

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 27

Sayı (Number): 2

Yıl (Year): 2019

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 27 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2019

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Dekan)

Editörler (Editors) :

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL
Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN
Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK
Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

| | |
|---------------------------------|---|
| Prof. Dr. Andreas Spickhoff | Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-Universität Munich (Germany) |
| Prof. Dr. George A. Bermann | School of Law, Columbia University (USA) |
| Prof. Dr. Petra Butler | Faculty of Law, Victoria University of Wellington (New Zealand) |
| Prof. Dr. Venkata Rao | National Law School, India University (India) |
| Prof. Dr. Shobhalata Udupudi | Centre for Environment and Sustainable Development, Gujarat National Law University (India) |
| Prof. Dr. Sheela Rai | National Law School, University Odisha (India) |
| Prof. Dr. Furqan Ahmad | The Indian Law Institute (India) |
| Prof. Dr. Koos Malan | Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa) |
| Prof. Dr. Maleka Femida Cassim | Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa) |
| Prof. Dr. Charles Manga Fombad | Faculty of Law, University of Pretoria (South Africa) |
| Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko | Faculty of Law, University of Johannesburg (South Africa) |
| Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina | Faculty of Law, Kazan Federal University (Kazan) |
| Asst. Prof. Monika Tomaszewska | Faculty of Law and Administration, University of Opole (Poland) |
| Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Berrin AKBULUT | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

| | |
|----------------------------------|--|
| Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY | Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ramazan ARSLAN | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Rıza AYHAN | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Halil CİN | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Ali ERTEN | Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Arslan KAYA | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Doğan SOYASLAN | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Cemal ŞANLI | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İlhan ULUSAN | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Mehmet ÜNAL | Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Faruk BİLİR | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. M. Fatih UŞAN | Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ | Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK | Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY | Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Murat ATALI | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Doç. Dr. Nuran KOYUNCU | Necmeddin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Doç. Dr. A. Kürşat ERSÖZ | Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi |

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

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

KAPSAM

Dergimiz Nisan, Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda üç kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden ve 27.06.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliği bakımından *ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan* hakemli bir uluslararası dergidir. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarındaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda üç sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Dergimizde yayımlanan her makale iThenticate programında tarandıktan sonra değerlendirilmeye alınmaktadır.

KISALTIMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atıf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



GOOGLE SCHOLAR

Dergimiz 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranan dergiler arasındadır.



HEINONLINE

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.



iThenticate

Makaleler 2019 yılından itibaren iThenticate programı tarafından taranmaktadır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : hukukdergi@selcuk.edu.tr

ABOUT THE REVIEW

AIM

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

SCOPE

Our review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance Regulation published in the Legal Gazette dated 27.06.2018, which accepts articles in the field of law published in electronic media and printed three times a year in April, July and December. In addition to research articles in the fields of public and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

PEER REVIEW PROCESS

Published in three issues per year, Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review. The articles published in our review are reviewed by at least two referees. Every article published in our review is evaluated after being scanned in iThenticate program.

ABBREVIATION

SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

INDEXING



TR INDEX Law Database

Our review has been included in TUBITAK ULAKBİM LAW DATA BASE with the letter dated 17.06.2010 and numbered 1799 of ULAKBİM.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Since 2016, our review has been among the reviews scanned by Asos Academia Social Science Index.



SOBIAD (Social Science Citation Index)

Since 2017, our review REVIEW has been among the reviews scanned by SOBIAD.



GOOGLE SCHOLAR

Since 2017, our magazine has been among the magazines scanned by Google Scholar.



HEINONLINE

Since 2017, our magazine has been among the magazines scanned by HeinOnline.



iThenticate

Articles are being scanned by the iThenticate program since 2019.

COMMUNICATION ADDRESS

Selçuk University Law Faculty, Campus of Alaaddin Keykubat 42079 Selçuklu/KONYA

Tel: 0332 241 00 45

Fax: 0332 241 01 05

Websites: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-mail: hukukdergi@selcuk.edu.tr

YAYIN ŞARTLARI

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, çift-kör hakem sürecini kullanmakta olan bir dergidir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek makalelerde aşağıdaki hususlar dikkate alınacaktır.

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalıdır. Eserlerini yayımlatmak isteyen yazarların, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır. “ORCID” numarası, <https://orcid.org/> adresinden alınabilir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin Türkçe ve 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:** Calibri (Light) karakteri ile 10,5 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 biçemi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Calibri (Light) 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.

Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DERGİPARK” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DERGİPARK” sistemi üzerinden yürütülmektedir. Makale yüklemek için tıklayınız. (<https://dergipark.org.tr/suhfd>)

Eğer “DERGİPARK” üyeliğiniz mevcut değilse, talebiniz halinde bize iletteceğiniz (hukukdergi@selcuk.edu.tr) bir mail adresi doğrultusunda “DERGİPARK” üyeliğiniz başlatılıp size sistem desteği sunulacaktır.

7. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen eserin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

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

Makale Ön İnceleme Aşaması

9. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, **"iThenticate"** intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı en fazla %30 olabilir. İntihal/benzerlik oranı %30'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir ve yayın sürecinden çıkarılır.

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Dergide yayınlanması talebiyle 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.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 1 ay olup bu süre zorunluluk halinde 1 ay daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmesi halinde, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 40 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörlüğü'nün eseri **yayınlamama** yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

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

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından yazar ünvanı ve soyadı esas alınmaktadır.

AUTHOR GUIDELINES

Selçuk Law Review uses the double-blind referee process. The articles that is sent for publication in the review shall take into consideration of the following issues.

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as "SURNAME". The information about the author is located on the right side of the page. Authors who want to publish article should take the "ORCID" number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). The "ORCID" number can be obtained from <https://orcid.org/>.

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

3. **Page structure:** It should be 6 cm up and down; 4.5 cm each side. As a rule, articles prepared in this way should not exceed 35 pages.

4. **Manuscripts:** Characters should be Calibri (Light) font and written in 10.5 font size. The first line spacing should be 1.25 cm, but the following lines will be 1cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. The style 1 format should only be used for the main title of the article.

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

Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DERGİPARK". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DERGİPARK" system. Click here to submit the article. (<https://dergipark.org.tr/suhfd>).

7. The manuscript submitted for publication in the review should not have been published or submitted for publication.

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

9. All works submitted for publication in the review are examined in the plagiarism program iThenticate. Plagiarism / similarity ratio can be maximum 30%. Works with a plagiarism rate of more than 30% are rejected directly by the editorial board and removed from the publication process.

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

Process of the Referee Evaluation

11. The studies submitted for the publication in the review shall not be published without obtaining the positive opinions of the referees (two referees who are kept confidential) or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee.

12. The period of evaluation given to the referee is 1 month and can be extended 1 month if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board of Selçuk Law Review will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 40 or less, the editor of Selçuk Law Review is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

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

Process of the Review Typographic

15. The author's title and surname are taken into consideration in the sequence of each issue.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 27 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2019

İÇİNDEKİLER

CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

RESEARCH ARTICLES

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

OSMANLI MEDRESESİ'NİN KURUCUSU KAYSERİLİ DAVUD'UN HAYATI, ESERLERİ
VE FİKİRLERİ ÜZERİNE BİR BAKIŞ 229
*A Glance On The Works And Ideas Of The Life Of Kayserili Davud, Founder Of
Ottoman Medrese*

Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Nuran KOYUNCU

Arş. Gör. (Asst.) Yusuf KILIÇ

OSMANLI HUKUKUNDA MARAZ-I MEVTİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ 243
Fatal Disease's Effects On Legal Transaction in The Ottoman Law

Arş. Gör. (Asst.) Samed ATASOY

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME SORUNU ... 279
The Problem of the Common Competent Court in Jurisdiction of Tort Cases

Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Hakan ALBAYRAK

Arş. Gör. (Asst.) Tahsin MAVZER

| | |
|--|-----|
| ELEKTRİK ENERJİSİ NAKİL HATLARININ YOL AÇTIĞI ZARARDAN SORUMLULUK | 307 |
| <i>Responsibility For Damages Caused By Electricity Power Transmission Lines</i> | |
| Dr. Öğr. Üyesi (Asst. Prof.) Bahar ÖCAL APAYDIN | |

KARAR İNCELEMELERİ

REVIEW OF JUDGMENT

| | |
|--|-----|
| BOŞANMIŞ ANNE-BABALARIN MÜŞTEREK ÇOCUKLARININ SOYADI SORUNU: BİR KARAR İNCELEMESİ VE İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI..... | 347 |
| <i>The Surname Problem of Mutual Children of Divorced Parents: An Analysis of a Decision in Line With Dictate of Reason and its Reflection on Administrative Law</i> | |
| Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ | |
| Doç. Dr. (Assoc. Prof.) Bayram KESKİN | |

| | |
|---|-----|
| YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN VERMİŞ OLDUĞU BİR KARAR ÜZERİNE ELEŞTİRİ (KARARIN AT YARIŞLARI VE DİĞER SPOR DALLARINDA ŞİKEYE ETKİLERİ) | 377 |
| <i>A Review Based on the Judgment of 4th Civil Chamber of the Supreme Court (The Affect of the Jugdment on Horse Races and Other Sports in Race Fixing)</i> | |
| Arş. Gör. (Asst.) Ahmet Fevzi KİBAR | |

Araştırma Makaleleri

Kamu Hukuku

OSMANLI MEDRESESİ'NİN KURUCUSU KAYSERİLİ DAVUD'UN HAYATI, ESERLERİ VE FİKİRLERİ ÜZERİNE BİR BAKIŞ*

*A Glance On The Works And Ideas Of The Life Of Kayserili Davud, Founder Of
Ottoman Medrese*

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU**

Arş. Gör. Yusuf KILIÇ***

ÖZ

“Davud bin Mahmud bin Muhammed” veya bilinen adıyla “Kayserili Davud”, 1331 yılında fethedilen İznik şehrine kurulacak ilk Osmanlı medresesine Orhan Gazi tarafından davet edilir ve bu davete icabet eder. Böylece ilk Osmanlı müderrisi olarak görev alır. İlk müderris oluşu onu ve hakkında yapılacak çalışmalarını Türk Hukuk Tarihi açısından da önemli kılmaktadır. Kayserili Davud’un müderrislik geçmişi hakkında ayrıntılı bilgilere ulaşılamamaktadır. Ayrıca hukukçu kimliğiyle alakalı çalışmalar da yok denecek kadar azdır. Hakkındaki eserlerin çoğunluğu onun tasavvuf kimliğiyle ilgilidir. Bu bilgiler genel olarak İbn Arabi’nin sistemleştirdiği “Vahdet-i Vücut” felsefesine yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla bu çalışmalar, Osmanlı medrese sisteminin kurucusu olan büyük bir alimin duygu ve düşünce dünyasını aydınlatması bakımından önemlidir.

ANAHTAR KELİMELEER: Kayserili Davud, Davud-el Kayseri, Osmanlı Medresesi, Hayat Suyu, Osmanlı Müderrisi, Vahdet-i Vücut.

ABSTRACT

“Dawud bin Mahmud bin Muhammad” also known as “Dawud Qayseri” was invited by Orhan Gazi to the the first medrese to be established in Iznik, which was conquered by the Ottomans in 1331. Thus, he served as the first Ottoman scholar. The fact that he was the first scholar makes him and his work important in terms of History of Turkish Law. Detailed information on the background of the scholarship of him could not be reached. In addition, there is little in the researches about the identity of lawyers. The majority of his work focus his sufi identity. This information is mainly focused on the Wahdet-i Wucut philosophy that Ibn Arabi has systematized. Therefore, these studies are important in terms of illuminating the emotions and thoughts of a great scholar who was the founder of the Ottoman madrasa system.

KEY WORDS: Dawud-el Qayseri, Ottoman Medrese, Water of Life, Ottoman Scholar, Wahdat-ı Wucut.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 04.07.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.571244](https://doi.org/10.15337/suhfd.571244)

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

E-Mail Adresi: nkoyuncu@erbakan.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-6696-9733](https://orcid.org/0000-0002-6696-9733)

*** Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

E-mail Adresi: yusufkilig@erbakan.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-0554-2194](https://orcid.org/0000-0003-0554-2194)

GİRİŞ

Bilim, hukuk ve din adamı özelliklerini harmanlayan Kayserili Davud, kesinliği tartışmalı olsa da 1260 yılında Kayseri'de dünyaya gelmiştir¹. Kayserili Davud'un ailesinin bugün İran sınırları içinde yer alan; o tarihlerde ise Türklerin batıya göç yolu üzerinde olan Sava şehrinden gelerek Kayseri'ye yerleşmiş oldukları rivayet edilmektedir².

Kayserili Davud'un ailesinin Osmanlı topraklarına gelmeden önce yaşadığı 13. yüzyıldaki İran coğrafyası ve siyasi durum oldukça karışıktır. İran'da Büyük Selçuklu Devleti kurulup yıkılmış, ardından gelen Harzemşahlar, bu bölgeyi kontrol altına almıştır. Harzemşahlar, Cengiz Han'ın elçilerini öldürüp Cengiz Han ile yüzleşmeleriyle yıkılış sürecine girmiş ve bu coğrafya yıllarca süren keşmekeşe sürüklenmiştir. Kayserili Davud, Moğol istilası akabinde gelişen süreçten doğrudan etkilenmiş bir ailenin ferdidir. Moğolların İslam dünyasını ekonomik ve etnik yıkıma maruz bırakması, bölgede yaşayan halkları yeni arayışlara yöneltmiştir. Kayserili Davud'un ailesi de bu süreçte Sava şehrinden Kayseri'ye gelip yerleşmiştir.

Osmanlı Devleti'nin kuruluş yıllarını aydınlatan Aşıkpaşazade tarihinde kısıtlı da olsa Kayserili Davud hakkında malumat verilmiştir. Yine kuruluş yıllarına ilişkin önemli bilgiler aktaran Taşköprülüzade'nin "Eş-Şakaiki'n Numaniyye fi Ulemai'd Devleti'l Osmaniyeye eserinde de Kayserili Davud'un adı geçmektedir. Kayserili Davud hakkında yapılan ilk ciddi çalışma, Mehmet Bayraktar'ın Fransızca kaleme aldığı *La Philosophie Mystique Chez Dawud de Kayseri* isimli doktora çalışmasıdır. Bu çalışmanın hem Fransızcası hem de Türkçe'ye çevirisi yayınlanmıştır. Bunun yanında Bursa Mebusu Meh-

¹ BAYRAKTAR Mehmet, "Davud el-Kayseri", *DİA*, 1994, C. 9, s. 32; BAYRAKTAR, Mehmet, "Davud el Kayseri'nin Felsefesi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 6; KÜÇÜK, Osman Nuri, "Davud el Kayseri'ye Göre Gerçek Sevgi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy. 3, Ocak 2015, s. 61-77; ÇAKMAKLIOĞLU, M. Mustafa, "Davud el Kayseriye Göre Sufi Epistemolojisinin Temel Bir Kavramı Olarak "Keşf" ve Türleri", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.6, Sy. 4, Ocak 2017, s.247; ŞAHİN, Hasan, "Davud el Kayseri'ye Göre Allah'ın Kelamı", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 30; YILMAZ, Sadi, "Davud Kayseri'de Varlık, Bilgi ve İnsan", *Milel ve Nihal: İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 13, Sy. 2, Ocak 2016, s. 188.

² BAYRAKTAR, (1994), s. 32.

med Tahir, Kayserili Davud hakkında Sırat-ı Müstakim dergisinde bir yazı kaleme almıştır.³ Kayserili Davud ile ilgili şimdiye kadar onun ilmi kişiliğinden çok mutasavvıf kimliğini ön plana çıkaran araştırmalar yapılmıştır⁴.

Kayserili Davud'un Türk Hukuk Tarihi için önemi, onun ilk Osmanlı Müderrisi olmasından ileri gelmektedir. Orhan Gazi, 1331 yılında İznik'i fethettikten sonra bir medrese yapımı için talimat vermiştir. Bu medresenin başına geçerek bir hukuk sistemi oluşturması için de, Kayserili Davud'u davet etmiştir. Molla Fenari gibi önemli mezunlar verecek bu medresesinin kuruluşu ve işleyişi de temel olarak Kayserili Davud'a bırakılmıştır.⁵

I. HAYATI VE KİMLİĞİ

Kayserili Davud'un ismi Arapça kaynaklarda *Davudu'l Kayseri*, *Davud el-Kayseri* ve Osmanlıca kaynaklarda da *Davud-i Kayseri* olarak geçmektedir; tam adı Davud bin Mahmud bin Muhammed'dir er-Rûmî el-Kayserî esSâvî'dir⁶. Onun hakkında ilk bilgilere Osmanlı Devleti'nin kuruluşunu anlatan Aşıkpaşazade tarihinden ulaşılmaktadır⁷.

Kayserili Davud, ilim çevrelerince büyük ve bilge bir kişi olarak tanınmıştır. Dinin ve milletin şerefi manasına gelen *Şerefeddin ve Mille* unvanıyla bilinmiştir. Bunun dışında Hanefi mezhebine mensup olduğu için *El Hanefi*, tasavvuf ehlinde olduğu

³ **BURSALI MEHMED TAHİR**, Davud-i Kayseri, Sırat-i Müstakim, 17 Mart 1327, C:6, Sy. 134, s. 55.

⁴ **EKİNCİ**, Ekrem Buğra. *İslam Hukuku Tarihi*, 2015, 2.Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul; **RÜSTEM**, Muhammed, "Dawud El Qayserî: Notes on his life, influence end reflections on the Muhammedan Reality", *Journal of the Muhyiddin İbni Arabi Society*, Volum xxxiiii, 2005, Oxford; **İMBER**, Colin. *Osmanlı İmparatorluğu 1300-1650 İktidarın Yapısı* (Çev. Şiar Yalçın), 2015, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları; **KILIÇ**, Mahmut Erol. *İbn'ül Arabi*, 2015, I. Baskı, İsam Yayınları, İstanbul.

⁵ **UZUNÇARŞILI** İsmail Hakkı, *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı*, 2014, 4. Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, s. 3.

⁶ **KARADAŞ**, Çağfer, "Davud-i Kayseri ve Genel Hatlarıyla Düşüncesi", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 15, sy. 2, Haziran, s. 2; **BAYRAKTAR** Mehmet, *Kayserili Dâvûd*, 1998, I. Baskı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara; **DEMİRLİ** Ekrem *Tasavvufun Altın Çağı Konevi ve Takipçileri*, 2015, Sufi Kitap, İstanbul; **KILIÇ** Mahmut Erol, *İbn'ül Arabi*, 2015, I. Baskı, İsam Yayınları, İstanbul; **ÖZDEMİR** Sema, *Davud-, Kayseri'de Varlık, Bilgi ve İnsan*, 2014, Nefes Yayınları, İstanbul; **DAVUD EL-KAYSERİ**, *Tasavvuf İlimine Giriş* (Çev. Muhammed Bedirhan), 2013, I. Baskı, Nefes Yayınları, İstanbul.

⁷ **AŞIKPAŞAOĞLU TARİHİ** (Çev. Nihal Atsız), 2016, Ötüken Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, s. 51; **MEHMET TAHİR**, s. 55.

için de *Şeyh* gibi sıfatlarla anılmıştır⁸. Bazı kaynaklarda Kayserili Davud'un, *el-Karamani* şeklinde anılmasından bahisle onun, Karaman'da doğduğu ifade edilmiştir⁹. Ancak kaynakların çoğunluğu bu bilgiyi doğrulamaktan uzaktır. Doğum tarihi konusunda da kaynaklarda net bir bilgi yoktur. Bu konuda 1273'te Anadolu Selçuklu Devleti'nde Kadı'l Kudat olarak görevlendirilen ve 1283'te Konya'da ölen Kadı Siraceddin el Urmevi'nin Konya'ya baş kadı olarak tayin yılından yola çıkılarak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Kayserili Davud'un 1273'ten önce onun talebesi olması bilgisinin yanında, bu süre zarfında 12-15 yaşları arasında olması gerektiğinden hareketle, doğum tarihinin 1260 tarihi civarında olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁰.

Kayserili Davud, doğumundan ölümüne kadar olan süreçte Selçuklulara, İlhanelilere ve Osmanlılara şahitlik etmiştir¹¹. Onun çocukluk dönemi Selçuklular zamanına, gençlik dönemi Moğol ardal devleti olan İlhanelilere, olgunluk dönemi de Osmanlı Devleti'ne tekabül etmektedir. Kayserili Davud'un doğduğu yıllarda Türk Asyası'nda bilindiği gibi Moğolların, Memlüklerin, Selçukluların, Harzemşahlar'ın ve diğer siyasi yapılar iç içe geçmiştir¹². Kayserili Davud'un yaşadığı yer ve içinde bulunduğu çağ dolayısıyla çok kültürlü bir ortamda yetiştiği söylenebilir.

Kayserili Davud'un milliyeti konusunda her ne kadar birkaç kaynakta İran'ın Sava şehrinde gelmesinden hareketle İran asıllı olduğu söylenmişse de kaynakların çoğunluğu Türk asıllı olduğunu kaydetmektedir.¹³

II. EĞİTİM HAYATI

Kayserili Davud'un eğitim hayatına ilişkin kaynaklarda ayrıntılı bilgiler bulunmamaktadır. Selçuklu Devleti'nin Anadolu'da açtığı eğitim kurumlarında mantık, fıkıh,

⁸ **BAYRAKTAR**, (1998), s. 8; **BAYRAKTAR**, Mehmet, "Davud el Kayseri'nin Felsefesi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 6-29; **KÜÇÜK**, Osman Nuri, "Davud el Kayseri'ye Göre Gerçek Sevgi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 61-77; **ÇAKMAKLIOĞLU**, M. Mustafa, "Davud el Kayseriye Göre Sufi Epistemolojisinin Temel Bir Kavramı Olarak "Keşf" ve Türleri", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C.6, Sy. 4, Ocak 2017, s.247-261; **ŞAHİN**, Hasan, "Davud el Kayseri'ye Göre Allah'ın Kelamı", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 30-43; **YILMAZ**, Sadi, "Davud Kayseri'de Varlık, Bilgi ve İnsan", *Milel ve Nihal: İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 13, Sy.2, Ocak 2016, s. 188-194.

⁹ **Osmanlı Ansiklopedisi**, 2006, Türkiye Gazetesi Yayınları, s.172.

¹⁰ **BAYRAKTAR**, (1998), s. 8.

¹¹ **DAVUD EL KAYSERİ**, *Mukaddemât Fusus'ül Hikeme Giriş*, (çev. Turan Koç ve Mehmet Çetin-kaya), 2015, 3. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, s. 9.

¹² "Türk Asyası" kavramı, bu çalışmada özellikle orta çağda Türk devlet teşkilatlarının teşekkül ettiği yerleri tanımlamak için kullanılmıştır.

¹³ **BAYRAKTAR** (1998), s. 8-9.

kelam gibi akli ilimlerin yanında dini ilimler ve Arapça öğrendiği varsayılmaktadır. Genel olarak Kayserili Davud'un tahsil hayatına Kayseri'de başladığı kabul edilmektedir. Kimi kaynaklarda ise ilk eğitim hayatına Karaman'da başladığı geçmektedir. Kayserili Davud, hukuk, mantık, matematik gibi dersleri Kadı Siraceddin Urmevi, Abdurrezak Kaşani¹⁴ gibi hocalarından okumuştur¹⁵. Kadı Siraceddin, Kayserili Davud'un Kahire'ye gitmeden önce Kayseri'de iken kendisinden hukuki, dini ve akli ilimleri okuduğu hocasıdır.¹⁶ Kadı Siraceddin devrinin fıkıh, fıkıh usulü, kelam, felsefe ve mantık ilimlerinde önde gelen şahsiyetlerindendir. Zira Kayseri'de görev yaptıktan sonra Anadolu Selçuklu Devleti'nin merkezinde baş kadılık makamına kadar yükselmiştir.

Kayserili Davud, dini ve akli ilimlerin bir kısmını Kayseri'de öğrendikten sonra daha yüksek tahsil imkanlarının olduğu Mısır'a gitmiştir.¹⁷ Kayserili Davud'un Mısır seyahati ve orada kimlerden hangi dersleri aldığı tam manasıyla bilinmemektedir¹⁸. Aynı şekilde Anadolu'ya ne zaman döndüğü de belli değildir. Mısır'dan dönüşünden sonra doğrudan Bursa'ya gittiğine ilişkin bazı kayıtlarda bilgilere rastlamak mümkündür. Bunun yanında Azerbaycan'a gittiği ve orada ünlü sufi Abdurrezak El Kaşani ile tanıştığı ve onun ders halkasına girip, Şeyh-i Ekber olarak bilinen Muhyiddin İbn Arabi'nin ekolüne dahil olduğunu yazdığı eserlerde bizzat kendisi dile getirmiştir¹⁹. Bazı eserlerde onun, Konya'da İbn Arabi'nin üvey oğlu olan Sadreddin Konevi'den de ders okuduğu yazmakta ise de bu hadise tarihen mümkün görünmemektedir. Kayserili Davud, "Vahdet-i Vücut" fikriyle Sadreddin Konevi vasıtasıyla değil; onun öğrencisi olan Abdurrezak el-Kaşani vasıtasıyla tanışmıştır. Ayrıca Kayserili Davud'un tahsil amacıyla Konya'ya geldiğine ilişkin herhangi bir rivayet bulunmamaktadır. Diğer yandan İbn Arabi'nin Şam'da ölümünden (1240) sonra Sadreddin Konevi'nin Konya'ya geri dönüşü 1254 yılındadır. Bu tarihte henüz Kayserili Davud doğmamıştır²⁰. Tüm bu bilgiler ışığında Sadreddin Konevi'nin, Kayserili Davud'un doğrudan hocası olmadığı sonuç olarak çıkmaktadır.

¹⁴ Abdurrezak El-Kaşani, İran-Azerbaycan coğrafyasında ve İlhanlıların hüküm sürdüğü dönemde Kâşân bölgesinde yaşamıştır. İbn Arabi'nin yolundan gitmiş ve vahdet-i vücud anlayışını izah eden eserler kaleme almıştır. Abdüssamet Netenzi'nin öğrencilerindendir. Kayserili Davud'un tasavvufta şeyhidir. 1329'da vefat etmiştir.

¹⁵ **BAYRAKTAR** Mehmet, *Kayserili Davud*, 1988, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, s. 11.

¹⁶ **KARAMAN**, Hayrettin, *İslam Hukuk Tarihi*, 2011, 8. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, s. 268.

¹⁷ **MEHMET TAHİR**, s. 55.

¹⁸ **BAYRAKTAR**, (1988), s. 11.

¹⁹ **DAVUD EL-KAYSERİ**, (2015), s. 9.

²⁰ **BAYRAKTAR**, (1988), s.11.

III. MÜDERRİS OLARAK TAYİNİ

Babası Osman Gazi'nin ölümü üzerine beyliğin başına geçmiş olan Orhan Bey, 1331'de İznik'i fethetmiş ve burada bir medrese kurmayı düşünmüştür. Zira İznik hem bir eski Selçuklu başkenti olması hem de Hristiyanlık aleminde çok önemli yeri olan “*Büyük Konsülün*” yıllar önce burada toplanmış olmasıyla ayrı bir değer taşımaktadır.²¹ Orhan Gazi, 1336 yılında medresenin inşaatını bitince müderrisliğine günlük otuz akçe maaşla Kayserili Davud'u getirmiştir²². Kayserili Davud, ölümüne kadar bu görevde kaldı ve bu görevdeyken tanınmasına vesile olan eserlerini kaleme aldı. Kayserili Davud'un ilk Osmanlı medresesi olan İznik'te hangi dersleri okuttuğu bilinmemektedir. Bununla birlikte Anadolu Selçuklu Devleti'nin medrese sisteminden pek uzaklaşmış olduğu düşünülmektedir. Buna göre bu medresede mantık, kelam, matematik, astronomi ilimlerinin yanı sıra geleneğe uygun olarak dini ilimleri de okuttuğu varsayılmaktadır²³. Bu varsayımın dayanağı Kayserili Davud'un ders okuduğu Kadı Siraceddin Urmevi'nin dini ilimler ve mantık konusunda devrinin en ileri gelenlerinden sayılması ve diğer hocası olan Abdurrezak el Kaşani'nin de söz konusu ilimlerde temayüz etmesidir.

IV. ESERLERİ

Kayserili Davud, kelam, felsefe ve tasavvuf konularına ilişkin eserler vermiştir. Bu eserlerin bir kısmını bizzat kaleme almıştır. Bir kısmı ise alanlarında başka eserlere yaptığı şerhlerdir. Bir kısmı da onun yazmamış olmasına rağmen onun tarafından yazılmış gibi gösterilerek ilim dünyasında dolaşan uydurma eserlerdir. Kayserili Davud, eserlerini Arapça olarak kaleme almıştır²⁴.

A. BİZZAT KALEME ALDIĞI ESERLER

Kayserili Davud'un bizzat kaleme aldığı eserleri içerisinde öncelikle zaman felsefesi konusunda yazdığı “*Nihayet'ül Beyan fi Dirayeti'z Zaman*” adlı eserden bahsedilmelidir. Bu eserinde zaman mefhumunu inceleyip zaman felsefesine yeni bir bakış getirmeye çalışmaktadır. Kayserili Davud, Aristo'nun ve Ebu'l Berakat el Bağdadi'nin zaman hakkındaki görüşlerini eleştiriler getirerek yeni bir zaman tanımı yapmıştır. Ona göre zaman, varlıklardaki özlerin birbirleriyle münasebetleriyle açıklanabilecek bir ölçüdür. Yazarın diğer bir eseri *Tahkiku Mâ'l Hayât ve Keşfu Esrârî'z Zulumat'* (*Hayat Suyunu Tahkik ve Karanlıkların Esrarını Keşfetmek*)tir. Bu eserde Hızır (a.s) 'ın

²¹ TURAN, s. 257; MEHMET TAHİR, s. 55.

²² AŞIKPAŞAZADE, (çev. Hüseyin Nihal Atsız), Ötüken Yayınları, s. 51; UZUNÇARŞILI, s. 3.

²³ BAYRAKTAR, (1998), s. 10.

²⁴ Bu çalışmada Kayserili Davud'un eserlerden bir kısmının farklı adlarla Türkçe yayınlanan tercümelerinden istifade edilmiştir; MEHMET TAHİR, s. 55.

peygamber mi yoksa veli bir şahsiyet mi olduğuna ilişkin süregelen tartışmaları açıklayıp sunduğu delillerle Hızır'ın şeriat sahibi olmayan bir peygamber olduğunu ve dünyada artık cismani şekilde yaşamadığını ortaya koymaya çalışmıştır. Söz konusu çalışma farklı kaynaklarda *Risale fi Beyani ahvali'l Hızır* olarak da geçmektedir²⁵.

Bir diğer eseri *Keşfu'l Hicab An Kelâmı Rabbi'l Erbab (İlahi Kelâmın Üzerindeki Örtüyü Kaldırmak)* adını taşımaktadır. Kayserili Davud, *Matla'u Husus* adlı bir diğer eserinin girişinde bu eserine atıf yapmıştır. Buna göre bu eser 1331'den önce yazılmıştır. Bu çalışmasında Allah'ın Kelâm sıfatını işleyerek önce Mu'tezile'nin²⁶ sonra Hambeli-Kerrâmiye²⁷ ekolüne bağlıların konuyla ilgili görüşlerini açıklamış ve bu görüşlerin tahlilini yapmıştır. Eserinin sonuna doğru ise konuyu "Vahdet-i Vucud" düşüncesi etrafında izah etmiştir. Yine bizzat kaleme aldığı diğer bir eseri *Esâsu'l Vahdaniye ve Menbe'ul Ferdaniyye (Vahdet-i Vücutun Esasları ve Teklik-Çokluk Mefhumu)*dir. Bu eserinde ise Vahdet-i Vücut merkezinde "Birlik, çokluk" meselesini ele almıştır²⁸.

B. ŞERH ESERLERİ

Kayserili Davud'un en önemli şerh eseri "*Matla'ul Hususi'l Kelim fi Ma'ani Fususi'l Hikem*" adındaki "*Fusus'ul Hikem*" adlı esere yazdığıdır. Fusus'ül Hikem eseri, İbn Arabî'ye aittir ve bir giriş bölümünden sonra Kur'an-ı Kerim'de bahsi geçen yirmi yedi peygambere atıfla yirmi yedi bölümden oluşmuştur²⁹. Arapça kökenli *Fass* kelimesi, yüzüklerin ortasına yerleştirilen değerli taş anlamına gelmektedir. Bu bağlamda *Fusus'ul Hikem* ibaresi, hikmetlerin değerli taşları anlamındadır. Fususi'l Hikem'in tasavvufun neredeyse tüm meselelerini ele alındığı on iki bölümden oluşan bir girişi vardır. Kayserili Davud bunu *Mukaddemat*³⁰ olarak adlandırmıştır³¹. Fususi'l Hikem,

²⁵ BAYRAKTAR, (1998), s.18; MEHMET TAHİR, s. 55.

²⁶ Mu'tezile: Sözlükte *ayırarak, uzaklaştırmak* anlamına gelen *azl* kelime kökünden türemiştir. Bkz. ÇELEBİ, İlyas "Mu'tezile", *DİA*, 2006, C. 31, s. 391-401.

²⁷ Kerramiye: İlk başlarda Mürcie' nin (Bütün Müslümanları, imanlarından dolayı Allah'ın velileri olarak gören görüş) safılarında yer almışken, daha sonraları fihri ve itikadi olarak müstakil bir gruba dönüşen düşünce yapısıdır. İtikadi olarak bu düşüncede olanlar, Allah'ı *zât'ın birliği* çerçevesinde tanımlamıştır. Ayrıca, "*Rahman, arşı kuşatmıştır*" ayetine (Taha 20/5) dayanarak, Allah'ın arşa dokunduğunu ve arşın O'nun mekânı olduğunu ispatlamaya çalışmışlardır. Bkz. Sönmez KUTLU, "Mürcie", *DİA*, 2006, C.32, s.295.

²⁸ BAYRAKTAR, (1998), s. 19; MEHMET TAHİR, s. 55.

²⁹ DAVUD EL KAYSERİ, *Mukaddemat Fusus'ül Hikeme Giriş*, (çev. Turan Koç ve Mehmet Çetin-kaya), 2015, 3. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, s. 13; MEHMET TAHİR, s. 55.

³⁰ Mukaddemat: Arapça bir sözcük olup "Girişler" anlamına gelmektedir. Tasavvufi meselelerin konu konu izahının basit girişler seviyesinde anlattığı için eser bu adı almıştır.

³¹ BAYRAKTAR, (1998), s. 20.

Osmanlılar arasında tasavvufun yayılmasına ve İbn Arabî'nin derecesinin -her ne kadar aleyhinde olanlar varsa da- "Şeh'ül Ekber" derecesine çıkmasına katkıda bulunması³² nedeniyle Kayserili Davud'un bu eseri de ayrı bir kitap şeklinde³³ değerlendirilmiştir. Bu eser Cengiz Han İmparatorluğunun İran ve Azerbaycan topraklarında kurulan ardıl devleti olan İlhanlıların veziri Gıyaseddin Muhammed ibn Reşidüddin Fazlullaha ithaf edilmiştir³⁴. Fusus'ul Hikem'e yazılan şerhler arasında en önemlisi bu eserdir. Fusus'un anlaşılmasındaki zorluk bu eserle giderilmiştir. Öyle ki Fusus şerhleri kendisinden sonra onun yazdığı şerhe şerh şeklinde yazılmıştır³⁵.

Kayserili Davud'un diğer bir şerh eseri *Kaside-i Hamriyye* adlı esere yazdığıdır. Bu eserinde de İbn Farız'ın şiiri olan ve ilmi çevrelerce *Hamriyye Kasidesi* olarak adlandırılan eserini şerh etmiştir³⁶. Bu kasidede ilahi aşk işlenmiştir. Kayserili Davud bu eserini İlhanlı Devleti'nin veziri olan Abdülkafi ibn Abdullah Tebrizi'ye ithaf etmiştir.³⁷ Serh eserin girişinde "Ben gizli bir hazine idim, tanınmak istedim, bu sebeple yaratıklarımı yoktan var ettim ve onlara sevgimle nimetleri açtım" kutsi hadisi geçmektedir³⁸.

Şerh eserleri içinde zikredilmesi gereken bir diğeri ise *Şerhu'l Kasideti't Taiyye'dir*. İbn Farız'ın tasavvuf konulu *Kaside-i Taiyye-i Kübra* eserine yazılan şerhte çeşitli tasavvufi meseleler izah edilmiştir³⁹. Kayserili Davud'un bir diğer şerh eseri, hocası Abdurrezzak El Kâşânî'nin *Kitabu't Tevilati'l Kur'âni'l Kerim* eserinin besmele konusunda yaptığı izahlara ilişkindir.⁴⁰

Bu eserlerin yanında Kayserili Davud'a atfedilen ancak onun yazdığı şüpheli olan bazı eserler vardır. Bunlar: *Şerhu'l An Kail Mağrib*, *Şerh'u Menazil'il Sairin*, *Şerhu'l Esmail Hüsna*, *Risaletü'l İrade*, *Risaletü'l Marmûza*, *Şerh'ul Kitabı'l Hucûb'dur*. Kayserili Davud'a ait olduğu iddia edilen ancak uydurma olduğu tesbit edilenler ise: *Şerhu'l*

³² Osmanlı Devleti'nin kuruluş yıllarında tasavvufun yayılmasının Moğol istilaları sonucunda halkın bozulan kuvveti ve kırılan maneviyatına karşı bir psiko-sosyal bir güç olması hakkında bkz. **TURAN**, Osman, *Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi*, 2018, 27. Baskı, Ötügen Yayınları, İstanbul, s. 257.

³³ **DEMİRLİ**, s. 38.

³⁴ Bu vezir Musevi inancında iken Müslüman olan ve Selçuklu tarihini *Camiüttevarih* adıyla yazan Reşidüddin Fazlullah'ın oğludur.

³⁵ Bahsi geçen vezir, 1336 yılında siyasi bir suikast ile öldürülmüştür. Eserin bu tarihten önce yazıldığı anlaşılmaktadır.

³⁶ **DAVUD EL KAYSERİ**, *Aşk Şarabı ve Hayat: Kaside-i Hamriyye Şerhi*, (Çev. Turan Koç ve Mehmet Çetinkaya), 2015, 3. Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul, s. 15.

³⁷ **BAYRAKTAR**, (1998), s. 21; **MEHMET TAHİR**, s. 55.

³⁸ **DAVUD EL KAYSERİ**, (2015), s.16; **BAYRAKTAR**, (1998), s. 20.

³⁹ **BAYRAKTAR**, (1998), s. 20.

⁴⁰ **BAYRAKTAR**, (1998), s. 21.

*Aruzi'l Endelusi, Kurretu Ayni's Şuhud ve Mir'atu'l Arâ'isi Ma'ani'l Ğayb ve'l Vücut, Şerhu'l Hadisi'l Erbain, Şerhu'l Fera'iz*⁴¹.

V. GÖRÜŞLERİ

Kayserili Davud'un eserlerinde ön plana çıkan günümüz müellif eserlerde de atıf yapılan önemli görüşleri bulunmaktadır.

A. AŞK GÖRÜŞÜ

Muhabbetin fazla ve aşırı olduğu haller *aşk* olarak adlandırılır. *Aşk* kelimesi, sarmaşık kelimesine de kök olan *ışk* kökünden gelir. Buna göre *aşk*, sevenin bütün benliğini kaplaması durumudur⁴². Allah'a muhabbet halinde *aşk* kavramının kullanılıp kullanılmayacağı hususu tartışmalıdır. Bazılarına göre Allah'a olan muhabbeti ifade etme konusunda *aşk* kelimesi kullanılamaz; ancak Mevlâna, Gazali gibi sufilere göre *aşk* kelimesinin derinden sevmek anlamına binâen yaratan ve yaratıcı ilişkisi *aşk* kavramıyla da izah edilmesinde bir mahsuru yoktur. İbn Arabi ve takipçileri ise Allah'ın ihata edilememesi halinden hareketle muhabbet kavramını öne çıkarırlar ve *aşk* kelimesinin kul-yaratan arasındaki ilişkiyi izah ederken kullanılmasını uygun görmezler. Kayserili Davud, aşkın insan gözünü kör ettiğinden bahseder ve *aşk* sahiplerinin mantıklı davranamadıklarını beyan eder. Bu yüzden aşktan uzak durulması gerektiğini öğütler. Kayserili Davud'un bu görüşü bazı doktorların aşkı bir tür vesvese kökenli psikolojik bir hastalık olarak görmesinde de kendini göstermektedir. Kayserili Davud'a göre her şeyin bir kemali yani en üst mertebesi vardır ve o kemâl ilgili şeyin sevgilisi yani mahbubudur. İbn Arabi'nin "*Seven aslında yine kendini sevmektedir*" ve Mevlâna'nın "*Aynadaki sen sana meftun olan senden başkası değil*" sözleri Kayserili Davud'un düşüncelerinin paralelinde değerlendirilmektedir. Yine Kayserili Davud'a göre hakiki manada en büyük muhabbet; zahir, batın, ilim, keşif ve şühud bakımından mevcut olanların en kâmil insanı olan Hz. Muhammed'e (sav) duyulan muhabbettir. Bu sevginin kemal noktası da insanı kendi yaratıcısına götürmektedir⁴³.

B. MUHABBET GÖRÜŞÜ

Varlık mertebeleri, Allah'ın isimleri arasında çeşitli tasniflere tabi tutulur. Ekberi geleneğin takipçisi olan Kayserili Davud, muhabbet kavramını beş kısma ayırarak inceler. Kayserili Davud'a göre muhabbetin ilk kısmı, Allah'ın zatına duyulan muhabbettir. Bu muhabbetin delili "*Şüphesiz ki Allah, alemlerden ganidir*" ayetidir.⁴⁴ Allah,

⁴¹ BAYRAKTAR, (1998), s. 22.

⁴² DAVUD EL KAYSERİ, (2011), s. 67.

⁴³ KÜÇÜK, s. 72.

⁴⁴ ALİ İMRAN 3/97.

alemlerin varlığından önce ve sonra vardır. Âlem, esmâ ve sıfatı gereğidir; yoksa zatının gereği değildir. Buna göre muhabbet-i zatiye kişinin Allah'a olan muhabbetidir. Muhabbetin ikinci kısmında, Allah'ın sıfatlarının ve isimlerine olan muhabbet bulunmaktadır. Bu muhabbette kişinin, Allah'ın isimlerinden her birisinin, ilahi zattan, kendi zuhur ve tecellilerini istemesidir. Muhabbetin üçüncü kısmı Allah'ın fiillerine olan muhabbettir. Kayserili Davud bu muhabbetin delili olarak Rahman Suresinin 29. ayetinde geçen "O her an bir iştendir" ifadesini göstermektedir⁴⁵. Buna göre bu muhabbet Allah'ın "Celal" ve "Cemal" isimlerinin tecellisinden ortaya çıkan ilahi oluşların meydana getirdiği muhabbettir. Muhabbet'in dördüncü kısmı Allah'ın yarattıklarına olan muhabbettir. Allah'ın zatında mevcut olan muhabbetin bu eserler yani yaratılmışlar vasıtasıyla ortaya çıkan muhabbetidir. Kayserili Davud "Her güzelin güzelliği O'nun cemalindedir" ifadesiyle bu muhabbeti açıklamıştır. Kayserili Davud'un varlık mertebeleri ve kemal arasında kurduğu irtibata ait olarak muhabbeti daha üstün ve kuvvetli olan daha kâmil ve yücedir⁴⁶.

C. HAKİKİ MUHABBETE ERİŞME GÖRÜŞÜ

Kayserili Davud, *Er-Risale* eserinin girişinde, ehli zevk olarak ifade ettiği ariflerin gösterdiği hakiki manada muhabbete erişmeyi diğer tasavvufi konularda olduğu gibi sadece akıl yoluyla erişilebilen bir husus olmadığını zikretmiştir. Ona göre hakiki manada muhabbete erişebilme yetisi ancak seçilmiş kulların vasıflarındandır. Bu kulların niteliklerini izah ederken şunları yazar: onlar ruhları cemal ve celal tecellisi ile dirilmiş, akılları berraklaştırılmış, sadırları açık ve temizlenmiş mü'minlerdir.

Tasavvuf geleneğinde var olan ve üzerine sayısız eser yazılmış olan, divan edebiyatına da yol gösteren diğer bir mevzu olan ilahi aşk- şarap ile sarhoş olma benzetmelerine ilişkin de zikredilen mü'min kulların sadırları "Selsebil" şarabıyla⁴⁷ doldurulmuştur der. Ayrıca Kayserili Davud, hakiki muhabbete nail olmuş müminlerin sadırlarının inşirah (ferahlık) bulmuş olarak zencebil mizaç⁴⁸ sahibi kimseler olduğunu ifade eder. Bu kişiler Allah'ın cemalinin nuruyla aydınlanmıştır. Yine bu kişilerde Allah'ın

⁴⁵ RAHMAN 55/29.

⁴⁶ KÜÇÜK, s. 76.

⁴⁷ İbn-i Farız'ın meşhur *Hamriyye Kasidesi*'nde geçen "Sevgiliyi anarak şarap içtik biz; sarhoş olduk daha üzüm bağları yaratılmadan" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere söz konusu kişiler gerçek muhabbete erişmeyi ifade ederken "Biz sarhoş olduğumuz vakit üzüm bile yaratılmamıştı" kavramlarıyla ruhlar alemindeki ilahi sarhoşluğa atıf yapmaktadırlar. DAVUD EL KAYSERİ, (2015), s. 29. Yine divan şairi olarak *Selimi* mahlasıyla "Ademden gelmeden bezm-i vücûda bâde ol demden; Lebün esrârının biz vâlih ü hayrânınız cânâ "Henüz kadeh yaratılmamıştı ki biz senin aşkınla sarhoş olmuştuk" ifadeleriyle I.Selim de bu konuya gönderme yapmıştır.

⁴⁸ İnsan Suresinin 17. ayetinde geçen hoş kokulu bir baharat adı.

hüsn ve cemalinden ötürü sürekli bir hayran olma durumu, sürekli bir coşkunluk (heyman) hali vardır. Kayserili Davud'un muhabbete dair olan bu görüşleri, Şeyhü'l Ekber İbn Arabî'nin *Fütuhâtı Mekkiye* isimli eserinin muhabbet konusu başlığı altında da düzenlenmiştir.

Kayserili Davud, İnsan Suresi'ndeki ayetleri delil göstererek, "*İyiler, ise kâfur katılmış bir kadehten cennet şarabı içerler. Bu Allah'ın has kullarının içtikleri ve akıttıkça akıttıkları bir pınardır*"⁴⁹ hakiki muhabbet sahibi kimselerin, bu muhabbete henüz nail olamamış kişilere *ilahi şarabı* ikram ettiğini söylemektedir.⁵⁰

D. PEYGAMBERLİK, VELİLİK VE HAYAT SUYU GÖRÜŞÜ

Kayserili Davud'a göre nübüvvet, ilahi emir ile dünyaya taalluk eden gizli manaların ve şeriatın peygambere Cebrail aracılığıyla vahyedilmesidir. Velilik ise *yakınlık* manasına gelen *veli* kelimesinden türeyen ve kişinin yaratıcısına yakınlık duyarak onun ahlakıyla ahlaklanması demektir. Ona göre nübüvvet yani peygamberlik, Allah'ın zahir ismindendir. Bundan dolayı her nübüvvet makamı sahibi olan nebi, bir velidir. Ancak her veli, peygamber değildir⁵¹.

Kayserili Davud, suyu, rahmânî nefes, külli madde ve asıl cevher olarak açıklayarak suyun, hayatın sırrı olduğunu ifade eder. Ona göre su varlığın temeli olarak tüm unsurları kendisinde bulduran bir varlıktır. Kayserili Davud bu düşüncesinin kaynağı olarak da "...her şeyi sudan meydana getirdik..." mealindeki ayeti göstermektedir⁵². Kaf Suresinde "*Gökten bir su indirdik*"⁵³ geçen *su* ifadesini İbn Abbas, ilim olarak tefsir etmiştir⁵⁴. Buna göre su, bir taraftan ilahi bir var oluşu; hayatı ve ilahi bilgiyi temsil ederken bir taraftan da hayatın kendisini, sırrını temsil etmektedir⁵⁵.

VI. VEFATI

Kayserili Davud, ölümüne kadar olan sürede İznik'teki müderrislik görevini sürdürmüştür. Hicri 751 / Miladi 1350 yılının Mart ayında İznik'te vefat etmiştir. Bazı kaynaklarda mezarının Çandarlı Halil Paşa Camii karşısında bugün *Çınardibi* denen mevkide olduğuna ilişkin kayıtlar geçmektedir.⁵⁶ Ayrıca Seydi Ali Reis'ten naklederek İbrahim Hakkı Konyalı, Kanunu Sultan Süleyman'ın Konya'dan Kayseri'ye geçtiğine ilişkin

⁴⁹ İNSAN 76/5-6.

⁵⁰ KÜÇÜK, s. 66.

⁵¹ DAVUD EI KAYSERİ, *Ledünni İlim ve Hakiki Sevgi*, 2011, 2. Baskı, Kurtuba Kitap, s. 31.

⁵² ENBİYA,21/30.

⁵³ KAF, 50/9.

⁵⁴ DAVUD EL-KAYSERİ, (2011), s. 35.

⁵⁵ BAYRAKTAR, (1998), s. 29;

⁵⁶ Bursalı Mehmet Tahir bizzat ziyaret ettiğini bildirmektedir. MEHMET TAHİR, s. 55.

aktarımlarında, Kanununun Kayseri'de metfun bulunan bazı ulemanın kabrinin yanında Kayserili Davud'un da mezarını ziyaret etmiş bulunduğunu ifade etmektedir. Ancak bu konuda farklı görüşler de bulunmaktadır⁵⁷.

SONUÇ

Çalışmamızda, Osmanlı Devleti'nin kuruluşunda Orhan Gazi tarafından fethedilen İznik'te kurulması planlanan medreseyi Osmanlı Devleti'nin hukuk merkezi haline getiren Kayserili Davud'un hayatına, eserlerine ve fikirlerine dair bir bakış sunmaya çalıştık. Orhan Gazi İznik'in fethinden sonra bu tarihi şehirde yapılacak eğitim kurumunu dizayn etmek üzere Anadolu'da Selçuklu mirası olan birçok bilim adamı arasından Kayserili Davud'u seçmiştir. Kayserili Davud'un yaşamı, eserleri ve fikirleri onun çok yönlü bir hukuk ve bilim insanı oluşu bu seçimde etkili olmuştur. Kayserili Davud'un kurup sistemleştirdiği ve ölene kadar görev yaptığı yer olan İznik Medresesi, başta Molla Gürani olmak üzere birçok hukukçu ve devlet adamı yetiştirmiştir.⁵⁸ Bu kişiler şehzade hocalığından padişah danışmanlığına, toprak tahririnden kadılıklara uzanan geniş bir yelpazede devlete hizmet etmişlerdir. İznik'te kurulan medrese birkaç yüz yıl sonra Osmanlı'nın muhteşem yüzyılını başlatacak olan bilim, hukuk ve sanat adamlarının da yetişmesi için uygun zemin hazırlamıştır.

Kayserili Davud, Türk Hukuk Tarihinde önemli bir portredir. Bu önemi onun hem Osmanlı Hukuk Sistemi'nin merkezi olan ilk medresesini sistemleştiren hukuk adamı olmasından hem de Şeyhü'l Ekber Muhyiddin İbn Arabi'nin *Vahdet-i Vücut* düşüncesinin önemli bir takipçisi olmasından ileri gelmektedir.

⁵⁷ BAYRAKTAR, (1998), s. 13.

⁵⁸ Kayserili Davud, göreve başlamasından itibaren vefatına kadar geçen sürede on beş yıl İznik'teki medresede faaliyette bulunmuştur.

KAYNAKLAR

- AŞIKPAŞAOĞLU**, *Aşıkpaşa Tarihi* (çev. Hüseyin Nihal Atsız), 2016, 6.Baskı, Ötüken Yayınları, İstanbul.
- BAYRAKTAR**, Mehmet, "Davud el Kayseri'nin Felsefesi", *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy. 3, Ocak 2015, s. 6-29.
- BAYRAKTAR**, Mehmet, "Davud el- Kayseri", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1999, C. 9, s. 32-33.
- BAYRAKTAR**, Mehmet, *Er-Resail*, 1997 I. Baskı, Kayseri, Büyük Şehir Belediyesi Yayınları, İstanbul.
- BAYRAKTAR**, Mehmet. *Kayserili Dâvûd*, 1998, I. Baskı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara.
- BURSALI MEHMET TAHİR**, "Davud-i Kayseri", *Sırat-ı Müstakim*, 17 Mart 1326, C. 5, Sy. 134, s. 55.
- ÇAKMAKLIOĞLU**, M. Mustafa, "Davud el Kayseriye Göre Sufi Epistemolojisinin Temel Bir Kavramı Olarak "Keşf" ve Türleri", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 6, Sy. 4, Ocak 2017, s. 247-261.
- ÇELEBİ**, İlyas "Mu'tezile", *DİA*, 2006, C. 31, s. 391-401.
- DAVUD EL KAYSERİ**, *Mukaddemat*, (Çev. Hasan Şahin, Turan Koç, Seyfullah Sevim), 1997, Kayseri Büyük Şehir Belediyesi Yayınları, İstanbul.
- DAVUD EL-KAYSERİ**, *Er-Resail* (Haz: Mehmet Bayraktar), 1997, Kayseri Büyükşehir Belediyesi Kültür Yayınları, İstanbul.
- DAVUD EL-KAYSERİ**, *Kaside-i Hamriyye Şerhi Aşk Şarabı ve Hayat*, (Çev. Turan Koç, Mehmet Çetinkaya), 2015, 3.Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul.
- DAVUD EL-KAYSERİ**, *Ledünni İlim ve Hakiki Sevgi* (Çev. Mehmet Bayraktar), 2011, Kurtuba Kitap, II. Baskı, İstanbul.
- DAVUD EL-KAYSERİ**, *Tasavvuf İlimine Giriş* (Çev. Muhammed Bedirhan), 2013, I. Baskı, Nefes Yayınları, İstanbul.
- DEMİRLİ**, Ekrem, *Tasavvufun Altın Çağı Konevi ve Takipçileri*, 2015, Sufi Kitap, İstanbul.
- EKİNCİ**, Ekrem Buğra, *İslam Hukuku Tarihi*, 2015, 2.Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul.
- GÜNDÜZ**, İrfan. *Osmanlılarda Devlet- Tekke Münasebetleri*, 2013, 3.Baskı, Elips Kitapları, İstanbul.
- İMBER**, Colin. *Osmanlı İmparatorluğu 1300-1650 İktidarın Yapısı* (Çev. Şiar Yalçın), 2015, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 294-296.
- KARAMAN**, Hayrettin. *İslam Hukuk Tarihi*, 2011, 8.Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul.

- KARATAŞ**, Çağfer, “Davud-i Kayseri ve Genel Hatlarıyla Düşüncesi”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* C.15, Sy. 2, Haziran 2006, s. 1-17.
- KILIÇ**, Mahmut Erol, *İbn'ül Arabi*, 2015, I. Baskı, İsam Yayınları , İstanbul.
- KÜÇÜK**, Osman Nuri, “Davud El-Kayseri'ye Göre Gerçek Sevgi”, *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 61-77 s. 61-76.
- NİCHOLSON**, Reynold A. *The Mystics of İslam*, (çev. Mehmet Dağ, Kemal Işık, Ruhi Fiğdanlı, Abdulkadir Şener, Rami Ayas, İsmet Kayaoğlu), 1978, Kültür Bakanlığı Yayınları, İstanbul.
- ÖZDEMİR**, Sema. *Davud, Kayseri'de Varlık, Bilgi ve İnsan*, 2014, Nefes Yayınları, İstanbul.
- RÜSTEM**, Muhammed, “Dawud El Qayserî: Notes on his life, influence end reflections on the Muhemmedan Reality” , *Journal of the Muhyiddin İbni Arabi Society*, Volum xxxiii, 2005, Oxford.
- ŞAHİN**, Hasan, “Davud el Kayseri'ye Göre Allah'ın Kelamı”, *Temaşa Erciyes Üniversitesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Sy.3, Ocak 2015, s. 30-43.
- TURAN**, Osman, *Türk Cihan Hakimiyeti Mefkuresi Tarihi*, 2018, 27. Baskı, Ötüken Yayınları, İstanbul.
- UZUNÇARŞILI**, İsmail Hakkı *Osmanlı Devletinin İlmîyet Teşkilatı*, 4.Baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2014, Ankara.
- YILMAZ**, Sadi, “Davud Kayseri'de Varlık, Bilgi ve İnsan”, *Milel ve Nihal: İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 13, Sy. 2, Ocak 2016, s. 188-194.

OSMANLI HUKUKUNDA MARAZ-I MEVTİN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ*

Fatal Disease's Effects On Legal Transaction in The Ottoman Law

Arş. Gör. Samed ATASOY**

ÖZ

Önceki makalede ölüm hastalığı incelenmişti. Bu makalede ise önceki makalenin devamı olması sebebiyle ölüm hastalığının hukuki işlemlere olan etkisi ele alınacaktır. Ölüm hastalığının tanımı, şartları, psikolojiye, ehliyete olan etkisi gibi hususlardan bu sebeple bahsedilmeyecek olup doğrudan ölüm hastalığının hukuki işlemlere olan etkisi incelenecektir.

İslâm hukuku ölüm hastalığına ve ölüm hastalığına yakalanmış kişinin hukuki işlemlerine önem vermiş ve bu konuda hukuki düzenlemeler meydana getirmiştir. Ölüm hastası kişinin eda ehliyeti her hukuki işlem için kısıtlanmamıştır. Ancak, mali sonuçlar doğuran bazı işlemler ve her ne kadar mali işlem gibi görünmese de mali bir takım sonuçları olan durumlarda ölüm hastası kişinin işlemleri kısıtlanmış veya sınırlandırılmıştır. Bu sebeple ikrar, kira akdi, satış, teberru gibi mali sonuçları olan işlemlerin yanında evlenme, talak gibi, sonucu mali birtakım yükümlülükler doğuran işlemlerde ölüm hastası kişi için sağlıklı kişilere göre bazı durumlarda farklı hükümler söz konusu olmuştur.

Bu kapsamda ilk olarak ölüm hastalığının vakıf, bağış gibi teberru işlemlerine olan etkisi, ölüm hastalığının ikrar üzerindeki etkisi incelenecektir. Ardından ölüm hastalığının evlenmeye ve boşanmaya etkisi incelenecektir. Ardından ölüm hastalığının satım ve kira akdine etkisi, alacaklılara borç ödemeye, "selem akdine", "mudarebeye", "müzaraaya" etkisi incelenecektir. Daha sonra ise ölüm hastalığının kefalet akdine, ibraya ve şufa hakkına etkisi ele alınacak olup sonuç bölümü ile makale nihayete erdirilecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Maraz-ı Mevt, Teberru, Hukuki işlem, Akid, İslam hukuku.

ABSTRACT

The previous article studied about definition of fatal disease. This article is a continuation of previous one. Because of that fatal disease's effects on legal transaction will be discussed. For his purpose, the definitions and conditions of fatal disease and its effect on psychology and competency will not be mentioned.

Fatal disease and its effects on legal transaction is important in Islamic Law and there are legal arrangements about this subject. The person with fatal disease's juridical capacity is not restricted for any legal action. However there are some transactions with financial consequences and likewise although they do not appear to be financial transactions but have financial consequences are disabled or restricted.

First of all, the effects of fatal disease on the voluntary transference of the foundation and the donation, its effects of fatal disease on the confessus will be examined. Next, the effect of fatal disease on marriage and divorce will be examined. Then, the effects of the fatal disease on the sale and lease contract, debt discharging to the creditors, "selem akdi", "mudarebe", "müzaraa" will be examined. Afterwards, the effect of fatal disease on guarantee, acquit and preemption will be discussed and the article will be finalized with the conclusion section.

