



Cilt/Vol:12 Sayı/Issue:1 Temmuz/July-2024



**SAKARYA  
HUKUK DERGİSİ  
(SHD)**

---

**THE SAKARYA  
JOURNAL OF LAW  
(THE SJL)**

CILT/VOLUME: 12 SAYI/ISSUE: 1  
E-ISSN 3023-6894

TEMMUZ/JULY 2024  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/shd>

# SAKARYA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

THE SAKARYA  
JOURNAL OF LAW/SJL



**SAKARYA**  
ÜNİVERSİTESİ

---

---

# The Owner on Behalf of Sakarya University

## Sakarya Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi

---

---

Prof. Dr. Hamza Al  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye

---

---

### Editor in Chief / Baş Editör

---

---

Alper Işık  
Department of General Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
alper@sakarya.edu.tr

---

---

### Associate Editor / Yardımcı Editör

---

---

Gizem Çoşğun Yıldırım  
Department of Commercial Law  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

---

---

### Editorial Board / Yayın Kurulu

---

---

Gizem Çoşğun Yıldırım  
Department of Commercial Law  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

Muammer Fatih Öztürk  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatihozturk@sakarya.edu.tr

Fatmagül Gökçe  
Department of Maritime Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ffatmagulgokce@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

Cemre Edip Yalçın  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Yunus Emre Bozcu  
Department of Public Law  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Rumeysa Demir  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr

Ebrar Sena Oruçhan  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

---

---

## Preflight Editor/ Ön Kontrol Editörü

---

---

Yunus Emre Bozcu  
Department of Public Law  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
yunusbozcu@sakarya.edu.tr

Fatih Eraslan  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatiheraslan@sakarya.edu.tr

---

---

## Turkish Language Editor/ Türkçe Dil Editörü

---

---

Ebrar Sena Oruçhan  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ebraroruchan@sakarya.edu.tr

Rumeysa Demir  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr

---

---

## English Language Editor/ İngilizce Dil Editörü

---

---

Cemre Edip Yalçın  
Department of Public Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
cemreyalcin@sakarya.edu.tr

Fatmagül Gökçe  
Department of Maritime Law  
Sakarya University, Sakarya-Türkiye  
ffatmagulgokce@sakarya.edu.tr

---

---

## Statistics Editor/ İstatistik Editörü

---

---

Muammer Fatih Öztürk  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
fatihozturk@sakarya.edu.tr

---

---

## Ethics Editor/ Etik Editörü

---

---

Gizem oşğun Yıldırım  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
gizemcosgun@sakarya.edu.tr

---

---

## Editorial Board / Editör Kurulu

---

---

Şafak Narbay  
Private Law Department  
Sakarya University  
Sakarya-Türkiye  
safaknarbay@sakarya.edu.tr

İbrahim Özbay  
Private Law Department  
Tokat Gaziosmanpaşa University  
Tokat-Türkiye  
ibrahim.ozbay@gop.edu.tr

Ayhan Döner  
Department of Public Law  
Erzincan Binali Yıldırım University  
Erzincan-Türkiye  
adoner@erzincan.edu.tr

Murat Doğan  
Department of Private and Civil Law  
Erciyes University  
Kayseri-Türkiye  
murat.dogan@erciyes.edu.tr

Mariam Jikia  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Jiqiamari07@gtu.ge

Sophio Demetrashvili  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Demetrashvilisopo07@gtu.ge

Nana Rosepashvili  
Department of Public International Law  
Technical University of Georgia  
Georgia-Tbilisi  
Rosepashvilinana07@gtu.ge

Ketevan Jmcharadze  
Law Faculty Department  
Georgian-American University  
Georgia-Tbilisi  
ketijincharadze@gau.edu.ge

Larisa Vasileska  
Department of Law  
St Kliment Ohridski-Bitola University  
Macedonia- Kirchova  
larisa.vasileska@uklo.edu.mk

---

# Indexing

---



# Contents

## Research Article

- 1 Türk ve Alman Uygulaması Kapsamında TCK'da Bazı Suç Tiplerinde Yer Alan "Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi" Nitelikli Halinin Anlamı  
*Exploring the Meaning: the Aggravating Reason of "Committing the Crime by Multiple Perpetrator" in the Terms of Certain Crimes Codified in German and Turkish Criminal Law*  
**Özge Apış** . . . . . 1-16
- 2 İdari Gözetim Altında Tutulanların Hak İhlâli İddiaları Karşısında Etkili Başvuru Hakkı: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin İki Farklı Kararı  
*The Right to Effective Remedy for Alleged Violations of the Rights of People Held Under Administrative Detention: Two Different Judgements of the Court of Jurisdictional Disputes and the Constitutional Court*  
**Esra Yılmaz Eren, Eyüp Kaan Demirkıran** . . . . . 17-46
- 3 Yapay Zekânın İdari Yargı Üzerindeki Etkileri  
*Effects of Artificial Intelligence on Administrative Judiciary*  
**Hülisi Alphan Dinçkol** . . . . . 47-77
- 4 The Implementation of European Union Digital Single Market Directive Article 17  
**Muhammed Furkan Akıncı** . . . . . 78-90
- 5 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası 1982 Anayasası'nda Yetki ve Görev Olarak Yürütme  
*Execution as a Power and Duty in the 1982 Constitution after the 2017 Constitutional Amendments*  
**Muhammed Göçgün** . . . . . 91-129
- 6 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Adalet Sisteminde Kanunla İhtilafa Düşen Çocuklar: Çocuk Suçluluğu, Kurumlar, Süreçler, Yasalar  
*Children in Conflict with the Law in the Criminal Justice System of the Turkish Republic of Northern Cyprus: Juvenile Delinquency, Institutions, Processes and Laws*  
**Osman Kayabaşı** . . . . . 130-159
- 7 Veto (Geri Gönderme) Yetkisinin Anlamı, Türk Anayasalarında Düzenlenişi ve Yasama Fonksiyonunun Özellikleri Açısından İncelenmesi  
*The Meaning of the Veto Power, Its Regulation in Turkish Constitutions and Its Examination in Terms of the Characteristics of the Legislative Function*  
**Onur Hamurcu** . . . . . 160-174
- 8 Başkent Kavramı ve Osmanlı-Türk İdari Teşkilatlanmasında Başkent Uygulaması  
*The Concept of Capital City and Capital City Practice in the Ottoman-Turkish Administrative Organization*  
**Bahadır Apaydın** . . . . . 175-210
- 9 Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Karşılıklılık İlkesinin Kaldırılmasının Anayasaya Aykırılığı  
*The Unconstitutionality the Abolition of the Principle of Reciprocity in the Acquisition of Immovable Property by Foreigners*  
**Feyzan Olgunsoy** . . . . . 211-233
- 10 İslam Borçlar Hukukunda Beklenmeyen Hal  
*Unexpected Situation in Islamic Law of Obligations*  
**Ahmet Akman** . . . . . 234-252
- 11 Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler  
*Thoughts on Whether Legal Persons Can Benefit from Legal Aid*  
**Alper Tunga Küçük, Fatih Tahiroğlu** . . . . . 253-282

12	Yolcunun Ölümü ve Bedensel Zarara Uğraması Durumlarında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğunun Teminatı Olarak Mali Sorumluluk Sigortası <i>Liability Insurance as a Guarantee of the Air Carrier's Liability in Cases of Death and Bodily Injury of the Passenger</i> <b>Zeynep Arslan</b> . . . . .	283-326
13	Elektronik Seçimin Yasal ve Politik Boyutu: Uluslararası Uygulama Örnekleri <i>Legal and Political Aspects of Electronic Elections: International Practice Examples</i> <b>Meliha Naz Dağ, Eyüp Burak Ceyhan</b> . . . . .	327-350
14	Türk Millî Futbol Takımlarına Çağrılan Futbolcu ile Türkiye Futbol Federasyonu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği <i>The Legal Nature of the Relationship Between the Football Player Called Up to Turkish National Football Teams and Turkish Football Federation</i> <b>Eren Yıldız, Mahmut Ceylan</b> . . . . .	351-376
15	Fıkıhın Türkçesi: Bir Mecmua İçinde Klasik Dönem Osmanlı Yargılama ve Ceza Hukukuna Dair Kısmi Bir Çeviri <i>Fiqh in Turkish: A Partial Translation on Classical Ottoman Trial and Criminal Law in a Mecmua</i> <b>Osman Safa Bursalı</b> . . . . .	377-428
16	Hekimlerin Hastalarına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarından Doğan Sorumluluğu <i>Physicians' Liability Arising From Social Media Posts Regarding Their Patients</i> <b>Pelin Çavdar Lokumcu</b> . . . . .	429-453
17	Hukuki Boyutuyla Turizm İşletmesi Belgesi <i>Tourism Management Certificate in Legal Aspects</i> <b>Hüseyin Melih Çakır</b> . . . . .	454-485
18	Türk ve İngiliz Hukukunda Sigorta Kooperatifleri <i>Insurance Cooperatives in Turkish and UK Law</i> <b>Hayri Bozgeyik, Yusuf Üstün, Beyza Nur Ağca</b> . . . . .	486-503
19	Alman Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğuna Yeni Bir Bakış <i>A New Perspective on the Liability of the Building Owner in Turkish Law in the Light of the Regulations in German Law</i> <b>Özkan Özyakışır</b> . . . . .	504-530
20	Deprem Sebebiyle Uğranılan Zararlardan Tazminat Sorumluluğu <i>Liability for Damages Due to Earthquake Damage</i> <b>Efe Can Yıldırım, Ali Suphi Kurşun</b> . . . . .	531-600

## Translation

21	Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (Jus Cogens) Hakkındaki Taslak Sonuçlar Çalışması ve Çalışmanın Türkçe Çevirisi <i>Draft Conclusions of the International Law Commission on Peremptory Norms of International Law (Jus Cogens) and the Turkish Translation of the Study</i> <b>Betül Gültekin Albayrak, Gökhan Albayrak</b> . . . . .	601-608
----	---	---------



## Türk ve Alman Uygulaması Kapsamında TCK'da Bazı Suç Tiplerinde Yer Alan "Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi" Nitelikli Halinin Anlamı

*Exploring the Meaning: the Aggravating Reason of "Committing the Crime by Multiple Perpetrator" in the Terms of Certain Crimes Codified in German and Turkish Criminal Law*

Özge Apış 

Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi,  
Adana, Türkiye  
ozge.apis@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 25.12.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 10.02.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
29.03.2024

**Öz:** 5237 Sayılı Kanun'un II. Kitabında bazı suç tipleri bakımından, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin cezayı artıran nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu düzenleme, bazı suç tiplerinde suçun işlenmesini kolaylaştırmak ve mağdurun direncinin daha çabuk kırılmasını sağlamak gerekçeleriyle kabul edilmiştir. İştirak kurumu, genel anlamda her suç tipi bakımından böyle bir özellik gösterse de cezanın artırılmasının kimi suç tipleri bakımından kabul edilmesi kanun koyucunun benimsediği suç ve ceza politikasına ilişkin bir husustur. Türk Hukuku'nda suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek faillik şeklinde anlaşılmaktadır. Alman Hukuku'nda da bazı suçlar bakımından suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesi, temel cezanın artırılmasını gerektirmektedir. Ancak Türk Hukuku'ndan farklı olarak bu hukuk sisteminde, suçun, suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi de kimi suçlar bakımından cezanın artırılmasını gerektirmektedir. Çalışmada iki hukuk sistemindeki düzenlemelerin karşılaştırılması amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Müşterek Fail, Yardım Eden, Suçun Birlikte İşlenmesi, Suçun Ortaklaşa İşlenmesi, İştirak

**Abstract:** In the 2nd Book of the Law No. 5237, in terms of some types of crime, "committing the crime together by more than one person" is regulated as a qualified form that increases the punishment. The regulation in question has been adopted for the reasons of making it easier to commit crimes and to break down the resistance of the victim more quickly in some types of crimes. Although the institution of participation has such a feature in general terms for all types of crimes, the acceptance of increased penalties for some types of crimes is a matter related to the crime and punishment policy adopted by the legislator. In Turkish Law, the commission of a crime by more than one person is understood as joint perpetration. In German Law, for some crimes, committing the crime as a joint perpetrator requires an increase in the basic penalty. However, unlike Turkish Law, in this legal system, committing the crime collectively with another person who participates in the crime requires increased punishment for some crimes. The aim of the study is to compare the regulations in two legal systems.

**Keywords:** Joint Perpetrator, Aider, Committing the Crime Collectively with Another Person, Joint Commission of the Crime, Participation

### Extended Abstract

In the Turkish Penal Code (TPC), for some crimes, the "joint commission of the crime by more than one person" is envisaged as a qualified case that increases the penalty. In the doctrine, the inclusion of this qualification for these crimes is expressed as facilitating the commission of the crime,

**Cite as (ISNAD):** Apış, Özge. "Türk ve Alman Uygulaması Kapsamında TCK'da Bazı Suç Tiplerinde Yer Alan "Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi" Nitelikli Halinin Anlamı". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1) (2024), 1-16. <https://doi.org/10.56701/shd.1409938>

eliminating/reducing the possibility of self-defense of the victim, etc. When the article justifications are examined, it is stated in the justification for only the crime of plunder that "the coercive effect that the crime of plunder committed by more than one person together may have on the victim" is taken into consideration. The absence of such a statement in the justification of other types of offenses is not a deficiency. This is because the circumstances that increase the penalty of the crime are generally regulated by taking into account the moral refusal of the perpetrator, the reduction of the victim's possibility of defense, facilitating the execution of the crime, increasing the injustice or the danger posed by the act in terms of social order.

On the other hand, the justifications of some of the crimes in Law No. 5237, in which this qualification is accepted, stipulate that this provision is only valid for joint perpetrators. In other words, the justifications of the articles in question state that the qualified case will be applied if the executive acts of the crime are carried out by more than one person as a joint perpetrator, and that those who participate in the crime as instigators or aiders and abettors will not be punished only for this reason. In this case, if all of the participants in the crime are joint perpetrators, the qualified case of the crime committed by more than one person together will require an increase in the punishment of each perpetrator. However, in the concrete case, if the contribution of the person(s) who participated in the crime other than the perpetrator to the crime remained at the level of aiding or instigating, the punishment will be determined by considering the basic form of the crime for the perpetrator and the accomplices.

In Turkish Law, problems arise from time to time in the determination of joint perpetratorship, which leads to injustices in the punishment of crimes where the element of "joint commission of the crime by more than one person" is envisaged as a qualified circumstance that increases the penalty. For example, in a concrete case, if the contribution to the crime is at the level of joint perpetrator but is erroneously characterized as assisting, the penalty to be imposed on the participant will be less. In this case, the penalty to be imposed on the person will not be increased according to the basic form, but on the contrary, it will be reduced due to aiding.

The situation is slightly different in German practice. As a matter of fact, when the German Criminal Code is examined, it is seen that for some crimes, "committing the crime together with more than one person" and for others, "committing the crime jointly with another person participating in the crime" are accepted as qualified circumstances that increase the penalty. In German Law, "joint commission" and "joint commission" of a crime are different concepts. For this reason, in crimes where the "joint commission" of the crime is accepted as a qualified circumstance that increases the penalty, the penalty of the accomplices varies even if there is no contribution at the level of joint perpetrator.

There is no such practice in Turkish Law. In Turkish Law, there is no such distinction and "committing the offense together with more than one person" makes it obligatory to participate in the offense as a joint perpetrator.

In terms of serious crimes such as sexual assault, sexual abuse, encouragement of children to prostitution, obscenity, intentional homicide, aggravated forms of intentional injury, manufacture and trafficking of drugs or stimulants, or plunder, not only the participation as a joint perpetrator but also the participation as an aider and abettor should be regulated in a special way. In other words, it may be considered to regulate the "jointly committing" criterion in the German Law in terms of these crimes. At the very least, special ratios can be set for the qualified elements of each offense, which would allow for a reduction less than the reductions under Article 39 of the TPC. Just as the legislator punishes an agreement or even an attempt as a completed crime in order to protect the legal value in the crime of bribery, the legislator may accept the cases of complicity as a limit for the reduction of the penalty for some crimes.

In our study, firstly, information will be given about Turkish Law and joint perpetrators, and then explanations will be made regarding German Law.

## Giriş

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), bazı suçlar bakımından suçun "*birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*" cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Doktrinde, söz konusu suçlar için bu nitelikli hale yer verilmesi, suçun işlenmesinin kolaylaşması, mağdurun kendini savunma ihtimalinin ortadan kaldırılması/azaltılması vs. olarak ifade edilmektedir. Madde gerekçelerine bakıldığında ise, yalnızca yağma suçuna için gerekçede, "*yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etkinin*" göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Diğer suç tiplerinin gerekçesinde bu nevi bir açıklamaya yer verilmemesi bir eksiklik değildir. Zira suçun cezasını artıran haller, genel olarak failin ahlaki redaeti, mağdurun savunma imkanını azaltması, suçun icrasını kolaylaştırması, haksızlığı artırması yahut eylemin toplum düzeni bakımından oluşturduğu tehlike göz önünde bulundurulmuş olarak düzenlenmektedir<sup>1</sup>.

Diğer yandan, 5237 sayılı Kanun'da, söz konusu nitelikli halin kabul edildiği suçların bir kısmının gerekçeleri, bu hükmün ancak müşterek failer bakımından geçerli olacağını öngörmektedir. Bir başka ifadeyle, söz konusu maddelerin gerekçeleri, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından müşterek fail olarak gerçekleştirilmesi halinde nitelikli halin uygulanacağını, suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edenlere, sadece bu nedenle ceza artırımı yapılmayacağını ifade etmektedir. Şu hâlde, suça katılanların hepsi müşterek fail ise, işlenen suçun, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hali, her bir failin cezasının artırılmasını gerektirecektir. Oysa somut olayda, fail dışında suça katılan kişi/kişilerin suça katkısı yardım etme yahut azmettirme düzeyinde kaldıysa, fail ve şerikler bakımından suçun temel şekli göz önünde bulundurulmuş olarak ceza belirlenecektir.

Alman uygulamasında durum biraz daha farklıdır. Nitekim Alman Ceza Kanunu (StGB) incelendiğinde, bir kısım suç bakımından, suçun "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*" diğer bir kısım bakımından ise, suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*"nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği görülmektedir. Türk Hukuku'nda böyle bir ayırım bulunmamakta ve suçun "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*", suça müşterek fail olarak katılmayı zorunlu kılmaktadır.

Çalışmamızda, önce Türk Hukuku ve müşterek faillik hakkında bilgi verilecek, ardından Alman Hukuku'na ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

## I. Türk Hukuku

5237 Sayılı TCK kapsamında, "*suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*", bazı suç tipleri bakımından cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bunlar, Göçmen Kaçakçılığı (m. 79/3), Cinsel Saldırı (m. 102/2-d), Cinsel İstismar (m. 103/3-a), Tehdit (m. 106/2-c), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b), Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi, Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi, Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi, İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme, Konut Dokunulmazlığının İhlali ile İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçları (m. 119/1-c), Nitelikli Yağma (m. 149/1-c), Görevi Yaptırmamak İçin Direnme (m. 265/3) ve Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması (m. 292/3) suçlarıdır.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli halinin ne şekilde uygulanması gerektiği, yukarıda sayılan suçların bir kısmının gerekçesinde açıklanmışken, diğer bir kısmında böyle bir açıklamaya yer verilmemiştir. Nitekim, 6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 56. maddesiyle, göçmen kaçakçılığı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, verilecek cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren bir hal olarak kabul edilmiş (m. 79/3), ancak bu değişikliğin gerekçesinde, söz konusu nitelikli halin nasıl anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Benzer şekilde, Cinsel İstismar (m. 103/3-a), Tehdit (m. 106/2-c), Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi, Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi, Siyasi Hakların Kullanılmasının

<sup>1</sup> M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Adalet Yayınevi, 2022), 393.

Engellenmesi, İnanç, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Kullanılmasını Engelleme, Konut Dokunulmazlığının İhlali ile İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçları (m. 119/1-c), Görevi Yaptırmamak İçin Direnme (m. 265/3) ve Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması (m. 292/3) suçlarında da kanun koyucu, herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

Buna karşılık, Cinsel Saldırı (m. 102/2-d) suçunun gerekçesinde, “*Cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan söz konusu suçun, örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden ceza artırımı yapılamayacaktır*” ifadelerine yer verilmiştir.

Doktrinde de benzer şekilde değerlendirme yapılmıştır. Centel’e göre, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesinden kasıt, suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Kanun, “*birlikte hareket etmek*” ibaresini tercih etmiş olduğundan, azmettirme veya yardım etme halinde bu ağırlaştırıcı neden uygulanmaz. Birlikte hareket etme, önceden anlaşmayı gerektirmediği gibi birden fazla kişinin her birinin mağdura cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmiş olması gerekmez. Faillerden biri cinsel eylemi yaparken diğerinin mağdurun kollarını tutması halinde eylemi birlikte işlemiş kabul edilirler. Mağdur ve fail sayısının birden fazla olup da her bir failin diğer bir mağdura cinsel saldırıda bulunması ihtimalinde, bu nitelikli hal gereği ceza artırılamaz<sup>2</sup>. Artuk/Alşahin’e göre, cezanın artırılabilmesi için, suçun en az iki kişi tarafından müşterek fail boyutunda iştirak edilerek işlenmesi gerekir<sup>3</sup>.

Yokuş Sevük’e göre ise, cinsel saldırı suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinden anlaşılması gereken, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle suçun, azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi halinde cezanın artırılması söz konusu olmaz. Ancak, birden fazla failin, aynı yerde ve zamanda mağdura karşı birbiri ardına cinsel saldırı suçu işlemeleri olasılığında, aralarında yardımlaşma olmasa bile mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık göz önünde tutularak, ceza, suçun nitelikli haline göre belirlenmelidir<sup>4</sup>. Son olarak Özen’e göre, TCK’nın m. 37/1’de kullanılan ifade sorunludur. Zira burada, “*suçun kanunda belirtilen unsurlarının işlenmesine*” ifadesi değil, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili*” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle cinsel saldırı suçunda, mağdurun elini tutan kişi ile ırza geçme fiilini gerçekleştiren kişi açısından değerlendirme yapıldığında, kanunda yer alan “*fiil*” kelimesinin suçtaki karşılığı “*ırza geçme*” olup, mağduru tutan kişi, ırza geçme suçunun kanunda yer alan fiilini işlememiştir. Elbette bu durum, suçun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kurulması nedeniyle müşterek faillik sayılacaktır fakat 765 sayılı Kanun’un 64. maddesi gibi bir düzenleme yapılması daha makul olacaktır<sup>5</sup>. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b) suçunun gerekçesinde konuya ilişkin olarak “*Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi de bu fıkra kapsamında bir seçimlik nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Yani suçun işleniş açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde bu nitelikli unsur oluşur. Ancak suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde bu fıkraya göre ceza arttırılamaz*” şeklinde açıklama yapılmıştır.

Doktrinde Üzülmüş’e göre, bentte geçen “*suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*” ibaresi, müşterek faillik düzenleyen 37/1. maddedeki “*suçun kanuni tarifindeki fiili birlikte gerçekleştirenler*” şeklinde anlaşılmalıdır. Bir başka ifadeyle, adı geçen nitelikli halin uygulanabilmesi için birden fazla kişinin suça müşterek fail olarak katılmış olması gerekir. Bu nedenle, somut olayın özelliğine göre her bir failin suçun işlenişine olan katkısı göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir. Suça

<sup>2</sup> Nur Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *TBB*, 99, (Mart-Nisan 2012), 280.

<sup>3</sup> Mehmet Emin, Artuk- Mehmet Emin, Alşahin, “Sarkıntılık Fiili”, *AÜHF*, 65/4, (2016), 3265.

<sup>4</sup> Handan Yokuş Sevük, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, *TBB Dergisi*, 57, (2005), 267.

<sup>5</sup> Mustafa Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, *TBB*, 70, (2007), 243, 244.

azmettiren veya yardım eden olarak katılımın bulunduğu sonucuna ulaşırsa bu nitelikli hal uygulanmamalıdır<sup>6</sup>. *Yenerer Çakmut*'a göre, suç tipinde “birden fazla kişi” denildiği için suçun en az iki kişi tarafından birlikte ve müşterek fail olarak işlenmesi gerekir. Suça iştirak edenler bakımından iki kişiden birinin yardım eden veya azmettiren sıfatına sahip olarak fiile katkıda bulunması halinde, bu nitelikli hal uygulanamaz<sup>7</sup>. *Aydın*'a göre ise, Kanun'da “Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olması” şartına yer verilmiş olduğundan, fiilin iştirak halinde işlenmiş olması ağırlatıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir. Fiilin en az iki kişi tarafından birlikte, müşterek faillik şeklinde işlenmesi gerekir<sup>8</sup>.

Nitelikli Yağma (m. 149/1-c) suçunun gerekçesine göz atıldığında da benzer ibarelere rastlanmaktadır: “Fıkranın (c) bendine göre, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırmayı gerektirmektedir. Bu nitelikli halin varlığı için yağma suçunun iki veya daha fazla kişinin müşterek fail olarak işlemesi gerekir. İki veya daha fazla kişinin suçu birlikte işlemesi halinde bir iştirak ilişkisi vardır ve bu kişilerin hepsi müşterek faildir. Ancak yağma suçunun iştirak halinde işlenmesine rağmen müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hallerinde, bu nitelikli unsur dolayısıyla cezada arttırma yapılamayacaktır. Bu hükmün kabulünde yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etki göz önünde bulundurulmuştur.”

Doktrinde *Tezcan/Erdem/Önok*, m. 149/1-c bakımından, birden fazla kişinin müşterek fail olarak suça katılmış olmaları gerektiğini, suça katılanın azmettiren veya yardım eden olması hallerinde, bu nitelikli halin uygulanamayacağını ifade etmiştir<sup>9</sup>. *Koca/Üzülmez*<sup>10</sup> ve *Özbek/Doğan/Bacaksız*<sup>11</sup> da aynı görüştedir.

Burada TCK m. 188/5'e de değinmek gerekir. Bu hüküm, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini, cezanın yarı oranında artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul etmiştir. Doktrinde, kanun metinde, “suçun birlikte işlenmesi” gerektiği belirtildiğinden, üç veya daha fazla kişinin suça müşterek fail olarak katılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, suça yardım eden veya azmettiren kişileri 188. maddenin 5 inci fıkrasındaki sayıya dahil etmek mümkün değildir<sup>12</sup>. Benzer bir durum dolandırıcılık suçu bakımından da düşünülebilir. Zira TCK m. 158/3'e göre, “Bu madde ile 157 nci maddede yer alan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında; suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

Görüldüğü üzere, söz konusu maddeler açısından kanun koyucu, doktrin ve yargı içtihatları arasında bir ihtilaf söz konusu değildir. Buna göre, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, müşterek faillik olarak kabul edilmeli ve fakat işlenen suçun temel cezası artırılarak ceza belirlenmelidir. Bir başka ifadeyle, müşterek faillik genel bir cezayı arttıran unsur olmayıp, bu nitelikli hal, ayrıca ve açıkça belirtilmediği suçlarda, cezayı arttırma özelliği göstermemektedir.

Burada sorulması gereken ilk soru, kanun koyucunun belli başlı suçlarda “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”ni, neden cezayı arttıran nitelikli hal olarak öngördüğüdür. Bu sorunun cevabını vermek nispeten kolaydır ve madde gerekçelerinde de bu hususa kısmen de olsa bir açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim yağma suçunun gerekçesinde, “suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin mağdur üzerinde oluşturabileceği zorlayıcı etkinin” göz önünde bulundurulduğu ifade edilmiştir. Yargı kararlarına bakıldığında da suçun tek başına işlenmesine nazaran daha kolay

<sup>6</sup> İlhan Üzülmez, “Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, *GÜHFD XI/1,2*, (2007), 1195.

<sup>7</sup> Özlem Yenerer Çakmut, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)”, *MÜHFHAD, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 19/2, (2013), 595.

<sup>8</sup> Devrim Aydın, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, *Suç ve Ceza*, 4, (2021), 737.

<sup>9</sup> Durmuş Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık 2023), 724.

<sup>10</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 777.

<sup>11</sup> Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023), 687.

<sup>12</sup> Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 160.

işlenebilmesi, mağdurun çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi gibi hususların, cezayı artırmanın gerekçesi olarak görüldüğü anlaşılmaktadır<sup>13</sup>.

Diğer yandan, söz konusu cezayı artıran nitelikli halin hangi suçlar bakımından öngörüleceği, kanun koyucunun suç ve ceza politikası kapsamında karar verdiği bir husustur. Bu açıdan bakıldığında ise sorduğumuz soru, nispeten zorlaşmaktadır. Zira “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”, birçok ağır suçta o suçun daha kolay işlenebilmesi, mağdurun çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi gibi neticelere sebebiyet verebilir niteliktedir. Nitekim doktrinde, TCK’nın 82. maddesinde nitelikli hal olarak kabul edilmesi gereken bazı nedenlerin bu kapsama alınmadığı, bazı suçlar açısından nitelikli hal olarak düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin (TCK m. 106, 102, 103, 109, 119, 149, 265), kasten öldürme suçu açısından kabul edilmemiş olmasının bir eksiklik olduğu ifade edilmiştir<sup>14</sup>. Hakkılık payı olan bu görüş kapsamında, söz konusu nitelikli unsurun, en azından belli ağırlıkta olan hayat ve vücut dokunulmazlığına karşı gerçekleştirilen suçları da içine alacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

Konumuz bakımından ikinci sorulması gereken soru, bazı suçların gerekçelerinde yer alan “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi”nin müşterek faillik şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki açıklamanın ((Cinsel Saldırı (m. 102/2-d), Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma (m. 109/3-b) ve Nitelikli Yağma (m. 149/1-c)), gerekçelerinde “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” hakkında herhangi bir açıklamada bulunulmayan suçlar bakımından da uygulanıp uygulanamayacağıdır.

Bu hususta kanun koyucu herhangi bir açıklama yapmamış olsa da doktrin ve yargı içtihatlarında aksi bir tartışma bulunmamaktadır.

Nitekim, *göçmen kaçakçılığı (m. 79/3)*, *cinsel istismar (103/3-a)*<sup>15</sup>, *tehdit (m. 106/2-c)*<sup>16</sup>, *eğitim ve öğretimin engellenmesi*, *kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi*, *siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi*, *inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme*, *konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları (m. 119/1-c)*<sup>17</sup>, *görevi yaptırmamak için direnme (m. 265/3)* ve *hükümlü ve tutuklunun kaçması*

<sup>13</sup> “26. İtiraz konusu kuralla, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmektedir. 27. Kanun koyucu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak tanımlamış ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngörmüştür. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin yol açması muhtemel zararları da göz önünde bulundurarak düzenlediği itiraz konusu kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. 28. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.” Any. Mh. 2015/108 E., 2016/46 K. 26.5.2016, R.G. Tarih - Sayı: 13.7.2016 - 29769. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-46-nrm.pdf>, (E.T. 4.12.2023).

“Tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin nitelikli hâl olarak ön görülmesi ise, tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ciddiliği ve yoğunluğu hususunda mağdurda ciddi kaygılar meydana getirmeye elverişli durumda olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nitelikli hâlde suçun “İcra hareketlerini gerçekleştiren kişi sayısının” birden fazla olması ve bu kişilerin birlikte hareket etmesi gerekmektedir.” YCGK, 2016/237 E., 2019/501 K., 25.06.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>14</sup> Berrin Akbulut, “Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)”, *Adalet Dergisi*, 65, (2020/2),107.

<sup>15</sup> “...mağdure ile cinsel ilişkiye girme hususunda birlikte suç işleme kararına sahip olan sanıkların, birbirlerinin suç işleme kararını kuvvetlendirip mağdurenin direncini manevi olarak da kırarak suçun işlenişinde ortak hakimiyet kurmaları nedeniyle nitelikli cinsel istismar suçuna TCK’nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldıkları anlaşıldığından cezalarının TCK’nın 103/3. maddesi uyarınca artırılması gerektiği...” YCGK, 2016/1430 E., 2018/602 K., 04.12.2018. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>16</sup> “TCK’nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçunun varlığı için faillerin birden fazla olması yeterli olmayıp, failer arasında birlikte suç işleme iradesine yönelik iştirak ilişkisi bulunması, dolayısıyla müşterek fail olarak hareket etmeleri gerekli olup, somut olayda dosya kapsamı ve yukarıda ayrıntıları ifade edilen delillere nazaran, sanık ... ve temyiz dışı sanık ...’in trafikte tartıştıkları katılan ...’i tehdit ettikleri, olayın ani gelişmesi karşısında sanıklar arasında iştirak iradesinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, müşterek fail sıfatı bulunmayan sanıkların eylemlerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda TCK’nın 106/2-c maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığının gözetilmemesi...” Yarg. 4. C.D., 2022/6450 E., 2022/14075 K., 17.10.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>17</sup> “17.11.2013 günü gece 04:40 sıralarında müşteki ...’e ait ... Cafe isimli iş yerine suça sürüklenen çocuklar ... ve ...’ün fikir ve eylem birliği içinde, önceden aldıkları karar doğrultusunda yaptıkları görev paylaşımı gereği iş yerinin katlamalı camını birlikte açtıkları, suça sürüklenen çocuk ...’in içeriye girdiği, suça sürüklenen çocuk ...’in ise dışarıda bekleyerek gözcülük yaptığı, fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurarak ...’in ...’ün dışarıda gözcü olarak beklediğini bildiğinin rahatlığı içerisinde

(m. 292/3)<sup>18</sup> suçları bakımından da “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli halinin müşterek faillik şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>19</sup>.

Anlaşıldığı üzere, Türk Ceza Hukuku uygulaması bakımından “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli hali, suçun “müşterek fail” olarak işlenmesi olarak anlaşılmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere, Türk Hukuku’ndan farklı olarak Alman Hukuku’nda işlenen suça göre yapılan düzenleme bakımından ikili bir ayırım bulunmaktadır. Bir başka anlatımla, bir kısım suç bakımından şerik olma, cezanın artırılmasına yeterli iken, bazı suçlarda cezanın artması, müşterek failliğin tespitine bağlıdır. O nedenle öncelikle aşağıda kısaca müşterek faillikle ilgili bilgiler verilecek, ardından Alman Hukuku’nun konuya yaklaşımı incelenecektir.

## II. Müşterek Faillik

5237 Sayılı TCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasında, “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” ifadelerine yer verilmek suretiyle müşterek faillik tanımlanmıştır. Madde gerekçesi ise, müşterek failliğin şartlarını açıklamak suretiyle, her birden fazla kişi tarafından suç işlemenin müşterek faillik olamayacağını ortaya koymaktadır. Buna göre, suça katılanlar birlikte suç işleme iradelerini yani birlikte suç işleme kastını ortaya koymalı, fiil üzerinde ortak hakimiyetleri bulunmalıdır. Ortak hakimiyetin bulunup bulunmadığı ise, bu kişilerin suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı öneme yani fiilin icrasının veya sonuçsuz kalmasının ortak faillerden her birinin elinde bulunup bulunmadığına bağlıdır<sup>20</sup>.

Şu hâlde müşterek faillik, birden fazla kişinin ortak suç işleme iradesine dayanan ve fiil üzerinde ortaklaşa şekilde hareket etmek suretiyle işlediği suçlardaki sorumluluğu düzenlemektedir. Bu nedenle müşterek faillikte, bir suç işleme kararı kapsamında, birden fazla kişinin her bir eyleminin birleşerek, işlenmek istenen suçun başarıya ulaşmasında müşterek kurucu unsur olma özelliği bulunmaktadır. Karşılıklı isnadiyet, birlikte işlenen suçta her bir failin gerçekleştirdiği eylemin diğerine de isnat edilmesini sağlar. Müşterek faillerin her birinin aynı eylemi gerçekleştirmesi beklenmez. Önemli olan, failler arasındaki koordineli ve iş birliğine dayalı görev paylaşımıdır<sup>21</sup>. Bu açıdan bakıldığında müşterek faillik, kişinin yalnızca kendi davranışlarından değil, aynı zamanda başka bir kişinin yaptığı fiilden de sorumlu tutulması anlamına gelir<sup>22</sup>. Yani burada, dolaylı faillikten farklı olarak, bir failin diğer suç ortağının iradesi üzerinde bu kişiyi araç olarak kullanacak nitelikte egemenliği söz konusu değildir<sup>23</sup>.

50 -TL para çaldığı, Yargıtay ceza dairelerinin bu tür olaylarda iş bölümü gereği dışarıda gözcü olarak bekleyen sanık veya suça sürüklenen çocuğa da TCK’nın 119/1-c maddesinin uygulanacağı yönünde olduğu” Yarg. 17. C.D., 2019/8429 E., 2020/198 K., 08.01.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>18</sup> “TCK’nun 292. maddesinin 3. fıkrasındaki, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi şeklindeki nitelikli halin oluşabilmesi için sanıkların icra hareketlerini müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmeleri ve bir eylem birlikteliği içerisinde hareket etmeleri gerektiği kabul edilmelidir.

Bu bilgiler ışığından uyuşmazlık konusu olay değerlendirildiğinde; Hükümlülerin sosyal faaliyet çerçevesinde halı sahaya götürüldüğü sırada sanık U.Y.’in birden koşarak eğitim merkezinin kapısına doğru gittiği, sanık A.T.’nin ise diğer sanığın kaçtığına görmesi üzerine ani olarak verdiği bir kararla eğitim evinden kaçtığı olayda, sanıkların icra hareketlerini birlikte gerçekleştirdiklerine ve eylem birlikteliği içerisinde hareket ettiklerine ilişkin dosya içerisinde yeterli delil bulunmadığı anlaşıldığından, sanıkların üzerlerine atılı suçun müşterek fail olarak birlikte gerçekleştirmediklerinin kabulü gerekmektedir.” YCGK, 2013/467 E., 2014/89 K., 25.02.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>19</sup> M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Adalet Yayınevi, Ankara 2022), 79, 396, 433, 451, 1160, 1262.

Sinan Bayındır, “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)”, *DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21/Özel Sayı*, (2019), 186, 187. Murat Aksan, “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)”, *NEÜHFD,5/1*, (2022), 274.

<sup>20</sup> Bkz. madde gerekçesi.

<sup>21</sup> Urs Kindhäuser vd, Schild/Kretschmer, StGB § 25 Täterschaft, Rn 110. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, (6. Auflage 2023), <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 09.07.2023). Sascha Sebastian- Henning T. Lorenz Halle, “Übungsfall: Jacqueline und der Fluch der Damenhandtasche, Zeitschrift für das Juristische Studium” - [https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017\\_1\\_1082.pdf](https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017_1_1082.pdf), (E.T. 09.07.2023), 88.

<sup>22</sup> Urs Kindhäuser, “Pflichtverletzung bei gemeinschaftlicher Tatbegehung: Semantische Probleme der Beteiligungslehre”, <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908692-9.pdf>, 23, (E.T. 14.11.2023).

<sup>23</sup> Myoungsu Ko, “Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip”, (2020), [https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation\\_ko\\_myoungsu.pdf?sequence=5](https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation_ko_myoungsu.pdf?sequence=5), (E.T. 09.07.2023), 21.

Fiil üzerinde ortak hakimiyet bulunmaktadır. Ayrıca müşterek faillik, suçun işlenmesinde önemli bir ağırlığa sahip olan ve suçun ortak sorumluluğunu haklı çıkarabilecek nitelikteki katkıları gerektirir<sup>24</sup>.

Türk Hukuku'nda müşterek failliğin tespitinde zaman zaman sorunlar ortaya çıkmakta bu da "suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" unsurunun cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörüldüğü suçların cezalandırılmasında adaletsizliklere sebep olmaktadır. Şöyle ki örneğin somut olayda, suça sunulan katkı müşterek faillik düzeyinde olup da hatalı olarak yardım etme olarak nitelendirilmişse, iştirak eden hakkında hükmedilecek ceza daha az olacaktır. Bu ihtimalde, kişi hakkında hükmedilecek ceza, temel şekline göre artırılmayacağı gibi bilakis yardım etme nedeniyle azaltılacaktır.

Yargıtay bir kararında, "sanık... 'un, 11 yaşının içinde bulunan mağdureyi tehdit, cebir veya hile olmaksızın arkadaşı olan sanık... 'in ailesiyle yaşadığı eve götürüp burada mağdure ile birlikte bir hafta kaldığı olayda; mağdurenin aşamalarda beyanları, sanık... 'in savunmaları ve tüm dosya kapsamından, inceleme dışı sanık... ile birlikte suç işleme kararı bulunmadığı anlaşılan sanık... 'in, inceleme dışı sanık... 'un fiili üzerinde ortak hâkimiyet kurduğunu gösterir herhangi bir davranışının da olmaması karşısında, sanık... 'in kalacak yer sağlamak suretiyle sanık... 'un işlediği kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icrasını kolaylaştırdığı ve buna bağlı olarak TCK'nun 39/2-c maddesi kapsamında suça yardım eden olarak iştirak ettiği kabul edilmelidir." ifadelerine yer vermiştir<sup>25</sup>.

Yargıtay'ın bu kararda, müşterek faillik olarak kabul edilmesi gereken eylemleri, yardım etme olarak nitelendirdiği görülmektedir. Bu durum ise, "fiil üzerinde müşterek hakimiyet" şartının hatalı yorumlanmasıdır. Nitekim fiil üzerinde müşterek hakimiyet, müşterek failliğin objektif şartı olarak, fiilin ortaklaşa icra edilmesi, suça objektif bir katkı sağlanmasıdır. Bunun için söz konusu katkıya ilişkin olan hareketlerin aynı zamanda işlenmesi yahut her failin mutlaka tipiklikte yer alan hareketleri gerçekleştirilmesi zorunlu değildir<sup>26</sup>. Yani fiili hakimiyet, suç teşkil eden fiile doğrudan katkı sunulmasını zorunlu kılmadığı gibi<sup>27</sup> olay mahallinde bizzat bulunmak da zorunlu değildir<sup>28</sup>. Ayrıca, müşterek faillik için suça sunulan katkının zorunlu olması da gerekmez. Yani, müşterek katkı olmaksızın fiilin başarıyla tamamlanmasının mümkün olmamasından ziyade bu katkının somut olaydaki ağırlığı önem arz eder. Buradaki zorunluluk, "söz konusu katkı olmasaydı, suç hiçbir surette işlenemeyecekti" kıstasından ziyade, yapılan iş bölümü gereğince müşterek failerin suça sunduğu katkının "ekili, önemli ve fonksiyonel hakimiyeti kurabilecek ağırlıkta olması" kıstasıdır<sup>29</sup>. Doktrinde müşterek failin suça olan katkısının, bu katkıya duyulan ihtiyaç ve bu katkı olmaksızın yapılabileceklerin tespitiyle mümkün olduğu da belirtilmektedir<sup>30</sup>.

Sonuç olarak, failerin hareketleri, tipik olarak tek başına cezalandırılması mümkün görünmese bile müşterek faillik, söz konusu hareketlerin bir bütünün parçası olarak değerlendirilmesini ve bu hareketlerin tamamından sorumlu tutulup cezalandırılabilir hareketler olarak kabul edilmesini sağlar<sup>31</sup>.

Yargıtay kararına dönersek, somut olayda mütemadi bir suç vardır. Mütemadi suçlarda, eğer suç başlamış fakat henüz bitmemişse, devam etmekte olan mütemadi suça müşterek fail olarak katılmak mümkündür<sup>32</sup>. Somut olayda, suç başlamış, henüz bitmemiş ve ikinci sanık, birinci sanık ile birlikte 11 yaşındaki mağdurenin bir hafta kendi evinde kalmasını sağlamıştır. Mağdurenin 11 yaşında olması, ikinci sanığın, ailesine haber vermeksizin mağdureyi bir hafta boyunca kendi evinde kalmasını sağlaması, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tamamlanmasından sonra, ikinci sanığın suçun devam etmesini sağlayan etkili ve belli ağırlıktaki katkısı hem suça katılma iradesi hem de fiil üzerinde

<sup>24</sup> Wilfried Küper, "Zur Problematik der sukzessiven Mitt?terschaft", *JuristenZeitung*, 36. Jahrg., Nr. 17, (4. September 1981), 573, <https://www.jstor.org/stable/20815336>, (E.T. 13.11.2023).

<sup>25</sup> YCGK, 2014/635 E., 2017/250 K., 25.04.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>26</sup> Zahit Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", *ABÜHFD*, 11/21, (2023), 116.

<sup>27</sup> Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", s. 117.

<sup>28</sup> İzzet Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", *SÜHFD*, 4/1-2, (1994), 164.

<sup>29</sup> Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", 163-165.

<sup>30</sup> Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, 127.

<sup>31</sup> Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları", s. 117.

<sup>32</sup> Faruk Erem, "Suça İştirak", *AÜHFD*, 3/1, (1946), 77. Ayhan Önder, "Mütemadi Suç", *İÜHFM*, 29/1-2, (1963), 110.



ortak hakimiyeti ortaya koymaktadır. Bu kararda ikinci sanık, müşterek fail olarak cezalandırılması gerekirken, sorumluluğu yardım eden olarak belirlenmiştir.

Fiil üzerinde ortak hakimiyet şartı bakımından bir başka Yargıtay kararında, müşterek faillik için *fiili katılımın* olmasının gerektiği<sup>33</sup> ifade edilmiştir. Bu görüşe de katılmanın mümkün olmadığını söylemek gerekir. Zira örneğin, telefon, telsiz vs. ile fiilin işlenişini yönlendirerek suça müşterek fail düzeyinde katkı sunulabilir. Müşterek faillik, olay mahallinde bizzat bulunma zorunluluğunu gerektirmez.<sup>34</sup>

Bir Yargıtay kararında göze çarpan bir diğer hususta, *ani gelişen olaylarda* iştirak iradesinin olmadığı<sup>35</sup> şeklindeki tespittir. Ani gelişen olaylarda iştirak iradesinin olamayacağını peşinen kabul etmek mümkün olmamalıdır. Zira birlikte suç işleme iradesi, suç ortaklarının iradelerinin, muayyen bir suçun birlikte işlenmesi hususunda birleşmesidir. Burada failer, işledikleri suça iştirak ettiklerini bilmiş ve bunu istemiş (kast) olmalıdır. Faillerden birinin kastı öldürmeye, diğerininki ise sadece yaralamaya yönelikse, ortada iki ayrı suçun müstakil faileri vardır<sup>36</sup>. Zira böyle bir olasılıkta, iştirak iradesinin belli bir hareketin icrası ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca birlikte suç işleme iradesi olmadan, fiil üzerinde fonksiyonel bir hakimiyetin kurulması ve müşterek failerin üzerinde mutabakata vardıkları bir planın olması da mümkün değildir<sup>37</sup>. İcrasına henüz başlanmamış bir suça bilahare iştirak edilebileceği gibi, suçun icrası sırasında da iştirak iradesi oluşabilir. Müşterek faillikte önemli olan, suça sunulan katkının "*müşterek fonksiyonel hakimiyet*" olarak nitelendirilebilecek ağırlıkta olması ve tüm müşterek failerin buna muvafakat göstermesidir<sup>38</sup>. Bir suç planı yapılmışsa, iştirak iradesinin belirlenmesinde bu planın düşünülmüş olması yeterlidir. Planın, ayrıntılarıyla aşırı hassas bir şekilde tartışılmış olması yahut mağduru tamamen savunmasız bırakacak bir planın yapılmış olması aranmaz<sup>39</sup>.

Tüm bu anlatılanlar kapsamında, 765 Sayılı TCK'nın 64/1 maddesindeki müşterek faillik tanımının daha açık ve yol gösterici olduğunu söylemek mümkündür: "*Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiille mahsus ceza ile cezalandırılır*" ibaresindeki "*fiili irtikap edenler*" veya "*doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar*" doğrudan müşterek failliği ifade etmektedir. Ayrıca m. 65/son gereği de (yardım etme bakımından) "*bu maddede yazılı fiillerden birini işleyen kimsenin iştiraki inzıam etmeksizin fiilin irtikabı mümkün olamayacağı sabit olan hallerde o kimse yukarıda gösterilen tenzilattan istifada edemez.*"

### III. Alman Hukuku

Türk Hukuku'ndan farklı olarak Alman Hukuku'nda, birden fazla kişinin suça katılması iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan biri, suçun "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*" diğeri ise, suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*"dir. Alman Hukuku'nda da birden fazla kişinin suça katılması, TCK'da olduğu gibi, sadece belli başlı suçlarda cezayı artıran nitelikli bir hal olarak yer

<sup>33</sup> "Oluş ve kabule göre, sanık ...'nın azmettirmesi sonucu sanık ...'ün sanık ... ile birlikte olay yerine gelip mağdurenin eve gelmesini bekledikleri, mağdure geldiğinde dışarıda bulunan sanık ...'nin durumu cep telefonuyla apartmanın içinde beklemekte olan sanık ...'e bildirmesi üzerine bu saniğin mağdureyi zorla kaçırma çabışığı, mağdurenin direnmesi ve etraftan gelenler olması üzerine eylemini tamamlamadığının anlaşılması karşısında, sanık ...'nin mağdurenin kaçırılma olayına fiili katılımı olmaması nedeniyle TCK'nın 109. maddesi 3. fıkrasının "b" bendinde eylemin birden fazla kişi tarafından birlikte işlemeleri koşulunun olayda gerçekleşmediği gözetilmeyerek sanıkların cezalarının anılan fıkra ve bentle artırılması..." (Kapatılan)14. Ceza Dairesi 2011/4073 E., 2012/9323 K., 02.10.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>34</sup> Özgenç, "Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", 164.

<sup>35</sup> "...TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi ile birlikte tehdit suçunun varlığı için failerin birden fazla olması yeterli olmayıp, failer arasında birlikte suç işleme iradesine yönelik iştirak ilişkisi bulunması, dolayısıyla müşterek fail olarak hareket etmeleri gerekli olup, somut olayda dosya kapsamı ve yukarıda ayrıntıları ifade edilen delillere nazaran, sanık ... ve temiz dışı sanık ...'in trafikte tartıştıkları katılan ...'i tehdit ettikleri, olayın ani gelişmesi karşısında sanıklar arasında iştirak iradesinin mevcudiyetinden söz edilemeyeceği, müşterek fail sıfatı bulunmayan sanıkların eylemlerinin ayrı değerlendirilmesi gerektiği, somut olayda TCK'nın 106/2-c maddesinin uygulanma koşulları bulunmadığının gözetilmemesi..." Yarg. 4. C.D., 2022/6450 E., 2022/14075 K., 17.10.2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>36</sup> Erem, "Suça İştirak", 66.

<sup>37</sup> Özgenç, "Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", 174.

<sup>38</sup> Özgenç, "Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", 174, 184.

<sup>39</sup> Yılmaz, "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Faillğin Şartları", 125.

almaktadır. Bu açıdan iki ülke ceza kanunları arasında benzerlik olduğu ifade edilebilir. Nitekim, aşağıda daha ayrıntılı ifade edileceği üzere, suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” Alman Hukuku’nda kişilerin suça “*müşterek fail*” olarak katılmasını gerektirmektedir. Suçun “*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*” ise, müşterek faillik dışındaki iştirak şekillerini kapsamına almaktadır. StGB’de suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”, cinsel istismar, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları bakımından öngörülmüşken, suçun “*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*” tehlikeli bedensel yaralama ve görevi yaptırmamak için direnme suçları bakımından öngörülmüştür.

Suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği ve ilk olarak incelemek istediğimiz suç tipi “*cinsel istismar*” suçudur. Bu suç, StGB’nin 176. maddesinde, “*çocukların cinsel istismarı*”, 176a maddesinde “*çocukla fiziksel temas kurulmadan çocukların cinsel istismarı*”, 176b maddesinde “*çocuğun cinsel istismarına hazırlık*”, 176c maddesinde “*çocuk istismarının nitelikli halleri*”, 176d maddesinde “*çocuklara yönelik ölümlerle sonuçlanan cinsel istismar*” ve 176e maddesinde, “*müstehcenlik*” şeklinde düzenlenmiştir.

Çocuk istismarının nitelikli hallerinden suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”, StGB’nin 176c maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, “*176. maddenin 1. fıkrasının 1 ve 2 numaralı bendi kapsamına giren hallerde, çocuklara yönelik cinsel istismar fiilinin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir.*<sup>40</sup>”

Söz konusu maddedeki suçun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” ibaresi, müşterek faillik şeklinde anlaşılmaktadır. Müşterek faillik, StGB’nin 25. maddesinin 2. fıkrasında “*bir suçun birden fazla kişi tarafından müştereken işlenmesi halinde, her bir kişi fail olarak cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre doktrinde, adı geçen suçun nitelikli halinin uygulanabilmesi için, en az iki failin, aynı suçu işlemeye yönelik olarak, mağdur üzerinde hakimiyet kurmak veya zihinsel veya fiziksel olarak birbirlerini aktif olarak destekleyerek aynı amaçla birlikte hareket etmelidir. Yardım etme, azmettirme veya yan yana faillik, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için yeterli değildir<sup>41</sup>. Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi de (BGH) StGB’nin 176c maddesinde yer alan suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesini, en az iki kişinin aynı suç işleme kararına dayalı olarak ve bir araya gelerek cinsel istismar niteliğindeki fiilleri beraber işlemeleri yahut zihinsel veya fiziksel olarak birbirlerini aktif olarak destekleyecek şekilde birlikte hareket etmeleri olarak anlamıştır. Bunun için, faillerden birinin StGB m. 176 (1) ve diğerinin StGB m. 176 (2) kapsamında suç işlemiş olması yeterlidir<sup>42</sup>. Örneğin, failin fiziki güç kullanarak çocuğu tutması veya üçüncü kişiye teslim etmesi gibi davranışlardan kaynaklanmış olmasıdır<sup>43</sup>.

Söz konusu nitelikli hal, StGB’nin “*cinsel saldırı*” suçunu düzenleyen 177 maddesinde de yer almaktadır. Bu maddede de suçun ortaklaşa işlenmesinden değil, “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*”nden bahsedilmiştir. Alman Ceza Kanunu’nun 177. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun “*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*” nitelikli hali de aynı şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu nitelikli hal bakımından, ortak bir suç planı çerçevesinde, birden fazla kişi, aralarından yalnızca biri cebir veya tehdit kullanıp diğeri mağdurla cinsel temasta bulunsa bile, bu kişiler müşterek fail olarak sorumludurlar. Bu olasılıkta, birkaç suç ortağından biri cinsel eylemi tamamlarsa, hepsi tamamlanmış cinsel saldırı nedeniyle cezalandırılacaktır. Cinsel saldırı eylemini gerçekleştiren kişi, cebir yahut tehdit kullanmamış olsa bile, m. 177/6-1,2 kapsamında faildir. Zira müşterek faillik kuralları bunu gerektirir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> StGB, [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_176.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_176.html), (E.T. 10.12.2023).

<sup>41</sup> Karl Lackner vd., Heger, StGB § 176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, Rn.3, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage 2023).

<sup>42</sup> Bundesgerichtshof Beschluss, 2 StR 501/19, 4. März 2020, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=04.03.2020&Aktenzeichen=2%20StR%20501/19>, prg. 8, (E.T. 03.06.2023).

<sup>43</sup> Bernd Heintschel Heinegg, Ziegler, StGB § 176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, IV. Gemeinschaftliche Begehung (Abs. 1 Nr. 3), Rn. 12, *BeckOK StGB*, (57. Edition, 2023).

<sup>44</sup> Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, 251, *Leipziger Kommentar StGB* (Band 10, De Gruyter, 2023), Schönke/Schröder, Eisele, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, Strafgesetzbuch, 3. Von mehreren gemeinschaftlich begangen (Nr. 2), Rn. 108, *Strafgesetzbuch: StGB*

Burada, her failin cinsel eylemi kendisi gerçekleştirmesine gerek kalmadan, suça katılanların, ortak bir suç planına göre aktif olarak birlikte hareket etmesi ve aynı anda olay yerinde bulunması gerekmektedir. Çünkü cezanın artırılmasının nedeni, mağdurun kendini savunma yeteneğinin azalması ve failerin birbirini tahrik etme tehlikesinin artmasıdır<sup>45</sup>. Ancak olay yerinde iki kişinin birlikte hareket etmesi şartıyla, orada bulunmayan kişi de ortaklaşa yapılan saldırıda müşterek fail olabilir<sup>46</sup>. Bununla birlikte, iki suç ortağından biri yalnızca hazırlık faaliyetleriyle sınırlıysa veya etkin olmayan bir şekilde suçun gerçekleşmesinde bir garantör rolündeyse yahut suçun işlenmesi sırasında olay mahallinde bulunmuyorsa, o suçun müşterek bir biçimde işlenmesinin ağırlığı ve tehlikesi eksiktir<sup>47</sup>.

Şu hâlde, 176c ve 177 kapsamında, Alman Hukuku'nda "*birden fazla kişi tarafından birlikte işleme*" nitelikli hali, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurma olarak anlaşılmaktadır<sup>48</sup>. Bu kapsamda, çocuğun cinsel eyleme ikna edildikten sonra, ikna eden bulunmaksızın istismara maruz kalması, suçta müşterek hakimiyetin kurulduğu anlamına gelmez<sup>49</sup>. Müşterek hakimiyetin ön koşulu, suç mahallinde aynı anda bulunan en az iki kişinin birlikte fail olarak hareket etmesidir. Her ne kadar bu durumda, her failin mağdur üzerinde cinsel eylemler gerçekleştirmesi veya bu tür eylemleri gerçekleştirmesi için mağduru zorlanması gerekli değilse de Alman Ceza Kanunu'nun 25/2 maddesi kapsamında, suça sunulan katkı, müşterek fail olarak her iki faile de yüklenebilir olmalıdır<sup>50</sup>.

Son olarak, StGB'nin "*Cinsel Taciz*" başlıklı 184i maddesinin 2. fıkrasında da suçun "*birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi*"nin cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörüldüğü ifade edilmektedir. Bu madde açısından da suça katılma, 224. maddeden daha geniş anlaşılmakta, katkının müşterek faillik düzeyinde aranması gerektiği düşünülmektedir<sup>51</sup>.

Değınmek istediğimiz diğer bir suç tipi, StGB'nin 224. maddesinde düzenlenen "*tehlikeli bedensel yaralama*" suçudur. Zira tehlikeli bedensel yaralama suçunun düzenlendiği maddede, suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*" (m 224/1-4), cezanın artırılmasını gerektiren bir haldir. Bu hüküm kapsamında doktrinde, söz konusu ibarenin nitelikli hal olarak kabul edilmesinin temelinde, mağdurun saldırıya direnme, saldırıdan kaçma yahut savunma şansının azalması olduğu ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

Görüldüğü üzere, 224. maddede "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*", 177/6 ve 176c/1-3 maddelerinde ise, "*birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi*" ifadeleri kullanılmıştır. Bu kapsamda, Alman doktrininde "*ortaklaşa hareket etmek*" ifadesinin de müşterek faillik olarak anlaşılıp anlaşılmadığının tespiti gerekir.

Doktrinde, 224. madde bakımından, tehlikeli bedensel yaralama suçunun müşterek fail olarak işlenmesinin değil, herhangi bir türden başka bir iştirak türüyle işlenmesinin cezalandırıldığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, ortak suç işleme iradesi olsa bile, pasif davranan ikinci bir kişinin varlığı

*Kommentar*, (30. Auflage 2019), <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023). Volker Erb- Jürgen Schäfer, Renzikowski, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, *Münchener Kommentar zum StGB*, (4. Auflage 2021), Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).

<sup>45</sup> Bernd Heintschel Heinegg, 2. Gemeinsame Tatbegehung (Abs. 6 S. 2 Nr. 2), Rn. 51, *BeckOK StGB Beck'scher Online-Kommentar StGB*, (57. Edition, München, 2023), <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).

<sup>46</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, Täterschaft und Teilnahme an Nr. 4., Rn. 11d, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).

<sup>47</sup> Schönke/Schröder, Eisele, StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, Strafgesetzbuch 3. Von mehreren gemeinschaftlich begangen (Nr. 2), Rn. 108.

<sup>48</sup> Urs Kindhäuser vd., Konstantina Papathanaslou, StGB §176c Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, 3. Die Qualifikation der Nr. 3 (gemeinschaftliche Begehung), Rn. 17.

<sup>49</sup> Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, 155.

<sup>50</sup> Nikolai Odebralski, *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren, Ein Praxishandbuch*, (Springer, 2020), 141. Volker Erb- Jürgen Schäfer, Renzikowski, Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).

<sup>51</sup> Wolfgang Mitsch, "Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)", <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/mitsch-sexuelle-belaestigung-und-straftaten-aus-gruppen.pdf>, (E.T. 08.07.2023), s. 357.

<sup>52</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224 Gefährliche Körperverletzung, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b, *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, (30. Auflage 2019), <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023). s.1. Mark Zoller, "Neue Straftatbestände zum Schutz vor Gewalt gegen Polizeibeamte?", [https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller\\_ZIS\\_2015\\_445\\_DB.pdf](https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller_ZIS_2015_445_DB.pdf), (E.T. 08.07.2023), s. 453.

yeterli olmadığı gibi, bireysel olarak failin suçu işlediği sırada yalnızca diğerlerinin kendisini destekleyeceğine güvenmesi de yeterli değildir. Burada, StGB'nin 25. maddesinde iştirak türlerini düzenleyen her iştirak türü cezanın artırılmasını sağlamaz. Zira suça katılım, üstün bir güç oluşturarak ve savunma şansını azaltarak mağdur için tehlikeyi artıran bir katılım olmalıdır. Burada, suçun kendine özgü yapısı dikkate alınarak, suç mahallinde en az iki kişinin bulunması ve ayrıca mağdur üzerinde üstünlük kurulmasının, tehlikeyi objektif olarak artıran bir suç ortaklığı olup olmadığına bakılır. Örneğin, bir güvenlik görevlisinin bağlanması, faili uyarmak için beklenmesi, komşu mülkten mağdurun ortaya çıktığının cep telefonu ile bildirilmesi, happy salapping<sup>53</sup> eyleminde, tokat atıldığı sırada bunu videoya kaydetme gibi<sup>54</sup>. Saatler sonra bir başkası tarafından yaralama suçuna maruz kalacak mağduru kilitlemek, yaralamanın işlendiği sırada mağdur iki veya daha fazla kişiyle doğrudan karşı karşıya gelmesi de savunma şansını azaltır<sup>55</sup>.

BGH'ye göre de suç mahallinde yalnızca bir suç ortağı varsa, ceza artırılmaz. Suç mahallinde birden fazla suç ortağının bulunduğu hallerde, genellikle suça katkıları konusunda özel bir gereklilik de yoktur. Hatta olay yerinde bulunan suç ortağının, suçu doğrudan kendi iradesiyle işleyen faili suçu işlemeye teşvik etmesi dahi yeterli olacaktır. Suçu teşvik eden böyle bir psikolojik etkinin, suça yapılan fiziki katkıyla eşdeğer olması gerekir. Bu nedenle azmettirme ya da harekete geçme kararını pekiştiren veya bu kararın istikrarını sağlayan manevi yardım da mağdur için tehlikeyi artıran bir katılım olarak kabul edilmez. Aynı husus, suç mahallinde birden fazla kişinin bulunması nedeniyle mağdurun korkması ve fakat ikinci kişinin orada bulunmasının objektif olarak tehlikeyi artıran bir katılım olarak kabul edilemediği durumlar için de geçerlidir<sup>56</sup>.

Kişi suça iştirak etmekle birlikte, suça katkısı faillik derecesinde değilse müşterek fail olarak nitelendirilemez. Bu sadece 224 I No. 4'e bir yardım olarak cezalandırılabilir. Müşterek faillik, fail ve suça katılanın uyum ve iş birliği içinde hareket etmesi halinde ortaya çıkar.<sup>57</sup>

Alman Hukuku'nda hâkim görüş, yardım etmenin 176c/1-3 kapsamında değerlendirilemeyeceğidir<sup>58</sup>. Zira StGB'nin 224/1-4 maddesinin aksine 176/1-3 maddesinde "*ortaklaşa hareket etmek*" ifadesi kullanılmamaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Ceza Dairesi Kararı kapsamında (BGHSt 47 383), yaralanan kişi için durumu kötüleştirecek şekilde eylemin etkisini bilinçli olarak arttıran bir yardımcının varlığı gereklidir. Yardım edenin sağladığı desteğin, haksızlığın boyutunu etkilemediği durumlarda, örneğin yardımcının yaklaşmakta olan kişileri uyarmak için kapının önünde durması halinde, m. 176c (1) no.3 uygulanmaz. Ayrıca ihmal yoluyla yardımın da 176c 1-3 uyarınca suçu nitelendirmek için yeterli olmadığı da düşünülmektedir. Diğer yandan, iki kişinin çocuğu birlikte ikna etmesi örneğinde olduğu gibi, 176c,1-3 numaralı fıkrası uyarınca herkes için cezai sorumluluk oluşturan müşterek hakimiyet, 176, 1-2 numaralı maddesine göre tespit edildiğinde de mümkün görülmektedir<sup>59</sup>. StGB'nin "*görevi yaptırmamak için direnme*" suçunun düzenlendiği 113. maddesinin 2. fıkrasının 3. bendinde de suçun "*suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi*" nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Buradaki düzenlemenin de 224 maddedeki gibi uygulanabileceğini söylemek mümkündür<sup>60</sup>.Yasa

<sup>53</sup> Sokak ortasında korunmasız görünen insanlara tokat atıp, afallayan kurbanı cep telefonuna kaydettikten sonra görüntüyü yayma. Oxford Reference, bullying, <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095535112?rskey=rrfBKW&result=17>, (E.T. 11.07.2023).

<sup>54</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

<sup>55</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

<sup>56</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b..

<sup>57</sup> Schönke/Schröder, Sternberg- Lieben, StGB § 224, Gemeinschaftliches Begehen, Rn. 11b.

<sup>58</sup> Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung,155, *Leipziger Kommentar StGB*.

<sup>59</sup> Eric Hilgendorf vd, Tatiana Hörnle, § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung,155, *Leipziger Kommentar StGB*.

<sup>60</sup> Karl Lackner vd., Heger, StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Rn. 26, c) Nr. 3: Mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich, *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage 2023), <https://beck-onl#ne.beck.de>, (E.T. 29.05.2023). Zoller, s. 453.

koyucunun cezanın artırılmasını kabul etmesinin gerekçesi, birkaç saldırganın ortak saldırısının polis memurları için tehlikeyi önemli ölçüde artırmasıdır<sup>61</sup>.

## Sonuç

İştirak, bir kimse tarafından kasten işlenebilen bir suçta birden fazla kişinin katıldığı durumlarda, katılan kişilerin suça sunduğu katkının ağırlığı göz önünde bulundurularak, kişilerin sorumluluklarının (faillik-şeriklik) belirlenmesini ve cezaların buna göre tespitini sağlamaktadır. Bu kurum, TCK kapsamında cezayı artıran genel bir nitelikli hal olarak yer almaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunda bazı suçlar bakımından öngörülen “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli hali, kanun koyucunun geliştirdiği suç-ceza politikasının gereği olarak, bu genel kuralın istisnasıdır.

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, Türk Ceza Hukuku’nda, doktrin ve yargı içtihatları da dahil olmak üzere “müşterek faillik” olarak anlaşılmaktadır. Zira TCK’nın 37/1 maddesinde, suçun kanuni tanımında yer alan “*fiili birlikte gerçekleştiren*” kişiler ibaresindeki, fiili birlikte gerçekleştirme, fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurma şeklinde yorumlanmaktadır. Aslında burada müşterek faillikten ziyade iştirak tanımının yapıldığı ifade edilebilir. Bu ise uygulamada müşterek failliğin oldukça geniş yorumlanmasına neden olmaktadır.

Buraya kadar anlatılanlar kapsamında, “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” aslında lafzi olarak suçun iştirak halinde işlenmesi anlamına gelmesine rağmen, bu ibare, suçun, fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulmak (müşterek faillik) suretiyle işlenmesi olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, örneğin TCK m. 109 maddenin gerekçesinde, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesinin müşterek faillik olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş, doyurucu değildir. Aslında bu hususta 765 Sayılı TCK’nın 64/1 maddesindeki müşterek faillik tanımı ve 65/son’daki yardım etmeye ilişkin istisnai düzenleme, daha açık ve yol göstericidir. Zira 5237 sayılı Kanun’da kullanılan “suçun birlikte işlenmesi” ibaresi, aslında iştirak ve şeriklik türlerinin tümünü kapsayıcı bir ibaredir<sup>62</sup>.

Bazı suçlarda “suçun birlikte işlenmesi” ölçütünün anlamı Alman ve Türk Hukuku’nda benzerlik göstermektedir. Özellikle gerek TCK gerek ise StGB’deki cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının nitelikli haline ilişkin düzenlemelerin örtüştüğü söylenebilir. Zira her iki kanun kapsamında da bu suçların müşterek faillik şeklinde işlenmesi, cezanın artırılmasına neden olmaktadır. Alman doktrininde müşterek faillik için aynı anda olay yerinde en az iki kişinin bulunması aranmaktadır. Dolayısıyla olay yerinde bulunmayan üçüncü bir kişinin müşterek fail olabilmesi, olay yerinde en az iki kişinin birlikte hareket etmesi şartına bağlıdır. Burada yukarıda incelediğimiz Yargıtay kararındakine benzer bir yaklaşım<sup>63</sup> tarzı benimsendiği anlaşılmaktadır. Yani olay yerinde “*fiili katılım*”ın Alman doktrin ve uygulamasında benimsendiği görülmektedir. Halbuki, müşterek failliğin bu şekilde sınırlandırılması, somut olay çeşitliliği göz önüne alındığında mümkün olmamalıdır. Zira müşterek faillik, olay mahallinde bizzat bulunulsun yahut bulunulmasın, “*fiil üzerinde ortak hakimiyet*” kurulması şartı üzerine inşa edilen bir kurumdur. Bu nedenle önemli olan, somut olayda suça sunulan katkının ağırlığıdır. Burada Alman Hukuku’nda savunulanan aksine, “suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi” nitelikli halinin, dolaylı faillik şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmek gerekir. Bir başka ifadeyle, doğrudan failin, birden fazla kişiyi suçta araç olarak kullanması halinde de bu nitelikli hal gereği cezanın artırılması gerekir<sup>64</sup>.

Bir diğer husus, Alman Hukuku’nda yer alan “suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi” şeklinde cezayı artıran bir nitelikli hale Türk Hukuku’nda yer verilmemiş olmasıdır. Yukarıda da anlatıldığı gibi Alman Hukuku’nda, suçun “birlikte işlenmesi” ile “ortaklaşa işlenmesi” birbirinden ayrı kavramlardır. Bu

<sup>61</sup> Bernd Heintschel Heinegg, Dallmeyer, StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, Rn. 31, BeckOK StGB, (58. Edition, 01.08.2023).

<sup>62</sup> Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları”, 38, 39.

<sup>63</sup> (Kapatılan)14. Ceza Dairesi 2011/4073 E. , 2012/9323 K., 02.10.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T. 4.12.2023).

<sup>64</sup> Zahit Yılmaz, *Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları*, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2022), 254.

nedenledir ki suçun “*ortaklaşa işlenmesi*”nin cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edildiği suçlarda, müşterek faillik düzeyinde bir katkı sunulmamış olsa da suç ortaklarının cezası değişiklik göstermektedir. Türk Hukuku’nda ise böyle bir uygulama yoktur.

Bir şeriklik türü olan yardım etmenin, müşterek faillikten temelde ayrıldığı nokta, müşterek faillikten farklı olarak, yardım etme halinde, fiil üzerinde hakimiyetin söz konusu olmamasıdır<sup>65</sup>. Fakat bu durum, somut olayda yardım etmenin, suçun işlenmesini kolaylaştırmadığı yahut mağdurun kendisini savunma olasılığını azaltmadığı anlamına gelmemektedir. Gerçi iştirak bir suçun işlenmesini genellikle kolaylaştıran bir kurumdur. Ancak suçun iştirak halinde işlenmesi, özellikle cinsel saldırı, cinsel istismar, çocuğun fuhsa teşviki, müstehcenlik, kasten öldürme, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlanmış halleri uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yahut yağma gibi ağır suçlar bakımından, sadece suça müşterek fail olarak katılma halinin değil, aynı zamanda yardım eden olarak katılımın da özel bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir. Yani Alman Hukuku’nda yer alan “*ortaklaşa işleme*” kriterinin, bu suçlar bakımından düzenlenmesi düşünülebilir. Bu, daha çok maddi yardım ve özellikle, “*suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak*” bakımından zaruri görünmektedir. Burada en azından, her suç için öngörülen nitelikli unsurlar kısmında, TCK’nın 39. maddesindeki indirimlerden daha az bir indirimin uygulanmasını sağlayacak özel oranlar belirlenebilir. Kanun koyucu, rüşvet suçundaki hukuki değer korunmasında nasıl ki anlaşmayı yahut teşebbüsü dahi tamamlanmış suç gibi cezalandırıyorsa, bazı suçlar bakımından da şeriklik hallerini, cezanın indirilmesinde bir sınır olarak kabul edebilir. Yardım etme bakımından, faile bu nitelikli halin uygulanması, kendisine yardım edildiğinin bilinmesine bağlı olmalıdır. Eğer fail kendisine yardım edildiğini bilmiyorsa, suça katılan bir başka kişiyle ortaklaşa işlenmesi kasti bulunmamaktadır. Hem fail hem de yardım eden suçun işlenmesi konusunda bir anlaşma doğrultusunda hareket ediyorlarsa, her ikisi de bu nitelikli hal gereğince cezalandırılmalıdır. Son olarak, azmettiren, suçun nitelikli hali olan “*suçun birden fazla kişiyle işlenmesi*”ne azmettirmişse, bu nitelikli halin kendisine sirayet edeceği tartışmasızdır.

<sup>65</sup> M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.775.

## Kaynakça

- Akbulut, Berrin. "Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri (TCK m. 82)", *Adalet Dergisi*, 2/65 (2020), 99-165.
- Aksan, Murat. "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması Suçu (Tck M. 292-293)", *NEÜHFD*, 5/1, (2022), 236-301.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, M. Emin vd. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, Mehmet Emin – Alşahin, Mehmet Emin. "Sarkıntılık Fiili", *AÜHFD*, 65/4, (2016), 3243-3270.
- Bayındır, Sinan. "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m. 117/1)", *DEÜHFD*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21/Özel Sayı, (2019), 157-195.
- Centel, Nur. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *TBB*, 25/99, (Mart-Nisan 2012), 269-290.
- Çakır, Kerim. *Suçta İştirakte Müsterek Faillik*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Erb, Volker - Schäfer, Jürgen - Renzikowski, Joachim. *StGB § 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*, Münchener Kommentar zum, StGB, 4. Auflage 2021, Rn. 16, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 08.07.2023).
- Erem, Faruk. "Suça İştirak", *AÜHFD*, 3/1, (1946), 62-107.
- Heintschel Heinegg, Bernd. *BeckOK StGB Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 57. Edition, München, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 14.11.2023).
- Heintschel Heinegg, Bernd - Dallmeyer, Jens. *StGB § 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*, Rn. 31, *BeckOK StGB*, 58. Edition, 01.08.2023.
- Hilgendorf, Eric vd. *§ 177 Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*, 251, *Leipziger Kommentar StGB*, Band 10, De Gruyter, 2023.
- Kindhäuser, Urs vd. Schild/Kretschmer, *StGB § 25 Täterschaft*, Rn 110. *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 6. Auflage, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 09.07.2023).
- Kindhäuser, Urs. "Pflichtverletzung bei gemeinschaftlicher Tatbegehung: Semantische Probleme der Beteiligungslehre", <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908692-9.pdf>, 23, (E.T. 14.11.2023).
- Ko, Myoungsu. "Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip", (2020), [https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation\\_ko\\_myoungsu.pdf?sequence=5](https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/22935/dissertation_ko_myoungsu.pdf?sequence=5), (E.T. 09.07.2023).
- Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Küper, Wilfried. "Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft", *JuristenZeitung*, 36. Jahrg., Nr. 17, (4. September 1981), 573, <https://www.jstor.org/stable/20815336>, (E.T. 13.11.2023).
- Lackner, Karl vd. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, 2023, <https://beck-online.beck.de>, (E.T. 29.05.2023).
- Mitsch, Wolfgang. "Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)", <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/mitsch-sexuelle-belaestigung-und-straftaten-aus-gruppen.pdf>, (E.T. 08.07.2023).

- Odebralski, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren, Ein Praxishandbuch*, Springer, 2020.
- Önder, Ayhan. "Mütemadi Suç", *ÜHFM*, 29/1-2, (1963), 75-120.
- Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özen, Mustafa. "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", *TBBD*, 70, (2007), 239-257.
- Özgenç, İzzet. "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik", *SÜHFD*, 4/1-2, (1994), 159-190.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst. *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 30. Auflage, 2019, <https://beck-online.beck.de/Home>, (E.T. 07.07.2023).
- Sebastian, Sascha – Lorenz, Henning T. "Übungsfall: Jacqueline und der Fluch der Damenhandtasche, Zeitschrift für das Juristische Studium" – [https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017\\_1\\_1082.pdf](https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2017_1_1082.pdf), (E.T. 09.07.2023).
- Tezcan, Durmuş vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Üzülmez, İlhan. "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", *GÜHFD XI/1,2*, (2007), 1183-1210.
- Yenerer Çakmut, Özlem. "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m.109)", *MÜHFHAD*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19/2, (2013), 587-602.
- Yılmaz, Zahit. "Türk Ceza Kanunu Bakımından Müsterek Failliğin Şartları", *ABÜHFD*, 11/21, (2023), 107-142.
- Yılmaz, Zahit. *Türk Ceza Kanunu Bakımından Müsterek Failliğin Şartları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Yokuş Sevük, Handan. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBB Dergisi*, 57, (Mart/Nisan 2005), 243-282.
- Zöller, Mark. "Neue Straftatbestände zum Schutz vor Gewalt gegen Polizeibeamte?", [https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller\\_ZIS\\_2015\\_445\\_DB.pdf](https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/inst/ISP/Z%C3%B6ller_ZIS_2015_445_DB.pdf), (E.T. 08.07.2023).



## İdari Gözetim Altında Tutulanların Hak İhlâli İddiaları Karşısında Etkili Başvuru Hakkı: Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin İki Farklı Kararı

*The Right to Effective Remedy for Alleged Violations of the Rights of People Held Under Administrative Detention: Two Different Judgements of the Court of Jurisdictional Disputes and the Constitutional Court*

Esra Yılmaz Eren<sup>1</sup> 

Eyüp Kaan Demirkıran<sup>1\*</sup> 

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üyesi Türk-Alman  
Üniversitesi, İstanbul, Türkiye,  
eren@tau.edu.tr

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üyesi Türk-Alman  
Üniversitesi, İstanbul, Türkiye,  
demirkıran@tau.edu.tr

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author



Geliş Tarihi/Received: 20.11.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 12.03.2024  
Yayınlanma Tarihi/Available Online:  
29.03.2024

**Öz:** İdari gözetim, uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesi veya sınır dışı etme işlemleri sürecinde devletler tarafından sıklıkla uygulanmaktadır. İçtihatlar incelendiğinde idari gözetim altında tutulan kişilerin zaman zaman işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında çeşitli ihlallerle karşılaştıkları görülmektedir. Buna karşın Türk Hukuku bakımından idari gözetim altında tutulan kişilerin tutulma koşulları bağlamında yaşadıkları hak ihlallerine karşı başvurabilecekleri hukuki yollar konusunda bir belirsizlik göze çarpmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından da dile getirilen bu eksiklik, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak Mahkeme tarafından işaret edilen idari yargı yolunun uygulamada sorunlara çözüm oluşturduğuna, başka bir deyişle etkili bir başvuru yolu teşkil ettiğine dair somut davalar bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının etkili bir başvuru yolu olduğuna ilişkin içtihadı devam ederken aynı hususta Uyuşmazlık Mahkemesi'nin adli yargının görevli olduğuna hükmetmesiyle iç hukuktaki başvuru mekanizmasına ilişkin belirsizlik daha belirgin hale gelmiştir.

Bu çalışma kapsamında işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında idari gözetim koşulları ele alınarak, bu koşulların iç hukukta dava edilmesine ilişkin içtihatlar incelenmiştir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları karşılaştırmalı olarak değerlendirilerek, idari gözetim koşullarının dava edilmesine yönelik hukuki boşluğun etkili başvuru hakkı kapsamında ihlâl teşkil ettiği ileri sürülmekte ve bu ihlâlin ortadan kaldırılmasına yönelik çözümler önerileri sunulmaktadır.

**Keywords:** İdari Gözetim, İdari Gözetim Koşulları, Tam Yargı Davası, Etkili Başvuru Hakkı, İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

**Abstract:** Administrative detention is frequently used by states when examining applications for international protection or in deportation proceedings. An analysis of case law shows that persons held in administrative detention are sometimes subject to various violations of the prohibition of torture and ill-treatment. On the other hand, there is a lack of clarity in Turkish law regarding the legal remedies available to persons in administrative detention against violations of their rights in relation to their detention conditions. This deficiency, which has also been recognised by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, has been attempted to be remedied by the case law of the Constitutional Court. There are, however, no concrete cases indicating that the administrative remedy identified by the Court provides a solution to the problems in practice, in other words, that it is an effective remedy. While the Constitutional Court's jurisprudence on the matter continues, the Streitgerichtshof has ruled that judicial justice has jurisdiction over the same matter, and the uncertainty regarding the remedy mechanism in domestic law has become even apparent.

This study analyzes the conditions of administrative detention in the context of the prohibition of torture and ill-treatment and examines the case law challenging these conditions in national law. In this context, by comparatively evaluating the decisions of the ECHR, the CC, and the Court of Jurisdictional Disputes, it is argued that the legal loophole in contesting the conditions of administrative detention constitutes a violation of the right to effective remedy and suggestions for solutions to eliminate this violation are presented.

**Keywords:** Administrative Detention, Conditions of Administrative Detention, Full Remedy, Right to an Effective Remedy, Prohibition of Torture and Ill-Treatment

## Extended Abstract

States employ administrative detention within the framework of evaluating international protection applications or deportation proceedings. Turkish legislation lacks explicit provisions to address violations of individual rights during administrative detention. The principal regulation governing this matter is Law No. 6458 on Foreigners and International Protection. As elucidated in this study, solely the legality of administrative detention decisions can be scrutinized concerning the procedure applied during the processing of international protection applications and until deportation occurs. However, avenues for redress regarding rights violations are absent. Administrative or judicial remedies must be established to address grievances related to detention conditions. Ensuring access to these remedies is imperative to uphold the right to an effective remedy, as stipulated in both Article 40 of the Constitution and Article 13 of the European Convention on Human Rights (ECHR). We advocate for a clear legislative framework to rectify this ambiguity concerning the examination of rights violations, as articulated and substantiated in this study.

In light of the B.T. Application, the Constitutional Court affirmed that full judgments filed before administrative courts serve as effective remedies for claims of rights violations in cases examined herein. The Court deemed applications submitted without initiating such lawsuits as inadmissible, and this jurisprudence remains valid. Conversely, subsequent to a jurisprudential shift by the Constitutional Court, the Court of Dispute ruled that judicial courts, not administrative courts, hold jurisdiction over claims for non-pecuniary damages in administrative detention cases. With no alteration in the Constitutional Court's jurisprudence post the Court of Dispute's decision, the issue has become increasingly intricate. These conflicting jurisdictions delineate divergent avenues to address the problem. In ongoing cases such as A.B. and A.S. v. Turkey, the European Court of Human Rights (ECtHR) has sought clarification from the government regarding the impact of the Court of Dispute's judgment on the Turkish legal system.

Since the Abdolkhani and Karimnia judgment of 2010, the necessity of legislative regulation is underscored, particularly in light of the ECtHR's inquiries to the government. In nearly every case against Turkey, the ECtHR has requested information regarding mechanisms for addressing detention conditions under administrative detention. Despite the contention that the Constitutional Court's B.T. case law and full judgment actions constitute effective mechanisms, the ECtHR has requested precedent administrative court decisions corroborating these claims. Furthermore, the absence of such decisions thus far raises doubts regarding the efficacy of this remedy in the context of the ECtHR. As of the publication date of this study, the ECtHR has not issued a judgment in the case of A.B. and A.S./Turkey. Our research following the Court of Dispute's decision did not uncover any data indicating that administrative courts have rendered decisions aligning with the Constitutional Court's B.T. ruling. Consequently, it is presumed that the requested information could not be provided to the ECtHR.

Given the current circumstances, it is argued in this study that until clear regulation is enacted, claims of rights violations in this regard should be brought before criminal judgeships of peace, in accordance with the Court of Dispute's decision. Furthermore, the Constitutional Court should reconsider its inadmissibility decisions if individuals fail to apply to administrative courts per this ruling. Another crucial step following the closure of legislative gaps is the reinforcement of mechanisms to prevent violations. However, above all these possibilities, enacting clear legislation remains the most vital solution. A regulatory framework in this direction is deemed urgently necessary. Such legislation would facilitate easier determination of the appropriate venue for individuals claiming rights violations.

## Giriş

Ülkeye giriş ve çıkış konularında münhasır yetkili olan devletler, yabancıların ülkeye kabul edilerek uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesi veya ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin süreçte, idari gözetim altına alma tedbirini yaygın olarak uygulamaktadırlar.<sup>1</sup> Her iki durum bakımından da kişiler belirli bir süre özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı<sup>2</sup> için idari gözetim kararlarının hukuka uygun olması ve kanunda yazılı şartları taşıması gerekmektedir.<sup>3</sup>

İdari gözetim, sığınmacıların hareket serbestisinin ciddi biçimde sınırlandırıldığı ve kısıtlı bir alandan ayrılmak için tek ihtimalin ilgili ülke topraklarını terk etmek olduğu, çevrelenmiş sınırlı bir yerde kapalı tutulma işlemidir.<sup>4</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 5/1/f'de düzenlenen kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının bir istisnası olarak, bir kişinin ülke topraklarına usule aykırı girişini engellemek ya da kişi hakkında mevcut sınırdışı veya iade işleminin bulunması sebebine dayanılarak yasaya uygun biçimde yakalanması veya tutulması şeklinde düzenlenmiştir. Benzer şekilde Anayasa m. 19/3 hükmünde de bu istisna yer almaktadır. Türk Hukuku bakımından Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)<sup>5</sup> kabulünden önce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sınır dışı işlemleri ve idari gözetim kararlarının yasal dayanağı bulunmaması<sup>6</sup>, bu kararlar aleyhine başvuru mekanizmalarının düzenlenmemesi<sup>7</sup> ve kişilerin gözetim altında tutulma koşullarının elverişsizliği sebepleriyle Türkiye aleyhine pek çok ihlâl kararı verilmiştir.<sup>8</sup> Mahkeme'nin Türkiye'ye yönelik kararları ışığında YUKK, yabancılar hakkında hangi hâllerde sınır dışı edileceği ve idari gözetim altına alma kararı alınacağını, zikredilen kararlara itiraz usulünü yasal dayanağa kavuşturmuş ve standartları belirlemiştir.<sup>9</sup>

Türk hukukunda idari gözetim kararı; sınır dışı etme işlemi dışında uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş yabancıların başvuruları sonuçlanıncaya kadar da uygulanmaktadır.<sup>10</sup> Kişilerin sınır dışı etme işlemi gerçekleşinceye veya uluslararası koruma başvuruları sonuçlanıncaya kadar tutulacakları Geri Gönderme Merkezi (GGM) ve bu merkezde sağlanacak hizmetler de YUKK kapsamında

<sup>1</sup> Galina Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, (Leiden: Martinus Nijhoff, 2010), 2; Robyn Sampson- Grant Mitchell, "Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales", *Journal on Migration and Human Security*, 1/3 (2013), 101.

<sup>2</sup> İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (OPCAT), Birleşmiş Milletler, (2002). Sözleşme m. 4/2'de özgürlükten yoksun bırakılma kapsamlı biçimde tanımlanmıştır.

<sup>3</sup> Guy S. Goodwin-Gill vd., *The Refugee in International Law*, (Oxford University Press, 2021), 463.

<sup>4</sup> Sığınmacıların Gözetim Altına Alınmalarına İlişkin Standart ve Uygulanacak Ölçütler Hakkında Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği Bürosu İlkeleri, (BMMYK İlkeleri), Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, (Şubat 1999), İlke 1.

<sup>5</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), *Resmi Gazete* 28615 (11 Nisan 2013), Kanun No. 6458.

<sup>6</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, Başvuru No. 30471/08 (22/09/2009) § 135; AİHM, *Z.N.S./Türkiye*, Başvuru No: 21896/08, (19/01/2010), § 57; AİHM, *Dbouba/Türkiye*, Başvuru No: 15916/09, (13/07/2010), § 51; AİHM, *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*, Başvuru No: 6909/08, 12792/08 ve 28960/08, (13/07/2010), § 58; AİHM, *Charahili/Türkiye*, Başvuru No: 46605/07, (13/04/2010), § 67; AİHM, *Ranjbar ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 37040/07, (13/04/2010), § 43; AİHM, *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No: 32940/08, 41626/08, 43616/08, (13/04/2010), § 73; AİHM, *Moghaddas/Türkiye*, Başvuru No: 46134/08, (15/02/2011), § 43; AİHM, *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No: 28127/09, (03/12/2013), § 43.

<sup>7</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 117, 142; AİHM, *Z.N.S./Türkiye*, § 63; AİHM, *Dbouba/Türkiye*, § 55; AİHM, *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, § 79-80; AİHM, *Moghaddas/Türkiye*, § 50.

<sup>8</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 92; AİHM, *Dbouba/Türkiye*, § 45; AİHM, *Charahili/Türkiye*, § 61; AİHM, *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, § 35. Bu konuda genel bilgi için bkz. Rona Aybay, "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2003), 141-172; Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014).

<sup>9</sup> Kanunun gerekçesi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), "6458 Sayılı Kanunun Genel Hakkında Bilgiler", (Erişim 28 Kasım 2023). Sınır dışı etme işlemi YUKK m. 52-60A arasında düzenlenmektedir. İdari gözetim ise YUKK, 57-57A maddelerinde düzenlenmektedir. Ayrıca idari gözetimin şartları Yönetmeliklerle detaylı olarak düzenlenmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (YUKK Yönetmelik), *Resmi Gazete* 29656, (17 Mart 2016); İçişleri Bakanlığı Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, (İç İşleri Bakanlığı GGM Yönetmelik), *Resmi Gazete* 28980, (22 Nisan 2014).

<sup>10</sup> YUKK, m. 68.

düzenlenmektedir.<sup>11</sup> Kişilerin haklarında herhangi bir suç isnadı bulunmaksızın özgürlüklerinin kısıtlandığı GGM'de sağlanması gereken koşullar ve standartlar hem insan hakları koruma mekanizmaları raporlarıyla hem de uluslararası mahkeme içtihatlarıyla belirlenmiştir.<sup>12</sup> Buna rağmen idari gözetim işleminin hukuka aykırılığı ve idari gözetim altında tutulma koşulları nedeniyle pek çok insan hakkı ihlâli gündeme gelmektedir.

Özellikle 2011 yılından itibaren gerçekleşen Suriye kaynaklı kitlesel akın sonrası Türkiye'nin ev sahipliği yaptığı yabancı sayısı rekor seviyeye ulaşmıştır.<sup>13</sup> 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla<sup>14</sup> getirilen Anayasa Mahkemesi (AYM) bireysel başvuru yolu, sınır dışı etme işlemlerine ve idari gözetim kararlarına karşı yeni bir mekanizma olarak yabancılar tarafından sıklıkla kullanılmaktadır<sup>15</sup> Bu bağlamda bireysel başvuru mekanizmasının bu kararlara etkisi ve AİHM kararları ile etkileşimi üzerine yapılmış pek çok çalışma bulunmaktadır.<sup>16</sup>

Bu çalışma kapsamında ise idari gözetim kararının "doğrudan kendisine karşı" iç hukuk yollarında yapılan itirazlar ve bunun etkili başvuru hakkıyla olan ilgisi değil, idari gözetim esnasında yaşanan "insan hakkı ihlâllerine karşı" iç hukuk yollarına yapılabilecek itirazlar ve bunun etkili başvuru hakkı açısından ele alınması üzerinde durulacaktır. Başka bir deyişle idari gözetim altında tutulma koşullarının değerlendirilmesi ve insan onuruyla bağdaşmayan koşullara karşı iç hukukta başvuru yolları bakımından ortaya çıkan hak ihlâlleri incelenecektir. Çalışmanın ilk bölümünde idari gözetim koşullarına ilişkin genel bir bilgi verildikten sonra ikinci bölümde idari gözetim koşulları kötü muamele yasağı kapsamında ele alınacaktır. Üçüncü bölümde Türk Hukukunda idari gözetim koşullarının davaya konu edilebileceği etkili başvuru mekanizmalarının varlığı Anayasa Mahkemesi'nin *K.A.* kararı<sup>17</sup> ve içtihadını değiştirdiği *B.T.* kararı<sup>18</sup>, AİHM'in *G.B.*<sup>19</sup> ve bağlantılı diğer kararları kapsamında ele

<sup>11</sup> YUKK, m. 58 ve 59.

<sup>12</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, (UNCHR Principles), United Nations High Commissioner for Refugees Adopted by General Assembly (9 December 1988), (Erişim 01 Mart 2024); United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, (United Nations Rules for the Protection), United Nations General Assembly (14 December 1990), (Erişim 01 Mart 2024); The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), United Nations General Assembly, (17 December 2015), (Erişim 01 Mart 2024); European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Standards, (The CPT standards), Council of Europe Committee for the Prevention of Torture, (CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 201) (Erişim 01 Mart 2024); Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeler, (Gözaltı Kılavuz İlkeleri), Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, (Erişim 01 Mart 2024).

<sup>13</sup> United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), "Syria Regional Refugee Response", (Erişim 01 Mart 2024).

<sup>14</sup> *Resmî Gazete* 27580, (07.05.2010).

<sup>15</sup> Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 234.

<sup>16</sup> Türk literatüründe idari gözetim kararına karşı açılan davaların nitelikleri, itiraz mekanizmalarının etkililiği ve özellikle YUKK yürürlüğe girdikten sonraki uygulamalar etraflıca tartışılmıştır. Bkz. Merve İspirli Armağan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü", *Public and Private International Law Bulletin*, 42/2 (2022), 913-945; Gamze Ovacık, "Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Türkiye", *Public and Private International Law Bulletin*, 41/1 (2021), 41-62; Gamze Ovacık, *Turkish Judicial Practices on International Protection, Removal and Administrative Detention in Connection with the Safe Third Country Concept*, (Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, 2021) 235-311; Mehmet Aktaş, "Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" Başlıklı 5'inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, (2019/2), 63-78; Başak Türgeç, *Türkiye'de İdari Gözetim Kurumu: Hukuki Rejim ve Uygulama*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018), 159-190; Nimet Özbek, "AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28/118 (2015), 15-50. Sınır dışı kararlarına karşı yargısal itiraz için bkz. Gamze Ovacık, "Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihatları Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/2 (2020), 1047-1062; Nimet Özbek vd. "Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararlarına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/3 (2020), 3-33.

<sup>17</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/13044, 11/11/2015.

<sup>18</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15769, 30/11/2017.

<sup>19</sup> AYM, *G.B. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2014/19481, (24/05/2018).

alınacaktır. Dördüncü bölümde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Y.G.A.A.E.* kararı ışığında idari gözetim koşullarının dava edilmesine ilişkin iç hukuktaki başvuru mekanizmalarında oluşan hukuki belirsizlik irdelenecek ve son bölümde ise AİHM kararları ışığında Türk hukukunda idari gözetim koşullarına ilişkin etkili başvuru mekanizmalarının kurulmasını sağlayacak öneriler sunulacaktır.

## I. İdari Gözetim ve İç Hukuktaki Başvuru Yollarına Genel Bakış

Uluslararası hukuka göre devletler, andlaşmalardan kaynaklanan sorumluluklara aykırı olmayacak biçimde, yabancıların ülke topraklarına girmelerini, ülke topraklarında bulunmalarını ve ülke topraklarından çıkarılmalarını düzenleme hakkına sahiptirler.<sup>20</sup> AİHM de muhtelif kararlarında sözleşmenin vatandaşı olunmayan bir ülkeye giriş hakkını güvence altına almadığına ve devletlerin suç işleyen bir yabancıyı kamu güvenliğini sağlamak amacıyla sınır dışı edebileceklerine işaret etmektedir.<sup>21</sup> Sınır dışı etme; devletlerin kamu düzenini veya güvenliğini sağlamak amacıyla yabancıları ülkelerinin dışına çıkarmaları olarak tanımlanmaktadır.<sup>22</sup> YUKK m. 54'te düzenlenen sınır dışı etme halleri kapsamında sayılan kişiler bakımından m. 55'te sayılan istisnai şartları taşımayan olmaları şartıyla, sınır dışı kararı alınabilmektedir. Hakkında karar verilen yabancılardan, YUKK m. 57(2)'de sayılan şartları taşıyan yabancılarla ilgili bulunduğu il valiliği tarafından idari gözetim kararı alınabilmektedir.<sup>23</sup> Ayrıca kararı veren valilik tarafından gözetimin devam etmesinin gerekli olup olmadığının aylık periyotlarla kontrol edilmesi de öngörülmektedir.<sup>24</sup>

İdari gözetim, sınır dışı etme işlemi dışında, bazı hallerde uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş yabancıların başvuruları sonuçlanıncaya kadar bir idari tedbir olarak uygulanmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, yayınladığı ilkeler uyarınca idari gözetimin tıpkı tutuklama tedbirinde olduğu gibi istisnai hallerde uygulanması ve gözetimin niteliği ve şartları gibi detayların kanunla belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca idari gözetim uygulanmadan önce mutlaka alternatif tedbirlerin<sup>25</sup> araştırılması öncelikli olmalıdır.<sup>26</sup> YUKK m. 68'de de benzer şekilde sığınma talep eden yabancıların kural olarak idari gözetim altına alınamayacaklarını sadece istisnai durumlarda bu tedbirin uygulanabileceğini hükme bağlamıştır.

Haklarında sınır dışı etme kararı bulunan veya uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş ve sürecin sonuçlanmasını bekleyen yabancılar Geri Gönderme Merkezlerinde (GGM) tutulmaktadır.<sup>27</sup> YUKK m. 58 uyarınca bu merkezlerin İçişleri Bakanlığı tarafından işletileceği belirtilmiş ve işleyişe ilişkin detaylar da konu hakkında bir Yönetmelik<sup>28</sup> ile düzenlenmiştir. Ayrıca bu merkezlerde kalan kişilere sağlanacak hizmetler; YUKK m. 59 uyarınca hüküm altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabul

<sup>20</sup> Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, (London: Oxford University Press, 1978); Kay Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *International Journal of Refugee Law*, 2/3 (1990), 341-360; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012) 153-155.

<sup>21</sup> AİHM, *Üner/Hollanda*, Başvuru No. 46410/99, (18/10/2006), § 54; AİHM, *De Souza Ribeiro/Fransa*, Başvuru No. 22689/07, (13/12/2012), § 77.

<sup>22</sup> Aybay, Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme, 142; Sınır dışı etme işlemi hakkında genel bilgi için bkz. Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi 2021), 195-236.

<sup>23</sup> Ayrıca YUKK Yönetmelik m. 59/2 de düzenlenen şartlardaki kişiler hakkında da idari gözetim kararı alınabilmektedir.

<sup>24</sup> YUKK, m. 57/3 ve 57/4.

<sup>25</sup> İdari gözetim alternatif tedbirler hakkında genel bilgi için bkz. Ophelia Field vd., *Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees*, (United Nations High Commissioner for Refugees, April 2006), (Erişim 01 Mart 2024); Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), Council of Europe (7 December 2017), (Erişim 01 Mart 2024); Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures, (Alternatives to detention), European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 2015, (Erişim 01 Mart 2024).

<sup>26</sup> BMMYK İlkeleri, İlke 3.

<sup>27</sup> Makalenin yazıldığı tarih itibarıyla Türkiye'de Göç İdaresi Başkanlığı tarafından işletilen toplam otuz tane Geri Gönderme Merkezi vardır. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, (Göç İdaresi) "Merkezler", (Erişim 28 Kasım 2023)

<sup>28</sup> Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşletirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, 22 Nisan 2014, Sayı: 28980.

ettiği Prensipler'in<sup>29</sup> ilk maddesinde herhangi bir şekilde tutulan veya hapsedilen kişilerin insanlık onuruna uygun şekilde muamele görmeleri gerektiğini vurgularken; 4. maddesi de kişilerin özgürlüklerini sınırlandıran tedbirlerin yargısal makamlar tarafından verilmesi ve söz konusu tedbirlerin etkili şekilde denetime tabi olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Ayrıca Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) belirlediği Standartlar da idari gözetim merkezlerinde sağlanması gereken şartların belirlenmesinde önem arz etmektedir.<sup>30</sup> İdari gözetimin keyfilikten uzak ve hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için, hukuki güvenceler oluşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda CPT, gözetim yerlerinin bağımsız kuruluşlar tarafından denetlenmesi yanında, kişilerin tutulma koşullarına karşı başvurabileceği etkili mekanizmaların da varlığını zorunlu görmektedir.<sup>31</sup> AİHM de Sözleşme'de düzenlenen hakların kullanılmasını sağlamak amacıyla bu hakların ihlâli halinde başvurulabilecek ve ihlâl nedeniyle uğranılan zararın tazminini sağlayabilecek nitelikte etkili bir iç hukuk yolunun varlığını m. 13 uyarınca gerekli görmektedir. Bu hukuk yolu sadece ihlâli tespit etmekle kalmamalı aynı zamanda ihlâli önleyecek yetkiyi de haiz olmalıdır.<sup>32</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki; AİHM'in şikayete konu husus bakımından etkili bir iç hukuk yolunun mevcudiyeti açısından değerlendirme yapabilmeye için kötü muamele yasağının mutlaka ihlâl edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle somut olayda m. 3 kapsamında bir ihlâl gerçekleşmemiş olsa dahi olası ihlâllere karşı başvurulabilecek etkili bir mekanizma öngörülmemişse m. 13 ihlâl edilmiş olacaktır.<sup>33</sup>

YUKK m. 57/4'te belirtildiği gibi idareye kendi içerisinde, idari gözetimin devam edip etmeyeceği konusunda periyodik değerlendirme yapma zorunluluğu getirmekle beraber m. 57/6, kişinin idari gözetim kararı aleyhine sulh ceza hakimine başvuru yapabileceğini düzenlemektedir. Maddeye göre verilen karar kesin olsa da kişi, idari gözetim şartlarının değiştiği iddiasını daha sonra tekrar öne sürebilmektedir. Bunun dışında YUKK'da idari gözetim esnasında yaşanan hak ihlâllerinden yakınmak amacıyla başvurulabilecek özel bir düzenlemenin getirilmediği görülmektedir. Bu husus AYM ve AİHM tarafından da muhtelif kararlarda belirtilmektedir.<sup>34</sup>

Oysa sınır dışı edilecek ya da hakkında uluslararası koruma başvurusu değerlendirilen kişilerin GGM'de tutuldukları süreçte çeşitli hak ihlâlleri ile karşılaşma ihtimalleri bulunmaktadır. Nitekim uygulamaya bakıldığında idari gözetim koşulları kapsamında başta kötü muamele yasağı olmak üzere, kişi özgürlüğü hakkı ile beraber etkili başvuru hakkının ihlâlüne ilişkin iddiaların da sıklıkla mahkeme kararlarına yansdığı görülmektedir.

