGÜNDÜZ, c. II, s. 55.

<sup>19</sup> Gurre hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AVCI, Mustafa, **Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar**, İstanbul, 2004, s. 158; ÇEKER, s. 149.

<sup>20</sup> SERAHSİ, **Mebhut**, (Editör: Mustafa Cevat Akşit), İstanbul, 2008, c. 4, s. 156; AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, (Editörler: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, S. Emre Zorlu), Konya, 2012, s. 235; AYDIN, M. Akif, “Çocuk”, **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1993, c. 8, s. 361.

<sup>21</sup> CİN, Halil/AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya, 2011, s. 296; AYDIN, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, 2009, s. 217; AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri** s. 236; KÖSE, **İslam Hukuku’na Giriş**, s. 102.

tamamlanmasından itibaren çocuğun mümeyyiz olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>22</sup>

İslam Hukukuna göre bülüğ çağı biyolojik bir olgunluğu ifade eder. Bülüğ çağı kızlarda adet görme, erkeklerde ise ihtilam olma ile başlamaktadır. Bülüğ çağı yaş, iklim, cinsiyete göre farklılık gösterir. Yani kişiden kişiye değişebilen bir olgudur. Buluğda alt yaş sınırı kızlarda 9, erkeklerde 12, üst sınır ise her ikisinde 15'tir.<sup>23</sup> Ebu Hanife'ye göre üst sınır kızlarda 17, erkeklerde ise 18'dir. Mecelle'nin 985. maddesinde "*Haddi buluğ ihtilam ve ihbal (yani gebe eylemek) ile sabit olur.*" ve 986. maddede ise "*Sinn-i bülüğün mebde-i erkekte tam oniki ve kızda tam dokuz ve müntehası ikisinde dahi tam onbeş yaştır. Ve bir erkek on iki bir kız dokuz yaşını tekml edipde baliğ olmasa baliğ oluncaya dek mürahik ve mürahika denilir.*"denilmiştir. Buna göre Osmanlıda üst sınırı 15 alarak kabul eden İmameyn görüşü uygulanmıştır. Buluğ dönemindeki kişiler aile hukuku ve ceza hukuku bakımından tam ehliyetlidirler. Ancak reşit olmayanlar mali konularda eksik eda ehliyetine sahiptirler. Mali konularda da tam eda ehliyetine sahip olmak için rüşd gereklidir.<sup>24</sup>

Rüşd kişinin mallarını idare edebilecek olgunlukta olmasıdır. Bu kişiye reşid denir ve sefih zıddıdır. Sefih ise mallarını saçıp savuran demektir. Mecelle'de mallarını koruma konusunda dikkatli davranarak israftan kaçan kimse reşit olarak kabul edilmiştir. Rüşd, fiil ehliyetinin şartı olarak aranmaktadır. Yaşı ilerlediği halde reşit kişiye uygun davranışlarda bulunmayanlar ne zaman reşit sayılacaktır? Ebu Hanife 25 yaşını rüşd için üst sınır kabul etmiştir. 25 yaşına gelen bir kişi savurgan, sorumsuz hareketlere sahip olsa da artık ehliyetli olarak kabul edilecektir.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s. 236; CİN/AKYILMAZ, s. 297; ÇEKER, s. 76; AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 224.

<sup>23</sup> Mahmud Esad Efendi, **Tarih-i İlmi Hukuk**, Ankara, 2012, s. 230.

<sup>24</sup> AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s. 235.

<sup>25</sup> DÖNDÜREN, Hamdi, "*Rüşd*", **Şamil İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1994, c. 5, s. 515; CİN/AKYILMAZ, s. 294; AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s. 238.

1851 yılında yetim çocukların ihtiyaçlarının karşılanması, yetim mallarının hukuki açıdan korunması amacıyla çıkarılan Emval-i Eytam Nizamnamesi, Ebu Hanife'nin 25 olarak belirlediği rüşd için üst yaş sınırını 20 olarak düzenlemiştir.<sup>26</sup> Ebu Hanife dışındaki hukukçular rüşd için bir üst yaş sınırı belirlememiştir.<sup>27</sup> Yine 15 Şubat 1872 tarihli bir irade ile 20 yaşını doldurmayanların açacakları reşitlik davasının reddedilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Mecelle'de rüşd için belli bir yaş tespit edilmemiş, buluşa eren her şahıs için rüşdün var olup olmadığının ayrıca tespit edilerek belirlenmesi ilke olarak kabul edilmiştir. 1340/1924 tarihli Ukud ve Vacibat Komisyonu Layihası'nda rüşd yaşı 20 olarak tespit edilmiştir. Akıl ve baliğ olan kişi reşit de olmuştur her konuda tam ehliyete sahiptir.<sup>28</sup>

Görüleceği üzere İslam Hukuku'nda insan, çocukluk dönemindeki yetenek gelişimlerine orantılı olarak, hukuken yükümlendirilmiştir. Çocuğun bir dönemi gerek akıl, gerek fizyolojik açıdan, bir biriyle aynı değildir. Böylelikle tam bir denge ile ehliyet ve yetenek uyumluluğu sağlanmıştır. Kişi gücüyle orantılı olarak uğraş sahibi olmuş ve yeteneklerini geliştirmiştir.

## II. ÇOCUĞUN YAŞAM HAKKI

Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Hakları sözleşmesinin altıncı maddesi "*Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.*" hükmü ile Türkiye uluslararası anlamda çocuğun yaşam hakkından sorumludur.

Ayrıca 4.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeyi 18.5.1954 tarihinde onaylamıştır. İlaveten Türkiye AIHS'

---

<sup>26</sup> AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 215.

<sup>27</sup> CİN/AKYILMAZ, s. 294; AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 215; AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s. 238.

<sup>28</sup> AKGÜNDÜZ, Ahmet, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, c. II, İstanbul, 2011, s. 89.

nin 6 Nolu Ek Protokolünü 17 Eylül 2003 tarihinde onaylamış; 13 Nolu Ek Protokolü de 9 Ocak 2004'de imzalamıştır.<sup>29</sup>

Türkiye'nin onayladığı AİHS'nin birinci maddesi “*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması*” hükmünü haizdir. Görüleceği üzere Türkiye uluslararası anlamda taraf olduğu sözleşmelerle yaşam hakkını tanımıştır.

1982 Anayasasının 17. Maddesi “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*” der. Böylelikle yaşama hakkı, herhangi bir ayrıma tabi tutmadan ülkede bulunan tüm insanlara iç hukukta düzenlenmiş olmaktadır. Şu anda hazırlanmakta olan yeni Anayasa'nın üzerinde ittifak edilen maddelerinden 4. madde bu hüküm “*Herkes hayat (yaşama) hakkına sahiptir.*” şeklinde aynen korunmuştur.

İslam Hukukunda yaşam hakkı bu düzenleme tarihlerinden çok çok önce düzenlenmiştir. İslam, insanların yaşama hakkına ve yaşatmaya önem vermiş, haksız yere bir insanı öldürmeyi büyük günahlardan saymıştır. Kişinin yaşam hakkını korumak için bir takım tedbirler alan İslam, yaşam hakkını çiğneyenlere hem dünyada hem de ahirette cezalar koymuştur.<sup>30</sup> Kur'an-ı Kerim'de; “... *Allah'ın haram*

<sup>29</sup> YILMAZ, Aytakin, “*Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye*”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İstanbul, 1998, S. 21, s.155; YILDIZ, Mine, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2004, s. 7.

<sup>30</sup> DÖLEK, Adem, “*İnsanın Yaşama Hakkının Korunmasının Dini Dayanağı*”, **İnsan Hakları ve Din Sempozyumu**, Çanakkale, 2010, s. 29.

*kıldığı canı haksız yere öldürmeyin..” (İsra, 17/33). Yine Kur’an’da bir insanı haksız yere öldürmenin bütün insanlığı öldürmekle eşdeğer tutulduğu bildirilmektedir: “...Kim bir cana kıymamış ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış olan bir canı öldürürse, sanki bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de onu hayatını kurtarmak suretiyle yaşatırsa bütün insanları yaşatmış gibi olur.” (Maide, 5/32) “Kim bir mümini kasden öldürürse onun cezası, içinde ebedî kalmak üzere gireceği cehennemdir. Allah ona gazab etmiş, onu lânetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır.”(Nisa, 4/93) Hz. Muhammed, Veda Hutbesi’nde insanların can, mal ve namuslarının kutsal olduğunu belirtmiş ve her insanın bunları koruması için mücadele etmesini istemiştir. O, büyük günahların ne olduğunu soran bir sahabeyle: “Allah’a ortak koşmak, haksız yere insan öldürmek, anne ve babaya asi olmak ve yalancı şahitlikte bulunmaktır.”<sup>31</sup>*

### III. ÇOCUĞUN EŞİTLİK HAKKI

Türkiye’nin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinin ikinci maddesinde “*Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü, ayırımı veya cezaya tabi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alırlar.*” denilmiştir.

Görüleceği üzere Çocuk Hakları Bildirgesinin birinci maddesinde Çocuk Hakları Bildirgesi’nde bulunan hakların tüm çocuklara ait olduğu belirtilmiştir. Bu hakların herhangi bir şekilde bir sınıfa, zümreye ait olmadığını tüm çocuklara ait olduğunu açıklamaktadır.<sup>32</sup> Bildirgede bulunan haklar tüm Dünya çocuklarına aittir.

---

<sup>31</sup> Buhari, Şehadet, Hadis No:1148; Edep 6; Eyman 16.

<sup>32</sup> İNAN, **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**, s. 769.



Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında ayrımcılık yasağı uzun süredir yer almaktadır. 1924 Anayasası'ndan başlayarak, anayasalarda ve pek çok kanunda “eşitlik ilkesi” ve “ayrımcılığın yasaklanması” ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Mevcut 1982 Anayasası yasalar önünde eşitliği “Kanun önünde eşitlik” başlığı ile 10. maddede şu şekilde düzenlemiştir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Anayasa'nın 10. maddesinin gerekçesine göre, madde demokrasinin üç vazgeçilmez ilkesinden birini teşkil etmektedir.<sup>33</sup> 10. madde Anayasa'da genel esaslar arasında düzenlenmiştir ve hem kanun önünde eşitliği, hem de ayrımcılık yasağını öngörmektedir. 10. madde ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin oldukça fazla sayıda kararı vardır.<sup>34</sup>

İrk, zenginlik, soy hususunda İslamiyet her türlü ayrımcılığı yasaklamıştır. Bu yönde bulunan birçok ayet ve hadis mevcuttur. “Ey insanlar! Şüphesiz Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdâr olmaktadır.” (Hucurat 49/13), “Göklerin ve yerin yaratılması, dillerinizin ve renklerinizin farklı olması da onun (varlığının ve kudretinin) delillerindendir. Şüphesiz bunda bilenler için elbette ibretler vardır.” (Rum 30/22), “Sûr'a üfürüldüğü zaman, (işte) o gün ne aralarında

<sup>33</sup> “İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabii bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez.” AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Abdullah, Gereğçeli İctihatlı 1982 Anayasası Madde Gereğçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1998, s. 38.

<sup>34</sup> GÜL, İdil Işıl/ KARAN, Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, İstanbul, 2011, s. 88

*soy-sop yakınlığı kalacak, ne de birbirlerini arayıp soracaklardır.”* (Müminun 23/101) Bu yönde daha birçok ayet bulunmaktadır.

Hız. Peygamber ırk, dil, renk, soy veya zenginliğe dayanan hertürlü ayrımcılığı yasaklamıştır. “*İrkçılığa (asabiyyeye) çağırın Bizden değildir; ırkçılık için savaşın bizden değildir; ırkçılık üzere, asabiyye uğruna ölen bizden değildir.*”<sup>35</sup>, “*Bir kimseyi ameli geri bırakmışsa, nesebi, soyu onu kurtaramaz, yükseltemez, ilerletemez.*”<sup>36</sup>, “*Her doğan çocuk millet (İslâm fitratı) üzere doğar.*”<sup>37</sup>, “*Allah indinde en şerefli olanı takvâca en ileri olanınızdır. Arabın Arap olmayan (acem) üzerine bir üstünlüğü yoktur. Arap olmayanın da Arap üzerine bir üstünlüğü yoktur. Siyah derili olanın beyaz derili üzerine bir üstünlüğü yoktur, beyazın da siyah derili üzerine bir üstünlüğü yoktur. Üstünlük sadece takvâ ile dir.*”<sup>38</sup>

Ayeti Kerimelerden ve Hadislerden açıkça anlaşılacağı üzere İslam nazarında insanlar esas olarak Müslim, gayrimüslim şeklinde bir ayrıma tabi tutulurlar.<sup>39</sup> Müslimler ırk, dil, din, soy veya mamelek yönünden herhangi bir ayrıma tabi tutulmazlar. Hepsi kanun önünde eşittir. Çocuklar ise günahsız olarak sayılır ve o şekilde muamele görürler. Çocuğun dinini öğrenme hakkı İslamiyet’te tam olarak korunmuştur. Gayrimüslimler din ve vicdan hürriyeti kapsamında kendi çocuklarına dini inanç ve esaslarını öğretebilmişlerdir.<sup>40</sup>

İslam’a göre bir kimsenin Müslüman olmayışı onun tabii haklardan faydalanmasına engel değildir. Harbi olmayan kafirin

---

<sup>35</sup> Müslim, İmâre 53, 57, Hadis no: 1850; Ebû Dâvud, Edeb 121; İbn Mâce, Fiten 7, Hadis no: 3948; Nesâî, Tahrim 27, 28

<sup>36</sup> İbn Mâce, Mukaddime 17, Hadis no: 225

<sup>37</sup> Buhari, Cenaze, Hadis No: 664.

<sup>38</sup> Muhammed bin Süleyman Er-Rudani, Cem’u'l-Fevâid, 1/510, Hadis no: 3632

<sup>39</sup> AVCI, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, s.110; “*Evrensel bir din olmasına ve bütün insanlığa yönelik bir davet getirmiş bulunmasına rağmen İslam dini hiç kimseye zorla Müslüman olması için baskı yapmamıştır.*” AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 146.

<sup>40</sup> AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 148.

(zimmi veya müstemenin) mal, can ve ırzı her çeşit tecavüze karşı koruma altındadır.<sup>41</sup>

Çocuk terbiyesi konusunda Hz. Peygamber, çocuklarının hepsi tarafından hürmet görmek isteyen babalara, çocukları arasında eşit davranmayı tavsiye eder.<sup>42</sup> Hz. Peygamber çocuklar arasında ayırım yapılmaması üzerinde önemle durmuştur. Çocukları arasında mal paylaşımında adaletsiz tutum ve davranışlarda bulunan bir kimseyi Hz. Peygamber (s.a.s.) “*Allah’tan korkun, çocuklarınız hususunda adil olun*” diyerek uyarmıştır.<sup>43</sup> İslam âlimleri, çocuklar arasında eşit davranmak sadece maddi konularda değil, öpücüğe varıncaya kadar her şeyde şarttır demişlerdir. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.s) yanında oturan bir kişinin oğlu geldiğinde öperek dizinin üstünde oturtması, buna karşılık kızı geldiğinde öpmeksizin önüne oturtması üzerine “*Böyle yaparak aralarında eşit davranıyor musun?*” diyerek onu kınamıştır.<sup>44</sup> Çocuklara eşit muamele hususunda daha birçok Hadis mevcuttur.<sup>45</sup>

#### IV. ÇOCUĞUN HİMAYE HAKKI

Çocuk Hakları sözleşmesinin üçüncü maddesi “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.*” hükmünü haizdir.

BM Çocuk Hakları Bildirgesi bu madde ile çocukların masumiyetlerine ve korunmasızlıklarına vurgu yaparak taraf

<sup>41</sup> BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, 1968, c. 3, 434; CANAN, **İslamda Çocuk Hakları**, s. 30.

<sup>42</sup> YAĞCI, Cengiz, “*Çocuk*” **Şamil İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1990, c.2, s. 347; Ebu Davud, Büyü, 83, (3, 292, 3542, H.);

<sup>43</sup> Ebu Davud, Sunen, İcarat, 47, (3, 292, 3544, H.); Müslim, Hibat, 10, 14, 19.

<sup>44</sup> Canan, İbrahim, **Peygamberimizin Sünnetinde Terbiye**, İstanbul, 2002, s.175.

<sup>45</sup> Buhari, Hibe, 12; Ebu Davud, Edep, 130; İbni Mace, Edep, 3.

devletlerden onları himaye edecek gerekli hukuki düzenlemelerde bulunmalarını düzenlemektedir.

Günümüzde Türkiye’de çocuğun himaye hakkı gereği, çocuk ve çocuk haklarının korunmasıyla ilgili kurallar çok değişik kanunlarda bulunmaktadır.

Bu koruma ve himaye tedbirleri 1982 Anayasası’nın 41, 42, 50, 56, 58, 61 ve 62. maddelerinde bulunmaktadır. Gerçektende bu maddeler çocuk haklarının himayesinin özüne dokunan haklardır. Bu maddelere ek olarak Anayasa’da kişi hakları ve ödevleri bölümünde yer alan haklardan çocuklar da yararlanırlar. Anayasa dışında çocukları ilgilendiren maddelere bakacak olursak, Medenî Kanun’un Aile Hukuku Kitabının ikinci kısmında 282. ve 371. maddeleri arasında hısımlık düzenlenmiştir. Bu kısımda çocuk ve ana baba arasındaki ilişkiler, aile bireylerinin hakları, ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir. Medeni hukukumuzda çocuk haklarını himaye edecek daha birçok düzenleme mevcuttur bunları kişiler hukuku, evlilik hukuku, vesâyet hukuku, miras hukuku ve borçlar hukukundaki diğer hükümlerde bulmak mümkündür.<sup>46</sup>

Ceza ve Ceza Muhakemesi kanunları ile çocuklar mağdur, sanık ve hükümlü olarak korunmaktadır. Gerçektende gerek Türk ceza Kanunu’nda gerekse Ceza Muhakemesi Kanununda çocuklara ilişkin koruyucu nitelikte birçok düzenleme mevcuttur.<sup>47</sup> Çocuklar,

---

<sup>46</sup> AKYÜZ, Emine, *Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması*, Ankara, 2012, s. 5.

<sup>47</sup> “Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olanların ceza sorumluluğunun bulunmadığı hakkında TCK 31. md; Azmettirilenin çocuk olması halinde cezanın arttırılacağına ilişkin, TCK 38. md; Mağdurun çocuk, failin üst soy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler olduğu durumlarda, dava zamanasının çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden başlayacağına dair, TCK 66. md; çocukların cinsel istismarı İnsanlığa karşı suç olarak adlandırılmıştır, TCK 77. md; Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ek yükümlülükler getiren TCK 90. md.; Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi ve düşürülmesine rıza veren kadının cezai sorumluluğu hakkında TCK 99. md.; Gebelik süresi on haftayı geçmiş kadının çocuğu bilerek düşürmesi halinde ceza sorumluluğu

sakıncalı yerlere, nesnelere ve yayınlara karşı Ceza Kanunları yanında özel bazı kanunlarla da korunmaktadırlar (Polis Vazife ve Selâhiyetleri Kanunu, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gibi).

Çalışma yaşamında çocukların istismara karşı korunmasına ilişkin kurallar iş kanununda bulunmaktadır. 4857 sayılı İş kanununun “*Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı*” başlıklı 71. maddesi’ne göre onbeş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, ondört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve

hakkında TCK 100. md; Çocuğun cinsel istismarında cezai sorumluluk için TCK 103. md; Onbeş yaşını bitirmiş olanla cinsel ilişkide bulunanın ceza sorumluluğu için TCK 104; Sağlık için tehlikeli maddeleri çocuklara veren veya tüketimine sunan kişilerin ceza sorumluluğu için TCK 194; Çocuğa müstehcen içerikli yazı resim veya ürün veren veya bunların içeriğini paylaşan kişilerin ve müstehcen ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişilerin cezai sorumluluğu hakkında TCK 226; Çocuklara kumar oynamaları için imkan sağlayan kişilerin cezasında artırımı gidileceği hakkında TCK 228. md; Çocukları dilencilikte kullanan kişilerin cezai sorumlulukları hakkında TCK 229. md;Sağlık kurumundaki bir çocuğu özen yükümlülüğüne aykırı davranarak bir başka çocukla karıştıran kişilerin cezai sorumlulukları hakkında TCK 231. md; 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 babanın ceza sorumluluğu hakkında TCK 233. md; İşlenmekte olan bir suçtu bildirmeyen kişilerin mağdurun çocuk olması halinde ceza sorumluluklarının arttırılacağına dair TCK 278. MD; üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Duruşma düzenini bozacak davranışların çocuk tarafından işlenmesi halinde disiplin hapsinin uygulanmayacağına dair CMK 203, İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocukların tanık olarak bir defa dinlenebileceği ve Mağdur çocukların dinlenilmesi sırasında psikoloji psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulacağına ilişkin CMK 236.

psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.<sup>48</sup>

Türkiye’de çocuklara özgü olarak çıkartılan ilk kanun, 7.11.1979 tarih ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanundur. 01.06.1982 tarihinde yürürlüğe giren ve altı kez değişikliğe uğrayan bu kanun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 48. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>49</sup>

Çocukların saflıkları ve kandırılmaya elverişliliği onların suça itilme hususunda korunmasını elzem kılmaktadır. Bu itibarla suça sürüklenen çocuklar hakkında alınacak önlemler de Çocuk Koruma Kanunu’nda düzenlenmektedir.<sup>50</sup> Çocuklara götürülmesi gereken hizmetler ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesi<sup>51</sup> ile Çocuk hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında sayılmış, bu görevlerin usul ve esasları ise Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevlerine İlişkin Yönergede belirtilmiştir.

---

<sup>48</sup> BAKIRCI, Kadriye, **Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması**, İstanbul, 2004, s. 216; CENGİZ, İftar Urhanoğlu, “4850 İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, **TBB Dergisi**, İstanbul, 2012, s. 206.

<sup>49</sup> AVCI, Mustafa, “Çocuk Suçları Konusundaki Mevzuatın Değerlendirilmesi”, **Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu**, İstanbul, 2010, s. 380.

<sup>50</sup> “Kanunun amacı, özel koruma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasını, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasını, toplumun adalet ve güvenlik ihtiyacının karşılanmasını hedefleyen çocuk adalet sisteminin esas ve usullerini düzenlemek olarak belirlenmiştir. Kanunda, çocukla ilgili tüm işlemler için çocuğun yararına öncelik verilmesi ilkesi benimsenmiştir.”, AVCI, Çocuk Suçları Konusundaki Mevzuatın Değerlendirilmesi, s.380; AKYÜZ, s. 5.

<sup>51</sup> “Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır: a) Bakanlığın Çocuklara Yönelik koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici sosyal hizmet faaliyetlerini yürütmek ve koordine etme..”

İslam Hukukunda çocuk, gelişen yeteneklerine orantılı olarak ehliyetlendirilmiş, koruma altında muhafaza edilerek gelişmesini sağlayacak tedbirler sunulmuştur. En başta günümüz hukukunda olduğu gibi İslam ve Osmanlı Hukuku'nda da çocuk düşürme suç olarak sayılmıştır.<sup>52</sup> İslam'da çocuğun akli ve bedeni kapasitesinin henüz yetersizliğinden ileri gelen aciziyeti sebebiyle onu ihmalden, istismardan, gasbtan ve kötü muameleden koruyacak birçok tedbirler öngörülmüştür. Bu tedbirleri İbrahim Canan yedi madde olarak belirtmiştir.<sup>53</sup>

1. Çocuğun beslenmesi ve hayatını ikame edebilmesi için velisi üzerinde nafaka hakkı mevcuttur.<sup>54</sup> Şayet çocuğun velisi yoksa veya acizse nafaka devlet tarafından sağlanacaktır.<sup>55</sup>

2.Evlilik sona ererse terbiye ve bakım işi, ortalama yedi yaşına kadar anne veya anne tarafından kadın akrabalara yükletilerek terbiyesi ve şefkatle muamele görmesi garanti edilmiştir.<sup>56</sup> Hz.

<sup>52</sup> “ Hatta Devlet görevlisi olan ve kendi eşine, çocuğunu düşürmesi için yardım edenler bile cezalandırılıyorlardı ki, Kirmasti Kaymakamı Süleyman Rauf Bey, eşinin çocuk düşürmesine yardım etmesi sebebiyle mahkemeye çıkarılan bir Devlet görevlisi olarak tarihe geçmiştir.” DİNÇ, Güven/ŞİMŞEK, Fatma/EROĞLU, Haldun, **Osmanlı İmparatorluğunda Tev'em Maaşı**, UÜFEFSBD, Bursa, 2009, S.16, s.79.

<sup>53</sup> CANAN, **İslam'da Çocuk Hakları**, s. 37.

<sup>54</sup> “Hür, fakir gayri baliğ olan erkek evladın ve hür, fakir bulunan kız evladın nafakaları yalnız hür olan babaları üzerine lazım gelir.”, BİLMEN, c. 2, s. 495; AYDIN, **Çocuk**, s. 361..

<sup>55</sup> “Bir baba yaşları küçük olan çocuklarının nafakasını vermekten kaçınıyorsa hapsedilir.” SERAHSİ, c. 5, s. 358; “Fakir olduklarını iddia eden kimseler, çocuklarının nafakalardan dolayı habs edilemezler. Bu nafakalar muterakim (birikmiş) bulunsun bulunmasın.”, BİLMEN, c. 2, s. 495; “Nafakaya muhtaç kimsenin zengin hısumu olmazsa onun nafakasını devlet (beytü'l mal) karşılar.”;KARAMAN, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul, 1991, c. 1, s. 352.

<sup>56</sup> SERAHSİ, c. 5, s. 327; AYDIN, **Çocuk**, s. 361; “Küçüğün belirtilen kadınlar içinden bir hısumu yoksa hidane vazifesi ve hakkı sırayla: Baba, dedeler, kardeş, kardeş çocukları, amcalar- erkek çocuk için amca çocukları.”KARAMAN, c. 1, s. 341.

Peygamber kocası tarafından boşanan bir kadının, çocuğu babasının almak istediğini söylediğinde Resûl-i Ekrem (sav): "*Sen başka bir kocaya varmadığın müddetçe çocuğu almaya daha haklısın*"<sup>57</sup> buyurmuştur.

3. İslamiyet çocuğa temel eğitimlerin verilmesini ve hatta bir meslek öğrenecek kadar öğretimi mecbur kılmıştır. Çocuk bu eğitimlerle hayatını kolaylaştıracak ve hazır hale gelecektir. Çocuğun meslek öğrenimi için birinin yanına verilmesinden esas amaç emeğinden kazanç sağlanması değil, onun hayata hazırlanması ve beceri kazanmasını sağlamaktır.<sup>58</sup>

Özellikle çocuğa ahlaki ve dini eğitim verilirken, eğiticinin söyleminden çok yaptıkları çocuk için önem arz etmektedir. Uzun nutuklar çekerek ders vermek yerine yapması istenilen davranışları eğitimcide görmesi gerekmektedir. Eğiticinin söylemiyle yaptıklarının çelişmemesi gerekmektedir.<sup>59</sup>

4.Çocuğun buluş çağına kadar ceza ehliyeti yoktur. İşlediği haksız fiilden dolayı malından tazminat ödenir.<sup>60</sup> Çocuklar büyüklere uygulanan yaptırımların zararlarından fizyolojik ve psikolojik açıdan korunmuştur.

5. İslam'da çocuk rüşde erinceye kadar mallarının hacr altına alınma hakkı tanıyarak çocuğun mallarının yağmaya maruz kalmasının önüne geçerek küçüğün mamelekini ve haklarını koruma altına almıştır.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Ebu Davud, Talak, 34; Ahmed b. Hanbel, Müsned, II/182.

<sup>58</sup> İslam Hukukuna göre çocuğun çalışma hayatındaki şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., KÖSE, Saffet, "*İslam Hukukunda Çocuğun Çalışması Gelirinin Korunması Ve İstismarını Önleyici Tedbirler*", **Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu**, İstanbul, 2010, s. 131-138.

<sup>59</sup> KOÇ, Ahmet, "*Okul Öncesi Dönemde Ailede Çocuğun Din Eğitimi*", **Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu**, İstanbul, 2010, s. 652.

<sup>60</sup> AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 235; AYDIN, **Türk Hukuk Tarihi**, s. 175.

<sup>61</sup> KARAMAN, c. 1, s. 185-186; ÇEKER, s. 106.



6. Çocuğun, bülüğ çağına kadar ücretle çalıştırılması bazı yasaklar ve kayıtlarla sınırlandırılarak, kazanç vesilesi yapılmaktan ziyade hayata hazırlanması garanti altına alınmıştır. Çocuğun çalışmasına ilişkin sözleşme, çocuğun hizmetinden ziyade mesleki eğitimine yönelik olmalıdır.<sup>62</sup>

7. Babanın mesleki durumuna uygun olarak bir okula, meslek veya sanata verilmesi şart koşulmuş, çocuğun hem hayata hazırlanması hem de sosyal yaşamın içinde kendine yer edinmesi garanti altına alınmıştır.<sup>63</sup>

Görüleceği üzere İslam Hukuku ile günümüz Türk Hukuku çocuğun himaye hakları bakımından hukuki olarak pek bir farklılık arz etmemektedir.

#### V. ÇOCUKLARIN İSİM VE VATANDAŞLIK HAKKI

Çocuk Hakları Sözleşmesinin yedinci maddesi “*Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde anne-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.*” BM çocuk hakları beyannamesinde yer alan isim hakkı, BM çocuk hakları sözleşmesinin yedinci maddesinde kendisine yer bulmuştur.

Türk vatandaşlığı Kanununun 5. maddesi “Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır.” hükmünü 6. ve 7. maddesi ise “*Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder.*”, “*Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan*

<sup>62</sup> AKCAN, Nurettin, *İslam Fıkıh'ında İşçinin Hak ve Sorumlulukları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adana, 2008, s. 44.

<sup>63</sup> CANAN, *İslam'da Çocuk Hakları*, s. 38.

*çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.” hükümlerini haizdir.*

Türk Medeni Kanununun 339. maddesinde “*Çocuğun adını anne ve babası koyar*” şeklinde düzenlenmiş ve çocuğun adının konulması yükümlülüğü anne ve babaya eşit olarak yüklenmiştir.<sup>64</sup> Doğan çocuğun nüfusa kayıt ettirilerek vatandaşlık kazanma prosedürünü gerçekleştirmek, öncelikle çocuğun veli veya vasisine son olarak çocuğu yanında bulunduran herkimse ona yükletilmiştir.(NHK, 15. md.)

İslamiyet çocuğun isim ve milliyet hakkı üzerinde önemle durmaktadır. Hz. Peygamber çocuklara güzel isim verilmesini zira ahrette Allah (c.c.)’ın karşısına bu isimlerle çıkılacağını belirtmiştir. İslam’a göre çocuğun doğumunun yedinci gününe kadar isim verilmelidir. Hz. Peygamber kendi çocuklarına ve yakınlarının çocuklarına çocuğun doğumunun birinci günü isimlerini koymuştur. Hz. Peygamber “*Çocuğun babası üzerindeki haklardan biri ismini ve edebini güzel yapmasıdır.*” aynı hususla ilgili hadislerden bir başkası ise “*Siz kıyamet gününde kendi isimleriniz ve babalarınızın isimleriyle çağırılacaksınız, öyle ise isimlerinizi güzel kılın.*”<sup>65</sup> Hz. Peygamber ismi güzel olmayan veya kişiyi toplum içerisinde gülünç veya küçük duruma düşürecek isme sahip sahabelerin isimlerini değiştirerek, yerine güzel isimler koymuştur. Mesela huzuruna gelen bir sahabeye ismini sormuş Zahim dediğinde bu ismi beğenmemiş ona Beşir ismini vermiştir. Böylece sıkıntı manasına gelen bir ismi neşeli müjdecî manasına gelen bir isimle değiştirmiştir. İsmi isyan eden anlamına

---

<sup>64</sup> “*Görüş ayrılığında yargıç kararı ana babadan birine bırakmalıdır.*”; SEROZAN, s. 108.

<sup>65</sup> Ebu Davud, Edep, 70 (4, 278, 4948. H.); Darimi, Sünen, Kahire, 1966, 2, 204, 2697. H.

gelen el-Âsî olan bir başka sahabenin ismini ise Hz. Peygamber itaat eden anlamına gelen Mûtî ismiyle değiştirmiştir.<sup>66</sup>

İslam çocuğun milliyet hakkını da korumaktadır. Herkesin doğru olarak nesebini milliyetini bilmesi emredilmiş ve nesebini yalanlayanlara cennetin haram kılındığı ve küfürde oldukları bildirilmiştir.<sup>67</sup> İslam Hukuku'nun uygulandığı Osmanlı Devletinde 1285/1868 tarihli Tabi'iyet Kanununa göre: “*Ana-babası yahut sadece babası Osmanlı vatandaşı iken doğan çocuklar Osmanlı vatandaşı sayılırlar (md. 1). Ana-babası yabancı olduğu halde Osmanlı ülkesinde doğan şahıs, rüşd yaşına ulaştıktan sonra üç sene zarfında Osmanlı vatandaşlığını talep edebilir (md. 2). Rüşd yaşında olan bir yabancı, Osmanlı ülkesinde aralıksız beş sene ikamet ederse, hariciye nezaretine vereceği bir dilekçe ile vatandaşlık talebinde bulunabilir (md. 3).*”<sup>68</sup>

#### VI. ÇOCUĞUN SOSYAL GÜVENLİK, TEDAVİ VE YARDIM HAKKI

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 26. maddesi “*Taraf Devletler, her çocuğun sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanır ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlamak için ulusal hukuklarına uygun, gerekli önlemleri alırlar. Sosyal Güvenlik, çocuğun ve çocuğun bakımından sorumlu olanların kaynakları ve koşulları göz önüne alınarak ve çocuk tarafından ya da onun adına yapılan sosyal güvenlikten yararlanma başvurusuna ilişkin başkaca durumlar da göz önünde tutularak sağlanır.*”

82 Anayasasınının 60. maddesi “*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*” hükmü ile sosyal güvenlik hakkını ayırım gözetmeksizin herkese tanınmıştır.

Ülkemiz çocuk hakları sözleşmesinin yedinci maddesine uygun olarak düzenlemelerde bulunmuştur. Türkiye’de sosyal

<sup>66</sup> Buhari, Edebü l-Müfred, c. II, 181.

<sup>67</sup> CANAN, **İslamda Çocuk Hakları**, s. 58.

<sup>68</sup> AKGÜNDÜZ, c. III, s. 1002.

güvenliği olmayan 18 yaşından küçük çocuklar 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanununun 60. maddesi gereği genel sağlık sigortası kapsamına dahil edilmiştir. Anne veya babalarının Sosyal Güvenlik Sistemine dahil olup olmadıklarına bakılmaksızın, genel sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedirler. Genel sağlık sigortasından yararlanabilmeleri için herhangi bir işleme gerek yoktur. Nüfuz cüzdanıyla birlikte sağlık kuruluşuna başvurmaları yeterlidir. Herhangi bir ücret ödemeleri gerekmez.<sup>69</sup>

Ayrıca ülkemizde çocuklara yönelik sosyal hizmetlerde bulunan birçok kurum vardır. Bunlardan yerel yönetimler, sivil toplum örgütleri ve merkezi yönetim önde gelenlerdir. Ancak kimsesiz ve bakıma muhtaç çocukların her türlü ihtiyaçlarının karşılanması için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde varlığını sürdüren Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü ülkede bulunan tüm çocukları korumakla görevli olmanın yanında, ayrıca yardıma ve tedaviye muhtaç çocukların ihtiyaçlarını gidermek için, bir takım özel önlemler almakla da görevlidir. ÇHGM yardıma muhtaç çocukların bakım ve gözetiminden 7 gün 24 saat esasına göre sorumludur. Hizmet modelleriyle de çocukların korunma ihtiyacını karşılayabilmek görevidir.<sup>70</sup>

İslam Hukukuna göre çocuğun bakımı öncelikle babaya aittir. Baba çalışarak çocuğa infak etmek mecburiyetindedir. Çocuk irtidat edecek yani dinden çıkmış bile olsa, baba nafaka ödeme

---

<sup>69</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. EKİN, Ali, “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma ve Şartları ve Esasları”, **TBB Dergisi**, İstanbul, 2012.

