

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: **XI** - Sayı: **I** - Yıl: **Haziran - 2021**

Volume: **XI** - Issue: **I** - Year: **June - 2020**

- Prof. Dr. **Mustafa T. KARAYİĞİT** - Av. **Merve KILIÇ**
The Legal Status and Protection of Climate Refugees in the EU
Avrupa Birliği'nde İklim Mültecilerinin Hukuki Statüsü ve Korunması
- Dr. **Ahmet Alptekin DURU**
Bir Danıştay Kararı Çerçevesinde Organize Sanayi Bölgelerinde Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Tahsil Yetkisi
Authority of Municipalities to Collect Announcement and Advertisement Tax in Organized Industrial Zones in the Context of a Council of State Decision
- Av. **Onur ALTINKAN**
Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum
The Legal Situation About Disposing of Children Properties by Mother and Father
- **Sevil Şilan KUM**
Unutulma Hakkının İstihbari Kaynaklı İdari İşlemler Açısından Değerlendirilmesi
Evaluation of the Right to be Forgotten in Terms of Administrative Actions Based on Intelligence

ANTALYA 2021

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.*

Sahibi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Esra CENKÇİ

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Melih IŞIK

Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10
Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA
Tel: 0242 227 69 75-76
Faks: 0242 227 69 77
E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr
Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

ISSN

2147-3854

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.*

Owner

Akdeniz University Faculty of Law Representative of the Publisher
Prof. Mehmet ALTUNKAYA

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Esra CENKCI

Vice Editor

Res. Asst. Melih IŞIK

Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ

Contact Information

Deanery of Akdeniz University Faculty of Law
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey

Phone: 0242 227 69 75-76

Fax: 0242 227 69 77

E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr

Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

ISSN

2147-3854

* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

DANIŐMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Őahin AKINCI İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAŐ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Arslan KAYA İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Turan YILDIRIM Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	

YAYIN KURULU

(Publishing Board)

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN	Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM	Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN
Doç. Dr. Nedim MERİÇ	Dr. Öğr. Üyesi Selin SERT SÜTÇÜ
Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK	Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER
Doç. Dr. Hayri KESER	Dr. Öğr. Üyesi Ramazan BarıŐ ATLADI
Doç. Dr. Esra CENKÇİ	Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, telefon numarası ve e-mail adresi içeren iletişim adreslerini, çalışmalarının başına ekleyecekleri üst yazı ile birlikte göndermelidir.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp e-mail yoluyla hukukdergi@akdeniz.edu.tr adresine gönderilmelidir.
7. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Yazıların makale dilinde ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine makale dilinde ve İngilizce gönderilmelidir.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.
Örn.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.
9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.
11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.
- a) **Kitaba yapılan atıflarda;**
- i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın Kısaltılmış *Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.
Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.
- ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın Kısaltılmış *Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.
Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.
- iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editör, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91-92.
Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.
- b) **Makaleye** yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin Kısaltılmış Adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn. İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFĐ* 58, S.3 (2009): 659-691.
Sonraki atıf: Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.
- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
- d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30

12. Makalenin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
- Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
 - Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
 - Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editör. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl
Örn.: Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
- b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı.”, *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
- c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen “Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir.” şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.
15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

İÇİNDEKİLER

The Legal Status and Protection of Climate Refugees in the EU

Prof. Dr. Mustafa T. KARAYİĞİT - Av. Merve KILIÇ 13

Bir Danıştay Kararı Çerçevesinde Organize Sanayi Bölgelerinde Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Tahsil Yetkisi

Dr. Ahmet Alptekin DURU 39

Ana ve Babanın Çocuk Mallarına İlişkin Tasarruf İşlemi Yapmaları Konusunda Hukuki Durum

Av. Onur ALTINKAN 63

Unutulma Hakkının İstihbari Kaynaklı İdari İşlemler Açısından Değerlendirilmesi

Sevil Şilan KUM 129

CONTENTS

Avrupa Birliği'nde İklim Mültecilerinin Hukuki Statüsü ve Korunması Prof. Dr. Mustafa T. KARAYİĞİT - Atty. Merve KILIÇ	13
Authority of Municipalities to Collect Announcement and Advertisement Tax in Organized Industrial Zones in the Context of a Council of State Decision Asst. Prof. Ahmet Alptekin DURU	39
The Legal Situation About Disposing of Children Properties by Mother and Father Atty. Onur ALTINKAN	63
Evaluation of the Right to be Forgotten in Terms of Administrative Actions Based on Intelligence Sevil Şilan KUM	129

THE LEGAL STATUS AND PROTECTION OF CLIMATE REFUGEES IN THE EU¹

Prof. Dr. **Mustafa T. KARAYIĞİT**²
Av. **Merve KILIÇ**³

Abstract

In the near future, climate change will challenge the tackling mechanism of many countries and overwhelm some by aggravating current difficulties such as extreme weather events, food safety, shortage of water, etc., while putting fundamental human rights in a jeopardy. There is growing evidence that climate change-related occurrences are specifically affecting the underdeveloped countries and the EU Member States will be the lowest affected. Even though taking refuge in another country is a last resort solution to dealing with the effects of climate change, human flows to the EU are going to be inevitable if no measures will be taken. In accordance with its underlying values, the EU has a crucial role in reaching a consensus on finding a solution not only to this problem, but also to recognition and legal protection of climate refugees. The article addresses the need to recognition and protection of climate refugees and actions to be taken by the EU to reduce negative consequences of climate change.

Keywords

Climate Change, Climate Refugees, Legal Status, Legal Protection.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İKLİM MÜLTECİLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE KORUNMASI

Öz

Yakın gelecekte iklim değişikliği temel insan haklarını tehlikeye atmak yanında, birçok ülkenin doğuracağı sorunlarla başa çıkma mekanizmasına tehdit oluşturacak ve aşırı hava olayları, gıda güvenliği ve su kıtlığı gibi mevcut zorlukları ağırlaştırarak bazı ülkelere galebe çalacaktır. İklim değişikliğine bağlı olayların özellikle az gelişmiş ülkeleri etkilediğine ve AB Üye Devletlerinin en az etkilenen ülkeler olduğuna dair artan kanıtlar bulunmaktadır. Başka bir ülkeye sığınmak, iklim değişikliğinin etkileriyle başa çıkmak için son çare olsa dahi, herhangi bir önlem alınmadığı takdirde AB'ye insan akışı kaçınılmaz olacaktır. Temel değerlerine uygun olarak, AB sadece bu soruna değil, aynı zamanda iklim mültecilerinin tanınması ve yasal olarak korunmasına ilişkin bir çözüm üretilmesi noktasında uzlaşmaya varılmasında çok önemli bir role sahiptir. Makale, iklim mültecilerinin tanınması ve korunmasına yönelik ihtiyaca ve iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının azaltılması için AB tarafından atılabilecek adımlara değinmektedir.

Anahtar Kelimeler

İklim Değişikliği, İklim Mültecileri, Hukuki Statü, Hukuki Koruma.

¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 25.11.2020 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.08.2021.

The article is improved on the basis of her master's thesis supervised by Karayığit.

² Marmara Üniversitesi, Avrupa Araştırmaları Enstitüsü,
E-posta: mtkarayigit@marmara.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5976-6401>.

³ Marmara Üniversitesi, Avrupa Araştırmaları Enstitüsü, Avrupa Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans; İstanbul Barosuna Kayıtlı Avukat,
E-posta: merveklic2@hotmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0540-8315>.

INTRODUCTION

The Climate Vulnerability Index¹ rated 193 countries on their perceived risk from climate change by assessing the physical impacts of climate change, the vulnerability of citizens and the level of adaptability of the countries. While twenty-seven European countries are classified as low-risk, the Sub-Saharan Africa region is home to ten of the most vulnerable countries.² The most vulnerable countries have not been among the countries that created the challenges caused by climate change as the average metric tons of CO₂ produced in 2014 both by European (6.4) and Sub-Saharan African (0.8) countries³ show, but the European countries, which breach the no-harm principle of international environmental law, since climate change-induced effects have been aggravated mainly by their actions, as being industrialised countries of the North, are the most responsible for the global warming and climate change.⁴ Furthermore, the EU positions in a region having a growing climate change-induced immigration propensity and in the Mediterranean region as being a bridge for migration between Sub-Saharan Africa, North Africa and the Middle East.⁵ Even though the ongoing refugee crisis in the EU demonstrates the consequences of their failure and unpreparedness,⁶ the EU Member States are responsible for taking leadership in global efforts to mitigate climate change, minimise the damage caused to the other regions/and countries of the earth, strengthen those countries' economies to prevent forced migration due to worsening their climate change-induced conditions and inevitably providing international cooperation for ensuring the human rights protection of displaced individuals and legal protection for those who ultimately manage, even clandestinely, to enter into the EU borders.⁷

¹ "Climate Change Vulnerability Index", Verisk Maplecroft, Erişim Tarihi: Mart 25, 2020, <https://www.maplecroft.com/risk-indices/climate-change-vulnerability-index/>.

² Ciara Nugent, "The 10 Countries Most Vulnerable to Climate Change Will Experience Population Booms in the Coming Decades", Erişim Tarihi: Mart 25, 2020, <https://time.com/5621885/climate-change-population-growth/>.

³ "CO₂ emissions (metric tons per capita)", The World Bank, Erişim Tarihi: Nisan 21, 2020, <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC>.

⁴ United Nations General Assembly, Human Rights of Migrants: Note by the Secretary-General, A/67/299, 2012, 19-20, para. 80; Benjamin J. Richardson; Heather McLeod-Kilmurray; Yves Le Bouthillier and Stepan Wood, (Eds), *Climate Law and Developing Countries: Legal and Policy Challenges for the World Economy*, (Cheltenham UK, Northampton MA: Edward Elgar Publishing, 2009), 8; Rina Kuusipalo, "Exiled by Emissions Climate Change Related Displacement and Migration in International Law: Gaps in Global Governance and the Role of the UN Climate Convention", *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 18, 4 (2017): 614-647.

⁵ Michael Werz and Max Hoffman, "Europe's twenty-first century challenge: climate change, migration and security", *European View*, 15, 1 (2016): 148; Stéphane Hallegatte; Raphaël Billé; Alexandre Magnan and François Gemenne, *The future of the Mediterranean from impacts of climate change to adaptation issues*, (France: IDDRI, 2009), 26-27.

⁶ Sophie Reynaud, "Climate Refugees - To a Global Legal Statute", (2017): 44, University of San Diego, Erişim Tarihi: Şubat 15, 2020, https://www.researchgate.net/publication/321451128_Climate_Refugees_-_To_a_Global_Legal_Statute.

⁷ United Nations General Assembly, A/67/299, 19-20, paras. 80-81; Walter Kälin, "Conceptualising Climate-Induced Displacement", in Jane McAdam (ed.), *Climate Change and Displacement Multi-*

Though there are already some worth-mentioning attempts in the policy field,⁸ as the Parliamentary Assembly of Council of Europe (PACE) reiterated, the lack of legal status primarily should be considered a barrier to developing certain policies to protect those individuals.⁹ The article in that regard addresses the legal status and protection of climate-induced displaced individuals in the EU. Its focus is not the preventive policies in cooperation with the countries of origin or internally climate-induced displaced individuals within their countries but mainly the recognition and provision of that status and legal protection especially in the EU for climate refugees fleeing their countries in order to draw attention to lacuna in their recognition and legal protection framework at the international, regional and national levels.

I. EU LEGAL FRAMEWORK FOR THE RECOGNITION AND LEGAL PROTECTION OF CLIMATE REFUGEES

With regard to initiatives taken in the EU, the EU's concern on climate change-induced migration was initiated by the European Parliament's mention about climate refugees in an official document in 1999.¹⁰ Since then, it has organised several seminars, workshops and hearings on this subject with the aim of drawing the attention of the EU and international institutions to climate change-induced migration and the lack of legal recognition with a human rights-based approach.¹¹

The European Commission also addressed the issue in 2007 through sponsoring the Project entitled "Environmental Change and Forced Migration Scenarios (EACH-FOR)" which aims to encourage Europe on its policies regarding forced migration scenarios significantly raised by climate change.¹² The paper entitled "*Climate Change and International Security*" and drafted for the European Co-

disciplinary Perspectives, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010), 103; The European Commission, Climate change, environmental degradation, and migration, Brussels: SWD(2013) 138 final, 2013, 16; Margit Ammer; Monika Mayrhofer; Alex Randall and Jo Salsbury, Time to Act: How the EU can lead on climate change and migration, (Belgium: Heinrich-Böll-Stiftung, European Union, 2014), 9, 32; Werz and Hoffman, "Europe's twenty-first century challenge", 148; "Global Footprint Network", Erişim Tarihi: Ocak 21, 2020, <https://data.footprintnetwork.org/#/>.

⁸ Reynaud, "Climate Refugees", 10.

⁹ Marie-Christine Verdier-Jouclas, A legal status for "climate refugees", Parliamentary Assembly, Doc. 14955, 2019, 3, para. 3.

¹⁰ The European Parliament, Resolution on the environment, security and foreign policy, Official Journal of the European Communities, C 128, 1999, 93; The European Commission, SWD(2013) 138 final, 6.

¹¹ The European Commission, SWD(2013) 138 final, 6, fn. 15.

¹² The European Commission, SWD(2013) 138 final, 6; Oli Brown, Migration and Climate Change IOM Migration Research Series No. 31, (Geneva: International Organization for Migration, 2008), 37; "Environmental Change and Forced Migration Scenarios (EACH-FOR)", United Nations University Migration Network, Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2020, <https://migration.unu.edu/research/migration-and-environment/environmental-change-and-forced-migration-scenarios-each-for-2.html#outline>.

uncil by the High Representative and the European Commission in 2008, defined climate change-induced migratory pressure as a threat to Europe and so emphasised the importance of the EU's leadership in the international arena to promote security by developing its migration policy.¹³ In a White Paper drafted in 2009, having provided a policy context to minimise the EU's vulnerability to climate change-induced effects, the Commission described the EU as a facilitator of national-level actions specifically for global problems and underlined that most of the measures can only be initiated by the Member States.¹⁴

The Commission also presented and analysed the various policies as a comprehensive answer to the call of the European Council in 2009 through the Stockholm Programme¹⁵ on carrying out the exploration of climate change-induced cross border migration and its impact on the EU.¹⁶ In 2011, it also comprehensively analysed protection gaps, policy responses and the EU's current legislative and policy framework. Having pointed out different protection-related actions required for temporary, permanent, internal or external migration types, the study suggested that the EU can take the lead in the field of international law, use resettlement as an option and inspire others by amending Article 15(c) of the Qualification Directive and by using the Temporary Protection Directive during a mass influx.¹⁷ The Commission recently in a proposal for a regulation in 2020 mentioned the long-term EU climate-neutrality objective, achieving net-zero greenhouse gas emissions by 2050 and clarified that there is not any firm policy determined on climate change-induced migration and climate refugees.¹⁸

Having underlined in 2011 that as a global threat climate change carries significant implications related to access to basic needs such as food, water, etc. that creates tensions for migration, the Council called the EU for immediate action to minimise these risks.¹⁹ In 2013, the Council also gave a call to the EU and the

¹³ "Climate Change and International Security, S113/08", The High Representative and the European Commission, Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2020, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf.

¹⁴ Commission of the European Communities, White Paper on Adapting to climate change: Towards a European framework for action, COM(2009) 147/4; Hallegatte; Billé; Magnan and Gemenne, *The future of the Mediterranean*, 26-27.

¹⁵ Council of the European Union, *The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting the citizen*, Brussels, 17024/09, 63.

¹⁶ The European Commission, SWD(2013) 138 final.

¹⁷ Albert Kraker; Tatiana Cernei and Marion Noack, *Climate refugees: Legal and policy responses to environmentally induced migration*, DGIPOL Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Study, (Brussels: European Parliament, 2011), 74.

¹⁸ The European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law), Brussels: COM(2020), 80 final, 2020/0036 (COD), 1-3.

¹⁹ Council of the European Union, *Council Conclusions on EU Climate Diplomacy*, Brussels, 3106th Foreign Affairs Council meeting, 2011, 1, paras. 1-2.

Member States to address and adopt policies in regard of climate change-induced migration, particularly in the light of the development and humanitarian assistance.²⁰

It is clear that the EU cares about climate change by considering it as an initiator of various types of crises such as environmental, security-related and humanitarian and has taken concrete steps over a decade. It even became a party to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the Kyoto Protocol and Paris Agreement as the only regional organisation.²¹ The EU's contributions to the Global Compact for Migration and the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030 are also significant. However, the EU has no comprehensive and solid policies and legislative framework yet for climate change-induced migration, but focused on the *ad hoc* and short term solutions.

It is needed to discover the potential protection mechanism for climate refugees that exist in the EU territory and finding a way to fill the legal and protection gap. The protection is related to facilitating an environment that the asylum seekers will enjoy their basic human rights when waiting for a durable solution to the inhuman or degrading treatment or other types of dangers that happened or could have happen in the country of origin.

As regards the EU legal framework, Articles 2 and 21 of the Treaty on European Union (TEU) declare that the EU is built on respecting human rights and whose external relations should be guided by that principle universally and indivisibly. Article 3(5) of the TEU also reminds the EU of its role and responsibility to protect human rights worldwide. Therefore, the EU must abide by its role and responsibilities in order to respect and protect the human rights of climate refugees. The Charter of the Fundamental Rights of the European Union (the Charter) provides protection regarding the right to healthcare in Article 35 and the right to a healthy environment in Article 37.

The European Convention on Human Rights (the ECHR) and the European Court of Human Rights (the ECtHR) case law have a special spot in EU human rights law. According to Article 6(3) of the TEU, "Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common

²⁰ Council of the European Union, Conclusions of the Council and of the Representatives of Governments of the Member States meeting within the Council on the 2013 UN High-Level Dialogue on Migration and Development and on broadening the development-migration nexus, Brussels: 12415/13, 6, 13 and paras. 10, 44.

²¹ "UNFCCC Process and meetings - Parties", United Nations Climate Change, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2020, <https://unfccc.int/node/61063>; United Nations, United Nations Framework Convention on Climate Change, UNTS Volume Number 1771, 1992; United Nations, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, UNTS Volume Number 2303, 1998; United Nations, Paris Agreement, No. 54113, 2015.

to the Member States, shall constitute general principles of the Union's law." Also in the case that the EU manages to access to the ECHR under the obligation of Article 6(2) of the TEU, the Convention shall be binding as an agreement concluded by the EU itself and form an integral part of EU law.²² Furthermore, the CJEU also held that fundamental rights form an integral part of the general principles of EU law and in safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration not only from constitutional traditions common to the Member States, but also from international treaties, as the ECHR, for the protection of human rights concluded by the Member States.²³ Lastly, under Article 52 of the Charter, the meaning and scope of the rights enshrined in the Charter shall be the same as the corresponding rights laid down by the ECHR. In that respect, there are several articles in the ECHR that can be interpreted as providing protection for asylum seekers and so might provide the same level of protection for climate refugees. For instance, the principle of non-refoulement applied in the cases relevant to Article 2 (right to life)²⁴ and Article 3 (prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment)²⁵ can help in filling some protection gap in the legal protection of climate refugees. Also, according to Article 4 of Fourth Protocol to the ECHR, States cannot expel those individuals collectively.

There is however no distinct and specific EU act applicable to climate refugees. Since the primary components of the postwar global refugee protection regime, established by the Geneva Convention and 1967 Protocol, have been incorporated into the EU's asylum policy and EU human rights law under Article 78 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the TFEU),²⁶ not only the international framework of refugee protection, but also current asylum policy and EU human rights law stay behind the global climate-induced necessities.

There are two important directives framing the status and legal protection for asylum seekers in the EU. First, Qualification Directive 2011/95/EU sets provisions for applicants to apply for refugee status or subsidiary protection and specifies the rights granted to applicants of such status, while encouraging the Member States to establish or maintain more favourable conditions than those stipulated in its provisions.²⁷ The scope of the Qualification Directive is limited to individuals

²² Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* EU:C:1974:41.

²³ Case 4/73 *Nold* EU:C:1974:51.

²⁴ Case *M.A.R. v. the United Kingdom*, Application No. 28038/95, decision of 16 January 1997.

²⁵ Case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application No. 30696/09, decision of 21 January 2011, para. 365.

²⁶ Kelsey Leigh Binder, "Cutting the Wire: A Comprehensive EU-Wide Approach to Refugee Crises.," *Brook. J. Int'l L.*, 41 (2015): 1339-1392.

²⁷ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), [2011], OJ L. 337/9-337/26.

in need of international protection, which excludes climate refugees in general, unless they need protection against conflicts triggered by climate change-induced disasters, since it is expressly based on the 1951 Geneva Convention outdated as to climate change concerns. The Commission already proposed in 2016 the Qualification Regulation by changing the type of the act for the purpose of avoiding breaches made by the Member States on the transposition and providing the same degree protection across the EU.²⁸ The Commission, on a New Pact on Migration and Asylum in September 2020, reiterated that proposal and made five new proposals for adopting new regulations for improving EU's legislative framework on migration and asylum.²⁹

Second, Temporary Protection Directive 2001/55/EC³⁰ lays down a unique mechanism that allows for immediate and temporary protection for internationally displaced populations, being unable to return to their country of origin, to be used exceptionally and temporarily when there is a risk that the international protection mechanism will struggle to cope with the sudden massive influx merely.³¹ In light of Article 2 (ii) of Temporary Protection Directive, displacement occurred by climate change-induced disasters can be considered as a serious risk or systematic or generalised violations of human rights,³² even though this protection mechanism is simply non-functional and has never been used due to requiring a Council decision with a qualified majority.³³ Moreover, to include mass influx of climate refugees within the scope of the Temporary Protection Directive was even absent in the comprehension of the Commission in 2015-

²⁸ The European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, Brussels, COM(2016), 466 final, 2016/0223 (COD), 4-6.

²⁹ The European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund], Brussels: SWD(2020), 207 final {COM(2020) 610 final}, 65-66.

³⁰ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof [2001], OJ L.212/12-212/23.

³¹ "Temporary protection if there is a mass influx of displaced people", EUR-Lex, Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I33124&from=EN>.

³² Albert Kraller, Marion Noack and Tatiana Cernei, "Climate Refugees: Legal and Policy Responses to Environmentally-Induced Migration", Paper prepared for the ClimMig Conference on Human Rights, Environmental Change, Migration and Displacement, Vienna 20-21 September 2012, Erişim Tarihi: Mart 10, 2020, https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/9980/Paper_ICMPD_2012-10-15.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

³³ Lara Krayem, "The EU Response to the 2015 Refugee Flows: A Missed Opportunity to Use the Temporary Protection Directive?", IALS Student Law Review, Vol. 7, No. 1, Spring (2020): 33; Kraller, Cernei and Noack, Climate refugees, 55.

2016s.³⁴ Furthermore, this directive focuses on the return and can only be benefited from this status for one year (extended by up to two years) which limits the protection for the more disastrous situations. Consequently, in a New Pact on Migration and Asylum in September 2020, the Commission proposed that this Directive must be cancelled since it has procedural inefficiency and could not answer the current needs.³⁵ Briefly, that Directive is appropriate neither for the determination of individual status, nor for durable situations, nor for refugees fleeing slow-onset climate-induced degradation in the country of origin. It could be argued that it does not have a future in the EU asylum system let alone being a useful tool for protecting climate refugees.

Within the context of the EU Migration and Asylum Policy, managing the possible climate change-induced migratory flows to the EU in the near future continues to invoke legal protection concerns with regard to the status of climate refugees as asylum seekers. Given the drawbacks on current types of protection, the implementation of the existing law by the Member States and the EU's stance on the asylum policies and procedures should be noticed.

The Member States can decide who can enter and stay in their territories and who should return to their countries, though this power must be exercised in accordance with EU law.³⁶ However, the EU's asylum law is powerful on theory, but ineffective on distribution, since the 1951 Geneva Convention and its 1967 Additional Protocol only necessitate the Member States to examine applications of asylum, whilst allowing them to decide on granting with the status in light of their perception of acknowledgments of required criteria for refugee status at the time.³⁷ In practice, management of the assessment procedures allows the asylum policy to be adjusted with the complexity of economic and diplomatic interests, as a result, the numbers and categories of asylum seekers permitted to enter their territories are significantly controlled primarily by the Member States whose interests on protection from massive migration flow prevail over basic human rights of individuals.³⁸ In other words, the right to asylum is intertwined with the discretion of the Member States during the assessment procedure, the fact of which paves the way for restricting people's movement on cross border.

³⁴ The European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European Agenda on Migration, Brussels, COM(2015) 240 final; Hanne Beirens; Sheila Maas; Salvatore Petronella and Maurice van der Velden, Study on the Temporary Protection Directive - Final Report, (Brussels: European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, 2016).

³⁵ The European Commission, SWD(2020), 207 final, COM(2020) 610 final, 13-14, 64.

³⁶ Guy S. Goodwin-Gill, "The International Law of Refugee Protection", The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, (Oxford: Oxford University Press, 2014), 36.

³⁷ Reynaud, "Climate Refugees", 21-22; Jane McAdam, "The Refugee Convention as a Rights Blueprint for Persons in Need of International Protection", Forced Migration, Human Rights and Security, (London: Hart Publishing, 2008), 267.

³⁸ Reynaud, "Climate Refugees", 22-23; Verdier-Jouclas, "A legal status", 9-10, para. 34.

The recent political instability of the Middle East, specifically the unrest in Syria, Iraq and Libya, resulted in a massive increase in asylum applications in the EU, which projected the unwillingness of Member States to welcome refugees and the prior humanitarian asylum policy has thus turned into security-focused one. The disputes among the Member States have also risen as well as a grown lack of cooperation within the EU to the point that certain Member States have failed to fulfil their responsibilities under the EU legislative framework.³⁹

Moreover, under the Dublin Regulation the applicant's country of entry is responsible as a rule for examining asylum applications.⁴⁰ The existing migratory routes indicate that the responsibility of coping with the massive amount of asylum applications can only be tackled to a considerable extent by the Member States bordering the Mediterranean (Greece, Malta, Italy, and Spain) the fact of which is contradictory to the principle of solidarity.⁴¹

Although the resettlement procedure can be a permanent solution for asylum seekers by enabling asylum seekers to arrive in Europe through legal and safer ways to protect them from resorting to illegal trafficking channels and endangering their lives on risky unconventional routes, only a handful of Member States consider resettlement as an option. The Member States' unwillingness and weak efforts to participate can be seen explicitly at the low number of resettled individuals.⁴² In addition, the fact that the priorities of the UNHCR limit the scope of resettlement to almost solely for vulnerable groups noticeably by age, gender and disability within the refugees⁴³ makes resettlement a solution for all problematic. The EU's current asylum policies could therefore pose another burden on climate refugees since it is already difficult to seek asylum for the individuals that could fit the "standard" refugee status.

For the foregoing reasons, to be able to seek asylum in dignity, in addition to a clear legal framework and policies the change in the stance of Member States is also needed. However, as the latest proposals of the Commission showed, even though the EU is aware of the flaws, it still solely wants as a fortress to protect

³⁹ Verdier-Jouclas, "A legal status", 10, paras. 35, 37.

⁴⁰ Article 7, Regulation (EU) No 604/2013 the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) [2013], OJ L. 180/31-180/59.

⁴¹ Blanca Garcés-Mascareñas, "Why Dublin 'doesn't work'", Notes internacionales CIDOB, 135 (2015): 2-3; Verdier-Jouclas, "A legal status", 10, paras. 38-39.

⁴² Kraler, Noack and Cernei, "Climate Refugees", 11-12; The European Commission, Resettlement: Ensuring Safe and Legal Access to Protection for Refugees, 2017; "Resettled persons - annual data - persons", Eurostat, Erişim Tarihi: Nisan 21, 2020, <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tps00195>.

⁴³ Minos Mouzourakis; Kris Pollet and Ruben Fierens, The concept of vulnerability in European asylum procedures, (Brussels: European Council on Refugees and Exiles, 2017), 9-10.

itself and its Member States rather than the individuals who need effective human rights protection. The main attitude is controlling migration and avoiding asylum seekers, instead of respecting the human rights of the displaced individuals and providing them safer and controlled legal channels into the EU. Although the border countries did not abide by EU law, the EU recently focuses on protecting them by removing Dublin Regulation,⁴⁴ proposing new regulations⁴⁵ and offering money to the other States for the relocation of asylum seekers as if it is a transactional matter.⁴⁶

II. ACTIONS TO BE TAKEN?

In the legal literature, various suggestions have been made as to the legal status and protection of climate refugees. At the regional level, in the EU suggestions were around the amendment of Article 15(c) of the Qualification Directive by including the environmental disasters, using the Temporary Protection Directive during a massive influx and considering resettlement as an option.⁴⁷ In the Council of Europe, a Framework Convention for the Recognition of Status and Rights of Environmental Migrants and initiating an additional protocol to the ECHR to include the right to a healthy and safe environment for climate refugees were suggested.⁴⁸

At the international level, amending the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and correspondingly the mandate of the United Nations High Commissioner for Refugees, as the primary agency in the UN for the welfare and international legal protection of refugees, to encompass climate change as persecution by expanding the ambit of its subjects regarding the protection of climate refugees was put forward.⁴⁹ An international convention on climate refugees was also set forth.⁵⁰

⁴⁴ The European Commission, SWD(2020), 207 final, COM(2020) 610 final, 69.

⁴⁵ The European Commission, SWD(2020), 207 final, COM(2020) 610 final, 70.

⁴⁶ The European Commission, SWD(2020), 207 final, COM(2020) 610 final, 77.

⁴⁷ Kraller, Cernei and Noack, Climate refugees, 74; Walter Kälin and Nina Schrepfer, Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change-Normative Gaps and Possible Approaches, (Switzerland: Division of International Protection UNHCR, PPLA/2012/01, 2012).

⁴⁸ Council of Europe Parliamentary Assembly Committee on Migration, Refugees and Population, Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge, Report, Doc. 11785, 2008; Parliamentary Assembly, Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment. Recommendation 1885, 2009; Parliamentary Assembly, Environment and human rights. Recommendation 1614, 2003; Parliamentary Assembly, Future action to be taken by the Council of Europe in the field of environment protection. Recommendation 1431, 1999.

⁴⁹ Norman Myers, "Environmental Refugees", Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies, Vol. 19, No. 2 (1997): 176-177; Angela Williams, "Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law", Law & Policy, 30, 4 (2008): 502-529.

⁵⁰ Jane McAdam, "Swimming Against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer", International Journal of Refugee Law, Vol. 23, No. 1 (2011): 26; Bonnie Docherty and Tyler Giannini,

There are significant actions the EU can take as a powerful actor in the international, regional and national arenas. The EU has a role and responsibility to protect human rights worldwide since human rights standards are binding for the EU itself and its Member States.⁵¹ Human rights principles are the core values of the EU. The Treaties declare that the EU is built on respecting human rights and its external relations should be guided by that principle universally and indivisibly. Article 21(2) of the TEU stipulated that the EU shall define and pursue its common policies and actions with a high degree of cooperation in all fields of international relations in order to consolidate and support human rights and assist populations, countries and regions confronting natural or man-made disasters. According to Article 4 of the TFEU, the EU and the Member States can use their shared competences if exclusive competence does not arise in creating legal instruments (e.g. an international agreement) under Article 3(2) of the TFEU for climate change.⁵²

An individual could only be guaranteed legal protection with a legal provision providing for an individual right by enabling that the subject matter is therefore covered by law.⁵³ Without an adequate definition under international law within the consideration of the common responsibility of the international community such refugees remain almost invisible not only in the international system,⁵⁴ but also in the EU legal order. In that respect, in the EU, the concepts of recognition and legal protection should mean using the legal tools in the sphere of EU law which stipulate the obligations of the EU institutions and the Member States and correspondingly the rights of asylum seekers.⁵⁵

A. To Initiate Protocols or International Conventions within the Framework of Regional and International Organisations

For legal technical reasons, human rights vocabulary has not yet encompassed climate-change dynamics.⁵⁶ The ECHR does not set any provisions regarding the right to a healthy environment, however, the ECtHR has considered the right to a healthy environment indirectly bound to application of other human rights

"Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees", *Harv. Envtl. L. Rev.* 33 (2009): 349-403; Frank Biermann and Ingrid Boas, "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees", *Global Environmental Politics*, 10, 1 (2010): 60-88.

⁵¹ Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials*, (USA: Oxford University Press Fifth Edition, 2011), 362.

⁵² C. van Duren, *The legal obligations for the European Union to protect climate-induced migrants crossing European borders*, Master's Thesis LL.M International and European Law Tilburg Law School, 2018, 14-15.

⁵³ Joanna Apap, *The concept of 'climate refugee' Towards a possible definition*, European Parliament Briefing, 2019.

⁵⁴ Brown, *Migration and Climate Change*, 15.

⁵⁵ Goodwin-Gill, *The International Law of Refugee Protection*, 37.

⁵⁶ Christel Cournil, "The protection of 'environmental refugees' in international law", in Étienne Piguet, Antoine Pécoud and Paul de Guchteneire (eds), *Migration and Climate Change* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011), 366.

stipulated in the Convention.⁵⁷ This can be seen clearly in the several judgments of the ECtHR which finds a connection between environment-related degradation and human rights. For instance, both in *Öneryıldız v Turkey*⁵⁸ and *Budayeva and Others v Russia*⁵⁹ cases, the link between environmental degradation and Article 2 of the ECHR was stipulated. Furthermore, in the *López Ostra v Spain* case,⁶⁰ the ECtHR decided that the State has violated its positive obligation to secure the rights to home, private and family life arising from Article 8 of the ECHR since the severe risks on life and health arise from environmental pollution.⁶¹ However, despite its recognition of these environment-related rights in the Convention, the ECtHR reiterates that the ECHR cannot be a direct tool for giving protection for the right to a healthy environment.⁶² With respect to this problem, the PACE continuously made important suggestions to the Committee of Ministers of the Council of Europe for the recognition of the right to a healthy and safe environment by drafting an additional protocol to the ECHR.⁶³ The PACE also reminded that the States have responsibilities under Article 2, Article 3 and Article 8 of the ECHR towards environmental degradation.⁶⁴

Environment and human rights are closely intertwined and several human rights including the right to life and the right to respect for private and family life are in danger of jeopardisation by environmental degradation.⁶⁵ It is also argued by Gemenne that it would be consistent to consider climate refugee matter inherently connected with the environmental policy and adaption strategy of the world, in particular the EU, to the environmentally induced challenges from a different paradigm according to which “migration in the context of climate change was no longer a disaster to avoid at all costs but a strategy that ought to be encouraged and facilitated.”⁶⁶

⁵⁷ José Mendes Bota, Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights, concerning the right to a healthy environment, Parliamentary Assembly, Doc. 12003, 2009, 1, 4-6; van Duren, The legal obligations, 34.

⁵⁸ Case *Öneryıldız v. Turkey*, Application No. 48939/99, Decision of 30 November 2004.

⁵⁹ Case *Budayeva and Others v. Russia*, Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, decision of 20 March 2008.

⁶⁰ Case *López Ostra v. Spain*, Application No. 16798/90, decision of 9 December 1994.

⁶¹ Kashif Abbas, The development of the right to a healthy environment through the case Law of the European Court of Human Rights, Master’s Thesis, University of Oslo, 2013, 22; van Duren, The legal obligations, 37-38; Bota, Drafting an additional protocol, 4-5.

⁶² Erkan Duymaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 47 (2012): 125.

⁶³ Parliamentary Assembly, Recommendation 1885; Parliamentary Assembly, Recommendation 1614; Parliamentary Assembly, Recommendation 1431; Tina Acketoft, Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge, Parliamentary Assembly, Doc. 11785, 2008.

⁶⁴ Bota, Drafting an additional protocol, 2.

⁶⁵ Bota, Drafting an additional protocol, 3.

⁶⁶ François Gemenne, “The Refugees of the Anthropocene”, in Benoît Mayer and François Crépeau (eds), Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), 399.

There is nevertheless no political will of the States and so no concrete steps have been taken on drafting an additional protocol for the right to a healthy and safe environment ever since the suggestion of the PACE over twenty years.⁶⁷ Regulating the right to a healthy and safe environment in an additional protocol to the ECHR would also be an influential way of bringing explicit protection for climate refugees across the Contracting Parties, in particular in the EU Member States. The protocol would help the ECtHR examine the claims more systematically and comprehensively and so benefit the individuals for having a specific protection mechanism for their specific problem. As being the major human rights protection mechanism of Europe, the Council of Europe should be aware that in the near future climate change-induced human rights violations will arise before the ECtHR.⁶⁸ This additional protocol and the judgments of the ECtHR can inspire other regional organisations and increase worldwide awareness to the issue.

The Geneva Convention and 1967 Protocol were formulated after the Second World War with the goals and tasks corresponding to the geopolitical situation without the conception of climate change-induced refugees and remain far away from meeting the current expectations arising from climate change. The fact that the implementation of the Geneva Convention has already become very delicate due to the persecution factors the massive number of individuals face and the general attitude of the parties towards those individuals already lowers the expectation of providing legal protection for climate refugees through this Convention.⁶⁹ Even though it would be easier in principle to benefit from an existing operational system, given this persecution problem, adding climate change as persecution on that Convention could result in weakening or undermining over all other persecutions and lowering standards of their protection and counter-productive, or vice versa.⁷⁰ In addition to their limitations, dilution of protection for traditional refugees, creation of unnecessary tensions between traditional refugees and climate refugees and political resistance because of concerns of overwhelming the institutional capacities of UNHCR could be set as specific grounds against expansion of the mandates existing legal regimes.⁷¹

⁶⁷ Parliamentary Assembly, Future action to be taken by the Council of Europe in the field of environment protection. Recommendation 1431, 1999.

⁶⁸ "Achieving justice and human rights in an era of climate disruption: Climate change justice and human rights task force report", International Bar Association, Erişim Tarihi: Temmuz 26, 2020, <https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>.

⁶⁹ Ali Özdemir, Göçmen-Mülteci İkileminde Yeni Bir Kavram: "İklim Mültecileri", I. Uluslararası Göç ve Mülteci Kongresi Bildirileri, (Düzce: Düzce Üniversitesi Yayınları, 2018), 153.

⁷⁰ Biermann and Boas, "Preparing for a Warmer World", 60-88; Verdier-Jouclas, "A legal status", 16-17; Michel Prieur, "Draft convention on the international status of environmentally-displaced persons", *The Urban Lawyer* (2010): 247-257.

⁷¹ Docherty and Giannini, "Confronting a Rising Tide", 349-403.

A distinct, autonomous, specific and sui generis multilateral convention on climate refugees will help in focusing on the problem more comprehensively by avoiding the limits of existing legal frameworks.⁷² The UN has consistently drafted special human rights framework mechanisms for vulnerable groups, such as for refugees through the Convention on the Status of Refugees, for women through the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW),⁷³ for children through the Convention on the Rights of the Child (CRC)⁷⁴ and for disabled through the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)⁷⁵ in order to remove the barriers on enjoying human rights in the same degree with others.⁷⁶ It shows that the UN also has the ability to shed light on the legal status and protection of climate refugees by drafting a Convention on the Status and Protection of Climate Refugees.

The EU is home to the wealthiest and most stable countries in the world and has a related mechanism to help the most vulnerables. Given the urgent need for legal recognition and protection for climate refugees, the EU should acknowledge legal status for climate refugees and create legal and safe channels for their migration and protection. The EU should stand as an active leader during an unprecedented global crisis and present the understanding of climate change-induced migration as a way of reducing vulnerability for both at the international, regional and national levels. The EU can do this as one of the most powerful actors in the international area, i.e. the UN, under Article 220 of the TFEU. The EU and the UN can act together and maximize the effort for solving a global problem while avoiding differences, conflict or repetition.

The EU can become, alongside its Member States, a party of that Convention, so as a mixed agreement, pursuant to its prior example in the case of the CRPD. The EU and UN have been established during the same problematic period of history and both organisations have similar values on certain subjects including peace, development and human rights.⁷⁷ For instance, the EU is a party

⁷² Margit Ammer; Manfred Nowak; Lisa Stadlmayr and Gerhard Hafner, *Legal Status and Legal Treatment of Environmental Refugees*, (Germany: Federal Environment Ministry, Dessau-Roßlau, 2010), 12; Esra Tekin, "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu", *TBB Dergisi*, 147 (2020): 330; Biermann and Boas, "Preparing for a Warmer World", 60-88; Docherty and Giannini, "Confronting a Rising Tide", 349-403.

⁷³ United Nations, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UNTS Volume Number 1249, 1979.

⁷⁴ United Nations, *Convention on the Rights of the Child*, UNTS Volume Number 1577, 1990.

⁷⁵ United Nations, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, UNTS Volume Number 2515, 2008.

⁷⁶ Maija Mustaniemi-Laakso; Mikaela Heikkilä; Eleonora Del Gaudio; Sotiris Konstantis; Maria Nagore Casas; Dolores Morondo; Venkatachala G. Hegde and Graham Finlay, *The protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border checks, asylum and immigration*, (Brussels: European Commission, 2016), 2.

⁷⁷ Alfonso Medinilla; Pauline Veron and Vera Mazzara, "EU-UN cooperation: Confronting change in the multilateral system", *ECDPM Discussion Paper*, No. 260 (2019): 4.

to the UNFCCC, the Kyoto Protocol and Paris Agreement as the only regional organisation.⁷⁸ While the EU carries “enhanced observer status” in the UN, which does not allow it to vote or suggest policies, but merely to express opinions and work in close cooperation, it can involve voting and suggesting policies through the medium of its Member States.⁷⁹ It can be said that the EU already has an active role in the creation and implementation of the international human rights framework through the actions of the Member States in the UN.⁸⁰

In this context, for abiding by its human rights policies and following the responsibilities imposed by the Treaties, the EU should lead a cooperation for the conclusion of an international convention within the framework of the UN regarding the legal status and effective legal protection of climate refugees. The EU should focus on the links between climate change and migration as a starting point for a response and consider how to efficiently and carefully ensure and protect climate refugees’ human rights. Due to the absence of a legally binding definition of climate refugees, the first step needed is to develop a new legal definition while setting up comprehensive rules during the process of asylum-seeking. As offered by us, the definition of climate refugees could be as follows: “Individuals who were forced or choose to leave their country of origin temporarily or permanently and thus cross the borders due to sudden-onset events and/or slow-onset climate-induced changes that affect their lives or living conditions in a serious manner.”⁸¹

The provisions of the multilateral convention must contain the rights to life, health and an adequate standard of living, accompanied by a combination of negative obligations for Contracting Parties to refrain from taking action that would interfere with rights and positive obligations for them to fulfil the protection of rights. The legal guarantees must be stipulated to ensure that all persons are able to enjoy all those rights and freedoms in practice. The right to access justice or judicial remedies must be recognised and administrative and judicial proceeding mechanisms must be established in order to protect more efficiently against the possibility of violations of the Contracting Parties regarding fulfilling their obligations. The framework must ensure that the Parties will respect human rights throughout the asylum-seeking process and afterwards. Also, for abiding climate justice, the highest risk countries and their citizens in vulnerable groups, such as women, children, elderly and individuals who have disabilities or low-income

⁷⁸ “UNFCCC Process and meetings - Parties”, United Nations Climate Change, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2020, <https://unfccc.int/node/61063>.

⁷⁹ Medinilla, Veron and Mazzara, “EU-UN cooperation”, 4.

⁸⁰ United Nations, The partnership between the UN and the EU: The United Nations and the European Commission working together in Development and Humanitarian Cooperation, Brussels: United Nations System, 2006, 8.

⁸¹ For different interpretations and analyses see Tomasz Branka, “Climate Refugees in the Contemporary World”, Immigration Crises, Borders and the European Union (2017): 79-94.

levels, should be the main focus when developing measures because of their low capacity to prevent, mitigate and adapt to the effect of climate change.

In the end, since the international agreements concluded by the EU form an integral part of EU law⁸² and the common asylum policy must be in compliance under Article 78 of the TFEU with Geneva Convention and the 1967 Protocol and other agreements relating to the status of refugees, it would therefore improve the legal protection of climate refugees in the EU legal order. The right to asylum, as stipulated also in the Charter, shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention and the 1967 Protocol and in accordance with the TEU and TFEU.

B. To Improve Climate Refugees' Human Rights Standards at the EU Level

Displacement is one of the most devastating consequences of disasters, particularly for the rights of individuals who are already in vulnerable situations with the lowest capacity to prevent, mitigate and adapt to the effect of climate change such as women, children, elderly and individuals who have disabilities or low-income levels. The disastrous effect and risks arising from displacement can be minimised by building and ensuring respect for human rights.⁸³ For this reason, the EU must fulfil its responsibilities, focus on the implementation of the human rights principles and provide that the asylum seekers are treated in accordance with human rights standards guaranteed under EU law. There are nevertheless some concerns for the legal protection of climate refugees given the failure in the EU in the protection of the “standard” refugees.

There are particular ways to improve the standards such as adoption of a regulation. The EU should use its competence conferred by Article 78 of the TFEU to adopt a new legislative act for a common asylum scheme, which is binding in its entirety and directly applicable in all Member States. According to that Article, the EU has mandate and shall develop a common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection with a view to offering appropriate status to any third-country national requiring international protection and ensuring compliance with the principle of *non-refoulement*. In this way, the EU can ensure that the legislative framework corresponds to the needs of climate refugees.

Article 296 of the TFEU stipulates that the EU institutions can choose the legal act that will be adopted according to the circumstances while taking into consideration the principle of proportionality if there is no specific legal act required by the Treaties. The two most common forms of the EU legal acts are regulations and directives. In comparison, for creating a legal channel for climate refugees in

⁸² Case 181/73 *Haegeman v. Belgium* EU:C:1974:41.

⁸³ United Nations General Assembly, Resolution 70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 2015.

the EU and national level, regulations are more practical and effective compared to directives. Because regulations are fully binding while directives are binding as to their results to be achieved. This means that the Member States have discretion on the choice of form and method on the transposition of the directives.⁸⁴ So, although they are not superior to each other in the overall hierarchy, regulations which will not be transposed into national law, have a greater influence owing to their nature being applicable as they are in the Member States and granting rights or putting responsibilities in the same way as national law.⁸⁵ Becoming applicable after the transposition of the Member States also makes the implementation of directives later than regulations, which have immediate application.⁸⁶ The transposition process for the directives in every Member State evidently indicates that receiving protection for climate refugees may differ significantly from one Member State to another. Moreover, because of the national discretion on the choice of form and method of their transposition, divergences and so heterogeneity in the protection of climate refugees may arise. Furthermore, within the context of the implementation of directives, the Member States might not fully abide by them compared to regulations. There are many cases before the CJEU regarding the incomplete, incorrect, late transposition or even non-transposition of directives by the Member States and the transposition process of some directives signifies problematic.⁸⁷

For the foregoing reasons, adopting a directive will not be as practical and effective as much as adopting a regulation. In that respect, amending and broadening the scope of a directive would not be a general solution at the EU level and might not effectively guarantee for the climate refugees the same level standards in their legal protection across the EU. It could be discerned in the studies and reports that analyse the transposition of the Qualification Directive, the Asylum Procedures Directive and the Reception Conditions Directive. Firstly, in 2009, after the Commission's proposal for amending the Qualification Directive, both the UNHCR and European Council on Refugees and Exiles (ECRE) prepared studies, which found a problem with regard to their transposition.⁸⁸ In particular, they have focused on the different approaches of the Member States towards the asylum seekers who even come from the same country and have similar grounds for

⁸⁴ Craig and de Búrca, EU Law, 106.

⁸⁵ Craig and de Búrca, EU Law, 70-71; Mustafa Tayyar Karayığit, "Are directives directly applicable?", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 15, No. 2 (2016): 70.

⁸⁶ Allan Rosas and Lorna Armati, EU Constitutional Law: An Introduction, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018), 130-131.

⁸⁷ Michael Kaeding, "Active Transposition of EU Legislation", EIPAScope, 3 (2007): 3.

⁸⁸ UNHCR, UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted, COM(2009)551, 2009, 2.

persecution.⁸⁹ For instance, in 2008, Greece did not grant international protection to the asylum seekers coming from Iraq, while Germany gave protection for the majority of them.⁹⁰ These flaws can be noticed not only in the academic literature regarding the implementation of asylum policy,⁹¹ but also more comprehensively in the Commission's recent report, which indicated that for some provisions the Member States used different wording in national law, which resulted in different assessments while granting protection.⁹²

Secondly, according to the report of the Commission in 2016, there were 70 open infringement procedures regarding the Common European Asylum System (CEAS) and 16 of them were about the "bad application" or "nonconformity" to the Qualification Directive, the Asylum Procedures Directive and the Reception Conditions Directive.⁹³ The danger here is that the infringement procedures have been mostly initiated against Greece, Italy and Cyprus, which carry the burden in the implementation of that Policy as the border countries of the EU. Overall, those facts affect the credibility and quality of the directive as an instrument in the field of asylum law for the individuals who suffered from similar persecution in their country of origin and make the protection mechanism uncertain and unstable.

Although harmonisation by the directives means more compatibility with the principle of subsidiarity, the studies made by the European Commission also give insight on why the Commission, in certain circumstances with regard to critical issues, should choose to adopt a regulation rather than a directive.⁹⁴ In that regard, the Commission already made a proposal in 2016 by changing the act type of Qualification Directive into the Qualification Regulation for avoiding breaches made by the Member States in the implementation of directives in order to ensure provision of a same degree protection across the EU.⁹⁵ As the latest proposals of the Commission on a New Pact on Migration and Asylum with five new regulations for the European migration and asylum legal framework in 2020 showed, adoption of regulation seems to be essential in order to create common asylum protection standards.⁹⁶

⁸⁹ UNHCR, UNHCR comments on the European Commission's proposal, 2-3.

⁹⁰ UNHCR, UNHCR comments on the European Commission's proposal, 2-3.

⁹¹ Sergio Carrera and Elspeth Guild, "Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU", CEPS Policy Brief, No. 332 (2015): 1-20.

⁹² The European Commission, Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU), Final Report, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019, 13.

⁹³ The European Commission, Managing the Refugee Crisis, Balancing Responsibility and Solidarity on Migration and Asylum, 2016, 2.

⁹⁴ Karayığit, "Are directives directly applicable?", 68.

⁹⁵ The European Commission, COM(2016), 466 final, 2016/0223 (COD), 4-6.