<sup>29</sup> UNCHR Principles, (Erişim 01 Mart 2024).

<sup>30</sup> The CPT standards, § 24-100.

<sup>31</sup> Immigration Detention, (ID), European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), March 2017, (Erişim 01 Mart 2024), 7.

<sup>32</sup> AİHM, *Aksoy/Türkiye*, Başvuru No. 21987/93, (18/12/1996) § 95. Etkili başvuru hakkı kapsamında ulusal makamın sahip olması gereken yetkiler açısından Bkz: Sibel İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013) 443-446.

<sup>33</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 107. AİHM'in etkili başvuru hakkını beraber ortaya çıktığı hak ihlâli iddiasının sonucundan bağımsız incelemesi hakkında Bkz: İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı", 440.

<sup>34</sup> AYM, *K.A. Başvurusu* kararında sınır dışı edilme saikiyle tutulmanın başvurusu bağlamında gerek teorik gerek pratik etkili başvuru yolunun mevcut olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bkz: AYM, *K.A.*, Başvuru No. 2014/13044, (11/11/2015), § 81. Benzer şekilde AYM, *F.A ve M.A.*, Başvuru No: 2013/655, (20/01/2016), § 51-68; AYM, *A.V. ve Diğerleri*, Başvuru No: 2013/1649, (20/01/2016), § 61; AYM, *F.K. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2013/8735, (17/02/2016), § 57; AYM, *T.T.*, Başvuru No. 2013/8810, (18/02/2016), § 137; AYM, *A.S.*, Başvuru No. 2014/2841, (09/06/2016), § 49; AYM, *I.S. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2014/15824, (22/09/2016), § 94. AİHM kararlarında da ulusal makamların, idari gözetimde tutulan kişilerin olumsuz idari gözetim koşullarını ileri sürerek tutulma koşullarında iyileşme sağladıklarını gösteren kararlar sunamadıkları vurgulanmıştır. Bkz: AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, Başvuru No. 72710/11, (24/06/2014), § 63; AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, Başvuru No. 30471/08, (22/09/2009), § 25. AİHM'in *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* kararı AİHM'in idari gözetim ve bunların hukuka uygunluğu ile ilgili Türkiye'ye karşı verdiği ilk karar olması açısından da anlamlıdır. Bkz: Aktaş, "İdari Gözetimin Değerlendirilmesi", 71-72.

## II. İdari Gözetim Esnasında Kötü Muamele Yasağının İhlal Edilmesi

AİHM içtihadı incelendiğinde idari gözetim altında tutulma koşullarının kötü muamele yasağı kapsamında ele alındığı görülmektedir.<sup>35</sup> Mahkeme, bir uygulamanın insanlık onuruna aykırı veya kötü muamele niteliğinde olup olmadığını incelerken, uygulamanın asgari bir ağırlık eşliğine ulaşması gerektiğini belirtmektedir.<sup>36</sup> Bu değerlendirme yapılırken, somut olaydaki koşullara ilişkin tüm bilgiler, muamelenin süresi, fiziksel veya psikolojik etkileri, maruz kalan kişinin yaşı, cinsiyeti, engellilik ve sağlık durumu gibi hususları dikkate alarak kümülatif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.<sup>37</sup>

Kişilerin idari gözetim altında tutulmaları bakımından ise Mahkeme, insan onuruyla bağdaşacak şekilde bir tutulma gerçekleştirilmesini, tutuklu olmanın ya da gözetim altında tutulmanın doğası gereği vereceği sıkıntıyı aşacak nitelikte stres ve ızdıraba yol açmamasının sağlanmasını ve bu bağlamda şahsın sağlığının yeterince korunması için gerekli tedbirlerin alınması şartlarını aramaktadır.<sup>38</sup> Ayrıca gözetim altında tutulmaya ilişkin koşullar değerlendirilirken bu koşulların bütüncül olarak ele alınması ve özellikle koşulların gittikçe artan etkilerinin de kalınan süre paralelinde değerlendirilmesi gerektiği Mahkeme tarafından sıklıkla vurgulanmaktadır.<sup>39</sup> GGM'lerdeki koşulların insanlık onuruna aykırı nitelikte olup olmadıklarını belirlerken; Mahkeme merkezlerdeki kişi sayısı, açık hava imkanı, temizlik ve hijyen durumu, vakit geçirilecek alanlar bulunması ve sağlık imkanları<sup>40</sup> gibi hususları dikkate almaktadır.<sup>41</sup> Mahkeme kişi başı 4 m<sup>2</sup> alan tahsis edilmesinin minimum sınırı oluşturduğuna, 3 m<sup>2</sup>'lik alandan daha az alan bulunmasının ise başlıbaşına tutulma koşullarının insan onuruna aykırılık teşkil edeceğine hükmetmektedir.<sup>42</sup>

YUKK yürürlüğe girmeden önceki dönemde AİHM tarafından başvuruçuların Türkiye'de idari gözetim altında tutulma koşulları açısından verilen ilk karar olan *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye No.2*<sup>43</sup> kararında, mevcut durumda iç hukuktaki başvuru yollarının gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin itirazlar açısından etkili bir çözüm sunduğunun yeterince ortaya konulmadığına kanaat getirmiştir.<sup>44</sup>

<sup>35</sup> Örnek olarak bkz. AİHM, *Dougoz/Yunanistan*, Başvuru No. 40907/98, (06/03/2001); AİHM, *Charahili/Türkiye*, Başvuru N. 46605/07, (13/04/2010); AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, Başvuru No. 50213/08, (27/07/2010); AİHM *Moghaddas/Türkiye*, Başvuru No. 46134/08, (15/02/2011); AİHM, *Anayev ve diğerleri/Rusya*, Başvuru No. 42525/07, (10/01/2012); AİHM, *Hagyo/Macaristan*, Başvuru No. 52624/10, (23/04/2013); AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, Başvuru No. 72710/11, (24/06/2014).

<sup>36</sup> AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, (10/09/2018) (Final) § 162; AİHM, *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 13134/87, (25/03/1993), § 30.

<sup>37</sup> AİHM, *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 13134/87, (25/03/1993); AİHM, *Gäfgen/Almanya*, Başvuru No. 22978/05, (01/06/2010); AİHM, *Raninen/Finlandiya*, Başvuru No. 20972/92, (16/12/1997); AİHM, *Erdoğan Yağız/Türkiye*, Başvuru No. 27473/02, (06/03/2007); AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, Başvuru No. 72710/11, (24/06/2014).

<sup>38</sup> AİHM, *Dougoz/Yunanistan*, Başvuru No. 40907/98, 06/03/2001, § 46; AİHM, *Kalashnikov/Rusya*, Başvuru No. 47095/98, 15/07/2002, § 102.

<sup>39</sup> AİHM, *Dougoz/Yunanistan*, § 46; AİHM, *Kalashnikov/Rusya*, § 102.

<sup>40</sup> AİHM, *Keenan/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27229/95, (03/04/2001), § 109-111; AİHM, *Tarariyeva/Rusya*, Başvuru No. 4353/03, (14/03/2007), § 81-87; AİHM, *Vladimir Romanov/Rusya*, Başvuru No. 41461/02, (24/07/2008), § 55-57; AİHM, *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*, Başvuru No. 6909/08, 12792/08 and 28960/08, (13/07/2010), § 69.

<sup>41</sup> AİHM, *Dougoz/Yunanistan*, § 45-46.

<sup>42</sup> AİHM, *Hagyo/Macaristan*, Başvuru No. 52624/10, (23/04/2014), § 45-47.

<sup>43</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, Başvuru No. 50213/08, (27/07/2010).

<sup>44</sup> AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 25.

Mahkeme özellikle *Tehrani ve diğerleri v. Türkiye*<sup>45</sup>, *Asalya/Türkiye*<sup>46</sup>, *Yarashonen/Türkiye*<sup>47</sup> ve *Kurkaev/Türkiye* kararlarında<sup>48</sup> idari gözetim koşullarını ele alarak m. 3 ihlâli bulmuştur. AİHM'nin ihlâl kararları yanında<sup>49</sup>, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri<sup>50</sup>, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü<sup>51</sup>, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu<sup>52</sup>, mülga Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK)<sup>53</sup> ve çeşitli raporlarda<sup>54</sup> da idari gözetim kararının hukukiliği ve başvuru yollarının belirsizliği, süresi, gözden geçirilmesi usulü ve idari gözetim altında tutulma koşulları gibi hususlardaki eksikliklere dikkat çekilmiştir.<sup>55</sup>

<sup>45</sup> AİHM, *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 32940/08, 41626/08, 43616/08, (13/04/2010). Tunca İkamet Merkezi'ndeki gözetim koşullarını değerlendiren Mahkeme, başvuranların dosyaya sundukları fotoğrafları da dikkate alarak AİHS'nin m. 3. ihlâlinin bulunduğu hükmetmiştir. Bkz: AİHM, *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, § 91-94. Ayrıca Bkz: AİHM, *Orchowski/Polonya*, Başvuru No. 17885/04, (22.10.2009), § 122.

<sup>46</sup> AİHM, *Asalya/Türkiye*, Başvuru No. 43875/09, (15/04/2014). Bu dava belden aşağısı felçli olan engelli bir Filistin vatandaşına ilişkindir. Başvurucu, hakkında sınırdışı kararı verildikten sonra Kumkapı GGM'ye getirilmiş; bu merkezde kendisi gibi engelliler için gerekli şartların sağlanmadığını hatta alaturka tuvalet bulunmadığını için eşi veya görevliler tarafından her seferinde yakındaki bir otele götürüldüğü iddiasıyla AİHM'e m. 3 kapsamında başvuruda bulunmuştur. Bu esnada başvurunun İdare Mahkemesi'ne yaptığı sınırdışı işleminin yürütmesinin durdurulması talebi kabul edilmiş ve kişi GGM'den çıkarılmıştır. Başvurucu, GGM'de sadece 6 gün kalmış olmasına rağmen AİHM, Merkez'deki şartların engelli bir birey için elverişli olmadığı ve insan onuruna aykırı muameleye maruz bırakıldığı gerekçesiyle m. 3 bakımından ihlâl gerçekleştiğine karar vermiştir. Bkz: AİHM, *Asalya/Türkiye*, § 47-55.

<sup>47</sup> AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, Başvuru No. 72710/11, (24/06/2014). Karara konu olayda başvuran, gözaltına alındığı tarih ile kendisine sığınmacı statüsü sağlandığı tarihe kadar olan süreçte beş ay yirmi yedi gün idari gözetim altında tutulmuştur. Başvurucu, Merkezin son derece kalabalık olduğunu, yeterli temizlik yapılmadığını, böcekler nedeniyle sık sık salgın hastalık yayıldığını, ayrıca hava almak için dahi olsa dışarı çıkamadığını belirtmektedir. Buna karşılık Hükümet başvuranın koşullar elverdiğince dışarı çıkmasına imkan sağlandığını belirtmiş olsa da açık havaya çıkma uygulamasının nasıl yapıldığı, bir program olup olmadığı ve uygulamanın sıklığı gibi detaylar hakkında Mahkeme'ye bilgi vermemiştir. Bu sebeple kişinin Merkezde tutulduğu koşulların belli açılardan müebbet cezası infaz edilen kişilere sağlanan imkanlardan daha kötü olduğu belirtilerek bu koşulların m. 3 ihlâli teşkil ettiğine karar verilmiştir. AİHM, *Yarashonen/Türkiye* § 74-81.

<sup>48</sup> AİHM, *Kurkaev/Türkiye*, Başvuru No. 10424/05, (19/10/2010). Karar sınır dışı etme işlemleri sonuçlanıncaya kadar Yabancılar Şubesi'nde tutulan bir Çeçenistan vatandaşına ilişkindir. Başvuran hiç penceresi olmayan ve güneş ışığı almayan bir odada 90 gün süreyle tutulduğunu belirtmiştir. Sayıları 100-200 arasında değişen sığınmacılar için sadece 38 yatak bulundurulmuş odada hijyen şartları son derece yetersizdir ve kişinin bu süre zarfında dışarıya çıkılmasına da izin verilmemiştir. Toplamda 2 tuvalet ve bir banyonun bulunduğu tesiste hergün aynı yemeğin verildiğini de iddia eden başvuru, Yabancılar Şubesi hakkında CPT'nin Yabancılar Şube Müdürlüğü incelemeleri sonunda hazırladığı 1999, 2001 ve 2005 tarihli raporlarını iddialarına dayanak olarak sunmuştur. Bkz: AİHM, *Kurkaev/Türkiye*, § 11. Ayrıca Bkz: Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (27 February-3 March 1999), (Erişim 28 Kasım 2023); Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (02-14 September 2001), (Erişim 28 Kasım 2023); Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (07-14 December 2005), (Erişim 28 Kasım 2023).

<sup>49</sup> Yukarıda sayılan kararlar dışında AİHM tarafından gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin ihlâl bulunan diğer davalar için bkz. AİHM, *Jabari/Türkiye*, Başvuru No. 40035/98, (11/07/2000); AİHM, *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99, (04/02/2005); AİHM, *Z.N.S./Türkiye*, Başvuru No. 21896/08, (19/01/2010); AİHM, *Asalya/Türkiye*, Başvuru No. 43875/09, (15/04/2014); AİHM, *T. ve A./Türkiye*, Başvuru No. 47146/11, (21/10/2014); AİHM, *Musaev/Türkiye*, Başvuru No. 72754/11, (21/10/2014), § 51-55; AİHM, *Aliev/Türkiye*, Başvuru No. 30518/11, (21/10/2014), § 89-93 ve AİHM, *Alimov/Türkiye*, Başvuru No. 14344/13, (06/09/2016), § 63-67.

<sup>50</sup> Report of the fact-finding mission to Türkiye by Ambassador Tomáš Boček, (Report of the fact-finding), Council of Europe Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, (30 May- 4 June 2016), (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>51</sup> Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau: Addendum-Mission to Türkiye, UN Human Rights Council, (17 April 2012), (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>52</sup> Edirne, İstanbul ve Kırklareli İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, (10 Ekim 2021), (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>53</sup> İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, (06.11.2014), (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>54</sup> Mülteci Hakları Merkezi (Refugee Rights Türkiye), "Acil Bir İhtiyaç: Türkiye'de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Alıkonulma Koşullarının Denetimi", (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>55</sup> AİHS m. 3 hükmünde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının bir de usul boyutu olduğu ifade edilmelidir. İşkence ve kötü muamele yasağı açısından iddiaların etkili şekilde soruşturulmaması m. 3'ün ihlâli teşkil edebileceği gibi m. 13'de düzenlenen etkili başvuru hakkını da ihlâl edebilir. Bkz: Oya Boyar, (2013), "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013) 149. Kişilerin geri gönderme işlemleri açısından m. 3'ün usul boyutuna dair AİHM'in içtihadı gelişmektedir; bu yönde açıklamalar için bkz: Saadet Yüksel "Procedural Aspects of the European Court of Human Rights' Assessment under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases", *Public and Private International Law Bulletin*, 42/2 (2022) 779-789. Ancak bu çalışma kapsamında, doğrudan geri gönderme işlemi sebebiyle işkence ve kötü muamele yasağının ihlâl edilmesi değil, idari gözetim altındaki kişinin tutulma koşullarının kötülüğü sebebiyle işkence ve kötü muamele yasağına dair ihlâlin ortaya çıkması ve bunun etkili başvuru hakkıyla ilgili ele alınmaktadır. AYM'nin bireysel başvuru kararlarında, tutulma koşulları açısından m. 17 ile ilişkili olarak m. 40'ün ihlâline hükmedildiğinde, m. 17 bağlamında kabul edilebilirlik kriterleri altında başvuru yollarının tüketilmesinin aranmadığı



### III. İdari Gözetim Esnasında Kötü Muamele Yasağı Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı: AYM'nin İki Yorumu ve AİHM'in Kararı

YUKK'un yürürlüğe girmesiyle yabancılar hukuku alanındaki işlemler bakımından bir yasal dayanak oluşturulmuştur.<sup>56</sup> Ayrıca 2012 yılından sonra AYM tarafından bireysel başvuru usulü uygulanmaya başlanmıştır.<sup>57</sup> Böylece sınır dışı etme ve idari gözetim gibi işlemler başta olmak üzere yabancılar hukukuna ilişkin insan hakları ihlallerinin ulusal düzeyde denetlenerek azaltılması amaçlanmıştır. YUKK m. 53/3 uyarınca, yabancıların idare mahkemelerinde sınır dışı kararına karşı başvuruları sonrası verilen karar kesindir. YUKK m. 57/6 uyarınca idari gözetim kararı aleyhine itiraz sonucu sulh ceza hâkimliklerinin kararları da kesinlik arzeder. Dolayısıyla bu kararlar bakımından yabancılar AYM'ye bireysel başvuruda bulunmakta ve AYM de GGM'lerde tutulan yabancılar hakkında verilen kararları denetlemektedir.<sup>58</sup> AYM bireysel başvuru taleplerini incelemeye başladıktan sonra önüne gelen ilk kararlardan biri olan *K.A.* kararında hem idari gözetim kararının hukukiliğini hem de başvuru sahibinin gözetim altında tutulduğu şartları ele almıştır.

#### A. AYM'nin *K.A.* kararı ve değerlendirilmesi

AYM, bireysel başvuru usulünün tanınmasından itibaren idari gözetime ilişkin pek çok dava ile karşı karşıya kalmıştır. Bu kararlar incelendiğinde gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin dikkati çeken ilk karar *K.A.* kararıdır. Karara konu olayda *K.A.* adlı bir Suriye vatandaşı, Kumkapı GGM'de yaklaşık 8 ay idari gözetim altında tutulması sonrasında idari gözetim kararının hukukiliğini, tutulma koşullarını<sup>59</sup> ve diğer şikayetlerini ileri sürebileceği etkili hukuk yollarının olmaması gerekçesiyle AYM'ye üç kez başvuruda bulunmuştur.<sup>60</sup>

AYM ilk olarak, *K.A.*'nın tutulma koşullarına ilişkin şikayetleri hakkında başvurabileceği etkili hukuk yollarının bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme AİHM içtihatlarına atıfta bulunarak<sup>61</sup> iç hukuk yolunun etkili olabilmesi için; şikayete konu ihlâli önleme, devam eden ihlâli sona erdirmeye ve sona eren ihlâller bakımından ise bu koşullar nedeniyle uğranılan zararın tazmininin de sağlanması açısından etkili olması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>62</sup> Şikayete konu husus kötü muamele yasağı olduğundan, değerlendirmenin titizlikle yapılması gerektiğini belirten Mahkeme, iddiaya konu hususlar bakımından sadece tazminat yolunun öngörülmesini eleştirmiştir.<sup>63</sup> Üstelik AİHM de bu düzenlemenin önemine

---

ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle, m. 17/3 kapsamında bir işkence ve kötü muamele yasağı ihlâli iddiasının görülebilmesi için, kabul edilebilirlik kriterlerinin yerine getirilmesi ve bu esnada başvuru yollarının tüketilmesi gerekir iken; eğer o davada m. 17 ile bağlantılı olarak m. 40, yani etkili başvuru hakkı ihlâli tespit edilmiş ise m. 17/3'ün maddi incelenmesinden evvel başvuru yollarının tüketilmesi kriteri aranmamaktadır. Bkz: Sibel Yılmaz, "Protection of Refugees' Rights Arising Out of the International Protection Procedure from the View of Turkish Constitutional Court's Individual Application Decisions", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/68 (2019), 734; AYM, *F.A. ve M.A. Başvurusu*, Başvuru No: 2013/655, 20/01/2016, § 70; AYM, *A.V. ve diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1649, 20/01/2016, § 64. Kanımızca bu mantıken doğrudur; zira m. 17 ile bağlantılı m. 40 açısından ihlâl bulunması, zaten kişinin m. 17'ye dair şikayetlerini taşıyabileceği bir ulusal makama erişemediğini gösterir. Bu sebeple m. 17 bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesini aramaya gerek yoktur.

<sup>56</sup> Ekşi, İdari Gözetim, s. 75.

<sup>57</sup> *Resmi Gazete* 27580, (07.05.2010).

<sup>58</sup> Döndü Kuşçu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37/22 (2017) 241, 275.

<sup>59</sup> Başvuru sahibi idari gözetim altında tutulduğu Kumkapı GGM'deki koşulları kapsayıcı biçimde tasvir etmiş ve koşullardan yakınmıştır. Bkz: AYM, *K.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/13044, (11/11/2015), § 17.

<sup>60</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 8.

<sup>61</sup> AİHM *Ananyev ve Diğerleri/Rusya*, Başvuru No. 42525/07 ve 60800/08, (10.01.2012), § 93-119.

<sup>62</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 71. Etkili başvuru hakkı AİHS m. 13 ve 1982 Anayasası m. 40'ta düzenlenmiştir. İki düzenlemenin de birbirine paralel olduğu söylenebilir. Her iki düzenleme de bir hak ihlâli iddiası ile yetkili ulusal makama başvuru yapılmasını güvence altına almaktadır. Bkz: İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı", 456. Çeşitli diğer ulusal anayasalarda etkili başvuru hakkının düzenlenmesine dair bir inceleme için Bkz: Ömer E. Egeleş, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021) 35-42.

<sup>63</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 72. Etkili başvuru hakkı açısından AİHS m. 2 ve m. 3 arasında özel bir ilişki olduğu vurgulanmıştır. AİHM özellikle *Aksoy* kararında belirttiği gibi başvuru sahibinin katılımını sağlayan tam ve etkin bir soruşturmanın yapılmasını vurgulamıştır. Bkz: İnceoğlu S. (2013), s. 444; AİHM, *Aksoy/Türkiye*, Başvuru No. 21987/93, (18/12/1996), § 98.

binaen tazminat imkanı yanında hükümet tarafından ilgili muameleleri sona erdirecek etkili bir mekanizma kurulması gerektiğini doğrudan Türkiye'ye yönelik kararlarında belirtmiştir.<sup>64</sup>

AYM o dönemde yürürlüğe yeni girmiş olan 6458 sayılı YUKK'da sınır dışı etme kararına karşı başvuru imkanı tanınmasının dışında (YUKK, m. 53) geri gönderme merkezlerindeki yabancıların tutulma koşulları da dahil olmak üzere özel hususların denetlenmesine ilişkin hiçbir düzenlemenin bulunmadığına söz konusu kararında yer vermiştir.<sup>65</sup> İdare Mahkemesi'nin bu madde kapsamında yapacağı denetim sadece idari işlemin unsurları bağlamıyla sınırlı kalmaktadır. Bu denetim dışında hangi özel hususlar bakımından denetim yapılabileceği maddede düzenlenmemiştir. Ancak AİHS m. 13 ve Anayasa m. 40'ta düzenlenen etkili başvuru hakkı kapsamında insan onuruna aykırı muameleler neticesinde oluşan ihlaller için tazminata hükmedebilecek bir hukuk yolunun iç hukuk sisteminde bulunması gerekmektedir.

Ayrıca YUKK m. 57, idari gözetimin devamının gerekli olup olmadığının aylık periyotlarda valilik tarafından değerlendirilmesini, devama veya sona ermeye ilişkin kararın ilgiliye tebliğ edilmesini ve devam kararına karşı sulh ceza hakimliklerinde başvuru yapılabileceğini düzenlemektedir. Ancak YUKK, GGM'lerdeki koşulların değerlendirilmesi ve iyileştirilmesine veya gerekli olduğu hallerde tutulmanın sonlandırılmasına olanak tanıyacak ya da gözetim koşullarına ilişkin uluslararası standartları esas alan ve bu standartlara uyulmasını gözlemleyen bir idari veya yargısal mekanizma öngörmemektedir. Nitekim davaya konu olayda K.A.'nın idari gözetim kararına ilişkin itirazlarında tutulma koşullarının elverişsizliği de ileri sürülmüş olmasına rağmen Sulh Ceza Hakimliği bu şikayetleri değerlendirmemiştir.<sup>66</sup> Ayrıca Mahkeme'nin talebine rağmen Bakanlık tarafından GGM'deki koşulların iyileştirilmesine ilişkin idari veya yargısal bir mekanizma olup olmadığına dair de bilgi verilmemiştir. YUKK m. 57/4 uyarınca kişinin GGM'de tutulmasına ilişkin gerekliliğin devam edip etmediğinin aylık periyotlarla takip edilmesi öngörülmesine rağmen bu değerlendirmenin pratikte yapılmadığı da anlaşılmaktadır.<sup>67</sup> Ayrıca bu değerlendirme yapılıyor olsa dahi hangi kriterler uyarınca yapılacağı belirlenmiş değildir. İHK raporu da bu bağlamda pratikteki uygulamaya dikkat çekerek gözetim koşullarının denetlenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>68</sup>

AİHM; YUKK öncesi dönemde pek çok davada hükümetten bir yabancıнын gözetim altında tutulma koşullarının iyileştirilmesini veya bu koşullar nedeniyle uğranılan zararın tazminini talep edebildiği bir adli veya idari mekanizma olup olmadığına ilişkin başvuru yollarının belirtilmesini ve bu taleplerin değerlendirildiği mahkeme kararı örnekleri sunulmasını istemiştir. Ancak hükümet bu kararları sunmamış ve neden sunmadığına ilişkin bir açıklama da yapmamıştır.<sup>69</sup> AYM de bu bağlamda başvurucu K.A. bakımından teori ve pratikte etkili bir başvuru yolunun bulunmadığına ilişkin olarak Bakanlıktan bilgi talep etmiş ancak Bakanlık AYM'ye de bilgi sunmamıştır. AYM bu bağlamda yabancılar bakımından idari gözetim koşullarının insan onuruna aykırı nitelikte olduğunu ileri sürebilecekleri bir idari veya yargısal mekanizma olmaması gerekçesiyle kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialar bakımından etkili bir başvuru yolu bulunmadığına hükmetmiştir. Ayrıca AYM bu kararda, AİHM

<sup>64</sup> AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, § 61.

<sup>65</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 75.

<sup>66</sup> Burada tekrar belirtmek gerekir ki yukarıda da değinildiği gibi YUKK m. 57/6'da yer alan sulh ceza hakimine yönelik başvuruda madde metninde, mahkeme kararında da zikredildiği gibi, tutulma koşullarının hak ihlâline sebep olup olmadığına dair denetim yapılacağına dair açık düzenleme yer almamaktadır. İleride buraya tekrar dönülecek olmakla beraber bu noktanın önemine dikkat çekmek gerekir.

<sup>67</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 78. YUKK m. 57/4'te yer alan düzenleme, yukarıda da değinildiği gibi idareye kendi içinde periyodik değerlendirme yapma zorunluluğu getirmekle beraber idarenin bu yönde uygulama geliştirmemesi durumunda ne olacağı açıklanmamıştır. Bu durumun ise mahkeme kararında da belirtildiği üzere, bu uygulamanın pratikte gerçekleşmemesine sebep olduğu ve etkili bir yol olmasını engellediği gözleminde bulunulabilir.

<sup>68</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 79.

<sup>69</sup> AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, § 63, AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 25.

içtihatları<sup>70</sup>, CPT'nin yabancıların gözetim altında tutulmalarına ilişkin belirlediği standartlar ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Kumkapı GGM'ye ilişkin hazırladığı rapordaki değerlendirmeleri<sup>71</sup> ışığında; merkezde maruz kalınan aşırı kalabalık, ortak alanların yetersizliği, açık havaya çıkamama gibi fiziki koşullarının insan onuruyla bağdaşmayan muamele teşkil ettiğine karar vermiştir. AYM, K.A. kararı sonrası pek çok kararda Kumkapı GGM'deki tutulma koşulları ile ilgili ihlâl kararı verirken; idari gözetim altında bulunan yabancıların, insan onuruna aykırı tutulma koşullarına karşı başvuruda bulunabilecekleri, teori ve pratikte çözüm üretebilen etkili bir başvuru yolunun bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>72</sup>

Kanımızca çalışma boyunca ele alınan ve idari gözetim esnasında yaşanan hak ihlallerinin giderilmesi için başvurulacak hukuki yolun ortaya konmasında yaşanan zorluğun temel ve kalıcı çözümü mevzuatta bu konuda açık bir düzenleme yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün m. 79/2 hükmü uyarınca bireysel başvuru kararında mahkemenin ihlâlin sonuçlarının nasıl kaldırılacağını göstereceği ifade edilir. Dolayısıyla AYM'nin bireysel başvuru kararları, ihlâllerin ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere yasal düzenleme yapılması amacıyla TBMM'ye iletilebilecektir.<sup>73</sup> Bu noktada, kanımızca, AYM'nin bu husustaki ilk kararlarından olan K.A. kararının bir örneğini TBMM'ye göndermesi gerektiği, bu durumun esasen bir "dolaylı çağrı" olarak değerlendirilebileceği ifade edilmelidir. "Dolaylı çağrı" kararları, doğrudan TBMM'ye çağrıda bulunmasına ilişkin ibare yer almasa da, AYM'nin verdiği ihlâl kararının bir sonucu olması açısından yasama ya da yürütmenin harekete geçmesini gerekli kılan ihlâl kararları olarak ifade edilmektedir.<sup>74</sup> Ancak aşağıda incelenecek B.T. kararı ile AYM'nin içtihadındaki değişime bağlı olarak bu nitelemenin de değişeceğini belirtmek gerekir.

## B. AYM'nin B.T. kararı ve değerlendirilmesi

AYM'nin yukarıda incelenen K.A. kararı ile tüm unsurlarını belirlediği ve yabancıların idari gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin olarak başvurabilecekleri bir idari veya yargısal mekanizmanın bulunmadığına ve bu durumun etkili başvuru hakkının ihlâli teşkil ettiğine ilişkin içtihadı, 2017 tarihli B.T. Kararı ile köklü biçimde değişmiştir.<sup>75</sup> Davaya konu olayda Özbekistan vatandaşı olan başvuru, sahte belgeyle yurt dışına çıkış yapmak isterken yakalanmıştır. Başvuru altı gün boyunca havalimanı nezarethanesinde tutulmuştur. Daha sonra GGM'ye getirilerek idari gözetim altına alınmıştır. Başvuru idari gözetim altına itiraz etmiş ancak Sulh Ceza Hakimliği başvuru ile ilgili çeşitli suçlar nedeniyle işlem yapıldığını ve YUKK m. 54/c ve h uyarınca idari gözetim altına alındığını belirtmiş, YUKK m. 57/3 uyarınca 6 aylık idari gözetim süresinin dolmadığı sebebiyle itiraz kabul edilmemiştir.<sup>76</sup> Başvuru toplam 60 gün idari gözetimde kalmıştır. Gözetim süresi içerisinde uluslararası koruma talebinde

<sup>70</sup> AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, §. 70-81.

<sup>71</sup> Türkiye İnsan Hakları Kurumu, "İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu", (06.11.2014), (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>72</sup> AYM, *F.A ve M.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2013/655, (20/01/2016) §§ 51-68; AYM, *A.V. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2013/1649, (20/01/2016), § 61; AYM, *F.K. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2013/8735, (17/02/2016), § 57; AYM, *T.T. Başvurusu*, Başvuru No. 2013/8810, (18/02/2016), § 137; AYM, *A.S. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/2841, (09/06/2016), § 49; AYM, *I.S. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15824, (22/09/2016), § 94. AYM'nin K.A. kararı ile başlattığı bu içtihat sonrası, idari gözetim altında tutulan kişilerin tutulma koşullarına dair yakınmaları açısından etkili başvuru mekanizmaları kurulması yönünde sivil toplum kuruluşları da çağrıda bulunmuştur. Bkz: Mülteci Hakları Merkezi "Acil Bir İhtiyaç" (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>73</sup> Abbas Kılıç "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, 38/1 (2021) 85-126, 87.

<sup>74</sup> Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, 38/1 (2021) 43-83, 70. Dolaylı çağrı kararları için ayrıca Bkz: Göztepe, Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası, s. 56-57.

<sup>75</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15769, 30/11/2017.

<sup>76</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 15.

bulunan başvuru GGM'den alınmıştır.<sup>77</sup> Başvuru idari gözetim altında tutulduğu koşulların insan onuruna aykırı nitelikte olduğunu bireysel başvuru kapsamında ileri sürmüştür.<sup>78</sup>

Mahkeme ilk olarak başvuru bireysel başvuru öncesi olağan kanun yollarını tüketip tüketmediğini denetlemiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın m. 17 hükmünde mutlak nitelikte düzenlenen kötü muamele yasağı kapsamındaki başvuru yolunun ihlâli önleyen, makul bir tazmin imkânı sunabilmesi hâlinde etkili olacağına dikkat çekmiştir.<sup>79</sup>

Yukarıda incelenen K.A. kararına atıfla Mahkeme, idari gözetim koşullarının insan onuru ile bağdaşmadığı hallerde yapılacak başvurularda sadece tazmin yollarının düzenlenmiş olmasının kişilerin maruz kaldığı muameleyi meşrulaştırmış olacağına ve aynı zamanda devletin söz konusu koşulları iyileştirme yükümlülüğünü de azaltmış olacağına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla başvuruya konu olduğu haliyle "insan onuruyla bağdaşmayan koşullarda tutulma" şikayetleri için etkili sayılabilecek yol, hem koşulların iyileştirilmesi ve düzeltilmesini hem de bu koşullarda tutulma nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilmesini içermelidir. Ayrıca devletin de söz konusu muamelelerin tamamını sonlandıracak etkili bir mekanizma kurması gerekmektedir.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 9-18.

<sup>78</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 40. Mahkeme kararına bakıldığında AYM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin hak ihlâli talebini incelemeyeceği görülmektedir. Mahkeme bu başvurularda, sınır dışı edilme kararlarına ilişkin yargılama süreçlerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalması sebebiyle konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir. Bkz. AYM, Z.M. ve I.M. Başvurusu, Başvuru No. 2015/2037, (06/01/2016), § 63; AYM, Aigul Mavlianova Başvurusu, Başvuru No. 2016/6293, (09/11/2017), § 28-30; AYM Yulia Matur (Anikeeva) Başvurusu, Başvuru No. 2015/4459, (07/02/2018), § 38-39. AYM, adil yargılanma hakkının kapsamını incelerken AİHS m. 6'da yer alan medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklar ya da ceza hukuku kapsamında suçlamaların varlığını aramaktadır. Oysa 1982 Anayasası m. 36, bu tür sınırlamalar yer almaksızın herkesin adil yargılanma hakkının bulunduğunu hükme bağlamaktadır. Ayrıca 6216 sayılı Kanun m. 40, bireysel başvuru yapılabilecek hakları "AİHS'te ve 1982 Anayasası'nda güvence altına alınan haklar" şeklinde belirlemektedir. Özetle, AYM bu maddeyi yorumlarken adil yargılanma hakkının kapsamını daha dar düzenleyen AİHS m. 6'yı esas alarak değerlendirme yapmaktadır. Bkz: Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, (İstanbul: El Kitapları Serisi-4, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018) 15-16. Bu durumda ise, örneğin K.A. Başvurusu'ndaki olayın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görülebilir. Buna rağmen öğretilerdeki bir görüşe göre, AYM 6216 sayılı Kanun'un m. 40 hükmünü bu şekilde yorumlamak zorunda değildir. AYM bu maddedeki kesişimi, salt hakların hangileri için bireysel başvuru yapılabileceğini belirlemek olarak anlayabilir. Diğer bir deyişle gerek AİHS gerek 1982 Anayasası'nda yer alan bir hak olarak adil yargılanma hakkı açısından bireysel başvuru yapılabileceği saptandıktan sonra hakkın içeriği ve buna bağlı olarak uygulanması için gereken kriterlerde daha geniş düzenleme yapan 1982 Anayasası'nın ilgili hükmünün uygulanması mümkün olabilecektir. Bkz. Sibel İnceoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2017) 249-256. Şayet bu yorum AYM tarafından tercih edilseydi kanımızca GGM'lerde tutulma koşullarına karşı başvurular açısından adil yargılanma hakkı incelemesi de yapılabilirdi.

<sup>79</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 48.

<sup>80</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 48; AYM, K.A. Başvurusu, § 72-73. B.T. Başvurusu'nda görülebileceği gibi GGM'lerde tutulan kişiler açısından kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla ilgili şikayetler de gündeme gelebilmektedir. Konunun bu yanı ayrıntılarıyla bu çalışmada incelenmemiş, çalışmada daha çok idari gözetim altında tutulan kişilerin yaşadığı, mahkeme kararlarına yansıdığı kadarıyla büyük çoğunlukla kötü muamele yasağını ilgilendiren hak ihlalleri ve bunlara karşı başvuru yollarının etkili başvuru hakkı ile ilişkisi üzerinde durulmuştur. İdari gözetimin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını sınırlandırdığına şüphe yoktur. Nitekim belirtmek gerekir ki AİHS m. 5/1 herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bulunduğunu belirttikten sonra maddenin devamında belirtilen istisnalardan biri de m. 5/1/f'de yer alan ve idari gözetimi içeren istisnadır. Öyle ki bu düzenlemeye göre usulsüz şekilde ülkeye girişi önlemek, sınır dışı kararı ya da iade işlemi sebepleriyle kişinin yasaya uygun tutulması mümkündür. Keza 1982 Anayasası m. 19/2 benzer yönde bir düzenleme getirmektedir. Bkz: Ulaş Karan "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İnceoğlu (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013) 197-198. Bu noktada kişi özgürlüğünün sınırlandığı bu nitelikte bir işlemin mahkemeler tarafından karara bağlanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Şen ve Ekşioğlu, kişinin özgürlüğünü bu derece kısıtlayan bir kararın idari makam tarafından verilmesinin Anayasa m. 9, 19/2, 38/10 ve 13'e aykırı olduğunu, kişinin alıkoynulabilmesi için mahkeme veya hakim kararı olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Ersan Şen- Erhan Ekşioğlu, "Yabancı'nın İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?", *Hukuki Haber*, (Erişim 29 Kasım 2023). Benzer görüş için bkz. Burak Huysal- Begüm Şermet, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi, *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2014) 2220; Nimet Özbek, "AİHM Kararları Işığında YUKK'da İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 118 (2015), 15-50, 47.

Öte yandan idari gözetimin yabancılar hukukunun özellikli doğası gereğince kanunda belirlenen şartlar ve sınırlar dahilinde uygulanması halinde idari otorite tarafından bu kararın alınmasının Anayasaya aykırı olmayacağı da ileri sürülmüştür. Bkz: Ekşi, *İdari Gözetim*, 9.

Mahkeme bu aşamada başvuru 60 günün sonunda GGM'den ayrıldığı için, gözetim altında tutulmadan kaynaklanan ihlâlin sona erdiğine dikkat çekerek; kişinin merkezdeki tutulma koşullarının düzeltilmesini talep etmekte bir hukuki yararı kalmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla gözetim merkezinden ayrılan yabancılar bakımından sadece uğranılan zararların tazmin edilmesini sağlayacak başvuru mekanizmalarının varlığı etkili başvuru hakkı kapsamında yeterli olacaktır.<sup>81</sup> Mahkeme yine K.A. kararında elverişsiz tutulma koşulları nedeniyle meydana gelen ızdırap sebebiyle tazminata karar verildiğini açıklayan herhangi bir yargı kararının bulunmaması gerekçesiyle etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşıldığını hatırlatarak<sup>82</sup> “*mevcut durumda sadece bu nitelikte kararların olmayışının söz konusu zararların tazmini için etkili başvuru yolu olmadığı anlamına gelmeyeceği*”nden hareketle bu içtihadın gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>83</sup> Başka bir deyişle hiç kullanılmamış olsa da böyle bir yolun teorik olarak varlığı etkili başvuru hakkının temini bakımından yeterli olacaktır.

Mahkeme daha sonra idari gözetim kararının idari nitelik taşıyan bir karar olduğundan hareketle 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca idareden kaynaklı zararın idari yargı içerisinde tam yargı davasına konu edilebileceğini, dolayısıyla elverişsiz gözetim şartlarında tutulmaktan kaynaklanan zararların tazmini için de tam yargı davası imkanının bulunduğu hükmetmiştir. Hatta Mahkeme, idare mahkemelerinin tutulma koşullarının uluslararası standartlara uygun olup olmadığını, sadece dosya üzerinden değerlendirme yapan AYM'ye kıyasla daha etkili biçimde denetleyeceğine dikkat çekmiştir.<sup>84</sup> Bu değerlendirmeler ışığında tutulma şartlarından doğan zararların tazmini için tam yargı davalarının yeterli giderimi sağlayacağı belirtilerek, bu yola başvurulmadan bireysel başvuru yapılmasının başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki idari gözetim kararının hukukiliğinin denetlenmesinde sulh ceza hakimlikleri görevlendirilmiştir (YUKK, m. 57/6). Esasen karar idari bir karar olmasına rağmen bu kararın denetiminin sulh ceza hakimliğine bırakılması doktrinde sulh ceza hakimliklerinin her bölgede yaygın olarak bulunması ile gerekçelendirilmektedir.<sup>85</sup> Ancak bu kez idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle oluşabilecek hukuka aykırılık durumunda hem işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi hem de hukuka aykırı eylemlerden doğan zararların giderilmesi noktasında idare mahkemelerine verilen görev bölünmüş olmaktadır. Esasen idari gözetim kararı, bir idari işlem olarak idare hukuku kurallarına göre denetlenmeli, başka bir deyişle idari işlemin beş unsurunu taşıyıp taşımadığı bakımından incelemeye tabi tutulmalıdır.<sup>86</sup> Ancak mevcut sistemde sulh ceza hakimlikleri sadece idari gözetim kararlarının hukukiliğini hangi kıstaslara bağlı olduğu belli olmaksızın denetlemekle yetinmektedir; kişinin bulunduğu koşulların değerlendirilmesi veya hukuka aykırı gözetim nedeniyle uğranılan zararların tazmini gibi hususlara karar verme imkanına sahip olamamaktadırlar. Ayrıca sulh ceza hakimlikleri, kararın hukuka aykırı olduğu tespitini yapsa dahi, YUKK hükümleri kendisine böyle bir yetki vermediğinden hukuka aykırı kararı iptal edememekte<sup>87</sup> ve gerekli hallerde yürütmenin

<sup>81</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 49.

<sup>82</sup> AYM, K.A. Başvurusu, § 80-81.

<sup>83</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 52.

<sup>84</sup> AYM, B.T. Başvurusu, § 56.

<sup>85</sup> Ekşi, *İdari Gözetim*, 81; Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 108 (2013), 211-258, 240.

<sup>86</sup> İdari gözetim kararının idari işlem olarak unsurları açısından değerlendirilmesi için bkz. Türgeç, *Türkiye’de İdari Gözetim Kurumu: Hukuki Rejim ve Uygulama*, 43-61.

<sup>87</sup> Buna rağmen uygulamada hakimlikler sadece idari gözetim kararının hukuka aykırılığını tespit etmekle yetinmeyip, “kaldırılmasına” da karar vermektedirler. Bkz: Ekşi, *İdari Gözetim*, 90.

durdurulması kararı da verememektedirler.<sup>88</sup> Nitekim AYM de *B.T.* kararına kadar başvurulabilecek bir mekanizma bulunmadığına kararlarında dikkat çekmiştir.<sup>89</sup>

*B.T.* kararı ile ilk kez AYM, kişilerin idari gözetim kararının hukuka aykırılığı gerekçesiyle uğradıkları zararın tazmini için idare mahkemelerinde tam yargı davası açabileceklerine; bu yolun tazminat için etkili bir başvuru yolu oluşturacağına hükmetmiştir.<sup>90</sup> Ayrıca sulh ceza hâkimleri tarafından idari gözetimin hukuka aykırılığına hükmedildiği ve idari gözetimin koşullarına karşı şikayette bulunulacağı hallerde idari tam yargı davası yolunun tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir. Sonuç olarak AYM, önceki uygulamasının aksine, idari tam yargı davası tüketilmeden bireysel başvuru yapılamayacağını ifade etmektedir. Mahkeme bu noktada iki mekanizma arasında sürecin nasıl işlemesi gerektiğine de kararda yer vermiştir. Mahkemeye göre yabancı, hukuka aykırı idari gözetim kararı aleyhine sulh ceza hakimliğine başvuracak, eğer kararın hukuka aykırılığı sulh ceza hakimliği tarafında tespit edilirse bu karardan doğan zararların tazmini için idare mahkemesinde tam yargı davası açılacaktır. İdare mahkemesi bu halde gözetim kararının hukukiliğini denetlemeksizin söz konusu karar nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığına ve miktarına karar verecektir.<sup>91</sup> Sulh ceza hakimliğinin idari gözetim kararını hukuka uygun bulduğu hallerde ise bu yola başvurulması mümkün olmayacak, bu nedenle kişinin AYM'ye başvurulması halinde idare mahkemesine başvuru yapılması bir kabul edilebilirlik şartı sayılmayacaktır.<sup>92</sup> Öte yandan kişi herhangi bir idari gözetim kararı olmaksızın gözetim altında tutulmuşsa doğrudan idari yargıda tam yargı davası açılacaktır.<sup>93</sup>

Bazı hallerde ise kişiler idari gözetim kararı aleyhine başvuruda bulunmamakta ve gözetim idarenin kararı ile sona ermektedir. AYM bu durumda da başvuru sahiplerinin idari yargıya başvurabileceğine hükmetmekte ve buna bağlı olarak da bu başvuru yapılmaksızın açılan davaları kabul edilemezlik gerekçesiyle reddetmektedir.<sup>94</sup> Ancak bu halde sulh ceza hakimliği tarafından yapılmış bir hukuka aykırılık tespiti bulunmadığı için idare mahkemesinin tam yargı davasında hukukilik tespiti de yapamayacağı göz önüne alındığında nasıl tazminat incelemesi yapacağı belirsizdir.<sup>95</sup> Bir başka belirsizlik ise AYM'nin tedbirin sona erdiği hallerde tedbir kararının incelenmesi hususundaki içtihadına ilişkindir. *I.S. ve diğ.leri* kararında başvuru sahiplerinden biri sulh ceza hakimliğine başvurmuş ancak başvuru karara bağlanmadan önce idare, gözetim kararını sona erdirmiştir. Sulh Ceza Hakimliği itiraz konusuz kaldığından başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurmuştur.<sup>96</sup>

Mahkeme, içtihat değişikliğinin sebep olabileceği hak kayıplarını önlemek amacıyla da *K.A.* başvurusundaki içtihada koşut biçimde doğrudan AYM'ye başvurmuş bulunan kişiler bakımından davaların süresinin değerlendirilmesinin idare mahkemeleri tarafından yapılacağını belirtmiştir. Ayrıca kabul edilemezlik kararlarının akabinde dava açma sürelerinin, mahkemeye erişim hakkına hâlel gelmeyecek biçimde değerlendirilmesi de hükme bağlanmıştır.<sup>97</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki karşı oy yazısı büyük oranda *K.A.* içtihadını teyit etmektedir. Bu bağlamda GGM'de tutulma koşullarının "insan

<sup>88</sup> Tüm bu ikili yapının ortadan kaldırılması için idari gözetim kararlarının denetiminde idare mahkemelerinin görevlendirilmesi en makul çözüm olarak görülmektedir. Bkz: Ekşi, *İdari Gözetim*, 80; Bayraktaroğlu-Özçelik *Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri*, 240; Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018) 146.

<sup>89</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, § 80-81.

<sup>90</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 51-58.

<sup>91</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 71.

<sup>92</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 75.

<sup>93</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 74.

<sup>94</sup> AYM, *A.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/18827, (20/12/2017), § 37.

<sup>95</sup> İspirli Armağan, *İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü*, 938.

<sup>96</sup> AYM, *I.S. ve Diğ.leri Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15824, (22/09/2016), § 147.

<sup>97</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 59.

haysiyetiyle bağdaşmadığı” ifade edilirken<sup>98</sup>, nezarethanede ve GGM’deki tutulma şartları açısından, gerek teori gerek pratikte çözüm üretme yeteneği olan etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>99</sup>

Bu noktada *K.A.* kararından farklı olarak Mahkemenin *B.T.* kararında başvuru merkezinin ayrılmasından sonra koşulların iyileştirmesine ilişkin talepte bulunmasında hukuki yarar bulunmadığına ilişkin içtihadı da yerinde bulunmamıştır.<sup>100</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre; başvuru merkezinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ortamdaki ayrılma sonrasında koşulların iyileştirmesine talep etmeye ilişkin hukuki yararın kalmadığının ifade edilmesi yerinde değildir. Zira bir ihlalin tespit edilmesinden itibaren söz konusu ihlâl ortadan kaldırmak devletin yükümlülüğündedir.<sup>101</sup> Üstelik maruz kalınan zararların telafisi her zaman maddi olarak karşılanamaz. Bazı hallerde kişiler kendi yaşadıkları kötü muamelenin bir daha tekrarlanmayacağını bilerek en üst düzey tazmine erişebilirler. Dolayısıyla bireysel olarak kişinin o koşullardan kurtulmuş olması söz konusu zararın başkaları açısından devam etmesini meşrulaştırmayacağı gibi devletin sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz. Bu süreçte düzenlenen pek çok uluslararası rapor GGM’deki şartların uluslararası standartlara uygun olmadığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda GGM’lerdeki koşulların uluslararası standartlara çıkarılarak iyileştirilmesi, ihlallerin etkili ve kalıcı biçimde ortadan kaldırılması için devletin düzenlemeler yapması gerekmektedir.