<sup>70</sup> 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 22. md. “Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir. Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır.”

yükümlülüğünden kurtulamaz.<sup>71</sup> Mesuliyet babadan meşru bir şekilde düştüğü takdirde, örneğin baba düşkün ve muhtaç hale gelirse, çocuğun nafakası baba cihetinden yoksa anne cihetinden, mahrem akrabalarından yoksa en nihayetinde beytülmalinden yani devlet tarafından karşılanacak çocuk hiçbir şekilde mağdur edilmeyecektir.<sup>72</sup>

Hız. Ömer devrinde kendinden önceki uygulamalar gereğince süttten kesilmiş çocuklara nafaka bağlanmaktaydı. Bu nafakanın bir an önce bağlanması için 2 yıl beklemeden çocuklarını süttten kesenler olunca, İslam Halifesi uygulana gelen usulü değiştirerek doğumdan itibaren bülüğ çağına kadar aylık yardım bağlamıştır.<sup>73</sup>

Çocuklar hayata hazırlanma aşamasında özel ilgiye ihtiyaç duyarlar. Anne ve babalarında bulunan evlat sevgisi onların ihtiyacı olan ilgiyi ve alakayı barındırmaktadır. Anne ve babasını kaybetmiş çocukların, en az anne ve baba sahibi çocuklar kadar himaye edilmesi, özel bir alaka gösterilmeleri gerekmektedir. Bu itibarla himaye edilmesi bakıma muhtaç çocukların korunup gözetilmesi ve yardım hakkı birçok ayet ve hadiste müstakil olarak ele alınır.<sup>74</sup> “*Bir de sana yetimleri soruyorlar. De ki: "Onların durumlarını düzeltmek hayırlıdır. Eğer onlara karışıp (birlikte yaşar)sanız (sakıncası yok). (Onlar da) sizin kardeşlerinizdir. Allah bozguncuyu yapıcı olandan ayırır. Allah dileyeydi sizi zora sokardı. Şüphesiz Allah mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.*” (Bakara, 2/220) Hadislerde de kimsesiz veya korunmaya muhtaç çocukların korunup gözetilmesi, onların bir aile içerisinde diğer çocuklardan ayırt edilmeksizin barındırılması emredilir. “*Ben ve yetime bakan kimse cennette şöyle*

<sup>71</sup> SERAHSİ, c. 5, s. 358-361.

<sup>72</sup> KARAMAN, Hayreddin, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul, 1991, c. 1, s. 352; “Hz. Ömer (ra) terk edilmiş bir çocuk için “*Götür onu! O hürdür "velası sanadır" nafakası da bizim üzerimizdedir!*” demiştir.”, Muvatta, Akdiye 19, (2, 738).

<sup>73</sup> SİBAİ, Mustafa, **İslam Medeniyetinden Altın Tablolar**, (Ter:Nezir Demircan, M. Sait Şimşek), Konya, 1979, s. 59.

<sup>74</sup> CANAN, İbrahim, **Kur'an'da Çocuk**, İstanbul, 1984, s. 146-147.

(iki parmağıyla göstererek) yan yanayız.”<sup>75</sup> “Müslümanlar arasında en hayırlı ev, içerisinde yetim olan ve yetime de iyi muamele yapılan evdir.”<sup>76</sup> “Kim Müslümanlar arasında bir yetimi (evine alıp) kendi yediğinden yedirir, kendi içtiğinden içirirse affı kabil olmayan bir günah (yani şirk) işlemediği takdirde Allah onu mutlaka cennetine kor.”<sup>77</sup> Yetime bakılması ve gözetilmesi ona en güzel bir biçimde yardım edilmesi gerektiği hususunda daha birçok ayet ve hadis mevcuttur. Bu itibarla İslam Devletlerinde yetimlere yardım edilmesi hususunda açılan birçok kurum ve vakıf mevcuttur.<sup>78</sup>

Bu kurumlardan bir tanesi tebenni uygulamasıdır. İslamda süreklilik arz eden evlatlık sistemi yasak olduğundan bir tür geçici evlatlık diyebileceğimiz tebenni olgusu getirilmiştir. Buna göre bakıma muhtaç kimsesiz veya ailesinin bakacak gücü bulunmayan çocuklar, büluğ çağına erişinceye kadar,<sup>79</sup> koruyucu bir ailenin<sup>80</sup> koruması ve bakımında kalmaktadır. Tebenni uygulaması rastgele ve denetimsiz bir şekilde değil, şeriyye sicillerine kaydedilmek suretiyle ve kadı denetiminde yapılmaktaydı, bu şekilde çocuğun malları ve kendisi koruma altına alınmıştır. Osmanlı toplumu tebenni uygulamasıyla kimsesiz, bakıma muhtaç veya terk edilmiş çocuklara sahip çıkmış, herhangi bir yolla zarar görmelerini engellemiştir.<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> Buhari, Talak, 25, (7, 68); Müslim, Zühd, 42, (4, 2287).

<sup>76</sup> İbnu Mace, Edep, 6, (2, 1213).

<sup>77</sup> Tirmizi, Birr, 14, (6, 169).

<sup>78</sup> İNAN, Ali Naim, **Çocuğun Korunması ve Polis**, A.Ü.H.F.D., Ankara, 1980, c. 37, S. 1, s. 244.

<sup>79</sup> Şeriyye sicillerinde çocuğun koruyucu ailede kalacağı sürenin sonunu belirtmek için “inde’z zafer” veya “ianeden müstağni oluncaya değın” ifadeleri yazılıdır., DÜZBAKAR, Ömer, “Kimsesiz Çocuklar ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Bursa Şeriyye Sicillerine Yansıyan Örnekler”, UÜFEFSBD, Bursa, 2004, S. 6, s. 88.

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., KURT, Abdurrahman, “İslamın Koruyucu Aileye Bakışı”, UÜİFD, Bursa, 1994, c. 6, S. 6, s. 177-186.

<sup>81</sup> DÜZBAKAR, s. 94.

Osmanlı gelişme döneminde hayırseverler tarafından oluşturulan çocukların himayesine yönelik birçok vakıf göze çarpmaktadır. Daha sonra bu vakıflar ihtiyacı karşılamaya yetişmeyince, zamanın devlet yöneticileri de şartlara uygun kuruluşların açılmasını sağlamışlardır. Özellikle II. Abdulhamid'in gayretleri ile kurulan kışla tipi yatılı bakım ve eğitim kurumları, Cumhuriyet Dönemi Türkiye'sinin çocuk koruma sisteminin oluşmasına da kaynaklık ederek temelini oluşturmuştur. Gerçektende II. Abdülhamid döneminde kimsesiz ve bakıma muhtaç çocuklar için kurulmuş birçok kuruluş vardır. Bunların başlıcaları 1897 Osmanlı-Yunan Savaşı dolayısıyla Fatma Âliye Hanım'ın başkanlığında kurulan Cem'iyet-i İmdâdiye, Süleyman Paşa'nın kızı Sabiha Hanım'ın başkanlığında 1908'de kurulan Esirgeme Derneği ve bizzat II. Abdülhamid'in himayesindeki Dârü'l-Hayr-i Âlî (1903-22 Ağustos 1909)'dır.<sup>82</sup>

#### VII. ÇOCUĞUN TEMEL EĞİTİM HAKKI

Çocuk Hakları sözleşmesinin yirmi sekizinci maddesi “*Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:*

- a) *İlk öğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;*
- b) *Orta öğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;*
- c) *Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek eğitime yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;*
- d) *Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler;*
- e) *Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terk etme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar.*

<sup>82</sup> YAZICI, Nesimi, “Osmanlıda Yetimlerin korunması üzerine Bazı Değerlendirmeler”, A.Ü.H.F.D., c. 48, S. 1, s. 44.

2. *Taraf Devletler, okul disiplinin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşmeye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar.*

3. *Taraf Devletler eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle göz önünde tutulur.”* hükmünü, Yirmi dokuzuncu maddesi ise *“1. Taraf Devletler, çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler;*

a) *Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yetilerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;*

b) *İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında benimsenen ilkelere saygının geliştirilmesi;*

c) *Çocuğun anne-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı, veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisinininkinden farklı uygarlıklara saygının geliştirilmesi;*

d) *Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik, ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhu ile özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;*

e) *Doğal çevreye saygının geliştirilmesi.*

2. *Bu maddenin veya 28’inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne bu maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı göstermesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.”* Çocuğun temel eğitimi konusunda Çocuk Hakları Sözleşmesi taraf devletlere birçok yükümlülükler yüklemektedir.



İç hukukumuzda ise 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununun 3. maddesi “*Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.*” şeklindedir. Türkiye’de zorunlu eğitim 6-13 yaş arasındır ve 12 yıl sürmektedir.<sup>83</sup>

Yaratılmışlar içerisinde çocukluk dönemi en uzun süren canlı insandır. Canlıların çoğunun, doğar doğmaz yürüdüğünü veya kendilerini muhafaza ve koruma içgüdüleriyle hareket kabiliyetine sahip olarak dünyaya geldiklerini görürüz. Ancak insanoğlu kendi türüne ait davranışları göstereceği 12 yaşına kadar himayeye muhtaçtır. Nahl Suresinin 78. Ayetinde “*annelerinin karnından hiçbir şey bilmezler olarak*” dünyaya gelmektedirler. Bu itibarla insan kendisine lüzumlu bilgileri sonradan edinmek durumundadır. Bu dönem tamamen eğitimle geçen dönemdir. İnsan eğitimle insanlığın gereklerini yerine getiren bir canlı olur.<sup>84</sup>

İslam’da temel eğitim kavramını farz-ı ayn ilimler kavramıyla karşılayabiliriz. Farz-ı ayn ilimler her müslümanın mutlak surette bilmesi gereken ilimleri ifade eder. Bu ilimler olmadan, normal dini yaşayış, medeni hayat mümkün değildir. Bu ilimlerin muhtevası, müfredatı bu ilimlerle ilgili hükümler ve esaslar İslami temel eğitimin muhtevasını ve müfredatını oluşturur. Herkesin öğrenmesinin farz olduğunun bildirildiği ilimler şu şekilde sıralanabilir. İtikad ve inanca giren meseleler, ibadetlerle ilgili bilgiler, ahlaki bilgiler, geçimin ikame edinilebileceği bir meslek öğretimi, diğer insanlarla münasebetlerde bulunulabilmek için genel kültür.

Özellikle çocuğa ahlaki ve dini eğitim verilirken, eğitimcinin söyleminden çok yaptıkları çocuk için önem arz etmektedir. Bu itibarla özellikle aile içi eğitimde anne veya babanın zevkle aldıkları

<sup>83</sup> ÜLKER, İbrahim, “6287 Sayılı Yasa İle İlköğretimde Yapılan Değişiklikler,” **Hukuki Araştırmalar Dergisi**, Konya, 2012, S. 19, s. 37.

<sup>84</sup> ÖZBEK, Abdullah, “Bir Eğitim Kurumu Olarak Ailenin Önemi”, **İslam’da Aile Ve Çocuk Terbiyesi Sempozyumu**, İstanbul, 1996, s. 49; CANAN, İbrahim, **Çocuk Terbiyesi**, İstanbul, 2003, s.17.

abdest, huşu ile kıldıkları namaz, sabırla tuttıkları oruç, içtenlikle yapılan dua, saygı ile okunulan Kur'an, vb. çocuklar üzerinde gereken tesiri bırakır. Kısaca eğitimcinin söylemiyle yaptıklarının çelişmemesi gerekmektedir.<sup>85</sup>

Çocuğun, hayatını rahat bir şekilde ikame edebilmesi, toplumda kendine saygın bir yer edinmesi, gerekli donanımlara sahip olması için gerekli tedbirlerin alınması mükellefiyetini İslam öncelikle babaya yüklemiştir.<sup>86</sup> Şayet çocuğun babası yok veya bu vazifeyi icra edebilecek bir durumda değilse bu durumda sırasıyla çocuk üzerinde bakım mükellefiyeti olanlar çocuğun bir meslek sahibi olması için gerekli tedbirleri alacaklardır. Bütün İslam mezhepleri buluş çağından önce çocuklara meslek öğretilmesinin gerekliliğine ittifak etmişlerdir. Bu mesleğin öncelikle insanlara faydalı bir zanaat olması çocuğun toplum içerisinde kendini küçük düşürecek hırsızlık, tefecilik, kalpazanlık gibi bir meslek olmaması gerekmektedir. Özellikle Hanbeli alimlerinden İbni Kayyım çocuğun kabiliyeti dikkate alınarak görevler verilmesi gerektiğinden bahsetmektedir.<sup>87</sup>

### SONUÇ

İnsan kişilik ve karakterinin şekillendiği çocukluk dönemi insan hayatının en önemli dönemidir. Kuran-ı Kerim ve sünnette buluş yaşına kadar çocuğun mükellef sayılmaması, çocukluk döneminin ayrı bir inceleme alanı olmasına sebep olmuştur.

İslam net bir şekilde hukuki olarak büyükle çocuğu ayırmaktadır. Bu prensip Hz. Peygamber'in "Üç kişiden kalem

---

<sup>85</sup> KOÇ, s. 647.

<sup>86</sup> "Şir'atül İslam adlı kitapta: Baba çocuğuna salih bir de meslek öğretir"Kaabusnamede bu vazife "atalık hakkın ve şefkat resmin yerine getirmiş olmanın" şartı olarak zikredilir."Keykavus, **Kaabusname**, (Çev:Mercüme Ahmed İbnu İlyas, MEB yayını, İstanbul, 1944, s. 205; CANAN, İbrahim, **İslamda Çocuk Hakları**, s. 92.

<sup>87</sup> İbn Kayyım el-Cevziyye, **Tuhfetü'l-mevrud Bi-ahkami'l-mevlud**, Beyrut, 1983, s. 171; Akt. HÖKELEKLİ, Hayati, "Çocuk", **Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1993, c. 8, s. 358.

kaldırılmıştır: Uyanıncaya kadar uyuyandan, şifâ buluncaya kadar deliden, bülüğa erinceye kadar çocuktan” hadîsine dayanır. İslam Hukukunda çocukluk dönemi insanın hal ve şartlarının değişmesiyle orantılı olarak kişileri ehliyetlendirmiştir. Çocuğun bir dönemi gerek akıl, gerek fizyolojik açıdan, bir biriyle aynı değildir. Böylelikle tam bir denge ile ehliyet ve yetenek uyumluluğu sağlanmıştır. Kişi gücüyle orantılı olarak uğraş sahibi olmuş ve yeteneklerini geliştirmiştir.

İslam nazarında insanlar esas olarak Müslim, gayrimüslim şeklinde bir ayrıma tabi tutulurlar. Müslimler ırk, dil, din, soy veya mamelek yönünden herhangi bir ayrıma tabi tutulmazlar. Hepsisi kanun önünde eşittir. İslam’a göre bir kimsenin Müslüman olmayışı onun tabii haklardan faydalanmasına engel değildir. Harbi olmayan kafirin (zimmi, veya müstemenin) mal, can ve ırzı her çeşit tecavüze karşı koruma altındadır.

İslamda çocuğun akli ve bedeni kapasitesinin henüz yetersizliğinden ileri gelen acziyeti sebebiyle onu ihmalden, istismardan, gasbtan ve kötü muameleden koruyacak birçok tedbirler öngörülmüştür. İslamda ayrıca çocuğun milliyet hakkı da koruma altındadır. Herkesin doğru olarak nesebini bilmesi emredilmiş ve nesebini yalanlayanlara cennetin haram kılındığı ve küfürde oldukları bildirilmiştir.

İslam Hukukuna göre çocuğun bakım yükümlülüğü öncelikle babaya aittir. Baba çalışarak çocuğa bakmak, ve ihtiyaçlarını karşılamak mecburiyetindedir. Mesuliyet babadan meşru bir şekilde düştüğü takdirde örneğin baba düşkün hale gelirse, çocuğun nafakası baba cihetinden yoksa anne cihetinden mahrem akrabalarından, yoksa en nihayetinde beytülmalden yani devlet tarafından karşılanacak çocuk hiçbir şekilde mağdur edilmeyecektir. İslam devletlerinde yetim veya yardıma muhtaç çocuklara yardım edilmesi amacını güden birçok vakıf ve kuruluş mevcut olmuştur. Bu kurumlar bugünkü sosyal hizmetler kuruluşlarının da temelini oluşturmaktadır.

Günümüz hukukunda çocuk aynı şekilde ciddi hukuki düzenlemelerle koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Çocuğun yaşam hakkı, Türkiye’nin onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve iç hukukta koruma altına alınmıştır.

Çocuğun yaşam hakkı hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm çocuklara tanınmıştır. Çocuğun yaşam hakkı bakımından günümüz hukuku ile İslam Hukuku bakımından hiçbir farklılık bulunmamaktadır.

Çocuğun eşitlik hakkı aynı şekilde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde ve iç hukukumuzda düzenlenmiş, eşitlik ilkesi demokrasimizin vazgeçilmez üç temel ilkesinden birisi olarak gerekçelendirilmiştir. Çocuğun himaye hakkı diğer hakların yanında devletin ciddi pozitif yükümlülüklerde bulunmasını gerekli kılmaktadır. Günümüzde Türkiye'de çocuğun himaye hakkı gereği, çocuk ve çocuk haklarının korunmasıyla ilgili kurallar çok değişik kanunlarda yer almaktadır. Uluslararası hukukta ve iç hukuk düzenlemeleri ile çocuklar himaye hakkına sahiptir. Ayrıca temeli Osmanlı devleti zamanında atılmış birçok kurum ve kuruluş, çocuğun himaye edilmesine yönelik hizmetleri üstlenmiştir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı bu kurumlar, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet göstermekte ve çocuğun öncelikle temel ihtiyaçları olmak üzere bakım ve himaye görevini ifa etmektedir.

Çocuklar vatandaşlık haklarını doğumla birlikte kazanmakta, isimleri ise anne ve babaları tarafından konulmaktadır. Çocuğun adının konulması mükellefiyeti anne ve babaya eşit olarak yüklenmiştir. Ülkemiz çocuk hakları sözleşmesinin yedinci maddesine uygun olarak düzenlemelerde bulunmuş, sosyal güvenliği olmayan 18 yaşından küçük çocuklar genel sağlık sigortası kapsamına dahil edilmiştir. Anne veya babalarının Sosyal Güvenlik Sistemine dahil olup olmadıklarına bakılmaksızın, genel sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedirler.

Ülkemizde kimsesiz ve bakıma muhtaç çocukların her türlü ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik sosyal hizmetlerde bulunan yerel yönetimler, sivil toplum örgütleri ve merkezi yönetim teşkilatlarının yanında, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde varlığını sürdüren Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ülkede bulunan tüm çocukları korumakla görevlidir. ÇHGM yardıma ve tedaviye muhtaç çocukların ihtiyaçlarını gidermek için, bir takım özel önlemler almakla da görevlidir. ÇHGM yardıma muhtaç çocukların bakım ve

gözetiminden 7 gün 24 saat esasına göre sorumludur. Çocuk Hakları Sözleşmesi taraf ülkelere çocukların eğitim hakkı için birçok yükümlülükler getirmiştir. Bu sözleşmeye uygun olarak Türkiye’de zorunlu eğitim 6-13 yaş arasındır ve 12 yıl sürmektedir.

#### KAYNAKLAR

- AKCAN, Nurettin, İslam Fıkhdında İşçinin Hak ve Sorumlulukları, Yüksek Lisans Tezi, Adana, 2008.
- AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2012.
- AVCI, Mustafa, “Çocuk Suçları Konusundaki Mevzuatın Değerlendirilmesi”, Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu, İstanbul, 2010.
- AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul, 2004.
- AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2010.
- AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, (Editörler: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, S. Emre Zorlu), Konya, 2012.
- AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, 2009.
- BANU Yazgan İnanç, BİLGİN Mehmet, ATICI Meral Kılıç, Gelişim Psikolojisi, Çocuk ve Ergen Gelişimi, Ankara, 2007.
- BAKIRCI, Kadriye, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, İstanbul, 2004
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1968.
- BİRSİN, Mehmet, İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı, İstanbul, 2012.
- BULUT, Işıl, Psiko- Sosyal Gelişim Sorunları, Sanayi Bölgelerinde Çalışan Çocukların Sorunları, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 1997.
- Büyük Haydar Molla, Usuli Fıkıh Dersleri, (Editör: M.Çevik, K. Meral), İstanbul.

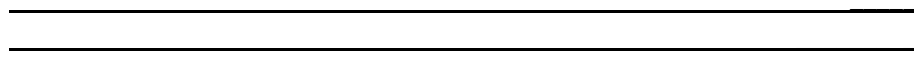
- CANAN, İbrahim, İslamda Çocuk Hakları, İstanbul, 1981.
- CANAN, İbrahim, Peygamberimizin Sünnetinde Terbiye, İstanbul, 2002.
- CANAN, İbrahim, Çocuk Terbiyesi, İstanbul, 2003.
- CANTWELL, Nigél, The Human Rights for Children “Are Children Rights Still Human”,(Editör: Antonella Invernizzi, Jane Williams), Union Road Farnham, England, 2011.
- CENGİZ, İhtar Urhanoglu, “4850 İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, TBB Dergisi, İstanbul, 2012.
- CİN Halil, AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Konya, 2011.
- ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Çocuk, İstanbul, 1990.
- ÇELİK, Cemil, Çocuk Kavramı Ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 36, <http://www.eakademi.org/incele.asp?konu=%C7OCUK%20KAVRAMI%20VE%20MEDENI%20HUKUK%20A%C7ISINDAN%20%C7OCUK%20HAKLARININ%20TAR%DDH%DD%20GEL%DD%DE%DDM%DD&kimlik=-1854485512&url=makaleler/ccelik-1.htm>, 24.04.2012, 13:38.
- DİNÇ, Güven/ŞİMŞEK, Fatma/EROĞLU, Haldun, Osmanlı İmparatorluğunda Tev'em Maaşı, UÜFEFSBD, Bursa, 2009.
- DONNELLY, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (Çeviren: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara, 1989.
- DÖNDÜREN, Hamdi, “Rüşd”, Şamil İslam Ansiklopedisi, İstanbul, c. 5, 1994.
- DÜZBAKAR, Ömer, “Kimsesiz Çocuklar ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Bursa Şeriyeye Sicillerine Yansıyan Örnekler”, UÜFEFSBD, Bursa, 2004, S. 6.
- EKİN, Ali, Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma ve Şartları ve Esasları, TBB Dergisi, İstanbul, 2012.

- GÜL, İdil Işıl/ KARAN, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul, 2011.
- GÜLMEZ, Mesut, Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Eleştirel ve Aykırı Düşünceler, III Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Kocaeli, 2011, s. 54-55;<http://www.sosyalhaklar.net/2011/bildiri/gulmez.pdf>, 14.04.2013, 13:01.
- HATEMİ, Hüseyin, İslamda İnsan Hakkı ve Adalet Kavramları, 10.04.2013, 13:15, [http://www.fikribeyan.net/1427\\_Islam-da-Insan-Hakki-ve-Adalet-Kavramlari---Prof-Dr-Huseyin-Hatemi.html](http://www.fikribeyan.net/1427_Islam-da-Insan-Hakki-ve-Adalet-Kavramlari---Prof-Dr-Huseyin-Hatemi.html).
- HÖKELEKLİ, Hayati, Çocuk, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1993.
- İNAN, Ali Naim, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, A.Ü.H.F.D., Ankara, 1995.
- İNANÇ, Banu Yazgan/ BİLGİN, Mehmet/ ATICI, Meral Kılıç, “Gelişim Psikolojisi”, Çocuk ve Ergen Gelişimi, Ankara, 2007.
- İRKİN, Ayça Çamlıbel, Çocukların Gelişim Süreci ve Televizyonun Etkileri, Ankara, 2012.
- Keykavus, Kaabusname, (Çev:Mercüme Ahmed İbnu İlyas, İstanbul, 1944.
- KOÇ, Ahmet, “Okul Öncesi Dönemde Ailede Çocuğun Din Eğitimi”, Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu, İstanbul, 2010.
- KÖSE, Saffet, “İslam Hukukunda Çocuğun Çalışması Gelirinin Korunması Ve İstismarını Önleyici Tedbirler”, Çocuk Sorunları ve İslam Sempozyumu, İstanbul, 2010.
- KÖSE, Saffet, İslam Hukuku’na Giriş, İstanbul, 2012.
- KURT, Abdurrahman, “İslamın Koruyucu Aileye Bakışı”, UÜİFD, Bursa, 1994, c. 6, S. 6.
- Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlmi Hukuk, Ankara, 2012.
- Marcel A. Boisard, İslam ve İnsan Hakları, (Çevirenler: Tahir Yücel, Şennur Karakurt), İstanbul, 1995.

- MUAMMER, Salim, Geçmişten Günümüze Türkiye’de Çocuk Koruma Politikaları ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2011.
- SERAHSİ, Mebcut, (Editör: Mustafa Cevat Akşit), İstanbul, 2008.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005.
- TAN, Mine, Çocukluk Dün ve Bugün, Toplumsal Tarihte Çocuk Sempozyumu, İstanbul 23-24 Nisan 1993.
- ÖZBEK, Abdullah, Bir Eğitim Kurumu Olarak Ailenin Önemi, İslam’da Aile Ve Çocuk Terbiyesi Sempozyumu, İstanbul, 1996.
- ÜLKER, İbrahim, 6287 Sayılı Yasa İle İlköğretimde Yapılan Değişiklikler, Hukuki Araştırmalar Dergisi, Konya, 2012.
- YAĞCI, Cengiz, “Çocuk” Şamil İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1990.
- YAZICI, Nesimi, Osmanlılarda Yetimin Korunması Üzerine Bazı Değerlendirmeler, AÜİFD, Ankara, 2007.
- YILDIZ, Mine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2004.
- YILMAZ, Aytekin, “Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye”, Yeni Türkiye Dergisi- İnsan Hakları Özel Sayısı, İstanbul, 1998.



**Makaleler**



**Özel Hukuk**



## SATIŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ KAVRAMINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN\*

Arş. Gör. Mehmet AKÇAAL\*\*

### ÖZET

*Satış sözleşmesi bakımından zilyetliğin devri kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu, 6098 sayılı Borçlar Kanununun uygulanması bakımından son derece önem arz etmektedir. Zira zilyetliğin devri kavramı teslimle devir hâllerini kapsadığı gibi teslimsiz devir hâllerini de kapsayan üst bir kavramdır. Bu itibarla, her şeyden önce çalışmada zilyetliğin devri kavramı açıklanmış ve onun görünüm şekilleri hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra ise, kanun koyucu tarafından satıcının asli borçları bakımından esas alınan zilyetliğin devri kavramından ne anlaşılması gerektiği değerlendirilmiştir. Çalışmanın devamında, taşınır satışında hasarın geçişi bakımından zilyetliğin devri kavramı incelenmiştir. Nihayet, bu çalışma ile satıcının ayıba ve zapta karşı sorumluluğuna ilişkin hükümler bakımından zilyetliğin devri kavramının ne şekilde yorumlanması gerektiğine açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** 6098 Sayılı Borçlar Kanunu, Satış Sözleşmesi, Zilyetliğin Devri, Hasarın Geçişi, Ayıptan ve Zapttan Sorumluluk

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

## THE CONCEPT OF THE TRANSFER OF POSSESSION RELATED TO THE PROVISIONS OF SALES CONTRACT

### ABSTRACT

*It is really important to interpret the concept of the transfer of possession related to the sales contract in terms of the Code of Obligation no 6098. Because this top concept contains not only the transfer of possession with delivery but also the other species of the transfer. So, firstly the concept of transfer of possession is explained and given information about the species of transfer of possession in this study. After that, the concept of transfer of possession is analyzed in terms of principal obligations of the seller. Then, this concept is researched related to the transfer of the damage in sales contract for the movable. Finally, in this study it is aimed to clear how to be understood the concept of transfer of possession related to provision about the liability for defect and conversion.*

**Key Words:** *the Code of Obligation no 6098, Sales Contract, Transfer of Possession, Transfer of Damage, Liability for Defect and Conversion*

### I. GİRİŞ

Satış sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “*Özel Borç İlişkileri*” başlıklı İkinci Kısmında düzenlenmiştir (TBK. m. 207 vd.). 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile birlikte satış sözleşmesinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerde kanun koyucunun satış sözleşmesinde “teslim” kavramı yerine “zilyetliğin devri” kavramını esas aldığı görülmektedir. Gerçekten, satış sözleşmesinin tanımında satıcının aslî borçları arasında satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu belirtilmektedir (TBK. m. 207/I). Hâlbuki 818 sayılı eski Borçlar Kanunu gereğince satıcının aslî borçları, satılanı teslim ve onun mülkiyetini alıcıya devretme borcuydu (EBK. m. 182/I). Ayrıca, eski Borçlar Kanunundan (EBK. m. 183/I) farklı olarak, taşınır satışında hasarın alıcıya geçmesi bakımından, satılanın zilyetliğinin alıcıya devri aranmıştır (TBK. m. 208/I).

Aynı şekilde, Borçlar Kanununda satıcının ayıba tekeffül borcuna ilişkin hükümlerde satılanın tesliminden değil, satılanın ayıplı olarak devrinden bahsedilmektedir (TBK. m. 221, 223/I, 224, 228, 231). Yine,

satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde (TBK. m. 214 vd.) zilyetliğin devri veya teslim kavramları bulunmamakla birlikte, satıcının söz konusu borcu bakımından da satılanın zilyetliğinin devrinin mi, yoksa teslimi ânının mı esas alınması gerektiği önem arz etmektedir. Bu çalışmada satış sözleşmesi bakımından bahsedilen meselelere ilişkin olarak zilyetliğin devri kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu incelenmiştir.

## II. ZİLYETLİĞİN DEVRİ

Zilyetliğin kazanılması, zilyetlik hukukî durumunun meydana getirilmesini ifade eder. Zilyetliğin kazanılması ise “*aslen kazanma*” ve “*devren kazanma*” şeklinde gerçekleşebilir<sup>1</sup>. Miras yoluyla kazanma devren kazanmanın bir türü sayılabileceğinden ayrı bir kazanım türü olarak ele alınmamıştır. Bu çalışma bakımından önem arz eden husus ise, zilyetliğin devren kazanılmasıdır. Zilyetliğin devren kazanılmasından maksat, zilyetliğin, önceki zilyedin zilyetliğine dayanılarak ve genelde onun rızasıyla kazanılmasıdır<sup>2</sup>. Zilyetliğin bu şekilde kazanılması

<sup>1</sup> Zilyetliğin kazanılmasında doktrinde dörtlü ayrımın yapıldığı da görülmektedir. Buna göre aslen kazanma, devren kazanma, miras yoluyla kazanma ve bunlara ilaveten bir de tesisen kazanma mevcuttur. Söz konusu ayrıma göre zilyedin zilyetliğini olduğu gibi tarafların rızasıyla bir başkasına bırakarak zilyetliğine son vermesi durumunda devren kazanma mevcut iken zilyedin kendisi de zilyet olarak kalmak üzere bir başkasına tarafların rızasıyla zilyetlik tanınmasında ise tesisen kazanma mevcuttur. Bu görüş için bkz. **Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009, s. 68 vd.**; Buna karşılık söz konusu dörtlü ayrımın zilyetliğin kazanılmasına açıklık getirdiğini ancak kanunda düzenlenmiş olan zilyetliğin devri yollarıyla hem devren hem de tesisen kazanma gerçekleştiğinden zilyetliğin devredilmesinin kavram olarak her iki durumu da kapsadığı görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. **Tekinay, S. Selâhattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atillâ, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 68.**

<sup>2</sup> **Schellhammer, Kurt, Sachenrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005, s. 21, 22; Wilhelm, Jan, Sachenrecht, Berlin 2002, s. 185 vd.; Baur, Fritz / Stürner, Rolf, Sachenrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, München 1999, s. 60 vd.; Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2000, s. 392; Stark, Emil W., Das Sachenrecht, 1. Teilband, Der Besitz, Artikel 919-941 ZGB, Bern 2001, s. 13;**

“zilyetliğin devri” olarak da ifade edilmektedir<sup>3</sup>. Zilyetliğin devri iki şekilde gerçekleşebilir: Önceki zilyet, ya zilyetliğini yeni zilyede devrederek zilyetliğini tamamen kaybeder ya da kendisine zilyetlik devredilen kişi ile birlikte zilyet olarak kalmaya devam eder<sup>4</sup>. Zilyetliğin devrinin, “zilyetliğin teslimle devri” ve “zilyetliğin teslimsiz devri” şeklinde iki ayrı görünümü vardır<sup>5</sup>.

### A) ZİLYETLİĞİN TESLİMLE DEVRİ

Zilyetliğin teslimle devri de tarafların hazır olup olmamalarına göre farklılık gösterir. Gerçekten, Medenî Kanununun 977 nci maddesinde, “zilyetliğin hazır olanlar arasında teslimle devri” düzenlenmiştir. Buna göre, zilyetliğin hazır olanlar arasında teslimle devri, “maddî teslim” veya “aracın (vasıtanın) teslimi” ya da “filî hâkimiyeti sağladığı varsayılan anlaşma yoluyla teslim” şeklinde gerçekleşebilir<sup>6</sup>.

Zilyetliğin hazır olanlar arasında teslimle devrinin ilk çeşidi, maddî teslimdir. *Maddî teslim* hâlinde, eşyanın kendisinin (aynının) olduğu gibi, önceki zilyet tarafından yeni zilyede teslimi söz konusudur.

---

**Westermann**, Peter Harm, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11., neubearbeitete Auflage 2004, Art. 854, N. 1 vd.; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 9. Baskı, Konya 2013, s. 63; **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012, s. 37; **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 65 vd.; **Sirmen**, Lâle A., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 64.

<sup>3</sup> **Schellhammer**, s. 21, 22; **Wilhelm**, s. 185 vd.; **Baur**, / **Stürner**, s. 60 vd.; **Rey**, s. 392; **Stark**, s. 13; **Westermann/Lorenz**, Art. 854, N. 1 vd.; **Akıpek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 140; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 66.

<sup>4</sup> **Akıpek / Akıntürk**, s. 145; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 66; **Ayan**, I, s. 63.

<sup>5</sup> **Westermann/Lorenz**, Art. 854, N. 1 vd.; **Stark**, s. 6; **Wilhelm**, s. 182 vd.; **Homburger**, A, Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950, s. 40 vd.; **Schellhammer**, s. 21, 22; **Ertaş**, s. 37; **Ayan**, I, s. 64; **Esener / Güven**, s. 67.

<sup>6</sup> **Wilhelm**, s. 182 vd.; **Stark**, s. 6; **Ayan**, I, s. 64; **Schellhammer**, s. 21, 22; **Esener / Güven**, s. 67-68; **Ertaş**, s. 38-39.

Meselâ, bir kitapçıdan satın alınan kitabın paketlenip alıcının (müşterinin) eline verilmesi böyle bir devir hâlidir<sup>7</sup>.

Medenî Kanununun 977 nci maddesinde, eşya üzerinde fiilî hâkimiyet kurulmasını sağlayacak araçların teslimi de zilyetliğin teslimle devrinin ikinci çeşidi olarak sayılmıştır. *Araçların tesliminden* kasıt, eşya üzerinde fiilî hâkimiyet kurulmasını sağlayan bir aracın önceki zilyedinin rızasıyla yeni zilyede teslimi suretiyle devredilmesidir. Meselâ, satılan bir otomobilin anahtarının alıcıya teslimi, zilyetliğin de teslim yoluyla devrini sağlamaktadır<sup>8</sup>.

Zilyetliğin hazır olanlar arasında teslimle devrine imkân tanıyan son hâl ise, fiilî hâkimiyet sağladığı varsayılan anlaşma yoluyla teslimdir. Bu durumda, zilyetliğin devri, maddî teslim ya da aracın teslimi olmaksızın, mevcut bir anlaşma uyarınca eşyanın yeni zilyedin alabileceği ve üzerinde fiilî hâkimiyet kurabileceği bir yere bırakılmasıyla gerçekleşir (MK. m. 977). Zilyetliğin teslimle devrinin bu çeşidinin üç unsuru vardır. Bunlar, “*devredeninin zilyet olması*”, “*anlaşma (zilyetlik sözleşmesi)*” ve “*eşyanın fiilî hâkimiyet kurulabilecek (anlaşmada kararlaştırılmış) bir yere bırakılması*”dır. Meselâ, satılan bir kamyon kömürün alıcının kapısının önüne bırakılmasıyla birlikte, zilyetlik alıcıya devredilmiş olur<sup>9</sup>.

Öte yandan, “*zilyetliğin hazır olmayanlar arasında teslimle devri*” ise, Medenî Kanununun 978 inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz

<sup>7</sup> **Schellhammer**, s. 21; **Westermann/Lorenz**, Art. 854, N. 2; **Stark**, s. 6; **Özdemir**, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 365; **Ünal**, Mehmet / **Başpınar**, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 147 vd.; **Ertaş**, s. 38-39.

<sup>8</sup> **Schellhammer**, s. 23; **Stark**, s. 6; **Westermann/Lorenz**, Art. 854, N. 4; **Tekinay**, Selâhattin S., Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 68; **Gürsoy**, Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 90; **Ayan**, I, s. 65-66; **Akipek** / **Akıntürk**, s. 146; **Oğuzman** / **Seliçi** / **Oktay-Özdemir**, s. 68.

<sup>9</sup> **Tekinay**, s. 67-69; **Ayan**, I, s. 66; **Saymen**, Ferit H. / **Elbir**, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 55 vd.. Öte yandan, zilyetliğin teslimsiz devir hâllerinden “*kısa elden teslim*”i de buraya dahil eden görüş için bkz., **Özdemir**, s. 370; **Ünal** / **Başpınar**, s. 150.

konusu hükme göre, şayet teslim, temsilciye yapılmışsa, söz konusu teslim de temsil edilene yapılmış gibi zilyetliğin geçmesini sağlar. Bu durumda, temsilciye yapılan teslim, kendiliğinden zilyetliğin temsil olunan kişiye intikalini sağlar<sup>10</sup>.