⁹⁶ The European Commission, SWD(2020), 207 final, COM(2020) 610 final, 70.

The fact that the implementation of common asylum law mainly on the shoulders of the Member States in the light of EU law means that the practice of the Member States plays an important role in ensuring human rights for asylum seekers. The European Commission should initiate against a Member State which fails to fulfil its obligations under the common asylum policy an infringement procedure, which can be an effective tool of public enforcement to provide implementation by the Member States of EU law in regard of the protection of asylum seekers by precluding the Member States from breaches of rights of climate refugees.⁹⁷ Moreover, the EU also has the ability to influence global governance by its policies and can shed light on migration as a way of reducing vulnerability to climate change.⁹⁸ The EU can do this by changing the perspectives of the Member States as to climate refugees in general and enforcing them to abide by human rights enshrined in EU law.⁹⁹

It goes without saying that the influence of the EU citizens as a powerful group with competence in the field of policymaking cannot be overlooked too. The EU and its citizens can collaborate on creating a policy framework for the right to seek asylum and the right to a healthy and safe environment just like when they did in the initiative titled “*Right2Water*” that aimed the access to safe drinking water for safeguarding human dignity and an adequate standard of living for everyone.¹⁰⁰ As a result of a European Citizens’ Initiative under Article 11(4) of the TEU, the Commission can advocate for universal access for these rights and enforce the Member States to step up their efforts for guaranteeing them.¹⁰¹

CONCLUSION

The policies in the EU show that they pay lip service rather than taking necessary actions for the individuals who were forced or choose to flee their homes temporarily or permanently due to sudden or slow-onset climate events that adversely affect their lives or living conditions. Whereas the topic has begun gaining growing interest from the EU institutions in recent years, climate change

⁹⁷ United Nations General Assembly, A/67/299, 19, para. 78; UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/23/46, 2013, 22, para. 98; UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants, A/HRC/29/36, 2015, 21, para. 121.

⁹⁸ UN Human Rights Council, A/HRC/29/36, 17, para. 87.

⁹⁹ UN Human Rights Council, A/HRC/29/36, 21, para. 126; Ammer; Mayrhofer; Randall and Salisbury, Time to Act, 36.

¹⁰⁰ The European Commission, Communication from the Commission on the European Citizens’ Initiative: “Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity!”, Brussels, COM(2014) 177 final, 2014, 2-3.

¹⁰¹ The European Commission, COM(2014) 177 final, 13.

has been constantly regarded as an initiator of various types of crises such as environmental, security-related and humanitarian. However, apart from the above-mentioned policy responses, it is accurate to say that climate change-induced migration and climate refugees have been generally forgotten on the EU agenda with the consideration that climate change is not yet a legal crisis in the EU.

Safer and controlled legal channels should nevertheless be opened in order to protect the human rights of those individuals and for a better migration management. Otherwise, those individuals will be left alone in the Mediterranean Sea without a secure lifeboat both in law and fact. In that respect, the EU should stand as an active leader during an unprecedented global crisis and present the understanding of climate change-induced migration as a way of reducing vulnerability at the international, regional and national levels. The EU can do this by initiating an international cooperation for a multilateral convention on climate refugees within the framework of the UN as one of the most powerful actors in the international arena. Furthermore, at the regional level, regulating the right to a healthy and safe environment in an additional protocol to the ECHR would also be an influential and effective way of bringing explicit legal protection for climate refugees across the Contracting Parties, in particular in the EU Member States.

The EU can also draft a regulation regarding the protection of climate refugees. Due to the flaws arising from the implementation of directives in the area of common asylum policy, the national hesitance to accept asylum seekers and ignorance towards the implementation of human rights in that field, amending and broadening the scope of the existing directives (e.g. Qualification Directive) is not considered a general solution at the EU level for the effective legal protection of climate refugees. To be able to seek asylum in dignity, in addition to a clear legal framework and policies, the change in the stance of the EU and its Member States towards climate refugees is certainly a necessity.

With a holistic and fundamental rights-based paradigm towards the climate refugees, the matter should be comprehensively dealt with human rights, environmental, humanitarian and asylum laws and development and foreign and security policies. The EU as a normative power with its standards would therefore constitute an example of inspiration for others to improve their standards with respect to the recognition of status and legal protection of climate refugees.

BIBLIOGRAPHY

- Abbas, Kashif. The development of the right to a healthy environment through the case Law of the European Court of Human Rights. Master's Thesis University of Oslo, 2013.
- Acketoft, Tina. Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge. Parliamentary Assembly, Doc. 11785, 2008.
- Ammer, Margit; Nowak, Manfred; Stadlmayr, Lisa and Hafner, Gerhard. Legal Status and Legal Treatment of Environmental Refugees. Germany: Federal Environment Ministry, Dessau-Roßlau, 2010.
- Ammer, Margit; Mayrhofer, Monika; Randall, Alex and Salsbury, Jo. Time to Act: How the EU can lead on climate change and migration. Belgium: Heinrich-Böll-Stiftung, European Union, 2014.
- Apap, Joanna. The concept of 'climate refugee' Towards a possible definition. European Parliament Briefing, 2019.
- Beirens, Hanne; Maas, Sheila; Petronella, Salvatore and van der Velden, Maurice. Study on the Temporary Protection Directive - Final Report. Brussels: European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, 2016.
- Binder, Kelsey Leigh. "Cutting the Wire: A Comprehensive EU-Wide Approach to Refugee Crises.", *Brook. J. Int'l L.*, 41 (2015): 1339-1392.
- Biermann, Frank and Boas, Ingrid. "Preparing for a Warmer World: Towards a Global Governance System to Protect Climate Refugees.", *Global Environmental Politics*, 10, 1 (2010): 60-88.
- Bota, José Mendes. Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights, concerning the right to a healthy environment. Parliamentary Assembly, Doc. 12003, 2009.
- Branka, Tomasz. "Climate Refugees in the Contemporary World.", *Immigration Crises, Borders and the European Union* (2017): 79-94.
- Brown, Oli. Migration and Climate Change IOM Migration Research Series No. 31. Geneva: International Organization for Migration, 2008.
- Carrera, Sergio and Guild, Elspeth. "Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU.", *CEPS Policy Brief*, No. 332 (2015): 1-20.
- Case 4/73, *Nold* EU:C:1974:51.
- Case 181/73, *Haegeman v. Belgium* EU:C:1974:41.
- Case *López Ostra v. Spain*, Application No. 16798/90, decision of 9 December 1994.
- Case *M.A.R. v. the United Kingdom*, Application No. 28038/95, decision of 16 January 1997.
- Case *Öneryıldız v. Turkey*, Application No. 48939/99, decision of 30 November 2004.
- Case *Budayeva and Others v. Russia*, Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02, decision of 20 March 2008.
- Case *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application No. 30696/09, decision of 21 January 2011.

- Commission of the European Communities. White Paper on Adapting to climate change: Towards a European framework for action. COM(2009) 147/4.
- Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on Minimum Standards for Giving Temporary Protection in the Event of a Mass Influx of Displaced Persons and on Measures Promoting a Balance of Efforts Between Member States in Receiving such Persons and Bearing the Consequences Thereof [2001]. OJ L.212/12-212/23.
- Council of the European Union. The Stockholm Programme - An open and secure Europe serving and protecting the citizen. Brussels: 17024/09.
- Council of the European Union. Council Conclusions on EU Climate Diplomacy. Brussels: 3106th Foreign Affairs Council meeting, 2011.
- Council of the European Union. Conclusions of the Council and of the Representatives of Governments of the Member States meeting within the Council on the 2013 UN High-Level Dialogue on Migration and Development and on broadening the development-migration nexus. Brussels: 12415/13.
- Council of Europe Parliamentary Assembly Committee on Migration, Refugees and Population. Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge. Report, Doc. 11785, 2008.
- Cournil, Christel. "The protection of 'environmental refugees' in international law." in Étienne Piguet, Antoine Pécoud and Paul de Guchteneire (eds), Migration and Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Craig, Paul and de Búrca, Gráinne. EU Law Text, Cases, and Materials. USA: Oxford University Press Fifth Edition, 2011.
- Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), [2011]. OJ L. 337/9-337/26.
- Docherty, Bonnie and Giannini, Tyler. "Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Convention on Climate Change Refugees.", Harv. Envtl. L. Rev. 33 (2009): 349-403.
- Duymaz, Erkan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı.", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 47 (2012): 121-160.
- EUR-Lex. "Temporary protection if there is a mass influx of displaced people." Erişim Tarihi: Mayıs 5, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:I33124&from=EN>.
- The European Commission. Climate change, environmental degradation, and migration. Brussels: SWD(2013) 138 final, 2013.
- The European Commission. Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative: "Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity!". Brussels: COM(2014) 177 final, 2014.
- The European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A European Agenda on Migration. Brussels: COM(2015) 240 final.

- The European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents. Brussels: COM(2016), 466 final, 2016/0223 (COD).
- The European Commission. Managing the Refugee Crisis, Balancing Responsibility and Solidarity on Migration and Asylum. 2016.
- The European Commission. Resettlement: Ensuring Safe and Legal Access to Protection for Refugees. 2017.
- The European Commission. Evaluation of the application of the recast Qualification Directive (2011/95/EU), Final Report. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.
- The European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU)XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]. Brussels: SWD(2020), 207 final {COM(2020) 610 final}.
- The European Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law). Brussels: COM(2020), 80 final, 2020/0036 (COD).
- The European Parliament. Resolution on the environment, security and foreign policy. Official Journal of the European Communities, C 128, 1999.
- Eurostat. “Resettled persons - annual data - persons.” Erişim Tarihi: Nisan 21, 2020, <https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcod e=tps00195>.
- Garcés-Mascareñas, Blanca. “Why Dublin ‘doesn’t work’”, Notes internacionales CI-DOB, 135 (2015): 1-5.
- Gemenne, François. “The Refugees of the Anthropocene”, in Benoît Mayer and François Crépeau (eds), Research Handbook on Climate Change, Migration and the Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.
- “Global Footprint Network.” Erişim Tarihi: Ocak 21, 2020, <https://data.footprintnetwork.org/#/?/>.
- Goodwin-Gill, Guy S. “The International Law of Refugee Protection”, The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- International Bar Association. “Achieving justice and human rights in an era of climate disruption: Climate change justice and human rights task force report.” Erişim Tarihi: Temmuz 26, 2020, <https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>.
- Kaeding, Michael. “Active Transposition of EU Legislation.” EIPAScope, 3 (2007): 1-8.

- Karayiğit, Mustafa Tayyar. "Are directives directly applicable?." Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 15, No. 2 (2016): 59-95.
- Kälin, Walter. "Conceptualising Climate-Induced Displacement", in Jane McAdam (ed.), *Climate Change and Displacement Multidisciplinary Perspectives*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010.
- Kälin, Walter and Schrepfer, Nina. *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change-Normative Gaps and Possible Approaches*. Switzerland: Division of International Protection UNHCR, PPLA/2012/01, 2012.
- Krayem, Lara. "The EU Response to the 2015 Refugee Flows: A Missed Opportunity to Use the Temporary Protection Directive?.", *IALS Student Law Review*, Vol. 7, No. 1, Spring (2020): 33-52.
- Kuusipalo, Rina. "Exiled by Emissions Climate Change Related Displacement and Migration in International Law: Gaps in Global Governance and the Role of the UN Climate Convention.", *Vermont Journal of Environmental Law*, Vol. 18, 4 (2017): 614-647.
- Kraler, Albert; Cernei, Tatiana and Noack, Marion. *Climate refugees: Legal and policy responses to environmentally induced migration*, DGIPOL Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Study. Brussels: European Parliament, 2011.
- Kraler, Albert; Noack, Marion and Cernei, Tatiana. "Climate Refugees: Legal and Policy Responses to Environmentally-Induced Migration.", Paper prepared for the ClimMig Conference on Human Rights, Environmental Change, Migration and Displacement, Vienna 20-21 September 2012, Erişim Tarihi: Mart 10, 2020, https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/9980/Paper_ICMPD_2012-10-15.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Hallegatte, Stéphane; Billé, Raphaël; Magnan, Alexandre and Gemenne, François. *The future of the Mediterranean from impacts of climate change to adaptation issues*. France: IDDRI, 2009.
- The High Representative and the European Commission. "Climate Change and International Security, S113/08." Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2020, https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf.
- McAdam, Jane. "The Refugee Convention as a Rights Blueprint for Persons in Need of International Protection", *Forced Migration, Human Rights and Security*. London: Hart Publishing, 2008.
- McAdam, Jane. "Swimming Against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer.", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, No. 1 (2011): 2-27.
- Medinilla, Alfonso; Veron, Pauline and Mazzara, Vera. "EU-UN cooperation: Confronting change in the multilateral system.", *ECDPM Discussion Paper*, No. 260 (2019).
- Mustaniemi-Laakso, Maija; Heikkilä, Mikaela; Del Gaudio, Eleonora; Konstantis, Sotiris; Nagore Casas, Maria; Morondo, Dolores; Hegde, Venkatachala G. and Graham Finlay. *The protection of vulnerable individuals in the context of EU policies on border checks, asylum and immigration*. Brussels: European Commission, 2016.

- Mouzourakis, Minos; Pollet, Kris and Fierens, Ruben. The concept of vulnerability in European asylum procedures. Brussels: European Council on Refugees and Exiles, 2017.
- Myers, Norman. "Environmental Refugees". *Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies*, Vol. 19, No. 2 (1997): 167-182.
- Nugent, Ciara. "The 10 Countries Most Vulnerable to Climate Change Will Experience Population Booms in the Coming Decades." Erişim Tarihi: Mart 25, 2020, <https://time.com/5621885/climate-change-population-growth/>.
- Özdemir, Ali. Göçmen-Mülteci İkileminde Yeni Bir Kavram: "İklim Mültecileri", I. Uluslararası Göç ve Mülteci Kongresi Bildirileri. Düzce: Düzce Üniversitesi Yayınları, 2018.
- Parliamentary Assembly. Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment. Recommendation 1885, 2009.
- Parliamentary Assembly. Environment and human rights. Recommendation 1614, 2003.
- Parliamentary Assembly. Future action to be taken by the Council of Europe in the field of environment protection. Recommendation 1431, 1999.
- Prieur, Michel. "Draft convention on the international status of environmentally-displaced persons.", *The Urban Lawyer* (2010): 247-257.
- Regulation (EU) No 604/2013 the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) [2013]. OJ L. 180/31-180/59.
- Reynaud, Sophie. "Climate Refugees - To a Global Legal Statute." (2017): 44, University of San Diego, Erişim Tarihi: Şubat 15, 2020, https://www.researchgate.net/publication/321451128_Climate_Refugees_-_To_a_Global_Legal_Statute.
- Richardson, Benjamin J.; Le Bouthillier, Yves; McLeod-Kilmurray, Heather and Wood, Stepan, (Eds). *Climate Law and Developing Countries: Legal and Policy Challenges for the World Economy*. Cheltenham UK, Northampton MA: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Rosas, Allan and Armati, Lorna. *EU Constitutional Law: An Introduction*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2018.
- Tekin, Esra. "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Mültecilerinin Korunması Sorunu.", *TBB Dergisi*, 147 (2020): 313-332.
- United Nations. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*. UNTS Volume Number 1249, 1979.
- United Nations. *Convention on the Rights of the Child*. UNTS Volume Number 1577, 1990.
- United Nations. *United Nations Framework Convention on Climate Change*. UNTS Volume Number 1771, 1992.
- United Nations. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. UNTS Volume Number 2303, 1998.

- United Nations. The partnership between the UN and the EU: The United Nations and the European Commission working together in Development and Humanitarian Cooperation. Brussels: United Nations System, 2006.
- United Nations. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. UNTS Volume Number 2515, 2008.
- United Nations. Paris Agreement. No. 54113, 2015.
- United Nations Climate Change. “UNFCCC Process and meetings - Parties.” Erişim Tarihi: Eylül 12, 2020, <https://unfccc.int/node/61063>.
- United Nations General Assembly. Human Rights of Migrants: Note by the Secretary-General. A/67/299, 2012.
- United Nations General Assembly. Resolution 70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. A/RES/70/1, 2015.
- UNHCR. UNHCR comments on the European Commission’s proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted. COM(2009)551, 2009.
- UN Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants. A/HRC/23/46, 2013.
- UN Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Banking on mobility over a generation: follow-up to the regional study on the management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants. A/HRC/29/36, 2015.
- United Nations University Migration Network. “Environmental Change and Forced Migration Scenarios (EACH-FOR).” Erişim Tarihi: Mayıs 9, 2020, <https://migration.unu.edu/research/migration-and-environment/environmental-change-and-forced-migration-scenarios-each-for-2.html#outline>.
- van Duren, C. The legal obligations for the European Union to protect climate-induced migrants crossing European borders. Master’s Thesis LL.M International and European Law Tilburg Law School, 2018.
- Verdier-Jouclas, Marie-Christine. “A legal status for “climate refugees.” Parliamentary Assembly, Doc. 14955, 2019.
- Verisk Maplecroft. “Climate Change Vulnerability Index.” Erişim Tarihi: Mart 25, 2020, <https://www.maplecroft.com/risk-indices/climate-change-vulnerability-index/>.
- Werz, Michael and Hoffman, Max. “Europe’s twenty-first century challenge: climate change, migration and security.”, *European View*, 15, 1 (2016): 145-154.
- Williams, Angela. “Turning the tide: recognizing climate change refugees in international law.”, *Law & Policy*, 30, 4 (2008): 502-529.
- The World Bank. “CO2 emissions (metric tons per capita).” Erişim Tarihi: Nisan 21, 2020, <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC>.

BİR DANIŞTAY KARARI ÇERÇEVESİNDE ORGANİZE SANAYİ BÖLGELERİNDE BELEDİYELERİN İLAN VE REKLAM VERGİSİ TAHSİL YETKİSİ¹

Dr. Ahmet Alptekin DURU²

Öz

Özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olan ve kamusal ayrıcalıklarla donatılan Organize Sanayi Bölgeleri'nde belediyeler tarafından ilan ve reklam vergisi tahsil edilemeyeceği belediye gelirleri açısından önemli bir husustur. Belediye Kanunu'nda ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı tutulmuştur. Ancak bu istisna belediyelerin Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca Organize Sanayi Bölgeleri'nde ilan ve reklam vergisi tahsil etmesine engel değildir. Bu çalışmada, Danıştay'ın bir kararında Organize Sanayi Bölgeleri'nde belediyelerin ilan ve reklam vergisini tahsile yetkili olmadığına ilişkin değerlendirmesi tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İlan ve Reklam Vergisi, Organize Sanayi Bölgesi, Vergi İdaresi, Belediye Geliri.

AUTHORITY OF MUNICIPALITIES TO COLLECT ANNOUNCEMENT AND ADVERTISEMENT TAX IN ORGANIZED INDUSTRIAL ZONES IN THE CONTEXT OF A COUNCIL OF STATE DECISION

Abstract

It is an important issue in terms of municipal revenues whether or not the announcement and advertisement tax can be collected by the municipalities in the Organized Industrial Zones which have a private law legal personality and are equipped with public privileges. The provisions of the Organized Industrial Zones Law are reserved in the Municipality Act and the Metropolitan Municipality Act. However, this exception does not prevent municipalities from collecting announcement and advertising tax in Organized Industrial Zones in accordance with the Municipal Revenues Act. In this study, the decision of the Council of State indicating that the municipalities are not authorized in Organized Industrial Zones to collect the announcement and advertisement tax is criticized.

Keywords

Announcement and Advertisement Tax, Organized Industrial Zone, Tax Authority, Municipal Revenue.

¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 25.01.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 01.08.2021.

² Akdeniz Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Öğretim Üyesi,
E-posta: ahmetduru@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2969-6406>.

GİRİŞ

Türkiye’de “vergi” adı altında kamu geliri tahsil etme yetkisi kanunlarla sadece merkezi idare, belediyeler ve il özel idarelerine verilmiştir. Organize Sanayi Bölgeleri (OSB)’nde ilan ve reklam vergisini tahsile yetkili idareyi tespiti ilişkin bir uyuşmazlıkta, Danıştay 9. Dairesi, kanun yararına temyiz edilen bir vergi mahkemesi kararını, OSB’de belediyenin yetkisi olmadığı gerekçesiyle bozmuştur.¹ Ancak Danıştay 9. Dairesinin bozma kararının gerekçesi Anayasa’da düzenlenen vergileme ilkelerine aykırıdır. Danıştay’ın karar gerekçesine göre adeta OSB vergi idaresidir ve kendi nam ve hesabına vergi tahsil edebilir. Halbuki OSB özel hukuk tüzel kişisidir ve vergi idaresi olarak addedilmesi mümkün değildir.

Bu makalenin konusu olan Danıştay 9. Dairesi kararı; OSB’de büyükşehir belediyesi ve diğer belediyelerin ilan ve reklam vergisi tahsil etme yetkisine ilişkindir. Türkiye’de 343 tane OSB² içinde, 50 bin civarında işletme³ faaliyet göstermektedir. Türkiye’deki toplam girişim (işletme) sayısı 2019 yılında 3,27 milyon adettir.⁴ Belediyelerce 2018 yılında 481 milyon TL ve 2019 yılında 442,6 milyon TL ilan ve reklam vergisi tahsil edilmiştir.⁵ İşletmelerin hepsinin ilan ve reklam vergisi mükellefi olduğu ve ilan ve reklam vergisinin çoğunlukla tabelalar üzerinden tahsil edildiği varsayıldığında, OSB’de çalışan işletmelerin toplam işletmelere oranının %1,5 olduğu dikkate alınarak, makale konusu hukuki meselenin belediyelerin vergi gelirleri üzerine yıllık ekonomik etkisi 7 milyon TL civarındadır.

I. OLAYIN ÖZETİ VE MERCİ KARARLARI

A. Olayın Özeti

Dava konusu uyuşmazlık, davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından OSB’de yer alan işyeri için davacı şirkete tahakkuk ettirilen İlan ve Reklam Vergisi ile ilan ve reklam tabelası tahsis ücretinden kaynaklanmaktadır.

¹ D9.D, 17.10.2019, E.2018/154, K.2019/4849, RG 14.3.2020, 31068.

² Organize Sanayi Bölgeleri Üst Kuruluşu, “Organize Sanayi Bölgeleri Listesi”, Erişim Tarihi: Eylül 29, 2020, <https://osbuk.org/wp-content/uploads/2020/09/liste3.pdf>.

³ Avrasya Organize Sanayi Bölgesi, “Türkiye’de Rakamlarla OSB”, Erişim Tarihi: Eylül 29, 2020, <https://avrasyaosb.com.tr/turkiyede-rakamlarla-osb/#:~:text=Organize%20Sanayi%20B%C3%B6lgeleri%20%C3%9Cst%20Kurulu%C5%9Fu,50%20bin%20fabrika%20%C3%BCretim%20yap%C4%B1yor>.

⁴ Türkiye İstatistik Kurumu, “Girişimcilik ve İş Demografisi 2017-2019”, Erişim Tarihi: Ekim 1, 2020, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33939>.

⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü, “Mahalli İdareler Bütçe İstatistikleri”, Erişim Tarihi: Ekim 1, 2020, <https://muhasebat.hmb.gov.tr/mahalli-idareler-butce-istatistikleri>.

1. Davacının İddiası

Davacı şirket, davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca 2014-2016 yıllarına ilan ve reklam vergisi⁶ tahakkuk ettirilmesine ilişkin idari işlemin iptalini, vergi mahkemesinden talep etmiştir. İptal talebinin dayanağı olarak da şirketin OSB'de faaliyet göstermesinden ötürü 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nda yer alan OSB'lere ilişkin istisnai hükümler gösterilmiştir. Davacının iddiası, OSB'de ilan ve reklam geliri elde etme yetkisinin OSB'de olmasından dolayı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından vergi tahakkuk ettirilmesi işleminin hukuka aykırı olduğudur.

2. Davalının Savunması

Davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı, OSB'nin belediyenin yetki alanında olması sebebiyle OSB'deki ilan ve reklama ilişkin ilan ve reklam vergisinin kendilerince tahakkuk ettirileceğini ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir.

B. Mercî Kararları

Ankara 2. Vergi Mahkemesi davayı reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar, dava konusu uyuşmazlığın tutarının (2.906,14 TL) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca belirlenen eşik değerden (5.000 TL) düşük olmasından dolayı kesin karar haline gelmiş ve davacı şirket istinaf yoluna başvuramamıştır.

Davacı şirket, ilk derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunu öne sürerek Danıştay Başsavcılığı'na başvurmuş ve kararın kanun yararına temyiz edilmesini talep etmiştir.

1. İlk Derece Mahkemesinin Kararı (26.04.2017, E.2016/2052, K.2017/600)

Ankara 2. Vergi Mahkemesi, Belediye Gelirleri Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Belediye sınırları ile mücavir alanları içinde yapılan her türlü ilan ve reklam, İlan ve Reklam Vergisine tabidir.*" hükmü ile 15'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Cadde, sokak ve yaya kaldırımları üzerine gerilen, binaların cephe ve yanlarına asılan bez veya sair maddeler vasıtasıyla yapılan geçici mahiyetteki ilân ve reklamların metrekaresinden haftalık olarak*" hükmüyle belirlenen tutarda vergi alınacağını düzenlendiğini kaydetmiştir.⁷

⁶ Davacı, ilan ve reklam vergisinin yanı sıra ilan ve reklam tabelası tahsis ücreti ile bu ücrete bağlı katma değer vergisi dâhil gecikme zammının iptalini talep etmiştir. Fakat bu çalışmada tahsis ücreti ele alınmayacağı için bu husus incelenmemiştir.

⁷ 19.12.2005 tarihli ve 2005/9986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenen mevzuat sistematigi açısından 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 15'inci maddesinin üçüncü fıkrası mevcut değildir. Anı-

Mahkeme, OSB Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde OSB gelirleri arasında "ilan ve reklam gelirleri" sayılmış ise de söz konusu maddede "gelir" kavramına vurgu yapıldığı ve "vergi"den söz edilmediğinden hareketle, vergi gelirlerinin OSB tarafından tahsil edileceği yönünde bir düzenleme olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca "*vergi alma yetkisi kanunlarla belirlenir ve vergiler kanunun yetkilendirdiği organlar vasıtasıyla tahsil edilir*" şeklinde bir açıklamaya da kararın gerekçesinde yer vermiştir.

Ankara 2. Vergi Mahkemesi, büyükşehir belediyesi sınırları içinde yer alan OSB'deki sanayi kuruluşlarının büyükşehir belediyesinin yetki alanındaki meydan, bulvar, cadde ve anayollar ile bu alanlara cephesi bulunan binalar üzerindeki her türlü ilan ve reklama ilişkin verginin büyükşehir belediyesince tahsil edileceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

2. İnceleme Konusu Karar: Danıştay 9. Dairesinin Kararı (17.10.2019, E.2018/154, K.2019/4849)

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51'inci maddesinin birinci fıkrasına göre idare ve vergi mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir. Ankara 2. Vergi Mahkemesi'nin kesin kararı üzerine davacı şirket kararın kanun yararına temyiz edilmesi istemiyle Danıştay Başsavcılığı'na başvurmuştur. Başsavcı da, Ankara 2. Vergi Mahkemesi'nin kararını kanun yararına temyiz etmiştir.

Danıştay Başsavcısı, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7'nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "*4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunuyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve organize sanayi bölgelerine tanınan yetki ve sorumluluklar ... bu Kanunun [Büyükşehir Belediyesi Kanunu] kapsamı dışındadır.*"⁸ hükmünü dikkate alarak OSB'lere ilişkin ilan ve reklam vergisinin büyükşehir belediyelerince tahsil edilemeyeceği yorumunu yapmıştır. İlaveten büyükşehir belediyelerinin gelirlerinin sayıldığı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 23'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "*[Büyükşehir Belediyesi Kanunu] 7'nci maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde belirtilen alanlar [mahalleleri ilçe merkezine bağlayan yollar; meydan, bulvar,*

lan Yönetmeliğe göre, Mahkeme'nin alıntı yaptığı hükmü "*2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 15'inci maddesinde yer alan tarife cetvelinin (3) numaralı satırı*" olarak atıf yapılmalıydı. Diğer taraftan Mahkeme karar gerekçesinde tarife cetvelindeki geçici reklam düzenlenmesini esas almıştır, oysa vergi konusunu davacı şirketin geçici değil sabit reklamları oluşturmaktadır. Bu sebeple Mahkeme'nin tarife cetvelindeki sabit reklamları düzenleyen (1) numaralı satıra (*Dükkan, ticarî ve sınaî müessese ve serbest meslek erbabınca çeşitli yerlere asılan ve takılan her çeşit levha, yazı ve resim gibi tüm sabit ilân ve reklamlar*) atıf yapması gerekirdi. Mahkeme'nin mezkûr hatası bu makale bağlamında incelenen kararın özünü etkileyecek vasıfta değildir.

⁸ Benzer bir hüküm 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesinin sekizinci fıkrasında "*4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu hükümleri saklıdır.*" şeklinde yer almaktadır.

cadde ve ana yollar] ile bu alanlara cephesi bulunan binalar üzerindeki her türlü ilân ve reklamların vergileri ile asma, tahsis ve bakım ücretleri” hükmünün büyükşehir belediyelerinin ilan ve reklam vergisi alabileceği yerleri sınırladığını belirtmiştir.

Danıştay Başsavcısı ayrıca, OSB Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde ilan ve reklam gelirlerinin OSB gelirleri arasında sayılması sebebiyle OSB’de büyükşehir belediyelerinin ilan ve reklam vergisi toplama yetkisi olmadığını kaydetmiştir. Başsavcı, sayılan iki kanundaki hükümleri birlikte değerlendirerek Ankara 2. Vergi Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu yorumuna ve kararın kanun yararına temyiz edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Danıştay 9. Dairesi, Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7’nci ve 23’üncü maddeleri ile OSB Kanunu’nun 12’nci maddesine dayanarak Danıştay Başsavcısı’nın görüşleri paralelinde karar vermiştir. Danıştay, *“Olayda, Organize Sanayi Bölgesinde yer alan ışıklı ve ışiksiz reklam tabelaları, davalı belediyenin yetki alanı içinde bulunmadığından, yetkisiz idarece tesis edilen dava konusu işlemde ve davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”* şeklinde hukuki değerlendirme yapmıştır. Böylece ilk derece mahkemesinin kararını kanun yararına bozmuştur.

Danıştay’ın belediyenin yetkisizliğine dayalı olarak verdiği hüküm açıktır. Diğer taraftan Danıştay, *“4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’nun “Gelirler” başlıklı 12. maddesinde [birinci fıkranın (k) bendinde] Organize Sanayi Bölgesi’nin gelirleri arasında ilan ve reklam gelirlerine de yer verilmiş”* olmasını kararın gerekçesinde ilgili mevzuat kısmında zikretmiştir. Bu bağlamda Danıştay’ın OSB’nin ilan ve reklam gelirlerinin, belediyelerin tahsil ettiği ilan ve reklam vergisini ikame eden bir gelir olarak mı değerlendirdiği hususu, Danıştay kararının gerekçesinde muğlaktır. Zira Danıştay sadece mevzuat hükmünü zikretmekle kalmış, idari işlem ile OSB Kanunu’nun 12’nci maddesindeki hüküm arasındaki bağlantıyı açıklamamıştır.

II. HUKUKİ MESELE, KURAMSAL ÇERÇEVE VE DEĞERLENDİRME

A. Hukuki Mesele

Danıştay kararına konu olan uyuşmazlıkta, Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 7’nci ve 23’üncü maddesi ile OSB Kanunu’nun 12’nci maddesinin birlikte değerlendirilmesiyle, OSB’nin belediyenin yetki alanı içinde bulunmadığı için belediyelerin buralarda ilan ve reklam vergisi tahsil edemeyeceğini tespit etmiştir. Bu çerçevede vergi tahsil yetkisi açısından OSB’ler belediyelerin yetki alanı içinde olup olmadığının yürürlükteki mevzuata göre belirlenmesi gereklidir.

Danıştay kararının gerekçesinde OSB Kanunu’nun 12’nci maddesinde OSB gelirleri arasında ilan ve reklam gelirlerinin sayılmasını, kararın dayandığı hu-

kuki sebep olarak yer verilmiştir. Bu durum Danıştay tarafından OSB'nin ilan ve reklam gelirinin belediyenin ilan ve reklam vergisi gelirini ikame ettiği şeklinde yorumladığını göstermektedir. Fakat adil yargılanma hakkı kapsamında Danıştay'ın karar gerekçesi yeterli değildir.

Mahkeme kararlarının gerekçesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde emredici bir kural bulunmamasıyla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkeme kararlarındaki gerekçeyi doğru ve güvenli adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olarak nitelendirmektedir.⁹ AİHM gerekçeli karar hakkını tanıyarak, mahkeme kararlarında, kararın dayandığı hususlara dair tarafların bilgilendirilmesini için gerekçe bulunmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir; böylece mahkemenin sonuca etkili argümanları açıkça belirlenebilir ve halkın yargı kararlarının sebeplerini öğrenmesi mümkün olur.¹⁰ Buna göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine uygun bir gerekçenin somut davada uygulanabilir mer'î bir mevzuat hükmünü içermesi ve kararın bu hükmeye dayanması gereklidir.¹¹

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Bununla birlikte Anayasa'nın 141'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” hükmü gerekçeyi özellikle vurgulamıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“Makul gerekçe; davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.”¹²

2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 24'üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre “*Kararın dayandığı hukukî sebepler ile gerekçesi ve hüküm*” mahkeme kararlarında bulunmak zorundadır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 51'inci maddesinin birinci fıkrasında “*Kararlarda, ... verilen kararların gerekçeleri, belirtilir*” kuralı bulunmaktadır.

⁹ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Gerekçe Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 48 (2003): 110.

¹⁰ M. Nedim Bekri, “Gerekçeli Karar Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 3 (2014): 210-211.

¹¹ Bekri, “Gerekçeli Karar Hakkı”, 212.

¹² AYM Kararı, Başvuru No: 2013/1235, 13.6.2013, §24, RG 27.7.2013, 28720.

İdari yargılama hukukundaki yazılılık ve re'sen araştırma ilkesi bağlamında mahkeme tarafların zikretmediği konular hakkında değerlendirme yapabilir ancak verilen hükmün açık ve hukuki gerekçeleri bakımından da doyurucu olması, davanın taraflarına mahkemece ulaşılan hukuki sonucun dayandığı hukuk kurallarının yorumlanarak açıklanması şarttır.¹³ Yargı kararlarında gerekçenin varlığı ve içeriği, kararı veren hâkimlerin dava dosyasına vâkıf olduğunu, uyuşmazlık ile uyuşmazlığın çözümü için uygulanan hukuki kuralın doğruluğunu ve yerindeliğini ortaya koyar. Sonuçta gerekçe, hâkimi o kararı vermeye götüren sebepler zincirini, o kararı okuyan kişilere göstermelidir.¹⁴

Bu makalede incelenen kararın gerekçesinde Danıştay “4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu’nun “Gelirler” başlıklı 12. maddesinde [birinci fıkranın (k) bendinde] Organize Sanayi Bölgesi’nin gelirleri arasında ilan ve reklam gelirlerine de yer verilmiş” olmasını ilgili mevzuat kısmında zikretmiştir. Fakat mevzuat, idari işlem ve hüküm arasındaki bağlantıyı kararda görmek mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 24’üncü maddesinde kullanılan terimler takip edilerek, kararın dayandığı “hukukî sebepler” mevcut olmakla birlikte mevzuat ile hüküm arasındaki bağlantıyı içeren bir “gerekçe” yoktur. Bu açıdan Danıştay kararındaki gerekçenin içeriği AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarında belirtilen vasıflardan uzaktır.

Danıştay’ın kararının dayandığı hukuki sebepler arasında OSB Kanunu’nun 12’nci maddesinin bulunması OSB’lerin tahsil ettiği “ilan ve reklam gelirleri”nin belediyelerin tahsil ettiği “ilan ve reklam vergisi” yerine geçtiği yorumuna yol açmaktadır.

Bu çerçevede iki hukuki mesele ortaya çıkmaktadır:

1. Vergi tahsil yetkisi açısından OSB’ler belediyelerin yetki alanı dışında mıdır?
2. OSB’lerin tahsil ettiği ilan ve reklam gelirleri, belediyelerin tahsil ettiği ilan ve reklam vergisini ikame etmekte midir?

Bu kapsamda anayasal vergileme ilkeleri, vergi idaresi, belediyelerin ilan ve reklam vergisi tahsil yetkisi ile OSB’nin hukuki statüsü dikkate alınarak anılan kanun hükümlerinin yorumlanması gereklidir.

B. Kuramsal Çerçeve

1. Anayasa’daki Vergilendirme İlkeleri

Vergi kavramı kurumsallaşmış, sağlam bir fikir sistemine kavuşmuştur. Modern maliyecilere göre vergi kişilerden kamu harcamalarını karşılamak, devletin

¹³ A. Kürşat Ersöz, “Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükmün Tesis Edilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 16, S.189 (2018): 4097, 4103.

¹⁴ Ender Ethem Atay, “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması”, Danıştay Dergisi, S.147 (2018): 22, 25.

ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini sağlamak üzere zorla, nihai ve karşılıksız olarak istenen parasal bir yükümlülüktür.¹⁵ Devletin üstlendiği görevlerin yerine getirilmesi bakımından kamu gelirleri içinde önemli bir yer tutan vergiler, devletin egemenlik gücü çerçevesinde ihdas edilmekte ve uygulanmaktadır.¹⁶ Vergi, devletin ve vergilendirme yetkisi bulunan diğer kamu idarelerinin yüklenmiş olduğu mali ve mali olmayan amaçları yerine getirmek üzere gerçek ve tüzel kişilerden egemenlik gücüne dayanarak hukuki cebir altında, karşılıksız ve nakit olarak aldığı iktisadi değerler olarak tanımlanabilir.¹⁷

Maliye literatüründeki görüşlere koştur biçimde Türk anayasalarında da vergilendirme ilkeleri bulunagelmıştır. 1982 Anayasası'nın vergi ödevi başlıklı 73'üncü maddesinde düzenlenen vergilendirme ilkeleri olarak vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi, vergi adaleti ilkesi ile vergilerin kanuniliği ilkesi sayılmıştır.¹⁸

Vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi ile vergi adaleti ilkesi Anayasa'nın 73'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Vergilerin kanuniliği ilkesi de, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur; değiştirilir veya kaldırılır.*" cümlesiyle Anayasa'da yer almıştır.

Anayasa'da yer alan vergi gelirlerinin kamu giderlerinin karşılığı olması ilkesi kişilerden ancak kamu gideri gerektirdikçe vergi alınabilmesi veya vergilerin sadece kamu giderleri için harcanabilmesi anlamına gelmektedir. Vergi bir karşılığa dayanmaksızın genel olarak yararlanan kamu hizmetlerinin karşılığı olarak tahsil edilir. Bu itibarla, vergi tahsili suretiyle toplanan kamu geliri, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kamu giderlerinin karşılığını oluşturmaktadır.¹⁹

Anayasa Mahkemesi bir kararında²⁰ kamu hizmeti kavramını geniş yorumlamış ve özel teşebbüslerin de kamu hizmeti görebileceğini kaydetmiştir.²¹ Bu

¹⁵ İsmail Türk, Kamu Maliyesi, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1999), 98.

¹⁶ Özhan Uluatam, Kamu Maliyesi, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2014), 16.

¹⁷ Hüseyin Şen ve İsa Sağbaş, Vergi Teorisi ve Politikası, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 1.

¹⁸ Yusuf Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, Özel Sayı, (2013): 1259-1308. Yazar, Anayasa'nın 73'üncü maddesinde açıkça düzenlenen bu ilkelerin yanı sıra hukuk devleti, hukuki güvenlik ve ölçülülük ilkelerinin de anayasal vergilendirme ilkeleri arasında sayılması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁹ Yusuf Karakoç, "Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi", Mehmet Akif Aydın'a Armağan- Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, (2015): 413-455.

²⁰ AYM Kararı, 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG 20.3.1996, 22586.

²¹ *En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*

açından OSB'nin de kamu hizmeti sunan kişilerden olduğu iddia edilebilir. Zaten makalenin ilerleyen bölümlerinde açıklanacağı üzere OSB'ye 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile tanınan (imar, ruhsat, parafiskal gelir toplama gibi konulardaki) kamu gücü ayrıcalıkları da OSB'lerin kamu hizmeti sunan özel hukuk tüzel kişileri olduğunu işaret etmektedir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, vergilerin mutlaka kanunla konulması gerektiğini ifade etmektedir. Bir verginin kanunla konulmuş sayılabilmesi için, verginin temel unsurları olan konu, mükellef, vergiyi doğuran olay, matrah, oran, ödeme zamanı, zamanaşımı gibi unsurların da kanunda açıkça düzenlenmesi şarttır. Diğer taraftan kanunla düzenleme kavramı, bir vergiyle ilgili bütün konuların aynı kanun içinde düzenlenmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Verginin unsurları farklı kanunlarda düzenlenebilir.²²

Makalenin değerlendirme bölümünde açıklanacağı üzere anayasal vergilendirme ilkelerinden olan vergilerin kanuniliği ilkesi uyarınca belediyeler dışındaki kamu tüzel kişileri ilan ve reklam vergisi tahsil edemez. OSB Kanunu'nda ilan ve reklam vergisi tahsiline ilişkin bir hüküm bulunmadığı için OSB'nin de ilan ve reklam vergisini tahsil etmesi imkânsızdır.

2. İlan ve Reklam Vergisinin Mahiyeti

Anayasaya göre vergi alacaklısı egemenlik gücüne dayanarak çıkarılan kanunlarla vergi koyma ve uygulama yetkisi verilmiş olan devlettir.²³ Verginin kanuniliği ilkesi çerçevesinde vergi kanunları Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafın-

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. ... Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. Kamu hizmeti kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir... köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların iradesi olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımla, bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun iradesi rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin zorunlu kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü, etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez. Nitekim, Anayasa'nın 47. maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir" denilirken özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir.

²² Karakoç, "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme", 1266.

²³ Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2008), 44.

dan çıkarılmaktadır. Dolayısıyla yerel yönetimlerin kendi meclisleri eliyle vergi koyma yetkisi yoktur. Bu durum Türkiye’de yerel yönetimlerin siyasal özerkliği olmamasının doğal bir sonucudur.²⁴

1981 yılında yürürlüğe giren Belediye Gelirleri Kanunu’nda ilan ve reklam vergisi bir belediye geliri olarak düzenlenmiştir. 2012 yılına kadar anılan Kanun’un 96’ncı maddesinin (B) fıkrasına göre ilen ve reklam vergisinin tarifesi Kanun’da belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar göz önünde tutularak belediye meclislerince tespit olunmaktaydı. Bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından²⁵ Anayasa’nın 73’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.*” hükmüne aykırılık teşkil ettiği için iptal edilmiştir. 2013 yılındaki 6487 sayılı Kanun ile Belediye Gelirleri Kanunu’nun 96’ncı maddesinin (A) fıkrası değiştirilmiş ve belediye meclisleri yerine Bakanlar Kurulu’nun (2018 yılından itibaren Cumhurbaşkanı’nın) ilan ve reklam vergisi tarifelerini belirlemesi sağlanmıştır. 2014 yılında 6527 sayılı Kanun ile Belediye Gelirleri Kanunu’nun 96’ncı maddesinin (A) fıkrasına eklenen ikinci paragrafla ilan ve reklam vergisi Kanun’da belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar göz önünde tutularak ilgili belediye meclislerinin önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından (2018 yılından itibaren Cumhurbaşkanı tarafından) tespit edilir hale gelmiştir. Böylece ilan ve reklam vergisi tarifelerinin hazırlanması sürecine belediye meclisleri de katılmaya çalışılmıştır. Belediye Gelirleri Kanunu’nun 2014 yılından itibaren yürürlüğe giren bu yeni hükmü uyarınca belediye meclisleri kanunun öngördüğü en az ve en çok tutarlar arasında ilan ve reklam vergisi tarifelerini kabul ederek merkezi idareye öneri sunacaktır. Fakat günümüze kadar ilan ve reklam vergisi tarifelerini düzenleyen ne bir Bakanlar Kurulu Kararı ne de Cumhurbaşkanı Kararı yayımlanmıştır. Dolayısıyla 2464 sayılı Kanun’un (6527 sayılı Kanun ile getirilen) geçici 7’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca belediye meclislerinin 2013 yılında uygulanmak üzere belirlediği ilan ve reklam vergisi tarifesi halihazırda geçerlidir. Sonuçta merkezi idare tarafından belediye meclislerinin kararı neticesinde Bakanlar Kurulu Kararı veya Cumhurbaşkanı Kararı çıkarılmadığı için, belediye meclislerinin ilan ve reklam vergisi tarifelerini belirleme yetkisi pratik olarak mevcut değildir.²⁶

²⁴ Hakan Yılmaz, M. Ferhat Emil ve Baki Kerimoğlu, *Yerel Yönetimler Maliyesi*, (Ankara: Mali Hizmetler Derneği Yayınevi, 2012), 240.

²⁵ AYM Kararı, 29.12.2011, E.2010/62, K.2011/175, RG 19.5.2012, 28297.

²⁶ Ahmet Alptekin Duru, “Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 8, S. 3 (2020): 831-843.

Türkiye’de merkezi idare harcamalarının devletin üstlendiği görevleri yerine getirmek için yapıldığı ve kamu harcaması olduğu konusunda tereddüt yoktur. Yerel yönetimler için de öğretilerde uzlaşma olduğu görülmektedir.²⁷ Zaten 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca mahalli idareler genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılmıştır. Bu çerçevede yerel yönetimlerin kamu gelirlerini tahsil etme yetkisi olduğu açıktır.

Vergiler kaynağına veya konusuna bağlı olarak gelir üzerinden, servet üzerinden, harcama üzerinden ve yararlanma ilkesine dayalı olarak alınanlar olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Yararlanma ilkesine dayalı olarak alınan kamu gelirleri özel bir vergileme biçimidir ve uygulamada çoğunlukla katılma payı, şerhiye, harç, resim, ruhsat ücreti gibi deyimlerle ifade edilir.²⁸ Bunlar genellikle bir hizmetten yararlanma veya belirli işlerin yapılması için verilen izinler neticesinde tahsil edilir. Geleneksel olarak harçlar devlet hizmetleriyle ilgili, ruhsat ücretleri kişilerin faaliyette bulunmaları için verilen izinlerle ilgili ve resimler ise belge niteliğindeki bazı resmi evrakın düzenlenmesiyle ilgili mükellefiyetleri adlandırmak için kullanılmıştır. Fakat bu terimlerin böyle bir anlam inceliğine dikkat etmeden kullanıldığı da görülmektedir.²⁹

İlan ve reklam vergisi, işletmelerin kentin görüntüsünü etkileyecek tabelaları asmaları mukabilinde karşı karşıya kaldığı bir vergi türüdür. Bu açıdan yararlanma ilkesine dayalı olarak alınan kamu gelirleri arasında değerlendirilebilir.³⁰ Diğer taraftan ilan ve reklam vergisini harcamalar üzerinden alınan vergiler türüne dâhil eden akademisyenler de vardır.³¹ Bazıları da bu tasnife dahil etmeksizin, ilan ve reklam vergisini mahalli idare vergileri başlığı altında ele almaktadır.³²

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 16’ncı maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca her yıl yayımlanan bütçe çağrısı ve eki bütçe hazırlama rehberinde³³ ilan ve reklam vergisi de yer almaktadır. Anılan rehberde göre ilan ve reklam vergisi, Analitik Bütçe Sınıflandırması Dördüncü Düzey Gelir Kodları içinde Dâhilde Alınan Mal ve Hizmet Vergileri arasında (01-3-9-53 koduyla) yer almaktadır. Bu bağlamda ilan ve reklam vergisi, verginin ekonomik kaynağına

²⁷ Uluatam, Kamu Maliyesi, 233-234.

²⁸ İlan ve reklam vergisinin selevi olan kamu gelirleri, 6.3.1924 tarihli ve 63 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 20 Recep 1342/26 Şubat 1340 tarihli ve 423 sayılı Belediye Vergi ve Resimleri Kanunu ile 9.7.1948 tarihli ve 6953 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 1.7.1948 tarihli ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nda “İlan ve Reklam Resmi” adıyla mevzuatta yer almıştır.

²⁹ Uluatam, Kamu Maliyesi, 458-459.

³⁰ Özhan Uluatam ve Yaşar Methibay, Vergi Hukuku, (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2001).

³¹ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Türk Vergi Sistemi, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018).

³² Erdoğan Öner, Türk Vergi Sistemi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 296.

³³ Örneğin bkz. 2020-2022 Dönemi Bütçe Çağrısı ve Eki Bütçe Hazırlama Rehberi, RG 10.10.2019, 30914 mükerrer.

göre gelir veya servet üzerinden alınan bir vergi türü değil, harcama/kullanma üzerinden alınan bir vergi türü olarak tasnif edilmiştir.