KEYWORD: Fatal Disease, Voluntary transference, Legal transaction, Contracting, Islamic Law

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.04.2019

Kabul Edildiği Tarih: 07.08.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.559019](https://doi.org/10.15337/suhfd.559019)

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: samedatasoy1109@hotmail.com

ORCID ID: [0000-0002-5379-3978](https://orcid.org/0000-0002-5379-3978)

GİRİŞ

Ölüm hastalığı, ölümcül hastalık gibi kelimelerle de ifade edilebilen maraz-ı mevt, İslam hukukunda önem atfedilen hususlardan bir tanesidir. İslam hukukunda olduğu gibi Osmanlı hukukunda da hukuki işlemlere etki eden bir ehliyet arızası olarak karşımıza çıkar. Her ne kadar ölüm hastası olan kişinin ehliyeti, bu kişinin hukuki işlemleri üzerinde olumsuz sonuç doğuracak bir durum gibi görünmese de bir takım hukuki işlemler için farklılık arz eder. Aslolan, ölüm hastası olan kişinin hukuki işlemlerinin sıhhatli kişinin hukuki işlemleri ile müsavi olmasıdır. Ancak, ölüm hastası olan kişinin psikolojisinin sıhhatli bir kişiden farklı bir hal aldığı yadsınamaz bir gerçektir. Ölüm hastası olan kişi, hayatının son demlerinde olduğu düşüncesi ile üçüncü kişiler için bir takım zarar verici hukuki işlemlerde bulunabilir. Bu zarar verici hukuki işlemler diğer taraftan başka kişiler için yarar sağlayıcıdır. Ancak, İslam hukuku bu durumda asıl hak sahibi olan üçüncü kişiyi koruma amacıyla ölüm hastasının bir takım hukuki işlemlerine belirli sınırlandırmalar getirmiştir. Ehliyet arızalarının birçoğunun aksine ölüm hastalığında hukuki işlem de bulunan kişinin değil, üçüncü kişilerin haklarını koruma amacı ön plana çıkmaktadır.

İslam hukukunun ehliyet arızası olarak kabul ettiği ölüm hastalığı günümüz hukukunda da psikolojik etkileri bakımından güncelliğini korumaktadır. Makaleyi yazma sebebimiz ise bu ehliyet arızasının günümüz hukukunda da ehliyet arızalarından bir tanesi olarak kendisine hüküm bağlanabilecek nitelikte olabileceğini düşünmemizdir. Daha önce hazırlanmış olan tez ve makalelerde bu ehliyet arızasının İslam hukuku boyutu değerlendirilmiştir. Bu eserlerden farklı olarak ölüm hastalığının İslam hukuku boyutunun yanı sıra kadı sicilindeki uygulamalar ve fetva kitaplarındaki örnekler de araştırılmaya çalışılmıştır.

Ölüm hastası olan kişi bazı fiilleriyle alacaklılarının, bazı fiilleri ile ise varislerinin haklarına zarar verebilir. Hayatının son zamanlarını yaşadığını bilen kişinin ahiret hayatına yatırım yapma düşüncesi, sıhhatli zamanına göre artabilir. Genellikle böyle zamanlarda sevap kazanma amacıyla vakıf kurma, sadaka verme gibi hukuki işlemler bu sebeple artış gösterir. Bu sevap kazandırıcı işlemler her ne kadar teşvik edilecek türden olsa da geride kalan varislerin veya alacaklıların haklarının verilmesi daha büyük bir sevap ve öncelik sebebidir. Ölüm hastası olan kişi, daha fazla sevdiği veya hayatta iken bu sevgisini çok gösteremediği varislerine veya yabancı kişilere son zamanlarında bir takım ayrıcalıklar sağlama amacı içerisine de girebilir. Ayrıca sevmediği, zarar vermek istediği eşi, alacaklıları veya varisleri olabilir. Bu kişilere de zarar verme kastıyla hukuki işlemlerde bulunabilir. Bu hukuki işlemler sıhhatli bir kişi tarafından gerçekleş-

tirildiğinde sahih olarak değerlendirilmesine rağmen, ölüm hastası tarafından gerçekleştirildiğinde üçüncü kişilerin haklarını koruma amacıyla bir takım sınırlandırmalara tabi olur.

Ölüm hastasının mali işlemleri bakımından hukuki bir takım kısıtlılıklar söz konusudur. Şahsa ilişkin hukuki işlemler açısından ise böyle bir kısıtlılık söz konusu değildir. Ancak, ölüm hastasının, sonucu itibariyle mali haklara da sebep olan evlilik ve boşanma gibi durumları da, mali yönlerinin de bulunması itibariyle istisnai olarak sıhhatli kişiden farklılık arz edebilen durumlardandır. Makalenin devamında ölüm hastalığının bu hukuki işlemlere etkisi tek tek ele alınacaktır.

Ölüm hastalığının hukuki işlemlere etkisine başlamadan önce ölüm hastalığı durumunun ne zaman gerçekleştiğini ve ne şekilde bir iptal hakkı doğurduğuna ilişkin kısa bir bilgi vermek gerekirse; ölüm hastasının hukuki işlemler yapılmadan önce kısıtlılık altına alınmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Çünkü; bir kişinin ölüm hastası olarak kabul edilebilmesi için cumhura göre; hastalık en fazla bir yıl devam etmeli ve sonucunda ölüm olmalıdır. Bu durumda kişinin ölüm hastası olduğu ancak kişi öldükten sonra ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple de ölüm hastası kabul edilen kişinin azami olarak son bir yıl içindeki işlemleri geriye dönük olarak kısıtlanabilir. Bu durumda kısıtlılık ölümden itibaren geriye doğru etki alanı bulur. Cumhuriyet'in görüşünden farklı olarak Malikilere göre ise ölüm hastası hastalığın başından başlamak üzere kısıtlı kabul edilir.¹

¹ ZUHAYLi, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul, 1994, C. VI, s.538; AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017, s. 349; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2016, s. 407; EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları", Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 190, 191, 197, 198; ÇİN, Halil - AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 455; ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış, Konya, 2004, s. 157; ŞELLİ, Hatice Kübra, "Maraz-ı Mevt Halinde Yapılan Hukuki Tasarrufların Geçerliliği Problemi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, 2012, s. 52, 53; AKTAŞ, MuhammedAli, "Önceki Hukukumuzda Hacr", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 58, 59. Farklı bir görüş olarak, Sava Paşa'ya göre hastanın hastalığı başladığı andan itibaren kişi kısıtlıdır. Kişinin ölüm hastası olduğu anlaşıldığı anda hastalığın başlangıcından başlamak üzere bu kişi kısıtlılık altına alınabilir. SAVA PAŞA, İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, Çev. Baha Arıkan, Yeni Matba, Ankara, 1955, C. II, s. 326.

I. MARAZ-I MEVT'İN HUKUKİ İŞLEMLERE ETKİSİ²

A. Maraz-ı Mevtin Teberru İşlemlerine Etkisi

Sözlükte; içinden gelerek ve bir başkası istemeden vermek, karşılıksız vermek anlamlarına gelen teberru, bir fıkıh terimi olarak ise; kişinin iyilik ve ibadet maksadıyla bir malı veya bir menfaati bir başkasına karşılıksız olarak vermesidir.³

Ölüm hastalığında teberrudan kasıt; mal vakfetme, satış işleminde adam ka-yırma, değerden aşağı mal satma, mehr-i misilden daha fazla mal vererek evlenme, bağışta bulunma, ariyet, vasiyet gibi işlemlerdir.⁴

Teberru aracılığıyla bir tarafa zarar verme sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Kişi teberru ile üçüncü kişiye karşılıksız olarak yarar sağlarken alacaklısına veya varisine kolaylıkla zarar verebilir. Ancak, burada alacaklı veya varis yani zarara uğrayabilecek olan kişi, hak kapsamında öncelikli olması sebebiyle hukuken korunması gereken taraftır. Ölüm hastalığında da bu sebeple teberru akdi ayrıca önem arz etmektedir. Ölüm hastası kişinin iradesinin sakatlanma ihtimaline binaen teberru akidlerinden olan hibe, vakıf, vasiyet gibi işlemleri belirli kısıtlamalara tabi tutulmuştur.

Borcu malvarlığına denk olan veya borcu malvarlığından fazla olan ölüm hastası kişi, yabancı herhangi bir kişiye hibe, vakıf gibi bir teberru tasarrufunda bulunamaz. Böyle bir tasarrufun yapılması halinde bu işlem batıl olur. Ölüm hastası kişi bu durumda kısıtlanmıştır. Alacaklılar böyle bir durumda tasarrufun iptalini talep edebilir. Ancak, alacaklılar bu işleme icazet verirse işlem sahih olur. Borcu mal varlığına denk veya malvarlığından daha fazla olan ölüm hastası, varislerinden birisine de teberru tasarrufunda bulunamaz. Bulunması halinde bu işlem batıl olur.⁵

² Kadri Paşa'nın, El- Ahvalüş Şahsiyye'sinde 559-570. md.'ler arasında ölüm hastasının tasarrufları ile alakalı hükümler yer almaktadır. Bu on iki madde ölüm hastalığı olarak değerlendirilen durumların ve genel manada ölüm hastalığının hukuki işlemlere etkisinin kanunlaştırılmış halidir.

³ AYBAKAN, Bilal, "Teberru", DİA, C. XXXX, s. 215; PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı "Teberru" Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006, s. 639.

⁴ İBN ABİDİN, Muhammed Emin, Reddül-Muhtar Ale'd-Dürü'l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, C. VI, s. 461.

⁵ BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu, İstanbul, 1970, C. IV, s. 259; ZUHAYLİ, C. V, s. 106; ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 28 BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s. 40.

Terekenin borçtan fazla olduğu durumda ölüm hastasının varislerinden birisine yapmış olduğu teberru işlemi batıldır. Bu işlem için varislere yapılan teberru tasarruflarının tamamı diğer varislerin icazetine bağlıdır. Diğer varisler icazet verirse işlem sahih olurken, varislerin bu işleme icazet vermemeleri halinde işlem batıl olur.⁶ Çünkü Resulullah aleyhisselam “*Mirasçıya vasiyet yok*”⁷ buyurmuştur. Mirasçıya vasiyetin olmayacağı ile alakalı bu hadis-i şerif ile Bakara suresi 180. Ayet-i kerime⁸ ilk bakışta aynı doğrultuda gibi görünmese de durum bu şekilde değildir.⁹ Vasiyetle alakalı olan bu durum, ölüm hastasının teberru işlemlerinde de kıyasen uygulanmıştır.

*“Zeyd, hasta olup kendi ihtiyaçlarını görmeye kadir olmayıp galip hali ölmesi iken bazı eşyasını karısı Hind’e hibe ve teslim ettikten sonra Zeyd ölüp hastalığının başlangıcından ölümüne kadar dokuz ay geçmiş olsa, diğer vereseşi, hibeye razı olmayıp bu eşyayı mirasa katmaya kadir olurlar mı? EL-CEVAB: Olurlar.”*¹⁰

Konu ile alakalı fetvada ölüm hastasının 9 ay sonra ölmesi, bu kişinin ölüm hastası olarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Burada dokuz ayın özellikle zikredilmesi, ölüm hastalığının bir yılı geçmemesi şartı dolaysıyladır. Şiddeti artmayan ve bir

⁶ BİLMEN, C. VII, s. 314; BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s. 40; ZUHAYLİ, C. V, s. 106; ÇEKER, İslâm Hukukunda Akidler, s. 28; “Zeyd maraz-ı mevtinde mülk menziline oğlu Amr’ı kebire hibe ve teslim ettikten sonra Zeyd fevt olsa sair vereseşi hibeyi tutmayıp ol menzili mirasa idhale kadir olurlar mı? EL-CEVAB: Olurlar.” Ceride-i İlmiyye Fetvaları, Haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, fetva no: 314, s. 67; daha fazla bilgi için bkz. Behcetü’l- Fetâvâ, fetva no: 2440, s. 470.

⁷ Buhari, “Vesaya”, 6; Nesai, “Vesaya”, 5; Tirmizi, “Vesaya”, 5; İbn Mace, “Vesaya”, 6; Ebu Davud, “Vesaya”, 6.

⁸ Bakara suresinin 180. Ayet-i kerimesinde mealen şöyle buyrulmaktadır: “*Sizden birinize ölüm gelip çattığı zaman, eğer geride bir hayır (mal) bırakmışsa, anaya, babaya ve yakın akrabaya meşru bir tarzda vasiyette bulunması -Allah’a karşı gelmekten sakınanlar üzerinde bir hak olarak- size farz kılındı.*”

⁹ Bir rivayete göre Nisa suresi 11 ve 12. Ayet-i kerime ile beraber miras dağılımının detaylı bir şekilde vahyedilmesiyle bu ayetin neshedildiği kabul edilmiştir. Bir görüşe göre ise bu ayet-i kerime Vedâ Hutbesi’ndeki hadis-i şerif ile neshedilmiştir. Bu ayet-i kerime, miras taksimi detaylı bir şekilde vahyedilmeden önceki süreç için geçerlidir. Bu ayet-i kerime miras ayetleri vahyedilmeden önceki süreçte varislerin hakkının korunması için vahyedilmiştir. Miras ayetlerinin gelmesiyle beraber anne, baba her türlü durumda mirasçı olduklarından, onlar için bu hadis-i şerif gereği vasiyet yoktur. Ancak, diğer akrabalar için bu ayet-i kerime hükmünü korumaktadır. Yani mirasçı olmayan diğer akrabalara vasiyette bulunma hususunda teşvik söz konusudur. Burada dengeyi sağlamak gerekmektedir. Hem mirasçıların hem de mirasçı olmayan kişilerin hakkı korunmalı ve aradaki denge sağlanmalıdır. El-CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er Razi, Ahkamu’l Kuran, Ter. Mehmet Keskin, İ’tisam Yayınları, Ankara, 2018, s. 513-527.

¹⁰ HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim, Mülteka’l-ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, C. III, 1973, s. 385.

yılı geçen hastalıktan sonra ölümün meydana gelmesi halinde bu hastalık ölüm hastalığı olarak değerlendirilmez. Bu fetvada ise hastalık bir yıldan kısa sürmüş ve ölüm ile sonuçlanmıştır. Bu sebeple de mirasçıya hibe, diğer varislerin icazetine bağlıdır.

Mecelle’de de ölüm hastasının hibesiyle alakalı olarak, hiç mirasçısı bulunmayan ölüm hastasının bütün mallarını istediği kişiye bağışlayabileceği hükmü kanunlaştırılmıştır. Ölüm hastasının mirasçıları mevcutsa ve ölüm hastası bu mirasçılarından bir tanesine ölüm hastalığı sırasında bağışta bulunursa bu bağışın sahihliği diğer mirasçıların icazetine bağlıdır. icazet verilmesi halinde sahih, icazet verilmemesi halinde batıldır. Ölüm hastasının, mirasçısı olmayan birisine (kendisine yabancı bir kişiye) yaptığı bağış ise tüm mallarının üçte birini geçmeyen kısım için sahihtir. Üçte birini aşan kısım için ise yine mirasçıların icazetine bağlıdır. Ölüm hastasının terekesi borca batık ise mirasçısına veya yabancı birisine yaptığı ve teslim ettiği bağışı alacaklıların, iptal ettirme hakkı vardır.¹¹

Terekenin borçtan fazla olması durumunda ölüm hastasının fiilleri, alacaklılar bakımından herhangi bir zarara sebebiyet vermez. Ancak, varisleri yine zarara uğratar. Ölüm hastasının bağışı bir sözleşmedir. Yani bir vasiyet değildir. Ancak, manen vasiyet hükmünde kabul edilir. Çünkü birçok bakımdan vasiyete benzemektedir.¹² Bu sebeple ölüm hastası kişinin, varisleri dışında bir kimseye hibe ve vakıf gibi teberru işlemleri ölüm hastası kişinin malvarlığının üçte biri oranında sahihtir.¹³

Resulullah aleyhisselam bir hadis-i şerifte şöyle buyurmuştur: *“Sa’d b. ebî Vakkâs (r.a.)’den rivâyete göre, şöyle demiştir: Mekke fethi yılı hastalanmışım. Neredeyse ölümle karşı karşıya geldim Rasûlullah aleyhisselam beni ziyarete geldi. Ya Rasûlullah! Dedim. Çok malım var kızımdan başka da varisim yok. Malımın tamamını hayır işlerine vasiyet edebilir miyim? Rasûlullah aleyhisselam :“Hayır” dedi. Malımın üçte ikisini? Dedim yine “Hayır” buyurdu. O halde yarısını? Dedim yine “Hayır” dedi. Bende üçte birini? Dedim. Bunun üzerine üçtebir iyi ama, üçtebir de çoktur varislerini zengin bırakman onları insanlara avuç açar vaziyette yoksul kişiler olarak bırakmandan elbette daha hayırlıdır. Sen, yaptığın her harcamadan dolayı sevap kazanıyorsun hatta hanımının ağzını uzattığın bir lokma bile...”¹⁴*

¹¹ Mecelle md. 877-880.

¹² EKİNCİ, “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, s. 190, 191.

¹³ “Zeyd maraz-ı mevtinde varisi olmayan karındaşı oğlu Amr’a bazı eşyasını hibe ve teslim ettikten sonra Zeyd fevt olsa sülüs müsa’id iken vereseşi hibeyi tutmamaya kadir olurlar mı? EL-CEVAB: Olmazlar.” Ceride-i İlmiyye Fetvaları, fetva no: 317, s. 68.

¹⁴ Buhari, “Vesaya”, 3; Ebu Davud, “Vesaya”, 2; Nesai, “Vesaya”, 3; Müslim, “Vesaya”, 1628.

Bu hadis-i şerif vasiyetin en fazla üçte bir oranında yapılabileceğini göstermektedir. Ölüm hastasının teberru işlemleri de vasiyete kıyas edildiğinden üçte bir oranında sahihtir. Üçte biri aşan kısım ise vasiyete kıyasla mirasçılarının icazetine bağlıdır. Mirasçılar icazet verirse işlem sahih olur. İcazet verilmezse üçte biri aşan kısım batıldır. Yani hastanın bağışının sahih olabilmesi için malının üçte birini aşmaması ve bağışlanan malın hasta ölmeden teslim edilmesi gerekir. Mal teslim olmadan hasta ölürse bağış yine batıl olur.¹⁵

Ölüm hastasının terekesi borcundan fazla ise ve tek varisi var ise tüm mal varlığını ona bağışlayabilir. Ancak, varisi birden fazla ise bağışlayamaz. Hiç varisi yok ise yabancı bir kişiye tüm malvarlığını bağışlayabilir. Çünkü bu durumlarda hakkı ihlal edilecek olan bir alacaklı veya mirasçı bulunmamaktadır.¹⁶

Ölüm hastasının teberrusu ile vasiyet birbirine benzer hukuki işlemlerdir. Bu sebeple bazı durumlarda ölüm hastasının teberrusunda vasiyete kıyas yapılır. Bu iki kavram birbirine benzemekle beraber farklı noktaları da mevcuttur. Vasiyetten rücu sahihtir. Yani kişi ölmeden önce her zaman vasiyetten rücu edebilir. Ancak, ölüm hastasının teberrusunda hastanın işlemi sıhhatli kişinin işlemi ile aynıdır ve rücu imkânı yoktur. Ölüm hastasının teberrusunda malın kişiye hasta olan ölmeden teslimi gerekir. Aksi takdirde yani hasta ölürse ve mal henüz üçüncü kişiye teslim edilmemişse artık malın verilip verilmemesi durumu ölen kişinin varislerinin kararına kalmıştır. Dilerlerse bu malı verirler, dilerlerse vermezler.¹⁷ Ancak vasiyette durum böyle değildir. Çünkü vasiyet, vasiyeti yapan kişi öldüğünde hüküm doğurur. Bu kişi öldüğünde lehine vasiyet yapılan kişi vasiyeti kabul ederse bu mala hak kazanır ve varisler dahil diğer kişilerin söz hakkı kalmaz.¹⁸

Ölüm hastası tarafından bağışlanan mal, hibe edilen kişi tarafından teslim alınmalıdır. Her akidde olduğu gibi hibede de eğer ki hibe de bulunulan kişi ölürse hibe eden kişi, artık hibe batıl olduğu için isterse anlaşmayı devam ettirir isterse anlaşmayı iptal eder. Çünkü; hibe edilen kişinin ölmesiyle anlaşma batıl olmuştur. Ancak, İmam

¹⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1999, C. IX, s. 326; BİLMEN, C. VII, s. 314; ZUHAYLİ, C. V, s. 106; BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s. 40.

¹⁶ BİLMEN, C. VII, s. 313, 314; CİN, Halil-AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 298.

¹⁷ "Zey maraz-ı mevtime bir mikdar eşyasını Amr-ı ecnebiye hibe edip lakin teslim ve kabz bulunmadan Zeyd fevt olsa Amr mücerred 'Hibe etti' deyu eşya-i mezbureyi almaya kadir olur mu? EL-CEVAB: Olmaz." Ceride-i İlmîyye Fetvaları, fetva no: 315, s. 68.

¹⁸ SERAHSİ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, C. XII, s. 190; Fetâvâyi Hindiyeye, C. IX, s. 326; BİLMEN, C. IV, s. 260.

Malik'e göre, hibe edilen kişinin ölmesi işlemi batıl yapmaz. İşlem sahihtir. Hak, ölen kişinin varislerine geçer.¹⁹

B. Maraz-ı Mevtin İkrara Etkisi

İkrar sözlükte; itiraf etmek, haber vermek, hakikati söz, yazı veya işaret aracılığıyla açığa çıkarmak anlamlarına gelir. Fıkıh terimi olarak ise bir kişinin kendi aleyhine olan ve başkasının sahip olduğu bir hakkı bildirmesidir.²⁰

Ölüm hastası kişinin varisi veya varisi olmayan yabancı bir kişi lehine bir mal veya bir borç ikrarında bulunması durumunun sahihliği mezhepler arasında farklılık göstermektedir. Bazıları bu ikrarı sahih kabul ederken bazıları batıl saymışlardır.

Hastanın mirasçısı ve borcu olmadığı durumlarda ikrarı konusunda Mecelle'deki maddeye göre: *"Hiç vârisi olmayan kişinin yahut zevcesinden başka vârisi olmayan adamın veyahut zevcesinden başka varisi olmayan kadının maraz-ı mevtinde ikrarı bir nev'i vasiyyet olarak mu'teber olur."*²¹ Bundan dolayı varisi ve borcu olmayan kişinin ikrarı sahih kabul edilir. Çünkü; varis ve borçlu yoksa bu ikrar ile hakkı zarara uğratılacak olan kimse de yoktur. Kimsenin hakkı zarara uğratılmadığından bu işlem sahih bir işlemdir. Konu ile alakalı bir fetvaya göre *"Hind maraz-ı mevtinde "Yedinde olan cemî-i eşya Amr'ın mülküdür, benim alakam yokdur" deyu ikrar ettikten sonra Hind bîla varis fevt olsa emin-i beytü'l- mâl ikrar-i mezbûru tutmayıp hîn-i ikrarda Hind'in yedinde olan eşyaya müdahaleye kâdir olur mu? EL-CEVAB: Olmaz."*²²

Hanefilere göre, ölüm hastası olan kişinin sağlıklı olduğu zamana ait borcu bulunuyorsa, ölüm hastasının sağlıklı iken olan borcu, ölüm hastası iken ikrar ettiği borçtan öncelikli olur. Kişinin önce sağlıklı iken olan borçları ödenir. Daha sonra hastalığı sırasında, bilinen bir sebeple almış olduğu borç ödenir. Daha sonra malı kalırsa ölüm hastası iken ikrar ettiği borçları ödenir. Çünkü; bu üç durumdan bir tanesi kişi sıhhatliken, serbestken, diğeri ise hastayken olmasına rağmen bilinen ve lazım olan bir sebeple alınan borçtur. Bir diğeri ise kişi hastayken, kısıtlıyken meydana gelen bir ikrardan ibarettir. Serbestken olan kısıtlı iken olana göre daha öncelikli olmak zorundadır.

¹⁹ Fetâvâyi Hindiyeye, C. IX, s. 326; ŞELLİ, s. 69.

²⁰ KOCA, Ferhat, "İkrar", DİA, C. XXII, s. 38; PAÇACI, "İkrâr", s. 305.

²¹ Mecelle md. 1596.

²² Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, Haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, fetva no: 1929, s. 320; Bu fetvada Hind'in varisi bulunmamaktadır. Bu sebeple ölüm hastalığında olmasına rağmen hibe işlemi sahihtir. Çünkü hibe işlemi geçersiz kabul edilseydi varisi olmayan Hind'in malları devletin hazinesine geçerdir. Ancak, varis bulunmadığından hibe işlemi sahihtir.

Mecellenin ilgili maddesine göre “*Düyûnu sıhhat düyünü maraz üzerine mukaddemdir.*”²³ Yani, kişinin önce sağlıklı olduğu zamandaki borçları ödenir daha sonra eğer malı kalırsa hasta iken ikrar ettiği borç ödenir.²⁴

Ancak, Şafilere göre ölüm hastasının, ölüm hastalığı sırasında ki aldığı borç ile sağlıklı iken aldığı borç müsavidir. Yani, bu iki borcun ödemesinde öncelik sonralık ilişkisi yoktur. Bu durumun sebebi; ikrarın ticari işler kapsamına girmesidir. Ölüm hastası olan kişinin ise sadece karşılıksız tasarrufları kısıtlanmıştır. Ticari işlerinde bir kısıtlılık yoktur. Bu sebeple de ölüm hastası iken yapılan borç ikrarı ile sağlıklı iken ki borç eşit kabul edilir. Hanbeliler, hastanın bu iki vakitteki borçlarını karşılamaya yetecek miktarda malının bulunması durumunda Şafilere aynı görüştedir. Malikiler ise bu iki ikrarın eşit derece de olmasını ikrarın töhmet ve şaibeden uzak olması koşuluna bağlamıştır.²⁵

Nitekim bir mahkeme hükmünde ölüm hastasının borç ikrarı ile alakalı karar aşağıdaki şekilde kaydedilmiştir; “*Müteveffa Mesud’un maraz-ı mevtindeki borç ikrarının sübutu Mehmed b. Abdullah ve İbrahim Çelebi b. Timurhan nâm kimesneler, müteveffâ Mesud’un Mahmud nâm sagîr oğlunun vasîsi Ali Bey b. Abdullah mahzarında, Servinaz bt. Abdullah’dan sâdir olan da’vâda şöyle şehâdet ettiler ki, müteveffâ-yı mezbûr maraz-ı mevtinde, zimmetinde karz-ı şer’îden altı yüz altmış akçe borcu olduğunu bizim yanımızda ikrâr ve i’tirâf etti. Şehâdetleri ba’de ri’âyeti şerâiti’lkabûl inde’ş-şer’ makbûl ve mu’teber olmağın mücebince hükm edildi.*”²⁶ Bu kadı sicilinde de görüldüğü üzere ölüm hastasının borç ikrarı kabul edilmiştir.

Hanefilere göre hastanın, mirasçılarında birisi için yaptığı borç ikrarı batıldır. Yani batıldır. Çünkü; bu durum mirasçılar arasında birini diğerine tercih etme sebebiyle kin ve düşmanlığa sebebiyet verebilir. Ancak, diğer mirasçılar bu durumu kabul ederlerse borç ikrarı sahih olur.²⁷

²³ Mecelle md. 1602.

²⁴ SERAHSİ, C. XVIII, s. 40, 41; MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd, el-İhtiyar li- Ta’lîf’i-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., Nuh Yayıncılık, İstanbul, C. II, 2017, s.455; HALEBİ, C. III, s. 313,314; MERGİNANİ, MERGİNANİ, Şeyhülislâm Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir, el-Hidâye, Ter.: Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, C. IV, s. 381; FERRUH, Ömer, İslam Aile Hukuku, Sebil Yayın evi, İstanbul, 1994, s. 163.

²⁵ SERAHSİ, C. XVIII, s. 40; BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s. 40.

²⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Galata Mahkemesi 07 Numaralı Sicil, C. 33, s. 111, Hüküm no:187, Orijinal metin no: [59-1, Arapça], www.kadısicilleri.org e.t. 02.11.2018.

²⁷ SERAHSİ, C. XVIII, s. 47,48; MEVSİLÎ, C. II, s. 456; HALEBİ, C. III, s. 315; ZUHAYLİ, C. V, s. 108; ilgili fetva için bkz. Fetâvâ-yı Feyziye, fetva no: 1935, s. 321.

Mecelle'de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: "Bir kimse maraz-ı mevte vârislerinden birine bir ayn yahut deyn ikrar ettikten sonra fevt olsa diğer vârislerin icazetine mevkuftur. Anlar mücîz olursa anın ikrarı dahi mu'teber olur. Ve eğer anlar mücîz olmazsa anın ikrarı dahi mu'teber olmaz. Şu kadar var ki mukirrin hayatında diğer vârisler anı tasdik etmişlerse vefatından sonra anlar bu tasdiklerinden rücu' edemeyip ol ikrar mu'teber olur. Ve bir de vârise emanet ikrarı her halde sahihdir. Şöyle ki bir kimse kendisinin bir vârisinde olan emanetini kabz etmiş yahud vârisinin kendisinde olan emanet-i ma'lûmesini istihlâk eylemiş idüğünü maraz-ı mevte ikrar eylese sahih olur."²⁸

Yine Mecelledeki maddeye göre; "Senede müstenid olan ihtimaller ile hüccet yoktur.

Meselâ, bir kimse veresesinden birine şu kadar kuruş borcu olduğunu ikrar ettiği takdirde eğer maraz-ı mevte ise diğer verese tasdik etmedikçe bu ikrarı hüccet değildir. Zira diğer vereseden mal kaçırmak ihtimali maraz-ı mevte müsteniddir amma hâl-i sıhhatda ise ikrarı mu'teber olur ve ol halde olan ihtimal mücerred bir nevi tevehhüm olduğundan ikrarın hücciyetine mani' olmaz."²⁹

Nitekim bir fetvada "Zeyd, ölüm hastalığında 'karım Hind'e ödünçten iki yüz kuruş borcum vardır' diye ikrar edip diğer verese tasdik ettikten sonra Zeyd ölse, veresinin Zeyd'in hayatında iken o tasdikleri kifayet edip Hind o kadar parayı terekeden almaya kadir olur mu? EL-CEVAB: Olur."³⁰ Buyrulmuştur.

Hastanın ölüm hastası iken sağlıklı olduğu zamana dayanarak yaptığı ikrar da ölüm hastası iken yaptığı ikrar ile aynı hükümdedir ve diğer varisler kabul etmediği sürece bu ikrar da batıl olur. Yani, ölüm hastalığı zamanında sağlıklı iken varislerinden bir kişi için şu kişiden şu kadar fiyata bir şey aldım, bu sebeple şu kişiye şu kadar borcum var şeklinde ki borç ikrarı ölüm hastalığı zamanında yapılması sebebiyle ölüm hastalığındaki borç ikrarı ile aynı hükmü doğurur. Mecelle'de bu konuyla alakalı maddeye göre: "Marîzin maraz-ı mevte iken zaman-ı sıhhatına isnad ile ikrarı zaman-ı marazındaki ikrarı hükmündedir."³¹

²⁸ Mecelle md. 1598; ilgili fetva için bkz. Behcetü'l- Fetâvâ, fetva no: 2323, s. 449.

²⁹ Mecelle md. 73.

³⁰ HALEBİ, C. III, s. 314; Buradaki fetvada varise borç ikrarı vardır. Varise borç ikrarının sahih olması için diğer varislerin tümünün icazeti gerekir. Varisler bu borç ikrarına icazet verdikten sonra ölüm hastası ölünce bu icazetten vazgeçme hakkına sahip değildir. Bu nedenle de fetvada bu borç ikrarı sahih olmuştur. Mecelle 1598. maddede de bu durum ifade edilmiştir. İlgili fetva için bkz. Fetâvâ-yı Feyziye, fetva no: 1938, s. 321.

³¹ Mecelle md. 1600.

Şafilere göre ise ölüm hastalığında bulunan kişinin, mirasçısı dışındaki kişiye malının üçte birinden fazlasını ikrar etmesi sahihtir. Buna dayanarak Şafilere, mirasçı olmayan kişi için üçte birden fazlasının tabi olduğu hüküm mirasçı için üçte bir oranında sahih olur demişlerdir. Buna göre ölüm hastasının mirasçısı için yaptığı borç ikrarı Şafilere göre caizdir.³²

Hastanın, yabancı bir kişi lehine yapmış olduğu borç ve mal ikrarı ölüm hastasının tüm malını içerse de caizdir. Bu durum İbni Ömer'den geldiği rivayet edilen şu esasa dayanır: *“Bir kimse ölüm hastalığı sırasında mirasçısı olmayan birisi lehine borç ikrarında bulunduğunda, malının tümünü içerse de bu ikrar caizdir. Mirasçılardan birine ikrarda bulunursa ikrar geçersiz olur.”*³³ Ölüm hastasının, yabancı birisine yapmış olduğu borç ikrarının sahih olması hususu Mecelle’de şu şekilde yer almıştır: *“Marîzin maraz-ı mevtinde ecnebiye ya’ni kendisine varis olmayan kimseye gerek ayn ve gerek deyn ikrarı cemi’ emvalini muhit olsa bile sahih olur...”*³⁴ Hanbeliler bu konuda farklı düşünerek yabancı kişi için tüm mal değil ancak üçte bir oranında borç ikrarı yapılabileceğini savunurlar.³⁵

Ölüm hastasının ikrarı ile alakalı olarak yukarıda ele alınan hususlar ölüm hastasının borca batık olmaması halinde söz konusudur. Hasta olan kişi borca batık bir kimse ise bu kimsenin ölüm hastalığı sırasında yaptığı ikrar geçersizdir.³⁶

Ölüm hastası olan kişinin mehir borcu ikrarı dinen ve kazaen kabul edilir. Çünkü; burada kocanın ikrarı sebebiyle değil geçerli bir evlilik gerekçesiyle mehr-i misil vardır. Mehr-i misilin üzerindeki miktar ölüm hastası tarafından ikrar edilirse mehr-i misili aşan kısım geçersizdir. Çünkü kadın kocanın mirasçısıdır. Bu sebeple zan altındadır. Ölüm hastası olan kadının, mehrini kocasından aldığını ikrar etmesi durumunda bu ikrar geçersiz olur. Ölüm hastası olan kadın mirasçısından alacağı bir bedeli aldığı yönündeki ikrarı kocası da karısına mirasçı olduğundan dolayı geçersizdir.³⁷

Bir kişi kendisinden olması mümkün olan, nesebi meçhul bir çocuğun kendi evladı olduğunu ikrar ederse ve çocukta bu ikrarı doğru kabul eden bir ikrarda bulunursa

³² SERAHSİ, C. XVIII, s. 47.

³³ SERAHSİ, C. XVIII, s. 37.

³⁴ Mecelle md. 1601.

³⁵ BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DiA, C. XXVIII, s. 40.

³⁶ *“Zeyd maraz-ı mevtinde “Zevcem Hind’e karzdan şu kadar akçe deynim vardır” deyu ikrar edip ba’dehu fevt oldukça Hind’den gayrı varisi olmayıp lakin düyun-i müsbetesi terekeden ezyed olsa Hind mücerred ikrar-i mezbûra binaen terekeden nesne almağa kâdire olur mu? EL-CEVAB: Olmaz.”*; Fetâvâ-yı Feyziye, fetva no: 1939, s. 321, 322.

³⁷ SERAHSİ, C. XVIII, s. 57; İlgili fetva için bkz. Behcetü'l- Fetâvâ, fetva no: 2320, s. 448, 449.

nesepl ikrarında bulunan kişi ölüm hastası dahi olsa çocuğun nesebi bu ikrarda bulunana ait olarak sabit olur. Çocuk, ikrarda bulunamayacak kadar küçükse çocuğun ikrarı şart değildir. Yani, ölüm hastalığı nesepl ikrarına herhangi bir engel teşkil etmez. Çocuk, bu ikrar ile babaya mirasçı olur. Ancak, ölüm hastası kadının nesepl ikrarı batıldır. Çünkü; kadının nesepl ikrarı ile kadın kendisine değil bir başkasına, yani kocasına sorumluluk yüklemiş olur. Ancak, baba nesepl ikrarında bulunduğunda sorumluluk yine babadadır. Yani başkasına değil kendisine sorumluluk yüklendiğinden bu ikrar sahihtir.³⁸

Nitekim bir fetvada *“Zeyd ölüm hastalığında sakın olduğu beldede nesebi meçhul olup kendisine oğul olmaya salih olan Amr için “oğlumdur” diye ikrar etse ve Amr da tasdik ettikten sonra Zeyd ölüp Amr’ı ve diğer vereselerini terk ettiğinde Amr (oğul olduğu ikrar edilen kimse), Zeyd’in terekesinden hissesini almak istediğinde diğer verese Zeyd ölüm hastalığında ikrar etmekle ikrarı muteber olmaz deyip vermemeye karar olurlar mı? EL-CEVAB: Olmazlar.”*³⁹ Buyrulmuştur.

Ölüm hastasının nesepl ikrarında önemli olan, ikrar edenin kendisi dışında birilerine nesebi yüklemesi veya yüklememesidir. Bu sebeple erkeğin ana, baba, çocuk ikrarı sahihtir. Kadının ise ana ve baba ikrarı sahihtir. Kardeş, amca gibi bir nesepl ikrarı ise her ikisi içinde batıldır. Çünkü; bu durumda başka kimselere nesepl yüklenmiş olur. Ancak; bir kimse babasının tek varisi ise bu ölüm hastası kişinin kardeş yönünden nesepl ikrarı geçersiz olmasına rağmen mirasa ortaklık bakımından bu ikrar etki doğurur. Çünkü; nesepl ikrarı başkasına yüklendiğinden geçersiz olmasına rağmen miras bakımından sadece kendi malına ortak sağlamış olur. Buna yetkisi olduğundan bu kişi mirasa ortak olur.⁴⁰

- Hastanın İkrarına Şer’i Çare

Hanefilere göre; ölüm hastasının, varislerinden birine ölüm hastalığı sırasındaki borç ikrarı geçersizdir. Ancak, ölüm hastası olan kişi gerçekten bu şekilde borçlanmışsa, bu durumda borç vermiş olan varisin hakkının korunması gerekir. Bu duruma çözüm olarak hasta olan kişi güvendiği bir yabancı kişiye borç ikrarında bulunur. Yabancı da bu borcu alıp varise verir. Bu durumda varisin alacağı karşılanmış olur. Ancak, yabancı bu durumda hakim in bu borç ölenin üzerinde senin midir? Sorusuna yemin

³⁸ MERGİNANİ, C. III, 2004, s. 329; HALEBİ, C. III, s. 315; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 350.

³⁹ HALEBİ, C. III, s. 314.

⁴⁰ MERGİNANİ, C. III, s. 330; HALEBİ, C. III, s. 316; ilgili fetva için bkz. Behcetü’l- Fetâvâ, fetva no: 2321, s. 449.

verilmesi caiz olmadığından bu duruma çare olarak da yabancı kişi kendi namına varise bir şey satar ve bu durumda yabancının hastada alacağına dair yemini sahit bir hal alır.⁴¹

C. Maraz-ı Mevtin Evlenmeden Kaynaklanan Mehre Etkisi

Ölüm hastasının mali tasarrufları dışındaki işlemlerinin normalde herhangi bir kısıtlamayı gerektirmediği daha önce de belirtilmişti. Ölüm hastalığında olan kişinin mali tasarrufları dışındaki işlemleri, sağlıklı bir kişinin işlemleri gibi hüküm doğurur. Şahsi bir hak olan evlenme konusunda ise mali sonuçları itibariyle zarar söz konusu olabileceğinden ölüm hastasının evlenmesinin, sağlıklı bir kişinin işleminden farklı bir değerlendirmeye tabi tutulup tutulmaması konusunda tartışmalar ortaya çıkmıştır.

Ölüm hastasının evlenmesi sonucunda yabancı bir kadının mirasçı olması ve mehir alacak olması sonucu doğar. Bu sebeple ölüm hastasının mirasçıları zarara uğrayabilir. Filhakika ölüm hastası, varislerine zarar vermek amacıyla böyle bir eylemde bulunabilir. Cumhuriyet bu konuda zarar kastıyla bir hukuki işlemin yapıldığını değil, ortaya konulan iradeyi esas almıştır. Yani, ölüm hastalığında mehir-i misille yapılan evlenme sahit kabul edilmiştir. Karı ile koca arasında miras hükümlerinin doğacağı da kabul edilmiştir. Ancak, üzerinde anlaşma sağlanan mehir (mehr-i müsemma), kadının emsallerine ödenen mehirden (mehr-i misil) fazla ise mehr-i misilin üzerinde olan kısım için ölüm hastasının varislerinin rızası gerekmektedir. Rıza gösterilirse mehr-i misli aşan kısım da kadına verilir. İzin verilmemesi halinde ise mehr-i misil miktarı kadının hakkıdır. Ancak; kadın, ölüm hastasının tek varisi ise mehr-i misili aşan kısımda doğrudan geçerlidir. Malikiler ise bu konuda farklı bir görüşe sahiptirler. Malikilere göre evlilikte kişinin kasti baz alınır. Kişinin kasti varislerine zarar vermek olarak değerlendirildiğinden nikah fasit olarak kabul edilir. Bu sebeple de kadın adamın mirasçısı olamaz. Yine Malikilere göre kadın ile koca arasında zifaf gerçekleşmemişse kadın mehre hak kazanamaz. Zifaf gerçekleştikten sonra ayrılık olursa kadına terekenin üçte birinden mehr-i misil verilir.⁴²

⁴¹ Fetâvâyi Hindiyîye, C. XIV, s. 373.

⁴² İBN ABİDİN, C. XIII, s. 289, 290; BİLMEN, C. VII, s. 315; KÖSE, Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 152; BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s. 41.

Ölüm hastalığında mehir konusu ile alakalı Hukuk-u Aile Kararnamesi'nde yer alan maddeye göre: *"Bir kimse maraz-ı mevteinde tezevvüç eylediği surette mehri müsemma zevcenin mehri misline müsavi ise zevce onu terekesinden ahzeder. Ziyade ise fazlası hakkında vasiyet hükmü cereyan eder."*⁴³

Ölüm hastalığında olan kişi bir kadınla mehr-i misil⁴⁴ ile evlendiğinde kadının alacağı, adamın sağlıklı iken yapmış olduğu işlemler dolayısıyla alacaklı olan kişilerin alacağı ile müsavidir. Sağlıklı iken alacaklı olan kişilerin alacakları ile eşit konumda olan ölüm hastalığı sırasındaki evlenme dolayısıyla oluşan mehr-i misil alacağı, ölüm hastalığı sırasında lehine borç veya emanet ikrarında bulunulan kişinin alacağından önceliklidir. Çünkü; ölüm hastalığında da olsa kadının alacağı, töhmetin bulunamayacağı bir sebeple, yani nikah akdi ile meydana gelmiştir. Ölüm hastasının sağlıklı olduğu zamana dayanan borcu ile mehir borcunun eşit derece de olmasının sebebi kadının cinselliğinden faydalanmanın karşılığı olarak verilen mehrin, mütekavvim⁴⁵ bir mal olmasıdır. Mütekavvim bir mal olmaması sebebiyle de diğer alacaklıların hakkı gasp edilmiş olmaz.⁴⁶

D. Maraz-ı Mevte Boşanmaya Etkisi

Bir hastalık veya başka bir neden sonucunda, kuvvetle muhtemel ölüme varacak olan bir hastalık içerisinde bulunan ve ölüm hastası olarak kabul edilen kişinin talâkına, "talâk-ı firar" denir. Ölüm hastası olan kişinin talâkı, kocanın, karısından miras kaçırmayı amacıyla da yapılabildiğinden dolayı tartışmalı bir meseledir.⁴⁷ Ölüm hastasının mali işlemleri dışındaki işlemleri normalde sağlıklı kişilerin işlemleri ile aynı

⁴³ HAK, md. 88; ÇEKER, Orhan, Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2016, s. 41; İlgili maddeye göre emsal mehir doğrudan kazanılır. Emsal mehrin üzerindeki kısım için ise vasiyet hükmü cereyan eder. Evlenen kadın kocaya mirasçı olduğundan vasiyet diğer varislerin icazetine bağlıdır. Varisler icazet verirse emsal mehrin üzerindeki kısımda geçerli olur. icazet verilmezse kadın yalnızca emsal mehre hak kazanır.

⁴⁴ Burada mehr-i misil ifadesi mehr-i müsemmanın mehr-i misle müsavi olması halini kapsamaktadır.

⁴⁵ "Şer'an akidlere konu olması ve faydalanılması mubah şeydir. Örfen de mülkiyet altına alınan (muhrez) mal demektir. Binaenaleyh mal-ı mütekavvim iki manada kullanılmaktadır. Mesela besmele ile kesilmiş bir koyunun eti şer'an mubah olduğundan bir mütekavvim maldır. Denizdeki balık, havadaki kuş ise mülkiyet altına alınmadıkça (gayri muhrez) bulunduğca gayri mütekavvim olup bunlar avlanılmak ile mülkiyete geçirilince (ihdaz) birer mütekavvim mal olur." BİL-MEN, Ömer Nasuhi, Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2016, s. 133.

⁴⁶ SERAHSİ, C. XVIII, s. 46, 47.

⁴⁷ ZUHAYLİ, C. IX, s.354; DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras), Konya, 1977, s. 256.

hükmü doğurur. Çünkü bu konuda onların iradelerinde bir sakatlık meydana gelmeyeceği düşünülmektedir. Yani, ölüm hastası olanların mali konular dışında bir kısıtlılıkları bulunmamaktadır.

Ancak, ölüm hastasının talâkı, gerçek iradesi olabileceği gibi eşine zarar verme kastıyla yani eşini mirastan mahrum bırakmak kastıyla da meydana gelmiş olabilir. Bu sebeple aslında şahsi haklardan olan boşanma üzerinde yine bir kısıtlama olmamasına rağmen, boşanma sonucu iddet bekleme süresi içinde kadının miras hakkı üzerinde farklı bir durum söz konusu olabilmektedir. Burada hakkın kötüye kullanılmasını engelleyici bir takım tedbirler alınmıştır.⁴⁸ Aslında bu duruma sebep olarak yine miras gibi mali bir konunun devreye girmesi gösterilebilir.

Fakihler ölüm hastası olan adamın, karısını boşamasının sağlıklı olan kişinin talâkı ile aynı hükmü doğurduğu yani, her ikisinin de sahih olduğu noktasında hemfikirlerdir. Ölüm hastası adam karısını ric'î talâk⁴⁹ ile boşarsa sağlıklı iken ric'î talâk ile karısını boşamasın da olduğu gibi iddet müddeti bitmedikçe karı, adama mirasçı olur. Çünkü; ric'î talâkla boşamada kadın hala kocasının hanımıdır. Yani, evlilik bağı bütün sonuçları ile devam etmektedir. Koca; mehir, şahit, rıza gibi şartlar gerekmezsin, bu iddet dönemi içerisinde karısı ile evlilik durumunu devam ettirme hakkına sahiptir. Bu sebeple de kocanın sağlıklı veya ölüm hastası olması fark etmezsin kadın, iddet dönemi içerisinde kocasına mirasçı olur. Ancak, bu durum iddet süresi içinde geçerlidir.⁵⁰ Ölüm hastası olan adamın, karısını ric'î talâk ile boşaması sonucu iddet döneminin de sona ermesi halinde ölüm hastası olan adam ölürse kadın, adama mirasçı olmaz.⁵¹

Ölüm hastası olan adam karısını üç talâkla veya bir bâin talâk ile boşarsa ve kadın iddet dönemi içerisindeyken adam ölürse kıyasa göre kadın miras alamaz. Ancak, istihsanen⁵² mirasa hak kazanır. Çünkü; kıyasa göre kadının, kocasına mirasçı olabilmesinin koşulu nikahın ölüm ile sona ermesidir. Ancak; bu durumda nikah, bâin

⁴⁸ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s. 41; KAHVECİ, Nuri, İslam Aile Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 194, 195.

⁴⁹ "Tarafların fiilen karı koca hayatı yaşadıkdan sonra erkeğin yeni nikah akdine gerek kalmadan iddet süresi içinde eşine dönebildiği boşamadır." BİLMEN, Sözlük, s. 196.

⁵⁰ ZUHAYLİ, C. IX, s. 355; Mehmed Zihni Efendi, Ni'meti İslam, Sad. M. Rahmi, Sağlam Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 1044; AVCI, s. 437; ACAR, Halil İbrahim, İslam Aile Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2018, s. 317.

⁵¹ SERAHSİ, C. VI, s. 238; MEVSİLİ, C. III, s. 539; ACAR, s. 317.

⁵² "Müçtehidin, bir meselede, kendi kanaatince o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir." ŞABAN, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek ter. eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2014, s. 181.

talâk ile iddet dönemi beklenmesine gerek olmadan sona erer. İddet dönemi burada başka durumlar için önem arz eder. Bâin talâkta ayrılık talâkın yapıldığı an kesin olarak gerçekleşmiş olur.⁵³ Ancak, cumhurun görüşü, H.z. Ömer ve H.z. Osman'ın uygulamasını esas alarak kadının miras hakkının devam ettiği üzerinedir.⁵⁴

Hanefilere göre bâin talâkta iddet dönemi içerisinde ölüm halinde, kadının kocaya mirasçı olması istihsanen caiz görülmüştür. Yani bir kişi ölüm hastalığında karısını bâin talâk ile boşarsa ve iddet dönemi sona ermeden adam ölürse eşi ona mirasçı olur. Eğer ki bâin talâkta iddet dönemi bittikten sonra ölüm hastası olan adam ölürse kadın, adama mirasçı olamaz. Kadın iddet dönemi içerisinde iken kocasının ölmesi halinde kadının, kocasına mirasçı olabilmesi kötü niyeti olan kocanın hiç değilse iddet dönemi içerisinde karısını zarara sokmamasını sağlamak amacıyla. Çünkü; ölüm hastası olan kocanın, karısını boşamasının sebebi karısını mirastan mahrum etmek olabilir. Bu durumda kadının hakkı iddet dönemi içerisinde korumaya alınmıştır. Ancak, iddetin bitmesiyle beraber evlilikten bir iz kalmamış olur. Kadın da artık mirasçı olamaz.⁵⁵

*“Zeyd, ölüm hastalığında dahil olduğu karısı Hind’i rızası yok iken bâin bir talâkla boşadıktan sonra iddeti bitmeden Zeyd ölse, Hind Zeyd’e varis olur mu? EL-CEVAB: Olur.”*⁵⁶

Ölüm hastası olan adam, hastalığı sırasında karısını bâin talâk ile boşarsa, daha sonra ise hastalığı iyileşirse ve iddet dönemi içerisinde adam başka bir hastalık dolayısıyla ölürse Hanefilere göre kadın adama mirasçı olamaz. Ancak, Züfer’e göre yine mirasçı olur. Yukarıda adamın ölmesi üzerine yapılan varsayımlardan her birinde eğer ki kadın ölürse ve boşanma kadının rızası olmadan adam tarafından gerçekleştirilmişse daha doğrusu kadın boşanmaya adam tarafından zorlanmış ise adam, kadına mirasçı olamaz. Çünkü; adam kendi serbest iradesi ile mirasçılıktan vazgeçmiş olur. Ancak, ric’î talâk ile boşamada adam kadına mirasçı olur.⁵⁷ Adam, karısını sağlıklı iken

⁵³ SERAHSİ, C. VI, s. 235; ZUHAYLİ, C. IX, s. 356; YILDIRIM, Mustafa; Mecellenin Külli Kaideleri, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir, 2015, s. 200; EKİNCİ, Ekrem Buğra- ŞİMŞİRGİL, Ahmet, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelleden Düsturlar, IQ Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 243, ACAR, s. 318.

⁵⁴ DÖNDÜREN, s. 256; KAHVECİ, s. 253, 254. *“Zeyd maraz-ı mevtinde zevce-i medhûl- bihası Hind’i rızasız üç talâk ile tatlik edip iddeti münkaziye olmadan Zeyd fevt olsa Hind Zeyd’e varise olur mu? EL-CEVAB: Olur.”* Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü’l- Fetâvâ, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd., Klasik Yayınları, İstanbul, 2011, fetva no:532, s. 110.

⁵⁵ MEVSİLİ, C. III, s. 439; MERGİNANİ, C. II, s. 95.

⁵⁶ HALEBİ, C. II, s. 88.

⁵⁷ SERAHSİ, C. VI, s. 238; İBN ABİDİN, C. VI, s. 461, 462; MERGİNANİ, C. II, s. 96.

bâin talâk ile boşarsa, daha sonra kadının iddet dönemi içerisinde adam hastalanarak ölürse kadın, adama mirasçı olamaz. Çünkü; boşama işlemi adam sağlıklı iken olmuştur. Adamın kadına zarar verme gibi bir kastı bu durum için söz konusu değildir.⁵⁸

“Ölüm hastalığında olan Zeyd, karısı Hind’i talâki bâin ile boşadıktan sonra iddeti içinde Hind ölse, Zeyd Hind’e varis olur mu? EL-CEVAB: Olmaz.”⁵⁹

Malikilere göre kadının iddet dönemi sona erse, hatta kadın başka bir adamla evlense dahi ölüm hastası olan adama mirasçı olur. Malikilere göre kadının adama bu durumda dahi varis olmasının sebebi adamın, karısından mal kaçırmaya çalışmasıdır. İmamiyye’ye ve Ahmed b. Hanbel’den gelen bir görüşe göre kadın, başka biri ile evlenmediği müddetçe iddet dönemi sona ermiş olsa bile adama mirasçı olur. Ancak, başka biri ile evlense mirastan pay alamaz.⁶⁰ Şafilere göre ise ölüm hastası olan kişinin, karısını bâin talâk ile boşaması halinde iddet dönemi içerisinde olup olmamasına bakılmaksızın kadın, kocaya mirasçı olamaz. Çünkü; bâin talâk ile beraber evlilik tamamen sona ermiş olur.⁶¹

Kadın, ölüm hastası olup muhayyerlik sebeplerine dayanarak kocasından ayrılırsa ve iddet dönemi içindeyken ölürse kocası kendisine mirasçı olur. Çünkü; kadın burada kocasına zarar kastıyla ondan ayrılmış olabilir.⁶² Bu durumda ayrılık koca se-

⁵⁸ İBN ABİDİN, C.VI, s. 462; *“Mes’ele: Zeyd zevci Hind’i bâin talâk boşayıp, iddeti içinde fevt olsa, Hind vâris olur mu? EL-CEVAB: Sıhhatinde iken boşadı ise, yahud marazı olursa da avretin talebi ile boşadı ise olmaz ve illâ olur.”* Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Şeyhülislâm Ebussuud Efendinin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı-Fetâvâ-yı Ebussu’ûd Efendi, M. Ertuğrul Düzdağ, Kapı Yayınları, İstanbul, 2012, fetva no: 113, s. 50.

⁵⁹ HALEBİ, C. II, s. 88.

⁶⁰ ZUHAYLİ, C. IX, s. 356.

⁶¹ AVCI, s. 434; ŞELLİ, 76; Şafilere göre bain talakta iddet içerisinde dahi kadının, kocaya varis olmamasının sebebi; Şafilere göre gizli amaca değil dışarıya yansıyan iradeye bakmalarıdır. Bu sebeple de kocanın kadına zarar amacıyla bir fiilde bulunup bulunmaması Şafilere göre sonucu etkilemez. ŞELLİ, s. 76.

⁶² *“Hind kızı Zeyneb-i sağîreye şuhûd mahzarlarında Amr’a tezvîc edip Amr Zeyneb’e dâhil olduktan sonra Zeyneb maraz-ı mevtime “Baliğa oldum” deyu akd-i mezbûru Amr’ın huzurunda hakime fesh ettirdikten sonra iddeti içinde Zeyneb fevt olsa Amr Zeyneb’e varis olur mu? EL-CEVAB: Olur.”*; Fetâvâ-yı Fevziye, fetva no: 435, s. 63; *“Hasta olduğundan evinin işlerini yürütemeyecek bir durumdayken, hiyar-ı bülûğ sebebiyle kendini boşayıp yahut kocasının oğlu ile mutlak evlenme engeli teşkil edecek sıhrî hisimliği (Hürmet-i müsâheeryi) mücîp bir fiilde bulunup ayrılmaya kendisi sebep olan kadın, iddeti sona ermeden önce vefat ederse, kocası ona mirasçı olur.”*; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 272, AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, s. 208, 209.

bebiyle gerçekleşmemiştir. Bu sebeple de talâk olarak hüküm doğurmaz. Ancak, kadının ayrılma sebebi kocanın cinsel organının kesik olmasına veya iktidarsızlığına dayanıyorsa koca, kadına mirasçı olamaz. Çünkü; bu durum talâk olarak kabul görür. Talâk ise kocaya ait sayılır. Ancak, cinsel iktidarı bulunmayan kocasından, koca ölüm hastası iken ayrılan kadın, iddet beklerken kocasının ölmesi halinde adama mirasçı olamaz. Çünkü; kadın bu durumda adam ölene kadar sabredebilirdi. Ayrılığı kendisi tercih ettiğinden miras hakkı bulunmaz.⁶³

Ölüm hastası olan adamın, karısını ric'î talâk ile boşaması veya boşamamış olması durumunda adamın oğlu ile karısı cima yaparlarsa evlilik sona erer. Kadının bu durumun gerçekleşmesinde rızası varsa yani; zorlama hali yoksa kadın, adama mirasçı olamaz. Kadın bu duruma zorlanmışsa kadın, adama yine mirasçı olamaz. Çünkü; bu durumda da adamın talebi ile ayrılık yoktur. Adamın, kadının miras hakkını sona erdirme gibi bir amacı da yoktur. Adamın, kadının miras hakkını sona erdirme amacı olmadığından kadının miras hakkı sona erer. Ancak, kadın ile çocuğun cima durumunda zorlama olması halinde çocuğa, baba bu durumu emretmişse kadın, adama mirasçı olur. Çünkü; bu durumda adamın, kadının miras hakkını düşürme amacı vardır. Ancak; kadın, ölüm hastası olan adam ile bâin talâk ile ayrılırsa ve bu ayrılıktan dolayı iddet bekliyorken, kocasının oğlu ile cinsel ilişkiye girerse kadının miras hakkını sona ermez. Çünkü; burada diğer durumdan farklı olarak kadının yaptığı bu fiilin ayrılık ile bir bağlantısı yoktur. Zaten ayrılık gerçekleşmiştir. Bu durumda mirasçılık iddet ile bağlantılıdır. İddet beklenirken yapılan fiilin ise iddete bir etkisi bulunmamaktadır.⁶⁴

Ölüm hastası olan adam karısından, hasta iken "îlâ"⁶⁵ ile ayrılırsa ve kadın iddet beklerken adam ölürse kadın, adama mirasçı olur. Ancak; îlâ adam sağlıklı iken yapılmışsa kadının miras hakkı yoktur. Yani kadının miras hakkını kaybetmesi için hem îlâ talebinin hem de bunun sonucunda ayrılığın adam hastayken gerçekleşmesi gerekir.⁶⁶

⁶³ SERAHSİ, C. VI, s. 250; İBN ABİDİN, C. VI, s. 480; MEVSİLÎ, C. III, s. 540.

⁶⁴ SERAHSİ, C. VI, s. 248, 249; İBN ABİDİN, C. VI, s. 462-464; bkz. Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 271/3.

⁶⁵ İla; kocanın dört ay veya daha fazla bir süre hanımına yaklaşmamak üzere yemin etmesini veya hanımına yaklaşmasını bir yükümlülüğe bağlamasını ifade eder. Koca, dört ay karısına yaklaşmazsa Hanefilere göre; hiçbir şeye gerek kalmaksızın bain talak gerçekleşir. Diğer mezheplere göre ise kocanın bu sürenin sonunda tercih hakkı vardır. Bu tercihe göre durum sonuçlanır. Eğer ki koca karısına dönerse yemin durumunda yemin kefareti, şart koşma varsa bu şartın gerçekleştirilmesi gerekir. BİLMEN, Sözlük, s. 109; PAÇACI, "îlâ", s. 308.