### B) ZİLYETLİĞİN TESLİMSİZ DEVRİ

Zilyetliğin teslimsiz devrinin söz konusu olduğu hâllerde, eşya yeni zilyede doğrudan veya dolaylı olarak teslim edilmemektedir. Bununla birlikte, söz konusu hâllerde, zilyetliğin devri gerçekleşmektedir. Zilyetliğin teslimsiz devri hâlleri, esas itibarıyla dört tanedir. Bunlar, “*kısa elden teslim*”, “*hükmen teslim*”, “*zilyetliğin havalesi*” ve “*eşyayı temsil eden senetlerin devri*”dir. Yine, “*zilyetliğin miras yoluyla devri*”ni de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür<sup>11</sup>. Zilyetliğin teslimsiz devri hâllerinden ilki olan kısa elden teslim Medenî Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, öğretide<sup>12</sup> kısa elden teslimin (kurzer hand) zilyetliğin teslimsiz devri yollarından biri olduğu kabul edilmektedir. *Kısa elden teslimden* maksat, fer’î zilyet sıfatıyla bir eşyayı elinde tutmakta olan kişinin aslî zilyetle arasındaki anlaşmaya dayanarak aslî zilyetliğin kazanmasıdır<sup>13</sup>. Yani, bu durumda, aslî zilyet, fer’î zilyede bir anlaşma ile aslî zilyetliğin de devretmektedir. Böylece, aslî zilyet, fer’î zilyedi tek başına zilyet konumuna getirmektedir. Bu itibarla, kısa elden

---

<sup>10</sup> Baur / Stürner, s. 80; Westermann/Lorenz, Art. 854, N. 7, 17; Stark, s. 134 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 69; Esener / Güven, s. 69-70; Ertaş, s. 40; Ayan, I, s. 67; Akipek / Akıntürk, s. 147. Öte yandan, zilyetliğin bu şekilde devrinin, zilyetliğin teslimsiz devri kapsamında değerlendirilmesi yönünde bkz., Özdemir, s. 371; Ünal / Başpınar, s. 152.

<sup>11</sup> Gürsoy / Eren / Cansel, s. 92-94; Akipek / Akıntürk, s. 151 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 71 vd.; Ayan, I, s. 68; Ünal / Başpınar, s. 152 vd.; Esener / Güven, s. 70 vd..

<sup>12</sup> Stark, s. 171; Rey, s. 419; Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 68; Saymen / Elbir, s. 60 vd.; Esener / Güven, s. 70; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 93; Ertaş, s. 40-41; Ayan, I, s. 68.

<sup>13</sup> Stark, s. 171; Rey, s. 419; Reisoğlu, s. 59; Aybay, Aydın / Hatemi, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 49; Ayan, s. 68; Sirmen, s. 69; Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 257.



teslim hâlinde sadece zilyetliğin hukukî sebebi değişmektedir. Kiracının malı satın alması, kısa elden teslime misâl gösterilebilir<sup>14</sup>.

Diğer bir teslimsiz devir hâli olan hükmen teslim (Das Besitzeskonstitut) ise, TMK. m. 979/I hükmünde öngörülmektedir. Söz konusu hüküm gereğince, *hükmen teslimde*, zilyetliği devreden kişi, özel bir hukukî sebebe dayalı olarak, şeyi kendi hâkimiyetinde alıkoyarak fer'î (dolaysız) zilyet olarak kalmakta ve zilyetliği kazanana sadece dolaylı aslî (dolaylı) zilyetlik tanımaktadır<sup>15</sup>. Bu itibarla, meselâ, (A), maliki olduğu kamyonu (B)'ye satmakla birlikte, kiracı olarak kamyon üzerindeki dolaysız zilyetliğini devam ettirirse hükmen teslim suretiyle zilyetliğin devri gerçekleşir<sup>16</sup>.

Zilyetliğin teslimsiz devrinin gerçekleştiği üçüncü hâl, zilyetliğin havalesidir (Besitzanweisung). *Zilyetliğin havalesi*, dolaylı (aslî) zilyet durumundaki kişinin, bu zilyetliğini aralarındaki bir anlaşma uyarınca dolaysız (fer'î) zilyet dışındaki bir üçüncü kişiye devretmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>17</sup>. Meselâ, (A), (B)'ye kiraladığı kamyonunu (C)'ye satmak istediği takdirde, aralarında anlaşarak artık (C)'nin aslî (dolaylı) zilyet olacağını kararlaştırmaları zilyetliğin devri açısından yeterlidir. Bu durumda, (A) artık dolaylı zilyet olmaktan çıkarken, (C) dolaylı zilyetliği devralmış olur. Zilyetliğin havale yoluyla devrinin geçerli olabilmesi için, bu hususta önceki aslî zilyet ile bunu devralan üçüncü kişinin anlaşması yeterlidir. Fer'î (dolaysız) zilyedin muvafakati ise aranmaz.

<sup>14</sup> Stark, s. 171; Tekinay, s. 70-71; Ayan, I, s. 68-69; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 66; Tekinay, s. 71; Ertaş, s. 40-41; Ünal / Başpınar, s. 150-151; Saymen / Elbir, s. 60-62.

<sup>15</sup> Stark, s. 159 vd.; Rey, s. 419-420; Ayan, s. 69; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 92; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 68-69; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 85; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 258.

<sup>16</sup> Aybay / Hatemi, s. 50; Homberger, s. 57 vd.; Akipek / Akıntürk, s. 151; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 92-93; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 71; Ayan, I, s. 69.

<sup>17</sup> Rey, s. 420; Gürsoy / Eren / Cansel, s. 92; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 70; Ayan, I, s. 70; Saymen / Elbir, s. 67; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 259.

Ancak, zilyetliğin devrinin ona karşı da hüküm ifade edebilmesi için havale anlaşmasının ihbar edilmesi gerekir (MK. m. 979/II)<sup>18</sup>.

Aynı şekilde, *emtiayı temsil eden senetlerin devri* (Übertragung eines Warenpapiers), zilyetliğin teslimsiz devrini sağlar (MK. m. 980/I). Zilyetliğin eşyayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla devri için, her şeyden önce bir taşıyıcıya veya umumî mağazaya teslim edilmiş mal bulunmalıdır. Ayrıca, bu mal için kıymetli evrak niteliğinde bir senet verilmiş olmalıdır. Bu bakımdan, eşyayı temsil eden senetler, üç çeşittir. Bunlar, “*makbuz senedi ve varant*”, “*taşıma senedi*” ile “*konşimento*”dur. Son olarak, eşyayı temsil eden söz konusu senetlerin teslimi gerekir. Bu durumda, eşyayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, zilyetliğin devralan kişiye malın dolaylı zilyetliğini geçirir. Satıcı (S)’nin, umumî mağazada bulunan narenciyeyi alıcı (A)’ya satıp, narenciyeyi temsil eden ve umumî mağaza sahibi (U) tarafından kendisine verilen emtia senedini alıcı (A)’ya teslim etmesi bu duruma misâl gösterilebilir. Bu durumda, fer’î (dolaysız) zilyetliğin umumî mağaza sahibi (U)’da bulunan narenciyenin aslı (dolaylı) zilyetliğin emtia senedinin teslimiyle birlikte satıcı (S)’den, alıcı (A)’ya geçmektedir<sup>19</sup>.

Nihayet, *miras* yoluyla da zilyetliğin devri teslimsiz olarak gerçekleşebilir (MK. m. 599). Gerçekten, miras yoluyla zilyetliğin devrinde ne fiilî hâkimiyetin ele geçirilmesi ne de zilyetlik iradesine ihtiyaç vardır. Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü anıyla birlikte, kendiliğinden onun mallarının zilyetliğini teslim gerekmeksizin kazanırlar. Bu durumda, mirasçılar tarafından kazanılan zilyetliğin türü, mirasbırakanın zilyetliğinin aynıdır<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> **Homberger**, s. 53; **Saymen / Elbir**, s. 67 vd.; **Akipek / Akıntürk**, s. 153; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 73; **Ayan**, I, s. 71-72; **Gürsoy / Eren / Cansel**, s. 92.

<sup>19</sup> **Tekinay**, s. 79-80; **Özdemir**, s. 372-373; **Ünal / Başpınar**, s. 160; **Ertaş**, s. 42-43; **Ayan**, I, s. 73-75; **Gürsoy / Eren / Cansel**, s. 93.

<sup>20</sup> **Akipek / Akıntürk**, s. 160; **Ayan**, I, s. 75; **Gürsoy / Eren / Cansel**, s. 94.

### III. SATICININ ASLÎ BORÇLARI BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 207/1 hükmü uyarınca satıcının aslî borçlarından<sup>21</sup> biri, “*satılanın zilyetliğini alıcıya devretme*”dir. Aynı husus, Borçlar Kanununun 210 uncu maddesinde “*zilyetliğin devri*” başlığının altında açıkça öngörülmüştür. Hâlbuki 818 sayılı eski Borçlar Kanununun m. 182/1 hükmünde “*satıcının satılan malı teslim borcu*” ndan bahsedilmekteydi. Türk Borçlar Kanunu m. 207 ve m. 210 gerekçelerinden anlaşıldığı üzere, “*teslim borcu*”nun “*zilyetliğin devri borcu*” olarak değiştirilmiş olması bilinçli şekilde gerçekleştirilmiştir. Türk Borçlar Kanununun 207 nci maddesinin gerekçesinde bu durum “*...taşınır bir malın mülkiyetinin devrinin, sadece satılanın fiilen teslimi yoluyla değil, zilyetliğin teslimine bağlı olmaksızın kazanıldığı diğer yollarla da (kısa elden teslim veya hükmen teslim gibi) gerçekleştirileceği göz önünde tutularak, maddede “teslim” yerine, daha kapsamlı olan ‘zilyetliğin devri’ terimi kullanılmıştır...*” şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak, kanun koyucunun bu şekilde bir çözümü benimsemiş olması uygulamada bazı tartışmalara sebep olabilir. Zira, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde satıcı satılan üzerinde dolaylı zilyetliğe sahip olup bunu teslimsiz şekilde, meselâ zilyetliğin havalesi ile alıcıya devretmeyi teklif ettiğinde, alıcının, hiçbir zaman için satılanın bu şekilde teslimsiz devrini kabul etme yükümlülüğü yoktu. Dolayısıyla, satıcının

<sup>21</sup> **Apathy**, Peter / **Riedler**, Andreas, Bürgerliches Recht, Band III, Schuldrecht, Besonderer Teil, 4., aktualisierte Auflage, Wien 2010, s. 4; **Koziol**, Helmut/**Welser**, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Wien 2007, s. 168; **Oetker**, Hartmut / **Maultzsch**, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Heidelberg 2013, s 35 vd. Satıcının vasıtasız zilyetliği devretmesinden bahseden görüş i.in bkz. **Medicus**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Auflage, München 1987, s. 7 vd; **Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2003, s. 39 vd; **Honsell**, Heinrich / **Vogt**, Nedim Peter / **Wiegand**, Wolfgang, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Auflage, s. 1025 vd.; **Guhl**, Theo / **Koller**, Alfred / **Schneyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, s. 368 vd.

böyle bir teklifini alıcının reddetmiş olması, onu alacaklının temerrüdüne ve satılanı teslim almanın bir aslı yüküm olmasına bağlı olarak borçlu temerrüdüne düşürmezdi. Hâтта, bu durumda satılanın zilyetliğini teslimle devretmeyen satıcı, şartların gerçekleşmesiyle birlikte borçlu temerrüdüne düşerdi. Buna göre, satıcının zilyetliği teslimsiz bir şekilde devredebilmesi, tarafların bu hususta açıkça veya zımnen anlaşmaları şartına bağlıydı.

Buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda satıcının borcunun teslim değil zilyetliğin devri olarak düzenlenmiştir. Buna göre satıcı satılan üzerinde dolaylı zilyetliğe sahipse ve bunu teslimsiz şekilde, meselâ zilyetliğin havalesiyle devretmeyi önerirse, artık alıcı zilyetliğin bu şekilde teslimsiz devrini, yani dolaylı zilyet olmayı kabul etmek zorunda kalacaktır. Aksi takdirde, alıcı ifa önerisini haklı bir sebep olmaksızın reddetmiş olacağı için alacaklı temerrüdüne ve hâтта borçlu temerrüdüne düşecektir. Ancak, mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olan satış sözleşmesiyle ulaşılmak istenen esas amaç, alıcının satılan üzerindeki denetim ve serbest tasarruf imkânını sağlamaktır. Bu imkân ise, satılanın eşya olduğu hâllerde ancak alıcının eşya üzerinde dolaysız zilyet kılınması ile sağlanabilir. Alıcının dolaysız zilyet kılınması ise ancak satılanın teslimi hâlinde mümkün olur<sup>22</sup>.

Ayrıca, satış sözleşmesi bakımından zilyetliğin devrinin aslı borç olarak kabul edilmiş olması, “*teslim*” kavramını esas alan bu sözleşme türünün kendi özellikleriyle de uyumlu olmayabilir. Gerçekten, satıcının hem ayıba hem de zapta karşı tekeffül sorumluluğu bakımından satılanın tesliminin esas alınması gerektiği kabul edilirken, söz konusu borç bakımından zilyetliğin devrini yeterli kabul etmek isabetli olmaz. Ayrıca satıcının teslim borcundan bahsetmek zilyetliğin devri borcundan bahsetmeye nazaran daha dar bir anlam taşıyacaktır. Satıcının teslim borcundan bahsedildiğinde her türlü zilyetlik devrinin bu borcun ifası için yeterli olmayacağı açıktır. Hâlbuki satış sözleşmesinin niteliği gereği satıcının borcu, satılanın aynen ve vasitasız olarak alıcının eline

---

<sup>22</sup> **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 47; **Gümüş**, M. Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 59; **Öz**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 27.

geçmesini sağlamaktır<sup>23</sup>. Alıcı kabul etmedikçe zilyetliğin teslim dışında bir yolla kendisine devredilmesini kabul etmek zorunda olmamalıdır. Bu sebeple, söz konusu hükümlerde geçen “zilyetliğin devri” kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışılmalıdır. Buna göre, satıcının aslî borçlarının satılanı teslim ve onun mülkiyetini devir borcu olduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, bu çözüm, tarafların anlaşmaları hâlinde satılan üzerindeki zilyetliğin teslimsiz devrine engel teşkil etmez. Buna göre, alıcı satılanın zilyetliğinin teslimsiz devrini her zaman için kabul edebilir<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 87. “Örneğin satıcı, satılanı alıcıya değil de, bir üçüncü şahsa, bir banka veya bir antrepoya tevdi ederek, alıcıyı MK. m. 979 uyarınca zilyetliğin havalesini kabule zorlayamaz. Eğer satıcının borcu, teslim değil de zilyetliğin hangi suretle olursa olsun devri olarak kabul edilirse, bu olasılıkta olumlu bir tavır almak ve alıcının zilyetliğin havalesini kabul etmeye zorlanabileceği sonucuna varmak gerekirdi. Halbuki satış sözleşmesinin niteliği gereği, satıcının borcu, satılanın aynen veya vasitasız olarak alıcının eline geçmesini sağlamaktır. O halde, EBK. m. 182/f. 1’de ve m. 185’in kenar başlığında olduğu gibi satıcının teslim borcundan söz etmek daha yerinde bir tutumdur. Bu nedenle, TBK. m. 207/f. 1’de ve m. 210’un kenar başlığında geçen “zilyetliğin devri” ifadesine rağmen, satıcının satış konusunu teslim etme borcu altında bulunduğunu kabul etmek gerekir. Böylelikle ifadedeki değişikliğin konuya ilişkin bir hüküm değişikliği anlamına gelmediğini tespit etmiş bulunuyoruz” bkz. **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, s. 87.

<sup>24</sup> **Aral**, Fahrettin / **Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 79; **Atamer**, Yeşim, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 190; **Yavuz**, s. 47. Öte yandan, **Öz**’e göre, Borçlar Kanunu gereğince, satılanın zilyetliğinin herhangi bir şekilde devriyle mülkiyet alıcıya geçer. Yazara göre, bu durumun uygulamada meydana getirebileceği sorunların dürüstlük kuralına dayandırılacak bir yorumla aşılması ise mümkündür (bkz., **Öz**, Turgut, Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmesine İlişkin Meydana Gelen Değişiklikler ve Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 11-12).

#### IV. TAŞINIR SATIŞINDA HASARIN GEÇİŞİ BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ

818 sayılı eski Borçlar Kanununda yarar ve hasarın geçişi, esasen “*parça borcu*<sup>25</sup>” ve “*cins borcu*<sup>26</sup>” açısından ikili bir ayırımla düzenlenmişti. Buna göre, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin birinci fıkrasında parça borcunda, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise cins borcunda yarar ve hasarın alıcıya geçişi düzenlenmişti<sup>27</sup>. 818 sayılı eski Borçlar Kanununun m. 183/1 hükmü gereğince, satış sözleşmesinin konusu *parça borcu ise*, yarar ve hasar, kural olarak, “*sözleşmenin kurulduğu anda*” alıcıya geçmekteydi. Buna göre, parça borcunda alıcının hasara katlanması bakımından borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin yapılması yeterliydi. Dolayısıyla, 818

<sup>25</sup> **Dullinger**, Silvia, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4., aktualisierte Auflage, s. 20; **Gauch**, Peter / **Schluep**, Walter R. / **Schmid**, Jörg / **Rey**, Heinz / **Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zurich 2008, s. 23; **Fikentscher**, Wolfgang / **Heinemann**, Andreas, Schuldrecht, Mñnchen und Lausanne 2006, s. 133, 134; **Brox**, Hans, Allgemeines Schuldrecht, 22. Auflage, München 1995, s. 60; **Guhl** / **Koller** / **Schneyder** / **Druey**, s. 50 vd.; **Honsell** / **Vogt** / **Wiegand**, s. 26. “*Parça borcu*”, edime konu teşkil eden şeyin, taraflarca ferdi özellikleriyle belirlendiği hâllerde söz konusudur. Modeli, plakası ve motor numarası gibi özellikleri açıkça belirlenmiş bir araba, bu borç türüne misâldir. Bkz., **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 7, 8; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 23; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2003, s. 103.

<sup>26</sup> **Dullinger**, s. 20; **Fikentscher**, / **Heinemann**, s. 133, 134; **Brox**, s. 60; **Gauch** / **Schluep** / **Schmid** / **Rey** / **Emmenegger**, s. 23; **Guhl** / **Koller** / **Schneyder** / **Druey**, s. 51; **Honsell** / **Vogt** / **Wiegand**, s. 26. “*Cins borcu*”ndan ise, edime konu teşkil eden şeyin, dâhil olduğu eşya türüne göre belirlendiği hâllerde bahsetmek mümkündür. Meselâ, 10 ton pamuk satışında durum böyledir. Bkz., **Ayan**, Borçlar, s. 23; **Eren**, s. 103.

<sup>27</sup> **Akçaal**, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, Konya Barosu Dergisi, S. 24, 2013, s. 50; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1977, s. 74-75; **Özdemir**, s. 365.

sayılı eski Borçlar Kanunu döneminde hasarın intikali ile mülkiyetin nakli ayrı zamanlarda gerçekleşmekteydi. Bu sebeple de, satılana zilyet olmayan ve dolayısıyla hasarı önleyebilme imkânı bulunmayan alıcı, hasara katlanmak zorundaydı<sup>28</sup>. Ancak, bu şekilde mülkiyetin nakli ile hasarın geçişinin farklı zamanlarda gerçekleşmesi öğretide eleştirilmekteydi. Zira, temelinde özellikle Roma ve İsviçre Hukukuna özgü gelişmeler bulunan bu kural gereğince, alıcı, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedelini ödemek zorunda kalmaktaydı. Bu sebeple, öğretide, adil olmayan bu çözümün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmekteydi<sup>29</sup>. Hâlbuki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile birlikte, yarar ve hasarın geçişinde “*parça borcu - cins borcu*” ayrımı terk edilmiştir. Bu Kanunla birlikte “*taşınır satışı – taşınmaz satışı*” ayrımı esas alınmıştır. Buna göre, taşınır satışlarında yarar ve hasar, kural olarak zilyetliğin devrine kadar satıcıda kalır (TBK. m. 208/I)<sup>30</sup>. Bu sayede, madde gerekçesinden<sup>31</sup> anlaşıldığı üzere, satılanın maliki kimse,

<sup>28</sup> **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 2, İstanbul 1980, s. 207; **Akçaal**, s. 50-51; **Altay**, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 35 vd.; **Atamer**, Yeşim, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK. m. 183’ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 134; **Aral / Ayrancı**, s. 75.

<sup>29</sup> **Rado**, Türkân, Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri, A. Samim Gönensay’a Armağan, İstanbul 1955, s. 505-507; **Altay**, s. 105 vd.; **Çetiner**, Bilgehan, Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 19-20; **Akıntürk**, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 110 vd.; **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 110-111; **Atamer**, Taşınır, s. 189-190; **Aral / Ayrancı**, s. 75; **Özdemir**, s. 359.

<sup>30</sup> **Yavuz**, s. 38; **Özdemir**, s. 365; **Akçaal**, s. 51; **Çetiner**, s. 21.

<sup>31</sup> “Türk-İsviçre Borçlar Kanununda, satılanın mülkiyetinin, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği hâlde, onun, henüz malik olmadığı bir malın hasarına katlanmak zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek, öğretide haklı

yarar ve hasarın da ona ait olması esası benimsenmiştir. Satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişi<sup>32</sup> bakımından Borçlar Kanununun 208 inci maddesinde yer alan “zilyetliğin devri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Gerçekten, zilyetliğin devri kavramından sadece teslimle devir hâllerinin mi anlaşılacağı yoksa teslimsiz devir hâllerinin de bu kapsamda mı değerlendirileceği tartışılmaya değerdir.

Bu hususta, alıcının ancak fiilî hâkimiyet alanına giren şeylerin hasarından sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim, doktrinde bir görüşe göre<sup>33</sup>, alıcı ancak kendi egemenlik alanına girmiş bir malın hasarını üstlenmelidir. Zira ancak fiilen teslimle satım konusu mal alıcının egemenlik alanına girecektir.

Hâтта hasar ve yararın alıcıya intikali bakımından teslimsiz devrin yeterli olacağı kabul edilmesi hâlinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu arasında herhangi bir fark kalmayacağı dahi bir dayanak olarak ileri sürülebilir. Buna göre, meselâ, satıcı, mobilya takımını alıcıya satmış ve fakat sözleşme sonrası yüklenici olarak mobilya üzerindeki dolaysız zilyetliğini tadilat amaçlı olarak devam ettirmiş olsun. Bu durumda, mülkiyet hükmen teslim suretiyle alıcıya geçmiştir. Bu takdirde, şayet Borçlar Kanunu gereğince, teslimsiz devrin hasarın intikali bakımından yeterli olacağı kabul edilirse, mobilyaları fiilen elinde bulundurmayan alıcı, hasara katlanmakla yükümlü olur.

---

olarak eleştirilmiştir. Uluslar arası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu istisnasız bir kural hâline getirilmiştir.” Bkz. **Dinç**, Mutlu, Türk Borçlar Kanununu, Ankara 2013, s. 212.

<sup>32</sup> **Fikentscher / Heinemann**, s. 397 vd.; **Oetker / Maultzsch**, s. 179 vd.; **Koziol / Welsch**, s. 170; **Honsell**, s. 48 vd.

<sup>33</sup> **Özen**, Burak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, 2005, s. 3663. Aynı yönde bkz., **Tandoğan**, s. 111.



TBK. m. 208 hükmünün gerekçesindeki ifadelerden yola çıkılarak kanun koyucunun “zilyetliğin devri” kavramı ile aslında taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işlemi ifade etmek istediği söylenebilir. Söz konusu madde gerekçesinden, kanun koyucunun, hasarın geçişi ile mülkiyetin geçişi arasında uyum sağlamayı hedeflediği anlaşılmaktadır. Buna göre, kanun koyucunun zilyetliğin devri kavramı ile taşınır mülkiyetinin devri için gerekli tasarruf işlemi ifade etmek istediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda TBK. m. 208/I'deki “zilyetliğin devri” kavramından tasarrufi işlemi ifade eden “*aynî akit*” ve “*teslim ya da alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devri*” anlaşılmalıdır<sup>34</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanununun 208 inci maddesinin gerekçesinde Alman Medenî Kanununun ve 11.04.1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana Satım) Sözleşmesinin göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Ancak hem Alman Medenî Kanununun 446 ncı maddesinde<sup>35</sup> hem de Viyana Satım Sözleşmesinin 69 uncu

<sup>34</sup> **Gümüş**, s. 39. “Parça satışlarında hasarın alıcıya geçtiği anı belirlemek bakımından BK. m. 208’in, gerçekte, tasarruf işleminin yapılması ile mülkiyetin alıcıya geçtiği anı esas almak istediğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, BK. m. 208’de hasarın alıcıya geçtiği anı belirlemek bakımından kullanılan “zilyetliğin devri” kavramı, taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin unsurlarını içerecek biçimde “aynî akit ve zilyetliğin devri” biçiminde anlaşılmalıdır. Bu görüş, bu şekliyle savduğumuz görüşten farklı bir şey söylememektedir. Hasarın alıcıya geçtiği anı belirlemek için BK. m. 208’de kullanılan “zilyetliğin devri” kavramını “saticının ifa fiilini gerçekleştirmesi” olarak anlamak gerektiğini düşünmekteyiz. Saticının ifa fiilini gerçekleştirmesi bir taşınır satışı söz konusu olduğunda, taşınıra ilişkin tasarruf işleminin yapılmasına katılmak anlamına gelecektir. Taşınıra ilişkin tasarruf işleminin de zilyetliğin devrinden ibaret olmadığı, zilyetliğin devrine eşlik edecek biçimde mülkiyetin alıcıya geçmesine ilişkin anlaşmanın (aynî akdin) yapılmasını da içerdiği ortadadır.” Bkz. **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku, s.72.

<sup>35</sup> **BGB § 446 Gefahr- und Lastenübergang**

“Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist.”

maddesinin<sup>36</sup> birinci fıkrasında hasarın alıcıya geçtiği ân olarak satılanın alıcıya teslim anı esas alınmıştır.

## V. SATICININ TEKEFFÜL SORUMLULUĞU BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ

### A) SATICININ AYIBA KARŞI SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ

Satıcının tekeffül sorumluluğunun görünümlerinden biri, ayıba<sup>37</sup> karşı tekeffül sorumluluğudur (BGB § 433 vd.; TBK. m. 219 vd.). Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu (Sachmängelgewährleistung), satıcının, satılanın, hasarın geçtiği anda alıcıya bildirdiği veya dürüstlük kuralı

---

<sup>36</sup> **United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods** Article 69, “(1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.” Türkçe metni ise “Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer” şeklindedir. Bkz. **Atamer**, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008, s. 329.

<sup>37</sup> **Koziol / Welsler**, s. 67 vd.; **Fikentscher / Heinemann**, s. 404 vd.; **Oetker / Maultzsch**, s. 40 vd.; **Medicus**, s. 16 vd.; **Honsell**, s. 141 vd.; Ayıp, satış konusu şeyde bulunması gereken veya devreden tarafından taahhüt edilmiş olan niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken hususların bulunmasıdır (BK. m. 219/1). Bkz., **Bilgin**, Melek Yüce, Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2011, s. 381; **Akçaal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014, s. 162; **Gümüş**, s. 81; **Yavuz**, s. 69; **Ayan**, Nurşen, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SÜHFD., C. 15, S. 1, 2007, s. 16; **Becker**, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551, (Çev. Suat **Dura**), Ankara 1993, s. 72. Aynı yönde bkz., HGK. 15.2.2012, E. 2011/19-597 K. 2012/80 (YKD., C. 38, S. 7, 2012, s. 1269); 15. HD. 16.5.2011, E. 2011/90 K. 2011/2933 (YKD., C. 37, S. 8, 2011, s. 1449).

gereğince ondan beklenen lüzumlu vasıfları taşımamasından dolayı sorumlu olmasıdır (TBK. m. 219/I)<sup>38</sup>.

Ayıba karşı sorumluluğa ilişkin hükümlerde “*satılanın ayıplı olarak devri*”nden bahsedilmektedir. Gerçekten, Borçlar Kanununun ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerinde (BK. m. 221, 223/I, 224, 228, 231) kanun koyucu tarafından tercih edilen kavram “*devir*”dir<sup>39</sup>. Hâlbuki 818 sayılı Borçlar Kanununda ise, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde “*alıcının satılanı kabz etmesi (EBK. m. 198/I, 199/I)*”nden ya da “*ona satılanın teslimi (EBK. m. 199/I, 207/I-II)*”nden bahsedilmektedir. Buna göre, 818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, kanun koyucu tarafından, satılanın teslimi değil, zilyetliğin devri kavramını ifade edecek şekilde devir kavramını kullanılmıştır. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından devir kavramından zilyetliğin devri kavramının mı yoksa teslim kavramının mı anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. Söz konusu mesele, her şeyden önce ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerin<sup>40</sup> ileri sürülebilmesi için gereken şekli şartlar bakımından incelenmelidir. Hem gözden geçirme (muayene) hem de bildirme (ihbar) öğretide<sup>41</sup> alıcı bakımından öngörülmuş birer borç olarak değil, birer külfet olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, satıcı alıcıyı gözden geçirme ve bildirime zorlayamaz. Aynı şekilde, satıcı da,

<sup>38</sup> **Koziol / Welsler**, s. 67 vd.; **Fikentscher / Heinemann**, s. 404 vd.; **Oetker / Maultzsch**, s. 40 vd.; **Medicus**, s. 16 vd.; **Bilgin**, s. 382; **Aral / Ayrancı**, s. 103; **Yavuz**, s. 67. Viyana Satım Sözleşmesinin 36 ncı maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca da, satıcının ayıba karşı sorumluluğunun doğması için sözleşmeye aykırılığın hasarın geçtiği anda mevcut olması gerekir (bkz., **Baysal**, Pelin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 245).

<sup>39</sup> **Bilgin**, s. 388.

<sup>40</sup> **Koziol / Welsler**, s. 71 vd.; **Fikentscher / Heinemann**, s. 419 vd.; **Oetker / Maultzsch**, s. 79 vd.

<sup>41</sup> **Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu, Konya Barosu Dergisi, S. 23, 2012, s. 40; **Çetiner**, s. 31; **Gümüş**, s. 98; **Bilgin**, s. 393; **Aral / Ayrancı**, s. 113; **Atamer**, Taşınır, s. 201; **Yavuz**, s. 72.

gözden geçirmeden ve bildirmeden kaçınan alıcıya karşı tazminat talebinde bulunamaz. Öte yandan, söz konusu külfetlerin yerine getirilmemesi hâlinde alıcı ayıba karşı tekeffül hükümleri kapsamında kendisine tanınan imkânları kaybeder ve satılanı kabul etmiş sayılır (BK. m. 223/II)<sup>42</sup>.

Bu durumda, şayet ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde belirtilen devir kavramının zilyetliğin devri olarak anlaşılması gerektiği kabul edilirse, gözden geçirme (muayene) ve bildirme (ihbar) külfetleri teslimsiz devir hâllerinde alıcı tarafından ne şekilde yerine getirilecektir? Meselâ, satıcı (A) kiracı (B)'deki kamyonunu (C)'ye satmak istediği takdirde, aralarında anlaşarak bundan böyle onun aslî (dolaylı) zilyet olacağını kararlaştırmaları zilyetliğin devri açısından yeterlidir. Böylece, kamyonun dolaylı zilyetliği (C) tarafından teslim gerçekleşmeksizin devren kazanılmış olur (MK. m. 979/I). Bu durumda, (B) fer'î (dolaysız) zilyet olarak kalmaya devam eder. Dolayısıyla, eşyanın teslimi yapılmaksızın zilyetlik (C)'ye geçmiş olur.

İşte, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerde yer alan devir ifadesi zilyetliğin devri şeklinde anlaşılacak olursa, bu durumda alıcı tarafından gözden geçirme ve bildirme külfetleri satılanın kendisine teslimi gerçekleşmediği için yerine getirilemeyecektir. Bu takdirde ise, alıcı, ayıba karşı tekeffülden doğan imkânlarını haksız bir şekilde kaybetme riski ile karşı karşıya bırakılmış olur. Zira, Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre, alıcı, satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Bu sebeple, ancak zilyetliğin teslimle devredildiği hâllerde alıcıdan gözden geçirme ve bildirme külfetlerini yerine getirmesi beklenebilir. Dolayısıyla, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan taleplerin ileri sürülebilmesi için gereken külfetlerin alıcı tarafından yerine getirilebilmesi için satılanın alıcıya teslim edilmiş olması gerekir. Bu itibarla, teslim olmaksızın gözden geçirme ve bildirme külfetlerinin alıcıya yükletilebilmesi mümkün olmadığı için ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler bakımından

---

<sup>42</sup> Aral / Ayrancı, s. 113; Bilgin, s. 395; Gümüş, s. 100; Atamer, Taşınır, s. 201.

zilyetliğin devri kavramı teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama) sayesinde teslim olarak anlaşılmalıdır<sup>43</sup>.

Borçlar Kanunu bakımından ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerde teslim kavramının esas alınması sayesinde Ticaret Kanunuyla da uyum sağlanmış olur. Zira Ticaret Kanununda tacirler arası ticarî satışa ilişkin muayene ve ihbar külfeti bakımından teslim anı açıkça esas alınmıştır. Gerçekten, tacirler arası ticarî satışa ilişkin olarak Ticaret Kanununun 23 üncü maddesinin c bendinde “*teslim sırasında açıkça belli olan – teslim sırasında açıkça belli olmayan ayıp*” şeklinde bir ayırdan hareket edilmektedir. Buna göre, tacirler arası ticarî satışta, teslim sırasında olağan bir inceleme sonucu görülebilecek aşikar bir ayıp varsa alıcı iki gün içinde satılanı inceleyip alıcıya ihbar etmek zorundadır. Öte yandan, tacirler arası ticarî satışlarda açık ayıplar bakımından teslim anından itibaren sekiz günlük bir muayene ve ihbar süresi kabul edilmiştir<sup>44</sup>. Aynı şekilde, ayıba karşı tekeffülden doğan davalarda zamanaşımına ilişkin Borçlar Kanununun 231 inci maddesinde de “*satılanın alıcıya devrinden*” bahsedilmektedir. Gerçekten, söz konusu hükme göre, “*Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ait ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz*”. Bu hükümde de, kanunkoyucunun kullandığı kavram, “*zilyetliğin devri*” kavramının karşılığı olarak “*devir*” gibi görünmektedir. Bu hususta madde gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak, gözden geçirme ve bildirme külfetinde olduğu

<sup>43</sup> **Gümüş**, s. 81. Aynı yönde bkz., **Baysal**, s. 256. Öte yandan, **Bilgin**'e göre ise, alıcı, zilyetliğin teslimsiz devrini kabul etmezse, alacaklının temerrüdüne düşmez ve malın kendisine tesliminde ısrar edebilir. Ancak, alıcı bu şekilde davranmaz ve zilyetliğin teslimsiz devrini kabul ederse, onu daha fazla korumaya gerek yoktur. Bu sebeple, malın zilyetliğinin hangi yolla devredildiğinden bağımsız olarak, gözden geçirme süreleri bakımından mülkiyetin alıcıya geçme anının esas alınması yerinde olur (bkz., age., 389).

<sup>44</sup> **Gümüş**, s. 105-105; **Yavuz**, s. 73.

gibi, söz konusu hükümde geçen “*devir*” kavramının da teslim olarak yorumlanması daha isabetli olur<sup>45</sup>. Aksi takdirde, önceden verilen misâlde olduğu gibi, eşyanın teslimi yapılmaksızın zilyetlik kendisine geçmiş olan (C) bakımından ayıba karşı tekeffülden doğan davalar bakımından da zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Bu durumda, dolaylı zilyetliği teslim gerçekleşmeksizin devren kazanmış olan (C)’ye tanınan imkânlar zilyetliğin devrinden itibaren iki yıllık sürenin sonunda zamanaşımına uğramış olur. Ancak, bu şekilde alıcı satılanı gözden geçirme ve bildirme imkânına sahip olamadan zamanaşımı süresinin işlemeye başlatılması, hakkaniyete aykırı bir çözüm teşkil eder. Dolayısıyla, zilyetliğin teslimsiz devri zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Söz konusu hükümde geçen devir kavramı teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama) ile teslim olarak anlaşılmalı ve iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı olarak, satılanın teslim anı kabul edilmelidir<sup>46</sup>. Bu şekilde bir çözümün kabulü, Viyana Satım Sözleşmesinin “*Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri*” başlıklı 2 nci ayırımında yer alan hükümlerle de tutarlılık arz eder. Zira, bu kapsamda yer alan 39 uncu maddenin 2 nci fıkrasına göre, “*her hâlde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmese, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğer ki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun*”. Böylece, Viyana Satım Sözleşmesinde iki yıllık sürenin işlemeye başlayacağı anın malların fiilen alıcıya verildiği ân olduğu açıkça hükme bağlanmıştır<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> **Yavuz**, s. 85. Öte yandan, **Bilgin**’e göre, *teslim* yerine *devir* teriminin tercih edilmiş olması yerinde olmuştur (bkz., age., 414).

<sup>46</sup> **Gümüş**, s. 136; **Yavuz**, s. 38. **Atamer**’e göre de, zamanaşımı süresinin aslî amacından hareket edilmelidir. Buna göre, zamanaşımı süresinin aslî amacı alıcının mal üzerinde fiilî hâkimiyet kurması ve onu inceleyerek ayıplarını tespit etmesi olduğu için başlangıç anı olarak “*malın gerçekten kullanılabilir şekilde alıcının iktidarında bulunduğu an*” olmalıdır. Yazara göre, bu an, zilyetliğin kazanıldığı ân olabileceği gibi, malın daha satıcı veya üçüncü kişilerce alıcının işyerinde monte edilmesi ve çalıştırılması gereken hâllerde daha sonraki bir çalıştırma anı da olabilir (bkz., Taşınır, 217).