*B.T.* Kararı ile ciddi bir içtihat değişikliğine giden AYM; *B.T.* kararı sonrası önüne gelen benzer davalarda başvuru yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna ilişkin seri biçimde kararlar vermiştir.<sup>102</sup> Bu noktada AYM’nin *K.A.* kararı ve devam eden kararlarında idari

<sup>98</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Serruh Kaleli Karşılıy Yazısı, § 27-40.

<sup>99</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Serruh Kaleli Karşılıy Yazısı, § 46-49.

<sup>100</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Serruh Kaleli Karşılıy Yazısı, § 55.

<sup>101</sup> AİHM, *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 98; AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, § 61.

<sup>102</sup> Tespit edebildiğimiz kadarıyla AYM’nin *B.T.* kararından bu yana değiştirdiği içtihadı hâlâ istikrarlı olarak sürmektedir. Bkz: AYM, *G.B. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2014/19481, (24/05/2018), § 36-41; AYM, *D.D. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/2427, (09/05/2018), § 30-34; AYM, *K.K. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/16575, (11/06/2018), § 26-31; AYM, *G.E. Başvurusu*, Başvuru No. 2015/6543, (11/06/2018), § 24-29; AYM, *M.A. Başvurusu*, Başvuru No: 2015/7305, (11/06/2018), § 26-31; AYM, *K.A. ve N.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/16577, (26/12/2018), § 40-45; AYM, *M.A.*, Başvuru No. 2014/19436, (26/12/2018), § 42-47; AYM, *A.A. ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2014/17572, (07/02/2019), § 65-70; AYM, *Dayınat Magomedzhamilova ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No. 2015/516, (20/03/2019), § 25-31; AYM, *Y.K.(2) Başvurusu*, Başvuru No. 2018/13225, (05/10/2022), § 14. Bu nitelikteki tüm kararların ampirik bir analizi için bkz. Ovacık, “Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Türkiye”, 41-62. *A.A. ve Diğerleri Başvurusu* kararında üyelerden biri de Serruh Kaleli’dir. Kaleli aşağıda da incelenecek olan *B.T. Başvurusu* kararındaki karşı oy yazısına bu kararda da atıf vermiştir. Sadece 2020 senesinde çıkan *N.K. Başvurusu* kararının yukarıda belirtilen *B.T. Başvurusu* sonrası kararlarından bir yönden ayrıldığı görülebilir. Bu davada başvuru, AYM’den önce idare mahkemesine ve daha sonra istinaf aşamasında bölge idare mahkemesine tam yargı davası açmış, hatta belirli bir miktar tazminat da elde etmiştir. Bkz: AYM, *N.K.*, Başvuru No. 2017/21761, (22/07/2020), § 9-12. AYM ise kararında başvuru merkezinin, idari gözetim altında tutulma koşullarıyla ilgili şikayetlerinin derece mahkemesi aşamasında değerlendirilmediğinden bahisle etkili başvuru hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bkz: AYM, *N.K. Başvurusu*, § 39-42. Bu noktada AYM’nin içtihadı açısından önem arzeden Abdulqadir Yapıquan kararına (AYM, *Abdulqadir Yapıquan Başvurusu*, Başvuru No. 2016/35009, (02/05/2019), *Resmî Gazete* 30777, (17/5/2019)) da değinilmesi gerekir. Karar, Çin tarafından iadesi istenen başvuru merkezinin idari gözetim altında tutulduğu koşullara ilişkindir. AİHM de başvuru merkezinin sınır dışı edilmemesi yönünde tedbir kararı vermesinin (AYM, *Abdulqadir Yapıquan*, § 19-27. Başvuru 23/11/2016 tarihinde AİHM’e müracaat etmiştir. AİHM, 70333/16 No.lu dosyada 30/11/2017 tarihli tedbir kararını vermiştir) akabinde 1 yıl süreyle gözetim altında tutulmuş; sürenin dolması sonrasında ise kendisi gözetim merkezinden ayrılmayı reddetmiştir. AYM bu dava bakımından kişi merkezde kalmaya devam ettiği için tam yargı davası açılmayacağına hükmetmiştir (AYM, *Abdulqadir Yapıquan Başvurusu*, § 100-101). Dolayısıyla bu dava bakımından kişi hala Merkez’de bulunduğu için Mahkeme *B.T.* kararı ile tutarlı bir biçimde idari gözetim altında tutulmaya devam edenler bakımından idare mahkemelerinin ilgili kişilerin bırakılmasına ilişkin karar vermelerine cevaz veren bir düzenleme olmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla kişi hala Merkez’de tutulduğu için idare mahkemeleri önünde tam yargı davası açılarak iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının aranmayacağını belirtmiş; somut olayda gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin ihlâl de bulunmadığına hükmetmiştir. İdare Mahkemelerinde açılacak tam yargı davası tazminat dışında bir hükümle- kişinin serbest kalması gibi- sonuçlanamayacağı için bu kişiler bakımından Sulh Ceza Mahkemelerine yapılan itirazın reddiyle birlikte iç hukuk yolunun tükenektir (AYM, *Abdulqadir Yapıquan Başvurusu*, § 101). Ancak bu dava veya benzer davalar bakımından, örneğin kişinin merkezde kalmaya devam ettiği ancak koşullara ilişkin şikayette bulunmak istediği hallerde, başvuruda bulunulabilecek bir mekanizma olup olmadığı hususunda Mahkeme sessiz kalmıştır.

gözetim koşullarının yöneltilebileceği etkili bir başvuru mekanizmasının olmadığını ifade etmekte iken, neden *B.T.* kararı ile içtihadını değiştirdiği anlaşılamamaktadır. Zira bu iki karar arasında herhangi bir kanun değişikliği ve düzenleme gündeme gelmemiştir. Hatta idari gözetim kurumunu topyekün yasal dayanağa kavuşturan YUKK ve GGM'ler hakkında ilgili Yönetmelik dahi esasen idari gözetim şartları ile ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Nitekim Mahkeme YUKK öncesi dönemde açılan davalar bakımından idari gözetim kararları aleyhine yapılan başvurular kapsamında YUKK öncesi ve sonrası dönemde yapılan başvurular arasında bir ayırım gözeterek kararlar vermektedir. Ancak idari gözetim koşullarına ilişkin davalar bakımından YUKK herhangi bir yasal düzenleme getirmediği için bu nitelikte bir değerlendirme göze çarpmamaktadır.<sup>103</sup> Bu husus zımnen mahkemenin de idari gözetim koşulları bakımından YUKK'un herhangi bir değişiklik getirmediğini kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu içtihat değişikliği yasal bir temele dayanmamaktadır. Mahkeme yasa boşluğunu kendi içtihadıyla işaret ettiği iç hukuk mekanizması ile doldurmaya çalışmıştır. Bu yeni çözümün etkili bir yol teşkil edip etmediği ise *G.B. ve diğerleri* kararı ile AİHM tarafından incelenmiştir.

### C. AİHM'in *G.B. ve diğerleri* kararı ve değerlendirilmesi

İdari gözetim koşullarına ilişkin olarak AYM'nin *B.T.* kararı ile belirlediği içtihat devam ederken Türkiye'de bulunan GGM'lerin koşulları bir kez daha *G.B. ve diğerleri* kararı ile AİHM önüne getirilmiştir.<sup>104</sup> Dava bir anne ve başvuru tarihinde 7, 3 ve 2 yaşlarında olan çocuklarının Suriye'ye geçmeye çalışırken yakalanmaları sonrası sınır dışı işlemi yapılmaya kadar önce Gaziantep sonra da Kumkapı GGM'de tutulmalarına ilişkindir. Başvuranlar, Sözleşme m. 3, 8 ve 13 kapsamında, GGM'lerdeki fiziki tutulma koşullarından ve yakınmalarını iletebilecekleri etkili hukuk yolunun bulunmamasından şikâyetçidir.<sup>105</sup> Başvurucular ayrıca idari gözetim işlemine de itiraz etmişlerdir. Ancak çalışma kapsamında sadece gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

Başvuranlar, Kumkapı GGM'nin aşırı kalabalık olduğunu, bu durumun ciddi hijyen sorunlarına yol açtığını belirtmişlerdir. Odaların, tuvaletlerin ve banyoların temizlenmemesi sebebiyle böceklerin çok yaygın olduğunu, çocuklarının böcek tarafından ısırıldıklarını ve bu nedenle alerjik reaksiyon gösterdiklerini belirtmiştir. Ayrıca merkezin tutulma koşullarının yetersiz olduğu ve sigara dumanına maruz kaldıkları, açık havaya çıkamadıkları, odalarda aydınlatma anahtarı olmadığı için geceleri bile ışığın açık bırakıldığı ve çocukların düzenli uyuyamadığı başvuran tarafından ifade edilmiştir. Kumkapı GGM'deki fiziki koşullar da benzer şekilde özellikle çocuklar için uygun değildir. Çocuklara oyun alanı veya oyuncak sağlanmaması bir kenara, düzenli olarak açık havaya çıkma imkanı dahi sağlanmamıştır. Ayrıca Merkezde verilen yiyecekler çocuklar için uygun değildir. Bebek maması, süt, çocuk bezi gibi ihtiyaçlar ise ziyarete gelen avukat veya yakınlar tarafından karşılanmıştır. Bu bağlamda başvuranların avukatı İstanbul Emniyet Müdürlüğüne iki defa dilekçe yazarak, Kumkapı GGM'deki fiziki koşullardan şikâyet etmiş ve çocukların hasta olup, acilen tıbbi yardıma muhtaç olduğunu belirtmesine karşın yetkililer söz konusu taleplere cevap vermemiştir. Başvuranlar, iki ay boyunca tutuldukları ilgili merkezdeki tutulma koşullarının, yetişkin olanlar için dahi uygun olmadığını ve özellikle küçükler için kabul edilemez olduğunu vurgulamışlardır. Tutulma koşullarının kötü muamele teşkil ettiğini ve ayrıca

<sup>103</sup> Bu kararlara ve AYM'nin içtihatlarına ilişkin detaylı bir analiz için bkz. Ovacık, "Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Türkiye", 41-62.

<sup>104</sup> AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 4633/15, (17/10/2019). Bu karar öncesinde verdiği kararlarda AİHM, Hükümet tarafından, idari veya adli bir makama başvurulmasının, tutukluluk koşullarının iyileştirilmesine/ olumsuz koşullar nedeniyle ortaya çıkan ıstırap için tazminat ödenmesine yol açtığı örneklerin sunulmadığı gerekçesiyle ihlâl kararı vermeye devam etmiştir. AİHM, *Amerkhanov/Türkiye*, Başvuru No. 16026/12, (05/06/2018), § 81-84; AİHM, *Batyrkhairov/Türkiye*, Başvuru No. 69929/12, (05.06.2018), § 72-84.

<sup>105</sup> AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 1-13.



özel ve aile hayatları haklarının ihlâl edildiğini ileri sürerek, AYM'nin ihtiyati tedbir yoluyla kendilerinin GGM'den serbest bırakılmalarını talep etmişlerdir.<sup>106</sup>

Başvurucular, Kumkapı GGM'deki elverişsiz fiziki koşulların yanı sıra, özgürlüklerinden kanuna uygun olmayan şekilde mahrum bırakılmış olduklarını ve bu duruma ilişkin başvuruda bulunabilecekleri etkili bir hukuk yolunun olmadığını iddia etmişlerdir. Gözetim altında tutulmalarına itiraz etmek amacıyla İstanbul Sulh Ceza Hakimliğine başvurdukları ancak gerçek bir değerlendirme yapılmadan taleplerinin reddedildiğini vurgulamışlardır.<sup>107</sup> Başvuranlar, ihtiyati tedbir taleplerinin üzerinden iki hafta geçmiş olmasına rağmen, AYM'nin talepleriyle ilgili halen bir karar vermemiş olmasından şikayet ederek, Kumkapı GGM'de tutulma koşullarının üç küçük çocuğun vücut bütünlükleri için tehlike oluşturduğunu ve sağlıklarına zarar verdiğini belirtmişlerdir.

Ancak AYM, Kumkapı GGM'deki hijyen, yiyecek ve açık havaya çıkarılma gibi hususların başvuruçular açısından gerçek ve kişisel bir risk oluşturduğu şeklindeki savunmalarının tedbir gerektirmek bakımından yeterli olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.<sup>108</sup> AYM, 24 Mayıs 2018 tarihinde verdiği kararda reşit olmayan başvuranların tutulmasıyla ilgili resmi bir kararın bulunmaması, gözetim kararının sadece anne için verilmiş olması üzerinden hareket etmiş; kendisine başvuruda bulunmadan önce bütün idari ve adli hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini yinelemiştir. AYM, *K.A.* davasındaki eski içtihadını<sup>109</sup> hatırlatmakla birlikte, yeni içtihadını teşkil eden *B.T.* kararında<sup>110</sup> kişinin artık şikâyetçi olduğu koşullarda bulunmadığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre, başvuranların söz konusu koşullarda tutulmasının hukuka aykırılığının Sulh Ceza Hâkimliği tarafından tespit edildiği durumlarda, idari gözetimin ve idari gözetim altında tutulma koşullarının hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetlerde idare mahkemeleri nezdinde tam yargı davası açılması etkili bir hukuk yolu oluşturmaktadır. Somut olay bağlamında da başvuranlar tam yargı davası açmadıkları için Mahkeme başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Üstelik *B.T.* kararı ile getirilen içtihat değişikliğinin Resmi Gazete'de yayınlandığı ve idare mahkemelerine başvurulmadan doğrudan yapılan bireysel başvuruların kabul edilmeyeceğinin ilan edildiğine de kararda dikkat çekilmiştir.<sup>111</sup>

Dava AİHM önüne getirildiğinde; davanın usule uygun bir şekilde yürütülmesi ve tarafların hak kaybı yaşamaması için başvuranların tutulma koşullarının m. 3'e uygun hale getirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin geçici tedbir kararı alınmıştır.<sup>112</sup> Ayrıca hükümetten Kumkapı GGM'nin oda kapasitesi, odalarda kalan kişi sayısı, hijyenik durum, hava alma ve egzersiz olanakları gibi tutulma koşullarının -özellikle küçük çocuklar için- m. 3 ile uyumlu olup olmadığı konusunda Mahkeme'yi bilgilendirmesi istenmiştir.

AİHM başvuru hakkında karar vermeden önce başvuruçuların AYM başvurularının *B.T.* kararı uyarınca kabul edilemez bulunması hakkında da hükümetten ek görüş ve bu yolla gözetim koşullarının değerlendirildiği emsal karar sunulmasını talep etmiştir. Ancak hükümet *B.T.* kararı ile içtihadını değiştirdiğine ve tam yargı davasının etkili bir başvuru yolu teşkil ettiğine ilişkin itirazı AİHM önünde ileri sürmesine rağmen, içtihadını doğrulamak amacıyla AİHM'e iç hukukta tam yargı davası açılarak tutulma koşullarının değerlendirildiği bir emsal karar sunamamıştır.<sup>113</sup>

<sup>106</sup> AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 24-27, 33-34.

<sup>107</sup> AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 33.

<sup>108</sup> AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 33-35.

<sup>109</sup> AYM, *K.A. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/13044, (11/11/2015).

<sup>110</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, Başvuru No. 2014/15769, (30/11/2017).

<sup>111</sup> AİHM, *G. B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 36-37.

<sup>112</sup> AİHM, *G. B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 38-39.

<sup>113</sup> AİHM, *G. B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 91.

Belirtmek gerekir ki AİHM *Uzun* kararında bireysel başvuru mekanizmasının özelliklerini incelemiş ve "söz konusu bu hukuk yolunun ulaşılabılır olmadığı ya da Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların iddia edilen ihlallerini telafi kabiliyetine sahip olmadığı sonucuna yönlendirebilecek herhangi bir emare olmadığı"nı belirtmiştir.<sup>114</sup> İdari gözetim koşullarına ilişkin davalarda da haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişilerin AYM bireysel başvuru mekanizması ile sağlanan korumayı denemeleri gerektiğine karar vererek, davaları kabul edilemez bulmuştur.<sup>115</sup> *Z.K. ve diğerleri* kararında özellikle AYM'nin *K.A.* kararına atıf yapılarak bu davada AYM'nin AİHM içtihatlarını ve ilkelerini esas alarak yargılama yaptığını ve Anayasa'nın m. 17 ve 19 hükümlerinde yer alan sırasıyla kötü muamelenin yasaklanması ve kişi özgürlüğü hakkının ihlâl edildiğini tespit ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla başvuranların idari gözetim koşulları bakımından iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğundan muaf tutulması için herhangi bir sebep olmadığına kanaat getirmiştir.<sup>116</sup> Mahkeme, AYM'nin içtihadının tutarlılığının inceleneceğini belirterek bireysel başvuru yolunun teoride ve pratikte etkili olduğunun kanıtlanması yükümlülüğünün hükümete ait olduğunun altını çizmiştir.<sup>117</sup> Ancak *B.T.* kararıyla birlikte AİHM'in görüşünün değişmeye başladığı gözlemlenmektedir.

Nitekim *G.B.* kararında Mahkeme hükümet emsal karar sunmadığı için; hükümet tarafından yöneltilen tam yargı davası usulünün tüketilmesi gerektiğine ilişkin itirazı reddetmiştir. AİHM, ispat yükünün dağıtılması bakımından, hükümetin başvuru yolunu tüketmediğini iddia etmesi karşısında, başvuru tarafından kullanılmayan bu yöntemlerin neler olduğunun belirtilmesi gerektiğine dikkat çekmiş; hükümet tüketilmeyen idari yollara ilişkin bir görüş sunmadığı için, re'sen hükümetin ilk itirazının genişletilemeyeceğini, böylece somut olayda iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin değerlendirmenin dikkate alınmayacağına hükmetmiştir.<sup>118</sup> Bu noktada AİHM, söz konusu emsal kararların gösterilmesi halinde idari yargının etkili bir başvuru imkanı sunduğuna ilişkin iddianın ileride tekrar değerlendirilebileceğini belirterek hükümet açısından bir açık kapı da bırakmış olmaktadır.<sup>119</sup>

Türk Hukukunda gözetim koşullarına ilişkin şikayetlerin nasıl ele alınacağı hususundaki bu belirsizlik devam ederken gündeme gelen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ise konuyu daha da karmaşık hale getirmektedir.

#### IV. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin *Y.G.A.A.E* Kararı ve Değerlendirilmesi

Davaya konu olayda, *Y.G.A.A.E.* isimli sığınmacı, sınır dışı işleminin uygulanmasına kadar Kıraca Polis Merkezinde gözetim altında tutulması sebebiyle uğradığı manevi zararların tazmini için adli yargıda dava açmıştır. Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi, suç soruşturması ve kovuşturması esnasında uygulanan koruma tedbirlerindeki hukuka aykırılıklar için 5271 sayılı Kanun'un m. 141 hükmü uyarınca tazminat talep edilebileceğine; ancak bu hallerin ilgili maddede *numerus clausus* olarak belirlendiği için davaya konu tazminat talebi bakımından görevsiz olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre 6458 sayılı YUKK ile ilgili bu uyuşmazlıkta idare mahkemeleri görevlidir. Başvuran, Ağır Ceza Mahkemesi'nin bu kararı üzerine, polis merkezinde idari gözetim altında tutulduğu dönemde uğradığı hak ihlalleri nedeniyle idare mahkemesi nezdinde manevi tazminat talepli tam yargı davası açmıştır. İstanbul 1. İdare Mahkemesi ise 6458 sayılı YUKK uyarınca idari gözetim kararlarının sulh ceza hakimliğince karara

<sup>114</sup> AİHM, *Uzun/Türkiye*, Başvuru No. 10755/13, (30/04/2013), § 52-70.

<sup>115</sup> AİHM, *Z.K. ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 60831/15, (30/11/2017), § 47-49.

<sup>116</sup> AİHM, *Z.K. ve diğerleri*, § 47-48.

<sup>117</sup> AİHM, *Z.K. ve diğerleri*, § 43.

<sup>118</sup> AİHM, *G. B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 92. Benzer bir karar için AİHM, *Hajibeyli/Azərbaycan*, Başvuru No. 16528/05, (10/07/2008), § 41.

<sup>119</sup> AİHM, *G. B. ve Diğerleri/Türkiye*, § 93.

bağlaması gerektiğine hükmetmiştir. Dava görev uyuşmazlığı nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi önüne getirilmiştir.<sup>120</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesi, idari gözetim altına alınma için yapılan işlemler sırasında uğranılan manevi zararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>121</sup> kapsamında bulunmadığına, 6458 sayılı YUKK'da da idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimliğine başvurulacağına düzenlenmiş olduğuna dikkat çekerek aynı hususa ilişkin tazminat talebinin de adli yargı tarafından ele alınması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca Uyuşmazlık Mahkemesi'nin adli yargı içerisinde hangi birimin davaya konu tazminat işlemlerine bakacağına belirlenmesi konusunda bir yetkisi olmadığından hareketle bu belirlemenin bizzat ilgili adli makam tarafından yapılması gerektiğine vurgu yaparak, Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılmasına oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>122</sup>

Burada dikkati çeken husus AYM tarafından AİHM önünde görülmekte olan davalarda temel dava olarak ileri sürülen *B.T.* kararına ve bu kararlar getirilen içtihadı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hiç değinmemesidir. Üstelik Anayasa m. 158/2 ve 2247 sayılı Kanun<sup>123</sup> m. 2/2 gereği Uyuşmazlık Mahkemesi başkanı AYM üyeleri içerisinde seçildiği için, işleyiş açısından organik bağlılık bulunan iki kurumun farklı yönde karar vermesi eleştirileri de beraberinde getirmektedir.<sup>124</sup>

İlerleyen süreçte AİHM önüne gelen *A.B./Türkiye*<sup>125</sup> ve *A.S./Türkiye*<sup>126</sup> davalarında Uyuşmazlık Mahkemesi kararıyla ortaya çıkan bu uyumsuzluk AİHM tarafından da hükümete komünike edilerek sorulmuştur.<sup>127</sup>

*"Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.11.2020 tarih, 2020/651 Esas ve 2020/684 Karar numaralı, adli ve idari yargı makamları arasındaki görev uyuşmazlığını ele alan ve yabancıların 6458 sayılı Kanun'a göre idari denetiminden kaynaklanan tazminat taleplerinin idari yargıda değil adli yargıda çözülmesi gerektiğini öne süren kararının anlamı ve önemi nedir?"*<sup>128</sup>

AİHM önünde görülmekte olan bu dava, çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla henüz sonuca bağlanmamıştır. Her ne kadar AİHM, *G.B.* kararı kapsamında hükümet tarafından ileri sürülen idare mahkemelerinin etkili bir yol oluşturduğu iddiasını hükümetin iddialarını destekleyecek nitelikte örnek kararlar sunması halinde tekrar değerlendireceğini belirtmiş olsa da<sup>129</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi'nin

<sup>120</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2020/651, K. 2020/684, (23/11/2020). Uyuşmazlık Mahkemesi kararında belirtilen ağır ceza mahkemesi ve idare mahkemesi kararları: Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2019/218, K. 2019/465, (24/10/2019); İstanbul 1. İdare Mahkemesi, E. 2019/2992 (13/10/2020).

<sup>121</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu, *Resmi Gazete* 25673 (17/12/2014).

<sup>122</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2020/651, K. 2020/684, (23/11/2020). Mahkemenin kararı zaten oldukça kısa olup esas inceleme kısmında 6458 sayılı Kanun'un belirli maddeleri yinelenen sonra iki paragraf şeklinde mahkemenin ulaştığı sonuç belirlenmiştir.

<sup>123</sup> Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyiş Hakkında Kanun, *Resmi Gazete* 16674 (22/6/1979).

<sup>124</sup> *B.T.* kararında Anayasa Mahkemesi'nde görev yapan ve bu kararda idare mahkemeleri nezdinde açılacak tam yargı davalarının etkili bir usul olduğu yönünde oy kullanan üye, Uyuşmazlık Mahkemesi kararında yer alarak bu kez adli yargıyı görevli bulan yönde oy kullanmıştır.

<sup>125</sup> AİHM, *A.B./Türkiye*, Başvuru No. 50150/18.

<sup>126</sup> AİHM, *A.S./Türkiye*, Başvuru No. 50259/18.

<sup>127</sup> Komünike edilmiş davalara AİHM'in karar veritabanı olan <https://hudoc.echr.coe.int/> sayfası üzerinden ulaşılabilir. Anılan davanın linki için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22a.b.%22%22%22respondent%22:%5B%22TUR%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22COMMUNICATEDCASES%22%22%22itemid%22:%5B%2201-211826%22%22%7D> (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>128</sup> "What is the relevance and significance of the decision of the Jurisdiction Disputes Court (Uyuşmazlık Mahkemesi) dated 23 November 2020 (2020/651 E., 2020/684 K.), where the said court held, in response to a jurisdictional dispute between an assize court and an administrative court, that claims for compensation arising from the administrative detention of foreigners by virtue of Law no. 6458 needed to be resolved before a court of ordinary law (adli yargı yeri), and not administrative courts?" (Çeviri tarafımıza aittir). *A.B./Türkiye* Başvuru No. 50150/18 ve *A.S./Türkiye*, Başvuru No. 50259/18 (A.B. against Türkiye lodged on 12 October 2018 and 12 October 2018 respectively communicated on 18 August 2021).

<sup>129</sup> AİHM, *G.B. ve diğerleri/Türkiye*, § 93.

yukarıdaki kararı sonrası, Kazancı, Danıştay ve UYAP Emsal Karar Arama siteleri üzerinden yapılan araştırmada idare mahkemelerinin AYM'nin *B.T.* kararı sonrası yerleşik uygulamasını değiştirdiğine ve bahsedilen içtihat uyarınca karar verdiğiğine ilişkin herhangi bir karara rastlanmamaktadır. Bu bağlamda Hükümet tarafından herhangi bir karar sunulmaması durumunda AİHM'in idari yargı yolunun etkili bir başvuru yolu olduğuna hükmetmesi mümkün görünmemektedir.

## **V. Ulusal Hukuk Düzeninde Ortaya Çıkan Sorunlar: Uyuşmazlık Mahkemesi ile AYM'nin Bireysel Başvuru Kararı İkilemi ve Yorum Yollarıyla Çözüm İhtimalleri**

Yukarıdaki incelemeden de anlaşılacağı üzere aynı hukuki meselede yargı mekanizmaları iki farklı yorum yapmaktadırlar. Öyle ki AYM idari gözetim altındaki kişilerin tutulma koşullarından kaynaklanan hak ihlâli iddialarını yöneltebilecekleri hukuki yolun tam yargı davası olduğunu temel içtihadı hâline çevirmişken, Uyuşmazlık Mahkemesi idari gözetim esnasında uğranılan manevi zarara kimin hükmedeceği ile ilgili görev uyuşmazlığını sulh ceza mahkemesi lehine çözmüş görünmektedir. Bu durumda ortaya çıkan bu uyuşmazlığa anayasa hukuku ve insan hakları hukuku perspektifinden değerlendirme yaparak çözüm aramak gerekmektedir.

*B.T.* Başvurusu'nda AYM'nin değerlendirmesinin kısaca, idari gözetim kararının idari bir karar olması üzerinden temellendirildiği görülmektedir. 2577 sayılı Kanun m. 2 ise idari işlem ve eylemlerden kaynaklı bireysel hakların doğrudan etkilenmesi hâlinde tam yargı davasının açılacağını belirttiğine göre, idarenin bir işlemi olan gözetim altında tutulma esnasında idarenin kusuru ile meydana gelen zararlar, kural olarak bu dava ile tazmin edilmelidir.<sup>130</sup> Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yorumu ise işlemin hukukiliğini denetleyen makamın işleminden kaynaklı tazminat taleplerini de karara bağlaması gerektiği savı üzerinden temellenmektedir. Mahkeme, 6458 sayılı YUKK m. 57/6/c gereği idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimliğine başvurulabileceğine göre, bu işlemin hukukiliğini karara bağlayan sulh ceza hakimliğinin, işleminden kaynaklı tazminat talebini de değerlendireceğini belirtmektedir.<sup>131</sup> Her iki karar, konuya farklı yerlerden yaklaşmakta, farklı sonuçlara ulaşmakta ve bunu yaparken mevzuatı yorumlamaktadır. İdari gözetim altında özgürlüğü kısıtlanan kişilerin bu süreçte yaşadıkları hak ihlâli iddiasından yakınabilecekleri yolun tespiti noktasında her iki karar farklı adresler göstermektedir. Öte yandan kişi aynı hususa ilişkin olarak bireysel başvuru yapacaksa bu durumda AYM, idare mahkemesinde tam yargı davası açılıp açılmadığını başvuru yollarının tüketilmesi şartı kapsamında arayacaktır. Ancak bu kişi tam yargı davası açmak için idare mahkemesine başvurursa, Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca idare mahkemeleri değil, sulh ceza hakimliği görevli olacaktır. Şu hâlde bu durumun nasıl çözümleneceği sorusu cevapsız kalmakta ve hukuki bir belirsizlik oluşmaktadır. Oysa 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi gereğince bir hukuk devletinde böylesine çelişkili bir duruma izin verilmemelidir. Hukuk devleti ilkesi, hukuki belirlilik ilkesini de içerir; öyle ki bireyler bir uyuşmazlıkla karşılaştıklarında bununla hangi yargı yerinin ilgileneceğini bilmelidir.<sup>132</sup> Keza AYM, hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla aynı yargı kolu içerisinde içtihadı birleştirme kararlarının önemine ve farklı yargı kolları arasında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin rolüne dikkat çekmektedir.<sup>133</sup>

Öte yandan her iki kararın, tutulma koşullarına dair yakınmaların yöneltileceği spesifik bir başvuru yolunun mevzuatta düzenlenmediği ve bu sebeple genel kurallara gidilmesi gerektiği noktasında uzlaştığı da gözlemlenmektedir. Bu noktada bireysel başvuru usulü ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev alanına da kısaca değinerek, konuya iki farklı yorumu ortaya çıkaran başvuru usulleri açısından

<sup>130</sup> AYM, *B.T. Başvurusu*, § 52-57.

<sup>131</sup> Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2020/651, K. 2020/684, (23/11/2020).

<sup>132</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar)*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018) 613.

<sup>133</sup> AYM, *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, Başvuru No. 2013/135, (21/01/2015), § 46-48. Ayrıca bkz: İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı*, 230-231.

tekrar bakmak da yararlı olabilir. Bireysel başvuru bireylerin AİHS kapsamında bir hak ihlâli iddiası ile son çare olarak Anayasa Mahkemesine başvurması ve bunun karara bağlanmasıdır.<sup>134</sup> AYM'ye yapılan bireysel başvuru usulü Mahkemeyi bir süper temyiz mercii haline getirmediği gibi, AYM mahkemelerin yerine geçerek yerindelik denetimi de yapamaz.<sup>135</sup> Bu noktada AYM sadece hak ihlâli iddiasını çözüme kavuşturmaktadır. Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi ise 1982 Anayasası'nın 158/1. maddesi hükmüne göre adli ve idari yargı arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili kılınmıştır. Keza m. 158/3, AYM ile diğer mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarında AYM kararlarının esas alınacağını belirtmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın 153/6. maddesi gereğince AYM kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı ve yasama, yürütme, yargı organları, idari makamlar, gerçek ve tüzel kişileri bağladığı da unutulmamalıdır.<sup>136</sup>

Ayrıca dikkate alınması gereken bir başka düzenleme de 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesidir. Bu hüküm, AYM'nin bireysel başvuru kararında esas incelemesi sonrasında hakkın ihlâl edilip edilmediğine karar vereceğini, ihlâl kararı çıkması halinde, ihlâlin sonuçlarının nasıl giderileceği ile ilgili yapılması gerekenleri de kararda belirteceğini düzenlemektedir. Bu hükmü incelediğimiz hukuki problem açısından değerlendirmek gerekirse ilk olarak belirtmek gerekir ki; AYM bireysel başvuru kararında idari gözetim esnasında yaşanan hak ihlâli yakınmaları açısından tam yargı davasına gidilmesi gerektiği yorumunu yaparken kabul edilebilirlik kriterleri ile ilgili bir denetleme yapmaktadır. *B.T* kararı ile geliştirdiği bu içtihat gereğince tam yargı davası açılmadan yapılan başvuruların kabul edilemez olduğuna hükmetmektedir. Dolayısıyla esasen ortada bir hak ihlâli kararı bulunmamaktadır. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi atfıyla m. 45/2 hükmüne bakıldığında, bireysel başvuruda bulunulabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Keza 1982 Anayasası'nın 148/3. maddesi hükmü de bireysel başvuru yapılabilmesi için "olağan kanun yollarının tüketilmesini" şart koşmaktadır. Bu bağlamda kanunda öngörülen idari veya yargısal yollardan hangisinin hak ihlâline neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvurulması gereken yol olduğunun belirlenmesinde, AYM re'sen inceleme yaparak karar verir.<sup>137</sup> AYM re'sen inceleme yaparak başvurucunun hukuki yolları tüketip tüketmediğini belirlediğine göre, kanaatimizce mevzuatta açık olarak belirlenmeyen, ancak yorum yoluyla bir "tüketilmesi gereken başvuru yolu" oluşturulup oluşturulamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bununla beraber AYM'nin başvurulması gereken bir kanun yolu olarak belirlediği bir hukuki yolun Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından farklı değerlendirilmesi durumunda ne yapılması gerekecektir? Diğer bir deyişle, AYM'nin bireysel başvuru kararına uyarak idare mahkemesine dava açan bir kişinin, idare mahkemesinin Uyuşmazlık Mahkemesi kararını dayanak göstererek görevsiz olduğunu belirtmesi karşısında nasıl hareket etmesi beklenmelidir? Uyuşmazlık Mahkemesi ve AYM'nin kararları sonrasında ortaya çıkan durum, tüm bu soruları da beraberinde getirmektedir.

Ortaya atılabilecek bir diğer sorun, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca AYM'nin bireysel başvuru bakımından ihlâl kararı vermesi hâlinde, ihlâlin sonuçlarının nasıl giderileceğini belirtmekle beraber, yerindelik denetimi yapamayacağının, idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremeyeceğinin düzenlenmiş olmasıdır. AYM'nin, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararına rağmen idari yargıda tam yargı davası açılmadığı takdirde kabul edilemezlik kararı vermesi durumunda, yetki ve sınırlarının dışına taşıdığı öne sürülebilir mi? Gerek 1982 Anayasası m. 158/1, gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu m. 1/1 gereğince adli ve idari mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmaya Uyuşmazlık Mahkemesi yetkili kılınmış olduğuna göre; idari gözetim altında tutulma koşulları sebebiyle manevi tazminat talebinin adli yargıda çözüme kavuşturulacağına Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile

<sup>134</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 689.

<sup>135</sup> İdil Su Ekmekçi, "Anayasa Şikâyeti Kurumu'na Dair Bir İnceleme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 5/42 (2013) 16-17.

<sup>136</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018) 412.

<sup>137</sup> Ulaş Karan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015) 60; Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2012) 102-103.

belirlendiği göz önüne alındığında bu karar uyarınca hareket edilmesi gerekmektedir. Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, AYM'nin içtihadını oluşturduğu ve yukarıda incelenen *B.T. Başvurusu*'ndan daha sonra verildiğine göre, AYM'nin bu kararı dikkate alarak kabul edilebilirlik kararlarını gözden geçirmesi gerektiği, aksi hâlde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yerine geçerek bir belirleme yapmış olacağı söylenebilir. Ne var ki Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.11.2020 tarihindeki bu kararından sonra AYM tarafından verilen 05.10.2022 tarihli kararda hâlâ idare mahkemelerinde tam yargı davası açılmadığı için kabul edilemezlik kararı verildiği görülmektedir.<sup>138</sup>

İdari gözetim esnasında yaşanan hak ihlâli iddialarından yakınma hususunda, yukarıda da belirtildiği gibi bireysel başvuru usulünde iç hukukta bir karmaşa göze çarpmaktadır. Kişinin uğradığı hak ihlâlinden yakınmak için nereye başvuracağını bilememesi, bu konuda mevzuatta açık belirlemenin yapılmamasının yanında, mahkeme yorumları da farklı mekanizmaları işaret etmektedir. Oysa etkili başvuru hakkı açısından kişinin hak ihlâli iddiasını taşıyabileceği bir ulusal makamın varlığı zaruridir; öyle ki bu ulusal makamın hak ihlâli iddiasının özünü ele alabilmesi, çözüme kavuşturabilmesi, teoride ve pratikte etkili olması gerekir.<sup>139</sup> Oysa idari gözetim altında tutulan kişilerin yaşadıkları hak ihlâli iddiaları açısından bu kriterlere uygun bir idari veya yargısal mekanizma bulunmamaktadır. Bu belirsizlik sadece iç hukukta ihlâllere yol açmakla kalmamakta aynı zamanda ulusal üstü mekanizmalarda da Türkiye aleyhine kararlar çıkmasına neden olmaktadır. Bu sebeple çalışmanın sonunda ulaşılan sonuçların özetlenmesinin yanında yaşanan bu problemin çözümüne yönelik çeşitli öneriler sıralanmaktadır.

## Sonuç ve Öneriler

Türk Hukukunda idari gözetim altında bulunma süresince kişinin yaşadığı hak ihlâli iddialarını taşıyabileceği bir başvuru yolu mevzuatta açıkça tanımlanmış değildir. Uygulamada genellikle kötü muamele yasağı ya da kişi özgürlüğü bakımından hak ihlâli iddialarının gündeme geldiği görülmektedir. Ancak bu hak ihlâlleri sebebiyle başvuru sahiplerinin hangi makama başvurması gerektiğine ilişkin bir belirsizlik bulunmakta; özellikle AYM'nin bireysel başvuru kararları açısından bu durumun değerlendirilmesi çelişkiler içermektedir. Mahkeme ilk kararlarında ulusal mevzuatta uygun bir başvuru yolunun düzenlenmediğinden bahisle etkili başvuru hakkı açısından ihlâl kararları verirken; *B.T. Başvurusu*'ndan sonra içtihat değişikliğine giderek idare mahkemeleri önünde açılacak tam yargı davalarının etkili bir başvuru yolu teşkil ettiğinden hareketle bu davalar açılmadan yapılan başvuruları kabul edilemez olarak değerlendirmeye başlamıştır. Mahkemenin bu içtihadı hâlâ devam etmektedir.

Öte yandan AYM'nin içtihat değişikliğine gitmesinden sonra, Uyuşmazlık Mahkemesi idari gözetimde manevi tazminat taleplerinin karara bağlanması konusunda idare mahkemelerinin değil adli mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir. AYM'nin ilgili içtihadına daha sonra AİHM önünde görülen *G.B. ve Diğerleri* kararında da değinilmiş ve bu içtihadın etkili başvuru bağlamında temellendirilmesi talep edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı sonrasında AYM'nin içtihadında da her hangi bir değişikliğin gözlemlenmemesi karşısında sorun giderek daha çetrefil bir hâl almaktadır. Henüz karara bağlanmamış olan *A.B. ve A.S./Türkiye* davalarında AİHM, Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği bu kararın Türk hukuk sisteminde nasıl bir etkisi olduğuna ilişkin olarak hükümetten bilgi istemiştir.

<sup>138</sup>Y.K.(2) kararında AYM'nin idari gözetim esnasında yaşanan hak ihlâli açısından idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiğine dair içtihadını Uyuşmazlık Mahkemesi kararına hiçbir atıf vermeden sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Bkz: AYM, Y.K. (2) *Başvurusu*, Başvuru No. 2018/13225, (05/10/2022), § 14.

<sup>139</sup> İnceoğlu, "Etkili Başvuru Hakkı" 443-444; AİHM, *Aksoy/Türkiye*, § 95; Egeleş, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, 186.

Çalışma kapsamında belirtildiği üzere, hem sınır dışı işlemi gerçekleşinceye kadar hem de uluslararası koruma başvurusu devam ederken uygulanan idari gözetim işlemine karşı getirilen idari ve yargısal başvuru mekanizmaları sadece idari gözetim kararlarının hukukiliğinin denetlenmesini öngörmekte; idari gözetim altında tutulma koşullarına ilişkin şikayetlerin yöneltilebileceği idari ya da yargısal yollar bulunmamaktadır. Bu nitelikte etkili sonuç sağlayan mekanizmaların oluşturulması hem Anayasa'nın 40. maddesi hem de AİHS m. 13 gereğince etkili başvuru hakkının getirdiği bir zorunluluktur.

Kanımızca hak ihlâli iddialarının incelenmesine yönelik bu belirsizliği ortadan kaldıracak en isabetli çözüm, mevzuatta bu konuda açık bir düzenleme yapılmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere AYM'nin *K.A.* kararında etkili bir hukuk yolu bulunmadığına ilişkin görüşünü beyan etmesi ve bu kararı TBMM'ye göndermesi ihtimalini öğretide bahsedilen “dolaylı çağrı kararları” ekseninde değerlendirmek mümkündür. Öte yandan *B.T.* kararı sonrası mahkemenin içtihat değişikliği göz önüne alındığında bu nitelikte bir çağrının devam ettirilmeyeceği anlaşılmaktadır. Oysa AYM, *K.A.* kararından itibaren pek çok kararında idari gözetim koşullarına ilişkin başvurulacak mekanizma bulunmadığına dikkat çekmiştir. Özellikle 2010 tarihli *Abdolkhani ve Karimnia* kararından itibaren AİHM'in hükümetten talepleri nezdinde konu ele alındığında, yasal düzenlemenin gerekliliği pekişmektedir. AİHM, Türkiye aleyhine verilen konuya ilişkin neredeyse her davada idari gözetim altında tutulma koşullarının ileri sürülebileceği bir mekanizma olup olmadığına ilişkin bilgi verilmesini talep etmiştir. AYM'nin *B.T.* içtihadı ile tam yargı davasının etkili bir mekanizma teşkil ettiği iddiasının AİHM'e sunulması üzerine ise, AİHM bu kez iddiaları ispat edebilecek nitelikte emsal idare mahkemesi kararları sunulmasını talep etmiştir. Ancak *A.B. ve A.S.* kararından anlaşıldığı kadarıyla Mahkeme'ye emsal nitelikte herhangi bir karar sunulmamıştır.<sup>140</sup> Üstelik AİHM, etkili başvuru mekanizmasının yokluğu hususunda kararlar verirken, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin verdiği kararlarla hukuki belirliliğin daha da ortadan kalktığını farkederek bu kararın içeriği ve mevcut uyuşmazlıklara etkisi hakkında da hükümetten bilgi istemiştir. AİHM çalışmanın yayımlandığı tarih itibarıyla henüz *A.B. ve A.S./Türkiye* davasında herhangi bir karar vermemiştir. AYM tarafından Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ilgili kararı sonrası yayımlanan bireysel başvuru kararları ile Kazancı, UYAP Emsal Karar Arama ve Danıştay gibi içtihat veri tabanları üzerinden yapılan araştırmada idare mahkemelerince AYM'nin *B.T.* kararı doğrultusunda karar verildiğine ilişkin herhangi bir veriye rastlanmamıştır; dolayısıyla AİHM'e istenilen bilginin verilemediği varsayılmaktadır.

Öte yandan idari tam yargı davasının teoride idari gözetim uygulamalarına ilişkin tazminat için etkili bir hukuk yolu sağlayabileceği kabul edilse dahi bu zamana kadar bu nitelikte bir karar verilmemiş olması, AİHM bağlamında bu yolun etkili bir başvuru imkanı sağladığına ilişkin şüphe uyandırabilecektir. Bu bağlamda Mahkeme, Bulgaristan aleyhine verdiği benzer kararlarda, Bulgar mahkemelerinin idari gözetime ilişkin içtihadının başvuranlar bakımından makul bir başarı beklentisi taşımadığından hareketle hükümetin talep ettiği başvuru yollarının tüketilmesi şartını kararlarında aramamaya başlamıştır.<sup>141</sup> Türkiye bakımından da benzer bir sonuçla karşılaşılması mümkündür.

Bu bilgiler ışığında mevcut yasal belirsizliğin, hatta yasal boşluğun çözümü, idari gözetim altında tutulma koşullarının uluslararası standartlara koşut olarak tespit edilmesi ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve mekanizmaların belirleneceği açık bir yasal düzenlemenin yapılmasıdır. Türkiye'nin maruz kaldığı kitlesel akın neticesinde oluşan yabancılar hukukuna ilişkin dava yükü karşısında, idari gözetim kararının hukukiliği, gözetim koşulları gibi idari gözetime ilişkin tüm hususların yabancılar hukuku alanında özel görevlendirilecek idare mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi tüm davalar

<sup>140</sup> AİHM, *A.B./Türkiye* Başvuru No. 50150/18 ve *A.S./Türkiye* Başvuru No. 50259/18 (A.B. against Türkiye lodged on 12 October 2018 and 12 October 2018 respectively communicated on 18 August 2021).

<sup>141</sup> AİHM, *S.F. ve Diğerleri/Bulgaristan*, Başvuru No. 8138/16, (07/12/2017), § 46-60. Ovacık, “Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Türkiye”, 53.

bakımından hukuka uygun ve yeknesak bir uygulamanın tesis edilmesini sağlayacaktır. Sulh ceza ve idare mahkemeleri arasında bölünmüş ikili yapı, kanuni boşluklar da göz önüne alındığında açık bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, genel kurallar üzerinden yapılan yorumlarda farklılıklar ortaya çıkmasını sağlayacak; hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik zedelenecektir.

Mevcut durum değerlendirildiğinde açık bir düzenleme yapılana kadar Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı gereğince bu yöndeki hak ihlâli iddialarının sulh ceza hakimliklerine yapılacağı, AYM'nin ise bu karar uyarınca idare mahkemelerine başvurulmaması durumunda kabul edilemezlik kararlarını bu yönde revize etmesi gerektiği kanımızca öne sürülebilir. Son olarak bu hususun ulusal hukukta ivedi biçimde çözülmesi zaruretinin tekrar altını çizmekle beraber kanımızca, eğer bu sorun devam eder ve iç hukukta bir çözüme ulaştırılmazsa AİHM önünde AYM'nin bu konuda iç hukukta etkili bir başvuru yolu olmadığı savının sıklıkla gündeme geleceği öngörülmektedir. Kanaatimize göre bu problemi çözmenin en makul yolu, mevzuatta bu yönde açık bir hükmün getirilmesi olacaktır.

Yasal mevzuat boşluğu giderildikten sonra gerçekleştirilmesi gereken bir başka adım da ihlâllerin önlenmesini sağlayacak mekanizmaların güçlendirilmesidir. BM İşkenceye Dair Ek İhtiyari Protokolü<sup>142</sup> ulusal önleme mekanizmalarının kurulmasını öngörmekte ve bu mekanizmaların tüm alıkonulma merkezlerine düzenli ve bağımsız ziyaretler düzenlemesinin koruma görevi göreceğini, kamuya açık olmayan yerlerdeki işkence ve kötü muameleyi önleyebileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu gibi kurumların yabancıların tutulduğu GGM'leri düzenli aralıklarla ziyaret ederek merkez kapasitelerinin aşılmasının engellenmesi ve koşulların denetlenmesi görevini üstlenmeleri, ayrıca tematik ve yıllık raporlar yayımlayarak yargı mekanizmalarına kaynak oluşturmaları muhtemel hak iddialarının engellenmesinde etkili bir usul oluşturacaktır.<sup>143</sup>

<sup>142</sup> Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations (UN), (2002) (Erişim 29 Kasım 2023).

<sup>143</sup> Ertuğrul Yazar, "Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/4, (2022), 313-350, 344; UNHCR, "Detention Guidelines", (2012), (Erişim 29 Kasım 2023) § 66.



## Kaynakça

### Kitap ve Makaleler

- Aktaş, Mehmet, "Geri Gönderme Merkezlerinde Uygulanan İdari Gözetimin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" Başlıklı 5'inci Madde Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*, 2, (2019) 63-78.
- Anayurt, Ömer *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavramlar ve Kurumlar)*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Asar, Aydoğan, *Yabancılar Hukuku (Temel Konular)*, Ankara: Seçkin, 7. Baskı, 2021.
- Aybay, Rona, "Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınırdışı Edilme", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2003), 141-172.
- Bayraktaroğlu-Özçelik, Gülüm, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 108, (2013), 211-258.
- Boyar, Oya, "İşkence ve Kötü Muamele Yasağı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İncoğlu, İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2013, 137-158.
- Cornelisse, Galina, *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.
- Doğru, Osman, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: Legal Yayınevi, 2012.
- Egeliği, Ömer Emrullah, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Ekmekçi, İdil Su, "Anayasa Şikâyeti Kurumu'na Dair Bir İnceleme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 5/42 (2013).
- Ekşi, Nuray, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Goodwin-Gill, Guy S., Mcadam, Jane, Dunlop Emma, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 4. Baskı, 2021.
- Göztepe, Ece, "Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları" Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, 38/1 (2021), 43-83.
- Hailbronner, Kay, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", *International Journal of Refugee Law*, 2/3 (1990), 341-360.
- Huysal Burak, Şermet Begüm, "6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi", *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- İnceoğlu, Sibel, "Etkili Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İncoğlu İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2013
- İnceoğlu, Sibel, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2017.
- İnceoğlu, Sibel, *Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: El Kitapları Serisi-4, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, 2018.
- İspirli Armağan, Merve, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü", *Public and Private International Law Bulletin*, 42/2, (2022), 913-945.
- Kanadoğlu, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- Karan, Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Karan, Ulaş, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, ed. Sibel İncoğlu, İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2013.
- Kılıç, Abbas, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, 38/1, (2021), 85-126.

- Kuşçu, Döndü, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kuşçu, Döndü, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 37/22, (2017), 241-284.
- Ovacık, Gamze, “Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihatları Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/2 (2020), 1047-1062.
- Ovacık, Gamze “Compensation for Unlawful Practices Related to Administrative Detention of Foreigners in Türkiye”, *Public and Private International Law Bulletin*, 41/1, (2021), 41-62.
- Ovacık, Gamze, *Turkish Judicial Practices on International Protection, Removal and Administrative Detention in Connection with the Safe Third Country Concept*, Ankara: İhsan Doğramacı Bilkent University, The Faculty of Law, Doktora Tezi, 2021.
- Nimet Özbek, “AİHM Kararları Işığında YUKK’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28/118 (2015), 15-50.
- Özbek, Nimet, Kuşçu, Döndü, “Anayasa Mahkemesinin 30.05.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararlarına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/3 (2020), 3-33.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 18. Baskı, 2018.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, 2012.
- Sampson, Robyn, Mitchell, Grant “Global Trends in Immigration Detention and Alternatives to Detention: Practical, Political and Symbolic Rationales”, *Journal on Migration and Human Security*, 3/1, (2013), 97-121.
- Türgeç, Başak, *Türkiye’de İdari Gözetim Kurumu: Hukuki Rejim ve Uygulama*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Yazar, Ertuğrul, “Mültecilerin İnsan Haklarının Korunmasında Anayasa Mahkemesinin Rolü”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24/4 (2022), 313-350.
- Yılmaz, Sibel, “Protection of Refugees’ Rights Arising Out of the International Protection Procedure from the View of Turkish Constitutional Court’s Individual Application Decisions”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/68 (2019), 707-752.
- Yüksel, Saadet, “Procedural Aspects of the European Court of Human Right’s Assessment Under Article 3 of the European Convention on Human Rights in Removal Cases”, *Public And Private International Law Bulletin*, 42/2 (2022), 777-790.