⁶⁶ SERAHSİ, C. VI, s. 241; İBN ABİDİN, C. VI, s. 465-467; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 270/3, 271/4.

Lian halinde ise; adamın sağlıklı iken karısını zina ile suçlaması ve kadının da bu büyük utanç durumundan çıkmak için lian yapmak zorunda kalması halinde kadın, adama mirasçı olur. Çünkü; bu durum ölüm hastası olan kocanın, talağı karısının kaçınmayacağı bir şarta bağlaması hali ile eşdeğerdir. Ancak; adam, sağlıklı iken suçlama da bulunmuşsa ve adam hastalandıktan sonra kadın lian yapmışsa Ebu Hanife'ye ve Ebu Yusuf'a göre kadın, adama mirasçı olabilirken Ebu Muhammed'e göre kadın, adama mirasçı olamaz.⁶⁷

Kadın, kocası ölüm hastalığında iken kocasından kendisini para karşılığında yani hul' ile boşamasını isterse veya koca, boşama yetkisini karısına verir, kadın da kocasını boşarsa kadın adama mirasçı olamaz. Çünkü; ölüm hastalığında ayrılık halinde miras hükümleri bakımından kadının hakkını korumak için sıhhat durumundaki ayrılıklara göre bir takım farklılıklar getirilmiştir. Ancak, kadın kendi isteği ile boşanırsa böyle bir hak söz konusu olmaz.⁶⁸

Kadının ölüm hastası olması halinde ise durum farklıdır. Hul ile boşanmada koca, kadından bir bedel olarak boşanır. Hul ile boşanmada karının kocaya vereceği bedel karının malının üçte biri oranında sahihtir. Üçte biri aşan kısım içinse batıldır. Kadının, iddet dönemi içerisinde ölmesi halinde problem "adam hul bedeline mi? Miras hakkından doğacak olan bedele mi? Yoksa terekenin üçte birine mi hak kazanır?" Sorusudur. Bu durumda hangisinin değeri daha düşükse koca ona hak kazanır. Yani koca; hul bedeli, mirastan gelecek pay ve terekenin üçte birinden hangisinin değeri daha az ise ona hak kazanır. Kadın, iddet döneminden sonra veya koca ile cima etmeden ölürse hul bedeline ve kadının malının üçte birine bakılır. Hangisinin bedeli daha az ise koca ona hak kazanır. Çünkü; burada miras hakkı yoktur. Hul bedeli terekenin üçte birinden az ise adam hul bedeline hak kazanır. Hul bedeli terekenin üçte birinden fazla ise adam terekenin üçte birine hak kazanır.⁶⁹

*"Hind, kendisine dahil olan (cima eden) Zeyd'in ölüm hastalığında mehri üzerine Zeyd ile hulu olduktan sonra (mehrini talâk vermek üzere anlaştıktan sonra) iddeti içinde Zeyd ölse, Hind Zeyd'e varis olur mu? EL-CEVAB: Olmaz."*⁷⁰

⁶⁷ SERAHSİ, C. VI, s. 249; İBN ABİDİN, C. VI, s. 465-467; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 270/2.

⁶⁸ SERAHSİ, C. VI, s. 243; MEVSİLÎ, C. III, s. 540.

⁶⁹ İBN ABİDİN, C. VII, s. 49, 50; ES-SAĞİRCİ, Esad Muhammed Said, Ter. H. Aldemir-S. Kocabaş- S. Duman, Delilleriyle Hanefi Fıkhı, Polen Yayınları, İstanbul, 2009, s. 673; FERRUH, s. 164; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 294.

⁷⁰ HALEBİ, C. II, s. 89; benzer fetva için bkz. Fetâvâ-yı Feyziye, fetva no: 436, s. 63.

“Zeyd ölüm hastalığında karısı Hind’i (onun) isteğiyle üç talâkla boşadıktan sonra Hind’in iddeti bitmeden Zeyd ölse Hind Zeyd’e varis olur mu? EL-CEVAB: Olmaz.”⁷¹

- Boşanmanın Koşula Bağlanması Halinde Maraz-ı Mevtin Etkisi

Ölüm hastalığında boşanmanın koşula bağlanması dört farklı durum olarak ele alınacaktır. Birinci durumda koca, boşanmayı kendi yapacağı bir işe bağlar. İkinci durumda koca, boşanmayı başkasının yapacağı bir işe bağlar. Üçüncü durumda koca, boşanmayı bir vaktin gelmesine bağlar. Dördüncü durumda ise boşanma karının kendi yapacağı bir işe bağlanır. Bu dört durumun hepsinde de iki farklı husus söz konusu olur. Birinci durum da şarta bağlama da şartın gerçekleşmesi de hastalık zamanında meydana gelir. İkinci durum da ise şarta bağlama sağlık durumunda yapılır. Ancak, şartın gerçekleşmesi hastalık zamanında meydana gelir.⁷²

Birinci durum: Kocanın, hasta iken boşamayı kendi yapacağı bir işe bağlanması durumunda koca şart koştuğu bu işi yaparsa ve kadın iddet dönemi beklerken koca ölürse kadın, adama mirasçı olur.⁷³ Ancak, bu şarta bağlamayı sağlıklıyken yapmışsa ve hasta iken de şart gerçekleşmişse diğer durumla aynı şekilde kadın iddet döneminde mirasçı olur. Çünkü; bu şartı sağlığında kararlaştırmış olmasına rağmen hasta iken koca, yine kendi fiili ile bu sonucun doğmasını sağlamaktadır. Burada kocanın şarta bağladığı işin mecburi işlerden yani kaçınma ihtimali bulunmayan işlerden olması durumu değiştirmez. Çünkü bu şartı kendisi tercih etmiştir.⁷⁴

İkinci durum: Koca, hasta iken boşamayı başkasının yapacağı bir işe (şu adam öğle namazı kılsa gibi) bağlanmışsa ve şart gerçekleşirse kadın iddet döneminde mirasçı olur. Ancak, koca sağlıklıyken şarta bağlanmış ve koca hastayken başkası bu işi gerçekleştirmişse kadının mirasçılık hakkı yoktur. İmam Züfer’e göre ise vardır.⁷⁵

Üçüncü durum: Koca, hasta iken boşanmayı belli bir vaktin geçmesine bağlanmışsa mesela ayın ortası geldiğinde boşsun demesi durumunda bu vakit geldiğinde boşanma gerçekleşir. İddet dönemi içindeki ölümden kadın kocasının mirasçısıdır. Ancak, şarta bağlama sağlıklı iken yapılmışsa ve koca hastayken bu vakit gelmişse kadının mirasçılık hakkı yoktur. Çünkü; kocanın şarta bağlı olarak boşandığı durumlarda, koca

⁷¹ HALEBİ, C. II, s. 89.

⁷² SERAHSİ, C. VI, s. 238, 239.

⁷³ “Zeyd maraz-ı mevtime zevce-i medhûlün-bihâsı Hind’e “Falan fiili işlersem boş ol” dedikten sonra Zeyd ol fiili işleyip Hind’in iddeti içinde Zeyd fevt olsa Hind Zeyd’e vârise olur mu? EL-CEVAB: Olur.” Fetâvâ-yı Fezziye, fetva no: 438, s. 64.

⁷⁴ SERAHSİ, C. VI, s. 239; MEVSİLÎ, C. III, s. 541.

⁷⁵ SERAHSİ, C. VI, s. 239; MERGİNANİ, C. II, s. 96; MEVSİLÎ, C. III, s. 542.

sağlıklı iken şart koşmuşsa karısına zarar verme kastı olmadığı anlaşılır. Bu durumda kasit olmadığından zulüm de yoktur. Ancak, Züfer'e göre bu durumda da kadının mirasçılık hakkı vardır.⁷⁶

Dördüncü durum: Koca, hastayken boşamayı karısının yapacağı bir işe bağlamışsa ve bu şart kadının kaçınabileceği bir şeyse (belirli evlere gitme, namahremle konuşma gibi) ve kadın bunu yaparsa adama mirasçı olamaz. Koşul kaçınılabilecek bir şey değil de kadının kaçınamayacağı bir şeyse (namaz kılmak, yemek-içmek, mahremiyle konuşmak, alacaklarını tahsil etmek gibi) bu durumda kadın bunu yapsa bile kocasının mirasçısıdır. Bu şarta sağlıklıyken karar verilmişse kadının kaçınabileceği durumlarda kadın bu işi yaparsa miras hakkı yoktur. Kaçınamayacağı şeylerdense ve kadın bunu yaparsa Ebu Hanife'ye ve Ebu Yusuf'a göre kadın, kocasına mirasçısıdır. Çünkü; kadın şarta bağlanan durumları yapmadığında ya bu dünyada zarara uğrar ya da ahirette azaba uğrar. Kadını mecbur bırakan kocasıdır ve bu sebeple bu fiiller kocasının fiili gibi düşünülür. İmam Muhammed'e göre ise bu durumda kadının mirasçılık hakkı yoktur.⁷⁷

E. Maraz-ı Mevtin Satış ve Kira İşlemlerine Etkisi

Ölüm hastası kural olarak tek taraflı kâr veya zarar meydana getirecek işlemlerden olmayan satım, kira gibi akidleri yapmaktan men edilemez. Çünkü; bu akidler karşılıklı dengenin bulunduğu akidlerdendir. Ancak, bu akidlerde de aldatma, kayırma gibi sebeplerle alacaklıların veya ölüm hastasının varislerinin hakları zarara uğratılabilmektedir. Bu sebeple kural olarak sahih sayılan ivazlı işlemler; varisle yapılması, yabancı kişiyle yapılması, emsal değerden düşük bedelle yapılıp yapılmaması gibi durumlara bağlı olarak farklı hükümlere sahiptir.⁷⁸

Ölüm hastasının, varislerinden birisine bir şey satması halinde mirasçılardan icazeti olursa işlem sahih olur. Mirasçılardan icazeti olmaz ise işlem geçersizdir. İmameyn'e göre ise bu işlem batıldır. Ancak, satış işleminde aldatma veya müsamaha gösterme gibi bir durum söz konusu ise alıcı, malı geri vermek veya satış bedelinin emsal değere göre eksik kısmını tamamlamak konusunda seçim hakkına sahip olur. Ölüm hastasının, malını varislerinden birine emsal değeriyle satması halinde ise işlem, cumhura göre caiz kabul edilir. Ancak, Ebu Hanife'ye göre itham şüphesi olduğu için fasittir. İşlem yapılan varis dışındaki tüm varislerin icazetine ile sahih hale gelebilir.⁷⁹ Meccelle'de bu konuda Ebu Hanife'nin görüşünü almıştır: “Bir mariz maraz-ı mevteinde

⁷⁶ SERAHSİ, C. VI, s. 239; MEVSİLÎ, C. III, s. 542; MERGİNANİ, C. II, s. 96.

⁷⁷ SERAHSİ, C. VI, s. 240; MEVSİLÎ, C. III, s. 542, 543; MERGİNANİ, C. II, s. 96.

⁷⁸ BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s. 40.

⁷⁹ İBN ABİDİN, C. XII, s. 285; BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s. 40.

iken veresesinden birisine bir şey satsa diğer vârislerin icazetine mevkuf olup marizin vefatından sonra icâzet verirlerse nâfiz olur, vermezlerse nâfiz olmaz.”⁸⁰

Ölüm hastasının, varisleri dışında birisine bir şey satması halinde eğer ki ölüm hastası, borca batık bir kimse ise yapılan bu satım işleminin değeri emsal değerden az olsa dahi alacaklıların icazetine göre hüküm doğurur. Alacaklılar icazet verirse işlem sahih olurken alacaklılar icazet vermezse işlem batıl olur.⁸¹ Ölüm hastası borca batık bir kimse değilse varisleri dışında bir kimseye sattığı şeyin değeri emsal değerinin altında değilse işlem sahihtir. Emsal değerinin altında ise; aradaki değer farkı ölüm hastasının terekasının değerinin üçte birinden daha az ise işlem yine sahihtir. Fark üçte birden daha fazla ise eksik kalan miktar tamamlanır. Tamamlanmaması halinde varisler tarafından işlem feshedilebilir. Mecelle’de ilgili maddeye göre: “Maraz-ı mevtinde iken mâriz hin-i vefatında kendüye vâris olmayan birine semen-i misliyle bir şey satsa sahih ve muteber olur. Ve eğer muhâbât yani semen-i mislinden noksan ile bey’ ve teslim ettikten sonra fevt olsa sülüs-i mâli muhâbâta müsait olduğu takdirde bey’ yani sahih ve muteber olur.

Ve sülüs-i mâli muhâbâta müsaid olmadığı suretde mikdar-ı noksanı müşteri ikmale mecbur olur. Ve ikmal etmezse verese bey’i fesh edebilir.”⁸²

Ölüm hastasının, değerinin altında mal satmasıyla alakalı bir kadı sicili örneği:

“Ali Çelebi b. Mustafa’nın Ayşe bt. Mehmed’den evini ölüm döşegindeyken düşük değerle satın aldığı Medîne-i İznikmid’de el-Hâc Hasan mahallesi sâkinlerinden iken bundan akdem vefât eden Ayşe bt. Mehmed nâm hârunun li ebeveyn hâli Musa nâm kimesnenin sulbiye kızı ve zî-rahm cihetinden hasren vârisi Naime nâm hârun dîvân-ı kâimmakâm-ı hazret-i sadr-ı a’zamîde akd olunan meclis-i şer’-i şerîfde Ali Çelebi b. Mustafa nâm kimesne mahzarında üzerine da’vâ ve takrîr-i kelâm edip mûrisim müteveffât-ı mezbûre maraz-ı mevtinde mülkü olup mahalle-i mezbûrda vâki’ bir taraftan el-Hâc İsmail mülkü ve bir taraftan Sağır Mustafa mülkü ve bir taraftan Aşçı Ebûbekir mülkü ve bir taraftan tarîk-i âm ile mahdûd bir bâb fevkânî oda ve bir kiler ve sofa ve zât-ı eşcâr hadîkayı müştamil menziline, bi cümleti’t-tevâbi’ ve’l-levâhık ecânibden olan mezbûr Ali Çelebi’ye yüz guruş an makbûza bey’ ve teslim ol dahi iştirâ ve tesellüm edip lâkin menzil-i mezbûrun semen-i misli üç yüz guruş olup bey’-i mezbûr maraz-ı mevtde muhâbâtla olmağla yedinde olan fetâvâ-yı şerîfe mücebinece mezbûr Ali Çelebi’ye suâl olunup menzil-i mezbûr ba’del-keşf ve’l-mu’âyene müteveffât-ı mezbûrenin muhâbâtından sülüs malî muhâbâtına müsâ’id olmadığı bey’-i mezbûre

⁸⁰ Mecelle md. 393.

⁸¹ BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s. 40.

⁸² Mecelle md. 394.

mütebeyin olduktan sonra müteveffât-ı mezbûrenin muhâbâtından sülûs malî müsâ'ide olduğu mertebeyi tekmi'l ve illâ bey'-i mezbûr fesh ve menzil-i mezbûru bana devr ve teslîme merkûm Ali Çelebi'ye tenbîh olunmak matlûbumdur deyû hâlâ şeyhülislâm müftî'l-enâm hallâlül'l-müşkilâti'ddîniyye keşşâfü'l-mu'dilât-ı yakîniyye ferîdü'd-dehr vahîdü'l-asr sa'âdetlü Ali Efendi hazretlerinin imzâ-i şerîfleri ile mümzât bir kit'a fetvâ-yı şerîf ibrâz edip mazmûnunda Hind maraz-ı mevtinde mülk menzîlini ecânibden semen-i ma'lûme muhâbâtla bey' ve teslîm edip ba'dehu Hind fevt olup sülûs malî muhâbâtına müsâ'id olmasa, verese Amr'a Hind'in muhâbâtından sülûs malî olduğunu tekmi'l eyle ve illâ bey'i fesh ederiz demeğe kâdir olur mu, el-cevâb olurlar deyû buyurulmağın gibbe's-suâl mezbûr Ali Çelebi cevâbında menzil-i mezbûru semen-i mezbûre müteveffât-ı mezbûreden maraz-ı mevtinde iştirâ ve kabz eylediğini ikrâr, lâkin menzil-i mezbûrun semen-i misli üç yüz guruş olup bey'-i mezbûr muhâbâtla olduğunu inkâr etmeğın menzil-i mezbûr mahallinde keşf ve mu'âyene olunup bey'-i mezbûr muhâbâtıyla olduğu beyân olunmak üzere, mâ vaka'a bi't-taleb ketb olundu."⁸³

Bu kadı sicili örneğinden anlaşıldığı üzere emsal değerin altında olan satışlarda emsal değeriyle satış değeri arasındaki fark ölüm hastası kişinin terekisinin değerinin üçte birinden daha fazlasına denk geliyorsa bu satış işlemini ölüm hastasının mirasçıları feshettirebilir. Bu durum hem bu kadı sicilindeki konuyla alakalı olan fetvada hem de kadı sicilinde görülmüştür. Değeri 300 kuruş olan gayrimenkul 100 kuruşa satıldığından gabn-i fahiş söz konusu olmuştur. Mirasçılar bu işlemle alakalı olarak ya sülüsü malî aşmayacak şekilde aradaki fiyat farkını tamamlasın ya da bu işlem iptal edilsin diyerek kadıya gelmişlerdir. Daha sonra inceleme yapılarak bu işlem iptal edilmiştir.

Hanefilere göre menfaat mal olarak kabul edilmez. İcâre akdi menfaat olarak kabul görür, miras olarak değer intikal etmez ve akid ölüm ile son bulur. Bu sebeple ölüm hastası, malını emsal değerin altında kiraya verebilir. Bu durumda varislerin veya alacaklıların hakkı zarara uğratılmamış olur. Çünkü; Hanefilere göre kira akdinde taraflardan bir tanesinin ölümüyle beraber akid kendiliğinden son bulur. Ancak, menfaati mal olarak kabul eden cumhura göre malın düşük bedelle kiraya verilmesi varislerin zararınadır. Bu sebeple icare akdi bu durumda satım akdi ile aynı hükümlere tabidir.⁸⁴

F. Maraz-ı Mevtin Alacaklılara Borç Ödemeye Etkisi

Ölüm hastası borçlunun, birden fazla alacaklısı olması durumunda borçlunun, alacaklılardan bir tanesine borcunu ödemesi halinde borçlunun malvarlığının, diğer

⁸³ İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil, C. 18, s. 103, Hüküm no:44, Orijinal metin no: [12b-2], www.kadisicilleri.org e.t. 02.11.2018.

⁸⁴ ZUHAYLİ, C. V, s. 105, BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s. 40.

borçlarını ödemeye yetecek miktarda olup olmadığına bakılır. Ölüm hastası borçlunun malları diğer borçlarına da yetecek miktardaysa diğer alacaklılar bu ödemeye itirazda bulunamaz. Ebu Hanife'ye göre borçlunun mal varlığı diğer borçlarını karşılamaya yetmiyorsa ve alacaklılarından bir tanesine ödeme yapmışsa alacaklıya ödeme yapılan miktara diğer alacaklılar da ortak olur. Mecelle de bu konuda Ebu Hanife'nin görüşü esas alınmıştır. Ahmed bin Hanbel'e göre ve İmam Şafi'ye göre ise alacaklıya ödenen miktara diğer alacaklılar ortak olmazlar. Çünkü; ölüm hastası borçlu, kendisi üzerine vacip olan bir hakkı eda etmiştir. Ancak, ölüm hasta kişinin hasta iken aldığı borç varsa bu borcu ödemesinde veya satın aldığı bir malın bedelini ödemesinde bu ödenen miktarın, ölüm hastasının malının üçte birini aşmaması koşuluyla bir sakınca yoktur.⁸⁵

Bu hususla alakalı Mecelle maddesine göre: "*Kimesne maraz-ı mevtime dâinlerden birinin deynini edâ ile sâir dâinlerinin hukukunu iptal edemez.*

Fakat marîz iken istikraz eylediği parayı ve iştira eylediği malın semenini eda edebilir."⁸⁶

G. Maraz-ı Mevtin Selem Akdine Etkisi

Sözlükte; boyun eğme, teslim olma, teslim etme anlamlarına gelen selem akdi, fıkıh terimi olarak ise peşin para ile nitelikleri belli olan malı vadeli olarak alma anlamına gelir. Vadeli alışverişin tam tersi olan selem akdinde para peşin olarak önce verilir, mal ise daha sonra vadeli olarak verilir.⁸⁷

Selem akdinde kişi bir nevi vade bağışında bulunmaktadır. Bu vade bağışı da malın kendisinin bağışı veya borçtan kurtarma yani ibra aracılığıyla bağış ile aynı hükümde kabul edilip, ölüm hastasının üçte bir oranında ki tasarrufu için sahih olur. Çünkü; bağış ve ibrada olduğu gibi vadede de mirasçıların haklarına zarar verilir. Bu sebeple de mal varlığının üçte biri aşan kısım için geçersizdir.⁸⁸

Ölüm hastası kişi belli bir vade ile belirli miktar mal karşılığında, peşin olarak belirli bir miktar parayı ödeyerek mala denk bir miktarda selem akdi yaptığını ve tüm mal varlığının da bu peşin olarak verdiği paradan ibaret olduğunu ve bu ölüm hastasının vade tarihi gelmeden öldüğünü varsayalım. Bu durumda peşin ödenen para, karşılığında verilecek olan mala denk ise bu malı satan kişi seçimlik hakka sahip olur. Di-

⁸⁵ BİLMEN, C. VII, s. 314, 315.

⁸⁶ Mecelle md. 1604.

⁸⁷ AYBAKAN, Bilal, "Selem Akdi", DİA C. XXXVI, s. 402, 403; PAÇACI, "Selem", s. 589.

⁸⁸ SERAHSİ, C. XXIX, s. 50.

lerse kendisine peşin olarak verilen parayı iade eder ve selem akdini sonlandırır. Di- lerse de malın üçte ikisini hemen teslim eder. Geriye kalan üçte birini ise vade tarihine kadar zimmetinde bulundurur. Vade tarihi geldiğinde karşı tarafa verir. Burada bedelin (bu durum için aynı zamanda ölüm hastasının mal varlığının) üçte birini kendi zimmetinde bulundurması, ölüm hastasının mal varlığının üçte biri oranında selem akdinin sahih olmasıyla alakalıdır. Bu üçte birlik kısmı bu sebeple vade tarihinde öder. Ancak, ölüm hastasının mirasçılarının bu malı vadesine kadar geciktirmek istemesi halinde satıcının seçim hakkı kalkar.⁸⁹

H. Maraz-ı Mevtin Müdârebeye Etkisi

Sözlükte; vuruşmak, dövüşmek, yol tepmek anlamlarına gelen müdârebe, bir fıkıh terimi olarak ise; kâr paylaşımı ortaklığına dayanan, bir tarafın sermaye diğer tarafına emek ve çalışmasına dayanan şirkettir.⁹⁰

Ölüm hastası olan kişinin bir işletmeciyle müdârebe anlaşması yaptığını varsayalım. Bu anlaşmaya göre hasta kişinin, işletmeciye başlangıçta belirli miktar sermaye olarak anapara verdiğini ve kâr oranı üzerinde de anlaştıklarını varsayalım. Bu anlaşma sonucu kâr elde edildiğini daha sonra hasta öldüğünü varsayalım. Bu durumda anapara hastanın mirasçılarının olur. Kâr ise hasta ve işletmeci hangi oranda anlaşmışlarsa ona göre dağıtılır. Bu durumda işletmecinin emsal ücreti önem taşımaz. Kâr üzerinde ne şekilde anlaşma yapılmışsa sahihtir. İşletmecinin emsal ücretinin çok üzerinde bir anlaşma olsa dahi bu işlem sahih. Çünkü; kâr üzerinde mirasçıların ve varislerin hakkı öncelikli değildir. Bu durum kârın anapara olmamasıyla alakalıdır. Mirasçıların zararına bir işlem yoktur.⁹¹

Ölüm hastası kişinin müdârebe anlaşması yaparken aldatılmış olması halinde dahi anlaşma sahihtir. Çünkü; bu durum kâr menfaatine benzer ve varislerin veya alacaklıların bu menfaat üzerinde hakları yoktur. Filhakika, varislerin hakları zarara uğratılmamıştır.⁹²

İ. Maraz-ı Mevtin Müzaraaya Etkisi

Müzaraa; elde edilecek olan mahsulü belirli oranlarda paylaşmak üzere arazi sahibi ve emek sahibinin yaptığı ziraat ortaklığıdır.⁹³

⁸⁹ SERAHSİ, C. XXIX, s. 50-53.

⁹⁰ KALLEK, Cengiz, "Müdârebe", DİA, C. XXX, s. 359; PAÇACI, "Mudârebe", s. 456.

⁹¹ SERAHSİ, C. XXIII, s. 169.

⁹² ZUHAYLİ, C. V, s. 105.

⁹³ KAYAPINAR, Hüseyin, "Müzaraa", DİA, C:XXXII, s. 234.

Ölüm hastası olan kişi bir yeri şartlarına uygun bir şekilde müzaraa olarak vermesi, tohumun ise ziraatçı tarafından karşılanması durumunda ziraatçinin, varis veya yabancı biri olması fark etmeksizin, hastanın borçlu olup olmaması da fark etmeksizin bu müzaraa akdi caiz olur. Anlaşılan oran geçerli olur. Ücret veya arazideki eksiklikler işletmeci tarafından karşılanmaz. Bu durum Hanefilere göre bu şekildedir. Çünkü; burada mirasçılardan veya alacaklıların zararına olan bir durum yoktur. Müzaraa anlaşması yapılması sebebiyle bu kişiler bir zarara uğramamıştır. Burada arazinin ölüm hastası ayakta olduğu zamana ait yararı söz konusudur. Hanefilere göre menfaat mal sayılmadığından alacaklıların veya mirasçılardan burada hak kaybı yoktur. Çünkü; menfaat tasarrufunda akid yapanlardan bir tanesinin ölmesiyle tasarruf sona erer. Yani alacaklıların veya varislerin itirazına ihtiyaç duyulmaz. Ancak menfaati mal olarak kabul eden diğer mezheplere göre alacaklıların ve varislerin bu menfaatte hakkı vardır.⁹⁴

Ancak; ölüm hastası olan kişinin, bir yeri şartlarına uygun bir şekilde müzaraa olarak vermesi, tohumunda bu hasta olan kişi tarafından karşılanması, hasta olan kişinin de bu tohumdan başka bir malının da bulunmaması halinde; ziraatçı olan kişi yabancıysa ve ölüm hastasının borcu bulunmuyorsa mahsule bakılır. Ziraatçinin mahsuldeki payının değeri ecri misil kadar veya ecri misilden daha az ise ziraatçiye ecri misil verilir. Ziraatçinin payı ecri misilden fazla ise ve ölenin malının da üçte birinden az ise anlaşılan payın tamamı ziraatçinin hakkıdır. Ziraatçinin payı ölenin malının üçte birinden fazla ise varislerin izin vermesi durumunda payın tamamı ziraatçiye verilir. Varislerin izin vermemesi halinde ziraatçiye ecri misil verilir. Geriye kalan kısım ise varislerin hakkıdır. Ziraatçinin varis olması halinde ise Ebu Hanife'ye göre müzaraa fasiddir. Varis mahsulden pay alamaz. Sadece ecri misle hak kazanabilir.⁹⁵

K. Maraz-ı Mevtin Kefalet Akdine Etkisi

Ölüm hastası olan kişi, borcu yokken bir başkasının borcuna kefil olur daha sonra da ölürse kefil olduğu borç terekesinin üçte biri oranında sahih olur. Bu kefalet akdi bağış hükmündedir. Kişinin borcu bulunmadığından terekesinin üçte biri oranında sahih olur. Ölüm hastasının, varisi lehine kefilliği ise geçersizdir.⁹⁶

Ölüm hastası olan kişi, kefil olma işleminin sağlığındaiken yapıldığını ikrar ederse ve kefil olduğu borç varislerinden birisine ait değilse yani yabancı bir kişinin borcuna kefil olmuşsa terekenin tamamında bu borç için sorumluluk vardır. Ölüm hastasının, yabancı bir kişi değil de varisi için kefil olması halinde işlem geçersizdir.

⁹⁴ SERAHSİ, C. XXIII, s. 165,166; Fetâvâyi Hindiyye, C. XI, s. 365, 366; ZUHAYLİ, C. V, s. 105.

⁹⁵ SERAHSİ, C. XXIII, s. 166, 167; Fetâvâyi Hindiyye, C. XI, s. 366, 367.

⁹⁶ ALİ HAYDAR, EFENDİ Hocaemin efendizade, Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, C. IV, s. 115.

Ölüm hastasının borcu malvarlığından fazla ise sağlıklı iken varisine kefil olduğunu ikrar etse dahi ikrar geçersizdir. Çünkü; sağlıklı zamandaki borçlar hastalık zamanı yapılan borç ikrarından öce gelir. Kefaletin hükmü de borç ile aynı şekilde değerlendirilir.⁹⁷

Konuyla alakalı Mecelle maddesine göre: *“Bu mebhasda kefalet bil-mal deyn-i aslî hükmündedir.*

Binaenaleyh bir kimesne maraz-ı mevtinde vârisinin borcuna yahud alacağına kefil olsa nâfiz olmaz. Ve ecnebiye kefil oldukda sülüs-i malinden mu'teber olur. Amma hali sıhhatinde iken ecnebiye kefil olduğunu maraz-ı mevtinde ikrar ettikte mecmu-u malından mu'teber olur, şu kadar ki düyûnu sıhhat varsa takdim olunur.”⁹⁸

L. Maraz-ı Mevtin İbraya Etkisi

Bir kişinin başka bir kişide bulunan alacağından veya hakkından kısmen veya tamamen, karşılıksız olarak vazgeçmesidir.⁹⁹

“Bir kimse maraz-ı mevtinde veresesinden birini deyninden ibrâ etse sahih ve nâfiz olmaz, amma vârisi olmayan kimesneyi deyninden ibrâ etse sülüs-ü malinden mu'teber olur.”¹⁰⁰

“Terekesi müstağrak-ı düyûn olan kimesne maraz-ı mevtinde kendi medyunlarından birini deyninden ibrâ etse sahih ve nâfiz olmaz.”¹⁰¹

Ölüm hastasının ibrası sonrasında ölüm hastası olan kişi ölürse yapılan bu ibra genel olarak eksik borç olarak nitelendirilir. Bu sebeple de hukuken bu borç anlam ifade etmezken dinen anlam ifade eder. Genel olarak hüküm böyle olmakla beraber farklı durumlarda bu nitelik değişebilmektedir. Ölüm hastasının mirasçılardan birisi için ölüm hastalığı sırasında yaptığı ibra veya ibra ikrarı genel olarak; ölüm hastası olan kişinin terekesinde borcunun bulunup bulunmamasına bakılmaksızın geçersizdir. Ancak, diğer mirasçıların bu duruma izin veya icazeti varsa işlem sahih olur. Ölüm hastasının tek mirasçısı varsa bu mirasçıya yapılan ibra veya ibra ikrarı ise sahihtir.¹⁰²

Ölüm hastasının, yabancı birisinin borcunu ibra etmesi ise malının üçte biri için sahihtir. Üçte biri aşan kısım için mirasçıların icazeti gerekir. Ölüm hastası, borca batık

⁹⁷ SERAHSİ, C. XX, s. 196; BİLMEN, C. VII, s. 315; ALİ HAYDAR, C. IV, s. 115,116.

⁹⁸ Mecelle md. 1605; ilgili fetva için bkz. Behcetü'l- Fetâvâ, fetva no: 2322, s. 449.

⁹⁹ AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 397; APAYDIN, H. Yunus, “İbra”, C. 21, s. 263; PAÇACI, “İbrâ”, s. 287.

¹⁰⁰ Mecelle md. 1570.

¹⁰¹ Mecelle md. 1571.

¹⁰² ALİ HAYDAR, C. IV, s. 57, 58; AKMAN, Ahmet, “İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda İbra”, ERÜHFD, C. XIII, S. 2, 2018, s. 54

bir kişi ise ibrası muteber değildir. Muteber olabilmesi için alacaklıların izni gerekir. İzin yoksa işlem batıldır.¹⁰³

M. Maraz-ı Mevtin Şüf'a Hakkına Etkisi

Satılan bir mülkü, satın alan müşteriye mâl olan bedel karşılığında, bu mülkün mülkiyetini cebren ele geçirme yetkisi veren haktır.¹⁰⁴

Ölüm hastası olan kişinin, satacağı maldan başka malı olmaması ve varislerinden birinin şüf'a hakkı sahibi olması halinde ölüm hastası bu malı değerinin altında olmak üzere bir yabancıya satarsa ve sonra ölürse varis olan şüf'a hakkı sahibinin bu yer için Ebu Hanife'ye göre şüf'a hakkı doğmaz. Ancak İmameyn'e göre mirasçı, bu yeri ölüm hastasının başka malı olmasa da emsal değeriyle alabilir. Ancak, ölen kişinin başka malı da varsa aynı zaman da diğer mirasçılar da bu işleme icazet verirse varisin şüf'a hakkı sahih olur.¹⁰⁵

Ölüm hastası varisine emsal değeri ile bir yer satarsa, Ebu Hanife'ye göre şüf'a hakkı sahibi olan yabancı için şüf'a hakkı doğmaz. Ancak, İmameyn'e göre şüf'a hakkı doğar. Bu durum için emsal değerin altında bir satım olursa Ebu Hanife'ye göre işlem yine geçersiz olduğundan şüf'a hakkı doğmaz. Ancak, İmameyn'e göre şüf'a hakkı sahibi olan yabancı emsal bedel ile bu hakkını kullanabilir. Ebu Hanife'ye göre bu hakkın doğmama sebebi, ölüm hastasının mirasçıya emsal değerin üzerinde dahi mal satamamasıdır.¹⁰⁶

Ölüm hastası, emsal bedel ile veya daha fazlası ile yabancı birine bir yer satarsa, Ebu Hanife'ye göre mirasçı olan şüf'a hakkı sahibinin hakkı doğmaz. Çünkü; ölüm hastasının mirasçıya mal satımı Ebu Hanife'ye göre geçersizdir. Ancak İmameyn'e göre mirasçı olan şüf'a hakkı sahibi bu hakkı kullanarak bu yeri almaya muktedirdir. Ölüm hastası olan kişi, bir yabancıya değerinden aşağıya bir yer satarsa şüf'a hakkı sahibi olan diğer yabancı, eğer ki bu değer düşüklüğü terekenin üçte birinden fazla değil ise şüf'a hakkını kullanarak bu düşük değere bu yeri satın alabilir. Ancak, aradaki fark terekenin üçte birinden fazla ise şüf'a hakkı sahibi bu yeri emsal değerden alabilir.¹⁰⁷

¹⁰³ ALİ HAYDAR, C. IV, s. 57, 58; KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, C. II, s. 520; AKMAN, Ahmet, "İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda İbra", ERÜHFD, C. XIII, S. 2, 2018, s. 54, 55; AYKANAT, Mehmet, "Osmanlı Hukukunda İbra Türleri", MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S.1, 2018, s. 623-624.

¹⁰⁴ DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, "Şüf'a", DİA, C. XXXIX, s. 248; PAÇACI, "Şuf'a", s. 622.

¹⁰⁵ SERAHSİ, C. XIV, s. 249-252; Fetâvâyi Hindiyîye, C. XI, s. 185, 186.

¹⁰⁶ SERAHSİ, C. XIV, s. 249-252; Fetâvâyi Hindiyîye, C. XI, s. 184-186.

¹⁰⁷ SERAHSİ, C. XIV, s. 249-252; Fetâvâyi Hindiyîye, C. XI, s. 184-186.

Bu husustaki farklı görüşlerin sebebi, Ebu Hanife'nin ölüm hastasının mirasçısına hiçbir şekilde mal satamayacağı görüşünde olması, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in ise emsal bedelle veya terekenin üçte birini aşmayacak bir fiyat düşüklüğü ile malı satabileceği görüşünde olmasından kaynaklanmaktadır.

SONUÇ

İslâm hukukunda ve İslâm hukuku ile yönetilen Osmanlı devletinde, hukuki düzenlemelere konu olan ehliyet arızalarından bir tanesi olan ölüm hastalığına, günümüz modern hukukunda yer verilmemiştir. Medeni hukukta ehliyet arızalarından bir tanesi olarak karşımıza çıkmamıştır. İslam hukukunda yer alan bu düzenleme bireyler ve toplum açısından oldukça faydalıdır. Bu düzenleme, ölüm hastası olan bireylerin psikolojik olarak normal halde bulunmamaları sonucu, iradelerinin etki altında bulunması veya bir takım kişilere zarar vermek amacıyla yaptıkları hukuki işlemlerin doğuracağı kötü sonuçları ortadan kaldırmaktadır.

İslâm hukuku ölüm hastalığına ve daha ziyade ölüm hastalığı durumundaki kişinin hukuki işlemlerine önem vermiş ve bu konuda hukuki düzenlemeler meydana getirmiştir. Ölüm hastası kişinin eda ehliyeti her hukuki işlem için kısıtlanmamıştır. Ancak, mali sonuçlar doğuran bazı işlemler ve her ne kadar mali işlem gibi görünmese de sonuçları itibarıyla mali bir takım sonuçları olan durumlarda ölüm hastası kişinin işlemleri kısıtlanmış veya sınırlandırılmıştır. Bu sebeple ikrar, icâre, satış, teberru gibi mali sonuçları olan işlemlerin yanında evlenme, talâk gibi sonucu mali birtakım yükümlülükler doğuran işlemlerde ölüm hastası kişi için sağlıklı kişilere göre bazı durumlarda farklı hükümler söz konusu olmuştur.

Ölüm hastasının bazı işlemlerinin kısıtlanması diğer ehliyet arızaların birçoğunun aksine, arızanın sebebi olan kişiyi korumak değil de daha ziyade ölüm hastasının mirasçılarının ve alacaklılarının haklarını koruma amacı taşımaktadır. Ölüm hastalığında kişinin borcu malvarlığından fazla ise alacaklıların hakkının korunması, malvarlığı borcundan fazla ise mirasçılarının hakkının korunması devreye girmektedir. Ve bu sebeple de birçok bakımdan kısıtlı kabul edilmeyen, yaptığı hukuki işlemler geçerli olan ölüm hastasının bir takım hukuki işlemleri kısıtlanmıştır. Osmanlı devleti de kanunlarında bu ehliyet arızasına yer vermiştir. Nitekim hala çok önemli bir kanun olarak nitelendirilen Mecelle'de de ölüm hastalığı önemli bir yer teşkil etmiştir.

KAYNAKLAR

- ACAR, Halil İbrahim, İslam Aile Hukuku, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2018.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986.
- AKMAN, Ahmet, “İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda İbra”, ERÜHFD, C. XIII, S. 2, 2018.
- AKTAŞ, MuhammedAli, “Önceki Hukukumuzda Hacr”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade (ö.1935), Dürerü’l Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, Osmanlı Yayınevi, İstanbul.
- AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017.
- AYBAKAN, Bilal, “Selem Akdi”, DİA, C. XXXVI, s.402-405.
- AYBAKAN, Bilal, “Teberru”, DİA, C. XXXX, s.215-216.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AYKANAT, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda İbra Türleri”, MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S.1, 2018, s. 611-627.
- BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s.39-41.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2016.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1970.
- Ceride-i İlmiyye Fetvaları, Haz. İsmail Cebeci, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009.
- CİN, Halil - AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2016.
- ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış, Konya, 2004.
- ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ÇEKER, Orhan, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Mehir Vakfı Yayınları, Konya, 2016.
- DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras), Konya, 1977.
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi, “Şufa”, DİA, C. XXXIX, s.248-252.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra -ŞİMŞİRGİL, Ahmet, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelleden Düsturlar, IQ Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- EKİNCİ, Ekrem Buğra, “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 189-220.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2016.
- EL-CESSAS, Ebu Bekr Ahmed b. Ali er Razi, Ahkamu’l Kuran, Ter. Mehmet Keskin, İ’tisam Yayınları, Ankara, 2018.
- ES-SAĞİRCİ, Esad Muhammed Said, Ter. H. Aldemir-S. Kocabaş- S. Duman, Delilleriyle Hanefi Fikhi, Polen Yayınları, İstanbul, 2009.
- FERRUH, Ömer, İslam Aile Hukuku, Sebil Yayın evi, İstanbul, 1994.
- Fetâvâyi Hindiyeye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1999.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 1549), Mülteka’l-ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, 1973.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale’d-Dürrü’l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul.
- İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- İstanbul Kadı Sicilleri, www.kadısicilleri.org, e.t. 02.11.2018.
- KAHVECİ, Nuri, İslam Aile Hukuku, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2014.
- KALLEK, Cengiz, “Müdarebe”, DİA, C. XXX, s.359-363.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KAYAPINAR, Hüseyin, “Müzaraa”, DİA, C.XXXII, s.234-236.
- KOCA, Ferhat, “İkrar”, DİA, C. XXII, s.38-40.
- KÖSE, Saffet, İslam Hukukunda Hakkin Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1997.
- MERGİNANİ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir (ö. 1197), el-Hidâye, Ter. Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2004.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd (ö. 1248), el-İhtiyar li- Ta’lîl’i’l-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “Teberru” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “İkrâr” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “İlâ” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.

- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “Selem” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “Mudârebe” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “İbrâ” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- PAÇACI, İbrahim; Dini Kavramlar Sözlüğü, Redaksiyon: İsmail Karagöz, İbrahim Paçacı “Şuf’a” Maddesi, (DİB Yayınları), Ankara, 2006.
- SAVA PAŞA, (ö.1904) İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, Çev. Baha Arıkan, Yeni Matba, Ankara, 1955.
- SERAHSİ (ö. 1097), Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Meksûr, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- ŞABAN, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek ter. eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2014.
- ŞELLİ, Hatice Kübra, “Maraz-ı Mevt Halinde Yapılan Hukuki Tasarrufların Geçerliliği Problemi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, 2012.
- Şeyhülislam Ebussuud Efendi, Şeyhülislâm Ebussuud Efendinin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı-Fetâvâ-yı Ebussu’ûd Efendi, M. Ertuğrul Düzdağ, Kapı Yayınları, İstanbul, 2012.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Feyziye, Haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Behcetü’l- Fetâvâ, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd., Klasik Yayınları, İstanbul, 2011.
- YILDIRIM, Mustafa; Mecellenin Külli Kaideleri, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İzmir, 2015.
- Mehmed Zihni Efendi, Nîmeti İslam, Sad. M. Rahmi, Sağlam Kitabevi, İstanbul, 1978.
- ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul, 1994.

KISALTMALAR

| | |
|--------|---|
| Bkz. | :Bakınız |
| C. | :Cilt |
| Çev. | :Çeviren |
| DİB. | :Diyanet İşleri Başkanlığı |
| ERÜHFD | :Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Haz. | :Hazırlayan |
| H.z | :Hazreti |
| md. | :Madde |
| s. | :Sayfa |
| S. | :Sayı |
| TDV. | :Türkiye Diyanet Vakfı |
| Ter. | :Tercüme eden |
| Vd. | :Ve diğerleri |

Araştırma Makaleleri

Özel Hukuk

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME SORUNU*

The Problem of the Common Competent Court in Jurisdiction of Tort Cases

Dr. Öğr. Üyesi Hakan ALBAYRAK**

Arş. Gör. Tahsin MAVZER***

ÖZ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) genel yetkili mahkemeye ilişkin yetki kuralından sonra birtakım özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Yetkili mahkemeye ilişkin kurallar açısından önem arz eden husus, davalıların birden fazla olması halinde yetkili mahkemenin nasıl belirleneceğine yöneliktir. HMK'nda, davalıların birden fazla olması ve davalıların tamamı hakkında kanunda dava sebebine göre ortak yetkili mahkemenin belirlenmiş olması halinde o ortak yetkili mahkemenin davaya bakacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin doktrinde ifade edildiği gibi kesin yetki kuralı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Çünkü bu belirleme; kuralın hukuki niteliğinin tespitini, uygulamasını ve meydana gelecek sonuçları etkilemektedir. Nitekim konu ile alakalı olarak yargı kararlarında ve doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda düzenlemenin hukuki niteliği ele alındıktan sonra konuya ilişkin görüşümüz sunulacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Mahkemelerin Yetkisi, Ortak Yetkili Mahkeme, Kamu Düzeni, Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki, Davalıların Birden Fazla Olması

ABSTRACT

Several special competents rules were introduced in the Code of Civil Prosedure after the regulation of the general rule for the competent court. The point which is important in terms of rule for the competent court is how to determine in case of more than one of the defendants. If there are more than one defendants and a court which has common jurisdiction related all of defendants in accordance with cause of case, it is regulated that this court would handle the case. It is necessary to examine whether this regulation is an exclusive competence rule as stated. Because the determination of the legal character affects the implementation and results of the rule. Indeed, with regard to the subject it is located different opinions in the doctrine and judicial decisions. In this context, in our study by considering the legal character of the regulation will be given our opinion on the legal character of the regulation in question.

KEY WORDS: Competency of Court, Common Competent Court, Public Order, Jurisdiction of Tort Cases, More Than One of the Defendants.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 29.01.2019

Kabul Edildiği Tarih: 22.07.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.519135](https://doi.org/10.15337/suhfd.519135)

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: hknalbayrak@hotmail.com

ORCID ID: [0000-0001-6097-1296](https://orcid.org/0000-0001-6097-1296)

*** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

E-mail Adresi: tmavzer@cu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-5951-5987](https://orcid.org/0000-0002-5951-5987)

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|------------|
| <i>Giriş</i> | 281 |
| I. ORTAK YETKİLİ MAHKEME | 281 |
| A. YETKİ VE ÇEŞİTLERİ | 281 |
| 1. GENEL OLARAK YETKİ KAVRAMI..... | 281 |
| 2. KESİN YETKİ-KESİN OLMAYAN YETKİ | 282 |
| 3. YETKİ KURALLARINDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI | 284 |
| B. ORTAK YETKİLİ MAHKEME | 285 |
| 1. KAVRAM..... | 285 |
| 2. ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER..... | 286 |
| 3. ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN YARGI KARARLARI..... | 289 |
| II. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME | 291 |
| A. KAVRAM | 291 |
| B. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER..... | 292 |
| C. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI | 295 |
| III. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ | 297 |
| SONUÇ | 302 |
| KAYNAKLAR | 304 |

GİRİŞ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetki kuralına yer vermiştir. HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında "*Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır*" şeklinde yer alan düzenleme, davalıların birden fazla olması halindeki yetki kurallarını düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemenin ikinci cümlesi ise ortak yetkili mahkemeye ilişkindir.

Ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemenin doktrinde kimi yazarlarca kesin yetki kuralı olduğu ileri sürülmektedir. Doktrinde kesin yetki kuralı olduğu ileri sürülen bu düzenlemenin çoğunlukla haksız fiilden doğan davalara uygulanacağı ifade edilmektedir. Ancak yargı kararlarında söz konusu düzenleme kesin yetki kuralı olarak kabul edilmemekte ve bu düzenlemenin seçimlik yetki kurallarını bertaraf etmeyeceği kabul görmektedir. Yargı kararları söz konusu düzenlemeyi haksız fiilden doğan davalarda, iş mahkemesinin görevli olduğu davalarda ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu davalarda ele almaktadır. Bu davalar bakımından söz konusu düzenlemenin kesin yetki kuralı olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmamaktadır. Dolayısıyla ortak yetkili mahkemeye ilişkin düzenlemenin hukuki niteliğini ele alma ve devamında haksız fiilden doğan davalar bakımından bir değerlendirme yapma ihtiyacı doğmaktadır.

Bu çerçevede çalışmamızda, ortak yetkili mahkeme kavramına yetki kavramı açısından bakılacak olup doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilecektir. Sonrasında ise haksız fiilden doğan davalar açısından doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına yer verilecek olup son olarak konuya ilişkin değerlendirmemizi ele almaya çalışacağız.

I. ORTAK YETKİLİ MAHKEME

A. YETKİ VE ÇEŞİTLERİ

1. GENEL OLARAK YETKİ KAVRAMI

Kişiler hukuki korunmanın sağlanmasını ya da yargısal denetimi sağlamaya yönelik taleplerini bir hukuk devletinde yargı organlarına yöneltir. Anayasa'nın 9. maddesinde yargı işlevinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yerine getirileceği düzenlenmektedir. Bu çerçevede yargı işlevi, bağımsız ve tarafsız yargı organlarıncı yargısal

usullere uyularak objektif hukukun somut olay veya ilişkiye uygulanması olarak tanımlanabilir¹.

Yargı işlevini yerine getirecek mahkemelerin, önlerine gelen birtakım uyuşmazlıkları veya işleri, nitelik ve yer bakımından inceleyebilme iktidarına “geniş anlamda yetki” denilmektedir². Geniş anlamda yetki kavramına; “görev” (madde itibariyle yetki) ve “yetki” (yer itibariyle yetki) kavramları dâhildir³. Görev, bir mahkemenin inceleyebileceği uyuşmazlıkların veya işlerin nitelikleri esas alınarak kanunla tayin edilmesinin bir sonucudur. Ancak bir mahkemenin uyuşmazlığın veya işin niteliğinden ötürü bir davada görevli olması aynı nitelikte ülkenin her yerinden gelmesi muhtemel davalarda da yetkili mahkeme olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda bir mahkemenin yargılama yetkisinin coğrafi alanla ifade edilmesi “yargı çevresi” ni işaret etmektedir⁴. Mahkemenin görevli olduğu uyuşmazlık veya işler bakımından yer olarak bakabilme iktidarına ise “dar anlamda yetki” denilmektedir⁵. Bir başka ifade ile mahkemelerin yetkisi, bir uyuşmazlığa veya işe neredeki mahkemenin bakacağı sorusuna cevap vermektedir. Mahkemelerin yetkisi; göreve ilişkin kurallardaki gibi kanunla düzenlenir ve aksi belirtilmedikçe yetkiye ilişkin kurallar HMK hükümlerine tabidir.

2. KESİN YETKİ-KESİN OLMAYAN YETKİ

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde ana kural HMK’nun 6. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiği üzere “...davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.” Davalının yerleşim yeri esasına göre tayin edilecek mahkemeye “genel yetkili mahkeme” denilmektedir⁶. Mahkemelerin yetkisine ilişkin genel kurala ilaveten ya da o kuraldan ayrı olarak uyuşmazlık veya işlerin özellikleri gereği ayrıca bir yetki kuralı öngörülmesi mümkündür. Genel yetki kuralının yanı sıra düzenlenen yetki kurallarına “özel yetki kuralı” denilmektedir. Özel yetki kurallarının niteliği de ilgili düzenlemeye göre “kesin olmayan yetki kuralı” veya “kesin yetki

1 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 66; ARSLAN/TANRIVER, s. 35; TANRIVER, Usul, s. 74; AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 79; AKKAN, Etkin Hukuki Koruma, s. 44; KURU, Usul, s. 45.

2 KARADEMİR AYDEMİR, s. 35; POSTACIOĞLU, s. 148; BİLGE/ÖNEN, s. 178.

3 KURU, Muhakeme, s. 161; BİLGE/ÖNEN, s. 178; POSTACIOĞLU, s. 148.

4 TANRIVER, Usul, s. 99; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 206; KARSLI, s. 263; KURU, Usul, s. 104; ÜSTÜNDAĞ, s. 194.

5 AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 267; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 83; BİLGE/ÖNEN, s. 178; POSTACIOĞLU, s. 148.

6 POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 112; BİLGE/ÖNEN, s. 179.

kuralı” şeklinde olabilmektedir⁷. Bir yetki kuralının lafzından o kuralın açıkça, tartışmasız, kesin ve emredici biçimde düzenlendiği anlaşılmadığı takdirde o yetki kuralı kesin olmayan yetki kuralı niteliği taşıyacaktır⁸. Kesin olmayan yetki kuralının bulunduğu durumlarda davacının yetkili mahkeme açısından davasını açtığı esnada kullanabildiği bir seçim hakkı söz konusu olmaktadır.

Yetkiyi belirleyen kanun hükmü, bir uyumsuzluğun veya işin, bir mahkeme tarafından karara bağlanabileceğini düzenleyip belirtilen mahkemenin dışında başka bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını engellemiş ise kesin yetki kuralı söz konusu olur⁹. Doktrinde bir görüşe göre yetkili mahkemenin birden fazla tayin edilmesi durumunda da o yetki kuralı, nitelik itibarıyla kesin yetki kuralı olabilecektir¹⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; kesin yetkili mahkeme niteliği sadece bir mahkemenin yetkili olduğu durumda söz konusu olabilir ve yetkili mahkeme birden fazla tayin edilmişse bu düzenleme nitelik itibarıyla kesin yetki kuralı niteliğinde olamaz¹¹. Bu durumun aksi ancak kanun koyucunun açık bir iradesiyle mümkündür.

Genel yetkili mahkemenin yetkisi kesin olmayan yetki kuralı niteliğinde düzenlenmiştir¹². Genel yetki kuralının yanı sıra belirli hukuki ilişkilerin gereği olarak birtakım özel yetki kuralları da düzenlenmiştir¹³. Kesin yetki istisnai nitelikte olup kanunun düzenlemesinden açıkça anlaşıldığı takdirde söz konusu olmaktadır¹⁴. Kanunun açıkça kesin yetki olarak nitelmediği hallerde düzenlenen yetki kuralının kesin yetki kuralı niteliği bulunamaz. Açıkça bu şekilde bir belirleme yapılmadığı takdirde yetki kuralı

⁷ BİLGE/ÖNEN, s. 179.

⁸ TANRIVER, Usul, s. 245, 247; KURU, Usul, s. 104; TOPUZ, s. 164.

⁹ KARADEMİR AYDEMİR, s. 99; TANRIVER, Usul, s. 244; YILMAZ E. , s. 281; KURU, Usul, s. 105; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 206.

¹⁰ TANRIVER, Usul, s. 244; AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 293; AKKAYA, s. 272-273.

¹¹ Yargıtay’a göre, kesin yetki kuralının varlığı, kanunda tek mahkemenin yetkili olarak gösterilmesiyle mümkündür. “Davacı vekilinin 08.10.2015 tarihli dilekçesi davayı takip iradesini içermektedir. Ancak boşanma ve ayrılık davaları yetkinin kesin olmadığı davalardır. Kesin yetkinin olmadığı davalarda yetki itirazı cevap dilekçesi ile ilk itiraz olarak ileri sürülebilir.(HMK m. 116/1-1)” (Y. 2. HD, T. 12.05.2016, E. 2016/6798 K. 2016/9873; aynı yönde bkz. Y. 2 HD, T. 17.02.2016, E. 2015/12532 K. 2016/2764; Naklen AKKAYA, s. 272-273).

¹² KONURALP, s. 214. Doktrinde bu kural, kesin olmayan ve kamu düzeninden sayılmayan yetki kuralı olarak bahsedilmiştir AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 269-270; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 211; KURU, Muhakeme, s. 382; KURU, Usul, s. 105; ancak kesin yetki kavramıyla birlikte kamu düzeni açısından yapılan değerlendirmelerin öneminin azalmış olduğu düşüncesindeyiz.

¹³ AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 267; KURU, Muhakeme, s. 382.

¹⁴ TANRIVER, Usul, s. 235, 247; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 206-211; AKİL, s. 108; YILMAZ E. , s. 281; GÖRGÜN, s. 89; KURU, Muhakeme, s. 432.

düzenlemelerinin kesin olmayan yetki kuralı niteliğinde olduğunun kabulü ile bu yetki kuralları hakkında kural olarak tarafların serbestçe tasarruf edilebileceğinin anlaşılması gerekir¹⁵.

3. YETKİ KURALLARINDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

“*Kamu düzeni*” kavramının hukuktaki yerinin tayini ve sınırlarının tespiti oldukça zor olmakla birlikte¹⁶ bir kuralın kamu düzeniyle ilişkisini tayin edebilmenin yolu o kuralın işlevini, amacını ve etkilerini değerlendirmekten geçmektedir¹⁷. Kamu düzeni medeni yargıda toplumsal barış, hakkaniyet, usul ekonomisi gibi nedenlerden ötürü kabul edilmektedir¹⁸.

Kamu düzeni kavramı; HUMK döneminde yetki sözleşmesinin yapılabilmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi açısından önem arz eden bir kavramdı¹⁹. Çünkü yetki sözleşmesine ilişkin HMK'nun 17. ve 18. maddelerinde bulunan sınırlamalar HUMK döneminde mevcut değildi. Bu nedenle yetki sözleşmesinin konusuna giren uyuşmazlıkları belirleyebilmek için bir dava üzerinde tarafların serbest tasarruf edip edemeyeceklerinin ve bundan daha geniş bir anlam taşıyan davanın kamu düzenine ilişkin olup olmadığının önemi oldukça fazlaydı. Bu çerçevede yargı kararları ve doktrin tarafından bu kavramların sınırı çizilmeye çalışılmıştı²⁰.

Ancak HMK ile birlikte yetki sözleşmesinin şartlarının özel olarak düzenlenmesi ve yetki sözleşmesinin kapsamının daraltılması nedeniyle yetki konusunda yapılan ayrımları kamu düzeni kavramı ile açıklamaya çalışmanın anlamının azaldığı kanaatindeyiz. Çünkü HMK ile birlikte yetki sözleşmesinin yapılabilmesi için artık HMK'nun 17. ve

¹⁵ YILMAZ E. , s. 275; POSTACIOĞLU, s. 153.

¹⁶ Doktrinde bir görüşe göre kamu düzeni; toplumun huzurunu ve güvenliğini, esenliğini ve sağlığını korumaya yönelik kurallar şeklinde tanımlanmaktadır (GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1156); diğer bir görüşe göre ise kamu düzeni; bir toplumun belirli bir zaman dilimi içerisinde siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür (TANRIVER, Kamu Düzeni, s. 476); doktrinde özel hukukta kamu düzeninin; toplumun menfaatlerini koruma amacıyla emredici nitelik taşıyan hukuk kuralı olduğu ileri sürülmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 83; AKİL, s. 109); özel hukukta kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 546-549).

¹⁷ DAYINLARLI, s. 6.

¹⁸ YILMAZ M. , s. 5.

¹⁹ BOLAYIR, Yetki Sözleşmeleri, s. 180; AŞIK, s. 13.

²⁰ Doktrinde genel kabul gören, kamu düzenine ilişkin ancak kesin olmayan yetki kuralları; boşanma ve ayrılık davalarındaki mahkemelerin yetkisi (TMK m. 168) ve boşanma sonrası nafaka davalarının açılacağı mahkemelerin yetkisi (TMK m. 177) olarak örneklendirilebilir. Ayrıca bu ayrım açısından değerlendirmeler için bkz. (YILMAZ E. , s. 281; KURU, Usul, s. 105).

18. maddelerinde bulunan şartların sağlanması gerekir. Buna göre yetki sözleşmesinin yapılabilmesi için; tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık olmalı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olmalı, kesin yetki söz konusu olmamalı, yazılı olarak yapılmalı, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişki belirli veya belirlenebilir olmalı ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemeler bu sözleşmede gösterilmelidir²¹.

Kanunda sayılan bu şartların mevcudiyeti halinde ancak yetki sözleşmesi yapılabilir. Dolayısıyla yetki sözleşmesi açısından bakılması gereken artık kamu düzeni kavramı değil HMK'nun 17. ve 18. maddelerinde belirtilen şartların sağlanıp sağlanmadığıdır. Burada belirtilen şartların dışında kamu düzeni kavramı ile yetki sözleşmesinin yapılıp yapılamayacağına belirlenmesine ihtiyaç kalmamıştır.