<sup>47</sup> **Atamer**, Taşınır, s. 217.

## B) SATICININ ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN ZİLYETLİĞİN DEVRİ

Satıcının tekeffül sorumluluğunun görünümünden diğeri de, zapta karşı tekeffül sorumluluğudur (BK. m. 214 vd.)<sup>48</sup>. 818 sayılı eski Borçlar Kanununda olduğu gibi, Borçlar Kanununun zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerinde de zilyetliğin devri veya devir ya da teslim kavramlarına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu bakımından zapta karşı tekeffül sorumluluğunun şartı olarak satılanın alıcıya teslim edilmiş olması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>49</sup>. Ancak, söz konusu şartın gerçekleşmesi bakımından zilyetliğin devrinin yeterli olup olmayacağı açıklanmalıdır. Zira, Borçlar Kanununun taşınır satışına ilişkin diğer hükümlerinde (BK. m. 208, 219 vd. gibi) kanun koyucu tarafından zilyetliğin devri kavramının tercih edildiği görülmektedir.

Öncelikle, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda da belirtildiği üzere, satış sözleşmesinde tekeffül sistemi “*satılanın teslim ân*”ını esas almaktadır. Dolayısıyla, zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde de bu anın esas alınması tutarlı olur.

Ayrıca, kanun koyucu tarafından zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde her ne kadar teslimden bahsedilmemişse de, pek çok hükümde (BK. m. 214/I-II, 215/I, 217, 218) “*alıcının elinden alma*” kavramına yer verilmiştir. Satılanın alıcının elinden alınabilmesi için her şeyden önce o şeyin alıcının fiilî hâkimiyetine girmiş olması gerekir. Şayet zilyetliğin teslimsiz devri zapta karşı tekeffül bakımından yeterli olsaydı, kanun koyucu fiilî hâkimiyetin esas alındığına işaret eden bu şekilde bir ifadeyi tercih etmezdi.

<sup>48</sup> Satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun şartları için bkz., **Aral / Ayrancı**, s. 97-99; **Yavuz**, s. 60 vd.; **Becker**, s. 52 vd.; **Zevkliler**, Aydın / **Ertaş**, Şeref / **Havutçu**, Ayşe / **Aydoğdu**, Murat / **Cumaloğlu**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013, s. 426 vd.; **Ayan**, Mehmet, Ticarî Satım, Talikî Şart, Kusursuz İmkânsızlık ve Bir Hukuk Genel Kurul Kararı, SÜHFD., C. 2, S. 2, 1989, s. 256; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Hususî Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1970, s. 188 vd..

<sup>49</sup> **Tunçomağ**, s. 211; **Tandoğan**, s. 151; **Feyzioğlu**, I, s. 188.

Dolayısıyla, zapta karşı tekeffül sorumluluğunun şartları bakımından lafzen de “*teslim*”in esas alınması gerektiği ifade edilebilir.

Aynı şekilde, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğunun varlığı için satılanın zilyetliğinin alıcıya teslimsiz devri yeterli değildir. Bunun için satılan alıcıya teslim edilmiş olmalıdır. Öğretide<sup>50</sup> kabul edildiği üzere, şayet üçüncü kişi satılan üzerinde alıcıya teslimden önce üstün hak iddiasını ileri sürerek satılanı zaptederse, satıcı ancak Borçlar Kanununun 112 nci ve devamı maddeleri gereğince borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı sorumlu tutulabilir.

Yine, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilebilmesi için gerekli diğer bir şart, satılanın zaptıdır. Gerçekten, Borçlar Kanununun zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için üçüncü kişinin üstün bir hakka sahip olması yeterli olmaz. Bunun için ayrıca satılanın üçüncü kişi tarafından alıcının elinde zaptedilmesi gerekir<sup>51</sup>. Bu sebeple, satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu bakımından da zilyetliğin devrinin değil “*teslim*” kavramının esas alınması isabetli olur.

#### **VI. TAKSİTLE SATIM SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TBK. m. 253 HÜKMÜNDE TESLİM KAVRAMININ KULLANILMASI**

TBK. m. 253 hükmünde, “Taksitle satış, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satıştır” şeklinde taksitle satış sözleşmesi tanımlanırken açık bir şekilde “*teslim*” kavramı kullanılmıştır. Bu hüküm açısından da zilyetliğin teslim dışında, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi gibi diğer bir zilyetliğin devri türüne başvurulması halinde de taksitle satımdan söz edilip edilemeyeceği akla gelebilir. Bu bağlamda her ne kadar kanunda açıkça “*teslim*” kavramı kullanılmış olsa da eğer taraflar teslim dışında diğer bir zilyetliğin devri konusunda anlaşmış iseler bu durumun sözleşmenin taksitle satım sözleşmesi niteliğinde herhangi bir etki doğurmaması gerekir.

#### **VII. SONUÇ**

Eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, 6098 sayılı Borçlar Kanununda satıcının aslî borçlarından biri olarak, satılanın teslimi değil,

---

<sup>50</sup> Aral / Ayrancı, s. 97; Yavuz, s. 83; Tandoğan, s. 151 vd..

<sup>51</sup> Gümüş, s. 67; Aral / Ayrancı, s. 98; Yavuz, s. 61; Akçaal, Devir, s. 160.



zilyetliğini devretme borcu düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu borcun bu şekilde düzenlenmiş olması, uygulamada sorunlar meydana getirebileceği gibi, alıcının satılan üzerindeki denetim ve serbest tasarruf imkânını sağlama şeklindeki satış sözleşmesinin amacının da tesis edilememesine sebep olabilir. Bu itibarla, satıcının aslî borçlarının “*satılan teslim ve onun mülkiyetini devir borcu*” olduğunun kabul edilmesi daha isabetli olur.

Öte yandan, Borçlar Kanununda taşınır satışlarında yarar ve hasarın alıcıya geçiş ânı bakımından, kural olarak zilyetliğin devri esas alınmıştır (BK. m. 208/I). Böylece, kanunkoyucunun hasar ve yararın alıcıya intikalinin ve tasarruf işleminin aynı anda gerçekleşmesini sağlamak istediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, taşınır satışlarında yarar ve hasarın alıcıya geçiş ânı olarak *zilyetliğin devri* kavramından tasarrufi işlemi ifade eden “*aynî akıt*” ve “*teslim ya da alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devri*” anlaşılmalıdır

Zilyetliğin devri kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu, ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından da önem taşımaktadır. Zira devir kavramı, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerde de kanun koyucu tarafından esas alınmıştır. Hâlbuki, alıcı tarafından gözden geçirme ve bildirme külfetlerinin yerine getirilmesi sadece zilyetliğin teslimle devredildiği hâllerde mümkündür. Dolayısıyla, satıcının ayıptan tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde geçen devir kavramının *teslim* olarak anlaşılması yerinde olur. Bu sayede, tacirler arası ticarî satış bakımından muayene ve ihbar külfetinde teslim ânını esas alan Ticaret Kanunuyla da uyum sağlanmış olur. Aynı şekilde, ayıba karşı tekeffülden doğan davalarda iki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç ânı bakımından, satılanın teslim edildiği ânın esas alınması daha isabetli olur.

Zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin hükümlerde, ne zilyetliğin devri kavramına ne de teslim kavramına yer verilmiştir. Ancak, zapta karşı tekeffülün şartları olan satılanın alıcıya teslimi ve zaptı göz önünde bulundurulduğunda, satıcının söz konusu sorumluluğu bakımından da *teslim* kavramının esas alınması yerinde olur. Bu sayede, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bakımından öngörülen çözümle de uyum sağlanmış olur.

**KAYNAKÇA**

- Akçal**, Mehmet, İşletmenin Devri, Ankara 2014 (Devir).
- Akçal**, Mehmet, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın Geçişi, Konya Barosu Dergisi, S. 24, 2013, s. 50-53 (Hasar).
- Akıntürk**, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akipek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Altay**, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.
- Aral**, Fahrettin / **Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Arıkan**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu, Konya Barosu Dergisi, S. 23, 2012, s. 40-41.
- Atamer**, Yeşim, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK. m. 183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 131-168 (Hasar).
- Atamer**, Yeşim, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler (Derleyen: Doç. Dr. M. Murat Inceoğlu), İstanbul 2012, s. 187-221 (Taşınır).
- Atamer**, Yeşim, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008.
- Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012 (Borçlar).
- Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, Mülkiyet, C. 2, 4. Baskı, Konya 2012 (II).
- Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 9. Baskı, Konya 2013 (I).
- Ayan**, Mehmet, Ticarî Satım, Talikî Şart, Kusursuz İmkânsızlık ve Bir Hukuk Genel Kurul Kararı, SÜHFD., C. 2, S. 2, 1989, s. 235-287 (Ticarî Satım).
- Ayan**, Nurşen, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SÜHFD., C. 15, S. 1, 2007, s. 11-37.
- Aybay**, Aydın / **Hatemi**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

**Baur, Fritz / Stürner, Rolf**, Sachenrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, München 1999.

**Baysal, Pelin**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 221-268.

**Becker, Herman**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde 184-551, (Çev. Suat **Dura**), Ankara 1993.

**Bilgin, Melek Yüce**, Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 381-418.

**Brox, Hans**, Allgemeines Schuldrecht, 22. Auflage, München 1995.

**Çetiner, Bilgehan**, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 17-41.

**Dullinger, Silvia**, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4., aktualisierte Auflage, Wien 2010.

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2003.

**Ertas, Şeref**, Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012.

**Esener, Turhan / Güven, Kudret**, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.

**Feyzioglu, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 2, İstanbul 1980 (II).

**Feyzioglu, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku, Hususî Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 1970 (I).

**Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas**, Schuldrecht, München und Lausanne 2006.

**Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz / Emmenegger, Susan**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Zurich 2008.

**Guhl**, Theo / **Koller**, Alfred / **Schneyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.

**Gümüş**, M. Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.

**Gürsoy**, Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.

**Homberger**, A, Aynî Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili (Çev. Suat Bertan), Ankara 1950.

**Honsell**, Heinrich / **Vogt**, Nedim Peter / **Wiegand**, Wolfgang, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Auflage, Basel 2003.

**Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2003.

**Koziol**, Helmut/**Welser**, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 13. Auflage, Wien 2007.

**Medicus**, Dieter, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 3. Auflage, München 1987.

**Oetker**, Hartmut / **Maultzsch**, Felix, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Heidelberg 2013.

**Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012

**Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2009.

**Öz**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011 (Borçlar).

**Öz**, Turgut, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Meydana Gelen Değişiklikler ve Yenilikler, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 7-15 (Satım).

**Özdemir**, Hayrunnisa, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 359-379.

**Özen**, Burak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, 2005, s. 3662-3667.

**Rado**, Türkân, Alım Satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuzda Tesiri, A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 498-512.

**Rey**, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 2000.

**Saymen**, Ferit H. / **Elbir**, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

**Schellhammer**, Kurt, Sachenrecht, 2. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2005.

**Sirmen**, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

**Stark**, Emil W., Das Sachenrecht, 1. Teilband, Der Besitz, Artikel 919-941 ZGB, Bern 2001.

**Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008.

**Tekinay**, Selâhattin S., Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978.

**Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul 1977.

**Ünal**, Mehmet / **Başpınar**, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007.

**Westermann**, Peter Harm, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11., neubearbeitete Auflage 2004 Schuldrecht, Besonderer Teil, 4., aktualisierte Auflage, Wien 2010.

**Wilhelm**, Jan, Sachenrecht, Berlin 2002.

**Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.

**Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2014

**Zevkliler**, Aydın / **Ertaş**, Şeref / **Havutçu**, Ayşe / **Aydoğdu**, Murat / **Cumaloğlu**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.



## TTK M.52'YE GÖRE “TİCARİ DÜRÜSTLÜĞE AYKIRILIK” ŞARTININ İNCELENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Mustafa YASAN\*

### ÖZET

*Ticaret unvanı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda farklı bir anlayış ile düzenlenmiştir. Ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için aranan şartların kanun koyucu tarafından yeniden belirlenmesi, işaret ettiğimiz farklı anlayışın bir yansıması olarak kabul edilebilir. Nitekim TTK m.52 f.1'de ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanması, 6762 sayılı mülga Kanun m.54'ün aksine, kanuna aykırılık şartına değil, ticari dürüstlüğe aykırılık şartına bağlanmıştır. Kanun koyucunun bu tercihi yerindelik açısından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Buna ilaveten ticari dürüstlüğün kavramsal olarak içeriğinin de belirlenmesi gerekmektedir.*

**Anahtar Sözcükler:** *Ticaret unvanı, Ticari dürüstlük, TTK m.52, Ticaret unvanının korunması, Ticari dürüstlüğe aykırılık.*

### THE ANALYSIS OF “CONTRAVENTION TO COMMERCIAL HONESTY” AS A CONDITION IN ACCORDANCE WITH TCC Art.52

#### ABSTRACT

*Trade name is regulated by a different understanding in Turkish Code of Commerce Numbered 6102. The re-determination of conditions for the implementation of the provisions relating to the protection of trade names by the legislator can be considered as a reflection of different understanding which has been pointed out. Thus, in TCC Art.52/1, the implementation of the provisions relating to the protection of trade names, has been connected to the condition as contravention to*

*commercial honesty, not the condition as illegality, in contrary to abolished Code numbered 6762 Art.54. This choice of legislator, should be subject to an evaluation in the scope of propriety. In addition to this, the determination of the conceptional content of commercial honesty is also required.*

**Key Words:** Trade name, Commercial honesty, TCC Art.52, The protection of trade name, Contravention to commercial honesty.

## GİRİŞ

Tıpkı marka, coğrafi işaret ve işletme adı gibi ticaret hayatında geçerliği bulunan tanıma araçlarından biri olarak kabul edebileceğimiz ticaret unvanı<sup>1</sup>, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, (TTK) m.39 vd. yer alan özel hükümlerle düzenlenmektedir. Bu özel hükümler 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'na (eTTK) nazaran farklı bir anlayışı yansıtmaktadır. Farklılık kendini özellikle, kanun koyucu tarafından ticaret unvanının sahibine sağlanan korumanın kapsamının genişletilmesinde ve etkinliğinin artırılmasında göstermektedir. Nitekim TTK m.45'te, ister tüzel kişilere isterse gerçek kişilere ait olsun, tescil edilmiş bir ticaret unvanının sahibine sağladığı tekel yetkisinin, eTTK m.47'den farklı olarak, tüm ülkeye hitap eden bir koruma sağladığı tespit edilmiştir. Buna ilaveten TTK m.52'de ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin talepleri, eTTK m.54'teki kalemlerin yanında, tecavüzün tespitini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını ve gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Maddi tazminata özgü olarak, mahkeme tarafından tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedilebileceği öngörülmüştür. TTK m.52 f.1'in uygulanabilmesi bir başka deyişle, ticaret unvanı sahibinin işaret edilen talepleri mütecavize karşı yöneltebilmesi ise, yine eTTK'dan farklı olarak "kanuna aykırılık" şartına değil, "ticari dürüstlüğe aykırılık" şartına bağlanmıştır. Kanun koyucunun TTK m.52 f.1'in

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Ticaret unvanı üzerindeki hakkın hukuki niteliği hakkında bkz. AYHAN Rıza / ÖZDAMAR Mehmet / ÇAĞLAR Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2012, s.201, 202.



uygulanabilirliğini ticari dürüstlüğe aykırılık şartına bağlaması, dikkat çekici bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Sebebi ise, ticaret unvanının korunmasına ilişkin bir hükmün uygulanabilirliğinin, “ticari dürüstlük” kavramına ticaret hukuku kanunlarında ilk kez yer verilerek ve esasında bir medeni hukuk müessesesi olan dürüstlük kavramına atıf yapılarak düzenlenmiş olmasıdır. Öte yandan, kanun koyucu tarafından TTK m.52 f.1’in uygulanabilirliği için, kanuna aykırılık şartı yerine ticari dürüstlüğe aykırılık şartının tercih edilmesi, “ticari dürüstlük” kavramının çerçevesi ve sınırları açısından belirsizlikleri de beraberinde getirecek olması sebebiyle, kanaatimizce yerindelik açısından tartışılmalıdır. Çalışmamızı işte bu nedenle, TTK m.52 f.1’de işaret edilen “ticari dürüstlüğe aykırılık” şartının ticaret hukuku prensipleri çerçevesinde incelenmesine hasretmiş bulunuyoruz. İncelememizi iki ana başlık halinde gerçekleştireceğiz. İlk olarak, TTK m.52’deki ticari dürüstlüğe atıfta bulunan düzenlemenin yerindeliliğini değerlendireceğiz. Devamında ise ticari dürüstlüğe aykırılık şartıyla ilgili olarak işaret ettiğimiz belirsizliğin giderilmesine katkı sağlayabilmek adına, ticari dürüstlüğün kavram olarak neyi karşıladığına ilişkin tespit ve görüşlerimize yer vereceğiz. Son olarak, önerilerimizi de içerecek şekilde sunacağımız özet kısmı ile çalışmamızı tamamlayacağız.

## **I. “TİCARİ DÜRÜSTLÜĞE AYKIRILIK” ŞARTININ TERCİH EDİLMESİ**

### **A. “Ticari Dürüstlüğe Aykırılık Şartı” Tercihinin Gerekçeleri**

Bu başlık altındaki açıklamalarımıza “ticari dürüstlük” ibaresinin, kanun koyucu tarafından TTK’da sadece 52. maddede kullanıldığını ve bunun aslında, ticaret hukuku kanunlarında ticari dürüstlüğün doğrudan esas alınması açısından bir ilk olduğunu ifade ederek başlamalıyız. Buna karşın TTK Tasarısı hazırlanırken ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) genel kurulundaki görüşmelere kadar geçen aşamalar takip edilirken, ticari dürüstlük kavramına 52. maddenin metninde henüz yer verilmediğini de belirtmeliyiz. Zira 52. madde, TTK’nın tasarıdan kanun haline geçişi sürecinde, TBMM genel kurulunda Tasarının ilk haline nazaran farklılaşarak kabul edilmiştir. Bu farklılaşmaya, TBMM’de 26.11.2008’de başlayan TTK görüşmelerinde, 03.12.2008’de sıra 52. maddeye geldiğinde, “ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar”

ibaresinin milletvekilleri tarafından verilen bir önerge ile “ticari dürüstlüğe” dönüştürülmesi yol açmıştır. “Ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı” ibaresinin, çeviri izlenimi verdiği, bu sebeple aynı anlama gelen ve daha kısa olan “ticari dürüstlüğe aykırı” sözcüğünün uygun olacağı, önergede bu farklılaşmanın gerekçesi olarak ileri sürülmüştür<sup>2</sup>. “Ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar” ya da “ticari dürüstlük” ibareleri arasında şimdilik bir tercih yapmaksızın, önergenin gerekçesinde belirtildiğinin aksine, ticari dürüstlük kavramının ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar ibaresi ile anlam açısından tamamı ile örtüşmediğini, zira ticari dürüstlüğün daha soyut bir karakteri haiz olduğunu, bu soyut karakteri sebebiyle olması gereken hukuk açısından açık tanımı yapılarak, unsurları gösterilerek, kapsamı ile birlikte mutlaka kodifike edilmesi gerektiğini öncelikle belirtmek isteriz<sup>3</sup>.

TTK’da eTTK’dan farklı bir anlayışla düzenlenen müesseselerden birisi olarak kabul ettiğimiz ticaret unvanına ilişkin hükümlerin genel gerekçesinde, kamunun aydınlatılması ilkesine ve gerçeğin yansıtılması saikine vurgu yapılmıştır<sup>4</sup>. Buna ilaveten eTTK’nın, ticaret unvanının tecavüze uğraması halinde açılacak davalar, istenebilecek tazminat ve zamanaşımı konularında yetersizliği ve bu sebeple, yeni düzenlemedeki hükümlerin uygulama yönünden önem arz eden bu hususları açıklığa kavuşturabilecek şekilde kaleme alındığı da ifade edilmiştir. Son olarak, TTK m.39 vd. yer alan hükümlerin fikrî mülkiyete ilişkin mevzuata uyumunun sağlanmasının önemi üzerinde durulmuştur<sup>5</sup>. TTK genel gerekçede çerçevesi bu şekilde çizilen farklı anlayışın bir yansıması olarak, usulen tescil edilmiş ve ilan olunmuş bir ticaret unvanının sahibine sağladığı tekel niteliğindeki kullanım hakkının

---

<sup>2</sup> Ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibaresinin çeviri izlenimi verdiği hakkında bkz. BAHTİYAR Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.61, Y.2005, s.57.

<sup>3</sup> Kanun koyucu tarafından bu iki ibarenin anlam açısından aynı olduğu kabul edildiğinden, Tasarının genel ve madde gerekçelerinden çalışmamızda yararlanmaya devam edeceğiz.

<sup>4</sup> TBMM 6102 sayılı TTK Gerekçesi, s.23, 24.

<sup>5</sup> TBMM 6102 sayılı TTK Gerekçesi, s.38. Ayrıca bkz. BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2012, s.179.

ihlal edilmiş sayılabilmesi, bir başka deyişle ticaret unvanına tecavüzün gerçekleşmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, ticaret unvanının bir başkası tarafından “ticari dürüstlüğe aykırı” şekilde kullanılmış olması şartını gerekli ve yeterli gören bir hukuki rejime, TTK m.52 f.1’de yer alan hükümler ile geçerlik tanınmıştır. TTK m.52’nin gerekçesinde ise, eTTK’nın unvan sahiplerinin korunması bakımından yetersiz olduğuna, bu yetersizliğin özellikle diğer fikrî ve sınaî hakların tabi olduğu mevzuatta yer alan hükümlerle karşılaştırma yapıldığında daha da belirgin olarak karşımıza çıktığına, TTK m.52’deki düzenleme ile ticaret unvanı sahibine diğer fikrî ve sınaî hak sahiplerine tanınan hakların tanındığına ve bu sayede en azından korunma açısından aradaki dengesizliğin giderildiğine işaret edilmiştir<sup>6</sup>. Buna karşın, ticaret unvanının korunmasını düzenleyen hükümlerin uygulanabilirliğinin, eTTK m.54’ten farklı şekilde, kanuna aykırılık şartı yerine, “ticari dürüstlüğe aykırılık” (ya da Tasarının ilk halindeki gibi “ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalara aykırılık”) şartına hangi saiklerle bağlandığına dair bir açıklamaya ise ne ticaret unvanına ilişkin hükümlerin genel gerekçesinde ne de TTK m.52’ye özgü gerekçede yer verilmiştir. Öte yandan değindiğimiz genel ve madde gerekçelerinde yer alan ifadeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun fikrî ve sınaî mülkiyet hukuku mevzuatına uyumun sağlanarak daha etkin bir korumanın gerçekleştirilebilmesini hedef aldığı, bu hedefe ulaşılabilmesi için de ticaret unvanından doğan hakların ihlalinin ticari dürüstlüğe aykırılık göstermesinin gerekliliğinin ve yeterliliğinin amaçlandığı sonucuna yorum yoluyla ulaşılabilir.

### **B. Mukayeseli Hukukta Ticaret Unvanının Korunması İçin Gerekli Olan Aykırılık Şartı**

Alman Ticaret Kanunu’nda (Handelsgesetzbuch [HGB]) ticaret unvanının geçersiz<sup>7</sup>, haksız, kabul edilmeyen şekilde kullanılması (Unzulässiger Firmengebrauch) ihtimalinde uygulanacak tedbirler Artikel

<sup>6</sup> ODMAN BOZTOSUN N. Ayşe / ÜNAL Akın, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Y.2005, s.399.

<sup>7</sup> OETKER Hartmut, Handelsrecht, 6. Auflage, Heidelberg, 2010, Rn.105.

(Art.) 37'de düzenlenmiştir. Geçersiz, haksız kullanımdan kastın, ticaret unvanının yetkisiz bir şekilde kullanılması olduğu ifade edilmiştir<sup>8</sup>. Yetkisiz kullanım yasak kapsamına dâhil edilirken, güvenli bir ticaret hayatının sağlanabilmesi şeklindeki kamu yararı ile ilişki kurulmaya çalışılmıştır<sup>9</sup>. Yetkisiz kullanımın kapsamının belirlenebilmesi noktasında, HGB Art.37'ye aykırılığın, baştan itibaren gerçekleşmesi ya da ticari faaliyetin devamı sürecinde ortaya çıkması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>10</sup>. Buna ilaveten yetkisiz kullanımın yol açtığı menfaat kaybının, ticaret unvanı sahibi nezdinde somutlaşmış bir zarar şeklinde görünüm arz etmesine de gerek yoktur, genel ekonomik menfaatlerin doğasına aykırı bir kaybın yaşanması yeterlidir<sup>11</sup>. Ticaret unvanının hukuk sistemi tarafından kurumsal bir korumaya konu edilmesinin sebeplerinden biri de budur<sup>12</sup>. Bu noktada ticaret unvanı sahibinin menfaatleri ile piyasanın genel menfaatleri çatışabilmektedir<sup>13</sup>. Çatışma halinde menfaatler arasında bir dengenin sağlanması gerekir. Nitekim bu dengenin sağlanması noktasındaki belirsizlikler sebebiyle

---

<sup>8</sup> NOMER ERTAN Fusun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s.83; GESSLER Ernst / HERFERMEHL Wolfgang / HILDEBRANDT Wolfgang / SCHRODER Georg, Schlegelberger Handelsgesetzbuch Kommentar, 5. Auflage, München, 1973, s.291; KOLLER Ingo / ROTH Wulf-Henning / MORCK Winfried, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Erstes Buch, Handelsstand, Dritter Abschnitt, 7. Auflage, München, 2011, Rn.2.

<sup>9</sup> BAUMBACH Adolf / HOPT Klaus J., 1. Teil, Handelsgesetzbuch, Erstes Buch, Handelsstand, Dritter Abschnitt, 35. Auflage, München, 2012, Rn.1; GESSLER / HERFERMEHL / HILDEBRANDT / SCHRODER, s.291; KOLLER / ROTH / MORCK, Rn.1.

<sup>10</sup> EBENROTH Carsten Thomas / BOUJONG Karlheinz / JOOST Detlev / STROHN Lutz, Handelsgesetzbuch, Erstes Buch, Handelsstand, Dritter Abschnitt, 2. Auflage, München, 2008, Rn.6.

<sup>11</sup> OETKER, Rn.108.

<sup>12</sup> CANARIS Claus-Wilhelm, Handelsrecht, 24. Auflage, München, 2006, s.217.

<sup>13</sup> KOLLER / ROTH / MORCK, Rn.1.

tartışmaların ortaya çıkması kaçınılmazdır<sup>14</sup>. Bu tartışmaları sona erdirebilmek için, ticaret unvanının yetkisiz kullanımının, HGB'de (Art.18 vd.) ve diğer kanunlarda yer alan, tacirlerin veya şirketlerin türlerine göre ticaret unvanlarının çeşitlerini ve kullanılabilme esaslarını düzenleyen hükümlere aykırılığı karşıladığı noktasında bir görüş birliği söz konusudur<sup>15</sup>. Bir başka deyişle yetkisiz kullanımın objektifliğine ve yetkisiz kullanıma karşı uygulanacak müeyyidelerin sadece büyük ölçekli şirketlere karşı değil, küçük ve orta ölçekli işletmelere karşı da uygulanabilirliğine vurgu yapılmıştır<sup>16</sup>.

İsviçre hukukunda ise ticaret unvanının korunması genel olarak Obligationen Recht (OR) Art.956'da düzenlenmiştir. Korumanın amacı sadece ticaret unvanı sahibinin ekonomik menfaatlerini gözetmek değildir, bunun yanında ticaret unvanına gerçekleştirilen tecavüz sebebiyle üçüncü kişiler nezdinde uyandırılacak izlenimin ortaya çıkaracağı menfi durumun önüne geçilmek de istenmiştir<sup>17</sup>. İsviçre hukuk sisteminde ticaret unvanının korunmasına yönelik özel hükümlere OR dışındaki kanunlarda da rastlamak mümkündür. Örnek olarak Zivilgesetzbuch (ZGB) Art.28'de kişiliğin ve Art.29'da ise kişiliğin bir unsuru olarak ismin korunmasına ilişkin hükümler gösterilebilir<sup>18</sup>. OR Art.956/1'e göre korumanın sağlanabilmesi için, tescil ve ilan şartlarının

<sup>14</sup> EBENROTH / BOUJONG / JOOST / STROHN, Rn.6.

<sup>15</sup> CANARIS, s.217; BAUMBACH / HOPT, Rn.4; OETKER, Rn.105; EBENROTH / BOUJONG / JOOST / STROHN, Rn.6; KOLLER / ROTH / MORCK, Rn.3.

<sup>16</sup> OETKER, Rn.106; KOLLER / ROTH / MORCK, Rn.2.

<sup>17</sup> OERTLI Reinhard, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz - Art. 772-1186 OR und BEG, 2. Auflage, Zürich, 2012, s.535.

<sup>18</sup> GUHL Theo / SCHNYDER Anton K. / DRUEY Jean Nicholas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000. s.873; HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WATTER Rolf, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel, 2012, s.2279; DAVID Lucas, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Zürich, 2009, s.2045.

yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>19</sup>. Bunun karşısında tescil edilmesine ve ilan olunmasına rağmen uzun süre fiilen kullanılmayan bir ticaret unvanının koruma kapsamına dâhil olmaması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. OR Art.956/2'de ise ticaret unvanının korunmasına ilişkin tedbirlerin, ticaret unvanının yetkisiz bir şekilde kullanılmasına (Unbefugten Gebrauch) bağlandığı görülmektedir<sup>21</sup>. Yetkisiz kullanımdan kasıt, bir ticaret unvanının diğer ticaret unvanlarından yeterli derecede farklılaştırılmaksızın kullanılması değildir. Buna ilaveten objektif bir değerlendirme neticesinde ihlal olarak kabul edilen her türlü ihtimal yetkisiz kullanımın kapsamına dâhil olmaktadır<sup>22</sup>. Ticaret unvanının kullanımı neticesinde ticaret unvanı sahibinin ekonomik menfaatlerinde bir değer kaybının meydana gelmesi ile bu kaybın en azından tehlike bazında gerçekleşmesi arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır<sup>23</sup>. Yetkisiz kullanım gerçekleştiğinde ise bu yetkisiz kullanımın tespiti, durdurulması ve sonuçlarının ortadan kaldırılması istenebileceği gibi, tazminat talebi ile de dava açılabilir<sup>24</sup>. Hangi taleple dava açılırsa açılınsın ticaret unvanının yetkisiz kullanımı şeklindeki tecavüzün objektif olarak ispatlanmış olması gerekmektedir<sup>25</sup>.

### **C. “Ticari Dürüstlüğe Aykırılık” Şartının Yerindelik Açısından Değerlendirilmesi**

Ticaret unvanı, tıpkı marka, patent, endüstriyel tasarım vb. gibi özel hukuka ilişkin, devir kabiliyetini haiz, ekonomik olarak değerlendirilebilen ve herkese karşı ileri sürülebilen malvarlığı

---

<sup>19</sup> DAVID, s.2045; OERTLI, s.535; GUHL / SCHNYDER / DRUEY, s.874, 875.

<sup>20</sup> DAVID, s.2046.

<sup>21</sup> NOMER ERTAN, s.83; HONSELL / VOGT / WATTER, s.2277; TRUNIGER Christof, 7. Auflage, Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, 7. Auflage, Zürich, 2009, s.1424.

<sup>22</sup> HONSELL / VOGT / WATTER, s.2277; OERTLI, s.536; TRUNIGER, s.1425.

<sup>23</sup> OERTLI, s.537.

<sup>24</sup> DAVID, s.2048; OERTLI, s.537, 538.

<sup>25</sup> DAVID, s.2046; HONSELL / VOGT / WATTER, s.2278.

haklarından biri olarak<sup>26</sup> fikrî ve sınaî mülkiyet hukukunun konusunu oluşturmaktadır<sup>27</sup>. Bu sebeple, TTK gerekçesinde ticaret unvanının korunmasında diğer fikrî ve sınaî haklara gönderme yapılması ve korumanın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi hedefinin gösterilmesi kanaatimizce isabetli bir yaklaşımdır<sup>28</sup>. Buna karşın altını çizdiğimiz amacın gerçekleşebilmesi için ticaret unvanından doğan hakkın ihlalinin ve dolayısıyla ticaret unvanına tecavüz edene karşı söz konusu olabilecek müeyyidelerin uygulanabilirliğinin kanuna aykırılık yerine ticari dürüstlüğe aykırılık şartına bağlanmış olması, yerindelik ve isabetlilik açısından tartışılmalıdır.

### 1. Doktrinde Konunun Ele Alınışı

Doktrinde Kendigelen, ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin haklarının eTTK m.54'e göre ticaret unvanının başkası tarafından kanuna aykırı şekilde kullanılması halinde ortaya çıkmasına rağmen, TTK m.52 f.1'de ticari dürüstlüğe aykırılıktan söz edildiğini, bu değişikliğin gerekçesinin de açıklanmadığını ve hükmün uygulanması noktasında bir farklılık meydana getirip getirmeyeceğinin üzerinde durulması gereken bir sorun olduğunu, zira ticari dürüstlüğe aykırılığın kanuna aykırılığa

<sup>26</sup> Y.11. HD, T. 11.03.2008, E. 2006/11146, K. 2008/3184 (Bkz. Kazancı İtihat Bilgi Bankası); Y.11. HD, T. 14.01.2003, E. 2002/8443, K. 2003/248 (Bkz. <http://www.kararevi.com/karars/689263#.UlahoFNRbvU> Erişim Tarihi:07.08.2013); Y.11. HD, T. 27.04.2010, E. 2010/858, K. 2010/4554 (Bkz. Kazancı İtihat Bilgi Bankası).

<sup>27</sup> Ticaret unvanı üzerindeki hakkın hukuki niteliği hakkında bkz. AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s.201, 202.

<sup>28</sup> Arkan eTTK'da yer alan ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin tescil olunmuş ticaret unvanlarının korunması açısından yetersiz olduğunu, bu yetersizliğin özellikle daha sonra kabul edilen fikrî hak sahiplerine tanınan haklar göz önünde bulundurulduğunda açık bir şekilde ortaya çıktığını, TTK'da gerçekleştirilen ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi dâhil değişikliklerin de daha etkin bir ticaret unvanı korumasını sağlamaya çalıştığını ifade etmektedir. Bkz. ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2012, s.266.

nazaran daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıktığını ve muhtemelen hükmün uygulanması aşamasında geniş yorumlanacağını belirtmiştir<sup>29</sup>.

Bahtiyar, TTK m.52 f.1'in metninde işaret ettiğimiz değişiklik henüz gerçekleştirilmeden önce kaleme aldığı ve Tasarıyı dili ve ifadeleri yönünden incelediği eserinde, TTK metninde yer alan, buna karşın amacı ifade edemeyen ve içeriği belirsiz sözcükler arasında TTK m.52 f.1'deki "ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar" ibaresinin de bulunduğunu, bu ibarenin anlamının tam olarak tespit edilemediğini, yoruma açık olduğunu ve çeviriyi çağırttığını ileri sürmüştür<sup>30</sup>.

Nomer, TTK m.52'de tecavüzün sonuçları ile ilgili olarak hak sahibine daha geniş yetkilerin tanınmasının yanında, hangi hallerde ticaret unvanına tecavüzden bahsedilebileceği konusunda da değişikliklerin yapıldığını, zira eTTK'dan farklı olarak tecavüzün kanuna aykırılığının değil, ticari dürüstlüğe aykırılığının şart koşulduğunu, bu durumda ticari dürüstlüğün anlamının ne olduğunun ve kanuna aykırılık ifadesi ile arasında fark bulunup bulunmadığının tespit edilmesinin gerektiğini, buna karşın gerekçede neden ticari dürüstlük kavramının tercih edildiğine dair bir açıklığın yer almadığını ifade etmiştir<sup>31</sup>. Nomer, yabancı hukuklara bakıldığında da yetkisiz kullanımdan (OR Art.956) ve kendisine ait olmayan ticaret unvanının kullanılmasından (HGB §37) bahsedildiğini, mevzuatımızda ise ticari dürüstlüğe yakın bir kavram olarak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.12'de "dürüst ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmak koşuluyla....." ibaresine yer verildiğini belirtmiştir<sup>32</sup>. Nomer ayrıca, ticari dürüstlüğe aykırılık ile kanuna aykırılık kavramlarının birbirleriyle tam olarak örtüşmediğine, ticari dürüstlüğe aykırılığın daha geniş bir kavram olduğuna vurgu yapmıştır<sup>33</sup>.

Boztosun / Ünal, Tasarı henüz ilk halini muhafaza ederken yapmış oldukları çalışmada, TTK m.52 ile hayata geçen önemli

---

<sup>29</sup> KENDİGELEN Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul, 2012, s.78.

<sup>30</sup> BAHTİYAR, TTK Tasarısının Dili, s.57.

<sup>31</sup> NOMER ERTAN, s.82-84.

<sup>32</sup> NOMER ERTAN, s.82-84.

<sup>33</sup> NOMER ERTAN, s.84.



yeniliklerden biri olarak koruma kapsamının, ticaret unvanının başkaları tarafından sadece kanuna aykırı kullanımını değil, ticari hayatta geçerli dürüst uygulamalara aykırı kullanımını da önleyecek şekilde genişletildiğine ve netice itibarıyla bu değişikliğin, ticaret unvanına fikrî ve sınaî hakların seviyesinde bir koruma sağlayabilmesi adına yerinde olduğuna işaret etmişlerdir<sup>34</sup>.