### **AİHM Kararları**

- AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, Başvuru No. 30471/08, (22 Eylül 2009).
- AİHM, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye* (2), Başvuru No. 50213/08, (27 Ekim 2010).
- AİHM, *Aksoy/Türkiye*, Başvuru No. 21987/93, (18 Aralık 1996).
- AİHM, *Aliiev/Türkiye*, Başvuru No. 30518/11, (21 Ekim 2014).
- AİHM, *Alimov/Türkiye*, Başvuru No. 14344/13, (06 Eylül 2016).
- AİHM, *Amerkhanov/Türkiye*, Başvuru No. 16026/12, (05 Haziran 2018).
- AİHM, *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*, Başvuru No. 6909/08, 12792/08 and 28960/08, (13 Temmuz 2010).
- AİHM, *Anayev ve Diğerleri/Rusya*, Başvuru No. 42525/07, (10 Ocak 2012).
- AİHM, *Asalya/Türkiye*, Başvuru No. 43875/09, (15 Nisan 2014).
- AİHM, *Batyrkhairov/Türkiye*, Başvuru No. 69929/12, (05 Haziran 2018).
- AİHM, *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 13134/87, (25 Mart 1993).
- AİHM, *Charahili/Türkiye*, Başvuru No. 46605/07, (13 Nisan 2010).

AİHM, *Dougoz/Yunanistan*, Başvuru No. 40907/98, (06 Mart 2001).  
AİHM, *Dbouba/Türkiye*, Başvuru No. 15916/09, (13 Temmuz 2010).  
AİHM, *De Souza Ribeiro/Fransa*, Başvuru No. 22689/07, (13 Aralık 2012).  
AİHM, *Erdoğan Yağız/Türkiye*, Başvuru No. 27473/02, (06.03.2007).  
AİHM, *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 4633/15, (17.10.2019).  
AİHM, *Gäfgen/Almanya*, Başvuru No. 22978/05, (01.06.2010).  
AİHM, *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 28127/09, (03.12.2013).  
AİHM, *Hagyo/Macaristan*, Başvuru No. 52624/10, (23.04.2013).  
AİHM, *Hajibeyli/Azerbaycan*, Başvuru No. 16528/05, (10.07.2008).  
AİHM, *İrlanda/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 5310/71, (10.09.2018) (Final).  
AİHM, *Jabari/Türkiye*, Başvuru No. 40035/98, (11.07.2000).  
AİHM, *Kalashnikov/Rusya*, Başvuru No. 47095/98, (15.07.2002).  
AİHM, *Keenan/Birleşik Krallık*, Başvuru No. 27229/95, (03/04/2001).  
AİHM, *Kurkaev/Türkiye*, Başvuru No. 10424/05, (19/10/2010).  
AİHM, *Mamatkulov ve Askarov/Türkiye*, Başvuru No. 46827/99 ve 46951/99, (04/02/2005).  
AİHM, *Moghaddas/Türkiye*, Başvuru No. 46134/08, (15/02/2011).  
AİHM, *Musaev/Türkiye*, Başvuru No. 72754/11, (21/10/2014).  
AİHM, *Orchowski/Polonya*, Başvuru No. 17885/04, (22.10.2009).  
AİHM, *Raninen/Finlandiya*, Başvuru No. 20972/92, (16/12/1997).  
AİHM, *Ranjbar ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 37040/07, (13/04/2010).  
AİHM, *S.F. ve Diğerleri/Bulgaristan*, Başvuru No. 8138/16, (07/12/2017).  
AİHM, *T. ve A./Türkiye*, Başvuru No. 47146/11, (21/10/2014).  
AİHM, *Tarariyeva/Rusya*, Başvuru No. 4353/03, (14/03/2007).  
AİHM, *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 32940/08, 41626/08, 43616/08, (13/04/2010).  
AİHM, *Uzun/Türkiye*, Başvuru No. 10755/13, (30/04/2013).  
AİHM, *Üner/Hollanda*, Başvuru No. 46410/99, (18/10/2006).  
AİHM, *Vladimir Romanov/Rusya*, Başvuru No. 41461/02, (24/07/2008).  
AİHM, *Yarashonen/Türkiye*, Başvuru No. 72710/11, (24/06/2014).  
AİHM, *Z.K. ve Diğerleri/Türkiye*, Başvuru No. 60831/15, (30/11/2017).  
AİHM, *Z.N.S./Türkiye*, Başvuru No. 21896/08, (19/01/2010).  
AİHM, *A.B./Türkiye* Başvuru No. 50150/18 ve *A.S./Türkiye* Başvuru No. 50259/18 (A.B. against Türkiye lodged on 12 October 2018 and 12 October 2018 respectively communicated on 18 August 2021).  
Komüne Edilen Kararlar, (Erişim 29 Kasım 2023),  
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22a.b.%22%5D,%22respondent%22:%5B%22TUR%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22COMMUNICATEDCASES%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-211826%22%5D%7D>

### **AYM BİREYSEL BAŞVURU KARARLARI**

AYM, *A.A.*, Başvuru No. 2014/18827, (20/12/2017).  
AYM, *Abdulqadir Yapıquan*, Başvuru No. 2016/35009, (02/05/2019), Resmi Gazete 30777, (17/5/2019).  
AYM, *A.A. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2014/17572, (07/02/2019).  
AYM, *Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı*, Başvuru No. 2013/135, (21/01/2015).  
AYM, *Aigul Mavlianova*, Başvuru No. 2016/6293, (09/11/2017).  
AYM, *A.S.*, Başvuru No. 2014/2841, (09/06/2016).  
AYM, *A.V. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2013/1649, (20/01/2016).  
AYM, *B.T.*, Başvuru No. 2014/15769, (30/11/2017).  
AYM, *Daygınat Magomedzhamilova ve Diğerleri*, Başvuru No. 2015/516, (20/03/2019).  
AYM, *D.D.*, Başvuru No. 2014/2427, (09/05/2018).

- AYM, *F.K. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2013/8735, (17/02/2016).  
AYM, *F.A ve M.A.*, Başvuru No. 2013/655, (20/01/2016).  
AYM, *G.B. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2014/19481, (24/05/2018).  
AYM, *G.E.*, Başvuru No. 2015/6543, (11/06/2018).  
AYM, *I.S. ve Diğerleri*, Başvuru No. 2014/15824, (22/09/2016).  
AYM, *K.A.*, Başvuru No. 2014/13044, (11/11/2015).  
AYM, *K.A. ve N.A.*, Başvuru No. 2014/16577, (26/12/2018).  
AYM, *K.K.* Başvuru No. 2014/16575, (11/06/2018).  
AYM, *M.A.*, Başvuru No. 2015/7305, (11/06/2018).  
AYM, *M.A.*, Başvuru No. 2014/19436, (26/12/2018).  
AYM, *N.K.*, Başvuru No. 2017/21761, (22/07/2020).  
AYM, *T.T.*, Başvuru No. 2013/8810, (18/02/2016).  
AYM, *Y.K. (2)*, Başvuru No. 2018/13225, (05/10/2022).  
AYM *Yulia Matur (Anikeeva)*, Başvuru No. 2015/4459, (07/02/2018).  
AYM, *Z.M. ve I.M.*, Başvuru No. 2015/2037, (06/01/2016).

### **Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı**

Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2020/651, K. 2020/684, (23.11.2020).

### **Uluslararası Sözleşme, Belge ve Raporlar**

- Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures, (Alternatives to detention), European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 2015, (Erişim 29 Kasım 2023), <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>
- Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, (UNCHR Principles), United Nations High Commissioner for Refugees Adopted by General Assembly (9 December 1988), (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.refworld.org/docid/3b00f219c.html>
- Edirne, İstanbul ve Kırklareli İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, (10 Ekim 2021), (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/Insanhaklari/Belge/Edirne,%20İstanbul%20ve%20Kırklareli%20İllerinde%20Bulunan%20Geri%20Gönderme%20Merkezleri%20Hakkında%20İnceleme%20Raporu.Pdf>
- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Standards, (The CPT standards), Council of Europe Committee for the Prevention of Torture, (CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 201) (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2>
- Field, Ophelia vd., Alternatives to Detention of Asylum Seekers and Refugees, (United Nations High Commissioner for Refugees, April 2006), (Erişim 28 Kasım 2023), <https://www.refworld.org/pdfid/4472e8b84.pdf>
- Immigration Detention, (ID), European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), March 2017, (Erişim 28 Kasım 2023), <https://www.coe.int/en/web/cpt/immigration-detention>
- İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, Merkezler, (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.goc.gov.tr/geri-gonderme-merkezleri33>
- İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (OPCAT), Birleşmiş Milletler, (UN GA Res A/RES/57/199, 2002), (Erişim 29 Kasım 2023) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110705M1-17-1.pdf>

İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu, Türkiye İnsan Hakları Kurumu, (06.11.2014), (Erişim 29 Kasım 2023), <http://madde14.org/images/e/ec/TihkListGGMRapor2014.pdf>

Legal and practical aspects of effective alternatives to detention in the context of migration Analysis of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), Council of Europe (7 December 2017), (Erişim 28 Kasım 2023), <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-analysis-of-the-legal-and-pra/1680780997>

Mülteci Hakları Merkezi (Refugee Rights Türkiye), “Acil Bir İhtiyaç: Türkiye’de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Alıkonulma Koşullarının Denetimi”, (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/MHM-44.pdf>

Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations (UN), (2002) (Erişim 29 Kasım 2023), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-against-torture-and-other-cruel>

Report by the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau: Addendum-Mission to Türkiye, UN Human Rights Council, (17 April 2012), (Erişim 29 Kasım 2023), <https://reliefweb.int/report/turkey/report-special-rapporteur-human-rights-migrants-francois-crépeau-addendum-mission>

Report of the fact-finding mission to Türkiye by Ambassador Tomáš Boček, (Report of the fact-finding), Council of Europe Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, (30 May-4 June 2016), (Erişim 29 Kasım 2023), <https://rm.coe.int/168069aa7f>

Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (02-14 September 2001), (Erişim 28 Kasım 2023) <https://rm.coe.int/16806981f7>

Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (07-14 December 2005), (Erişim 01 Mart 2024), <https://rm.coe.int/168069824a>

Report to the Turkish Government on the visit to Türkiye, CPT, (27 February-3 March 1999), (Erişim 01 Mart 2024), <https://rm.coe.int/16806981e0>

Rules For The Protection Of Juveniles Deprived Of Their Liberty, United Nations General Assembly Resolution (45/113 of 14.12.1990), (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.ohchr.org/En/Instruments-Mechanisms/Instruments/United-Nations-Rules-Protection-Juveniles-Deprived-Their-Liberty>

Şen, Ersan, Ekşioğlu, Erhan, “Yabancıların İdari Gözetimi Anayasaya Aykırı mı?”, Hukuki Haber, (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.hukukihaber.net/Yabancinin-Idari-Gozetimi-Anayasaya-Aykiri-Mi>

Sığınmacıların Gözaltına Alınmalarına İlişkin Standart ve Uygulanacak Ölçütler Hakkında Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği Bürosu İlkeleri, (BMMYK İlkeleri), Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, (Şubat 1999), (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa6afd4>

Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeler, (Gözaltı Kılavuz İlkeleri), Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği, (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa69a54>

The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), United Nations General Assembly, (17 December 2015), (Erişim 04 Şubat 2024), [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-E-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf)

The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), United Nations General Assembly, (17 December 2015), (Erişim 04 Şubat 2024) [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-E-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf)

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Detention Guidelines”, (2012), (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.unhcr.org/Publications/Legal/505b10ee9/Unhcr-Detention-Guidelines.html>

United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), "Syria Regional Refugee Response", (Erişim 01 Mart 2024), <https://data.unhcr.org/en/situations/syria/location/113>

United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, (United Nations Rules for the Protection), United Nations General Assembly (14 December 1990), (Erişim 01 Mart 2024), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-rules-protection-juveniles-deprived-their-liberty>

### **Mevzuat ve Elektronik Diğer Kaynaklar**

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK), *Resmi Gazete* 28615 (11 Nisan 2013), Kanun No. 6458.

Ceza Muhakemesi Kanunu, *Resmi Gazete* 25673 (17/12/2014).

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (YUKK Yönetmelik), *Resmi Gazete* 29656, (17 Mart 2016)

5982 sayılı Anayasa'da değişiklik yapan Kanun, *Resmi Gazete* 27580, (07.05.2010).

İçişleri Bakanlığı Kabul ve Barınma Merkezleri ile Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, (İç İşleri Bakanlığı GGM Yönetmelik), *Resmi Gazete* 28980, (22 Nisan 2014).

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), "6458 Sayılı Kanunun Genel Hakkında Bilgiler", (Erişim 28 Kasım 2023), <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-ff44-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6458#step-2>

Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun, *Resmi Gazete* 16674 (22/6/1979).

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Yapay Zekânın İdari Yargı Üzerindeki Etkileri

### *Effects of Artificial Intelligence on Administrative Judiciary*

Hulüsi Alphan Dinçkol 

Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye,  
halphandickol@gmail.com



**Öz:** Yapay zekânın idari yargıya potansiyel etkileri gözlemlendiğinde, hukuki belgelerin otomatik sınıflandırma, endeksleme ve etiketleme yeteneğinin idari süreçlere olan katkısı, risk analizi süreçlerine etkisi ve davanın potansiyel sonucunu tahmin etme yeteneği gibi konularla karşılaşılmaktadır. Ancak, yapay zekâ ve idari yargının entegrasyonunda hukuk, etik ve güvenlik konularının önemi de söz konusu olmaktadır. Yapay zekâ ve hukuk ilişkisini geniş bir perspektifte değerlendirirken, yapay zekânın hukuki kimliği üzerine belirsizlikler de çözümlenmeye çalışılmalıdır. Yapay zekânın hukuki düzenlemelerle denge altına alınması, konuya ilişkin etik ilkelerin belirlenmesi ve uluslararası işbirliğinin önemi vurgulanırken; yapay zekânın idare hukuku ve idari yargıdaki kullanımının, kamu hizmetlerinin daha etkili sunulmasına, bürokrasinin azaltılmasına ve demokratik yönetim ilkelerinin desteklenmesine katkı sağlayabileceği ifade edilmektedir. Yapay zekânın idari karar alma süreçlerindeki rolü, Avrupa Parlamentosu'nun düzenlemeleri ve yapay zekâ ile ilgili normlar kapsamında ele alınmıştır. Yapay zekânın yargısal süreçteki yardımcı rolü, içtihat araştırmaları ve hukuk bürolarındaki etkileri üzerinde durularak, gelişmekte olan yapay zekânın adalet düzenindeki farklı rollere nasıl entegre edilebileceği ve getirdiği zorluklar tespit edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Yapay Zekâ, Dijital Dönüşüm, Yapay Zekâ Kişiliği, Yapay Zekâ Hâkim, Yapay Zekâda Takdir Yetkisi

Geliş Tarihi/Received: 21.12.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 09.02.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
29.03.2024

**Abstract:** When the potential effects of artificial intelligence on administrative justice are observed, issues such as the contribution of the automatic classification, indexing and labelling ability of legal documents to administrative processes, its impact on risk analysis processes and the ability to predict the potential outcome of the case are encountered. However, the importance of law, ethics and security issues also comes into question in the integration of artificial intelligence and administrative justice. While evaluating the relationship between artificial intelligence and law from a broad perspective, uncertainties regarding the legal identity of artificial intelligence should also be tried to be resolved. While emphasizing the importance of balancing artificial intelligence with legal regulations, determining ethical principles on the subject and international cooperation; It is stated that the use of artificial intelligence in administrative law and administrative justice can contribute to the more effective provision of public services, reducing bureaucracy and supporting democratic management principles. The role of artificial intelligence in administrative decision-making processes is discussed within in the scope of the European Parliament's regulations and artificial intelligence-related norms. By focusing on the supporting role of artificial intelligence in the judicial process, case law research and its effects on law offices, how the developing artificial intelligence can be integrated into different roles in the justice order and the challenges it brings have been identified.

**Keywords:** Artificial Intelligence, Digital Transformation, Artificial Intelligence Personality, Artificial Intelligence Judge, Discretion in Artificial Intelligence

## Extended Abstract

The aim of this study is to demonstrate that while artificial intelligence is in the field of administrative justice, it should be transparent, fair and accountable, and play a reliable role in ensuring justice and in the judicial judgment process. When the potential effects of artificial intelligence on administrative justice are observed, issues such as the contribution of the automatic classification, indexing and labelling ability of legal documents to administrative processes, its impact on risk analysis processes and the ability to predict the potential outcome of the case are encountered. However, the importance of law, ethics and security issues also comes into question in the integration of artificial intelligence and administrative justice. Artificial intelligence should not only be an application that allows citizens to access documents faster and more effectively, but also a subject that can play a role in the judicial judgment stage.

While evaluating the relationship between artificial intelligence and law from a broad perspective, the study also tried to resolve the uncertainties regarding the legal identity of artificial intelligence. Because currently, a new type of legal personality regarding artificial intelligence has not been developed and artificial intelligence is perceived as "an item owned by a person". In this respect, it is thought that it would be appropriate to accept artificial intelligence as an "electronic personality" in which the rights and powers granted to legal entities are granted. While emphasizing the importance of balancing artificial intelligence with legal regulations, determining ethical principles on the subject and international cooperation; It is stated that the use of artificial intelligence in administrative law and administrative justice can contribute to the more effective provision of public services, reducing bureaucracy and supporting democratic management principles.

The role of artificial intelligence in administrative decision-making processes has been discussed within the scope of norms related to artificial intelligence, in the light of the European Parliament's regulations and Türkiye's legal evaluations on this issue. Because law is a field that can offer solutions to problems related to artificial intelligence, and artificial intelligence will continue to be integrated into law through various applications. In this context, since the positive and negative potentials of artificial intelligence in the field of law are also important, they have been examined.

The functions of artificial intelligence such as "assisting the judge", "predicting decisions" and "presenting draft decisions" in the administrative trial process were emphasized; Additionally, the nature of the "direct decision-making" function and current problems were analyzed. The possibility of whether artificial intelligence could become a "robot judge" in the future has also been discussed. Because this function is technology that fulfills rather than supports, and it refers to the technology taking over the decision-making and conclusion-making function made by people. In fact, this function can radically change the legal system, fundamentally reshape it and introduce new forms of practice. However, it is emphasized in this study that artificial intelligence does not yet have the feature of being alone with the influence of internal and external factors to the extent of the superiority of a human judge's personal qualities when deciding. Artificial intelligence has not yet reached the final limit of its use in terms of making judicial decisions, and this ability is not considered possible soon.

A descriptive and then analytical method was used in the study. In this regard, the prominent and generally accepted conceptual data regarding artificial intelligence were first compiled and these data were analyzed in association with the theoretical framework regarding the judiciary and administrative jurisdiction. By focusing on the supporting role of artificial intelligence in the judicial process, case law research and its effects on law offices, how the developing artificial intelligence can be integrated into different roles in the justice system and the challenges it brings have been identified.



The study concluded that what we can expect in the near future is for software to play a role supporting (but not replacing) human judges. Artificial intelligence can now and in some cases predict how a particular case might play out soon; However, it still remains far behind the decision-making functions of judges. Because the current capacity of artificial intelligence is limited to specialized tasks, and the roles of judges are so generalized that it is not possible in the near term for artificial intelligence to replace judges completely and satisfactorily, especially in high-risk cases. In this respect, the main suggestion is that in the judicial process in general, and especially in the administrative trial process, although judges remain human, they should definitely be complemented by artificial intelligence. This will ensure that administrative judicial decisions gain importance and reliability in matters such as transparency and accountability, equality before the law, diversity and efficiency. Another suggestion is that, considering the increase in the activity of artificial intelligence in the near future, it is necessary to determine its legal personality and electronic legal entity.

## Giriş

Yapay zekâ ve idari yargı, birbirinden farklı iki konsept olmasına rağmen, teknolojik gelişmeler ve dijital dönüşüm ile bir araya gelerek birçok etkileşim alanı bulmuştur. İdari yargı, genellikle büyük miktarda hukuki belge ve doküman içerir. Yapay zekâ, belgeleri, otomatik olarak sınıflandırabilir, endeksleyebilir ve etiketleyebilir. Bu durum, öncelikle hukuki profesyonellerin ve doğal olarak da yurttaşların, belgelere daha hızlı ve etkili bir şekilde erişmelerine yardımcı olabilir. Bu doğrultuda verileri toplayan yapay zekâ, gelecekteki hukuki sonuçları tahmin etme yeteneğiyle risk analizi süreçlerine katkıda bulunabilir. İdari yargı süreçlerinde, bir davanın potansiyel sonucunu değerlendirmek için yapay zekâ tabanlı analizler kullanılabilir. Ancak, yapay zekâ ve idari yargının bu tür bir entegrasyonunda, hukuk, etik ve güvenlik konularındaki sorumlulukların dikkate alınması önemlidir. Yapay zekâ sistemlerinin şeffaf, adil ve hesap verebilir olması, adaletin sağlanmasında güvenilir bir rol oynaması için kritik bir durumdur. Yapay zekânın temel olarak adli süreçte ve dolaylı şekilde idari yargı sürecinde nasıl bir rol oynayabileceğine dair gerçekçi bir bakış açısı, öncelikle yapay zekânın nasıl çalıştığına ve yakın ve orta vadede hangi işlevleri yerine getirmesinin beklenebileceğine bir göz atmayı gerektirir.

Bu kapsamda yapay zekânın önce niteliğinin, sonra genel anlamda hukukla ve idare hukuku ile ilişkisinin betimleyici bir tarzda ortaya konulması tercih edilmiştir. Çünkü kavramsal açıklamalar teorik yapıyı bütünsel açıdan algılanabilir hale getirmelidir ki, makalenin konusunun bu yapı içindeki yeri anlaşılabilir. Bu sebeple ilk bölümde yapay zekânın niteliğinin yanı sıra sosyal yaşam içindeki yerinin de ortaya konulması üzerinde durulmuştur. Yapay zekâ toplumda hem olumlu hem de olumsuz potansiyele sahiptir ve gelecekte de pozisyonu artan oranda sürecektir. Bu hal aynı zamanda hukukla ilişkisinin ve kişilik yapısının, tartışmalı halini devam ettirecektir ki, bu tartışmalı durum makalenin ikinci bölümünde ele alınmıştır.

Yapay zekânın yol açtığı ve açacağı sorunlar, idarenin ve idari yargının çalışma alanı içinde de önemli bir yere sahiptir. Bu gerekçe ile makalenin son bölümünde önce idare hukuku ve yapay zekâ ilişkisine yer verilmiş, bilahare idari yargıda yapay zekânın rolü analiz edilmiştir. Yapay zekânın idari yargıdaki rolü aslında genel anlamda muhakemedeki rolünden izole olmadığı için, özellikle yargısal hüküm süjesinin yapay zekâ aşamasına ulaşmasının olanaklılığı üzerinde de durulmuştur.

## I. Yapay Zekâ

Günümüzde teknolojinin ve buna bağlı olarak teknoloji ürünlerinin hızlı ve yaygın biçimde büyümesi ve gelişmesi, kullanım alanlarını da aynı hızda genişletmektedir. Bu ürünlerin en önemlilerinden biri haline gelen internetin toplumsal yapı içindeki mesafe kavramını ortadan kaldırarak, kullanıcıların

birbirleriyle iletişimini ve etkileşimini<sup>1</sup> sağlaması bir “ağ sosyalleşmesi”ni meydana getirmiş bulunmaktadır.

Bu etkileşimi sağlayan internet teknolojisi, iletişim dışında “bilgi aktarımı”nı<sup>2</sup> da gerçekleştirmesiyle, yeni bir uygulama ve sürecin oluşmasına yol açmıştır. Toplum içinde ağ sosyalleşmesi şeklinde ifade edebileceğimiz bu süreç, dünyanın dört bir yanındaki insanları birbirine bağlayan ve bilgi ve iletişimi kolaylaştıran küresel bir ağ meydana getirmiştir. Bu durum aynı zamanda küreselleşme<sup>3</sup>, dijitalleşme, inovasyon (yeni teknolojilerin ve iş modellerinin ortaya çıkması), değişen birey ve tüketici davranışları, geleneksel iş modellerinin silinmesi gibi olguları da yaratmıştır. Kültürlerarası etkileşimi sağlayıp, küresel pazarları geliştiren süreç, yeni fikir ve ürünlerin ortaya çıkmasını, dijital ortamın etkisiyle değişimin çok hızlanmasını; örneğin, e-ticaret, e-devlet, bulut bilişim, uzaktan öğretim, sosyal medya, sanatsal platformlar, sosyal forumlar ve mobil uygulamaların etkin ve yaygın hale gelmesini de sağlamıştır. Yepyeni ve dijital bir toplum günümüzde yaşamın her alanını kapsama yolunda hızla ilerlemekte ve aynı hızla değişime yol açmaktadır. Bu değişimin olumlu ve olumsuz etkileri de toplum ve birey üzerinde gözlenmektedir<sup>4</sup>. Öğretim, iş, sosyalleşme, eğlence, bilgi ve iletişim gibi alanlarda fırsatların artması, insanların dünyayı daha iyi anlamalarının sağlanmasının yanı sıra, bağımlılık, gizlilik ihlali, siber suç ve bilgi kirliliği bu etkiler arasındadır. İşte bu noktada son dönemlerin en etkili, tartışmalı ve değişim hızı çok yüksek teknolojisi, yapay zekâ<sup>5</sup> ortaya çıkmış bulunmaktadır ve yüzyılımızda yapay zekâ toplumların büyük kesimince günlük yaşamlarında kullanılmakta iken<sup>6</sup>, çoğu zaman bunun yapay zekâ olduğunun farkında olunmamaktadır<sup>7</sup>. Varlığı algılsa da algılanmasa da, yapay zekâ, dijital çağın lokomotifliğini üstlenmiş durumdadır<sup>8</sup>.

Yapay zekâ bağlantılı araçların teknolojik değişim hızı, aynı düzeyde kendisini de anlamsal olarak değiştirmektedir. Bu değişim de yapay zekânın tanımının zaman içinde farklılaşmasına yol açmaktadır<sup>9</sup>

<sup>1</sup>“Düşünmek veriye ve bilgiye ihtiyaç duyar ancak iletişim ve etkileşimi de gerektirir. Düşünmek sadece cevaplamak değil, soru sormaktır... Bir makinenin düşünebilmesi için meraklı, yaratıcı ve iletişimsel olması gerekir” Shezaf Rafaeli, “The Moving Goalposts”, *What to Think about Machines that Think*; ed. John Brockman (New York: Harper Perennial, 2015), 342-344; Adriana Braga – Robert K. Logan, “The Emperor of Strong AI Has No Clothes: Limits to Artificial Intelligence”, *MDPI* 8/4 (2017), 10.

<sup>2</sup>Ancak şu da ifade edilmelidir ki, dünyanın her tarafında bilgi aynı şekilde insanların hizmetine sunulmamaktadır. Bilgiye erişim açısından benzer fırsat eşitliğine dünyanın farklı yerlerindeki insanlar sahip değiller. Bu durumu bazı kesimler “dijital bölünme” şeklinde değerlendirmektedirler. Okan Tanşu, “Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler”, *İnternet ve Hukuk*, der. Yeşim M. Atamer (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, Ocak 2004), 143. “Dijital bölünmüşlüğü dört boyutta incelemek mümkündür. Bunlar; bilgi ve iletişim teknolojileri ekipmanlarıyla, kullanımıyla, kullanım performansıyla ve öğrenme süreçleriyle ilişkilendirilebilir.” Alper Işık, *Dijital Demokrasi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 63.

<sup>3</sup> Bkz. Tanşu, “Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar”, 146.

<sup>4</sup> Yeni bir teknolojinin sosyal sonuçlarını, o teknoloji toplumda uzun zaman ve geniş ölçüde yayılmadan ölçemeyiz. E. Guichard, *Informatique et démocratie*. Institut Français d’Athènes, 1999’dan nakleden: Selva Ersöz Karakulakoğlu, *Dijital Toplum: Kavram, Kuram ve Yöntem* (Ankara: Nobel Yayınları, 2020), 5.

<sup>5</sup> Yapay zekânın kaynağını oluşturan zekâ kavramının 70’den fazla farklı tanımını kendi içinde bir araya getiren çalışma için bkz: Shane Legg – Marcus Hutter, “A Collection of Definitions of Intelligence”, *Advances in Artificial General Intelligence: Concepts, Architectures and Algorithms* 157, ed. B. Goertzel & P. Wang, (UK: IOS Press, 2007), 17-24. “Yapay” ve “zekâ”ın anlamları için bkz. Elif Küzeci, *Sayısal Fil*, (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2021), 146-150.

<sup>6</sup>Yapay zekâ sistemlerinin tarihsel süreci için bkz. Fatma Coşkun – H. Deniz Gülleroğlu, “Yapay Zekânın Tarih İçindeki Gelişimi ve Eğitimde Kullanılması”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi* 54/3 (2021), 947-966; Tülay Yazıcı, “Kitle Kaynak ve Yapay Zekâ”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 24/4 (Aralık 2022), 1305 vd. Kürşat Arslan, “Eğitimde Yapay Zekâ ve Uygulamaları”, *Batı Anadolu Eğitim Bilimleri Dergisi* 11/1 (2020), 76-78. Yapay zekâ sistemleri için bkz. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Yapay Zekâ Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler – Hukuki Bakış* (İstanbul: Aristo Yayınları, 2019), 50; Nils J. Nilsson, *Yapay Zekâ, Geçmiş ve Geleceği*, çev. Mehmet Doğan (İstanbul: 2. Baskı, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2019), 14; Barış Gözübüyük, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırkkale Hukuk Mecmuası* 1/1 (2021), 58.

<sup>7</sup>Tim Urban, “The AI Revolution: The Road to Superintelligence”, *Wait But Why* (Erişim 22 Ekim 2023).

<sup>8</sup> Yasin Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 62.

<sup>9</sup>“Çok disiplinli araştırma, medya ve politika çalışmalarında yapay zekâ ve onun geliştirdiği yöntemlere artan ilgiye rağmen veya belki de bu nedenle, yapay zekânın en iyi nasıl tanımlanması gerektiği konusunda net bir fikir birliği yok. Bu durum sadece kamuoyu algıları için değil, bilgisayar bilimi ve hukuk için de söz konusudur.” Stefan Larsson, “On the Governance of Artificial Intelligence through Ethics Guidelines”, *Asian Journal of Law and Society* 7 (2020), 439. “Yapay zekâ otomatik çıkarımlara atıfta bulunarak daha iyi anlaşılır ve daha iyi makine zekâsı olarak tanımlanır... Mevcut makine zekâsı insan zekâsından kökten farklıdır... Demek

ve şu an için yaygın olarak kabul edilen ortak ve tek bir tanımı yoktur<sup>10</sup>. Araştırmalarının erken dönemlerinde, yapay zekâ genellikle “*makinelere insan seviyesinde zekâyâ sahip olması*” olarak tanımlanıyordu<sup>11</sup>. Ancak, günümüzde yapay zekâ genellikle daha dar bir şekilde, makinelerin belirli görevleri yerine getirme yeteneği<sup>12</sup> olarak tanımlanıyor<sup>13</sup>. Yapay zekânın amacı, bilgisayarları insanların yapabildiği<sup>14</sup> her şeyi (görmek, duymak, konuşmak, hatta düşünmek) kopyalamak üzere güçlendirmektir<sup>15</sup>. Gerçekten de bu değişim sadece bugünün cihazları ile gerçekleşmiş değildir. Zira herhangi bir durumda kullanılacak ne kadar çok araç, alet ve cihaz var olursa insan yaratıcılığı da o kadar fazla işe yaracaktır<sup>16</sup>. Dolayısıyla icatlar ve keşifler, insan yaratıcılığının yanı sıra alet ve cihazların daha önceki varlığına da bağlıdır<sup>17</sup> ve teknoloji dinamik bir güçtür<sup>18</sup>.

Yapay zekâ, günümüzde birçok farklı alanda yer almaktadır. Bu sistemler, sağlık, hukuk, eğitim, finans, üretim, ulaşım ve eğlence gibi sektörlerde kullanılırken, sektörlerde verimliliği ve üretkenliği artırmaya, maliyetleri düşürmeye ve yeni ürünler ve hizmetler geliştirmeye yardımcı olmaktadır<sup>19</sup>. Gelecekte de önemli bir teknoloji haline gelen bu sistemlerinin gelişimi, birçok farklı alanda devrim yaratabilecektir. Ancak yapay zekânın gelişim ve değişimi, insan zekâsının evrimi ile benzer şekilde de gerçekleşmemektedir. Tarihçi, felsefeci Yuval Noah Harari, 29 Eylül 2023 günü Türkiye’deki uluslararası bir konferansta, *yapay zekâ çalışmalarının organik yaşamla kıyaslanması halinde henüz amip aşamasında, evrimsel sürecin ilk adımlarında olduğunu; ancak bunun organik bir evrim olmayıp inorganik bir zekâ olması sebebiyle, organik varlıklara göre milyonlarca kez daha hızlı ilerlediğini, organik hayatın milyarlarca yılda evrilmesine karşın, yapay zekâda bunun sadece birkaç on yıl sürebileceğini*<sup>20</sup> ifade

---

*istediğim son derece yapay olanın tam olarak insan zekâsı olduğu, oysa makine zekâsının yalnızca otomatik olduğu olacaktır.*” Mireille Hildebrandt, “The Artificial Intelligence of European Union Law”, *German Law Journal* 21 (2020), 74.

<sup>10</sup>Margarita Robles Carrillo, “Artificial intelligence: From Ethics to Law”, *Telecommunications Policy* 44/6 (2020), 8.

<sup>11</sup>Gözübüyük, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünler”, 57.

<sup>12</sup>Yilyaer Abudureyimu – Yücel Oğurlu, “Yapay Zekâ Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korumasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (2021), 768.

<sup>13</sup>Yapay Zeka Nedir, Yapay Zeka Hakkında Bilmeniz Gerekenler, *GTECH* (Erişim 26 Ekim 2023); T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, *Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025*, (Ankara: Ağustos 2021), 12 (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>14</sup>Armağan Bozkurt – Başak Bak – Sera Reyhani Yüksel – Kemale Aslanova, *Futurist Hukuk* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018), 6 vd.; Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/35 (Temmuz 2018), 211 vd.; Muhammet Atalay – Enes Çelik, “Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9/22 (2017), 158.

<sup>15</sup>Francesca Bignami, “Artificial Intelligence Accountability of Public Administration”, *The American Journal of Comparative Law* 70/1 (2022), i312 (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>16</sup>C. E. Ayres, *The Industrial Economy* (Boston: Houghton-Mifflin, 1952), 17’den nakleden: H.H. Liebhafsky, “Institutions and Technology in Economic Progress: Schumpeter’s Theory of Economic Development as a Special Case of the Institutionalist Theory”, *The American Journal of Economics and Sociology* 19/2 (1960), 147 (Erişim 17 Ekim 2023).

<sup>17</sup>“... Sonuçta her yeni yapay zekâ sistemini sıfırdan inşa edemeyeceğiz. Yararlı sistemler oluşturmaya başladığımızda, ikincisini oluşturmak ilkinden daha kolay olmalı ve bunları oluşturmak için yapay zekâ dışı uzmanları eğitebilmeliyiz”. Roger C. Schank, “Where’s the AI?”, *AI Magazine* 12/4 (1991), 47.

<sup>18</sup>Liebhafsky, “Institutions and Technology in Economic Progress”, 147. Ayrıca bkz. Hüseyin Özalp – Leyla Firuze Arda Özalp, “Teknik Değişim ve Emek”, *Yeni Eko-Tek Dünya*, ed. Emine Kef – Ezgi Kovancı (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2020), 13 vd.

<sup>19</sup>Ersöz Karakulakoğlu, *Dijital Toplum: Kavram, Kuram ve Yöntem*, 53. “Yapay zekânın gelişimi, yaşamları ve iş uygulamalarını dönüştürme, verimlilik, tasarruf ve güvenlik seviyelerini artırma, kısa ve orta vadede gelişmiş hizmet düzeyi sağlama potansiyeline sahip olabilir...” European Parliament, “REPORT with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics”, (Erişim 23 Ekim 2023). Yapay zekâ aracılığı ile teknoloji, insan olan film karakterlerinin dahi bilgisayar tarafından yaratılabildiği düzeye erişmiştir. Tarık Mete Çanga, *İnternette Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması* (Ankara: DPT Yayını, Yayın No. 2753, Aralık 2007), 25. Özellikle sanat eserlerine ilişkin yapay zekâ örnekleri için bkz. Yuval Noah Harari, *Homo Deus, Yarının Kısa bir Tarihi*, çev. Poyzan Nur Taneli (İstanbul: Kolektif Kitap, 2019), 337-339.

<sup>20</sup>ParaMedya, “Harari’den yapay zeka yorumu: Bu organik bir evrim değil!”, (Erişim 15 Ekim 2023). Ayrıca bkz. Urban, “The AI Revolution: The Road to Superintelligence”; Bu evrim hızını ifade eden bir makalede Google’ın önde gelen yapay zekâ birimi DeepMind, 2,2 milyon yeni kristal keşfederek “800 yıllık değere sahip bilginin” kilidini açtığını iddia etmiştir. Anthony Cuthbertson, “DeepMind’in yapay zekâ aracı, insanlığı 800 yıl ileriye attı”, çev. Büşra Ağaç, *Independent Türkçe* (Erişim 30 Kasım 2023).

etmiştir. Bu da göstermektedir ki, yapay zekânın evrimi en riskli alanlarda dahi hiç tahmin edemeyeceğimiz hız ve kapsamda gerçekleşecektir<sup>21</sup>.

Ancak yapay zekâ hem olumlu hem de olumsuz potansiyellere sahip bir teknolojidir<sup>22</sup>. Yapay zekâ sistemlerinin kullanımı, işsizliği artırabilir, etik sorunlara yol açabilir, hukuk dışı ve kötü amaçlar için kullanılabilir<sup>23</sup>. Öte yandan, bu sistemlerin potansiyel faydaları da oldukça büyüktür ve bunlar, insan hayatını iyileştirmek ve dünyayı daha yaşanabilir bir yer haline getirmek için de çok etkili olabilir. O halde diyebiliriz ki, yapay zekâ, günümüzde ve gelecekte dünyayı şekillendirecek en önemli teknolojilerden biridir ve bir bilim kurgu ürünü olmaktan çok farklı bir hale gelmiştir<sup>24</sup>. Bu açıdan yapay zekânın potansiyel faydalarını ve risklerini anlamak, bu teknolojinin en az sorunlu ancak yüksek oranda yararlı bir şekilde geliştirilmesi ve kullanılması için önemlidir.

Görüyoruz ki, yapay zekâ yaşamımızın her anına müdahil, kaçınılmaz bir sistem haline gelmiş ve toplumsal yaşamın bir parçası olmuştur. İster sosyal yaşamımızın ayrılmaz bir parçası olan yapay zekâ taşıyan cihazlar, ister çalışma yaşamımızın bir parçası haline gelen ve gelecek olan yapay zekâ içeren teknolojiler veya sanat ve kültürel alanda kullanılan yapay zekâ uygulamaları olsun, birbiri ile iç içe geçmiş hale gelmişlerdir. Bu hususların her biri ayrı bilimsel disiplinlerin araştırma konusunu oluşturmaktadır ve gerçekleştirilen teknolojik gelişmeler neticesinde yapay zekâ, hukukun ilgi alanına giderek daha fazla girmektedir<sup>25</sup>.

## II. Yapay Zekâ ve Hukuk

Günümüzde yapay zekâ birçok disiplinin çalışma alanına etki edecek niteliğe bürünmüştür. Teolojiden<sup>26</sup> psikolojiye<sup>27</sup>, iletişimden hukuka, iktisattan sosyolojiye kadar tüm sosyal bilimlerle ilgili ve etkili durumdadır. Özellikle mantığın rolü ve etkinliği sebebiyle hukuk da bu alanlardan birisi olmuştur<sup>28</sup>.

Yapay zekâyâ sahip makinelerin, sorunlar karşısındaki yeteneklerinin insanlara benzer şekilde gerçekleşebildiği veya gerçekleşebileceği ağırlıklı görüşlerle<sup>29</sup> kabul edildiğine göre; insandan bağımsız otonom<sup>30</sup> davranış içine girebilirse yapay zekânın kişilik kavramı ile ilişkisi ve hukuki statüsü

<sup>21</sup>Yapay zekâ kullanımında hedef, nitelikli bir süper zekâ yaratmak için yapay zekâyı insan zekâsıyla birleştirmektir. Yazıcı, "Kitle Kaynak ve Yapay Zekâ", 1309.

<sup>22</sup>Avrupa Parlamentosu da hazırlanan bir raporla bu potansiyellere dikkat çekmektedir. Bkz. European Parliament, "REPORT with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics", (Erişim 23 Ekim 2023).

<sup>23</sup>Yapay zekânın olumsuzluklarından birisi de kişisel veriler karşısındaki rolüdür. Erdem Büyüksağış, "Yapay Zekâ Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 529-541.

<sup>24</sup>Colin R. Davies, "An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights - Artificial Intelligence and Intellectual Property", *Computer Law & Security Review* 27/6 (December 2011), 603.

<sup>25</sup>*Yapay zekânın henüz geliştirilmemiş türleri üzerinde çalışmalar hala devam etmektedir; ancak şu anki mevcut hukuk sistemleri bir sonraki nesil bu akıllı makinalara hazır olmaktan son derece uzaktır... Hukuk kurallarının ileride daha da yetersiz hale gelmesi kuvvetle muhtemeldir.* Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", 215.

<sup>26</sup>Davies, "An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights", 604.

<sup>27</sup>Yapay zekâ disiplinler arası bir çalışma sahasıdır. Felsefe, nörobilim, dilbilim, psikoloji ve çeşitli disiplinler ile etkileşim içerisindedir. Aslıhan Ünal - İzzet Kılınç, "Yapay Zekâ İşletme Yönetimi İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme", *Yönetim Bilişim Sistemleri Dergisi* 6/1 (2020), 73.

<sup>28</sup>Gökhan Erdoğan, "Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış", *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 129. Cem Say, "Yapay Zekâ ve Hukuk", *Sarkaç*. (Erişim 23 Ekim 2023).

<sup>29</sup>Abudureyimu - Oğurlu, "Yapay Zekâ Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", 768; Bozkurt - Bak - Reyhani Yüksel - Aslanova, *Futurist Hukuk*, 211 vd.; Atalay - Çelik, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", 158; Schank, "Where's the AI?", 39.

<sup>30</sup>Otonom kelimesi Antik Yunancada bulunan "autos (kendi)" ve "nomos (kural)" kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Bu iki kelimenin birleşmesiyle oluşan "otonom" kelimesi "kendi uyacağı kuralı kendi belirleyen kişi, bağımsız" anlamına gelmektedir. Serkan Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023), 18. "Otonom kavramı, yalnızca belirli bir vakada insan girdisinden bağımsız olma niteliği anlamına gelir. Bu kavram evrenselidir." Eric Hilgendorf, "Endüstri 4.0'da Sorumluluğun Erimesi ve Kendi Kendine Öğrenen Sistemler - Ceza Hukuku Açısından Sorun Özeti", Çev. Enis Tiz, *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*, ed. Yener Ünver (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 49.

tartışmaya açık hale gelmektedir. Ancak bu durumda dahi insan olmayan bir “*makine / varlık*” gerçek kişi hukuki statüsünü elde edemeyecektir<sup>31</sup>.

Mevcut durumda henüz yapay zekâya sahip bir makinenin ya da “*varlığın*”, herhangi bir kişiliği<sup>32</sup> bulunmadığına ve yeni bir hukuki kişilik türü geliştirilmediğine göre, yapay zekânın hukuki statüsü belirsizdir. Yaygın olan klasik mülkiyet teorisi çerçevesinde değerlendirilmesi halinde ise yapay zekâ, bir hukuki statüye sahip olmasına gerek duyulmayan, “bir kişinin sahip olduğu bir eşya” olarak algılanmaktadır. Bu durumda hak sahibi yapay zekâ değil, onun programcısıdır<sup>33</sup>.

Öte yandan, yapay zekâ sistemlerinin tüzel kişilikle ilişkisinin kurulması ve onlara benzer statü verilmesi de düşünülmüştür<sup>34</sup>. 2017 yılında Avrupa Parlamentosu’nda bu konuda bir rapor hazırlanmıştır. Raporda yapay zekâya, medeni kanunlardaki kişilerden farklı olarak, daha önce var olmamış ve düşünülmemiş *elektronik kişilik* önerilmektedir<sup>35</sup>. Bu yaklaşımlar, yapay zekânın hukuksal statüsünde *yeni bir kişiliğin* hukuk tarafından tanınması gerektiğini ortaya koymaktadır<sup>36</sup>. O halde yapay zekâların, gerçek kişilerde olduğu gibi, sadece yapay zekâların yer aldığı bir sicile kayıt<sup>37</sup> ile kişilik sahipliği söz konusu olabilir. Ayrıca tüzel kişilere tanınmış haklar yapay zekâlar için de tanınabilir<sup>38</sup> ve onların otonomi düzeyleri gözlenerek, belirli seviyenin üzerindeki bu haklara sahip kılınabilirler<sup>39</sup>. Çocuklar ve zihinsel engellilerin hukuki statüleri dikkate alınarak, bilişsel görevleri sınırlı da olsa yerine getirme yetenek ve kapasitesine sahip yapay zekâ varlığının kişiliğini kabul etmek, bugün ve özellikle gelecekte doğru bir yaklaşım olacaktır<sup>40</sup>.

Yapay zekânın insanlarla etkileşimde bulunduğu her durum, pozitif hukukun bu etkileşimleri düzenlemesi ve bu düzenlemelerin sonuçlarının uygulanması gerekliliğiyle karşılanacaktır. Aynı zamanda, hukuk, yapay zekâ ile ilgili sorunlara çözüm sunabilen bir alandır<sup>41</sup>. Bu bağlamda, yapay zekâ,

<sup>31</sup>Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 99.

<sup>32</sup>Tarihsel, felsefi ve hukuki olarak kişilik kavramı için bkz. Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2019), 369 vd.

<sup>33</sup>Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 11 (2018), 611-612. Bu görüş eleştiriye açıktır. Bkz. Yüksel - Bak, “Yapay Zekâ”, 98.

<sup>34</sup>Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi”, 612. “... Bir tüzel kişi, Birleşik Krallık yasalarına göre bir birey olarak hukuken tanınmaktadır; gerçek bir insana daha çok benzeyen bir bilgisayara, özellikle de yeni nesil yapay zekâ bilgisayarlarına aynı statü verilmelidir...” Davies, “An evolutionary step in intellectual property rights e Artificial intelligence and intellectual property”, 602.

<sup>35</sup>European Parliament, “REPORT with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics”, (Erişim 23.10.2023); Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, 224; Ümit Vefa Özbay, “Dijital Peculium Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70/3 (2021), 874 vd.

<sup>36</sup>Hukuksal kişilik de bir varsayımdır. Hatta şöyle de söylenebilir: Hukuksal kişilik en az yapay zekâ kadar yapaydır, insan yapımıdır. Kimlerin ya da nelerin bu kapsamda kabul edileceği hukuk kuralları aracılığıyla belirlenir. Küzeci, *Sayısal Fil*, 173.

<sup>37</sup>Berk Işık, *Yapay Zekâya Sahip Robotların Avrupa Birliğinde Serbest Dolaşımı Önünde Ortaya Çıkacak Sorunların Hukuki Sorumluluk Müessesesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 39 vd.; Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 51 vd.; Atakan Adem Selanik, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13/50 (Nisan 2022), 360.

<sup>38</sup>Ahmet Said Ber, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 6/1 (2022), 67.

<sup>39</sup>Ber, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, 67.

<sup>40</sup>Yapay zekânın hukuki statüsüne ilişkin farklı görüşler için bkz. Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 5. Baskı, 2020), 81 vd. Yapay zekâyı tanımlayan üçüncü bir kişilik modelinin hukukça kabullenilmesi artık bir gereklilikten öte, zorunluluk haline gelmektedir. Bkz. Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, 216. Ber, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, 70 vd. Enes Köken, “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 47 (Temmuz 2021), 259 vd. Sinan Sami Akkurt, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (2019), 55. Mesut Hakkı Çaşın - Dursun Al - Nur Dinemis Başkır, “Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi* 79/1 (2021), 32 vd.

<sup>41</sup>Bu kapsamda örneğin dosya tasnifi, karar arama, suçluların risk durumuna göre değerlendirilmesi ve karar destek sistemi gibi uygulamalar ile yapay zekâ, hukuk alanına destek olabilecektir. Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, 123, 140. Yapay Zekâ teknolojilerinden içtihat tarama, dokümantasyon, tasnif, iş takibi, karar destek veyahut karar mekanizması,

hukuk sistemine sadece regülasyon açısından değil, aynı zamanda çeşitli uygulamalar aracılığıyla da entegre olmuştur<sup>42</sup> ve entegre olmaya devam edecektir.

Yapay zekânın hukukla ilgisi açısından, onun “hukuksal statüsü” kadar önemli bir diğer alan ise sorumluluk hukukudur<sup>43</sup>. Bunun yanı sıra veri koruma<sup>44</sup> hukuku; çevrimiçi ortamlarda kullanılan robotların<sup>45</sup> elektronik ticarete olan etkileri açısından elektronik ticaret hukuku önem kazanmaktadır. Ayrıca, otonom araçların neden olduğu kazaların incelenmesi ceza hukuku ve sorumluluk hukuku açısından önem taşımaktadır. Robotların hukuki kişilik sahibi olup olmadığına dair tartışmalar medeni hukuk açısından ele alınırken, geliştirilen robotik modellerin telif hakları meselesi fikri mülkiyet hukuku alanında<sup>46</sup> uzmanların yoğun çalışmalar yapmasını da gerektirmektedir.

Çözüm çabalarının gerçekleşmesi sürecinde önemli bir hamle de geleceğin siber suçları ve yapay zekâ etkilerine cevap verebilecek hukuksal düzenlemeleri yapacak hukukçuları ve yapay zekâ uzmanlarının varlığını artırmak amacıyla yatırım yapmak olacaktır. Bunun yanı sıra yapay zekâ alanında henüz tam anlamıyla oluşmamış global normlar ve etik değerlerin oluşmasına katkı sağlayacak akademik ve bilimsel çalışmalar yapmak ve uluslararası iş birliğini ve anlaşmaları geliştirmek<sup>47</sup> te önemli olmaktadır. Zira teknolojik gelişmeler gerçek yaşamın ilerisinde olacaktır. Hukuksal düzenlemelerin gerçek yaşamın ihtiyaçlarından ortaya çıktığı düşünülürse de hukuki düzenlemelerin gerçek yaşamı takip etmesi

---

alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri, hukuki danışmanlık, analiz ve istatistik veriler elde etme gibi birçok alanda yararlanılmaktadır. Zeynep Öğretmen Kotil, “Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları”, *İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu* (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2022), 1 (Erişim 17 Ekim 2023).