Diğer taraftan OSB'nin ilan ve reklam gelirlerinin parafiskal bir gelir olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmalıdır.³⁴ Zira parafiskal gelirler de vergi gelirleri gibi bir kamu geliri sayılmaktadır ve cebren tahsil edilebilirler. Karakoç tarafından parafiskal gelirler ekonomik, sosyal veya mesleki kurum ve kuruluşların hizmetlerinden yararlananlar veya mensuplarından kanuna dayanarak ve zorunlu olarak tahsil edilen bütçe dışı kamu geliri olarak tanımlanmaktadır. Bu gelirler ilgili kuruluşların bütçelerinde yer alır ve bütçe mevzuatı ilkelerinden olan “ademi tahsis” ilkesine göre değil “tahsis” ilkesine göre harcanırlar. Ekonomik parafiskal gelirler bir ekonomik faaliyeti teşvik etmek veya istikrara kavuşturmak için tahsil olunan ve iktisadi işlemler neticesinde tahsil edilen gelirlerdir. Sosyal parafiskal gelirler sosyal güvenlik hizmeti sağlayan kuruluşça tahsil edilir. Mesleki parafiskal gelirler ise zorunlu üyeliğin söz konusu olduğu kuruluşlarca tahsil edilir. Genellikle mesleki parafiskal gelirler “giriş (kayıt) ücreti” veya “aidat”, sosyal parafiskal gelirler “prim” olarak adlandırılır. Mesleki parafiskal gelirlerin konusu zorunlu üyelik, mükellefi de zorunlu olarak üye olan kişidir.³⁵

OSB Kanunu'nun 12'nci maddesinde OSB'nin gelirleri sayılmaktadır. Bunlar arasında yer alan yönetim aidatı ve ilan ve reklam gelirleri bir mesleğin icrasıyla veya sosyal güvenlikle ilgili olmaması sebebiyle ekonomik parafiskal gelir olarak tasnif edilebilir.³⁶ Çünkü OSB, sanayinin teşviki ve etkin bir biçimde çalışabilmesi için kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış bir kuruluştur. OSB Kanunu'nun 16'ncı maddesinde düzenlenen “yönetim aidatı” OSB'de faaliyet gösteren işletmelerce ödenir. İşletmeler OSB tarafından sunulan hizmetlerin tamamından yararlanmasalar bile alt yapı ve müşterek hizmetlere ilişkin masrafları karşılamak üzere OSB yönetim kurulu tarafından yıllık olarak belirlenen yönetim aidatını ödemekle yükümlüdür. Kanunla konulmuş olması, OSB'de faaliyet gösteren tüm işletmelerden parsel büyüklüğüne göre alınması ve zorunlu olarak ödenmesi gerektiği için yönetim aidatı adı altında tahsil edilen gelir parafiskal gelir vasıflarını taşımaktadır. Benzer şekilde OSB'nin ilan ve reklam gelirlerinin de ekonomik parafiskal gelir niteliklerini taşıdığı iddia edilebilir. Çünkü bu gelirler de OSB'nin kuruluş amaçlarına ulaşabilmesi için OSB'ye kaynak temin eden gelirlerdendir. Ancak OSB'nin ilan ve reklam gelirlerinin parafiskal gelir olduğu

³⁴ Konunun parafiskal gelir boyutuyla da incelenmesi gerektiğine dikkat çeken makalenin anonim hakemine teşekkür ederim.

³⁵ Yusuf Karakoç, “Parafiskal Gelir ve Diğer Kamu Gelirleri ile Karşılaştırması”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, S.3 (1985): 373-397.

³⁶ OSB Kanunu'nun 12'nci maddesinde sayılan gelirlerden yönetim aidatları dışındakiler ya bir defaya mahsus olarak alınmakta veya (su, elektrik, doğalgaz, arıtma gibi) tüketime/kullanıma bağlı olarak alınmakta yahut kira/faiz/bağış/satış gibi işlemlerden doğmaktadır. OSB'de çalışan bir işletmeden her yıl mutad olarak karşılığında bir hizmet verilmeksizin alınan tek gelir kalemi yönetim aidatıdır.

kabul edilse bile bunun bir belediye geliri olan ilan ve reklam vergisinin yerine geçen ve OSB’de faaliyet gösteren işletmeleri ilan ve reklam vergisi mükellefi olmaktan çıkararak bir niteliği olduğunu söylemek mümkün değildir.

3. Vergi İdaresi

Vergi ilişkisi genellikle vergi alacaklısı ve vergi borçlusu olmak üzere iki taraf arasında oluşur; bu ilişkiye bazı durumlarda vergi sorumlusu adı verilen üçüncü bir taraf daha dahil olur.³⁷ Vergi idaresi, verginin alacaklısı olan kamu idaresi birimidir.³⁸ Vergilendirme yetkisinin asli sahibi devlettir, üniter devletlerde bu yetki merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında paylaşılır.³⁹ Vergilendirme işleminin alacaklı tarafını devlet ile kendisine bu yönde yetki devredilen kamu tüzel kişileri oluşturur.⁴⁰ Başka bir deyişle, idare içindeki vergiden sorumlu birimlere vergi idaresi denilir. Vergi idaresi, geniş anlamda vergilerin ihdası ve icrasıyla ilgili kurallar bütünü, başka bir ifadeyle vergilendirme sürecine ilişkin tarh, tahakkuk, tahsil ve vergi denetimini ifade eder. Dar anlamda vergi idaresi ise vergi hizmetlerini yürüten vergi örgütünü ifade eder. Vergilendirme sürecindeki tarh, tahakkuk, tahsil, denetim gibi idarî işlemler vergi idaresi tarafından yerine getirilir.⁴¹

Türkiye’de vergi alacaklısı esas itibarıyla devlettir, ancak görece önemsiz olmasına rağmen yerel yönetimler tarafından da vergi toplanmaktadır.⁴² 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında vergi dairesi “*mükellefi tesbit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden dairedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Anılan Kanun ayrıca mükelleflerin denetlenmesi, vergi suçları ile verginin geç ödenmesi halinde gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarının da vergi idaresi tarafından nasıl tahsil edileceğini düzenlemektedir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun da kamu alacağını ödemek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişilerin ödeme yapmaması durumunda nasıl takip edileceğini düzenlemektedir. Her iki kanunun kapsamında devlet, il özel idareleri ve belediyeler bulunmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’deki vergi idareleri devlet, il özel idareleri ve belediyelerden ibarettir.

Vergi idaresinin mükellefleri ve vergiyi doğuran olayları tespit etmek ve ardından vergiyi doğru bir biçimde tarh etmek için bilgi edinmesi gerekir. Vergi idaresi bu bağlamda yoklama (mükellefleri ve mükellefiyetleri tespit etme), in-

³⁷ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 43.

³⁸ Osman Pehlivan, Vergi Hukuku: Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, (Trabzon: yazarın kendi yayını, 2013), 111.

³⁹ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982), 8.

⁴⁰ Şükrü Kızılot ve Metin Taş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2013), 31.

⁴¹ Ümit Süleyman Üstün, “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, S.1 (2006): 217-285.

⁴² M. Kâmil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006), 104.

celeme (tahakkuk eden verginin doğruluğunu teyit etme), arama (mükelleflerin belge ve kayıtlarının aranması) ve bilgi toplama (kamu tüzelkişileri ile gerçek ve tüzel kişilerden zorla bilgi alma) yöntemlerle bizzat bilgi edinebilir.⁴³ Vergi idaresinin sayılan bu bilgi edinme yöntemleri kamu gücü ayrıcalıklarını gerektirir. OSB'ye kanunla böyle ayrıcalıklar tanınmadığı için OSB'nin vergi idaresi vasfını taşımadığı söylenebilir. Ayrıca verginin tarhı vergi alacağı miktarının tespit edilmesi işlemi olarak bir idari işlem niteliği taşımaktadır.⁴⁴ OSB kamu tüzelkişiliğini haiz olmadığı için bu şekilde bir idari işlem de tesis edemez. İlaveten mükellefin veya vergi sorumlusunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini yerine getirmemesi halinde vergi idaresi tarafından mükelleflerin vergi ziyai, genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük hallerinde ceza verilmesi söz konusu olur.⁴⁵

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında, ilan ve reklam vergisinin beyana dayalı olarak tahakkuk edeceği düzenlenmiştir. Beyana dayalı vergilerde tahakkuk işlemi, tahakkuk fişinin mükellefe veya vergi sorumlusuna verilmesiyle gerçekleşir ki bu aynı zamanda verginin kesinleşmesi anlamına gelir.⁴⁶ Vergi idaresi olmayan OSB'nin mükellefin vergi beyannamesini teslim alması ve beyannameye istinaden vergi tahakkuk ettirmesi de mümkün değildir.

Vergi alacağının uygulanmasından sorumlu olanlar devlet tüzel kişiliği veya ilgili diğer kamu tüzelkişileridir ki bunlar tahsil dairesi olarak da adlandırılır. Vergi alacağının takip ve tahsilini temin etmek üzere yürürlüğe konulan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinde de "tahsil dairesi" terimi alacaklı kamu idaresinin 6183 sayılı Kanun'u uygulamakla görevli dairesini, servisini, memur veya memurlarını ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁷ Diğer bir deyişle vergi alacaklısı kamu idaresi olmak zorundadır ve vergi tahsilini kamu idaresinde çalışan memurlar yapabilir. Öğretide vergi alma hakkına sahip olan vergi idarelerinin aynı zamanda vergi suçlarının mağduru olarak da değerlendirildiği de görülmektedir.⁴⁸

Vergi idaresi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun uyarınca vergi kanunlarına aykırı hareket edenler hakkında vergi cezası kesmek, vergi uyuşmazlıkları söz konusu olduğunda vergi yargılamasında taraf olmak ile vergi borcunu zamanında ve usulüne uygun ödemeyenler için icrai takibatta bulunmak yetkisine de sahiptir.⁴⁹ OSB,

⁴³ Uluatam ve Methibay, Vergi Hukuku, 201-208.

⁴⁴ Kızılot ve Taş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 51.

⁴⁵ Ahmet Erol, Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, (Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2012), 177.

⁴⁶ Bilici, Vergi Hukuku.

⁴⁷ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce ve Adnan Gerçek, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 334-335.

⁴⁸ M. Kâmil Mutluer ve N. Nilay Dayanç Kuzeyli, Vergi Ceza Hukuku, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2018), 91.

⁴⁹ Mutluer, Vergi Genel Hukuku, 110.

213 sayılı Kanun ile 6183 sayılı Kanun'da sayılan idarelerden olmadığı için bu yetkileri kullanması mümkün değildir. Keza vergi yargılaması, vergi idaresi ile vergi ödevlisinin uyuşmazlıklarını çözmektedir.⁵⁰

OSB'ler kamu hizmeti görmekle birlikte bir kamu idaresi⁵¹ ve dolayısıyla bir vergi idaresi olmadığı için vergi toplama yetkisinden bahsedilemez. Bu meyanda OSB'ler vergi incelemesi yapamaz, vergi suçlarını tespit ederek vergi cezaları veremez, vergi alacaklarını zorla tahsil edemez.

C. OSB Tüzel Kişiliği ve Ayrıcalıkları

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri (OSB) Kanunu, organize sanayi bölgelerinin kuruluş, yapım ve işletilmesine ilişkin esasları düzenlemektedir. OSB Kanunu'nun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine göre OSB "*sanayinin uygun görülen alanlarda yapılanmasını sağlamak, çarpık sanayileşme ve çevre sorunlarını önlemek, kentleşmeyi yönlendirmek, kaynakları rasyonel kullanmak, bilgi ve bilişim teknolojilerinden yararlanmak, sanayi türlerinin belirli bir plan dâhilinde yerleştirilmesi ve geliştirilmesi amacıyla, sınırları tasdik edilmiş arazi parçalarının imar planlarındaki oranlar dâhilinde gerekli ortak kullanım alanları, hizmet ve destek alanları ve teknoloji geliştirme bölgeleri ile donatılıp planlı bir şekilde ve belirli sistemler dâhilinde sanayi için tahsis edilmesiyle oluşturulan ve bu Kanun hükümlerine göre kurulan, planlanan ve işletilen, kaynak kullanımında verimliliği hedefleyen mal ve hizmet üretim bölgeleri*" olarak tanımlanmaktadır. Aynı fıkranın (e) bendine göre katılımcı adı altında gerçek ve tüzel kişiler tüzel kişiler OSB alanı içinde faaliyet gösterebilmektedir.

OSB Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre OSB bir özel hukuk tüzel kişisidir.⁵² Bununla birlikte OSB Kanunu'yla OSB'ler Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'ndan kamulaştırma talep edebilme, Hazine veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait arazileri bedelsiz iktisap edebilme veya harca esas değeri üzerinden satın alma, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından onaylanmak üzere imar ve parselasyon planları ve değişiklikleri hazırlama, OSB alanındaki yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatlarını verme gibi kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmıştır.

OSB'nin kurulmasındaki kamu hukukundan kaynaklanan iradenin ağırlığını, ayrı kanun ile düzenlenmesini, imar hukuku ile işyeri açma ruhsatı vermeleri ve de-

⁵⁰ Yusuf Karakoç, Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 375-376.

⁵¹ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kamu idaresi, kamu geliri ve kamu gideri terimlerini tanımlamıştır.

⁵² OSB Kanunu'nda "*bir özel hukuk tüzel kişiliğidir*" ibaresi yer almakla birlikte bu ibareyi "*bir özel hukuk tüzel kişisidir*" yahut "*özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir*" şeklinde anlamak gerekir. Zira "tüzel kişilik" (hükmi şahsiyet) ibaresi kişi olma hali kavramını ifade etmek için kullanılır; "tüzel kişi" (hükmi şahıs) ibaresi ise Türk Medeni Kanunu ve varsa kendileriyle ilgili kanunlardaki özel hükümler uyarınca kişilik kazanan kişi veya mal topluluklarını ifade eder.

netleme yetkilerini dikkate alarak, OSB'nin hem kamu hukuku hem de özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve aynı zamanda kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanan “*kamu hukuku ağırlıklı sui generis tüzel kişilik*” olarak sınıflandırılması gerektiğini ileri sürülmektedir.⁵³ Gözler ise bir tüzel kişinin ya özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu tüzel kişisi olabileceğini belirterek başka kategoriler oluşturmanın yanlış olacağına işaret etmektedir. Gözler, bir kamu tüzel kişininin Anayasa veya kanunla kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmiş olması şartının aranması gerektiğini, bu şartın bulunmadığı hallerde bir tüzel kişinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle idare tarafından kurulmuş olması ve en az bir kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüğüyle donatılmış olması kaydıyla kamu tüzel kişisi olacağını belirtmektedir.⁵⁴ OSB Kanunu bu konuda tam aksine bir düzenleme getirmiştir. OSB kamu gücü ayrıcalığına sahip olmakla birlikte özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir.

OSB'lerin özel hukuk tüzel kişisi olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir.⁵⁵ Anayasa Mahkemesi⁵⁶ davacıya ait taşınmazların, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın kamu yararı kararına istinaden Ankara 1. Organize Sanayi Bölgesi Yönetim Kurulunca kamulaştırılmasına ilişkin işleme karşı açılan davada, Anayasa'ya aykırılık iddiası üzerine önüne gelen dosyada OSB tüzel kişiliğini incelemiştir. Mahkeme'ye göre;

“Kamulaştırmanın yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik usuli güvencelerden birini oluşturmaktadır. OSB, bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış ise de bu durum, OSB'nin kamulaştırma yapabilmesi yönünden yeterli olmayıp, Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca, kamu tüzel kişiliğini de haiz olması zorunludur. 4562 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında, OSB'nin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça kurala bağlandığından OSB'ye kamulaştırma yetkisi tanınması, özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamulaştırılmasına yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırılık teşkil etmektedir.”

Danıştay⁵⁷ ve Uyuşmazlık Mahkemesi⁵⁸ kararlarında da OSB tüzel kişiliğinin özel hukuk tüzel kişiliği olduğu vurgulanmıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi,

⁵³ K. Begüm İsbir, *Kamu Tüzel Kişiliği*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017).

⁵⁴ Kemal Gözler, “Kamu Tüzel Kişiliği Ne İşe Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdüğüleri”, Prof. Dr. Metin Günay Armağanı (Ed. Burak Öztürk, vd.), Cilt I, (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020).

⁵⁵ OSB'nin hukuki statüsü ile OSB'ye tanınan kamusal ayrıcalıkların yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi bağlamında değerlendirme hakkında bkz. Şerife Yıldız Akgül, “Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, S.1 (2016): 639-676.

⁵⁶ AYM Kararı, 31.10.2013, E.2013/49, K.2013/125, RG 28.12.2013, 28865.

⁵⁷ Örneğin bkz. D1.D, 30.9.2009, E.2009/1043, K.2009/1286; D6.D, 28.11.2013, E.2013/6212, K.2013/7557; D10.D, 16.12.2009, E.2009/5590, K.2009/10533.

⁵⁸ Örneğin bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 25.9.2017, E.2017/242, K.2017/517; 26.1.2015, E.2014/1089, K.2015/4; 5.6.2017, E.2017/47, K.2017/344.

OSB'nin kamusal ayrıcalıklarla donatılmış olmasının bunların idari işlem yapabilmeleri anlamına gelmediğini belirterek "4562 sayılı Kanun ile kurulan ve görev ve yetkileri yine bu Kanun çerçevesinde belirlenen OSB'nin özel hukuk tüzel kişiliği oldukları konusunda tereddüt bulunmadığı gibi söz konusu kurumların kamusal alanda görev yapmalarından yola çıkılarak yaptıkları işlemlerin idari işlem olarak değerlendirilmesi yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler karşısında kabul edilemez."⁵⁹ şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.

OSB'nin özel hukuk tüzel kişisi olması OSB'nin yaptığı işlemlere karşı yargı yolunun idari yargı değil adli yargı yolu olması sonucuna yol açmaktadır.⁶⁰ Dolayısıyla bir belediye tarafından yapılması halinde idari yargıda görülecek işlemler OSB'nin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatıldığı konularda adli yargının görev alanına girmektedir. Örneğin işyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi⁶¹ ve iptali,⁶² inşaatın mühürlenmesi ve düzenlenen yapı tatil tutanağı,⁶³ arsa tahsis talebinin reddi⁶⁴ gibi OSB Başkanlığı tarafından yapılan işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda çözülmesi gerektiği hakkında Uyuşmazlık Mahkemesi kararları mevcuttur.

D. Değerlendirme

1. Belediyelerin Yetki Alanı ve OSB

Belediyelerin ilan ve reklam vergisi açısından yetki alanının sınırlarına OSB'nin dâhil olup olmadığının anlaşılması için 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 4562 sayılı OSB Kanunu'nun birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasına göre "Belediye sınırları ile mücavir alanları içinde yapılan her türlü ilan ve reklam, İlan ve Reklam Vergisine tabidir." Dolayısıyla belediyenin OSB'de ilan ve reklam vergisi tahsil yetkisinin bulunup bulunmadığının tespiti için OSB'nin belediye sınırı ile mücavir alanı içinde olup olmadığının tespiti gereklidir.

Belediyelerin yetki sınırları, ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Belediye Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında "Belediye sınırları, belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile kesinleşir."

⁵⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 4.5.2015, E.2015/264, K.2015/283.

⁶⁰ İdari yargının Anayasa tarafından güvence altına alınmış bir görev alanı bulunup bulunmadığı ve idari yargının görev alanı dışına çıkarılan uyuşmazlıklar hakkında bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınları, 2019), 138-167. Yazarlara ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre (s. 140), idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde adli yargının görev alanına vermesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi mevcuttur.

⁶¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 21.10.2019, E.2019/525, K.2019/693.

⁶² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 25.2.2019, E.2018/880, K.2019/118; 5.6.2017, E.2017/47, K.2017/344.

⁶³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 8.5.2017, E.2017/301, K.2017/335.

⁶⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü 25.9.2017, E.2017/242, K.2017/517.

hükmü ve 14'üncü maddesinin yedinci fıkrasında “*Belediye meclisinin kararı ile mücavir alanlara da belediye hizmetleri götürülebilir.*” hükmü yer almaktadır. Anılan hükümler büyükşehir belediyesi bulunmayan illerdeki belediyelerde uygulanma imkânı bulur.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerde ise belediye yetki sınırları daha geniştir. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasında “*Büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırlarıdır.*” hükmü ve ikinci fıkrasında “*İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülki sınırlarıdır.*” hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla büyükşehir belediyesi bütün ilde ve büyükşehir ilçe belediyesi de bütün ilçede yetkilidir.

Büyükşehir belediyesi bulunmayan illerdeki belediyelerin sınırlarının OSB'yi kapsayıp kapsamadığının belediye meclisi kararı (ve gerekiyorsa kaymakamın görüşü ve valinin onayı) ile belirlenmesi gerekir. Belediye meclisi kararında OSB belediye yetki sınırları içinde kabul edilmişse OSB belediyenin ilan ve reklam vergisi de tahsil edebileceği sınırları içindedir. OSB Kanunu'nda bu konuda bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Aksine OSB Kanunu'nun 4'üncü maddesinin altıncı ve ondördüncü fıkralarında, 7'nci maddesinin dördüncü fıkrasında ve 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasında OSB kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin olarak OSB'nin bulunduğu yerdeki belediyenin yetkilerinden bahsedilmektedir.

Büyükşehir belediyesi bulunan illerde ilan ve reklam vergisinin nerelerde büyükşehir belediyesi nerelerde ilçe belediyesi tarafından tahsil edileceğinin tespiti de ayrı bir hukuki sorundur. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre büyükşehir belediyesi olan 30 ilde büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırları ve büyükşehir ilçe belediyelerinin sınırları ilçe mülki sınırlarıdır. Belediye Kanunu'nda ilan ve reklam vergisine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Belediye Gelirleri Kanunu'nun 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında ilan ve reklam vergisi beyannamesinin mükellef tarafından ilan ve reklamın yayımlandığı, dağıtıldığı veya teşhir edildiği mahallin belediyesine verileceği düzenlenmiştir.

Büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyesi aynı yetki alanını paylaştığı için hangisinin mahallin belediyesi olarak addedileceğinin tespiti gerekir. Bu bağlamda ilan ve reklam vergisinin, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda büyükşehir belediyesine yetki verilen hallerde büyükşehir belediyelerince, büyükşehir belediyelerinin yetkili olmadığı yerlerde ilçe belediyesince tahsili gerekir. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 23'üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre “*Büyükşehir belediyesine bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalar içinde*” ve aynı maddenin (e) bendine göre “*7'nci maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde belirtilen alanlar [mahalleleri ilçe merkezine bağlayan yollar, meydan, bulvar, cadde ve ana yollar] ile bu alanlara cephesi bulunan binalar üzerinde*” ilan ve reklam vergisini tahsil etmeye

büyükşehir belediyeleri yetkilidir. Büyükşehir belediyesinin ilan ve reklam vergisi tahsil yetkisinin bulunduğu yerler Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda istisnai olarak sayıldığı için, büyükşehirlerde ilan ve reklam vergisi tahsile ilişkin genel yetki ilçe belediyelerine aittir. Başka bir deyişle büyükşehir belediyelerinde ilan ve reklam vergisi için vergi idaresi kural olarak ilçe belediyeleridir. Zira Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 23'üncü maddesinde belirtilen yerler kanunun amir hükmü üzerine kendiliğinden büyükşehir belediyesi yetki alanına dâhil değildir. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasında "*büyükşehir belediyelerinde meydan, bulvar, cadde, yol, sokak, park, spor ve kültürel tesislerin büyükşehir belediyesi ile büyükşehir kapsamındaki diğer belediyeler arasında dağılımına ilişkin esaslar büyükşehir belediye meclisi tarafından belirlenir*" şeklindeki hüküm uyarınca büyükşehir belediye meclisince bir kararla büyükşehir belediyesi yetkisine alınması gerekir.⁶⁵

Gelir İdaresi Başkanlığı kurumsal internet sitesinde yayımladığı bir Özelge'de⁶⁶ benzer bir yorum yapmıştır. Özelge'ye göre "*büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan organize sanayi bölgelerinde yer alan sanayi kuruluşlarının, büyükşehir belediyesinin yetki alanındaki meydan, bulvar, cadde ve ana yollar üzerinde bulunan kendi binaları ile bu alanlara cephesi bulunan binalar üzerindeki her türlü ilan ve reklamlarının vergileri büyükşehir belediyesine, büyükşehir ilçe belediyesi sınırları içinde yapılacak ilan ve reklamlarının vergileri ise, büyükşehir ilçe belediyelerine ödenmesi gerekmektedir.*"

Belediyelerin özerkliği ilkesi dikkate alınarak, belediyelerin yetkisini daraltan ve gelirlerini azaltan yetkilerin kanunla OSB'lere tanınmasının Anayasa'ya uygunluğu ayrı bir tartışma konusudur. Anayasal güvenceye sahip belediyelerin yetkili oldukları alan sınırları içinde OSB'ye tahsis edilen belli bir bölgenin belediyelerin yetki alanından çıkarılmasının belediyelerin karar alma ve mali özerkliğine aykırılık teşkil edeceği öne sürülmektedir.⁶⁷ Anayasa Mahkemesi mahallî idareye ait bir hizmetin merkezî idareye aktarılması sonucunu doğuran ve belediyeleri bu hizmetten sağladıkları gelirden de yoksun bırakan bir kanun maddesini incelediği kararında,⁶⁸ belediyelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları bulun-

⁶⁵ Duru, "Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme", 834. Bu noktada Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri veya ilçe belediyelerinin kendi aralarında hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili ihtilaf çıkması durumunda, büyükşehir belediye meclisi yönlendirici ve düzenleyici kararlar almaya yetkilidir.*" hükmüne göre OSB'nin büyükşehir belediyesi yetki alanına dâhil edilip edilemeyeceği düşünülebilir. Fakat Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun büyükşehir belediyesinin yetkili olabileceği yerleri sayarak belirlemesi sebebiyle büyükşehir belediye meclisinin bu yönde bir karar alması hukuka aykırı olacaktır.

⁶⁶ Gelir İdaresi Başkanlığı (Manisa Vergi Dairesi Başkanlığı), "OSB'de ilan ve reklam vergisi tahsil etme yetkisi hk." konulu Özelge, evrak tarihi: 26.10.2015, evrak sayısı: 85373914-175.02[66.01.03]-116, Erişim Tarihi: Eylül 28, 2020, <https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>.

⁶⁷ Yıldız Akgül, "Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği", 654-655.

⁶⁸ AYM Kararı, 10.5.1977, E.1976/57, K.1977/71, RG 26.12.1977, 16151.

ması gerektiğini⁶⁹ kaydederek belediyenin gelirini azaltan bir kanuni düzenleme-yi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

OSB Kanunu'nda, Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca tahsil edilecek kamu gelirlerine ilişkin bir istisna hükmü mevcut değildir. Bu sebeple Belediye Kanunu'nda ve Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda yer alan OSB Kanunu hükümleri saklıdır şeklindeki düzenleme belediyelerin OSB'de ilan ve reklam vergisi tahsiline engel değildir.

2. OSB'nin İlan ve Reklam Geliri

Vergi hukukunda verginin kanuniliği ilkesinden hareketle kıyas yasağı mevcuttur. Zira vergi egemenlik gücüne dayanan ve Anayasa'da belirlenen sınırlar içinde uygulama imkânı bulunan bir mali yükümlülüktür.⁷⁰ Vergi hukukunda kıyas yoluyla yoruma başvurulması hukuk devletinin unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesine de ters düşer.⁷¹

İlan ve reklam vergisini düzenleyen 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu sadece belirli belediye gelirlerini düzenlemektedir. Vergi hukukundaki kıyas yasağı sebebiyle başka idareler ilan ve reklam vergisi tahsil edemez. Hatta örneğin mahalli idare olan il özel idareleri ve köyler kıyasen Belediye Gelirleri Kanunu'nda belirtilen vergileri tahsil edemez. OSB'nin ilan ve reklam vergisi tahsiline ilişkin bir kanun hükmü bulunmadığı için OSB de ilan ve reklam vergisini kendi nam ve hesabına tahsil edemez.

Öte yandan OSB Kanunu'nun 12'nci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde yer alan "ilan ve reklam gelirleri" bir vergi geliri türü değil, bir teşebbüs ve mülkiyet geliri türüdür. Eğer bahse konu "ilan ve reklam gelirleri" bir idare tarafından muhasebeleştirilecek olsaydı uluslararası standartlara uygun olarak bir vergi geliri olarak değil bir teşebbüs ve mülkiyet geliri olarak kaydedilmesi gerekecekti.

İdarenin tabi olduğu Türk muhasebe mevzuatına göre vergi gelirleri ile teşebbüs ve mülkiyet gelirleri arasında esaslı farklılıklar vardır.⁷² Bu husus temel olarak 3.12.2014 tarihli ve 2014/7052 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Genel Yönetim Muhasebe Yönetmeliği ile 27.5.2016 tarihli ve 29724 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mahalli İdareler Bütçe ve Muha-

⁶⁹ Bu ilke 1961 Anayasası'nın 116'ncı maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 127'nci maddesinde yer almaktadır.

⁷⁰ Uluatam, Kamu Maliyesi, 34.

⁷¹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan ve Cenker Göker, Vergi Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 28-30.

⁷² 5018 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre "Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde uygulanacak muhasebe ve raporlama standartları, uluslararası standartlara uygun olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde; Sayıştay Başkanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı ve diğer ilgili kuruluş temsilcilerinin katılımıyla oluşturulacak olan Devlet Muhasebesi Standartları Kurulu tarafından belirlenir. Bu standartlar Resmî Gazetede yayımlanır."

sebe Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Ayrıntıları ise analitik bütçe mevzuatında bulunmaktadır. Analitik Bütçe Sınıflandırması Birinci Düzey Gelir Kodlarına göre Vergi Gelirleri “01” koduyla, Teşebbüs ve Mülkiyet Gelirleri de “03” koduyla takip edilmektedir. Analitik Bütçe Sınıflandırmasına İlişkin Rehber,⁷³ teşebbüs ve mülkiyet gelirlerini “Devletin sahip olduğu mülklerden, teşebbüslerden, mali ya da gayri maddi aktiflerden sağlanan gelirlerden, idarelerin sundukları belirli hizmetler karşılığında tahsil ettikleri gelirlerden, malların kullanma veya faaliyette bulunma izni karşılığı tahsil edilen gelirlerden, mal satış (sermayeye dâhil olması gerekenler hariç) gelirlerinden, KİT ve kamu bankaları gelirlerinden, kira gelirlerinden ve bunun gibi diğer gelirlerden oluşur.” şeklinde tanımlamaktadır. Aynı Rehber’e göre vergi gelirleri ise “Devletin; kamu otoritesine dayanarak ve kamu amaçları için, zorunlu, karşılıksız ve geri ödemesiz olarak yaptığı tahsilatlarını içermektedir. Vergi gelirleri, vergilerden alınan cezalarla birlikte, cezaların ödenmemesinden veya geç ödenmesinden doğan faiz ve cezaları da kapsar.”

Analitik Bütçe Sınıflandırması Dördüncü Düzey Gelir Kodları içinde bir teşebbüs ve mülkiyet geliri kalemi olarak (03-1-2-11 koduyla) “İlan ve Reklam Gelirleri” yer almaktadır. Bu bağlamda şayet OSB Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendinde yer alan “ilan ve reklam gelirleri” bir idare tarafından muhasebeleştirilecek olsaydı bir vergi geliri olarak değil bir teşebbüs ve mülkiyet geliri olarak kaydedilecekti.

SONUÇ

İlk derece mahkemesinin somut olayda belediyenin OSB’de ilan ve reklam vergisi tahsiline yetkili olduğunu tespit ederek davayı reddetmesi isabetlidir. Zira davalının işyeri belediye sınırlarındadır, Belediye Gelirleri Kanunu’nun 12’nci maddesinin birinci fıkrasına göre ilan ve reklam vergisine tabidir ve gerek Belediye Kanunu gerekse Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nda OSB için getirilen istisnalar ilan ve reklam vergisi tahsiline mâni değildir. Ancak bidayet mahkemesinin resen araştırma ilkesi uyarınca yetkili belediyenin büyükşehir belediyesi mi yoksa ilçe belediyesi mi olduğunu tartışması da gerekirdi. Davalının işyerinin bulunduğu yer Büyükşehir Belediyesi Kanunu uyarınca büyükşehir belediyesi meclisi tarafından büyükşehir belediyesinin yetkisine alınmış mahalleleri ilçe merkezine bağlayan yollar, bulvar, cadde ve ana yollar üzerinde değilse, ilan ve reklam vergisini tahsile ilçe belediyesi yetkili olacaktır. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesinde, vergi alma yetkisinin kanunlarla belirleneceği ve vergilerin kanunun yetki verdiği idareler vasıtasıyla tahsil edileceği de isabetle belirtilmiştir.

⁷³ Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “2020-2022 Analitik Bütçe Sınıflandırmasına İlişkin Rehber”, Erişim Tarihi: Ekim 23, 2020, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/10/11-ekorehber_2020-2022.pdf.

Danıştay 9. Dairesi hatalı bir biçimde, belediyenin OSB’de yetkisi olmadığından bahisle ilk derece mahkemesinin kararını kanun yararına bozmuştur. Hâlbuki OSB Kanunu’nda OSB gelirleri arasında “ilan ve reklam gelirleri” sayılmakla birlikte, anılan ibare bir vergi gelirini değil bir teşebbüs ve mülkiyet gelirini işaret etmektedir. Danıştay’ın OSB’lerin tahsil ettiği ilan ve reklam gelirlerini belediyelerin tahsil ettiği ilan ve reklam vergisini ikame eden bir gelir olarak yorumlaması vergilerin kanuniliği ilkesine aykırıdır.

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Abdurrahman. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Gazi Kitabevi, 7. Baskı, 2008.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- Aşçıoğlu, Çetin. “Yargıda Gerekece Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 48 (2003): 109-116.
- Atay, Ender Ethem. “Yargı Kararlarının Gereçlendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması”, Danıştay Dergisi, S.147 (2018): 7-32.
- Avrasya Organize Sanayi Bölgesi, “Türkiye’de Rakamlarla OSB”, Erişim Tarihi: Eylül 29, 2020, <https://avrasyaosb.com.tr/turkiyede-rakamlarla-osb/#:~:text=Organize%20Sanayi%20B%C3%B6lgeleri%20%C3%9Cst%20Kurulu%C5%9Fu,50%20bin%20fabrika%20%C3%BCretim%20yap%C4%B1yor>.
- Bekri, M. Nedim. “Gereççeli Karar Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 3 (2014): 205-228.
- Bilici, Nurettin, Vergi Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 51. Baskı, 2021.
- Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “2020-2022 Analitik Bütçe Sınıflandırmasına İlişkin Rehber”, Erişim Tarihi: Ekim 23, 2020, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/10/11-ekorehber_2020-2022.pdf.
- Çağan, Nami. Vergilendirme Yetkisi, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Duru, Ahmet Alptekin. “Belediyelerin İlan ve Reklam Vergisi Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8, S. 3 (2020): 831-843.
- Erol, Ahmet. Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 3. Baskı, 2012.
- Ersöz, A. Kürşat. “Türk İdari Yargılama Hukukunda Karar Verme Usulü ve Hükmün Tesis Edilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, 16, S.189 (2018): 4095-4132.
- Gelir İdaresi Başkanlığı (Manisa Vergi Dairesi Başkanlığı), “OSB’de ilan ve reklam vergisi tahsil etme yetkisi hk.” konulu Özelge, evrak tarihi: 26.10.2015, evrak sayısı: 85373914-175.02[66.01.03]-116, Erişim Tarihi: Eylül 28, 2020, <https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>.
- Gözler, Kemal. “Kamu Tüzel Kişiliği Ne İşe Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”, Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (Ed. Burak Öztürk, vd.), Cilt I, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, 477-500.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü, “Mahalli İdareler Bütçe İstatistikleri”, Erişim Tarihi: Ekim 1, 2020, <https://muhasebat.hmb.gov.tr/mahalli-idareler-butce-istatistikleri>.
- İsbir, K. Begüm. Kamu Tüzel Kişiliği, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Karakoç, Yusuf. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, Özel Sayı, (2013): 1259-1308.
- Karakoç, Yusuf. “Parafiskal Gelir ve Diğer Kamu Gelirleri ile Karşılaştırması”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3, S.3 (1985): 373-397.

- Karakoç, Yusuf. “Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan- Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, (2015): 413-455.
- Karakoç, Yusuf. Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kızılot, Şükrü ve Taş, Metin. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Gazi Kitabevi, 5. Baskı, 2013.
- Mutluer, M. Kâmil ve Dayanç Kuzeyli, N. Nilay. Vergi Ceza Hukuku, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2018.
- Mutluer, M. Kâmil. Vergi Genel Hukuku, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2006.
- Organize Sanayi Bölgeleri Üst Kuruluşu, “Organize Sanayi Bölgeleri Listesi”, Erişim Tarihi: Eylül 29, 2020, <https://osbuk.org/wp-content/uploads/2020/09/liste3.pdf>.
- Öncel, Mualla, Kumrulu, Ahmet, Çağan, Nami ve Göker, Cenker. Vergi Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 29. Baskı, 2020.
- Öner, Erdoğan. Türk Vergi Sistemi, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2014.
- Pehlivan, Osman. Vergi Hukuku: Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, (Trabzon: yazarın kendi yayını, 2013.
- Şen, Hüseyin ve Sağbaş, İsa. Vergi Teorisi ve Politikası, Bursa: Ekin Yayınevi, 4. Baskı, 2020.
- Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan. Türk Vergi Sistemi, Bursa: Ekin Yayınevi, 15. Baskı, 2018.
- Şenyüz, Doğan, Yüce, Mehmet ve Gerçek, Adnan. Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Bursa: Ekin Yayınevi, 11. Baskı, 2020.
- Türk, İsmail. Kamu Maliyesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Baskı, 1999.
- Türkiye İstatistik Kurumu, “Girişimcilik ve İş Demografisi 2017-2019”, Erişim Tarihi: Ekim 1, 2020, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=33939>.
- Uluatam, Özhan ve Methibay, Yaşar. Vergi Hukuku, Ankara: İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, 2001.
- Uluatam, Özhan. Kamu Maliyesi, Ankara: İmaj Yayınevi, 13. Baskı, 2014.
- Üstün, Ümit Süleyman. “Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14, S.1 (2006): 217-285.
- Yıldız Akgül, Şerife. “Yerel Yönetimlerin Görev Alanı ve Organize Sanayi Bölgeleri Örneği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, S.1 (2016): 639-676.
- Yılmaz, Hakan, Emil, M. Ferhat ve Kerimoğlu, Baki. Yerel Yönetimler Maliyesi, Ankara: Mali Hizmetler Derneği Yayınevi, 2012.

ANA VE BABANIN ÇOCUK MALLARINA İLİŞKİN TASARRUF İŞLEMİ YAPMALARINI KONUSUNDA HUKUKİ DURUM^{*1}

Av. Onur ALTINKAN^{*2}

Öz

Türk Medeni Kanunu'nda çocuk mallarının yönetimi ve kullanımı çocuğun ana ve babasına bırakılmıştır. Çocuk malları üzerinde ana ve babanın tasarruf işlemi bulunup bulunamayacakları ise doktrinde tartışmalıdır. Nitekim kanunda düzenlenen bir zorunluluk halinin bulunması veya ana ve babanın yoksul olması, çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi, olağan dışı herhangi bir sebebin var olması gibi hallerde hakim izniyle veya hakim vereceği yetkiyle çocuk mallarının sarf edilebileceği veya harcanabileceğine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler doktrinde fikir ayrılığı yaratmıştır. Baskın görüş, söz konusu düzenlemelerin tasarruf yetkisini kısıtlamadığını, ana ve babanın bu düzenlemelere aykırı şekilde tasarruf işlemi bulunması halinde çocuğa karşı sorumluluklarının doğacağını kabul etmektedir. Çalışma kapsamında baskın görüşün dayanakları da incelenmiştir. Ancak kanaatimiz, çocuk mallarına ilişkin düzenlemelerin tasarruf yetkisini sınırlayıcı nitelikte olduğuna yöneliktir. Nitekim aile konutuna veya kefalette eş rızasının alınmasına ilişkin hükümlerde de benzer bir lafız kullanılmaktayken, bu hükümlerin sorumluluk doğurucu etkiye sahip olduğuna ilişkin bir görüş mevcut değildir. Haliyle benzer bir lafız kullanılan çocuk mallarına ilişkin hükümlerin de aynı şekilde tasarruf yetkisini sınırladığı kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, pratikte uygulanamaz nitelikte sonuçlar doğmasına yol açacak, çocukların serbest malları gibi birçok hukuki düzenlemeyi de gereksiz hale getirecektir.

Anahtar Kelimeler

Çocuk Malları, Taşınır, Taşınmaz, Tasarruf Yetkisi, Hakim İzni.

THE LEGAL SITUATION ABOUT DISPOSING OF CHILDREN PROPERTIES BY MOTHER AND FATHER

Abstract

The management and utilization rights of children properties are left to mother and father in Turkish Civil Code. Mother and fathers' rights about disposing of children properties are controversial in the doctrine. Thusly, there are legal regulations about expending or spending children properties by permission or authorization given by judge in case of existing situations like necessity, poverty of mother and father, special case of the children that requires extraordinary expenses, unusual causes. These regulations cause divergence in the doctrine. Hegemonic opinion admits that; the regulations don't limit the power of disposition and mother and father will be responsible to children in case of their act of disposals occur against the legal regulations. It is also examined the basis of hegemonic opinions within this study. However, in our opinion, regulations of children properties limit the power of disposition, because of the structure of articles as in confirmation of spouses about matrimonial home or suretyship. Acceptance of the opposite causes inapplicable results practically and make regulations of childrens free properties unnecessary.

Keywords

Child Real Properties, Management of Child Real Properties, Trustee, Convention on the Rights of the Child, Spending of Child Real Properties.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 26.03.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 03.08.2021.

^{*2} Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi; Avukat, E-posta: onur@altinkan.com, Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5355-4443>.

GİRİŞ

Hukuk düzeni, haklarını koruyamayacak durumda olan kişilerin haklarına halel gelmemesi adına önlemler almakta ve korumasız veya güçsüz durumda bulunan kişilerin korunabilmesi adına bu yönde mevzuat geliştirmektedir.¹ Bu bağlamda, 20. yüzyılın başından itibaren birçok alanda; hukuki ilişkinin güçsüz tarafında olan kişilerin, ilişkinin diğer tarafında yer alan kişilere nazaran korunmaya daha çok muhtaç olduğu düşüncesiyle mevzuat hükümleri geliştirilmiştir. Bu konuyla ilgili birçok örnek vermek mümkün olup, tüketicilerin tacirler karşısında durumu,² işçilerin işveren karşısında durumu³ bu konuyla ilgili verilebilecek en tipik örneklerdendir.

Doğal olarak güçsüz veya korumasız durumda olan tarafların hukuk düzeni tarafından korunması gerektiği, aslında en başta tabii hukuktan çıkan bir sonuçtur.⁴ Korunmaya belki de en muhtaç durumda olan çocukların durumuyla ilgili de düzenlemeler yapılmış olması oldukça doğaldır.⁵

¹ Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 4; Emine Akyüz, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması (Ankara: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, 2000), 3 ve 55 vd.: Yazar, doğal olarak güçsüz konumda olan çocukların korunması gerektiğini belirtmektedir; Aynı şekilde: Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, (Ankara: Pegem Akademi Yayınları, 2018), 4; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 1 - 2 ve 5; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 4; Sera Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020), 2; Yener Ünver, editör, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 14 ve 49.

² Bu konunun tipik örneği, bizzat tüketici hukukunun genel esaslarını belirleyen 6502 sayılı kanunun isminin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun olmasıyla sabittir. Nitekim kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacı güttüğü hususu hem kanunun genel gerekçesinde, hem de amaç başlığını taşıyan 1. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

³ İş Hukukunun tarihsel gelişimini ve işçiye tanınan hakların mevzuat değişiklikleriyle geliştirildiğini 4857 sayılı yasanın genel gerekçesinde görmek mümkündür; Ayrıca bkz.: Serozan, Çocuk Hukuku, 4.

⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 3; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), 100; İbrahim Kaboğlu, editör, Anayasal Sosyal Haklar, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2012), 12; Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı", Muhafazakar Düşünce Dergisi 4, S. 15, (2008): 79 - 80; Mahmut Gökpinar, "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", TBB Dergisi 28, S. 120 (2015): 46; Muhlis Ögütçü, Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, Özel Sayı, (2005): 562; Şakir Berki, Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1970), 5.

⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 56 ve 87: Yazar, ailelerin çocuklarını koruyamayacak duruma geldiği Dünya Savaşlarının da çocukların korunması konusunun bir ihtiyaç olarak devletler tarafından benimsenmesine yol açtığını belirtmektedir. Ayrıca yazar, çocuğun zayıf durumunun hukuk düzeni tarafından dengelenmesi gerektiğine yönelik görüşünü çocuğun güvenliği kavramıyla açıklamıştır; Akyüz, Çocuk Hukuku, 4; Emine Akyüz, Çocuğun Güvenliği Sorunu, (Ankara: Atilla Kitabevi, 1991), 18 - 19; Ayşe Ziyen, Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 11; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 3; Bilge Öztan, Aile Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) 7, 10 ve 866; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 69; Cem Baygın ve Murat Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi IX, S: 1-2, (2005): 379; Cemil Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan, (İstanbul: DR Yayınları, 2009), 40; Evgen Gülçin Elçin, Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Çocuk Hakları Çalışmaları - 1, (İs-

Bu çalışmanın konusu ise, çocukların mallarına ilişkin olup, çocuk mallarının ana ve baba tarafından tasarruf işlemlerine tabi tutulması konusunda hukuki durum incelenecektir. Konunun bu şekilde sınırlandırılmasının amacı, özellikle taşınmaz niteliğinde olan çocuk mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf işlemi de bulunabilmesi noktasında doktrinde yaşanan görüş ayrılığına ilişkin bir çözüm üretebilmektir. Çocukların taşınmaz mallarına ilişkin tasarruf işlemi yapılması noktasında doktrinde yer alan görüş ayrılığının yanı sıra, konu tüm hatlarıyla incelenecek, ayrıca çocukların taşınır mallarının durumu da bilahare ele alınacaktır.

I. KONUYA ETKİSİ OLAN HUKUKİ MÜESSESELER

A. Velayet Hakkı ve Hakkın Kapsamı

İşbu çalışmanın konusu, velayet hakkı sahiplerinin çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkileri bakımından hukuki durumun irdelenmesi olduğuna göre, öncelikle velayet hakkının kapsamının ve konuya etkisinin irdelenmesi gerekmektedir.

1. Genel Olarak Velayet Müessesesi

Velayet hakkının tanımlanması ve dolayısıyla velayet hakkının kapsamının ve sınırlarının çizilmesi, mevzuatta herhangi bir tanımın yer almaması sebebiyle Yüksek Mahkeme kararlarına⁶ ve doktrine bırakılmıştır.

Velayet hakkına ilişkin doktrinde üzerinde fikir birliğine varılmış bir tanım olmamakla birlikte, birçok farklı tanımın ortak yanları bir araya getirilerek ortaya müşterek bir tanım çıkartılması mümkündür.⁷ Bir kısım tanımlamalarda çocukların şahıs varlığı

tanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 1; Oktay Erdoğan, Çocuk Hakları, (İstanbul: Kişisel Yayın, 2011), 371; Hayrunnisa Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, S. 3, (2013), 82; Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 184; Yazar, çocuk yararı ilkesinin doğal sonucu olarak çocukların hukuk düzeni tarafından korunması gerektiğini ileri sürmektedir; İsmail Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 61; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4: Yazar, hem evlilik birliği içerisinde zayıf konumda bulunan eşin hem de çocukların korunmasının Türk Medeni Kanunu'nda özenle üzerinde durulan hususlardan olduğunu belirtmektedir; Mustafa Dural; Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku C. III, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 4; Nevhis Deren Yıldırım, "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları" Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, (İstanbul: DR Yayınları, 2009), 250; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 2; Selma Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 32 - 33: Yazarn velayette çocuğun yararının ön planda olması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerinin içerisinde çocuğun güvenliğinin korunmasının ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır; Serozan, Çocuk Hukuku, 4-5; Sevgi Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012), 39 ve 41; Şeref Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, (2007): 391; Ünver, Çocuk Hakları, 14 ve 49.

⁶ Y2.HD, 08/05/1997 E.1997/4971 K.1997/4953 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "Medeni Kanunumuzun hükümlerine göre küçüklerin ve mal varlıklarının bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana-babanın sahip oldukları görevlerin ve hakların hepsine birden velayet denmektedir. Velayet sadece ana ve babaya tanınmış bir iktidardır."

⁷ Serozan, Çocuk Hukuku, 250; Yazar, velayet hakkını "ana ve(ya) babanın korunmayı gereksinen kısıtlı ya da evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş çocuklarının bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının korunmasına, onların mallarının yönetilip kullanılmasına, değerlendirilmesine"

değerlerinin de korunması velayet hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilirken,⁸ bir kısım yazar ise çocukların temsiline ilişkin hükümleri de önemseyerek temsil konusuna da velayet hakkının tanımı kapsamı içerisinde yer vermektedir.⁹ Bir kısım yazarlar ise; velayet kurumunun amacını ön plana çıkarmakta ve çocuğun korunması amacını güden bir hukuki müessese olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰

Buna göre velayet müessesesini; çocukların bakımına, gereksinimlerinin karşılanmasına, çıkarlarının, malvarlıklarının ve şahıs varlıklarının korunmasına, malvarlıklarının yönetilip kullanılmasına ve yarar elde edilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hak ve yükümlülükler şeklinde ifade etmek mümkündür.

2. Velayet Hakkının Kapsamı

Genel olarak velayetin kapsamını ve sınırlarını çizen TMK'nın 339. maddesi; ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alacağını düzenlemektedir.

TMK'nın 340 ve 341. maddelerinde ise; ana ve babanın çocuğun eğitimiyle ilgili hak ve yükümlülükleri düzenlenmekte, 342. maddede ana ve babanın üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil edebileceği, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayetteki temilde de uygulanacağı düzenlenmekte, 343. maddede çocuğun fiil ehliyetinin vesayet altındaki kişinin fiil ehliyetine benzediği ve çocuğun kendi borçlarından ana ve babanın malvarlığı üzerindeki haklarına bakılmaksızın kendisinin sorumlu olduğu belirtilmektedir.

rilmesine ve çocukların temsiline ilişkin hakların ve yükümlerin toplamı" şeklinde tanımlamaktadır. Söz konusu tanım içerisinde velayet hakkının kapsamını belirleyen birçok farklı özellik görülmekle beraber, velayet hakkının sadece ana veya babaya ait olabilecek bir hak olmadığı ve istisnai hallerde ana veya baba dışında da velayet hakkına sahip olabilecek kişiler olabileceğini belirtmek gerekmektedir; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 23 vd.; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 20-21; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 29.

⁸ Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 30; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 155; Yazarlar, velayet hakkını; "küçüklerin ve bazı hallerde kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla ana ve babanın onların şahıs ve malvarlığı değerleri üzerindeki hak ve yükümlülüklerin tümü" olarak tanımlamaktadır; Ayrıca bkz.: Süleyman Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26, S.2, (2018): 447.