## 2. Değerlendirmelerimiz

TTK'da ticari dürüstlük özelinde olmasa da, dürüstlük kavramını esas alan, hatta açıkça Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2'ye gönderme yapan hükümlere rastlamak mümkündür. Dolayısıyla bir ticaret hukuku müessesesinin dürüstlük kuralı veya kavramı ile bağlantı kurularak düzenlenmesi kanaatimizce tek başına eleştirilebilecek ya da yadırganacak bir tercih değildir. Örnek vermek gerekirse, haksız rekabete ilişkin "Amaç ve İlke" başlıklı 54. madde 2. fıkrada rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı sayılmış, 55. madde ise dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamaların örnek verilmesi suretiyle sayımına tahsis edilmiştir<sup>35</sup>. TTK'da dürüstlük kavramının esas alındığı diğer hükümler olarak; şirketler topluluğunda sorumluluğa dair 202. madde 1.d bendini, hakim şirketin azlığın paylarını satın alma hakkını düzenleyen 208. maddeyi, kolektif şirketlerde kâr payı hakkı ve zarara katılmayı düzenleyen 227. madde 1. fıkrayı, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ve yönetimle yetkili üçüncü kişilerin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen 369. maddeyi, yönetim kurulu üyesinin müzakerelere katılma yasağını düzenleyen 393. maddeyi, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının düzenlendiği 437. maddeyi, genel kurul kararlarının iptali sebeplerinin düzenlendiği 445. maddeyi, limited şirketlerde müdürler ile yönetimde yetkili kimselerin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen 626. maddeyi ve son olarak donatma iştirakinden çıkmak isteyen donatanın fesih istemini düzenleyen 1083. madde 2. fıkrayı gösterebiliriz. Buna ilaveten doktrinde de fikrî ve sınaî mülkiyet hukukunun müesseselerinin, dürüstlük kuralı ile

<sup>34</sup> ODMAN BOZTOSUN / ÜNAL, s.399.

<sup>35</sup> ÖZDEMİR Semih Sırrı, Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, İstanbul, 2013, s.18.

ilişkilendirilerek kaleme alındığı ve yorumlandığı görülmüştür. Örnek olarak, kısmen veya tamamen yapılan iltibasın serbest yararlanma kapsamında değerlendirilebilmesinin, doktrin tarafından, iltibasın dürüstlük kuralına göre makul oranda gerçekleşmiş olması şartına bağlanmasını gösterebiliriz<sup>36</sup>. Ayrıca eser sahibi ile yayınlayan arasındaki sözleşmede, yayınlayana tanınan çoğaltma yetkisinin sınırlarının TMK m.2 ile belirlenmesi gerektiğini ileri süren görüşleri de aynı kategoride değerlendirebiliriz<sup>37</sup>. Tüm bu örnekler de göstermektedir ki, fikrî ve sınâî mülkiyet hukukunu da kapsayacak şekilde ticaret hukuku müesseselerinin, dürüstlük kuralı ile bağlantı kurularak düzenlenmesi veya açıklanması son derece olağandır. Ancak bu noktada, TTK'da ve fikrî ve sınâî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta açıkça atıfta bulunulan bir kural olarak kabul edebileceğimiz dürüstlük kuralı zaten var iken, Kanunda ticaret unvanının korunmasına ilişkin hukuki rejimin düzenlenmesinde neden özellikle “ticari” dürüstlüğe aykırılığın bir şart olarak arandığı, bu tercihin bilinçli bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı, ne anlama geldiği ve netice itibarıyla isabetli olup olmadığı üzerinde durulması gerekir.

Öncelikle TTK m.52 f.1'in son şeklini, Tasarının hazırlanması ve TBMM komisyonları tarafından incelenmesi aşamalarında değil de, TBMM genel kurulundaki TTK görüşmeleri esnasında milletvekilleri tarafından verilen bir önerge ile aldığını hatırlatmak isteriz. Tasarının orijinal metnindeki “ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar” ibaresinin, sırf çeviriyi çağrıştırdığı gerekçesi ile soyut niteliğine rağmen tanımı yapılmadan, unsurları belirlenmeden ve kapsamı tespit edilmeden ticari dürüstlük kavramına dönüştürülmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır<sup>38</sup>. Netice itibarıyla, ticari dürüstlük ile ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibareleri anlam açısından birbirleriyle

---

<sup>36</sup> TEKİNALP Ünal, Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s.158, 159.

<sup>37</sup> TEKİNALP, s.260. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.8'de düzenlenen nispi ret sebeplerinden biri dolayısıyla itiraz hakkına sahip olan kişinin yine de hükümsüzlük davası açabilmesinin itirazdan kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi menfi şartına bağlı olduğu hakkında bkz. TEKİNALP, s.481.

<sup>38</sup> Bkz. ve karş. BAHTİYAR, TTK Tasarısının Dili, s.57.

tamamen örtüşmemektedir. Buna ilaveten çeviriyi çağrıştırdığı gerekçesinden yola çıkıldığında, TTK'daki birçok hükmün benzer şekilde değişikliğe konu olması gerekmektedir<sup>39</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) saikte yanılmayı düzenleyen 32. maddede yer alan “Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır.” cümlesinde de TTK m.52 f.1'in Tasarıdaki orijinal metni ile uyumlu bir ifadenin yer aldığı görülmektedir. Bu sebeplerle sırf çeviri izlenimi veriyor kaygısından yola çıkılarak, ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibaresinin sanki dürüstlük kuralının özel bir türü olarak nitelendirilebilecek şekilde ve bir hukuki müessese olarak soyut karakteri haiz ticari dürüstlük kavramına dönüştürülmesini, hem saik hem yöntem hem de sonuçları açısından isabetli görmediğimizi ifade etmek isteriz.

Bu noktada ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesiyle gerçekleşen değişikliğin ticaret unvanına ilişkin hükümlerin genel ve 52. maddenin özel gerekçeleri ile ne ölçüde uyum arz ettiği de tartışılmalıdır. Zira TTK m.52'nin gerekçesinde eTTK'nın unvan sahiplerinin korunması bakımından yetersiz olduğuna, bu yetersizliğin özellikle diğer fikrî ve sınaî hakların tabi olduğu mevzuatta yer alan hükümlerle karşılaştırma yapıldığında daha da belirgin olarak karşımıza çıktığına vurgu yapılmış ve TTK m.52'deki düzenleme ile ticaret unvanı sahibine diğer fikrî ve sınaî hak sahiplerine tanınan hakların tanındığı ifade edilmiştir. Gerekçede kast edilen mevzuat hükümleri incelendiğinde ise, ticari dürüstlük kavramının doğrudan söz konusu fikrî ve sınaî hakların korunmasına yönelik olarak düzenlenmediği, dikkate alınmadığı, sadece 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin tasarım hakkının sınırlandırıldığı hallerin düzenlendiği 21. maddesinin c bendinde “ticari uygulamadaki dürüstlük kuralları ile bağdaşır olmak, .....” ibaresine, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisnanın düzenlendiği 12. maddesinde ise “dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla .....” ibaresine yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla ticari dürüstlük kurallarına ya da ticaret

<sup>39</sup> BAHTİYAR, TTK Tasarısının Dili, s.47 vd.

hayatında geçerli olan dürüstlük kurallarına, fikrî ve sınaî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta sadece iki hükümde yer verildiği, bu hükümlerde de, kanun koyucunun TTK'nın 52. maddesinin gerekçesinde işaret ettiğinin aksine, ticari dürüstlük kavramının söz konusu fikrî ve sınaî hakların korunmasına ilişkin bir ölçüt olarak kabul edilmediği, sadece söz konusu fikir ve sanat eserlerinin sahiplerine tanınan hak ve yetkilerin sınırlarının belirlenmesinde dikkate alındığı karşımıza çıkmaktadır. Bir başka deyişle TTK m.52'ye göre, ticaret unvanının korunmasını sağlayan hükümlerin uygulanması açısından ticari dürüstlüğe aykırılık şartının gerçekleşmesi gerekli ve yeterli kabul edilerek, kanun koyucu tarafından ticaret unvanı sahibi lehine diğer fikrî ve sınaî hakların da ötesinde bir koruma alanı ve kabiliyeti tanınmış olmaktadır. Bu sebeple TTK m.52'ye özgü olarak işaret edilen, ticaret unvanının korunmasını diğer fikrî ve sınaî hakların seviyesine çıkartmak şeklindeki gerekçenin, en azından kanuna aykırılık şartı yerine ticari dürüstlüğe (ya da ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalara) aykırılık şartının öngörülmesinde geçerli olmadığını, amaca hizmet etmediğini, hatta bu sayede amacın aşıldığını, dolayısıyla ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi ile TTK m.52'nin gerekçesi arasında yerindelik açısından bir ilişki kurulamayacağını ifade etmek isteriz.

Ticaret unvanının korunmasının ticari dürüstlük kavramı esas alınarak düzenlenmesi, korumaya dair hükümlerin (TTK m.50-52) kendi aralarında da çelişkiye yol açmaktadır. Nitekim eTTK m.53'e paralel şekilde TTK m.51'de, ticaret unvanının kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğinin veya kullanıldığının mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü (TPE) tarafından görevlerini yaparlarken öğrenilmesi halinde durumun yetkili makamlara bildirilmesi zaruret olarak düzenlenirken, ticaret unvanının kanuna aykırı olarak tescil edilmesi veya kullanılması şartı aranmış<sup>40</sup>, buna karşın hemen akabindeki ticaret unvanının korunmasına ilişkin maddede (TTK m.52) ise ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği, ticaret unvanının kullanımının ticari dürüstlüğe aykırılığı şartına bağlanmıştır. Kanaatimizce ticaret unvanının korunmasına tahsis edilmiş iki hüküm arasında eTTK'nın aksine bu

---

<sup>40</sup> BOZER Ali / GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, s.134; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.77.

şekilde bir fark meydana getirilmesi isabetsizdir. Nitekim bu farklılığın neden gerçekleştirildiğine dair gerekçede de herhangi bir açık ifadeye rastlanmamaktadır. Ticaret unvanının ancak kanuna aykırı şekilde kullanılması halinde TTK m.51 gereği bildirim yükümlülüğü doğmasına rağmen, korumaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için neden ticari dürüstlüğe aykırılığın gerekli ve yeterli kabul edildiğine, korunmaya değer menfaatler arasındaki denge de göz önünde bulundurulduğunda, verilecek makul bir cevap bulmak zordur. Kanaatimizce TTK m.51 ve 52 arasında göz önünde bulundurulan menfaatler ve korunmaya dair hükümlerin uygulanabilmesi noktasında tabi olunan şartlar açısından bu anlamda bir fark meydana getirilmesi isabetli değildir. Netice itibarıyla ticari dürüstlük kavramına veya ticareti referans alan bir dürüstlük kuralına TTK m.52’de yer verilmesi, TTK’da yer alan, ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler arasında bir birlik sağlanamadığı gerekçesiyle dahi eleştirilmelidir.

Ticaret unvanının korunmasını ticari dürüstlük kuralına veya ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalara hatta sadece dürüstlük kuralına aykırılığa bağlamanın, kanuna aykırılık şartının ötesinde koruma hükümlerinin uygulanabilme kabiliyetini artıracak, dolayısıyla ticaret unvanının gerekçede ifade edildiği üzere daha etkin şekilde korunacağı bir an için ileri sürülebilir. Zira ticaret unvanının diğer tanıtma araçları ile birlikte belirli bir müşteri kitlesinin ticari işletmeye bağlanmasında ve söz konusu müşterilerin ürün ve hizmetler ile bunları tedarik edenleri seçmeleri noktasında oynadığı rol sebebiyle, müşterilerin menfaatlerinin korunması açısından da kanun koyucunun ticaret unvanının korunmasını özel olarak birtakım istisnalarla düzenlediği kabul edilebilir<sup>41</sup>. Buna ilaveten TTK m.54 vd. yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerde de rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşterileri arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu tespit edildiği düşünüldüğünde, TTK m.52 f.1’de ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi sayesinde ticaret unvanı ile haksız rekabet müesseseleri arasında bu anlamda da bir uyumun sağlandığı

<sup>41</sup> POROY Reha / YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2012, s.386, 394.

düşünülebilir<sup>42</sup>. Bu noktada ticaret unvanına ilişkin hükümlerin (TTK m.39 vd.) haksız rekabete ilişkin hükümler (TTK m.54 vd.) karşısında arz ettiği özelliğin üzerinde durmamız gerekir. Ticaret unvanının TTK m.50 vd. yer alan hükümlere göre korunabilmesi için tescil edilmesi şarttır. Tescil edilmemiş bir ticaret unvanının ise haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmesi<sup>43</sup> TTK m.54 vd. yer alan hükümler çerçevesinde her zaman mümkündür<sup>44</sup>. Buna ilaveten bir ticaret unvanı tescil edilmiş olsa

---

<sup>42</sup> Ticaret unvanının tıpkı işletme adı ve markalar gibi işletmeye artı değer kattıkları, ekonomik kıymetleri sebebiyle kötünietli kişilerce taklit edilebilecekleri, bu şekilde müşterilerin de yanılabileceği, bu sebeple haksız rekabetin gerçekleşebileceği hakkında bkz. BATTAL Ahmet, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2007, s.173; BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s.179, 180.

<sup>43</sup> “Öncelikle belirtilmelidir ki, işletme adı, ticaret unvanı ve tescilsiz marka gibi işaretlerin işlevleri birbirinden farklı olmakla birlikte hepsinin ortak özelliği işletmeyi, taciri ve mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırt edici niteliğe sahip birer "tanıtma vasıtası" olmaları ve TTK'nun 56. vd. maddeleri uyarınca işaret sahibine haksız rekabete karşı koruma sağlamalarıdır. Çünkü haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Bu bakımdan da öncelikli marka hakkı sahibinin bir başkası tarafından daha sonra gerçekleşen tescilsiz ve tescilli marka kullanımına sessiz kalarak icazet veren davranışlarda bulunup bulunmadığı her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmelidir.” YHGK, T. 04.05.2011, E. 2011/11-59, K. 2011/271 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “TTK'nın 47/son maddesi hükmüne göre, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırılması için sonradan tescil edilen tüzel kişi ortaklığının unvanına gerekli ekleri yapması zorunlu ve ticaret ortaklıklarının merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulunsa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, TTK'nın 43., 47., 54. ve 57/5. maddeleri uyarınca haksız rekabetin men'i davası açabilir.”. Y.11.HD, T. 22.04.2008, E. 2007/3728, K. 2008/5436 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>44</sup> HELVACI Mehmet, (ÜLGEN Hüseyin / TEOMAN Ömer / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün N.), Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2009, s.332, 333; DOMANIÇ Hayri / ULUSOY Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 2007,

dahi bu ticaret unvanının da TTK m.50 vd. yer alan özel hükümler yerine haksız rekabet hükümlerine (TTK m.54 vd.) göre korunabilmesinde, ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin bu yönde bir talebi olduğu müddetçe hukuken herhangi bir sakınca bulunmamaktadır<sup>45</sup>. Buna karşın ticaret unvanının TTK m.50 vd. yer alan özel hükümlerden yararlanılarak korunabilmesinin, TTK m.54 vd. düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerden farklı olarak, tescil edilmesi gibi özel bir takım şartların gerçekleşmesine bağlı olması<sup>46</sup>, gerekçede ticaret unvanının korunmasını sağlayabilmek için uygulanacak müeyyidelerin diğer fikrî ve sınaî hakların seviyesine çıkartılmasının hedef olarak belirtilmesi, ticaret unvanının sahibine sağlanan koruma ve kullanma haklarının mutlak nitelikte bir tekel yetkisini içermesi ve haksız rekabet hükümlerinin aksine uygulanabilmesi için zarar ya da zarar tehlikesi şartlarına bağlanmaması<sup>47</sup> gibi sebeplerle, ticaret unvanının haksız rekabet

s.271; KENDİGELEN, İlk Tespitler, s.81; BATTAL, s.179; BOZER / GÖLE, s.138; AYHAN / ÖZDAMAR / ÇAĞLAR, s.215, 216; ÖZDEMİR, s.23 vd.

<sup>45</sup> KAYA Arslan, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Haksız Rekabete İlişkin 15 Kasım 1983 Tarihli Kararının Çevirisi (BGE 99 II 483 vd.). Yabancı Bir Ticari İşletmeye Ait Ticaret Unvanının Aynen Kullanılması Suretiyle Haksız Rekabet”, Makalelerim I, İstanbul, 2012, s.717-723. Ayrıca bkz. Y. 11.HD, T. 23.03.2012, E. 2012/3425, K. 2012/4594, “Dava, ticaret unvanına tecavüz sebebiyle vaki haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve davalı unvanındaki iltibas yaratan ibarenin sicilden terkinin istemlerine ilişkindir.”; Y.11.HD, T. 18.05.1999. E. 1998/9430, K. 1999/4137, “Türk ticaret kanununun sadece unvana tecavüze ilişkin 54. maddesine değil, haksız rekabete ilişkin 57/5. maddesine dayandırılan istek, aynı kanunun 58/a maddesindeki haksız rekabetin tespiti talebini de içerir.” (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>46</sup> “Usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı, münhasıran sahibine aittir. Ticaret unvanının korunmasında tescilli unvanın varlığı ve önceliği yeterlidir. Usulen tescil ve ilan edilen ticaret unvanı, terkin edilinceye kadar koruma altında olup, sahibine kullanma hakkı bahşeder.” Y.11.HD, T. 30.09.2004, E. 2003/14387, K. 2004/9090 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> KARAHAN Sami, Ticari İşletme Hukuku, 23. Baskı, Konya, 2012, s.162; BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, 2013, s.117; ÇEKER Mustafa, Ticaret Hukuku, 6. Baskı, Adana, 2013, s.129.

hükümlerine nazaran daha nitelikli araçlarla ve metotlarla korunması gerektiği, dolayısıyla bu araç ve metotları düzenleyen özel hükümlerin uygulama alanlarının da daha dar bir kapsamda belirlenmesinin şart olduğu unutulmamalıdır. Bu esastan hareket ettiğimizde ise, kanun koyucunun ticaret unvanının korunmasında özellikle ticari dürüslük kavramına yer verdiği, bu sayede haksız rekabet müessesinde esas alınan genel dürüslüğe nazaran daha farklı ve nitelikli bir dürüslüğe aykırılığa işaret ettiği, bir başka deyişle TTK m.52'de, TTK m.54'te işaret edilen dürüslüğün ticaret unvanına özgü bir görünümünün düzenlendiği, netice itibarıyla ticaret unvanına ilişkin hükümlerin uygulama alanının daraltılmasının amaçlandığı göz önünde bulundurulduğunda, ticari dürüslük kavramının TTK m.52 f.1'de bu amaca uygun şekilde ve isabetli bir tercihle yer aldığı ileri sürülebilir. Kanaatimizce bu değerlendirme bizleri yanlış sonuçlara götürecektir. Zira TTK m.52'de yer alan koruma hükümlerinin uygulanabilmesi noktasında kanun koyucu, ticaret unvanının (ticari) dürüslüğe aykırı şekilde bir başkası tarafından kullanılmasını şart koşturmaktadır. Ticaret unvanının aynen ya da benzer şekilde bir başkası tarafından kullanılması iltibas olarak ifade edilebilir<sup>48</sup>. Ticaret unvanında iltibasın faili ise zaten ticari hayatın doğal

---

<sup>48</sup> “Dava, davalının ticaret unvanında yer alan ‘PERMAK’ ibaresinin ticaret unvanından silinmesi, terkinin, bu ibareyi kullanmasının haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ve haksız rekabetin men’i istemlerine ilişkindir. Her ne kadar, bir tüzel kişinin ticaret unvanı Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmişse, bu unvanın diğer bir unvandan ayırıldığı için sonradan tescil edilen tüzel kişinin unvanına gerekli ekleri yapması zorunlu ve tüzel kişinin merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulursa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, uyarınca haksız rekabetin men’i davası açabilir.” Y.11.HD, T. 15.01.2007, E. 2005/13595, K. 2007/273 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Dava, ticaret unvanına tecavüz ve iltibasta bulunmak suretiyle oluşan haksız rekabetin tespiti ve men’i ile davalının ticaret unvanındaki "Altınkaynak" ibaresinin silinmesi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemlerine ilişkindir. Sonraki tarihli tescile dayalı ticaret unvanında geçen ortak ibarelerin çıkarılması ortak faaliyet alanlarının varlığını gerektirmektedir. Davacı taraf ile davalının ana sözleşmelerinin getirtilerek, ana sözleşmelerinde yazılı faaliyet alanlarının karşılaştırılması ve ortak faaliyet alanları bulunduğunun tespiti halinde davalının ticari unvanında geçen bu ibarenin unvandan çıkarılmasına karar verilmesi



akışına uygun olarak bir başka ticaret erbabı olacaktır. Ticaret erbabının tabii olduğu ve kendisinden beklenen dürüstlük kriteri veya dikkat ve özen yükümlülüğü ölçüsü ise genel dürüstlüğün aksine ticari dürüstlüğün karşıladığı dürüstlük kriterinden, dikkat ve özen yükümlülüğünden farklılık arz etmeyecektir. Dolayısıyla kanun koyucu TTK m.52 f.1’de ticari dürüstlük kavramına yer vermeseydi dahi, ticaret unvanının korunmasına yol açacak tecavüzün dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilmesi için aramız gereken kriterler ticari dürüstlüğün gerektirdiği kriterler olarak karşımıza çıkacaktı. Bu sebeple TTK m.52 f.1’de, ticari dürüstlük kavramına sırf TTK m.54 vd. işaret edilen genel dürüstlük kavramından farkını ortaya koyabilmek ve özelliğini vurgulayabilmek amacıyla yer verildiğini ve bunun isabetli bir tercih olduğunu ileri sürmek kanaatimizce mümkün değildir. Buna ilaveten ister tescil edilsin ister edilmesin, ticaret unvanının korunmasında, dürüstlük kuralına aykırılığı referans olarak alan haksız rekabet müessesinden yararlanabilmeye zaten imkân tanıyan hukuki rejimin, ticaret unvanına ilişkin özel hükümlerden yararlanabilmeyi dolaylı da olsa aynı anlama gelebilecek şekilde ticari dürüstlüğe bağlayan bir yaklaşım içerisine girmesi, ticaret unvanı müessesesinin haksız rekabet müessesesi karşısındaki konumu dikkate alındığında da kanaatimizce isabetli bir tercih olarak kabul edilemez. Bu tespitlerimiz ışığında, kanun koyucunun tescil edilmiş ticaret unvanı ile tescil edilmemiş ticaret unvanı arasında, ticaret unvanının korunmasına dair uygulanacak hükümlerin farklılaşmasına değil, haksız rekabet hükümlerine yakınlaştırarak nerdeyse özdeş hale gelmesine yol açacak bir düzenlemeye TTK m.52 f.1’de ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi ile geçerlik tanınması kanaatimizce yerindelik açısından eleştiriyi hak etmektedir. Dürüstlük kuralı (TMK m.2), ister genel görünümü isterse TTK’da karşımıza çıkan özel görünümü olsun, her hukuki ilişkide geçerliği haiz, tarafların uymakla yükümlü olduğu ve hâkim tarafından da resen göz önünde bulundurulması gereken bir kuraldır<sup>49</sup>. Buna ilaveten her

---

gerekir.”, Y.11.HD, T. 04.05.2006, E. 2005/3315, K. 2006/5211 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>49</sup> ÖZSUNAY Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 4. Baskı, İstanbul, 1981, s. 350; ÖZTAN Bilge, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 27. Bası, Ankara, 2008, s.173; AYAN Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, 5. Baskı, Konya,

kanun hükmünün uygulanmasında dürüstlük kuralından esinlenmek<sup>50</sup>, gerektiğinde kanunda yer almayan dolayısıyla eksiklik olarak karşımıza çıkan boşlukları dürüstlük kuralından yararlanarak doldurabilmek de imkân dâhilindedir<sup>51</sup>. Bu sebeple ticari dürüstlük kavramına ilk kez TTK m.52 f.1'de yer verilmesi sayesinde dürüstlük kuralının ticaret hayatına

---

2011, s.168; DURAL Mustafa / SARI Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, İstanbul, 2009, s.198.

<sup>50</sup> “Ancak satışı vaat edilen taşınmaz, sözleşme ile veya fiilen satış vaadini kabul eden kişiye yani vaat alacaklısına teslim edilmiş ise on yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra açılan davalarda zamanaşımı savunması Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan "dürüst davranma" kuralı ile bağdaşmayacağından dinlenmez.”. Y.14.HD, T. 06.06.2011, E. 2011/6339, K. 2011/7351 (Bkz. <http://legalbank.net/belge/y-14-hd-e-2011-6339-k-2011-7351-t-06-06-2011/1095490> Erişim Tarihi: 12.08.2013); “ .... somut olayda davalı teras kat malikinin, terasın belli bir bölümünü bağımsız bölümüne katmak suretiyle gerçekleştirdiği ileri sürülen değişiklikler konusunda, davayı açan yöneticiye yetki veren tüm kat maliklerinin değişik tarihlerde aldıkları kararlarla muvafakatları bulunduğu gibi, daha önce açılmış olan aynı konudaki davadan da feragat ettikleri belirlenmiş olmakla; bu davayı açmakta Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralına uygun davrandıkları söylenemez. Anılan yasa maddesi uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bu hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”. Y.18.HD, T. 28.06.2005, E. 2005/3921, K. 2005/6864 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Söz konusu kanunlarda, boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama olgusu, gelirin/aylığın bağlanması engeli veya kesilmesi nedeni olarak öngörülmediğinden, 5510 S.K. 56 M. zaman bakımından uygulanmasında kuşku ve duraksamaya düşülmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu durumda, 4721 S.K.da belirtilen herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmünü içeren ve "Dürüst davranma" başlığını taşıyan 2. maddesinde yer alan dürüstlük (= objektif iyi niyet ) kuralı çerçevesinde çözüme gidilmelidir.”, Y.10.HD, T. 27.03.2012, E. 2012/3196, K. 2012/5975 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>51</sup> ÖZSUNAY, s.349.

özgü bir görünümünün artık geçerlik kazanmış olduğu ileri sürülemez. Bir başka deyişle ticaret unvanının korunmasını kanuna aykırı kullanımı şartına bağlayan eTTK m.54'ün geçerli kıldığı sistemde dahi, açıkça dürüstlük kuralına bir gönderme yapılmaması, dürüstlük kuralının göz ardı edilebildiği şeklinde yorumlanamaz. Kanuna aykırılık şartının TMK m.2'ye, bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırılığı da içerdiği kabul olunmalıdır. Bu sebeple TTK m.52 f.1'de ticari dürüstlüğe aykırılık şartının öngörülmesi ile ticaret unvanının koruma kapsamının genişletildiğini, TTK'daki koruma hükümlerinden yaralanmanın eTTK'ya nazaran ticaret unvanı sahibi lehine kolaylaştığını, zira özel koruma hükümlerinden yararlanılabilmesi noktasında, ticaret unvanının kullanımının ticaret hayatındaki dürüstlüğe aykırılığının da yeterli görüldüğü yepyeni bir hukuki rejime geçerlik tanındığını ileri sürmek kanaatimizce isabetli bir yorum olamaz.

Tüm bu değerlendirmelerimiz ışığında, TTK m.52 f.1'de ticaret unvanının korunmasına yönelik hükümlerin uygulanabilirliğinin, tanımı, unsurları ve kapsamı belirsiz şekilde ticari dürüstlüğe aykırılık şartına bağlanmasını, yerindelik açısından isabetli bir düzenleme olarak görmemekteyiz. Olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından, TTK m.52'de yer alan koruma hükümlerinin uygulanabilirliği için ticari dürüstlüğe aykırılığı gerekli ve yeterli gören bu düzenleme değiştirilmelidir. Bu değişiklik neticesinde ise maddeye kanaatimizce, ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin özel karakteri ile uyumlu olacak şekilde, müessesenin daha etkin ve daha dar bir çerçevede uygulanabilirliğine imkân tanıyacak ve kapsamı ticari dürüstlüğe aykırılığa nazaran daha kesin çizgilerle tespit edilebilecek bir şartın eklenmesi gerekir.

## **II. TİCARİ DÜRÜSTLÜK KAVRAMININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ**

### **A. Kapsamın Belirlenmesinin Gerekliliği**

Her ne kadar çalışmamızın ilk bölümünde TTK m.52 f.1'deki ticari dürüstlük kavramını esas alan düzenlemenin yerindelik açısından isabetli bir düzenleme olmadığını öngörmüş olsak da, bugün için geçerli hukuki rejim dikkate alındığında, tescilli bir ticaret unvanının TTK m.52'deki özel hükümlerle korunabilmesi için, TTK m.52 f.1 gereği ticaret unvanının bir başkası tarafından ticari dürüstlüğe aykırı şekilde kullanılmış olması gerekli ve yeterlidir. Ticari dürüstlük kavramına,

kapsamı düzenlenmeden TTK m.52 f.1'de yer verilmesi ise kanaatimizce, kanun koyucunun yaklaşımının eleştirilmesini gerektiren en önemli sebeptir. İşte bu noktada olan hukuk (de lege lata) açısından, ticari dürüslük kavramının kapsamının belirlenmesi şeklinde bir ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Nitekim çalışmamızın bu başlığında daha önce ileri sürdüğümüz eleştirileri de göz ardı etmeden, ancak yerindelik tartışmasına da artık girmeden, ticari dürüslüğün tam olarak neyi karşıladığını inceleyeceğiz.

### **B. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler**

Doktrinde Karahan, tacirin, ticaret unvanının dürüslük kuralına aykırı şekilde başkaları tarafından kullanılmasına karşı kanunun koruması altında olduğunu, dürüslük kuralına aykırı kullanımın ise koruma altındaki bir ticaret unvanının kanuna aykırı olarak bir başkası tarafından aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması ya da buna ilişkin belirtilerin ortaya çıkması halinde söz konusu olabileceğini ifade etmiştir<sup>52</sup>. Dolayısıyla yazar, TTK m.52 f.1'de yer alan ticari dürüslük kavramını, doğrudan dürüslük kuralı ile bağlantı kurarak, hatta ticaret hayatında geçerli olan / olmayan şeklinde ayırım yapmadan ele almıştır. Karahan, ticaret unvanına özgü kanuni koruma yollarından yararlanılabilmesi için, ticaret unvanı üzerindeki hak sahibinin zarar görmesinin veya zarar tehlikesine maruz kalmasının gerekmediğini, sadece dürüslük kuralına aykırı bir şekilde ticaret unvanının kullanılmış olmasının yeterli olacağını belirtmiştir<sup>53</sup>.

Nomer, TTK m.52 f.1'in yorumlanmasında dürüslük kurallarından uzaklaşmanın isabetli olmadığını, ticari dürüslük kavramını ticari alanda geçerli olan dürüslük kuralları olarak yorumlamanın gerektiğini, bu sebeple ticaret unvanının ticari dürüslüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılıp kullanılmadığının tespitinde ticari alanda geçerli olan dürüslük kurallarının dikkate alınmasının en isabetli çözüm olarak görüldüğünü ifade etmiştir<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> KARAHAN, s.163.

<sup>53</sup> KARAHAN, s.165.

<sup>54</sup> NOMER ERTAN, s.84.

### C. Değerlendirmelerimiz

Dürürlük kavramının ticari dürürlüğün özelinde TTK'da referans olarak alınması, ilk kez TTK ile karşımıza çıkan bir durum değildir. Zira TTK'da TMK m.2'nin yansıması olarak nitelendirilebilecek düzenlemelere kanun koyucu, eTTK'da olduğu gibi, TTK'da da yer vermeye devam etmiştir<sup>55</sup>. Tacirin basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğüne (TTK m.18 f.2) ve acentenin (TTK m.104), ticaret şirketlerinde yöneticilerin, yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin tabi oldukları rekabet yasağına ilişkin hükümlerin (TTK m.230, 311, 396, 572 ve 613) dürürlük kuralının ticaret hukukundaki özel yansımaları olarak TTK'da yer aldığını ifade etmemiz gerekir. Buna ilaveten haksız rekabete ilişkin TBK m.57'deki genel hükme rağmen, TTK m.54 vd. ticaret hukukuna özgü bir müessese olarak haksız rekabetin ayrıca ve detaylı bir şekilde düzenlendiği, dolayısıyla TMK ve TBK'da düzenlenmiş müesseselerin, TTK'da ticaret hukuku öncelikleri ile yeniden düzenlenmesinin son derece olağan olduğu, ticari dürürlük kavramı ile genel dürürlük kavramı arasında da bu paralelde bir ilişkinin bulunduğu ileri sürülebilir. Ancak bu noktada tespit etmemiz gerekir ki, rekabet yasağı ve haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ile TTK m.52'deki ticari dürürlüğü esas alan düzenleme arasında çok önemli bir fark vardır. Bu fark, TTK kanun koyucusunun rekabet yasağı ve haksız rekabetin aksine, ticari dürürlük müessesine, soyut karakterine aykırı şekilde tanımını, kapsamını düzenlemeksizin yer vermiş olmasıdır. Zira TTK'da ticari iş, ticari dava, ticari hüküm, ticari faiz, ticari örf ve âdet, ticari işletme vb. kavramların tanımlanmış olduğu, unsurlarının ve uygulama alanlarının ayrıca belirlenmiş olduğu göz önüne alındığında, kanaatimizce ticari dürürlük kavramının da kanun koyucu tarafından benzer bir yaklaşım ile düzenlenmesi gerekirdi. Bu durumun, ticari dürürlüğün kavramsal açıdan neyi karşıladığına ilişkin olarak, TMK m.1 anlamında bir kanun boşluğuna yol açtığı kabul edilebilir.

<sup>55</sup> KENDİGELEN Abuzer, "Haksız Rekabet-Ticari Sırların Ele Geçirilmesi", Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt IV, 2002, İstanbul, 2006, s.20; KENDİGELEN Abuzer, "Rekabet Yasağı ve Haksız Rekabet", Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt VI, 2004, İstanbul, 2006, s.6.

Ticari dürüstlük kavramının kapsamının, TMK m.2'deki dürüstlük kuralı ile ilişki kurularak açıklanması, prensip itibariyle isabetli bir yöntem olsa da kanaatimizce, TTK m.52 f.1'e sadece TMK m.2'nin sınırları içerisinde kalınarak anlam yüklemek ve ticari dürüstlüğe aykırılığı TMK m.2'nin ticaret hukukundaki özel görünümü olarak nitelendirmek, kavramın tam olarak neyi karşıladığı noktasında yetersizliğe yol açacaktır<sup>56</sup>. Zira TMK m.2'deki dürüstlük kuralının geçerlik kazanması ve bu kuralın ihlalinin yol açtığı müeyyidelerin uygulanması noktasında öncelikle, ihlali gerçekleştiren kimsenin sahibi olduğu bir hakkın varlığı gerekmektedir<sup>57</sup>. Nitekim TMK m.2 f.1'de de ifade edildiği üzere, kanun koyucu herkesin dürüstlük kuralına uymasını bir zorunluluk olarak öngörürken, bu zorunluluğun çerçevesini hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi olarak tespit etmiştir<sup>58</sup>. Dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı kabul edilebilmesi için de TMK m.2 f.2'de gösterildiği üzere, hakkın açıkça kötüye kullanılmış olması gerekmektedir<sup>59</sup>. TTK m.52 f.1'de ise ticaret unvanının ticari dürüstlüğe

---

<sup>56</sup> Dürüstlük kuralının işlevi hakkında bkz. AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 6. Basım, İstanbul, 2007, s.5, 6.

<sup>57</sup> Dürüstlük kuralına düşen önemli görevlerden birinin de yazılı hukukun eksikliklerini gidermek ve tüm hakların kullanılmasında sınırları belirlemek olduğu hakkında bkz. ÖZSUNAY, s.349. TMK m.2 f.1'de yer alan hükmün hak sùjelerine karşı bir emir içerdiği hakkında bkz. ÖZTAN, s.174.

<sup>58</sup> TMK m.2'nin hukuki işlemlerin kuruluşunda, hukuki işlemlerin yorumlanmasında, hukuki işlemlerin tamamlanmasında, hukuki yükümlülüklerin tahvilinde, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo), emprevizyon teorisinin uygulanmasında (clasula rebus sic standibus), kanun hükümlerinin yorumlanmasında, kanuna karşı hilenin önlenmesinde ve bir hukuki müessesenin amaca aykırı olarak kullanılmasının yasaklanmasında olduğu gibi son derece geniş bir çerçevede etkili olduğu hakkında bkz. OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2005, s.198-214; ÖZTAN, s.173-178; AYAN, s.168-175; DURAL / SARI, s.199-209.