<sup>42</sup>Öğretmen Kotil, “Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları”, 1.

<sup>43</sup>Yapay zekâda hukuken sorumluluk için Bkz. Barış Özçelik, “Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler”, *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 99 vd.; Selanik, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu”, 335-364; Küzeci, *Sayısal Fil*, 175-180; Gülşah Deniz Atalar, “2.1.2. Cezai Sorumluluk”, *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, ed. Selin Çetin (İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019), 64 vd. Köken, “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, 247-286. Servet Yetim, “Elektronik Posta (e-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi* 3/21 (Mayıs 2008), 49-65. Orhan Erol, *Yapay Zekânın Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2023), 161 vd. Onur Sarı, “Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147 (2020), 251-312.

<sup>44</sup>Nilgün Başalp, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet”, *İnternet ve Hukuk*, der. Yeşim M. Atamer (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, Ocak 2004), 34. M. Serdar Erbaş, “Türk Kamu Yönetiminde Stratejik Yönetim ve Dijital Dönüşüm Bağlamında Yapay Zekânın Kullanımı”, *Türk İdare Dergisi* 95/496 (Haziran 2023), 189.

<sup>45</sup>Yapay zekâ ile robot kavramları birbiriyle ilişkili olmakla birlikte temelde farklı anlamlara gelmektedir. Yapay zekâ esasen insan beyninin düşünme yönteminin sanal ortamda taklit edilerek belirli sorunlara çözüm üretme sürecini ifade ederken “robot” ise somut dünyada bir karşılığı olan fiziksel hareketleri yapan makineleri tanımlamak için kullanılmaktadır. Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 47. Doktrinde bir makinenin robot olarak nitelendirilebilmesi için sahip olması gereken özellikler, “algılama / hissetme”, “hareket”, “enerji”, “zekâ” şeklinde sıralanmaktadır. Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 29 (2017), 88. Ayrıca bkz. Köken, “Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu”, 252, 257-259. Ömer Faruk Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyal Yapı Sosyal Değişme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022), 21.

<sup>46</sup>Selin Çetin, “2. Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar”, *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, ed. Selin Çetin (İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019), 52 vd.

<sup>47</sup>Avrupa Komisyonu tarafından kurulan Yüksek Uzmanlar Komitesi’nin 8 Nisan 2019 tarihinde yayınladığı “*Ethics Guidelines For Trustworthy AI*” (Güvenilir Yapay Zekâ İçin Etik Rehber), güvenilir yapay zekânın sistemin tüm yaşam döngüsü boyunca karşılanması gereken üç bileşenin olduğunu ifade etmektedir: 1.Yasal olmalı ve yürürlükteki tüm yasa ve düzenlemelere uygun olmalıdır; 2.Etik ilke ve değerlere bağlılığı sağlayacak şekilde etik olmalı; ve 3.Yapay zekâ sistemleri iyi niyetle bile olsa kasıtsız zarara neden olabileceğinden, hem teknik hem de sosyal açıdan sağlam olmalıdır. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *European Commission*, 8 April 2019 (Erişim 17 Ekim 2023). Ayrıca bkz. Işık, *Dijital Demokrasi*, 57-58. Bu konuda ayrıca Avrupa Konseyi’nin de yapay zekâ ile ilgili 25 Ocak 2019 tarihinde yayınladığı bir rehber bulunmaktadır. Bu rehberin ilk sayfa 2. paragrafı, “Bu Kılavuz, hükümetlerin, yapay zekâ geliştiricilerinin, üreticilerinin ve hizmet sağlayıcılarının yapay zekâ uygulamalarının insan onurunu, her bireyin insan haklarını ve temel özgürlüklerini zedelememesini sağlamak için, özellikle veri koruma hakkıyla ilgili olarak, izlemesi gereken bir dizi temel önlem sağlar.” cümleleri amacı ifade etmektedir. Council of Europe Portal, “Convention 108 and Protocols”, (Erişim 17 Ekim 2023). Ayrıca bkz. Işık, *Dijital Demokrasi*, 69. Rehberin III. Bölümü “Yasa koyucular ve politika yapıcılar için rehberlik” ilkelerini de belirlemektedir. Council of Europe Portal, “Convention 108 and Protocols”, (Erişim 17 Ekim 2023).

doğaldır<sup>48</sup>.Önemli olan hukuksal düzen ile gerçek yaşam arasındaki genişliği daraltmak, yapay zekânın alanda gerçekleştirdiği değişmelerin hızına hukuksal alanda ayak uydurabilmektir.

Yapay zekâ ve bilgi teknolojileri kullanımı gelecekte hukukun en önemli gündem maddelerinden biri olacaktır. Bu kapsamda hukuk sistemini dönüştürebilecek “destekleyici”, “yerine gelen” ve “bozucu” şeklinde isimlendirilen üç ana teknolojidен söz edilmektedir. *Destekleyici teknolojiler*, hukuk alanında çalışan kişilere bilgi sunma, destek olma ve tavsiyelerde bulunma işlevi görür. Bu tür uygulamalar, hukuk sisteminin temel yapısını değiştirmeksizin, pratik işleyişe katkıda bulunur ve işleri kolaylaştırır. Örnekler arasında karar arama motorları, anahtar kelime aramaları ve örnek dilekçe sunumları gibi, hukuki destek sağlayan yazılımlar bulunmaktadır<sup>49</sup>. *Yerine gelen teknoloji*, insanlar tarafından yapılan işleri teknolojinin üstlenmesini ifade eder. Geleneksel işleyişin yerine teknolojik uygulamaların geçmesiyle, hukuk sisteminin temel yapısı aynı kalırken, bazı pratik uygulamalar değişir. Türkiye’de bu tür uygulamaların en yaygın ve önemli örneği UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi)’tir. UYAP ile hukuki işlemler kapsamlı şekilde elektronik ortama taşınmış, dosyalara elektronik erişim, elektronik imzalarla evrak imzalama, elektronik dava açma ve avukatların duruşmalara video konferans yoluyla katılma gibi özellikler eklenmiştir<sup>50</sup>. *Bozucu teknoloji*, hukuk sisteminin kökten değişimini ifade eder. Ancak kökten değişim, geri dönüşü olmayan bir değişim anlamına gelmez, daha çok uygulamaların işlev ve yaklaşımları açısından büyük değişiklikleri temsil eder. Bu tür teknolojiler, mevcut hukuk sistemini temelden yeniden şekillendirebilir ve yeni uygulama biçimleri getirebilir<sup>51</sup>. Bu teknolojilerin her biri, hukuk alanında farklı şekillerde etki yaratır ve sistemin işleyişini yeniden tanımlama potansiyeline sahiptir.

Temel olarak hukuka uygulanan yapay zekâ teknolojileri esas olarak kurala dayalı hukuk sistemlerine ve bilgi temsiline odaklanmaya başladı<sup>52</sup>. Konuya yapay zekânın pozitif hukukla doğrudan ilişkisi açısından bakıldığında, yapay zekânın hukuka etkisi kadar önemli olan husus, hukukun yapay zekâyâ nasıl baktığıdır. Hukuk yapay zekâdan etkilenmekte ve aynı anda onun uygulamalarını da kontrol ve denge kapsamında gözlemektedir ki, olması gereken de budur. Hukukun her alanı ve doğal olarak idari yargı da aynı etkileşim süreci içindedir.

### III. Yapay Zekâ ve İdari Yargı İlişkisi

Konumuzla bağlantısı itibariyle öncelikle yapay zekânın idare hukuku ile ilişkisine değinmek gerekmektedir.

#### A. Yapay zekâ ve idare hukuku

Günümüzde toplumsal yapının yapay zekânın etkileri sonucu geçirdiği değişim ve ortaya çıkan dönüşümden idari yapılar<sup>53</sup> da etkileneceklerdir. Günümüzde birçok devletin idari yapısına ve kamu

<sup>48</sup>Tanşu, “Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar”, 152-153.

<sup>49</sup>Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, 26-28.

<sup>50</sup>Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, 29. UYAP ile merkezi bir bilgi sistemi kurulmuş ve bu sistemde yargı ve yargı destek birimleri arasında fonksiyonel tam entegrasyon sağlanmıştır. UYAP ile entegrasyon sağlanan Adli Sicil Bilgi Sistemi’nden sabıka kayıtları, MERNİS’ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi’nden adres kayıtları, POLNET’ten ehliyet kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları, TAKBİS’ten tapu ve kadastro kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir. *UYAP Bilişim Sistemi Genel Bilgi* (Erişim 28 Ekim2023).

<sup>51</sup>Bunlara örnek olarak ABD’de var olan COMPAS yazılım paketi, Estonya’da robot yargıç iddiası, Hollanda’daki elektronik mahkemeler, Almanya’daki yargı işleyişi ile ilişkili Argumentum projesi, Arjantin’deki Prometea programı verilebilir. Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, 33-39.

<sup>52</sup>Fatih Ulaşan, “*The Possibility of Using Artificial Intelligence For Turkish Administrative Jurisdiction*” (Ankara: İKSAD Publishing House, 2023), 89.

<sup>53</sup>İdari yapıları ele aldığımızda idari yargılamının kapsamındaki vergi idareleri bundan uzak kalamayacaktır ve aynı etkileşim vergi idareleri uygulamalarında da gerçekleşecektir. Bu konuda Bkz. Neslihan Karataş Durmuş – İmran Arıtı Erdem, “Vergi

hizmetlerine<sup>54</sup> yapay zekâya dayalı uygulamalar dahil edilmiştir. Özellikle kişiselleştirilmiş bilgilerin paydaşlara otomatik olarak sağlanması, sanal asistanlar, risk değerlendirme süreçleri, yetkililerinin idari kararlar almalarına yardımcı olma, idari eylemler için önerilerde bulunma, nihai idari kararların alınması, uyuşmazlık çözümü, idari usulsüzlüklerin tespiti, idari sistemlerin bütünlüğünün sağlanması olarak örneklendirilebilir. Bu örneklerin çeşitli ülkelerde hızla artış gösterdiği gözlenmektedir<sup>55</sup>. Türkiye’de de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile “*Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları Dairesi Başkanlığı*” kurulmuştur. Daire Başkanlığı’nın görevi “*Kamuda öncelikli proje alanlarında yapay zekâ uygulamalarına öncülük etmek ve koordinasyonu sağlamak*”tır<sup>56</sup>.

Yapay zekâ teknolojisi ve uygulamaların gelişmesi, idare hukukunun konularını da yoğun şekilde ilgilendirmeye başlamıştır<sup>57</sup>. Dünyada ulus devletler, idari süreçlerini optimize etmek ve kamu hizmetlerini kişiselleştirmek için dijital teknolojileri kullanmaktadırlar. Ancak aynı zamanda, geleneksel olarak yorumladıkları egemenliklerinin temel alanında, yani kendi vatandaşlarının kontrolü ve gözetimi yoluyla kamu düzenini koruma konusundaki verileştirme potansiyelini de hızla fark etmektedirler<sup>58</sup>.

Yapay zekânın idarece benimsenmesi idari süreçlerin kolaylaştırılmasını, vatandaş-idare arası iletişimin güçlendirilmesini, buna bağlı olarak uyum maliyetlerinin azaltılmasını, idari eylem, işlem ve kararların yeterli bilgiye dayalı olarak isabetli şekilde gerçekleştirilmesini sağlayabilecektir.

Kamu hizmetlerinde yapay zekânın entegrasyonu, idari süreçlerdeki kırtasiyecilik ve bürokratik engellerin azalmasına katkı sağlayarak hizmetlerin daha hızlı sunulmasını mümkün kılacaktır. Bu sayede, yapay zekâ tarafından desteklenen çözümlerle kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli bir şekilde sunulması sağlanacaktır<sup>59</sup>. Bu doğrultuda yapay zekâ ve yapay öğrenme hızlandıkça, kamu

---

İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme”, *Maliye Dergisi* 184 (Ocak-Haziran 2023), 225-253. Durmuş – Erdem, “Vergi İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme”, 234.

<sup>54</sup>Kamu hizmeti, genel olarak toplumun refahını artırmak, vatandaşların temel ihtiyaçlarını karşılamak ve kamu yararını sağlamak amacıyla yürütülen faaliyetleri ifade eder. H. Alphan Dinçkol, *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, (İstanbul: DER Yayınları, 2017), 3 vd. Bu hizmetler, genellikle devletin veya kamu kurumlarının sorumluluğunda olan, kamuya ait olan veya kamunun ortak çıkarına yönelik olan hizmetlerdir. Sağlık hizmetleri, eğitim, güvenlik, altyapı gibi alanlar kamu hizmetlerindedir. İdare hukuku ise devletin ve kamu kurumlarının faaliyetlerini düzenleyen hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı, kamu idaresinin işleyişini, vatandaşlar ile devlet arasındaki ilişkileri, idari eylem ve işlemleri düzenler. İdare hukuku, kamu görevlilerinin yetkilerini, sorumluluklarını, hukuka uygunluğunu denetler ve idarenin vatandaşlara karşı yürüttüğü faaliyetlere sınırlar getirir. Kamu hizmeti, idarenin temel amacıdır. İdare, kamu hizmetlerini yerine getirirken idare hukuku normlarına uymak zorundadır. İdare hukuku, idarenin faaliyetlerini düzenler ve denetler. Bu sayede kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında hukuka uygunluk sağlanır. İdare hukuku, vatandaşların devletle ilişkilerini düzenler ve kamu hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanmalarını sağlar. Sonuç olarak, kamu hizmeti ve idare hukuku, kamu yönetimi ve hukuk sistemi arasındaki önemli bir etkileşimi temsil eder. İdare hukuku, kamu hizmetlerinin etkin, adil ve hukuka uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak gibi bir işleve sahiptir. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.2* (İstanbul: 1966), 13; Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım (İstanbul: Oniki Levha Yayını, 2020), 529 vd.; Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku* (İstanbul: Der Yayınevi, 2016), 217 vd.; Turan Yıldırım, “Kamu Hizmeti ve Kar Amacı”, *Hukuku Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, ed. Ali Ulusoy (Ankara: Liberte Yayını, 2001), 44; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: 3. Bası, Turhan Kitabevi, 2012), 572; Metin Günday, *İdare Hukuku* (Ankara: 10. Baskı, İmaj Kitabevi, 2011), 330; Oğuz Sancakdar – Eser Us – Mine Kasapoğlu Turhan – Lale Burcu Önüt – Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 478.vd; Ebru Zeybek Cebeci, “Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25/1 (2019), 86-96.

<sup>55</sup>Birleşmiş Milletlerin 2022 tarihinde yayınladığı “e-Devlet Anketi” incelendiğinde, ankete katılan ülkeler içinde yapay zekâya dayalı chatbot'lara ulusal portallarında yer veren ülke sayısı 2018 yılında %14,5 iken 2020 yılında %30,1'e, 2022 yılında %35,8'e yükselmiştir. Dolayısıyla yapay zekâ uygulamalarının ülkeler tarafından gittikçe kamu hizmetlerine entegre edilmeye başlandığı görülmektedir. Durmuş – Erdem, “Vergi İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme”, 237. Türkiye’de de Ulusal Yapay Zekâ Strateji 2021-2025, bu alandaki hedefi ortaya koymuştur. UYZS, 10.

<sup>56</sup>2019 yılında 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 1 sayılı Kararname’ye eklenen maddeler ile kurulan “*Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları Dairesi Başkanlığı*”nın görevleri de ortaya konulmuştur. UYZS, 39.

<sup>57</sup>Mutlu Kağıtçıoğlu, “Yapay Zekâ ve İdare Hukuku”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1 (2021), 121-122.

<sup>58</sup>Joanna Mazur – Renata Wloch, “Embedding Digital Economy: Fictitious Triple Movement in The European Union's Artificial Intelligence Act”, *Social&Legal Studies* (January 2023), 7.

<sup>59</sup>Ayşe Almıla Tanrıverdi, “Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri”, *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 293-314.



yönetimleri karar vermeyi ve kamu politikalarını iyileştirmek için giderek artan ölçekte yapay zekâ kullanımına yönelmektedir<sup>60</sup>.

Yapay zekâ uygulamaları, bireylerin kendiyile ilgili alınan kararları anlamaları, hak ve özgürlükleri hakkında bilgi edinmeleri, merak ettikleri sorulara kolayca cevap bulmaları ve idare ile etkileşimde bulunmaları konularında büyük bir öneme sahiptir. Yapay zekâ, bu açılardan halkın yaşamını daha etkileşimli ve bilgiye dayalı bir şekilde yönlendirmeye katkıda bulunmaktadır<sup>61</sup>.

Yapay zekânın bu yeteneği, yerel yönetimlerin de kamu hizmetlerini daha demokratik bir şekilde sunmalarını sağlayarak, hizmetlerinden yararlananların da daha etkin bir şekilde katkıda bulunmasını mümkün kılacaktır. Aynı zamanda, yerel yönetimlerin hesap verebilirlik ve şeffaflık açısından bir dizi kazanım elde etmelerine olanak tanıyacak şekilde yapay zekâ kullanılabilir<sup>62</sup>.

Yapay zekâ, idari faaliyetlere getirdiği yeniliklerle birlikte, idari işlem ve süreçlerin yapısında önemli değişikliklere neden olan bir kullanım alanı haline gelmiştir<sup>63</sup>. Bu gelişme, yapay zekâ ile ilgili yeni hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerektirecek ve mevcut olanların da güncellenmesini zorunlu kılacaktır.

Avrupa Parlamentosu yapay zekâ ile ilgili olarak ciddi oranda yasal çalışma gerçekleştirmiş olup; Parlamento'da Ekim 2020'de, etik<sup>64</sup>, sorumluluk<sup>65</sup> ve telif hakları<sup>66</sup> da dahil olmak üzere, yapay zekâ ile ilgili bir dizi karar kabul edilmiştir. 2021'de, bunları cezai meseleler<sup>67</sup> ve eğitim, kültür ve görsel-işitsel sektörlerde<sup>68</sup> yapay zekâ ile ilgili kararlar izlemiştir. Bu düzenlemeler, uyum süreci çerçevesinde AB normlarını kabul edip uygulayan ülkeler açısından yol gösterici Anayasal nitelikte normlar olmaktadır. Bu konuda en son olarak 14 Haziran 2023 tarihinde "*Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından yapay zekâyâ (Yapay Zekâ Yasası) ilişkin uyumlulaştırılmış kuralların belirlenmesine ve Birliğin belirli yasal düzenlemelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir yönetmelik teklifine ilişkin olarak (...) değişiklikler*"<sup>69</sup> kabul edilmiştir. Bu düzenleme, dünyadaki ilk yapay zekâ yasası niteliğindedir. Bu yasa doğrultusunda AB üyesi ülkelerle yapılacak görüşmelerin 2024 yılına kadar tamamlanarak, 2024 yılından itibaren yasanın ülkelerde yürürlüğe girmesi beklenmektedir. Yasanın izin, sınırlama ve yasaklamalarla ilgili düzenlemeleri dışında belki de en önemli hükümlerinden birisi halka açık alanlarda, insanların filme alınarak "*gerçek zamanlı yüz tanıma eylemi*"nin yasaklanması olmuştur. İdare hukuku açısından

<sup>60</sup>Erbaş, "Türk Kamu Yönetiminde Stratejik Yönetim ve Dijital Dönüşüm Bağlamında Yapay Zekânın Kullanımı", 206. Ayrıca bkz. Sezin Öztoprak, "İdari Fonksiyonda Yapay Zekâ Kullanımının Kamu Personeli Üzerinde Olası Etkileri", *Dijital Çağda Hukuk*, Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 235-255.

<sup>61</sup>Murat Önder – Hilal Saygılı, "Yapay Zekâ ve Kamu Yönetimine Yansımaları", *Türk İdare Dergisi* 90/487 (Aralık 2018), 661.

<sup>62</sup>Tanrıverdi, "Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri", 300.

<sup>63</sup>Kağıtçıoğlu, "Yapay Zekâ ve İdare Hukuku", 143. Türkiye'de kamu kurumlarının yapay zekâyâ dayalı etkin karar alma süreçlerine yönelik proje ve pilot uygulamalar UYZS tarafından, Adalet Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Savunma Sanayii Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi şeklinde belirtilmiştir. UYZS, 54-56.

<sup>64</sup>European Parliament, "Resolution of 20 October 2020 on A Framework of Ethical Aspects of Artificial Intelligence, Robotics and Related Technologies, 2020/2012(INL)" (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>65</sup>European Parliament, "Resolution of 20 October 2020 on a civil liability regime for artificial intelligence, 2020/2014(INL)" (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>66</sup>European Parliament, "Resolution of 20 October 2020 on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies, 2020/2015(INI)" (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>67</sup>European Parliament, "Draft Report, Artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, 2020/2016(INI)" (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>68</sup>European Parliament, "Draft Report, Artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector, 2020/2017(INI). (In that regard, the Commission has adopted the Digital Education Action Plan 2021-2027: Resetting education and training for the digital age, which foresees the development of ethical guidelines in AI and Data usage in education – Commission Communication COM(2020) 624 final)" (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>69</sup>European Parliament, "Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))" (Erişim 20 Ekim 2023).

baktığımızda yasadaki tüm düzenlemeler ile “*Yasal belirliliğin piyasaları destekleyeceği ve aynı zamanda yeni teknolojilere bağlı risk ve tehditleri tespit ederek vatandaşların haklarını koruyacağı varsayılmıştır.*”<sup>70</sup> Denilebilir ki yapay zekâ geliştirme konusu, Avrupa yönetimi içerisinde güvenilirlik ve insan odaklı tasarıma odaklanan, değer temelli ve etik odaklı bir gelişme haline gelmiştir<sup>71</sup>.

Avrupa Birliği'nin üye ülkelere standardize bir kamu hizmeti anlayışını empoze etmesi, kamu idarelerinin elektronik belge ve elektronik kimlik gibi araçlarla AB'nin yönlendirmesine uygun, daha net ve kolay hizmet sunumlarına geçiş yapmalarını sağlayabilir. Bu tür uygulamalar, aynı zamanda kamu hizmetlerinin kullanıcı odaklı bir şekilde sunulmasına yönelik dönüşümü de destekleyecektir. Nitekim, pek çok ülkede yapay zekâ destekli kişiye özgü kamu hizmeti sunumlarına yönelik uygulamalar zaten gözlemlenmektedir<sup>72</sup>. İdari faaliyetlerin sunumuna ilişkin anlayış; ülkeden ülkeye, zamanın şartlarına, kültürel değerlere, yönetim biçimlerine, ekonomik ve siyasi koşullara göre farklılaşmakta olup, günümüzde bu farklılaşmayı azaltan bir unsur olarak “*dijital dönüşüm*” karşımıza çıkmaktadır<sup>73</sup>.

Aynı doğrultuda Avrupa Konseyi 2022 yılında Johan Wolswinkel tarafından hazırlanan “*Artificial Intelligence And Administrative Law (Yapay Zekâ ve İdare Hukuku)*” başlıklı bir rapor yayınlamıştır<sup>74</sup>. Rapor, “*Bu karşılaştırmalı çalışma, Avrupa Konseyi'nin çeşitli üye devletlerinde yapay zekâ (AI) sistemlerinin ve diğer otomatik sistemlerin kullanımına ilişkin idare hukuku düzenlemelerini rapor etmektedir. Rapor, Avrupa Konseyi'nin 'Yönetim ve Siz' el kitabının genel olarak otomatik karar verme (ADM) ve özel olarak yapay zekâ destekli karar verme bağlamında olası bir revizyonu için hazırlık çalışması olarak hizmet ediyor.*”<sup>75</sup> tespiti ile yapay zekâ ile ilgili idare hukuku revizyonlarının alt yapısının hazırlandığını ifade etmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinin idare hukuku mevzuatının yetersiz olduğu, “*24 üye ülkeden ülke raporları alındı. Bu çalışmadan ortaya çıkan genel (ama biraz eksik) tablo, genel olarak ADM sistemlerinin ve özel olarak da yapay zekâ sistemlerinin kullanımına özel olarak değinen çok fazla idare hukuku mevzuatının bulunmamasıdır (...) ADM'ye ilişkin spesifik mevzuat hükümleri genellikle eksiktir. (...) ADM veya AI ile ilgili özel mevzuat hükümlerinin bulunmaması durumunda, idare mahkemeleri, ADM'nin kamu yetkilileri tarafından kullanımını değerlendirmek için idare hukukunun genel ilkelerine başvurmaktadır.*”<sup>76</sup> cümleleri ile Raporda ortaya konulmaktadır.

Yapay zekâ hızla geliştikçe idari karar alma süreçlerinde kullanımı da aynı şekilde gelişmektedir. Kamu yetkilileri, karar verme süreçlerini daha sorunsuz yürütmek ve idari karar almanın doğruluğunu artırmak için yapay zekâ sistemlerinin potansiyelini giderek daha fazla keşfetmektedirler<sup>77</sup>.

<sup>70</sup>Mazur – Wloch, “Embedding Digital Economy”, 9. Yapay zekâ yasasında önerilen alanlar arasında “*(...) kamu hizmetlerine ve avantajlarına erişim ve bunlardan yararlanma yer almaktadır.*” Mazur – Wloch, “Embedding Digital Economy”, 11.

<sup>71</sup>Larsson, “On the Governance of Artificial Intelligence through Ethics Guidelines”, 449. Kamu hizmetlerinde kullanıldığı örnekler incelendiğinde Yapay Zekânın kamu hizmetleri üzerinde “dönüştürücü” etkisi olduğu gözlemlenmektedir. Ahmet Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ* (Ankara: Seçkin Hukuk, 2023), 23 vd.

<sup>72</sup>Tanrıverdi, “Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri”, 302. Ahmet Mutlu Akyüz, “Dünyada E-Yönetişim ve En İyi Uygulama Örnekleri”, *E-Yönetişim*, ed. Bekir Parlak – Kadir Caner Doğan (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 106.

<sup>73</sup>Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 103. Ahmet Karaçorlu, “Türk Kamu Yönetim Sisteminde Dijital Dönüşüm”, *Medeniyet Araştırmaları Dergisi* 6/1 (2021), 163-178. Dijitalleşme olgusuna ilişkin kaynaklar için bkz. Ali Hasan Hamut, “Türkiye’de Dijitalleşme Olgusuna İlişkin Bibliyografya ve Bir Değerlendirme”, *TRTakademi* 6/12 (2021), 600-627. Ahmet Yavuz Uşaklıoğlu, *Dijital Hukuk* (Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022), 25 vd., 225. Mehmet Çatlı, *Dijital Devlet Teorisi*, (Ankara: 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2021), 92 vd., 132 vd. Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, (İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2010). Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü*, 46 vd., 81 vd., 98 vd. Volkan Göçoğlu, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelere İnterneti Üzerine Bir İnceleme”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/1 (2020), 615-628. Berçin Kuzu, “Dijital Çağda İnsan Haklarının Gelişimi”, *Dijital Çağda Hukuk*, Eds. Kerem Batır-Cansu Atıcı Kabalak-Elif Çağla Yıldız (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 143-155.

<sup>74</sup>Johan Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, Strasbourg: Council of Europe, December 2022, 6.

<sup>75</sup>Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 6.

<sup>76</sup>Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 6.

<sup>77</sup>Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 7. İdare hukuku, kamu otoriteleri ile vatandaşlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen ilkeler ve kurallar bütünü olarak kabul edilir. Bu normlar mevzuata dahil edilebilir, ancak içtihat hukuku da idare

Yapay zekâ sistemleri idari karar alma bağlamında uygulandığında, yapay zekâ idare hukukunun alanına girer. O halde asıl soru, idare hukukunun hangi kural ve ilkelerinin yapay zekâdan etkilendiği ve bunun tersine, özel olarak yapay zekâ için hangi idare hukuku kural ve ilkelerinin özellikle ilgili olduğudur. Bu kapsamda raporda idarenin, yapay zekâ teknolojilerini kullanırken “Yasallık ve yasal amaca uygunluk”, “Eşitlik ve ayrımcılık yasağı”, “Objektiflik ve tarafsızlık”, “Ölçülülük”, “Şeffaflık”, “Özel hayatın gizliliği ve kişisel verinin korunması”, “Duyulma hakkı”, “Temsil ve yardım hakkı”, “İtiraz hakkı” ilkelerine uyması gerektiği ifade edilmiştir<sup>78</sup>.

Türkiye’de “**TBMM, On İkinci Kalkınma Planının (2024-2028) Onaylandığına İlişkin Karar**” ekinde yayınlanan “**On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028)**”<sup>79</sup>, “38. Yapay zekâ alanındaki gelişim hızlanarak devam etmekte, yapay zekâ bir yandan insanın yeteneklerini tamamlayarak önemli fırsatlar sunarken diğer yandan insanın yerini alacak şekilde gelişerek işsizliği artırma ve gelir dağılımını daha da bozma riski taşımaktadır. Yapay zekâ teknolojilerinin kamunun düzenleyici mekanizmalarının dışında hızlı ve kontrolsüz gelişimi ve alınabilecek önlemlerin uluslararası işbirliğini gerektirmesi gibi hususlar bu alandaki çalışmaları güçleştirmekte, yapay zekânın beraberinde getirebileceği fırsat ve tehditlerin büyüklüğü ulusal ve uluslararası düzeyde düzenlemeleri elzem kılmaktadır.”<sup>80</sup> tespitini yapmakta ve bu alanda hukuksal düzenlemelerin gerekliliğine işaret etmektedir. Plan aynı zamanda vatandaşa sağlanacak çeşitli kamu hizmetlerinde yapay zekânın yer almasının gerekliliğini ve bu hizmetlere yönelik klasik “yaklaşımların değişmesinin” zorunluluğunu da belirtmektedir<sup>81</sup>. Bu zorunluluklar sebebiyle de “Yapay zekâ teknolojilerinin doğurduğu ihtiyaçlara yönelik gerekli hukuki düzenlemeler yapılacaktır.”<sup>82</sup> Bu hukuki düzenlemelerin de temel idari yasalar ile gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durum aynı zamanda hukuksal belirlilik ilkesinin de gereğidir ve hukuk devleti ilkesinin bir görünümüdür<sup>83</sup>.

Öte yandan, idare hukuku kendine özgü içtihadi bir niteliğe sahiptir. Bu sayede, uyumsuzlukları çözümlenme sürecinde kullanılan kavramlar ve ilkeler, idare hukuku tarafından sürekli olarak geliştirilebilir, genişletilebilir veya yeni unsurlar eklenerek evrilebilir<sup>84</sup>. Eğer yapay zekâ idare hukuku kapsamında idari yapay zekâ niteliği oluşturabilirse, yaratılış ve işleyiş sürecinde birtakım kurallar ihdas edebilme özelliğine de sahip olabilir<sup>85</sup>. Makine öğrenmesine<sup>86</sup> dayanan yapay zekâ sistemleri,

---

hukuku için önemli bir kaynaktır. Genellikle içtihatlarla geliştirilen iyi yönetim ilkeleri, vatandaşları kamu otoritelerine karşı korumada belirgin bir role sahiptir. Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 9.

<sup>78</sup>Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 9-14. Rapor kapsamındaki anket ve araştırma, üye devletlerdeki idari otoritelerin hangi yapay zekâ uygulamalarını kullandığına ilişkin çeşitli veriler sunmaktadır. Üye Devletler genelinde, özellikle polislik, vergilendirme, trafik (otomatik plaka tanıma) ve sınır kontrolü (yüz tanıma) alanlarında yapay zekâ uygulamaları sözkonusu iken, örneğin Almanya’da yapay zekâ uygulamaları çoğunlukla sohbet odaları şeklinde iletişim amaçlarına hizmet etmekte; Polonya, yalnızca olumlu vize kararlarının tamamen otomatik bir şekilde alındığı bir yapay zekâ örneği sunmaktadır. Wolswinkel, *Artificial Intelligence And Administrative Law*, 20.

<sup>79</sup>Karar No.1396, Karar Tarihi 31.10.2023, RG. 1 Kasım 2023 / 32356 (Mükerrer) (Erişim 2.11.2023).

<sup>80</sup>On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), m.38, 7.

<sup>81</sup>On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), hangi alanlarda yapay zekânın yer alacağını belirtmektedir: m.38, 7, 13, 16, 19, 24, 74, 123, 133, 135, 164, 165, 173, 174, 216, 229, 232, 234, 245.

<sup>82</sup>On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), m.38, 7.

<sup>83</sup>Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 114.

<sup>84</sup>Kağıtçıoğlu, “Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)”, 156.

<sup>85</sup>“Brezilya yapay zekâ tarafından yazılan bir metnin yasalastiği ilk ülke oldu. NTV’nin Washington Post gazetesinden yaptığı aktarıma göre ülkenin güneyindeki Porto Alegre kentinde çalntı su sayaçlarının yenilenme masraflarına dair tasarı, 36 üyeli belediye meclisinde kabul edilerek yürürlüğe girdi. Ancak yeni yasa, vergi mükelleflerinin yükünü hafifletmesiyle değil, tamamen yapay zekâ tarafından yazılmasıyla gündem oldu. Meclis üyesi Ramiro Rosario, oylamadan 6 gün sonra metni yapay zekâyı yazdırıldığını açıkladı. Rosario, metni hazırlamanın normalde 3 gününü alacağını, yapay zekâ sayesinde ise sadece 15 saniye sürdüğünü söyledi. Yapay zekânın kullanımını övdü.” Alain News Türkçe, “Brezilya’da bir ilk: Yapay zekaya yazdırılan yasa, kabul edildi” (Erişim 4 Aralık 2023).

<sup>86</sup>MakYann LeCun – Yoshua Bengio – Geoffrey Hinton, “Deep Learning”, *Nature* 521 (2015), 436; Vincent François-Lavet – Peter Henderson – Riashat Islam – Marc G. Bellamare – Joelle Pineau, “An Introduction to Deep Reinforcement Learning”, *Foundations and Trends in Machine Learning* 11/3-4 (2018), 3; Adam H. Marblestone – Greg Wayne – Konrad P. Kording, “Toward an Integration of Deep Learning and Neuroscience”, *Frontiers* (Erişim 22 Ekim 2023); Yoshua Bengio – Dong-Hyun Lee – Jorg Bornschein – Thomas Mesnard and Zhouhan Lin, “Towards Biologically Plausible Deep Learning”, *arXiv:1502.04156v3 [cs.LG]*

verilerden hareketle “kural koyma” olarak nitelendirilebilecek bazı işlemler yapmaktadırlar<sup>87</sup>. İdare işlevine ilişkin bir işlem yapacak bir yapay zekâ sisteminin koyduğu kuralların birer düzenleyici idari işlem olarak görülebilmesi mümkündür<sup>88</sup>. Ancak günümüzde yapay zekâ sistemlerinin idari işlem tesis etmesi halinde özellikle yetki ve sebep unsurlarına ilişkin hukuki denetimde sorunlar meydana gelebilecektir<sup>89</sup>. Yetkinin idareden kopup yapay zekâ sistemine devri<sup>90</sup> tehlikesi de vardır. Bu durumda ya etkin insan denetimi sağlanabilir<sup>91</sup> ya da bazı konularda yapay zekâ sistemlerinin kullanılması tamamen yasaklanabilir<sup>92</sup>. Bu tehlike ile karşılaşılacağı düşünün Harari, “*Sahte para basmak nasıl yasaksa, sahte insanlarla, yapay zekânın yarattığı insanların gerçek gibi kullanılması da ağır suç olarak kabul edilmeli... “bu bir yapay insandır” bilgisi çok açık, net biçimde verilmeli. İnsanlara dair verilerin kullanılması (satılması) halinde insanların izinleri çok net şekilde alınmalı. Kargacık, burgacık otomatik teyitlerle “izin alınmış gibi” yapılması derhal terkedilmeli”* dir demektedir<sup>93</sup>.

## B. Yapay zekâ ve idari yargı

Yapay zekânın hukukun bütününde ve idare hukuku kapsamında kullanılmasından daha önemlisi, yargısal sistemde kullanılması ve bilahare konumuz açısından idari yargı sürecinde yer almasının incelenmesidir. Bu açıdan önce tüm yargısal süreçte yapay zekânın nasıl yer aldığından ve dolaylı olarak da idari yargı sürecindeki durumunun nasıl olması gerektiğinden bahsedilmesi uygun olacaktır.

### 1. Yargısal süreçte yapay zekâ

Yargısal süreçlerde, mahkemeler genellikle kompleks “organik sistemler”dir. Bu sistem içinde hâkimler, savcılar ve avukatlar gibi, muhakeme sürecinin önemli figürleri, normlar, resmi prosedürler, etik kurallar ve gayri resmi işleyiş kuralları tarafından yönlendirilir. Hâkimlerden savcılara, avukatlarından mahkeme personeline kadar bir dizi unsurlar, bürokratik bir hiyerarşi içerisinde görev yapar. Mahkeme katipliği

(2016), 1-10; Stuart J. Russell – Peter Norvig, *Yapay Zekâ Modern Bir Yaklaşım*, çev. Cemil Öz (Ankara: Palme Yayınevi, 2023), 26 vd.

<sup>87</sup>“Tabii ki, yapay zekâ sistemleri hem özel hem de kamusal faaliyetlerde kullanılabilirliği için, “kural koyma” biçimindeki her işlemin “idari işlem” olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.” Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, 58.

<sup>88</sup>Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, 58 vd., 61.

<sup>89</sup>İdari makamların yapay zekâ kullanarak; “*idari yaptırım*” kararı vermesi neticesinde temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilen bireylerin savunma hakkı olumsuz etkilenebilir. Zira bu ihtimalde yapay zekânın kendi algoritmasına dayalı bir “*tespiti*” söz konusu olacağından; bireyin yaptığı savunma çoğu kez anlamsız kalabilecektir. Onur Kaplan, “Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, *International Congress on Critical Debates in Social Sciences-ICCDSS*, ed. Bedriye Tunçsiper (İzmir: İzmir Demokrasi Üniversitesi Yayını, Kasım 2020), 171.

<sup>90</sup> *Yapay sistemlere giderek daha fazla işlev devredildiğinden, potansiyel zararların birikip daha da derinleşmesi mümkündür.* Luciano Floridi – John Cowls – Monica Beltrametti ve diğerleri, “AI4People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations”, *Minds and Machines* 28 (2018), 693. Yapay zekâyı ve onun akıllı aracılığı benimsediğimizde, karar verme gücümüzün bir kısmını *isteyerek makinelere bırakıyoruz*. Bu nedenle, yapay zekâ bağlamında özerklik ilkesini onaylamak, kendimiz için tuttuğumuz karar verme gücü ile yapay araçlara devrettiğimiz karar verme gücü arasında bir denge kurmak anlamına gelir. Bu doğrultuda, insanların özerkliği teşvik edilmemeli, aynı zamanda makinelerin özerkliği de kısıtlanmalı ve insanın özerkliği sağlanmalı, doğası gereği tersine çevrilebilir hale getirilmelidir; (otomatik pilotu kapatabilen ve uçağın tam kontrolünü yeniden kazanabilen bir pilotun durumunu düşünün). Hepsi birlikte ele alındığında, temel nokta, insan seçiminin asli değerini korumaktır (en azından önemli kararlar için) ve bunun doğal sonucu olarak, makineler çok fazla şey devretme riskini kontrol altına almaktır. Floridi – Cowls – Beltrametti ve diğerleri, “AI4People—An Ethical Framework for a Good AI Society”, 698.

<sup>91</sup> Stanley Greenstein, “Preserving The Rule of Law in The Era of Artificial Intelligence (AI)”, *Artificial Intelligence and Law* 30/3 (2022), 301.

<sup>92</sup>Yayla, *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*, 176. Bu noktada tereddüt ve endişe yaratan bir husus ta yapay zekânın önyargılı karar verme ihtimalidir. Russell –Norvig, *Yapay Zekâ Modern Bir Yaklaşım*, 31. İlay Yılmaz – Can Sözer – Ecem Elver, “Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi* 66 (2021), 449-450.

<sup>93</sup>Ufuk Tarhan, “İki Önemli Yapay Zekâ Konferansı ve Akılda Kalanlar”, *Dünya* (Erişim 20 Ekim 2023).

ofisleri, savcılık birimleri ve stenografi hizmetleri gibi farklı görevler, bu sürecin yönetimini sağlamak adına yazılı kural ve prosedürlerle koordineli bir şekilde çalışır<sup>94</sup>.

Yapay zekâ, hukuk alanında giderek artan bir etki yaratmaktadır. Hukuki araştırmalara destek sunan, davaları analiz eden ve sonuçlar üreten, avukatlara ilişkin yapay zekâ yazılımları<sup>95</sup> ile hukukta yargılama sürecine yardımcı tüm verileri tarayan arama motorları ve dava sonuçlarına ilişkin tahmin yürütmeye çalışan yazılımlar, önemli bir gelişme göstermektedir. Bu alanda gerçekleştirilen çalışmalar, yapay zekânın “Doğal Dil İşleme” yöntemiyle, hukuk alanında nasıl çözümler sunduğunu açıkça göstermektedir. Bu teknoloji, elde edilmiş hukuk verilerini analizleyerek dosyaları sınıflandırma, dilekçeleri yazma veya raporlama gibi süreçleri hızlandırarak, hukuki profesyonellerin iş yükünü önemli ölçüde azaltmaktadır. Ayrıca, bu yazılımlar bir kısım hukuksal süreçlerde, hukuki makamlara başvurmadan önce yazılım platformları üzerinden bilgi alınmasını da mümkün kılmaktadır<sup>96</sup>. Bu sayede, hukuk alanındaki çalışmalar daha verimli ve etkili bir şekilde yürütülebilmektedir.

Yapay zekâ sistemleri, yüksek mahkemelerin içtihatlarının taranması, davalarla ilgili belge ve bilgilerin toplanması ve analiz yeteneklerine sahip olması sebebiyle, hukuk bürolarında giderek artan bir oranda kullanılmaktadır. Bu tercihin ana sebeplerinden biri, yapay zekâ teknolojilerinin yargılama sürecinde elde edilen dijital delillerin işlenmesi, depolanması ve saklanmasını kolaylaştırmasıdır. Bu deliller, yapay zekâ ile veya yapay zekâ müdahalesi olmaksızın toplanabilir ve işlenebilir. Yapay zekâ sistemleri, bu verileri etkili bir şekilde analiz edebilir, tasnif edebilir ve elde edilen sonuçları yargı kararlarına katkıda bulunacak şekilde kullanabilir. Böylece, hukuk büroları hem süre ve kaynak bakımından avantaj sağlar hem de muhakeme süreçlerinde, daha sağlam ve güvenli veriye dayalı kararların alınmasına olanak tanır<sup>97</sup>.

Muhakeme sürecinde yer alacak yapay zekânın da bir dizi avantaj sağlayabileceği ifade edilmektedir. Bu teknolojinin kullanılmasıyla insanlara özgü fiziksel ve psikolojik etkenlerin, önyargıların neden olabileceği hatalı karar riskinin azaltılacağına inanılmaktadır. Ayrıca, yapay zekâ tarafından yönetilen bir hukukî süreçte, yeterli bilgi ve belgeye; yargısal kararlardaki güncellemelere ulaşamama sorunlarının üstesinden gelinerek daha sağlıklı kararlar alınabileceği düşünülmektedir. Yapay zekâ, objektif bir analiz yapma kapasitesine sahip olduğundan, muhakeme süreçlerinde daha tutarlı ve çelişkisiz kararlar alınabileceği savunulmakta; bu durumun, hukuk sistemine olan güveni artırarak adaletle olan inancı pekiştirebileceği vurgulanmaktadır. Yapay zekâ kullanımının en önemli avantajlarından biri de herkese eşit ve aynı kalitede hızlı bir adalet sisteminin sağlanmasıdır. Yapay zekâ, objektif kriterlere dayalı olarak kararlar alabilir ve bu sayede herkesin yasalar önünde eşit bir şekilde

<sup>94</sup>Mehmet Akif Özer, “Adalet Yönetiminde Etkinlik Arayışları: Robotik Bürokrasi ve Yapay Zekâ Yönetişimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 55 (2023), 358.

<sup>95</sup>Sevda Bora Çınar, “Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi* 20/234 (2022), 2115.

<sup>96</sup>Dava sonuçlarını tahmin etmeye çalışan yapay zekâ yazılımları ise dikkat çeken diğer bir uygulama alanıdır. Dava sonucu tahmin işlemlerinde en önemli unsur, hukuki veri seti olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk verilerinin paylaşıldığı ülkelerde yapay zekâ çalışmalarının daha hızlı geliştiği ve ilerlediği görülmüştür. Çin Yüksek Mahkemesi tarafından internet üzerinden yayınlanan 2,6 milyondan fazla ceza davası, hukukta yapay zekâ uygulamaları için en çok kullanılan veri seti olarak görülmektedir. Tülay Turan – Nazan Kemalöglü – Ecir Uğur Küçüksille, “Hukuk’ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 11/2 (2020), 247. “Belgelerin doğrudan tanınarak yorumlanması özellikle hâkimin önüne gelen dava dosyasını okumasını kolaylaştırır. Bu kolaylık davanın daha hızlı neticelenmesini sağladığı gibi hak açısından da haklıyı bulmayı, hakkı haklıya vermeyi de sağlayacaktır.” Necip Fazıl Akburakçı, “Yapay Zekânın İdarenin Takdir Yetkisi ve Karar Alma Mekanizmalarına Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 20 (2021), 90.

<sup>97</sup>Öğretmen Kotil, “Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları”, 2. Resul Göksoy, “Delil Tespitinde Yapay Zekâ Kullanımı”, *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, ed. Selin Çetin, (İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019), 80-83. “Amerika Birleşik Devletleri’nde algoritmalar, yargı içtihatlarını desteklemek için bile kullanılmaktadır.” Lasse Quarck, “Eletronik Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, çev. Yener Ünver, *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*, ed. Yener Ünver (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 327. Yargıtay Başkanı 2023-2024 Adli Yıl Açış Konuşmasında, yargının dijital dönüşümünde yapay zekânın uygulanmaya başlandığını ifade etmiştir. Mehmet Akarca, “2023-2024 Adli Yıl Açış Konuşması”, *2023-2024 Adli Yıl Açılışı*, 1 Eylül 2023, 22-23 (Erişim 15 Ekim 2023).

muamele görmesine olanak tanıyabilir<sup>98</sup>. Üstelik karar mekanizmasındaki yapay zekâ yazılımlarının avukatlar tarafından manipülasyonun da önlenebileceği; tarafsızlığın yargısal süreçte tam olarak gerçekleşebileceği, yargısal gerçeklerin çok kısa sürede ortaya çıkarılarak sonuca ve hükme varılabileceği düşünülmektedir<sup>99</sup>. Ancak şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, önyargı kavramı, sadece insana mahsus değil, veri biliminin ve dolayısıyla yapay zekâ teknolojilerinin de doğasında olan bir özelliktir. Başka bir deyişle verileri ele aldığımız anda otomatik olarak önyargıyı da beraberinde getirir. Bir veri kümesini diğerine tercih etme eylemi, potansiyel olarak belirli bir önyargıyı yansıtacaktır. Önyargı hem kasıtlı hem de kasıtsız olabilir ve her zaman bir veri seti bir miktar önyargı içerebilir. Önyargı neredeyse tüm veri setlerinde mevcut olabilir ve önyargılı veriler, bu önyargılı veriler üzerinde eğitilen modellerin her zaman önyargılı bir çıktıya yol açmasına sebep olabilecektir<sup>100</sup>.

Yapay zekâ, yargı sürecinde çeşitli konumlarda kullanılacak bir teknolojidir. Yargısal sürecin tüm aşamalarına yardımcı olabilecek konumdan, karar verecek, hüküm sağlayabilecek konuma ulaşabilir. Yapay zekâ tabanlı veri toplama, bilgi ve belge işleme ve onları analiz edip sonuca ulaştırabilme sistemlerinin, yargı süreçlerine önemli katkılar sağlama potansiyeli açıktır. Özellikle yüksek mahkeme kararlarının veya emsal kararların incelenmesinde yapay zekâ, işlemleri daha hızlı ve sağlıklı şekilde gerçekleştirebilir. Bu kapsamda muhakeme sürecinde yapay zekâ kullanımında üç ana formdan söz edilmektedir: Bunlar, “*hâkime yardım edebilecek yapay zekâ*”, “*karar taslakları hazırlayabilecek yetenekte yapay zekâ*” ve nihayet “*karar verebilme yeteneğine sahip yapay zekâ*”dır<sup>101</sup>.

Kararı verebilecek yetenekte bir yapay zekâ konusu farklı bakış açılarına sahip bir konumdur. Böyle bir yapay zekâ var olabilirse, tıpkı bir hâkim gibi ihtilafları sona erdirecektir. Aynı doğrultuda bu konumdaki bir yapay zekânın verdiği karar, kanun yolu incelemesine de açık olacaktır. Buradaki sorun, üst yargı (istinaf/yüksek mahkeme) incelemesinin bir yapay zekâ tarafından yapılıp yapılamayacağıdır. Zira üst yargı incelemesinin yeniden ayrı bir yapay zekâ hâkimi tarafından yapılması yerine, bütünlük yapay zekânın kullanılması kabul edilebilir görülmektedir. Ancak, kanun yolu incelemesinde yapay zekâ kararlarının insan hâkimler tarafından yapılması daha uygun olacaktır. Fakat yapay zekâlı hâkimlerin erişilebilirliği konusunda mevcut durumda net bir öngörde bulunmak zordur. Eğer insanlarla eşit veya daha üstün kapasiteye sahip yapay zekâlar geliştirilebilirse, teorik olarak yapay zekâ hâkimleri, mevcut hâkimler için bir alternatif haline gelebilir<sup>102</sup>.

Muhakeme sürecinde yapay zekânın etkili olabileceği bir diğer görev avukatlık işlevini gerçekleştirebilmesidir. Bu kapsamdaki yapay zekâ yazılımlarının günümüzde de sorunlara ilişkin

<sup>98</sup>Gizem Yılmaz, “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 28/1 (2020), 43. Max Tegmark, *Yaşam 3.0 Yapay Zekâ Çağında İnsan Olmak*, çev. Ekin Can Göksoy, (İstanbul: Pegasus Yayınları, 2019), 142.

<sup>99</sup>Tegmark, *Yaşam 3.0 Yapay Zekâ Çağında İnsan Olmak*, 143, 145.

<sup>100</sup>Greenstein, “Preserving The Rule of Law in The Era of Artificial Intelligence (AI)”, 311. Bignami, “Artificial Intelligence Accountability of Public Administration”, 326. Ayrıca yapay zekâlar verilerden beslenirse bile kendi ön yargılarını oluşturabilirler. Bu durumda da insana karşı önyargı ile hareket ederlerse, adil olmayan sistemler çıkabilir. Yargı içerisinde de işlemlerin bu şekilde yapılması sorunlar ortaya çıkaracaktır. Akburakçı, “Yapay Zekânın İdarenin Takdir Yetkisi ve Karar Alma Mekanizmalarına Etkisi”, 91. Ayrıca bkz. Dilara Yüzer Eltimur, “İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları”, *AkdHFD* 12/2 (2022), 569-570. Bilinçsiz öğrenilmiş önyargı için bkz. Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, 130 vd. Cansu Büşra Ölmez, “Yapay Zekâ Uygulamalarının Yargıda Kullanılmasının Anayasal Bir Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi”, *Dijital Çağda Hukuk*, Eds. Kerem Batır-Cansu Atıcı Kabalak-Elif Çağla Yıldız (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 18.