B. ORTAK YETKİLİ MAHKEME

1. KAVRAM

HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında davalı tarafta birden fazla kişi bulunması halinde davanın davalılardan birinin yerleşim yerinde görülebileceği düzenlenirken maddenin devamında davalıların tamamı hakkında dava sebebine göre ortak yetkiyi taşıyan bir mahkemenin bulunması durumunda davaya ortak yetkili mahkemede bakılacağı düzenlenmiştir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinde de söz konusu hükümle aynı doğrultudaki hüküm mülga Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktaydı.

Ortak yetkili mahkemenin yetkisi, düzenleme değerlendirildiğinde, üç unsurun bulunmasıyla ortaya çıkmaktadır. İlk olarak davalıların birden fazla olması, ikinci olarak dava sebebinin aynı olması ve üçüncü olarak kanunda ortak yetkili bir mahkemenin söz konusu olması gerekir.

HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrası hükmü HUMK döneminde 9. maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm ile paralellik gösterdiğinden HUMK döneminde doktrinde ileri sürülen görüşler halen geçerliliklerini korumaktadır. Bir hukuk normunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir diğer nokta ise o normun uygulanış şeklidir. Bu nedenle öncelikle doktrindeki görüşler daha sonra ise yargı pratiği incelenmeye çalışılacaktır.

²¹ TANRIVER, Usul, s. 252-254; BUDAK, Yetki Sözleşmesi, s. 2; AŞIK, s. 21; BELGİN GÜNEŞ, s. 200 vd.; AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 305-320.

2. ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Ortak yetkili mahkemeye ilişkin olarak doktrinde bir görüş²²; HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır"* şeklindeki düzenlemeyi mutlak bir düzenleme olarak anlamakta ve ikinci cümledeki *"bakılır"* ifadesinin kesin nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla bu görüşteki yazarlar; ortak yetkili mahkemenin bulunması durumunda sadece o mahkemede davanın görüleceğini, davalıların herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmayacağını ve bu mahkemenin kesin yetkili mahkeme olduğunu ifade etmektedirler. Bu görüş doğrultusunda kimi yazarların bazı gerekçelerine değinmek gerekmektedir.

Akkan/Pekcanitez, HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin yetki kuralının gerekçe bölümünde²³ *"Ancak, birden fazla davalı hakkında dava açılmak istendiğinde, dava sebebine göre davalıların tümü hakkında, kanunda ortak yetkili bir mahkeme belirtilmişse, davanın, davalılardan birinin yerleşim yerinde değil, ortak yetkili mahkemede açılması gerekmektedir. Ayrıca, "...davaya, ancak o yer mahkemesinde bakılır" denilerek, ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki hâline getirilmiştir"* ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçe metninde *"kesin yetki"* ifadesine yer verilmesinden dolayı söz konusu düzenlemenin kesin yetkili mahkemeye ilişkin kural olduğu ileri sürülmektedir²⁴.

Yılmaz'a göre, söz konusu düzenlemenin kesin yetki belirttiği açıktır²⁵. Ancak bu noktada maddedeki dava sebebi ifadesinden anlaşılanın vakia olması gereklidir ve taraflar arasındaki bu dava sebebinin davalıların tamamı hakkında aynı olması zorunludur. Yazar; dava sebebi olarak vakıadan söz ettikten sonra vakıaların dâhil olduğu hukuki sebebin farklı olması durumunda ortak yetkili mahkemenin yetkisinin ortadan kalkacağını belirtmiştir²⁶. İlaveten bu konuda madde gerekçesinde de açık olarak ilgili

²² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 197; KONURALP, s. 224; TUTUMLU, s. 102-103; AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 274; AKIL/PEKSÖZ, s. 29; TAŞ KORKMAZ, s. 1775-1776; YILMAZ E. , s. 325; SOYLU, s. 478; GÖRGÜN, s. 93; ULUKAPI, s. 157-158; KARSLI, s. 267; SÜRAL, s. 171; KILIÇOĞLU, s. 120; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 91.

²³ HMK Tasarısı'nın 12. maddesi.

²⁴ AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 274-278.

²⁵ YILMAZ E. , s. 325.

²⁶ YILMAZ E. , s. 322.

yetki kuralının kesin olduğu belirtildiğinden kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğunu belirtmektedir²⁷.

Kuru' ya göre, "bakılır" ifadesinin mutlaklığı gereği, diğer davalıların yerleşim yerinde dava açılmaz²⁸. Kuru, daha önce, ortak yetkili mahkemede dava açılmaması durumunda, davalılardan birinin yetki itirazında bulunması halinde, sadece itiraz eden taraf hakkında mahkemenin yetkisizlik kararı verilebileceği görüşündeydi. Daha sonra Kuru, maddenin lafzındaki kesinlik, usul ekonomisi ilkesi ve aynı dava sebebi hakkında farklı mahkemelerce çelişik hükümler verilmesinin önlenmesi gibi gerekçelerle bu görüşünden dönmüştür²⁹. Yazar, bu durumda davalılardan birinin yetki itirazının söz konusu olmasıyla mahkemenin tüm davalıları etkileyecek bir biçimde yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini belirtmiştir.

Doktrindeki kimi yazarlar ise yetki kuralının niteliğine değinmeksizin ortak yetkili mahkemenin bulunması durumunda sadece bu mahkemede davanın görüleceğini ve davalıların herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmayacağını ileri sürmektedir³⁰. Bu görüş zaten yukarıda bulunan görüş ile paralellik arz etmektedir.

Doktrinde farklı bir görüş olarak Bilge/Önen'e göre ise, davalıların birden fazla olması durumunda, davacı, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilecektir ve bu durumda diğer davalılar davanın kendi yerleşim yerlerinde açılmasını isteyemeyeceklerdir³¹(HUMK m. 9/II; karş. HMK m. 7/I c. 1). Ancak Bilge/Önen'e göre, davalılar hakkında kesin yetkili bir mahkeme varsa kesin yetkili mahkeme ortak yetkili mahkemedir. Dolayısıyla yazara göre; HUMK'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi (karş. HMK m. 7/I c. 2) kesin yetkili bir mahkemeyi düzenlemektedir. Yazara göre, kesin yetkinin bulunduğu durumlar ortak yetkili mahkemeyi doğurmaktadır³². Doktrinde Kıyak, Bilge/Önen'in görüşünü değerlendirerek, HMK'nun 7. maddesinin birinci cümlesindeki kural ile davanın davalıların her birinin yerleşim yerinde açılacağını, ikinci cümlesindeki kural ile de birinci cümledeki kuralın kesin yetkinin

²⁷ YILMAZ E. , s. 328.

²⁸ KURU, Usul, s. 107; KURU, Muhakeme, s. 420.

²⁹ KURU, Muhakeme, s. 421-427.

³⁰ TANRIVER, Usul, s. 234; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, s. 210; KURU, Usul, s. 107; KURU, Muhakeme, s. 420-427.

³¹ BİLGE/ÖNEN, s. 182.

³² BİLGE/ÖNEN, s. 183; BERKİN, s. 77.

bulunduğu davalara tesirinin engellenmesinin amaçladığını ve bu görüşün isabetli olduğu kabul edildiği takdirde tartışmaların son bulacağını ileri sürmektedir³³. Ayrıca HMK'nun ortak yetkili mahkemeye ilişkin kuralının, kesin olmayan özel yetki kurallarına etki eden bir kural olmadığını ileri sürmüştür³⁴.

Doktrinde ifade edilen diğer bir görüşe³⁵ göre ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki kuralı niteliğinde değildir. Budak/Karaaslan'a göre kanunda bir dava için gösterilmiş tek yetkili mahkemenin olması o mahkemeyi kesin yetkili hale getirmeyi, resen mahkeme tarafından bu hususun dikkate alınmasını gerektirmez. Dolayısıyla ortak yetkili mahkeme kuralı yetki sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmemektedir³⁶. Nitekim bu husus genel yetkili mahkemeyi belirten düzenlemenin niteliğinden de anlaşılmaktadır³⁷.

Umar'a göre; ortak yetkili mahkemenin yetkisi doktrinde sakıncalı bir biçimde çoğunluk tarafından kesin yetki şeklinde nitelendirilmektedir. Kesin yetki şeklindeki kabulün en önemli sakıncası davanın taraflarına yönelik meşakkatli ve masraflı bir yetki kuralı getirilmesidir³⁸.

Bir diğer görüşe göre³⁹ ise HMK'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yetki kuralı kesin yetki kuralı değildir. Ancak ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki kuralına yaklaşan bir yetki kuralıdır. Ortak yetkili mahkemede davanın görülmesi gerektiğine yönelik itirazlar, yetki ilk itirazı niteliği taşır. Yazar'a göre davalıların birden fazla olduğu bir davada davalılardan birinin yerleşim yerinde dava açılmışsa dava arkadaşlığının türüne göre hâkim karar vermelidir. Mecburi dava arkadaşlığı söz konusuysa davalılardan birinin davanın ortak yetkili mahkemede görülmesi gerektiği yönünde yaptığı yetki ilk itirazı üzerine mahkeme tüm davalıları etkileyecek biçimde yetkisizlik kararı vermelidir. İhtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu bir durum gerçekleşirse sadece ilk itirazda bulunanı etkileyecek biçimde yetkisizlik kararı verilmelidir. Ancak yazara göre olması gereken hukuk bakımından dava arkadaşlığının türü gözetilmeksizin yetki ilk itirazı çerçevesinde davalıların tamamını etkileyecek şekilde yetkisizlik kararı verilebilmelidir.

³³ KİYAK, s. 94-99.

³⁴ KİYAK, s. 94.

³⁵ BUDAK/KARAASLAN, s. 49; BUDAK, Yenilikler, s. 44-45; UMAR, s. 34-35.

³⁶ BUDAK/KARAASLAN, s. 49.

³⁷ BUDAK, Yenilikler, s. 44.

³⁸ UMAR, s. 35.

³⁹ KARADEMİR AYDEMİR, s. 179-180.

3. ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Ortak yetkili mahkeme konusunda yargı kararlarının çoğu haksız fiilden doğan davalardaki ortak yetkili mahkemeye ilişkindir. Bir kararında Yargıtay şu şekilde içtihat etmiştir; *“HMK’nın 16. madde hükmü, HUMK’taki düzenlemeye oranla daha genişletilmiş ve ayrıntılandırılmıştır. Ancak, HMK’da kesin yetki halleri açıkça sayılmış olup, haksız fiile dair davalardaki yetki, kesin yetki olmayıp, bir seçimlik yetkidir. Ortak yetkili mahkemede dava açılmasının zorunlu olması durumu, ancak zorunlu dava arkadaşlığına dair hükümlerin varlığı halinde uygulanır”*⁴⁰. Görüldüğü gibi bu kararda Yargıtay, ortak yetkili mahkemenin özellikle davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının olması durumunda uygulanabilir olduğunu ve bunun dışında davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığının olduğu durumlarda seçimlik yetkinin davacının elinden alınamayacağını belirtmiştir.

Yargıtay, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’dan kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak HMK’nun 7. maddesindeki ortak yetkili mahkemeye ilişkin kuralın, özel kanunlarda yazan yetki kurallarını değiştirmeyeceğini ve bu nedenle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’dan kaynaklanan yetki kurallarına göre davacının seçimlik yetkisinin bertaraf edilemeyeceğini belirtmiştir⁴¹.

⁴⁰ Y. 17 HD, T. 10.02.2014, E. 2014/541 K. 2014/1462: Kazancı.

⁴¹ *“Davacı... Hastaneye sevk edilerek ameliyata alındığını ileri sürerek; fazlaya dair hakları saklı kalarak, kalıcı maluliyet kaynaklı maddi zararının tespit ve tazminini, geçici tam iş göremezlik süresi maddi zararının tespit ve tazminini, geçici tam iş göremezlik süresi sebebiyle bakıcı yardımcı gideri maddi zararının tespit ve tazmininin hatalı tıbbi müdahale tarihinden itibaren işleyecek ticari avans faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir...HMK’nun “Davalının birden fazla olması hâlinde yetki” başlıklı 7/1 maddesine göre, davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. 6502 Sayılı TKHK’nun 73/5. maddesinde ise, “Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir.” düzenlemesi mevcuttur. Yetkiye dair bu düzenlemeler seçimlik olup, tüketici isterse kendi yerleşim yerindeki isterse davalıların yerleşim yerlerinin birindeki tüketici mahkemelerinde dava açabilir. Somut olayda davacının yerleşim yeri Kırıkhan olduğuna göre Asliye Hukuk Mahkemeleri (Tüketici Mahkemeleri) de yetkilidir. Hal böyle olunca davanın yetkili mahkemede açıldığının kabulüyle işin esasına girilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerekirken, yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” (Y. 13. HD, T. 27.09.2017, E. 2016/26310 K. 2017/8668; aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 14.01.2016, E. 2015/34596 K. 2016/418; Y. 13. HD, T. 05.10.2016, E. 2016/15438 K. 2016/17745: Kazancı).*

Yargıtay, iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda davacının seçimlik yetkisinin elinden alınamayacağını belirtmiştir⁴². Mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin kuralları yargı kararlarında kamu düzeninden ve seçimlik bir yetki kuralı olarak kabul edilmekteydi. Dolayısıyla ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetki kurallarının bu davalara uygulanmayacağı kabul edilmişti⁴³. İş kazalarından doğan davalarda ortak kesin yetkili mahkemenin uygulanması gerektiği ilk derece mahkemeleri tarafından ileri sürülse de bu Yargıtay kararlarında kabul görmemekteydi. İş mahkemelerine ilişkin yetki kuralının düzenlendiği 7036 sayılı İş mahkemeleri Kanunu'nun 6. maddesinde mahkemelerin yetkisi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu bu hususu haksız fiilden doğan davalardaki yetki kuralına benzer olarak “...Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. İş kazasından doğan tazminat davalarında, iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir” şeklinde düzenlemiş ve ortak yetkili mahkeme olarak algılanabilecek bir düzenlemeye yer vermemiştir. Önceki düzenlemede yer alan “Bu madde hükümlerine aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir.” hükmüne 7036 sayılı Kanun'da da yer verilmiştir.

⁴² “...Dava işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi uyarınca, iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgâhi sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme geçerli değildir. Davalı işverenlerin adresleri İstanbul olup davacının, iş sözleşmesinden kaynaklanan davasını İstanbul Anadolu İş Mahkemesinde açtığı sabittir. Davacı tarafından 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca davalı işverenin ikametgâhi yer mahkemesinde davanın açıldığı, dolayısıyla davaya konu uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkemenin İstanbul Anadolu İş Mahkemesi olduğu sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 7. maddesinde davalının birden fazla olması halinde yetkili mahkemenin düzenlendiği, buna göre de dava sebebine göre kanunda davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin belirtilmesi halinde davaya o yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Ancak söz konusu ortak yetkili mahkemenin iş mahkemesinin yetkisinin tespitinde uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Çünkü 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen yetki kuralları ile işçiyeye davasını açacağı yetkili mahkeme konusunda seçimlik hak tanınmış olup davacı işçinin bu hakkını davalıların davanın açıldığı tarihteki ikametgâh adresinin bağlı bulunduğu İstanbul Anadolu İş Mahkemesinde dava açmakla kullandığı anlaşılmıştır. Kaldı ki 5521 Sayılı Kanun'un 5. maddesiyle düzenlenen yetki kurallarının 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yetki kurallarına göre özel nitelikte hükümler olduğu da açıktır. Hal böyle olunca iş mahkemesinin yetkisi belirlenirken 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 7. maddesinin uygulanması mümkün olmayıp yerel mahkemece aksine gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir.” (Y. HGK, T. 29.03.2017, E. 2014/9-2163 K. 2017/555: Kazancı).

⁴³ Y. HGK, T. 29.03.2017, E. 2014/9-2163 K. 2017/555; aynı yönde bkz. Y. 7. HD, T. 10.11.2016, E. 2016/19400 K. 2016/19226; Y. HGK, T. 22.11.2017, E. 2015/21-3679 K. 2017/1410: Kazancı.

Yargıtay, ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetki kuralının kesin yetki kuralı olmadığına ve yetki ilk itirazı şeklinde yetki kurallarına aykırılığın ileri sürülebileceğine karar vermektedir⁴⁴. Ortak yetkili mahkemenin olması durumunda yetki sözleşmesi yapılabileceğini de karara bağlamıştır⁴⁵.

II. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME

A. KAVRAM

Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasında haksız fiilden doğan sorumluk; "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren...*" şeklinde ifade edilerek kusurlu ve hukuka aykırı zarar verici bir davranışın haksız fiil sorumluluğuna neden olacağı düzenlenmiştir. Haksız fiilin unsurları arasında kusur bulunsa da kanun koyucu istisnai olarak bazı durumlarda kusur şartını aramamıştır. Bu tür kusursuz sorumluluk türleri de haksız fiilden doğan davalar içerisinde yer almaktadır⁴⁶. Haksız fiile uğrayan kişinin uğradığı zarara ilişkin hukuki korunma talepleri haksız fiilden doğan davalara vücut vermektedir⁴⁷.

Gerek HMK gerekse HUMK hükümlerinde haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme ayrıca düzenlenmiştir. HUMK' nun 21. maddesinde yer alan düzenleme "*Haksız bir fiilden mütevellit dava o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir*" şeklindeydi. HMK ise bu yetki kuralının kapsamını genişleterek 16. maddesinde "*Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir*" denilmek suretiyle düzenlemiştir.

HUMK döneminde lafızda yer alan "*haksız fiilin vuku bulduğu mahal*" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmış ve bu tartışmaların HMK'nun 16. maddesinde "*haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi*" ifadesinde de devam ettiği gözlemlenmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre "*haksız fiilin vuku bulduğu mahal*" ifadesinden haksız fiilin esaslı unsurlarından birinin gerçekleştiği her yer anlaşılması gerekir⁴⁸. Bu tartışmanın önemi esasen HUMK'nun 21. maddesinde düzenlenen yetki kuralının yoruma açık olmasından kaynaklanmaktaydı. HMK'nun 16. maddesinde ise yetkili mahkeme-

⁴⁴ Y. 4. HD, T. 14.05.2014, E. 2013/18688 K. 2014/7747; aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 29.04.1987, E. 1987/1641 K. 1987/2607: Kazancı.

⁴⁵ Y. 13. HD, T. 25.04.2017, E. 2017/4464 K. 2017/4967: Kazancı.

⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 1-10; EREN, s. 509-510; AKKAN, Pekanitez Usul, s. 288-289; YILMAZ E. , s. 442; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 100.

⁴⁷ Örneğin; TMK m. 24 ve 25 gereği korunma halleri TANRIVER, Usul, s. 243.

⁴⁸ ALANGOYA, s. 110; ÜSTÜNDAĞ, s. 227; BİLGE/ÖNEN, s. 199.

ler genişletilmeye çalışılmıştır. Ancak HMK'nun 16. maddesindeki “*haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi*” ifadesinden doktrinde ifade edildiği üzere “*hukuka aykırı davranışın işlendiği yer*” olduğunun anlaşılması gerekmektedir⁴⁹.

B. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

HMK'nun 16. maddesindeki düzenlemenin lafzından haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemelerin “*haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi*”, “*zararın meydana geldiği yer mahkemesi*”, “*zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi*” ve “*zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi*” olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme, haksız fiil suretiyle zarar gören kişinin hukuki korunma talebini yönelteceği yargı organlarına ulaşmasını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır⁵⁰.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, haksız fiilden doğan davalardaki yetki kuralının niteliğinin kamu düzeninden olmadığı yönündedir⁵¹. Nitekim haksız fiilden doğan davalarda, genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesi de halen yetkilidir⁵². Söz konusu yetki kuralının hukuki niteliği ise kanunun lafzının seçimlik yetki şeklinde düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere kesin olmayan yetki kuralıdır⁵³. Davalı tarafta bir kişinin yer alması durumunda yetkili mahkemenin tayini sorun oluşturmayacaktır.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden husus HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “*...dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır*” şeklindeki düzenlemenin haksız fiilden doğan davalara ilişkin öngörülen yetki kurallarının uygulamasını ve bunların hukuki niteliğini etkileyip etkilemeyeceğidir. Davalı tarafta haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde birden fazla kişinin yer almadığı durumlarda haksız fiile ilişkin yetki kuralı tali, kesin olmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir yetki kuralı düzenlemesidir.

Ortak yetkili mahkemenin söz konusu olması durumunda, yani davalıların birden fazla olması durumunda, yetki kuralının hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde

⁴⁹ TANRIVER, Usul, s. 243.

⁵⁰ TANRIVER, Usul, s. 242.

⁵¹ YILMAZ E. , s. 451; KURU, Usul, s. 113; KURU, Muhakeme, s. 486; aksi yönde olması gerektiğini belirten görüş için bkz. YILMAZ M. , s. 15.

⁵² KURU, Usul, s. 113; YILMAZ E. , s. 462; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 136; KURU, Muhakeme, s. 382.

⁵³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 213; TANRIVER, Usul, s. 243; BUDAK/KARAASLAN, s. 52; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 213; AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 286-289; KARSLI, s. 272; YILMAZ E. , s. 462.

çeşitli görüşler yer almaktadır. Bir görüşe⁵⁴ göre davalı tarafta birden fazla kişi olan ve haksız fiilden doğan bir dava söz konusuysa ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki kuralı niteliğindedir.

Akkan/Pekcanitez'e göre haksız fiilin birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinin yetkisi kesin yetki niteliğindedir⁵⁵. HMK'nun 7. maddesinin gerekçesinde ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki şeklinde belirtilmesi kanun koyucunun iradesini yansıtmaktadır. Davalıların tamamı hakkında haksız fiil hükümlerine değil de başka hukuki sebeplere başvurulabilmesi ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Aynı fiilden dolayı davalıların birine haksız fiil sorumluluğundan, diğerine de sözleşmeye aykırılığa gidilebilmesi durumunda uyumsuzluğun hukuki sebebinin değişmesi söz konusu olduğundan haksız fiildeki ortak yetkili mahkemeye başvurulabilecektir⁵⁶. Bu durumda davalıların her birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili değildir ve ortak yetkili mahkemenin yetkisinin hukuki niteliği gereği yetki kuralına aykırılık hâkim tarafından resen nazara alınabilir⁵⁷.

Yılmaz'a göre; ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki kuralıdır. Bu, madenin gerekçesinden de anlaşılabilir. Ancak ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin nitelikte olmasına rağmen bu zarar gören davacının yerleşim yerinde davanın açılmasına engel teşkil etmemektedir⁵⁸. Yazara göre, ortak yetkili mahkemenin bulunması zorunlu dava arkadaşlığı ile doğrudan ilişkili değildir. Zorunlu dava arkadaşlığının bulunması durumunda ortak yetkili mahkemede dava açılabilmesinin yanı sıra davalılardan birinin yerleşim yerinde de dava açılabilir⁵⁹. Yazar, davalıların tamamı hakkında aynı dava sebebinin (vakıa) olması durumunda ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğunu ifade etmektedir. Ancak davalıların bir kısmına karşı haksız fiilden hükümlerine dayanılarak diğer kısmına ise sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanılarak mahkemeye başvurulmuşsa ortak yetkili mahkeme kuralının bu durumda uygulanmayacağını belirtmektedir⁶⁰. Ayrıca yazar, ortak yetkili mahkeme kuralı sadece haksız fiilden doğan davalarda değil; söz konusu kuralın işçi alacaklarının tahsili

54 AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 288; YILMAZ E. , s. 325.

55 AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 288.

56 AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 275.

57 AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 275.

58 YILMAZ E. , s. 325.

59 YILMAZ E. , s. 325.

60 YILMAZ E. , s. 322.

gibi davalarda da uygulanabileceğine değinmiştir⁶¹. Ortak yetkili mahkeme haksız fiilden doğan davalarda somut olayın özelliklerine göre; “*haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi*”, “*zararın meydana geldiği yer mahkemesi*” veya “*zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi*” olabilir⁶². Ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanması gereken davalarda yetki itirazı her aşamada ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da resen dikkate alınabilecektir⁶³.

Doktrinde başka bir görüşe⁶⁴ göre ise; haksız fiilden doğan davalarda ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki kuralı olmadığı yönündedir. Bu görüşteki yazarların gerekçelerine değinmek gerekirse;

Budak/Karaaslan’a göre bu görüş; maddenin lafzında kesin yetkilidir ifadesine yer verilmemesi ve tek yetkili mahkemenin gösterilmesinin kesin yetkili mahkemenin düzenlendiği anlamına gelmemesi gibi nedenlerle savunulabilir. Dolayısıyla şartları varsa bu durumda yetki sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğunu ve bu yetki kuralına aykırılıkların yetki ilk itirazı yoluyla ileri sürülebileceğini ifade etmiştir⁶⁵. HMK’nun 16. maddesindeki yetkili mahkemelerden ortak yetkili mahkeme teşkil eden mahkemelerde davanın açılabilmesi ifade edilmiştir.

Umar’a göre, bu yetki kuralının kesin yetkili mahkeme olarak anlaşılması bazı sakıncalar meydana getirmektedir. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin davalılar arasında ortak kesin yetkili yer mahkemesi olarak kabulü söz konusu davalardaki yetki kuralının amacına uygun düşmeyecektir⁶⁶.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, HMK’nun 7. maddesinde düzenlenmekte olan ortak yetkili mahkeme kuralı nitelik itibarıyla kesin yetki kuralıdır⁶⁷. Ancak haksız fiilden doğan davalara bu yetki kuralı uygulanmamalıdır. Haksız fiilden doğan davalarda davalıların birden fazla olması halinde kesin olmayan yetki kuralları geçerlidir. Dolayısıyla bu davalarda HMK’nun 16. maddesindeki mahkemelerin yetkisi ve HMK’nun 7. maddesine göre davalıların yerleşim yeri mahkemelerinin de yetkisi bulunmalıdır⁶⁸.

⁶¹ YILMAZ E. , s. 323.

⁶² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 210; YILMAZ E. , s. 462.

⁶³ YILMAZ E. , s. 468.

⁶⁴ BUDAK/KARAASLAN, s. 49; KARSLI, s. 267-268; UMAR, s. 58.

⁶⁵ BUDAK/KARAASLAN, s. 49.

⁶⁶ UMAR, s. 58.

⁶⁷ KARSLI, s. 267-268; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 91.

⁶⁸ KARSLI, s. 271; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 90.

Tüm bu görüşlerin yanı sıra Postacıoğlu ve Berkin bu konuya ilişkin olarak haksız fiilden doğan davalarda yetki kurallarının değerlendirilip açılacak davada ortak yetkili mahkeme niteliğinde olanın tercih edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir⁶⁹.

Doktrinde Bilge/Önen; “*dava birden fazla kişiye karşı açılırsa davacı davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde davayı açarak seçimlik yetki kuralına uymuş olur*” diyerek davalıların bu hususa ilişkin yetki itirazını ileri süremeyeceğini belirtmiş ve devamında haksız fiilden doğan davalar örneğini vermiştir⁷⁰. Daha önce açıklandığı üzere Bilge/Önen, ortak yetkili mahkeme kavramının kanun koyucunun kesin yetki olarak düzenlediği gayrimenkulün aynından doğan davalardaki, terekeden doğan davalardaki gibi halleri ifade ettiğini belirtmektedir⁷¹.

C. HAKSIZ FİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEME İLE İLGİLİ YARGI KARARLARI

Ortak yetkili mahkeme kuralının, yargı kararlarında genellikle haksız fiilden doğan davalar bakımından ele alındığı gözlenmekle birlikte diğer bazı davalarda da söz konusu düzenleme değerlendirilmektedir⁷².

Bir bölge adliye mahkemesi; ilk derece mahkemesinin trafik kazasından kaynaklı haksız fiilden doğan bir davada, kazanın meydana geldiği yer mahkemesinin HMK'nun 7. maddesi uyarınca ortak yetkili mahkeme olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermesini isabetli bulmamıştır. İstinaf incelemesi esnasında davalılardan birinin yerleşim yerindeki mahkeme olan ilk derece mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi yerine işin esasına girip uyuşmazlığı karara bağlaması gerektiğinden bahisle, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve yargılamanın devam edilmesi için yetkili olan mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir⁷³.

Bir başka bölge adliye mahkemesi kararında; haksız fiilden doğan davalarda ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanabilmesi için dava sebebinin aynı olması ile anlaşılması gerekenin haksız fiilin davalılar tarafından işlenmesi durumu olduğu şeklinde belirleme yapmıştır. Kararda her ne kadar dava, davalılar açısından haksız fiilden doğan dava olarak nitelendirilebilse de haksız fiili işleyen ile sözleşmesel sorumluluğu

⁶⁹ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 136-137; POSTACIOĞLU, s. 167; BERKİN, s. 82.

⁷⁰ BİLGE/ÖNEN, s. 182.

⁷¹ BİLGE/ÖNEN, s. 183; aynı yönde bkz. KIYAK, s. 98.

⁷² Bkz. yukarıda I, B, 3.

⁷³ İst BAM 9. HD, T. 28.06.2018, E. 2018/613 K. 2018/1008; aynı yönde bkz. İst BAM 17. HD, T. 16.05.2018, E. 2018/542 K. 2018/868: Kazancı.

bulunan tarafın davalı tarafta yer aldığı uyuşmazlıkta ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanamayacağı belirtilmiştir⁷⁴.

İş kazasından kaynaklı tazminat davasına ilişkin bir bölge adliye mahkemesi kararında; haksız fiilden doğan davalarda ortak yetkili mahkemenin kesin yetki niteliği taşımadığı belirtilmiştir. İlaveten de “iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ilişkinidir” kabulü dolayısıyla ortak yetki kuralının iş mahkemelerinde geçerli olmadığına karar verilmiştir⁷⁵.

Ortak yetkili mahkemeye ilişkin Yargıtay bir kararında; ilk derece mahkemesinin somut olayda uyuşmazlığın haksız fiilden doğduğundan bahisle davanın ortak yetkili kesin mahkemede görülmesi gerektiği şeklindeki kararını bozmuştur. Söz konusu olayda sözleşmeden doğan bir davanın bulunduğunu belirterek ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetki kurallarının işlerlik kazanmayacağını belirtmiştir⁷⁶.

Yargıtay, haksız fiilden doğan davalarda davalıların birden fazla olması durumunda ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili mahkeme olarak algılanmaması gerektiğini⁷⁷ ve HMK sistematüğünde kesin yetkili mahkemelerin hangileri olduğunun açıkça

⁷⁴ İst BAM 8. HD, T. 17.05.2018, E. 2017/758 K. 2015/511: Kazancı.

⁷⁵ Sam. BAM 7. HD, T. 12.06.2017, E. 2017/1699 K. 20171238: Kazancı.

⁷⁶ “...davacının kendi ikametgahında dava açtığı, davallıların yerleşim yerleri ile haksız fiilin meydana geldiği yerin birbirinden farklı olduğu, HMK 7/1 maddesine göre, davalı birden fazla ise dava bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilceği, ancak dava sebebine göre kanunda davallıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmiş ise davaya o yer mahkemesinde bakılacağı, maddenin ifadesinden yetkinin kesin olduğunun anlaşıldığı, HMK 7/1 maddesinin hükümet gerekçesinde de (madde 12) öngörülen yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğunun vurgulandığı, somut olayda ... Mahkemeleri'nin haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesi olarak tüm davalılar yönünden ortak yetkiyi taşıyan mahkeme olduğu anlaşıldığından, dosyanın yetkili ... Asliye Ticaret (Hukuk) Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, satış sözleşmesine istinaden alıcıya verilen mal bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davacı ile davalılardanA.Ş. arasında geçmişe dayalı satış işleminin bulunduğu, diğer davalılardan İsmet Merde'nin ise davalıA.Ş. adına nakliye yaptığı dosyadaki belgelerden anlaşılacaktır. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilerek BK.'nun 73. maddesi (TBK.'nun 89. maddesi) uyarınca, davacının ikametgâhi mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilerek, işin esası hakkında taraf delilleri toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir...” (Y. 19. HD, T. 19.06.2017, E. 2016/9794 K. 2017/5168; Y. HGK, T. 29.03.2017, E. 2014/9-2163 K. 2017/555: Kazancı).

⁷⁷ “...6100 Sayılı HMK'nın haksız fiillerde yetkiyi düzenleyen 16. maddesinde HMK'nın 7/1-2. cümlesindeki düzenleme anlamında kesin yetki söz konusu değildir. Haksız fiil halinde HMK'nın 16. maddesi gereğince birden fazla mahkemenin yetkili kılınarak davacıya bir seçimlik hak tanınmış olduğu göz önüne alındığında, davacı, bu mahkemelerden birinde dava açmak hususunda seçimlik hakka sahiptir...” (Y. 20. HD, T. 22.10.2018, E. 2018/4972 K. 2018/6685; aynı yönde

belirtildiğini içtihat etmektedir⁷⁸. Nitekim bir kararında; söz konusu yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğuna ilişkin ibarenin kanunun lafzında yer almaması, gerekçenin kuralın niteliğinin tayininde esas alınmayacağı, haksız fiile ilişkin yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin yetki kuralları niteliğinde olmaması ve HMK'nun 16. maddesindeki yetki kuralı kesin olmayan yetki kuralı niteliğinde olması gibi gerekçelerle ortak yetkili mahkeme kuralının kesin yetki kuralı niteliği taşımadığını ayrıntılı olarak açıklayarak karara bağlamıştır⁷⁹.

III. HAKSIZ FİLDEN DOĞAN DAVALARDA ORTAK YETKİLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

Yukarıdaki açıklamalarımızda ortak yetkili mahkemeye ilişkin olarak doktrin tarafından yapılan değerlendirmelere ve yargı kararlarındaki pratiğe değinilmiştir. Ortak yetkili mahkeme düzenlemesine yönelik değerlendirmelerimizi bu bölümde gerekçelendirerek açıklamak gerekmektedir.

HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrası, HUMK dönemindeki haliyle olduğu gibi korunmuş bir düzenlemedir. HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi, özellikle davalıların birden fazla olması ve bunlardan birinin yerleşim yerinde dava açılması durumunda davalılardan birinin yetki itirazını engelleyici bir işlevi vardır. Özellikle ihtiyari dava arkadaşlığı durumunda dava arkadaşlarından birisi, davanın kendi yerleşim yerinde açılmadığı gerekçesiyle yetki ilk itirazında bulunamayacaktır. Şayet bu hüküm olmasaydı davalılardan birisinin yetki itirazı üzerine o davalı hakkında yetkisizlik kararının verilmesi gerekecekti ve ihtiyari dava arkadaşlığı bir itirazla ortadan kaldırılabilirdi. Dolayısıyla HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının bu ilk cümlesinin son derece önemli bir işlevi vardır. Burada tartışılması gereken husus, HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesidir. Sorunlar bu ikinci cümlede kesin yetki kuralı teşkil edip etmemesi noktasında toplanmaktadır.

İlk olarak HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrası "*Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.*" şeklinde olduğundan ortak yetkili mahkemeye yönelik düzenlemenin "*bakılır*" ifadesiyle sona ermesi mutlaklık ifade ettiği

bkz. Y. 20. HD, T. 10.04.2017, E. 2017/5413 K. 2017/3036; Y. 20. HD, T. 22.10.2018, E. 2018/4972 K. 2018/6685: Kazancı).

⁷⁸ Y. 11. HD, T. 24.11.2014, E. 2014/16419 K. 2014/18212; aynı yönde bkz. Y. 11. HD, T. 04.02.2013, E. 2013/624 K. 2013/1833; Y. 4. HD, T. 02.07.2013, E. 2013/10027 K. 2013/12681: Kazancı.

⁷⁹ Y. HGK, T. 27.05.2015, E. 2013/11-2359 K. 2015/1443; Lexpera.

doktrinde belirtilmektedir. Dolayısıyla söz konusu yetki kuralının hukuki niteliğini kesin yetki kuralı olarak anlamak gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁰. HMK'nun yetki kurallarına ilişkin düzenlemelerinde; bir yetki kuralının kesin yetki niteliğinde olduğu açıkça belirtilmediği sürece, o yetki kuralı kesin olmayan yetki kuralı niteliğindedir. Kesin olmayan yetki hallerinde kural olarak genel yetkili mahkemenin yetkisi halen devam etmektedir. Ancak irtibat noktalarının önemi ve niteliğine göre özel yetki kuralları veya kesin yetki kuralları istisnai olarak belirtilmiştir. HMK'nda kesin yetkinin istisnailiği ve kesin yetkili durumların açıkça belirtilmesi göz önüne alındığında sadece "...bakılır" ifadesine kesin yetki kuralı manasının verilmemesi gerekir. Çünkü kesin yetki kuralları konusunda HMK'nun tutumu, kesin yetki kurallarını açıkça belirlemek şeklindedir.

İkinci olarak kanunun gerekçesinden hareket edilerek bir değerlendirme yapılabilecektir. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere HMK Tasarısı'nın 12. maddesinin gerekçesinde ortak yetkili mahkemeye ilişkin söz konusu yetki kuralının hukuki niteliğinin kesin yetki olduğunun belirtilmesi⁸¹ bu yetki kuralına kesin yetki kuralı niteliği sağlayacak mıdır? Öncelikle kanunların gerekçelerinin kanunların yorumundaki önemi açısından bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Tarihsel yorum yöntemine göre bir kanun hükmünün yorumunda kanun koyucunun amacının değerlendirilmesi için kanunun hazırlık aşamalarındaki komisyon ile mecliste yapılan tartışmalara ve kanunun gerekçesine bakmak gerekmektedir⁸². Kanunun yorumunda bu şekilde kanun koyucunun esas amacının araştırılmasına sübjektif yöntem de denilmektedir. Bu yöntem, toplumsal yaşamın, insan haklarının ve hukukun dinamikliği karşısında doğru sonuçlara ulaştıramayacak bir yorum türüdür. Bir kanun çalışması, kanunlaştığı andan itibaren geçmişinden koparak bağımsızlık kazandığından ve gerekçenin artık o madde metninin bağlayıcı kısmına dâhil olmadığından bu yöntem eleştirilmektedir⁸³. Kanun; aşamalarının başlangıcında oluşturulan gerekçesinin de oylanmasıyla değil, kanun koyucunun maddenin esas metnine yönelik bir iradesi ile kanunlaştığı da unutulmamalıdır. Bu çerçevede gerekçede belirtilen hukuki nitelendirmelerin kanun koyucunun esas iradesinin ürünü olan madde metninde yer almaması hususu dikkate alınarak ve HMK'nun sistematığında kesin yetki hallerinin açıkça belirtilmesini de göz önüne alarak söz konusu düzenlemenin kesin yetki kuralı olduğu yönündeki görüşlere katılmaktayız.

⁸⁰ AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 277; YILMAZ E. , s. 328.

⁸¹ AKKAN, Pekcanitez Usul, s. 274-278; YILMAZ E. , s. 325.

⁸² GÖZLER, s. 267; GÜRİZ, s. 66-67; EDİS, s. 190-191.

⁸³ GÖZLER, s. 269; GÜRİZ, s. 67; EDİS, s. 191.

Üçüncü olarak doktrinde ileri sürülen davalılardan biri hakkında açılan davanın hukuki sebebinin farklılaşması bu yetki kuralının uygulanmasına engel teşkil edeceği görüşüne⁸⁴ de katılmamaktayız. Bize göre, dava sebebi kavramından anlaşılması gereken davanın temelini teşkil eden vakialardır⁸⁵. Bu kabulün sonucu da, bir davada ileri sürülen uyuşmazlık esasında haksız fiil teşkil eden vakıya dayanılıp davalıların bir kısmına karşı sözleşmesel ilişkiye dayanılabiliyorsa bu durum ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanmasına engel teşkil etmemelidir⁸⁶. Nitekim yetkiye ilişkin hususlar usul hukukuna ilişkin hususlar olduğundan vakıaların ve delillerin incelenmesi sonucu ulaşılabilecek bir sonucun davanın başında karara bağlanması mümkün olarak kabul edilmemelidir.

Dördüncü olarak doktrinde ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki kuralı olduğu kabul edildikten sonra çoğunlukla haksız fiilden doğan davalarda haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinin yetkisi örnek gösterilmektedir⁸⁷. Oysaki haksız fiilden doğan davalar dışında da ortak yetkili mahkemenin söz konusu olabilir⁸⁸. Somut olayın şartları sağlandığı takdirde “sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi”⁸⁹, “şubenin bulunduğu yer mahkemesi”, “zarar sigortalarında malın bulunduğu yer mahkemesi” gibi mahkemelerin yetkileri ortak yetkili mahkeme sıfatını alabilecektir⁹⁰. Yargı kararlarında da bu hükmün haksız fiilden doğan davalar bakımından değerlendirilmesi yapılmaktadır. Ancak haksız fiilden doğan davalarda da somut olayın özelliklerine göre yetkili mahkeme sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi olmayıp, zararın meydana geldiği yer mahkemesi ya da zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi gibi mahkemeler olabilir⁹¹. Bir somut olayda zararın meydana geldiği yer, tüm davalılar için, fiilin işlendiği yerden farklı yerde gerçekleşebilir. Bu durumda ortak yetkili mahkeme birden fazla olabilecektir. Dolayısıyla söz konusu durum kesin yetkinin tek mahkeme olabileceği kabulümüzle bağdaşmayacaktır ve ortak yetkili mahkemeye ilişkin yetki kuralının kesin yetki kuralı olduğu bu gerekçeyle de ileri

⁸⁴ YILMAZ E. , s. 322.

⁸⁵ TANRIVER, Usul, s. 492-499; SOYLU, s. 470-471.

⁸⁶ SOYLU, s. 473.

⁸⁷ Haksız fiilden doğan davalarda ortak yetkili mahkemenin sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesidir görüşüne ilişkin bkz. (GÖRGÜN, s. 96).

⁸⁸ SOYLU, s. 462.

⁸⁹ KIYAK, s. 94; SÜRAL, s. 171; “Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi” vakıadan ziyade hukuki ilişki esaslı bir yetki kuralı olduğundan dava sebebine göre düzenlenmiş yetki kuralları ‘HMK’nun 15. maddesi’ ve ‘HMK’nun 16. maddesi’ndeki yetki kurallarıdır.” (SOYLU, s. 475-476).

⁹⁰ KIYAK, s. 94.

⁹¹ SÜRAL, s. 185; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 210; YILMAZ E. , s. 462.

sürülemezdir. Bunlara ilaveten haksız fiilden doğan davalar bakımından ortak yetkili mahkemenin kesin yetkili mahkeme olduğu kabul edilirse bütün ihtiyari dava aradaşığı durumlarında HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki kural uygulanamaz hale gelecektir. Bu da kanunun amacıyla bağdaşmaz⁹².

Beşinci olarak yargı kararlarında önceki kanun döneminde iş mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle uygulanmayan ortak yetkili mahkeme kuralının günümüzde de uygulanamayacak bir hale geldiği ifade edilebilir. Çünkü 7036 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yetkili mahkemeler birden fazla düzenlendiğinden kanun koyucunun bu davalar bakımından kesin yetki kuralı öngörmek istemediği savunulabilecektir.

Altıncı olarak haksız fiilden doğan davalarda yetkinin düzenlendiği HMK'nun 16. maddesinde seçimlik yetki kurallarına yer verilmiş ve hukuki nitelik itibarıyla de kesin olmayan yetki kuralı düzenlenmiştir. Haksız fiilden doğan davalarda yetkinin bu şekilde düzenlenmesinin amacı; haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer mahkemesine delillerin toplanmasında ve takdir edilmesinde kolaylık sağlamaktır. Zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin kabul edilmesindeki amaç ise hak aramanın kolaylaştırılmasıdır⁹³. Zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kabul edilerek zararın önlenmesine yönelik açılacak davalarda davacıya kolaylık sağlamak amaçlanmaktadır⁹⁴. Haksız fiilden doğan davalar bakımından düzenlenen yetki kuralları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği niteliktedir⁹⁵. Dolayısıyla haksız fiilden doğan davalarda öngörülen yetki kurallarının birinin diğerinden üstün olmaması nedeniyle ortak yetkili mahkeme düzenlemesi haksız fiilden doğan davalara yönelik bir kesin yetki kuralı getirmemektedir.

Ortak yetkili mahkeme kuralının hukuki niteliğinin kesin olmayan yetki kuralı olduğunu düşünmekteyiz. Doktrinde bu yetki kuralının kesin olmayan ancak kesin yetki kuralına yaklaşan bir kural olduğu ifade edilmiş⁹⁶ ise de bu şekildeki bir yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir. Ortak yetkili mahkeme kuralının uygulanabileceği bir uyumsuzlukta seçimlik diğer yetki kuralları da uygulanabilir haldedir. Bu sonuç, ortak

⁹² ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 91.

⁹³ KARSLI, s. 272.

⁹⁴ HASIRCI, s. 94-95; KARSLI, s. 272.

⁹⁵ GÖRGÜN, s. 96; kamu düzeni kavramı özellikle HUMK döneminde geçerli olan kurallar açısından önemli bir kavramdı. Ancak HMK açısından burada kamu düzeni kavramından çok tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği dava kavramı öne çıkmaktadır. Taraflar haksız fiile ilişkin davalarda, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebileceklerdir.

⁹⁶ KARADEMİR AYDEMİR, s. 179.

yetkili mahkeme kuralının kesin olmayan yetki kuralı niteliği taşımasından kaynaklanır. Dolayısıyla doktrinde ileri sürülen görüşe göre ortak yetkili mahkeme kuralını kesin yetkiye yaklaşan bir yetki kuralı olarak nitelendirilmenin hukuki bir sonucu bulunmamaktadır. Kesin yetkiye yaklaşan bir yetki kuralı olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunan görüş davalılardan birinin yerleşim yerinde davanın açılması durumunda davanın ortak yetkili mahkemede açılacağı yönünde yapılan yetki ilk itirazını mahkemenin kabul etmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁷. Kanımızca haksız fiilden doğan ve davalıların birden fazla olması durumunda açılan bir dava, davalılardan birinin yerleşim yerinde açıldığı takdirde davalılardan diğerinin ortak yetkili mahkemede davanın açılması gerektiğini belirterek yetki ilk itirazında bulunup yetkisizlik kararı alması mümkün değildir. Bu yetki ilk itirazının reddedilmesinin gerekçesini davanın yetkili mahkemelerden birinde açılmış olması oluşturmaktadır. Seçimlik yetki kurallarının olduğu bir uyumsuzlukta bu seçimlik yetki kurallarından birinin kullanılması halinde buna yönelik yetki ilk itirazında bulunulması mümkün değildir. Bu durum kesin olmayan yetki kurallarının hukuki niteliğinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Haksız fiillerden doğan davalara yönelik yetki sözleşmesi yapılabilmesi kanaatimizce mümkündür⁹⁸. Bu noktada ilk akla gelen HMK'nun "uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması" ifadesinden dolayı haksız fiilin hukuki ilişki olup olmadığı sorusudur. HMK'nun 22. maddesinde yetki sözleşmesine ilişkin söz konusu geçerlilik şartı " ...muayyen hususa müteallik ihtilaflarının..." şeklinde ifade edilmekteydi. HMK'nda hukuki ilişki tabirinin kullanılması önceki düzenlemeden daha dar tercih yapıldığı yönünde yorumlanmamalıdır⁹⁹. HMK'nun 18. maddesindeki bu geçerlilik şartı kanaatimizce tarafların sadece aralarında sözleşmesel bir ilişkinin bulunduğu hususlardan ziyade geniş bir hukuki ilişki¹⁰⁰ sahasını ifade etmektedir. Haksız fiilin gerçekleşmesiyle birlikte hakkı ihlal edilen ile hakkı ihlal eden arasında bir hukuki ilişki meydana gelmektedir. Bu hukuki ilişki, haksız fiilden doğan sorumluluktur. Haksız fiilden doğan davalar bakımından hukuki bağın tesisi sağlandığı andan itibaren yetki sözleşmesi yapılabilmesi mümkündür. Yetki sözleşmesinin yapılabileceği en müsait örneklerden bir tanesi trafik kazaları sonucunda tarafların olayı tutanağa bağlamaları esnasında tutanağa yetki şartı eklemeleridir. Bu durumun gerçekleşmesi için tarafların aralarında sözleşmesel bir ilişki olması gerekmemektedir. Yetki sözleşmesi yapılabilmesi için HMK'nun 17. maddesine göre taraflar arasında da

⁹⁷ KARADEMİR AYDEMİR, s. 180.

⁹⁸ BELGİN GÜNEŞ, s. 208; BOLAYIR, Yetki Sözleşmeleri, s. 142; BOLAYIR, Yeni HMK, s. 141.

⁹⁹ BUDAK, Yetki Sözleşmesi, s. 2.

¹⁰⁰ Hukuki ilişki; hakkın sahibi ile yükümlü arasında bulunan hukuki bağıdır (EREN, s. 27; OĞUZMAN/ÖZ, s. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 5).

herhangi bir ticari iş ya da ticari davaya vücut verebilecek bir ilişki bulunması şartı kanunun lafzından anlaşılmamaktadır¹⁰¹. Kanunun aradığı geçerlilik şartları gerçekleştirildiği takdirde haksız fiilden doğan davalarda yetki sözleşmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla haksız fiilden doğan davalarda davalıların birden fazla olması halinde söz konusu yetki kuralının kesin olmayan yetki niteliği kabul edilirse yetki sözleşmesi söz konusu olabilecektir.

Son olarak kanunda kesin olduğu belirtilmeyen bir yetki kuralının yorum yolu ile kesin yetki kuralı haline getirilmesi durumunda, davacının diğer yetkili mahkemelerde dava açma imkânı elinden alınmaktadır. Bu durumun ise hak arama hürriyetini sınırlandırdığı düşünülebilir. Çünkü davacının o uyuşmazlık için gösterilen yetkili mahkemelerde dava açabilme imkânı yorum yoluyla sınırlandırılmaktadır. Davacıya, yorum yolu ile sadece haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde dava açma imkânı verilmektedir. Oysaki kanun koyucu haksız fiillerde, davacıya hak aramayı kolaylaştırmak için birden fazla yer mahkemesinde dava açma imkânı vermiştir. Bu sayede davacı davasını rahatlıkla açma imkânına sahiptir. İşte bu imkânın yorum yolu ile sınırlandırılmaması gerekir. Ortak yetkili mahkeme kesin yetkili mahkeme olarak anlaşılmalıdır ve taraflar haksız fiilden doğan davalarda geçerlilik şartlarını sağlayarak yetki sözleşmesi de yapabilmelilerdir.

SONUÇ

HMK'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde ifade edilen yetki kuralı esasen kesin yetki kuralı değildir. Bu maddenin lafzında “*kesin yetkili*” ifadesine yer verilmemesinden anlaşılmaktadır. Ortak yetkili mahkeme somut olayın özelliklerine göre birden fazla mahkemeyi ifade edebilecektir. Dolayısıyla kanaatimizce söz konusu yetki kuralının kesin olduğunun ileri sürülmesi kesin yetki kavramıyla bağdaşmayacaktır.

Ortak yetkili mahkemenin söz konusu olması durumunda seçimler yetkinin kalkması durumu kabul edilmemelidir. Çünkü söz konusu yetki kurallarının amacı bağlamında bir değerlendirme yapılacak olsa her yetki kuralının amacı bir diğerine üstün tutulamayacak niteliktedir. İstisnai olarak amacın üstün tutulacağı durumlarda kanun koyucu kesin yetkiyi açıkça kendi iradesiyle belirtmiştir. Mahkemelerin yetkisine ilişkin durumların yorum yoluyla sınırlandırılması bu noktada kabul edilememelidir.

Haksız fiilden doğan davalarda haksız fiilin işlendiği yer ortak ve kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmemelidir. Netice olarak haksız fiilden doğan davalarda

¹⁰¹ Doktrinde bir görüş yetki sözleşmesinin ticari olmayan uyuşmazlıklarda yapılabileceğini ileri sürmektedir AŞIK, s. 25; diğer bir görüşe göre ise yetki sözleşmesi kanunun amacı gereği ticari işle sınırlı olarak yapılabilecektir BELGİN GÜNEŞ, s. 203; TOPUZ, s. 105.

yetkinin düzenlendiği HMK'nun 16. maddesinde seçimlik yetki kuralı olarak ve hukuki nitelik itibariyle de kesin olmayan yetki kuralı düzenlenmiştir. Kanunda kesin olduğu belirtilmeyen bir yetki kuralının yorum yolu ile kesin yetki kuralı haline getirilmesi durumunda, davacının diğer yetkili mahkemelerde dava açma imkânı elinden alınmakta ve bu durum ise hak arama hürriyetini sınırlandırmaktadır.

KAYNAKLAR

- AKİL Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Çekişmeli Yargıya İlişkin Kesin Yetki Halleri (MİHDER Y. 2012 C. 8 S. 22, s. 107-163).
- AKİL Cenk/PEKSÖZ Vildan, Para Alacaklarına İlişkin İlamsız Takipte İcra Dairelerinin Yetkisi, (Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2016 S.8, s. 25-40).
- AKKAN Mine, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, (MİHDER Y. 2007 C. 3 S.6, s. 29-68). (Etkin Hukuki Koruma).
- AKKAN Mine, Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017. (Pekcanitez Usul).
- AKKAYA Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017.
- ALANGOYA H. Yavuz/ YILDIRIM M. Kamil/ DEREN YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. B., İstanbul 2011.
- ARSLAN Ramazan/TANRIVER Süha, Yargı Örgütü Ders Kitabı, 2. B., Ankara 2001.
- ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema/ HANAĞASI Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018.
- AŞIK İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y. 2011 S. 97, s. 11-48).
- ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.
- BELGİN GÜNEŞ Derya, Yetki Sözleşmeleri, (İstanbul Barosu Dergisi Y. 2012 C. 86 S. 5, s. 197-221).
- BERKİN Necmeddin M., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- BİLGE Necip/ ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- BOLAYIR Nur, Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesi, İstanbul 2009. (Yetki Sözleşmeleri).
- BOLAYIR Nur, Yeni HMK'ya Göre Yetki Sözleşmeleri, (İstanbul Barosu Dergisi Y. 2011 C. 85 S. 5, s. 131-147). (Yeni HMK).
- BUDAK Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, (MİHDER Y. 2012 C. 8 S. 21, s.1-25). (Yetki Sözleşmesi).
- BUDAK Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, (Bankacılar Dergisi Y. 2013 C. 24 Özel Sayı, s. 42-61). (Yenilikler).
- BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Varol, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018.

- DAYINLARLI Kemal, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 2. B., Ankara 2011.
- EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı B., Ankara 1993.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., Ankara 2018.
- GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AKGÜNER Tayfun/ BERK Kahraman, İdare Hukuku, 7. B., İstanbul 2015.
- GÖRGÜN L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2015.
- GÖZLER Kemal, Hukuka Giriş, 12. B., Bursa 2015.
- GÜRİZ Adnan, Hukuk Başlangıcı, 13. B., Ankara 2011.
- HASIRCI Hakan, Medeni Usul Hukuku Bağlamında Tabi Hakim İlkesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013.
- KARADEMİR AYDEMİR Dilek, Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. B., Ankara 2019.
- KARSLI Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012.
- KILIÇOĞLU Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.
- KIYAK Emre, Türk Hukukunda Dava Sebebine Göre Davalıların Tamamı Hakkında Ortak Yetkiyi Taşıyan Mahkemenin Yetkisi Üzerine Düşünceler, (Terazi Hukuk Dergisi Y. 2017 C. 12 S. 127, s. 92-99).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I., 7. B., İstanbul 2017.
- KONURALP Orhan Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme İle Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y. 2019 S. 142, s. 211-230).
- KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I., 6. B., İstanbul 2001. (Muhakeme).
- KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016. (Usul).
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I., 16. B., İstanbul 2018.
- POSTACIOĞLU İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU İlhan E./ ALTAY Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. B., İstanbul 2015.

- SOYLU M. Furkan, Medeni Usul Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme, (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2017 C. 25 S. 2, s. 449-484).
- SÜRAL, B. Ceyda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y. 2012 S. 100, s. 167-216).
- TANRIVER Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Y. 1997 C. 17 S. 1-2, s. 467-492). (Kamu Düzeni).
- TANRIVER Süha, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018. (Usul).
- TAŞ KORKMAZ Hülya, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Y. 2013 C. 8 Özel Sayı, s. 1753-1818).
- TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993.
- TOPUZ Gökçen, Tüketici Mahkemeleri. Ankara 2018.
- TUTUMLU M. Akif, Ortak Yetkili Mahkeme Hükümünün Kesin Yetki Niteliğinde Olup Olmadığı Sorunu, (Terazi Hukuk Dergisi Y. 2017 C. 12 S. 136, s. 98-103).
- ULUKAPI Ömer, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Konya 2014.
- UMAR Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II., 7. B., İstanbul 2000.
- YILMAZ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I., Ankara 2017.
- YILMAZ Mehmet, Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi, Ankara 2007.

ELEKTRİK ENERJİSİ NAKİL HATLARININ YOL AÇTIĞI ZARARDAN SORUMLULUK*

Responsibility For Damages Caused By Electricity Power Transmission Lines

Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN**

ÖZ

Elektrik enerjisi doğada bulunduğu biçimi ile kullanılan birincil enerji kaynaklarının bir süreçten geçirilmesi sonucu üretilen ikincil enerji kaynağıdır. Elektrik enerjisi, güç üretiminin yanı sıra ısı ve ışık kaynağı olarak da kullanıldığından hayati bir öneme sahiptir. Kullanım alanı oldukça geniş olan elektrik enerjisi depolanamamaktadır. O nedenle üretimi kadar elektrik enerjisinin aktarımı ve taşınması da büyük önem arz eder. Elektrik enerjisinin aktarımı ve taşınması, iletken elektrik telleri üzerinden gerçekleştirilmektedir. Elektrik enerjisinin taşınması ve aktarılması için kullanılan iletken teller, elektrik enerjisi nakil hatlarını oluşturur. Bu iletken teller üzerinden ise sürekli elektrik geçmekte ve belirli bir yaklaşma mesafesindeki insan yahut iletken bir cisim akıma kapılabilmektedir. Bu suretle elektrik enerjisi nakil hatları bazen ölümcül bazen ağır zararlara neden olabilmektedir. Türk hukukunda elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğu öğretilmektedir ve uygulamada kabul edilmektedir. Buna karşılık sorumluluğun türü bakımından uygulama birliği bulunmamaktadır. Bunun nedeni, bazı hukuk düzenlerinin aksine Türk hukukunda elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğunun özel bir kanunla düzenlenmemiş olmasıdır. Dolayısıyla elektrik enerjisi nakil hatlarının yol açtığı zarardan sorumluluk Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre belirlenmektedir. Bu çalışmanın amacı öncelikle, karşılaştırmalı hukukta elektrik enerjisi nakil hatlarının yol açtığı zarardan sorumluluğu incelemek, ardından Türk hukukunda öğretisi ve Yargıtay kararlarının değerlendirilerek, bu sorumluluğu ele almaktır. Böylece elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun türü belirlenmeye çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Elektrik enerjisi nakil hattı, Elektrik enerjisi nakil faaliyeti, Tehlike Sorumluluğu, Mecra, Yapı Malikinin Sorumluluğu

ABSTRACT

Electrical energy is the secondary energy source produced as a result of a process of the primary energy sources used as it is in nature. Electrical energy is of vital importance as it is used as a source of heat and light as well as power generation. Electrical energy, which has a wide usage area, cannot be stored. Therefore, the transfer and transport of electrical energy is as important as its production. Transmission and transport of electrical energy is carried out via conductive electrical wires. Conductive wires used for transporting and transferring electrical energy form electrical power transmission lines. Due to a continuous electricity is passed over these conductive wires and a human or a conductive object with a certain distance can be caught in the current. Therefore, electric power transmission lines can cause sometimes fatal and severe damages. In the Turkish legal system, the responsibility for the damage caused by electric power transmission lines is considered as a responsibility that is not based on fault. However, there is no unity of practice in terms of determination of the type of responsibility. This is due to the fact that, unlike some other legal systems, the Turkish legal system does not contain a law regarding the liability for damages caused by electric power lines. Therefore, the type of responsibility is determined according to the general provisions of the Turkish Code of Obligations. The aim of this study is to examine first the responsibility of the damages caused by electric power transmission lines in different legal systems, and then to address the Turkish legal system and analyse this responsibility by evaluating the doctrine and the decisions of Court of Cassation. Thus, the type of liability will be identified for the damage caused by the electric power transmission lines.