<sup>59</sup> "Davalının sigortacısı davacının zararının tamamını karşılamıştır. Artık bu durumda, salt atıye terk beyanını kabul etmemesinden davalı taraf aleyhine bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bu nedenle davacıların eldeki davayı açmalarında tazminat hukuku anlamında bir engel yok ise de bu hakkın

aykırı şekilde kullanılmasının şart olarak arandığı görülmektedir. Ticaret unvanını dürüstlüğe aykırı şekilde kullanan üçüncü bir kişinin ise, müteceviz şekilde kullandığı ticaret unvanı üzerinde herhangi bir hakkının varlığından zaten bahsedilemeyecektir<sup>60</sup>. Dolayısıyla ticaret unvanı üzerinde hakkı bulunmayan bir kimsenin ticaret unvanını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanması gibi bir yükümlülüğü de evleviyetle söz konusu olmayacaktır. Nitekim TTK m.52'nin başlığı da "Unvanına Tecavüz Edilen Kimsenin Hakları" olarak tespit edildiğinden, TTK m.52 f.1'de yer alan "Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde....." ifadesinden ticari dürüstlüğe aykırı kullanımın ancak üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceğinin kanun koyucu tarafından kastedildiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu sebeplerle TTK m.52 f.1'de zikredilen ticari dürüstlüğün, TMK m.2'nin ticaret hukukuna özgü bir yansıması olarak görülemeyeceği ve TMK m.2'nin ticari dürüstlüğün kapsamının belirlenmesinde tek başına dikkate alınamayacağı<sup>61</sup>, buna karşın ticari dürüstlüğün kapsamının belirlenmesi noktasındaki boşluğun giderilmesi

---

kullanılmasında dürüst davranılmaması ve sonucunda da hakkın kötüye kullanımı söz konusu olup; Özel Dairece belirtildiği şekilde davalının sadece faiz istemi ile sorumlu tutulması gerekir." YHGK, T. 13.07.2011, E. 2011/4-410, K. 2011/511 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> "Davacı markasının ilgili sektörde 556 sayılı KHK'nın 7/1-ı maddesi anlamında tanınmış marka olduğunu, "PHAT" ibaresinin davacının unvanın esaslı unsuru olduğunu, Paris sözleşmesinin 8. maddesine göre ticaret unvanının korunduğu, 556 sayılı KHK'nın 8/5 maddesi ve TTK'nun 56,57/5 maddeleri uyarınca aynı alanda faaliyette bulunan davacı şirketin izni alınmadan bu unvanın davalı şirketçe marka olarak kullanılması olanaklı değildir." Y.11.HD, T. 18.04.2006, E. 2005/4397, K. 2006/4251 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>61</sup> TMK m.2'nin her çeşit hakkın ve borcun içeriğini ve kapsamını önceden belirleyen ve saptayan soyut bir hüküm olmadığı, hakların kullanılması veya borçların yerine getirilmesi ile ilgili her somut olayda bunların kapsamı belirlenirken göz önünde tutulması gerekli olan esasların neler olduğunu gösterdiği hakkında bkz. AKİPEK / AKINTÜRK, s.3/17.

amacıyla TMK m.2'deki ölçütlerden yararlanmada da herhangi bir sakınca bulunmayacağı kanaatindeyiz<sup>62</sup>.

Ticari dürüstlüğün kapsamına ilişkin olarak bir tespit yaparken, ticaret hayatında geçerli olan etik kurallardan yararlanabileceğimizi düşünmekteyiz. Dürüstlük kuralının ahlak ile olan yakın ilişkisi<sup>63</sup> dikkate alındığında, ticari dürüstlük ile ticaret hayatında geçerli etik kurallar arasında da benzer bir ilişkinin varlığı kanaatimizce göz ardı edilemeyecektir. Nitekim prensip itibariyle, ticaret hayatında veya ticari işlemlerde kabul edilemeyecek uygulamaların önlenmesi, ticaret unvanının sahibinin itibarı başta olmak üzere ticari hayatın tüm taraflarının menfaatine adil bir ticari ortamın meydana getirilebilmesi ve bu ortamın sürdürülebilirliğinin sağlanması, bu sayede sosyal ve ekonomik gelişmenin tekâmülü ticari hayatta geçerli etik kurallar ile elde edilmeye çalışılan hedefler olarak benimsenebilir. Bu hedeflerin ticaret

---

<sup>62</sup> Dürüstlük kuralının herkesin uyması gerekli olan genel ve objektif bir davranış kuralı olarak kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkilerde dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güven ile tutarlı şekilde davranmalarını ifade etmesi hakkında bkz. DURAL / SARI, s.198. Ayrıca bkz. “Diğer yandan mahkemenin dayanak aldığı sözleşmenin 29. maddesindeki, davalının haksız davranışları karşısında davacının hiç bir talepte bulunamayacağı ve tazminat isteyemeyeceği, şeklindeki hükmünde Borçlar Yasasının 19. maddesine ve MK.nun 2. maddesine aykırı olmakla geçersizdir.”. Y.11.HD, T. 27.03.1979, E. 1979/981, K. 1979/1537 (Bkz. <http://www.kararevi.com/karars/684619#.Ulaw3VNRbvU> Erişim tarihi: 12.08.2013); “Gayrimenkul tellallığı sözleşmesinin, tarafların ortak iradesi ile BK'nun 404/3. fıkrasında emredilen geçerlilik şartına uygun şekilde, yazılı olarak kurulmuş olduğu ve taraflarca hayata geçirildiğinin kabulü gerektiği; sözleşmeye taraf olan davalı/borçlunun açıklanan şekilde imza eksikliğini ileri sürmesinin ise TMK'nun 2. maddesinde açıklanan dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu; sonuç itibariyle davacının taraflar arasındaki geçerli tellallık sözleşmesi gereği ücrete hak kazandığı yönündeki direnme kararı isabetlidir.”, YHGK, T. 03.11.2010, E. 2010/19-559, K. 2010/546 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Dürüstlük kuralının, hakkını kullanan kişinin genel ahlak, sadakat ve doğruluk kurallarına göre hareket etmesi olarak açıklanabilmesi hakkında bkz. ÖZSUNAY, s.347, 350; ÖZTAN, s.173.



hukukunun genel ilkeleriyle ve TTK genel gerekçesinde işaret edilen saiklerle uyum içerisinde olduğu da unutulmamalıdır. Bununla birlikte iş etiği veya meslek etiği olarak karşımıza çıkabilen, kod haline de getirilebilen bu kuralların ticari dürüstlüğün kapsamının belirlenmesinde yararlı olmakla birlikte tek başına yeterlilik arz etmeyeceğini de ifade etmek gerekmektedir.

Ticari dürüstlüğün kapsamının belirlenmesinde yararlanılabilecek bir diğer kriter, TTK m.2'de düzenlenen ticari örf ve âdetler olarak da karşımıza çıkabilir. Netice itibarıyla ticari dürüstlüğün kanun koyucu tarafından açık bir tanımının yapılmaması ve kapsamının düzenlenmemesi bu konuda TMK m.1 f.2 anlamında bir kanun boşluğuna yol açmaktadır. Önüne uyuşmazlık gelen hâkimin uyuşmazlığın çözümü için ticari dürüstlüğe aykırılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini TTK m.1 f.2 gereği ticari örf ve âdet hukukuna göre çözümlemesi, ticari örf ve âdet hukukunda da bir kural yoksa genel örf ve âdet hukuku kurallarına müracaat etmesi, buna rağmen uyuşmazlık giderilememişse TMK m.1 f.2 gereği kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vererek uyuşmazlığı çözüme kavuşturması gerekmektedir. Ticaret unvanının bir başkası tarafından kullanılmasının ticari dürüstlüğe aykırı olup olmadığı hususunda, önüne uyuşmazlık gelen hâkim, karar verirken, ticari hayatta geçerli örf ve âdet kuralları ve teamüllerden, işaret ettiğimiz hukuk boşluğunun doldurulması amacıyla da yararlanabilir. Nitekim TTK m.2'de özel olarak düzenlenen ticari örf ve âdet kuralları ile TMK m.1'de gösterilen genel örf ve âdet kuralları arasındaki özellik-genellik, öncelik-sonralık ilişkisinin bir benzeri TMK m.2 ile TTK m.52 f.1 arasında da kurulabilir.

Hâkim, önüne gelen uyuşmazlığın, ticari dürüstlüğe aykırılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine kanaat getirirken, ticaret unvanının haksız rekabet hükümlerine göre daha özel ve daha nitelikli bir hukuki rejime tabi olduğunu, bu yüzden daha dar bir uygulama alanına sahip olabileceğini, netice itibarıyla ticari dürüstlüğe aykırılığın gerçekleşmiş sayılabilmesi için aranan şartların haksız rekabete nazaran daha titiz bir şekilde belirlenmesinin gerektiğini mutlaka göz önünde bulundurmalıdır<sup>64</sup>. Hâkim, ticari dürüstlüğe

<sup>64</sup> Benzer şekilde, dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının da, kanun hükümlerinin katı uygulanmasının yol açacağı, adalete,

aykırılığın şartlarını değerlendirirken haksız rekabet hükümlerinde yer alan kriterlerden özellikle kaçınılmalıdır. Aksi bir kabul, ticaret unvanının korunmasına zaten haksız rekabet hükümleri ile imkân tanıyan kanun koyucunun, bu iki müessese arasında uygulanabilme şartları ve sonuçları açısından fark meydana getirmeksizin benzer iki müesseseye de aynı anda geçerlik tanıdığı şeklinde yorumlanabilir. Bu yorum bir an için dahi geçerli kabul edilse, ticaret unvanının özel hükümler olmaksızın, sadece haksız rekabet hükümleri ile de korunabileceği, dolayısıyla ticaret unvanının korunmasına dair özel hükümlere TTK'da ihtiyaç bulunmadığı sonucuna bizleri götürmektedir. Kanaatimizce bu sonuç, kanun koyucunun amacına ve kanun yapma tekniğine aykırıdır.

Ticaret unvanında bir gerçek kişinin isminin bulunduğu hallerde bu isim üzerindeki mutlak hak TMK m.26'ya göre korunmaktadır<sup>65</sup>. TMK m.26'da ise isim hakkının tecavüze konu olması ve koruma hükümlerinin uygulanabilmesi için gerçek kişinin isminin "haksız" bir şekilde kullanılması gerekmektedir<sup>66</sup>. Bu noktada ismin haksız şekilde kullanılması şartının, ticaret unvanının korunması için de geçerli bir şart olarak kabul edilebileceği, dolayısıyla TMK m.26 ışığında haksız kullanımdan ne kastediliyorsa TTK m.52 f.1'in de aynı yoruma tabi tutulması gerektiği mevzuatta yeknesaklığın sağlanabilmesi amacıyla benimsenebilecek yorumlardan biri olabilir. Nitekim TTK m.52 f.1'in metninde de kanun koyucu, önce ticaret unvanının ticari dürüstlüğe aykırı şekilde kullanılması halinde bunun tespitinin ve yasaklanmasının talep edilebileceğini düzenlemiş, devamında ise kullanılan bir ticaret unvanının tescil edilmesi halinde değiştirilmesini, silinmesini veya tecavüzün

---

hakkaniyete ve ahlak anlayışına aykırı hayat ihtiyaçlarına uymayan sonuçları önleyecek bir genel kural bir temel hukuk ilkesi niteliğinde olduğu, fakat karşılaşılan her meselede bu husustaki başka hükümleri bir tarafa iterek sorunu dürüstlük kuralı ile çözmeye heves etmenin de hukuki güvenliği ortadan kaldıracağı hakkında bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s.214, 215.

<sup>65</sup> İsviçre hukukunda da ZGB'de benzer bir düzenlemenin bulunduğu, buna göre ZGB Art. 28 ve 29'da kişiliğin ve ismin korunmasına yönelik hükümlerin ticaret unvanının korunmasında da dayanak teşkil edebileceği hakkında bkz. HONSELL / VOGT / WATTER, s.2279.

<sup>66</sup> POROY / YASAMAN, s.404.

sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminatın istenebilmesini ticaret unvanının kullanımının haksızlığına bağlamıştır. Dolayısıyla ticaret unvanının haksız kullanımının tam olarak neyi karşılayacağı, ticari dürüstlüğe aykırı kullanımın haksız kullanım olarak kabul edilip edilmeyeceği, ticari dürüstlüğe aykırı kullanım ile haksız kullanımın müeyyidelerinin farklılığı göz önünde bulundurulduğunda, birbirinden farklı kriterleri gerektirip gerektirmeyeceği bu noktada yeni soru işaretleri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>67</sup>. Doktrinde Helvacı, ticaret unvanının haklı olarak kullanılmasını, ticaret unvanının ilk olarak kullanılması şeklinde açıklamıştır<sup>68</sup>. Yazara göre, bir ticaret unvanını daha önce kullanan ancak tescil ettirmeyen tacir, unvanın aynının veya benzerinin başkası tarafından kullanılması sonucunda ekonomik çıkarları bakımından zarar görmüş veya zarar görme tehlikesine maruz kalmışsa haksız rekabet hükümlerinden yararlanabilir<sup>69</sup>.

Ticari dürüstlük kavramının kapsamını belirlerken kanaatimizce, TTK m.52 f.1'in son halini, Tasarı TBMM genel kurulunda görüşülürken verilen önerge ile aldığı göz önünde bulundurmanız gerekir. Buna göre, ticari dürüstlük kavramı, TTK Tasarısının ilk halinde de ifade edildiği üzere anlam olarak ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamaları karşılamaktadır. Kanun koyucunun çeviri izlenimi verdiği gerekçesiyle ticari dürüstlük olarak değiştirdiği bu ibarenin, ticari dürüstlüğün kapsamı açısından kanun koyucunun iradesini yansıtması noktasında da yol gösterici olduğu kabul edilmelidir. Ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırılık kriterinin kabul edilmesi, tescilli olsun olmasın ticaret unvanının korunması için zaten her zaman uygulanabilme kabiliyetini haiz olan haksız rekabete ilişkin hükümlere (TTK m.54 vd.) nazaran, ticaret unvanının korunmasına ilişkin özel hükümlerin özgülüğünü muhafaza edebilmesi açısından da yerinde bir

<sup>67</sup> Bkz. KAYAR İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2012, s.207, 208; ÇEKER, s.132.

<sup>68</sup> HELVACI, s.333.

<sup>69</sup> HELVACI, s.333.

tercih olacaktır<sup>70</sup>. Bu sayede kanun koyucunun ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği açısından haksız rekabet müessesesinin gerektirdiği şartları yeterli görmediği ve bu sebeple TTK m.52 f.2 ile dürüstlük kuralının ihlalinin de ötesinde, daha nitelikli bir şekilde dürüst ticari uygulamalara aykırılık teşkil edecek tecavüzleri kastettiği yönündeki kanaatimiz doğrulanmış olmaktadır.

Bu sebeplerle önüne uyuşmazlık gelen hâkim, ticaret unvanına gerçekleştirilen tecavüzün TTK m.52 f.1 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine, her somut uyuşmazlığın kendine özgü durumlarını ve şartlarını dikkate alarak kanaat getirecektir<sup>71</sup>. Bununla

---

<sup>70</sup> Öte yandan TTK m.52 ile TTK m.56 karşılaştırıldığında ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler ile haksız rekabete ilişkin hükümlerin yakınlaştığını, hatta kanun koyucunun haksız rekabete ilişkin hükümleri daha etkin bir korumayı sağlayacak şekilde detaylı olarak kaleme aldığını görmekteyiz. Bu sebeple her ne kadar ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin haksız rekabete ilişkin hükümlere karşı özgünlüğünün muhafaza edilmesinin gerekliliğine ve dolayısıyla ticari dürüstlüğe aykırılığın haksız rekabete ilişkin hükümlerde yer alan dürüstlüğe aykırılık kavramından daha özgün bir karakteri haiz olduğuna işaret etsek de kanun koyucunun ticaret unvanı ve haksız rekabete ilişkin hükümlerin müeyyideleri açısından farkı ortadan kaldıracak tarzda bir düzenlemeye gitmesi kanaatimizce yanlış olmuştur.

<sup>71</sup> Dürüstlük kuralının da bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade ettiği, davranışın bu nitelikte olup olmadığının toplumda egemen olan ahlaki ölçülere, geçerli âdetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edildiği hakkında bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s.184. Ayrıca bkz. Y.11.HD, T. 13.04.2010, E. 2008/8718, K. 2010/4163, “Dava, davalıya ait TEN ... Konfeksiyon Ltd. Şti. ticaret unvanında yer alan TEN kelimesinin unvandan çıkarılması ve davalının unvanının değiştirilmesi istemine ilişkindir. Davacının ticaret unvanında yer alan TEN ibaresi ile davalı şirketin ticaret unvanında bulunan TEN ibaresi aynıyet derecesinde benzerdir. Davacı şirket davalı şirketten çok önce kurulmuş ve ticaret unvanını bu tarihte tescil ve ilan ettirmiştir. Onun için kullanımda öncelik hakkı hiç kuşkusuz davacı şirkete aittir. Durum bu olmakla birlikte, davalı şirketin TEN sözcüğünü ticaret unvanın da kullandığı tarihten dava tarihine kadar geçen yaklaşık 12 yıl boyunca davacı şirket, davalının bu kullanımına sessiz kalmıştır. Üstelik davacı ve davalı aynı ticaret siciline tescilli olup, aynı ilde tekstil sektöründe faaliyet

birlikte ticari dürüstlüğün ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalardan müteşekkil olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, ticaret hayatının dinamikleri ile ticaret hukukunun hakim ilkelerinin de ticari dürüstlük kavramının kapsamının belirlenmesinde etkili olacağını kabul etmemiz gerekir. Ticari dürüstlüğe aykırılığın genel dürüstlük kuralına aykırılığa nazaran daha nitelikli bir ihlalin varlığını gerektirdiği de hâkim tarafından mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. TTK m.52’de işaret edilen ticari dürüstlüğe aykırılığın meydana gelebilmesi için ticaret unvanını kullanan kimsenin ticari bir amaç güdüp gütmeyeceğinin, ticari faaliyeti gereği ihlal niteliğindeki kullanımı gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin, hatta söz konusu kimsenin tacir sıfatına sahip olup olmadığının hâkim tarafından değerlendirilmesi ve ticari dürüstlüğe aykırılık şartının bu kriterler çerçevesinde tespit edilmesi gerekmektedir<sup>72</sup>. Basiretli işadamı gibi davranma yükümlülüğünün (TTK m.18 f.2) söz konusu olabilmesi için aranan şartların dahi ticari dürüstlüğe aykırılığın gerçekleşebilmiş sayılabilmesi noktasındaki değerlendirmede hâkim tarafından dikkate alınabilmesi mümkündür<sup>73</sup>.

göstermektedirler. Bu nedenle anılan süre sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmayı sağlayacak yeterli bir süredir ve bu itibarla mahkemece, davacı şirketin sessiz kalmak suretiyle MK.nun 2. maddesi uyarınca dava hakkını yitirdiğinin kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekir.” (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>72</sup> Battal, ticaret unvanının karıştırılmasının markanın veya işletme adının karıştırılmasına nazaran daha farklı sonuçlar doğuracağını, karıştıracak kişilerin, işletmenin ya da ürünün müşterileri değil, tacirin muhatapları olacağını, karıştırmanın sonucunun üründe yanılma ve zarar görme değil, doğrudan sözleşmenin karşı tarafında yanılma olarak gerçekleşeceğini, bu sebeplerle iltibas ihtimalinin olup olmadığı belirlenirken işletmede sunulan ürüne veya hizmete müşteri olan kişilerin algılama seviyesi değil, tacirin muhataplarının durumu ve algılama boyutunun nazara alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. BATTAL, s.175, dn.80.

<sup>73</sup> Nitekim Y.19.HD’nin bir kararında “dürüst tacir gibi davranma yükümlülüğü” ibaresi zikredilmiş ve konkordatonun tasdikini talep eden davacı şirketin, defter tutmakla yükümlü birinci sınıf tacir olduğu, ticari defterlerinin kapanış tasdiki bulunmadığı, varlığı iddia olunan kasa defterinin bilirkşi incelemesine sunulmadığı, davacının bu nedenle dürüst kabul edilemeyeceği, teminat olarak gösterilen taşınmazların üzerindeki

## SONUÇ

Ticaret unvanı, TTK m.39 ila 52'de eTTK'dan farklı bir anlayışla düzenlenmiştir. Bu farklılık kendini özellikle, ticaret unvanının daha etkin ve geniş bir çerçevede korunmasını sağlayan tedbirlere ve yeniliklere geçerlik tanınması ile göstermektedir. Buna ilaveten ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesini kolaylaştıran değişikliklerin de gerçekleştirildiği görülmektedir. Nitekim ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin özel hukuki yollardan yararlanabilmesi için, eTTK m.54'te kanuna aykırılık şart koşulmuş iken, TTK m.52 f.1'de ise ticaret unvanının ticari dürüstlüğe aykırı şekilde kullanılması gerekli ve yeterli kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bu değişikliğe neden gittiğine dair Kanunun genel ve madde gerekçelerinde bir açıklama yer almamaktadır. Buna rağmen, gerçekleşen bu değişikliğin önce yerindeliliğinin incelenmesi ve devamında ise ticari dürüstlük kavramının tam olarak neyi karşıladığının belirlenmesi gerekmektedir.

Ticari dürüstlük kavramı, TTK m.52 f.1'in metnine, Tasarı TBMM genel kurulunda görüşülürken milletvekilleri tarafından verilen bir önerge ile dâhil olmuştur. Tasarının 52. maddesinin önergeden önceki metninde yer alan, ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibaresinin çeviri izlenimi verdiği, bu sebeple aynı anlama gelen ticari dürüstlük kavramının kullanılmasının yerinde olacağı bu önergenin ileri sürülmesinin gerekçeleri olarak gösterilebilir. Önergenin gerekçesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira aynı gerekçeden yola çıkıldığı takdirde, TTK'da birçok hükmün aynı değişikliğe maruz kalması gerektiğini, ticari dürüstlük kavramı ile ticaret hayatında geçerli dürüst uygulamalar ibaresinin de anlamları itibariyle tamamı ile örtüşmediğini, bununla birlikte ticari dürüstlüğün, soyut karakteri haiz kavramsal niteliği sebebiyle tanımının yapılarak, unsurlarının belirlenerek TTK'da düzenlenmesi gerekirken TTK m.52 f.1'deki hükmün bu anlamda önemli bir eksikliğe yol açtığını ifade edebiliriz.

---

ipotekler de gözetildiğinde teminatsız kabul etmeyen alacaklıların alacağını temin etmeyeceği gerekçeleriyle konkordatonun tasdiki talebinin reddine karar verilmiştir. Bkz. Y.19.HD, T. 22.05.1997, E. 1997/3026, K. 1997/5243 (Bkz. <http://www.kararevi.com/karars/708145#.UlaxtINRbvU> Erişim Tarihi:06.07.2013).

TTK m.52’de kanuna aykırılık yerine ticari dürüstlüğe aykırılığın öngörülmesini yerindelik açısından isabetli bulmamaktayız. Olması gereken hukuk açısından ise TTK m.52 f.1’de ticari dürüstlüğe aykırılığı gerekli ve yeterli gören düzenlemenin değiştirilerek, ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin özel karakteri ile uyumlu olacak şekilde daha etkin ve daha dar bir çerçevede koruma hükümlerinin uygulanabilirliğine imkân tanıyacak ve kapsamı daha kolay bir şekilde belirlenebilecek bir şartın maddeye eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimize dayanak olarak, öncelikle TTK’nın genel gerekçesinde ve 52. maddenin madde gerekçesinde işaret edilen saikleri ve ticari dürüstlüğe aykırılığın TTK m.52’nin uygulanabilirliği için şart koşulması arasındaki çelişkiyi gösterebiliriz. Zira ticari dürüstlüğe aykırılığın ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği için gerekli ve yeterli kılınması ile TTK m.52’ye özgü olarak işaret edilen, ticaret unvanının korunmasını diğer fikrî ve sınaî hakların seviyesine çıkartmak şeklindeki gerekçenin aşıldığını düşünmekteyiz. TTK m.51’de mahkemelere, memurlara, ticaret ve sanayi odalarına, noterlere ve TPE’ye yüklenen bildirim yükümlülüğü düzenlenirken ticaret unvanının kanuna aykırı şekilde kullanımı şart koşulmasına rağmen TTK m.52’de ticari dürüstlüğe yollama yapılmasının, ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler arasında çelişkiye yol açtığı gerekçesi ile de isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Dürüstlük kuralının (TMK m.2), ister genel isterse TTK’da karşımıza çıkan özel görünümü olsun, her hukuki ilişkide geçerliği haiz bir kural olduğu göz önünde bulundurulduğunda, eTTK m.54’ün geçerli kıldığı sistemde dahi, açıkça dürüstlük kuralına bir gönderme yapılmamasının, dürüstlük kuralının göz ardı edilebildiği şeklinde yorumlanamayacağını, kanuna aykırılık şartının TMK m.2’ye bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırılığı zaten içerdiğini, dolayısıyla TTK m.52 f.1 ile dürüstlük kuralının, ticaret unvanının korunmasının kapsamının genişletilebilmesinde ilk kez dikkate alındığı şeklindeki yaklaşımın isabetli olamayacağını düşünmekteyiz.

Olan hukuk açısından ticari dürüstlük kavramının kapsamının kanunda tanımlanmamış olması dolayısıyla karşımıza bir boşluğun çıktığını, bu boşluğun giderilmesi amacıyla uyumsuzluk önüne gelen hâkimin önce TMK m.1 ve TTK m.1 gereği ticari örf ve âdet ve ihtiyaç duyulursa devamında genel örf ve âdet kuralları ile uyumsuzluğun çözümüne gitmesi gerektiğini, burada dahi bir boşluk söz konusu

olduğunda her somut uyuşmazlığın kendine özgü şartlarını dikkate alarak ticari dürüstlüğe aykırılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemesinin şart olduğunu, bu değerlendirmeyi yaparken etik kurallardan, ticari örf ve âdetler ile teamüllerden, TMK m.2'deki dürüstlük kuralının ilkelerinden, ticaret hukukunun önceliklerinden yararlanabileceğini, ticari dürüstlüğün, TTK m.52'nin son şeklini, TBMM genel kurulunda milletvekilleri tarafından verilen bir önerge ile aldığı da göz önünde bulundurulduğunda, ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar şeklinde anlaşılmasının mümkün olduğunu, tecavüzü gerçekleştirenin tacir sıfatına sahip olup olmadığı veya basiretli işadamı gibi davranma yükümlülüğüne tabiiyetinin bulunup bulunmadığının hâkim tarafından mutlaka dikkate alınacağını, bu sayede haksız rekabet müessesesinden farklı ve daha etkin ve bu özelliği ile uyumlu olarak daha nitelikli şartlara bağlanmış bir korumanın ticaret unvanı sahibine sağlanmış olacağını belirtmek isteriz.

#### **KAYNAKÇA**

Abuzer KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2012, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık. (İlk Tespitler)

Abuzer KENDİGELEN, “Haksız Rekabet-Ticari Sırların Ele Geçirilmesi”, Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt IV, 2002, İstanbul, 2006. (s.17-25)

Abuzer KENDİGELEN, “Rekabet Yasağı ve Haksız Rekabet”, Hukuki Mütalâalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte), Cilt VI, 2004, İstanbul, 2006. (s.1-11).

Adolf BAUMBACH / Klaus J. HOPT, 1. Teil

Handelsgesetzbuch, Erstes Buch, Handelsstand , Dritter Abschnitt, München, 2012, 35. Auflage, Verlag C. H. Beck.

Ahmet BATTAL, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2007, Gazi Kitapevi.

Ali BOZER / Celal GÖLE, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Arslan KAYA, “İsviçre Federal Mahkemesi'nin Haksız Rekabete İlişkin 15 Kasım 1983 Tarihli Kararının Çevirisi (BGE 99 II 483 vd.). Yabancı Bir Ticari İşletmeye Ait Ticaret Unvanının Aynen Kullanılması



Suretiyle Haksız Rekabet”, Makalelerim I, İstanbul, 2012, Beta Yayınevi. (s.717-723)

Bilge ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2008, 27. Baskı, Turhan Kitapevi.

Carsten Thomas EBENROTH / Karlheinz BOUJONG / Detlev JOOST / Lutz STROHN, Handelsgesetzbuch, Erstes Buch, Handelsstand, Dritter Abschnitt, München, 2008, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck.

Claus-Wilhelm CANARIS, Handelsrecht, München, 2006, 24. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Christof TRUNIGER, Präjudizienbuch OR - Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich, 2009, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.

Ergun ÖZSUNAY, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1981, 4. Baskı, Güryay Matbaası.

Ernst GESSLER / Wolfgang HERFERMEHL / Wolfgang HILDEBRANDT / Georg SCHRODER, Schlegelberger Handelsgesetzbuch Kommentar, München, 1973, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen.

Fatih BİLGİLİ / Ertan DEMİRKAPI, Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2012, 3. Baskı, Dora Yayınevi.

Fusun N. NOMER ERTAN, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Unvanı ve İşletme Adına İlişkin Olarak Yapılan Değişiklikler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, 2012. (s.71-86)

Hartmut OETKER, Handelsrecht, Heidelberg, 2010, 6. Auflage, Springer.

Hayri DOMANIÇ / Erol ULUSOY, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 2007, Arıkan Kitapevi.

Heinrich HONSELL / Nedim Peter VOGT / Rolf WATTER, Obligationenrecht II, Basel, 2012, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag.

Ingo KOLLER / Wulf-Henning ROTH / Winfried MORCK, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Erstes Buch, Handelsstand, Dritter Abschnitt, München, 20117, Auflage, C.H.Beck.

İsmail KAYAR, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, Güncellenmiş 8. Baskı, Detay Yayıncılık.

Jale AKİPEK / Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, İstanbul, 2007, 6. Basım, Beta Yayınevi.

Kemal OĞUZMAN /Nami BARLAS, Medeni Hukuk, İstanbul, 2005, 12. Bası, Beta Yayınevi.

Lucas DAVID, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 2009, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG.

Mehmet AYAN, Medeni Hukuka Giriş, Konya, 2011, 5. Baskı, Mimoza Yayınevi.

Mehmet BAHTİYAR, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2013, 13. Baskı, Beta Yayınevi.

Mehmet BAHTİYAR, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2005, S.61. (s.47-106). (TTK Tasarısının Dili)

Mehmet HELVACI, (Hüseyin ÜLGEN / Ömer TEOMAN / Abuzer KENDİGELEN / Arslan KAYA / Füsun N. NOMER ERTAN), Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık.

Mustafa DURAL / Suat SARI, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2009, 4. Baskı, Filiz Kitapevi.

Mustafa ÇEKER, Ticaret Hukuku, Adana, 2013, 6. Baskı, Karahan Kitapevi.

N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN / Akın ÜNAL, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, Y.2005, S.1. (s.383-413.)

Reha POROY / Hamdi YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık.

Reinhard OERTLI, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz - Art. 772-1186 OR und BEG, Zürich, 2012, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.

Rıza AYHAN / Mehmet ÖZDAMAR / Hayrettin ÇAĞLAR,  
Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi.

Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, 16. Baskı,  
Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Sami KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2012, 23.  
Baskı, Mimoza Yayınları.

Semih Sırrı ÖZDEMİR, Haksız Rekabet Kavramı Açısından  
Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar, XII Levha Yayınları, İstanbul,  
2013.

Theo GUHL / Anton K. SCHNYDER / Jean Nicholas DRUEY,  
Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000, 9. Auflage,  
Schulthess.

Ünal TEKİNALP, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, 5.  
Baskı, Vedat Kitapçılık.



## RECENT DEVELOPMENTS IN TURKISH COMPETITION LAW CONCERNING BANKING SECTOR

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN\*

Yrd. Doç. Dr. Cumhuri BOYACIOĞLU\*\*

### ABSTRACT

*One of competition law's primary concerns is with agreements between competitors. Competition law generally forbids competitors if they have the purpose or effect or likely effect of substantially lessening competition. The general view of price fixing is that two or more parties agree to restrict competition between themselves by setting fixed or minimum prices below which they will not sell. Worldwide competition laws and authorities treat price fixing harshly.*

*Recently an investigation conducted by the Turkish Competition Board in order to determine whether twelve banks operating in Turkey violated competition rules by making agreements and/or engaging in concerted practices in the deposits, loans and credit cards sector has been concluded. The investigation was carried out as a result of the preliminary inquiry initiated by the Competition Board in response to the claims that credit card issuing banks determine interest rates including retail and late interest rates in collusion, in order to establish a system in which all interest rates consisting of those for deposits, loans and credit cards were determined jointly. In this article, we would like to analyse*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*the decision of the Turkish Competition Board in the light of competition law principles and practices.*

**Key Words:** *Competition Law, Banking Sector, Collusion, Interest Rates, Administrative Fine.*

## **TÜRK REKABET HUKUKUNDA BANKACILIK SEKTÖRÜ İLE İLGİLİ SON GELİŞMELER**

### **ÖZET**

*Rekabet hukukunun temel konularından biri rakipler arasındaki anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalar rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıcı amaç veya etkiye sahipse, rekabet hukuku kuralları ile yasaklanmaktadır. Özellikle fiyat tespiti konusundaki anlaşmalarla, iki veya daha fazla teşebbüs sabit veya asgari fiyat sınırları belirlemek suretiyle rekabeti kısıtlamak konusunda mutabakata varmaktadırlar. Dünya genelinde rekabet hukuku kuralları ve yetkili merciler fiyat konusundaki anlaşmaları cezalandırmaktadır.*

*Türkiye’de de Rekabet Kurulu’nun on iki banka ile ilgili rekabet kurallarını ihlal edecek surette mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri alanında anlaşma veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle rekabeti ihlal ettiği yönünde açtığı soruşturma yakın zamanda sonuçlandı. Soruşturma, kredi kartı ihraç eden bankaların kredi kartı alışveriş ve gecikme faizi oranlarını da kapsayacak şekilde faiz oranlarını anlaşarak belirlediği iddiaları üzerine, Kurul’un, mevduat, kredi ve kredi kartı olmak üzere tüm faiz oranlarının birlikte belirlenip belirlenmediği yönünde başlattığı ön araştırma sonucunda açılmıştı. Bu makalede mevcut bilgiler ışığında rekabet hukuku prensip ve uygulamaları çerçevesinde Rekabet Kurulu’nun kararı üzerinde durulacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Rekabet Hukuku, Bankacılık Sektörü, Faiz Oranları, İdari Para Cezaları, Danışıklılık.*

### **INTRODUCTION**

Fundamental legal regulation concerning competition law has been accepted in 1994 in Turkey. Accelerating the efforts in the journey

to the European Union, Turkey has courageously taken new steps in the field of competition law.

First, Act no 4054 on the Protection of Competition dated December 7, 2004 was put into force. According to the 1st article of this Act, the purpose of this regulation is to prevent agreements, decisions and applications blocking, distorting or limiting the competition in the good and service markets as well as to prevent enterprises from abusing their domination and thus to provide a protection competition by making required regulations and inspections.

After the acceptance of the Act on the Protection of Competition (Competition Act), the enterprise owners were significantly worried. It was not very realistic to anticipate the tradesmen, who have been working for years without strict control, to adapt the new Act easily. Although there are various violations of the competition rules as elsewhere, Turkish enterprises have generally overcome the adaptation problem to the new legal environment.

One of the recent major developments concerning the practice of competition law in Turkey was on March 8th, 2013. The investigation of twelve banks, started on November the 2nd, 2011 by the Competition Commission has been completed and the banks were fined 1.116.957.468, 76 TL (620.532.000 \$) in total for breaching the Competition Act<sup>1</sup>. This penalty is the highest administrative fine ever to be given in the Turkish competition law.

This paper gives brief information on the reasons for fining the twelve banks in the light of the official announcements made by the Competition Commission. Moreover, there shall also be an evaluation by presenting the grounds of defence suggested by the banks, regarding this decision which hasn't been finalized, yet.

---

<sup>1</sup> As a rule, multilateral cooperation especially concerning the payment system between the banks is inevitable. In terms of competition, especially the cooperation in payment transactions which influence price and condition is critical. Agreements between banks can also affect their relationship with their clients and thus restrict competition (for further details about the cooperation in banking sector see: **Gerhard WIEDEMANN**, Handbook of Antitrust Law, 2. edn., Munich 2008, § 33.

## I. INVESTIGATION PROCEDURE AND THE PRESUMPTION OF CONCERTED PRACTICE

An investigation has been started concerning twelve banks<sup>2</sup> including public banks as well as the enterprises with the following titles: Garanti Payment Systems Inc. and Garanti Estate Finance Consultancy Inc. which are the group companies of Garanti Bank, at a meeting held by the Competition Board on November the 2nd, 2011.

The relevant regulation concerning the agreements which restrict competition includes a presumption: *“In cases where the existence of an agreement cannot be proved, that the price changes in the market, or the balance of demand and supply, or the operational areas of undertakings are similar to those markets where competition is prevented, distorted or restricted, constitutes a presumption that the undertakings are engaged in concerted practice”*<sup>3</sup> (CA Art. 4, para. 3).

The application of this presumption to investigations has not always been very smooth. With this presumption, the Turkish competition regime places a heavy burden of proof on enterprises which are accused of anti-competitive practices. The proof of concerted practice allegations under the Turkish Competition law regime includes a

---

<sup>2</sup> The investigated public banks are: Ziraat Bank, Türkiye Vakıflar Bank and Türkiye Halk Bank. On the other hand investigated private sector banks are Akbank, Denizbank, Finansbank, HSBC Bank, ING Bank, Türk Ekonomi Bank, Türkiye Garanti Bank, Türkiye İş Bank and Yapı ve Kredi Bank.