<sup>101</sup>Oğuz Gökhan Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?”, *Adalet Dergisi* 66 (2021), 403. Hikmet Bilgin, “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/2 (2022), 409 vd. Robot yargıç kavramı ve çalışma şekli için bkz. Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, 108 vd.

<sup>102</sup>Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı”, 409-410. “*Bilimkurgu bizi her şeyi bilen, önyargı veya duygu olmadan, davaları insanların hatalarından ziyade kurallara göre karar verebilen yapay zekâ (“AI”) yargıçları fikrine hazırladı. Son haberler ve akademik makaleler, yapay zekânın yargı odalarında giderek daha önemli bir rol oynayacağını ve belki de yapay zekâ hâkimlerinin gerçeğe dönüştüğü günü göreceğimizi öngörüyor.*” Ray Worthy Campbell, “Artificial Intelligence in the Courtroom: The Delivery of Justice in the Age of Machine Learning”, *CTLJ* 18/2 (2020), 323.

verileri kullanarak, hukuksal düzenlemeler doğrultusunda çözüm üretebildiği ve yanıtlar verebildiği, çoğunlukla da mevcut avukatlarla karşılaştırıldığında daha hızlı ve etkili sonuçlar sunabildiği gözlenmiştir<sup>103</sup>. Ancak bu noktada da yapay zekâ teknolojilerinin merkezinde insanın olması gerektiği vurgulanmaktadır. Zira avukatlık hizmetinde de insan faktörünün azaltılması halinde, bu görevdeki yapay zekâ teknolojisinin, yeterli bir insansal davranış ve hassasiyet gösteremeyeceği dile getirilmektedir<sup>104</sup>.

Yapay zekâ yüklenmiş araç / sistemler, ağırlıklı olarak açık bir kurallar dizisine karşılık gelen, rutin, kodlanabilir görevleri yerine getirme konusunda insanlardan çok daha iyi olduğundan, onlara rutin görevlerin ikame edilme olasılığı daha yüksektir<sup>105</sup>. Çünkü rutin görevler, bilgisayar yazılımında kodlanabilen ve giderek artan şekilde makineler tarafından gerçekleştirilen, kesin, iyi anlaşılabilir prosedürler olarak nitelendirilebilirler. Bu alanda makinelerin yeteneklerinin insaninkini aştığı tartışmasızdır. Rutin olmayan bilişsel / soyut görevler ise yönetsel, profesyonel ve teknik çalışma, esneklik ve muhakeme gibi yüksek insani beceri gerektiren meslekleri ifade etmektedir; aynı zamanda bunlar tipik olarak yüksek derecede esneklik ve uyum, kişilerarası etkileşim gerektirir<sup>106</sup>. O halde yapay zekânın insanın yerine geçmesi değil, işbirliğinin gerçekleştirilmesi<sup>107</sup>, insan-makine etkileşimi ve birlikte var olunması, daha gerçekçi ve kaçınılmaz bir durum olacaktır. Ancak insan ve makine zekâsı arasındaki böyle bir işbirliğinin parçası olabilmek için çalışanların da uygun becerileri kazanması gerekmektedir<sup>108</sup>.

## 2. Yapay zekâ ve idari yargı

İdari yargı terimi, idare mahkemelerinin idare hukuku alanında karar verme yetkisini ifade etmektedir. İdari mahkemeler, uyuşmazlıklar kanunen başka mahkemelere intikal etmedikçe, kamu hukuku uyuşmazlıklarına karar verir. İdari mahkemelerdeki hâkimler, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler<sup>109</sup>. Kararlarını bağımsız olarak verirler ve yalnızca kanunlara tabidirler. Vatandaşlar, herhangi bir idari makamın kararının, haklarını ihlal ettiğini düşünmeleri halinde idari mahkemelere başvurma hakkına sahiptir. Bu şekilde idare mahkemeleri, anayasa hukukunda öngörülen etkili hukuki korumayı destekler ve yargılama sürecinde uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kurallarını takip ederler<sup>110</sup>. Usul kuralları ise “idari uyuşmazlık” denilen ve idari yargı yerlerinde açılacak iptal ve tam yargı davalarının açılış koşullarına, davalara ait dilekçelerin şekillerine, dava açma sürelerine, ön kabul koşullarına, tarafların hak ve yetkilerine, kanun yollarına, idari yargı yerlerinin yetkilerine, kararların hukuk düzenindeki sonuç ve etkilerine ilişkin hükümler taşımaktadırlar.

<sup>103</sup>Bu konuda avukatlık yazılım örnekleri için bkz. Yılmaz, “Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı”, 44-45.

<sup>104</sup>Nadire Özdemir – Deniz Polat, “Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 166 (2023), 230-231. Ayrıca bkz. Nesrin Singil, “Yapay Zekâ ve İnsan Hakları”, *Public and Private International Law Bulletin (İstanbul Üniversitesi Yayınevi)* 42/1 (2022), 131-132.

<sup>105</sup>Yasm in Danuser – Michael J. Kendzia, “Technological Advances and the Changing Nature of Work: Deriving a Future Skills Set”, *Scientific Research Publishing, Advances in Applied Sociology* 9 (2019), 465 (Erişim 20 Ekim 2023).

<sup>106</sup>Danuser – Michael J. Kendzia, “Technological Advances and the Changing Nature of Work”, 467.

<sup>107</sup>“İnsan ve robot aynı takımda olduğunda, bu işbirliğine dönüşür.” Russell – Peter Norvig, *Yapay Zekâ Modern Bir Yaklaşım*, 961. Ayrıca bkz. Polathan Küsbeci, *İşletmelerde Yapay Zekâ* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2021), 74-75.

<sup>108</sup>Danuser – Kendzia, “Technological Advances and the Changing Nature of Work”, 468, 473. Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Programlarının Yapay Zekâ Destekli Dijital Dönüşüm Projesi, eğitim programlarının yapay zekâ desteğiyle dijital dönüşümünü amaçlamaktadır. Türkiye Adalet Akademisi, “Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Programlarının Yapay Zekâ Destekli Dijital Dönüşümü Projesi” (Erişim 20.10.2023).

<sup>109</sup>“İdari yargı” adı verilen bu sistem, Fransa’da doğmuş ve oradan diğer Kara Avrupası ülkelerine yayılmıştır. Türkiye’de de yüzyıllık aşkın bir süredir bu sistem uygulanmaktadır. Hulüsi Alphan Dinçkol, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 1568.

<sup>110</sup>Özer, “Adalet Yönetiminde Etkinlik Arayışları”, 358.

İdari yargı süreci, davacı, davalı idare ve hâkim / hâkimlerden oluşan “üçgen bir yapı” çerçevesinde gerçekleşmektedir. Muhakemenin sùjeleri açısından en önemli makam hâkimlerdir ve hâkimlik makamının, ilgili yasalar ve mahkeme prosedürleri hakkında güçlü bir anlayışa, eleştirel düşünme becerilerine, muhakeme işlemleri sırasında doğru kararları verebilmek için tüm taraflarla ilişki kurabilecek empatiye, hem sözlü hem de yazılı olarak güçlü iletişim becerilerine sahip olması gerekmektedir. İletişim becerileri hem bilgi aktarma hem de alma açısından önemlidir ve mahkeme salonunda yanlış anlama riskini en aza indirir.

Hâkimin rolü de karmaşıktır; aktivizmi, insanlarla karmaşık etkileşimlerini, uyuşmazlık çözümünü, dava yönetimini, kamusal ve sosyal etkinlikleri<sup>111</sup> içermektedir. Dahil oldukları yargı alanına ve mahkeme yapısına göre de işlevleri farklılaşmaktadır. Üstelik bazı hâkimler diğerlerinden daha “duyarlı” olabilmektedir ve bazıları daha fazla duygu ve şefkat gösterebilmektedirler. Bu çeşitlilik göz önüne alındığında yapay zekâdaki gelişmelerin hâkimin rolünü nasıl yeniden şekillendirebileceğini belirlemek zordur<sup>112</sup>.

Basitçe söylemek gerekirse, bazı yönlerden insanlar kadar yetenekli olsa da yapay zekâ, temel yönlerden yabancı kalmaya devam edecektir<sup>113</sup>. Bu doğrultuda yapay zekâ sistemlerinin idari yargı sürecindeki ortak amacı, hâkimlere ait yargı gücünün işlevsel olarak kullanılmasına hizmet etmek olmalıdır. Bu noktada yapay zekânın üç farklı işlevinin bulunduğu<sup>114</sup> gözlenmektedir.

Yapay zekânın idari muhakeme sürecindeki işlevleri konusunda farklı düşünceler olsa da üzerinde fikir birliğine varılmış ve günümüz uygulamasında da yer alan ilk işlev “*hâkime yardımcı olmak*”tır. Yargı sisteminin temel ihtiyaçlarından birisi olan emsal kararların sınıflandırılarak analizini yapan ve mevcut davada taraflar için olduğu kadar hükmü oluşturacak hâkimlere alternatif öneriler sunabilen bir yapay zekâli yardımcı, mahkeme kararlarının niteliğini de artıracaktır<sup>115</sup>. Şu anda çoğu ülkede mevcut ve kullanılan belge keşif programları, keşfedilen milyonlarca sayfalık belgeyi okumak ve analiz etmek için tahmine dayalı kodlamayı kullanmakta ve ilgili materyali insan emeğinin gerektirdiği süreden çok daha kısa bir sürede seçebilmektedir. Bu tür programlar aynı zamanda hukuk uyuşmazlıklarında yasal belgeleri araştırmak için de kullanılabilir ve yorumcular, yasal belgelerin oluşturulması ve yasal sonuçların tahmin edilmesi için kullanılan akıllı makinelerin hukuk sektöründe kullanımının artacağını öngörmektedir. Zira bu alanda kullanılan yapay zekâ programlarının insanlara göre daha fazla zaman ve maliyet tasarrufu sağlaması ve uyku veya mola için durmadan çalışabilmesi gibi birçok avantajı vardır<sup>116</sup>. Türk idari yargılama sisteminde mahkemelerdeki duruşmalar istisnai olup, hâkimler duruşmasız karar verme eğilimindedir. Bu sistemde duruşma olmadığından ve evrak üzerinde karar verildiğinden, denetim ve bilirkişi raporları da düzenli olarak kullanılmamaktadır Yapay yardımcı zekânın varlığı, söz

<sup>111</sup>Hakimlik makamının, araştırma, mantık, muhakeme, güçlü bir analiz ve kavrayış gibi sosyal becerileri de bulunmalıdır. Yılmaz, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı”, 402.

<sup>112</sup>Tania Sourdin, “Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making”, *UNSW Law Journal* 41/4 (2018), 1114-1115.

<sup>113</sup>Campbell, “Artificial Intelligence in the Courtroom”, 325.

<sup>114</sup>Sourdin’e göre yapay zekânın işlevleri şöyledir: “*İlk olarak ve en temel düzeyde teknoloji, adalet sistemine dahil olan kişilerin bilgilendirilmesine, desteklenmesine ve tavsiyelerde bulunulmasına yardımcı olmaktadır (destekleyici teknoloji). İkincisi, teknoloji daha önce insanlar tarafından gerçekleştirilen işlevlerin ve faaliyetlerin yerini alabilir (ikame teknolojiler). Son olarak, üçüncü düzeyde teknoloji, hâkimlerin çalışma şeklini değiştirebilir ve özellikle süreçlerin önemli ölçüde değiştiği ve tahmine dayalı analitiklerin yargılama rolünü yeniden şekillendirebildiği durumlarda çok farklı adalet biçimleri sağlayabilir (yıkıcı teknoloji). Hüküm verme işlevi söz konusu olduğunda, teknolojinin bir yargıcın rolü ve işlevi üzerindeki etkisi açısından sorunlar bu ikinci ve üçüncü düzeylerde ortaya çıkmaktadır.*” Sourdin, “Judge v robot?”, 1117-1118.

<sup>115</sup>Bilgin, “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımı”, 407. Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü*, 154.

<sup>116</sup>Sourdin, “Judge v robot?”, 1119.



konusu süreci hızlandırarak, Türkiye'deki idari işlemlerde daha sağlam ve daha hızlı karar alınmasını sağlayabilecektir<sup>117</sup>.

Yapay zekâ sistemlerinin idari yargılama sürecinde de var olacağı düşünülen ikinci işlevi, “kararlara ilişkin tahminde bulunmak ve karar taslakları sunmak” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>118</sup> ve bu doğrultuda yapay zekâ, mahkeme karar sürecinde iki ana yöntemle kullanılabilir. İlk yöntem, dava açılmadan önce *kararın tahmin*<sup>119</sup> edilmesine yöneliktir. Bu uygulamalar, özellikle davacılar ve onların temsilcileri (avukatlar veya avukatlık fonksiyonunu yerine getiren kişiler) için önemlidir, çünkü bu tahminler, ilgili dava hakkında gelecekteki stratejilerinin önemli bir unsuru olabilir. İkinci yöntem ise, yapay zekânın mahkeme sürecinde hâkime, dava hakkında *bir karar taslağı veya öneri* sunmasıdır. Bu tür yapay zekâ uygulamaları, başta hâkimler olmak üzere, arabulucu veya hakem gibi alternatif çözüm yolları sunan muhakeme sülhelerine de kısmen hizmet edebilir<sup>120</sup>.

Yapay zekâ sistemleri *karar tahmini* yaparken, özellikle yargısal kararları veri olarak kullanarak, makine öğrenimini sağlarlar. Bu sistemler, hâkimin üzerinde çalıştığı davayı hangi hukuksal gerekçe ve ihtimallere dayanarak sonuçlandıracağını önceden belirleme çabasını gösterirler. Bu etkinlik, geniş bir tarihî depolama setinden -özellikle geçmiş benzer mahkeme kararları ve geçmiş benzer dava kayıtlarından- tümevarım yoluyla elde edilir. Muhakeme sürecinde yer alan ve bu tür yapay zekâ sistemlerinden yararlanan avukatlar da, mahkemenin yapay zekânın öngördüğünden farklı bir karar alması durumunda, hangi hukuki çıkarım ve kanıtlarla itiraz edebileceklerini önceden anlayabilirler. Bu, kanun yolu başvurusunun hukuksal temellerinin belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Yargılama sürecinde, yapay zekâ uygulamaları hâkime karar taslağı önerisi sunabilir. Bu sistem, benzer vakalar üzerinden önceki kararları da analiz ederek model bir karar metni veya alternatif metinler oluşturabilir. Günümüzde birçok bilgisayar yazılımı, metin yaratma işlevini gerçekleştirebilmektedir. Kendisine bir metin sunulan hâkim, bu yapay zekâ önerisini dikkate alarak karar verebileceği gibi, öneriyi değiştirebilir veya tamamen farklı bir karara yönelebilir<sup>121</sup>. Özellikle idari kararlarla ilgili iptal davaları ve tazminat hesaplamaları gibi konularda, yapay zekânın karar taslağı önerileri daha etkili sonuçlar verebilmektedir<sup>122</sup>. Bu konuda şu görüş destekle yaygınlaşmaktadır: “*Bir varlık tıbbi teşhisleri yeterince güvenilir bir şekilde gerçekleştiriyorsa ister insan ister bilgisayar olsun, iyi bir teşhis uzmanı olacak kadar akıllıdır. Buna “zeki” diyebiliriz ya da demeyebiliriz. Ama öyle ya da böyle kullanmalıyız. Benzer şekilde, eğer bir varlık yargısal görüşlerini yeterince iyi yazıyorsa... iyi bir yapay zekâ yargıci olacak kadar akıllıdır... Eğer bir sistem, bizim sağlam olarak gördüğümüz görüşleri güvenilir bir şekilde veriyorsa, görüşlerin nasıl üretildiğine ilişkin önceden belirlenmiş bir yapı üzerinde ısrar etmeden onu kabul etmeliyiz.*”<sup>123</sup>

Yapay zekâ sistemlerinin idari yargılama sürecinde var olacağı düşünülen üçüncü işlevi günümüzde sadece teorik tartışmalardan ileri gitmeyen “*doğrudan karar verme*” şeklinde ifade edilebilir. Yapay zekâ alanındaki gelişmeler doğrultusunda bir kısım görüşler kapsamında robot hâkim kavramı kullanılmaya

<sup>117</sup>Ulaşan, “*The Possibility of Using Artificial Intelligence*”, 155. Açıkçası yapay zekâ, avukatlar için yaptığı görevlerin çoğunu hâkimler için de yapabilir. Örneğin yapay zekâ, avukatlar için hukuki araştırmayı hızlandırdığı gibi, hâkimler için de hukuki araştırmayı hızlandırabilir. Campbell, “*Artificial Intelligence in the Courtroom*”, 341.

<sup>118</sup>Bilgin, “*Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımı*”, 410. Yılmaz, “*Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı*”, 405. Bu konudaki örnekler için Bkz. Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 213.

<sup>119</sup>“*Tahmin*” terimi, mevcut tartışmaları yansıtan daha doğru bir tanımdır. Tıpkı hava koşulları gibi, mahkeme işlemlerinin de öngörülemeyen sonuçlara yol açma riski vardır. Vaka daha fazla bilgi ve daha fazla sorunla daha karmaşık hale geldikçe bu risk artar. *Yapay zekâyı bu kadar ilgi gösterilmesinin bir nedeni de budur çünkü riski azaltabildiğini iddia etmektedir.*” A. D. (Dory) Reiling, “*Courts and Artificial Intelligence*”, *International Journal For Court Administration* 11/2 (2020), 4.

<sup>120</sup>Yılmaz, “*Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı*”, 405.

<sup>121</sup>Bilgin, “*Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımı*”, 410.

<sup>122</sup>Yılmaz, “*Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı*”, 406. Bilgin, “*Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımı*”, 411.

<sup>123</sup>Eugene Volokh, “*Chief Justice Robots*”, *Duke Law Journal* 68 (2019), 1138. Simon Deakin – Christopher Markou, “*Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity*”, *University of Cambridge Faculty Of Law*, 30 (2020), 5 vd. (Erişim 23 Ekim 2023).

başlamıştır. Bu kavram aslında insan hâkimin yerine geçerek karar verebilecek olan otonom yapay zekâyı tanımlamaktadır<sup>124</sup> ancak literatürde ortak bir tanıma ulaşılmış da değildir.

İdare ve hukuk davalarında, davaların ele alınma şekli temel olarak (a) bir davadaki bilgilerin karmaşıklığına ve (b) sonucun öngörülebilirlik derecesine bağlıdır. Rutin vakaların nispeten büyük bir kısmının öngörülebilir bir sonucu vardır. Yapay zekânın ilk iki işlevinden yararlanan mahkemenin kararı, sağlanan verilere dayanarak büyük ölçüde otomatik bir süreçte üretilen bir belgedir. Burada mahkeme öncelikle, başvuruda bulunan tarafın verileri dijital olarak sağladığı dijital başvuruları alır, böylece verilerin manuel olarak yeniden girilmesine gerek kalmaz. Dahası, eğer sonuç öngörülebilirse, sonuç büyük ölçüde veya tamamen kesin olduğundan, davanın olgularını işleme, yapay zekâ kullanılarak kısmen veya büyük oranda otomatikleştirilebilir<sup>125</sup>.

Çeşitli konulardaki idari davalarda önemli oranda rutin vakalar bulunmaktadır. Burada noterlerinkine<sup>126</sup> benzer bir işlevle, yapay zekâ ile oluşturulan kararlar hukuki geçerlilik açısından değerlendirilerek düzenlenir. Bu gibi kararlar, büyük ölçüde otomatik olarak oluşturulmuş belgelerdir ve önerilen düzenlemenin yasaya uygun olduğunu teyit etmektedirler. Daha az rutin olan vakalarda düzenli olarak bir anlaşmaya varılır. Çözüme ulaşmak için tarafların bakış açılarını analiz edebilen ve tarafların girdilerine göre optimum sonucu sunabilen bir yazılım söz konusudur. Yalnızca çözüme kavuşturulmamış davalarda, mahkeme işlemlerinin nihai ürünü, kelimenin tam anlamıyla bir karardır<sup>127</sup>. Bir hâkim, her şeyden önce incelediği bir davada somut olayı tam olarak kavrayabilmelidir. Hâkimin olayı tam olarak anlayabilmesi, psikolojik ve idari bir olgunluğa ulaşması ile olanaklıdır. Karar verebilmek için durumu iyi bir hukuksal süzgeçten geçirmek ve hukuk mantığı ile çatışmaması için, iyi bir şekilde muhakeme ederek, çözüme ilişkin normları “sözülle / özülle” yorumlamak suretiyle sonuca ulaşması icap eder<sup>128</sup>. Yapay zekânın, insan hâkimin davranışlarının bu tür çok yönlü özelliklerinin tamamına sahip olabilmesi şu an için mümkün görünmemektedir. Yapay zekâ, bilişsel açıdan insanı aşabilse de hukuki metinlerin anlamsal derinliği konusunda henüz sınırlı yeteneklere sahip olduğu açıktır<sup>129</sup>.

Bir yargılama sürecinde karar verme makamındaki özne olan hâkim, bir işin ileride ne durum alacağını öngörebilme ve hem de hem de muhakeme edebilme yetilerine sahip olmalıdır. Yapay zekâ sistemleri de bu yeteneklere ve bunları birbirinden ayırabilme olanağına sahip olabilir ancak uygulamada bunları sağlıklı bir şekilde gerçekleştirme olanağı zayıftır. Zira bu yapay sistem, sadece öngörebilme aşamasında başarılı olabilirken, yaratıcılık, deneyimsel birikim ve empatik davranış gibi insan becerilerini bir araya getirmek özelliği, şu an için ve yakın gelecekte güçsüz kalacaktır. Üstelik muhakeme süreci sadece hukuki ve işlemsel bir karar vermeyi değil; aynı zamanda adalet, hakkaniyet, gerçeğe ve hakikate ulaşma gibi uygulamaları da bünyesinde barındırmaktadır<sup>130</sup>. Bu noktada yapay zekâda uygun ve hakikate ulaşan yargısal yetiye ve bilgeliğin mevcudiyetine dair kuşklar sona ermemiştir. Yapay zekâ programlarını, toplumsal iradeyi temsil eden bir dizi değer ve ahlaki pusula ile oluşturarak bir kısım zorluklar aşılrsa

<sup>124</sup>Maddi olmayan yapay zekânın fiziksel bir formu yoktur, bunun yerine bir ses, bir cihazdaki bildirim ve/veya görünmez hesaplama yoluyla iletilir. Carrillo, “Artificial intelligence: From Ethics to Law”, 10. Robot hâkimin, robot tanımındaki fiziksel bir yapıya ve dış görünüşe sahip olmasına gerek yoktur. Ebibli, *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*, 24. Robot hâkimin çalışma şekli için bkz. Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, 108, 110 vd.

<sup>125</sup>Reiling, “Courts and Artificial Intelligence”, 2-3.

<sup>126</sup>Noterlerin dijital teknoloji ilişkisi için bkz. Uşaklıoğlu, *Dijital Hukuk*, 195 vd.

<sup>127</sup>Reiling, “Courts and Artificial Intelligence”, 3.

<sup>128</sup>Abdullah Dinçkol, *Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları* (İstanbul: 19 Basım, Der Yayınları, 2023), 214. Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, 119 vd.

<sup>129</sup>Bilgin, “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımı”, 415.

<sup>130</sup>Muharrem Kılıç, “Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-Robotik Varoluş Formları”, *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 28-29.

bile, hala doğru ve hakikate uygun kararı verecek muhakeme ve bilgeliğe sahip olup olmadığı sorunu mevcuttur<sup>131</sup>.

İdare mahkemesi hâkimi takdir yetkisine sahip olduğuna göre, yardımcı düzeyindeki yapay zekânın makine öğrenimi, takdir yetkisinin kullanılmasında tamamlayıcı bir mikro direktif görevi görebilir. Hâkimin yerine geçebilirse bu durumdaki takdir “*algoritmik takdir*”dir ve bu durum yasaların belirlediği sınırlar dahilinde mümkündür<sup>132</sup>. Ancak, yapay zekâ cihazları doğası gereği ulusötesi olma eğilimindedir ve kapsam, işlev ve doğa açısından potansiyel olarak evrenseldir. Yapay zekânın gelişimi, dünya çapında sosyal ve ekonomik etkileri olan küresel bir fenomen olduğundan, yeni uluslararası yasalar kabul edilmelidir; zira yapay zekâ gerçekten çok karmaşık bir düzenleme alanıdır<sup>133</sup>. Sadece yapay zekâyâ ilişkin etik düzenlemelerle çözüm üretilemeyecektir; çünkü etiğin rolü hukuktan farklıdır; hukuk zorunludur ve uygulanmasını sağlamak için yasal ve yargısal mekanizmalara sahiptir<sup>134</sup>.

Öte yandan, makine öğrenimi algoritmalarının kararlar alırken insan takdirinden daha fazla veya daha az önyargı oluşturup oluşturmadığı genellikle bilinmemektedir<sup>135</sup>. Bu durumda yapay zekânın varlığı halinde mahkemenin kararının gerekçelendirilmesi<sup>136</sup> gerekecektir<sup>137</sup>. Bu da göstermektedir ki, insan yargısı denklemin dışında bırakılmamalıdır. En azından şüphelerin ve tereddütlerin var olduğu hallerde yargısal süreçte insan yargısının çok önemli bu işlevi sürdürülmelidir. İdari yargıda teknoloji ve hukuk doktrini arasındaki boşluğu kapatmak için, kavramsal bir belirsizlik giderme süreci yürütülmesi gerekecektir.

Muhakemede özellikle idari yargıda otomatik prosedürlerin kullanılmasının sonuçları hakkında kapsamlı tartışmalar yapılmıştır. Bunlar arasında şeffaflık ve hesap verebilirlik, yargı bağımsızlığı, kanun önünde eşitlik, çeşitlilik, adil yargılanma hakkı ve verimlilik gibi hususlar yer almaktadır. Özellikle yapay zekânın yer aldığı karar süreçlerinde göze çarpan endişe adaletsizliktir; algoritmaların ayrımcı sonuçlar üretebileceği düşünülmektedir. Adaletsizlik endişesi halkın yargı sistemine olan güvenini zedeleyebilecektir<sup>138</sup>. İnsan hâkimlerin kararlarına katkıda bulunmak, karar yönlendirmesi yapmak durumunda olan yapay zekâ programlarının yarattığı bu endişe, doğrudan karar verecek modellerde çok daha ileri olacaktır. Gerçekten de bu konuda yapılan araştırmalar, “tamamen algoritmik” analizin, en az adil olduğunun düşünüldüğünü saptamış; otomatikleştirilmiş süreçlerin yüksek insan katılımıyla birleştirilmesinin daha yüksek bir adalet algısı sağladığını ortaya koymuştur<sup>139</sup>. Ayrıca hukuk mesleğine sahip bireylerin uygulama aşamasında daha “düşük düzeyde otomasyonun” daha adil olduğuna

<sup>131</sup>Braga – Logan, “Limits to Artificial Intelligence”, 18. Yapay zekânın otomatik karar vermesinin riskleri için bkz. Harun Yılmaz, “Otomatik Karar Verme Sitemine İdare Hukuku Perspektifinde Bir Bakış”, *Dijital Çağda Hukuk*, Eds. Kerem Batır-Cansu Atıcı Kabalak-Elif Çağla Yıldız (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 199 vd. Ekin Cansu Kamacı, “Medeni Yargılamada Yapay Zekâ Kullanılabilir mi?”, *Dijital Çağda Hukuk*, Eds. Kerem Batır-Cansu Atıcı Kabalak-Elif Çağla Yıldız (Ankara: Adalet Yayınevi 2023), 401 vd. Bu sorunun çözülebilemesi için robot hâkimlerin hukuk eğitimine sahip olması gerektiği de ifade edilmektedir. Aydoğdu, *Hukuk Devletin Dijital Çağdaki Görünümü*, 112.

<sup>132</sup>Yoan Hermstrüwer, “Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty”, *Regulating Artificial Intelligence*, ed. Thomas Wischmeyer – Timo Rademacher (Switzerland: Springer Nature AG, 2020), 205.

<sup>133</sup>Carrillo, “Artificial intelligence: From Ethics to Law”, 11-12.

<sup>134</sup>Carrillo, “Artificial intelligence: From Ethics to Law”, 15.

<sup>135</sup>Hermstrüwer, “Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty”, 210. Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”, 157, 159. *Yapay zekânın takdir yetkisi, soyut düşünme veya ahlaki muhakeme gerektiren yasal karar alma sürecine uygunluğu konusunda şüpheler var. Yapay zekâ, temel zorlama kurallarını etkili bir şekilde yönetebilir ancak bunlarla başa çıkmak için yeterli donanımına sahip değil.* Amy Goudge, “Administrative Law, Artificial Intelligence, and Procedural Rights”, *Windsor Review of Legal and Social Issues* 42 (2021), 19.

<sup>136</sup>Bir idari yargı kararı, herkeşçe geçerli sayılabilecek, yani öznelerarası görüş birliğini sağlayabilecek, sağlam ve yeterli belgeler, kanıtlar, gerekçelere dayanmalıdır. Gerekçesi yetersiz veya gerekçesiz kararların özellikle davayı kaybeden tarafta kuşku ve güvensizliğe neden olacağı açıktır. Dinçkol, “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”, 1585.

<sup>137</sup>Yapay zekânın tam otonomiyle karar verebileceği hallerde, kararın gerekçelerinin anlaşılabilir olması ayrıca önem taşımaktadır. Seyhan, *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*, 297.

<sup>138</sup>Dovillé Barysé – Roe Sarel, “Algorithms in The Court: Does It Matter Which Part of The Judicial Decision-Making is Automated?”, *Artificial Intelligence and Law* (2022), 1.

<sup>139</sup>Barysé – Sarel, “Algorithms in The Court”, 1.

inandıklarına dair kanıtlar bulunmaktadır. Bu durum, avukatların, sıradan insanların aksine, yapay zekânın adli kararları uygulama becerisine karşı daha da şüpheli olduklarını, yani avukatların uygulama söz konusu olduğunda hâkimlere daha güçlü güvenme eğiliminde olduklarını göstermektedir<sup>140</sup>.

İdari yargı sürecinde kararların oluşumu aşamasındaki insansı olgular ve özellikle takdir yetkisi, bu sürecin yapay zekâ modelleri aracılığıyla uygulanması olanağını zayıflatmaktadır. Zira insan hâkimlerin yerini alacak ve karar üretecek yapay zekâ makinelerince, insanın bilgi, duygu ve algılama becerilerinin ortaya çıkardığı 'takdir yetkisi'nin kullanabilmesi olanaklı görülmemektedir<sup>141</sup>. Zira hâkimlerin mesleki birikimlerinin sonucu kazandıkları yeteneklerinin, teknik bir veri sağlama yoluyla elde edilmesi mümkün görülmemektedir<sup>142</sup>. Çünkü takdir yetkisi, bir hâkimin hukuk ilkelerinin rehberliğinde bireyselleştirilmiş değerlendirmesine dayalı olarak karar verme yetkisini ifade eder. Takdir yetkisinin kullanımında toplumun kültürel ve ahlaki değerleri gibi "dışsal" faktörler sözkonusu olurken; kişisel özellikler, fiziksel ve duygusal ihtiyaçlar da içsel faktörlerdir<sup>143</sup>. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, kişisel niteliklerinin üstünlüğü ölçüsünde içsel ve dışsal faktörlerin etkisiyle baş başadır<sup>144</sup>.

Mahkemelerde yapay zekânın kullanımının son sınırı, yargı kararlarının fiilen verilmesi olarak görünmektedir; ancak çok az ülke, yargıçların yerini yapay zekâyla değiştirmeye hazırdır. Teknolojik açıdan gelişmiş mahkemeler ve hukuk asistanlarının geliştirilmesine önemli kaynaklar ayıran Çin<sup>145</sup> bile yargıçların uzmanlığının, özellikle de yapay zekâ ile yeri doldurulamaz olduğunu söyleyerek, gerçek adli karar alma süreçlerinde yapay zekânın kullanılmasının düşünülmez olduğunu algılıyor gibi görünmektedir<sup>146</sup>. Üstelik yapay zekâ sistemini Türk idari yargılamalarına uyarlarken Türk idari yargılamalarında çözülmesi gereken bazı zorluklar da bulunmaktadır. Örneğin, Türk idari usul hukukundaki normların parçalı olması, Türk idari yargısı açısından kararların öngörülebilirliğinin ve yayınlanan dava kararı sayısının yetersiz olması, hukuki sürecin belirsizliği<sup>147</sup> gibi Türk idari işlemlerinin ve ilgili kanunların iç yapısından kaynaklanan bazı sorunlar ortaya çıkabilmektedir<sup>148</sup>.

## Sonuç

Günümüzde yapay zekâ halihazırda bireylere, davacılar ve hâkimlere bilgiyi organize etme konusunda yardımcı olabilmektedir. Yasal bilgi kütüphanesi zenginleştikçe yapay zekâ da tavsiye ve önerilerle desteğini artırmaktadır. Ancak hâkimler de yapay zekâdan yeterince yararlanabilmeleri için nasıl

<sup>140</sup>Barysé – Sarel, "Algorithms in The Court", 1; Gizem Yalcin – Erlis Themeli – Evert Stamhuis – Stefan Philipsen – Stefano Puntoni, "Perceptions of Justice By Algorithms", *Artificial Intelligence and Law* 31 (2023), 269-292; "...Risk algıları için, yapay zekâ tarafından verilen kararlar, aynı kararların insan uzmanlar tarafından alındığı zamandan daha düşük risk seviyelerine sahip olarak algılandı... Bir insan uzman karar vericinin kullanılabilirlik açısından yapay zekâdan daha yüksek puanlar aldığı konu adalet içindi..." Theo Araujo – Natali Helberger – Sanne Kruikemeier – Claes H. De Vreese, "In AI We Trust? Perceptions About Automated Decision-Making by Artificial Intelligence", *AI & Soc* 35 (2020), 620.

<sup>141</sup>Ulaşan, "The Possibility of Using Artificial Intelligence", 91.

<sup>142</sup>Kılıç, "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-Robotik Varoluş Formları", 31-33.

<sup>143</sup>Goran Dajović, "Hart's Judicial Discretion Revisited", *Revus (Open Edition Journals)*, 50 (2023), n.38.

<sup>144</sup>Hatta takdirdeki yerindeliğin, bu yetkiyi kullanan kişinin niteliklerindeki üstünlük ölçüsünde gerçekleşeceği, takdirin bu niteliği sebebiyledir ki, takdir yetkisinin hiçbir denetime tabi olmayacağı şeklinde görüşler bulunmaktadır. Ne var ki, bir yandan psikoloji ve sosyoloji alanındaki köklü ilerlemeler, bir yandan toplum yaşantısının gittikçe karmaşık bir hal alması, daha üst bir merciin takdir kararını denetleme zorunluluğunu doğurmuştur. Artık denetimsiz bir takdir yetkisinden söz etmek olanağı, genellikle bulunmamaktadır. Aslında takdir yetkisinin önemi gözönünde tutulursa, bir hukuk devletinde böyle bir denetimsizlik arzu da edilemez. Dinçkol, "İdari Yargı'da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi", 1579-1580.

<sup>145</sup>Aydoğdu, *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü*, 142 vd. Uşaklıoğlu, *Dijital Hukuk*, 135 vd.

<sup>146</sup>Shaun Lim, "Judicial Decision-Making and Explainable Artificial Intelligence: A Reckoning From First Principles", *Singapore Academy of Law Journal* 33 (2021) 281.

<sup>147</sup>İlk olarak, herhangi bir yasal yapay zekâ uygulamasına beslenen verilerin kalitesinin ve bütünlüğünü sağlamak büyük önem taşıyor. Büyük verinin ölçüğü ve mevcut yapay zekâ tekniklerinin şeffaf olmaması, yapay zekânın hatalı veya çarpık sonuçlar vermesi durumunda sorunun verilerden mi, algoritmalarından mı yoksa her ikisinden mi kaynaklandığını anlamının son derece zor olduğu anlamına geliyor... Ek olarak, yapay zekâyı beslenen veri kalıpları ve kararların kapsamı ve kombinasyonları ne kadar geniş olursa, yapay zekâ tarafından verilen kararlar da o kadar sağlam olacaktır. Lim, "Judicial Decision-Making and Explainable Artificial Intelligence", 308-309.

<sup>148</sup>Ulaşan, "The Possibility of Using Artificial Intelligence", 156.

çalıştığını anlamalıdır. Mahkemelerin de yapay zekâ sistemleri için daha kullanışlı hale getirmek amacıyla bilgilerini dijitalleştirmeleri ve hukuki yorumlama sağlamaları gerekmektedir<sup>149</sup>.

Birçok yargısal işlevin yerine getirilmesi görevinin insan zekâsını gerektirdiği ve bu işlevlerin yerini alacak veya insanlarla şefkat, duygu veya çevik tepki verme yeteneğiyle etkileşime girecek bilgisayar programlarının henüz geliştirilmediği açıktır. Bununla birlikte, teknolojideki ilerlemeler bir gün mahkeme salonundaki insan hâkimlerin yerini, duruşmalara başkanlık etmek ve daha karmaşık kararlar vermek üzere programlanmış bir yapay zekâ ile değiştirebilir<sup>150</sup>. Ancak yine de pek çok gelecek bilimcinin ifade ettiği gibi insanların yerini mutlaka yapay zekâ alamayabilir. Bunun yerine insan zekâsının teknolojik ilerlemelerle desteklenmesi muhtemeldir. Bu yaklaşım, hâkimlerin insan olarak kalabileceğini ancak “tamamlanabileceklerini”, yani zekâlarının ve analitik işlevlerinin yapay zekâ tarafından desteklenmesinin sağlanabileceğini göstermektedir.

Radikal teknolojik ilerleme olasılığını bir kenara bırakırsak, yakın vadede bekleyebileceğimiz şey, yazılımın insan yargıçları destekleyen (ancak yerini almayan) bir rol oynamasıdır. Yapay zekâ bazı durumlarda belirli bir vakanın nasıl ortaya çıkabileceğini tahmin edebilir. Ancak bu, hâkimlerin yaptıklarının çok gerisinde kalmaktadır. Yapay zekânın mevcut kapasitesi uzmanlaşmış görevlerle sınırlıdır ve hâkimlerin rolleri o kadar genelleştirilmiştir ki, yüksek riskli davalarda yapay zekânın hakimleri tamamen ve tatmin edici bir şekilde yerinden etmesi<sup>151</sup> yakın vadede mümkün değildir. Bu doğrultuda yapay zekâ yargı sisteminde rol alacak; mahkemeler, sınırlı kaynaklarla daha fazla iş yapılmasına olanak sağlamak amacıyla yapay zekâyı güç çarpanı olarak kullanmaya devam edeceklerdir. Zira yapay zekâ şu anda son derece uzmanlaşmış görevlere, özellikle idari yargı sürecinde çok uygundur. Ancak karmaşık bir vakada karar vermek oldukça genelleştirilmiş bir görevdir ve yapay zekânın bu tür yargılama rollerine adım atabilmesi için, genel zekâyı -şu an için ulaşılması güç bir şey gibi görünse de- geliştirmesi gerekecektir. Bu süreçte yapay zekâ, genel zekâyı ulaşırsa bile, insan zekâsından temelde farklı olan ve aynı zamanda yargı sisteminde insanlar için geçerli olan kurallara veya deneyimlere tabi olmayan bir zekâ biçimi olarak da kalabilecektir.

<sup>149</sup>Reiling, “Courts and Artificial Intelligence”, 9.

<sup>150</sup>Sourdin, “Judge v robot?”, 1124-1125.

<sup>151</sup>Campbell, “Artificial Intelligence in the Courtroom”, 324.

## Kaynakça

- Abudureyimu, Yiliyaer – Oğurlu, Yücel. “Yapay Zekâ Uygulamalarının Kişisel Verilerin Korumasına Dair Doğurabileceği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20/41 (2021), 765-782.
- Akarca, Mehmet. “2023-2024 Adli Yıl Açılış Konuşması”. *2023-2024 Adli Yıl Açılışı*. 1 Eylül 2023. 1-30. Erişim 15 Ekim 2023. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1693980966.pdf>.
- Akburakçı, Necip Fazıl. “Yapay Zekânın İdarenin Takdir Yetkisi ve Karar Alma Mekanizmalarına Etkisi”. *İstanbul Üniversitesi, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 20 (2021), 77-97.
- Akkurt, Sinan Sami. “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (2019), 39-59.
- Akyüz, Ahmet Mutlu. “Dünyada E-Yönetişim ve En İyi Uygulama Örnekleri”. *E-Yönetişim*. ed. Bekir Parlak – Kadir Caner Doğan. 97-114. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Alain News Türkçe. “Brezilya'da bir ilk: Yapay zekaya yazdırılan yasa, kabul edildi”. Erişim 4 Aralık 2023. <https://tr.al-ain.com/article/brezilyada-bir-ilk-yapay-zekaya-yazdirilan-yasa-kabul-edildi>.
- Araujo, Theo – Helberger, Natali – Kruikemeier, Sanne – Vreese, Claes H. De. “In AI We Trust? Perceptions About Automated Decision-Making by Artificial Intelligence”. *AI & Soc* 35 (2020), 611-623. Erişim 23 Ekim 2023. <https://doi.org/10.1007/s00146-019-00931-w>.
- Arslan, Kürşat. “Eğitimde Yapay Zekâ ve Uygulamaları”. *Batı Anadolu Eğitim Bilimleri Dergisi* 11/1 (2020), 71-88.
- Atalar, Gülşah Deniz. “2.1.2. Cezai Sorumluluk”. *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*. ed. Selin Çetin. 64-73. İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019. Erişim 17 Ekim 2023. [https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay\\_Zekâ\\_Caginda\\_Hukuk2019.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).
- Atalay, Muhammet – Çelik, Enes. “Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları”. *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 9/22 (2017), 155-172.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2012.
- Aydoğdu, Yasin. *Hukuk Devletinin Dijital Çağdaki Görünümü*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Bak, Başak. “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9/35 (Temmuz 2018), 211-232.
- Başalp, Nilgün, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet. *İnternet ve Hukuk*. der. Yeşim M. Atamer. 5-36. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, Ocak 2004.
- Barysé, Dovillé – Sarel, Roeë, “Algorithms in The Court: Does It Matter Which Part of The Judicial Decision-Making is Automated?”. *Artificial Intelligence and Law* (2023), 1-25. Erişim 23 Ekim 2023. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09343-6>.
- Bengio, Yoshua – Lee, Dong-Hyun – Bornschein, Jorg – Mesnard, Thomas and Lin, Zhouhan. “Towards Biologically Plausible Deep Learning”, *arXiv:1502.04156v3 [cs.LG]* (2016), 1-10. Erişim 22 Ekim 2023. <https://arxiv.org/pdf/1502.04156.pdf>.
- Ber, Ahmet Said. “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 6/1 (2022), 57-100.
- Bigname, Francesca. “Artificial Intelligence Accountability of Public Administration”. *The American Journal of Comparative Law* 70/1 (2022), 312-346. Erişim 20 Ekim 2023. <https://ssrn.com/abstract=4166881>.
- Bilgin, Hikmet. “Yapay Zekânın Mahkeme Kararlarında Kullanımına Uluslararası Bir Bakış ve Robot Hâkimler Hakkında Düşünceler”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/2 (2022), 405-419.
- Bozkurt, Armağan – Bak, Başak – Reyhani Yüksel, Sera – Aslanova, Kemale. *Futurist Hukuk*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018.

- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. "Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 11 (2018), 585-622.
- Bozkurt Yüksel – Armağan Ebru. "Robot Hukuku". Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 29 (2017), 85-112.
- Bozkurt Yüksel – Armağan Ebru. *Yapay Zekâ Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler – Hukuki Bakış*. İstanbul: Aristo Yayınları, 2019.
- Braga, Adriana – Logan, Robert K. "The Emperor of Strong AI Has No Clothes: Limits to Artificial Intelligence". *MDPI* 8/4 (2017), 1-21. Erişim 17 Ekim 2023. <https://www.mdpi.com/2078-2489/8/4/156>.
- Büyüksağış, Erdem. "Yapay Zekâ Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 529-541.
- Campbell, Ray Worth. "Artificial Intelligence in the Courtroom: The Delivery of Justice in the Age of Machine Learning". *CTLJ* 18/2 (2020), 323-249. Erişim 23 Ekim 2023. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4425791](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4425791).
- Carrillo, Margarita Robles. "Artificial intelligence: From ethics to law". *Telecommunications Policy* 44/6 (2020), 1-16. Erişim 23 Ekim.2023. Artificial intelligence: From ethics to law - ScienceDirect.
- Çaşın, Mesut Hakkı – Al, Dursun – Başkır, Nur Dinemis. "Yapay Zekâ ve Robotların Eylemlerinden Kaynaklanan Cezai Sorumluluk Sorunu". *Ankara Barosu Dergisi* 79/1 (2021), 1-73.
- Council of Europe Portal. "Convention 108 and Protocols". 17 Ekim 2023. <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>.
- Coşkun, Fatma – Gülleroğlu, H. Deniz. "Yapay Zekânın Tarih İçindeki Gelişimi ve Eğitimde Kullanılması". *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi* 54/3 (2021), 947-966. Erişim 26 Ekim 2023. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1707037>.
- Cuthbertson, Anthony. "DeepMind'in yapay zekâ aracı, insanlığı 800 yıl ileriye attı". çev. Büşra Ağaç. *Independent Türkçe*, 30 Kasım 2023. Erişim 2 Aralık 2023. <https://www.indyturk.com/node/678151/bi%CC%87li%CC%87m/deepmind%C4%B1n-yapay-zekâ-arac%C4%B1-insan%C4%B1%C4%9F%C4%B1-800-y%C4%B1-ileriye-att%C4%B1>.
- Çanga, Tarık Mete. *İnternette Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması*. Ankara: DPT Yayını, Yayın No. 2753, Aralık 2007.
- Çatlı, Mehmet, *Dijital Devlet Teorisi*, Ankara: 2. Baskı, Adalet Yayınları, 2021.
- Çekin, Mesut Serdar. *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Çetin, Selin. "2. Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar". *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*. Editör: Selin Çetin. 52-57. İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu 2019. Erişim 17 Ekim 2023. [https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay\\_Zekâ\\_Caginda\\_Hukuk2019.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).
- Çınar, Sevda Bora. "Dava Yönetimi ve Yapay Zekâ Etkileşimi Üzerine Düşünceler". *Legal Hukuk Dergisi* 20/234 (2022), 2089-2130.
- Dajović, **Goran**, "Hart's judicial discretion revisited", *Revus (Open Edition Journals)*, 50 (2023), n.1-85. Erişim 23 Kasım 2023. <https://doi.org/10.4000/revus.9735>.
- Danuser, Yasm in – Kendzia, Michael J. "Technological Advances and the Changing Nature of Work: Deriving a Future Skills Set". *Scientific Research Publishing, Advances in Applied Sociology* 9 (2019), 463-477. Erişim 20 Ekim 2023. [https://www.scirp.org/pdf/AASoci\\_2019100915221669.pdf](https://www.scirp.org/pdf/AASoci_2019100915221669.pdf).
- Davies, Colin R. "An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights - Artificial Intelligence and Intellectual Property". *Computer Law & Security Review* 27/6 (2011), 601-619 Erişim 23 Ekim 2023. [https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364911001518?casa\\_token=eqcOC](https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364911001518?casa_token=eqcOC)

Sj\_BXgAAAAA: jrKP8NWNIAcX27c-

xnG1rXQpNzO\_Qcj0B44Sv0ZmIBo1w6rkQh7JTdVSjlUDqSmABpnTPWDkFHA.

- Deakin, Simon – Markou, Christopher. “Is Law Computable? From Rule of Law to Legal Singularity”. *University of Cambridge Faculty Of Law Research Paper* 30 (2020), 1-10. Erişim 23 Ekim 2023. [https://www.academia.edu/44516947/From\\_Rule\\_of\\_Law\\_to\\_Legal\\_Singularity](https://www.academia.edu/44516947/From_Rule_of_Law_to_Legal_Singularity).
- Dinçkol, Abdullah. *Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları*. İstanbul: Der Yayınları, 19. Basım, 2023.
- Dinçkol, H. Alphan. “İdari Yargı’da Hâkimin Takdir Yetkisinin Denetlenmesi”. *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19/2 (2013), 1567-1594.
- Dinçkol, H. Alphan. *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Tarhan, Ufuk. “İki Önemli Yapay Zekâ Konferansı ve Akılda Kalanlar”, *Dünya*. Erişim 20 Ekim 2023. <https://www.dunya.com/kose-yazisi/iki-onemli-yapay-zeka-konferansi-ve-akilda-kalanlar/697906#:~:text=Bat%C4%B1%20d%C3%BCnyas%C4%B1%20Cenevre'de%2C%20yapay,D%C3%BCnya%20Fuar%20Merkezi'nde%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirdi>.
- Ebibli, Ömer Faruk. *Hukuk Açısından Yapay Zekânın İncelenmesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyal Yapı Sosyal Değişme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Erbaş, M. Serdar. “Türk Kamu Yönetiminde Stratejik Yönetim ve Dijital Dönüşüm Bağlamında Yapay Zekânın Kullanımı”. *Türk İdare Dergisi* 95/496 (2023), 185-215. Erişim 20 Ekim 2023. [http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar\(2\)/2001-2025/2023/Haziran/7\\_Turk-Kamu-Yonetiminde-Stratejik-Yonetim.pdf](http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar(2)/2001-2025/2023/Haziran/7_Turk-Kamu-Yonetiminde-Stratejik-Yonetim.pdf).
- Erdoğan, Gökhan. “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış”. *Adalet Dergisi* 1/66 (2021), 117-192.
- Erol, Orhan. *Yapay Zekânın Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Ersoy, Çağlar. *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 5. Baskı, 2020.
- Ersöz Karakulakoğlu, Selva. *Dijital Toplum: Kavram, Kuram ve Yöntem*. Ankara: Nobel Yayınları, 2020.
- European Parliament. “Resolution of 20 October 2020 on a framework of ethical aspects of artificial intelligence, robotics and related technologies, 2020/2012(INL)”. Erişim 20 Ekim 2023. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).
- European Parliament resolution of 20 October 2020 on a civil liability regime for artificial intelligence, 2020/2014(INL). Erişim 20 Ekim 2023. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).
- European Parliament resolution of 20 October 2020 on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies, 2020/2015(INI). Erişim 20 Ekim 2023. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).
- European Parliament Draft Report, Artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters, 2020/2016(INI). Erişim 20 Ekim 2023. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).
- European Parliament Draft Report, Artificial intelligence in education, culture and the audiovisual sector, 2020/2017(INI). (*In that regard, the Commission has adopted the Digital Education Action Plan 2021-2027: Resetting education and training for the digital age, which foresees the development of ethical guidelines in AI and Data usage in education – Commission Communication COM(2020) 624 final*). Erişim 20 Ekim 2023. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).