⁹ Bkz.: Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 6; Yazar, velayeti tabii hukukun vücut verdiği bir temsil vazifesi olarak tanımlamaktadır; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 1; Cemil Çelik, "Velayetin Kaldırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 54, S.1, (2004): 256; Mehmet Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 111; Serozan, Çocuk Hukuku, 250; Zafer Ergün, Boşanma Davaları Nişanlanma Evlenme Butlan Velayet Kişisel İlişki Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat, (Ankara: Adil Yayınevi, 2004), 592.

¹⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 236; Yazar, çocuğun temsiline ve şahısvarlığı değerlerine de atıf yapmakta ancak bu hukuki müessesenin tek amacının çocuğun korunması olduğunu özellikle vurgulamaktadır; Akyüz, Çocuk Hukuku, 254; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 447; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 359; Yazarlara göre velayet kavramı, çocukların bakım ve korunmalarının sağlanması amacıyla, kişi ve malları üzerinde ana ve babanın sahip olduğu görev, yetki ve haklar şeklinde tanımlanabilmektedir; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 983; Öztan, Aile Hukuku, 1074; Yazara göre velayetin nihai amacı, çocuğun bağımsızlığını elde etmesini gerçekleştirmektir; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 25.

Kanunun 344 ve 345. maddelerinde ise çocuğun hukuki işlemlere girebilme ehliyeti ve hukuki işlemlere girebildiği takdirde borçlardan kimin sorumlu olacağı düzenlenmektedir.

Söz konusu hükümler, kanunun velayetin kapsamı başlığı altında düzenlediği ve genel olarak velayet hakkının kapsamını belirlediği hükümlerdir. Ancak kanun sistematigi içerisinde bambaşka bölümlerde de ana ve babaya tanınan haklar ve yükümlülükler bulunması ve söz konusu hak ve yükümlülüklerin kanunun özü ve sözüne uygun şekilde velayet hakkının doğurduğu sonuçlardan olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Velayet hakkının kapsamını üç ana başlık altına toplamak mümkündür. Bunlar; çocuğun kişiliğine ilişkin hak ve yükümlülükler, çocuğun temsiline ilişkin hak ve yükümlülükler ve çocuğun malvarlığına ilişkin hak ve yükümlülüklerdir.¹¹

a. Çocuğun Kişiliğine İlişkin Hak ve Yükümlülükler

Çocuğun kişiliğine ilişkin hak ve yükümlülükler; ana ve babanın çocuk üzerindeki egemenlik hakkı, ad koyma hakkı, yerleşim yerinin belirlenmesi, çocuğun bakımı, eğitilmesi, yetiştirilmesi gibi bizzat çocuğun kişiliğine ilişkindir.¹²

b. Çocuğun Temsiline İlişkin Hak ve Yükümlülükler

TMK'nın 342. maddesinin ana ve babanın velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olmasını düzenlemesi karşısında,

¹¹ Benzer şekilde yapılan sınıflandırma ve konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Hilal Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 10 vd.; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 247 vd.; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 447; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 53; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 29 vd.: Yazar, velayetin küçüğün şahsı ve malları bakımından şumülünü incelemiş, ancak velayet kavramının temsil vazifesi anlamına geldiğini de eserinde belirtmiştir; Aynı şekilde: Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 85 vd.; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 985; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 49 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 250; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 91; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 59 vd.; Velayet hakkının kapsamının belirlenmesinde çocuk yararının gözetilmesi ilkesini ön plana alan yazarlar da vardır: Nurtan Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, (İstanbul: Bilge Yayınevi, 2007), 119; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 362 vd.: Yazarlar, velayetin kapsamını ise çocuğun medeni durumu, eğitimi, temsili ve çocuk malları üzerindeki hak ve yükümlülükler şeklinde sınıflandırmışlardır; Aynı yönde: Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 500 vd.; Ayrıca bkz.: Öztan, Aile Hukuku, 1107 vd.

¹² İşbu çalışmanın konusunu ise çocuk mallarının durumu oluşturduğundan, bu başlık altında velayet hakkı sahiplerinin çocuğun kişiliğine ilişkin hak ve yükümlülükleri konusunda detaylı bilgi verilmeyecektir. Bilgi için bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 248 vd.; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 111; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 54 vd.; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 37 - 47; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 363; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 500 vd.; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 85 vd.; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 985-988; Öztan, Aile Hukuku, 1107 vd.; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 50; Serozan, Çocuk Hukuku, 260 vd.; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 107 vd.; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 121 vd.; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 59 vd.

kanunun tanıdığı temsil yetkisinin ana ve babaya üçüncü kişilerle hukuki işlem yapma yetkisi verdiği açıktır.¹³

Söz konusu maddenin 3. fıkrası ise; vesayet hükümlerinin velayete ilişkin durumlarda da uygulanacağını belirtmektedir. Madde metninde “*vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında*” ifadesi, ilk bakışta ve lafzi bir yorumla, vesayet makamının iznine bağlı hususlara ilişkin kanuni düzenlemelerin velayet hükümlerine uygulanmayacağı anlamını doğurmaktadır. Yani vesayete ilişkin durumlarda izin alınması gerekirken, velayet söz konusu olduğunda vesayet için düzenlenmiş olan izin müessesesinin uygulanmaması fikri ilk başta akla gelir.¹⁴

Maddenin bu şekilde yorumlanması, velayet hakkı sahiplerinin olağan yönetim sınırlarını aşan her türlü işlemi yapabilecekleri, 462. maddede sayılan diğer hususları izin almaksızın yerine getirebilecekleri anlamını doğurmaktadır. Söz konusu madde düzenlemesi dayanak alınarak çocukların mallarına ilişkin ana ve

¹³ Ahmet Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, (Ankara: Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 2003), 136-137; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Yazar, çocuğun üçüncü kişiler karşısında temsil edilmesini yasal temsil olarak isimlendirmekte ve yasal temsilin velayetin en önemli ögesi olduğunu ifade etmektedir; Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 449; Ali Bozer, “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S. 3-4, (1952): 209; Yazar, ana ve babanın çocukların kanuni temsilcisi olduğunu vurgulamaktadır; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 78; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 382; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 63; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 365; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 505 - 509; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 99; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 84 - 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 986; Öztan, Aile Hukuku, 1119 ve 1164; Yazar, ana ve babanın sahip olduğu temsil yetkisinin çocuğun yetişmesi ve yönetim hakkının kullanılmasıyla sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Yönetim hakkının içerisine hukuki işlem yapma ve hatta tasarruf işlemi yapabilme yetkisinin de girdiği yazar tarafından kabul edildiğine göre, ana ve baba çocuğu her türlü hukuki işlem bakımından temsil edebilecektir; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 29; Serozan, Çocuk Hukuku, 273; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 152; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 102 vd.

¹⁴ Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 167 - 170; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Yazar, vesayet hukuki müessesesinin söz konusu olduğu durumlarda hakim izni almak gerekirken, velayet söz konusu olan durumlarda hakim izni alınmaksızın hukuki işlem yapılabileceğine ilişkin genel kabulün velayet altındaki küçüklerin yeterince korunmaması sonucunu doğurduğunu ileri sürmektedir; Aynı yönde bkz.: Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, Aile Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 356 - 357; Ayrıca bkz.: Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 79; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 421; Bozer, “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”, 204-205; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 364; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 393 - 394; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 508; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 142-143; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 99; Serozan, Çocuk Hukuku, 270 - 271; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 86; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 986; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 65-66; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 153 - 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 71.

babanın tasarruf işlemi yapmaları konusunda herhangi bir izne veya yetkiye ihtiyaç duymayacakları savunulmuştur.¹⁵

Söz konusu bu görüşe göre, kanun koyucu, çocuk mallarının tasarrufi işleme tabi tutulmasında izin müessesesi gerektiğini düşünse idi, TMK'nın 342. maddesinde “*vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında*” ifadesinin kullanılmayacağı ve çocuk mallarının tasarrufi işleme tabi tutulmasında tıpkı vesayet müessesesindeki gibi işlemin izne tabi tutulduğunun açıkça düzenleneceği söylenebilirdi.

Kanaatimizce kanun koyucunun maddeyi bu şekilde düzenlemesinin amacı, ana ve babanın genel olarak velayetleri altında bulunan çocuğu özgürce temsil edebileceklerine ilişkin genel bir kural getirme ihtiyacının sonucudur. Kanun koyucu, TMK'nın 342. maddesiyle çocukların temsiline ilişkin genel bir düzenleme getirmiş, ancak sadece çocuk mallarının tasarrufi işleme konu edilebilmesi konusıyla sınırlı olarak TMK'nın 356. ve 327. maddeleriyle genel kurala istisna teşkil edecek özel bir düzenleme getirmiştir.

TMK'nın 342. maddesiyle, vesayete ilişkin hükümlerin velayete uygulanacağı açıkça düzenlenmiş, ancak vesayet makamının iznine ilişkin hususları düzenleyen 462. maddenin bu kapsam dışında bırakıldığı belirtilmiştir.¹⁶ Nitekim, vesayet söz konusu olduğunda kanunla düzenlenen izin müessesesi, denetim makamı adı verilen bir makamın iznini öngörmektedir. Kanun koyucu, açıkça böyle bir makamın veliler üzerinde denetim faaliyetinde bulunmasına ihtiyaç görmemiş, temsile ilişkin olarak genel nitelikli bir kural getirerek vesayetdeki denetim makamı ve izin müesseselerinin velayette uygulanmayacağını belirtmiştir. Ancak, bu genel düzenlemenin bir anlamda istisnasını oluşturacak şekilde çocuk mallarına ilişkin özel düzenlemeler getirilmiş ve TMK'nın 356. ve 327. maddele-

¹⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264 ve 295; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 113-114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 79 - 81; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Cemil Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, (İstanbul: DR Yayınları, 2009), 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 365 - 367; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 508; Yazara göre, TMK'nın 342. hükmü, ana ve babayı çocuklarını temsil etme konusunda tamamen bağımsız kılmaktadır; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

¹⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 78 - 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 364; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 393 - 394; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 508; Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 142 - 143; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 86; Öztan, Aile Hukuku, 1120; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 65; Serozan, Çocuk Hukuku, 271 - 272; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 153; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 114.

riyle birtakım şartların gerçekleşmiş olması halinde hakimın izin verebileceği ve bu izin neticesinde tasarrufi işlemlerde bulunulabileceği düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, özellikle çocukların taşınmaz mallarına ilişkin tasarrufi işlemlerde bulunabilmenin hakim iznine tabi olmadığını savunan görüş, TMK'nın 342. maddesindeki düzenlemede vesayet makamının iznine tabi hususların velayete uygulanmayacağına özellikle düzenlendiğini savunarak hakim izninin çocuk mallarının sarf edilmesinde söz konusu olmadığını ileri sürmekte iken,¹⁷ kanaatimize göre, söz konusu düzenleme genel bir kural getirmekte, çocuk mallarına ilişkin 356. ve 327. maddelerde yer alan hükümler ise sadece çocuk malları hedef alınarak düzenlenmesi sebebiyle daha sınırlı ve özel bir düzenleme arz etmekte ve izin veya yetki alınması müesseselerini özel olarak düzenlemektedir.

Netice olarak, ana ve babanın çocukları temsil yetkisinin sınırlarının vesayet hükümlerine göre belirlendiği, vesayet hükümleri el verdiği ölçüde velilerin üçüncü kişilerle hukuki işlemlere girebilecekleri ortadadır.¹⁸ Buna göre ana ve babanın çocuk adına kefil olması, vakıf kurması, önemli bağışlarda bulunması gibi haller, vesayet hükümlerinde olduğu gibi velayet söz konusu olduğunda da yasaklanmıştır.¹⁹

Vesayet makamının iznine tabi hususlar ise velayet bakımından TMK'nın 342. maddesinin 3. fıkrasıyla kapsam dışı bırakılmıştır. Bu durum, vesayet makamının iznine tabi hususlar bakımından TMK'nın 462. maddesi gibi vesayete ilişkin düzenlemelerin uygulanmayacağını ortaya koymaktadır. O halde, çocuk mallarının sarfi gibi durumlar bakımından vesayete ilişkin hükümler uygulanmayacak, bu konuda özel düzenlenmiş 356. ve 327. maddelerdeki gibi düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

¹⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264 ve 295: Yazar vesayet müessesesi söz konusu olduğunda hakim izni gerekirken, kanun koyucunun velayet müessesesi söz konusu olduğunda izin alınmasını gerekli görmemesini eleştirmiştir. Ancak yine de sonuç itibarıyla bu düzenlemenin, ana ve babaya hakim izni gerekmesizin tasarruf işleminde bulunabilme yetkisi verdiğini ileri sürmektedir; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 365 - 367; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 508 ve 523 - 524; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167- 169; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

¹⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264 ve 265; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 114; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 364; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524: Yazar, ana ve baba tarafından bir üçüncü kişiye yapılacak satışın TMK'nın 342. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim iznine tabi olmadığını açıkça belirtmektedir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144; Öztan, Aile Hukuku, 1119; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 99; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 153.

¹⁹ Velayet hakkının, veliler bakımından çocukların temsili bakımından sağladığı yetkiler, işbu çalışmanın konusu itibarıyla sınırlandırılmış ve vesayet hükümlerinin çocuk malları üzerine etkilerine değinmek yeterli görülmüştür. Konuya ilişkin bkz.: Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 96.

Söz konusu bu özel nitelikli düzenlemelerde de çocuk malları üzerinde tasarruf edilebilmesi için hakim izni arandığına göre, ana ve babanın tasarruf yetkisinin kanun tarafından sınırlandırıldığı kabul edilmelidir. Söz konusu bu görüşümüz doğrultusunda, kanun koyucunun çocuk mallarının tasarrufu bakımından vesayet hukukuna ilişkin düzenlemeleri kapsam dışı bıraktığı, çocuk malları için özel düzenlemeler getirdiği kabul edilmelidir. O halde, 342. maddenin varlığı, çocuk mallarının tasarrufunda hakim iznine gerek olmadığı anlamını doğurmamakta, aksine genel olarak vesayet hükümlerinin uygulanmayacağını ortaya koymakta ve çocuk mallarına ilişkin bu konudaki özel hükümlere uygulama alanı tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

c. Çocuğun Malvarlığına İlişkin Yetkiler

Velayet hakkının kapsamı içerisine giren yetkilerden malvarlığına ilişkin yetkiler, işbu çalışmanın konusu olan çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerine ilişkin hukuki duruma doğrudan etkilidir.

Hiç şüphesiz çocuğun temsiline ilişkin yetkiler ile çocuğun malvarlığına ilişkin yetkiler kesişmektedir. Ana ve babanın velayet hakkının kapsamı içerisine çocuğu temsil etme yetkisi girmekte, çocuğu temsil etme yetkisi ise üçüncü kişilerle çocuk adına hukuki işlem yapabilme hakkını içermektedir. Bu durumun en doğal sonucu, ana ve babanın çocuğu temsil ederek çocuk adına borçlandırıcı veya tasarrufi işlem yapabilmeleridir.²⁰

O halde, çocuğun malvarlığına ilişkin ana ve babanın sahip olduğu yetkiler, evvela çocuğun temsilinden gelen ve çocuk adına hukuki işlem yapabilme yeteneğini veren yetkililerdir. İşte bu durum, kural olarak ana ve babanın temsil yetkisini kullanarak çocuğun malvarlığına müdahale edebilmesinin ve hatta onu harcayabilmesinin önünü açmaktadır. Bu durumun, temsil yetkisine ilişkin düzenleme kapsamında tek istisnası, çocuk mallarına ilişkin kanunda düzenlenen özel hükümler olup, kanaatimize göre bu hükümler doğrultusunda ana ve babanın hakimden izin alması gerekecektir. Nitekim genel nitelikte olan temsile ilişkin hükümlerin karşısında, çocuk mallarına ilişkin hükümler sadece çocuk mamele-kini konu aldığından özel nitelikli olup, sınırlı bir alana hitap etmektedir.

²⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Yazar, çocuğun üçüncü kişiler karşısında temsil edilmesini yasal temsil olarak isimlendirmekte ve yasal temsilin velayetin en önemli ögesi olduğunu ifade etmektedir; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 449; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 78; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 382; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 63; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 209; Dural, Ögüz ve Gümtüş, Aile Hukuku, 364; Ana ve babanın çocuğu temsil etme yetkileri duruma göre tam ehliyetlilerin temsiline veya sınırlı ehliyetlilerin temsiline ilişkin esaslara tabi olacaktır; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 505 - 509; Yazara göre söz konusu hukuki işlemlerin içerisine çocukların mülkiyetinde bulunan malların satılması da girmektedir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 136-137; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 99; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 84 - 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 986; Öztan, Aile Hukuku, 1164 - 1166; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 29; Serozan, Çocuk Hukuku, 273; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 152; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 114.

Bu doğrultuda, çocuğun malvarlığına ilişkin velayet hakkının sağladığı yetkiler ve düzenlemelerin sadece temsil yetkisinden kaynaklanan hususlarla sınırlı olmadığı rahatlıkla söylenebilmektedir. Soybağına ilişkin düzenlemelerden olan Türk Medeni Kanunu'nun 327. maddesinin ikinci fıkrasında; ana ve babanın, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı halinde, hakimın izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktarı sarf edebilecekleri düzenlenmektedir.

Söz konusu bu madde her ne kadar soybağına ilişkin düzenlemeler arasında yer alsada, velayet müessesesiyle soybağının istisnai durumlar dışında hukuki olgu olarak kesiştikleri göz önüne alındığında, ana ve babanın çocuk malvarlığı üzerindeki haklarına ilişkin bu düzenlemenin de malvarlığına ilişkin yetkiler arasında görülmesinde bir sakınca yoktur. Söz konusu maddeyle, üç adet hukuki olgunun gerçekleşmesi halinde bu duruma bir hukuki sonuç bağlandığı görülmektedir.

Bu hukuki olgular, ana ve babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi ya da olağandışı herhangi bir sebebin varlığı halleridir. Bu durumda, örneğin geçinemeyecek durumda olan ana ve babanın yaşayabilmek adına çocuk mallarını sarf edebilmesi kanun maddesiyle açıkça hakim iznine tabi kılınmıştır.²¹ Öte yandan çocuğun pahalı tedavi giderleri gerektiren bir hastalığa yakalanması veya ailenin başına başka bir felaket gelmesi gibi olağan dışı hallerde de hakimın iznine tabi kılınmak kaydıyla ana ve babanın çocuk mallarını sarf edebilecekleri düzenlenmiştir.²² Bu düzenlemenin mefhum-u muhalifinden, sayılan üç hukuki olgunun somut olayda bulunmaması halinde ana ve babanın çocuk mallarını sarf edemeyeceği açıkça ortaya çıkmaktadır.²³ Bu sonuç, kanaatimize göre açıkça tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkindir.

Türk Medeni Kanunu'nun 352. maddesi ve devamı maddelerinde de velayet hakkına bağlı ve çocuğun malvarlığını etkileyici nitelikte olan düzenlemeler vardır.

²¹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524: Yazarın konuya ilişkin verdiği örneklerden biri, çocuklarını özel okula kaydeden babanın iki yıl sonra iflas etmesi haline ilişkindir. Böyle bir ihtimalde, çocukların özel okuldan alınması eğitim açısından doğru bir karar olmayacağından çocuğa ait bir taşınmazın satılması mümkün kabul edilmelidir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 147; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1178; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 112; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 148 - 159; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 80.

²² Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524: Depremde babanın tüm malvarlığını kaybetmesi hali de verilebilecek örneklerden bir diğeridir; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 112.

²³ Akyüz, Çocuk Hukuku, 254; Aynı yazar, mülga kanun döneminde tam tersi şekilde hakim iznine gerek kalmaksızın çocuk malları üzerinde ana ve babanın tasarruf yetkisinin olduğunu ileri sürmektedir; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Ayrıca bkz.: Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 452 - 453; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 60 ve 1255; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 149.

Fakat söz konusu düzenlemeler, kanunda velayete ilişkin düzenlemeleri kapsayan ayırmadan sonra ayrı bir ayırım altında çocuk malları başlığı altında düzenlendiğinden tarafımızca da çocuk malları adı altında ayrı bir başlık altında incelenecektir.

B. Çocuk Malları Kavramı

1. Genel Olarak Çocuk Malları Kavramı

Malvarlığı kavramını; hukuki bütünlük teşkil etmek kaydıyla, kişilerin para ile ölçülebilen mal, hak ve borçların bütünü şeklinde tanımlamak mümkündür.²⁴ Kanundaki kullanım ise “*çocuk malları*” şeklindedir. Söz konusu kavramı mülkiyet hakkı sahipliği çocukta bulunan mallar şeklinde tanımlamak mümkündür.²⁵

Çocuklar, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştükleri andan itibaren hak ehliyetine sahiptirler.²⁶ Çocukların hak ehliyetine sahip olmalarının en doğal sonucu, anne veya babalarından ayrı olarak kendilerine ait bağımsız bir malvarlığına sahip olmalarıdır.²⁷ Çocuk malları; değeri parayla ölçülebilen tüm hakları kapsamaktadır. Bunları; taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakları, sınırlı aynı haklar, alacak hakları ve fikri ve sınai haklar şeklinde sıralamak mümkündür.²⁸

Çocuklar söz konusu malları hem ölüme bağlı tasarruflarla hem de sağlar arası işlemlerle kazanabilmektedirler. Çocuğun kendisine miras intikal etmesi veya vasiyetname gibi ölüme bağlı bir tasarruf vasıtasıyla mal edinebilmesi mümkündür. Öte yandan çocukların, hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat alacakları, sigorta alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı, çocuk lehine üçün-

²⁴ Malvarlığı kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Nuşin Ayıter, “Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme”, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968).

²⁵ Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 446; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 80 - 81; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142.

²⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 68-69: Çocuğa sağlanan hukuksal korumanın doğum öncesine de etkili olup olmadığı konusu, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin komisyonunda değerlendirilmesi sırasında tartışma yaratmış, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nden alıntı yapılmak suretiyle çocuğun doğumundan önce de hukuksal korumadan yararlanması gerektiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu bu düzenlemenin bağlayıcı olup olmadığı da tartışmalıdır; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 380; Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 73; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 83; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1243; Öztan, Aile Hukuku, 1161; Serozan, Çocuk Hukuku, 265; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 10; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 74.

²⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 291: Yazar, ana ve babaya çocuk mallarını yönetme yetkisinin kanun tarafından tanındığını belirterek, çocuk mallarının kendi malvarlıklarından ayrı olduğunu vurgulamış olmaktadır; Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 444; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 111; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 380; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 83; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1243; Öztan, Aile Hukuku, 1161; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 102; Serozan, Çocuk Hukuku, 266: Yazar, çocuğun öz malvarlığı olabileceğini belirtmiştir; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 74.

²⁸ Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 446; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 380; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 83; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1243; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 102.

cü kişiler tarafından bankaya yatırılan paralar da çocukların malvarlığına dahil olan değerlerdir. Çocuğun kendi çalışması sonucu elde edeceği kişisel kazancı da bunların yanı sıra çocuğun malvarlığına dahildir.²⁹

Ayrıca, çocuğun ana ve babasının Türk Medeni Kanunu'nun 327. maddesi gereği çocuğun bakımını karşılama yükümlülüğü, Türk Medeni Kanunu'nun 329. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası ve Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesinde düzenlenen yardım nafakası da çocuğun malvarlığına dahil değerlerdendir.³⁰

2. Çocuğun Serbest Malları Ayırımı

Malvarlığına dahil olan değerler bakımından bizzat Türk Medeni Kanunu'nda yapılan bir sınıflandırma daha mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nun 357 ile 359. maddeleri arasındaki düzenlemelere göre, çocuk malları; serbest mallar ve diğer mallar olarak ikiye ayrılmaktadır.³¹

Öncelikle çocuğa yapılan kazandırmaların faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla gerçekleştirilmesi halinde kazandırmaların gelirlerinin çocuğun serbest malı olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında ölüme bağlı tasarrufta bulunulması kaydıyla çocuğun saklı payının ana veya babanın kullanımı dışında bırakılması mümkün görülmüştür. Ayrıca ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı da yine çocuğa ait kabul edilmiştir.³²

²⁹ Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 446; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 111; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 380; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 73 - 74; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 368; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 - 526; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 83; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1243; Öztan, Aile Hukuku, 1162 vd.; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 102; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 55; Serozan, Çocuk Hukuku, 267; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142 - 144.

³⁰ Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 446; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 384; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 84; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1243 - 1244; Serozan, Çocuk Hukuku, 267.

³¹ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 263; Yazar, bu mallar üzerinde ana ve babanın yönetme ve yararlanma yetkilerinin olmadığını, çocukların bu mallar üzerinde tasarruf edebileceklerini belirtmektedir; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 446; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 112 ve 124 vd.; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 87; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 385; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 70; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 74; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 89; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1248; Öztan, Aile Hukuku, 1178 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 267; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 150 vd.; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 154 vd.; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 76.

³² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 446; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 125; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 87; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 386; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 61; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 81;

Bu üç düzenlemede bahsedilen değerler çocuğun serbest malı olarak ifade edilmiştir.

3. Çocuk Malları Üzerinde Ana ve Babaya Tanınan Yetkiler

Türk Medeni Kanunu'nun 352 ile 356. maddeleri arasında, çocuk mallarıyla ilgili bir kısım yetkilerin ana ve babaya verildiği düzenlenmekte, 360 ile 363. maddeler arasında ise çocuk mallarının korunması başlığı altında bir kısım düzenlemelere yer verilmektedir.

Mülkiyet hakkı, hak sahibine en geniş yetkileri veren haktır. Bu hakkın eşya üzerinde hak sahibine verdiği yetkiler; kullanma, yararlanma, tüketme yetkileridir.³³ Çocuk mallarına ilişkin ise, söz konusu bu yetkilerden bir kısmı kanuni düzenlemeyle ana ve babaya bırakılmıştır.³⁴

Çocuk malları üzerinde ana ve babaya tanınan yetkileri üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; yönetim hakkı, kullanma hakkı ve kısmen yararlanma haklarıdır.³⁵

a. Çocuk Mallarını Yönetme Hakkı

TMK'nın 352. maddesinde, ana ve babanın velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip oldukları, hatta bu hususun aynı zamanda bir yükümlülük olduğu, kural olarak hesap ve güvence vermeyecekleri, yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde hakim duruma müdahale edeceği düzenlenmektedir.³⁶

Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.; Ömer Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 71, S.1, (2013): 1359; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 89; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1248; Öztan, Aile Hukuku, 1179 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, 268; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 151; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 154; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

³³ Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 68; Gürbüz Sarı, Malvarlığı Haklarının Korunması, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010), 11; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142.

³⁴ Yönetme ve yararlanma yetkileri bakımından bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 261 - 262; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 68; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 145 vd.

³⁵ Doktrinde ana ve babanın çocuk malları üzerindeki hakları yönetme hakkı ve kullanma hakkı olarak ifade edilmiş, tarafımızca ileri sürülen kısmi yararlanma hakkından bahsedilmemiştir: Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 112; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81 vd.; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 68: Mülga kanun döneminde söz konusu yetkiler idare yetkisi ve intifa yetkisi olarak nitelendirilmekteydi; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Yazar, ana ve babaya tanınan yetkileri, yönetme ve yararlanma olarak ifade etmektedir; Aynı yönde: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 151 vd.

³⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 259; Yönetme hakkının bir yetki olmasının yanı sıra aynı zamanda bir görev olarak yüklendiği açıktır; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 446 - 448; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 112; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 384; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 64; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 74; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1356; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 519; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması

Her ne kadar velayete sahip olmaları koşuluyla ana ve babanın çocuk malları üzerinde “yönetim” hakkına sahip olduğu TMK’nın 352. maddesinde açıkça düzenlenmiş de olsa, yönetim hakkının sınırları³⁷ konusunda kanunda en ufak bir belirleme mevcut değildir. Yönetim hakkı; malvarlığına dahil değerlerin korunması, onarımı, bakımı, iyileştirilmesi, işletilmesine ilişkin fiillerin bütününe ifade etmektedir.³⁸ Fakat eşya üzerinde esaslı değişiklikler yapılması veya eşyanın olağan dışı bir tasarruf işlemine tabi tutulması³⁹ kanaatimize göre yönetim hakkının sınırları kapsamı dışındadır.⁴⁰

ve Korunması”, 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1245; Öztan, Aile Hukuku, 1169; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 104; Samim Gönensay, Medeni Hukuk Cild II Aile Hukuku Kısım II Nesep, Velayet, Vesayet, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940), 43; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 145 - 146; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 74.

³⁷ Yönetim hakkının kapsamı ise, kanunda düzenlenen serbest mallar ve serbest olmayan mallar ayrımıyla belirlenmiş durumdadır: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 259; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 113; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 385; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 86; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 105; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 150 vd.

³⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 259; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 382; Yazarlar ifade edilen hususu dar anlamda yönetim hakkı olarak değerlendirmiş, medeni kanunun yönetim hakkını geniş anlamda ele aldığını belirtmiş, geniş anlamda yönetim hakkının kapsamı içerisine ise tasarruf işlemlerinin de girdiğini belirtmişlerdir. Yönetim hakkının TMK’da geniş anlamda ele alındığı ve tasarruf işlemlerinin de bu kapsamda yer aldığı görüşüne katılmamakla beraber, söz konusu görüşün dayanağını oluşturan temsil yetkisinin yönetim hakkından bağımsız şekilde velayet hakkına bağlı bir yetki olduğu görüşündeyiz. Dolayısıyla yazarların söz konusu görüşüne katılmamakla birlikte, katılmama sebeplerimiz işbu makalenin temel çalışma konusunu oluşturmaktadır; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 392; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 84; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1244; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 103; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 145 - 146; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120.

³⁹ Tasarruf ve taahhüt işlemlerinde bulunabilme hususunu yönetim yetkisinin kapsamında kabul eden yazarlar da mevcuttur: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 259; Yazar açıkça tartışılmaz malların dahi yönetim yetkisi kapsamında satılabileceği ve tescil ettirilebileceği görüşündedir; Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 449; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 113 - 114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 382; Yazar, TMK’nın 352. maddesi uyarınca düzenlenen yönetim hakkının TMK’nın 342. maddesinde birlikte değerlendirilerek kanunun geniş anlamda yönetim hakkı düzenlemesi sebebiyle tasarruf işleminin yönetim hakkı kapsamında kaldığını savunmaktadır; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 94; Bozer, “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”, 199; Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 74 - 75; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Emine Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, (Ankara: Ankara Üniversitesi Eği. Bil. Fak. Yayınları, 1983), 121-122; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 394; Yazar, temsil yetkisini olağan ve olağanüstü temsil olarak ikiye ayırmakta ve olağan temsil yetkisinin kapsamına giren tasarruf işlemlerinin yönetim hakkının sınırları içerisinde kaldığını belirtmektedir; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 519; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 84; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1244; Öztan, Aile Hukuku, 1164 vd.; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 103; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120.

⁴⁰ Abdülkadir Arpacı, Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990), 104-105; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi

Yönetim hakkının kullanılması esnasında, çocuğun üstün yararının göz önüne alınması gerekmektedir. Madde metninde yer alan ana ve babanın yönetim hakkının kullanılması esnasında hesap ve güvence vermeyeceklerine ilişkin düzenleme, şüphesiz sınırsız bir yetki değildir.⁴¹ Bu hakkın kullanılması esnasında hak sahiplerinin çocuğun üstün yararını gözetmesi, çocuğun yararına uygun şekilde malları yönetmesi gerekmektedir.⁴²

Söz konusu yönetim hakkı, sadece çocuğun anne ve babasına verilmiş olup, hakkın ön koşulu ise velayete sahip olmaktır.⁴³

b. Çocuk Mallarının Kullanma Hakkı

Velayet hakkına sahip olan ana ve babanın çocuk malları üzerinde yönetim yetkisinin yanı sıra kullanma yetkileri de mevcuttur.⁴⁴ Bu bağlamda, anne veya

mi, Kullanılması ve Sarfı”, 382: Yazarların yönetim hakkının kapsamına giren hususlar hakkında verdiği örneklerden bazıları, çocuğa ait portakal bahçesindeki ağaçların ilaçlanması, bakımlarının yapılması şeklindedir. Yazarlar, ayrıca çocuğun malvarlığına dair bir eşyanın kiraya verilmesi, parasının faize yatırılması gibi hususları da yönetim hakkının kapsamı içerisinde değerlendirmişlerdir; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1244.

⁴¹ Aksinin kabulü, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye aykırılık teşkil eder; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 383; Ayrıca bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 260; Yazar, yönetme yetkisinin iyi yönetim devam ettiği sürece sınırlandırılmayacağını ifade etmekte, bu suretle yönetim yetkisinin sınırlarının aslında iyi yönetme kavramıyla sınırlandırıldığını ifa etmiş olmaktadır; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 83; Bozer, “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları”, 201 - 202; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 519; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 105; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 78; Aksi yönde: Serozan, Çocuk Hukuku, 271.

⁴² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 260: Yazar, çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğini belirtmekte ve ana ve babanın vasiden farklı olarak hakim iznine tabi olmaması durumunun çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesiyle bağdaşmayacağını ileri sürmektedir; Aynı yönde bkz.: Hatemi ve Serozan, Aile Hukuku, 356 - 357; Çocuğun üstün yararının gözetilmesi gerektiğiyle ilgili bkz.: Akyüz, Çocuğun Güvenliği Sorunu, 9-10; Akyüz, Çocuk Hukuku, 53 vd.; Ayrıca bkz.: Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 82 vd.; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 383; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1247; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 105; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Serozan, Çocuk Hukuku, 267; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 50.

⁴³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 260; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 83 - 84; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 383; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 64; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 520; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 85; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1168 vd.; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 106; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 56; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 145; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 80.

⁴⁴ Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 444; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 119; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 407; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 67; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku,

babanın çocuğa ait evde yaşayabilecekleri, çocuğa ait otomobili veya video kamerayı kullanabileceklerini söylemek mümkündür.⁴⁵

TMK'nın yönetim hakkı için getirdiği düzenlemenin aksine, çocuk mallarının velayet hakkına sahip olmayan ana veya baba tarafından kullanılması mümkün olabilmektedir.⁴⁶ Ana veya babadan herhangi biri kusuru olmaksızın velayet hakkını kaybetmişse, bu durumda çocuk mallarını kullanmaya devam edebilecektir.⁴⁷ Madde metni kapsamında aranan kusur şartının, doğrudan velayetin kaybedilmesi konusuyla ilgili olması gerekmektedir.⁴⁸

Ana ve babaya tanınan çocuk mallarının kullanılmasını ele alan bu hak, aile hukukundan doğan mutlak bir hak olup, ana ve babanın şahsına tanınmış olması karşısında hakkın üçüncü bir kişiye devredilmesi mümkün değildir.⁴⁹

366; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 392; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 520 - 521; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 93; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1252; Öztan, Aile Hukuku, 1174 vd.; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 106; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 58; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 78.

⁴⁵ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 408; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 77; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 520; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 106.

⁴⁶ Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 85; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 409; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1357; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 392; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 520 - 521; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 93; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1252; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 109; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 153; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

⁴⁷ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 119; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 409; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 77; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1357; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 392; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 520 - 521; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 94; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1252; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 108; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 153.

⁴⁸ Çocuk mallarının kullanılmasına engel teşkil edecek nitelikte kusurlu davranışlardan bazıları: Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 409; Çocuğa bedensel şiddet uygulanması, cinsel istismarda bulunulması, yeterli ilgi gösterilmemesi ve sair örnekler; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1357; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 94; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1252; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 108.

⁴⁹ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 120; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 408; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 77; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1356; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 95; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1252; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 107; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 58; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

c. Kısmi Yararlanma Hakkı

Doktrinde söz konusu bu hak, TMK'nın 355. maddesinin başlığıyla uyumlu şekilde “*çocuk mallarının gelirinin sarfedilmesi*” şeklinde ifade edilse de,⁵⁰ tarafımızca “*kısmi yararlanma hakkı*” kavramının kullanılması işbu çalışmanın konu bütünlüğü anlamında daha isabetli olacaktır.⁵¹

TMK'nın 355. maddesinde, çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için sarf edilebileceğini, hakkaniyete uygun düşmesi kaydıyla aile ihtiyaçları için de harcanabileceğini düzenlemektedir.⁵² Örneğin, çocuğun mülkiyetinde bulunan bir taşınmazın kira geliri getirmesi ya da çocuğun mülkiyetinde bulunan bir portakal bahçesinden elde edilen gelirler bu duruma verilen en klasik örneklerdir.⁵³ Gelir getirebilecek bu neviden malvarlığı değerlerinden faydalanılması ve gelir elde etmeyi sağlamak, ana ve babanın yönetim yükümlülüğüne dahildir.⁵⁴

⁵⁰ Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 120; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 413; Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 77; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1254; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 110; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 59; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 142; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79; Söz konusu hakkın doğrudan yararlanma hakkı olarak isimlendirildiği de görülmektedir: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 261 - 262.

⁵¹ Nitekim, mülkiyet hakkının hak sahibine tanıdığı en geniş yetkiler; kullanma, yararlanma, tüketme gibi yetkilere sahiptir. Tüketme yetkisi, niteliği itibarıyla tasarruf işlemi yapılmasını gerektirebileceğinden ana ve babanın bu hakka hangi hal ve şartlarda sahip olabileceği, özellikle satış işlemiyle sınırlandırılmak kaydıyla işbu çalışmanın konusudur. Mülkiyet hakkı, hak sahibine bu üç yetkiyi bahşederken, çocuk malları söz konusu olduğunda söz konusu yetkiler mülkiyet hakkı sahibi olan çocuğa değil, onun anne ve babasına belirli kısıtlamalar dahilinde verilmektedir. Çocuk gelirlerinin kısmen sarfi da, aile ihtiyaçlarına yönelik kullanıldığı vakit yararlanma yetkisinin kapsamı içerisinde kalacağından, bu çalışmada kavram, “kısmen yararlanma hakkı” şeklinde ifade edilmiştir; Yeni Medeni Kanunun hiçbir şekilde ana ve babaya yararlanma hakkı vermediğine ilişkin görüş için bkz.: Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 408; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Yazar da ana ve babanın yararlanma hakkının mevcut olduğunu ve bu hakkın çocuğa bakmanın karşılığında ana ve babaya tüketme yetkisi verdiğini ifade etmektedir.

⁵² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Yazar mülga kanun dönemindeki durumdan da bahsederek yürürlükteki düzenleme ile İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenleme arasında paralellik yaratıldığını belirtmektedir; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 121; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 86; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 414 - 416; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 59; Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 78-79; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Ertuş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 392; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 132; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 95 - 96; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1254; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 110; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 148; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 153 - 154; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

⁵³ Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 413 - 414; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 153 - 154.

⁵⁴ Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 86; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 148.

Bu noktada, 355. maddenin ikinci fıkrası, çocuğun örneklendirilen şekilde olan giderleri karşılandıktan sonra fazla kalan gelir fazlasının çocuğun malvarlığına ait olacağını düzenlemektedir.⁵⁵

Görüldüğü üzere kanun, çocuk mallarından elde edilen gelirlerin öncelikle çocuk için harcanacağını, harcamaya rağmen bir gelir fazlası kalması halinde ise bunun da çocuğa ait olacağını düzenlemiştir. Dolayısıyla bu düzenleme içerisinde, ana ve babanın çocuk mallarının gelirlerinden yararlanma hakkı kural olarak yoktur.⁵⁶ Ancak bunun istisnası, yine kanunda düzenlenmiş olup, kanun, hakkaniyete uyduğu ölçüde çocuk mallarının gelirlerinin aile ihtiyacı için harcanabileceğini düzenlemiştir.⁵⁷

Kanun bu noktada bilinçli bir şekilde somut bir ölçü koymamış ve bu konuyu hakkaniyete uygunluk ölçütüne bırakmıştır.⁵⁸ Ailenin ihtiyaçları ile sınırlı olmak kaydıyla ve hakkaniyeti uygun düşmesi halinde ana ve babanın çocuk mallarının gelirlerini harcayabileceği göz önüne alındığında, bu yetkinin kısmi yararlanma hakkı olarak nitelendirilmesi oldukça uygun gözükmektedir.

Bu bağlamda, ana ve babaya, velayet hakkından bağımsız şekilde ve velayet hakkının kusurlu şekilde kaybedilmiş olmaması şartıyla doğrudan soybağından kaynaklanan bir kısmi yararlanma hakkı verildiği açıktır.

⁵⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 416; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 76; Mülga kanun döneminde çocuğun giderlerinin karşılanmasının ardından kalan para, aile masraflarını karşılamakla mükellef olan ana veya babaya kalmakta idi; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 394 - 395; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 131; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 96; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1254; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 111; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 59; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 148; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 126.

⁵⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 414; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 76; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 95; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1254; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 110; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 59; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147.

⁵⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 120; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 86; Baygın ve Doğan, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, 416; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 68; Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 79; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Ertaş, “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, 392; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 132; Özdemir, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması”, 96; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 110; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 147; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 153 - 154; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

⁵⁸ Ölçüt olarak hakkaniyet kavramının seçilmesinin bilinçli şekilde gerçekleştirildiği, Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümleri Hakkında Tüzük'ün 5. maddesiyle de anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu madde, ailenin sosyal ve ekonomik durumu, çocuğun aileye getirdiği ekonomik yükler örneklerini vererek bunlar gibi hakkaniyetin gerektirdiği sınırlara uyulacağını düzenlemektedir; Ayrıca bkz.: Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1254.

C. Tasarruf İşlemi ve Tasarruf Yetkisi Kavramları

Çocuk malları üzerinde ana ve babanın tasarruf işleminde bulunup bulunamayacaklarını değerlendirebilmek adına öncelikle tasarruf işlemi ve tasarruf yetkisi kavramlarına değinilmesi gerekmektedir.

Tasarruf işlemi, hakka doğrudan etki eden, hakkın bizzat kendisinde veya hak ile hak sahibi arasındaki ilişkide değişikliğe sebep olan bir hukuki işlemidir.⁵⁹ Bu yönüyle, borçlanma işleminin aksine, tasarruf işleminin mutlak ve doğrudan bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰ Diğer bir deyişle, borçlanma işlemi, hukuki işlemin karşı tarafından talepte bulunma hakkı verirken, tasarruf işleminin bir kez yapılmasıyla işleme ilişkin sonuçlar doğmakta ve söz konusu işlem herkese karşı doğrudan etki doğurmaktadır.⁶¹

Konumuz bakımından çocuk mallarının ana ve baba tarafından tasarruf işlemine konu edilmesiyle, çocukların malları üzerinde kendilerinin sahip olduğu mülkiyet hakkına halel gelmesi mümkündür. Tasarruf işleminin yapılmasıyla, tasarruf işlemine konu hakkın niteliği değişebilir veya hak ortadan kalkabilir. Bunun en tipik örneği, mülkiyetin bir başkasına devredilmesi, yani satılması yoluyla tasarruf işlemi yapılmasıdır. Bu durumda, çocuk malı üzerindeki mülkiyet hakkı bir başkasına devredilmiş olacak, mülkiyet hakkıyla beraber, hakkın sahibine verdiği kullanma, yararlanma ve harcama yetkilerinin tamamı da yeni malik olan devralana geçecektir.

Bu noktada çocuklar, kendi malları üzerinde hukuk düzeninin kendilerine sağladığı yetkileri her ne kadar kendi annesi ve babası da olsa üçüncü bir kişinin hukuki işlemiyle kaybetme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Dolayısıyla çocuk malı olarak nitelendirilebilecek mallar üzerinde, ana ve babanın tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Borçlandırıcı işlemlerde, hukuki işlemi gerçekleştiren tarafın fiil ehliyetinin bulunması yeterlidir. Örneğin bir satış sözleşmesinin kurulması esnasında, satma taahhüdü altına giren taraf bir borçlandırıcı işlem meydana getirmiş olur. Bu anda tasarruf yetkisine ihtiyacı yoktur.⁶² Söz konusu satış sözleşmesine konu satılanın karşı tarafa devredilmesi anında ise tasarruf yetkisi gerekmektedir.⁶³ Bu ayırım,

⁵⁹ Murat Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 17; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014), 94-95.

⁶⁰ Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 17; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 96.

⁶¹ Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 18; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 64.

⁶² Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 18; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 67.

⁶³ Konuyu örneklendirebilmek adına, kişi, kendine ait olmayan bir taşınır malı satış sözleşmesine konu edebilir. Bu işlem bir borçlandırıcı işlemidir ve işlemin karşı tarafı, satma yükümlülüğü altına giren taraftan edimini yerine getirmesini talep edebilir. Bu örnekte, kişinin kendisine ait olmayan bir taşınır malı satış sözleşmesine konu edebilmesi mümkün iken, kişinin kendisine ait olmayan

tasarruf işlemine konu edilecek olan çocuk malının taşınır veya taşınmaz mal olup olmamasına göre önem arz edebilecektir.

Çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapılabilmesine olanak sağlayan kanunu düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun 356. maddesidir. İlgili maddenin ikinci fıkrasında; zorunluluk bulunması halinde anne ve babanın çocuğun mallarını paraya çevirebileceğini ve bu paranın çocuğun bakım ve eğitimi için harcanabileceği ifade edilmiştir. Söz konusu madde metninin mefhum-u muhalifinden, zorunluluk bulunmaması halinde ana ve babanın çocuk mallarını paraya çeviremeyeceği sonucu çıkmaktadır.⁶⁴ İşte bu noktada, söz konusu düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırlayıcı bir düzenleme mi olduğu, yoksa tasarruf yetkisinden bağımsız bir şekilde düzenlenen ve hükme aykırı davranışta bulunulması halinde sorumluluk doğuran bir emredici hüküm mü olduğu sorusu konuya doğrudan etki edebilecek bir husustur.

Nitekim, tasarruf işleminin yasaklanmış olduğunun veya sınırlanmış olduğunun kabulü hallerinde; hak sahiplerinin tasarruf işleminde bulunması mümkün olmayacak, buna aykırı şekilde gerçekleştirilen tasarruf işlemleri ise geçersiz kabul edilebilecektir.⁶⁵

Böyle bir hukuki durumun kabulü halinde, tasarruf işlemi; tıpkı iflas, haciz, konkordato, aile konutu hükümlerinde yer alan tasarruf yasağı ve tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hallerinde olduğu gibi geçersiz kabul edilecektir.⁶⁶ Konumuz

bir taşınır malı tasarruf işlemine konu etmesi, yani malı karşı tarafa teslim ederek devretmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, kişinin söz konusu taşınır mal üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Aynı örnek taşınmaz bir mal için ele alındığında, taşınmaz mallarının satışının sadece tapu sicil müdürlüğünde yapılabilmesi ve borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin kurulmasıyla, tasarruf işlemi olan mülkiyet devrinin aynı anda gerçekleşmesi nedeniyle, kişi maliki olmadığı bir taşınmaz malı satış sözleşmesine konu edemeyecektir; Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 18; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 66.

⁶⁴ Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396.

⁶⁵ Tasarruf yasağı bulunması halinde işlemin kesin hükümsüz olacağı, tasarruf sınırlandırılması bulunması halinde ise işlemin askıda hükümsüz sayılacağı ve işlemin hüküm ve sonuç doğurmayacağına ilişkin bkz.: Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 354-356 vd.; Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 32; Rona Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, (İstanbul: DR Yayınları, 2009), 282; Yazar, tasarruf yetkisinin sınırlandırılması halini nisbi ve mutlak sınırlama olarak ikiye ayırmakta, mutlak sınırlama halinde iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunmayacağını açıkça belirtmektedir. Yazarın mutlak tasarruf yetkisi sınırlandırılmasına ilişkin verdiği örnek aile konutunda eş rızası haline ilişkindir. Yazar, aile konutunun ağırlığı gereği basit bir tasarruf yetkisi sınırlandırılması olmadığını belirtmektedir.

⁶⁶ Aile konutundaki durum için bkz.: Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 61 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 358 vd.; Harun Bulut, Aile Konutu ve Aile Mahkemelerinin Yargılama Usulü, (İstanbul: Beta Yayınları, 2007), 92; Yazar, aile konutu düzenlemesiyle amaçlananın konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almak olduğunu, eşlerden birinin hukuki işlem özgürlüğünün diğer eşin katılımına veya onaylamasına bağlı olduğunu belirtmektedir. Kanaatimize göre, kanun koyucunun aile konutuna ilişkin bu düşüncesinin benzeri, çocuk malları için de söz konusudur. Amaç, çocuk mallarının korunması olup, her iki düzenleme de tasarruf yetkisini sınırlamaya yöneliktir; Ayrıca bkz.: Fuat Saatçioğlu, Aile Konutu ve Şerhi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 163 vd.; Yazar, aile konutunun

itibariyle, ana ve babanın TMK'nın 352. maddesi gereği çocuğun malları üzerinde tasarruf işleminde bulunabilmesi hakkını da içeren yönetim hakkına sahip olduklarının, ancak TMK'nın 356. maddesinin açık düzenlemesi karşısında tasarruf yetkilerinin sınırlandırıldığı kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüşün doğal sonucu, ana ve babanın çocuğun taşınmaz malları bakımından hakim izni olmaksızın tasarruf işleminde bulunamayacağı sonucunun doğmasıdır.

Eğer söz konusu kanun hükmü, tasarruf yetkisini sınırlayan bir kanun hükmü olarak değerlendirilmeyip, aksi şekilde davrananın sorumluluğunu doğuran bir emredici hüküm olarak kabul edilirse,⁶⁷ tasarruf işlemi gerçekleşmiş, hüküm ve sonuçlarını doğurmuş kabul edilecektir. Bu durumda, kanun hükmüne aykırı davrananlara karşı hak sahibi çocuk tarafından dava açılması ve zararının giderilmesi gerektiği kabul edilecektir.⁶⁸ Bununla birlikte tasarruf işleminin özellikle tasarruf yetkisini haiz kişiler tarafından yapıldığının kabul edilmesi ve TMK'nın 1023. maddesinde yer alan iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ilkesi göz önüne alındığında, yapılan işlem neticesinde çocuğun mülkiyet hakkına hanel gelebileceği açıktır.