<sup>3</sup> Translation of the paragraph is taken from the official website of the Competition Board ([www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)). The rationale of the paragraph is given as follows: *“In a legal regime where agreements restricting competition are prohibited, these agreements are generally made in secret and proving their existence is quite difficult, sometimes even impossible. For this reason, in case the circumstances stated in the third paragraph of the article exist, presumption that undertakings are engaged in concerted practice has been accepted. Thus the burden of proof for not being engaged in concerted practice has been passed to the relevant undertakings and it has been intended to prevent that the Act became unworkable due to the difficulty of proof”* ([www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)).



different system for the presumption of concerted practice<sup>4</sup>. Once parallel behaviour in a market between investigated enterprises is ascertained by the Competition Board, the presumption of concerted practice in the Turkish competition law places the investigated enterprise under the burden of proof to explain economic and rational reasons for such parallelism (CA Art. 4 para. 4). Naturally, this unique mechanism causes some problems, and its proper use needs detailed analysis in many points. Most of the problems in this approach relate to the matter of the interpretation of concerted practice. It is not necessary for the Competition Board to prove that the parallel behaviour of the parties have created a competition circumstance that is different to the competition that would have otherwise existed.

The presumption of concerted practice changes the direction of burden of proof from the Competition Board to the investigated enterprises once the Competition Board is able to ascertain conditions indicating parallel market behaviour<sup>5</sup>. Therefore the existence of parallel market behaviour is usually accepted without being properly

---

<sup>4</sup> For the presumption of concerted practice see: **Yılmaz ASLAN**, Competition Law, 3. edn., Bursa 2010, pp. 146-151; **Gönenç GÜRKAYNAK**, The Problem of Proof Under Turkish Competition Law, International Financial Law Review, Vol. 21, Issue 1, p. 12; **Gönenç GÜRKAYNAK**, The Presumption of Concerted Practice In The Turkish Competition Law: An Institution of Legal Uncertainty With An Uncertain Future, pp. 1 ff (<http://www.geocities.com/gonencgurkaynak/Research.html>); **İzak ATİYAS & Gönenç GÜRKAYNAK**, “Presumption of Concerted Practice”: A Legal and Economic Analysis, (<http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/atiyas-gurkaynak-concerted-practice-may-2006.pdf>) pp. 20-25; **Nurkut İNAN/Mehmet PİKİR**, Competition Law Manual, Ankara 2007, pp. 34-38. For the evidence system of the EU also see: **Ünal TEKİNALP** in TEKİNALP/TEKİNALP, EU Law, 2. edn., İstanbul 2000, p. 397-398 nr. 22-24. For the classification and types of evidences see: **Dilek CENGİZ**, Concerted Practices in Turkish Competition Law and The Results, İstanbul 2006, pp. 265 ff.; **Metin TOPÇUOĞLU**, Concerted Practices in Competition Law, Ankara 2005, pp. 288 ff.

<sup>5</sup> **Gönenç GÜRKAYNAK**, (fn. 2), p. 12.

demonstrated by the Competition Board. According to the Art. 4 of CA, enterprises operating under certain circumstances have to prove that they are not involved in concerted practices by using "economic and rational" grounds if they are examined by the Competition Board. In the case of investigated banks, we do not know for certain how the Competition Board has used the presumption of concerted practice.

The reason for the investigation is based on the fact that the interest rates applied in the banking sector constitute a violation to the stipulations of Competition Act. The relevant investigation by the Competition Board has been started as a result of the pre-investigation on the allegations claiming that the companies issuing credit cards determine their interest rates by common consent. The main aim of the investigation was to find out whether all the interest rates for credits and credit cards have been determined by common consent.

As a result of the investigation phases, the enterprises involved have been sentenced to pay an administrative fine and this decision was announced on the web site of the Competition Commission on March 8th, 2013 (CA Art. 53/2). However, the considerations which lead to such a decision have not been announced as of May 25th, 2013. For a judicial review, the enterprises involved have to wait until the considerations of this decision are announced (CA Art. 54)<sup>6</sup>.

## **II. THE RELATIONSHIP BETWEEN THE INTEREST RATES AND THE POSITION OF BANKS IN TURKEY**

Turkey has struggled with high inflation rates as well as high interest rates in the past years. The average inflation rate reached up to 70.4 between 1993 and 2002. This rate is obviously very high. The high inflation rates lasting for about thirty years has started to decline since 2004. In 2004, the annual inflation rate which was 9.3% gradually decreased and it became 6.2% at the end of 2012<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> The criminal and civil sanctions for anti-competitive behaviours are thoroughly analysed in: **ASLAN** (fn. 4), pp. 623 ff. For the civil sanctions see also: **Pelin GÜVEN**, Competition Law (Textbook), Ankara 2009, pp. 361-441.

<sup>7</sup> For details and figures see: [tuik.gov.tr](http://tuik.gov.tr), [hazine.gov.tr](http://hazine.gov.tr)

High inflation rate naturally causes high interest rate. Banks are corporations attaining a significant amount of their incomes from interests. Therefore, high interest rates are in favour of the banks as a rule.

The decline of the interest rates, in line with the inflation rates, directly affects the balance sheet figures of the banks. This is because the expenses decrease when the interest rate paid to deposit account decreases. Similarly, incomes also decrease due to the interest rates collected from the bank credits and delinquent credit card bills.

The financial system chosen by Turkey requires the application of free market rules. As a requirement of free market economy, prices have to be free in the trading sector and interest rates have to be free in the banking sector. However, in order to protect the rights of the consumers, the default interest rates of the credit cards are limited. Banks can freely determine the credit card interest rates in compliance with the competition rules and on condition that they do not exceed the maximum limits determined by the Central Bank.

### **III. INTEREST RATES APPLIED BY THE BANKS**

As banking is a competitive sector; it is required that the service and commission fees are applied in different amounts and deposit or credit interest rates are set in different ratios. However, in the case constituting the basis for the investigation by the Competition Board, it is accepted that some of these applications violate the 4th article of the Competition Act<sup>8</sup>.

When the interest rates of the banking sector are considered, it is seen that there are differences in terms of deposits and credit cards.

---

<sup>8</sup> For the Agreements, Concerted Practices and Decisions Limiting Competition see: **Ateş AKINCI**, Horizontal Restrictions Limiting the Competition, Ankara 2001, pp. 41-184; **Zekeriyya ARI**, The Concept of Collusion in Competition Law and Its Civil Consequences, Ankara 2004, pp. 30-100.

When the application is considered, it might be said that the deposit interest rates differ from bank to bank although they remain on a limited band. As of May 2013, it is seen that the deposit interest rates vary between 7% and 8.1% in banks. These rates might be considered as a great success when compared to the recent figures in Turkey. However, both Central Bank and the Government have made statements that these interest rates shall be decreased. Especially when it is considered that the interest rates in the industrialized countries are far lower than this; the interest rates in Turkey are still high.

Interest rates for personal or commercial loan are also declining, in line with the deposit interest rates. As the interest rates decrease in general, the interest rates applied by the banks start to be closer to one another as the discretionary room of the banks tighten.

The situation is different with the interest rates applied to the credit cards. This is because there was a new legal regulation as a result of the on-going complaints of the consumers. As a result, the Central Bank was granted the authorization to determine the highest rates for the monthly contractual and default interest rates to be applied to credit cards, in accordance with the article 26/3 of Bank Cards and Credit Cards Law no 5464. The Central Bank determines these interest rates by issuing notifications based on that authorization. Provided that they do not exceed these figures, the interest rates are freely determined at the discretion of the banks.

The real problem with the competition law is that all banks apply the highest rate despite competing below the maximum limits. Although the rates applied by the four investigated banks in total are different, all of the twenty enterprises apply the highest rates determined by the Central Bank and that causes hesitations in terms of competition law. In this regard Turkish Competition Commission applied the competition rules to the banking sector without admitting the possibility that such an action cannot be exempt from the rules due to the states' authority to control national monetary and financial policies<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> For the applicability of the competition rules to the banks see: **José ROSELL**: Banking Agreements. Are they anti-competitive?, *International Financial Law Review*, Vol. 6, Issue 1, pp. 11 ff.

#### IV. INVESTIGATION OF THE COMPETITION BOARD AND ADMINISTRATIVE FINE

The Competition Board has completed the investigation and made a final decision on March 8th, 2013. It is seen in the verdict that the enterprises involved were fined with an unanimous decision. Fine penalty on Akbank, Garanti Bank, Halk Bank, Vakiflar Bank, YapiKredi Bank and Ziraat Bank has been decided unanimously. It is noteworthy to see that all three public banks are included in this group. It is also important to emphasize that these are all large scale banks in Turkey. This decision is important as it underlies that there is a concerted practice amongst these enterprises and this case contains a proper demonstration of parallel behaviour and/or sufficient direct evidence in the opinion of the Board members. At least a degree of certainty that goes beyond any reasonable doubt should be established<sup>10</sup>.

Fine penalty on Isbank, Denizbank, Finansbank, ING Bank, HSBC Bank and Turkish Economy Bank in the second group is decided by the majority of the votes. It is important to express that the banks except for Isbank are relatively small banks.

Another issue underlined in the decision of the Competition Board is that the fines are determined based on four different criteria. In other words, the Competition Board evaluated the banks differently from each other.

The fine penalty applied to the banks in the first group, which are Akbank, Garanti Bank and YapiKredi Bank, is 1.5% of their annual gross incomes.

The fine penalty applied to the banks in the second group, which are Isbank, Vakiflar Bank, Halk Bank and Ziraat Bank, is 1% of their annual gross incomes. The fine penalty applied to the banks in the third group, which are Denizbank, ING Bank and HSBC Bank, is 0.6% of their annual gross incomes. And finally, the fine penalty applied to the bank in the last group, which is Turkish Economy Bank, is 0.3% of its annual

---

<sup>10</sup> TOPÇUOĞLU (fn.4), p. 291, 294.

gross income. The total fine applied is 1.116.957.000 TL (620.532.163 \$).

These details are not included in the English abstract<sup>11</sup>. The legal grounds of the decision are also remain unexplained.

#### **V. THE ANNOUNCEMENT OF THE BANKS ASSOCIATION OF TURKEY**

Following the decision of the Competition Board, The Banks Association of Turkey has made a public announcement on March 9, 2013 with regard to this matter. In this public announcement it is

---

<sup>11</sup> The official announcement made by the Competition Board following this investigation is as follows: “Investigation Concerning Twelve Banks Operating in Turkey Concluded

The investigation conducted in order to determine whether twelve banks operating in Turkey violated article 4 of the Act no 4054 on the Protection of Competition by making agreements and/or engaging in concerted practices in the deposits, loans and credit cards sector was concluded.

The investigation was opened as a result of the preliminary inquiry initiated by the Board in response to the claims that credit card issuing banks determined interest rates including retail and late interest rates in collusion, in order to establish whether all interest rates consisting of those for deposits, loans and credit cards were determined jointly.

During the investigation phase, it was examined whether the twelve banks under investigation

determined maximum interest rates for deposits and increases in interest rates for loans jointly;

engaged in price coordination by informing unannounced interest rate changes to competitors and by exchanging competition-sensitive, prospective strategic information with competitors;

made agreements concerning price increases in fees and commissions for credit cards; and whether

banks with public capital engaged in collusive bidding in public deposit tenders.

As a result of the discussion of the file by the Competition Board, it was determined that article 4 of the Act no 4054 on the Protection of Competition was violated in the deposits, loans and credit cards sector.”

declared that the banking sector is under strict control and therefore the working principles are transparent, the competition conditions are harsh and for this reason a concerted action between rivals does not come into question, the members which voted for the application of an administrative fine have not taken these conditions into consideration and necessary steps are being taken in order to bring this matter before the courts.

### CONCLUSION

The Competition Board has shown that it will apply the rules of the Competition Act broadly and as far as we understand from the immediate reactions, rely on minimal circumstantial evidence and deductive reasoning to establish a violation of the Article 4. This reflects a tendency towards the protection of the consumers.

Similar to the judgement of the Court of Justice of the EU in *Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG* (case no 172/80, 1981 ECR 2021)<sup>12</sup>, the Turkish Competition Authority held that parallel conduct in the debiting of uniform bank charges and commissions and similarity between the interest rates applied to the credit card debts does not fit with the essentials of the free market economy. It can be said that the Turkish Competition Commission has ascertained an exhibit of coordination and cooperation between the conduct of the involved enterprises. Since the legal grounds of this decision have not yet been publicized a detailed legal analysis cannot be made at the moment. Also prior to the notification of the rationale of the decision, the fined enterprises cannot apply for a judicial review. As understood from the announcement of the Banks Association of Turkey, this matter will be brought before the courts as soon as the conditions are available.

### BIBLIOGRAPHY

Ateş AKINCI, *Horizontal Restrictions Limiting the Competition*, Ankara 2001 (in Turkish).

Zekeriyya ARI, *The Concept of Collusion in Competition Law and Its Civil Consequences*, Ankara 2004 (in Turkish).

---

<sup>12</sup> For this decision see: **TEKİNALP** (fn. 2) p. 398, n. 25.

Recent Developments In Turkish Competition Law Concerning Banking Sector

Yılmaz ASLAN, Competition Law, 3. edn., Bursa 2010 (in Turkish).

İzak ATIYAS & Gönenç GÜRKAYNAK, “Presumption of Concerted Practice”: A Legal and Economic Analysis, (<http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/atiyas-gurkaynak-concerted-practice-may-2006.pdf>).

Dilek CENGİZ, Concerted Practices in Turkish Competition Law and The Results, İstanbul 2006 (in Turkish).

Gönenç GÜRKAYNAK, The Problem of Proof Under Turkish Competition Law, International Financial Law Review, Vol. 21, Issue 1.

Gönenç GÜRKAYNAK, The Presumption of Concerted Practice In The Turkish Competition Law: An Institution of Legal Uncertainty With An Uncertain Future, pp. 1 ff (<http://www.geocities.com/gonencgurkaynak/Research.html>).

Pelin GÜVEN, Competition Law (Textbook), Ankara 2009 (in Turkish).

Nurkut İNAN/Mehmet PİKİER, Competition Law Manual, Ankara 2007 (in Turkish).

José ROSELL: Banking Agreements. Are they anti-competitive?, International Financial Law Review, Vol. 6, Issue 1.

Ünal TEKİNALP in TEKİNALP/TEKİNALP, EU Law, 2. edn., İstanbul 2000 (in Turkish).

Metin TOPÇUOĞLU, Concerted Practices in Competition Law, Ankara 2005 (in Turkish).

Gerhard WIEDEMANN, Handbook of Antitrust Law, 2. edn., Munich 2008 (in German).



**6100 SAYILI HMK MADDE 401 HÜKMÜNE GÖRE  
DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ  
MAHKEME**

**Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN\***

**ÖZET**

*Çalışmamızda öncelikle delil tespiti müessesesi hakkında bilgiler verildikten sonra delil tespiti hakkında HMK'da yer alan hükümler genel olarak incelenmiştir. Çalışmamızın konusu olan delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu HMK'nın 401. maddesinde düzenlenmiştir. İncelememiz esnasında HMK 401. madde hükmü, önceki kanun hükümleri, HMK'nın genel amacı ve diğer bazı ülkelerdeki düzenlemeler göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir.*

***Anahtar Kelimeler:** Delil Tespiti, İspat, Görev, Doğrudanlık, Yetki.*

**DETERMINATION OF EVIDENCE INCUMBENT AND  
COMPETENT COURT ACCORDANCE WITH HMK  
ARTICLE 401**

**ABSTRACT**

*Information about the institution of study, after first detection of evidence of detected evidence in general, examined the provisions of HMK. The subject in this study was the determination of the competent court officials and the HMK 401 regulated by Article. During our review HMK 401 provision, the provisions of previous laws, regulations HMK overall objective in mind, and some other countries were evaluated.*

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı

**Keywords:** *Determination of Evidence, Proof, Incumbent, Directly, Competent.*

## GİRİŞ

Hukuki koruma tedbiri türlerinden olan delil tespiti, davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinir. 12.01.2011 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda delil tespitine ilişkin hükümler 400 ile 405. maddeler arasında düzenlenmiştir. Önceki kanun zamanında üzerinde oldukça tartışma yaşanan delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu yeni kanunun 401. maddesinde 4 fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda yeni kanunda bu hususta yapılan yenilikler irdelenecek, olumlu ve olumsuz görülen yönler belirtilecektir.

## I. GENEL OLARAK

Bir hakkın doğumunu veya son bulması maddî hukuka göre, belli vakıaların var olup olmamasına bağlıdır. Dava yolu ile lehine bir hak tesis ettirmek veya bir hakkını korumak isteyen davacı, öncelikle dava dilekçesinde belirtmiş olduğu vakıaların gerçek olduğu konusunda mahkemeyi ikna etmek zorundadır. Aynı şekilde davalı tarafta kendi lehine bir hüküm elde etmek istiyorsa davacının ispatladığı vakıalara karşı, cevap dilekçesinde savunmasını dayandırdığı vakıaların doğruluğu konusunda mahkemeyi ikna etmek zorundadır<sup>1</sup>. Davacı, davasında ne kadar haklı olursa olsun, davasını dayandırdığı vakıaları ispat edemez veya ispat eder de davalı bunların

---

<sup>1</sup> **Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara-2011, s.464; **Umar, Bilge/Yılmaz,** Ejder: İsbat Yükü, İstanbul-1980, s.2.

hilafını ispat ederse, davayı kaybeder<sup>2</sup>. Davacının ve davalının, iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaların doğruluğu konusunda mahkemeyi ikna etmek için başvurabilecekleri en önemli silahları mahkemeye sunacakları delillerdir. Bu bakımdan, mahkemenin bir vakıanın doğruluğuna ikna olması için sunulacak deliller büyük bir önem arz eder<sup>3</sup>.

Mahkemeye sunulan deliller dava sürecinde kural olarak tahkikat aşamasında incelenir. Fakat uygulamada delillerin incelenmesi aşamasına gelinceye kadar oldukça uzun bir süre geçmektedir. Bazı hallerde bu sürecin beklenilmesi delillerin mevcudiyeti ve ispat değeri açısından tehlikeli durumlar doğurabilmektedir<sup>4</sup>. Hukuki koruma tedbiri türlerinden olan delil tespiti, davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinir<sup>5</sup>. Bununla birlikte delil tespiti kurumu,

<sup>2</sup> **Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2011, s.367; **Konuralp**, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara-1999, s.8.

<sup>3</sup> HMK m.187/1'e göre, ispatın konusunu oluşturan ve tarafların üzerinde anlaşamadıkları çekişmeli vakıaların ispatına yarayan ispat araçlarına delil denir. Bir başka tanıma göre delil, ispat faaliyetinde kullanılan ve dava öncesi, mahkeme dışında gerçekleşmiş olan vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır. Bkz. **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465.

<sup>4</sup> **Akyol** Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara-2011, s.2; **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465.

<sup>5</sup> **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.II, Ankara-2001, s.1335; **Akil**, Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, AÜHFD, C.58, S.1, 2009, s.5; Delil tespitinin diğer tarifleri şu şekildedir: "Beyine tesbiti, bir beyininin mahkeme veya hakem huzurunda dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra sırası gelmemişken mahkemece tesbiti, emniyet altına alınmasıdır." Bkz. **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1948, s.308-309; "Delil tespiti, açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan ya da ileride açılması düşünülen bir davada kullanılacak ve tespit edilmediği takdirde kaybolması veya ikâmesinde güçlük çıkması muhtemel olan ihtilaflı bir vakıa hakkındaki delilin, tahkikat

açılmış veya ileride açılacak olan davada kullanılacak delillerin korunması veya mevcut bir durumun muhafazasını amaçlamaktadır. Bu niteliği ile delil tespiti, bir dava olmayıp, ilgili olduğu davaya bağlı usulî bir işlemdir<sup>6</sup>.

## II. DELİL TESPİTİNE İLİŞKİN HMK'DA YER ALAN HÜKÜMLER

4 Ekim 1927 tarihinde, İsviçre'nin Nöşatel Kantonuna ait 1925 tarihli Medenî Usul Kanunu'nun tercüme edilmesi suretiyle hukukumuzda dahil olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu günümüzün ihtiyaçlarına tam olarak cevap verememesi nedeniyle yerini, 12.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bırakmıştır<sup>7</sup>.

---

aşamasında henüz delillerin incelenmesi aşamasına gelmeden önce toplanması ve güvence altına alınmasını sağlayan bir usul hukuku kurumudur.” Bkz. **Yavaş**, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1999, s.3; **Doğanay**, İsmail: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, AD., 1954/7, (s.888-899), s.889; **Ercan**, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya-1992, s.14.

<sup>6</sup> Delillerin tespiti (talebi), ayrı bir dava değildir; bilâkis, ilişkin olduğu (açılacak veya açılmış) davaya bağlı bir işlemdir. Delillerin tespiti ayrı (yalnız başına) bir dava konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu maddî vakialardır ve maddî vakıalar ise yalnız başına tespit davasına konu yapılamaz. Bkz. **Kuru**, s.593. “Dilekçe sadece tespit ve tedbir isteğine ilişkin olup, dava niteliği taşımadığı halde dava dilekçesi olarak kabulü ile esas hakkında karar verilmesinde isabet yoktur”. (HGK.,17.11.1976, 1/1016-2916; 1.HD., 9.12.1974, 11009/9280, **Olgaç**, Senai: Emsal İçtihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara-1977, s.982).

<sup>7</sup> Doktrinde bazı yazarlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerine yeni bir kanun düzenlenmesine karşı çıkmıştır. Onlara göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 80 yıllık uygulaması zengin bir yargılama kültürü oluşturmuştur. Bu zengin birikimin muhafazası ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun revize edilmesi gerekliliği göz önünde tutularak yeni bir kanun yerine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin gerektiğinde değiştirilmesi, gerektiğinde madde eklenmesi yoluyla muhafaza edilmesi daha yerinde olacaktır. Bkz. **Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, Kamil/ **Deren-Yıldırım**,

Hukuk Muhakemeleri Kanunda delil tespitine ilişkin hükümler Kanunun 2. Bölümünde “Delil Tespiti ve Geçici Hukuki Korumalar” başlığı altında 400 ile 405. maddeler arasında düzenlenmiştir<sup>8</sup>. Doktrinde önceden beri geçici hukuki koruma tedbirleri arasında sayılan hatta bir çeşit ihtiyati tedbir olarak görülen delil tespiti kurumunun hemen ihtiyati tedbir müessesesinden sonra düzenlenmesi ve geçici hukuki koruma niteliğini vurgulayan bir başlık altında kaleme alınması kanun tekniği açısından açıklayıcı olmuştur<sup>9</sup>.

HMK'nın 400. maddesinde delil tespitinin istenebileceği haller düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir. Madde metninde delil tespitine konu olabilecek işlemler tahdidi olarak sayılmamış, sadece örneklendirilmiştir. Hukuki yarar olmak şartı ile ileri de delil olarak kullanılacak her türlü işlem (HMK m.192) delil tespitine konu olabilecektir.

HMK m.400'ün ikinci fıkrasında ise delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığının gerekli olduğu HUMK'tan farklı olarak madde metninde açıkça vurgulanmıştır<sup>10</sup>. Ayrıca kanunda açıkça

---

Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul-2006, s.10.

<sup>8</sup> Geçici hukukî koruma, öğretide, kesin hukukî himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden (tehlikelerden, sakıncalardan) dava ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukukî himaye olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara-2001, s.32.

<sup>9</sup> Delillerin tespiti, bir dava olmayıp, deliller hakkında bir çeşit ihtiyatî tedbirdir. Bkz. **Kuru**, s.625; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul-2001, s.4427; **Yavaş**, s.20; **Özkan**, Hasan: İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul-2006, s.820; Karşı görüşte: **Ansay**, s.309; **Guldener**, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich-1979, s. 576.

<sup>10</sup> Alman hukukuna göre de diğer ön şartlar var olsa bile hukukî yararın varlığı ayrıca ortaya konulmak zorundadır. Bunun için delil tespiti talebinde bulunanın

öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yararın var sayılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte herkes tarafından bilinen ya da açıkça uygunsuz amaç taşıyan talepler hukuki yarar eksikliği nedeniyle delil tespitine konu edilemez<sup>11</sup>.

Delil tespitini talep edebilme şartları da HMK m.400'de düzenlenmiştir. Bu bakımdan HMK m.400 metninin en göze çarpıcı özelliği HUMK'un 368 ve 369. maddelerinde yer alan ve delil tespitine konu olabilecek işlemler ile delil tespitinin istenebilme şartlarını belirten iki madde hükmünün tek bir madde içerisinde yer alan iki ayrı fıkra ile karşılanması olmuştur. Delil tespitinin istenebileceği halleri belirten yeni maddenin eski düzenlemeden içerik itibarıyla bir farklılığı bulunmamaktadır. Buna göre hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileride toplanmasının daha zor olacağı durumlarda, hukukî yararı korumak amacıyla, delilin önceden toplanması mümkün kılınmıştır<sup>12</sup>.

HMK m.401'de aşağıda genişçe inceleyeceğimiz delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme hususu düzenlenmiş, HMK m.402 ve devamı maddelerinde ise delil tespiti talep edenlerin uyacakları yargılama usulü ile mahkemenin delil tespiti kararı vermeden önce uyması gereken usul, HUMK hükümlerine nazaran daha açık şekilde düzenlenmiştir.

### III. HMK m. 401 HÜKMÜNE GÖRE DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

---

bir başkasıyla -mevcut hukukî durum dikkate alındığında uyumsuzluk içerisinde olması ya da böyle bir uyumsuzluğun beklenilmesi ve tespiti istenen delillerin söz konusu uyumsuzluk bakımından en azından muhtemelen kullanılabilir olması gerekmektedir. Bkz. **Akil**, s.14; **Zöller**, Richard/ **Herget**, Kurt: Zivilprozessordnung, 18. Auflage, Köln-1993, s.1057.

<sup>11</sup> **Doğanay**, s.891; **Erkuyumcu**, s.127; **Özkan**, s.373.

<sup>12</sup> Delil tespiti için iki temel şart bulunmaktadır. Bunlardan birincisi ancak henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespiti istenebilir. İkinci olarak da delil tespiti talep edenin bunda hukuki yararı olmalıdır. Bkz. **Pekcanitez / Atalay/ Özekes**, s.465; **Kuru**, s.594.

HUMK'un 370. maddesinde düzenlenen delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu, HMK'da m.401 hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Madde ile HUMK'tan farklı olarak, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusuna açıklık getirilmiştir. Şöyle ki HMK düzenlemesinden önceki HUMK m.370 düzenlemesi ile ilgili, dava açılmadan önce delil tespitinin istenebileceği görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda, kanunun lafzındaki eksiklik nedeniyle doktrinde tartışma yaşanmaktaydı. Buna göre HUMK m. 370'de "delil tespiti için salâhiyettar olan mahkemeden" bahsedilmekteydi. Öğretide genel eğilim, bu madde ile hem yetkinin hem de görevin düzenlenmiş olduğunu savunmaktaydı. Bu görüşü savunanlara göre dava açılmadan önce yapılacak delil tespiti taleplerinde görevli ve yetkili mahkeme konusunda bir sınırlama bulunmamakta, dava açılmadan önce yapılacak delil tespiti talebi, esas dava hakkındaki görevli mahkeme ne olursa olsun en çabuk ve en az masrafla hangi mahkemeye başvurulabilecekse o mahkemeden talep edilebilecekti<sup>13</sup>. Buna karşılık azınlıkta kalan karşıt görüş ise bu hüküm ile sadece yetkili mahkemenin düzenlendiğini savunmaktaydı. Dolayısıyla dava açılmadan önce delil tespiti talebinin, esas hakkında ileride açılacak dava bakımından HUMK'un 1 ile 8. maddelerine göre hangi mahkeme görevli ise o mahkemeden yapılması gerektiğini savunuyordu<sup>14</sup>.

HMK m.401/1 hükmü ile HUMK'taki bu tartışma sona erdirilmiş, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteneceği şeklinde düzenleme ile her iki görüşte göz önünde bulundurulacak karma bir sonuca varılmıştır.

<sup>13</sup> **Kuru-C.IV**, s.4433; **Alangoya**, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul-2006, s.404; **Doğanay**, s.893-894.

<sup>14</sup> **Özkan**, s.821-822; **Erkuyumcu**, Müfit: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme, AD., 1946/2, (s.126-136), s.130; **Yavaş**, s.86; **Akil**, s.18.

HMK m.401/3 hükmünde, dava açılmadan önce delil tespiti isteğinin yetkisiz mahkemede yaptırılmaya teşebbüs edilmesi halinde, tarafların yetki itirazında bulunabilme hakları olduğu belirtilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında ise tarafların yetki ve görev itirazında bulunma haklarının, daha sonra esas hakkında dava açılmasıyla birlikte sona ereceği düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında ise önceki kanunda var olan düzenlemeye benzer şekilde, dava açıldıktan sonra delil tespiti işleminin, mutlaka davayı görmekte olan mahkemece yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

HMK 401. maddenin 2. fıkrasında ise noterler tarafından yapılacak tespitler bakımından söz konusu olacak yetki meselesinin düzenlenmesinin ise Noterlik Kanununa bırakıldığı belirtilmiştir. Noterlerin yetki çevresini düzenleyen Noterlik Kanunu m.2 hükmüne göre “her asliye ve münferit sulh mahkemesinin bulunduğu yerde, o mahkemenin yargı çevresindeki noterlik işlerini görmeye yetkili olmak üzere bir noterlik kurulur. Ancak asliye mahkemesinin yargı çevresinin birden çok ilçeyi kapsaması durumunda, gerektiğinde diğer ilçelerde de noterlik kurulabilir. Şu kadar ki, bir ilin belediye sınırları içinde birden fazla noterlik bulunduğu takdirde, her noterlik, bağlı olduğu asliye mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın, il belediyesi sınırları içindeki bütün noterlik işlerini görmeye yetkilidir”. Madde hükmüne göre asliye ve sulh hukuk mahkemesinin bulunduğu yerdeki noter, mahkemenin yargı çevresindeki tespit işlemleri de dâhil olmak üzere bütün noterlik işlerini görmeye yetkilidir.

Noterler tarafından yapılacak tespit işlemi kural olarak delil tespiti işlemi yerine geçmez. Zira Noterlik Kanununun 61. maddesine göre “Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların, kur’a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler”. Noterlerin, Noterlik Kanunu’nun 61. maddesine göre yaptıkları tespit işlemi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 368. ve devamı maddelerinde düzenlenen



delillerin tespiti niteliğinde değildir. Zira delil tespiti işlemi ancak mahkeme tarafından yapılabilir<sup>15</sup>.

HMK m.401/4'e göre, dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında, sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir<sup>16</sup>. İhtiyati tedbir müessesesindeki benzer şekilde düzenlenen fıkra hükmü gereğince, görevsiz ve yetkisiz mahkemenin yapmış olduğu delil tespiti işlemi geçerli değildir. Geçersiz olan delil tespiti işlemi neticesinde elde edilen deliller hükme esas tutulamaz<sup>17</sup>.

Bununla birlikte HMK m.401/1'de, henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespitinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteneceği düzenlenmiştir. Fıkranın lafzı ve içeriği HMK'da gözetilen temel ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesi ile çelişmektedir<sup>18</sup>. Zira henüz dava açılmadan önce talep edilecek

<sup>15</sup> **Ulukapı**, Ömer: Noterlerin Genel Olarak Görevleri (Noterlik Hukuk Sempozyumu), 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara-1997, s.11-28, s.13; **Ulukapı**, Ömer/ **Atalı**, Murat: Noterlik Hukuku, Konya-1994, s.128; **Yılmaz**- C.II, s. 1375.

<sup>16</sup> Davaya bakan mahkeme tarafından tespitine karar verilen delil, davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, davaya bakan mahkeme, o delilin tespiti için o delilin bulunduğu yer mahkemesini istinabe eder. Bkz. **Kuru**, s.595.

<sup>17</sup> **Kuru**-Usul IV, s.4435; **Erkuyumcu**, s.129; **Akyol**, s.82; "HUMK m. 370 hükmünde, dava açıldıktan sonra o davaya ilişkin delillerin tespiti için yetkili olan mahkemenin, davayı gören mahkeme olduğu açıklanmıştır. Şu halde, davacının (dava Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte iken) Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesinde yaptırdığı delil tespiti, usulsüz olduğundan hükme esas tutulamaz". (HGK., 10.4.1963 T, 2/67 E, 34 K, AD., 1963/9-10, s. 1033-1043).

<sup>18</sup> Doğrudanlık ilkesi, davanın açılmasından hüküm verilinceye kadar ki bütün delil toplama evrelerinin, kararı verecek olan hâkim veya hâkimlerin denetiminde ve gözetiminde gerçekleşmesinden sonra, bu şekilde elde edilen delillerin araya fazla zaman girmeden değerlendirilerek, içlerinden adil bir hüküm tesisine doğrudan doğruya katkı sağlayacak olanların mahkeme tarafından seçilmesini konu alan bir usul hukuku ilkesidir. Bkz. **Grunsky**, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, Biefeld-1974, s.435; **Rosenberg**, Leo/ **Schwab**, Karl Heinz/ **Gottwald**, Peter: Zivilprozeßrecht, München-2004,

delil tespiti konusunda fıkranın lafzına göre, talepte bulunana iki seçenek sunulmaktadır. Delil tespitini isteyen kişi isterse delil tespitini davaya bakacak olan mahkemeden isteyebilecek isterse de üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteyebilecektir.

HMK m.401/1'in lafzından çıkan sonuca göre, talepte bulunan kimsenin tespitini istediği deliller, asıl davanın açılacağı yerde bulunsa bile, kişinin bu seçimlik hakkını kullanmasına herhangi bir mani bulunmamaktadır. Delil tespitini isteyecek olan kimse, davaya bakacak olan mahkeme delillerin bulunduğu yerde olmasına rağmen kanunda yer alan "delillerin bulunduğu yerin sulh mahkemesi de görevli ve yetkilidir" hükmüne dayanarak bu mahkemeden de delillerin tespitini yapmasını isteyebilecektir. Örneğin Konya'da oturan bir kimse, Konya'da açacağı boşanma davası için, Konya'da bulunan bir meskenin delil tespiti amacıyla keşfini yaptırmak isterse bunu asıl davaya bakacak olan ve bu nedenle delilleri doğrudan incelemesi gereken aile mahkemesinden değil, Konya'daki sulh hukuk mahkemesinden de isteyebilecektir.

Kanımızca kanun koyucunun madde düzenlemesindeki asıl amacı kanunun ruhunu oluşturan ilkeler arasında yer alan doğrudanlık ilkesine zıtlık teşkil edecek böyle bir sonucun ortaya çıkması değildir. Ancak madde düzenlemesindeki eksiklik kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulamada böyle bir sonucun ortaya çıkması tehlikesine müsaittir. Bu tehlikenin önlenmesi ve kanunun genel

---

s.516; **Musielak**, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Auflage, Band 2, § 355-802 (Herg. **Lüke**, Gerhard/ **Wax**, Peter), München-2000, s.4; **Musielak**, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München-2004, s.68; **Jauernig**, Othmar: Zivilprozeßrecht, München-2002, s.102; **Vogel**, Oscar/ **Karl**, Spühler/ **Gehri**, Myriam A.: Grundriss des Zivilprozeßrechts und des Internationalen Zivilprozeßrechts in der Schweiz, Bern-2006, s.185; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.263; **Alangoya/ Yıldırım / Deren-Yıldırım**, s.189; **Kurt**, Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Prof Dr Bilge Öztan'a Armağan, Ankara-2008, s.599.

amacına uygun olarak doğrudanlık ilkesine uygun hakkaniyetli bir yargılamanın yapılması açısından madde düzenlemesinin “Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şey veya tanık olarak dinlenilecek kişi, esas davaya bakacak olan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, o yerdeki sulh mahkemesinden istenir.” şeklinde yorumlanması kanaatimizce yerinde olacaktır<sup>19</sup>. Aksi halde doğrudanlık ilkesine uygun bir yargılama yapmak isteyen hüküm verici mahkeme, sulh mahkemesinde yapılan delil tespiti sonucunda kendisine sunulan delil tutanaklarına rağmen, kendi yetki sınırları içindeki delilleri kendisi bizzat toplamak istediğinde (delillerle arasındaki başka mahkeme tarafından düzenlenen kâğıttan duvarı kaldırmak istediğinde) bu durum usul ekonomisine aykırı pek çok sonucun ortaya çıkmasına neden olacaktır.

#### IV. SONUÇ

Davanın açılmasından veya dava görülmekte ise delillerin gösterilmesi aşamasının gelmesinden önce ileride kaybolma veya gösterilmesinde ve dinlenilmesinde (belirlenmesinde) zorluk çıkma tehlikesini ortadan kaldırmak üzere delillerin, hemen incelenmesini ve kayda alınmasını konu edinen delil tespiti müessesesi HMK’da m.400 ile 405 arasında düzenlenmiştir.

Doktrinde, dava açılmadan önceki delil tespiti taleplerinin yapılacağı görevli mahkemeye ilişkin olarak, önceki kanunun lafzındaki belirsizlikten kaynaklanan tartışmalara yeni kanunun 401.

<sup>19</sup> Alman hukukunda dava açılmasından önce yapılacak delil tespiti talepleri bakımından farklı bir yol izlenmiştir. Buna göre Alman hukukunda delil tespitini yapacak mahkeme, en seri ve en az masrafla delillerin tespitini yapacak olan mahkeme değil; asıl dava hangi mahkemede açılacaksa o mahkeme yetkilidir. Asıl davanın açılacağı mahkemenin belirlenmesi ise şüphesiz asıl meselenin delil tespiti talebinde yeterince somut biçimde gösterilmesine bağlıdır. Diğer deyişle bu halde yetkili mahkeme tespit talebinde bulunan tarafın açıklamalarına göre tespit edilecektir. Bkz. **Cuypers**, Manfred: Das Selbstaendige Beweisverfahren in der Juristischen Praxis, NJW 1994/31, (s.1985-1992), s.1986; **Akil**, s.20.

maddesi ile son verilmeye çalışılmıştır. Buna göre, önceki kanun maddesi üzerinde yaşanan tartışma (HUMK m.370), karma bir çözüm bulunarak açıklığa kavuşturulmuştur.