KEY WORDS: Electricity Power Transmission Line, Electricity Power Transmission Activity, Strict Liability For Dangerous Activity, Conduits, Liability Of Property Owners.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 09.07.2019

Kabul Edildiği Tarih: 31.07.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.603710](https://doi.org/10.15337/suhfd.603710)

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

E-mail Adresi: bahar.apaydin@inonu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0001-9106-8286](https://orcid.org/0000-0001-9106-8286)

GİRİŞ

Hem güç üretiminde hem de ısı ve ışık kaynağı olarak kullanılan elektrik, önemli bir enerji kaynağıdır. Elektrik enerjisi doğada bulunduğu biçimi ile kullanılan ve birincil enerji kaynağı olarak nitelendirilen bir enerji kaynağı değildir. Ancak elektrik enerjisi, doğal kaynakların bir süreçten geçirilmesi sonucu üretilen ikincil bir enerji kaynağıdır.

Elektrik enerjisi, kullanım alanının genişliği nedeniyle enerji ihtiyacının karşılanması bakımından önemli bir yere sahiptir. Bu kadar hayati bir enerji kaynağı olan elektrik enerjisi depolanamamaktadır. O nedenle üretimi kadar elektrik enerjisinin aktarımı ve taşınması da büyük önem arz eder. Elektrik enerjisi, iletken elektrik tellerinden aktarılmakta ve taşınmaktadır. 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹ (EPK) yüksek gerilim hatlarından elektrik enerjisinin taşınmasını iletim, orta ve alçak gerilim hatlarından aktarılmasını dağıtım olarak nitelemektedir. Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği² (EKAT Yön.) uyarınca “yüksek gerilim; etkin değeri 1000 voltun üstünde olan fazlar arası gerilimi” ifade eder. İletim bakımından gerilim sınırı ise Enerji Piyasası Kanunu’nda “36kV (36000Volt)” olarak ifade edilmektedir. Bu gerilim sınırının altında olan hatlardan elektriğin nakli dağıtım olarak ifade edilmektedir.

Türk hukukunda enerji nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu gerek öğretide gerekse uygulamada ittifakla kabul edilmektedir. Ne var ki, sorumluluğun türü bakımından benzer bir yaklaşım söz konusu değildir. Bunun nedeni, bazı hukuk düzenlerinin aksine Türk hukukunda elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun özel bir kanunla düzenlenmemiş olmasıdır. 818 Sayılı Borçlar Kanunu (818 sayılı BK) döneminde elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluk 818 sayılı BK m. 58 uyarınca yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmekteydi. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 71 hükmü ile genel bir tehlike sorumluluğu ihdas edilmiştir. Bu suretle öğretide elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun TBK m. 71 hükmü kapsamında tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşılık Yargıtay kararlarında da bir uygulama birliği bulunmamaktadır. Yargıtay, elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun kimi zaman TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirmekte³, kimi zaman hem TBK m. 69 hükmüne

¹ R.G. Tarih: 30.03.2013, Sayı: 28603.

² R.G. Tarih: 30.11.2000, Sayı: 24246.

³ Yarg. 3. HD T. 15.06.2015, 2014/18931 E.- 2015/11009K.; Yarg. 3. HD T. 31.05.2016, 2015/16137E.-2016/8587K.; Yarg. 3. HD, T. 19.04.2016, 2016/5938E.-2016/6068K.; Yarg. 3. HD T. 16.03.2016, 2015/7031E.- 2016/3998K.; Yarg. 3. HD T. 16.02.2016, 2016/135E.-2016/1986K.; Yarg. 3. HD T. 26.09.2016, 2015/15388E.-2016/11182 K.; Yarg. 3. HD T.

hem de TBK m. 71 hükmüne atıf yapmak suretiyle genel olarak objektif sorumluluk kapsamında değerlendirmekte⁴, kimi zaman da sorumluluğu TBK m. 71 hükmüne dayandırmaktadır⁵. Gerek sorumluluğun dayandığı esaslar, gerek sorumluluğun koşulları gerekse sorumlu kişilerin tespiti bakımından yapı malikinin sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu farklılık göstermektedir. O nedenle elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun türünün belirlenmesi sadece teorik bir çabadan ibaret olmamalı özellikle uygulamada bir birlik sağlanması amacına da yönelmelidir.

Bu çalışmada farklı hukuk düzenlerinden seçilen birkaç örnek üzerinden elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluk incelenecek ve Türk hukukunda bu sorumluluğun nasıl ele alındığı özellikle Yargıtay kararları ile ortaya koyulacaktır. Bu suretle elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğun türünün belirlenmesi amaçlanmaktadır.

I. Genel Olarak Elektrik Tesisleri ve Elektrik Enerjisi Nakil Hatları

Elektrik, bir başka enerji kaynağının dönüştürülmesi sonucunda elde edilen ikincil bir enerji kaynağıdır⁶. Daha açık bir anlatımla elektrik enerjisi, su, rüzgâr, kömür gibi doğada bulunduğu biçimi ile kullanılan birincil enerji kaynaklarının üretim tesisinde, belirli bir süreçten geçirildikten sonra fiziki değişime uğraması sonucunda elde edilen ikincil nitelikte bir enerji kaynağıdır⁷. Elektrik enerjisi homojen bir yapıdadır⁸. Dolayısıyla hangi kaynaktan üretildiği bilinmeksizin şebekeye aktarılmaktadır ve şebekeden kullanılan elektriğin kaynağı tespit edilememektedir⁹.

Elektrik Piyasası Kanunu'nda üç ana faaliyet öngörülmüştür. Bunlar üretim, iletim ve dağıtım faaliyetleridir.

21.12.2015, 2015/1137E.-2015/20626K.; Yarg. 3. HD T. 12.4.2016, 2015/8685E.-2016/5628K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

⁴ Yarg. 4 HD T.17.06.2017, 2016/6701E.-2017/17400K.; Yarg. 4 HD T.21.12.2015, 2015/1137E.-2014/20626K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

⁵ Yarg. 3 HD 03.11.2015, 2014/20465E.-2015/17103K.; Yarg. 4 HD T.17.06.2014, 2014/4403E.-2014/9751K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018); Yarg. 3 HD T.17.06.2014, 2014/4430E.-2014/9752K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019); Yarg. 3 HD 05.11.2014, 2014/6427E.-2014/14466K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018).

⁶ FILTHAUT, Werner: Haftpflichtgesetz, Kommentar zur Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze, 9. Völlig neu bearbeitete Auflage 2015, C.H. Beck, München, N.8.

⁷ YAVUZ, Mustafa: Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-, İstanbul 2011, s. 16-17.

⁸ AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s. 46; YAVUZ, s. 19.

⁹ AYRANCI, s. 46; YAVUZ, s. 19.

Üretimden kasıt, birincil enerji kaynaklarının elektrik üretim tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesidir (EPK m. 3/f.1-öö). Elektrik enerjisinin üretimi, doğal-gaz gibi birincil enerji kaynaklarının veya nükleer enerji gibi farklı şekillerde bulunan enerjinin şekil değiştirerek elektrik enerjisine dönüşmesini ifade etmektedir¹⁰.

Elektrik enerjisini depolamak mümkün olmadığından üretildiği anda enerjinin kullanılması gerekmektedir¹¹. Diğer bir deyişle, elektrik enerjisi üretildiği anda üretim tesisinden ayrılmaktadır¹². O nedenle elektriğin üretimi kadar aktarılması ve taşınması da büyük önem arz etmektedir. Üretilen elektrik enerjisi, öncelikle üretim tesisinin 36kV üstü gerilim seviyesi ile bağlı olduğu iletim tesisine aktarılmakta ve bu tesislerden taşınmaktadır¹³. Dolayısıyla elektrik enerjisinin yüksek gerilim hatlarında taşınması hâlinde iletim söz konusu olmaktadır. Nitekim Elektrik Piyasası Kanunu'na göre iletim, *“elektrik enerjisinin gerilim seviyesi 36kV'ın üzerindeki hatlar üzerinden naklidir”* (EPK m.3/f.1-k). Bu kapsamda iletim tesisi, *“36kV'ın üzerindeki gerilim seviyesinden bağlı olduğu üretim veya tüketim tesisi şalt sahasından sonraki nihayet direğinden itibaren iletim şalt sahaslarının orta gerilim fiderleri de dâhil olmak üzere dağıtım tesislerinin bağlantı noktalarına kadar olan tesislerini”* ifade etmektedir (EPK m.3/f.1-n). Elektrik Kuvvetli Akım Tesisleri Yönetmeliği m.4/f.1a-5 uyarınca yüksek gerilim, etkin değeri 1000 voltun üstünde olan fazlar arası gerilimi ifade eder. İletim bakımından gerilim sınırı ise EPK m. 3/f. 1-k hükmünde 36kV (36.000 volt) olarak belirlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, iletim hatlarındaki yüksek voltajlı elektrik enerjisi, doğrudan kullanıma uygun olmadığından transformatör merkezlerinde dağıtım için uygun voltaj seviyesine indirilmektedir¹⁴. Bu sayede elektrik enerjisi tüketicinin kullanımına uygun hâle getirilmekte ve alçak gerilim seviyesine düşürülen elektrik enerjisi tüketicinin kullanımına sunulmaktadır¹⁵. Elektrik enerjisinin ortak ve alçak gerilim seviyesinde iletim tesisinden tüketiciye aktarılması bakımından taşınması işlemi ise dağıtım olarak nitelendirilmektedir¹⁶. Nitekim Elektrik Piyasası Kanunu'na göre dağıtım, *“elektrik enerjisinin 36kV ve altındaki hatlar üzerindeki naklini”* ifade eder (EPK m.

¹⁰ Üretim süreci, kimyasal yollardan yanma yahut nükleer reaksiyon şeklinde olabileceği gibi rüzgâr veya su gücünde olduğu gibi kinetik enerjinin form değiştirmesi şeklinde gerçekleşir (YAVUZ, s. 21).

¹¹ AYRANCI, s. 45; YAVUZ, s. 18.

¹² YAVUZ, s. 18-19.

¹³ Üretilen elektrik enerjisi, transformatörler aracılığıyla iletim hatlarına aktarılmaktadır (YAVUZ, s. 17).

¹⁴ YAVUZ, s. 18.

¹⁵ YAVUZ, s. 18.

¹⁶ YAVUZ, s. 24.

3/f.1-ç). Dağıtım tesisi ise “iletim tesislerinin ve dağıtım gerilim seviyesinden bağlı üretim ve tüketim tesislerine ait salt sahalarının bittiği noktadan sonraki nihayet direğinden, alçak gerilim seviyesinden bağlı tüketicilerin yapı bina giriş noktalarına kadar, bina giriş ve sayaç arası hariç, elektrik dağıtımını için teçhiz edilmiş tesis ve teçhizat ile dağıtım şirketince teçhiz edilen ya da devralınan sayaçlardan” oluşur (EPK m. 3/f.1-f).

II. Karşılaştırmalı Hukukta Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk

A. İsviçre Hukuku Bakımından

İsviçre hukukunda elektrik enerjisi nakil hatlarının yol açtığı zarardan sorumluluk özel bir kanunla düzenleme altına alınmıştır. İsviçre Kuvvetli ve Zayıf Akım Elektrik Tesislerine İlişkin Federal Kanun¹⁷ (EleG) m. 27 hükmü uyarınca, özel ya da kamu mülkiyetinde olması arasında ayırım yapılmaksızın, kuvvetli akım ya da zayıf akım tesisinin işletilmesi sırasında bir kişinin ölmesi yahut yaralanması hâlinde, tesisin sahibi meydana gelen zarardan sorumludur. Bir şeyin zarara uğraması hâlinde de aynı şekilde sorumluluk söz konusu olur (EleG m. 27/f.2). Ne var ki, işletme faaliyetinin durması esnasında zarar görenin uğradığı zarar bu kapsamda tazmin edilemez (EleG m. 27/f.2)¹⁸. Dolayısıyla EleG m. 27 hükmü kapsamında, elektrik tesisinin faaliyeti esnasında meydana gelen zarardan sorumluluk kast edilmektedir¹⁹.

EleG m. 27 hükmünde elektriğin üretimi, aktarılması ve taşınması bakımından elektrik tesisi sahibinin sorumluluğu düzenlenmiştir²⁰. Bu kapsamda özel bir tehlike

¹⁷ Kanunun Fransızcası « *Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant*»; İtalyancası « *Legge federale concernente gli impianti elettrici a corrente forte e a corrente debole*»; Almancası « *Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen* » şeklindedir. 24 Haziran 1902 tarihli bu kanunun, İsviçre’nin en eski özel sorumluluk rejimi öngören kanunu olduğu ifade edilmektedir. O nedenle değişiklik önerileri ileri sürülmektedir (OFTINGER/STARK, § 28, N. 23; FELLMANN, Walter: Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I bis III – eine Bilanz zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf, (Herausgeber: FELLMANN, Walter/ WEBER, Stephan), Haftpflichtprozess HAVE, Schulthess Juristische Medien AG 2016, s. 184-185).

¹⁸ Bu nedenle kanunda değişiklik yapılması gerektiği ve elektrik enerjisi tesisinin faaliyeti nedeniyle doğan bu zarar kaleminin de tehlike sorumluluğu kapsamında tesis sahibi tarafından tazmin edilmesinin gerektiği yönünde bkz. FELLMANN, HAVE, s. 184-185.

¹⁹ KELLER, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, Sechste, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag AG 2002, s. 233; ÇEKİN, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016, s. 233; DESCHENAUX Henri/TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, (Çev. ÖZDEMİR, Salim), Ankara, 1983, s. 146.

²⁰ KRATZ/LUDIN, KRATZ, Brigitta/ LUDIN, Martin: Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, (Herausgeber: FISCHER, Willi / LUTERBACHER, Thierry), Dike Verlag AG, 2016, EleG Art. 27, N. 3; OFTINGER / STARK, § 28, N. 5, s. 118.

arz ettiğinden, elektrik tesisinin faaliyetinden doğan sorumluluk özel bir kanunla düzenlenmiştir²¹. Böylece enerji tedarikinin sosyal ve ekonomik menfaatler bakımından önemi ile elektrik enerjisi tesislerinden kaynaklanan tehlike dengelenmektedir²².

EleG m. 27 hükmünde ifadesini bulan kusursuz sorumluluk, tehlikeli faaliyet esasına dayanmaktadır²³. Diğer bir deyişle, bu sorumluluğun esası elektrik enerjisine ilişkin faaliyetin karakteristik tehlike arz eden bir faaliyet olmasıdır²⁴. Bu suretle elektrik enerjisi tesisinin işletilmesinden tesis sahibinin sorumlu olması bakımından, tesisin işletilmesiyle birlikte karakteristik tehlikenin doğmuş olması yeterlidir²⁵. Tesis sahibi, elektrik enerjisi tesisinin neden olduğu kişiye verilen zararlardan ve şeye verilen zararlardan sorumludur (EleG m. 27/f.1 ve 2). Böylece elektrik tesisi sahibinin, tehlikenin neden olduğu ekonomik riske her zaman kendisinin katlanması amaçlanmaktadır²⁶. Zira elektrik tesisi işletmek suretiyle ekonomik menfaat sağlayan da yine tesisin sahibidir²⁷. Tesis sahibinin özel hukuk yahut kamu hukuku kişisi olması arasında ayırım gözetilmez²⁸.

Kuvvetli akım yahut zayıf akım tesisinin işletilmesi nedeniyle zararın ortaya çıkması hâlinde EleG m. 27 hükmü uyarınca tesis sahibinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olur. Tesis ile enerjinin üretimi, iletimi, dönüştürülmesi ve kullanılması için gerekli teknik donanım kast edilmektedir²⁹. Zayıf akım tesisi, normal olarak kişi ya da şeye tehlike yaratacak akıma sahip olmayan tesis olarak değerlendirilmektedir (EleG m. 2). Bu elektrik tesislerindeki gerilim, genellikle 50 voltun altındadır (Alçak Gerilim Tesisleri Hakkında Yönetmelik³⁰ m. 1/f.3). Bu tesisler normal olarak tehlikeli kabul

²¹ KLETT, Barbara/MÜLLER, Dominique: Risikosteuerung im Umgang mit "Emerging Risk", Editörler: BÜTLER, Micheal/SCHINDLER, Benjamin/SPRECHER, Franziska/ SUTTER Patrick, Sicherheit & Recht 1/2017- S. 49, s. 49-57, <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/8c249f52-26b4-4e5f-b0d6-90b11f48504f?hitPos=2&tryHighlight=True&source=hitlist-search&SP=12|dhtpnn#firstSearchTerm> (erişim tarihi: 18.10.2018), s. 13.

²² KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 3.

²³ KELLER, s. 233.

²⁴ KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 4.

²⁵ KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 4.

²⁶ KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 4.

²⁷ KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 4.

²⁸ OFTINGER/STARK, § 28 N. 34, s. 125; DESCHENAUX/TERCIER, s. 145.

²⁹ OFTINGER/STARK, § 28 N. 13, s. 121; KELLER, s. 235; KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 5.

³⁰ Yönetmeliğin Fransızca ismi, «*Ordonnance sur les installations électriques à basse tension*»; İtalyanca ismi, «*Ordinanza concernente gli impianti elettrici a bassa tensione*»; Almanca ismi ise «*Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV)*» şeklindedir.

edilmediğinden kural olarak, kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekmez³¹. Ne var ki, zayıf akım tesislerinin de yol açtığı zarardan sorumluluğun kusursuz sorumluluk esasına dayandırılmasının sebebi, bu tesislere kuvvetli akımın karışmasının mümkün olmasıdır³². O nedenle EleG m.4/f.1 hükmü uyarınca kamu arazisinden veya demiryolu bölgelerinden geçen yahut kuvvetli akım tesisine yakın olan zayıf akım tesislerinin tümünün tehlike arz edebileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla kamu arazilerinden, demiryolu bölgelerinden geçmeyen yahut kuvvetli akımın karışma tehlikesi olmayan zayıf akım tesislerinin neden olduğu zararlardan sorumluluk, EleG m. 27 hükmünde düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluğun dışında kalmaktadır³³. Bu hâlde İsviçre Borçlar Kanunu'na göre zararın tazmini söz konusu olur. Belirtmek gerekir ki, her somut olaya göre değerlendirme yapılarak, sorumluluğun EleG m. 27 hükmü kapsamına girip girmediği tespit edilmelidir³⁴. EleG m. 2/f.2 hükmünde ise ürettiği yahut kullandığı akımın insan veya eşya için tehlikeli olması hâlinde akım tesisi, kuvvetli akım tesisi olarak ifade edilmektedir. Söz konusu tesisler, 50 voltun üzerinde gerilime sahip olan ve EleG m. 27 uyarınca kusursuz sorumluluğun esas uygulama alanını teşkil eden tesislerdir³⁵.

Mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru yahut zarar görenin kusuru zarara neden olmuşsa, illiyet bağı kesildiğinden tesis sahibi zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulmaktadır (EleG m. 27/f.1)³⁶. Kural olarak sel, heyelan, gevşek şev, fırtına, yangın ve özellikle yıldırım mücbir sebep kapsamında değerlendirilemez³⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında yangın felaketini mücbir sebep olarak kabul etmemiştir³⁸. Yıldırım her ne kadar mücbir sebebin klasik örneklerinden biri olsa da yıldırımın farklı değerlendirildiği ve her hâlde illiyet bağını kesen bir neden olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Yıldırımın, elektrik tesisine düşmesi sebebiyle ani akım oluşması sonucu, yıldırımın mücbir sebep olarak değerlendirildiği ve illiyet bağını kestiği kabul edilmektedir³⁹.

³¹ KELLER, s. 234; OFTINGER/STARK, § 28, N. 11, s. 120.

³² KELLER, s. 234; KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 6; OFTINGER/STARK, § 28, N. 11, s. 120.

³³ KELLER, s. 234; OFTINGER/STARK, § 28, N. 30, s. 124; KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 7.

³⁴ KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 7.

³⁵ KELLER, s. 234; KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 8.

³⁶ KELLER, s. 233; KLETT/MÜLLER, s. 13; KRATZ/LUDIN, EleG, Art. 27, N. 4.

³⁷ OFTINGER/STARK, § 28, N. 137, s. 156.

³⁸ BGE 63 II 114.

³⁹ OFTINGER/STARK, § 28, N. 138, s. 156; KELLER, s. 239.

B. Alman Hukuku Bakımından

Alman hukukunda elektrik nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluk, Alman Sorumluluk Kanunu⁴⁰ (HPfIG) § 2'de düzenlenmiştir⁴¹. HPfIG § 2 (1) 1 hükmü uyarınca elektrik sağlamaya yarayan tesisler veya elektriği iletmeye yarayan tesisler nedeniyle birinin ölmesi veya sağlık ya da vücut bütünlüğünün zedelenmesi ya da bir eşyanın zarar görmesi hâlinde söz konusu tesislerin sahipleri, doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdürler⁴². HPfIG § 2 hükmünde, tehlikeli tesislerin neden olduğu zararı giderme yükümlülüğü, kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir⁴³. Bu kapsamda sorumluluğa neden olan tesisler, tipik olarak tehlikeye neden olmalıdır⁴⁴. Diğer bir deyişle, Alman kanun koyucusu elektrik enerjisi naklini tehlikeli kabul etmekte ve sorumluluğu ona göre tayin etmektedir. Bu hâlde dar anlamda tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. O nedenle sorumluluğun kapsamı, sorumluluk sebebine tabi olmaktadır⁴⁶. Zararı gidermekle yükümlü olan, tesisin tehlikesi nedeniyle zarara katlanması gereken tesis sahibidir⁴⁷.

Elektrik tesisinden bahsedebilmek için tesisin belirli bir bağımsızlığının olması gerekir⁴⁸. Ne var ki, bina yahut ev bağlantısı gibi bir başka sisteme bağlı olması tesisin bağımsızlığını kaybettiği anlamına gelmez⁴⁹. Ayrıca tesisin, yerin altında ya da üstünde olması da önem arz etmez⁵⁰. Örneğin, sorumluluk bakımından elektriğin yerin üzerindeki tesislerden yahut yeraltı bağlantı kablolarından aktarılması arasında fark gözetilmez⁵¹. Diğer yandan tesisin uzun süreli ya da geçici olması da sorumluluk bakımından

⁴⁰ Kanunun orijinal adı, *Haftpflichtgesetz*'dir.

⁴¹ Söz konusu düzenlemede zarara neden olan enerji tesisi yalnızca elektrik enerjisi nakil hatları ile sınırlı olmayıp, gaz veya diğer sıvı kaynakları da içermektedir.

⁴² WELLER, Matthias: *Haftungsrecht Gefahrstoffe: die zivilrechtliche Haftung für Schäden aus gefährlichen chemischen Reaktionen*, Ecomed-Storck GmbH, 2007, s. 61.

⁴³ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.5.

⁴⁴ Örneğin Federal Alman Yüksek Mahkemesi, düşen yağmur borularının neden olduğu zarardan sorumluluğu § 2 HPfIG hükmü kapsamında görmemiştir. Zira söz konusu tesis, tipik tehlikeli bir tesis değildir (BGH NJW 1960, s. 1345 = VersR 1960, s. 242; FILTHAUT, HPfIG § 2, N. 6).

⁴⁵ ÇEKİN, s. 78.

⁴⁶ ÇEKİN, s. 78.

⁴⁷ GÜNTHER, Dirk-Carsten: *Der Regreß des Sachversicherers*, Karlsruhe 2008, s. 189.

⁴⁸ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.3.

⁴⁹ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.3.

⁵⁰ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.5; GÜNTHER, s. 189.

⁵¹ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.5.

farklı değerlendirilemez⁵². Örneğin, inşaat alanında yahut fuar alanında geçici bir süre için kullanılan elektrik hattı bakımından da aynı sorumluluk rejimi benimsenmiştir⁵³.

HPfIG § 2 (1) 1 uyarınca sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, tesisin elektrik enerjisi sağlama yahut işletme amacına hizmet etmesi gerekir⁵⁴. HPfIG § 2 (1) 1 hükmü, doğrudan enerji üreten tesislerin, örneğin rüzgâr tribününün, neden olduğu zarardan sorumluluğu kapsamaz⁵⁵. Ayrıca tüketim amacıyla kullanılan araçlar da HPfIG § 2 (1) 1 hükmünün uygulama alanı dışındadır⁵⁶.

HPfIG § 2 (1) 1 uyarınca sorumluluk, tesisin tamamlanması ve faaliyete başlaması hâlinde söz konusu olur⁵⁷. Tesisin faaliyeti sona ermişse, artık HPfIG § 2 (1) 1 anlamında sorumluluk söz konusu olmaz⁵⁸. Dolayısıyla elektrik tesisinin neden olduğu zarardan sorumluluk, ancak elektrik tesisi faaliyette iken meydana gelmişse HPfIG § 2 (1) 1 hükmü uyarınca tayin edilir⁵⁹. Örneğin, elektrik nakil tesisinin tamamlanması ve elektriğin nakledilmesi hâlinde bir zarar meydana gelmişse HPfIG § 2 (1) 1 anlamında sorumluluk söz konusu olur. Şayet tesis tamamlanmışsa ve fakat henüz faaliyete başlanmamışsa, diğer bir deyişle elektrik nakli başlamamışsa HPfIG § 2 (1) 1 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bu hâlde koşulları varsa HPfIG § 2 (1) 2 hükmü uygulanabilir. Ne var ki, tesis faaliyete başladıktan sonra meydana gelen geçici kesintiler sorumluluğun tayini bakımından HPfIG § 2 (1) 1 hükmünün uygulanmasına engel olmaz⁶⁰.

Zararın, elektrik enerjisi nakil hattının faaliyeti neticesinde meydana gelmesi gerekir⁶¹. Dolayısıyla elektrik tesisinin nakil faaliyeti ile zarar arasında bağlantı olmalı ve bu faaliyet zararın kesin olarak nedeni olmalıdır⁶². Zira Alman kanun koyucusu, bu

⁵² FILTHAUT, HPfIG § 2, N.5.

⁵³ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.5.

⁵⁴ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.9.

⁵⁵ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.15; Mahkemelerin de bu yönde verilmiş kararları bulunmaktadır, örnek için bkz. BGH VersR 1985, s. 641

⁵⁶ Ne var ki, tesisin enerji sağlama yahut işletme amacıyla yahut tüketim amacıyla kullanılıp kullanılmadığının tespiti zorluk arz edebilir. Somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir (bkz. FILTHAUT, HPfIG § 2, N.16-17).

⁵⁷ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.19; GÜNTHER, s. 189; Kararlardan bazıları için bkz. OLG Oldenburg MDR 1958, s. 843; OLG Jena OLG-NL 2002, s. 38.

⁵⁸ FILTHAUT, HPfIG § 2, N. 20; GÜNTHER, s. 189; BGH NJW 2006, s. 225.

⁵⁹ WELLER, s. 61.

⁶⁰ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.19.

⁶¹ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.22.

⁶² FILTHAUT, HPfIG § 2, N. 21, 22.

faaliyetlerin özellikle tehlike arz etmesi nedeniyle kusursuz sorumluluk rejimini benimsemiştir⁶³. Kural olarak mücbir sebep, sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık mücbir sebepten dolayı yere düşen hatların neden olduğu zarar bakımından sorumluluk devam etmektedir (HPfIG § 3 (3))⁶⁴.

HPfIG § 2 (1) 2 hükmünde ise tesis sahiplerinin sorumluluğunun, sağlanan yahut iletilen elektrikten bağımsız olarak, anılan tesisler nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından da söz konusu olduğu düzenlenmiştir⁶⁵. Ancak bu hâlde, söz konusu tesisler hukuka uygun bir hâlde ise tesislerin sahipleri sorumluluktan kurtulabilirler. Diğer bir deyişle, bu tesisler zararın meydana geldiği anda hukuka uygun bir hâlde değilse, tesisten çıkan yahut tesiste iletilen elektriğin etkisi olmaksızın meydana gelen zararlar için de sorumluluk devam etmektedir. HPfIG § 2 (1) 3 hükmü uyarınca dönemin teknik gelişmelerine uygun hasarsız yapıların hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁶⁶.

C. İtalyan Hukuku Bakımından

İtalyan hukukunda elektrik nakil vasıtalarının verdiği zarardan sorumluluğun dayanağı, İtalyan Medeni Kanunu (İt.MK) m. 2050 hükmünde ifadesini bulan tehlike esasına dayanan genel düzenlemedir. Buna göre niteliği gereği yahut kullanılan araçların niteliği gereği tehlikeli bir faaliyet yürütürken bir başkasına zarar veren kişi, zararı engellemek için gerekli önlemlerin tümünü aldığını ispatlamadığı takdirde, meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür. İtalyan kanun koyucusu, İt.MK m. 2050 hükmünde kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında bir tercih yapmayarak, tehlike esasına dayanan sorumluluğu düzenlemiştir⁶⁷. Öğretide bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Buna karşılık, uygulamada zarar veren aleyhine kanundan kaynaklanan bir kusur karinesi olduğundan hareketle hüküm kurulmaktadır⁶⁹.

⁶³ FILTHAUT, HPfIG § 2, N.22.

⁶⁴ FILTHAUT, HPfIG § 2, N. 70.

⁶⁵ WELLER, s. 61.

⁶⁶ WELLER, s. 61.

⁶⁷ SELLA, Mauro: Commentario al Codice Civile, a cura di CENDON Paulo, artt. 2043-2053, Giuffrè Editore, 2008, Art. 2050, s. 807 [Cendon Comm.].

⁶⁸ COMPORTI, Marco: Il Codice Civile Commentario, Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, Artt. 2049-2053, Giuffrè Editore, 2009, s. 156 ve 158; TRIMARCHI, Pietro: Istituzioni di Diritto Privato, Giuffrè Editore 2011, s. 136; GALGANO, Francesco: Diritto Privato, CEDAM 2017, s. 391; SELLA, Mauro: Art. 2050, Cendon Comm., s. 807-809.

⁶⁹ Bkz. Cass. civ. Sez. III, 10.02.2003, n. 1954; Cass. civ. Sez. III, 12.12.1988, n. 6739. Bu yaklaşımın ayrıntılı eleştirisi için bkz. COMPORTI, s. 156-158. Ayrıca öğretide, İt. MK m. 2050 hükmünde kusura ilişkin değil ve fakat sorumluluğa ilişkin bir karine bulunduğu ileri sürülmektedir (SELLA,

İtalyan Medeni Kanunu m. 2050 hükmü kapsamındaki sorumluluk, tehlikeli faaliyet kavramı ile sıkı bir bağlantı içindedir⁷⁰. Faaliyetin bir işletme faaliyeti olmasına gerek olmadığı ve fakat zarara sebep olan herhangi bir tehlikeli faaliyetin bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Öğretide ve uygulamada bir faaliyetin tehlikeli faaliyet olarak nitelendirilebilmesi için faaliyetin asgari bir sürekliliğinin olması ve kullanılan araçların tehlike yaratma istidadının olması gerektiği ifade edilmiştir⁷². Buna göre bir seferlik tehlike arz eden faaliyetten sorumluluk bu kapsamda değerlendirilemez⁷³. Öğretide ve uygulamada zararın, tehlikeli bir faaliyetin yerine getirilmesi esnasında doğması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁴. Zarar verici olay gerçekleşmeden önce faaliyet sona erdiği takdirde, İt. MK m. 2050 uyarınca sorumluluğun tayin edilmemesi gerektiği uygulamada kabul edilmiştir⁷⁵. Ne var ki, tehlikeli faaliyetin zarar verici sonuçlarının, faaliyet sona erdikten sonra ortaya çıkması hâlinde de İt. MK m. 2050 hükmü uygulanır⁷⁶.

Faaliyetin tehlikeli olup olmadığı hususunda esasen tehlikelilik kavramının nitelendirilmesi önem arz etmektedir. İt. MK m. 2050 hükmünde düzenlenen tehlike sorumluluğu bakımından tehlikeli faaliyetin niteliği veya kullanılan araçların ne kadar tehlike yarattığı dikkate alınmalıdır⁷⁷. Kullanılan araçların normalde tehlikeli olmaması ve fakat kullanan kişinin tedbirsiz yahut dikkatsiz davranışı nedeniyle tehlikeli hâle gelmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir⁷⁸. Özel kanunla yahut kamu güvenliğine ilişkin kanunlarla tehlikeli olarak nitelendirilen faaliyetler bakımından faaliyetin tehli-

Art. 2050, Cendon Comm., s. 809). Hükmün kusura ilişkin ispat yükünün yerini değiştirdiği yönünde bkz. TRIMARCHI, s. 137.

⁷⁰ SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 811.

⁷¹ Örneğin, bir çiftçinin kayalık bölgeyi tarıma açmak amacıyla patlayıcıyı ateşlemesi sonucunda oluşan zarar ile patlayıcı üreten bir işletmenin verdiği zarar bakımından fark gözetilmemektedir. Her ikisi de tehlikeli faaliyete dayalı olarak ortaya çıkmıştır (COMPORTI, s. 174).

⁷² Cass. civ. Sez. III, 24.02.1984, n.1425; SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 810.

⁷³ Bu hâlde İt.MK m. 2043 hükmü kapsamında, kusur sorumluluğuna göre sorumluluk tayin edilir. Bkz. Cass. civ. Sez. III, 24.02.1984, n.1425.

⁷⁴ Cass. civ. Sez. III, 02.03.2001, n. 3022; COMPORTI, s. 174; SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 811.

⁷⁵ Cass. Civ., Sez. III, 15.12.1976, n. 4641.

⁷⁶ Cass. Civ. Sez. III 15.12.1975, n. 4131.

⁷⁷ Cas. Civ. Sez. III 21.10.2005, n. 20357.

⁷⁸ Bu hâlde İt. MK m. 2043 hükmü uyarınca kusur sorumluluğunun olduğu yönünde bkz. Cas. Civ. Sez. III 21.10.2005, n. 20357.

keliliği kabul edilmelidir; ancak böyle bir hukuki dayanağın olmadığı hâllerde, faaliyetin kendi niteliği yahut kullanılan araçların niteliği gereği belirgin ve ağır zarar verme potansiyeli dikkate alınmalıdır⁷⁹.

Uygulamada farklı faaliyet türleri bakımından, faaliyetin nicelik itibarıyla veya durağan olarak tehlikeli olması, diğer bir deyişle gerek büyüklüğü gerekse oluş itibarıyla tipik olarak zarara sebep olma kıstası benimsenmiştir⁸⁰. Buna göre tehlikeli faaliyeti nitelendirmek adına iki kıstas önem taşır. Birincisi, söz konusu faaliyetin genellikle neden olduğu zararın niteliği; ikincisi ise zarar tehlikesinin ağırlığıdır⁸¹. Bu doğrultuda gerek faaliyetin niteliği gerekse kullanılan araçların niteliği değerlendirilmelidir. Ayrıca tehlikelilik kavramının dinamik ve teknolojik gelişmeler nedeniyle değişken bir kavram olduğu ifade edilmiştir⁸². O nedenle uygulamada tipik tehlikeli faaliyet ve atipik tehlikeli faaliyet şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Özel bir kanunla veya kamu güvenliğine ilişkin kanunlarla tehlikeli olarak kabul edilen ya da faaliyetin kendi niteliği yahut kullanılan araçların niteliği gereği belirgin ve ağır zarar verme potansiyeli taşıyan ve somut olarak tehlikeli olan faaliyetler tipik tehlikeli faaliyet olarak kabul edilmektedir⁸³. Buna karşılık tipik tehlike olarak kabul edilen hâllerin dışında kalan ve fakat içinde somut tehlike barındırması yahut kullanılan araçların somut tehlike içermesi hâlinde anılan faaliyetler atipik tehlikeli faaliyet olarak nitelendirilmektedir⁸⁴.

İtalyan Medeni Kanunu m. 2050 hükmünde kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmiştir⁸⁵. Buna göre sorumlu kişinin, tehlikeyi önlemek için gerekli özenin gösterildiğinin ispat edilmesi suretiyle sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Uygulamada yüksek gerilim hatlarında elektrik nakli, tehlike arz eden faaliyet olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Bu kapsamda yüksek gerilim hattında elektrik nakli, teknik niteliği gereği tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilmektedir⁸⁷. Bu faaliyet elektrik

⁷⁹ Cass. Civ. Sez. III, 15.10.2005, n. 20334.

⁸⁰ SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 814.

⁸¹ SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 815.

⁸² COMPORTI, s. 172 vd.; Tehlikeli olarak kabul edilen bir faaliyetin, teknik gelişmeler sonucunda faaliyetin daha güvenli hâle gelmesi mümkündür (SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 816).

⁸³ Cass. civ. Sez. III, 20.05.2015, n. 10268; Cass. civ. Sez. III, 07.01.1982, n. 537; Cass. civ. Sez. III, 16.01.2013, n. 919. SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 816.

⁸⁴ SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 817.

⁸⁵ Kurtuluş kanıtı ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 829.

⁸⁶ Cass. civ. Sez. III, 27.01.1982, n. 537.

⁸⁷ Cass. civ. Sez. III, 27.01.1982, n. 537.

enerjisinin üretimi ve tedarikini yürüten kamu hukuku kişisi tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla elektrik enerjisi nakil faaliyeti esnasında üçüncü kişinin uğradığı zarardan sorumlu kişi, söz konusu kamu kurumu olmaktadır. Bu kapsamda özel hukuk kişisi ile kamu hukuku kişisi arasında fark gözetilmemektedir⁸⁸.

Elektrik enerjisi alçak gerilim tesislerinin neden olduğu zarardan sorumluluk ise dağıtım faaliyetinin şekline göre tehlikeli kabul edilmektedir⁸⁹. Bir olayda İtalyan Yargıtay'ı, "elektrik enerjisi kurumunun, harici elektrik nakil hatlarının yapılması ve nakil faaliyetinin yürütülmesine ilişkin güvenlik tedbirlerini hukuken düzenlemiş olduğunu vurgulamış ve kazanın gerçekleştiği yerdeki havai nakil hattının, dikey zincir eğrisinin en yakın binadan en az 3,20 m uzaklıkta olması gerekirken, teras kenarından 2 m. uzaklıkta olduğundan alçak gerilim tesisinden elektrik naklini" tehlikeli faaliyet olarak kabul etmiştir⁹⁰.

III. Türk Hukukunda Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk

A. Genel Olarak

Türk hukukunda elektrik enerjisi taşınması amacıyla kullanılan elektrik enerjisi nakil vasıtaları, akım tesisi kapsamında değerlendirilmektedir. Zira EKAT Yön. m. 4/a-1 hükmünde "kuvvetli akım tesisi, insanlar, diğer canlılar ve eşyalar için yaklaşma, dokunma gibi bazı hâllerde tehlikeli olabilecek ve elektrik enerjisinin üretilmesini, iletilmesini, dağıtılmasını ve mekanik enerji, ışık ve kimyasal enerji gibi enerjilere dönüştürülerek kullanılmasını sağlayan tesisler" şeklinde tanımlanmıştır.

EKAT Yön. m. 5'de kuvvetli akım tesislerinin, cana ve mala herhangi bir zarar vermeyecek ve tehlike oluşturmayacak bir biçimde yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ancak bu hüküm, özel bir düzenleme niteliğinde ayrı bir sorumluluk ihdas edildiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda elektrik akım tesislerinin yol açtığı zararın tazmini bakımından, özel bir kanunla sorumluluk rejimi öngörülmemiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluk 818 sayılı BK m. 58 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğuna dayandırılmaktaydı. Zira özel bir kanunda elektrik tesislerinin neden olduğu zarardan sorumluluğa ilişkin bir düzenleme bulunmadığı ve ayrıca 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hüküm de yer almadığı

⁸⁸ Cass. civ. Sez. III, 27.01.2009, n. 1966; SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 811.

⁸⁹ SELLA, Art. 2050, Cendon Comm., s. 838.

⁹⁰ Cass. civ. Sez. III, 29.10.1989, n. 2584.

için, Yargıtay bu yönde içtihat oluşturmak suretiyle elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zararı tazmin yükümlülüğünü kusursuz sorumluluk esasına dayandırarak çözümlenmekteydi.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra öğretide, elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun TBK m. 71 hükmü uyarınca tehlike sorumluluğu esasına dayandırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹¹. Yargıtay uygulamasında ise kimi zaman sorumluluğun TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğuna dayandırıldığı kimi zaman da sorumluluğun tehlike esasına dayandığına ilişkin genel ifadeler kullanılmak suretiyle elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun objektif bir sorumluluk olduğunun ifade edilmesiyle yetinildiği görülmektedir.

B. Sorumluluğun Türünün Belirlenmesi Bakımından Yapı Malikinin Sorumluluğu ve Tehlike Sorumluluğunun İncelenmesi

1. Yapı Malikinin Sorumluluğu

Yapı malikinin sorumluluğu Türk Borçlar Kanununda bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluk kapsamında, yapı malikinin sorumluluğu öncelikle sebep olma esasına dayanmaktadır. Ancak sebep olma esası, kanun koyucunun kusur sorumluluğu ilkesinden ayrılması bakımından yeterli görülmemektedir⁹². Dolayısıyla yapı malikinin sorumluluğu başka esaslara da dayandırılmaktadır. Böylece kanun koyucunun kusur esasından ayrılmak suretiyle zararın tazmini ile yükümlü tuttuğu kişileri zarardan sorumlu tutabilmesinin dayanağını bu esaslar teşkil etmektedir⁹³. Bu kapsamda yapı malikinin sorumluluğu, yararlanma ve hâkimiyet esaslarının yanı sıra tehlike esasına da dayanmaktadır⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk hâlleri ise hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu (objektif sorumluluk) ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üç

⁹¹ NOMER, N. 121; YÜCEL, Özge: Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 131; ÇEKİN, s. 63.

⁹² BAŞOĞLU, Başak: Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015, s. 33.

⁹³ BAŞOĞLU, s. 34.

⁹⁴ BAŞOĞLU, s. 35, dipnot 16. Tehlike esasına dayanması bakımından bkz. PICHONNAZ, Pascal/WERRO, Franz: La responsabilité fondée sur le risque: un état des lieux et quelques perspectives d'avenir, (édité par WERRO, Franz/PICHONNAZ, Pascal) Colloque du droit de la responsabilité civile 2017, Université de Fribourg, Stämpfli Verlag AG 2018, s. 15. Yalnızca yararlanma esasına dayandığı yönünde bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2017, N. 517.

tür altında sınıflandırılmıştır. Bu ayrıma göre yapı malikinin sorumluluğu özen sorumluluğu kapsamında düzenlenmiştir. Buna karşılık yapı malikine, kurutuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamıştır⁹⁵. O nedenle yapı malikinin sorumluluğunun ağırlaştırılmış özen sorumluluğu (objektif sorumluluk) olduğu kabul edilmektedir⁹⁶.

Türk Borçlar Kanunu m. 69/f.1 hükmünde yapı malikinin sorumluluğu, “*bina veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. TBK m. 69/f.2 hükmünde ise bina veya diğer yapı eserinin bakımındaki eksiklikten, malik ile birlikte intifa hakkı ve oturma hakkı sahibinin müteselsilen sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

Yapı malikinin sorumluluğundan bahsedebilmek için; bir bina veya yapı eseri mevcut olmalı; bina veya yapı eserinin yapımında bozukluk ya da bakımında eksiklik bulunmalı; üçüncü bir kişi zarara uğramış olmalı; bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve bina veya yapı eserinin maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi sorumlu kişi olmalıdır⁹⁷.

Zararın varlığının yanı sıra zarar ile bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik arasında nedensellik bağı bulunması, sorumluluğun genel koşullarını oluşturur. Bir bina veya diğer yapı eserinin bulunması; bina veya yapı eserinin yapımında bozukluk ya da bakımında eksiklik olması ve bina veya diğer yapı eserinin maliki yahut intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibinin sorumlu kişi olması ise sorumluluğun özel koşullarıdır.

⁹⁵ Oysa olağan özen sorumluluğu (objektif sorumluluk) bakımından sorumlu kişiye, objektif özen yükümünün gereği gibi yerine getirildiğinin veya gerekli özen gösterilseydi dahi zararın gerçekleşeceğinin ispatlanması hâlinde sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmiştir (BAŞOĞLU, s. 39).

⁹⁶ NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, N. 121; BAŞOĞLU, s. 41. Olağan objektif sorumluluk olduğu yönünde bkz. CHAIX, François: La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO), (Editörler: FOËX, Bénédict/HOTTELIER, Michel) Servitudes, droit de voisinage responsabilités du propriétaire immobilier, Genève 2007, s. 40. Tehlike sorumluluğu olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 461.

⁹⁷ BURCUOĞLU, Halûk: Doğal Afetler Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlarda Bina ve Yapı Malikinin Sorumluluğu ile Yapıyı İnşa Eden Yüklenicinin Sorumluluğu, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, (Editörler: UÇAKHAN GÜLEÇ, Sema/ BASA, Necdet) Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 112; CHAIX, s. 40.

Yapı eseri malikinin sorumluluğunun doğması bakımından, zarara neden olan bir bina ya da yapı eseri bulunmalıdır⁹⁸. Öğreti ve uygulamada bina kavramı insanların, hayvanların ya da eşyaların korunması veya barınmasına tahsis edilmiş, bu amaca elverişli toprağa bağlı yapı eseri olarak ifade edilmektedir⁹⁹. Binanın dışındaki yapı eserleri ise toprakla doğrudan ya da dolaylı bağlantısı olan sabit ve insan faaliyeti ile yapılmış ya da değiştirilmiş (yapay olarak meydana getirilmiş) şeylerdir¹⁰⁰. Bu tanım ekseninde; reklam tabelaları, köprüler, kanallar, barajlar, telefon ve elektrik direkleri, karayolları, tren ve tramvay rayları, banyo küvetleri, kombi ve şofbenler, inşaat iskeleleri, vinçler, asansörler, su kuyuları, su tesisatı, kanalizasyon tesisatı, merdivenler, yüzme havuzları, çocuk oyun parkları, açık ve kapalı spor tesisleri yapı eserine örnek gösterilmektedir¹⁰¹.

⁹⁸ BURCUOĞLU, s. 112; ÖZTAŞ, İlker: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu, Cevdet Yavuz Anısına Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Sempozyum Yayınları 2011, s. 179. 818 sayılı BK m. 58 hükmünde “bina veya imal olunan herhangi bir şey” ifadesinin değiştirilmiş olmasının isabetli olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 461; ÖZTAŞ, s. 191.

⁹⁹ WERRO, Franz: Comentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529, (Edité par THÉVENOZ, Luc/WERRO, Franz), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012 [CR-CO], Art. 58, N. 6; WERRO, Franz: La responsabilité civile, Stämpfli Verlag AG 2017 [Responsabilité], N. 774; ; TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 186; OĞUZMAN/ÖZ, N. 522; ERTEN, Ali: Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zarardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000 [Yapıların Neden Oldukları], s. 6; KILIÇOĞLU, s. 462; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015 [Borçlar Hukuku], s. 326.

¹⁰⁰ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 7; WERRO, Responsabilité, N. 775; ; BREHM, Roland: Die Entscheidung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, (Herausgeber: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag AG 2013, Art. 58, N. 26 vd.; GÖKSU, Tarkan: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), (Herausgeber: GAUCH, Peter / AEPLI, Viktor/ STÖCKLI, Hubert), Schulthess Juristische Medien AG 2016, Art. 58, N.6; FISCHER, Willi: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland) Orell Füssli Verlag AG 2016, Art. 58, N. 20; MÜLLER, Christof: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG 2016, Art. 58, N. 3; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 187; OĞUZMAN/ÖZ, N. 523; KILIÇOĞLU, s. 462; ERTEN, Yapıların Neden Oldukları, s. 7; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 323.

¹⁰¹ BREHM, Art. 58, N. 45-46; GÖKSU, Art. 58, N.7; MÜLLER, Art. 58, N. 3; DESCHENAUX/TERCIER, s. 97; CHAIX, s. 47-49 ve s. 53-60; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, 675; OĞUZMAN/ÖZ, N. 523 ve N. 527; BURCUOĞLU, s. 112; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 323; ERTEN, Ali: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bina ve İnşaa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 2000 [Bina ve İnşaa Eseri], s. 117-118 ve s. 121-125.

Yapı eserinin yapımındaki bozukluktan kasıt, bina ya da diğer yapı eserinde yapım ya da projelendirme aşamasında, diğer bir deyişle başlangıçta, bir eksiklik veya bozukluk olmasıdır¹⁰². Tamamlanmasından sonra tahsis edildiği amaca uygun olarak bina ya da diğer yapı eserinin kullanılmaya yahut yararlanılmaya elverişli hâlde tutulmaması ise bakımdaki eksikliklerdir¹⁰³. Dolayısıyla, bir bina ya da diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik değerlendirilirken, tamamlanmış olan söz konusu yapı eserin tahsis amacı dikkate alınmalıdır¹⁰⁴. Bu anlamda genel yaşam deneyimlerinden hareketle objektif bir değerlendirme yapılmalıdır¹⁰⁵.

Yapı eserin yapımı için gerekli izinlerin alınmamış olması yahut gerekli izinler alınmasına rağmen iznin kapsam ve sınırlarının aşılmış olması hâli yapımdaki bozukluk¹⁰⁶. Gerekli izinler alınmış olan projeye aykırı biçimde yapının inşa edilmesi de bu kapsamda değerlendirilir¹⁰⁷. Projede bulunan eklenti ya da bütünleyici parçanın yapı eserinde bulunmaması hâli de bu kapsamdadır¹⁰⁸. Ayrıca yapı eserin yapıldığı zaman mevcut olan teknik kurallara uygun olarak yapının inşa edilmemiş olması, yapımdaki bozukluk¹⁰⁹. Mevcut teknik kurallara uygun malzeme kullanılmaması ya da yeterli sayıda personel çalıştırılmamış olması hâli yapımdaki bozukluğa örnek gösterilebilir¹¹⁰. Buna karşılık, yapı eseri tamamlandıktan sonra gelişen tekniğe uygun gerekli önlemlerin alınmamış olması hâli, yapı eserin bakımında eksiklik teşkil eder¹¹¹.

Yapı eseri tamamlandıktan sonra, teknik gelişmelere uygun olarak yapı eserinde gerekli iyileştirmelerin yapılmamış olması; yapı eserin bozulan, eskiyen ve yıpranan kısımlarının zamanında onarılmamış olması yahut yapı eserin tahsis edildiği

¹⁰² WERRO, Responsabilité, N. 793; EREN, 677.

¹⁰³ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 17; EREN, s. 678; ERTEN, Bina ve İnşa Eseri, s. 100.

¹⁰⁴ WERRO, Responsabilité, N. 798; BREHM, Art. 58, N. 48 ve 65; FISCHER, Art. 58, N. 29; GÖKSU, Art. 58, N.13; MÜLLER, Art. 58, N. 14 ve N.20; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 192; OĞUZMAN/ÖZ, N. 538; BURCUOĞLU, s. 113; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 331; ERTEN, Bina ve İnşa Eseri, s. 135; BAŞ, s. 94.

¹⁰⁵ WERRO, CR-CO, Art. 58, N. 18; WERRO, Responsabilité, N. 798; BREHM, Art. 58, N. 56; FISCHER, Art. 58, N. 28; GÖKSU, Art. 58, N.11; MÜLLER, Art. 58, N. 21.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 192; KILIÇOĞLU, s.468; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 332.

¹⁰⁷ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 192; KILIÇOĞLU, s.468; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 332; BAŞ, s. 96.

¹⁰⁸ ERTEN, Bina ve İnşa Eseri, s. 132; BAŞ, s. 98.

¹⁰⁹ BREHM, Art. 58, N. 58; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 191; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s.332; BAŞ, s. 96.

¹¹⁰ EREN, s. 677; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 700; ANTALYA, s. 332.

¹¹¹ ERTEN, Yapıların Neden Oldukları, s. 25.

amaca uygun olarak gerekli koruma önlemlerinin alınmamış olması yapı eserinin bakımında eksiklik olarak değerlendirilir¹¹².

Elektrik enerjisi nakil vasıtaları ile kastedilen iletken elektrik tellerini de içeren nakil hatlarıdır. Bu tanımdan hareketle elektrik enerjisi nakil vasıtaları mecra olarak kabul edilmektedir. Mecra kavramı, Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Öğretide ise mecra, gerek enerjinin gerekse maddelerin taşınması ve dağıtılması amacıyla kullanılan teknik tesisat olarak tanımlanmaktadır¹¹³. Ayrıca gerek öğretide gerekse uygulamada su, gaz, elektrik, buhar ve petrol gibi enerji ve maddelerin taşınması için kullanılan tesisat mecra olarak kabul edilmektedir¹¹⁴.

Hâliyle kimi Yargıtay kararlarında elektrik enerjisi nakil vasıtaları, yapı eseri olarak kabul edilmek suretiyle, bu hatların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle doğan zarardan yapı maliki olarak nakil hattının geçtiği arazinin maliki yahut varsa mecra irtifakı sahibi sorumlu tutulmaktadır.

3. Tehlike Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğunda tehlike esası ön plandadır¹¹⁵. Tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırını oluşturur. Zira sorumluluk bakımından kusurdan veya objektif özen ya da gözetim ödevinin ihlalden bağımsızdır¹¹⁶. Diğer bir deyişle, tehlikeli işletmenin sahibi ya da işletenin kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletmede bir bozukluk ya da eksikliğin olup olmaması meydana gelen zarardan sorumluluğun doğması bakımından hiçbir önem ve etkiye sahip değildir¹¹⁷. Tehlikenin gerçekleşmesi ile sorumluluk doğar¹¹⁸.

Pierre Widmer ve Pierre Wessner tarafından hazırlanan İsviçre Sorumluluk Hukukunda Yeknesaklaştırma ve Revizyona İlişkin Ön Tasarı'da (Widmer/Wessner Tasarısı) genel bir tehlike sorumluluğu hükmü düzenlenmiştir. Bu ön tasarı, İsviçre sorumluluk hukukunda reform ile sonuçlanmamış ve yasalaşmamış olmakla birlikte; gerek

¹¹² EREN, s. 678; ERTEN, Bina ve İnşa Eseri, s. 143; KILIÇOĞLU, s. 469; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 333.

¹¹³ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2017, N. 1832; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 394.

¹¹⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1832; SİRMEN, s. 394.

¹¹⁵ PICHONNAZ/WERRO, s. 13.

¹¹⁶ EREN, s. 521; BAŞOĞLU, s. 44.

¹¹⁷ PICHONNAZ /WERRO, s. 17; EREN, s. 521.

¹¹⁸ BAŞOĞLU, s. 44. Özellikle karakteristik tehlikenin meydana gelmesiyle sorumluluğun doğması yönünde bkz. PICHONNAZ/WERRO, s. 17.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun tehlike sorumluluğunu düzenleyen hükmüne¹¹⁹ gerekse 2020 İsviçre Borçlar Kanunu tasarısındaki tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hükme¹²⁰ esin kaynağı olmuştur. Nitekim tehlike sorumluluğunun genel hükümle ele alındığı 2020 tasarısı m. 60/f.1 hükmü uyarınca, “*önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyette bulunan kişi, bu faaliyetin karakteristik riskinin (tehlikesinin) gerçekleşmesi sonucunda doğan zarardan sorumludur*”. 2020 Tasarısı m. 60/f.2 hükmünde ise önemli ölçüde tehlikeli faaliyetten ne anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre “*gerekli bütün özen gösterilse dahi mahiyeti icabı yahut kullanılan malzeme, araç ve güçler nedeniyle ağır veya sıklıkla zarara yol açmaya elverişli faaliyet, önemli ölçüde tehlikeli faaliyettir*”. Her iki fıkra birlikte değerlendirildiğinde, yalnızca karakteristik tehlikenin (riskin) gerçekleşmesi hâlinde önemli ölçüde tehlikeli faaliyeti yerine getirenin sorumlu tutulduğu görülmektedir¹²¹. İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlendiği tasarı henüz yasalaşmamıştır. Buna karşılık Türk hukuk düzeninde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk başlığı altında m. 71 ile tehlike sorumluluğu genel hükümle düzenlemeye kavuşmuştur¹²². TBK m. 71/f.1 hükmü, “*önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*” şeklindedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 71 hükmünde tehlike kavramı, iki ayrı anlamda kullanılmaktadır: İlk anlamıyla tehlike, zararın gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği ve sıklığını; ikinci anlamıyla ise, gerçekleşmesi muhtemel zararın büyüklüğünü, ağırlığını ve yoğunluğunu ifade eder¹²³. TBK m. 71 hükmü çerçevesinde her somut olayda işletme

¹¹⁹ Genel olarak 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiillere ilişkin kısmının hazırlanmasında Widmer/Wessner tasarısından kaynak olarak kullanıldığı yönünde bkz. ANTALYA, Gökhan: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHFD C. 14, S. 4, Yıl 2008, s. 66 [Sorumluluk].

¹²⁰ FELLMANN Walter/ MÜLLER, Christoph/ WERRO, Franz: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale Année 2013, (Herausgeber: HUGUENIN, Claire/ HILTY, Reto M.), Art 60 CO 2020, Zürich 2013, N. 1.

¹²¹ PICHONNAZ/WERRO, s. 18.

¹²² Belirtmek gerekir ki, TBK m. 71/f. 3 hükmünde, belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu suretle kanun koyucunun düzenleme yapması hâlinde, özel bir kanunla düzenlenmiş olan tehlike sorumluluğu hâlleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır (ERDEM, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum Yayınları 2011, s. 208).

¹²³ EREN, s. 527; TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 31-32; AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: 6098 Sayılı Türk

faaliyetinin tehlikeli olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir¹²⁴. TBK m. 71/f.2 hükmünde hâkime yol göstermek amacıyla önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin belirlenmesi bakımından birtakım kıstaslar getirilmiştir. Buna göre, bir işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler dikkate alındığında bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özen gösterilse dahi, sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli ise önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmeden söz edilir¹²⁵. TBK m. 71/f.2 hükmü doğrultusunda işletmenin mahiyeti, faaliyetinde kullandığı malzeme, araçlar ve güçlerin niteliği gereği bu konuda uzman olan kişiler tarafından gerekli tüm özen gösterilmesine rağmen sık sık ve ağır tehlikelere neden olması hâlinde, işletme faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz ettiği sonucuna varılmaktadır¹²⁶. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin tespitinde bir objektif bir de sübjektif iki unsurdan yararlanılır. Objektif unsur, tehlikenin herhangi bir faaliyetin arz ettiği normal tehlikeyi aşan yoğunlukta olmasıdır¹²⁷. Bu unsur, TBK m. 71/f. 2 hükmünde işletme faaliyetinin sık sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olması şekline ifade edilmiştir¹²⁸. Sübjektif unsur ile kast edilen ise sorumlu tutulan kişinin özen göstermeme şeklindeki davranışından bağımsız olarak işletme faaliyetinin zarara yol açması yani tehlikenin kaçınılmaz olmasıdır¹²⁹. TBK m. 71 hükmünde bu unsur, uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi hâlinde dahi işletme faaliyetinin zarar doğurmaya elverişli olması ifadesine karşılık gelmektedir¹³⁰. Ayrıca herhangi bir ka-

Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFMD, C. LXX, S. 1, 2012, s. 210.