Doktrinin bir kısmı, çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapılırken hakimin izninin alınması gerektiğini savunmakta,⁶⁹ diğer bir kısım ise tasarruf işle-

hukuki niteliği bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması, katılma hakkı, kanundan doğan sınırlama, tasarruf yetkisinin sınırlanması ve yasak işlem görüşlerine değinmiştir. Tüm bu farklı görüşlerin ortak noktası, hangi hukuki nitelik kabul edilirse edilsin, aile konutuna ilişkin tasarruf işlemi yapılamayacağı, diğer bir deyişle diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutunun devredilemeyeceği veya sarf edilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla bu düzenleme kapsamında, düzenlemeye aykırı şekilde aile konutunun devredilmesi veya sarf edilmesi gibi bir ihtimalde, işlemi yapan eşin diğerine karşı maddi olarak sorumluluğunun doğacağı kabul edilmemekte, aksine rıza göstermeyen eşin doğrudan tapu iptali ve tescilli davası açabileceği kabul edilmektedir;

Benzer şekilde: Faruk Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu: Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 46 vd.

⁶⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazara göre ana ve babanın iyiniyetli olması halinde sorumlulukları dahi bulunmamaktadır; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

⁶⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazar, ana ve babanın iyi niyetli olması halinde sadece ikame değer bakımından sorumlulukları olacağını ileri sürmektedir; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 147 - 148; Öztan, Aile Hukuku, 1166: Yazar, çocuğun ergin olduğunda ana ve babasına karşı ileri sürebileceği bir tazminat alacağına sahip olacağını ileri sürmektedir; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

⁶⁹ Akyüz, Çocuk Hukuku, 254; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 452 - 453; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 60 ve 1255; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 149.

minin yapılabilmesi için izne gerek olmadığını,⁷⁰ ancak yapılan işlemin ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluklarının doğurması noktasında önem arz ettiğini belirtmekte ve kanuni düzenlemelerle amaçlanan hususun çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi bulunan ana ve babanın sorumluluklarının doğup doğmaması adına etkili olduğunu belirtmektedir.⁷¹

Ortaya konulan bu hukuki durum göstermektedir ki; TMK'nın 356. maddesi hükmü ana ve babanın çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapıp yapamayacağı bakımından belirleyici bir hüküm olup, doktrindeki fikir ayrılıkları söz konusu hukuki durumun incelenmesini gerekli kılmaktadır.

II. ÇOCUK MALLARININ ANA VE BABA TARAFINDAN TASARRUF İŞLEMİNE KONU EDİLMESİ

A. Taşınır Mallar Bakımından Hukuki Durum

Çocuğun taşınır mallarına ilişkin tasarruf işlemi bulunabilmesi ya da taşınırın sarf edilebilmesi adına değinilmesi gereken en önemli mevzuat hükmü TMK'nın 342. maddesidir. Söz konusu madde, ana ve baba, velayetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olduğunu, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayetteki temsilde de uygulanacağını düzenlemektedir.⁷²

⁷⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1159 ve 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

⁷¹ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Yazar, mahkemeden izin alınması halinde hiçbir şekilde ana ve babanın sorumluluğunun doğmayacağını, izin alınmaması halinde ise iyiniyetli ana ve babanın satış veya başkaca tasarruf işlemi neticesinde alınan ikame değeri iade etmekle yükümlü olduklarını, kötü niyetli ana ve babanın ise çocuğun bu işlemde doğan her türlü zararını gidermekle yükümlü olacaklarını ileri sürmektedir; Ayrıca bkz.: Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.524 - 525; Yazara göre hakimden izin alınmasına ilişkin düzenlemenin tek amacı, ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluktan kurtulmalarının sağlanabilmesinden ibarettir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 ve 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1159 ve 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

⁷² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Kanuni düzenlemenin izin alınmasızın tasarruf işlemi yapılabilmesine cevaz verdiğini belirtmekte, ancak düzenlemeyi eleştirmektedir; Aynı yönde bkz.: Hatemi ve Serozan, Aile Hukuku, 356 - 357; Ayrıca bkz.: Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 79; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.523; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121.

Söz konusu madde düzenlemesi, vasinin vesayet makamından izin alması gereken işlemleri düzenleyen TMK'nın 462. maddesine uygulama alanı tanımaktadır.⁷³

Öte yandan TMK'nın 352. maddesinde de, ana ve babanın velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlü olduklarını, bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hakim müdahale edeceğini düzenlemektedir.

TMK'nın 342. maddesi ve bu maddenin atf yaptığı 462. madde incelendiğinde, çocukların taşınır malları bakımından velayet hakkı sahiplerinin tasarruf işlemi buluma yetkilerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.⁷⁴

Nitekim, 342. madde, çocukların ana ve baba tarafından üçüncü kişilere karşı temsilini ele almakta, temsil yetkisi kapsamında ana ve babanın çocukları üçüncü kişilerle yapılacak olan hukuki işlemler bakımından genel bir kural getirmektedir. Söz konusu genel kural uyarınca, çocuğun taşınır malları bakımından da ana ve babanın tasarrufi işlemlerde bulunabilecekleri açıktır.

Ana ve babaya, çocukların taşınır mallarının akıbeti bakımından üçüncü kişilerle hukuki işlemde bulunmasının temsil yetkisini düzenleyen kanuni düzenlemeyle mümkün kılınmasının yanı sıra, çocuk malları başlığı altındaki kanuni düzenlemelerin de taşınır mallar bakımından ana ve babanın tasarruf işlemi bulumasını engellemeyeceği görülmektedir.

Nitekim, malvarlığı üzerindeki yönetim hakkının malvarlığına dahil değerler üzerinde tasarruf işlemi yapılması yetkisini de içeren genel bir kural arz ettiği tarafımızca da kabul edilmektedir.⁷⁵

⁷³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.523; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113.

⁷⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazar çocuk mallarının satışını da olağan yönetim yetkisinin kapsamında görmektedir. Her ne kadar temsile ilişkin hükümlere bu bağlamda atf yapmasa da, olağan temsil yetkisinin kapsamı içerisinde kabul edilen yetkilerin taşınır mallar bakımından geçerli olduğu da yazarın ifadelerinden anlaşılabilir; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.523; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

⁷⁵ Aynı yönde: Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.522 vd.; Öztan, Aile Hukuku, 1164; Ayrıca bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazar açıkça ifade etmese de satış yetkisinden olağan yönetim yetkisi kapsamında bahsederek bu durumu kabul etmiştir.

Buna göre, TMK'nın 342. maddesinde düzenlenen temsil yetkisinin yanı sıra, ana ve babanın hesap ve güvence vermeksizin çocuk mallarını yönetebileceğine ilişkin 352. madde düzenlemesi de taşınır mallar bakımından tasarruf işlemi yapılabileceğini ortaya koymaktadır.⁷⁶

Bu noktada değinilmesi gereken konu, TMK'nın 356. maddesinde yer alan düzenlemedir. Söz konusu madde hükmünde, olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilmesini; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hakimin ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisi tanıyabileceğini düzenlemektedir.⁷⁷

Bu madde düzenlemesinden ilk bakışta, hakim yetki tanımadığı takdirde çocukların taşınır mallarının ana ve baba tarafından sarf edilmesinin mümkün olmadığı anlamı çıkarılabilecektir. Ancak çocuğun taşınmaz malların aksine çocuğun taşınır mallarının belirli bir sicile kayıtlı olmaması ve taşınır mallar bakımından sarf etme işleminin taşınır malın fiilen devredilmesiyle sağlanabileceği göz önüne alındığında, çocuk malları için hakimin yetki tanınması şartının pratikte bir uygulama alanı kalmadığı açıkça görülebilmektedir.

Bu durum göz önüne alındığında, TMK'nın 356. maddesinin, temsil yetkisine ilişkin 342. maddeyle birlikte düşünülmesi ve değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Temsil yetkisine ilişkin düzenleme, taşınır mallar bakımından herhangi bir sınırlama getirmeksizin ana ve babanın çocuğu üçüncü kişilere karşı temsil edebileceğini düzenlerken, TMK'nın 356. maddesinin taşınır mallar bakımından da sarf etme yetkisinin hakim iznine bağlı olduğunu düzenlemesi düşünülemez. Her iki madde bir arada değerlendirildiğinde, ana ve babanın çocukların taşınır malları bakımından çocukların temsilcileri sıfatıyla temsil edebilecekleri düzenlenirken, 356. maddedeki düzenlemenin bu maddenin tam aksini, yani taşınır

⁷⁶ Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 449; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 382; Yazar, TMK'nın 352. maddesi uyarınca düzenlenen yönetim hakkının TMK'nın 342. maddesinde birlikte değerlendirilerek kanunun geniş anlamda yönetim hakkı düzenlemesi sebebiyle tasarruf işleminin yönetim hakkı kapsamında kaldığını savunmaktadır; Aynı yönde: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 94; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.522 vd.; Ayrıca Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 394; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 84; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 103; Serozan, Çocuk Hukuku, 266; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120.

⁷⁷ Söz konusu bu yetki, doktrinde çocuk mallarının sarf edilmesi adıyla anılmaktadır: Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 121 - 122; Ayrıca bkz.: Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 416 - 418; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.522; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 133 vd.; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

malların sarfının da hakim iznine bağlı olduğunu düzenlemesi kanunun sistematik yorumuna uygun düşmemektedir.⁷⁸

Kanunun 356. maddesi incelendiğinde, belirli şartlar gerçekleştiği takdirde hakimın sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler dışındaki malvarlığı değerlerine de başvurma yetkisi tanıyabileceği düzenlenmiştir.⁷⁹ Madenin ikinci fıkrasının lafzından, çocuk mallarının bir kısmının sarfının hakimın yetkisine bağlandığı, hakimın yetki vermesi halinde sarf edilebileceği düzenlenmiştir. Ancak taşınır malların bu kapsama girip girmediğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Madde metni, bu açıdan yorumlandığında taşınır ya da taşınmaz fark etmesizin hakimın yetki vermesi halinde malların sarf edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu yönde yapılacak olan yorum, çocuğun üçüncü kişilere karşı temsilinde TMK'nın 342. maddesinin vesayet hükümlerine yaptığı yollamayı anlamsız kılacak ve adeta TMK'nın 342. maddesini uygulanamaz hale getirecektir. Bu durum ve taşınır malların sarfi bakımından tasarruf işleminin malın fiilen devredilmesinden ibaret olduğu göz önüne alındığında, TMK'nın 356. maddesinin taşınır mallar bakımından uygulama alanı bulmadığı, taşınır mallara ilişkin hukuki durumun TMK'nın 342. maddesi ve bu maddenin yollama yaptığı TMK'nın 462. maddesi göz önüne alınarak belirleneceği açıktır.

Nitekim TMK'nın 342. maddesi, açıkça vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kalan konular bakımından kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme, vesayet makamının iznine bağlı hususlar dışında kalanlar bakımından kısıtlıların temsili hükümlerinin uygulanma alanı bulacağını ortaya koymaktadır. Vesayet makamının iznine bağlı hususlar bakımından, yani örneğin taşınmaz mallar bakımından ise kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Bu konuda kanunda yer alan özel düzenlemelere başvurulacak ve TMK'nın 327 ve 356. hükümleri uygulama alanı bulacak ve kanaatimize göre tasarruf yetkisi kısıtlanmış kabul edilecektir.

Bütün bunlara göre, ana ve baba, çocuklarının taşınır malları üzerinde hakim iznine veya başka herhangi bir ön şarta gerek kalmaksızın tasarruf işleminde bulunabilmekte, taşınır mallar üzerinde çocuğun yararını göze almak kaydıyla serbestçe tasarruf edebilmektedirler.⁸⁰

⁷⁸ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfi", 416 - 418; Ertuş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 133 vd.; Ziyat, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 79.

⁷⁹ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 122; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.522 vd.

⁸⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 122; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfi", 421; Ertuş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan,

B. Taşınmaz Mallar Bakımından Hukuki Durum

1. Genel Olarak

Çocukların ana ve babalarının çocukları üçüncü kişilerle girecekleri hukuki ilişkilerde temsil etmelerine ilişkin TMK'nın 342. maddesinin yorumlanmasına ilişkin görüşümüz, çocukların taşınmaz malları bakımından hukuki durumu da doğrudan etkilemektedir.

Nitekim, vesayet makamının iznine tabi hususlara ilişkin TMK'nın 462. madde hükmünün bir bütün halinde velayete ilişkin hususlar bakımından uygulanmayacak olması karşısında, çocuk mallarının akıbeti bakımından TMK'nın özellikle bu konu için düzenlenmiş hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Yönetim hakkının tasarruf işlemi yapabilme yetkilerini de içerdiği göz önüne alındığında, TMK'nın 352. maddesi, taşınmaz mallar bakımından ana ve babanın tasarruf işleminde bulunabilmesine engel teşkil etmemektedir.

Fakat birbirinin tekrarı niteliğinde olan 327. ve 356. maddeler, çocuğun mallarına başvurma veya malları sarf edebilme için hakim yetki veya izin verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu noktada, taşınmaz mallar için tasarruf işlemi yapılmasının önünde bir engel olup olmadığı değerlendirilmeye muhtaçtır. Söz konusu değerlendirmeye göre, tasarruf işlemi yapılmasının önünde herhangi bir engel bulunmaması halinde, izin alınmaksızın yapılan tasarruf işlemlerinin çocuğa karşı ana ve babanın sorumluluklarını doğuracağı kabul edilebilecektir.

2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Konuya ilişkin doktrinin bir bölümü çocukların taşınmaz mallarına ilişkin tasarrufta bulunulabilmesi için hakim izni gerektiğini ileri sürmekteyken,⁸¹ diğer bir bölümü ise yasal düzenlemenin hakim iznini gerekli kılmadığını,⁸² ilgili

Aile Hukuku, 1166; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Özellikle taşınır mallar hakkında bir ayrıma gitmeksizin kural olarak hakimden izin alınmaksızın çocuk malları üzerinde ana ve babanın tasarrufta bulunabileceğine ilişkin bkz.: Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.

⁸¹ Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 452 - 453; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 60 ve 1255; Yazar, ana ve babanın hakim izniyle çocuk malları üzerinde tasarruf işlemleri yapabileceklerini belirtmiş ve ayrıca çocuk mallarının sarfına ilişkin izin alınmasına yönelik örnek bir dilekçeyi eserine ilave etmiştir; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 148 - 149; Yazarın, hakim izni ve hakimden yetki alınmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlı şekilde sayılan şartlara tabi olduğunu belirterek izin veya yetki alınmaksızın tasarruf işlemi yapamayacağını savunması, bu yöndeki azınlık görüşe katıldığını göstermektedir.

⁸² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Yazar, mülga kanun döneminde yayınlanan bu eserinde, hakimden izin alınmadan ana ve babanın tasarruf işleminde bulunulabileceğini açıkça ileri sürmektedir; Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, 123; Yazar, mülga kanun döneminde yayınlanan bu eserinde ana ve babanın hakimden izin almaksızın çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapabileceğini ileri sürmektedir; Akyüz, Çocuk Hukuku, 261 - 262; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve

düzenlemelerin tasarruf işlemi bulunanın sorumluluğunun doğup doğmaması noktasında bir külfet niteliğinde olduğunu⁸³ ileri sürmektedir.

a. Taşınmaz Mallar Bakımından Tasarruf İşlemi Yapılması İçin Hakim İzni Gerektiğini Savunan Görüş

Söz konusu bu görüş, çocuğun temsili ve malvarlığının yönetimi hakkını olağan ve olağanüstü şekilde ikiye ayırarak ele almaktadır. Bu ayrıma göre, olağan temsil yetkisinin kapsamı dahiline her türlü borçlandırıcı ve tasarrufi işlem girmektedir. Olağan temsil yetkisinin hukuki dayanağı TMK'nın 352. maddesinde düzenlenen yönetim hakkına dayandırılmaktadır.⁸⁴

Bu görüş; çocuk mallarının kiraya verilebilmesinin, tarımsal işletmenin veya diğer bir ticari işletmenin gerektirdiği her türlü yönetim işlerinin yapılabilmesinin, bozulan eşya ve işletme donanımlarının tamir edilebilmesinin, eskiyenlerin yenilenebilmesinin, elde edilen ürünlerin satılabilmesinin ve çocuk adına

Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Yazar, mülga kanun döneminde ana ve babanın çocuk malları üzerindeki hakkının istifade hakkı değil, intifa hakkı olduğunu savunmuş olup, bir yandan da serbest mallarda tasarruf yetkisinin çocukta olduğunu belirterek diğer mallar bakımından tasarruf yetkisinin ana ve babada olduğunu zımnen kabul etmiştir. Yazarın, ana ve babanın bu mallar üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceklerine veya hakim izni almaları gerektiğine yönelik bir tespiti bulunmamaktadır; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Erdoğan Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Özdemir ve Ruhî, Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 145 vd.; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1166; Yazar, ana ve babanın yönetim haklarının içeriğine her türlü taahhüt ve tasarruf işlemlerinin girebileceğini belirtmekte ve bu hakkın kötüyü kullanılması hâlinde çocuğun ileride tazminat davası açabileceğini ileri sürmektedir; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Ziyen, Çocukun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77, 120 ve 196 - 197.

⁸³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295 vd.: Yazar, tasarruf işleminin yapılmasında iyiniyetli olan ana ve babanın çocuğun zararının ortaya çıkması halinde sorumlu olmayacağını, hakimden izin alınması halinde ise hiçbir şekilde sorumluluğun doğmayacağını ileri sürmektedir; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 368; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Yazar, hakim iznin sadece sorumluluktan kurtulmak amacıyla alınabileceğini, hakimden izin alınmasa dahi satış işleminin yapılabileceğini ancak bu durumda ana ve babanın sorumluluğunun doğma tehlikesi olacağı ileri sürmektedir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 ve 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1166 ve 1200; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Ziyen, Çocukun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

⁸⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Yazar çocuk mallarının satışının olağan yönetim yetkisinin kapsamında olduğunu açıkça belirtmekte olup, bu ön kabul uyarınca taşınır mallar bakımından hakim izni gerekmediği yönündeki görüşü desteklediği anlaşılmaktadır; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81 - 84; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 382; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 394; Öztan, Aile Hukuku, 1166; Yönetim hakkının getirdiği yetkiler sebebiyle çocuğa ait bir taşınmazın satılmasının dahi mümkün olduğu ileri sürülmüştür; Ziyen, Çocukun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120.

borçlandırıcı ve tasarrufi işlemlerin yapılabilmesinin de olağan temsil yetkisinin kapsamında olduğunu kabul etmektedir.⁸⁵

Olağan temsil yetkisi ve olağanüstü temsil yetkisi arasındaki ayrım, TMK'nın 327. maddesindeki düzenleme uyarınca genel kuralın çocuğun malların sarf edilmesinin yasaklanması şeklinde olduğu yönündeki kabuldür. Bu görüşe göre, çocuk mallarının sarf edilmesi kuralının istisnalarını ise TMK'nın 355 ve 356. maddeleri oluşturur. İşte bu maddelerdeki düzenlemeler, kural olarak getirilen düzenlemenin istisnasını oluşturduklarından olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına dahildirler.⁸⁶

Olağanüstü temsil yetkisinin kapsamına, öncelikle TMK'nın 355. maddesi uyarınca çocuk gelirlerinin harcanması girmektedir. Bu konuda genel kural, TMK'nın 327. maddesi uyarınca ana ve babanın çocuğun eğitim, bakım ve korunmasına ilişkin masraflarını karşılayacak olmasıdır. TMK'nın 355. maddesinde getirilen istisna ise, hakkaniyetin uygun düşmesi halinde çocuk gelirlerinin aile ihtiyaçları için harcanabilecek olmasıdır. İşte bu yönde yapılacak olan harcama, bu görüş tarafından olağanüstü temsil yetkisinin kapsamı dahilinde kabul edilmektedir.⁸⁷

Olağan temsil yetkisinin kapsamına giren diğer husus, TMK'nın 356. maddesinin 1. fıkrasında yer alan sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerdir. Bu türden sarfiyatlar bakımından hakimin iznine gerek yoktur. Bu türden değerlerin hakim iznine tabi kılınmaması, bu malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf işlemi yapılmasının olağan temsil yetkisinin sınırları içerisinde kabul edilmesindedir.⁸⁸

Taşınır mallar hakkında tasarruf işlemi yapılması da bu görüş uyarınca olağan temsil yetkisinin sınırları içerisinde kabul edilmiştir. Bunun dayanağı, TMK'nın 352. maddesinde düzenlenen yönetim hakkının anne-babanın çocukların taşınır malları üzerinde, bunların korunması, işletilmesi, semerelendirilmesi, değerlendirilmesi için borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri yapılmasını kapsamasıdır. Buna göre, taşınır mallar bakımından tasarruf işlemi yapılabilmesi için hakim iznine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Nitekim, vesayetle dahi taşınır mallar

⁸⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 259; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 63; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 394.

⁸⁶ Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 394; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 120.

⁸⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 262; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 410; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 394-395; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 132; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 110.

⁸⁸ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 416 - 418; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395; Bir kısım yazarlara göre ise taşınır taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın her türlü malın sarfının temsil yetkisinin kapsamına girdiği ileri sürülmektedir: Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 81.

bakımından tasarruf işlemi yapılabilmesi için hakim izni aranmazken, velayet bakımından aranmaması gerektiği de açıktır. Taşınır mal, taşınır diğer değer ve hakların alım satımı karine olarak normal yönetim işlerinden sayılmaktadır.⁸⁹

Taşınmaz mallar bakımından tasarruf işleminde bulunabilmesi ise çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılamak amacıyla sadece hakim izniyle mümkündür.⁹⁰ TMK'nın 327. maddesi uyarınca çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk olmadıkça çocuk mallarının satışı ve bedellerinin satışı için izin vermesi mümkün değildir.

Bu görüşün kabulüne göre, taşınmazların taşıdıkları önem itibariyle satılması ve tescili işlemleri sadece hakimden izin alınmak suretiyle yapılabilecek, izin alınmadan işlemin yapılmış olması ise işlemin askıda hükümsüz olacağı, hakim sonradan izin vermesi halinde geçerlilik kazanabileceği sonucunu doğuracaktır.⁹¹

Hakim görüşe karşın azınlıkta olan bu görüşün başka dayanaklarla desteklendiği de görülmektedir. Nitekim, sadece TMK'nın 356. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin lafzından dahi hakim izni alınmaksızın çocuk mallarının ana ve baba tarafından satılamayacağı da ileri sürülmüştür.⁹²

b. Hakim Görüş

Çocukların taşınmaz mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf işlemi yapabilmeleri bakımından hakim iznine tabi olup olmamaları konusunda hakim görüş, bu mallar bakımından hakim iznine gerek olmaksızın tasarruf işleminde bulunabileceğini savunmaktadır.⁹³ Farklı yazarlar, bu görüşlerini desteklerken farklı

⁸⁹ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 395-396.

⁹⁰ Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396.

⁹¹ Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 32; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 357.

⁹² Akyüz, Çocuk Hukuku, 254; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 452 - 453; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 60 ve 1255; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 149.

⁹³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Yazar, bu eserinde çocuk mallarının satılmasında dahi hakim izni gerekmediğini ileri sürmüştür; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 366; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

dayanaklar belirlemiştir,⁹⁴ fakat vardıkları sonuç hakim iznine gerek kalmaksızın ana ve babanın çocukları taşınmaz malları üzerinde tasarruf işlemi yapabileceklerine yönelik olmuştur.

Velinin temsil yetkisinin düzenlendiği TMK'nın 342. maddesinde, vesayete ilişkin hükümlerin vesayet makamının iznine tabi tutulan işler hariç olmak üzere velayete ilişkin durumlarda uygulanacağını belirtildiği göz önüne alınarak; taşınmaz mallar için hakimden izin alınmasını gerektiren TMK'nın 462. maddesindeki düzenlemenin velayet söz konusu olduğunda 342. madde düzenlemesiyle uygulanmayacak olması nedeniyle velinin çocukların taşınmaz mallarını hakim iznine tabi olmaksızın satabilecekleri savunulmuştur.⁹⁵

Nitekim, vasiinin vesayet altındaki kişinin taşınmazlarını satarken vesayet makamının iznine tabi tutulmasında; vasi ve vesayet altındaki kişinin arasında kan bağı bulunmaması ihtimali mevcuttur. Fakat veli ve velayet altındaki çocuk arasında kan bağı bulunacağından böyle bir korunmaya ihtiyaç bulunmadığı ileri sürülmüştür.⁹⁶

TMK'nın 356. maddesindeki düzenlemeye göre; hakim, ana babanın çocuğun mallarını satmasını değil, TMK'nın 356. maddesindeki şartlar mevcut değilse satışın çocuğun ihtiyaçları dışında yapılmasını yasaklaması söz konusudur.⁹⁷ Buna göre, çocuk malının ana ve baba tarafından satılmasının yasaklanması veya hakim iznine tabi kılınması değil, satış sonrasında elde edilen ikame değer

⁹⁴ Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167: Örneğin yazar, ana ve babanın çocuklara ait malları satarken hakim izni aranması halinde, çocuk adına mal satın almaları durumunda da hakim izninin aranması gerekeceğini ileri sürmekte ve bu durumun yersiz ve anlaşılmasız sonuçlar doğuracağını ileri sürmektedir.

⁹⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 264 - 265; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 114 ve 122; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 vd.; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168; Benzer yönde: Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, 37; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1120 ve 1121; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124.

⁹⁶ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 122; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168; Ana ve babanın çocukla olan ilişkisinde çocuğu koruma gayesi güden kanun için aradaki sevgi ve şefkat bağının önemsiz olduğuna ilişkin bkz.: Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 279; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 202; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128.

⁹⁷ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, 37; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168: Yazar aksinin kabulünün ana ve babanın vasilerden farklı olarak 462. madde hükmünden muaf tutulmalarıyla bağdaşmayacağını ileri sürmektedir; Ayrıca bkz.: Öztan, Aile Hukuku, 1120 vd.

çocuğun ihtiyaçları için harcanması noktasında hakim izninin arandığı ileri sürülmektedir.⁹⁸

Ana ve babanın çocukların taşınmaz mallarına ilişkin tasarruf işlemleri yapmasında hakim iznine gerek olmadığını savunanların bir kısmının dayanak aldığı önemli bir hüküm, TMK'nın 363. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Bu madde düzenlemesine göre, ana ve babanın sadece dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü oldukları savunulmaktadır.⁹⁹

Bu bağlamda, hakimnin izninin alınması gerektiğini belirten TMK'nın 356. maddesi TMK'nın 363. maddesiyle birlikte yorumlanarak, ana ve babanın hakimnin iznini almaksızın çocuğa ait taşınmaz malları satması veya hakim tarafından verilen iznin sınırları aşılarak satış yapılması halinde, ana ve babanın bu miktarı çocuğa borçlanacağı, çocuğa karşı sorumluluklarının doğacağı ileri sürülmektedir.¹⁰⁰

Bu görüşe göre; kanun koyucu hakimnin izni almaksızın çocuklara ait taşınmaz malların ana ve baba tarafından satılamayacağını kastetmiş olsa idi, dürüstlük kuralına uygun olarak ana ve baba tarafından başkasına devredilen malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü oldukları düzenlenmezdi. Nitekim, başlangıçta hakimnin izninden geçen bir hukuki işlemin, sonradan tekrar dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı, kötüniyet ihtiva edip etmediğinin değerlendirilmesi kendi içerisinde çelişki yarattığından, kanun koyucunun amacının hakimnin izni gerekmezsizin de taşınmazların satılabileceğini düzenlemek olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰¹

⁹⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazara göre hakimden izin alınmışsa ve ana ile baba kötü niyetli ise zararın tamamından sorumlu, iyi niyetlilerse ikame değerini iadesinden sorumludur; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 124; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 523 - 525; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 168 - 169; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1255; Öztan, Aile Hukuku, 1159; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113.

⁹⁹ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1255; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184 - 185; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 81.

¹⁰⁰ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 167 - 168; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1255; Öztan, Aile Hukuku, 1159; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113.

¹⁰¹ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazara göre, hakimden izin alınmış olması, ana ve babanın sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaktadır; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422: Bu kabule göre; ana ve baba hakim iznine tabi almaksızın bir malı dürüstlük kuralına uygun veya dürüstlük kuralına aykırı şekilde satabilirler. Eğer mal, dürüstlük kuralına uygun şekilde satıldıysa, ana ve baba, çocuğa karşı sadece bu malın satış bedelini borçlanırlar. Malın dürüstlük kuralına aykırı şekilde satılması halinde ise; ana ve baba, çocuğa karşı malın bedelini, faizini ve çocuğun bu satış sebebiyle uğradığı zararın

Bu görüşe göre, hakim iznine ilişkin TMK'nın 356. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, tasarruf yetkisini sınırlayan bir düzenleme olmayıp, hakim izni alınmaksızın yapılan satışlarda, ana ve babanın çocuğa karşı malın bedelini ve çocuğun zararını tazmin etme yükümlülükleri doğacağına ilişkindir.¹⁰² Hakim izni alınarak yapılan satışlarda ise, ana ve babanın dürüstlük kuralına uygun hareket ettikleri, baştan hakim izni alınarak yapılan işlem dolayısıyla kabul edilecektir. Bu durumda, hakim izninin aslında, TMK'nın 363. maddesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulmak için kanun ile düzenlendiği kabul edilmektedir.¹⁰³

Öte yandan hakim iznine gerek olmadığını farklı dayanaklarla ileri süren bir görüş, TMK'da yer alan hükümlerin yönetim hakkı veya temsil yetkisiyle alakası olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; ana ve babanın çocuğun malvarlığına el atma yetkisi, diğer bir deyişle olağanüstü yararlanım yetkisi vardır. Bu yetkinin dayanağını çocuğun bakım ve eğitimi için ana ve babaya bir yüküm yüklenmesi oluşturmaktadır. Bu kabul ana ve babanın çocuğun malvarlığına serbestçe el atma yetkisi olduğunu, bunun tek istisnasının ise TMK'nın 345. maddesine göre kayyım atanması olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁰⁴

tazminini ödemekle yükümlü olurlar; Aynı yönde: Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 140; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113.

¹⁰² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Ana ve babanın satış yükümlülükleri, izin alınmamış olması halinde iyi niyetli olup olmadıklarına göre değerlendirilmeli, ana ve baba iyiniyetlilerse ikame değeri vermekle yükümlü kılınmalı, kötü niyetlilerse çocuğun tüm zararının giderilmesiyle sorumlu kılınmalıdır; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 122 - 124; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1159; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 196 - 197.

¹⁰³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazara göre izin alınmasında halinde, ana ve babanın sorumlu tutulmasına imkan yoktur; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1159; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 114; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

¹⁰⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz.: Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyım, (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2006), 197 vd.: Yazar, hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri bakımından kayyım atanması ve hakim onayı şartlarının arandığını belirtmektedir; Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 293: Kayyım atanması dahi ana ve babanın yönetim yetkilerini ortadan kaldırmamakta, sadece kontrol altına almaktadır; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 124; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 76; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 54; Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, 35-36; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 528; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1256; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 87; Öztan, Aile Hukuku, 1123 vd.; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 66; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 169.

3. Yargıtay'ın Görüşü

Çocukların mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların ana ve baba tarafından tasarruf işlemine tabi tutulmaları konusunda, uygulamada daha çok taşınmazların üçüncü kişilere ilişkin satışlarıyla ilgili uyuşmazlıklar çıkmış ve Yüksek Mahkeme tarafından bu konuda içtihatlar geliştirilmiştir.

Yargıtay'ın konuya bakış açısı, doktrinadaki baskın görüşe uygun şekilde ana ve babanın çocukların mülkiyetinde bulunan taşınmazları hakim iznine gerek olmadan satabilecekleri yönündedir. Bu bağlamda Yargıtay, TMK'nın çocukların temsiline ilişkin 342. maddesi düzenlemesinin hakimden izin almaksızın çocuk mallarının satılabilmesine imkan tanıdığına,¹⁰⁵ 327 ve 356. maddelerdeki koşullar bulunmadığı takdirde hakimden izin almaya gerek olmadığına hükmetmektedir.¹⁰⁶

Öte yandan Yargıtay'ın aksi yönde verilmiş kararları da mevcuttur. Nitekim bir kararında, azınlıktaki görüşe de atıf yapılmak suretiyle hakimden izin alınmaksızın, çocuk mallarının mülkiyet hakkını etkileyen ortaklığın giderilmesi davası açılmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁷

Konuya ilişkin baskın görüş, hakimden izin alınmasını bir ön şart olarak değerlendirmese de, TMK'nın 363. maddesi gereği ana ve babanın ileride doğabilecek sorumluluktan kaçınmak adına hakimden izin isteyebileceğini savunmaktayken, Yargıtay ise bir kararında bu yöndeki talebi hukuki yarar yokluğundan reddetmiştir. Yargıtay, çocuk mallarının satılması için hakimden izin alınmasına gerek olmadığını, gerek bulunmayan bir işlem için izin alınması yönünde bir talebin ise hukuki yarardan yoksun olduğunu ileri sürerek bu yöndeki talebin reddi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.¹⁰⁸ Bu yönde kurulan hüküm, her ne kadar

¹⁰⁵ Y1.HD, 18.04.2019, E.2019/ 1073 K.2019 / 2827 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): “Somut olayda; davacı anne (...) akit tarihi itibarıyla küçük ...'nin velisi ve yasal tek temsilcisidir. Bu itibarla, davacı ...'nin (velinin) 4721 sayılı TMK. nun 342/3. maddesinde tanınan izin almaksızın tasarruf yetkisi bulunduğu gözetildiğinde, küçük ...'nin payının satışı geçerli olduğu gibi davacı ... bakımından da yazılı delil ibraz edilmemiş, karşı tarafa yemin teklifinde de bulunulmamıştır.”

¹⁰⁶ Y2.HD, 15.05.2010, E.2009/16485 K. 2010/5916 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): “Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/1-2. maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında çocuğun ana ve babası hâkimden izin almaksızın taşınır veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır (TMK md. 352). Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devreder (TMK md. 362)” Aynı yönde: Y2.HD, 24.5.2002, E.2002/5872 K.2002/6944 (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı).

¹⁰⁷ Y14.HD, 17/02/2014, E.2013/16771 K.2014/2013 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): “-TMK'nın 342. ve 352. maddeleri uyarınca velayet hakkına sahip anne-baba çocuğun taşınır malları hakkında kendilerine tanınan temsil ve yönetim yetkisi çerçevesinde hakimden izin almadan tasarrufi işlemler yapabilirler. Taşınmaz mallar hakkındaki tasarrufi işlemler ise önemi dolayısıyla TMK'nın 356. maddesinin 2. fıkrası gereği ancak hakimden izin alınmak suretiyle yapılabilir. (Prof. Dr. Şeref Ertaş, Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, Makale, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı 2007, Sayfa: 391-398)”

¹⁰⁸ Y2.HD, 02.11.2017, E.2016/19351 K.2017/12079 T. (Yargıtay Karar Arama Sitesi): “Buna göre, talep edenin velayeti altındaki çocuk için intikal eden taşınmazların satılmasında mahkemeden

çocuk mallarının satışı için hakim iznine gerek olmadığını savunan baskın görüşle netice itibarıyla uyuşsa da, izin alma hususunun tercihe bağlı ve sorumluluktan kurtarıcı etkisi olduğu yönündeki baskın görüşle çelişmektedir.¹⁰⁹

Öte yandan izin hususunun sorumluluktan kurtarıcı etkisi olduğunu belirten ve bu suretle talebin kabul edilmesinde bir sakınca görmeyen Yargıtay kararları da mevcuttur.¹¹⁰

Yargıtay, malik olan kişinin hem çocuk hem de kısıtlı olduğu somut duruma ilişkin bir kararında ise, vesayete ilişkin değil, velayete ilişkin hükümlerin somut olaya uygulanacağını ve TMK 356. maddeye göre izin hususunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerektiğini değerlendirmiştir.¹¹¹

Yargıtay'ın hakim iznini düzenleyen kanun hükmünü ana ve babanın tasarruf yetkisini sınırlayan ya da yasaklayan bir düzenleme olarak görmediği açıktır. Nite-

izin almasına gerek yoktur. Davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır. Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması dava şartıdır [HMK m. 114-(1)-(h)]. Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır [HMK m. 115-(1)]. Dava şartının noksanlığının tespiti halinde davanın usulden reddi gerekir [HMK m. 115-(2)]. Bu durumda, davacı velinin bu işlem için izin almasına gerek bulunmadığından, davanın reddine dair hüküm sonucu itibarıyla doğru olup, ret gerekçesinin açıklanan şekilde değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir."

¹⁰⁹ Benzer nitelikte bir başka Yargıtay içtihadı şu şekildedir: Y2.HD, 06/04/2016, E.2016/5977 K.2016/7028 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): "Çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitim için; hakkaniyete uyduğu ölçüde de aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarfedebilirler (TMK. md.355). Buna göre, talep edenin velayeti altındaki çocuk için motorlu araç alınmasında ya da çocuk adına kayıtlı aracın satılmasında mahkemeden izin almasına gerek yoktur. Davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır... Bu durumda, mahkemece kısıtlı adına kayıtlı aracın satılmasına izin verilmemesine dair karar doğru olmamakla birlikte, davacı velinin bu işlem için izin almasına gerek bulunmadığından, davanın reddine dair hüküm sonucu itibarıyla doğru olup ret gerekçesinin açıklanan şekilde değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir."

¹¹⁰ Y2.HD, 28.04.2010, E.2009/19741 K.2010/8423 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): "Mahkemece, karrarda yazılı olduğu gibi, satışın açık arttırmayla yapılmasına ve çocuk payına düşecek bedelin gösterilen banka şubesine yatırılmasına karar verilmiştir."

Çocuk mallarında velinin satış konusundaki tasarruf yetkisiyle ilgili olarak Türk Medeni Kanununun 342/3 ve 356/2'nci maddesi hükümlerini birlikte değerlendirmek gereklidir. Türk Medeni Kanununun 342/3 ve Türk Medeni Kanununun 462'nci maddesindeki vesayet kurumundan farklı olarak; velayeti üstlenen kişileri (veli) velayet altındaki küçüğün mallarını satarken hakim iznine tabi tutmamıştır. Türk Medeni Kanununun 356/2'nci maddesi ise, sadece küçüğün bakım, yetiştirme ve eğitimi için kullanma amacıyla satış izni istendiği takdirde hakim bu gereksinimlerle sınırlı olarak izin vereceğini düzenlemektedir. Türk Medeni Kanununun 356/2'nci maddesi hükmü, doğrudan bir izin hükmü olmayıp velinin sorumluluğunu düzenleyen bir hükümdür. Böylece veli izin alıp tasarruf işleminde bulunduğu takdirde, çocuk ergin hale geldiğinde çocuğun sorumluluk davasından kendisini korumuş olacak; izinsiz işlem yaptığı takdirde sorumluluk davasıyla karşılaşabilecektir."

¹¹¹ Y2.HD, 20.06.2005, E.2005/7288 K.2005/9459 (Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı): "Davacı, Türk Medeni Kanununun 356/2. maddesine dayanarak kısıtliya ait taşınmaz malı yine onun ihtiyaçlarını karşılamak için satışına izin verilmesine istemiştir. Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hakim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir. (TMK m.356/2) Davacının somut olaydaki amacı dikkate alınıp isteği değerlendirilip bu konuda olumlu olumsuz bir karar vermesine ihtiyaç bulunmaktadır." Aynı yönde: Y2.HD, 30.03.2011, E.2010/3711 K.2011/5583 (Yargıtay Karar Arama Sitesi).

kim, bu hususu dayanak alan ve tapu iptali ve tescilini konu alan bir davada velayet hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmiş, hakim izni alınmamış olmasının tescil işlemine bir etkisi olup olmadığı konusuna ise hiç girilmemiştir.¹¹²

Öte yandan Yargıtay'ın doğrudan TMK'nın 356 veya 327. maddesini konu almayan uyuşmazlıklarda verdiği kararlardan, çocuk mallarının yönetimine ilişkin özen göstermeme hali mevcut olmadıkça hakimnin herhangi bir müdahalede bulunamayacağı, müdahale anlamına gelebilecek herhangi bir karar veremeyeceği de ifade edilmiştir.¹¹³

Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin kararlarının yanı sıra, 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle Tapu Sicil Müdürlükleri ve Noterlikler bakımından da söz konusu düzenlemeler karışıklıklara yol açmış ve karışıklıkların giderilmesi için genelgeler yayınlanmıştır.

Konuya ilişkin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce yayınlanan 2002/7 sayılı genelgede; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinde velayet makamlarının iznine bağlı hususların hariç tutulduğu vurgulanmış, bu suretle çocuk mallarına ilişkin tasarrufi işlemlerde MK'nın 327 ve 356'ncı maddeleri ile 345'inci maddesindeki hükümler dışında hakim izni aranmayacağı belirtilmiştir. Ancak genelgenin devamında, kanunun 327 ve 356. maddeleri uyarınca çocuk mallarına ilişkin tasarrufi işlemlerde velayet hakkını kullananlarca yapılacak işlemin MK 327 ve 356'ncı maddelerindeki amaca ilişkin olmadığı beyan edilmiş ise, buna ilişkin beyanların yazılı olarak alınması gerektiği tespit edilmiştir.¹¹⁴

¹¹² Y1.HD, 10/11/2003, E.2003/11331 K.2003/12365 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı): "Ana-baba çocuğun mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için hak-kaniyete uyduğu ölçüde aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere sarf edebilirler. Yukarıda açıklanan Medeni Kanunun ilgili hükümleri göz önüne alındığında davalı annenin velayet görevini kötüye kullandığında söz etme olanağı yoktur. Nitekim mahkemece tapu iptal ve tescil istemi de sabit görülmeyle reddedilmiştir. Hal böyle olunca, bedele ilişkin istemin de reddine karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir."

¹¹³ Y2.HD, 16/05/2019 E.2019/158 K.2019/6208 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): "...Türk Medeni Kanunu'nun 360., 361. maddesi koşulları bulunmadıkça; başka bir ifade ile ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hakim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez, bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Tüm dosya kapsamından velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken annenin kanundan doğan yönetim hakkına müdahale niteliğinde yazılı şekilde tedbir kararı verilmesi doğru olmadığı gibi koşulları oluşmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği halde davanın kabulü ile çocuk mallarının kayyima devredilmesine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir."

Aynı yönde: Y2.HD, 05.11.2007, E.2007/14376 K.2007/15034 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): "Velayet hakkı bulunan tarafın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça hakim, çocuk mallarının yönetimi konusunda velinin yönetme hakkına müdahale edemeyeceği gibi bu sonucu doğuracak mahiyette bir kararda veremez."

Aynı yönde: Y2.HD, 14.04.2016, E.2016/4126 K.2016/7637 (Yargıtay Karar Arama Sitesi).

¹¹⁴ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 123; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 523 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 150.

Ancak aradan geçen uzun süreye rağmen, halen bu konuda uygulamada karışıklıklar yaşandığının açık bir göstergesi olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce 2014/4 sayılı bir genelge daha yayınlanmıştır. Yayınlanan bu genelgede; yapılacak işlemlerin Türk Medeni Kanunu'nun 327 ve 356'ncı maddelerindeki amaca ilişkin olup olmadığı hususunun, ancak ilgililer tarafından bilinebilecek bir durum olması nedeniyle, işlem anında bu durumun resmi senet üzerinde belirtilmesinin gerekli olduğu duyurulmuştur.

Araç devirleriyle ilgili yetkili olan noterliklerde de benzer karışıklıklar yaşanmış ve öncelikle Türkiye Noterler Birliği, noterlere öncelikle hakim tarafından ana ve babanın yetkili kılındığını gösterir belgenin aranması gerektiğini ve bu belgenin işlem müstenidatı olarak eklenmesi gerektiğini içeren bir yazı da göndermiştir.¹¹⁵

Bunun ardından, Türkiye Noterler Birliği tarafından tam aksi yönde olan 2003/29 sayılı genelge yayınlanmıştır. Söz konusu genelgede; veli tarafından çocuğun mallarının; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi amacıyla sarf edileceği hallerde hakimin izninin alınmasının öngörüldüğü, amacın başka olduğu durumda böyle bir izne gerek bulunmadığı belirtilmiş, amacın farklı olması halinde Tapu Sicil Müdürlükleri'nce bu hususa ilişkin veli beyanının yazılı olarak alındığı vurgulanmıştır. Buna göre benzer şekilde, istem halinde noterlerce böyle bir belge düzenlenmesine yasal bir engel bulunmadığı, bu takdirde işlemin beyanname şeklinde yapılmasının uygun olacağı belirlenmiştir.

Söz konusu genelgeler, kanunun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda çocuk mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf işlemlerinde bulunmaları anında hakim izni aranıp aranmadığı konusunda uygulama birliği olmadığını, bu karışıklığın genelgeler vasıtasıyla çözülmeye çalışıldığını ve genelgeler uyarınca da hakim izni gerekmeksizin tasarruf işlemleri yapılması yönünde uygulamanın geliştiğini göstermektedir. Buna göre noterler ve Tapu Sicil Müdürlükleri tarafından hakim izni olmaksızın tasarruf işlemleri yapılmakta, ancak işlem yapanların amacının TMK'nın 327 ve 356. maddelerde sayılı hususların dışına çıkması halinde bu konuya ilişkin yazılı beyanları alınmaktadır. Sonuç olarak uygulamada hakim izni aranmaksızın çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinin Tapu Sicil Müdürlükleri ve noterler tarafından yapıldığı rahatlıkla söylenebilmektedir.¹¹⁶

¹¹⁵ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 420; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 523.

¹¹⁶ Bu konuyu ispatlayan ve hakimden izin alınmaksızın çocuk malları üzerinde tasarruf işlemi yapıldığını gösteren bir Yargıtay içtihadı şu şekildedir: Y1.HD, 26/05/2009, E.2009/2480 K.2009/6034 (Yargıtay Karar Arama Sitesi): "*Dosya içeriğinden, toplanan delillerden, davacının davalı H. ve eşi A. tarafından evlat edinildiği, evlat edinenlerden A.Ç.'nin ölümü ile geriye mirasçı olarak davalılardan murisin eşi H. ile evlatlığı davacının kaldığı, davalılardan H.'nin miras bırakanlarından intikal eden dava konusu taşınmazlardaki miras paylarını kendisine asaleten ve davacıya velayeten diğer davalılar N. ve Ş.'a satış suretiyle temlik ettiği görülmektedir.*" Benzer nitelikte bir başka karar: Y2.HD, 19/04/2016, E.2016/1083 K.2016/7967 (Yargıtay Karar Arama Sitesi); Ayrıca bkz.: Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 122 - 124; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.

4. Görüşümüz

Çocukların taşınmaz malları bakımından ana ve babanın tasarruf işlemi yapabilmesi için evvela hakimden izin alması gerektiği görüşünü savunmaktayız. Görüşümüze göre, hakimden izin alınmaksızın ana ve babanın çocuğun mülkiyetinde bulunan mallar için tasarruf işlemi yapması mümkün değildir. Bu konuda, TMK'nın 327. ve 356. maddelerinin ana ve babanın çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayıcı nitelikte hükümler olduğunu, izin alınmaksızın yapılan tasarruf işlemlerinin askıda hükümsüz sayılması gerektiğini savunmaktayız.¹¹⁷

Bu görüşümüz için tarafımızca dayanak alınan hususlar aşağıda maddeler halinde sıralanmaktadır.

a. Karşıt Görüşün Pratikte Uygulanamaz Olması

TMK'nın 327. ve 356. maddelerinin, karşıt görüşü savunanların desteklediği şekilde yorumlanması halinde, tasarruf yetkisi sınırlanmamış durumda bulunan ana ve babanın tasarrufi işlemde bulunmasının ardından, yıllar geçtikten sonra çocuğun büyümesi, ana ve babasının kendisinin üzerindeki velayet haklarının sona ermesi ve kendi küçüklüğünde yapılan bu tasarrufi işlemi keşfetmesi, peşinden kendi ana ve babasına dava açması, açılan davada da yıllar öncesinde yapılan bu tasarrufi işlemin yapılmasının o dönemde aile için zorunluluk arz edip etmediğinin tespit edilmesi gerekecektir.

Böyle bir durumda, tasarrufi işlemin yapıldığı dönemdeki koşulların zorunluluk hali içerip içermediğinin tespit edilmesi istisnai durumlar dışında mümkün değildir. Nitekim böyle bir tespit yapılabilmesi için evvela çocuğun kendi küçüklüğünde ana ve babasının kendisinin mülkiyetinde olan bir mal üzerinde tasarrufi işlem yaptıklarını keşfetmesi gerekecektir.

Böyle bir ihtimalde, çocuğun ana ve babası, kanunun cevaz vermediği ve kendilerinin sorumluluklarının doğacağı bir işlemi yıllar önce yapmış olacaktlardır. Kanun gereği kendi sorumluluklarını doğuran bir hukuki işlemi, aradan yıllar geçtikten sonra durduk yere gündeme getirmeyecekleri açıktır. O halde, çocuklara ait taşınmaz mallara ilişkin ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlanmadığı ve ana ve babanın hakimden izin almaksızın çocukların taşınmaz mallarını tasarrufi işlemlere konu edebileceklerini savunan görüşün kabul edilmesi halinde, öncelikle hukuk düzeninin koruması gereken¹¹⁸ ve kendi malvar-

¹¹⁷ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyar, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

¹¹⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 3; Yazar bunun tabii hukukun bir sonucu olduğunu ve pozitif hukuka yansıdığını ifade etmektedir. Ancak yazara göre, Çocuk Haklarına

lığı değerlerini kaybetmiş olan çocuğun TMK'nın kendisini koruyan bu maddelerinde düzenlenen sorumluluk hükümlerine nasıl ve ne şekilde başvuracağı cevaba muhtaçtır.

Pratikte, çocuğun kendisi küçükken yapılan bu işlemleri öğrenme ve TMK'nın ana ve babasına sorumluluk yükleyen hükümlerine başvurabilme ihtimali neredeyse yoktur.

Yıllar önce ana ve babasının yaptığı tasarrufi işlemini çocuğun büyük bir şans eseri yıllar sonra keşfetmesi halinde ana ve babasına dava açması gerekecektir. Tarafımızca savunulan görüş, çocuğu henüz küçükken korumakta, sorumluluk doğuracak olan ve kanunun aradığı şartları taşımayan işlemi tasarruf yetkisini sınırlamak suretiyle daha baştan engellemektedir. Oysa karşıt görüşün kabulü, çocuğun kendisini koruyabilmek adına söz konusu tasarrufi işlem yapıldıktan yıllar sonra bu durumu keşfetmesi ve bunun üzerine kendi ana ve babasının sorumluluğuna başvurulabileceğini ileri sürmektedir. Çocuğun manevi ve biyolojik bağlılığından ötürü kendi ana ve babasına karşı dava açması çoğu zaman mümkün olamayacak,¹¹⁹ bu durumda, çocuğu koruması gereken hukuk düzeni¹²⁰ bu emeline ulaşamamış olacaktır.