Kanun, genel olarak delil tespiti müessesesini açık ve anlaşılır bir şekilde kaleme almıştır. Ancak bununla birlikte 401. maddenin 1. fıkrasındaki eksiklik özellikle kanuna ruh katan ilkelerden doğrudanlık ve usul ekonomisi ilkesi ile zıtlık yaratacak niteliktedir. Çalışmamızda, uygulamada olumsuz sonuçlara da neden olabilecek bu konudaki eksiklik belirtilerek bu eksikliğin giderilmesi için gerekli öneri açıklanmaya çalışılmıştır.

#### **BİBLİYOGRAFYA**

**Akil**, Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, AÜHFD, C.58, S.1, (s.1-61), 2009.

**Akyol** Aslan, Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara-2011.

**Alangoya**, Yavuz/ **Yıldırım**, Kamil/ **Deren-Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul-2006.

**Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul-2006.

**Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1948.

**Cuypers**, Manfred: Das Selbstaendige Beweisverfahren in der Juristischen Praxis (NJW 1994/31, (s.1985-1992).

**Doğanay**, İsmail: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme, AD., 1954/7, (s.888-899).

**Ercan**, İbrahim: Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya-1992.

**Erkuyumcu**, Müfit: Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme (AD 1946/2, s.126-136).

**Grunsky**, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, Biefeld-1974.

**Guldener**, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich-1979

**Jauernig**, Othmar: Zivilprozeßrecht, München-2002.

**Konuralp**, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara-1999.

**Kurt**, Nesibe: Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, (s.599-625), Ankara-2008.

**Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara-2011.

**Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul-2001.

**Musiellak**, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 2.Auflage, Band 2, § 355-802 (Herg. **Lüke**, Gerhard/ **Wax**, Peter), München-2000.

**Musiellak**, Hans-Joachim: Grundkurs ZPO, München-2004.

**Olgaç**, Senai: Emsal İçtihatlarla Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara-1977.

**Özkan**, Hasan: İhtiyati Tedbir, Delil Tespiti, İhtiyati Haciz ve Kamu Alacağı'nın Tahsilinde İhtiyati Haciz, İstanbul-2006.

**Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara-2011.

**Rosenberg**, Leo/ **Schwab**, Karl Heinz/ **Gottwald**, Peter: Zivilprozeßrecht, München-2004.

**Ulukapı**, Ömer: Noterlerin Genel Olarak Görevleri (Noterlik Hukuk Sempozyumu), S.1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara-1997.

**Ulukapı**, Ömer/ **Atalı**, Murat: Noterlik Hukuku, Konya-1994.

**Umar**, Bilge/**Yılmaz**, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul-1980.

**Vogel**, Oscar/ **Karl**, Spühler/ **Gehri**, Myriam A.: Grundriss des Zivilprozeßrechts und des Internationalen Zivilprozeßrechts in der Schweiz, Bern-2006.

**Yavaş**, Murat: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-1999, s.3.

**Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.I, Ankara-2001.

Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

---

**Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C.II, Ankara-2001.

**Zöller**, Richard/ **Herget**, Kurt: Zivilprozessordnung, 18. Auflage, Köln-1993.

## KOOPERATİF ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULUNUN OLUŞUMU

Arş. Gör. Bilal ÖZEL\*  
Arş. Gör. Mustafa Eser CİNBAŞ\*\*

### ÖZET

*Türk Hukukunda kooperatif ortaklıklara ilişkin ana düzenleme 24.4.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatif Kanunu'dur. Bunun dışında bazı kooperatif türleri özel kanunlarla düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemede, kooperatif yönetim kurulunun oluşumunda aranan bazı şartlar çağın gerisinde kalmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri ile yönetim sağlanmıştır. Kooperatiflerin de yasal düzenlemeler yapılarak kurumsal yönetim ilkeleri gereğince yönetilmesinin yolu açılmalıdır. Çalışmanın konusu, kooperatif ortaklıkların icra organı olan yönetim kurulunun oluşumu ile sınırlandırılmıştır.*

*Anahtar kelimeler: Kooperatif, Ortaklık, Yönetim Kurulu, Üye, Şirket.*

### FORMATION OF THE BOARD OF DIRECTORS IN COROPERATIVE PARTNERSHIPS

#### ABSTRACT

*The main regulation of cooperative partnerships with Turkish Law No. 1163 dated 04.24.1969 Cooperatives Act. Other than that, some types of cooperatives organized by special laws. In the present embodiment, some of the conditions for the formation of cooperative board of directors falls short of the age. With the Turkish Commercial Code No. 6102 joint-stock companies provided management with the*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

*principles of corporate governance. In accordance with the corporate governance principles also management of cooperatives, making legal regulations should be established. Subject of this study, which is the executive body of the cooperative partnerships, limited by the formation of the board of directors.*

**Keywords:** Cooperative, partnership, board of directors, member, company

## I. GİRİŞ

Âdemoğlu tarih boyunca, kendi türüyle ve doğayla bir yaşam mücadelesi içinde bulunmuştur. Kimi zaman kendisinden kuvvetli ve zengin diğer insanlara karşı zayıf kalmış ve ezilmiştir; kimi zaman ise doğanın sürprizleri karşısında çaresiz kalmış ve yıkıma uğramıştır. Bu zorluklar karşısında refah seviyesi düşen (veya hâlihazırda düşük olan), yaşam koşulları çok güçleşen âdemoğlu, bu durumun önüne geçmek ve koşulları kendi lehine değiştirmek için bir kişi birliği olan *kooperatif ortaklık* çatısı altında birleşmiştir. Böylelikle bu birliğe üye bireylerin ekonomisi gelişecek ve üyelerin “*ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak*” mümkün olacaktır.

Türk hukukunda kooperatif ortaklıklara ilişkin ana düzenleme 24.4.1969 tarih ve 1163 sayılı *Kooperatif Kanunu*<sup>1</sup>’dir. Bunun dışında bazı kooperatif türlerine önem atfedilerek, bunlara ilişkin hükümler özel kanunlarla düzenlenmiştir. Bunlara 18.4.1972 tarih ve 1581 sayılı *Tarım Kredi Kooperatifler ve Birlikleri Kanunu*<sup>2</sup>, 1.6.2000 tarih ve 4572 sayılı *Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun*<sup>3</sup> örnek olarak verilebilir.

1163 sayılı Kooperatif Kanunu m. 1’de kooperatif ortaklığının tanımına yer verilmiştir. Buna göre, “*Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı*

---

<sup>1</sup> RG: 10.5.1969 t., 13195 s.

<sup>2</sup> RG: 28.4.1972 t., 14172 s.

<sup>3</sup> RG: 16.6.2000 t., 24081 s.



*yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara*” kooperatif denir.

Görüldüğü üzere kooperatif ortaklıklar, ne *ideal* amaçları bakımından kurulan derneklere, ne de *kar paylaşmaya* yönelik ticari amaçları bakımından ticaret ortaklıklarına benzerler. Bununla birlikte, hem 1163 sayılı Kanun’un 1. maddesindeki “*teşekkül*” ibaresinin 21.4.2004 tarih ve 5146 sayılı Kanun’la “*ortaklık*” şeklinde değiştirilmesi, hem de 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanunu*’nun<sup>4</sup>124. maddesinin “*Ticaret şirketleri; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir*” açık hükmü karşısında kooperatif yapılanması artık bir ticaret şirketi olarak telakki olunur.

Kooperatif ortaklıklar, tüzel kişi olmaları sebebiyle kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmasıyla fiil ehliyetine sahip olurlar (MK m. 49) ve işlemlerini bu organları eliyle yürütürler (MK m. 50/1). Kooperatif Kanunu’na göre kooperatif ortaklıklarda bulunması zorunlu organlar *genel kurul* (KoopK m. 42-54), *yönetim kurulu* (KoopK m. 55-64) ve *denetçiler* (KoopK m. 65-69)’dir.

“*Yönetim kurulu, kanun ve ana sözleşme hükümleri içinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır*” (KoopK m. 55/1). Çalışmamızın konusu, kooperatif ortaklıkların icra organı olan yönetim kurulunun oluşumu ile sınırlandırılmıştır.

## II. GENEL OLARAK

Kooperatiflerin yönetim kurulu, üye sayısı, üyelik şartları gibi oluşuma ilişkin ve üyelerin mali hakları, görev süresi temsil yetkisinin kullanılması, üyelerinin hukuki ve cezai sorumlulukları gibi hususlarda diğer ticaret ortaklıklarından farklı düzenlemelere tabidir. Yine diğer ticaret ortaklıkları açısından organlar arasında eşitlik ve işbölümü prensibi hakim iken, Kooperatif Kanunu m. 42’de yer alan “*genel kurul bütün ortakları temsil eden en yetkili organdır*” şeklindeki düzenleme dolayısıyla kooperatif ortaklıkların genel kurulu ile yönetim kurulu

<sup>4</sup> RG: 14.2.2011 t., 27846 s.

arasında üstünlük prensibinin olduğu hususu tartışmalıdır. Bu husustaki genel kabul ise, organlar arasında işbölümü bulunduğu yönündedir<sup>5</sup>.

Kooperatif ortaklıklarda yönetim kurulunu seçme yetkisi münhasıran genel kurula aittir (KoopK m. 42/2-b. 2). Yönetim kurulu üyeleri kural olarak genel kurul tarafından seçilir. Bunun için genel kurulun usulüne uygun olarak toplanması ve gündeminde seçim maddesinin yer alması gereklidir (KoopK m. 98; TTK m. 413).

1581 sayılı *Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu*'na göre Tarım Kredi Kooperatifleri'nde, yönetim kurulu üyelerinden görevlerine son verilenlerin yerlerine yedekleri getirildiği halde çoğunluğun temin edilememesi halinde, yenileri seçilip işe başlayıncaya kadar *Merkez Birliği Yönetim Kurulu*<sup>6</sup> tarafından ortaklar arasından geçici yönetim kurulu üyeleri seçilerek işlerin yürütülmesi sağlanır (1581 sayılı Kanun m. 6/8).

### III. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SEÇİMİ

#### A. Yönetim Kurulu Üye Sayısı ve Yedek Üyelik

Kooperatif ortaklık yönetim kurulu en az üç üyeden oluşur (KoopK m. 55/2)<sup>7</sup>. Görüldüğü üzere Kanun'da asgari üye sayı gösterilmekte fakat azami üye sayısı düzenlenmemektedir. Dolayısıyla, üçten az olmamak koşuluyla, ana sözleşmede yönetim kurulu üye sayısı, istenilen sayıda belirtilebilir<sup>8</sup>. Bununla birlikte Kooperatif Kanunu m.

---

<sup>5</sup> **POROY**, Reha / **TEKİNALP**, Ünal / **ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2003, s. 1007, N. 1948.

<sup>6</sup> “*Merkez Birliği deyimi, faaliyeti bütün yurdu kapsıyan Tarım Kredi Kooperatifleri ve bölge birliklerinin bağlı buldukları Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez birliğini ifade eder*” (1581 s. Kanun m. 2/1-b. ç).

<sup>7</sup> Anonim ortaklıklar açısından konu “*Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur*” (TTK m. 359/1) şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> **BÖLÜKBAŞ**, Tonguç: Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2010,3; **ULUSOY**, Yılmaz: Kooperatif Teşekkülleri, Ankara, 442. **KARACEHENNEM**, Kooperatif Kanunu m. 4'te düzenlenen ana sözleşmede yer alması zorunlu kayıtlar arasında yönetim kurulu üye sayısının yer almaması sebebiyle, üçten fazla sayıda

5/2’de yönetim kurulu üyelerinin ortaklar arasından seçilme zorunluluğunun bulunması, yönetim kurulu azami üye sayısını dolaylı olarak kooperatif ortaklığın ortak sayısı kadar yapmaktadır.

Kooperatif ortaklıklarda yedek yönetim kurulu üyeliğine yer verilmiştir. Dolayısıyla yönetim kurulu *asil* ve *yedek* üyelerden oluşur. Bu açıdan kooperatif ortaklık yönetim kurulu üyeliği anonim ortaklıktan ayrılır<sup>9</sup>. Aynı şekilde, kooperatif ortaklığa seçilecek yedek yönetim kurulu üyesinin de ortak olması zorunludur. Dolayısıyla ortak olma, yedek üyeliğe seçilme ve göreve başlamak için değil, üyeliğe seçilebilme şartıdır<sup>10</sup>. Genel kurul toplantılarında yönetim kurulu üyeleri olarak seçilen kişiler asil yönetim kurulu üyeleridir. Faaliyet dönemi içinde yönetim kurulu üyeliğinde bir boşalma olduğu takdirde bu kurulun görevini yapabilmesinde güçlüklerle karşılaşıldığı için, boşalan yönetim kurulu üyeliğine getirilmek üzere yedek üye müessesesi kabul edilmiştir<sup>11</sup>.

Kooperatif Kanunu’nda yedek üyenin nasıl seçileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte Kooperatif Kanunu m. 42/2-b. 2’nin bunlar için de cari olduğunu kabul etmek gerekir. Genel kurul toplantılarında asil ve yedek yönetim kurulu üyeleri belirtilerek seçim yapılır<sup>12</sup>.

---

yönetim kurulu seçilmesine ilişkin bir kaydın ana sözleşmede yer almasının zorunlu olmadığını belirtmektedir (**KARACEHENNEM**, Nejdet: Kooperatif Hukuku, Ankara 1971, 149); **KARANLIK**, Sebahattin: Kooperatifler ve Muhasebesi, 3. Baskı, Ankara 2009, s.39; **ÖZLÜK**, Türkan / **BİLALOĞLU**, Necdet / **AKENGİN**, Kemal: On Soruda Uygulamalı Kooperatifler Kanunu, Ankara 1970,19.

<sup>9</sup> **POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU** 1007, N. 1948.

<sup>10</sup> **POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU** 1007, N. 1948.

<sup>11</sup> “*Ana sözleşmenin 71/4’üncü maddesinde, yönetimden ayrılan bir üyenin yerine yedek üyelerden, alınan oy sırasına göre birinin geçeceği, hüküm altına alınmış bulunmakla, bu noktada yönetimce ayrıca bir karar alınması da gerekmemektedir*” 11. HD, 16.12.2002, E. 8252/K. 11723 (**ÇELİK**, Salih / **LALE**, Muktedir: Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006, 807-808).

<sup>12</sup> **BÖLÜKBAŞ** 5.

Yedek üyelik konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, asgari üye sayıdır. Kanun'da kaç yedek üye seçileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu duraksamaya yol açabilecek bir konudur<sup>13</sup>. *Şimşek*, ana sözleşmede bu hususta bir hüküm varsa buna riayet edilmesi gerektiğini, fakat bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde Türk Ticaret Kanunu m. 363<sup>14</sup>'ün uygulanması gerektiğini savunmaktadır. *Kanaatimizce*, asil üye sayısı kadar yedek üye seçilmesi uygun bir çözüm olacaktır. Zira, asil üyelere kaç tanesinin üyeliğinin herhangi bir nedenle, aynı zaman diliminde son bulacağı önceden kestirilemez bir durumdur. Olağanüstü bir durumla karşılaşılması halinde işlerin sıhhatli bir şekilde yürütülebilmesi açısından kaç adet asil üye var ise bir o kadar yedek üye seçilmesi gerekir.

Yine “*Bu veya ana sözleşmede gösterilecek diğer bir sebeple yönetim kurulu toplantı nisabını kaybederse, boşalan yönetim kurulu üyeliklerine denetim kurulu üyeleri tarafından gecikilmeksizin yeteri kadar yedek üye çağrılır*” şeklindeki Kooperatif Kanunu m. 55/4'de yer alan yeteri kadar yedek üye çağrılır ifadesinden en az birden fazla yedek üye seçilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

### **B. Üyelik Şartları**

Kooperatif Kanunu'nda yönetim kurulu üyesi olmanın şartları dağınık bir şekilde yer almaktadır. Ana düzenleme Kooperatif Kanunu m. 56'da yer almakla birlikte çeşitli maddelerde de yönetim kurulu üyesi olmanın şartlarına yer verilmiştir.

Kooperatif Kanunu m. 56'ya göre yönetim kurulu üyelerinde aşağıdaki şartlar aranır:

- ❖ Türk vatandaşı olmak(KoopK m. 56/1-b. 1).
- ❖ Aynı türde başka bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olmamak (KoopK m.56/1-b. 2).

---

<sup>13</sup> **ŞİMŞEK**, Edip: Kooperatif Ortaklıklar, Mevzuat ve Uygulama, Yonca Matbaası 1980, 181.

<sup>14</sup> “334 üncü madde hükmü saklı kalmak üzere, herhangi bir sebeple bir üyelik boşalırsa, yönetim kurulu, kanuni şartları haiz birini, geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunar. Bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması hâlinde selefinin süresini tamamlar”.

❖ Kanunda sayılan suçlardan birinden mahkum olmamak: Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) <sup>15</sup> zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından ya da bu Kanun hükümlerine göre mahkum olmamak (KoopK m. 56/1-b. 2).

Kooperatif Kanunu m. 56 dışında çeşitli hükümlerde yer alan yönetim kurulu üyeleri için aranan dolaylı yahut dolaysız şartlar ise şunlardır:

- ❖ Kooperatif ortağı olmak (KoopK m. 55/2).
- ❖ Ana sözleşmede yer alan diğer niteliklere sahip olmak.
- ❖ Denetçi görevini yürütüyor olmamak <sup>16</sup>.

Bu şartların dışında özel kanunlarda, o kooperatif ortaklığının tipi için başka şartlar da aranmış olabilir. Bu halde, genel şart niteliğinde olan yukarıdaki şartların yanında, özel kanunlardaki şartlar da kooperatif yönetim kurulu üyeleri için aranır. Örneğin 1581 sayılı Kanun'da öğrenim şartı aranmıştır: “*Yönetim kurulu üyeliklerine seçilenlerin, en az ilkokul mezunu olmaları şarttır*” (1581 s. Kanun m. 4/4).

Üyelik şartları denetçiler tarafından araştırılır. Bu şartları taşımadıkları halde seçilenler ile sonradan kaybedenlerin görevlerine yönetim kurulunca son verilir (KoopK m. 55/2).

### 1. Kooperatif Ortağı Olmak

Bu şart, yönetim kurulu üyelik şartlarının düzenlendiği Kooperatif Kanunu m. 56'da değil, 55. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm “*Yönetim Kurulu en az üç üyeden kurulur. Bunların ve yedeklerinin kooperatif ortağı olmaları şarttır*” (KoopK m. 55/2) <sup>17</sup> şeklinde yer almaktadır.

<sup>15</sup> Bu maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan “... milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ...” bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 25/2/2010 tarihli ve E.: 2008/17, K.: 2010/44 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

<sup>16</sup> KARACEHENNEM 154.

<sup>17</sup> Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeliği açısından bu şart aranmamaktadır.

Yönetim kurulu üyesi olabilmenin ilk şartı ortak olmak olduğuna göre, yönetim kurulu üyelerinin ortak olabilme şartlarını da yerine getirmiş olması gerekir. Seçimden sonra kooperatifte ortak sıfatını kazanmak, yönetim kurulu üyeliğine geçerlilik kazandırmaz<sup>18</sup>. Ortağın gerçek ya da tüzel kişi olması önemli değildir. Tüzel kişiler de kooperatif ortaklığının yönetim kuruluna seçilebilir. Bu husus Kooperatif Kanunu m. 55/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişiler, temsilcilerinin isimlerini kooperatif ortaklığına bildirerek (KoopK m. 55/3), yönetim kurulu üyeliklerini bu kişiler eliyle yürütürler<sup>19</sup>. Buradan anlaşılması gereken, kooperatife üye tüzel kişiler, temsilcilikleri vasıtasıyla değil, bizzat yönetim kuruluna seçilmektedirler<sup>20</sup>. Tüzel kişinin kendisini temsil ettirmek amacıyla birden fazla temsilci göndermesi mümkün değildir<sup>21</sup>.

Tarım kredi kooperatifleri açısından yönetim kurulu üyesi olmak için yalın bir şekilde ortak olma şartı aranmamıştır. Bu türden kooperatif ortaklıkların yönetim kurulunun “*genel kurula katılma hakkını haiz ortaklar arasında*” seçilmesi şarta bağlanmıştır (1581 s. Kanun m. 4/1-b. a).

## 2. Türk Vatandaşı Olmak

Kooperatif ortaklıklarda ortak olmak için aranmamış olan Türk vatandaşlığı şartı, yönetim kurulu üyeliği için aranmıştır (KoopK m. 56/1-b. 1)<sup>22</sup>. Bu durumda, kooperatif ortaklarından Türk vatandaşlığında

---

<sup>18</sup> **ŞİMŞEK** 185.

<sup>19</sup> Anonim ortaklıklar açısından konu “*Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilan yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir*” (TTK m. 359/2) şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>20</sup> Bu hükmün uygulamada yaratacağı sakıncalar ve eleştirileri için bkz. **ÇEVİK**, Orhan Nuri: Kooperatifler Hukuku Uygulaması ve İlgili Mevzuat, Ankara 1985, 394-395; **KARACEHENNEM** 151; **ULUSOY** 443.

<sup>21</sup> **ÇEVİK** 394.

<sup>22</sup> Anonim ortaklık yönetim kurulu üyeliği açısından böyle bir şart aranmamıştır.

bulunmayanlar, bu şartı yerine getiremediklerinden, yönetim kurulu üyesi olarak seçilemeyeceklerdir. Türk vatandaşı olmayan bir ortağın seçilmesi halinde ise, seçime ilişkin genel kurul kararının Kooperatif Kanunu m. 53 hükmü gereğince iptal ettirilmesi gerekir<sup>23</sup>.

Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine seçilmeleri halinde, bunların kooperatif ortaklığa bildirecekleri temsilcilerinin de Türk vatandaşı olmaları gerekir<sup>24</sup>.

### **3. Aynı Türde Başka Bir Kooperatifin Yönetim Kurulu Üyesi Olmamak**

Aynı türde başka bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olmamak şartı (KoopK m. 56/1-b. 2) esasen rekabet yasağının, bir yansımasıdır. Bu hükümlerle, yönetim kurulu üyesinin, bu sıfatıyla sahip olduğu kooperatif ortaklığının sırlarını, başka menfaatlerle tehlikeye düşürmemeleri ve şirketi zarara uğratmamaları amaçlanmaktadır.

### **4. Kanunda Sayılan Suçlardan Birinden Mahkûm Olmamak**

Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) <sup>25</sup> zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından ya da bu Kooperatif Kanunu hükümlerine göre mahkum olan bir kişi yönetim kurulu üyeliğine seçilemez (KoopK m. 56/1-b. 2).

Bu şartın yerine gelmiş olması için kişi hakkında mahkumiyet kararının bulunması gerekir<sup>26</sup>. Kişi hakkında dava açılmış olması ve bu

<sup>23</sup> **KARACEHENNEM** 153.

<sup>24</sup> **ÇEVİK** 395; **KARACEHENNEM** 153; **KORALTAN**, Tefik / **TEZMEN**, Naim / **İŞPİR**, Yaşar / **CEBECİ**, Nizamettin / **HASTAOĞLU**, Sebati: Türk Hukukunda Kooperatifler, Ankara 1971, 29; **ŞİMŞEK** 186.

<sup>25</sup> Bu maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan "... milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, ..." bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 25/2/2010 tarihli ve E.: 2008/17, K.: 2010/44 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

<sup>26</sup> "Kooperatifler Kanunu'nun 56/1 nci maddesine göre, yöneticiler hakkında ticaret yasağına aykırı davranmak nedeniyle dava açılması, yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeye engel değildir. Görevi suistimal suçuna ilişkin hükümlere veya Kooperatifler Kanunu'na göre mahkum olmamak, yönetim

davanın devam ediyor olması yönetim kurulu üyesi seçilmeye engel teşkil etmez.

### **5. Denetçi Görevini Yürütüyor Olmamak**

Denetçilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağına ilişkin Kooperatif Kanunu'nda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Fakat icra organının kendisini denetleyen kişilerden oluşması hayatın olağan akışına aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla böyle bir hükme yer verilmemiş olması, denetçi olarak kooperatifte görev yapan bir ortağın yönetim kuruluna seçilmesini sağlamaya yetmez<sup>27</sup>.

### **6. Ana Sözleşmede Yer Alan Diğer Niteliklere Sahip Olmak**

Kooperatif Kanunu'nda yer almayan şartlara ek olarak, ortaklar yönetim kurulu üyeliği açısından ana sözleşmede bir takım nitelikler arayabilir<sup>28</sup>. Ana sözleşmede bu şekilde hükümlere yer verilmesi Kooperatif Kanunu m. 42/2'de yer alan genel kurulun, yönetim kurulunu

---

*kurulu üyelerinde aranan şartlardan ise de, davalı kooperatif yöneticileri hakkında, genel kurul tarihinde kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı bulunmamaktadır. İleride bu şartın gerçekleşmesi halinde, anılan maddi hükümlerine göre, konu genel kurul gündemine alınarak gerekli işlemler yapılabilecektir"* 11. HD, 8.12.2003, E. 4312/K. 11582 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>27</sup> Denetçinin yönetim kuruluna seçilememesini Kooperatif Kanunu m. 98 yollamasıyla 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun konuyu düzenleyen 347. maddesine başvurarak savunulmaktadır. Bu hususta bkz. **ÇEVİK** 396; **KARACEHENEM** 154; **ŞİMŞEK** 186. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 400. maddesinin 1. fıkrasının b bendine dayanarak aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

<sup>28</sup> "...ana sözleşmenin yönetim kurulu üyelerinde aranan seçilme koşullarının sıralandığı 43'üncü maddesinin, koşullardan birine ilişkin 6 nolu bendinin değiştirilmesi oylanmış ve değişiklik kabul edilmiştir. Yeni seçilen yönetim kurulu üyelerinin, bu bendin değişiklik öncesi aranan koşulu taşımadıkları dosya kapsamı ile sabittir. Ana sözleşmenin bu bendinin değiştirilmesi kararı, ancak ana sözleşme değişikliği kesinleşip, sicile tescili sonrasında yapılacak seçimler bakımından, uygulama kabiliyeti kazanabilecektir. Henüz bu aşamaya gelinmeden önce, yapılan bu seçim yönünden, bu değişikliğin sonuç doğurması ve seçilenlerin değişiklikten yararlanmaları mümkün değildir" 11. HD, 06.05.2002, E. 4187/K. 4426 (**CELİK / LALE**,805).



seçme yetkisinin devredilemez ve terk edilemez niteliğine müdahale anlamına gelmez<sup>29</sup>. Örneğin, öğrenim şartı veya kooperatifin türü sebebiyle belli bir meslek grubundan olma şartı ana sözleşmede öngörülebilir.

Bununla birlikte, genel kurul iradesine müdahale anlamına gelecek şartlar ana sözleşmeye konulamaz. Yönetim kurulu üyelerinin ilk yüz ortak arasından seçileceğine ilişkin şartın bulunması<sup>30</sup> örnek olarak verilebilir. *Kanaatimizce* bu halde, ana sözleşmedeki şart yazılmamış sayılır<sup>31</sup>.

### C. Devlet Memurlarının Yönetim Kurulu Üyeliği

Memurların ticaret ile uğraşmaları ve ticaret ortaklıklarında temsiliyeti doğuran görevlerde bulunmaları Devlet Memurları Kanunu ile yasaklanmıştır. Gerçekten DMK m. 28/1 ile aşağıdaki hükme yer verilmiştir:

*“Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç). (Ek cümle: 8/8/2011-KHK-650/38 md.) Memurlar, meslekî faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz”.*

Bu hükme göre, devlet memurlarının ticaret ortaklıklarında yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanınmamıştır. Bununla birlikte kanun koyucu aynı maddenin ikinci fıkrasında kooperatif ortaklıklar açısından bir istisna getirmiştir:

<sup>29</sup> **KARACEHENNEM** 157.

<sup>30</sup> **KARACEHENNEM** 158.

<sup>31</sup> **KARACEHENNEM** şartın geçersiz sayılmayacağını, fakat genel kurulun buna uymak zorunda olmadığını savunmaktadır (**KARACEHENNEM** 158).

*“Memurların üyesi oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatifleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve kanunla kurulmuş yardım sandıklarının yönetim, denetim ve disiplin kurulları üyelikleri görevleri, özel kanunlarda belirtilen görevler ile kurumundan izin alınmak kaydıyla yapılan insanî ve sosyal amaçlı gönüllü çalışmalar bu yasaklamanın dışındadır”* (DMK m. 28/2).

Devlet Memurları Kanunu m. 28/2 hükmüne göre, memurlar ancak ortak oldukları yapı, kalkınma ve tüketim kooperatiflerinin yönetim kurullarına üye seçilebilecekler, diğer kooperatif ortaklıklarında ise bu hakka sahip olamayacaklardır. Diğer türden kooperatiflerin yönetim kuruluna seçilmiş olan memurlar hakkında kooperatif ortaklık açısından geçerli bir sonuç doğurur. Kendileri istifa etmedikleri sürece bu görevlerini yerine getirirler<sup>32</sup>. Fakat haklarında, özel kanunlarda gösterilen hukuki, cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olur. Örneğin Devlet Memurları Kanunu m. 125/D-h gereğince kademe ilerleme cezasının uygulanması sözkonusu olur.

Görüldüğü üzere, bazı kooperatif türleri genel kuralın dışında tutularak, devlet memurlarının bu kooperatiflerde yönetim kuruluna üye olmaları yasak kapsamının dışında bırakılmıştır. Burada belirtilmiş olan yönetim, denetim ve disiplin kurulu dışındaki diğer görevlerde, özellikle kooperatif memurluğunda<sup>33</sup>, bulunamaz. Devlet memurları da yönetim kurulu üyelikleri sebebiyle huzur hakkı, aylık veya yıllık ücret alabilirler<sup>34</sup>.

#### **D. Görev Süresi**

Yönetim kurulu üyeleri en çok 4 yıl için seçilebilirler (KoopK m. 57)<sup>35</sup>. Kanun, üyelerin görev süresi en çok 4 yıl ile sınırlandırmış ancak asgari süreyi belirtmemiştir. Bu durumda ana sözleşmede yer alması şartıyla daha kısa bir süre için de seçilmeleri mümkündür<sup>36</sup>. Ana

---

<sup>32</sup> **ÇEVİK** 399.

<sup>33</sup> **ULUSOY** 446.

<sup>34</sup> **ULUSOY** 446.

<sup>35</sup> Anonim ortaklıklarda konu “Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir” (TTK m. 362) şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>36</sup> **ÇEVİK** 393; **KARACEHENEM** 158; **ÖZLÜK / BİLALOĞLU / AKENGİN** 20; **ULUSOY** 447.

sözleşmede süre belirtilmemiş ise, kanuni düzenleme geçerli olur; üyeler 4 yıl için seçilmiş sayılır<sup>37</sup>. Ancak daha uzun bir süre için seçilmeleri mümkün değildir.

Bununla birlikte bir yönetim kurulu üyesi, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, birden fazla kez seçilebilir (KoopK m. 57)<sup>38</sup>. Bunun anlamı, her seçim için en fazla 4 yıllığına seçilmekle birlikte birden fazla kez seçilerek 4 yıldan uzun süre yönetim kurulu üyeliği yapabilir. Bu konuda kanun koyucu bir üst sınır koymayı tercih etmemiştir. Kooperatif ortaklıklarda her yıl yapılan genel kurul toplantılarında yönetim kurullarının yeniden seçilmeleri yaygın bir uygulama olarak görülmektedir<sup>39</sup>.

#### E. Üyelerin Seçimi, Tescil ve İlan

Kooperatif ortaklıklarda yönetim kurulunu seçme yetkisi münhasıran genel kurula aittir. Genel kurul, yönetim kurulu üyelerini seçmek yetkisini devir ve terk edemez (KoopK m. 42)<sup>40</sup>. Olağan genel kurul toplantılarında, yönetim kurulu üye seçiminin gündemde yer alması gerekir (KoopK m. 46/3). Bununla birlikte, eğer yönetim kuruluna üye seçimi, yönetim kurulu üyelerinin azli dolayısıyla o toplantıda yapıyor ise, bu hususta gündeme bağlılığın bir istisna söz konusu olur (KoopK m. 46/3-son cümle). Kanun veya ana sözleşmede aykırı hüküm bulunmadıkça genel kurul kararlarında ve seçimlerde oyların yarısından bir fazlasına itibar olunur (KoopK m. 51/1).

Kooperatif Kanunu'nun 3/1-b. 8 maddesine göre kooperatifin kuruluşu sırasında, yönetim kurulu üyeleriyle kooperatifi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları tescil ve ilanı olunur. Tescil edilmiş

<sup>37</sup> **ÇEVİK** 393.

<sup>38</sup> Anonim ortaklıklarda konu “*Esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, aynı kişi yeniden seçilebilir*” (TTK m. 362) şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>39</sup> **KARANLIK** 40.

<sup>40</sup> Anonim ortaklıklarda konu şu şekilde düzenlenmiştir: “(2) *Çeşitli hükümlerde öngörülmüş bulunan devredilemez görevler ve yetkiler saklı kalmak üzere, genel kurula ait aşağıdaki görevler ve yetkiler devredilemez:*  
b) *Yönetimkurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları*” (TTK m. 408/2-b. b).

hususlarda meydana gelecek her türlü değişikliklerde tescil olunacağından kuruluşun sonra yapılan genel kurullarda yönetim kurulu üyeleriyle ilgili değişiklikler de tescil ve ilan ettirilir. Kooperatifin eski yöneticileri yeniden yönetim kuruluna seçilmiş olsalar bile yeniden tescil ve ilan edilir. Yönetim kuruluna seçilmiş olan kimseler, genel kurul tutanaklarının imzalanmasından sonra görevlerine başlayabilirler.

#### IV. SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu ile ticaret hukuku alanında özellikle şirketler açısından köklü değişiklikler getirilmiştir. Anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri gereği, yönetim kurulunun oluşumu bakımından çağın gereklerine uygun değişikliklere yer verilmiştir. Anonim şirketler açısından getirilen bu yeniliklere paralel olarak kooperatif ortaklıklara da getirilmelidir. Kooperatiflerin düzenlenmesi daha önce de olduğu gibi, 6102 sayılı Kanun'un içine alınmamış, sadece 124. maddede kooperatiflerin ticaret şirketleri arasında yer aldığı düzenlenmiştir.

Kooperatif yönetim kurulunun oluşumunda aranan bazı şartlar artık çağın ihtiyacının gerisinde kalmaktadır. Kooperatiflerin de bir an evvel yasal düzenlemeler yapılarak kurumsal yönetim ilkeleri gereğince yönetilmesinin yolu açılmalıdır. Bu bağlamda kooperatif yönetim kuruluna seçilebilmek için ortak olma şartının *kaldırılması veya en az bir* yönetim kurulu üyesinin bu şartı taşıması aranmalıdır. Yine kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde yönetim kuruluna seçilmede Türk vatandaşlığı şartının kaldırılması yerinde bir düzenleme olur. Bir diğer husus ise, tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin kendisini temsil için görevlendirdiği kişinin ticaret siciline tesciline ilişkin bir düzenlenmenin getirilmesinin yerinde olacağıdır. Denetçilerin kooperatif yönetim kurulu üyesi olamayacaklarına ilişkin Kanun'a açık bir hüküm konulmalıdır.

#### KAYNAKÇA

**BÖLÜKBAŞ**, Tonguç: Kooperatif Yöneticilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2010.

**ÇELİK**, Salih / **LALE**, Muktedir: Özetli-İçtihatlı-Uygulamalı Kooperatifler Hukuku, Ankara 2006.

**KARACEHENNEM**, Nejdet: Kooperatif Hukuku, Ankara 1971.

**KARAHAN**, Sami (Edt): Şirketler Hukuku, Ankara 2012.

**KARANLIK**, Sebahattin: Kooperatifler ve Muhasebesi, 3. Baskı, Ankara 2009.

**KORALTAN**, Tevfik / **TEZMEN**, Naim / **İŞPİR**, Yaşar / **CEBECİ**, Nizamettin / **HASTAOĞLU**, Sebati: Türk Hukukunda Kooperatifler, Ankara 1971.

**POROY**, Reha / **TEKİNALP**, Ünal / **ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2003.

**ÖZLÜK**, Türkan / **BİLALOĞLU**, Necdet / **AKENGİN**, Kemal: On Soruda Uygulamalı Kooperatifler Kanunu, Ankara 1970.

**ŞİMŞEK**, Edip: Kooperatif Ortaklıklar, Mevzuat ve Uygulama, Yonca Matbaası 1980.

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)



## YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar \* işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

**Bu şartları taşımayan başvurular KABUL EDİLMEYECEKTİR.**

**Haberleşme Adresi:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

**İnternet adresi:**

<http://www.selcuk.edu.tr/Sayfa.aspx?birim=004&sayfa=2100&dt=1>

**e-posta:** hukukdergi@selcuk.edu.tr