- ¹²⁴ KILIÇOĞLU, s. 481; YÜCEL, s. 109; SARAÇ, Senem: Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2013, s. 46; AKKAYAN-YILDIRIM, s. 210.
- ¹²⁵ Hükümde esas alınan "faaliyetin tehlikeliliği" kıstası yerine, "faaliyetin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan nesnelerin tehlikeliliği" kıstasının getirilmesi ve düzenlemeden "mahiyeti" deyiminin çıkarılmasıyla bu amaca ulaşılması mümkün olduğu ileri sürülmüştür (bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", DEÜHFD, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2006, s. 10).
- ¹²⁶ EREN, s. 527; ERDEM, s. 210.
- ¹²⁷ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 366; ERDEM, s. 210; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 4; YÜCEL, s. 124; ÇEKİN, s. 184; SARAÇ, s. 36.
- ¹²⁸ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 366; ERDEM, s. 210; SARAÇ, s. 36.
- ¹²⁹ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 366; ERDEM, s. 210; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 5; YÜCEL, s. 126; ÇEKİN, s. 184.
- ¹³⁰ ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 366; ERDEM, s. 211; SARAÇ, s. 36.

nunda benzeri tehlike arz eden işletmeler için özel tehlike sorumluluğu öngörül-
müşse, bu işletmeler de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır (TBK m.
71/f.2)¹³¹.

Belirtmek gerekir ki, TBK m. 71/f.1 hükmü uyarınca sorumluluktan bahsedebil-
mek için, bir işletme faaliyetinden zararın doğmuş olması gerekir¹³². Zira kanun ko-
yucu, herhangi bir ürünün, eşyanın ya da faaliyetin tehlikeli olması hâli bakımından
sorumluluk öngörmemiştir¹³³. Hâliyle bireysel faaliyetler neticesinde doğan zararlar
bu kapsamda değerlendirilmez¹³⁴. Ne var ki, hükmün uygulanması bakımından esnaf
işletmesi ya da ticari işletme ile sınırlı kalınmamalıdır¹³⁵. Bu doğrultuda TBK m. 71
hükmü anlamında işletme faaliyeti, “*cismani bir tehlike kaynağından doğan, belirli bir
teknik risk içeren ve belirli bir menfaat amacıyla örgütlenme çerçevesinde yürütülen
faaliyet*” olarak tanımlanabilir¹³⁶. Tehlike sorumluluğu bakımından önemli olan, işlet-
menin önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet yürütmesidir¹³⁷. Türk Borçlar Ka-
nunu m. 71 anlamında, önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet teknik risk içeren bir
faaliyet olmalıdır¹³⁸. Ayrıca önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin verdiği her
türü zararı tazmin yükümlülüğü, TBK m. 71 hükmü kapsamında değerlendirilemez¹³⁹.
Zira TBK m. 71/f.2 hükmü ile uzman kişi tarafından tüm özen gösterilse dahi önlene-
meyecek zarar, tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi gereken zarardır.
Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin neden olduğu her türlü zarar değil

¹³¹ Burada bir varsayım kabul edildiği yönünde bkz. ULUSAN, İlhan: Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013 [Denkleştirme Sorunu], s. 2900; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 362.

¹³² EREN, s. 526; KILIÇOĞLU, s. 480; NOMER, N. 123.2; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 367; ERDEM, s. 210. Bu sınırlamanın isabetli olmadığı yönünde bkz.; ULUSAN, Denkleştirme Sorunu, s. 2899; ATAMER, Yeşim: Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı: 6, Mayıs 2006, s. 22; AKKAYAN YILDIRIM, s. 209.

¹³³ OĞUZMAN/ÖZ, N. 578.

¹³⁴ ERDEM, s. 210.

¹³⁵ EREN, s. 526; KILIÇOĞLU, s. 481; NOMER, N. 123.2; ERDEM, s. 210; YÜCEL, s. 114; ÇEKİN, s. 202; SARAÇ, s. 34.

¹³⁶ Ayrıntılı inceleme için bkz. YÜCEL, s. 114-118; ÇEKİN, 184-208.

¹³⁷ ERDEM, s. 210.

¹³⁸ ÇEKİN, s. 198 ve 230. Dolayısıyla faaliyetin doğal riskleri tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmez (ERDEM, s. 211).

¹³⁹ NOMER, N. 123.1; ERDEM, s. 212.

ve fakat karakteristik riskin neden olduğu zarar tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilmelidir¹⁴⁰.

Türk hukukunda tehlike sorumluluğunda nedensellik bağına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır. Oysa tehlike sorumluluğunda nedensellik bağı, özellikle sorumluluğun sınırlandırılması bakımından diğer sorumluluk türlerine göre daha büyük önem arz etmektedir¹⁴¹. Zira tehlike sorumluluğu, haksız bir olguya değil ve fakat önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin gerçekleşmesi şeklinde tehlikeli bir olguya bağlıdır¹⁴². Ayrıca tehlike sorumluluğunda önemli ölçüde tehlikeli faaliyeti yürütenin kusuru aranmaz¹⁴³. Bir görüşe göre tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun kurulması ve sınırlandırılması bakımından uygun nedensellik bağı teorisi esas alınmalıdır¹⁴⁴. Buna göre önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin yürüttüğü tehlikeli faaliyet ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması tehlike sorumluluğu için yeterlidir¹⁴⁵. Bu kapsamda zarar görenin kusuru ağır ise illiyet bağına kesebilir¹⁴⁶. Ne var ki, üçüncü kişinin kusuru ağır ise yahut mücbir sebep söz konusu ise illiyet bağının

¹⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, N. 579; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 367; NOMER, N. 123.1; YÜCEL, s. 143; ÇEKİN, s. 225-230. Karakteristik risk ifadesi yerine tipik tehlike ya da tipik risk kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. TİFTİK, s. 31 vd.; EREN, s. 526-527; ERİŞGİN, Nuri: Tehlike Bağı, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2662.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2019), s. 145; SARAÇ, s. 62; AKKAYAN YILDIRIM, s. 210. Tipik tehlikenin varlığının aranması gerektiği yönünde bkz. EREN, s. 526-527; SARAÇ, s. 6-642. Tipik riskin bulunması gerektiği yönünde bkz. AKKAYAN YILDIRIM, s. 210. TBK m. 71 hükmünde karakteristik risk ifadesi yer almasa dahi karakteristik rizikonun gerçekleşmesinin zarara yol açmadığı hâllerde tehlike sorumluluğu söz konusu olmaz (YÜCEL, s. 143). Ayrıca *Widmer/Wessner* tasarısında tehlike sorumluluğunun düzenlendiği m. 50 hükmünde açıkça karakteristik riskin yol açtığı zarar ifadesine yer verilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu tasarısında tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hükmün ilk hâli, *Widmer/Wessner* tasarısında ile paraleldir. Sonrasında her ne kadar karakteristik risk ifadesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu tasarısında tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hükümden çıkarılmış ve TBK m. 71 hükmü bu şekliyle yasalâşmışsa da hükmün amaca uygun olarak yorumlanması gerekir (ERDEM, s. 212).

¹⁴¹ ÇEKİN, s. 218.

¹⁴² EREN, s. 527.

¹⁴³ YÜCEL, s. 180-181.

¹⁴⁴ TANDOĞAN, Halûk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu II, İstanbul 1981, s. 7 vd. [Yeni Gelişmeler]; ULUSAN, İlhan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, MHAD, Yıl 4, No.6, 1970, s. 55 vd. [Tehlike]; EREN, s. 528; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 362; SARAÇ, s. 57 vd.; TİFTİK, s. 35.

¹⁴⁵ TANDOĞAN, Yeni Gelişmeler, s. 7 vd.; ULUSAN, Tehlike, s. 55 vd.; EREN, s. 528; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 362; SARAÇ, s. 57 vd.; TİFTİK, s. 35.

¹⁴⁶ EREN, s. 528; TİFTİK, s. 37-39.

kesildiği mutlak surette kabul edilmemeli ve fakat somut olaya göre değerlendirilmelidir¹⁴⁷. Bir başka görüşe göre ise, tehlike sorumluluğunda sorumluluğun sınırlandırılması bakımından normun koruma amacı teorisi esas alınmalıdır¹⁴⁸. Buna göre, tehlike sorumluluğunda karakteristik risk hem sorumluluğu kurmakta hem de sınırlandırmaktadır¹⁴⁹. Nedensellik bağının kesilmesi bakımından öncelikle karakteristik riskin gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınmalıdır. Zira karakteristik riskin gerçekleşmediği hâlde nedensellik bağı kesen olguların ispatına ihtiyaç duyulmaz¹⁵⁰. Zarar görenin kusuru ağır olduğu yahut karakteristik risk zarar görenin etki alanında gerçekleştiği takdirde nedensellik bağının kesildiğinden söz edilebilir¹⁵¹. Ne var ki, karakteristik riskin yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Bazı hâllerde önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetindeki karakteristik risk o kadar yoğundur ki, artık zarar görenin kusurlu davranışının karakteristik risk ile zarar arasındaki nedensellik bağı kestigiinden bahsedilemez¹⁵². Üçüncü kişinin kusuru da ağır ise yahut karakteristik risk üçüncü kişinin etki alanında gerçekleşmiş ise, yine karakteristik riskin yoğunluğu değerlendirilerek, üçüncü kişinin davranışının karakteristik risk ile zarar arasında nedensellik bağı kestigiinden söz edilebilir¹⁵³. Karakteristik riskin gerçekleşmesi hâlinde mücbir sebebin nedensellik bağı kestigiinden hareketle sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığı, zira tehlike sorumluluğunun amacının alınan bütün önlemlere karşı tehlikenin önüne geçilememesi nedeniyle önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin neden olduğu zarardan işletme sahibinin yahut işletenin sorumlu tutulması olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁴. Özellikle ağır zararlaraya yol açmaya elverişli önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti bakımından, mücbir sebebin karakteristik risk ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesmesinin neredeyse imkânsız olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Hatta soruna dikkatle yaklaşılması gerektiği yönünde bkz. EREN, s. 528.

¹⁴⁸ YÜCEL, s. 162; ÇEKİN, s. 219-222. Normun koruma amacı teorisinin tehlike bağı şeklinde nitelendirilerek açıklanması yönünde bkz. ERİŞGİN, s. 144-148.

¹⁴⁹ ÇEKİN, s. 230. Aynı yönde fakat tipik tehlike kavramı üzerinden yapılan açıklamalar için bkz. ERİŞGİN, s. 149-151.

¹⁵⁰ YÜCEL, s. 165; ÇEKİN, s. 244.

¹⁵¹ YÜCEL, s. 169.

¹⁵² YÜCEL, s. 169.

¹⁵³ YÜCEL, s. 172.

¹⁵⁴ ÇEKİN, s. 246.

¹⁵⁵ YÜCEL, s. 166.

C. Yargıtay'ın Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluğa Yaklaşımı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluk 818 sayılı BK m. 58 hükmüne dayandırılmaktaydı¹⁵⁶. Bu dönemdeki Yargıtay kararlarında, enerji nakil vasıtalarının can ve mal güvenliği açısından tehdit oluşturduğu, tehlikeli yapılar olduğu vurgulanmakta ve yapı eserinin bakımındaki eksiklik yahut yapımındaki bozukluk nedeniyle tesis sahibinin sorumlu olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2003 yılında verdiği bir karar önem arz etmektedir¹⁵⁷. Karara konu olayda, *“uçurtması elektrik nakil hattına takılan çocuğun akıma kapılarak ölmesi nedeniyle anne ve babası maddi ve manevi zararlarının tazminini talep etmiştir”*. İlk derece mahkemesi tarafından, *“olayın çocuğun uçurtmasının tele takılması nedeniyle meydana geldiği ve o sebeple ölen çocuğun %100 kusurlu olduğu ifade edilmek suretiyle enerji nakil hattı sahibinin kusuru olmadığından zarardan sorumlu olmadığı ve kusursuz sorumluluk şartlarının oluşmadığı”* yönünde karar tesis edilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, dosya kapsamında, *“yalnızca enerji nakil hattının yapımında bozukluk olup olmadığının incelenmesini yetersiz bulmuş, tesis sahibinin bu olaydan önce tele takılı bulunan uçurtmanın başkaları tarafından alınması sırasında doğan tehlikeyi düşünerek hatta gereken denetimi yaparak bu tür engelleri kaldırması gerekirken, bu konuda özensiz davranması itibarıyla sorumlu olduğu”* gerekçesiyle kararı bozmuştur. Direnme üzerine önüne gelen uyuşmazlıkta Hukuk Genel Kurulu, *“birlirli raporlarına göre davalının bir yapım bozukluğunun bulunmadığı belirtilmekte ise de, olayların gidişatından insanların ve canlıların yaşamı için önemli bir tehdit oluşturan bu tür tesislerin bakım ve korunmasında, tesisin yerleşim yeri üzerinde bulunduğu da düşünüldüğünde, normalin üzerinde bir özen borcu bulunduğu sonucuna varılır. Davalı elektrik idaresi bu tür yüksek gerilim iletkenlerine güvenli yaklaşma sınırının aşılmasını sağlayıcı önlemleri almalı, gerekli uyarı levhalarını herkesin kolay-*

¹⁵⁶ Yarg. 4.HD T. 14.01.2014, 2013/19147 E.-2014/228 K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019); Yarg. 4 HD T.01.10.2014, 2014/58483E.-2014/12830K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018); Yarg. 3 HD 11.02.2013, 2012/18838E.-2013/1876K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018); Yarg. 4. HD T. 10.03.2009, 2008/6930E- 2009/3469K.; Yarg. 4.HD T. 19.2.2009, 2008/7431E.- 2009/2359K.; Yarg. 21. HD T. 17.05.2007, 2006/20422E.- 2007/8277K.; Yarg. 4.HD T. 28.06.2005, 2004/13024 E.- 2005/7173K.; Yarg. HGK, T. 12.03.2003, 2003/4-144E.- 2003/161K.; Yarg. 4.HD T.06.11.2001, 2001/5698E.- 2001/10834K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

¹⁵⁷ Yarg. HGK, T. 12.03.2003, 2003/4-144E.- 2003/161K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

lıkla görebileceği yerlere koymalı, bu tesislerin can ve mal güvenliğine zarar vermesi için, yerleşim yeri dışındaki tesislere oranla çok daha kısa aralıklarla kontrollerini yapmalıdır. Ne var ki, somut olayda davalı idarenin bu bakım ve özen borcunu gereği gibi yerine getirmediği, söz konusu olaydan önce tele takılı bulunan uçurtmanın başkaları tarafından alınması sırasında doğabilecek tehlikeleri düşünerek, gereken denetimleri yaparak, bu tür engelleri kaldırmadığı anlaşıldığından, meydana gelen zarardan sorumlu olduğu, sorumluluğu kaldıracak nedenlerin ise bulunmadığı” yönünde hüküm kurmuştur¹⁵⁸.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki Yargıtay içtihatlarını gruplandırmak gerekirse, büyük bir kısmında, enerji nakil hatlarının tehlike içerdiğine işaret edilmekle birlikte elektrik nakil vasıtalarının yol açtığı zarardan sorumluluk TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğuna dayandırılmaktadır¹⁵⁹.

Elektrik nakil hattındaki tellerin tutuşması ve kıvılcımların tarladaki ürünleri yakması ile ilgili bir kararında Yargıtay, elektrik nakil hatlarının yapı eseri olduğunun altını çizerek, TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı eserinin bakımındaki eksiklikten enerji nakil vasıtası sahibinin sorumlu olduğu şeklinde karar vermiştir¹⁶⁰.

Elektrik enerjisi nakil vasıtasından geçen elektriğe kapılan bir kişinin uğradığı bedensel zararın tazminine ilişkin bir uyumsuzlukta Yargıtay, hem TBK m. 69 hem de TBK m. 71 hükümlerine atıf yapmış ve enerji nakil vasıtasının sahibinin bu yapı eserinin fena yapılmasından, bakımı ve işletilmesindeki eksikliklerden sorumlu olduğu; bu tür nakil vasıtalarının kişilerin can ve mal güvenliği açısından tehlike arz etmeyecek şekilde inşa etmek, bulundurmak ve bu hatlara güvenli yaklaşma sınırının aşılmasını önleyecek tedbirleri almakla yükümlü olduğundan hareketle enerji nakil vasıtası sahibinin ağır özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu tutulması yönünde karar tesis etmiştir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Hatta daha sonra pek çok kararda bu karara atıf yapılmaktadır. Bkz. Yarg. 4. HD T. 25.09.2012, 2011/10485E. 2012/13468K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018).

¹⁵⁹ Yarg. 3. HD T. 31.05.2016, 2015/16137E.-2016/8587K.; Yarg. 3. HD, T. 19.04.2016, 2016/5938E.-2016/6068K.; Yarg. 3. HD T. 16.03.2016, 2015/7031E.- 2016/3998K.; Yarg. 3. HD T. 16.02.2016, 2016/135E.- 2016/1986K.; Yarg. 3. HD T. 26.09.2016, 2015/15388E.-2016/11182 K.; Yarg. 3. HD T. 21.12.2015, 2015/1137E.-2015/20626K.; Yarg. 3. HD T. 12.4.2016, 2015/8685E.-2016/5628K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

¹⁶⁰ Yarg. 4 HD T.26.09.2016, 2015/15388E.-2016/11182K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

¹⁶¹ Yarg. 4 HD T.17.06.2017, 2016/6701E.-2017/17400K.; Yarg. 4 HD T.21.12.2015, 2015/1137E.-2014/20626K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

Yargıtay, elektrik nedeniyle çıkan yangınla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarının bazılarında, “enerji nakil hattı sahibi bulunan davalı tehlike arz eden bu yapı esesinin fena yapılmasından, bakım ve eksikliklerinden sorumludur. Bu sorumluluk, niteliği itibariyle kusura dayanmayan (objektif) bir sorumluluktur” yönünde hüküm tesis etmiştir¹⁶². Bu suretle enerji nakil vasıtaları, tehlike arz eden yapı eseri olarak kabul edilmekte ve bu vasıtaların neden olduğu zarardan sorumluluğun türü açıkça ifade edilmeden genel olarak objektif sorumluluk esasına dayandığı belirtilmektedir.

Buna karşılık elektriğin sebep olduğu yangına ilişkin diğer Yargıtay kararlarında¹⁶³ davalının bölgede elektrik enerjisinin dağıtımını yerine getirdiği; bu faaliyetin, varlığı ve niteliği itibariyle bir tehlike ve dolayısıyla zarar ihtimali taşıdığı ve davalının sorumluluğunun bir sebep sorumluluğu olan kusursuz (objektif) sorumluluk olduğu ifade edilmiştir. Bu sorumluluk türünün tehlike sorumluluğu olarak da isimlendirilmekte olduğu ve sorumluluk türlerinin en ağırını oluşturduğu; burada tehlikeli nesne veya işletmeyle gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının sorumluluk için gerekli olduğu ve hareket unsurunu haksız fiilin sonuç unsuruyla birlikte değerlendirilmek gerektiği belirtilmiştir. Hatta “sorumlu kişinin veya işletmenin, kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletme veya nesnede (şeyde) bir bozukluk veya noksanın bulunup bulunmaması, meydana gelen zararın tazmin borcu yönünden bir etkiye sahip olmadığı vurgulanmıştır. Zira bunların sebep oldukları zararlarda, kusurun bulunup bulunmadığı ya da rolünün olup olmadığı çoğu zaman bilinemediği veya ispat edilemediği gibi, sorumlu kişi veya işletme, her türlü özeni gösterse, gözetim ve denetim ödevini yerine getirirse, gerekli bütün tedbirleri alsa bile, gene çoğu zararın meydana gelmesini önlemek mümkün değildir. Bu sebeple sorumluluğunun başladığı olguyla zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman, sorumluluk da gerçekleşmiş olacağından, bu işletme veya nesnelerin sahip veya işletenleri, bunların sebep oldukları zararı gidermek zorundadır” ifadeleri ile davalı elektrik enerjisi nakil hattı tesisi sahibinin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olması yönünde karar verilmiştir.

¹⁶² Yarg. 3 HD T.03.11.2015, 2014/21155E.-2015/17124K.; Yarg. 3. HD T. 27.02.2013, 2013/1403 E. 2013/3188 K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

¹⁶³ Yarg. 3 HD 03.11.2015, 2014/20465E.-2015/17103K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018)423; Yarg. 4 HD T.17.06.2014, 2014/4403E.-2014/9751K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019); Yarg. 3 HD T.17.06.2014, 2014/4430E.-2014/9752K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018); Yarg. 3 HD 05.11.2014, 2014/6427E.-2014/14466K. (www.corpus.com.tr, erişim tarihi: 20.09.2018).

Yargıtay kararlarındaki öncelikli kaygının, elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi olduğu görülmektedir¹⁶⁴. Zira değinilen Yargıtay kararlarında ısrarla elektrik enerjisi nakil vasıtalarının neden olduğu zarardan sorumluluğun, kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ve objektif (kusursuz) sorumluluk kapsamında olduğunun altı çizilmektedir. Ne var ki, Yargıtay elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu sorumluluğu kusursuz sorumluluk kapsamında kabul etmekle birlikte kusursuz sorumluluğun dayandığı esas ile kusursuz sorumluluğun türü arasında bir ayırım yapmayarak, kimi kararlarda hem tehlike sorumluluğu hem de yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere atıf yapmaktadır.

D. Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluğun Türünün ve Sorumlu Kişilerin Belirlenmesi

1. Sorumluluğun Türü

Elektrik nakil hatları, yalnızca havadan elektrik direkleri üzerinden elektriğin taşınması faaliyeti şeklinde anlaşılmalıdır. Elektriğin yerin altında yahut suyun altında da nakli mümkündür. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında elektriğin yerin üstünde ya da yerin altında taşınması arasında fark gözetilmemektedir. Bu doğrultuda elektrik enerjisi nakil hatlarından kasıt, elektrik enerjisinin gerek iletimi gerek dağıtımı gerekse bağlantı kablolarından taşınması için kullanılan iletken elektrik tellerini içeren nakil hatlarıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, elektrik enerjisi nakil hatları mecra olarak kabul edildiğinden yapı eseri olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ne var ki, sorumluluğun türünün belirlenmesi bakımından önemli olan elektrik enerjisi nakil faaliyetinin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti olup olmadığının belirlenmesidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere TBK m. 71 hükmünde ifade edilen “*önemli ölçüde tehlike arz etme*” şartı, somut olayda bir işletmenin fiilen tehlike yaratmış olmasıyla değil, işletmenin niteliğinin ve faaliyetinin tehlike yaratmaya her zaman yatkın olmasıyla gerçekleşir¹⁶⁵. İkinci olarak, “*önemli ölçüde zarar tehlikesinin varlığı*”; işletmenin niteliği, işletmede kullanılan malzeme, kullanılan araçlar ya da güçler göz önünde tutulmak kaydıyla, “*bu işlerde uzman bir kişiden beklenen azami özenin gösterilmesi hâlinde bile işletmenin faaliyetinin sık veya ağır zararlar doğurmaya elverişli*”

¹⁶⁴ Bu kaygının kökeni, ilk derece mahkemesi kararlarında elektrik enerjisi nakil vasıtası sahibinin kusurunun bulunmadığından hareketle hüküm tesis ediliyor olmasıdır. Bkz. Yarg. HGK, T. 12.03.2003, 2003/4-144E.- 2003/161K. (www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 18.03.2019).

¹⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, N. 579.

olması hâlinde söz konusu olur¹⁶⁶. “Tehlikeli güç” kavramına örnek olarak, genellikle elektrik enerjisi verilmektedir¹⁶⁷. Bu güç tehlikelidir, zira sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişlidir.

Elektrik nakil faaliyeti Türkiye’de iletim ve dağıtım faaliyeti olarak yürütülmektedir. Elektrik Piyasası Kanunu m. 4 uyarınca elektrik iletim faaliyeti ve dağıtım faaliyeti Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri uyarınca lisans alınmak kaydıyla yürütülebilir. EPK m. 8/f.1 hükmü uyarınca elektrik enerjisi iletim faaliyeti münhasıran Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) tarafından yürütülmektedir. Enerji Piyasası Kanunu m. 9 hükmüne göre ise dağıtım faaliyeti, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütülür. Dağıtım faaliyeti, dağıtım lisansında belirtilen bölge içinde tekel olarak yürütülmektedir. Dolayısıyla elektrik enerjisi nakil faaliyeti, cismani bir tehlike kaynağından doğan, belirli bir teknik risk içeren ve belirli bir menfaat amacıyla örgütlenme çerçevesinde yürütülen bir işletme faaliyetidir.

Elektrik enerjisinin depolanması mümkün olmadığından üretilen elektrik enerjisi, iletken teller üzerinden sürekli olarak nakledilmektedir. Bu faaliyet gerilim seviyesi dikkate alınarak, iletim ve dağıtım şeklinde ifade edilmektedir. Sorumluluğun türünün tayini bakımından ise iletim ve dağıtım şeklinde bir ayırmadan ziyade hangi gerilim düzeyinin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığına tespiti gerekir. Elektrik enerjisi nakil faaliyeti bakımından karakteristik tehlike nakil hattından sürekli elektrik geçmesi ve belirli bir mesafede yaklaşılması hâlinde insan bedeni yahut iletken olan herhangi bir cismin elektrik akımına kapılması şeklinde kendini gösterir. Benimsediğimiz görüş uyarınca, bu karakteristik tehlike ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Elektrik Kuvvetli Akım Tesisi Yönetmeliği m. 4/a-2 hükmünde alçak gerilim, “*etkin değeri 1000 volt ya da 1000 voltun altında olan fazlar arası gerilim*”; m. 4/a-3 hükmünde yüksek gerilim, “*etkin değeri 1000 voltun üstünde olan fazlar arası gerilim*” şeklinde tanımlanmıştır. Elektrik Kuvvetli Akım Tesisi Yönetmeliği m. 4/a-4 hükmünde ise tehlikeli gerilim, “*etkin değeri, alçak gerilimde 50 voltun üstünde olan, yüksek gerilimde hata süresine bağlı olarak değişen gerilim*” olarak ifade edilmiştir. Buna göre 50 voltun üzerinde olan gerilim her hâlde tehlikeli gerilimdir. Burada İsviçre hukukunda benzer bir yaklaşım olduğu görülmektedir. 50 voltun altındaki gerilimin ise tehlikeli olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Bu hâlde İsviçre hukukundakine paralel bir şekilde, 50 voltun altındaki gerilime sahip tesislerin kural olarak tehlikeli olmadığı ka-

¹⁶⁶ EREN, s. 526; KILIÇOĞLU, s. 482; SARAÇ, s. 36 vd.

¹⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 482; TİFTİK, s. 33; YÜCEL, s. 129; SARAÇ, s. 49.

bul edilebilir. Ne var ki bu tesislere kuvvetli akımın karışma tehlikesinin olduğu hâllerde, 50 voltun altındaki gerilime sahip tesisler de tehlikeli kabul edilmeli ve her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, somut olayda objektif ve sübjektif unsurların bulunması hâlinde, elektrik enerjisi nakil işi 50 voltun üzerindeki gerilime sahip tesisler bakımından önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyettir. Somut olayda 50 voltun üzerinde gerilime sahip bir elektrik enerjisi hattı üzerindeki nakil faaliyeti, herhangi bir faaliyeti aşan yoğunlukta tehlike arz ediyorsa ve sorumlu tutulan kişi tarafından her türlü özen gösterilse dahi kaçınılmaz ise önemli ölçüde tehlikeli faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu doğrultuda insan bedeni yahut iletken bir cismin elektrik akımına kapılması hususu değerlendirilebilir. Akıma kapılma bakımından yaklaşma mesafesi iş güvenliği ve iş sağlığına ilişkin düzenlemelerde gerilim altındaki iletken ya da iletken olmayan teçhizatlarla ilişkin yaklaşma mesafelerine göre tespit edilebilir. TEİAŞ İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği¹⁶⁸ m. 10 hükmünde, TEİAŞ güvenli çalışma mesafeleri ifade edilmiştir. Bu kapsamda belirlenmiş azami yaklaşım mesafeleri gerilim değerine göre, “1.000 - 15.000 volt arası 66 cm.; 15.001 - 36.000 volt arası 82 cm.; 59.000 - 72.500 volt arası 110cm.; 140.000 - 170.000 volt arası 155 cm.; 200.000 - 250.000 volt arası 213 cm. ve 340.000 - 420.000 volt arası 352 cm.” olarak tespit edilmiştir. Yönetmelik hükmünün devamında verilen aralıklar dışındaki gerilimlerde işletilen yüksek gerilim teçhizatları için bir üst değer kullanılacağı ifade edilmiştir. TEDAŞ Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü İş Güvenliği Yönergesi¹⁶⁹ m.7 /(1) uyarınca çalışanlar için gerilim altındaki iletkenlerde kabul edilen mutlak yaklaşma mesafesi, “0–1000 Volta kadar 30 cm.; 1001–10000 Volta kadar 60 cm. ; 10001–36000 Volta kadar 90 cm.” olarak belirlenmiştir. İletkenlerin hareketli olması hâlinde bu mesafelerin iletkenin en fazla hareket durumuna göre asgari olarak korunacağı da belirtilmiştir. Somut olayda yapılan değerlendirme sonunda 50 voltun üzerinde gerilime sahip elektrik nakil hattından elektrik nakli faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeli faaliyet olduğu sonucuna varılırsa, söz konusu faaliyet nedeniyle doğan zarardan sorumluluk TBK m.71 hükmü kapsamında tehlike sorumluluğu uyarınca tayin edilmelidir.

50 volt gerilimin altındaki tesislerin tehlikeli olup olmadığı da yine somut olaya göre değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 50 volt gerilimin altındaki tesisler kural olarak tehlikeli kabul edilmez. Ancak kuvvetli akımın karışması ihtimali

¹⁶⁸ <https://www.teias.gov.tr/sites/default/files/2018-11/%C4%B0%C5%9F%20Sa%C4%9Flu%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20ve%20G%C3%BCvenli%C4%9Fi%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi.pdf> (erişim tarihi: 21.05.2019).

¹⁶⁹ Bkz. http://www.tedas.gov.tr/sx.web.docs/tedas/docs/yonergeler/is_guvenligi_yonergesi.doc (erişim tarihi: 21.05.2019).

olan hâllerde, elektrik enerjisi nakli faaliyetinin önemli ölçüde tehlikeli olup olmadığı objektif ve sübjektif unsur değerlendirilmek suretiyle hâkim tarafından takdir edilmelidir. Önemli ölçüde tehlike arz ettiği sonucuna varılması hâlinde söz konusu tesislerin neden oluştuğundan sorumlu TBK m. 71 hükmü uyarınca tayin edilmelidir.

Karakteristik tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde karakteristik tehlikenin yoğunluğu dikkate alınarak, karakteristik tehlike ile zarar arasında illiyet bağının kesilip kesilmediği meselesi değerlendirilebilir. Zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı, bu kişilerin kusuru ağır ise yahut karakteristik risk üçüncü kişinin etki alanında gerçekleşmiş ise bu kişilerin davranışının karakteristik risk ile zarar arasında nedensellik bağı kestigiinden söz edilebilir. Mücbir sebep bakımından somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ne var ki, özellikle ağır zararlara yol açmaya elverişli önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti bakımından ki, 36kV (36.000 volt) gerilime sahip iletim faaliyeti bu kapsamda değerlendirilebilir, mücbir sebebin karakteristik risk ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesmesinin olanaksız olduğu kabul edilmelidir.

Tehlikeli olmadığı sonucuna varılan 50 volt gerilimin altındaki tesisler nedeniyle doğan zarardan sorumluluk ise koşulları varsa TBK m. 69 hükmü uyarınca yapı malikinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre söz konusu nakil hatları meca niteliğinde olduğundan yapı eseri olarak kabul edilmektedir. Bu yapı eserinin yapımında bozukluk ya da bakımındaki eksiklik olması, zararın meydana gelmiş olması ve bu yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması hâlinde, TBK m. 69 hükmüne göre sorumluluk tayin edilir. Bu hükmün uygulama alanına girmeyen hâllerde ise TBK m. 49 hükmü uyarınca kusur sorumluluğu esasına dayanılarak sorumluluk tayin edilmelidir.

2. Sorumlu Kişiler

Türk Borçlar Kanunu m. 71/f.1 uyarınca önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinden doğan zarardan, işletme sahibi ve varsa işleten sorumludur¹⁷⁰. İşletme sahibi ve işletenin ayrı kişiler olması hâlinde müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır¹⁷¹. Bu işletmeyi işletenin ya da işletme sahibinin kamu otoritesi ya da kamu kurumu olması önemli değildir. O nedenle kamu tüzel kişilerine ait olan kamusal nitelikli işletmeler de önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyeti yürütüyorlarsa TBK m.71 hükmünün

¹⁷⁰ İşletmenin sahibi dışında bir başkası tarafından, örneğin kiracı tarafından işletilmesi hâlinde bu kişi işleten sıfatıyla sorumlu olmaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, N. 582; KILIÇOĞLU, s. 484; ERDEM, s. 213).

¹⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, N. 582; KILIÇOĞLU, s. 484; SARAÇ, s. 116 vd.; YÜCEL, s. 212 vd.

kapsamında sorumlulukları tayin edilir¹⁷². 50 volt gerilim üzerindeki nakil tesislerinden elektrik nakli önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet olarak değerlendirilirse, tehlike sorumluluğu kapsamında tesis sahibi ve işleten incelenmelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, EPK m. 8/f.1 hükmü uyarınca elektrik enerjisi iletim faaliyeti, doğal tekel özelliği göstermektedir ve ülkemizde bu tekel TEİAŞ'a aittir¹⁷³. Yukarıda da ifade edildiği üzere iletim tesislerindeki gerilim 36 kV'ın üzerinde olduğundan iletim hatlarından elektrik nakli tehlikeli bir faaliyettir. İletim hatlarının gerek sahibi gerekse işleteni olan TEİAŞ, bu tesislerin neden olduğu zarardan sorumludur. Zira EPK m. 8/f.3 hükmü uyarınca TEİAŞ'ın mülkiyet ve işletme sınırı, iletim sistemine yapılan bağlantı noktasında başlar. Ayrıca üretim veya tüketim tesisinin iletim sistemine bağlantısının, bir başka üretim veya tüketim tesisine ait şalt sahası üzerinden yapılması hâlinde bağlantı yapılan fiderin kullanım hakkı, işletme ve bakımı TEİAŞ'a aittir (EPK m. 8/f.3). Üretim tesislerinden yeraltı kabloları ile iletim tesisine kadar elektrik nakli de bu kapsamdadır.

Enerji Piyasası Kanunu m. 9 hükmüne göre dağıtım faaliyeti, dağıtım lisansında belirtilen bölge içinde tekel olarak yürütülmektedir. Örneğin, AYEDAŞ, Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş., Gediz Elektrik Dağıtım A.Ş. gibi. Yukarıda da ifade edildiği üzere dağıtım tesislerindeki gerilim 36 kV'ın altındadır. O hâlde 50 voltun üzerinde olan dağıtım hatlarından elektrik enerjisi nakli, tehlikeli faaliyet teşkil etmektedir. Dağıtım tesislerinin sahibi, TEİAŞ olmakla birlikte işleteni işletme hakkını usulüne uygun dağıtım lisansı ile alan kişidir. Dolayısıyla dağıtım tesislerinin neden olduğu zarardan TEİAŞ ve dağıtım lisansı sahibi kişi müteselsilen sorumludur.

Yukarıda da ifade edildiği üzere gerilimi 50 voltun altında olan ve somut olayın değerlendirilmesi sonucu kuvvetli akımın karışması tehlikesinin olmadığı nakil tesislerinin neden olduğu zarardan sorumluluk TBK m. 69 hükmü uyarınca tayin edilebilir. Zira söz konusu nakil hatları mecra niteliğinde olup TBK m. 69 hükmü kapsamında yapı eseri olarak kabul edilir. Mecralar, üstünde veya altında bulunduğu taşınmaza hizmet etmek amacı ile kurulmuşsa arazinin bütünleyici parçası sayılır, bu anlamda istisnai bir özellik arz etmez. Ancak eğer mecra, fiziki anlamda bağlı bulunduğu taşınmaza hizmet etmiyor, başka bir teşebbüse hizmet edip yalnızca üstünde veya altında bulunduğu taşınmazdan geçiyor ise bu durumda o taşınmazın bütünleyici parçası sayılmaz. Mecranın mülkiyeti, kurulan mecra irtifakı yolu ile taşınmazdan ayrıştırılır, hizmet ettiği teşebbüsün malikine ait olur.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ, N. 578; KILIÇOĞLU, s. 481; YÜCEL, s. 202; AKKAYAN YILDIRIM, s. 211.

¹⁷³ YAVUZ, s. 22.

TMK m. 744 hükmünde su, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait borular, elektrik hat ve kabloları mecra kapsamında ifade edilmiştir. TMK m. 727/f.1 hükmü uyarınca su, gaz, elektrik ve benzerlerinin mecraları işletmenin bulunduğu taşınmazın dışında olsa bile, aksine bir düzenleme olmadıkça, o işletmenin eklentisi olarak kabul edilmiş ve işletme malikinin malı sayılmıştır. Bunun için işletme sahibi lehine bir mecra irtifakı kurulmuş olmalıdır¹⁷⁴. Böylece aksine bir düzenleme olmadıkça, mecra olarak nitelendirilen yapıların maliki, mecra irtifakı sahibi olmaktadır¹⁷⁵. O nedenle bu yapıların yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik nedeniyle meydana gelen zararlardan mecra irtifakı sahibi sorumludur¹⁷⁶.

SONUÇ

Elektrik doğada bulunan birincil enerji kaynağının dönüştürülmesi sonucunda elde edilen ikincil bir enerji kaynağıdır. Güç üretiminin yanı sıra ısı ve ışık kaynağı olarak da kullanılan elektrik depolanmamaktadır. O nedenle üretilen elektrik şebekeye aktarılmakta ve enerji nakil hatları üzerinde taşınmaktadır. Üretilen elektrik enerjisi, öncelikle üretim tesisinin 36kV (36.000 volt) üstü gerilim seviyesi ile bağlı olduğu iletim tesisine aktarılmakta ve bu tesislerde taşınmaktadır. İletim hatlarındaki yüksek voltajlı elektrik enerjisi, doğrudan kullanıma uygun olmadığından öncelikle dağıtım için uygun voltaj seviyesine indirilmekte ve ortak ve alçak gerilim seviyesinde iletim tesisinden tüketiciye, dağıtım tesisleri aracılığıyla taşınmaktadır.

Üretilen elektrik enerjisinin, aktarılmasını ve taşınmasını sağlayan elektrik nakil hatlarından sürekli elektrik enerjisi geçmektedir. O nedenle bu hatların neden olduğu zararlar, kimi zaman ölüm gibi geri dönülemez bazen ciddi bir yaralanma gibi ağırdır. Kimi zaman da elektrik enerjisi nakil hatları yangına sebep olmak suretiyle geniş alana yayılan büyük ölçekli zararlara yol açmaktadır.

İncelenen hukuk düzenlerinden İsviçre hukuku ve Alman hukukunda elektrik nakil hatlarından enerji taşınması faaliyeti, tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilmiş ve

¹⁷⁴ Şayet komşuluk ilişkisine ilişkin hükümler uyarınca komşu taşınmazdan mecra geçiriliyorsa o takdirde, ortada zorunlu bir mecra irtifakı vardır (SIRMEN, s. 394). Buna göre, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı derecede masraflı ise mecranın komşu taşınmazın altından ya da üstünden geçirilmesi söz konusu olmaktadır (TMK m. 744).

¹⁷⁵ Komşuluk ilişkisini düzenleyen hükümleri uyarınca mecra irtifakının kurulmamış olması hâlinde iradi bir mecra irtifakı söz konusu olur ve taraflar mecranın mülkiyetinin işletme sahibine değil de arazi malikine ait olacağını serbestçe kararlaştırabilir (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 1840).

¹⁷⁶ TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 165; ERTEN, Bina ve İnşa Eseri, s. 159; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 317; ÖZTAŞ, s. 184.

özel kanunlarda sorumluluk rejimi öngörülmüştür. İsviçre hukukunda EleG m. 27 hükmünde zayıf ve kuvvetli akım tesislerinin yol açtığı ölüm, beden bütünlüğünün ihlali ve şeye verilen zarardan sorumluluk kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmiştir. 50 voltun üzerinde gerilime sahip olan tesisler, kuvvetli akım tesisi olarak nitelendirilmiş ve bu tesislerin neden olduğu zarardan sorumluluk EleG m. 27 hükmü uyarınca kusursuz sorumluluğun asıl uygulama alanı kapsamında kabul edilmiştir. 50 voltun altında gerilime sahip olan tesisler ise zayıf akım tesisleri olarak kabul edilmiş ve bu tesislerin neden olduğu zarardan sorumluluk kaideten EleG m. 27 hükmü uyarınca kusursuz sorumluluğun uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Ancak kuvvetli akım tesisi ile karışma ihtimali olan hâllerde zayıf akım tesislerinin yol açtığı zarardan sorumluluk, EleG m. 27 hükmü kapsamında değerlendirilmektedir. Alman hukukunda da elektrik enerjisi tesisinin faaliyeti esnasında meydana gelen ölüm, beden bütünlüğünün ihlali yahut bir şeye (eşyaya) verilen zarar nedeniyle tesis sahibinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, Alman hukukunda zayıf ya da kuvvetli akım şeklinde bir ayırım yapılmamıştır.

İtalyan hukukunda elektrik enerjisi nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluğa ilişkin özel bir kanunla sorumluluk rejimi öngörülmemiştir. Bu tesislerin yol açtığı zarardan sorumluluk İt.MK m. 2050’de ifadesini bulan tehlike esasına dayalı sorumluluğa göre tayin edilir. Hükümde açıkça sorumluluğun kusur esasına dayandığı yahut kusursuz sorumluluk türü olduğu ifade edilmemiştir. O nedenle öğretilerde bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir. Ne var ki, uygulamada sorumlu kişi aleyhine kusur karinesinin mevcut olduğu ifade edilmektedir. Yüksek gerilim hatlarından elektrik taşınması, tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilmektedir. Alçak gerilim hattından elektrik taşınması hâlinde ise idarenin düzenlediği güvenlik önlemlerinin alınmadığı durumda faaliyet tehlikeli olarak değerlendirilmektedir.

İncelenen hukuk düzenlerinde özellikle elektrik enerjisi nakli esnasında elektrik enerjisinin neden olduğu zarardan sorumluluğun ele alındığı görülmektedir. İsviçre ve Alman hukukunda elektrik enerjisi tesisinin faaliyette olduğu esnada meydana gelen zarardan sorumluluk özel olarak kusursuz sorumluluk kapsamında düzenlenmiştir. Alman hukukunda elektrik enerjisinin yol açtığı zarardan sorumluluk ile elektrik enerjisi geçmeyen tesisin yol açtığı zarardan sorumluluğun farklı düzenlendiği görülmektedir. Elektrik enerjisinin yol açtığı zarardan sorumluluktan kurtulmak ancak mücbir sebep hâlinde mümkündür. Ancak elektrik enerjisinden bağımsız olarak yalnızca tesisin zarara neden olması durumunda tesislerin hukuka uygun olması hâli, sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda ise kuvvetli ya da zayıf akım tesislerinin yol açtığı zarardan sorumluluk elektrik tesisinin faaliyeti esnasında zarar meydana gelmişse kusursuz sorumluluk olarak tayin edilmiştir. Mücbir sebep,

üçüncü kişinin kusuru yahut zarar görenin kusuru illiyet bağıını kesecek ağırlıkta ise sorumluluktan kurtulma hâli olarak kabul edilmiştir.

Elektrik nakil hatlarının yol açtığı zarardan sorumluluğa ilişkin Türk hukukunda özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümlere göre sorumluluk belirlenmelidir. Kanaatimizce, 50 voltun üzerinde gerilime sahip hatlardan elektrik enerjisinin taşınması, objektif ve sübjektif unsurların somut olayda değerlendirilmesi suretiyle önemli ölçüde tehlikeli faaliyet olması sonucuna varılıyorsa, söz konusu nakil hatlarının yol açtığı zarardan sorumluluk TBK m. 71 hükmü uyarınca tehlike sorumluluğuna göre tayin edilmelidir. 50 voltun altında gerilime sahip nakil hatlarının neden olduğu zarardan sorumluluk ise somut olaya göre değerlendirilmeli ve kuvvetli akımın karışması ihtimalinin olduğu hâllerde yine objektif ve sübjektif unsurlar değerlendirilmek suretiyle önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet olarak kabul edilmesi hâlinde TBK m. 71 hükmü uygulanmalıdır. Elektrik enerjisi nakil faaliyeti bakımından karakteristik tehlike nakil hattından sürekli elektrik geçmesi ve belirli bir mesafede yaklaşılması hâlinde insan bedeni yahut iletken olan herhangi bir cismin elektrik akımına kapılması şeklinde kendini gösterir. Benimsediğimiz görüş uyarınca, bu karakteristik tehlike ile zarar arasında illiyet bağıının bulunması gerekir. Karakteristik tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde karakteristik tehlikenin yoğunluğu dik-kate alınarak, karakteristik tehlike ile zarar arasında illiyet bağıının kesilip kesilmediği meselesi değerlendirilebilir. Zarar görenin veya üçüncü kişinin davranışı, bu kişilerin kusuru ağır ise yahut karakteristik risk üçüncü kişinin etki alanında gerçekleşmiş ise bu kişilerin davranışının karakteristik risk ile zarar arasında nedensellik bağıını kestiğinden söz edilebilir. Mücbir sebep bakımından somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Ne var ki, özellikle ağır zararlara yol açmaya elverişli önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti bakımından ki, 36Kv (36.000 volt) gerilime sahip iletim faaliyeti bu kapsamda değerlendirilebilir, mücbir sebebin karakteristik risk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını kesmesinin olanaksız olduğu kabul edilme-lidir.

50 voltun altında gerilime sahip nakil hatlarının yapımındaki bozukluk yahut bakımındaki eksiklik nedeniyle zararın meydana gelmesi hâlinde sorumluluk TBK m. 69 hükmüne göre tayin edilmelidir. Buna göre söz konusu nakil hatları mecra niteliğinde olduğundan yapı eseri olarak kabul edilmektedir. Bu yapı eserinin yapımında bozukluk ya da bakımındaki eksiklik olması, zararın meydana gelmiş olması ve bu yapı eserinin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki eksiklik ile zarar arasında uygun nedensellik bağıının bulunması hâlinde, TBK m. 69 hükmüne göre sorumluluk tayin edilir. Bu hükmün uygulama alanına girmeyen hâllerde ise TBK m. 49 hükmü uyarınca kusur sorumluluğu esasına dayanılarak sorumluluk tayin edilmelidir.

KAYNAKLAR

- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFMD, C. LXX, S. 1, 2012, s. 203-220.
- ANTALYA, Gökhan: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHFD C. 14, S. 4, Yıl 2008, s. 63-83 [Sorumluluk].
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015 [Borçlar Hukuku].
- AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.
- BAŞ, Ece: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69 (BK m. 58), İstanbul 2011.
- BAŞOĞLU, Başak: Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku Ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015, s. 29-56.
- BREHM, Roland: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, BK - Berner Kommentar, (Herausgeber: Hausheer, Heinz / Walter, Hans Peter), Stämpfli Verlag AG 2013.
- BURCUOĞLU, Halûk: Doğal Afetler Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlarda Bina ve Yapı Malikinin Sorumluluğu ile Yapıyı İnşa Eden Yüklenicinin Sorumluluğu, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, (Editörler: UÇAKHAN GÜLEÇ, Sema/ BASA, Necdet) Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: "Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler", DEÜHFD, Cilt 8, Sayı 1, Yıl 2006, s. 1-21.
- CHAIX, François: La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO), (Editörler: FOËX, Bénédicte/HOTTELLIER, Michel) Servitudes, droit de voisinage responsabilités du propriétaire immobilier, Genève 2007.
- COMPORTI, Marco: Il Codice Civile Commentario, Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, Artt. 2049-2053, Giuffrè Editore, 2009.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul 2016.
- DESCHENAUX Henri/TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, (Çev. ÖZDEMİR, Salim), Ankara, 1983.

- ERDEM, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum Yayınları 2011, s. 217-226.
- ERİŞGİN, Nuri: Tehlike Bağı, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2662.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2019).
- ERTEN, Ali: Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zarardan Dolayı Sorumluluk, Ankara 2000 [Yapıların Neden Oldukları].
- ERTEN, Ali: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK m. 58), Ankara 2000 [Bina ve İnşa Eseri].
- FELLMANN, Walter: Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I bis III – eine Bilanz zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf, (Herausgeber: FELLMANN, Walter/WEBER, Stephan), Haftpflichtprozess HAVE, Schulthess Juristische Medien AG 2016 [HAVE].
- FELLMANN Walter/MÜLLER, Christoph/WERRO, Franz: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale Année 2013, (Herausgeber: HUGUENIN, Claire/ HILTY, Reto M.), Art 60 CO 2020, Zürich 2013.
- FILTHAUT, Werner: Haftpflichtgesetz, Kommentar zur Haftpflichtgesetz und zu den konkurrierenden Vorschriften anderer Haftungsgesetze, 9. Völlig neu bearbeitete Auflage 2015, C.H. Beck, München.
- FISCHER, Willi: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK - Orell Füssli Kommentar (Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Wolf, Stephan / Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland) Orell Füssli Verlag AG 2016.
- GALGANO, Francesco: Diritto Privato, CEDAM 2017.
- GÖKSU, Tarkan: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), (Herausgeber: GAUCH, Peter / AEPLI, Viktor/ STÖCKLI, Hubert), Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- GÜNTHER, Dirk-Carsten: Der Regreß des Sachversicherers, Karlsruhe 2008.
- KELLER, Alfred: Haftpflicht im Privatrecht, Band I, Sechste, vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Stämpfli Verlag AG 2002.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2018.

- KLETT, Barbara/MÜLLER, Dominique: Risikosteuerung im Umgang mit “Emerging Risk”, Editörler: BÜTLER, Micheal/SCHINDLER, Benjamin/SPRECHER, Franziska/ SUTTER Patrick, Sicherheit &Recht 1/2017- S. 49, s. 49-57, <https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/8c249f52-26b4-4e5f-b0d6-90b11f48504f?hitPos=2&tryHighlight=True&source=hitlist-search&SP=12|dhtpnn#firstSearchTerm> (erişim tarihi: 18.10.2018).
- KRATZ, Brigitta/ LUDIN, Martin: Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, (Herausgeber: FISCHER, Willi / LUTERBACHER, Thierry), Dike Verlag AG, 2016.
- MÜLLER, Christof: Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Herausgeber: Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- OFTINGER, Karl/ STARK, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. StarkANNÉE1995
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2017.
- ÖZTAŞ, İlker: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Yapı Malikinin Sorumluluğu, Cevdet Yavuz Anısına Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011), Sempozyum Yayınları 2011, s. 189-204.
- PICHONNAZ, Pascal/WERRO, Franz: La responsabilité fondée sur le risque: un état des lieux et quelques perspectives d’avenir, (édité par WERRO, Franz/PICHONNAZ, Pascal) Colloque du droit de la responsabilité civile 2017, Université de Fribourg, Stämpfli Verlag AG 2018.
- SELLA, Mauro: Commentario al Codice Civile, a cura di CENDON Paulo, artt. 2043-2053, Giuffré Editore 2008 [Cendon Comm].
- TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961 [Mesuliyet].
- TANDOĞAN, Halûk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu II, İstanbul 1981 [Yeni Gelişmeler].
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

- TİFTİK, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- TRIMARCHI, Pietro: Istituzioni di Diritto Privato, Giuffré Editore 2011.
- ULUSAN, İlhan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, MHAD, Yıl 1970, Cilt 4, Sayı 6, s. 23-57 [Tehlike].
- ULUSAN, İlhan: Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, 2013, s. 2897-2905 [Denkleştirme Sorunu].
- WELLER, Matthias: Haftungsrecht Gefahrstoffe: die zivilrechtliche Haftung für Schäden aus gefährlichen chemischen Reaktionen, Ecomed-Storck GmbH, 2007.
- WERRO, Franz: La responsabilité civile, Stämpfli Verlag AG 2017 [Responsabilité].
- WERRO, Franz: Comentaire Romand, Code des obligations I, Art.1-529, (Edité par THÉVENOZ, Luc/WERRO, Franz), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012 [CR-CO].
- YAVUZ, Mustafa: Elektrik Piyasası Kanunu'nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri-Özellikle İkili Anlaşma-, İstanbul 2011.

Karar İncelemeleri

**BOŞANMIŞ ANNE-BABALARIN MÜŞTEREK ÇOCUKLARININ
SOYADI SORUNU: BİR KARAR İNCELEMESİ VE İDARE
HUKUKUNA YANSIMALARI***

*The Surname Problem of Mutual Children of Divorced Parents: An Analysis of a
Decision in Line With Dictate of Reason and its Reflection on Administrative Law*

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**

Doç. Dr. Bayram KESKİN***

Öz

Bu çalışmanın konusu; evlilik birliği içinde doğduğu zaman babasının soyadını alan çocuğun karı-koca boşandıktan sonra, velâyet anneye verilmişse hangi soyadını kullanacağı sorunudur. Çocuğun annesiyle aynı soyadını taşıması hem çocuk, hem de anne açısından toplum hayatının farklı aşamalarında sorun yaratmaktadır. Somut olayımızda anne; velâyet hakkının kapsamına çocuğuna kendi soyadını verebileceği hakkının da girdiğini ileri sürerek "Soyadı Kanununun boşanma halinde çocuğun anasına tevdi edilmiş olması halinde bile babasının seçeceği soyadını alacağına dair hükmünün 2011 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine" dayanarak kendi soyadını çocuklarına vermek üzere aile mahkemesinde dava açmış; davası bu konuda somut düzenleme henüz yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtayca onaylanan karar aleyhine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili uluslararası normların bulunduğunu, Anayasanın uluslararası andlaşmaları kanun hükmünde sayan 90/5 maddesi karşısında Soyadı Kanununun iptal edilen hükmünün yerine yeni bir düzenleme yapılmasının zaten gerekli olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi sözkonusu olayda Anayasanın 20. ve 10. maddeleri bakımından ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

Çalışmamızda bu konunun idare hukukuna yansımaları yargısal süreçlere değinilerek ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Velâyet Hakkı, Soyadı, Ayrımcılık Yasağı, Nüfus İdareleri, Çocuğun Korunması ve Üstün Kamu Yararı.

ABSTRACT

The subject of this study is; the question of which surname the child carrying the father's surname within the marriage union will take after divorce, given under custody of the mother. The fact that the child does not hold the same last name as his/her mother causes trouble for both the child and the mother at different stages of community life. In this present case, the mother filed a lawsuit in a family court to give her surname to their children claiming that her custody right should include giving her surname to their children on the basis of "Annulment decision of the Constitutional Court in 2011 regarding the article of surname law which states that the child must use father's surname even if the parents are divorced even if the mother keeps the custody". The case has been rejected on the grounds that tangible provisions concerning this issue have not been made yet. An individual application was lodged to the Constitutional Court against the decision approved by the Court of Cassation. The Constitutional Court has stated that there are international norms on the subject and it is not necessary to make a new arrangement in place of the revoked provision of the Surname Law in accordance with the article 90/5 of the Constitution which the international treaties have in force of law. In this present case, the Constitutional Court ruled that there had been a violation of the prohibition of discrimination in respect of Articles 20 and 10 of the Constitution.

In this study, the reflection of this issue to administrative law shall be discussed on the basis of judicial process.

KEY WORDS: Custody Right, Surname, Prohibition of Discrimination, Civil Registry Offices, Protection of Child and Superior Public Interest.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 05.07.2019

Kabul Edildiği Tarih: 10.07.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.592434](https://doi.org/10.15337/suhfd.592434)

** **Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.**

E-mail Adresi: odyakmaz.zehra@gmail.com

ORCID ID: [0000-0003-2324-8554](https://orcid.org/0000-0003-2324-8554)

*** **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.**

E-mail Adresi: bayram.keskin@kocaeli.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-0562-048X](https://orcid.org/0000-0003-0562-048X)

Makaleye Atır: Odyakmaz, Zehra / Keskin, Bayram: Boşanmış Anne-Babaların Müşterek Çocuklarının Soyadı Sorunu: Bir Karar İncelemesi ve İdare Hukukuna Yansımaları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.2, 2019, s.347-376.

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-----|
| ÖZ..... | 347 |
| ABSTRACT..... | 347 |
| I. GİRİŞ..... | 349 |
| II. SOYADI KAVRAMI..... | 350 |
| A. Soyadının Tanımı ve Tarihi Gelişimi | 350 |
| B. Soyadı Üzerindeki Hakkın Hukukî Niteliği..... | 351 |
| C. Soyadının İşlevi ve Kazanılması | 352 |
| III. VELÂYET KAVRAMI..... | 352 |
| IV. İLGİLİ MEVZUAT..... | 352 |
| A. Ulusal Mevzuat | 352 |
| 1. 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (27., 187. 321.maddeler) | 352 |
| 2. 21 Haziran 1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu (4. madde)..... | 353 |
| 3. 1982 Anayasası (17/1., 20.,10. ve 41. maddeler) | 353 |
| 4. 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun (50. maddenin 1. ve 2. fıkraları)..... | 354 |
| B. Uluslararası Mevzuat | 354 |
| 1. 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (3., 23.ve 24. maddeler) | 354 |
| 2. 18 Aralık 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) (Başlangıç Hükümleri, 5. ve 16. maddeler) | 355 |
| 3. 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) (8. ve 14. maddeler) , Ek Protokol 7 (5.madde)..... | 356 |
| 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı..... | 356 |
| V. SÜREÇ: OLAYLAR VE OLGULAR..... | 357 |
| A. Davacılar Tarafından Sürecin Başlangıcında Aile Mahkemesine Çocukların Soyadının Değiştirilmesi İçin Dava Açılması..... | 357 |
| B. Aile Mahkemesinin Davayı Ret Kararı..... | 358 |
| C. Yargıtayın Aile Mahkemesinin Red Kararını Onaylaması | 358 |
| D. Başvurucuların Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Bulunması..... | 358 |
| 1. Başvuru sahibinin dava dilekçesi | 358 |
| 2. Adalet Bakanlığının görüşü | 359 |
| 3. Anayasa Mahkemesinin kararı..... | 359 |
| a. Anayasa Mahkemesinin başvuru genel olarak değerlendirmesi | 359 |
| b. Başvurunun kabul edilebilirlik yönünden ele alınması | 360 |
| c. Başvurunun esas yönünden incelenmesi..... | 360 |
| d. Başvurunun Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun yönünden ele alınması..... | 361 |
| e. Anayasa Mahkemesinin hükmü ve Anayasa Mahkemesi kararından çıkan sonuç..... | 362 |
| E. Aile Mahkemesinin Verdiği Uyuma Kararı | 362 |
| F. Aile Mahkemesinin Uyuma Kararı İle İlgili Yargıtay Kararı | 363 |
| VI. AİLE MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ..... | 363 |
| A. "Soyadı"nın Öneminin Bir Kişilik Hakkı Olarak Vurgulanması Gerekliği Değerlendirmesi | 363 |
| B. Velâyet Hakkı Açısından Nitelendirme Yapılması Gerekliği Değerlendirmesi | 364 |
| C. Konunun Çocuk Psikolojisi Açısından İncelenmesi Gerekliği Değerlendirmesi | 364 |
| D. Ulusal Mevzuat Açısından Başka Hükümlere de Vurgu Yapılması Gerekliği Değerlendirmesi..... | 364 |
| E. Uluslararası Mevzuat Açısından Başka Hükümlere de Yer Verilmesi Gerekliği Değerlendirmesi | 366 |
| VII. ANAYASA MAHKEMESİNİN "HAK İHLÂLİNİN MEVCUT BULUNDUĞU"NA DAİR KARARININ İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI..... | 367 |
| A. Kamu Yararı..... | 367 |
| B. Eşitlik ve Sosyal Devlet İlkeleri | 368 |
| C. Anayasa Mahkemesi Kararının Sübjektif ve Objektif Etkileri | 368 |
| D. Anayasa Mahkemesinin Kararı ve Nüfus İdareleri..... | 370 |
| E. Adli Yargı Yerinin Kararı ve Nüfus İdareleri..... | 372 |
| F. Nüfus İdareleri Anayasa Mahkemesi Kararına Dayanarak Soyadını Değiştirebilir mi?..... | 374 |
| VIII. SONUÇ..... | 374 |
| KAYNAKLAR..... | 375 |

I. GİRİŞ****

Türk hukukunda hem evli kadınların, hem de boşanmış ailelerin çocuklarının soyadları uzun zaman sorun olmuş nihayet evli kadının soyadı geçtiğimiz yıllarda uluslararası hukukun da desteğiyle kadın lehine kadının her iki soyadını birlikte kullanabileceği şeklinde halledilmiştir.