Çocuğun sayılan iki hususu geride bırakarak bir şekilde kendi ana ve babasına dava açmış olması halinde ise; çoğu zaman uzun yıllar önce yapılmış olan tasarrufi işlemin gerçekleştiği tarih itibarıyla ailenin ekonomik durumunun ve zorunluluk halinin o dönemde mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Nitekim TMK'nın 356. maddesi; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi

Dair Sözleşme, tabii hukuktan doğmayan bir kısım çocuk haklarının da pozitif hukuk bünyesinde yürürlüğe girmesine yol açmış vaziyettedir; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 32 - 33; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 379; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 3; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, 69; Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, 61 - 62; Elçin, Çocuğun Menfaati, 1 - 5; Erdoğan, Çocuk Hakları, 371; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 391; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 2 - 127; Serozan, Çocuk Hukuku, 4-5; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 39 - 41; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 14 ve 49; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128; Yıldırım, "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları", 250; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 11.

¹¹⁹ Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 83: Yazar, mahkemenin durumdan haberdar olması için evvela dava açılmış olması gerektiğini belirtmekte ve dava açılmaması halinde çocuğun korunamayacak olmasını dile getirerek mevcut uygulamayı eleştirmektedir.

¹²⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 55 - 56; Artan fakirlik ve özellikle dünya savaşlarının yarattığı ortam, ailelerin kendi çocuklarını korumak ve yetiştirmekte yetersiz kalmalarına yol açmış ve çocukları korumak devletin bir yükümlülüğü haline gelmiştir; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Haddeleri", 203; Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Elçin, Çocuğun Menfaati, 1; Erdoğan, Çocuk Hakları, 196; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 123; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 39 ve 41; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 14 ve 49; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 135.

için zorunluluk varsa ana ve babanın çocuğun diğer mallarına başvurabileceğini düzenlemektedir. Benzer şekilde, TMK'nın 327. maddesi ise; ana ve babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi ya da olağan dışı herhangi bir sebebin var olması halinde çocuğun mallarının sarf edilebileceğini düzenlemektedir.

Bu durumda, çocuğun kendi küçüklüğünde kendi mülkiyetinde bulunan bir malvarlığı değerinin ana ve babası tarafından tasarrufi işleme konu edildiğini öğrenmesi ve bunun üzerine ana ve babasının sorumluluklarına başvurmak için onlara dava açmasının ardından; dava kapsamında TMK'nın 356. maddesinde aranan zorunluluk halinin veya TMK'nın 327. maddesinde aranan ana ve babanın yoksul olması veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi ya da olağan dışı herhangi bir sebebin var olması hallerinin tasarrufi işlemin yapıldığı tarihte var olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir.

Bu yönde bir tespit yapılması pratikte çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Nitekim, hiç kimse belli bir zaman diliminde ekonomik olarak zor durumda olduğunu gösteren delilleri yıllar sonra kendisine karşı kendi çocuğu tarafından bir dava açılması ihtimalini düşünerek saklamayacaktır. Tam tersi şekilde, çocuğun da kendi küçüklüğünde ailesinin ekonomik durumunun bahsedilen zorunluluk halinin kapsamına girip girmediğini tespit edebilmesi, bu mahiyette delillere erişebilmesi mümkün değildir. O halde, madde metinlerinin tasarruf yetkisini sınırlayıcı değil de, ana ve babanın sorumluluklarını doğurucu etkiye sahip olduğunun kabul edilmesi durumunda, pratikte TMK'nın 327. ve 356. maddeleri uygulamaz hale gelecek, çocuğu koruma gayesiyle bir kanuni düzenleme yapıldığı ortada olmasına rağmen söz konusu gayeye uygun bir netice vuku bulmayacaktır. Söz konusu düzenlemeler adeta uygulanamaz hale gelecektir.

b. Kanunun Sözü Gereği Tasarruf Yetkisinin Sınırlandığının Kabul Edilmesinin Gerekliliği

Değindiği üzere, gerek TMK'nın 327. maddesinin ikinci fıkrasında, gerekse de TMK'nın 356. maddesinin ikinci fıkrasında, olağan ihtiyaçlar dışında; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk bulunduğu takdirde hakim mallar üzerinde tasarruf edebilmeleri adına ana ve babaya yetki vereceği veya hakimden izin alınacağı düzenlenmektedir.

Çocuklara ait taşınmaz mallara ilişkin ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlanmadığı ve ana ve babanın hakimden izin almaksızın çocukların taşınmaz mallarını tasarruf işlemlerine konu edebileceklerini savunan görüş, söz konusu bu iki madde düzenlemesinde yer alan hakim izni veya hakim yetkisine ilişkin düzenlemelerin tasarruf yetkisini sınırlandırıcı bir etkisi olmadığı sonucunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, ana ve baba çocuğun mülkiyetindeki taşınmaz

mallar bakımından hakimın iznini almadan da tasarruf işleminde bulunabilirler.¹²¹ Hakim izni veya hakimden yetki alınarak söz konusu işlemlerin yapılması, ana ve babanın ileride çocuğa karşı sorumluluğunun doğmasını engellemek adına tercihe bağlı bir müessesedir.

Kanımızca düzenlemelerin bu şekilde yorumlanması, kendi içerisinde çelişki yaratabilecek nitelikte olup, kanun koyucunun amacına da uygun değildir. Nitekim, bu görüşün kabulü durumunda, evvela zorunluluk halini kimin nasıl ve ne şekilde tespit edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.¹²²

TMK'nın 327. maddesinde; çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından karşılanacağı düzenlenmekte ve ikinci fıkrada ana ve babanın yoksul olmaları, çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirmesi ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde hâkimin izniyle çocuğun mallarının sarf edilebileceğini düzenlemektedir.

Bu durumda, madde metninin lafzından olağan durumlarda ve madde metninin içerisinde sayılan haller dışındaki durumlarda çocuk mallarının sarf edilemeyeceğini, zorunluluk hali var ise bunun ancak hakim izni alınmak suretiyle mümkün olduğu rahatlıkla anlaşılmaktadır.

Hakim izninin tasarruf yetkisini sınırlayıcı bir etkisi olmadığını savunan görüşe itibar edildiği takdirde ise, madde metninin bu şekildeki düzenlemesine rağmen ana ve babanın çocuk malları üzerinde tasarrufi işlem yapabilecekleri, bu işlemler yapılırken kanunun aradığı şartlar bulunmamasına rağmen tasarrufi işlemlerin yapılması halinde ise ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluğunun doğacağı kabul edilecektir.¹²³

¹²¹ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 81; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Karşılıkla yükümlüdür; Altunkaya, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

¹²² Bu konudaki açıklamalarımıza bir önceki maddede değinmiştik.

¹²³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295; Ana ve babanın sorumluluğunun doğması, hakimden izin alınması halinde mümkün değildir. Hakimden izin alınmamışsa ve ana ile baba iyiniyetliyse sadece taşınmazın sarfi neticesinde alınan karşılığı çocuğa vermekle yükümlüdürler. Ana ve baba kötü niyetliyse, çocuğun tüm zararını karşılamakla yükümlüdür; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 ve 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, Aile Hukuku, 1159 ve 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

Bu durumda, hakimın izin verebilmesi için ön şart olarak düzenlenen zorunluluk halinin madde metninde düzenlenmiş olması tamamen anlamsız hale gelecektir. Kanunun amacı ana ve baba hakim iznine gerek olmaksızın çocuk malları üzerinde tasarrufi işlemde bulunabileceğini düzenlemekse, o halde kanun hükmünün söz konusu tasarrufi işlemin çocuğun ihtiyaçlarının gerektirmesi koşuluyla yapılabileceğine ilişkin bir ifadeyle düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, kanunun amacı, ana ve babayı çocuğa karşı sorumlu tutmaksa ve söz konusu bu hüküm tasarruf yetkisini sınırlayan bir hüküm değil de sorumluluk doğurucu bir hüküm ise; o halde kanunun mevcut lafızla düzenlenmesi tamamen gereksizdir.

Kanun koyucunun amacı söz konusu karşıt görüşü destekleyenlerin ifade ettiği şekilde olsa idi; kanun, ana ve babanın madde metninin içerisinde sayılan haller dışındaki durumlarda tasarrufi işlem yapmaları halinde ana ve babanın sorumluluklarının doğacağını ifade ederek düzenlenebilirdi. Kanuni düzenlemede ise bu yönde bir lafız tercih edilmemiş durumdadır. Öte yandan, sorumluluk doğurucu bir etkinin amaçlandığı kabul edildiği takdirde, madde metninin içerisinde belirlenen zorunluluk halinin özellikle belirtilmesinin herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Kanun koyucu zorunluluk ihtiva eden bazı durumları madde metni içerisinde saymış ve bu durumlar meydana geldiği takdirde hakimın izin verebileceğini düzenlemiştir. Benzer husus TMK'nın 356. maddesinin ikinci fıkrasında da mevcuttur. İzin verilmesi halinde hukuki işlemin yapılabileceğinin açık bir lafızla belirlenmiş olması karşısında, izin verilmeden evvel söz konusu işlemin yapılabilmesi için gerekli yetkinin ana ve babada bulunmadığı anlamı rahatlıkla çıkmaktadır.

Söz konusu iki madde hükmünün de açık bir şekilde izin veya yetki verilmeksizin söz konusu işlemlerin pratikte yapılamamasını amaçladığı açıktır. Bu amaç, bizzat madde metinlerinin lafzi yorumundan çıkmaktadır. Kanun koyucu, birtakım işlemlerin yapılabilmesinin hakim iznine veya hakim tarafından verilecek yetkiye bağlamıştır. Bu düzenlemelerin mefhum-u muhalifinden, söz konusu izin veya yetki verilmediği takdirde işlemin yapılmasının yasaklandığı veya sınırlandırıldığı sonucu rahatlıkla çıkmaktadır. Nitekim aksine bir amaç güdülmüş olsa idi; ana ve babanın hakimden izin alması halinde sorumluluklarının kalkacağına yönelik bir lafız kullanılmak suretiyle düzenlemelerin tasarruf yetkisiyle alakası olmadığı ve sorumluluk doğurucu etkiye sahip olduğu anlamı madde metinlerine katılabilirdi.

Ancak tercih edilen lafız, açıkça tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını göstermekte ve kanun koyucunun izin veya yetki kavramlarını özellikle kullandığını ortaya koymaktadır.

TMK'nın 327. maddesinde hakimın izin vermesinden bahsedilmiş, aynı amaca hizmet eden TMK'nın 356. maddesinde ise hakimın söz konusu işlemler için yetki verebileceğinden bahsedilmiştir. Hakimın bir kişiye yetki vermesi hali, kişinin kendisinde bu hukuki işlemi yerine getirebilmek için evleviyetle yetkisiz

olduğu hallerde söz konusu olabilir. Bir kanun hükmünde, hakimın bir hukuki işlemi yerine getirebilmek için hukuki işlemi gerçekleştirmek isteyen kişiye yetki verebileceğinden bahsedilmesi, o kişide söz konusu yetkinin hali hazırda mevcut olmadığını açıkça göstermektedir.

Kişi, halihazırda zaten o işlemi yapmaya hukuken yetkili ise ancak işlemi kötüniyetle gerçekleştirmesi halinde sorumluluğu doğacak ise, böyle bir durumda hakimın bu işlemi yapabilmesi adına kişiye yetki verebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmesi kabul edilemez. Böyle bir ihtimalde, kanuni düzenlemenin hakimın yetki verip veremeyeceğinden bahsetmesi açıkça tasarruf yetkisine ilişkindir. Aksinin kabulü halinde, TMK'nın 327. maddesinde olduğu gibi, TMK'nın 356. maddesinde de kanun koyucu tarafından ana ve babanın ileride sorumluluğu doğmaması adına mevcut durumunun tespitini talep edebileceği şeklinde bir düzenleme getirilebilirdi. Düzenlemenin bu yönde olmayıp, işlemin gerçekleştirilebilmesi için yetki verilebileceğinden bahsetmesi, açıkça kanuni düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırlandırdığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan aksinin kabulü, yani kanuni düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırlandırmadığı, sadece düzenlemeye aykırı davranışların sorumluluklarını doğuracağı yönündeki bir yorum,¹²⁴ kanunun farklı müesseselerine ilişkin farklı düzenlemelerinde de benzeri bir yorum yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Örneğin, TMK'nın 194. maddesinin birinci fıkrasında eşlerden birinin, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini, aile konutunu devredemeyeceğini veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağını düzenlenmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gerekli rızayı sağlayamayan eşin hakimın müdahalesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Çocuk mallarının ana ve baba tarafından tasarruf işlemine tabi tutulmasında hakim izni veya hakim tarafından verilecek olan yetkinin sadece sorumluluk doğurucu bir etkiye sahip olduğunu savunan görüşün, aile konutu bakımından da benzer bir lafızla düzenlenen kanun maddelerini aynı şekilde yorumlaması gerekmektedir.

¹²⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Konuya ilişkin yazarın yorumu, hakimden izin alınmaması ön şartına dayalı olarak, ana ve babanın kötü niyetli olması halinde çocuğun tüm zararından sorumlu olunacağına, ana ve babanın iyi niyetli olması halinde ise tasarruf işlemi karşısında alınan ikame değerini verilmesinden sorumlu olunacağına ilişkindir; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 368; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524 - 525: Yazara göre TMK'nın 363. Maddesinin varlığı dahi bu durumu teyit etmekte olup, ana ve baba sadece satış sonrası elde ettikleri karşılığı vermekle sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle, yazar satış işleminin yapılamaması yönündeki yorumları reddetmekte, tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığını ve satışın yapılabileceğini, ana ve babanın satış sonrasında elde ettikleri karşılığı vermekle yükümlü olduğunu, söz konusu satışın kanuni düzenlemelere aykırı amaçlarla yapılması halinde sorumluluğun doğacağını, ancak sorumluluğun doğmayacağını garanti altına almak adına ana ve babanın hakimın iznini alabileceğini ileri sürmektedir; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 ve 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

Oysa, aile konutu söz konusu olduğunda, eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan kira sözleşmelerine ilişkin yapacakları fesih işlemi veya aile konutunun devrine yönelik işlemlerin geçersiz kabul edileceği, dolayısıyla bu konu bakımından tasarruf yetkisini sınırlayan bir düzenlemenin mevcut olduğu doktrinde savunulmaktadır.¹²⁵

Diğer bir deyişle, bu yönde işlemler yapıldığında, kanuni düzenlemeye aykırı davranan eşin diğer eşe karşı sorumluluğunun doğacağı kabul edilmemekte, doğrudan işlemin geçersiz olduğu kabul edilmektedir.¹²⁶ Oysa çocuk mallarına ilişkin tasarruf yetkisinin sınırlanmadığını, işlemin geçersiz olmadığını ve kanuni düzenlemeye aykırı yönde yapılan işlemlerin sadece çocuğa karşı sorumluluk doğurduğu kabul edilirse, bu durumda aynı şekilde aile konutuna ilişkin hükümlere aykırı şekilde yapılan işlemlerin de tasarruf yetkisinin sınırlanmadığını, işlemin geçersiz olmadığını ve kanuni düzenlemeye aykırı yönde yapılan işlemlerin sadece diğer eşe karşı sorumluluk doğurduğunu kabul etmek gerekecektir.

Oysa aile konutunun birtakım hukuki işlemlere konu edilemeyeceğine ilişkin TMK'nın 194. maddesinin lafzı ile, çocuk malları üzerinde tasarruf edilemeyeceğine yönelik maddelerin lafızları arasında kanaatimize göre bir farklılık bu-

¹²⁵ Adem Baştürk, "Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi", Legal Hukuk Dergisi 5, S.53, (2007): 1542; Davut Gürses, "Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu", Bankacılar Dergisi 29, S.106, (2018): 74; Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 89; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 178-179; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 61 vd.; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 225-226; Murat Doğan, "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD 6, S.1-4, (2002): 291-292; Mustafa Alper Gümüş, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 50; Nami Barlas, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Makalelerim C.1, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 221 vd.; Ömer Bağcı, "Aile Konutu Üzerinde Tasarruf", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, S.2, (2007): 171; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004), 80 - 81; Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", 288; Sezer, Çabri, "Aile Konutu Şerhi", Prof. Dr. Ergun Çetingil ve Prof. Dr. Reyagan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (İstanbul, 2007), 406-407; Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 364; Yazar, aile konutuna ilişkin düzenlemenin mutlak tasarruf yasağı niteliğinde olduğunu, ancak kanundaki atipik düzenleme nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımının değil, askıda hükümsüzlük yaptırımının öngörüldüğünü belirtmektedir; Görüşlere ilişkin açıklamalar açısından bkz.: Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu: Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 46 vd.; Saatçioğlu, Aile Konutu ve Şerhi, 163 vd.

¹²⁶ Bu durum, aile konutunun hukuki niteliğine ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin aynı olup, görüşlerin dayanakları ve kısmen sonuçları farklı da olsa, hiç birisinde aile konutu düzenlemesine aykırı olarak yapılan hukuki işlemin geçersizliği yerine oluşan zararın maddi olarak giderilmesinden ibaret sorumluluk doğurucu bir etki doğacağı ileri sürülmektedir; Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu: Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 46 - 51; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, 81; Doğan, "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", 16; Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 92 - 93; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 60; Saatçioğlu, Aile Konutu ve Şerhi, 164 vd.; Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", 288; Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 361 - 364.

lanmamaktadır. İki müessese ve düzenleme arasındaki tek fark, hangi konutların aile konutu niteliğinde olacağına ilişkin somut bir ölçüt bulunmaması nedeniyle, aile konutunun tapu kütüğüne şerh edilebilir olması noktasındadır. Tapu kütüğüne konutun bu niteliğinin şerh edilmesi halinde tasarruf işleminin yapılamayacağı noktasında bir duraksama bulunmamaktadır.

Aile konutuna yönelik düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırladığı yönünde doktrinde yer alan görüşün yanı sıra,¹²⁷ düzenlemenin niteliğini tasarruf yetkisinden bağımsız şekilde ele alan başka görüşler de mevcuttur.¹²⁸ Kanaatimize göre, aile konutuna ilişkin düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırladığı açık olup,

¹²⁷ Şerh düzenlemesinin aslında gereksiz olduğunu ve aile konutu düzenlemesi amacından saptığına yönelik eleştiriler için bkz.: Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", 280; Bulut, Aile Konutu ve Aile Mahkemelerinin Yargılama Usulü, 105; Ayrıca söz konusu görüş sadece doktrinde savunulmamakta, Yargıtay içtihatlarında da görülebildiği üzere aile konutu olan bir konuta ilişkin yapılan satış işlemine karşı açılan tapu iptali ve tescilli davaları kabul edilmektedir. Bu durum, Yüksek Mahkemenin görüşünün de doğrudan mülkiyetin tescilinin iptal edilmesi yönünde olduğunu ortaya koymakta, sorumluluk doğurucu etki yerine doğrudan hakkın özüne ilişkin tescile yönelik kararlar verildiğini göstermektedir. Benzer durum çocuk malları için de geçerli olup, tasarruf yetkisinin kısıtlandığı kabul edilmeli, buna rağmen bir şekilde malların devredilmesi halinde işlemin askıda hükümsüz olacağına kabul edilmesi gerekmektedir; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 199 vd.: Yazara göre aile konutuna ilişkin düzenlemeler, iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve tapu siciline güven ilkelerine aykırı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanmamalıdır. Nitekim, aile konutunun tapu siciline şerh edilebilmesi de doğrudan iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ve tapu siciline güven ilkelerinin korunması amaçlanarak getirilen bir düzenlemedir. Bu görüşe göre, şerh edilmemiş bir aile konutunun varlığı halinde, iyiniyetli bir üçüncü kişiye diğer eşin rızası olmaksızın devredilmiş bir aile konutuna karşı, devralanın iyi niyeti korunacak, yapılan hukuki işlem geçerli kabul edilecektir. Bu durumda devir işlemi yapan tarafın diğer eşe karşı sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır. Bu görüş, makale kapsamında savunduğumuz görüşün aksi yönünde olsa da, hem savunduğumuz doğrultuda hem de aksi doğrultuda kararlar bulunmakta olup, konu doktrinde tartışmalıdır. Nitekim yazarın kitabında da sorumluluk doğurucu bir etkiye değil, yapılan işlemin geçersiz olacağına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2015 tarihli 2013/2-2056 E. 2015/1201 K. sayılı kararı ve 15.05.2015 tarihli 2013/2306 E. 2015/1356 K. sayılı karar örnek olarak verilmiştir. Konuya ilişkin emsal niteliğinde bir karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 03.05.2005 tarih ve 2005/2547 E. 2005/7234 sayılı kararıdır. (Yargıtay Karar Arama Sitesi).

¹²⁸ Aile konutuna ilişkin düzenlemelerin fiil ehliyetini sınırladığına, sözleşme özgürlüğüne kanuni bir sınırlama getirdiğine, bir nevi katılma hakkı niteliğinde olduğuna yönelik farklı görüşler mevcuttur. Söz konusu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz.: Acar, Aile Hukukumuzda Aile Konutu: Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 48-49; Ahmet Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 5; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, 73 vd.; Can Yalçın Armutçuoğlu, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", MÜHFHAD 17, S.1-2, (2011) 425-426; Emel Badur, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin Ortadan Kalkan Etkisi", THD 10, S.110, (2015): 22; Fatma Türkan Kamış, Aile Konutu, (Konya: Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 41; Öztan, Aile Hukuku, 317 - 319; Saatçioğlu, Aile Konutu ve Şerhi, 163 vd.; Sendi Yakuppur, Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, BÜHFD 11, S.145-146, (2016): 779-780; Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", 281 - 282; Yazar, aile konutu düzenlemesinin fiil ehliyetini sınırladığını ileri sürmekte, nisbi şekilde tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını kabul edilmesi halinde ise askıda hükümsüzlük halinin gündeme geleceğini ve bu durumda iyi niyetli devralanın korunabileceğini belirtmektedir; Süleyman, Yalman, "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Hukuki Sorumluluğu", SÜHFD 12, S.3-4, (2004): 16; Şükran Şıpka, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 39.

çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemlerinde ise mevcut kanuni düzenlemelerin tasarruf yetkisine ilişkin olmadığı savunulması kanunun bütünlüğü açısından kendi içerisinde çelişki içermektedir.

Benzer şekilde, Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde, eşlerden birinin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme konusunda da doktrinde fikir birliği mevcut olup, düzenlemeye aykırı şekilde eş rızası alınmaksızın kefalet sözleşmesi yapılmasının geçersiz olduğu kabul edilmektedir.¹²⁹

Diğer bir deyişle, eş rızası alınmaksızın kefalet verilmesi halinde kefaletin geçerli olduğu, ancak rızası alınmayan eşe karşı kefalet veren eşin sorumluluğunun doğacağı yönünde bir görüş mevcut değildir. Madde metninin doğrudan kefalet işleminin geçersiz olduğu şeklinde yorumlanması karşısında, benzer lafızla düzenlenen çocuk mallarına ilişkin düzenlemenin tam tersi şekilde yorumlanması kabul edilemez niteliktedir. Bu bağlamda, çocuk mallarına ilişkin düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırladığı veya işlemi geçersiz kılacağı kabul edilmeyip, hukuki işlemin geçerli kılınması suretiyle işlemi yapanın sorumluluğunun doğacağına yönelik yapılan yorumun hatalı olduğu açıkça görülmektedir.

Aile konutu veya kefalette eş rızası ile ilgili hükümler yorumlanırken, hukuki işlemin ayakta kalacağına ve kanuni düzenlemeye aykırı şekilde yapılan hukuki işlemlerin sorumluluk doğurucu etkiye sahip olacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır.¹³⁰ Ancak benzer lafızla düzenlenmiş olan çocuk mallarına ilişkin düzenlemede ise tam tersi şekilde düzenlemenin sadece sorumluluk doğurucu etkisi olduğunun ileri sürülmesi ve tasarruf yetkisinin sınırlanmadığının veya hukuki işlemin geçerliliğinin etkilenmediğinin ileri sürülmesi çelişki yaratmaktadır.

Bu bağlamda; çocuk mallarına ilişkin ana ve babanın yaptığı tasarruf işlemlerinde, ana ve babanın hakim izni almaksızın veya hakimden yetki almaksızın bu

¹²⁹ Burak Özen, Kefalet Sözleşmesi, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 174; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 214; İsmail Kırcı, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 438; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı, 22; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 305; Seda Çevik Öktem, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi 8, S.2, (2012): 119; Şıpka, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 150 vd.

¹³⁰ Örnek olarak verilebilecek Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 03.05.2005 tarihli, 2005/2547 Esas, 2005/7234 Karar sayılı kararında görüleceği üzere, (Yargıtay Karar Arama Sitesi) aile konutunun eş rızası olmaksızın devri halinde, rızası alınmayan eşin açacağı tapu iptali ve tescilli davasının kabulüne karar verilmektedir. Bu durum, aile konutu olan bir taşınmaz üzerinde tasarruf işleminde bulunulması halinde bu işleme ilişkin tescilin iptal edileceğini, yani tek başına işlem yapmaya çalışan eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmış olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda, kanun koyucunun amacının aile konutunu korumak olduğu ve bu amaç dahilinde TMK'da yer alan düzenlemeyle tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı göz önüne alındığında, aynı durumun çocuk mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf yetkisi bakımından da benzer olduğu rahatlıkla görülebilmektedir.

işlemleri gerçekleştirmesi halinde işlemin geçerli olacağı, ancak kanuni düzenlemeye aykırı şekilde davranan ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluklarının doğacağı kabul edilmesinin açık bir çelişki yarattığı ortadadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, kefaletle ilişkin düzenlemenin de tasarruf yetkisini sınırlamadığı, düzenlemeye aykırı davrananın rızası alınmayan eşe karşı sorumluluğunun doğacağı kabul edilmelidir. Ancak bu yönde bir kabul uygun olmayıp, kanaatimizce kefalet konusunda da çocuk mallarının ana ve baba tarafından tasarruf işlemine konu edilmesi konusunda da kanun koyucu benzer bir amacı gütmektedir.

Hem TMK'nın 194. maddesi, hem de TBK'nın 584. maddesi eşleri birbirlerine karşı koruma gayesi gütmektedir.¹³¹ Türk Medeni Kanunu ise, çocukların korunması konusunda oldukça titiz ve hassas düzenlemelere sahip olup,¹³² eşler bakımından tasarruf yetkisinin sınırlandırılmışı düzenleyen bir hukuk düzeninin çocuklar bakımından farklı bir düzenleme içerdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.¹³³

Benzer bir yorumun TMK'nın 345. maddesinin incelenmesi suretiyle yapılması da mümkündür. İlgili madde; çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesini bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlı kılmaktadır.¹³⁴

Buna göre, karşıt görüşün kabul edilmesi halinde, çocuk ile ana ve babası arasında bir hukuki işlem yapılması halinde kayyımın katılması ve hakimin onay vermesi de işlemin geçerli olması için bir şart olarak kabul edilmeyecek, kayyım katılmasa veya hakim onay vermese de işlem geçerli kabul edilecek ve dürüstlük

¹³¹ Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 88; Serozan, "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım", 282.

¹³² Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 55 vd.; Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 73; Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, 61 - 62; Elçin, Çocuğun Menfaati, 5; Erdoğan, Çocuk Hakları, 196 - 251; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 391; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 2; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 39 ve 41; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 14 ve 49; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128.

¹³³ Sarı, Malvarlığı Haklarının Korunması, 55 vd.: Malvarlığının bir değer olarak korunması, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle de korunmakta olup, ilgili sözleşmenin ek protokolününün 1. maddesinde malvarlığının korunması ve malvarlığına saygı gösterilmesi prensip olarak benimsenmiş durumdadır.

¹³⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 293; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 124; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 76; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumülü, 54; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 365 - 366; Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, 199; Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükmüleri, 35-36; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 510 vd.: Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1256; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 87; Öztan, Aile Hukuku, 1123 vd.; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 66; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 169.

kuralına aykırı davranılmış ise ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluğunun doğduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Bu yöndeki bir kabulün ne kadar sakıncalı olduğu ve kanuni düzenlemenin amacına aykırı olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Kanunun amacı bu yönde olmayıp, ana ve babanın çocuk ile gireceği hukuki ilişkilerde çocuğun haklarını koruma gayesiyle kayyımın işleme katılması ve hakimın onayı şart kılınmıştır.

Doktrinde, 345. maddeyle düzenlenen müessesenin işlemin geçerliliğini düzenlemediğine, baba ile çocuk arasındaki sorumluluk ilişkisine yönelik bir düzenlemenin amaçlandığına yönelik herhangi bir görüş savunulmamıştır.¹³⁵ Dolayısıyla TMK'nın 345. maddesinde aranan koşulların işlemin geçerlilik şartları olduğunun kabul edilmesi, TMK'nın 327 ve 356. maddelerinde düzenlenen izin ve yetki şartlarının da aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

c. Kanunun Özü ve Çocuk Mallarına Gösterilen Hassasiyet

Türk Medeni Kanunu, özü itibarıyla çocuk mallarına ilişkin detaylı düzenlemeler getiren ve çocuk mallarına titizlikle yaklaşan bir kanundur.¹³⁶

Nitekim, kanunun bütününe bakıldığında birçok farklı madde kapsamında çocukların malvarlığı değerlerine karşı kanun koyucunun hassasiyetle yaklaştığı ve çocukların malvarlığı değerlerinin tehlikeye girmesi ihtimallerine karşı çocukların korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.¹³⁷

Nitekim soybağının hükümleri arasında TMK'nın 327. maddesinde düzenlenen çocukların bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına ilişkin hükmün, 356.

¹³⁵ Bir üst dipnotta yer alan yazarlardan da görüleceği üzere doktrinin tamamı, çocuk ile ana ve baba arasında gerçekleşen bir hukuki işleme ilişkin TMK'nın 345. maddesinin ileride ana ve babanın çocuğa karşı sorumlu olması adına düzenlendiğini değil, işlemin geçerliliğine ilişkin bir düzenleme olduğunu savunmaktadır; Ayrıca bkz.: Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 182-183.

¹³⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 291 vd.; Bakır Çetiner, Velayet Hukuku, 32 - 33; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 379; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulu, 3; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 69; Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, 61 - 62; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 4; Elçin, Çocuğun Menfaati, 1 - 5; Erdoğan, Çocuk Hakları, 371; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 391; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1; Öztan, Aile Hukuku, 866; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 2 - 127; Serozan, Çocuk Hukuku, 4-5; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 14 ve 49; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128; Yıldırım, "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları", 250; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 11.

¹³⁷ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 55 vd.; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 73; Elçin, Çocuğun Menfaati, 5; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 127; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 135; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 49.

maddede oldukça benzer bir düzenlemeyle tekrarlanması da kanun koyucunun çocukların mallarının harcanmasına karşı gösterdiği hassasiyeti ortaya koymaktadır. Öte yandan, çocukların korunduğu hükümler bunlarla sınırlı olmayıp; çocukların bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasının süresine ilişkin kanunun 328. maddesi hükmü, nafaka miktarının takdiri ve nafakaya ilişkin diğer düzenlemelerin yer aldığı 329 ile 334. maddeler arasındaki düzenlemeler, çocuğun üçüncü kişilere karşı temsil edilmesine ilişkin 342. madde hükmü, çocuğun bizzat kendi ana ve babasıyla hukuki ilişkide bulunması ihtimaline ilişkin 345. madde hükmü, çocuğun korunmasına ilişkin 346. ve devamındaki maddelerdeki düzenlemeler, çocuğun doğrudan malvarlığını konu alan 352 ile 356. maddeler arasındaki düzenlemeler, çocuğun serbest mallarını konu alan 357 ile 359. maddeler arasındaki düzenlemeler, çocuk mallarının korunması başlığı altında düzenlenen 360. ve 361. maddeler, çocuk mallarının yönetiminin sona ermesini konu alan 362. ve 363. maddeler örnek olarak gösterilebilmektedir.

Bütün bu düzenlemeler ve kanunun çocukların hak ve değerlerine gösterdiği önem, çocuk malları bakımından da kanun koyucunun hassas davrandığını ortaya koymaktadır. Nitekim TMK'nın 356. maddesi, mülga kanun döneminde bulunmayan bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye oldukça yakın olan 327. maddenin mülga kanunda 261. maddede karşılığı varken, yeni TMK'yla hem 261. maddenin karşılığı olan 327. madde düzenlenmiş, hem de bu düzenlemeye çok benzer bir 356. madde düzenlemesi daha kanunun içerisine yerleştirilmiştir. Her iki maddenin konusu da çocukların ihtiyaçlarına ve ihtiyaçlarının karşılanabilmesi adına çocuk mallarına başvurulup başvurulamayacağına ilişkin olup, mülga kanun döneminde tek bir maddeyle düzenlenen bu hususun, yeni TMK'yla iki farklı yerde iki ayrı madde olarak düzenlenmesi dahi kanun koyucunun bu konuya verdiği önemi göstermektedir.

Mülga kanun dönemindeki düzenlemelere nazaran çocuk haklarına daha fazla hassasiyet gösterildiğinin bir diğer göstergesi ise, mülga Medeni Kanun döneminde, ana ve babanın çocuk mallarıyla olan ilişkisi intifa hakkı kapsamında değerlendirilmekteyken,¹³⁸ yeni TMK ile ana ve babanın çocuk mallarından kullanma hakkına ve yararlanma hakkına kısmen sahip olmalarına ilişkin düzenlemelerdir.¹³⁹

¹³⁸ Akyüz, *Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, 295; Mülga kanun döneminde ana ve baba çocuk mallarının yönetiminde intifa hakkı sahibi gibi sorumlu iken, yeni Türk Medeni Kanunu'yla birlikte sorumlulukları vekilin sorumluluğuyla bir tutulmuştur; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 76; Çınar, "Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı", 1355 - 1356; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 392; Kılıçoğlu, *Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu*, 132; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 89; Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hakları*, 1242.

¹³⁹ Kanaatimizce çocuk mallarının gelirlerinin sarf edilebilmesi, kısmen de olsa ana ve babaya yararlanma hakkı vermektedir. Ancak doktrinde, yeni TMK'yla birlikte ana ve babaya sadece kullanma hakkı verildiği ileri sürülmektedir: Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hakları*, 1242.

Çocukların yeni TMK ile daha fazla korunmaya çalışıldığını gösteren bir diğer örnek ise; çocuğun ana ve babası yanında yaşadığı sürece kazancının ana ve babaya verileceğine ilişkin ilkenin, bu kazancın çocuğa ait olacağına ilişkin düzenlemeyle değiştirilmesidir.¹⁴⁰

Hiç şüphesiz, yeni TMK ile çocukların haklarına ilişkin daha kapsamlı düzenleme yapılmasının nedenlerinden bir tanesi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 14 Ekim 1990'da imzalanan ve 27 Ocak 1995'te Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 32. maddesinde yer alan düzenleme¹⁴¹ ile çocukların ekonomik sömürüye karşı korunması ilkesi kabul edilmiş ve çocukların kendi malları üzerinde kendilerinin hakim olması gerektiğine ilişkin hükümler yeni TMK'da yer almıştır.¹⁴² Bütün bu hususlar, yeni Türk Medeni Kanunu'yla çocukların kendi malları üzerinde hakim olmalarına yönelik bir anlayışın belirlendiğini göstermektedir.

Öte yandan sözleşmenin 3. maddesinde, çocuk yararının gözetilmesi ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu ilkeye göre çocuk ile ilgili tüm mevzuat ve uygulamaların çocuğun yüksek yararı ilkesine göre düzenlenmiş ve uygulanmış olması gerekmektedir.¹⁴³

¹⁴⁰ Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82.

¹⁴¹ İlgili düzenleme şu şekildedir: "*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığına veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler*".

¹⁴² Özellikle mülga kanun döneminde mevcut olmamasına rağmen yeni Türk Medeni Kanunu'yla velayet kaldırılmaksızın çocuk mallarının yönetimi için kayıym atanabileceğine ilişkin hükmün de yürürlüğe girmesi bu durumun açık göstergesidir: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 293; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82.

¹⁴³ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 81: Söz konusu kavram, çocuğun sübjektif isteklerine değil, objektif olarak yararlarına hitap etmektedir. Bu bağlamda, çocuğun yararı kavramıyla ifade edilen, henüz yeterli olgunluğa ulaşmayan çocuğun anlayış ve yaşından bağımsız şekilde, objektif olarak çocuğun yararına olan hususların tercih edilmesidir; Çocuğun üstün yararı kavramıyla ilgili ayrıca bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 55 vd.; Ayrıca bkz.: Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 379; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 3; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 69; Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, 61 - 62; Dural, Öğüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 4 vd.; Elçin, Çocuğun Menfaati, 1 - 5; Erdoğan, Çocuk Hakları, 371; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 391; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 4 vd.; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 82; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 2 - 127; Serozan, Çocuk Hukuku, 4-5; Ünver, Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları, 14 ve 49; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128; Yıldırım, "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları", 250; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 11; Feridun Yenisey, Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler. (İstanbul: Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık, 2017), 32-33; Yazar, TMK'nın 325, 337, 346 ve 349. maddelerinde çocuk yararının gözetilmesi ilkesinin ön görüldüğünü ileri sürmektedir; Aynı yönde bkz.: Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 32 - 33.

Kanaatimize göre, başta TMK'nın 327 ve 356. maddeleri olmak üzere, çocuk mallarını ele alan tüm düzenlemelerde çocuk yararının gözetilmesi ilkesinin izlerini görmek mümkündür. Ana ve babanın çocukların mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin tasarruf yetkilerinin sınırlandırılması da kanaatimize göre çocuk haklarının gözetilmesi ilkesinin sonucudur. Nitekim bu ilke göze alınarak madde metinlerinin yorumlanması halinde, hakim izninin sadece sorumluluk doğurucu bir etkiye sahip olmadığı, tasarruf yetkisini sınırlandırmak suretiyle baştan çocuk haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılacaktır.

Bütün bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde; kanunun çocuk mallarının korunabilmesi adına titiz davrandığı,¹⁴⁴ çocuk mallarının hakimiyetinin çocuklarda bırakılmasına gayret edildiği, çocuk mallarına ilişkin bir takım şartların yerine getirilmesi halinde dahi ana ve babanın çocuk mallarına ilişkin tasarruf işlemi yapabilmelerinin hakim iznine veya hakim tarafından verilecek yetkiye bağlandığı ve üstelik buna ilişkin benzer nitelikte iki hükmün kanun içerisinde iki farklı yerde düzenlendiği anlaşılmakta ve kanunun sözünün yanı sıra özüne bakıldığında da çocuk mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

d. Çocukların Serbest Mallarına İlişkin Düzenlemelerin Uygulanamaz Hale Gelmesi

Çocuk mallarının yönetimine ilişkin en belirgin düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun 352. maddesidir. İlgili maddede, velayet hakkı sahiplerinin bu hak devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip olduğu ve hatta çocuk mallarının yönetiminin velayet hakkı sahiplerine bir kanuni yükümlülük olarak yüklendiği görülmektedir. Yönetim yetkisinin kullanılması sebebiyle, velayet hakkı sahipleri herhangi bir şekilde hesap ve güvence vermez iken, velayet hakkı sahiplerinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde hakim müdahale edeceği düzenlenmiştir.¹⁴⁵

Söz konusu düzenlemenin istisnası yine kanunda belirlenmiş olup, kanunun 357 ile 359. maddeleri arasındaki çocukların serbest mallarına ilişkin düzenlemeler, malvarlığını yönetme hakkına dair 352. maddenin bir istisnası olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 40; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 73; Dede, Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, 61 - 62; Elçin, Çocuğun Menfaati, 5; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 123; Ayrıca çocuk mallarına ve genel olarak çocuk haklarına ilişkin tarihsel gelişimi anlayabilmek adına bkz.: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 3 vd.

¹⁴⁵ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 291 - 293; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 106.

¹⁴⁶ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 263; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 410 vd.: Yazarlar, serbest mallara ilişkin düzenlemeleri ana ve babanın kullanma hakkının dışında bırakılan mallar şeklinde yorumlamaktadır; Ayrıca bkz.: Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 70; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 74; Dural, Ögüz ve Gümüş, Aile Hukuku, 367; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 89; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1248; Serozan, Çocuk Hukuku, 267.

Her üç düzenlemenin ortak özelliği, üçünün de serbest mallar olarak nitelenen bu değerlerin kullanma, yararlanma ya da yönetme hakkıyla ilgili çocuklara yetki vermesidir. Diğer bir deyişle, çocukların serbest malları olarak ifade edilen düzenlemeler, çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkisine dair bir düzenleme getirmekte, söz konusu malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf dışındaki diğer yetkilerin çocuklarda bırakılması sebebiyle malları “serbest” olarak değerlendirmektedir.¹⁴⁷

Kanunun bu şekilde bir düzenleme yapması, çocuk malları üzerindeki kullanma ve yararlanma haklarının çocuk mallarına serbestlik sağlayacağını, yani çocukların bu hakları serbestçe kullanabileceklerini ifade etmek içindir.¹⁴⁸ Böyle bir durumda, çocuk malları üzerindeki tasarruf yetkisinin herhangi bir izne veya denetime tabi olmaksızın kullanılmak üzere halen velayet hakkı sahibi olan anne veya babada bırakılması, açıkça TMK’nın 357 ile 359. maddelerini uygulanamaz hale getirecektir.¹⁴⁹

Nitekim, çocuğun kullanmakta, yönetmekte veya yararlanmakta olduğu bir malvarlığı değeri üzerinde ana veya baba tarafından rahatlıkla tasarruf edilebilecek ve bu durumda çocuğun kullanma, yönetme veya yararlanma hakları elinden alınabilecektir.

Bu durum TMK’nın 356. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, çocuk malları üzerinde ana ve babanın tasarruf yetkisinin hakimın iznine tabi kılındığı anlaşılabilmektedir. Bu şekilde yapılacak olan bir değerlendirmeden çıkan sonuç; çocuğun bir kısım malları üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin velayet hakkı sahibi olan anne ve babada olduğunu, kanunun serbest olarak ifade ettiği çocuk mallarında ise kullanma ve yararlanma yetkilerinin çocuğa ait olduğunu ve bu ihtimalde tasarruf yetkisinin kural olarak halen anne ve babada bulunduğunu, anne ve babanın her neviden mal bakımından denetime veya izne tabi tutulmadan tasarrufta bulunabilmesi halinde ise çocuklar lehine getirilen “serbest mallara” ilişkin düzenlemenin uygulanamaz hale geleceği görülecektir.

¹⁴⁷ Aynı şekilde, ana ve babanın yönetim ve kullanma hakkının veya sadece birisinin dışında kalan malların serbest mallar olarak nitelendirileceği de doktrinde belirtilmiştir: Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 124; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.; Benzer şekilde: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 263; Serbest mallar düzenlemesiyle yönetme ve kullanma haklarının ana ve babaya bırakıldığına ilişkin: Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 74; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 151.

¹⁴⁸ Bu hakkın çocuğu hayata hazırlamak ve kendisine deneyim kazandırmak için düzenlendiği ileri sürülmektedir: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 263; Albayrak, “Çocuğun Serbest Malları”, 445; Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 125; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.; Aynı yönde: Çelik, “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, 81; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 151; Yazar, serbest mallara ilişkin düzenlemelerin yönetme ve kullanma yetkilerini çocuklara verdiğini belirtmektedir.

¹⁴⁹ Buna karşın, serbest mallar bakımından çocuğun tasarruf yetkisinin de çocuğa ait olduğu, serbest mallar dışında kalan mallar bakımından tasarruf yetkisinin ana ve babaya ait olduğu da doktrinde ileri sürülmüştür: Altunkaya, “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı”, 128; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 94; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 525 vd.

O halde TMK'nın 356. maddesinin amacının, çocuk malları üzerinde tasarruf yetkisinin hakim iznine tabi kılmak olduğunu söylemek mümkündür. Aksi takdirde kanun koyucunun çocuğun kullanımına ve yararlanmasına bıraktığı serbest mallar üzerinde ana ve baba serbestçe tasarrufta bulunarak çocuğun bu hakkına hanel getirebilecektir. Kanunun lafzı, tasarruf yetkisini halen anne ve babada bırakmakta, ancak kullanma ve yararlanma gibi yetkileri çocuklara vererek, tasarruf yetkisinin halen velayet hakkı sahiplerinde olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak bu yetkinin serbestçe kullanılması halinde, kullanma ve yararlanma haklarının çocuklara bırakılacağına ilişkin kanuni düzenleme uygulanamaz hale gelecektir. Kanunun yorumlanmasından çıkan bu gerçek, 356. maddenin açık düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde, tasarruf yetkisinin velayet hakkı sahibinde bırakılmasına rağmen, bu yetkinin hakim izni vasıtasıyla kullanılabilmesine yönelik düzenlemeyle tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu durumda incelenmesi gereken husus, tasarruf işleminde bulunma hususunun hakim iznine tabi kılınmasının sadece çocuğun serbest malları bakımından mı düzenlendiği, yoksa tüm çocuk malları bakımından mı düzenlendiği noktasındadır. Kanunun 356. maddesi, açıkça olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemelerin, tazminatların ve benzeri edimlerin çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilmesini; çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkimin ana ve babaya diğer mallara başvurabilmek adına izin verebileceğini düzenlemektedir.¹⁵⁰

Bu düzenleme, açıkça, olağan ihtiyaçların gerektirmesi halinde çocuk mallarından sadece sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin velayet hakkı sahiplerince sarf edilebileceğini, diğer tüm malvarlığının sarfının ise hakim iznine bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Maddenin lafzı, çocuğun serbest malları ile diğer mallarını birbirinden ayırmamakta, çocuğun malvarlığı içindeki sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimlerin ana ve baba tarafından olağan giderlerin karşılanması için harcanabileceğini, ancak diğer mallar bakımından hakim iznine ihtiyaç duyulduğunu ortaya koymaktadır.

Dolayısıyla çocuk mallarını tasarruf işlemine konu edilebilmesi bakımından sınıflandırırken; çocuk mallarının serbest olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi bir önem arz etmemekte, çocuk mallarını sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler ile diğer çocuk malları olarak ikiye ayırmak gerekmektedir. Sermaye biçimindeki ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler bakımından hakim iznine tabi tutulmaksızın ana ve babanın sarf işlemlerinde bulunabileceği açıktır.¹⁵¹

¹⁵⁰ Akyüz, Çocuk Hukuku, 254; Albayrak, "Çocuğun Serbest Malları", 452 - 453; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 203; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 60 ve 1255; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 149.

¹⁵¹ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 416 - 418; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.

Diğer mallar için ise hakimın izni gerekmektedir. Söz konusu izin, ana ve babanın tasarruf yetkisini sınırlayan bir düzenleme değilse, yani izin alınmaksızın da tasarrufi işlem yapılabilirse, bu durumda çocukların kullanımına ve yararlanmasına bırakılan serbest mallar üzerinde de ana ve baba tasarruf işleminde bulunabileceğinden, serbest mallara ilişkin düzenlemenin uygulamada bir anlamı kalmamakta ve kanunun çocuğun kullanımında ve yararlanımında kalmasını emrettiği malların da ana ve baba tarafından tasarruf işlemine konu edilebilecekleri sonucu çıkabilmektedir. O halde, çocukların bir kısım mallarının kanun tarafından serbest mal olarak ayrılmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu husus bile, hakim iznine ilişkin TMK'nın 327 ve 356. maddelerinde yer alan söz konusu düzenlemelerin aslında ana ve babanın tasarruf yetkisini sınırlayıcı nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır.

e. İkame Değerin Harcanmasının İzne Tabi Tutulması Gerektiği Görüşünün Pratikte Uygulanamaz Olması

Karşıt görüşü savunanlar, TMK'nın 342. maddesindeki düzenleme gereği velinin hukuki durumunun vasiden farklı şekilde düzenlendiğini, vasiyin vesayet altındaki kişinin mallarını satarken vesayet makamının iznini alması gerektiğini, ancak velayet bakımından vesayete ilişkin izne tabi hususların TMK'nın 342. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kapsam dışı bırakıldığını, bu sebeple velinin çocuk mallarını herhangi bir izne tabi olmaksızın devredebileceklerini, ancak devir işlemi karşısında alınan ikame değer harcanmasının ise hakim iznine tabi tutulduğunu ileri sürmektedirler.¹⁵²

TMK'nın 342. maddesinde, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayet söz konusu olduğunda da uygulanacağı belirtilmiş olup, bu düzenlemenin mevcudiyeti, çocuk mallarına ilişkin vesayet hukukundan tamamen farklı ve sadece çocuk mallarına uygulanacak özel hükümler düzenlenmiş olması sebebiyledir.

Buna göre, çocuk malları konusunda TMK'nın 327 ile 356. maddesi başta olmak üzere, doğrudan çocuk mallarını konu alan hükümler uygulama alanı bulacağından, kanun koyucu vesayete ilişkin izin müessesesinin velayet hakkında uygulanmayacağını düzenlemiştir. Ancak karşıt görüş tarafından bu durum, velayet ilişkisi söz konusu olduğu durumlarda kanun koyucunun hakimden izin alınmasına gerek duymadığı şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁵³ Kanun koyucunun böyle

¹⁵² Akyüz, *Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, 295: Yazara göre tasarruf işleminin ardından elde edilen ikame bedelin çocuğa iadesi gerekmekte olup ana ve babanın kötüniyetli olması halinde sadece ikame bedel değil, aynı zamanda çocuğun tüm zararının giderilmesi gerekecektir; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 124; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfi", 422; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 522 vd.; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Öztan, *Aile Hukuku*, 1159 ve 1166.

¹⁵³ Akyüz, *Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, 264 vd.; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113-114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanıl-

bir amaç gütmesi mümkün olmayıp, kanunun hem TMK'nın 327. maddesinde hem de ayrıca 356. maddesinde ayrı ayrı izin ve yetki müesseselerini düzenlemiş olması başlı başına velayete ilişkin durumlarda izin ve yetki için özel bir düzenleme getirildiğini ortaya koymaktadır.

Bu görüşün TMK'nın 342. maddesinin dışındaki diğer dayanağı ise TMK'nın 363. maddesidir. Söz konusu madde, ana ve babanın çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumlu olduklarını, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlü olduklarını, kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yapılan harcamalardan dolayı ana ve babanın tazminatla yükümlü tutulamayacağını düzenlemektedir.¹⁵⁴

Karşıt görüşü savunanlar, söz konusu bu düzenlemeye dayanarak, TMK'nın 327 ve 356. maddelerinin tasarruf yetkisini sınırlamadığını, 363. maddede yapılan devir işleminin dürüstlük kuralına göre sorumluluk doğurabileceğinin düzenlendiğini, dolayısıyla dürüstlük kuralına uygun ya da aykırı şekilde çocuk mallarının devredilebileceğini, bu nedenle hakim izni veya hakim yetki vermesi hususlarının tasarruf yetkisine ilişkin olmadığını, sadece yapılan tasarrufi işlemin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını tespiti noktasında ana ve babayı sorumluluktan kurtarıcı etkiye sahip olduğunu ileri sürmekte ve çocuk mallarının satılması için hakim izninin gerekli olmadığını TMK'nın 363. maddesinin ikinci fıkrasının teyit ettiğini savunmaktadırlar.¹⁵⁵

Katılmadığımız bu görüşe göre; çocuk mallarının başkasına devri konusunda hakim izni şart koşulmuş olsa idi, ana ve baba tarafından yapılan temlik işleminin dürüstlük kuralına uygun olduğu durumlarda sadece alınan karşılığın iade edileceğinin düzenlenmesi çelişki yaratacaktır. Öte yandan, yapılacak olan temlik

ması ve Sarfı", 421 - 422; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 69 ve 88-89; Çelik, "Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması", 80; Erdoğan, Çocuk Hakları, 251; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 522 vd.; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 143 ve 145; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 86 - 97; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1246; Öztan, Aile Hukuku, 1159 ve 1166; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 154; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 124; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 77.

¹⁵⁴ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295: Yazara göre, ana ve babanın kötüniyetli olması halinde sadece ikame bedel değil, çocuğun tüm zararı ana ve baba tarafından karşılanacaktır; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524 - 525; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 81.

¹⁵⁵ Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 113 - 114; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 524; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 144 ve 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113 - 114; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Zıyan, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 197.

işlemlerinin tamamının hakim iznine tabi kılınmış olması halinde, temlikin dürüstlük kuralına uygun yapıлып yapılmadığının bilahare kanunda düzenlenmesi de çelişki yaratmaktadır.¹⁵⁶

Kanaatimizce söz konusu hüküm, açık bir şekilde TMK'nın 327 ve 356. maddeleri uyarınca hakimden alınan izin veya yetkiye uygun şekilde tasarruf edilen malların karşılığında alınan ikame değerlerin akıbetini düzenlemektedir. Görüşümüz, ana ve babanın çocukların taşınmaz malları üzerinde tasarruf yetkileri olmadığını, hakimden alınan izin veya yetki ile bu mallar üzerinde tasarruf işlemi yapılabildiğini ileri sürmektedir. Pek tabi ki, hakimden izin veya yetki alındıktan sonra yapılan tasarruf işlemiyle elde edilen ikame değerlerin akıbeti bakımından da kanunun çocuğu koruma adına düzenleme yapmış olması akla yatkındır. Hakimden izin veya yetki alan ana ve babanın, söz konusu izni veya yetkiyi kötüye kullanıp kullanmadığı noktasında TMK'nın 363. maddesi ikinci bir koruma ön-görmektedir.

Örneğin, çocuğun özel okula gönderilmesi için çocuğun malvarlığında bulunan bir taşınmazın üçüncü bir kişiye satışı için hakimden yetki vermesi üzerine, ana ve baba tarafından söz konusu taşınmaz satıldıktan sonra, karşılığında alınan satış bedelinin hakimden izin veya yetki verme sebebine aykırı olarak kullanılmış ve harcanmış olması halinde, ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluğu doğacaktır. TMK'nın 363. maddesinin ikinci fıkrasında ise, verdiğimiz örnekteki gibi çocuğun veya ailenin önemli bir ihtiyacı için yapılan satış işleminin ardından, hakimden izin veya yetki verdiği sebebe uygun şekilde harcanan ikame değerden bakiye kalan miktarların çocuğa iadesinin söz konusu olacağı düzenlenmektedir.

Kanaatimizce, TMK'nın 363. maddesinin ikinci fıkrasının varlığı, hiçbir şekilde çocukların taşınmaz mallarına ilişkin ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığına ilişkin görüşümüzle ters düşmemektedir. Nitekim, devir anında aranan dürüstlük ölçütü, devrin hangi ihtiyacı karşılamak gayesiyle veya zorunluluk halini gidermek amacıyla yapıлып yapılmadığını tespitiye yöneliktir. Ana ve baba, bir zorunluluk halinin mevcudiyetini ya da olağan dışı bir ihtiyacın karşılanması gerekliliğini ispatlamak suretiyle hakimden izin veya yetki isteyecektir. Bu izin veya yetki verildikten sonra, ikame değerlerin izin veya yetki verilmesine ilişkin ana ve baba tarafından ileri sürülen ihtiyaçlara uygun şekilde harcanması halinde, ana ve babanın hakimden izni veya yetkiyi dürüstlük kuralına aykırı şekilde aldığını ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı şekilde tasarrufi işlem yaptıkları kabul edilecektir.

Bu kabul, hakimden izin veya yetki alınmasının yapılacak olan tasarrufi işlemi başlı başına dürüstlük kuralına uygun hale getirmeyeceğini ortaya koymak-

¹⁵⁶ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 122; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 113.

tadır. Buna göre, TMK'nın 363. maddesinde devirlerin dürüstlük kuralına uygun yapıp yapılmamasına farklı sonuçlar bağlanmış olması, tasarruf yetkisinin 327 veya 356. madde uyarınca sınırlanmadığını göstermemektedir. Tasarruf yetkisi söz konusu bu maddelerle sınırlanmış, tasarrufi işlem yapabilmek için hakim izni veya yetkisi alma şartı konulmuş, hakim izni veya yetkisi alınmış olsa dahi, tasarrufi işlem yapıldıktan sonra buna izin veya yetki alınırken ileri sürülen sebeplere aykırı şekilde ikame değer harcanması ihtimaline karşılık kanun tarafından ikinci bir koruma öngörülmüştür.

Bütün bu açıklamalarımız uyarınca, hakim izni veya yetkisi alınmaksızın tasarrufi işlemlerde bulunulması mümkün olmayıp, ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandığı, tasarruf yetkisinin sınırlanmış olmasına rağmen bir şekilde bu işlemin gerçekleşmiş olması halinde askıda hükümsüzlük sonucunun doğacağı kabul edilmelidir.¹⁵⁷

Buna göre, hakimden izin veya yetki alınmış olması halinde ana ve baba tasarrufi işlemde bulunabilecektir. Tasarrufi işlem yapıldıktan sonra, alınan ikame değer hakimden izin veya yetki alınması konusunda ileri sürülen sebeplere uygun şekilde harcanmış olması halinde, ana ve baba, çocuğa ikame değerden elinde kalanları iade edecektir.¹⁵⁸ Tasarrufi işlem yapıldıktan sonra elde edilen ikame değer hakimden izin veya yetki alınırken ileri sürülen sebeplere aykırı şekilde harcanmış olması halinde ise, ana ve baba çocuğa karşı malın bedelini, faizini ve çocuğun bu işlemde dolayı uğradığı diğer her türlü zararı ödemekle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla TMK'nın 363. maddesinin varlığı, ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığına ilişkin kabulümüze aykırılık içermemektedir.

f. Ana ve Babanın ile Çocuk Arasında Kan Bağı Bulunmasının Konuya Etkisinin Bulunmaması

Hakimden izin alınmaksızın çocukların taşınmaz mallarına ilişkin tasarrufi işlemde bulunulabileceğini ileri süren görüş; vasi ve vesayet altındaki kişinin arasında kan bağı bulunmaması ihtimalinin mevcut olduğunu, bu nedenle vesayet altındaki kişinin taşınmaz mallarının satışının TMK'nın 462. maddesi uyarınca denetim makamının iznine tabi tutulduğunu, ancak veli ve velayet altındaki ço-

¹⁵⁷ Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, 32; Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 396 - 397; Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, 357.

¹⁵⁸ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295 vd.: Yazar, malın iyi niyetle satılması ancak satış bedelinin düşük olması nedeniyle çocuğun zarar görmesi halinde ana ve babanın bu eksiklikten sorumlu tutulamayacağını belirtmekte ve sadece elde kalan kısmın çocuğa ödemesiyle sınırlı bir sorumluluğun mevcut olduğunu belirtmektedir. Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 140; Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 422; Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, 148; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 97; Reyhani Yüksel, Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, 105.

cuk arasında kan bağı bulunacağından böyle bir korunmaya ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmektedir.¹⁵⁹

Kanunun ise sırf aralarında kan bağı var diye ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişkiye daha farklı yaklaştığını söylemek mümkün değildir. Nitekim, TMK'nın 342. maddesiyle vesayet makamının iznine tabi hususlar dışında vesayete ilişkin hükümlerin velayete de uygulanacağı düzenlenmiş olsa da, çocuk malları bakımından izin ve yetki müesseselerini düzenleyen 327 ve 356. maddelerde özel hükümler düzenlenmiş ve kan bağına rağmen çocuk mallarının tasarrufu konusunda ana ve babanın da izin ve yetki alması gerektiği düzenlenmiştir.

Karşıt görüş, kanunun kan bağı bulunmadığı için vasilerin izin alması gerektiğini ileri sürmekteyken, veliler bakımından kan bağı bulunmasının izin müessesesine gerek duyulmamasının bir sebebi olduğunu ileri sürmektedir. Ancak, kan bağı, çocukların korunmasına ilişkin birçok düzenleme içeren TMK bakımından esas alınan bir kriter olmamıştır. Nitekim, çocuk ile doğrudan ana ve babası arasında yapılacak olan işlemler bile TMK'nın 345. maddesiyle özel bir korumaya tabi tutulmuş, çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlarına kılınmıştır.¹⁶⁰

Bu durum, açıkça kanunun kan bağı bulunmasına ayrı ve müspet yönde bir ayrıcalık tanımadığını, aralarında birinci derece kan hısımlığı bulunan ana ve baba ile çocuklar arasındaki hukuki işlemler bakımından bile kayyımın katılması ve hakim onayından ibaret özel bir koruma sağlandığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle, çocukların mülkiyetinde bulunan taşınmazlara ilişkin tasarrufi işlemlerde bulunulmasında hakim izni gerekmediğine ilişkin görüşün; çocuk ile ana babası arasında kan bağı bulunması sebebiyle kanunun bu yönde bir tercihte bulunduğu öne sürülerek savunulması mümkün değildir.

g. Tüm Taşınmaz Mallar İçin Ayrı Ayrı İzin Alınmasının Gerekmemesi

Kanuni düzenlemelerin ana ve babanın çocukların taşınmaz malları bakımından tasarruf yetkilerini sınırladığını ve taşınmaz mallar bakımından tasarruf

¹⁵⁹ Kılıçoğlu, Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, S.273-274; Ana ve baba ile çocuk arasındaki kan bağına ilişkin çocuğun korunması bakımından önemsiz olduğuna yönelik bkz.: Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 379; Bozer, "Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları", 202; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 146; Yetik, Nüfus Velayet Vesayet Nafaka, 128; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 75; Çocuğun kan bağı bulunan birinci derece yakınlarına karşı da korunması gerektiğine ilişkin bkz.: Çelik, "Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi", 41 vd.; Çocuğun ana ve babasının kötü niyetli davranmasının mümkün olduğunu düşünen bir başka yazar: Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 295.

¹⁶⁰ Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 293 - 294; Altunkaya, "Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı", 124; Baktır Çetiner, Velayet Hukuku, 76; Berki, Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü, 54; Gümüş, Türk Medeni Hukukunda Kayyım, 199 vd.; Karaca, Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, 35-36; Özdemir ve Ruhi, Çocuk Hakları, 1256; Özdemir, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması", 87; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, Velayet Hukuku, 66; Serozan, Çocuk Hukuku, 271; Usta, Çocuk Hakları ve Velayet, 184; Ziyen, Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili, 169.

işleminde bulunulabilmesi için hakim izni veya hakim tarafından yetki verilmesi gerektiğinin kabulü halinde, her işlem için ayrı ayrı izin alınması gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkabilecektir.¹⁶¹

Buna göre her taşınmaz bakımından veya her tasarrufi işlem bakımından ayrı ayrı hakimden izin alınmasının gerekliliği, ana ve babaya tanınan yönetim hakkına aykırılık teşkil edecektir.¹⁶²

Konuya ilişkin olarak, katıldığımız görüş, ana ve babanın ihtiyacın ve zorunluluk halinin içeriğine ve her somut olayın özelliğine göre tek seferde birden fazla taşınmaza veya birden fazla tasarruf işlemine ilişkin izin veya yetki alması mümkün kabul edilmelidir. Ayrıca, somut olayın özelliklerinin uygun düşmesi halinde, çocuk malları için genel nitelikte bir izin veya yetki verilmesi de mümkündür.¹⁶³

Söz konusu bu açıklamalarımız uyarınca ana ve babanın her taşınmaz mal için ayrı ayrı başvuruda bulunması ve hakimden izin istemesi her olayda gerekmeyecek, somut olayın özelliklerine göre ana ve baba genel bir izin veya birden fazla sayıda taşınmaz veya tasarruf işlemi için izin alınması mümkün olacaktır.

SONUÇ

Kabulümüze göre, kanun koyucu, TMK'nın 342. maddesiyle genel bir kural getirmiş ve çocukların üçüncü kişilere karşı ana ve baba tarafından temsil edilebileceklerini düzenlemiştir. Bu genel kuralın kapsamına, çocukların taşınır mallarına ilişkin üçüncü kişilerle hukuki işlemde bulunabilme yetkisi de girmektedir. Yine kabulümüze göre, TMK'nın 342. maddesiyle getirilen genel kurala karşı, TMK'nın 327 ve 356. maddeleriyle çocuk malları özelinde istisnalar belirlenmiştir. Her iki düzenleme birbirine oldukça benzemektedir.

Bu düzenlemeler, zorunluluk hali mevcutsa veya çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk hali mevcutsa hakimden izin alınması ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisi tanıyabileceğine ilişkindir. Çocuğun taşınmaz mallarının aksine taşınır mallarının belirli bir sicile kayıtlı olmaması ve taşınır mallar bakımından sarf etme işleminin taşınır malın fiilen devredilmesiyle sağlanabileceği göz önüne alındığında, çocuk malları için hakimden yetki tanınması veya hakimden izin alınması şartlarının pratikte bir uygulama alanı kalmadığı ortaya çıkmaktadır. Madde metinlerinde çocuğun "diğer malları" bakımından hakim izni veya hakimden yetki alınmasının düzenlendiği

¹⁶¹ Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421.

¹⁶² Baygın ve Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı", 421.

¹⁶³ Ertaş, "Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi", 397: Yazar, çocuğun sakatlığı nedeniyle çok masraflı özel bir eğitime gerek duyulması halinde hakimden çocuğun herhangi bir malını belirtmeden ana ve babaya birden fazla malı paraya çevirme yetkisi verebileceğini düzenlemektedir.

göz önüne alındığında, çocuk mallarından sadece taşınmaz mallar bakımından tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını, taşınır mallara ilişkin ise tasarruf yetkisinin sınırlanmadığını ileri sürmekteyiz.

Nitekim, malvarlığını yönetme hakkının kapsamına, olağan yönetim işleri kapsamında taşınır mallar üzerinde tasarrufi işlemde bulunma yetkisi girmekteyken, taşınmaz malların devri veya herhangi bir tasarrufi işleme tabi tutulması, hiçbir hukuki müessesede olağan yönetim işlerinin kapsamına giren bir hal olarak kabul edilmemiş ve her zaman daha ağır şartlara tabi tutulmuştur.

İleri sürdüğümüz bu görüşler uyarınca, çocukların taşınır mallarının tasarruf işlemlerine tabi tutulabilmesinin ana ve babanın olağan temsil ve yönetim hakkının kapsamı içerisinde kaldığını, taşınmaz mallar bakımından ise durumun farklı olduğunu kabul etmekteyiz.

Doktrindeki baskın görüş, taşınmaz malların tasarruf işlemlerine tabi tutulabilmesini de ana ve babanın temsil ve yönetim hakkının kapsamı içerisinde olduğunu ileri sürmekteyken, tarafımızca ileri sürülen görüş ise, taşınmaz malların tasarrufi işlemlere tabi tutulmasının hakim iznine veya hakimden yetki alınmasına bağlı olduğuna ilişkindir.

Savunduğumuz görüşü desteklerken dayanak aldığımız hususlardan ilki; karşıt görüşün pratikte uygulanamayacak kabuller içermesidir. Karşıt görüşe göre, ana ve babanın tasarruf yetkisi sınırlanmamış olup, sadece ana ve babanın kanuni düzenlemeye aykırı hareket etmesi halinde çocuğa karşı sorumluluklarının doğacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, ana ve babanın kanun gereği doğan sorumluluğunun gündeme getirilebilmesi ve çocuğun kendi haklarını savunabilmesi adına, evvela çocuğun yıllar sonra bu tasarruf işleminden haberdar olması gerekecektir.

Çocuk, kendi küçüklüğünde ana ve babasının yaptığı tasarrufi işlemi yıllar sonra öğrenemediği takdirde, çocuğun haklarının korunabilmesi mümkün olmayacak ve TMK'nın 327 ve 356. maddeleri çocuğu koruma amacına ulaşamamış olacaktır. Oysa TMK'nın bir bütün halinde çocuğu koruyan hükümler getirdiği ve çocuğu koruma konusuna titizlik gösterdiği açıktır.

Çocuğun yıllar sonra, ana ve babasının TMK'nın 327 ve 356. maddelerine aykırı şekilde kendi küçüklüğünde kendisine ait mallar üzerinde tasarrufi işlemlerde bulunduğunu öğrenmesinin ardından, yıllar önce olan bu işlem sebebiyle manevi duygular beslediği ana ve babasına karşı dava açması gerekecektir. Pratikte, bu durum, birçok somut olayda büyüyen ve velayet kapsamından çıkan çocukların bu davaları açmamlarına ve kanunun çocuğu koruma amacının gerçekleşmemesi sonucuna yol açacaktır. Oysa ileri sürdüğümüz görüş, ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını ve hakim izni veya hakimden yetki vermesi suretiyle tasarruf işleminin yapılabileceğini ele almakta ve çocuk haklarına daha baştan hanel gelmeden çocuğun korunabilmesini sağlamaktadır.

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, çocuğun bir şekilde ana ve babasına dava açmış olması halinde ise, yıllar önce gerçekleşen tasarrufi işlemin yapıldığı dönemde, bu işlemin gerçekleştirilmesi için herhangi bir zorunluluk halinin mevcut olup olmadığının, ana ve babanın yoksul olup olmadığının, çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirip gerektirmediğinin ya da olağan dışı herhangi bir sebebin var olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Yıllar önceki somut durumun tespiti de pratikte oldukça zor olup, ispat bakımından çoğu zaman maddi gerçeğe uygun sonuçlara ulaşılabilmesi mümkün olmayacaktır.

Karşıt görüşün kabul edilmesi halinde, görüldüğü üzere kanunun 327 ve 356. maddelerinin pratikte uygulanması ve çocuk yararını koruması oldukça güçleşecektir. Ancak çocukların taşınmaz malları bakımından ana ve babanın tasarruf yetkilerinin sınırlandırılması ileri süren görüşümüzün tek dayanağı bu değildir.

Kanaatimiz, kanunun lafzının da bizzat ana ve babanın tasarruf yetkisini sınırlandırma amacı güttüğüne ilişkindir. Nitekim, kanunun amacı ana ve babanın hakim iznine gerek olmaksızın çocuk malları üzerinde tasarrufi işleminde bulunabileceğini düzenlemek olsa idi, kanun hükmünün söz konusu tasarrufi işlemin çocuğun ihtiyaçlarının gerektirmesi koşuluyla yapılabileceğine ilişkin bir ifadeyle düzenlenmesi gerekirdi. Oysa kanun hükümleri, söz konusu işlemlerin ancak hakim yetki vermesi veya hakimden izin alınması koşuluyla yapılabileceğini açık bir şekilde düzenlemektedir. Bu bağlamda, mevcut kanuni düzenlemenin sorumluluk doğurucu etkiye sahip bir düzenleme olduğunun savunulmasını mümkün görmemekteyiz.

Kanuni düzenlemelerin işlemin gerçekleştirilebilmesi için yetki verilebileceğinden bahsetmesi, açıkça kanuni düzenlemenin tasarruf yetkisini sınırlandırdığını ortaya koymaktadır. Nitekim, kanun koyucu, tasarruf yetkisini sınırlayan benzer nitelikte hukuki müesseseler düzenlemiş ve aile konutu ile kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerde de benzer bir lafız tercih etmiştir.

Eğer çocukların taşınmaz mallarına ilişkin aranan izin veya yetki şartlarının, tasarruf yetkisini sınırlayıcı bir etkiye sahip olmadığı ileri sürülmeğe, o halde aile konutu veya kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin de aynı şekilde yorumlanması gerekmektedir. Ancak, bir konutun aile konutu olarak kabul edilmesi halinde, bu konuta ilişkin mülkiyet hakkını elinde bulunduran eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı doktrin tarafından kabul edilmektedir. Oysa, çocukların taşınmaz mallarında karşıt görüşün temel aldığı dayanakların doğru kabul edilmesi halinde, aile konutunun da kanundaki düzenlemeye aykırı şekilde devredilmesi halinde devreden eşin diğer eşe karşı sorumluluğunun doğacağı kabulü gerekmektedir. Ancak böylesine bir görüş doktrinde ileri sürülmemekte, aksine konutun devrine ilişkin tasarruf işleminin geçersiz olacağı belirtilmektedir. Benzer şekilde, eş rızası almadan kefalet veren eşin verdiği kefaletin de geçersiz olacağı

doktrinde fikir birliği içerisinde kabul edilmekte, eş rızası almadan yapılan kefalet işleminin diğer eşe karşı sorumluluk doğuracağı kabul edilmemektedir.

Görüldüğü üzere çocuk mallarına ilişkin hakimden izin veya yetki alınmasına ilişkin düzenlemelerin tasarruf yetkisini sınırlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği açıktır. Karşıt görüş, izin veya yetki alınmaksızın yapılan işlemleri geçerli saymakta ve bu şekilde yapılan işlemlerin çocuğa karşı sorumluk doğuracağını belirtmektedir. Ancak eşin rızasını almadan kefalet sözleşmesine taraf olan eşin durumunda tam tersi bir yorum yapılmakta ve işlem geçersiz sayılmaktadır. Benzer şekilde aile konutuna ilişkin uyuşmazlıklarda eş rızası alınmadan yapılan tasarrufi işlemler de geçersiz sayılmaktadır. Bu üç düzenlemenin de hem özü hem de sözü, aile birliği içerisindeki bireyleri korumayı amaçlamakta ve lafız olarak birbirine yakın olan bu üç düzenleme bakımından da kanunun aynı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Öte yandan bu yöndeki görüşümüzü TMK'nın 345. maddesi de desteklemektedir. Bu maddeye göre çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukuki işlemle çocuğun borç altına girebilmesini bir kayımanın katılmasına ve hâkimin onayına bağlı kılınmaktadır. Karşıt görüşün kabulü halinde, kayımanın katılmaması ve hakim'in onay vermemesi halinde bu işlemi de geçerli saymak gerekecek ve ana ve babanın çocuğa karşı sorumluluklarının doğduğu kabul edilecektir. Oysa kanunun amacının bu yönde olmadığı, TMK'nın 345. maddesinin lafzından da anlaşılmaktadır.

Kanunun çocuk haklarının korunmasına gösterdiği hassasiyet, ileri sürdüğümüz görüşün dayanak aldığı bir diğer noktadır. Bu konuda hem uluslararası anlaşmalar hem de kendi Medeni Kanunumuzdaki düzenlemeler, kanunun ruhunun da çocuk haklarının korunması için titizlikle yaklaştığını ortaya koymaktadır. Aksi görüşün kabulü halinde ise, çocuk, kendi hakkını yıllar sonra reşit olduğu zaman, şans eseri kendi küçüklüğünde yapılan tasarruf işleminden haberdar olması halinde arayabilecektir. Bu kabul, kanunun ruhuna da aykırıdır.

Karşıt görüşün kabulü, çocukların serbest mallarına ilişkin kanundaki düzenlemelerle de çelişmektedir. Çocukların taşınmaz mallarına ilişkin ana ve baba tarafından hakimden izin alınmaksızın tasarrufi işlemi yapılabileceği kabul edilirse, çocukların kullanımına ve yararlanmasına bırakılan serbest mallar üzerinde de ana ve baba tasarruf işleminde bulunabilecek, bu malları ana ve baba üçüncü kişilere devredebilecek ve serbest mallara ilişkin düzenlemenin uygulamada bir anlamı kalmayacaktır.

Karşıt görüşü savunanların dayandığı önemli bir dayanak, TMK'nın 363. maddesidir. Karşıt görüş; 363. madde düzenlemesi dolayısıyla dürüstlük kuralına uygun ya da aykırı şekilde çocuk mallarının devredilebileceğini, bu nedenle hakim izni veya hakim'in yetki vermesi hususlarının tasarruf yetkisine ilişkin ol-

madığını ileri sürmektedir. Kanaatimize göre, TMK'nın 363. maddesinde devir işleminin dürüstlük kuralına uygun olup olmamasına farklı sonuçlar bağlanmış olması, tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığına ilişkin kabulümüze ters düşmemektedir. Nitekim, ileri sürdüğümüz görüşe göre, tasarruf yetkisi sınırlı olan ana ve baba hakimden izin veya yetki aldıktan sonra tasarrufi işlem yapabilecek, yapılan tasarrufi işlem neticesinde elde edilen ikame değerinin izin veya yetki alınırken ileri sürülen sebebe uygun harcanmaması halinde dürüstlük kuralına aykırılık meydana gelecektir.

Bu kabule göre, TMK'nın 363. maddesinde; yapılan devirlerin dürüstlük kuralına aykırı olmasına sonuç bağlanmış olması, ana ve babanın özgürce tasarrufi işlem yapabileceklerini ve hakimden izin veya yetki almalarına gerek olmadığını göstermemekte, izin veya yetki dahi alınmış olsa elde edilen ikame değerinin devir konusunda izin veya yetki alınırken öne sürülen sebebe aykırı harcanmış olması halinde çocuk lehine ikinci bir koruma getirildiğini ortaya koymaktadır.

Karşıt görüşü savunanların ileri sürdüğü bir diğer dayanak; ana ve baba ile çocuk arasında kan bağı bulunduğundan, ana ve babanın tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına gerek olmadığına yöneliktir. Ancak kanaatimize göre, TMK çocuğun korunması noktasında ana ve baba ile çocuk arasında kan bağı olmasını önemsememiş, kan bağına rağmen çocuğu koruyucu birçok önlem düzenlemiştir. Nitekim, eğer kan bağı, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını gerektirmeyecek olsa idi, TMK'nın 345. maddesinde bizzat ana ve baba ile çocuk arasında yapılan işlemlerde hem hakim onayı hem de kayyım atanması müesseseleri düzenlenmezdi.

Karşıt görüşü savunanların ileri sürdüğü bir diğer husus ise, çocukların her taşınmaz malı veya her tasarruf işlemi için ayrı ayrı izin veya yetki alınmasının gerekli kılınmasının aşırı bir koruma olduğu yönündeki görüştür. Ancak hakimden genel bir izin alınması veya birden fazla taşınmaz veya birden fazla tasarruf işlemi için tek bir başvuruyla yetki alınması mümkündür.

Bütün bu açıklamalarımız uyarınca, çocukların taşınır malları için hakim izni veya hakimden yetki alınmaksızın ana ve babanın tasarrufi işlemlerde bulunabileceğini, ancak taşınmaz mallar bakımından ana ve babanın tasarruf yetkisinin kısıtlandığını ve tıpkı aile konutu veya kefalette eşin rızası hükümlerinde olduğu gibi, kanuni düzenlemeye aykırı şekilde yapılan işlemlerin geçersiz sayılacağını ileri sürmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. Aile Hukukumuzda Aile Konutu: Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Akyüz, Emine. Çocuğun Güvenliği Sorunu. Ankara: Atilla Kitabevi, 1991.
- Akyüz, Emine. Çocuk Hukuku. Ankara: Pegem Akademi Yayınları, 2018.
- Akyüz, Emine. Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması. Ankara: Ankara Üniversitesi Eğit. Bil. Fak. Yayınları, 1983.
- Akyüz, Emine. Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması. Ankara: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, 2000.
- Albayrak, Süleyman. “Çocuğun Serbest Malları.”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 26 S.2 (2018), 443 - 471.
- Altunkaya, Mehmet. “Çocuğun Mallarının Yönetimi ve Kullanma Hakkı.” Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2006), 111 - 130.
- Armutçuoğlu, Can Yalçın. “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği.”, MÜHFHAD, C. XVII, S. 1-2, (2011), 413 - 436.
- Arpacı, Abdülkadir. Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- Ayan, Serkan. Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- Ayiter, Nuşin. Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No XV, 1968.
- Badur, Emel. “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Karşısında Aile Konutu Şerhinin Ortadan Kalkan Etkisi.”, THD, C. X, S. 110, (2015), 14 - 30.
- Bağcı, Ömer. “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.”, C. IV, S. 2, (2007), 145 - 175.
- Baktır Çetiner. Selma, Velayet Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Barlas, Nami. “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları.”, Makalelerim, C.1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2008), 223 - 261.
- Baştürk, Adem. “Türk Hukukunda Aile Konutu, Aile Konutuna İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği ve Üçüncü Kişilere Etkisi.”, Legal Hukuk Dergisi, C. V, S. 53, (2007), 1532 - 1555.
- Baygın, Cem ve Doğan, Murat. “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.”, C. IX, S.1-2, (2005), 379-427.
- Berki, Şakir. Türk Medeni Kanununda Velayetin Küçüğün Şahıs ve Malları Bakımından Şumulü. 1 Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1970.
- Bozer, Ali. “Medeni Kanunumuza Göre Ana Babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hududları.”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, (1952), 198-211.
- Bulut, Harun. Aile Konutu ve Aile Mahkemelerinin Yargılama Usulü. İstanbul: Beta Yayınları, 2007.

- Çabri, Sezer. “Aile Konutu Şerhi.”, Prof. Dr. Ergun Çetingil ve Prof. Dr. Reyagan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı. (2007), 401 - 414.
- Çelik, Cemil. “Çocuğun Bir Aile Yanına veya Kuruma Yerleştirilmesi”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan. İstanbul: DR Yayınları, (2009), 39 - 72.
- Çelik, Cemil. “Çocuğun Mal Varlığı ve Korunması”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan. İstanbul: DR Yayınları, (2009) 73 - 104.
- Çelik, Cemil. “Velayetin Kaldırılması.”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, (2004), 54 - 108.
- Çınar, Ömer. “Ana ve Babanın Çocuk Mallarını Kullanma Hakkı.”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, (2013), 1355 - 1363.
- Dede, İsmail. Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Doğan, Murat. “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu.”, 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C. 11, S. 1-4, (2002), 285 - 300.
- Doğan, Murat. Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.
- Dural, Mustafa; Ögüz, Tufan ve Gümüş, M. Alper. Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku, C. III, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Elçin, Evgen Gülçin. Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, Çocuk Hakları Çalışmaları - 1. İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2017), 1 - 25.
- Erdem, Mehmet. Aile Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Oktay. Çocuk Hakları. İstanbul: Kişisel Yayın, 2011.
- Ertuş, Şeref. “Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi.”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S. 9, (2007), 391 - 398.
- Gökpinar, Mahmut. “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması.”, TBB Dergisi, C. 28, S. 120, (2015), 12-72.
- Gönensay, Samim. Medeni Hukuk Cild II Aile Hukuku Kısım II Nesep, Velayet, Vesayet. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940.
- Gözler, Kemal. “Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı.”, Muhafazakar Düşünce Dergisi, Y: 4, S: 15, (2008), 77-90.
- Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. Türk Medeni Hukukunda Kayımlık. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2006.
- Gümüş, Mustafa Alper. Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Gürses, Davut. “Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu.”, Bankacılar Dergisi, S. 106, (2018), 69 - 80.

- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk, Burcu. Aile Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Hatemi, Hüseyin ve Serozan, Rona. Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- İbrahim Kaboğlu, editör. Anayasal Sosyal Haklar. İstanbul: Legal Yayınevi, 2012.
- Kamış, Fatma Türkan. "Aile Konutu.", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Karaca, Hilal. Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu. Ankara: Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Medeni Kanun'umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Kırca, İsmail. "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı- Kefalette Eşin İzni.", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Öğütçü, Muhlis. "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar.", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, Özel Sayı, (2005), 555 - 616.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- Özdemir, Hayrunnisa ve Ruhi, Ahmet Cemal. Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.", C. 17, S. 3, (2013), 81 - 105.
- Özen, Burak. Kefalet Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Öztan, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Reyhani Yüksel, Sera. Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2020.
- Ruhi, Canan ve Ruhi, Ahmet Cemal. Velayet Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- Saatçioğlu, Fuat. Aile Konutu ve Şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Sarı, Gürbüz. Malvarlığı Haklarının Korunması. İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Serozan, Rona. "Aile Konutunun Şerhine Değişik Bir Yaklaşım.", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan. İstanbul: DR Yayınları, (2009), 279 - 288.
- Serozan, Rona. Çocuk Hukuku İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>.
- Şıpka, Şükran. Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

- Usta, Sevgi. Çocuk Hakları ve Velayet. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012.
- Ünver, Yener, editör. Karşılaştırmalı Hukukta Çocuk Hakları. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Vardar Hamamcıoğlu. Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- Yakuppur, Sendi. "Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi.", BÜHFD, C. 11, S.145-146, (2016), 777 - 797.
- Yalman, Süleyman. "Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Hukuki Sorumluluğu.", SÜHFD, C: 12, S: 3-4, (2004), 7 - 30.
- Yargıtay Karar Arama Sitesi, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.
- Yenisey, Feridun. Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler. İstanbul: Uğur Eğitim Pazarlama ve Yayıncılık, 2017.
- Yetik, Nurten. Açıklamalı - İctihatlı Nüfus Velayet Vesayet Nafaka. İstanbul: Bilge Yayınevi, 2007.
- Yıldırım, Nevhis Deren. "Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları.", Prof. Dr. Zahir İmre'ye Armağan. İstanbul: DR Yayınları, (2009), 245 - 260.
- Ziyan, Ayşe. Velayet İlişkisi Bağlamında Çocuğun Ebeveyni Tarafından Temsili. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

UNUTULMA HAKKININ İSTİHBARİ KAYNAKLI İDARİ İŞLEMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^{*1}

Sevil Şilan KUM^{*2}

Öz

İnternet ortamında bulunan kişiye ait her türlü bilginin arşiv kaynağı olarak kullanılması, kişiye ait verilerin kalıcı olarak saklanması ve bu verilere ulaşımın internet teknolojileri sayesinde kolaylaşması, bilginin öznesi konumundaki bireyin korunmasını gerekli kılmıştır. Bu bağlamda unutulma hakkı, bireye kişisel verileri üzerinde kontrol hakkı sağlamak ve kişiye geçmişinden bağımsız olarak kendisini geliştirme imkânı tanımaktadır. Makalenin ilk bölümünde unutulma hakkının tanımı yapılarak uluslararası hukuktaki ve Türk hukukundaki yeri incelenmiş, devlet aklı ile unutulma hakkının çatışma halinde olduğu, tarihsel süreçler göz önünde tutularak ortaya konmuştur. İkinci bölümde ise OHAL KHK'lerinin hukuki nitelikleri incelenerek, KHK ile ihraç edilen kişiler için öngörülen hak mahrumiyetlerinin ve adli sicil kayıtlarının unutulma hakkı üzerindeki etkisi tetkik edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Unutulma Hakkı, Devlet Aklı, Olağanüstü Hâl, Kanun Hükmünde Kararname, İstihbarat.

EVALUATION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN TERMS OF ADMINISTRATIVE ACTIONS BASED ON INTELLIGENCE

Abstract

The use of personal information in the Internet environment as an archival source, having the personal data permanently and the easy access to data due to internet technologies required the protection of the individual who is the subject of the information. Concordantly, the right to be forgotten gives individuals control over their personal data and allows individuals to improve themselves independently of their past. In the first part of the article, the right to be forgotten is defined, and its place in international and Turkish law is examined, and it is demonstrated by considering historical processes that the right to be forgotten conflicts with the reason of state. In the second part, by analyzing the legal qualities of the extraordinary legislative decree, the effect of the deprivation of rights stipulated for the persons dismissed by the decree and the criminal records on the right to be forgotten is examined.

Keywords

Right to be Forgotten, Reason of State, Emergency State, Legislative Decree, Intelligence.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 12.01.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 06.08.2021.

^{*2} Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 3. Sınıf Öğrencisi,
E-posta: sevil.kum7@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-0948-4342>.

GİRİŞ

Bilişim çağı, insan hayatında birçok değişikliğe yol açmış ve bu çağın getirdiği yenilikler sayesinde bireyin yaşam tarzı ciddi ölçüde değişmiştir. Kuşkusuz, ortaya çıkan yeniliklerden en önemlisi internettir. Gelişen teknoloji ile birlikte internet, bireyin yaşamını daha konforlu hâle getirmektedir. Ancak bilgi teknolojilerinin ve internetin gelişimiyle birlikte bilginin kalıcı olarak saklanması ve bilgiye erişimin ciddi boyutlara ulaşması,¹ özel hayatın gizliliğini ve kişisel verilerin korunmasını tehlikeye sokmaktadır. İnsanların bilinmesini, hatırlanmasını ve kullanılmasını istemediği bilgilerinin çeşitli haber sayfalarında, sosyal medyada ve adli sicil kayıtlarında saklanması, bilginin öznesi olan bireyin yaşadığında türlü sıkıntılara sebep olabilmektedir. Değişen ve gelişen çağın getirdiği bu sorunlar karşısında, kişiye özel ve onurlu bir yaşam tanınması hususunda öne sürülen unutulma hakkının ehemmiyeti sıkça dile getirilmektedir.

Günümüzde teknolojik gelişmeler, büyük bir hız kazanmış ve kitleler de bu hızın etkisiyle söz konusu ortamın içinde sadece bir kullanıcı değil, aynı zamanda bilgiyi ve veriyi oluşturan birey konumuna geçmiştir. Bu şekilde bireyler bilgiye rahatça ulaşabilmekte ve oluşturdukları verileri paylaşabilmektedirler. Ayrıca kişiye ait bilgilerin saklanması da geçmişe göre daha kolay hâle gelmiştir. Bu gelişmeler, her ne kadar hayatımızı kolaylaştırır da bazı sorunlara sebebiyet vermektedir. Unutulma hakkını korumaya yönelik araçların bu noktada bir çare olarak öne sürülmesi, ihtiyaçların çözümüne yönelik önemli bir adımdır.

I. UNUTULMA HAKKI: DEVLET AKLI UNUTUR MU?

A. Unutulma Hakkının Tanımı ve Amacı

Unutulma hakkı; kişinin, kendisine ait bilginin erişimden kaldırılmasını talep etme yetkisidir.² Ancak hak konusu olan bilginin basit bir bilgi olmadığını ve bazı özellikleri taşıması gerektiğini belirtmek gerekir.³ Söz konusu bilgi, kişinin güncel durumunu değil, geçmişteki durumunun bir parçasını yansıtmakta ve bu bilginin öğrenilmesi bireyin hayatında olumsuz değişikliklere yol açabilmektedir. Bu bakımdan unutulma hakkını bireyin geçmişte hukuka uygun olarak üçüncü kişiler için ulaşılabilir hâlde bulunan kişisel verilerinin, aradan geçen zaman sonucu önemsiz hâle gelmesine dayanarak, artık üçüncü kişilerce ulaşılamamasını yani verilerinin silinmesini talep edebilme hakkı olarak tanımlamak mümkündür.⁴

¹ Eren Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, (2017), 1.

² Franz Werro, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", George Town University the Center of Transnational Legal Studies Colloquium, (2009), 285.

³ Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 6.

⁴ Ayşe Melek Turhan, Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul 2018).

Bir başka görüşe göre; unutulma hakkını, bireyin internet ortamında yer alan ve üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istemediği kişisel verilerinin silinmesini, dolayısıyla dijital dünyada unutulmayı, hatırlanmamayı isteme hakkı şeklinde tanımlayabiliriz.⁵ Bu tanımdan yola çıkarak, unutulma hakkını bireyin geleceğini, geçmişte yaşanmış münferit olaylardan bağımsız olarak şekillendirme hakkı olarak ele alabiliriz. Çünkü kaydedilen veya paylaşılan bu tür bilgiler, kişinin toplum içindeki kimliğini oluşturmaktadır ve kişinin kendisini serbestçe tanımlayabilmesinin önünde engel teşkil edebilmektedir. Bir başka deyişle unutulma hakkı, en saf hâliyle, bireye kişisel veriler hakkında sahiplik ve daha da önemlisi kontrol hakkı verir.⁶ Bu tanımlamalar ışığında; unutulma hakkını, bireye kendisini geçmişinden bağımsız olarak serbestçe tanımlayabilmesi için imkân tanıyan bir insan hakkı olarak tarif etmek mümkündür. Kişi, bu hakkın koruması altında hayatına istediği şekilde yön verebilecek ve onurlu bir yaşam için gereken temel şartlardan birisi olan maddi ve manevi varlığını devlet otoritesi veya diğer bireyler karşısında koruyabilecektir. Kısaca unutulma hakkı, değişen dünyanın ve gelişen teknolojinin menfi etkileri karşısında bireyi korumayı amaçlayan bir haktır.

Ancak söz konusu bu hakkın ileri sürülebilmesi, her zaman mümkün değildir. Unutulma hakkının ileri sürülebilmesi, zamanın geçmesi ile kişinin durumunda ve/veya rızasında meydana gelen değişimle ilgilidir.⁷ Hakka bu çerçeveden yaklaşıldığında; unutulma hakkının iki temel unsur etrafında şekillendiği görülecektir: bilgi ve zaman unsuru.⁸ Unutulma hakkına dayanarak silinmesi talep edilen bilginin saklanması, başlangıçta hukuka aykırılık teşkil etmemektedir.⁹ Yani söz konusu bilginin yayılması veya saklanması meşru bir sebebe dayanmaktadır. Unutulması istenen bilgiler, kişinin şöhretine saldırı niteliğinde olabilir, fakat başka menfaatler nedeniyle paylaşılmaları meşrudur.¹⁰ Örneğin adli sicil kayıtlarının tutulması, suç işleyen kişiye ilişkin haberlerin basında yer alması meşru niteliktedir. Bu bakımdan yayılan bilgi -en azından başlangıçta- hukuka uygundur. İkinci olarak söz konusu bilgi, yanlış bir bilgi değildir.¹¹ Tam tersine hakka konu olan bu bilgi, gerçeği yansıtmaktadır. Ancak bu bilgi yayıldığı anda gerçek olmakla beraber, zamanla bilginin niteliği değişmektedir.¹² Burada somut bilginin, unutulma hakkını ileri süren kişiye ait olması gerektiğini belirtmekte fayda vardır.

⁵ Aydın Akgül, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı", TBB Dergisi, S.116 (2016): 17.

⁶ Ausloos, Jef, "The 'Right to be Forgotten' - Worth remembering?" Computer Law & Security Review 28, S.2 (2012): 146.

⁷ Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 6.

⁸ Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 39.

⁹ Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 39.

¹⁰ Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 39.

¹¹ Yıldız, Tuba, Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı (2019), 113.

¹² Murat Önok, "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Unutulma Hakkı ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Uluslararası Sempozyum Kişisel Verilerin Korunması ve Kişisel Haklar (18-21.11.2015) 16, S.1 (2017): 166.

Unutulma hakkının ikinci unsuru ise, zamandır. Weber'in zaman unsuruna dayanarak yaptığı bir başka tanıma göre unutulma hakkı, bireyin bir zaman skalası çerçevesinde kişisel bilgileri üzerinde hak sahibi olmasına dayanan otonomidir.¹³ Yayılan bilginin üzerinden geçen zamanla birlikte, kişisel menfaatlerin toplumsal menfaatlere galip gelmesi olasılığı vardır.¹⁴ Yani söz konusu bilginin yayılması veya saklanması hukuka uygunken, zaman içinde kişide yaşanan değişimler neticesinde bu bilgilerin saklanması ve paylaşılması sonucu durum tersine dönmektedir ve kişisel menfaatler, kamusal yararın önüne geçmeye başlamıştır. Bir başka deyişle, söz konusu bilgi doğru olmakla birlikte toplumsal önemini yitirmiştir.¹⁵

Bu iki ana unsur bir arada düşünüldüğünde; unutulma hakkı, bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesidir.¹⁶

B. Unutulma Hakkının Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukundaki Görünümü

Unutulma hakkı, internet çağından daha önceki dönemlere dayanmaktadır. Unutulma hakkına ilişkin verilen ilk kararlardan biri 1973 yılında Almanya'da verilen Lebach kararıdır.¹⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, eski bir suçlunun fotoğrafının ve adının ilgili suç bağlamında belgeselde kullanılmasını, insan onuru ve kendi kaderini tayin hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, suçluya yüklenen dezavantajların, suçun ciddiyeti veya kamu yararı ile orantılı olması gerektiği yönünde bir karar vererek, söz konusu suç ile ilgili bilgi alma hakkının, suçun güncelliğini yitirdikten sonra tekrar gündeme getirilmesinin kişilik hakkı ihlali oluşuna karar vermiştir.¹⁸ Buradan anlaşılacağı üzere mahkeme, suçluya ilişkin bilgilerin yayınlanmasının suçlunun kişiliğini geliştirme hakkına bir müdahale ve insan onuruna aykırı olduğu yorumunu yapmıştır.

Hukuk literatürüne “unutulma hakkı” kararı olarak girmiş olan Google-İspanya kararı,¹⁹ unutulma hakkının hayata geçirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Google İspanya kararının konusunu, borçları nedeniyle gayrimenkulleri haczedilen İspanyol bir avukat olan Costeja González'in, buna ilişkin yirmi

¹³ Rolf H Weber, “The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law* 2, S: 2 (2011): 120.

¹⁴ Weber, “The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?”, 121.

¹⁵ Weber, “The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?”, 120.

¹⁶ Sözüer, *İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı*, 6.

¹⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 05.06.1973 tarihli, BVerf GE 35/202 sayılı Lebach kararı, <https://static.googleusercontent.com/media/archive.google.com/tr//advisorycouncil/advisement/advisory-report.pdf>, (E.T. 02.04 20).

¹⁸ Jane Wright, *Tort Law and Human Rights*, (İngiltere: Hart Publishing, 2001), 172.

¹⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 13 Mayıs 2014 tarihli, C- 131/12 K. sayılı kararı, <https://www.mbkaya.com/hukuk/ab-unutulma-hakki-kararceviri.pdf>, (E.T. 04.02.2020).

yıllık açık arttırma ilanlarının ilgili gazetenin web sitesine aktarılması üzerine yaptığı başvuru oluşturmaktadır. İsmi Google’da aratıldığında çıkan ilk sonuç, bu ilanlara ilişkin bağlantı olunca González, İspanyol hukukunda tanınmış olan unutulma hakkını ileri sürerek, arama sonuçlarından bağlantının kaldırılmasını talep etmiştir.²⁰ Gonzales’in, hacze dair işlemlerinin uzun süre önce çözüldüğü ve artık bunun ilanda yer almasının yararsız olduğu gerekçesiyle yapmış olduğu ilanın kaldırılması yönündeki talebi İspanyol Veri Koruma Otoritesi (İVKO) tarafından, La Vanguardia gazetesi için kabul edilmezken Google İspanya ve Google Inc. Şirketleri için onaylanmıştır.²¹ Karara konu olan mesele, Google Inc. ve Google İspanya’nın İspanyol Veri Koruma Kurumu’na (AEPD) karşı açtığı davada İspanyol Yüksek Mahkemesi’nin (Audiencia Nacional) Veri Koruma Direktifi’ne ilişkin sorularını Avrupa Birliği Adalet Divanı’na havale etmesiyle Divan’ın önüne gelmiştir.²² ABAD, doğru olan bir bilgi hukuka uygun olarak yayımlanmış olsa bile -somut olayda gazete haberi olarak-, zamanın geçmesiyle bu bilginin yayılmasının hukuka aykırı hâle gelebileceğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda da arama motoru işletmecilerine, bu tür bilgileri içeren web sitelerine ilişkin bağlantıları arama sonuçlarından kaldırma yükümlülüğü getirilmiştir.²³

ABAD’ın değerlendirmesinde, en başta hukuka uygun bir şekilde yayılan doğru bilginin, somut olayın üzerinden uzun zaman geçmesi sonucunda hukuka aykırı hâle geldiği belirtilmiştir. Hukuka aykırılığın sebebi ise; işlem konusu bilginin, veri kalitesi ilkeleriyle uyumlu olmamasıdır. Divan, özellikle verinin yetersiz, alakasız veya aşırı olması, güncellenmemesi ya da gereğinden uzun tutulması durumlarını örnek göstererek Gonzales’e ait söz konusu bilgilerin zamanla niteliğinin değiştiğine ve hukuka aykırı hâle geldiğine karar vermiştir.²⁴

Türk hukukunda unutulma hakkı adı altında bir düzenleme bulunmamakla birlikte; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Genel Kurulu’nun vermiş olduğu kararlar ile unutulma hakkının tanınması sağlanmıştır. Yargıtay Genel Kuruluna konu olan davada, davacı, kamu görevlisi olarak çalıştığı kurumda 2005-2006 yılları arasında aynı yerde çalışan bir başka kamu görevlisi tarafından sözlü ve fiziksel tacize uğramıştır. Söz konusu olay hakkında şikayette bulunmuş ve yapılan yargılama sonunda kamu görevlisi olan sanık ceza almıştır. Temyiz istemi üzerine yapılan inceleme sonunda ise hüküm, 2009 yılında onanmıştır. Mağdur davacı gerek soruşturma gerekse de yargılama sırasında cinsel saldırının nasıl gerçekleştiğini açık bir şekilde anlatmış, bu anlatımlar doğal olarak karar metnine

²⁰ Eren Sözüer, “Geçmişe Sünger Çekmek: Unutulma Hakkı”, <https://blog.lexpera.com.tr/author/eren-sozuer/>, (E.T. 02.03.2020).