Bu çalışmada inceleyeceğimiz **konu**; evlilik içinde doğduğu zaman babasının soyadını alan çocuğun karı-koca boşandıktan sonraki -hangi soyadını kullanacağı açısından- durumudur.

Konu daha ziyade boşanmış annenin çocuklarına kendi soyadını verme isteği ile aile mahkemesine açtığı davanın reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği "hak ihlâlinin mevcut bulunduğu"na dair kararının idare hukukuna yansımaları açısından ele alınacaktır.

Konuya özellikle **yaşı küçük çocuklar açısından** baktığımızda; velâyeti annede kalan çocuk yıllar boyunca yuvada, okulda, kurslarda, tatillerde, seyahatlerde, okul gezilerinde, doktor muayenehanelerinde hep öz annesiyle beraber olmasına rağmen, onunkinden değişik bir soyadını taşıdığını zaman içinde fark etmekte, önce sebebini anlayamamakta, sonraları durumu kısmen algılayabilmekte ve rahatsız olmakta, annesine sorular sormakta, tedirginliği anneye de geçmektedir. Boşanmış baba genellikle yeniden evlenmekte ve boşanmış eşinden olan çocuğunu çok seyrek aramakta, bazen de hiç görmemektedir. Yani çocuk hemen hemen bütün zamanını kendisinden farklı soyadını taşıyan annesiyle birlikte geçirmekte, bütün yaşamını ve etkinliklerini onunla paylaşmaktadır.

Konuya **anne açısından** baktığımızda ise; "Anne neden benim soyadım farklı?" sorusu ile karşılaşan boşanmış annelerin çocuklarına bu farkı anlatmakta güçlük çekmekte olduklarını görürüz¹. Bu anneler çocuklarıyla ilgili işlemlerde "o çocuğun annesi" olduğunu belgelemek için çoğunlukla nüfus kayıt örneği ile boşanma ilâmını ibraz etmek zorunda kalmaktadırlar.²

**** Kısaltmalar: age. adı geçen eser; agm. adı geçen makale; AİHM. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; AİHS. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; B. No: Başvuru Numarası; bkz. Bakınız; BM. Birleşmiş Milletler; C. Cilt; E. Esas; K. Karar; md. madde; No.Numara; RG. Resmî Gazete; s. sayfa; S. Sayı; Y. Yıl.

1 <http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/oya-armutcu/bosanmis-anne-cocuguna-soyadini-nasil-verecek-40813760>.

2 23 Nisan 2018 tarihli Hürriyet Gazetesi, s.22.

Bu çalışmanın **amacı**; hem parçalanmış ailedeki çocuğun kısa zaman önce çözüme ulaşmış soyadı sorununu, daha doğrusu sorunun çözümlendiğini herkese duyurmak hem de velâyet ve hukukumuzda soyadı ilişkisi gibi önemli ailevî sorunların çözümlenmesi sürecinde uygulayan değil yorumlayan hâkim beklentimizi dile getirmektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1954 yılında 16 ülke tarafından imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini yorumlayarak geliştirmiştir. Halen 47 ülke Sözleşmeye taraftır. Bu yargı organı Sözleşmeye hayatiyet ve canlılık katmış, bugüne içtihatlarla gelinmiştir. Mahkeme Sözleşme maddelerini uygulayarak değil yorumlayarak bunu yapmıştır. O halde “...diğer ülkelerin yargı yerleri de önlerine gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak kanun maddesini bağlayıcı norm olarak almaktan ziyade, çerçeve norm olarak değerlendirebilmelidir...”³

Bu çalışmada **vurgulamak** istediğimiz husus; hem annenin – eşitlik ilkesi gereğince – velâyet hakkı kapsamında çocuğunun soyadını belirleme hakkının bulunduğu, hem de mahkeme kararlarında fazla değinilmeyen daha doğrusu lâyıkıyla vurgulanmayan “*çocuğun üstün yararı*” kriterinin Türk mahkemelerince artık kabul edildiğidir.

II. SOYADI KAVRAMI

A. Soyadının Tanımı ve Tarihî Gelişimi

Bir kişinin adı, onun kimliğinin özel bir ifade biçimidir. Ad ve soyadı kişiliğin tamamlayıcı bir parçasıdır. Kişinin kimliğinin ayrılmaz parçası olan soyadı, 743 sayılı eski Medenî Kanunda “aile ismi” olarak da adlandırılmıştır⁴. Genel olarak Türk hukukunda verilen tanımlara göre; her kişi, sahip olduğu kişiliğinin bir unsuru olarak ve diğerlerinden ayırdedilmek için bir ad ve soyadına sahiptir. Ad ve soyadı kişiyi diğer kişilerden ayırmayı sağlayan hukukî bir araçtır, onun ayrılmaz bir parçasıdır. “*Soyadı belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addir.*”⁵ Bugün artık soyadı hukukî bir kavram olarak bütün ülkelerin kanunlarında yer almaktadır.⁶ Tarih boyunca nüfusun az olduğu dönemlerde bile herkesin bir adı olmuştur. İnsanlar yerleşik düzene geçince ve daha kalabalık olmaya başlayınca, ayrıca soyun devamlılığının sağlanması fonksiyonunu yerine getirmesi için ikinci bir isme

³ DEMİRKOL, Selâmi: “İdarî Yargıda Reform” konulu oturumda yaptığı konuşma, Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı 2014, 8 Ocak-10 Ocak 2014, C.3, Ankara 2014, s.313-315.

⁴ ATASOY, Hakan: “Evli Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal mı?’, ‘Bireysel mi?’”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.134 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155586>); YILMAZ, Merve: “Evli Kadının Soyadı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.3, S.10, Temmuz 2012, s.131.

⁵ ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, I. Baskı, Ankara Mayıs 2005, s.23, 31.

⁶ ABİK, Yıldız: age., s.31.

ihtiyaç duymuşlardır. Türkler farklı isimlerle tanımlansa da eskiden beri soyadı kullanmaktadırlar. Osmanlı Devleti döneminde nüfus sayımlarının ilk örnekleri “tahrir”lerdir. Bu tahrirler, öncelikli olarak ülkede mevcut vergi durumu ile vergi mükellef sayısını belirlemek amacıyla yapılmıştır⁷. Osmanlı Devletinde modern manâda ilk nüfus sayımı, yeniçeri ocağının 1826’da kaldırılmasıyla birlikte ortaya çıkan yeni durum içerisinde 1828-1829 tarihinde yapılmıştır. Ancak bu sayım, Rusya ile 1828-1829 yıllarında yapılan savaş sebebiyle tüm ülkede uygulanamamış; savaşın bitmesi üzerine 1830-1831 yılları içerisinde sayım işlemleri yeniden başlatılmıştır⁸.

İlk defa 1882 tarihli Nüfus Nizamnamesine göre yapılan nüfus yazımında “Kişilerin adlarının yanında sanatı, şöhreti, baba adı ve ana adının yazılması...” (md.2) hükme bağlanmıştır.⁹

B. Soyadı Üzerindeki Hakkın Hukukî Niteliği

Soyadı kullanmak kişi açısından mutlak bir haktır, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Nitekim 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun¹⁰ 1. maddesine göre “Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur”. “Söyleyişte, yazışta, imzada, öz ad önde, soy adı sonda kullanılır”.¹¹ Soyadı her şeyden önce bir kişilik hakkıdır. Bu nedenle de soyadı üzerindeki hakta insan onuruna saygı bulunur ve bu da yazılı olmayan bir temel hak niteliğindedir.¹² Soyadı Kanununa göre, “rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumî edelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz.”¹³ Bu yasak hilâfına hareket edilirse, “En büyük mülkiye memurunun vereceği müzekkere üzerine Cumhuriyet Müddiumumisi, 3 üncü maddedeki memnuiyete uygun olmayarak soy adı kullananların bu adı değiştirmelerini ve tarihte ün almış olanlara ilişik anlatan adların, hilâfını iddia ile, kullanılmamasını mahkemeden isteyebilir.”¹⁴

⁷ GÜNEŞ, Mehmet: “Osmanlı Dönemi Nüfus Sayımları ve Bu Sayımları İçeren Kayıtların Tahlili”, Gazi Akademik Bakış Dergisi, C.8, S.15, Kış 2014, s.223.

⁸ AFYONCU, Erhan: “Osmanlı’da Nüfus 30 Yılda Bir Sayılırdı”, 04 Şubat 2018 tarihli Sabah Gazetesi, <https://www.sabah.com.tr/yazarlar/erhan-afyoncu/2018/02/04/osmanlida-30-yilda-bir-nufus-sayilirdi>; GÜNEŞ, Mehmet: agm., s.226.

⁹ Fazla bilgi için bkz. ABİK, Yıldız: age., s.32-37.

¹⁰ 21 Haziran 1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu için bkz. 2.7.1934 tarihli ve 2741 sayılı R.G. Ayrıca bkz. 3. Tertip, 15. C., S. 506.

¹¹ 2525 sayılı Soyadı Kanunu md.2.

¹² ABİK, Yıldız: age., s.39.

¹³ 2525 sayılı Soyadı Kanunu md.3.

¹⁴ 2525 sayılı Soyadı Kanunu md.6.

C. Soyadının İşlevi ve Kazanılması

Soyadının işlevi olarak bireyi ayırt etme, soyun işareti olma, statü işareti olma işlevleri sayılmaktadır. Soyadının kazanılması ise çeşitli yollarla olabilir: Seçme yolu, doğum, evlenme, evlât edinilme, idarî karar ve mahkeme kararı ile soyadı alınabilir.¹⁵

III. VELÂYET KAVRAMI

Velâyet; küçüklerin ve istisnaî olarak kısıtlı ergin çocukların bakımını, korunmasını ve çeşitli yönlerden yetiştirilmesini sağlamak amacıyla, ana babanın, çocukların kişiliklerinin ve mallarının korunmasıyla, onların temsili konusunda sahip oldukları hak, yetki ve ödevler olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır ve yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınmaz.¹⁷ Çocuğun şahsî varlığı bakımından velâyetin kapsamına giren bir diğer hak, çocuğa ad koyma hakkıdır.¹⁸ Medenî Kanunun soybağına ilişkin hükümlerinden olan “Soyadı” da velâyet hakkının çocuk üzerindeki bir diğer yansımasıdır¹⁹.

IV. İLGİLİ MEVZUAT

Çocuğun soyadının değiştirilmesi daha doğrusu bazı durumlarda annesinin soyadını alması konusunun haklılığının etraflıca incelenebilmesi için çalışmamızın başında ulusal ve uluslararası mevzuatı - öncelikle bilinmesi gerektiği düşüncesiyle - toplu halde sunmayı uygun gördük.

A. Ulusal Mevzuat

1. 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (27., 187. 321.maddeler)²⁰

Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyetinin ilk Medenî Kanunu 1926 yılında, günümüzdeki yeni Medenî Kanun ise 22 Kasım 2001 yılında kabul edilerek 1 Ocak 2002’de

¹⁵ ABİK, Yıldız: age., s.47-63.

¹⁶ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s.1074; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1.Basım, Ankara 2014, s.251; UZUN, Tuba Birinci: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1) 2016, s.137.

¹⁷ Türk Medenî Kanunu md.335.

¹⁸ Türk Medenî Kanunu md.339 fıkra 5 hükmü uyarınca, çocuğun adını ana ve babası koyar.

¹⁹ Türk Medenî Kanunu md.321 hükmü, “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.” şeklindedir.

²⁰ 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı yeni Türk Medenî Kanunu için bkz. 8 Aralık 2001 tarihli ve 24607 sayılı RG.

yürürlüğe girmiştir. Yeni Medenî Kanunun “Adın değiştirilmesi” kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir: “Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.” “Kadının soyadı” kenar başlıklı 187. maddesinde de, Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.” hükmü getirilmiştir. Medenî Kanunun “Soyadı” kenar başlıklı 321. maddesi ise “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır.....” şeklindedir.

2. 21 Haziran 1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu (4. madde)

2525 sayılı Soyadı Kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen komumuzla ilgili maddesi (md.4/f.2/birinci cümle) “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır”²¹ şeklindeydi.

Soyadı Kanununun bu maddesi 2011 yılında iptal edilmiş, henüz yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

3. 1982 Anayasası (17/1., 20.,10. ve 41. maddeler)

1982 Anayasasının “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17.maddesinin 1.fıkrasına göre: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddesinin 1.fıkrasına göre: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Anayasanın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine göre: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.....”. Anayasanın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesi şöyledir: “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında

²¹ Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı kararı için bkz. 14/02/2012 tarihli ve 28204 sayılı RG. (Anayasa Mahkemesi, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesinin itiraz yoluyla müracaatı üzerine iptal kararı vermiştir).

eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile plânlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”

4. 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun (50. maddenin 1. ve 2. fıkraları)²²

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun 50. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre: “(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idarî eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. (2) Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

B. Uluslararası Mevzuat

1. 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (3., 23.ve 24. maddeler)²³

Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin “Cinsiyet eşitliği” başlıklı 3.maddesine göre: “Bu sözleşmeye taraf devletler, bu sözleşmede yer alan bütün kişisel....hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.” “Ailenin korunması” başlıklı 23. maddeye göre: “1. Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimdir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir. 2. Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır. 3. Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz. 4. Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli ön-

²² 30 Mart 2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun için bkz. 3 Nisan 2011 tarihli ve 27894 sayılı RG.

²³ 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme için bkz. 18 Haziran 2003 tarihli ve 25142 sayılı RG.

lemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.” “Çocukların hakları” başlıklı 24.maddeye göre: “Her çocuğun... gibi bir ayırmıcılığa tâbi tutulmaksızın ... statüsünün gerektirdiği koruma tedbirlerine hakkı vardır.”

2. 18 Aralık 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) (Başlangıç Hükümleri, 5. ve 16. maddeler)²⁴

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin (CEDAW) “Başlangıç Hükümleri”nde taraf Devletlerin, “...İnsan Hakları Sözleşmelerine Taraf Devletlerin, kadınlar ve erkeklerin tüm ekonomik, sosyal, kültürel, medenî ve siyasî haklardan eşit olarak yararlanmalarını temin yükümlülüğü bulunduğunu vurgulayarak..”, “...Kadınların ailenin refahına ve toplumun kalkınmasına yaptıkları büyük katkıların henüz tam olarak anlaşılmadığının, anneliğin sosyal önemi ve ana ve babanın aile içinde ve çocukların büyütülmesindeki rollerini gözönünde bulundurarak ve kadınların neslin üremesindeki önemli rolünün aile içinde ayırma neden olmaması gerektiğinin, nitekim çocukların yetiştirilmesinde kadın ve erkek ile toplumun tamamının sorumluluğu paylaşmaları gerektiğinin bilincinde olarak..” bu Sözleşmeyi imzaladıkları beyan edilmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinin 1.fikrasının (b) bendine göre, taraf Devletler “.....her durumda çocukların çıkarlarını her şeyden önce gözetecektir...”.

Sözleşmenin 16. maddesinin;

- 1. fıkrasının konumuzla ilgili kısmı şöyledir: “Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır”.

- Madde 16/f.1(d)'ye göre: “Medenî durumları ne olursa olsun, anne ve baba olarak çocuklarla ilgili konularda aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olma; her halükârda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır.”

- Madde 16/f.1(f)'ye göre “Velâyet, vasîlik, kayımlık ve evlât edinme, bu kavramların bulunduğu ulusal mevzuattaki benzer kurumlar bakımından aynı haklara ve yükümlülüklerle sahip olma; her halükârda çocukların menfaatlerine üstünlük tanınır.”

- Madde 16/f.1(g)'ye göre, “Soyadı, meslek ve iş seçme hakları da dahil karı-koca olarak eşit kişisel haklara sahip olacaktır”.

²⁴ 18 Aralık 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmıcılığın Önlenmesi Sözleşmesi için bkz. 25 Haziran 1985 tarihli ve 18792 sayılı RG.

3. 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) (8. ve 14. maddeler)²⁵, Ek Protokol 7 (5.madde)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir: “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” Sözleşmenin “Ayrımcılık yasağı” kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek Protokol No.7’nin “Eşler arasında eşitlik” başlığını taşıyan 5.maddesine göre: “Eşler.....evliliğin sona ermesi durumunda.....çocukları ile ilişkilerinde medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.”

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı²⁶

Anayasa Mahkemesinin kendisine yapılan bireysel başvuru sonucu verdiği “ihlâlin mevcut olduğu”na dair gerekçeli kararında²⁷ atıfta bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadına göre; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmektedir. Ancak “soyadı”nın kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıyla ilgili olduğunu kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve devletin; adların düzenlenmesi konusunu ilgilendirmesinin, bu unsurunu özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştıramayacağını belirtmektedir. Mahkemeye göre; soyadı meslekî bağlamın yanı sıra bireylerin özel ve aile hayatında diğer insanlarla sosyal, kültürel veya diğer türden ilişkiler kurabilmeleri için

²⁵ 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan ve 3 Eylül 1953’de yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye’de 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Onay Kanunu için bkz. 19 Mart 1954 tarihli ve 8662 sayılı RG.

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uluslararası bir teşkilât olan Avrupa Konseyine bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş uluslararası bir mahkemedir. Türkiye AİHM’ne bireysel başvuru hakkını 1987’de; AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini 1990’da kabul etmiştir.

²⁷ Anayasa Mahkemesinin kararı için bkz. B. No: 2014/2033, 26/10/2017.

önemli olup onları dış dünyaya tanıtma fonksiyonunu üstlenmektedir.²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre; “ayırıcılık yasağı” nesnel ve makûl bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesinin kararında göndermede bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi için yaptığı yoruma göre 14. madde; diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayırıcılığa karşı koruma sağlamaktadır, ancak her farklı muamele bu maddeye aykırı olmamakta, eşdeğer veya benzer bir konumdaki diğer bireylere imtiyazlı muamele yapılmaktadır. Bu farkın ayırıcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gereklidir, bu kapsamda farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makûl bir nedeninin olmaması gerekmektedir. Böyle bir nedenin varlığı demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirilecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu bağlamda Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşrû bir amacı bulunmasının da yeterli olmadığını belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre; kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makûl bir oransal bağ olması da zorunludur. Mahkeme; taraf devletlerin; benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi hallerde farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önemli bir ayırıcılık temeli olan cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin Sözleşmeye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gerektiğini belirtmektedir.²⁹

V. SÜREÇ: OLAYLAR VE OLGULAR

A. Davacılar Tarafından Sürecin Başlangıcında Aile Mahkemesine Çocukların Soyadının Değiştirilmesi İçin Dava Açılması

Davacılar aile mahkemesine dava açmışlar, boşanma davası sonunda çocukların velâyetinin birinci davacı anneye verildiğini, çocukların anneye birlikte yaşadıklarını, annenin soyadının çocukların soyadı olarak kullanılması konusunda “çocukların üstün yararı”nın bulunduğunu belirtmişlerdir. Davacılar; Anayasa Mahkemesinin; 2525 sayılı Soyadı Kanununun “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” maddesini iptal ettiğini

²⁸ AİHM Burghartz/İsviçre kararı için bkz. B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; Stjerna/Finlandiya, B. No: 18131/91, 25/11/1914, § 37; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29.

²⁹ Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004, § § 49-53; Zarb Adami/Malta, B. No: 17209/02, 20/6/2006, § § 71-74.

ifade etmişler, bu iptal kararından sonra velâyeti anneye verilen çocukların soyadının anne tarafından değiştirilmesinin önünde bir engel kalmadığını dile getirmişlerdir.³⁰

B. Aile Mahkemesinin Davayı Ret Kararı

Aile mahkemesi soyadı değişikliği talebiyle açılan davayı reddetmiştir. Aile mahkemesinin gerekçesi şudur: Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Soyadı Kanununun (md. 4/f.2) “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.” şeklindeki hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ise de yerine Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle halen Medenî Kanunun konumuzla ilgili 321.maddesi geçerlidir. Söz konusu maddeye göre: “Çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını alır.” Bu hüküm değiştirilmemiş olup yürürlüktedir. Bu hükme göre de boşanan eşlerin çocuklarının baba soyadını taşıyacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmiştir.³¹

C. Yargıtayın Aile Mahkemesinin Red Kararını Onaylaması

Yargıtay; Ankara 5. Aile Mahkemesinin soyadı değişikliği talebini reddeden kararını – özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesi nedeniyle – yerinde bulmadığı temyiz istemini reddederek usule ve kanuna uygun bularak hükmün onanmasına karar vermiştir.³²

D. Başvurucuların Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Bulunması³³

1. Başvuru sahibinin dava dilekçesi

Başvurucular, 5. Aile Mahkemesine verdikleri dava dilekçesinde bahsettikleri beyan ve gerekçelerde boşanma davası sonrasında müşterek çocuklarının velâyetinin birinci başvuru anneye verildiğini, başvuru çocukların başvuru anneyle birlikte yaşadıklarını tekrar belirtmişlerdir. Sonra da annenin soyadının çocukların soyadı olarak kullanılması konusunda çocukların üstün yararı bulunduğunu vurgulamışlardır. Başvurucular Anayasa Mahkemesinin Soyadı Kanununun ilgili maddesini iptal etmesinden sonra velâyeti anneye verilen çocukların soyadının anne tarafından değiştirilmesinin önünde bir engel kalmadığını ifade etmişlerdir. Başvuruculara göre, birinci başvuru anne velâyeti kendisinde olan çocuklarının soyadını mevcut mevzuata göre değiştirememektedir. Babanın; soyadını belirleme hakkı bulunduğu halde, velâyet hakkına sahip olmasına rağmen anne çocuklarının soyadını belirleyememektedir.

³⁰ Ankara 5. Aile Mahkemesine verilen 11/10/2012 tarihli dilekçe.

³¹ Ankara 5. Aile Mahkemesinin 13/2/2013 tarihli ve E. 2012/1380, K.2013/187 sayılı kararı.

³² Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17/12/2013 tarihli ve E.2013/12052, K.2013/29876 sayılı kararı.

³³ 17/2/2014 tarihli ve 2014/2033 sayılı başvuru.

Böylece hem eşitlik ilkesi hem de kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ihlâl edilmektedir.

2. Adalet Bakanlığının görüşü

Anayasa Mahkemesi Adalet Bakanlığına görüş sormuş, Bakanlık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına atıfta bulunarak kadının haklarını savunan bir görüş bildirmiştir.

3. Anayasa Mahkemesinin kararı³⁴

a. Anayasa Mahkemesinin başvuru genel olarak değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle şunu ifade etmiştir: “Anayasa Mahkemesi olayların başvurucular tarafından yapılan hukukî nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukukî tavsifini kendisi takdir eder.”³⁵ Anayasa Mahkemesi daha sonra Anayasanın ilgili hükmü gereğince (md 17/1); herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Bu düzenlemede yer alan maddî ve manevî varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesi³⁶ çerçevesinde özel hayata saygı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre “soyadı”, bireyin yaşamıyla özdeşleşmiştir, kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir. Birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biridir. Vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının, kişinin manevî varlığı kapsamında bulunduğu açıktır. Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri, aile bağları ile ilgili bilgiler, bunlarda değişiklik ve dü-

³⁴ B.No:2014/2033, 20/10/2017.

³⁵ Tahir Canan/Türkiye, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16.

³⁶ AİHS'nin 8.maddesi: “Özel ve aile hayatına saygı hakkı: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makâmının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”.

zeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra “isim hakkı” da Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın 17.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.^{37 38} Somut başvurudaki velâyet hakkı tevdi edilen çocukların soyadının birinci başvuru edenin kendi soyadıyla değiştirilmesi yönündeki talebi, velâyet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanılmasıyla ilgilidir. Bu da anayasanın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı kapsamında ele alınması gereken bir hukukî değerdir.³⁹ Somut başvuruda “eşitlik ilkesi”nin ihlâl edildiği iddiası da bulunmaktadır. Bu bağlamda başvurunun; 20.maddeyle bağlantılı olarak Anayasanın “kanun önünde eşitlik” başlıklı 10.maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.⁴⁰

b. Başvurunun kabul edilebilirlik yönünden ele alınması

Anayasa Mahkemesine göre başvuru dayanaktan yoksun değildir, kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmamaktadır. Bundan dolayı başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

c. Başvurunun esas yönünden incelenmesi

Anayasa Mahkemesi; boşanmış eşlerin çocuklarının soyadının belirlenmesi noktasında velâyet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında farklı şekilde gerçekleştirilen işlemlere yönelik uyuşmazlıkların konu edildiği başvuruları detaylı şekilde ele almış ve genel ilkeleri belirleyerek sonuca ulaşmıştır⁴¹: Anayasa Mahkemesi benzer olaylara ilişkin daha önceki kararlarında⁴²; eşlerin -evliliğin devamı boyunca ve boşanmada (boşandıktan sonra) sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından- aynı hukuksal konumda olduğunu vurgulamıştır. Erkeğe velâyet hakkı kapsamında tanınan, çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının velâyet

³⁷ 1982 tarihli Türk Anayasasının 17/f.1 maddesi: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”.

³⁸ Anayasa Mahkemesinin 30 Mart 2012 tarihli ve E.2011/34, K.2012/48 sayılı kararı; 10 Mart 2011 tarihli ve E.2009/85, K.2011/49 sayılı kararı; AİHM Hayriye Özdemir/Türkiye, B.no: 2013/3434, 25/6/2015, § 41.

³⁹ 1982 tarihli Türk Anayasasının 20. maddesi: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”.

⁴⁰ 1982 tarihli Türk Anayasasının 10. maddesi: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”.

⁴¹ AİHM. Nurcan Yolcu [GK], B.No: 2013/9880, 11/11/2015; Gülba Özgüler [GK], B.No:2013/7979, 11/11/2015.

⁴² AİHM Nurcan Yolcu [GK], B.No: 2013/9880, 11/11/2015.

hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı muamele oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır: Anayasa Mahkemesi bu sonuca varırken şu gerekçelere dayanmıştır: Çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla soyadı taşımasında çocuğun ve kamunun açık menfaati vardır. Yine nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında da çocuğun ve kamunun menfaati vardır. Ama çocuğun soyadını belirlemede yalnızca babanın soyadı esas alınmakta ve bu uygulama sürdürülmektedir. Bu sürdürülme sonucunda ortaya annenin hakları aleyhine bir farklılık çıkmaktadır. Ancak yargı makamları annenin soyadının çocuğa verilmesinin çocuğun menfaatlerine nasıl bir olumsuz etki yapacağını açıklayamamaktadırlar. Bunun yanı sıra velâyete ilişkin değişikliklerin sonrasında soyadının da değiştirilebilmesi yetkisinin verilmesinin nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliğini ve istikrarı zedeleyeceği ileri sürülmektedir. Ayrıca çocuğun ruh hali üzerinde çok derin ve etkili travma yaratacağı iddia edilmektedir. Her iki gerekçe Anayasa Mahkemesi tarafından tatminkâr bulunmamıştır. Kaldı ki çocuk reşit oluncaya kadar veya baba Medenî Kanununun “*adin değiştirilmesi*” başlıklı 27.maddesine göre soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün değildir. Evliliğin devamı süresince veya sona ermesi durumunda babanın kendi soyadında yapacağı değişikliğin çocuğa sirayeti suretiyle çocuğun soyadında değişikliğe neden olabileceği de Anayasa Mahkemesi tarafından tartışılmaktadır. Burada cinsiyete dayalı farklı bir muamele söz konusudur ve ölçülülük ilkesinin ihlâli vardır. Mahkemeler kararlarında bu farklılığı haklı kılacak önemli ve kuvvetli gerekçelere yer vermemektedirler. Yine Anayasa Mahkemesine göre yargı kararlarında öncelikle; çocuğun soyadını belirlemede velâyet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkeğe yapılan farklı muamele makûl şekilde gerekçelendirilmemektedir. İkinci olarak, yargı kararları; çocuk reşit oluncaya kadar veya baba Medenî Kanununun 27.maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir şartta mümkün olmadığı tespitlerine yer vermektedir. Ancak kadın eş için haklı sebeplerin bulunması durumunda bile çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan bu uygulamayı Anayasa Mahkemesi ölçülü bulmamaktadır.

d. Başvurunun Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun yönünden ele alınması

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanununun konumuzla ilgili maddesi (md.50/8f.1 ve 2) şöyledir: “(1) *Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. (2) Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunmayan*

hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”. Somut olayımızda başvurucular yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruda Anayasanın 20. ve 10. maddelerinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. 20. madde “*Özel hayatın gizliliği ve korunması*” başlığını taşımakta ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına almaktadır. 10.madde “*Kanun önünde eşitlik*” başlığını taşımakta ve “*ayırıcılık yasağı*”nı güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi aile hayatına saygı hakkıyla birlikte ayırıcılık yasağını ele almış, ayırıcılık yasağının ihlâl edildiği sonucuna varmış, bu ihlâlin sonuçlarının ortadan kaldırılması için “*yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapması için aile mahkemesine gönderilmesi*”ne karar vermiştir.

e. Anayasa Mahkemesinin hükmü ve Anayasa Mahkemesi kararından çıkan sonuç

Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesinden şu sonucu çıkarabiliriz:

Anayasa Mahkemesi öncelikle “aile hayatına saygı” hakkıyla birlikte ele alınan “ayırıcılık yasağı”nın ihlâl edildiğine ilişkin başvurunun “kabul edilebilir” olduğuna karar vermiştir. Bundan sonra da Anayasanın 20.maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkıyla bağlantılı olarak 10.maddede güvence altına alınan ayırıcılık yasağının ihlâl edildiğine hükmetmiştir.

- Çocukların velâyetinin annede olması halinde çocuk anne soyadını alabilir ve kullanabilir.

- Ayırıcılık yasağı aile hayatına saygı hakkı ile birlikte ele alınmalıdır.

- Çocukların baba soyadını kullanması yönünde verilen karar bu ayırıcılık yasağını ihlâl etmiştir.

- Bu kararın; ihlâlin sonuçlarını ortadan kaldırması için “yeniden yargılama” yapılmak üzere ilk derece mahkemesi olan aile mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

E. Aile Mahkemesinin Verdiği Uyma Kararı

Dava; Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yargılama isteğiyle aile mahkemesine geri gönderilmiştir. Aile mahkemesi; Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda ve Anayasa Mahkemesi kararları yargı yerlerini bağlayıcı olduğundan davanın

kabulüne, çocukların soyadlarının değiştirilerek annenin soyadının verilmesine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.⁴³

F. Aile Mahkemesinin Uyuma Kararı İle İlgili Yargıtay Kararı

Aile Mahkemesinin verdiği uyuma kararını davalı baba temyiz etmiştir. Yargıtay ise “...boşanma sonucu velâyeti anneye verilen küçüklerin, anne soyadını almasının, küçüklerin üstün yararına aykırı olmadığına da anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle... onanmasına...” oyçokluğuyla karar vermiştir.⁴⁴

VI. AİLE MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. “Soyadı”nın Öneminin Bir Kişilik Hakkı Olarak Vurgulanması Gerektiği Değerlendirmesi

Çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarın sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık menfaati vardır. Soyadı, kişinin manevî varlığı kapsamındadır. Kimlik

⁴³ Ankara 5. Aile Mahkemesinin 22.3.2018 tarihli ve E.2018/188, K.2018/492 sayılı kararı.

⁴⁴ T.C. Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 20.12.2018 tarihli ve E.2018/4826, K.2018/15033 sayılı kararı. Karara muhalif kalan üye karşioy yazısında, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlâl kararlarının soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu olan idarî işlem veya karar açısından geçerli ve bağlayıcı olduğunu, aile mahkemesi tarafından daha önce verilen ret kararının, erkeğe veyâlet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasına ve bu durumun Anayasanın 10.maddesinde güvence altına alınan ayırıcılık yasağının ihlâlüne ilişkin bulunduğunu, o halde Anayasa Mahkemesi tarafından dosyanın esasına ilişkin bir değerlendirme yapılmadığının açık olduğunu öncelikle dile getirmiştir. Daha sonra kadının velâyet hakkına dayanarak çocuğun soyadını belirleme hakkı kapsamında dava açabilmesine olanak bulunmakla beraber “...açılan davada, annenin soyadının çocuğa verilmesi talebinin kabulünün zorunlu olacağı; başka bir ifade ile davanın kabulü zorunluluğu bulunduğu anlamına gelmez...” şeklinde bir sonuca varmıştır. Boşanma sonucunda velâyet hakkının anneye verilmiş olmasının, yalnız başına çocuğun soyadının değiştirilmesi için bir gerekçe olamayacağını, hukukî mevzuatın da buna onay vermediğini eklemiştir. Muhalif üye bu açıklamasının hemen ardındaki paragrafta ise “...yasal mevzuat ve Anayasa Mahkemesinin kararında bahsi geçen uluslararası sözleşme hükümleri gereğince bu türden bir talebin yapılabileceği konusunda duraksama bulunmadığı...” şeklinde – diğer açıklamalarıyla çelişkili olduğunu düşündüğümüz – bir ifade kullandıktan sonra bu talebin yargılanmasında “küçüğün yüksek menfaatinin de soyadı değişikliğini haklı kılmamasını ispat zorunluluğunun mevcut bulunduğunu, bu haklılığı ispat yükümlülüğünün de bunu iddia edecek olan davacı tarafa ait olduğunu”nu ilâve etmiştir. Muhalif üye devamlı somut olayda, davacının mevcut dosya kapsamı itibarıyla, soyadının değiştirilmesinin çocuğun üstün menfaatine uygun olduğunu ispatlayamadığı, mahkemenin davayı kabul gerekçesinde de bu hususta bir tespite yer verilmediği, bu nedenle hükmün bozulması gerektiği neticesine vardığını, çoğunluğun onama kararına katılmadığını belirtmiştir.

bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarla ilgili değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanısıra isim hakkı da bir kişilik hakkıdır.

B. Velâyet Hakkı Açısından Nitelendirme Yapılması Gerektiği Değerlendirmesi

Velâyet hakkı kapsamı içinde çocuğun soyadını belirleme hakkı da bulunmaktadır. Erkeğe velâyet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkı tanınmıştır. Kadına velâyet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkı tanınmazsa bu; cinsiyete dayalı farklı muamele yani ayrımcılık yapıldığı anlamına gelir. Kaldı ki; evlilik birliği içinde doğan çocuğun taşıdığı ailenin soyadını, evlilik birliğinin sona ermesiyle velâyet hakkı kendisine tevdi edilen annenin kendi soyadı ile değiştirmesini engelleyici yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da mahkeme kararlarında özellikle dile getirilmelidir.

C. Konunun Çocuk Psikolojisi Açısından İncelenmesi Gerektiği Değerlendirmesi

Küçük çocuklar bilinçlendikçe kendi soyadları ile annelerinin soyadı arasındaki fark kendileri açısından anlaşılmaz görünmektedir. Bu durum onların üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Özellikle küçük çocuklar arkadaşlarının bu konudaki sorularını cevaplayamamaktan ötürü kırıklık, eziklik ve mahcubiyet hissetmekte, psikolojileri etkilenmektedir. Bundan sonra çocuğun soyadının değiştirilmesi ile ilgili olarak verilecek mahkeme kararlarında sözkonusu değişikliğin “çocuğun üstün yararı”na aykırı olmayacağı ve çocuğun soyadı değişince kişisel durumunun değişmeyeceği işlenmeli ve vurgulanmalıdır.

D. Ulusal Mevzuat Açısından Başka Hükümlere de Vurgu Yapılması Gerektiği Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi Soyadı Kanununun (md.4/f.2) *“Evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.”* hükmünü iptal etmiştir. Aile mahkemesi bu hüküm iptal edilmiş olsa bile yerine yeni bir düzenleme yapılmadığından davayı reddetmiştir. Bu gerekçenin hukukî bir dayanağı bulunmamaktadır. Aksine yeni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç yoktur. Çünkü mevcut hukukî kaynaklar davanın kabulü için yeterlidir. Anayasa Mahkemesinin konumuzla ilgili iptal gerekçeleri karşısında yine Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği Soyadı Kanununun ilgili hükmü paralelinde yeni bir düzenleme yapılması da genel hukuk ilkelerine aykırı düşer. Anayasanın 90/5.maddesine göre: *“.....Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”*

⁴⁵ Görüleceği üzere bu hüküm karşısında soyadı ile ilgili bir kanunî boşluk bulunmamaktadır. Milletlerarası antlaşmalardaki hükümler uygulanacaktır.

Medenî Kanunun 321.maddesine göre: “Çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını alır.” Bu hüküm aile mahkemesi tarafından davanın reddi için dayanak gösterilmiştir. Halbuki bu hükmün davanın reddine değil bilâkis davanın kabulüne dayanak olabileceği davacılar tarafından temyiz dilekçesinde belirtilmiştir. Medenî Kanunun 1.maddesine göre: “Kanun sözüyle ve özülle değiştiği bütün konularda uygulanır.” 321.madde hükmü “sözülle” uygulanırsa; çocuğun ana ve baba evliyse ailenin soyadını alacağı tabiidir. Ana babanın evliliği fesih, boşanma gibi herhangi bir sebepten dolayı sona ererse evlilik ortadan kalktığına göre çocuğun soyadı yani ailenin soyadı Medenî Kanunun “kadının soyadı” başlıklı 187.maddesine göre “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir...”. O halde evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde kadının evlenmekle aldığı kocasının soyadı değiştirilebilir. Medenî Kanunun 321.maddesi; evlilik devam ettiği sürece çocuğun ailenin soyadını yani babanın soyadını alacağını düzenlemektedir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden evlilik sona erdiği takdirde çocuğun soyadının değiştirilebileceği sonucuna varılmaktadır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırimcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), 4721 sayılı Medenî Kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sözü edilen sözleşmeler ile Medenî Kanunun ana ilkesi ve teması şu şekilde oluşmaktadır: Evli olsun, boşanmış olsun, her durumda, kadın-erkek eşitliğinin mutlak olarak sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Kadına karşı hiçbir ayırimcılık yapılmayacaktır. Evli veya boşanmış eşlerden birisine tanınan hakkın, aynen diğerine de tanınması gerekmektedir. Bütün bu saydıklarımız, adı geçen metinlerde vurgulanarak pekiştirilmektedir.

Boşanmış eşlerden erkek, velâyetine sahip olduğu çocuğuna kendi soyadını verebildiğine göre aynı durumdaki çocuğun velâyetine sahip anneye de aynı hakkın tanınmaması, mutlak eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu uygulama; kadın aleyhine bir ayırimcılık oluşturduğundan Anayasaya, Medenî Kanun ve burada değindiğimiz diğer uluslararası sözleşmelere aykırıdır. Anayasanın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41.maddesi de başvurulabilecek hükümlerdendir.

⁴⁵ 7.5.2004 tarihli ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 5170 sayılı Kanun.

E. Uluslararası Mevzuat Açısından Başka Hükümlere de Yer Verilmesi Gerekliği Değerlendirmesi

Burada ayrıca Anayasa Mahkemesi kararında değinilmemiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek Protokol No:7'nin “Eşler arasında eşitlik” başlığını taşıyan 5.maddesini de hatırlatmak gerekir. 5.maddeye göre “Eşler.... evliliğin sona ermesi durumunda....çocukları ile ilişkilerinde medenî haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.”

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırmacılığın Önlenmesi Sözleşmesinin mahkeme kararında değinilmeyen Başlangıç Hükümlerinin 14. ve 15. paragraflarını da burada dile getirmekte fayda vardır.

14. paragrafta “Erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşmesi...”, 15. paragrafta “...ayırmacılığın her şekli ve oluşumunun ortadan kaldırılması...” ibareleri geçmektedir. Sözleşmenin 1. ve 2.maddeleri de konuyla ilgilidir. 1. madde “kadınlara karşı ayırım” ifadesini tanımlamaktadır.

Ayrıca aynı Sözleşmenin mahkeme kararında geçmeyen 2.maddesinin 1.fıkrası “Kadınlara karşı ayırmacılık oluşturan mevcut yasaları, hukukî düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek veya kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak” demektedir.

O halde yerel mahkemenin zikrettiği yeni bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi Anayasanın uluslararası mevzuatı üstün tutan 90/5.maddesi karşısında geçerli değildir, ortada bir hukukî dayanak bulunmamaktadır. Kaldı ki Türkiye Büyük Millet Meclisi; Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki hükümlerle çelişen bir düzenlemeyi zaten yapamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi uluslararası sözleşmelerle çelişen yeni bir düzenleme yapsa bile, 90.maddenin 5.fıkrasına göre uluslararası sözleşmelerin hükümleri uygulanacaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uluslararası sözleşmelerle çelişmeyen yasal bir düzenleme yapmasını beklemenin de hukukî ve pratik bir değeri yoktur, çünkü zaten uluslararası sözleşmelerin hükümleri yeterlidir.

Aile mahkemesi verdiği kararda dava konusu edilen – çocukların annelerinin soyadını alması gerektiği yönündeki- “talebi yalnızca “aile hukuku” ve “velâyet hakkı” açısından değerlendirmiştir. Hâlbuki davacının temyiz dilekçesinde de belirtildiği gibi; asıl dava konusu olan ve değerlendirilmesi gereken, “çocukların hakları ve yararları”dır. O halde davanın asıl konusu; “çocukların haklarının ve yararlarının korunması” için kanunî tedbirlerin alınmasıdır.

Çalışmamızın uluslararası mevzuat bölümünde yazdığımız Birleşmiş Milletler Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesinin 23. ve 24. maddeleri, BM Kadına Karşı Her

Türlü Ayırıcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin 5.maddesinin (b) fıkrası, 16.maddesinin 1/f ve “/d fıkraları “çocukların çıkarları”nı düzenlemektedir. O halde çocukların hakları, yararları, çıkarlarının hukukî açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak;

- Soyadı Kanununun ilgili maddesinin (md.4/f.2) iptal edilmesi yasal düzenleme boşluğu yaratmamaktadır.

- Bu davalarda Anayasanın, Medenî Kanunun, uluslararası sözleşmelerin mutlak eşitliğe ve kadınlara karşı her türlü ayırıcılığın ortadan kaldırılmasına dair hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

- Bu tip olaylarda çocukların sosyal, psikolojik ve eğitim hayatlarına olumlu katkılar sağlayacağı için, soyadı değiştirilmesinin tamamen çocukların “menfaati”ne olduğu ve bu değiştirilme konusunda “hakları”nın bulunduğu değerlendirilip tartışılmalı ve işlenmelidir.

VII. ANAYASA MAHKEMESİNİN “HAK İHLÂLİNİN MEVCUT BULUNDUĞU”NA DAİR KARARININ İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI

A. Kamu Yararı

Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan “Boşanmış eşlerin çocuklarının soyadlarının velâyet hakkı sahibi annenin talebi doğrultusunda değiştirilmesine imkân tanınmamasının hak ihlâli oluşturduğu”na ilişkin kararın dayanağı olan hukuksal uyumsuzluk, esas itibarıyla bir özel hukuk uyumsuzluğudur. Bu nedenle sonuçlarını özel hukuk alanında doğurmaktadır. Ancak söz konusu kararın idare hukukunda da bir kısım yansımalarının olduğu görülmektedir. Zira, en nihayetinde Anayasa Mahkemesinin kararı doğrultusunda aile mahkemesinde yargılama yeniden yapılacak ve Yargıtay tarafından tasdik edildikten sonra kesinleşecek aile mahkemesi kararının nüfus idaresine sunulması neticesinde de nüfus kütüğündeki kaydın düzeltilmesi gerçekleşecektir.

Bilindiği üzere, “ad”ın fonksiyonlarından biri de kişilerin birbirinden ayırt edilebilmesini sağlayarak toplumda bir düzen tesis etmesidir. Bu şekilde düzen sağlanmasında idare hukukunun başlıca kavramlarından olan “kamu yararı” mevcuttur. Şöyle ki; “ad”ın düzen sağlama fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için “adın değişmezliği ilkesi”nin varlığı gereklidir. Bu ilkeyi esas alan Türk Medenî Kanununun 27. maddesi gereğince, kişiye ait ad ve soyadı yalnızca haklı sebepler olduğunda, yargı kararı ile değiştirilebilmektedir. Adın yalnızca yargı kararı ile değiştirilmesi, kişilerin adlarının değişmemesi yönünde olan kamu yararını muhafaza etmek açısından büyük ölçüde yeterli olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında boşanmış ancak velâyet hakkına sahip olan

annenin çocuğuna kendi soyadını vermek istemesi sonucu ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin **Anayasa Mahkemesi kararı, bu husustaki kamu yararının çocuğun özel yararına kıyasla çoğunlukla geri plânda kaldığını göstermektedir.**⁴⁶

B. Eşitlik ve Sosyal Devlet İlkeleri

Barınma, eğitim, sağlık gibi gereksinimlerin ve hakların giderilmesinde çocuğun velâyeti kendisinde olan anne, aynı soyadı taşımadığı gerekçesiyle, çocuğun yasal temsilcisi olduğunu her işlemde ayrı ayrı ispatlamak durumunda kalmakta, bu da eşitlik ilkesine dayanan sosyal devlet anlayışına uygun düşmemektedir. Dolayısıyla, burada bir “sosyal dışlanma” söz konusu olmaktadır. Kişilerin vatandaşlık haklarından kolayca istifade etmeleri beklenirken, tam aksi yönde bir durum meydana gelmektedir.⁴⁷

C. Anayasa Mahkemesi Kararının Sübjektif ve Objektif Etkileri

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararın sübjektif ve objektif olmak üzere iki farklı etkisi bulunmaktadır. Kararların sübjektif etkisi⁴⁸ Anayasa Mahkemesine başvuran başvurucunun kendisine yönelik bireysel açıdan somut bir tedbire başvurulmasını veya işlem tesisini gerektirir.⁴⁹ Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin kararları “ihlâl ve sonuçlarının sonlandırılması”na yöneliktir. Kararın objektif etkisi ise gerçekleşebilecek benzer nitelikli ihlâllerin önüne geçmek için yasama, yürütme ve yargı organları tarafından genel nitelikli tedbirlere başvurulmasını gerektirir. Bu gereklilik kendisini yürütme organı ve dolayısıyla onun uzantısı olan idare açısından işlem ve eylemlerinde değişiklik yapma yoluna gitme olarak gösterir.⁵⁰

⁴⁶ KARAŞAHİN, Yasin Alperen: Anne ve Babası Boşanan Çocuğun Soyadı İle İlgili Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararları, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademisinin-sesi,s.3>.

⁴⁷ HOŞGÖR, Ayşe Gündüz: “Kadın Vatandaşlık Haklarındaki En Temel Sorun: Nüfus Cüzdanım Yok ki!”, *Toplum ve Demokrasi Dergisi*, C.2, S.4, Eylül-Aralık 2008, s.30.

⁴⁸ Yargı kararlarında esasen verilen kararın sübjektif etkisi dikkate alınmaktadır. Bu açıdan bkz., Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12.01.2016 tarihli ve E. 2015/24695, K.2016/361 sayılı kararı. Yargıtay'a göre Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği hak ihlâli kararları “soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idarî işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcı”dır.

⁴⁹ Aile Mahkemesinin Anayasa Mahkemesince verilen hak ihlâlini giderecek şekilde karar vermesi ve kesinleşen Aile Mahkemesi kararının Nüfus İdaresine sunularak nüfus kütüğünde velâyet altındaki çocuğun soyadı hanesine boşanmış annenin soyadının işlenmesi işlemi.

⁵⁰ KARAN, Ulaş: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, *İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi İstanbul*, Temmuz 2017, s.13. Örneğin, bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi, kendi kararlarının

5982 sayılı Kanunla, Anayasasının, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine geçtiğimiz yıllarda bireysel başvuru yolu eklenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğunu belirten 153. maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış olması Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin kararlarının bağlayıcılığı ve kesinliği hususunda, somut norm denetimi ve soyut norm denetimi kararlarından ayrı değerlendirilmesini gerektirecek bir irade ortaya koymamıştır. Bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin tüm kararları bakımından belirtilen maddeler uyarınca bireysel başvuru sonucu verdiği kararların da kesinlik ve bağlayıcılık unsurlarına sahip olduğu söylenebilir.⁵¹ Anayasa Mahkemesinin hak ihlâli kararı verdiği aşağıda künyesi verilen uyuşmazlıklar aile mahkemesinde açılan nüfus düzeltme davasına dayanmaktadır. Nüfus kütüklerinin tutulması, idare hukuku çerçevesinde idarî usûl ve esaslara göre tesis edilen idarî işlemlerle sağlanmaktadır. Söz konusu hizmet bir kamu hizmetidir ve İçişleri Bakanlığı bünyesinde yer alan Nüfus İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yapılmaktadır. İdarî işlemlerin yargısal denetimi idarî yargı yerlerince gerçekleştirilmekle beraber, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi husundaki uyuşmazlıkların kanun koyucu tarafından adlî yargının görevine dahil edildiği görülmektedir. Nüfus idaresinin re'sen ya da talep üzerine nüfus kütüklerinde düzeltme yapma yetkisi yoktur.⁵² Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği hak ihlâli kararının sübjektif ve objektif etkisinin nüfus idaresi açısından geçerli olup olmadığı yani verilen kararın nüfus idaresi açısından bağlayıcı olup olmadığı veya hangi durumda ve hangi ölçüde bağlayıcı olduğu, bağlayıcı ise kararın gereğinin nüfus

uygulanmasını sağlayan mekanizmalara sahip olmaması sebebiyle bakanlıklar ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı bünyesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının takibinden ve icrasından sorumlu bir birim kurularak koordinasyonun sağlanması önerilenler arasındadır. Ya da en azından her ne kadar boşanmış velâyet hakkı sahibi annenin soyadını velâyeti altındaki çocuğa vermesine Anayasa ve uluslararası sözleşme hükümleri olanak tanısa da bu hususun açıkça yasal düzenlemeye kavuşması için Nüfus İdaresinin bağlı bulunduğu İçişleri Bakanlığı tarafından yasa tasarısı hazırlanarak yasa boşluğu açısından yasama organı harekete geçirilebilir. GÖZTEPE, Ece Çelebi: "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı Dergisi, S.33, Y.2016, s.93-118. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2016/6.pdf, s.106,113.

51 ÖZTEPE, Ece Çelebi: agm., s. 96.

52 NOHUTÇU, Ahmet: İdarî Yargı, Ankara 2016, s.145. Ancak 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu md.35/1 gereğince, olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltilebilir. Yine kanunda öngörülen istisnâî durumlarda nüfus kayıtlarında maddi hatalar dışında dayanak belgesine istinaden düzeltme yapılabilmesi mümkündür. Bu açıdan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu md.33/1'de ölmüş olduğu halde nüfusta sağ görünen kişilere ilişkin kayıtların düzeltilmesi için gerekli belgelerin nüfus müdürlüğüne ibrazının yeterli olacağına ilişkin düzenleme getirmiştir.

idaresince nasıl yerine getirileceği ve kararın gereğinin yerine getirilmemesi durumunda idarenin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı sorularının cevabı yine Anayasadadır. Anayasanın “Anayasa Mahkemesinin kararları” başlıklı 153/6. maddesi şöyledir: “Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” Yine Anayasanın 138/4. maddesinde ise “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Ancak, bu kararların objektif etkisinin olup olmadığına ilişkin bir belirsizlik mevcuttur. Başka bir ifade ile somut olayla çözüme kavuşmuş gözükken ve bunun sonucunda yapılan değişiklik, başvuruda bulunmayanlar için de etki doğuracak mıdır? Nitekim uygulamada da karışıklık çıkmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesinin verdiği, evli kadınların, eşlerinin soyadını zorunlu olarak taşımalarına ilişkin üç ihlâl kararının⁵³ bulunmasına rağmen, gereken kanunî düzenlemeler yapılmamıştır. Nüfus idareleri, kendileri Anayasa Mahkemesine başvurmamış olan ancak başkalarının emsal kararlarını göstererek müracaat eden bireylerin istemlerini reddetmektedir. Gerekçe olarak da söz konusu kararların kendileriyle ilgili olmadığını ve objektif bağlayıcılık kriterinden yoksun bulunduğunu ileri sürmektedir⁵⁴.

D. Anayasa Mahkemesinin Kararı ve Nüfus İdareleri

5982 sayılı Kanunla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama yetkisi tanınmıştır. Anayasa Mahkemesinin bütün kararları bağlayıcı ve kesindir (Anayasa md.153/son ve md.138/son). Bu bağlayıcı ve kesin kararların gereğini yerine getirme hususunda muhataplardan biri de “idare”dir. Yani Anayasa Mahkemesi kararları “idare” açısından da bağlayıcıdır. İdarenin de kararların gereğini yerine getirmekle yükümlü olduğunu vurguladıktan sonra belirtilmesi gereken husus, bağlayıcılığın Anayasa Mahkemesinin kararında “hak ihlâli vardır” dediği uyuşmazlıkla mı sınırlı olduğu yoksa aynı yöndeki başka uyuşmazlıklar açısından da genel bağlayıcılık niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Nüfus müdürlüklerinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmayan kişilerin taleplerini, “bu kararların kendilerine ilişkin olmadığı ve genel bağlayıcılık niteliği taşımadığı” gerekçesiyle reddettiği belirtilmektedir.⁵⁵ Burada Anayasa

⁵³ Anayasa Mahkemesi’nin örnek kararları:2013/2187 (Sevim Akat Ekşi) (19.12.2013); 2014/5836 (Neşe Aslanbay Akbıyık) (16.4.2015); 2013/4439 (Gülsüm Genç) (6.3.2014).

⁵⁴ GÖZTEPE, Ece Çelebi: agm., s.100.

⁵⁵ Söz konusu durumun evli kadınların kendi soyadlarını tek başına kullanmalarına yönelik talepler açısından gündeme geldiği belirtilmiştir. Evli kadının yalnızca kendi soyadını kullanabileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. B. No: 2013/2187,19.12.2013. Gerek Nüfus İdaresi gerek yargı pratiği doktrinin aksine Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararın sadece mevcut davanın tarafları açısından etkili olduğuna yani genel bağlayıcı

Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği kararların idare tarafından genel bağlayıcı nitelikte kabul edilmediği görülmektedir. Bu durumun mefhum-u muhalifinden Anayasa Mahkemesi hak ihlâli kararı verdiğiğinde, nüfus müdürlüğü, “Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapan davacının, Anayasa Mahkemesi kararı ile nüfus müdürlüğüne başvurması halinde nüfus kaydında gerekli düzeltmeyi yapacaktır” şeklinde bir sonuç çıkacaktır. Dolayısıyla somut uyuşmazlık konusu açısından bakıldığında Anayasa Mahkemesinin davacı açısından hak ihlâlinin gerçekleştiğine ilişkin kararını⁵⁶ mevcut uyuşmazlıktaki davacı, nüfus müdürlüğüne ibraz ederek nüfus kaydının düzeltilmesini talep edebilecek ve nüfus müdürlüğü de ilgili talep doğrultusunda nüfus kaydında düzeltme gerçekleştirecektir. Ancak nüfus kaydında düzeltme talebinin boşanmış fakat velâyet hakkına sahip başka bir anne tarafından somut uyuşmazlık açısından hak ihlâli tespit edilen Anayasa Mahkemesi kararının emsal gösterilerek nüfus müdürlüğünden talep ettiği düzeltme yerine getirilmeyecektir. Bu durumda şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Davacı/başvurucu anne Anayasa Mahkemesi kararını nüfus idaresine sunarak kendi soyadını velâyeti altındaki çocuğunun soyadı olarak nüfusa tescil ettirmesi halinde Anayasa Mahkemesi’nin, hak ihlâli gerçekleştiği ve bu sebeple

niteliği olmadığına ilişkin yaklaşım sergilemektedir. Bu durumda bireysel başvuru sahibinin şikâyetleri somut olay açısından karşılanırsa bile, gelecekteki aynı tür şikâyetler açısından her seferinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu tercih edilmek zorunda kalınacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararın bireysel bir uyuşmazlığa dayanması bu kararların genel bağlayıcı nitelikte kabul edilmesine engel değildir. GÖZTEPE, Ece Çelebi: agm., s.100.

⁵⁶ 1982 tarihli Türk Anayasasının “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı md.138/4 hükmü gereğince “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” Yine “Anayasa Mahkemesinin kararları” başlıklı md.153/6 hükmü ise “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.” şeklindedir. Bilindiği üzere “Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” başlıklı md. 11 hükmü gereğince “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

Dolayısıyla kanımızca bu görüş açısından, Anayasa gereğince Anayasa Mahkemesi kararları idare açısından da bağlayıcıdır. Tekrardan yerel mahkemenin kararını beklemeye gerek olmaksızın Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda söz konusu düzeltme talebi doğrultusunda nüfus idaresinin düzeltmeyi gerçekleştireceği kabul edilmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği yargılamanın yenilenmesi kararı, açıkça ve doğrudan yerel mahkemeyi muhatap alan bir karardır. Dolayısıyla yerel mahkemenin kararını beklemeksizin Anayasa Mahkemesi kararıyla nüfusta düzeltmenin gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir. Bu durumun Anayasa Mahkemesi kararlarının idare açısından bağlayıcı olduğuna ilişkin Anayasa hükmüne aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

yerel mahkemenin hak ihlâlini gidermesi için yargılamanın yenilenmesine karar vermesinin pratik sonucu olmayacaktır. Zira yerel mahkemenin vereceği nüfusun düzeltilmesine ilişkin kesinleşmiş kararın nüfus idaresine sunulmasına artık ihtiyaç kalmamış, davacı/başvurucu Anayasa Mahkemesi kararı ile arzu ettiği sonuca ulaşmış olacaktır. Ancak böyle bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu haklı eleştiriyi dikkate alınarak, Anayasa Mahkemesi tarafından hak ihlâli kararı verilerek yargılamanın yenilenmesine hükmedildiğinde, Anayasa Mahkemesi kararının nüfus idaresine sunulmasının nüfustaki kaydın düzeltilmesini sağlamaya yetmeyeceği söylenecektir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi “hak ihlâli” kararı verdiğinde yerel mahkeme hak ihlâlini giderecek şekilde hüküm tesis ederek hukuka aykırılığı giderecek, bu kararın kesinleşmesiyle de boşanma neticesinde velâyet sahibi olan ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapan davacı/başvurucu tarafından kesinleşmiş yerel mahkeme kararının nüfus idaresine sunulmasıyla nüfus kaydının düzeltilmesi gerçekleşecektir. Keza Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun (md.50/1 ve 2) gereğince bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından “Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlâl edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. ...” “Tespit edilen ihlâl bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir....” .