²¹ Turhan, Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı, 6.

²² Sözüer, İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı, 109.

²³ Sözüer, “Geçmişe Sünger Çekmek: Unutulma Hakkı”, 2018.

²⁴ Case C-131/12, Judgment of the Court (Grand Chamber), paragraf 92, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=EN>, (E.T. 05.03.2020).

geçirilmiştir. Karar, mağdur ve sanığın ismi rumuzlanmadan, altı ciltlik bilimsel çalışma ürünü olan kitapta yer almıştır.²⁵ İlk derece mahkemesi “Mahkemece, adı geçen eserde davacı ve diğer kişilerin isimlerinin kodlanmadan açıkça yazıldığı, söz konusu olayların anlatımında açıkça isim belirtmenin kitap içeriğine bir fayda sağlamadığı gibi, davacının isminin geçtiği olayın hassasiyeti ve Türk toplum yapısı da göz önünde tutulduğunda, yurt çapında dağıtımı ve satışı yapılan bir kitapta, bu tür bir olayla davacının adının açıkça belirtilmesinin davacının kişilik haklarını zedelediği, çevresine karşı davacıyı zor duruma düşürdüğü” gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Kararın temyizi ile Yargıtay’a gelen olay neticesinde Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerektiğine karar vermiştir. Ancak ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na gönderilmiştir.²⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, uyuşmazlık konusu olayın 4 yıl önce gerçekleştiği; mağdurun adının bilimsel eserde açıkça yer almasında kamunun üstün bir yararının da olmadığı; mağdurun adının rumuzlanmadan, açık bir şekilde eserde yer almasının, mağdurun unutulma hakkını ve bunun sonucu olarak özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği gerekçeleriyle yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bulmuş ve mağdur lehine manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁷ Böylece unutulma hakkı, Türk hukukunda düzenlenmiş bir hak olmasa da Yargıtay kararında görüldüğü üzere açıkça zikredilmiş ve tanınmıştır.

Söz konusu kararda üzerinde durulması gereken husus, Anayasa’nın 20. maddesinde koruma altına alınan özel hayatın gizliliğinin unutulma hakkına dayanak oluşturmasıdır. Westin’e göre mahremiyet, bireylerin, grupların veya kurumların kendilerine ait verileri ne zaman, nasıl ve ne ölçüde diğerlerine aktarabileceğini kendilerinin belirleme hakkıdır.²⁸ Mahremiyetin sağlanması, bireyin kişiliğini geliştirmesi ve manevi değerlerini koruması açısından önem arz etmektedir. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireye ait birtakım bilgilere müdahale edilmemesini temin ederek bireyin yaşamını dilediği gibi sürdürmesini sağlamaktadır. Bu yüzden unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği kapsamında korunabilir.

Unutmak, insan yaşamındaki doğal bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Unutulma hakkının en önemli yanı da budur. Kişi, geçmişte yaşadığı olumsuz olayları veya eskiden alışık olduğu yaşam tarzını bir kenara bırakarak yeni bir hayata başlamak isteyebilir. Bu durumda bireyin geçmişteki yaşantısı, karşısına bir engel olarak çıkabilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Synder davası, buna güzel bir örnektir. Somut olayda 25 yaşında genç bir öğretmen adayı olan Stacy

²⁵ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010).

²⁶ Yargıtay HGK, 17.6.2015 tarihli, E.2014/4-56, 2015/1679 K. sayılı kararı, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm>, (E.T. 20.03.2020).

²⁷ Turhan, Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı, 143.

²⁸ Alan Furman Westin, Privacy and Freedom, (New York: Atheneum, 1967), 7.

Synder, bir partide elinde plastik kap ve başında korsan şapkasıyla çekindiği fotoğrafı, altına “sarhoş korsan” yazarak MySpace isimli internet sayfasında paylaşmıştır. Stacy’nin dosyası hakkında üniversite yönetimine bilgi veren profesör, genç kadının kazandığı diplomayı vermeyi profesyonellik dışı davranışlar sergilediği ve gençleri içkiye özendirdiği gerekçesiyle reddeder. Synder, ABD Anayasası’nın 1. maddesinde yapılan değişiklikte güvence altına alınan ifade özgürlüğüne dayanarak, bu karara karşı dava açar. Ancak söz konusu talep, maddedeki ifade özgürlüğünün kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Somut olayda görüldüğü üzere, bilgilere sağladığı yaygınlık ve erişim kolaylığı, internetin kalıcı hafızasını bireyler için tehlikeli hâle getiren esas husustur. Söz konusu bilgiler zamanla güncelliğini yitirse dahi, internetin bilgileri kalıcı olarak saklaması ve sağladığı erişim kolaylığı sebebiyle kişinin özel hayatı ile kamusal hayatı arasındaki sınıır, ortadan kalkmaktadır. Bu bağlamda; bireyin öğrenilmesini istemediği, belki de sadece sınırlı kişilerle paylaşılmasını istediği bilgiler, herkese açık hâle gelmektedir ve bireyi sosyal, ekonomik ve mesleki anlamda zarara sokabilmektedir.

İnsanlar çoğu zaman unutsalar da hatırlamayı özlerler. Her şeyi hafızada tutmanın mümkün olmaması sebebiyle insanoğlu, harici bellek işlevi gören birçok araç geliştirmiştir. Buna kitaplar ve görüntü kayıt cihazları örnek verilebilir. Ama zamanla bu araçlar, hatırlamak ve unutmak arasındaki dengeyi tehdit etmiştir. Dijital çağda ise bu denge tamamen değişmiştir.²⁹ Unutma ve geçiciliğin yerini hatırlamak ve kalıcılık almıştır. Bu değişim toplumlar üzerinde de etkili olmuş ve internetin kalıcı hafızası; ülkeleri, hükümetleri, siyasi faaliyetleri hatırlamaya ve hatırlatmaya itmiştir.

C. Bilginin Devlet Yönetiminde Kazandığı Önem

Unutmak, insanlar için olduğu kadar toplum için de önemlidir. Topluluğu oluşturan bireylerin doğasından kaynaklanan unutma özelliği toplum düzeninde de etkili olmuş ve yaşanan olaylar, savaşlar, politik sürtüşmeler ve sıkıntılı siyasi süreçler belli bir süre geçtikten sonra unutulmuş ve modern dünyada toplumlar, yaşadıkları günü esas almak üzerine bir yol izlemişlerdir. Çünkü her şeyin kaydedildiği, hatırlandığı bir düzende demokratik devlet yapısından söz edilemez. Bireylerin hiçbir şeyin unutulmayacağı korkusuyla hareket etmeleri sonucunda yeniliklerin takibi zor, düşüncelerin ifade edilmesi ise imkânsız hâle gelecektir. Çünkü kişiler, izlendiklerine ve davranışlarının kaydedildiğine inandıklarında davranışlarını değiştirirler. Yani bir gözetleme topluluğunda gelişen kişilikler farklıdır. Unutkanlığın olmadığı, her durumun ve olayın kaydedildiği bir dünya, demokrasi için uygun değildir.³⁰ Böylesi antidemokratik bir toplumda, bireylerin

²⁹ Viktor Mayer-Schönberger, Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age, (Princeton: Princeton University Press, 2009), 92-127.

³⁰ Jean-François Blanchette ve Deborah G. Johnson, “Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness”, The Information Society 8, S.1 (2002): 36.

davranış ve kişilikleri dış baskılar sonucu şekilleneceğinden özgür bireylerden söz etmek imkânsızlaşır ve kişiliğin gelişmesine koyulan engel, toplumun gelişmesinin önüne çekilmiş bir duvar hâline gelir.

Günümüzde birçok devlet, bilginin gücünü fark etmiş ve ona sağladığı erişim kolaylığı sayesinde toplumların hafızasını hep canlı tutmuş ya da bu bilgilerin bir kısmını kendine saklamış ve gerektiği ölçüde istihbarat kaynağı olarak kullanmıştır. Devlet, vatandaşlarının güvenliğini sağlayabilmek ve refah düzeyini yükseltmek için millî savunma ve ulusal güvenlik politikalarını modern dünyanın evrimleşme sürecine uygun olarak geliştirmiştir. Ancak burada bir sorun ortaya çıkmaktadır. Geliştirilen bu yöntemler demokratik bir düzenin sağlanması için midir, yoksa devletin varlığını ve kendi bütünlüğünü koruması için midir? Bu noktada devletin güvenliği ve bireyin özgürlüğü karşı karşıya gelmektedir. Demokratik bir düzende kişi ancak özgür olması koşuluyla kendini geliştirebilir. Ancak bu her zaman devletin çıkarlarına uygun düşmez. Çünkü merkezinde iktidar olan bu çatışmada devlet, çoğu zaman bireyin eylemlerine müdahale etmek durumundadır.

Hobbes devletin ortaya çıkışını toplum sözleşmesi kuramına bağlı kalarak açıklamıştır: devletin amacı vatandaşlarının güvenliğini sağlamaktır. Hobbes'un "*İnsan insanın kurdudur (homo homini lupus)*" deyişi, onun devlet anlayışına yönelik en büyük tespitlerindedir. İnsan kendi varlığını korumak için diğerleriyle bir savaş hâlinindedir ve bunun sonucunda anarşinin doğması doğal bir sonuçtur. Hobbes'un "berbat savaş durumu" ile ifade ettiği söz konusu anarşiden kurtulmanın yolu, insanları korku içinde tutacak ve onları ceza tehdidiyle, ahitlerini ifa etmeye zorlayacak belirgin bir gücün varlığıdır.³¹ Yani devletin amacı bireysel güvenliği sağlayarak vatandaşlarına daha mutlu bir hayatı temin etmektir.³² Modern dünyadaki görünümüyle, vatandaşların kendi hak ve özgürlüklerini korumak için oluşturdukları ve Hobbes'un ifadesi ile mutlu bir yaşamın teminatı olan Leviathan, zamanla gelişmiş ve bu gelişim sonucunda önceleri monarşi yoluyla; şimdi ise hukuk devleti çatısı altında kutsallaştırılmıştır. İşte modern devlet ya da Leviathan, yani kendisine dokunulamayan fakat ne pahasına olursa olsun korunması gereken ve her yerde hazır bulunan bu yapı,³³ günümüzde de kendisini göstermiştir.

Hobbes'un devletin temel kaynağı olarak ifade ettiği toplum sözleşmesi teorisine göre, düzen ve güvenlik çerçevesinde ele alınan ve bireysel güvenliği sağlamak için koyulan hukuk kurallarının, egemen bir devleti bağlayan bir araç olmaması gerektiği ve bu kuralların vatandaşlara yönelik olduğu ileri sürülmüştür.³⁴ Leviathan'ın kurgu olması bir yana, hukuk devleti öncesi dönemde devletle-

³¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çeviren: Semih Lim, (İstanbul: YKY, 2010), 127.

³² Hobbes, *Leviathan*, 127-128.

³³ Miñhat Sancar, *Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti*, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2016), 19.

³⁴ Hobbes, *Leviathan*, 189.

rin hukuka bağlı olmaması sebebiyle bireysel özgürlüklerin tehdit altında olduğu düşüncesi yaygınlaşmış ve buna çözüm olarak iktidarın kısıtlanması süreci başlatılmıştır. Bireysel özgürlüklerin korunması amacıyla iktidarın sınırlandırılması, anayasacılık faaliyetlerinin doğmasına öncülük etmiş ve bu faaliyetin hayata geçirilmesi için başvurulmuş en önemli yöntem, hukuk devleti ilkesi olmuştur.³⁵ Hukuk devleti, 19. yüzyıl sonlarında Alman hukukçuların, kamusal gücün hukukun üstünde olmaması gerektiği düşüncesini savunmak amacı ile yaratılan bir kavramdır.³⁶ Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet demektir.³⁷ Anayasa Mahkemesi de hukuk devleti ilkesini, “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” şeklinde açıklamıştır.³⁸ Bir başka deyişle, modern hukuk devleti, bireyin ve toplumun güvenliği için devletin hukuk kuralları çerçevesinde sınırlandırılması esasına dayanmaktadır.

Günümüzde demokratik ülkelerin hemen hepsi, hukuki bir zemin çerçevesinde özgürlüğü koruma işlevini gerçekleştiren hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Ancak birey özgürlüğünü korumak için sınırlandırılan devlet modeli, iktidarın elinde bulundurduğu yasama gücü sayesinde farklı bir noktaya evrimleşebilmektedir. Bu açıdan devlet, bireysel özgürlüklerin ve insan haklarının koruyucusu konumunda olmakla birlikte, insan haklarının ihlalcisi olabilmektedir.³⁹ Bireysel özgürlük ve insan haklarının devletin menfaatleri ile çatışması durumunda, devletin bekasının öncelikli bir yere sahip olduğuna dair yaklaşımlara tarihin her döneminde rastlanmıştır. Hukuk devleti ilkesi ile ters düşen bu yaklaşım, doktrinde devlet aklı kavramına karşılık gelmektedir.

D. Devlet Aklı, Amacı ve Demokrasiye Etkisi

Devlet aklı, “üstün otoritenin çıkarlarının bütün diğer bireysel, toplumsal veya ekonomik çıkarlardan ve temel etik ilkelerden önce geldiği şeklindeki bir tasavvur”⁴⁰ olarak tanımlanabilir. Bu yaklaşıma göre devlet, en yüce değerdir ve devlet artık bir araç değil amaç hâline gelmiştir. Nihai hedef, devletin varlığını korumak ve güvenliğini sağlamaktır. Devlet aklı doktrininin tarihsel çıkış noktasını, hukuksal ve etik normlarla devlet yönetiminin somut gerekleri arasındaki bir çatışmanın çözebileceği meselesi oluşturur. Daha açık söylemek gerekirse, “dev-

³⁵ Mahmut Gökpınar, Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Ankara 2016), 47.

³⁶ Renaud Denoix De Saint Marc, Devlet, (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2009), s.35.

³⁷ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 169.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih, E. 1991/7, 1991/43 K. sayılı karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 27, C: 2, s.652.

³⁹ Sancar, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, 137.

⁴⁰ Sancar, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti, 24-25.

let aklı” doktrini bakımından merkezî soru şudur: Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir ya da açıkça haksızlık yapabilir mi? İşte bu soruya olumlu yanıt verilmesiyle, “devlet aklı” doktrininin temeli atılmış olur.⁴¹

Devlet aklı doktrinine göre devlet, esas itibarıyla kendi başına bir amaçtır⁴² ve siyasi eylemlerinin meşruluk zeminini toplumu değil, devleti esas alarak belirlemektedir. Böylece devlet, ortaya çıkan zaruretleri kendisi belirleme hakkına sahip olmaktadır. Tespit edilen bu zaruretlere için gerekli olan her türlü aracı (hukuk ve ahlak değerleri ile sınırlanmaksızın) bilme ve kullanma, devlet aklına tekabül etmektedir.⁴³ Söz konusu yaklaşıma göre devlet, özellikle modern dünyada, vatandaşlarına özgü bilgileri toplamadan, yasama erkini kullanarak kural koymaya kadar her şeyi kendi güvenliği ve yararı için yapabilir.

Tarihsel açıdan bakıldığında devlet aklına uygun siyasi eylemin ön şartını da, hükümdara, değişen iç ve dış şartlara göre serbestçe hareket etme imkânı ve yeteneğini tanımak oluşturur.⁴⁴ Bu noktada Machiavelli’nin yaklaşımı, devlet aklı doktrinine hayat vermiştir.⁴⁵ Özellikle Prens isimli eserinde, devleti korumak için acımasız ve cesur kararlar alınmasının zorunlu olduğunu, bu konuda tereddüte düşülmemesi gerektiğini ısrarla belirtmektedir.⁴⁶ Bu görüşe göre, iktidara giden yolda alınan her karar, gerçekleştirilen her eylem meşrudur. Hiçbir etik değer veya norm devletin varlığı ve üstünlüğü için alınan önlemlerin önüne geçemez, devlet sorgulanamaz. Görüldüğü üzere devlet aklı doktrininde devletin meşruiyet kaynağına ihtiyacı yoktur, devletin varlığı meşruiyet sebebidir. Bu yüzden devlet, kendisini tehlikede hissettiği herhangi bir durumda istediği tedbirleri alabilmektedir. İşte bu tehlikeli hâllerin varlığı hâlinde vatandaşların fedakârlık yapması ve devletin bekasını düşünmesi beklenir.

Devlet aklının hukuk devletinde dahi önemli bir yeri varken, bu yaklaşımın antidemokratik rejimlerde görülmesi çok doğal bir durumdur. Yasama erkini elinde bulunduran egemen güç, yasanın içeriğini belirleme yetkisine sahiptir ve bu yolla amacını gerçekleştirme mümkün olmaktadır. Buna en güzel örnek, Nazi Almanya’sında önemli bir hukukçu olan Carl Schmitt’in sözleridir: “*Olağanüstü hâlde devlet, hukuku kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır.*”⁴⁷ Yani

⁴¹ Sancar, Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti, 18-19.

⁴² Sancar, Devlet Aklı Kısacasında Hukuk Devleti, 25.

⁴³ Salim Orhan, “Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa”, DÜHFD 23, S.39 (2018): 385.

⁴⁴ Semih Batur Kaya, “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı”, TBB Dergisi 32, S.143 (2019): 62.

⁴⁵ Aydoğan Kutlu ve Ferda Koç, “Devlet Aklı Kavramında “Devlet Adamı” Figürü”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 72, S.2 (2017): 333 - 354.

⁴⁶ Niccola Machiavelli, Prens, Çeviren: Kemal Atakay, (İstanbul: Can Yayınları, 2018), 42.

⁴⁷ Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat, Çeviren: Emre Zeybekoğlu, (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2005), 19.

devleti tehdit eden durumların varlığı hâlinde devlet, güvenliğini sağlamak için her türlü tedbiri alabilir ve bu kapsamda kişisel özgürlükleri, hatta temel insan haklarını kısıtlayabilir.

E. Devlet Aklı ile Unutulma Hakkının Çatışması

Devlet aklına uygun bir yönetim anlayışına sahip devlette unutulma hakkının konumunun ne olacağı, tartışmalı bir konudur. Devlet aklı doktrini, olağanüstü bir durumun söz konusu olması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlayış, karşılaşılacak krizleri bertaraf etmek için gerekli olan araçlar hakkında bilgi sahibi olmayı ve bu araçları kullanmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda devlet aklı doktrini, aynı zamanda krizleri ve olağanüstü durumları doğru yönetebilmeyi mümkün kılacak araçların gizli bilgisini elde etmeye ve geliştirmeye olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla istihbarat faaliyeti kapsamında kişisel bilgilerin vatandaşlar aleyhine toplanması ve kullanılması bakımından, kişisel hak ve özgürlüklerin tehdit edilmesi riski bulunmaktadır.

Sosyal sözleşme teorisine göre bireyler, bazı haklarından feragat ederek güvenliklerinin sağlanması için devlete yetki vermişlerdir. Olağanüstü bir durumda ve “kriz” hâlinde, devletin kendini muhafaza edebilmesi için herhangi bir hukuk ve ahlak ilkesiyle bağlı olmaması,⁴⁸ anayasa ve kanunla teminat altına alınmış hakların, demokratik rejimlerde geçici olarak askıya alınmasına; diktatörlük rejimlerinde ise ortadan kaldırılmasına sebep olmaktadır. Olağanüstü hâl rejimlerinde, krizlerin aşılması için yürütme organına geniş yetkiler verilir ve kişi hak ve özgürlüklerinde bazı sınırlandırmalar yapılır. Ancak söz konusu sınırlandırmalar, olağanüstü yönetim döneminde, devletin temel hak ve hürriyetlere tamamıyla keyfi olarak müdahale edebileceği anlamına gelmez.⁴⁹ 21. yüzyıl hukuk devleti anlayışı göz önüne alındığında; olağanüstü hâl rejimlerinin, tehlikenin bertaraf edilmesi için uygulanan bir yöntem olduğu anlaşılacaktır. Demokratik bir olağanüstü hâl; sebep, yer ve süre ile sınırlı olmalıdır.⁵⁰ OHAL sebebiyle yürütmeye verilen yetki, sınırsız bir yetki değildir. Yürütme organına tanınan geniş yetkiler, ona her istediğini yapabilme olanağını vermez; yürütme organı, bu durumlarda da denetime tabidir ve sorumluluğu vardır.⁵¹ Ancak, teoride konan bu sınırlar, pratikte bu şekilde gerçekleşmemekte; yürütme organı, olağanüstü hâl ilanı ile yarattığı siyasi konfor alanında kalıcı düzenlemeler yapmaktadır.⁵²

⁴⁸ Orhan, “Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa”, 375.

⁴⁹ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 427.

⁵⁰ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, 387.

⁵¹ Server Tanilli, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, (İstanbul: Adam Yayınları, 2002), 201.

⁵² Eda Yıldız, Kamu Güvenliğinin Karşısında Özgürlük-Otorite Dengesinin Sağlanması ve Devletin Rolü, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 85.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının tek elde birleşmesi durumunda, muhtemel zorba iktidarlar karşısında insan haklarının yeterince korunamayacağı⁵³ endişesi çok doğal bir kaygıdır. Tarihsel gerçeklikler dikkate alındığında; olağanüstü hâl dönemlerinde, hak ve özgürlükler bakımından alışılmadık sınırlamalara gidildiği görülecektir. Unutulma hakkına dayanak oluşturan özel hayatın gizliliği, kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi, kişiliğin korunması gibi hakların, devletin güvenliğini tehdit eden durumlarda devlet aklı ilkesine bağlı kalınarak kısıtlandığı ve askıya alındığı hâller söz konusu olabilir.

Devlet aklı doktrini, olağanüstü bir durumun söz konusu olması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise, karşılaşılması muhtemel olumsuzlukları gidermek için gerekli olan araçların bilgisini ve kullanımını gerektirmektedir.⁵⁴ Bu bağlamda devlet aklı doktrini, kriz anında ve belirsiz durumlarda uygun bir “yönetim sanatının” gerçekleşmesini sağlayacak araçların gizli bilgisini elde etmeye ve güçlendirmeye atıf yapmaktadır.⁵⁵ Dolayısıyla istihbarat faaliyeti kapsamında kişisel bilgilerin vatandaşlar aleyhine toplanması ve kullanılması bakımından kişisel hak ve özgürlüklerin tehdit edilmesi riski bulunmaktadır.

Kişiyeye ait verilerin saklanması, verileri elinde bulunduranların verileri amaç dışı kullanması veya paylaşması, birey için tehlikeli bir durumdur. Devlet aklı doktrininde, en üstün varlık devlet olduğuna ve meşruiyetini de bizzat varoluşundan aldığına göre, topladığı bu bilgileri kendisi için kullanması tamamen meşru nitelikte sayılacaktır. Devletin güvenliği için toplanan bütün kişisel veriler, risk durumunda veya mevcut iktidarın sorgulandığı hâllerde kişiye karşı kullanılabilir. Bu durum, kişi açısından tam bir emniyetsizlik hâlidir. Çünkü birey, yaptığı ve söylediği her şeyden sorumlu olmakla birlikte, bunların mevcut iktidara veya devletin varlığına karşı olması durumunda, kendini tehlikede hissedecek ve ifade özgürlüğü kısıtlanmış olacaktır.

Unutulma hakkını bireyin kendini ifade etme, geliştirme hakkı ve özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirirsek devlet aklının unutulma hakkı ile çatışma hâlinde olduğunu görebiliriz. Bu çatışma bizzat devletin en üstün varlık olması ve devlete yarar sağlayan durumların varlığı hâlinde etik kuralların ve hukuk düzeninin askıya alınmasından kaynaklanmaktadır. Bireyin canı, malı, onuru veya bir diğer anlatımla hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmadığı,⁵⁶ devletin yüceltirildiği ve dokunulmaz hâle getirildiği devlet aklı anlayışına sahip sistemlerde, unutulma hakkının devlet aklı ile çatışması, her dönemde söz konusu olmaya devam edecektir.

⁵³ Yıldız, Kamu Güvenliğinin Karşısında Özgürlük-Otorite Dengesinin Sağlanması ve Devletin Rolü, 73.

⁵⁴ Orhan, “Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilatı Mahsusa”, 377.

⁵⁵ Orhan, “Devlet Aklı Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilatı Mahsusa”, 377.

⁵⁶ Kaya, “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı”, 63.

İnternetin karmaşık yapısı ve devletin bu yapıyı kullanarak internette bulunan her türlü bilgiyi arşiv kaynağı olarak kullanma olasılığı göz önüne alındığında, kişi aleyhine olan tehlikelerin tamamen bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ancak unutulma hakkının korunması çerçevesinde, kişinin maddi ve manevi varlığının devlet veya bazı tüzel kişilikler karşısında korunması ve geliştirilmesi yönünde önemli bir adım atılabilir. Çünkü unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hukuku ile ilgili mevcut düzenlemeler karşılaştırıldığında; unutulma hakkının kapsam bakımından daha geniş olduğu ve bireye ifade özgürlüğü temelinde kişiliğini geliştirmesi için önemli bir imkân sağladığı anlaşılacaktır. Bu bağlamda içtihat hukuku ile ortaya çıkan unutulma hakkının, mevcut hukuki düzenlemeler yanında, unutulma hakkı adı altında ileri sürülebilmesi, kişinin hukuki çıkarı ve hakkın içeriği bakımından daha uygun olacaktır. Söz konusu hak ile ilgili yapılacak düzenlemeyle birlikte, özgürlüklerin koruyucusu statüsünde olan devletin, kendi güvenliği için gerekli veya gereksiz olan her türlü bilgiyi kişiye karşı kullanma imkânı kısıtlanmış olacaktır.

II. KHK İLE İHRAÇ EDİLEN KİŞİLER İÇİN ÖNGÖRÜLEN HAK MAHRUMİYETLERİNİN UNUTULMA HAKKI ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİSİ

Makalenin bu bölümünde, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin hukuki nitelikleri, Türkiye'deki OHAL süreci göz önüne alınarak incelenecektir. Sonrasında ise, kanun hükmünde kararnama ile ihraç edilen kişiler için öngörülen hak mahrumiyetlerinin ve adli sicil kayıtlarının unutulma hakkı üzerindeki etkisi tetkik edilecektir.

A. OHAL KHK'lerinin Hukuki Niteliği

15 Temmuz 2016 günü ordu içerisinde FETÖ'ye bağlı olarak hareket eden bir grup asker tarafından, TSK içindeki mensupları öncülüğünde askeri darbe girişiminde bulunulmuştur.⁵⁷ 16 Temmuz sabahında Emniyet Genel Müdürlüğü ve TSK'nın yapmış olduğu operasyonlar neticesinde bastırılan darbe girişimi sonrasında 21 Temmuz'da yapılan Milli Güvenlik Toplantısı sonucunda TBMM, Türkiye'de 3 ay süreyle olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesi ile ilgili Başbakanlık Tezkeresi'ni 115'e karşı 346 oyla TBMM Genel Kurulu'nda kabul etmiştir.⁵⁸ 15 Temmuz darbe girişimi sonrası ilan edilen OHAL, ilk başta 19 Ekim 2016'dan itibaren üç ay olmak üzere,⁵⁹ toplamda iki yıl süre ile uzatıldı ve bu sürede 37 Kanun Hükmünde Kararnama çıkarılmıştır.⁶⁰ OHAL sürecinde ve sonrasında çıkarılan KHK'ler ile 134 bin kişi görevlerinden ihraç edilmiştir.⁶¹

⁵⁷ <https://www.ytb.gov.tr/haberler/15-temmuzda-turkiyede-yasanan-darbe-girisimi-hakkinda-basin-aciklamasi>, (E.T. 20.05.2020).

⁵⁸ <https://www.bbc.com/turkce/36858603>, (E.T. 20.05.2020).

⁵⁹ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-37543833>, (E.T. 21.05.2020).

⁶⁰ <https://tr.euronews.com/2019/07/12/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci>, (E.T. 21.05.2020).

⁶¹ <https://www.dw.com/tr/khklilar-sosyal-ölüme-terk-edildik/a-52005145>, (E.T. 21.05.2020).

Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleleri “sebebe bağlı” işlemlerdir.⁶² KHK’lerin sebep unsurunun sağlanması hâlinde, olağanüstü hâl ilanına sebep olan tehdit veya tehlike ile mücadele etmek için düzenleyici nitelikte tedbirler alınabilir.⁶³ OHAL uygulamalarının söz konusu olduğu dönemlerde; mevcut krizin aşılması amacıyla yürütme organına, kanuna dayanmadan düzenleyici yasal işlem yapabilme yetkisi tanınmaktadır.⁶⁴ Böylece olağanüstü hallerde yürütmeye, yasama ve düzenleyici işlem yapma yetkisi verilerek, kriz halinin aşılması için çabuk ve etkili bir yol izlenebilecektir. Bunun yolu ise, yürütmeye olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin tanınmasından geçer.⁶⁵ O dönem yürürlükte olan hâliyle, Anayasa’nın 121. maddesindeki “olağanüstü hâl süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir” hükmü ile birlikte, yürütmeye düzenleyici işlem yapabilme yetkisi verilmiştir. Ayrıca bazı yazarlar tarafından, KHK çıkarılabilmesi için yetki kanuna gerek duyulduğunu ileri sürülmesine karşın, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarabilmesi için yetki yasasına gerek bulunmadığı yönünde karar vermiştir.⁶⁶

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğinin öncesinde, KHK çıkarma yetkisi bakanlar kuruluna aitti.⁶⁷ Ancak söz konusu değişiklik ile birlikte, KHK çıkarma yetkisi kaldırılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması kabul edilmiştir ve olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve olağanüstü Cumhurbaşkanlığı kararnameleri olmak üzere iki kategoride düzenlenmiştir.⁶⁸ Parlamenter hükümet sisteminde KHK adı altında düzenlenen ve yeni sistemde olağanüstü Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak yer alan bu kararnameler, yürütme alanına ilişkin konularda, yürütmeye düzenleyici işlem yapabilme yetkisi vermiştir. Ancak Kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabilmesi için yetki kanunu ve meclisin onayı gerekiyken, 2017 Anayasa değişikliğiyle birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki kanunu ve meclis onayına gerek kalmadan çıkarılabilmesi sağlanmıştır. Bununla birlikte söz konusu kararnamelerin yetki sınırları bulunmaktadır. Anayasa’nın 104 maddesine göre; “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Anayasa’da mün-

⁶² Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2000), 184.

⁶³ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, 383.

⁶⁴ Anayasa, m. 119.

⁶⁵ Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, 12.

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, 10/1/1991 tarihli, E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1992N21162S19911/1>, (E.T. 22.05.2020).

⁶⁷ Anayasa, m.119, 120.

⁶⁸ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 278-279.

hasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz". Ancak OHAL kapsamında çıkartılan KHK'lerle Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin düzenleyici işlem yapılmasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır.⁶⁹

B. GBT ve Adli Sicil Kayıtlarının KHK ile İhraç Edilenler Üzerindeki Etkisi

15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişiminin ardından, 20/07/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Anayasa'nın 120'nci maddesi uyarınca OHAL ilan edilmiş ve bu karar T.B.M.M. tarafından onaylanmıştır.⁷⁰ OHAL ilan edilmesiyle birlikte, 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak, "terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen" kişiler, idari işlem ve KHK eki liste usulüyle kamudaki görevlerinden ihraç edilmiştir.

667 sayılı KHK'ye göre; idari işlemle ihraçın ilk aşamasında, kamuda çalışan kişinin durumunun görev yaptığı idare içerisinde oluşturulan kurul tarafından incelenmesi gerekmektedir. Sonraki aşamada ise ilgili bakanın imzası ile ihraç işlemi gerçekleştirilmektedir.⁷¹ KHK eki liste ile ihraç yönteminde ise, KHK'lerin eklerinde ihraç edilen kamu personeli liste halinde yer verilmesi ile ihraç işlemi gerçekleştirilmiştir. OHAL KHK'leri ile hayata geçirilen ihraç işlemlerine karşı idari yargıda açılan davalarının usulden reddedilmesi üzerine, 685 sayılı OHAL KHK'si ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur.⁷² İhraç işlemlerine karşı idari başvuru yolunun açık olması, hak arama özgürlüğü kapsamında olumlu bir gelişmedir. Örneğin; KHK ile görevinden uzaklaştırılan edebiyat öğretmeni A.U. hakkında OHAL Komisyonu görevine iade kararı vermiştir. Bunun yanında, A.U.'nun, ihraç döneminde alamadığı mali haklarına ilişkin mahkemeye yaptığı başvuru sonucunda, yerel mahkeme, A.U.'yu ihraç edildiği süreçten beri görevdeymiş gibi kabul ederek faiziyle birlikte bu haklarının kendisine verilmesi yönünde karar vermiştir.⁷³

Açıklanan gelişmelerin yanında KHK ile ihraç edilenlerin hayatlarında olumsuz birçok değişim yaşanmıştır. Kamudaki görevlerinden ihraç edilen kişi-

⁶⁹ Anayasa m. 91/1.

⁷⁰ 21/07/2016 tarihli ve 1116 sayılı Karar, 22/07/2016 tarihli ve 29778 sayılı Resmî Gazete.

⁷¹ 667 sayılı OHAL KHK'si, m.4.

⁷² M. Artuk Ardıçoğlu, "Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Ankara Barosu Dergisi 75, S.2 (2017): 27.

⁷³ <https://www.tarafsizhaberajansi.com/2020/02/01/khklilar-icin-emsal-karar-goreve-iade-edilene-maddi-kayiplari-faiziyle-verilecek/>, (E.T. 22.05.2020).

lerin birçoğu iş, sosyal güvence, eğitim, sağlık gibi birçok konuda büyük zorluk çekmiş ve bu durum yakın çevresini de etkilemiştir. Örneğin TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nda kabul edilen Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve KHK'lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'ne göre, KHK ile kamudan ihraç edilen doktorların, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile anlaşmalı özel hastanelerde de çalışması yasaklanmıştır.⁷⁴ Aldığı eğitim alanına yönelik iş bulamayan kişilerin zorunlu olarak başka alanlarda iş araması da bir çözüm olmayabilmektedir. Sadece ceza alanların değil, dava açıp aklanmış olan kişilerin de herhangi bir işe girme ihtimalleri düşük olmaktadır.⁷⁵ Bu durumun en önemli nedenini ise tutulan adli sicil kayıtları ve GBT sistemindeki veriler oluşturmaktadır.

Memurluğa girişin genel şartları arasına, 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Karamamesi'nin 74'üncü maddesi uyarınca, "güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmış olması" şartı getirilmiştir.⁷⁶ Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması, kişinin kamu hizmetine alınması hususunda herhangi bir sakınca olup olmadığına ilişkin yapılan soruşturma ve araştırmadır.⁷⁷ Arşiv araştırması; kişinin aranıp aranmadığı, adli sicil durumu ve hakkında bir sınırlama olup olmadığı gibi objektif olarak belirlenebilen konuları içermektedir.⁷⁸ Güvenlik soruşturmasının içinde ise bu konularla birlikte sübjektif değerlendirmeleri de içeren sınıflandırmalar bulunmaktadır.⁷⁹ Genel bir bağlamda değerlendirmek gerekirse güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasını da içine alan bir uygulamadır. Söz konusu uygulamanın bünyesinde toplanan kişisel veriler, özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gereken bilgilerden oluşmaktadır.

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte özel şirketlere dahi kişisel verilerin toplanması ve kayıt altına alınmasında gerekli kolaylıklar sağlanmaktadır. Özel sektördeki kişisel verilerin işlenmesi yoğunluğuna bakılırsa devletin kişisel verilerin toplanması ve kayıt altına alınmasında daha rahat bir yol izlemesi olağandır. Özellikle internet ve bilgi teknolojilerinin gelişimi ile birlikte, kişisel verilere erişimdeki kolaylık, söz konusu verilerin korunmasına ilişkin bazı tedbirlerin alınmasını gerekli kılmıştır. Bu kapsamda çıkarılan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve 28 Ocak 1981 yılında imzalanan Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi, Türk hukukundaki gelişmelerden bazılarıdır. Bununla birlikte kişisel verilerin korunması alanındaki gelişmeler mahkeme kararlarına

⁷⁴ <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-46135484>, (E.T. 22.05.2020).

⁷⁵ <https://www.dw.com/tr/khkıllar-sosyal-ölüme-terk-edildik/a-52005145>, (E.T. 23.05.2020).

⁷⁶ Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 29.10.2016 Tarihli ve 29872 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁷ Durmuş Kılınc, "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması", Ankara Barosu Dergisi 77, S.2 (2019): 5.

⁷⁸ Kılınc, "Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması", 8.

⁷⁹ Muammer Aksoy, Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MİT Raporları Işığında Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi, (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988), 70.

da yansımış ve kişi lehine birçok karar verilmiştir.⁸⁰ AYM özelindeki kararların birçoğunda mahkeme, kişisel verilerin korunmasını özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmiştir.⁸¹

Anayasa Mahkemesi, Bülent Kaya ve E.Ç.A. başvurularında, söz konusu bilgilerin kişisel veri kapsamında sayılıp sayılmadığı hususunda bir değerlendirme yapmış ve Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi'nin 2/a maddesinden yola çıkmıştır. Buna göre “kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi hakkındaki tüm bilgiler” kişisel bilgi kapsamında değerlendirilmiştir.⁸² Söz konusu başvurular, adli sicil kaydından bağımsız olarak tutulan GBT sistemindeki mahkûmiyet ve yargılamayla ilgili verilerin kayıt altına alınması ve saklanmasına karşı yapılmıştır. Adli sicil kaydında, sadece kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü verildiğinde veri kaydı yapılmaktadır. Ancak GBT sisteminde mahkûmiyet hükmüne ilişkin veri kaydının yanında soruşturma ve yargılama evresi ile ilgili veriler de tutulmaktadır.⁸³ Mahkeme, Bülent Kaya kararında, 2559 sayılı Kanun uyarınca polis, istihbarat faaliyetlerinde bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme ve ilgili makamlara ulaştırma gibi yetkilerinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, 2559 sayılı Kanun'un ek 7. maddesini göz önünde bulundurarak, söz konusu verilerin kayıt altına alınmasının, hukuki dayanaktan yoksun olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak mahkemenin, yargılama ve soruşturmaya ilişkin verileri, hassas veri olarak kabul etmesi ve somut olay dikkate alındığında, söz konusu verilerin kayıt altına alınmasının kişinin yaşamını etkilemesi, özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğini göstermektedir. Ayrıca E.Ç.A. uzun süreden beri ticaretle uğraştığını ve söz konusu kayıtlar nedeniyle, resmi işlemlerde ve esnaf odası faaliyetlerinde adli sicil kaydı silinmemiş gibi muamele gördüğünü ve arşiv kaydının silinmemesi nedeniyle çeşitli imkânlardan yararlanmadığını belirtmiştir.⁸⁴ Bu durum, Anayasa'nın 20. maddesini açıkça ihlâl etmektedir. İlgili maddeye göre “... Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”

⁸⁰ Naciye Betül Haliloğlu, “Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı 36, S. 2 (2019): 352.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 20/03/2008 tarihli ve E.2006/167, 2008/86 K. sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 4, S.48 (2011): 2033.

⁸² Anayasa Mahkemesi, Bülent Kaya, B. No: 2013/2941, 11/5/2016 K. tarihli kararı - Anayasa Mahkemesi, E.Ç.A., B. No: 2014/5671, 07/06/2018 K. tarihli kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7256>.

⁸³ Haliloğlu, “Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, 363.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, E.Ç.A., B. No: 2014/5671, 07/06/2018 tarihli kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5671>.

Kişinin kendi rızası olmadan şahsına ait bilgilerin başka kurum ve kişilerle paylaşılması özel hayatın gizliliğini ihlâl etmekle birlikte, ilgili verilerin esnaf odası gibi kuruluşlar tarafından ulaşılabilmesi, kişinin kendi geleceğini belirlemesinin önünde bir engel oluşturmakta ve Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına zarar vermektedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorunlu meselelerden bir diğeri ise, istihbari bilgilerin kayıt altına alınması ve kullanılması aşamasıdır. Bilgi, devletlerin kendi politikalarını biçimlendirmeleri ve sorunlarını çözmeleri için mecburi olan bütün gerekli enformasyonu karşılayan bir terim olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵ Devlet, kriz süreçlerinde veya sıkıntılı siyasal dönemlerde kullanmak amacıyla, istihbarat toplama ve olası düşmanlar hakkında bilgi edinme yoluna başvurur. Bu amaçla geniş çalışmalar yürütülür ve söz konusu bilgiler düzenli bir şekilde kayda geçirilir veya yeniden düzenlenir. Söz konusu çalışmaların en basit örneği nüfus sayımlarıdır. Örneğin Naziler, nüfus sayımlarında Yahudi aileleri fişleyerek kimlerin iktidar için tehlike oluşturduklarını, kimle ilişkili olduklarını ve devlet düşmanlığı barındırıp barındırmadıklarını tespit edebiliyorlardı.⁸⁶ Bu politikaların modern dünyaya uygulanması ise istihbari faaliyetler adı altında gerçekleşmektedir. Devlet, vatandaşları da dahil olmak üzere sakıncalı gördüğü kişi ve kurumlar hakkında bilgi toplayabilmekte ve bunları kayıt altına alabilmektedir.

Danıştay'ın ve İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin verdikleri emsal nitelikteki kararlar, istihbari bilgilerin hukuki işlemlere zemin hazırlamadığı yönündedir. Taşeron işçi statüsünde çalışan bir işçinin, kadrolu sürekli işçi kadrosuna geçme yönündeki isteminin, “güvenlik soruşturmasına ilişkin raporlarda ve bilgi notlarında yer alan bilgiler” gerekçesi ile reddedilmesi karşısında, başvuruyu inceleyen İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, söz konusu işlemi iptal etmiştir.⁸⁷ Danıştay kararına konu olan olayda ise, bir başkomiser, istihbari bilgi notu sebebiyle emniyet amiri rütbesine terfi ettirilmemiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, sırf istihbari bilgi notuna dayanılarak emniyet amirliği rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin dava konusu işlemin hukuka uygun olmadığına ve dayanağı olmayan istihbari nitelikteki bilgi ve belgelerin, kişilerin hukuksal durumuna etki eden işlemlerde esas alınmaması gerektiğine karar vermiştir.⁸⁸ Danıştay'ın ve Bölge İdare Mahkemesi'nin verdikleri kararlar da göstermektedir ki; güvenlik soruşturmalarında kullanılmak amacıyla toplanan istihbari bilgilerin kayıt altına alınması ve belirli kurum ve kuruluşlarla paylaşılması, kişinin özel yaşamını etkilemekte ve bu verilerin kişi aleyhine kullanılması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

⁸⁵ Mark Neocleous, *Devleti Tahayyül Etmek*, Çeviri: Akın Sarı, (Ankara: Nota Bene Yayınları, 2015), 88.

⁸⁶ <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/jews-in-prewar-germany>, (E.T. 25.05.2020).

⁸⁷ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci İdare Dava Dairesi, E. 2019/1285, K. 2020/371, <https://www.hukukihaber.net/kararlar/istihbari-bilgiler-tek-basina-kadroya-gecis-talebinin-h435339.html>.

⁸⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/155, K. 2011/290, *Danıştay Dergisi*, S.129 (2012): 92.

SONUÇ

Unutulma hakkı, bilginin öznesi konumunda olan bireyin, doğru ve hukuka uygun olarak yayılmış olan bilgilerinin zamanla geçirdiği değişim sonucunda bireyin kişiliğini yansıtmaması sebebiyle silinmesini isteme hakkıdır. Kişiye ait bilgilerin, kişinin rızasıyla veya rızası olmadan ve herhangi bir süre sınırına tabi tutulmadan uzun yıllar saklanması, özellikle içinde bulunduğumuz internet çağında tehlikeli bir hâl almış ve unutulma hakkının hukuk düzeni içerisinde kendine yer bulmasını sağlamıştır.

Unutulma hakkı, içtihat hukuku ile oluştuğu için bu hakkın söz konusu olduğu davalarda, unutulma hakkı dışındaki mevcut hukuki düzenlemeler temel alınarak ileri sürülmüştür. Uluslararası hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da durum bu şekilde ilerlemiş ve unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği kapsamında ileri sürülmüştür. Kişinin yaşamında dokunulmaması gereken alanların bulunması ve bireyin kendisini hiçbir baskı altında kalmadan geliştirmesi, özel yaşamın gizliliği kapsamında sunulan bir haktır. Unutulma hakkı da, bu çerçevede içerisinde bireyin geçmişinden bağımsız olarak hayatına devam etmesini ve kişiliğini geliştirmesini sağlamaya yöneliktir.

Unutulma hakkının özel yaşamın korunması hakkıyla olan bağlantısı, bilgi boyutuna ilişkindir. Bu kapsamda kişisel verilerin gizliliği, bireyin dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı korunması adına büyük önem arz etmektedir. Unutulma hakkı ileri sürülürken kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerden yararlanılması, kişisel verilerin özel yaşamın bir parçası olmasından kaynaklanmaktadır. Unutulma hakkının bir insan hakkı olarak tanımlandığı Google İspanya kararı, söz konusu hakkın, internet ortamında bulunan kişisel verilere ulaşımdan kaynaklanan tehlikeler karşısında bireye etkin bir koruma sağladığını ortaya koymaktadır.

Özellikle devlet tarafından toplanan ve kayıt altına alınan bilgilerin, bireyin ileriki yaşamında karşısına engel olarak çıkması, unutulma hakkının, istihbari faaliyetler kapsamında kullanılan kişisel verilerin silinmesi veya koruma altına alınması çerçevesinde ileri sürülebilmesine imkân vermektedir. Adli sicil kayıtlarının ve GBT sistemindeki verilerin uzun süre saklanması bireyin yaşamında birçok olumsuzluğa sebep vermektedir ve kişi geçmişinden bağımsız bir birey haline gelemediği için kendini geliştirme hakkı kısıtlanmaktadır. Bu sebeple adli sicil kayıtlarının ve GBT sistemindeki verilerin zamanın geçmesine bağlı olarak silinmesi, özel hayatın gizliliğinin korunmasına ve buna bağlı olarak kişiliğini geliştirmesine olanak verecektir.

Bilginin öznesi konumunda olan bireyi, söz konusu bilgilerin herhangi bir zaman sınırına tabi olmadan saklanması yaratacağı tehlikelere karşı korumayı amaçlayan unutulma hakkı, günümüzde sıkça dile getirilmektedir. İnternet çağının ortaya çıkardığı yenilikler sonucunda, bilgiye erişimin kolaylaşması ve söz

konusu bilgilerin uzun süre kayıt altında tutulması, özel hayatın gizliliğini ve kişisel verilerin korunmasını tehlikeye sokmaktadır. Bu kapsamda, günümüz teknolojilerinin sebep olduğu tehlikelere karşı çözüm niteliğinde olan unutulma hakkının, bilişim çağının da gereklilikleri dikkate alınarak bağımsız bir hak olarak düzenlenmesi, hakkın sağladığı koruma bakımından yararlı bir adımdır.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın Google Kararı”, TBB Dergisi, S.116 (2016): 11-38.
- Aksoy, Muammer. “Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MİT Raporları Işığında Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi”, Ankara: Mülkiyeli-ler Birliği Vakfı Yayınları, 1988, s. 69-165.
- Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ausloos, Jef. “The ‘Right to be Forgotten’ - Worth remembering?” Computer Law & Security Review 28, S.2 (2012): 143-152.
- Blanchette, Jean-François ve Johnson, Deborah G. “Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness”, The Information Society 8, S.1 (2002): 33-45.
- Denoix De Saint Marc, Renaud. Devlet. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2009.
- Gökpinar, Mahmut, Anayasal Devlette Temel Hak ve Özgürlükler Düzeni, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2016.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi. Bursa: Ekin Yayınevi, 2000.
- Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Haliloğlu, Naciye Betül. “Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi.”, Anayasa Yargısı 36, S. 2 (2019): 349-500.
- Hobbes, Thomas. Leviathan. Çeviren: Semih Lim. İstanbul: YKY, 2010.
- Kaya, Semih Batur. “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı.”, TBB Dergisi 32, S.143 (2019): 51-78.
- Kılınç, Durmuş. “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması.”, Ankara Barosu Dergisi 77, S. 2 (2019): 3-39.
- Machiavelli, Niccola. Prens. Çeviren: Kemal Atakay. İstanbul: Can Yayınları, 2018.
- Mayer-Schönberger, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- Neocleous, Mark. Devleti Tahayyül Etmek. Çeviri: Akın Sarı. Ankara: Nota Bene Yayınları, 2015.
- Orhan, Salim. “Devlet Akli Doktrini ve Modern Türkiye’ye Geçiş Sürecinde Bir Tezahürü Olarak Teşkilat-ı Mahsusa.”, DÜHFD 23, S. 39 (2018): 375-409.
- Sancar, Mithat. Devlet Akli Kısılcacında Hukuk Devleti. İstanbul: İletişim Yayınları, 2016.
- Schmitt, Carl. Siyasi İlahiyat. Çev: Emre Zeybekoğlu. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2005.
- Sözüer, Eren. “Geçmişe Sünger Çekmek: Unutulma Hakkı.”, Erişim Tarihi: Mayıs 20, 2020. <https://blog.lexpera.com.tr/author/eren-sozuer/>.

- Sözüer, Eren. İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2017.
- Turhan, Ayşe Melek, Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- Weber, Rolf H. The Right to be Forgotten: More than a Pandora's Box?. *Journal of Intellectual Property, Information Technology, and Electronic Commerce Law* 2, S. 2 (2011): 120-130.
- Westin, Alan Furman. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1967.
- Wright, Jane. *Tort Law and Human Rights*. İngiltere: Hart Publishing, 2001.
- Yıldız, Eda. Kamu Güvenliğinin Sağlanmasında Özgürlük-Otorite Dengesi ve Devletin Rolü, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Yıldız, Tuba. Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı. Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.