E. Adli Yargı Yerinin Kararı ve Nüfus İdareleri

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu md.36/1 hükmü gereğince de “Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde⁵⁷ açılır. Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.” Bu durumda, davacı adli yargı yerinin kesinleşen kararı ile nüfus idaresine başvurduğu takdirde artık nüfus idaresi tarafından yargı yerinin kararının yerine getirilmesi gerekecektir. Peki, nüfus idaresi yargı yerinin bu kararını yerine getirmediği takdirde idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecek midir? Bilindiği üzere idarenin idarî yargı mercilerinin kararının gereğini yerine getirmemesi İdarî Yargılama Usulü Kanununun ilgili 28.maddesine göre idarenin sorumluluğunu gündeme getirecektir. İdare;

⁵⁷ Somut olay açısından velâyet hakkına ilişkin bir dava olması sebebiyle adli yargıda uzmanlık mahkemesi olan aile mahkemesi görevli ve yetkilidir. Bkz. Yargıtay 8. Dairesinin, 16.3.2017 tarihli ve E.2017/1124, K.2017/3787 sayılı kararı.

idarî yargı yerlerinin kararları doğrultusunda gecikmeksizin işlem yapmaya veya eylemde bulunmaya mecburdur. Mahkeme kararını yerine getirmeyen idare aleyhine ilgililer maddî ve manevî tazminat davası açabilir. Danıştay kararlarında ise idarî yargı yeri kararının idare tarafından yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru olarak ifade edilmektedir. Ancak konumuz açısından adlî yargı/anayasa yargısı kararının söz konusu olması karşısında İdarî Yargılama Usulü Kanununun 28.⁵⁸ maddesi uygulanabilecek midir? İdarî Yargılama Usulü Kanununun 28.maddesi görüldüğü üzere **“idarî yargı yerleri”** tarafından verilen kararların gereğinin yapılmaması durumuna ilişkin düzenleme getirmiştir. Bu durumda diğer yargı yerlerince idareye yönelik verilen kararlar açısından idarenin sorumluluğuna gidilebileceğine dair düzenleme getirilmemiştir. Ancak bu kanun (md.28) hükmünün kıyasen adlî yargı/anayasal yargı mercileri tarafından verilen bir kısım kararlar açısından da uygulanması isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira, bilindiği üzere idarî işlem ve eylemlerden doğan davalar idarî yargı konusu olsa da bazı idarî işlem ve eylemler için kanun koyucunun iradesi doğrultusunda adlî yargı yerleri görevli ve yetkili kılınmıştır. İdarî işlem ve eyleme ilişkin açılan davanın adlî veya idarî yargı yerince karara bağlanmasının, yargı yerinin kararının gereğinin yerine getirilmemesine ilişkin olarak, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi açısından farklılık oluşturmasını gerektirecek bir sebebin var olmadığı görülmektedir. Şunu da eklemek gerekir ki; nüfus kayıtlarında bulunan “maddî hata”nın düzeltilmesine ilişkin olarak mutlaka nüfus sicilinin düzeltilmesi davası açılmasına lüzum yoktur. Zira, bu durum Nüfus Hizmetleri Kanununun 35. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: *“Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzenlenir.”*⁵⁹ Yine aynı Kanunun 38. maddesinde *“Bu Kanunun 7 nci maddesinde sayılan aile kütüklerine tescil edilmesi gereken bilgilerden; dayanak belgesinde bulunduğu halde nüfus kütüklerine hatalı veya eksik olarak tescil edilen ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtlar maddî hata kapsamında*

⁵⁸ İYUK md.28/1: *“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.”*

İYUK md. 28/4: *“Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”*

⁵⁹ Dayanak belgesi yine Nüfus Hizmetleri Kanununun 3. maddesinin (ğ) bendinde *“Aile kütüğüne işlenen nüfus olaylarının dayanağı olan form, tutanak, mahkeme kararı, noter senedi, doğum veya ölüm raporu gibi resmî belgeler ile bunların yedekleri...”* olarak ifade edilmiştir.

değerlendirilir. **Bu tür maddî hatalar Genel Müdürlükçe ya da nüfus müdürlükleri tarafından düzeltilir veya tamamlanır**” denilmektedir. Atıf yapılan 7. maddenin (d) bendinde ise “Evlence, boşanma, soybağının kurulması veya reddi, ölüm, vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi gibi kişisel durumda meydana gelen değişiklik veya **yetkili makamlarca yapılan düzeltmeler**” ibaresi yer almaktadır.

E. Nüfus İdareleri Anayasa Mahkemesi Kararına Dayanarak Soyadını Değiştirebilir mi?

Burada Anayasa Mahkemesinin kararının objektif bir etki doğurması gerektiği yorumundan yola çıkarak ve bir önceki paragrafta belirtilen ilgili Kanun maddeleri uyarınca “**yetkili makamca yapılan bir düzeltme**” yani Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı neticesinde “**maddî hata kapsamında**” çocuğun soyadının “**dayanak belgesi**” yani Anayasa Mahkemesi kararı gereğince soyadının nüfus müdürlüklerince değiştirilebileceği de kabul edilebilir. Böyle bir yol izlenmesi, mahkemelerin ağır iş yükü ve nüfus hizmetlerinin kamusal mahiyeti düşünüldüğünde daha etkin bir sonuç sağlayabilir. Çünkü, bir kamu hizmeti olan nüfus kayıtlarının tutulması, her alanda yaşanan gelişme ve nüfus hareketlerindeki artış neticesinde daha da önem arz eden bir duruma gelmiştir. Bireylerin haklarının korunması için nüfus hizmetlerinin gereken dikkat ve özen gösterilerek⁶⁰, etkin, güvenilir ve süratli bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir.⁶¹

VIII. SONUÇ

Kadının insan hakları açısından geç de olsa bir başarı daha kazanılmıştır. Yavaş işleyen yasal sürecin bundan böyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmak üzere gidilmesine gerek kalmadan aile mahkemesinde hemen karara bağlanması dileğimizdir.

Böylece Türk toplumunda birçok boşanmış annenin ve velâyet altındaki çocuklarının dolayısıyla toplumun sosyal bir sorunu çözümlenmiş olacaktır.

⁶⁰ Nitekim Danıştay 10. Dairesi 26.1.2011 tarihli ve E. 2007/5629, K. 2011/149 sayılı kararında “... nüfus müdürlüğünce, nüfus cüzdanı yenileme işlemi sırasında gereken dikkat ve özenin gösterilmediği; nüfus cüzdanı düzenlenirken, talepte bulunan kişi ile kayıt sahibinin aynı kişi olup olmadığının araştırılmadığı, dolayısıyla idarenin hizmet kusurunun bulunduğu...”na hükmetmiştir.

⁶¹ EROĞLU, H. Tuğba: “E-Devlet Uygulamaları Çerçevesinde Mernis Projesi ve Beklentiler”, Sayıştay Dergisi, S:62, Y. 2006, s.62.

KAYNAKLAR

- ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, I. Baskı, Ankara Mayıs 2005, 293+[3] sayfa, Seçkin Yayıncılık, Hukuk Kitapları Dizisi: 360.
- AFYONCU, Erhan: “Osmanlı’da Nüfus 30 Yılda Bir Sayılırdı”, Sabah Gazetesi 04 Şubat 2018, <https://www.sabah.com.tr/yazarlar/erhan-afyoncu/2018/02/04/osmanlida-30-yilda-bir-nufus-sayilirdi>.
- ATASOY, Hakan: “Evlî Kadının Soyadı Sorunu ‘Anayasal mı?’, ‘Bireysel mi?’”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s.131-170, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155586>.
- DEMİRKOL, Selâmi: “İdarî Yargıda Reform” konulu oturumda yaptığı konuşma, Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı 2014, 8 Ocak-10 Ocak 2014, C.3, Ankara 2014, s.313-315.
- EROĞLU, H. Tuğba: “E-Devlet Uygulamaları Çerçevesinde Mernis Projesi ve Beklentiler”, Sayıştay Dergisi, S:62, 2006, s. 83-106.
- GÖZTEPE, Ece Çelebi: “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, Anayasa Yargısı Dergisi, s.93-118. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/2016/6.pdf
- GÜNEŞ, Mehmet: “Osmanlı Dönemi Nüfus Sayımları ve Bu Sayımları İçeren Kayıtların Tahlili”, Gazi Akademik Bakış Dergisi, C.8, S.15, Kış 2014, s.221-240.
- HOŞGÖR, Ayşe Gündüz: “Kadın Vatandaşlık Haklarındaki En Temel Sorun: Nüfus Cüzdanım Yok ki!”, Toplum ve Demokrasi Dergisi, C:2, S:4, Eylül-Aralık 2008, s.27-39.
- Hürriyet Gazetesi, 23 Nisan 2018, s.22.
- KARAN, Ulaş: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi İstanbul, Temmuz 2017.
- KARAŞAHİN, Yasin Alperen: “Anne ve Babası Boşanan Çocuğun Soyadı İle İlgili Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararları”, <https://anayasatalkip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademinin-sesi>.
- NOHUTÇU, Ahmet: İdarî Yargı, Ankara 2016, Altın Seri, 542 sayfa, Savaş Yayınları.
- Osmanlı Devletinde Nüfus Sayımları ve Nüfus Defterleri. <http://www.osar.com/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=501349>
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, 1546 sayfa, Turhan Kitabevi.

- UZUN, Tuba Birinci: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1) 2016, s.135-166.
- YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1.Basım, Ankara 2014, 256 sayfa, Savaş Yayınevi.
- YILMAZ, Merve: “Evli Kadının Soyadı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.3, S.10, Temmuz 2012, s129-151. <http://www.taa.gov.tr/indir/evli-kadinin-munhasiran-bekarlik-soyadini-kullanabilmesi>
- Zarb Adami/Malta, B.No:17209/02,20/6/2006.
<http://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/oya-armutcu/bosanmis-anne-cocuguna-soyadini-nasil-verecek-40813760>.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİNİN VERMİŞ OLDUĞU BİR KARAR ÜZERİNE ELEŞTİRİ (KARARIN AT YARIŞLARI VE DİĞER SPOR DALLARINDA ŞİKEYE ETKİLERİ)*

A Review Based on the Judgment of 4th Civil Chamber of the Supreme Court (The Affect of the Judgment on Horse Races and Other Sports in Race Fixing)

Arş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR**

ÖZ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2016 tarihli bir kararında ilginç ve şaşırtıcı bir hüküm tesis etmiştir. Karara konu olay, at yarışında bir jockeyin haksız fiili ile sonuca etki ettiği üzerinedir. İlk derece mahkemesi, karar tesis ederken bilirkişi incelemesi yaptırmış ve haksız fiilin varlığını tespit ettirerek hüküm tesis etmiştir. Ancak Yargıtay ilgili dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararının dayanağı ise, Türk Dil Kurumu'nun şans oyunları hakkında yaptığı kısa bir tanımlamadan ibarettir. Hâlbuki, at yarışı ile bu yarışın sonuçlarını tahmin etmeye dayanan bahis (altılı ganyan) birbirinden farklı faaliyetlerdir. Bunun yanında, at yarışları üzerine oynanan bahis salt bir şans oyunu değildir. Ayrıca, bozma kararında nedensellik bağı incelemesinde bulunulmamıştır. Yargıtay'ın bahse konu Dairesi tarafından at yarışlarının sonuçlarını tahmin üzerine oynanan bahis hakkında böyle bir karar verilmesi, diğer spor dallarında da etkiyecek sonuçları içerisinde barındırmaktadır. Zira, bahis faaliyeti neredeyse her spor dalında işletilmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: At yarışı, Bahis, Spor Dalları, Şans Oyunları, Uygun Nedensellik.

ABSTRACT

The 4th Civil Chamber of the Supreme Court established an interesting and surprising judgment in a decision of 2016. The subject matter of the decision, that a jockey in a horse race had an effect with an unfair verdict on the results. The court of first instance, when the decision was about to made, the expert examination get done and has established the existence of a tort so the verdict established. However, the relevant chamber of the Supreme Court reversed the judgment of the first-instance court. The basis of the decision to break is a short description of the Turkish Language Association about the games of chance. However, the horse race and the betting based on predicting the results of this race (pick six), are different activities. Besides, betting on horse races is not just gambling. In addition, the causal link was not examined in the decision of reversal. The decision of the Supreme Court about the betting on the results of the horse races, also includes consequences for other sports. Because, betting activity is run in almost all sports.

KEY WORDS: Horse Racing, Betting, Sports, Games of Chance, Proximate Causation.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 10.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 30.07.2019

DOI Numarası: [10.15337/suhfd.562782](https://doi.org/10.15337/suhfd.562782)

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

E-mail Adresi: ahmetfevzikibar@gmail.com

ORCID ID: [0000-0003-1300-6500](https://orcid.org/0000-0003-1300-6500)

GİRİŞ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin incelemeye konu Kararı¹, kanaatimizce, hukukî adalete ve hakkaniyete aykırıdır. Ayrıca bu karar emsal nitelikte olup at yarışı, piyango, loto, spor toto gibi talih oyunlarının tümünü etkileyecek niteliktedir. Bunun yanında, at yarışları sadece bir şans oyunu olmayıp bu yarışların sonuçları büyük oranda jokeylerin ve atların kabiliyetlerine bağlıdır.

At yarışı esasında bir spor dalıdır. Altılı ganyan ise, at yarışları sonuçlarını tahmin üzerine oynanan bir talih oyunudur. Altılı ganyan yanında beşli ganyan, dördü ganyan da vardır. Özetle, altılı ganyan ile at yarışı arasındaki farkı anlamak kararı yorumlamakta fayda sağlar. Ayrıca at yarışı bir spor dalı olduğu için bu kararda verilen hüküm diğer spor dallarını da ilgilendirmektedir.

I. KARARA KONU OLAY

Davacı ... Hipodrumunda 05/03/2013 tarihinde gerçekleştirilen at yarışlarında bahis (altılı ganyan) oynamıştır. Birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve altıncı koşularda (yarışlarda) birinci gelen atı-jokeyi doğru tahmin ettiğini belirtmiştir. Aslında Beşinci koşuda da birinci gelecek atı doğru tahmin ettiğini ancak koşu esnasında üzerine bahis oynadığı 5 nolu atın jokeyinin kasıtlı olarak yaptığı fiiller sonucunda önde olduğu koşuyu kaybettiğini belirtmiştir. Zira, beşinci koşu esnasında üzerine bahis oynadığı at, yarışın son elli metresine önde girmiş durumdayken atın jokeyi olan davalı, arkasından gelen başka bir jokeyin söylemi üzerine yarışın bitimine doğru atına önce kırbaç vurmuş hemen ardından da ayağa kalkmıştır. Gerçekleştirdiği bu eylemler sonucunda, yaklaşık iki boy arkasında olan 1 nolu atın yaklaşık bir boy fark atarak birinci geldiği davacı tarafından dilekçesinde belirtilmiştir.

Davacı dilekçesinde anlattığı olaya dayanarak davalı jokeyin atını yavaşlatma hareketinin sporda dürüstlüğe, sportmenliğe ve ahlâka aykırı bir davranış olduğundan bahisle davalının gerçekleştirmiş olduğu haksız fiil sebebiyle uğradığı maddî zararların tazminini istemiştir. Davacı, maddî zarar kalemleri olarak hem yatırmış olduğu bahis ücretini hem de yarışta yapılan haksız fiil olmasaydı kazanacağı ikramiyeyi göstermiş ve bunların tazminini talep etmiştir.

¹ E: 2016/2616 ve K: 2018/721 sayılı Karar, Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı, E-Hizmetler, Emsal Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, s.e.t. 21.03.2019.

II. YEREL MAHKEMENİN YAKLAŞIMI

Yerel mahkeme, konunun özel veya teknik bilgi gerektirmesi sebebiyle dosya kapsamında öncelikle bilirkişi incelemesi yaptırmıştır (HMK m. 266/1)². Bilirkişi heyetinden alınan raporda davalının yarış dürüstlüğüne aykırı hareket ettiği tespit edilmiş ve söz konusu koşuyu davalının atının kazanması halinde davacıya ne kadar ücret ödenmesi gerektiği hususunun Türkiye Jokey Kulübü Müşterek Bahisler Müdürlüğü'nden talep edilerek dağıtılacak ücrete göre tazminatın belirlenmesinin uygun olduğu ifade edilmiştir.

Yerel Mahkeme, bilirkişi raporunda belirtilen hususları göz önünde bulundurarak davalının kusurlu olduğunu hükme bağlamıştır. Böylece, davalının kusuru ile davalının zararı arasında illiyet bağı bulunduğu gerekçesiyle 08/12/2015 tarihinde tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

III. YARGITAY DAİRESİ'NİN MESELEYE YAKLAŞIMI

Yerel mahkemenin kararının davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine dava Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiştir. İlgili Yargıtay Dairesi'ne göre, somut olayda davacının talep ettiği zararı at yarışında üzerine bahis oynadığı atın jokeyi tarafından hileli olarak birinci gelmesinin engellendiği iddiasına dayanmaktadır. Davacı, at yarışında bahis oynayan kişi, davalı ise at binicisi (jokey)'dir.

Yargıtay Dairesi meselenin özetinden sonra Türk Dil Kurumu (TDK)'nın şans oyunları ile ilgili tanımını esas alarak hükmünü tesis etmiştir. Kararda atıf yapıldığı üzere, TDK'ya göre şans oyunu, "*önceden ödeme yapıp daha şansa dayalı olarak para kazanılan piyango, loto, spor toto, at yarışı gibi oyunlar*"dır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bu tanımdan yola çıkarak şans oyunundaki eylemin belirsizlik ve talih/şans üzerinden kazandırma esasına dayandığını ifade etmiştir. Bu sebeple Daire'ye göre, davalının belirtilen eylemi olmasa dahi davacının oynadığı atın yarışı mutlak olarak kazanacağına ilişkin bir durum bulunmamaktadır. Bu yorumla birlikte, ilgili Daire tazminat isteminin tamamen reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın bozulması gerektiğini hükme bağlamıştır.

IV. KARARIN ELEŞTİRİSİ

A. GEREKÇENİN ZAYIFLIĞI

Yargıtay ilgili Dairesi'nin temyiz edilen karar konusunda hüküm tesis ederken yalnızca TDK'nın şans oyunları tabirinden yola çıkması ve hükmünü bilimselliğin gerektirdiği ilkelerden uzak olarak tesis etmesi yerinde olmamıştır³. Ayrıca birçok insanın rağbet gösterip emek ve zaman harcadığı ve üzerine bahis oynadığı bir konuda böyle üstün körü gerekçeyle hüküm tesis etmek ve bu hükmün neticesinde ortaya çıkabilecek etkilerin göz ardı edilmesi sporda şike gibi aşağıda izah edilmiş bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir.

B. AT YARIŞI SADECE BİR ŞANS OYUNU MUDUR

At yarışı hakkında herhangi bir tanım yapılmaksızın TDK'nın yorumundan yola çıkarak kendisini salt bir şans oyunu olarak görmek hatalıdır. Zira, at yarışı piyango gibi yahut zar atıp büyük atanın kazanması gibi sırf şansa dayalı bir oyun değildir. At yarışının tarihi gelişimi incelendiğinde⁴ kendisinin eski tarihlerdeki hayat şartları altında birçok kültür tarafından benimsenmiş bir yaşam tarzı veya spor olduğu görülür.

³ Hâlbuki medenî yargılamaya hâkim olan ilkelerden hakkaniyete uygun yargılanma (hukukî dinlenilme hakkı) ilkesinin bir unsuru da dikkate alınma hakkı ve kararların gerekçeli olmasıdır (HMK m. 27). İlgili unsura göre mahkemenin, karara varmadan önce, taraflarca ileri sürülen iddia ve savunma bağlamında davanın esasını oluşturan tüm olguları ve onları ortaya koymaya yarayan ispat vasıtalarını dikkate almalı, tartışmalı, değerlendirmeli ve ortaya çıkan sonucun diğerine nazaran neden üstün tutulduğunu, somut ve açık olarak gerekçelendirmesi gerekmektedir (TANRIVER Süha, (2016), Medenî Usûl Hukuku Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 389-390). Tarafların dikkate alınıp alınmadığı ise, kararın gerekçe kısmında ortaya çıkar. Mahkeme kararlarının gerekçe içermesi gerektiği hem Anayasa'da (m. 141/3) hem de HMK'da (m. 27/2/c) açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca, HMK m. 297/1/c'de, gerekçenin nasıl yazılması gerektiği ifade edilmiştir (ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Sema, (2016), Medenî Usul Hukuku, Ankara, Yetin Yayınları, s. 149). "Gerekçenin, karar vereni daha dikkatli olmak zorunda bırakması, yargı kararlarının denetlenebilmesi ile kararların taraflar ve kamuoyu tarafından benimsenmesini sağlaması ve hukuk bilimini geliştirmesi gibi kendisini vazgeçilmez kılan yararları bulunmaktadır" (BEKRİ M. Nedim, (2014), Gerekçeli Karar Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s. 207).

⁴ "At yarışları, en eski ve en yaygın spor dallarından biridir. İlk at yarışları, eski Türk devletlerinde yapılmıştır. Hititler, Asurlular, Romalılar ve Mısırlıların at yarışları düzenlediği bilinmektedir. Homeros "İlyada" adlı yapıtında atlı araba yarışlarından söz eder. Kuzey Afrika, Çinli, Pers ve Arap binicilerin de yarışlar yaptığı bilinmektedir. İlk düzenli yarışlar, 17. yüzyılda İngiltere Kralı II. Charles döneminde yapıldı. 1665'te Kuzey Amerika'da ilk resmi at yarışı düzenlendi. At yarışları, bugünkü uluslararası biçimini 19. yüzyıl ortalarına doğru kazanmaya başladı. Günümüzde en ünlü İngiliz engelli yarışı, Liverpool'daki Aintree koşu pistinde yapılan Büyük Ulusal Yarış'tır. Günümüzde at yarışları safkan ya da yarım kan atlarla yapılır. Yarışlar düz ve engelli koşu olmak üzere ikiye ayrılır. Düz koşulara en değerli yarış atları katılır ve bu yarışlar büyük ödüllü yarışlardır. Engelli koşularda yaşça daha büyük olan atlar, daha yüksek

Sanayi devrimi ile sosyal hayatın makineleşmeye başlaması ile atlar yaşamın birçok alanından çekilmiş, böylece at binme bir hobi haline gelmiş, at yarışının ise spor tarafı ağır basmıştır. At yarışı sadece bir spor dalı olmakla kalmamış gelişen eğlence ve bahis sektörü tarafından bir bahis aracı olarak da kullanılmaya başlanmıştır. *“At yarışlarının daha heyecanlı bir spor olmasını sağlayan etkenlerden biri de bahistir”*⁵. At yarışı dışında birçok spor dalı (özellikle, futbol) bahis sektörünün vazgeçilmez konularından biri haline gelmiştir.⁶

At yarışı veya futbol gibi esasında spor olan faaliyetler, bu sporların sonucunu tahmin üzerine para kazanmayı sağlayan bahisleri diğer şans oyunlarından (piyango gibi) ayırmak gerekir⁷. Zira, bir piyango çekilişinde ikramiyenin sonucunun herhangi bir kişiye gelmesi tamamen şansa bağlıdır. Ancak at yarışı, futbol gibi esası insan emeğindeki mücadeleye dayalı spor dalları üzerine bahis oynatılması onları sonucu tamamen şansa dayalı bir şans oyunu haline getirmez. Bu spor dallarında da şans faktörü bulunmakla birlikte, burada daha az yer kaplar. Zaten bu sebeple insanlar bu spor dallarının sonucunu tahmin edebilmek adına yakın takipte bulunarak kazanma ihtimallerini artırma gayreti içine girerler. Tamamen şansa dayalı olan bir bahis konusu olmadığından, bu tarz spor dallarındaki bahisler piyangodan daha fazla rağbet görmektedir.

ve kalın engelleri aşmaya çalışırlar” (Wikipedia, https://tr.wikipedia.org/wiki/At_yar%C4%B1%C5%9F%C4%B1, s.e.t. 20.03.2019).

- ⁵ Wikipedia, https://tr.wikipedia.org/wiki/At_yar%C4%B1%C5%9F%C4%B1, s.e.t. 20.03.2019.
- ⁶ *“Sanayi devrimiyle birlikte gelişen boş zaman anlayışı, büyük yarışmaların ve sporun önemi, sporu günlük yaşamın ötesinde bir sanayiye dönüştürmüştür... Günümüzde kitle iletişim araçlarının etkisiyle spor, ciddi bir tüketim sektörüne dönüşerek finans hareketlerinin yaşandığı cazip bir faaliyet alanı haline gelmektedir. Küreselleşmenin en tipik göstergelerinden biri olan futbolla birlikte bahis oyunları da küreselleşmektedir”* (YAŞAR M. Ruhat, (2010), “Şans Oyunları ve İddia”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Güz, Cilt: 9, Sayı: 34, s. 139).
- ⁷ *“Şans oyunu, iştirakçinin beceri veya gayret düzeyinin sonucu üzerinde herhangi bir tesir yaratmadığı, sonucun tamamen “tesadüfe” bağlı bulunduğu ve kazanan iştirakçilere nakit ya da ayın olarak ödül verilmesini öngören oyunlardır. Buna göre, “piyango, sayısal oyunlar ve hemen kazan oyunları” ile bunlara benzeyen diğer oyunlar “şans oyunu” olarak kabul edilmektedir. Bahis oyunu ise herhangi bir olayın sonucunun ya da nasıl gelişeceğinin önceden tahmin edilmesi esası üzerine oynanan/oynatılan oyunlardır. Bu oyunlarda sonucun kısmen iştirakçinin becerisine kısmen de tesadüfe bağlı olduğu ve sonucu tahmin edenin ikramiye kazandığı oyunlardır”* (YAŞAR (2010), s. 145).

Yargıtay Dairesi'nin yaptığı gibi Türk Dil Kurumu'nun yorumlarından yola çıkılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. TDK'ya göre şans: *"Bir kimsenin bilgi ve emeğinden çok rastlantı sonucu elde ettiği elverişli durum"*dur⁸. Görüldüğü üzere, şans, bir kimsenin bilgi ve emeğinden çok rastlantıya dayanmaktadır. Bu sebeple TDK'nın, şans (talih) oyunları tanımına at yarışını dâhil etmesi yerinde olmamıştır. Bu mantıkla, futbol, basketbol ve diğer spor dallarının da bu tanıma dâhil edilmesi gerekirdi. Zira at yarışının sonucu esasen at ve jockeylerin emek ve mücadelesine dayanmaktadır. At yarışı dışında futbol gibi spor dallarının sonucu da esasen sporcuların emek ve mücadelesine dayanmaktadır. Tabii ki bu spor dallarında da şans faktörü mevcuttur. Ancak insan bilgi ve emeği bu sporlarda ağır basmaktadır.

Esası insan emeği ile hayvanın mücadelesi bir spor olan at yarışları üzerinden tahmine dayalı bahis (altılı ganyan) oynatılması kendisini tamamen şansa dayalı bir oyun haline getirmez. At yarışını, piyango gibi tamamen şansa dayalı oyunlardan ayıran ve daha cazip hale getiren de bu özelliğidir. Piyango bir şans oyunu iken altılı ganyan tahmine dayalı bir bahis türüdür. TDK'ya göre bahis, *"Görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma"*dır. Yargıtay kararında olduğu gibi eğer bu ayrım yapılmazsa üzerine bahis oynanan her tür sporu (futbol, basketbol) da bir şans oyunu olarak görmek gerekir. Bu durumda oynadığı bahislerde şansını artırmak isteyen bireylerin bu spor dallarına çeşitli yollarla hukuk dışı müdahalelerinin (örneğin, şikeye veya teşvik primine başvurulması⁹) sonucun değişmesine etki etmediği kabul edilmiş olur. Bu durum, açıkça olmasa da zimnen şikelerin göz ardı edileceği anlamına gelmektedir. Hâlbuki sporda şikenin sonucu etkileyebileceği konusunda birçok örnek mevcuttur¹⁰.

⁸ T.C. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (Türk Dil Kurumu), Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c8a17ff8aacb1.97407638, s.e.t. 14.03.2019.

⁹ **Şike**, *"Bir spor karşılaşmasının sonucunu değiştirmek için maddi veya manevi bir çıkar karşılığı varılan anlaşma"*dır. T.C. Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu (Türk Dil Kurumu), Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c921bc6cce7a2.33852728, s.e.t. 20.03.2019.

Teşvik Primi, *"Başka bir takımın oyuncularına oynayacakları müsabakayla ilgili, üçüncü takımlar yararına bir performans ortaya koymaları ile oynayacakları maçı kazanmaya yönelik motive etme çalışmasına karşı verilen kayıt dışı para veya menfaatlerdir"* (ÖZEN Muharrem, YILMAZ Sacit, (2012), "Şike ve Teşvik Primi Suçları", Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 20).

¹⁰ *"Şike tarihte ilk defa M.Ö.388 yılında Thessialı Eupolos isimli bir atlet tarafından yapılmıştır. Bu atlet olimpiyat oyunlarında birinci olmuştur... Avrupa'da ilk şike İngiltere'de 1914-1915 yıllarında Liverpool ile Manchester United arasında oynanan müsabakada meydana gelmiştir. Bu olay mahkemeye kadar gitmiş ve 3 Manchester'lı ve 4 Liverpool'lu sporcu spordan men edilmiş-*

Şans oyunlarında bile hile yapılması onun sonucunu değiştirebilmektedir. Örneğin, bir piyango çekilişinde ayrı kürelerde bulunan birbirinin benzeri toplarda rakamlar yazılı bulunsun ve bunlar yetkili bir kişi gözetiminde sırayla çekiliyor olsun. Bu durumda istenilen rakamın gelmesi amacıyla ilgili toplar ısıtılmış bulunsun. Bu durumda bu piyango oyununun sonucu hileyle belirli hale gelmiş olur. Piyango gibi sırf bir şansa dayanan bir oyunda bile hileli hareketin sonucu mutlak surette değiştirebildiği açıktır. Öyle ise, insan emeğinin böylesine işin içinde olduğu bir spor dalına dayanan bahis türünde yapılacak bir hile sonucu ne denli değiştirebileceği anlaşılacaktır.

Özetle, esaslı bir spor dalına dayanan bahis türü ile şans oyunları birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Biri tamamen şansa dayanan bir şans oyunu iken diğeri esasen tahmine ve kısmen de şansa dayalı bir bahis türüdür.

C. KARARDA UYGUN NEDENSELLİK BAĞI GÖZ ARDI EDİLMİŞTİR

Kararda, “...davalının belirtilen eylemi olmasa dahi davacının oynadığı atın yarışı mutlak olarak kazanacağına ilişkin bir durum bulunmamaktadır” denilmek suretiyle hüküm tesis edilmiştir. Bu ifadenin dayandığı akıl yürütmeden yola çıkıldığında hiçbir somut vaka açısından uygun nedensellik bağı kurulamayacaktır. Zira, davalının belirtilen eylemi yapmaması ihtimali geçmişte kaldığından, geçmişe gitmenin bilimsel açıdan imkânsızlığı sebebiyle tekrarı mümkün olmayan bir durumdur. Zaten bu sebeple öğretilen¹¹ uygun nedensellik bağı teorisi öngörülümüştür.

tir... Türkiye’de ilk şike olayına İstanbul’da Altay-Vefaspor maçını yönetildiği sırada tanık olunmuştur. Altaylı bir sporcu ile Vefasporlu bir sporcunun çoraplarından çıkarttıkları paraları birbirlerine verirken görülmüş ve uyarılmışlardır” (EKİCİ Halil, (2013), “Demografik Özelliklere Göre Türkiye’de Sporda Şike Algısı ve Gaziantep İli Örneği”, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:2, Sayı:7, s. 7-9). Sporda Şikeyle ilgili İtalya, Brezilya, Güney Kore, Türkiye, Polonya, Yunanistan gibi örnekler için bakınız: EKİCİ, s. 7 vd.; PEPE Kadir, VARDAR Tonguç, (2016), Türk Futbolundaki Şike Olayının Toplumsal Açından Değerlendirilmesi, MAEÜ SBED, Cilt:8, Sayı:15, s. 402 vd.

¹¹ TEKİNAY Selâhattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk, ALTOP Atilla, (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 573 vd.; TANDOĞAN Haluk, (2010), Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 76 vd.; EREN Fikret, (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 570 vd.; OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt 2), 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 45 vd.; UYGUR Turgut, (2012), Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Cilt 1), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 408 vd.; KARAHASAN Mustafa Reşit, (2004), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Üçüncü Cilt), İstanbul, Beta Basım, s. 980-981; SARAÇOĞLU Simge, (2019), Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 105; BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Bursa, Dora Basım-Yayın, s. 94.

İnsanların fiillerinin esas sâiki hükmündeki niyet, duygu ve amaçlar gibi manevî unsurların neler olduğu insan kalbi ve akli açılıp bakılmadığından doğrudan bilinememektedir. Bu sebeple hukukî bir konuda hüküm verilirken somut vaka üzerindeki olgu ve veri gibi herkesçe bilinebilir ve bilimsel olarak analiz edilebilir maddi varlıklardan hareket edilmektedir¹². Mahkemeler, somut olay özelinde ortaya çıkan maddi oluşları değerlendirirken hukuk öğretisi¹³ yanında, psikoloji, sosyoloji, mantık, fizik, matematik, kimya gibi bilim dallarından da yardım almalıdır. Böylece, herkesçe kabul edilebilir ve vicdana, hakkaniyete aykırı olmayan yargı kararları ortaya çıkar¹⁴. Unutulmamalıdır ki mahkemelere tevdi edilen yargılama hakkı aynı zamanda bir yükümlülüktür. Zira, bu hak Türk milleti adına kullanılmaktadır (AY m. 9). Dolayısıyla verilen kararlar toplum vicdanını rahatsız edici nitelikte olmamalı¹⁵ ve yargılamanın amacına uygun olmalıdır¹⁶.

¹² Somut olayın manevi unsurlarını açıklamaya en yakın delil olan ikrarlar bile hükme esas alınırken bu süzgeçten geçirilmektedir. HMK m. 188/1'e göre, "tarafaların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez". Hükümde açıkça belirtildiği üzere karar verilirken göz önüne alınabilen ikrar türü, mahkeme nezdinde verilen ikrardır. Mahkeme dışı ikrar, ispat hukuku açısından bir emare oluşturur (TANRIVER (2016), s. 753). Hatta TMK m. 184/1/3'e göre, tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz. Hâkim, mahkemeye sunulan delilleri serbestçe takdir etmeli ve vicdanî kanaatine göre karar vermelidir (DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, (2016), Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 130).

¹³ "Öğretinin kapsamına sadece yürürlükteki hukuku izah eden dogmatik eserler değil, hukuk felsefesine, hukuk tarihine, hukuk sosyolojisine ait eserler de girer" (OĞUZMAN M. Kemal, BARLAS Nami, (2016), Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 124).

¹⁴ "Hâkim insana, tabiata, gerçeğe, olanağa sırt çevirmeden ve katı kalpler içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa "insan kokusu" taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır" (Yargıtay 1. H.D., 31.12.1976 T., 1976/9370 E., 1976/13138 K. , <http://suleymantopak.av.tr/grup/yargi-kararlari/yargitay-1-hd-31-12-1976-t-1976-9370-e-1976-13138-k.html>, s.e.t. 23.03.2019).

¹⁵ "Yargılamanın gerçek sahibi "millet"tir ve millet, bu yetkisini bağımsız hâkimler vasıtasıyla yerine getirir" (AKCAN Recep, (2012), "Hukuk Muhakemesinin Hükmünde "Türk Milleti Adına" İbaresinin Eksikliği", SÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, s. 146).

¹⁶ "Yargılamanın amacı zaman zaman tek başına kimi zaman da diğer amaçlarla birlikte hukuk barışını sağlamak ve/veya korumak, hukukî güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek, maddi gerçeğe ulaşmak, adaleti yerine getirmek, taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek, taraflar arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırmak, hukukun gelişimini sağlamak, ihkaki hakkın ikamesi olmak ve son olarak hukuk düzenini gerçekleştirmek şeklinde belirlediğini söylemek mümkündür" (TAŞPINAR Sema, (1999), "Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 759-787, s. 763).

Hükümler tesis edilirken en çok başvuru yöntemlerinden birisi de akıl yürütmedir. Akıl yürütme, en az iki önerme arasında, bu önermelerden birini diğerinin ispatlayıcı olarak ele alıp buradan bir sonuç çıkarma işlemidir¹⁷. Mantık ilmi tarafından geliştirilen bu kavram hukukî sahada da farklı şekillerde kullanılmaktadır. Hukukî açıdan düşünüldüğünde akıl yürütme, meydana gelen en az iki olgu arasında, sebep-sonuç ilişkisi kurabilmektir. Örneğin, bir yerden duman çıkıyorsa orada ateş vardır yahut bir ateş varsa oradan duman çıkar. Bir diğer örnek, önde koşan at ayağı kaydığı için yarışı birinci bitiremedi. Eğer atın ayağı kaymasaydı yarışı kazanabilirdi. Akıl yürütme yöntemi sayesinde somut olaylar açısından sebep-sonuç ilişkisi (nedensellik bağı) kurulabilir¹⁸.

Hukukî sorumluluğu doğuran unsurlar arasında nedensellik bağı büyük önem taşır. Bu şart gerçekleşmeksizin bir kişinin sorumlu olması düşünülemez. İnsan düşüncesinin bir kanunu olan illiyet kavramı, zarar ile sorumluluğu doğuran hukukî olgu veya davranış arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunmasını gerektirir. Hukukî sorumluluğun türü ne olursa olsun illiyet bağının varlığı mutlaka aranır¹⁹. Hatta kusursuz

¹⁷ ÖZLEM Doğan, (2004), Mantık (Klasik/Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi), 7. Baskı, İstanbul, İnkılap Kitabevi, s. 30-31.

¹⁸ “Fiille zarar arasında böyle bir rabitanın mevcut olup olmadığı herşeyden önce mantık kanunlarına göre tâyin edilir” (TANDOĞAN, s. 71-72; AKINTÜRK Turgut, ATEŞ Derya, (2016), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 92).

¹⁹ “Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararlar eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır” (HGK, 2007/13-642 E., 2007/704 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, s.e.t. 23.03.2019). “Hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse ancak bu fiilin sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bir kimseden fiilin sebep olmadığı bir zararın tazmininin istenememesi mantık icabıdır. Şu halde zarar ile fiil arasında mantıklı illiyet bulunmayan bir zararın tazmini istenemez. Fakat fiille mantıklı illiyet bağı bulunan bütün zararlar failin sorumlu tutmak da adil olmayabilir. Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan mantıklı illiyet bağına uygun illiyet bağı denilmektedir. Mantıklı illiyet zinciri içinde bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır. Bir zararla fiil arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu kabul edebilmek için hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında fiilin bu zararı meydana getirebileceği sonucuna varılmak gerekecektir. Önemli olan failin sonucu öngörülebilmesi değil, objektif olarak fiilin o zararı meydana getirebileceğinin olayların normal akışına göre kabul edilmesidir. Olayların normal akışına göre, zararın meydana gelme ihtimali incelenirken, hâkim, hayat tecrübesi olan tarafsız bir kişi olarak hareket edecektir” (HGK, 2010/4-249 E., 2010/257 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, s.e.t. 23.03.2019).

sorumlulukta illiyet bağı o kadar önem kazanmıştır ki bu sorumluluğun diğer adı sebep sorumluluğu olmuştur. İlliyet bağı sadece hukukî sorumlulukta değil cezaî sorumlulukta da temel şartlardan biridir²⁰.

Bir haksız fiil sebebiyle tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için kural olarak zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik (illiyet) bağı bulunmalıdır. Somut olaylarda nasıl bir nedensellik bağı aranması gerektiği öğretilmiş ve tartışılmıştır. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre,²¹ haksız fiil hukukunda aranacak illiyet bağı, uygun nedensellik bağıdır²².

Uygun nedensellik bağı uyarınca, sorumluluğa sebebiyet veren olay veya davranış, olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre ortaya çıkan sonucu doğurmaya niteliği ve ana temayülü itibarıyla elverişli ise, somut olayda sebep-sonuç ilişkisi

²⁰ EREN, s. 561.

²¹ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 573 vd.; EREN, s. 570; OĞUZMAN, s. 45 vd.; TANDOĞAN, s. 77 vd.; UYGUR, s. 408-409; KARAHASAN, s. 980-981 SARAÇOĞLU, s. 105; BİLGİLİ, DEMİRKAPI, s. 94.

²² Uygun nedensellik bağı teorisi dışında “*şart teorisi*” ve “*normun koruma amacı (hukuka aykırılık bağı) teorisi*” mevcuttur. **Şart teorisine göre**, bir olayın ortaya çıkması, o olayın ortaya çıkması için zorunlu olan her şartın varlığına bağlıdır (conditio sine qua non). Bu şartlardan biri bile olmazsa olay meydana gelmeyecektir. Bu teoriye göre, neticenin meydana gelmesinde rol oynayan şartlar eşit ehemmiyettedir. Bir diğer deyişle, şartlardan herbiri, diğer her şartı illî kılar. Böylece sonucun meydana gelmesi için gerekli şartlardan birini gerçekleştiren kişi, sadece bu şartı gerçekleştirmiş olsa bile sonuçtan sorumludur (TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 573; EREN, s. 563-564; TANDOĞAN, s. 75; OĞUZMAN, ÖZ, s. 45). Örneğin; A, B’yi yaralıyor. B, hastanede tedavi görürken hastane yanıyor ve B ölüyor. Bu teoriye göre, B’nin ölümünden A sorumludur. Zira, A, B’yi yaralamasaydı B hastaneye gitmeyecekti ve ölmüş olmayacaktı. Şart teorisi, uygun nedensellik teorisine nispetle sorumluluğun sınırlarını aşırı geniş tuttuğundan eleştirilmiştir. **Normun koruma amacı teorisi** ilk kez 1794 tarihli Prusya Genel Kanunu ile gündeme gelmiş ve 1870 yılında, Prusya Yüksek Mahkemesi kararında bu teoriyi işletmiştir. Bu teoriye göre, akdî yükümler ile yasadın doğan (yazılı, yazılı olmayan) davranış yükümleri belli menfaatleri korumak için öngörülmüştür. Buna göre, sorumluluk hukuku kurallarının amacı failin fiilinin bütün sonuçlarından sorumlu olması değildir. Böylece, failin fiili ile nedensellik bağı içerisinde olan sonuçların hangilerinden sorumlu tutulacağı belirlenirken normun içeriğinden ve gayî (amaçsal) yorum yönteminden yararlanılmalıdır (ABİK, Yıldız, (2010), “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD, 59 (3), s. 347 vd.; ATAMER Yeşim M., (1996), Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, Beta Basım, s. 70 vd.; AYDINLI İbrahim, (2004), “İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım”, SÜHFD, Cilt:12, Sayı:1-2, s. 55 vd.). Bu teori ise, uygun illiyet bağı teorisi nispetle sorumluluğun kapsamını daraltmaktadır. Eren’ e göre, her ne kadar hukukumuzda uygun illiyet bağı hâkim olsa da somut olay özellikleri göz önüne alındığında normun koruma amacı teorisinden de yararlanılabilir (EREN (2018), s. 570).

kurulmuş olur²³. Bir diğer deyişle Mantıkî nedensellik (şart teorisi) zinciri içinde failin fiilinin söz konusu zararı doğurmaya uygun olup olmadığı araştırılır²⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, haksız fiilden doğan tazminat talebi ile açılmış dava dosyasını incelediği söz konusu kararda, uygun nedensellik bağı incelemesi yapmadan sadece TDK'nın yaptığı tanımlamayı esas alarak hüküm tesis etmesi hukuk bilimine aykırıdır. Zira, Yargıtay'ın yaptığı akıl yürütme faaliyetinde (sebe-sonuç ilişkisi kurma), hukukî öğretilerde bu konuda ileri sürülmüş hiçbir teoriden yararlanılmamıştır. Hâlbuki, TMK m. 1'de, "Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır" denilmektedir.²⁵ Hâkimlerin, birçok uyumsuzluğun çözümünde ilgili bilim dallarının birlikteliklerinden rapor alarak karar vermeleri²⁶ bu hükmün önemini göstermektedir. Hâkim, bilimsel görüşlerden yararlanırken bunlarla bağılı değildir. Ancak bu görüşler mahkemenin keyfi hüküm tesis etmesini sağlar.

Kararda, davalının eylemi olmasa bile yarışı davacının üzerine bahis oynadığı atın kazanıp kazanmayacağına mutlak olarak belirlenemeyeceği ifade edilmiştir. Bu akıl yürütme faaliyeti esas alındığında hiçbir fiil ile zarar arasında nedensellik bağı mutlak olarak kurulamaz. Zira, bu anlamdaki mutlaklık ancak o ihtimalin bizzat gerçekleşmesi ile bilinebilir. Hâlbuki, haksız fiil hukuku açısından fiil ile zarar arasında kurulmaya çalışılan sebep sonuç ilişkisi bir mutlaklığı değil ihtimali ifade etmektedir. Bu ihtimaller; olduğu için oldu, olmasaydı olmazdı ve/veya olacaktı gibi mantık formülleriyle elde edilmektedir.

Örneğin; A'nın dükkânının B tarafından kasıtlı olarak yakıldığını düşünelim, böyle bir durumda haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zarar kalemleri kabaca dükkânda meydana gelen hasarlar ve A'nın yoksun kalacağı kazançtır. Zira haksız fiil müessesesinin amacı; haksız fiilin sebep olduğu mevcut durum ile haksız fiil meydana gelmeseydi zarar görenin içinde bulunacağı muhtemel durum aynen olmasa da nakden temin edebilmektir. Bir diğer deyişle, B kişisi dükkânı yaktığı için (olduğu için) A'nın zararları ortaya çıktı (oldu). Eğer B bu haksız fiilde bulunmasaydı (olmasaydı), A'nın dükkânı yanmazdı (olmazdı) ve A kazanç elde edecekti (olacaktı). Kısaca, meydana gelmesi artık mümkün olmayan ancak haksız fiil meydana gelmeseydi hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre yüksek oranda gerçekleşebilecek ihtimal esas

²³ ABİK (2010), s. 358; EREN (2018), s. 565.

²⁴ OĞUZMAN, ÖZ (2017), s. 45-46.

²⁵ Bakınız: OĞUZMAN, BARLAS (2016), s. 123 vd.; SEROZAN, Rona, (2017), Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 108 vd.

²⁶ SEROZAN (2017), s. 111.

alınarak çözümlenmektedir. Bu çözüm tarzı, toplum nezdinde de kabul görececek hakkaniyetli hükümler doğurmak için elverişlidir. Aksi halde hiçbir olayda, haksız fiil meydana gelmeseydi sonucun ne olacağı mutlak olarak bilinemez. Böylece hiçbir olayda yargısal hükme varılamaz.

Kararda başvuru akil yürütme faaliyetini esas alarak yukarıdaki örneği değerlendirilim: Şans, talih gibi manevî unsurlar her olayda az çok bulunmaktadır. Bu unsurlar esas alınarak değerlendirme yapıldığında; B, A'nın dükkânını yakmasaydı bile şans eseri dükkâna yıldırım düşebilir veya dükkâna sel basabilir yahut komşu dükkânlardan biri tutuşup A'nın dükkânı da yanabilirdi. Bunlar gibi binlerce sebep sayılabilir. Böylece, eğer B, söz konusu haksız fiili işlemeseydi ne olacağı insan aklına meçhul ve muğlak kalacak ve bir çözümlenmeye gidilemeyecektir. Bu sebeple de hiçbir vakada nihâî bir karar verilemeyecektir. Nitekim, bu bilimsellikten uzak akıl yürütme sonucunda haksız fiiller işleyenlerin yanına kâr kalacaktır.

Son olarak, karara konu olayda yarışın son evresine (bitime 50 metre kala) davacının üzerine bahis oynadığı 5 nolu at ve jokeyi birinci girmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, şans faktörünün davacının yanında olduğu görülmektedir. Ayrıca, üzerine bahis oynadığı at ve jokeyi diğerlerine üstün gelecek bir mücadele sergileyerek birincilik avantajını ele geçirmiştir. Bu üstünlük, bilirkişi incelemesiyle teyit edilen davalının haksız fiiline kadar sürmüştür. Davalının gerçekleştirdiği haksız eylemler neticesinde 5 nolu at 2 boy önde olduğu yarışı kaybetmiştir.

V. KARARIN DİĞER SPOR DALLARINA ETKİSİ

At yarışı, yukarıda da izah ettiğimiz üzere at ile at binicisinin mücadele ve emeğine dayalı bir spor dalıdır. Bu spor dalının sonuçları üzerine oynanan bahis türlerinden biri altılı ganyandır. Bu bahis türü, piyango gibi sadece şansa dayalı bir oyun değil, şansın yanında bilgi ve tecrübenin de önemli olduğu bir alandır. Yukarıda, piyango gibi sırf şansa dayalı bir faaliyetin bile içerisine karışabilecek bir hilenin sonucu yüzde yüz değiştirme ihtimalini örneklendirmiştik. Bu sebeple at yarışlarına karışabilecek hileli hareketler de sonucu yüzde yüz değiştirmeye elverişlidir.

At yarışı gibi diğer spor dallarının (özellikle, futbol) sonuçları üzerine de bahis oynanmaktadır. Bu spor dallarının sonuçları üzerine kısmen şansa kısmen bilgi ve tecrübeye dayanan tahmine dayalı bahis faaliyeti gerçekleştirilmesi, onları bir şans oyunu haline getirmez. Zira, eğer böyle olsaydı bu spor müsabakalarının sonuçları üzerine spor programları yapılmazdı. Bir futbol takımının kimleri transfer ettiği, nasıl yönetildiği, futbolcularının uyumu, takım havası, futbolcuların formu, kiminle oynayacağı, daha önceki maçlarda aldığı skorlar, iç saha-dış sahada oynaması, karşı takımın durumu gibi birçok neden maç skoruna etki etmektedir. Bahis oynayan kişiler, tahmin

yürütme faaliyetlerinde bunları da göz önüne almaktadırlar. Zaten spor müsabakalarının sonuçları üzerine bahis oynamanın cazipliği de buradan gelmektedir. Kişiler şansından ziyade bilgisine güvenerek bu faaliyete para yatırmaktadır.

Bir futbol maçında sonuca şans faktörü yanında baskın olarak etki edecek onlarca sebep vardır. Ancak bir futbol müsabakasında yapılacak şike²⁷ gibi faaliyetler, bütün bu sebeplerden üstün çıkarak sonuca yüzde yüz etki edebilir²⁸. Bu nedenle de sporda şike cezaî ve idarî disiplin yollarıyla²⁹ engellenmeye çalışılmaktadır. Bu Karar, bu haliyle sporda şikeyi engelleyici değil dolaylı yoldan teşvik edici görünmektedir. Bu durum ise, hukukî güvenilirliği sarsıcı niteliktedir.

VI. SPOR DALLARINDA ŞİKENİN SAHA İÇİ ve DIŞI UNSURLARLA İSPATI ve BU KONUDA BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN ÖNEMİ

At yarışı gibi bireysel sporlarda, müsabaka içerisinde gerçekleşen hileli hareketi ispat daha kolaydır. Hâlbuki futbol gibi takım halinde gerçekleştirilen müsabakalarda hileli hareketin ispatı daha zor hale gelebilmektedir. Bu sebeple takım halinde yürütülen müsabakalarda hileli hareketin ispatı noktasında saha içi unsurların yanında özellikle saha dışı unsurlara müracaat etmek önem kazanmaktadır.

HMK m. 266'ya göre, çözümü hukuk dışı özel veya teknik bilgi gerektiren durumlarda, mahkeme tarafların isteği üzerine yahut kendiliğinden bilirkişi görüşüne müracaat eder. Bu hüküm, yargılama sonucunda sağlıklı bir karar verebilmek için gereklidir. Karara konu olayda yerel mahkeme tarafından, at yarışları konusunun hukuk bilgisi dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi sebebiyle bilirkişi incelemesi istenmiş ve bilirkişi heyetinden alınan rapor sonucunda hüküm tesis edilmiştir.

²⁷ Şikeyi, futbolcular yapabileceği gibi teknik direktör, kulüp başkanı veya maçı yöneten hakem de yapabilir.

²⁸ “Günümüzde spor, sadece bir sosyal etkinlik olarak değil, aynı zamanda yüksek ciro lu bir ekonomik faaliyet olarak görülmektedir. Yayın ihaleleri, legal ya da illegal bahis oyunları ve seyirci gelirleri (bilet, forma vb.); bu sektörde büyük miktarda para dolaşımına sebep olarak, spor küresel ekonominin önemli bir parçası haline getirmektedir. Sporun doğasında, kazanmak kadar kaybetmek de vardır. Fakat ekonomi mantığı, sadece kazanmaya dönük çalışır. Sahadan alınacak her sonucun, ekonomik göstergelere yansımaları, sportif faaliyetlerin spor ahlakına ve hukuka aykırı müdahalelere maruz kalma riskini de arttırmaktadır. Oysaki bu oyunlar, doğal mücadele dengesi içinde anlam bulan faaliyetlerdir. Bu sebeple, sektörün asli finans kaynağı olan seyircinin, spor müsabakalarının fair-play esasları çerçevesinde yapıldığına yönelik güveninin, korunması gereklidir” (BABA Yasemin, (2012), “Şike ve Teşvik Pirimi Suçu”, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz, s. 776).

²⁹ Örneğin, 6222 Sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun' un 11' nci maddesi.

Yargıtay Dairesi, kararın gerekçesinde ilgili bilirkişi raporunu dikkate almadan üstün körü karar vermiştir. Hâlbuki, yargılama kapsamında başvuru bilirkişi görüşü bir takdir delil hükmündedir.³⁰ HMK 297/1/c'ye göre, mahkeme hükmünün gerekçe kısmında, "...delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini" gerekmektedir. Bu hüküm kapsamında, ilgili dairenin kararında bilirkişi heyetinin raporuna değinmeksizin karar vermesi açıkça hukuka aykırı bir durumdur.

Kanaatimizce izlenmesi gereken yol, Yargıtay Dairesi eğer bilirkişi raporunu tatmin edici bulmadıysa denetime elverişli yeni bir rapor alması şeklinde olmalıdır. Ayrıca raporun neden hükme esas alınamayacağı da doyurucu biçimde ortaya konmuş olmalıdır. Eğer iki bilirkişi raporu aynı doğrultudaysa hüküm tesis etmek noktasında herhangi bir zorluk yaşanmayacaktır. Eğer raporlar arasında bir çelişki doğarsa çelişkinin giderilmesi yoluna giderek sağlıklı bir hüküm tesis edilebilir. Böylece bu suretle alınacak raporlar karşılaştırılarak hakkaniyete uygun bir karar ortaya konabilecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda incelemiş olduğumuz bahse konu Yargıtay kararı, gerekçe kısmının zayıflığı sebebiyle hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olan gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

Gerekçenin zayıflığının birçok sebebi vardır. Bunun en büyük sebebi, ilgili Yargıtay dairesinin, yalnızca TDK'nın şans oyunları hakkında yapmış olduğu tanımdan yola çıkarak hüküm tesis etmeye çalışması ve bu tanımda şans oyunu olarak görülen faaliyetler arasında bir ayrıma gitmemesidir. Halbuki, kısmen şans oyunu olarak görülebilen bahis ile salt şans oyunu olan piyango gibi oyunlar arasında farklar mevcuttur. Bu açıdan bakıldığında at yarışı veya herhangi bir spor dalı müsabakasının sonuçlarını tahmine dayanan bahis faaliyeti, salt bir şans değil emek ve tecrübe de gerektiren bir faaliyettir. Ayrıca üzerine bahis oynanabilen spor müsabakaları ile bu müsabakaların sonucunda oynanan bahis faaliyeti arasında bir ayırımın gözetilmemesi de böylesi hatalı bir karar tesirinde etkili olmuştur.

Gerekçenin zayıflığının bir diğer sebebi, karara konu olay özelinde illiyet bağı incelemesi yapılmamasıdır. Şans oyunu tanımı esas alınmış, yukarıda belirtilen ayırımlar yapılmadığından hayatın gerçekliğinden uzak bir karar tesis edilmiştir. Teoride ve

³⁰ Bakınız: TANRIVER (2016), s. 869 vd.; PEKCANITEZ Hakan, ÖZEKES Muhammet, AKKAN Mine, KORKMAZ Hülya Taş, (2017), Medeni Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 1943; ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ (2016), s. 436 vd. ; ULUKAPI Ömer, (2001), "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", SÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 3-4, s. 201 vd.; AKİL Cenk, (2011), Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 177.

uygulamada esas alınan uygun nedensellik bağı ilişkisi irdelenmeden varılan hüküm, gerek at yarışı gerek diğer spor dallarında gerçekleştirilen müsabakalar üzerine oynanan bahis faaliyetlerini etkileyici niteliktedir. Zira bu karar esas alındığında spor müsabakalarında şike yapılsa bile bu durum bir haksız fiil olarak görülmecektir.

Gerekçenin bir diğer eksikliği ise, yerel mahkemenin yaptırmış olduğu bilirkişi incelemesini göz ardı etmesidir. Halbuki, böylesi uzmanlık gerektiren bir alanda bilirkişi incelemesine müracaat edilmemesi büyük bir eksiklik. Yerel mahkeme doğru bir yol izleyerek bilirkişi incelemesi yaptırarak hüküm tesis etmiştir. İlgili Yargıtay dairesi, yerel mahkemenin yaptırdığı bu incelemeyi eksik veya hatalı bulmuşsa yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırarak hüküm tesis etmesi daha doğru olurdu.

Yukarıda örnekleme suretiyle ifade edilen sebepler ve öngörülebilecek birçok sebep açısından bahse konu Yargıtay kararı, kamu vicdanını rahatsız edici, hukukun gerektirdiği ilkelerden uzak ve bütün spor müsabakalarını olumsuz etkileyici niteliktedir.

“Sû-i misal, emsal olmaz” kaidesine, hukuk tesisinde en üst merci olarak görülen Yargıtay’ ın böyle olumsuz örneklerden arındırılması ümidiyle...

KAYNAKLAR

- ABİK Yıldız, (2010), "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, 59 (3), s.345-448.
- AKCAN Recep, (2012), "Hukuk Muhakemesinin Hükmünde "Türk Milleti Adına" İbaresinin Eksikliği", SÜHFD, Cilt: 20, Sayı: 2, s.139-147.
- AKINTÜRK Turgut, ATEŞ Derya, (2016), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- AKİL Cenk, (2011), Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s.171-183.
- ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Sema, (2016), Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Yetin Yayınları.
- ATAMER Yeşim M., (1996), Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, Beta Basım.
- AYDINLI İbrahim, (2004), "İşverenin Edimden Bağımsız Olan Koruma Yükümlülüğüne, Normun Koruma Amacı (Hukuka Aykırılık Bağı) Bakımından Bir Yaklaşım", SÜHFD, Cilt:12, Sayı:1-2, s.51-66.
- BABA Yasemin, (2012), "Şike ve Teşvik Pirimi Suçu", TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz, s.775-805.
- BEKRİ M. Nedim, (2014), Gerekçeli Karar Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s.205-228.
- BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Basım, Bursa, Dora Basım-Yayın.
- DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, (2016), Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- EKİCİ Halil, (2013), "Demografik Özelliklere Göre Türkiye'de Sporda Şike Algısı ve Gaziantep İli Örneği", Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:2, Sayı:7, s.1-26.
- EREN Fikret, (2018), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- KARAHASAN Mustafa Reşit, (2004), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Üçüncü Cilt), İstanbul, Beta Basım.
- OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt 2), 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN M. Kemal, BARLAS Nami, (2016), Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

- ÖZEN Muharrem, YILMAZ Sacit, (2012), “Şike ve Teşvik Primi Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s.19-41.
- ÖZLEM Doğan, (2004), Mantık (Klasik/Sembolik Mantık, Mantık Felsefesi), 7. Baskı, İstanbul, İnkılap Kitabevi.
- PEKCANITEZ Hakan, ÖZEKES Muhammet, AKKAN Mine, KORKMAZ Hülya Taş, (2017), Medeni Usul Hukuku Cilt II, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- PEPE Kadir, VARDAR Tonguç, (2016), Türk Futbolundaki Şike Olayının Toplumsal Açısından Değerlendirilmesi, MAEÜ SBED, Cilt:8, Sayı:15, s.399-412.
- SARAÇOĞLU Simge, (2019), Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- SEROZAN Rona, (2017), Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- TANDOĞAN Haluk, (2010), Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’ uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- TANRIVER Süha, (2016), Medenî Usûl Hukuku Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları.
- TAŞPINAR Sema, (1999), “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, s.759-787.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, AKMAN Sermet, BURCUOĞLU Haluk, ALTOP Atilla, (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- ULUKAPI Ömer, (2001), “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, SÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 3-4, s.191-207.
- UYGUR Turgut, (2012), Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Cilt I), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- YAŞAR M. Ruhay, (2010), “Şans Oyunları ve İddia”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Güz, Cilt: 9, Sayı: 34, s.138-171.