- European Parliament, “Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))” Erişim 20 Ekim 2023. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html).
- Floridi, Luciano – Cows, John – Beltrametti, Monica ve diğerleri. “AI4People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations”. *Minds and Machines* 28 (2018), 689–707. Erişim 23 Ekim 2023. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-018-9482-5>.
- François-Lavet, Vincent – Henderson, Peter – Islam, Riashat – Bellamare, Marc G. – Pineau, Joelle, “An Introduction to Deep Reinforcement Learning”. *Foundations and Trends in Machine Learning* 11/3-4 (2018), 2-106. Erişim 25 Ekim 2023 <https://arxiv.org/pdf/1811.12560.pdf>.
- Goudge, Amy. “Administrative Law, Artificial Intelligence, and Procedural Rights”. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, 42 (2021), 17-50. Erişim 25 Ekim 2023. <https://ssrn.com/abstract=3896728>.
- Göçoğlu, Volkan, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme”, *MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/1 (2020), 615-628 Erişim 30 Ocak 2024. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/942946>
- Göksoy, Resul. “Delil Tespitinde Yapay Zekâ Kullanımı”. *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*. ed. Selin Çetin. 80-83. İstanbul: İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, 2019. Erişim 17 Ekim 2023. [https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay\\_Zekâ\\_Caginda\\_Hukuk2019.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zekâ_Caginda_Hukuk2019.pdf).
- Gözübüyük, Barış. “Yapay Zekânın Meydana getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, 1/1 (2021), 54-81.
- Greenstein, Stanley. “Preserving The Rule of Law in The Era of Artificial Intelligence (AI)”. *Artificial Intelligence and Law* 30/3 (September 2022), 291-323. Erişim 20 Ekim 2023. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-021-09294-4>.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Kitabevi, 10. Baskı, 2011.
- Hamut, Ali Hasan. “Türkiye’de Dijitalleşme Olgusuna İlişkin Bibliyografya ve Bir Değerlendirme”. *TRTakademi* 06/12 (2021), 600-627.
- Harari, Yuval Noah. *Homo Deus, Yarının Kısa bir Tarihi*. çev. Poyzan Nur Taneli. İstanbul: Kolektif Kitap, 2019.
- Hermstrüwer, Yoan. “Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty”. *Regulating Artificial Intelligence*. ed. Thomas Wischmeyer – Timo Rademacher. 199-223. Switzerland: Springer Nature AG, 2020.
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *European Commission*, 8 April 2019. Erişim 17 Ekim 2023. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/expert-group-ai>.
- Hildebrandt, Mireille. “The Artificial Intelligence of European Union Law”. *German Law Journal* 21 (2020), 74–79. Erişim 23 Ekim 2023. <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/B09DEEAE543D050F58F4696EB8FF2D8D/S2071832219000993a.pdf/the-artificial-intelligence-of-european-union-law.pdf>.
- Hilgendorf, Eric. “Endüstri 4.0’da Sorumluluğun Erimesi ve Kendi Kendine Öğrenen Sistemler – Ceza Hukuku Açısından Sorun Özeti”. çev. Enis Tiz. *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*. ed. Yener Ünver. 47-61. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Işık, Alper. *Dijital Demokrasi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Işık, Berk. *Yapay Zekâyâ Sahip Robotların Avrupa Birliğinde Serbest Dolaşımı Önünde Ortaya Çıkacak Sorunların Hukuki Sorumluluk Müessesesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.

- Kağitcioğlu, Mutlu. "Yapay Zekâ ve İdare Hukuku (Bugünden Geleceğe Yönelik Bir Değerlendirme)". *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 11/1 (2021), 118-168.
- Kamacı, Ekin Cansu. "Medeni Yargılamada Yapay Zekâ Kullanılabilir mi?". *Dijital Çağda Hukuk*. Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız. 389-409. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Kaplan, Onur. "Yapay Zekâ Kavramına İdare Hukuku Açısından Bir Yaklaşım". *International Congress on Critical Debates in Social Sciences*. ed. Bediye Tunçsiper. 161-175. İzmir: İzmir Demokrasi Üniversitesi Yayını, 2020. Erişim 21 Ekim 2023. [https://www.academia.edu/60176187/Yapay\\_Zekâ\\_Kavram%C4%B1na\\_%C4%B0dare\\_Hukuku\\_A%C3%A7%C4%B1s%C4%B1ndan\\_Bir\\_Yakla%C5%9F%C4%B1m\\_2020\\_](https://www.academia.edu/60176187/Yapay_Zekâ_Kavram%C4%B1na_%C4%B0dare_Hukuku_A%C3%A7%C4%B1s%C4%B1ndan_Bir_Yakla%C5%9F%C4%B1m_2020_)
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2019), 363-389.
- Karaçorlu, Ahmet. "Türk Kamu Yönetim Sisteminde Dijital Dönüşüm". *Medeniyet Araştırmaları Dergisi* 6/1 (2021), 163-178.
- Karataş Durmuş, Neslihan – Arıtı Erdem, İmran. "Vergi İdaresi 3.0: Yapay Zekâ Perspektifinden Bir İnceleme". *Maliye Dergisi* 184 (Ocak-Haziran 2023), 225-253.
- Kılıç, Muharrem. "Hukuksal Aklın Transhümanistik Temsilleri ve Onto-Robotik Varoluş Formları". *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 15-54.
- Kıray, Mübeccel. *Toplum Bilim Yazıları*. Ankara: Gazi Yayınevi, 1982.
- Köken, Enes, "Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 47 (Temmuz 2021), 247-286.
- Kuzu, Berçin. "Dijital Çağda İnsan Haklarının Gelişimi". *Dijital Çağda Hukuk*. Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız. 143-155. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Küsbeci, Polathan. *İşletmelerde Yapay Zekâ*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2021.
- Küzeci, Elif. *Sayısal Fil*. İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2021.
- Larsson, Stefan. "On the Governance of Artificial Intelligence through Ethics Guidelines". *Asian Journal of Law and Society* 7 (2020), 437-451. 23 Ekim 2023. <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/992BD33CA7CBBE83E2FBBF6B0179896C/S2052901520000194a.pdf/on-the-governance-of-artificial-intelligence-through-ethics-guidelines.pdf>
- LeCun, Yann – Bengio, Yoshua – Hinton, Geoffrey. "Deep Learning". *Nature*, 521 (28 May 2015), 436-445. Erişim 18 Ekim 2023. [https://creativecommons.soe.ucsc.edu/courses/cs523/slides/week3/DeepLearning\\_LeCun.pdf](https://creativecommons.soe.ucsc.edu/courses/cs523/slides/week3/DeepLearning_LeCun.pdf)
- Legg, Shane & Hutter, Marcus. "A Collection of Definitions of Intelligence". *Advances in Artificial General Intelligence: Concepts, Architectures and Algorithms, Proceedings of the AGI Workshop* 157. ed. B. Goertzel & P. Wang. 17-24. UK: IOS Press, 2007.
- Liebhafsky, H. H. "Institutions and Technology in Economic Progress: Schumpeter's Theory of Economic Development as a Special Case of the Institutionalist Theory". *The American Journal of Economics and Sociology* 19/2 (1960), 139-150. Erişim 17 Ekim 2023. <https://www.jstor.org/stable/3484774>
- Lim, Shaun. "Judicial Decision-Making and Explainable Artificial Intelligence: A Reckoning Ferom First Principles". *Singapore Academy of Law Journal* 33 (2021), 284-314. Erişim 23 Ekim 2023. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3856266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3856266)
- Marblestone, Adam H. – Wayne, Greg – Kording, Konrad P. "Toward an Integration of Deep Learning and Neuroscience". *Frontiers*. Erişim 22 Ekim 2023. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fncom.2016.00094/full>
- Mazur, Joanna – Wloch, Renata. "Embedding digital economy: Fictitious triple movement in the European Union's Artificial Intelligence Act". *Social&Legal Studies* 26 (2023), 1-20. Erişim 22 Ekim 2023. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/09646639231152866>

- European Parliament. "REPORT with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics". Erişim 23.10.2023.  
[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html).
- Nilsson, Nils J. *Yapay Zekâ, Geçmişi ve Geleceği*. çev. Mehmet Doğan. İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Oğurlu, Yücel, *İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2010.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*. İstanbul: 2.Cilt, 1966.
- Öğretmen Kotil, Zeynep. "Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları". *İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu*. 2022. Öğretmen Kotil, Zeynep, "Hukukta Yapay Zekâ Uygulamaları", *İstanbul Barosu Yapay Zekâ Çalışma Grubu*. 1-12. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2022. Erişim 17 Ekim 2023.  
[https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/hukukta\\_yapay\\_zekâ\\_uygulamaları.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/hukukta_yapay_zekâ_uygulamaları.pdf).
- Ölmez, Cansu Büşra. "Yapay Zekâ Uygulamalarının Yargıda Kullanılmasının Anayasal Bir Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi". *Dijital Çağda Hukuk*. Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız. 11-29. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Önder, Murat – Saygılı, Hilal. "Yapay Zekâ ve Kamu Yönetimine Yansımaları". *Türk İdare Dergisi* 90/487 (2018), 629-668.
- Özalp, Hüseyin – Özalp, Leyla Firuze Arda. "Teknik Değişim ve Emek". *Yeni Eko-Tek Dünya*. Ed. Emine Kef – Ezgi Kovancı. 9-26. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2020.
- Özbay, Ümit Vefa. "Dijital Peculium Kavramı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70/3 2021, 867-898.
- Özçelik, Barış. "Yapay Zekânın Veri Koruma, Sorumluluk ve Fikri Mülkiyet Açısından Ortaya Çıkardığı Hukuki Gereksinimler". *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 87-116.
- Özdemir, Nadire / Polat, Deniz. "Anayasal İlkeler Işığında Yapay Zekâ Teknolojileri: Avukatlık Bağlamında Bir Değerlendirme". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 166 (2023), 221-242.
- Özer, Mehmet Akif. "Adalet Yönetiminde Etkinlik Arayışları: Robotik Bürokrasi ve Yapay Zekâ Yönetişimi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 55 (2023), 337-374.
- Öztoprak, Sezin. "İdari Fonksiyonda Yapay Zekâ Kullanımının Kamu Personeli Üzerinde Olası Etkileri". *Dijital Çağda Hukuk*. Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız 235-255. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- ParaMedya. "Harari'den yapay zeka yorumu: Bu organik bir evrim değil!". Erişim 15 Ekim 2023.  
<https://www.paramedy.com.tr/devami/92492/harariden-yapay-zekâ-yorumu-bu-organik-bir-evrim-degil/>.
- Quarck, Lasse. "Elektronik Kişilerin Ceza Sorumluluğu". çev. Yener Ünver. *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*. ed. Yener Ünver. 327-337. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Rafaelli, Sheizaf. "The Moving Goalposts". *What to Think about Machines that Think*. ed. John Brockman. 342-244. New York: Harper Perennial, 2015.
- Reiling, A. D. (Dory). "Courts and Artificial Intelligence". *International Journal For Court Administration* 11/2 (2020), 1-10. Erişim 20 Ekim 2023. <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/343/submission/proof/343-1-1484-1-10-20200810.pdf>.
- Russell, Stuart J. – Norvig, Peter. *Yapay Zekâ Modern Bir Yaklaşım*. çev. Cemil Öz. Ankara: Palme Yayınevi, 2023.
- Sancakdar, Oğuz – Us, Eser – Kasapoğlu Turhan, Mine – Önüt, Lale Burcu – Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Sarı, Onur. "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147 (2020), 251-312.
- Say, Cem. "Yapay Zekâ ve Hukuk". *Sarkaç*. Erişim 23.10.2023. [sarkac.org](http://sarkac.org).
- Schank, Roger C. "Where's the AI?". *AI Magazine* 12/4 (1991), 38-49. Erişim 23 Ekim 2023.  
<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1609/aimag.v12i4.917>.

- Selanik, Atakan Adem. "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13/50 (2022), 335-364.
- Seyhan, Serkan. *Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- Singil, Nesrin. "Yapay Zekâ ve İnsan Hakları". *Public and Private International Law Bulletin* (İstanbul Üniversitesi Yayınevi) 42/1 (2022), 121-158.
- Sourdin, Tania. "Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making". *UNSW Law Journal* 41/4 (2018), 1114-1133. Erişim 23 Ekim 2023. <https://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2018/12/Sourdin.pdf>.
- Tanrıverdi, Ayşe Almıla. "Yapay Zekânın Kamu Hizmetinin Sunumuna Etkileri". *Adalet Dergisi* 66/1 (2021), 293-314.
- Tanşu, Okan. "Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler". *İnternet ve Hukuk*. der. Yeşim M. Atamer. 139-154. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, Ocak 2004.
- T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı. *Onikinci Kalkınma Planı*. Erişim 20 Ekim 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/11/20231101M1-1-1.pdf>.
- T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı. *Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025*. Ankara: Ağustos 2021. Erişim 20 Ekim 2023. <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>.
- Tegmark, Max. *Yaşam 3.0 Yapay Zekâ Çağında İnsan Olmak*. çev. Ekin Can Göksoy. İstanbul: Pegasus Yayınları, 2019.
- Türkiye Adalet Akademisi. "Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Programlarının Yapay Zekâ Destekli Dijital Dönüşümü Projesi". Erişim 20 Ekim 2023 [https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/1776/taa\\_yapayzeka.pdf](https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/1776/taa_yapayzeka.pdf).
- Turan, Tülay – Kemaloğlu, Nazan – Küçükşille, Ecir Uğur. "Hukuk'ta Yapay Zekâ: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler". *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi* 11/2 (2020), 246-255.
- Ulaşan, Fatih. *The Possibility of Using Artificial Intelligence For Turkish Administrative Jurisdiction*. Ankara: İKSAD Publishing House, 2023.
- Urban, Tim. "The AI Revolution: The Road to Superintelligence". *Wait But Why* Erişim 22 Ekim 2023. <https://waitbutwhy.com/2015/01/artificial-intelligence-revolution-1.html>.
- Uşaklıoğlu, Ahmet Yavuz, *Dijital Hukuk*, Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- UYAP Bilişim Sistemi Genel Bilgi. Erişim 28 Ekim 2023. <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>.
- Ünal, Aslıhan – Kılınç, İzzet. "Yapay Zekâ İşletme Yönetimi İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme". *Yönetim Bilişim Sistemleri Dergisi* 6/1 (2020), 51-78.
- Volokh, Eugene. "Chief Justice Robots". *Duke Law Journal* 68 (2019), 1135-1192. Erişim 25 Ekim 2023. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3973&context=dlj>.
- Wolswinkel, Johan. *Artificial Intelligence And Administrative Law*. Strasbourg: Council of Europe, December 2022. Erişim 25 Ekim 2023. <https://www.coe.int/documents/22298481/0/CDCJ%282022%2931E+-+FINAL+6.pdf/4cb20e4b-3da9-d4d4-2da0-65c11cd16116?t=1670943260563>.
- Yalcin, Gizem – Themeli, Erlis – Stamhuis, Evert – Philipsen, Stefan – Puntoni, Stefano. "Perceptions of Justice By Algorithms". *Artificial Intelligence and Law* 31 (2023), 269-292. Erişim 20 Ekim 2023. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09312-z>.
- Yapay Zeka Nedir? Yapay Zeka Hakkında Bilmeniz Gerekenler. *GTECH*. Erişim 26 Ekim 2023. <https://www.gtech.com.tr/yapay-zeka-nedir-yapay-zeka-hakkinda-bilmeniz-gerekenler/#:~:text=Yapay%20zeka%2C%20en%20basit%20C5%9Fekilde,%C3%B6zellik%20insan%20zekas%C4%B1n%C4%B1%20taklit%20edebilmesidir>.
- Yasin, Melikşah. "Kamu Hizmeti". *İdare Hukuku*. ed. Turan Yıldırım. 529-591. İstanbul: Oniki Levha Yayını, 2020.

- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınevi, 2016.
- Yayla, Ahmet. *İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ*. Ankara: Seçkin Hukuk, 2023.
- Yazıcı, Tülay. "Kitle Kaynak ve Yapay Zekâ". *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 24/4 (2022), 1301-1313.
- Yetim, Servet, "Elektronik Posta (e-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur mu?", *Terazi Hukuk Dergisi* 3/21 (2008), 49-65.
- Yıldırım, Turan. "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı". *Hukuku Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*. ed. Ali Ulusoy. 137-153. Ankara: Liberte Yayını, 2001.
- Yılmaz, Gizem. "Yapay Zekânın Yargı Sistemlerinde Kullanılmasına İlişkin Avrupa Etik Şartı". *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 28/1 (2020), 27-55.
- Yılmaz, Harun. "Otomatik Karar Verme Sitemine İdare Hukuku Perspektifinde Bir Bakış". *Dijital Çağda Hukuk*. Eds. Kerem Batır – Cansu Atıcı Kabalak – Elif Çağla Yıldız. 189-204. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yılmaz, Oğuz Gökhan. "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı – Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?". *Adalet Dergisi* 66 (2021), 379-415.
- Yılmaz, İlay – Sözer, Can – Elver, Ecem. "Yapay Zekâ ile İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme". *Adalet Dergisi* 66 (2021), 445-469.
- Yüzer Eltimur, Dilara. "İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları". *AkdHFD* 12/2 (2022), 559-594.
- Zeybek Cebeci, Ebru. "Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist ve Subjektivist Yaklaşımlar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25/1 (2019), 86-96.

## Makale Bilgi Formu

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## The Implementation of European Union Digital Single Market Directive Article 17

Muhammed Furkan Akıncı 

Asst. Prof. Dr., Boğaziçi University,  
Faculty of Law, Information Technology  
Law, İstanbul, Türkiye,  
[muhammedfurkan.akinci@bogazici.edu.tr](mailto:muhammedfurkan.akinci@bogazici.edu.tr)

Received: 20.12.2023  
Accepted: 05.02.2024  
Available Online: 18.04.2024

**Abstract:** The article offers a comprehensive analysis of the Digital Single Market Directive of the European Union, with a specific emphasis on Article 17. The Directive aims to achieve the objectives of unifying copyright laws throughout the European Union while striking a balance between the interests of copyright owners and the rights of internet users. An in-depth analysis is conducted on the intricacies of implementing Article 17, its ramifications on fundamental rights, and its influence on the digital economy in Europe. The study also examines the various approaches used to implement the Directive in European Union member states and the legal debates it has sparked, therefore enhancing the comprehension of the digital copyright framework in the European Union.

**Keywords:** European Union, Digital Single Market, Content Filtering, Copyright Law, Digital Rights

### Introduction

The Directive (EU) 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market (Digital Single Market Directive or DSM Directive), particularly Article 17, signifies a crucial juncture in the development of copyright legislation in the European Union. The relevance of this lies in its endeavor to reconcile copyright laws across member nations and to strike a balance between the conflicting interests of copyright holders and internet users, particularly in the rapidly expanding digital world. This article aims to examine the complexities of Article 17, analyzing its influence on fundamental rights, the difficulties in putting it into practice, and the motivations for its adoption.

The emergence of the Digital Single Market inside the EU was driven by the necessity to tackle the fragmented condition of digital services and copyright legislation across member states. The DSM Directive, ratified in 2019, is an integral component of the European Commission's initiative to establish a unified marketplace for digital services throughout the European Union. The objective is to diminish obstacles and promote a more unified market, facilitating the effortless dissemination and availability of digital information and services. The Directive is not just a legal instrument, but also a substantial policy effort aimed at modernizing the digital economy in Europe.

Article 17, formerly referred to as Article 13 during its development, primarily focuses on the interaction between online platforms that share content and individuals or organizations who possess copyright. It aims to tackle the persistent problem of copyright infringement on platforms on online content sharing service providers (OCSSPs) like YouTube, Facebook, and others that permit users to post and distribute material. The clause mandates that these platforms get licenses for copyrighted material and take measures to prevent the availability of unlicensed content. This transition signifies a significant departure from the prior strategy of 'notice and takedown' to a more proactive stance in enforcing copyright, therefore reshaping the interactions among service providers, users, and copyright owners.

The introduction of Article 17 has sparked significant discussion and disagreement, mainly due to its possible consequences for fundamental rights such as freedom of expression and information. Critics

contend that the requirements placed on platforms might result in excessive filtering of information, which may include legitimate activities like satire, criticism, or pastiche, so encroaching upon users' rights. The lawsuit filed by Poland with the Court of Justice of the European Union (CJEU) serves as an example of these concerns, contesting the provisions of Article 17 on the grounds that they violate the fundamental right of freedom of speech.

Notwithstanding these difficulties, the CJEU affirmed the legality of Article 17, highlighting the need of finding a middle ground between preserving copyright and ensuring the protection of fundamental freedoms. The Court recognized the possible hazards linked to the utilization of automated recognition and filtering technologies by platforms, but highlighted the protective measures incorporated in the Directive to alleviate these hazards. The existence of this balance is not only required by law, but also serves as a representation of the intricate interaction between many interests in the era of digital technology.

Furthermore, the enforcement of Article 17 among EU member states has been inconsistent, resulting in a fragmented set of strategies and prompting doubts about the efficacy of the standardization endeavor. Austria and Germany have made efforts to address the problems that arise from the legislative requirements of Article 17. They want to establish a potential benchmark for automatic content screening on platforms where users contribute material. The variation in how different countries implement EU directives underscores the difficulties in converting these directives into effective national legislation, especially in areas as rapidly changing and disputed as digital copyright law.

The implementation of Article 17 of the DSM Directive is a crucial milestone in the European Union's efforts to establish a unified digital market. Nevertheless, the execution of this measure prompts significant inquiries regarding the equilibrium between safeguarding copyright and guaranteeing the preservation of fundamental rights in the digital realm. This study seeks to present a thorough examination of these topics, providing insights into the intricacies and consequences of this significant law. Through an analysis of the DSM Directive's background, the impact on fundamental rights, the varied implementation across the EU, the rationale behind Article 17, and the legal and technical solutions to implementation issues, this paper aims to offer a comprehensive perspective.

## **I. Digital Single Market Directive**

### **A. Historical background and legislative process**

The development of the Digital Single Market Directive commenced in 2015 as part of the initiative of the European Commission, under the leadership of then-President Jean-Claude Juncker. The objective was to create a unified digital marketplace throughout the European Union, with the intention of strengthening the EU's standing in the global digital economy and promoting the expansion of European digital businesses. This ambitious program acknowledges the necessity for extensive reforms in several areas, with a specific focus on the standardization of copyright legislation among European Union member countries.

The DSM Directive proposal was revealed by the European Commission in 2016. This proposition initiated a rigorous legislative procedure lasting three years, which demonstrated the intricate nature and importance of the subject matter. The Directive aimed to tackle several aspects of the digital and cross-border landscape, encompassing the adjustment of exceptions and limits such as those pertaining to text and data mining (TDM), digital education, and the safeguarding of cultural assets. Additionally, its objective was to strengthen licensing processes, facilitate access to material, and develop an equitable marketplace for copyright.

The primary objective of the DSM Directive was to update the current copyright framework and tackle the issues and possibilities arising from technology improvements and emerging business models. The

legislation implemented compulsory provisions for Text and Data Mining (TDM), specifically addressing the increasing demands of machine learning and Artificial Intelligence advancement in Europe. The Directive also established a novel related right for press publishers situated in the EU for the online use of their press publications, inspired by the lessons learned from countries such as Germany and Spain.

Article 17, formerly referred to as Article 13, was a crucial and controversial element of the Directive. This article aims to discuss the concept of the "value gap," which refers to the difference between the amount of value that some online content-sharing platforms get from copyrighted material and the compensation that is given to the rightful owners. The fundamental premise was two-fold: firstly, that these internet services are directly engaging in activities that infringe copyright, and secondly, that there was a necessity to address the legal ambiguity around the responsibility of these services.

The legislative process of the DSM Directive was characterized by intense discussions and amendments. The Directive was initiated by the European Parliament Committee on Legal Affairs in 2018. It underwent many revisions and talks before the final wording was adopted in early 2019. This procedure entailed official trialogue meetings and thorough deliberations among several stakeholders, which encompassed the wide range of interests and viewpoints present inside the EU.

The Directive encountered resistance from prominent technology corporations, internet users, and human rights campaigners, despite garnering backing from media organizations and publishers. The main issues were on the possible effects on fair use and freedom of expression, namely with the rules outlined in Articles 15 and 17. These articles, which discuss topics like the "link tax" and the responsibilities of service providers who host user-generated material, have prompted much discussion on the delicate balance between copyright protection and digital rights.

The DSM Directive was ratified by the European Parliament in March 2019 and later by the Council of the European Union in April 2019. Member states were provided with a two-year timeframe to enact the requisite legislation in order to adhere to the provisions of the Directive. The implementation of the DSM Directive marked a significant advancement in the European Union's endeavors to standardize digital copyright legislation and promote a cohesive digital marketplace. This action established a model for future progress in digital copyright and the wider digital economy within the EU.

## **B. Article 17 explained**

Article 17 of the DSM Directive, addressing the responsibilities of OCSSPs, marks a pivotal shift in the digital copyright landscape. This article, underpinned by various recitals, reflects a nuanced approach to balancing the interests of copyright holders, OCSSPs, and users in the evolving digital environment.<sup>1</sup>

Article 17's opening paragraph<sup>2</sup> redefines the function of OCSSPs within the framework of copyright law. The Directive imposes an additional level of accountability on OCSSPs by stating that they engage in a communication to the public when they grant access to copyrighted information submitted by users. The amendment, explained in Recitals 62 and 63, is a result of acknowledging the significant impact OCSSPs have on the market for copyrighted works. As a result, OCSSPs must now get authorizations from right holders, which is a notable shift from their previously presumed inactive role.

---

<sup>1</sup> For more detailed explanation see Eleonora Rosati, *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790* (Oxford University Press, 2021).

<sup>2</sup> Member States shall provide that an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public for the purposes of this Directive when it gives the public access to copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users.

An online content-sharing service provider shall therefore obtain an authorisation from the rightholders referred to in Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC, for instance by concluding a licensing agreement, in order to communicate to the public or make available to the public works or other subject matter.



To elaborate, the second paragraph of Article 17<sup>3</sup> broadens the scope of these authorizations to include the acts of users, especially when they are not involved in commercial operations or earning substantial money. Recital 64 endorses this provision, which streamlines the legal framework for user-generated material and emphasizes the need of taking into account the diverse nature of user interactions on these platforms. In the third paragraph<sup>4</sup>, the Directive clearly eliminates the protection that was previously provided to OCSSPs under the e-Commerce Directive (Directive 2000/31/EC). As explained in Recital 65, this change recognizes the active involvement of OCSSPs in distributing material, requiring a break from the more permissive approach of the past.

The fourth paragraph<sup>5</sup> of Article 17 specifies the criteria that OCSSPs must meet in order to be exempt from responsibility for unlawful actions of public communication. This involves making deliberate endeavors to get authorization and ensure the non-availability of particular works as communicated by the rightful owners. Recital 66 offers clarification on this matter, highlighting the requirement for OCSSPs to utilize efficient content recognition technology as a component of their endeavors. The fifth paragraph<sup>6</sup> presents the concept of proportionality in assessing an OCSSP adherence to regulations, as elaborated in Recital 68. It is crucial to recognize that the responsibilities of OCSSPs need to be weighed against elements such as the scale and nature of the service, as well as the availability of technology resources.

The sixth paragraph<sup>7</sup> of Article 17 provides a customized strategy for younger and smaller OCSSPs, as indicated in Recital 68a. This rule recognizes the diverse capacities and assets of various OCSSPs, guaranteeing that smaller organizations are not unfairly overwhelmed.<sup>8</sup> The seventh paragraph<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Member States shall provide that, where an online content-sharing service provider obtains an authorisation, for instance by concluding a licensing agreement, that authorisation shall also cover acts carried out by users of the services falling within the scope of Article 3 of Directive 2001/29/EC when they are not acting on a commercial basis or where their activity does not generate significant revenues.

<sup>4</sup> When an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public under the conditions laid down in this Directive, the limitation of liability established in Article 14(1) of Directive 2000/31/EC shall not apply to the situations covered by this Article.

The first subparagraph of this paragraph shall not affect the possible application of Article 14(1) of Directive 2000/31/EC to those service providers for purposes falling outside the scope of this Directive.

<sup>5</sup> If no authorisation is granted, online content-sharing service providers shall be liable for unauthorised acts of communication to the public, including making available to the public, of copyright-protected works and other subject matter, unless the service providers demonstrate that they have:

- a. made best efforts to obtain an authorisation, and
- b. made, in accordance with high industry standards of professional diligence, best efforts to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the rightholders have provided the service providers with the relevant and necessary information; and in any event
- c. acted expeditiously, upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightholders, to disable access to, or to remove from their websites, the notified works or other subject matter, and made best efforts to prevent their future uploads in accordance with point (b).

<sup>6</sup> In determining whether the service provider has complied with its obligations under paragraph 4, and in light of the principle of proportionality, the following elements, among others, shall be taken into account:

- a. the type, the audience and the size of the service and the type of works or other subject matter uploaded by the users of the service; and
- b. the availability of suitable and effective means and their cost for service providers.

<sup>7</sup> Member States shall provide that, in respect of new online content-sharing service providers the services of which have been available to the public in the Union for less than three years and which have an annual turnover below EUR 10 million, calculated in accordance with Commission Recommendation 2003/361/EC, the conditions under the liability regime set out in paragraph 4 are limited to compliance with point (a) of paragraph 4 and to acting expeditiously, upon receiving a sufficiently substantiated notice, to disable access to the notified works or other subject matter or to remove those works or other subject matter from their websites.

Where the average number of monthly unique visitors of such service providers exceeds 5 million, calculated on the basis of the previous calendar year, they shall also demonstrate that they have made best efforts to prevent further uploads of the notified works and other subject matter for which the rightholders have provided relevant and necessary information.

<sup>8</sup> Thomas Spoerri, "On Upload-Filters and Other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market" 10/2 (August 10, 2019), 184–185.

<sup>9</sup> The cooperation between online content-sharing service providers and rightholders shall not result in the prevention of the availability of works or other subject matter uploaded by users, which do not infringe copyright and related rights, including where such works or other subject matter are covered by an exception or limitation.

ensures the protection of lawful uses of copyrighted information, in accordance with Recitals 70 and 71. This guarantees that the implementation of copyright laws does not excessively limit lawful activity such as quoting, critiquing, and creating parodies, thereby safeguarding the principles of freedom of speech and access to information.

Moreover, the eighth paragraph<sup>10</sup> of Article 17 explicitly states that the Directive does not enforce a broad requirement for OCSSPs to monitor, a fact that is highlighted in Recital 73. This difference is of utmost importance as it involves finding a balance between the necessity of safeguarding rights effectively and the potential dangers linked to excessive and wide-ranging surveillance. Ultimately, the ninth paragraph<sup>11</sup> requires the creation of a proficient system for consumers to file complaints and seek compensation, as described in Recitals 74 and 75. This approach guarantees that decisions about the removal or disabling of material undergo human evaluation, therefore offering an essential protection for the rights and interests of users.

Article 17 of the DSM Directive establishes a comprehensive framework that deals with the intricate relationship between copyright protection, the practical aspects of OCSSPs, and the rights of users in the digital realm.<sup>12</sup> This framework signifies a substantial advancement in digital copyright legislation, demonstrating the necessity for a fair and equitable approach that acknowledges the varied interests and dynamics within the digital content ecosystem.

## II. The Impact on Fundamental Rights

The pivotal issue with Article 17 of the DSM Directive, in terms of copyright and related rights within the Digital Single Market, centers on its potential infringement on users' freedom of expression. The Directive mandates OCSSPs to prevent the dissemination of unauthorized copyrighted content. This directive risks leading to overly cautious compliance, where OCSSPs might implement overly restrictive content filters, inadvertently curtailing lawful uses under exceptions like parody, criticism, or review.

The Court of Justice of the European Union (CJEU) plays an indispensable role in this scenario, providing legal clarifications to ensure that the application of Article 17 is in alignment with fundamental rights. The CJEU's jurisprudence assists in establishing the operational parameters for OCSSPs, aiming to

---

Member States shall ensure that users in each Member State are able to rely on any of the following existing exceptions or limitations when uploading and making available content generated by users on online content-sharing services:

- a. quotation, criticism, review;
- b. use for the purpose of caricature, parody or pastiche.

<sup>10</sup> The application of this Article shall not lead to any general monitoring obligation.

Member States shall provide that online content-sharing service providers provide rightholders, at their request, with adequate information on the functioning of their practices with regard to the cooperation referred to in paragraph 4 and, where licensing agreements are concluded between service providers and rightholders, information on the use of content covered by the agreements.

<sup>11</sup> Member States shall provide that online content-sharing service providers put in place an effective and expeditious complaint and redress mechanism that is available to users of their services in the event of disputes over the disabling of access to, or the removal of, works or other subject matter uploaded by them.

Where rightholders request to have access to their specific works or other subject matter disabled or to have those works or other subject matter removed, they shall duly justify the reasons for their requests. Complaints submitted under the mechanism provided for in the first subparagraph shall be processed without undue delay, and decisions to disable access to or remove uploaded content shall be subject to human review. Member States shall also ensure that out-of-court redress mechanisms are available for the settlement of disputes. Such mechanisms shall enable disputes to be settled impartially and shall not deprive the user of the legal protection afforded by national law, without prejudice to the rights of users to have recourse to efficient judicial remedies. In particular, Member States shall ensure that users have access to a court or another relevant judicial authority to assert the use of an exception or limitation to copyright and related rights.

This Directive shall in no way affect legitimate uses, such as uses under exceptions or limitations provided for in Union law, and shall not lead to any identification of individual users nor to the processing of personal data, except in accordance with Directive 2002/58/EC and Regulation (EU) 2016/679.

Online content-sharing service providers shall inform their users in their terms and conditions that they can use works and other subject matter under exceptions or limitations to copyright and related rights provided for in Union law.

<sup>12</sup> Dirk J.G. Visser, "Trying to Understand Article 13," (March 18, 2019).

balance the interests of copyright holders with the freedoms of users, particularly in the dynamic sphere of digital content exchange and consumption.

Academic discourse emphasizes the need for OCSSPs to implement balanced measures, ensuring a harmony between copyright enforcement and the preservation of fundamental freedoms.<sup>13</sup> This requires the development of sophisticated content recognition technologies that can discern between infringement and lawful usage. These technologies must conform to principles of transparency, accountability, and user rights respect, to prevent a disproportionate impact on online free speech. The scholarly analysis of Article 17 underlines the necessity for a judicious implementation.<sup>14</sup> It's imperative that the responses of OCSSPs to Article 17 don't overextend, thus safeguarding legal expressions and the unimpeded flow of information. The CJEU's guidance and its reinforcement of fundamental rights are crucial in steering both the DSM Directive's execution and the practices of OCSSPs, ensuring a thriving digital single market without eroding vital user freedoms.<sup>15</sup>

Article 17 assigns explicit responsibilities to OCSSPs. They are required to demonstrate significant efforts to obtain authorization, ensure unavailability of specific works as informed by rights holders, and promptly eliminate infringing content while preventing future uploads. The design of Article 17 favors the path of obtaining authorization by OCSSPs. In addition, Article 17(7) of the DSM Directive enacts a distinctive provision for certain exceptions and limitations. It obliges Member States to guarantee that users of OCSSPs can depend on exceptions such as quotation, criticism, review, caricature, parody, or pastiche in their uploads.

OCSSPs must also set up efficient and speedy complaint and redress systems for conflicts regarding the removal or restriction of uploaded content, as outlined in Article 17(9). This aspect is vital for endorsing the use of mandatory exceptions and assuring uniform protection of user rights across the EU. The obligations laid out involve both rights holders and OCSSPs. Rights holders requesting content removal must substantiate their demands, while OCSSPs are tasked with expeditiously processing complaints and ensuring human review of content removal decisions.

The implementation of preventive measures in Article 17(4)(b) and (c) assumes the availability of appropriate technology that meets the established legal standards in Article 17. These measures should be applied only if they fulfill the criteria of proportionality, facilitate recognition of mandatory exceptions and limitations, and do not negatively impact legitimate uses. It's crucial to note that the true equilibrium between fundamental rights is encapsulated in Articles 17(7) and (9). These articles contain mandatory exceptions and limitations designed to render copyright a more adaptable right, while still retaining its exclusive nature. The CJEU and the European Court of Human Rights (ECtHR) have recognized that filtering illegal content through an *ex-ante* evaluation of lawfulness is not inherently in conflict with fundamental rights like freedom of speech or expression. The protection of intellectual property rights, as enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights and guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, aligns with this perspective.

In cases where fundamental rights such as freedom of expression clash with copyright, as seen in several ECtHR cases, they must be considered equivalent interests and weighed against each other. This

---

<sup>13</sup> David El Sayegh, "Article 17 of Directive 2019/790: A Practitioner's Perspective," *RIDA* 264 (April 1, 2020), 31; Spoerri, "On Upload-Filters and Other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market"; Gerald Spindler - Gerald Spindler, "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?," *JIPITEC* 10/3 (February 21, 2020), 344–374.

<sup>14</sup> João Pedro Quintais et al., "Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics," *JIPITEC* 10/3 (February 21, 2020).

<sup>15</sup> Quintais et al., "Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive."

includes understanding the exclusive nature of reproduction and making available rights as defined by the Directive 2001/29/EC. It's also recognized that any form of online availability can lead to further dissemination, thus impacting the essence of these rights.

The balancing of copyright and neighboring rights with user rights in the digital marketplace calls for OCSSPs to install technological systems that uphold these rights, without infringing on legitimate exceptions and limitations. The inexistence of a global work/performances database may encourage negligent activities, yet collective management organizations play a role in connecting users to rightsholders, thus forming part of the solution. The law also protects rights management information, indicating that technology can serve both rights holders and users. Hence, there's a need for legal clarity on what is permissible under exceptions of quotation, criticism, review, caricature, parody, or pastiche, requiring Member States to uniformly apply these mandatory exceptions, barring national specificities.

### III. Implementation Challenges Across the Eu – German Example

The implementation of the Digital Single Market Directive, specifically Article 17, across the European Union presents a complex landscape, characterized by diverse strategies employed by member states. This section delves into these varied approaches, with a particular focus on Germany as a case study. Germany's unique interpretation and implementation of Article 17 offer insightful perspectives into the challenges and nuances inherent in adapting EU directives to national contexts. In contrasting Germany's approach with its European counterparts, a distinct divergence emerges.<sup>16</sup> Unlike the more literal transpositions in France, the Netherlands, and Belgium, Germany has incorporated modifications into three separate acts: the Copyright Act, the Tele Media Act, and the Collective Management Organizations Act. This highlights the inherent flexibility and adaptability afforded to EU member states within the Directive's framework and offers a rich tapestry for examining varied responses to digital copyright challenges within the EU.

Central to Germany's modifications in response to Article 17 is the introduction of a new exception for caricature, parody, or pastiche (§ 51a UrhG), applying solely to OCSSPs. This specificity in the exception raises critical questions about broader legal and cultural implications, particularly given the absence of more generalized exceptions for such uses in German law. The restrictive nature of the parody, satire, and pastiche exception confined to OCSSPs presents a problematic scenario for sharing content on private or non-commercial platforms. This could lead to a dichotomy in the legal treatment of content based on the platform of dissemination, potentially prioritizing commercial platforms while stifling creative expression in less commercial or private spheres. The stipulation for remuneration in cases of parodies, satires, and pastiches invites complex debates. The existing framework does not mandate remuneration for parody and satire, leading to questions about the rationale behind this shift. Commentators, like Senftleben and Angelopoulos, suggest a nuanced approach to balance remuneration with the principles of free use, especially in less creative or transformative pastiches.<sup>17</sup>

The introduction of the 'trusted uploaders' concept by the German proposal raises questions about equitable treatment on digital platforms. This approach could inadvertently create a tiered system of rights and privileges on platforms, potentially influenced by commercial interests, thus challenging the principle of neutrality in digital spaces. By incorporating new exceptions and the *de minimis* rule, Germany's proposal aims to balance creator rights with user freedoms.<sup>18</sup> However, the practical application of these rules, especially the remuneration requirement in *de minimis* use, poses challenges

---

<sup>16</sup> Axel Metzger et al., "Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society," *JIPITEC* 11/2 (April 27, 2020).

<sup>17</sup> Christina Angelopoulos - Martin Senftleben, "An Endless Odyssey? Content Moderation Without General Content Monitoring Obligations," *Social Science Research Network*, (June 22, 2021).

<sup>18</sup> Eleonora Rosati, "Five Considerations for the Transposition and Application of Article 17 of the DSM Directive," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16/3 (March 3, 2021), 265–270.

that call for deeper exploration of their effectiveness in achieving a balanced copyright ecosystem.<sup>19</sup> The *de minimis* rule, predicated on safeguarding minor, non-commercial uses of copyrighted material, presents a complex landscape for both users and platforms. Its effectiveness in protecting everyday online cultural activities, like meme sharing, while ensuring fair compensation to creators, is an area ripe for critical analysis, particularly in the context of evolving online user behaviors and the dynamic nature of digital platforms.

#### IV. Rationale Behind Article 17

The implementation of Article 17 in the Digital Single Market Directive signifies a notable change in the European Union's strategy towards digital copyright legislation, specifically in tackling the perceived disparity in value within the digital economy. This term, commonly linked to the music business, emphasizes the disparity between the value produced by cultural content accessible on the internet and the advantages received by the authors of this content<sup>20</sup>. The Directive is a response to the ongoing worry that platforms where users may post content, like YouTube, can avoid having to follow copyright laws. These sites make money from cultural content without properly paying the authors.<sup>21</sup>

Before Article 17, the legal framework established by the InfoSoc Directive and the E-Commerce Directive permitted OCSSPs to function with a system of responsibility that was contingent upon certain conditions, largely relying on the notion of "knowledge, ability, inertia."<sup>22</sup> Under this arrangement, platforms were able to evade legal responsibility for copyright infringement as long as they expeditiously eliminated unlawful content upon receiving information.<sup>23</sup> Nevertheless, as stated in Recital 62 of the DSM Directive, this strategy resulted in uneven competition with other digital platforms which provided remuneration to content providers.

The European Commission's drafting of Article 17 in the Digital Single Market Directive demonstrates a sophisticated approach to addressing the changing complexities of digital copyright issues. The main purpose of this reaction was twofold: firstly, to enhance the concept of a 'host' in the context of copyright, thereby providing a clearer understanding of the limits of non-liability. Furthermore, as highlighted in Recital 66, the aim is to develop a proactive duty of care for service providers rather than a reactive one. This strategy requires platforms to promptly delete reported content and use proactive efforts to prevent the availability of unlicensed content. As a result, these approaches require platforms to actively participate in enforcing license agreements, which represents a considerable departure from prior practices.<sup>24</sup>

Although Article 17 has the potential to bring about significant changes, its implementation has prompted several issues, notably about its compatibility with current legislation such as Article 15 of the E-Commerce Directive, which forbids the imposition of general monitoring requirements, and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The concerns were around the potential infringement of fundamental rights, such as freedom of expression and information, due to the excessively strict standards that Article 17 may impose on digital platforms. Nevertheless, these concerns have been extensively disproven by analyses indicating that the procedures outlined in Article 17 are not tantamount to a broad surveillance requirement and do not violate fundamental rights.

---

<sup>19</sup> Eleonora Rosati, "The Legal Nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (Lack of) Freedom of Member States and Why the German Implementation Proposal Is Not Compatible with EU Law," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 15/11 (December 25, 2020), 874–878.

<sup>20</sup> Alexandra Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," *RIDA* 254/10/2017 (2017), 5–6.

<sup>21</sup> Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," 6.

<sup>22</sup> Rosati, "The Legal Nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (Lack of) Freedom of Member States and Why the German Implementation Proposal Is Not Compatible with EU Law."

<sup>23</sup> Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," 6.

<sup>24</sup> Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," 7–9.

Recital 70 of the DSM Directive underscores the importance of balancing fundamental rights such as freedom of expression with the enforcement of copyright. Instead, these activities are perceived as deliberate and precise measures designed to strike a balance between the rights of content producers, the practical constraints of digital platforms, and the freedoms of the general public. This viewpoint argues that Article 17 aims to reconcile the many interests within the digital single market, rather than eroding fundamental rights.<sup>25</sup>

From this perspective, Article 17 may be interpreted as an attempt to tackle the distinctive difficulties posed by the digital era. It provides a well-balanced resolution that acknowledges and adheres to current legal structures, while also accommodating the ever-changing world of digital copyright. Article 17 seeks to address the conflicts between copyright enforcement and the protection of fundamental rights and freedoms in the digital realm by promoting collaboration between rights holders and service providers and pushing for fair and reasonable actions.

The justification for Article 17 originates from a concerted effort by the music business in about 2015 to tackle the discrepancy in value. The objective of this effort was to redefine the legal structure that let platforms such as YouTube to utilize the industry's intellectual property while paying a lower amount per stream in comparison to specialized music streaming services like Spotify<sup>26</sup>. The European Commission was swayed by this effort, recognizing the necessity for a more equitable allocation of the revenue produced from protected music on sites such as YouTube<sup>27</sup>. Article 17 of the DSM Directive signifies a significant change in the European Union's copyright legislation, aiming to strike a balance between safeguarding copyright and ensuring equitable remuneration for authors, while also considering the fundamental rights and practical aspects of digital platforms. This equilibrium is attained by employing both stringent legal regulations and flexible guidelines, promoting open communication with stakeholders and the establishment of optimal methodologies. Consequently, it represents a noteworthy advancement in the progression of digital copyright legislation.<sup>28</sup>

## V. Legal and Technical Solutions to Implementation Issues

The Digital Single Market Directive brings about a substantial change in the legal structure for OCSSPs, affecting the governance and oversight of digital material inside the European Union. This transition is defined by a movement from a responsive approach based on liability to a proactive system of enforcement driven by algorithms. The DSM Directive clearly deviates from the safe harbor protections outlined in Article 14 of the e-Commerce Directive.<sup>29</sup> OCSSPs are now required to actively oversee and regulate user-generated material on their platforms, which represents a significant change from the previous assumption of non-infringement.<sup>30</sup> Article 17(4)(b) of the DSM Directive mandates OCSSPs to make every possible effort, in line with stringent industry norms, to block access to information that infringes on intellectual property rights.<sup>31</sup>

The Directive's strategy for algorithmic copyright enforcement has significant consequences for the freedom of expression and access to information. The utilization of automatic filtering techniques, which proactively obstruct material, profoundly transforms the realm of online content exchange. This novel

---

<sup>25</sup> Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," 9–10.

<sup>26</sup> Annemarie Bridy, "The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform," (June 30, 2019), 4.

<sup>27</sup> Bridy, "The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform," 11.

<sup>28</sup> Bensamoun, "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market," 11; Bridy, "The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform," 5–6, 11.

<sup>29</sup> Wilhelm Sanmark, *The Intermediary Liability Conundrum: Are Safe Harbors Useful?* (University of Helsinki, 2021).

<sup>30</sup> Gerald Spindler - Spindler, "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?," 344.

<sup>31</sup> Gerald Spindler - Spindler, "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?," 350.

approach considers any uploaded content as potentially suspicious, signifying a significant shift in the management and regulation of user-generated content.<sup>32</sup>

The DSM Directive modifies the notice-and-takedown process by introducing the requirement to prohibit the re-upload of copyrighted material, commonly referred to as "staydown." This obligation is activated when a notification from the right holders is received, which is supported by enough evidence. This distinguishes it from the wider range of Article 14 of the E-Commerce Directive. The DSM Directive incorporates a combination of automatic and human components in content regulation. Although automatic upload filters are generally allowed, Article 17(9) mandates that user complaints must be evaluated by human beings, indicating a combination of automated and human content moderation.<sup>33</sup>

The Directive's proactive content control obligations give rise to legal and constitutional problems. Extending the obligation of making content publicly available to service providers directly holds them accountable for any copyright infringements occurring on their services. This proactive duty contradicts ideas set forth in prior judicial decisions and gives rise to concerns regarding possible violations of fundamental constitutional rights. The DSM Directive is an instrument that completely harmonizes implementation, allowing Member States minimal latitude to diverge or define beyond its established standards. The objective of this uniformity is to provide consistency throughout the single market. However, it also poses difficulties in establishing and enforcing the necessary high industry standards.<sup>34</sup>

To put it simply, the DSM Directive brings about an intricate and multi-faceted change in the governance of digital information. OCSSPs are required to traverse a complex legislative environment that requires them to actively manage material while considering the rights and responsibilities of other parties, including as service providers, users, and copyright holders. The Directive's novel approach generates crucial inquiries regarding the practicability of its execution and its repercussions on the digital ecosystem, specifically concerning the freedom of expression and the workability of its licensing and filtering requirements.

## Conclusion

To summarize, Article 17 of the DSM Directive represents a significant change in the realm of digital copyright protection. The shift from a responsive to a proactive strategy requires OCSSPs to assume a higher level of accountability in actively overseeing and controlling material. This modification, with the intention of safeguarding the privileges of copyright proprietors, poses difficulties in harmonizing the concerns of several parties involved, such as OCSSPs, creators, and consumers.

The effect of the regulation on freedom of expression is a crucial topic of debate. There are concerns over the possibility of excessive control and the dangers of excessive screening of information, which might unintentionally suppress lawful uses of copyrighted material, such as for commentary or parody. This element emphasizes the intricate equilibrium between safeguarding copyright and maintaining the principles of freedom of speech. Another notable feature of the Directive involves the utilization of content recognition technology. The necessity of these technologies in the identification and administration of copyrighted material is widely acknowledged, but there is ongoing dispute on their efficacy and the possible hazards they may provide to lawful content sharing. There are apprehensions over the precision of these technologies and the potential for mistakenly obstructing or eliminating information that does not infringe against any rights.

---

<sup>32</sup> Victor Castro Rosa, "How Article 17 of the Digital Single Market Directive Should Be Implemented: A Personal View," *EU Internet Law in the Digital Single Market*, (January 1, 2021), 49–76.

<sup>33</sup> Gerald Spindler - Spindler, "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?," 350.

<sup>34</sup> Gerald Spindler - Spindler, "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?," 364.

Emphasizing the need of clear, fair, and realistic principles is vital for the successful implementation of Article 17. In order to establish a fair digital market, these principles must take into account the rights and obligations of all parties involved. The difficulty is to provide a framework that is sufficiently adaptable to accommodate the changing digital environment, while yet being strong enough to effectively safeguard the rights of copyright holders.

The effectiveness of Article 17 will ultimately be evaluated by the extent to which these problems are effectively tackled throughout its implementation and the subsequent formulation of recommendations. The efficacy of the directive in establishing an equitable and impartial digital marketplace depends on its capacity to integrate input from all parties involved and adjust to the swiftly evolving digital landscape. Continual assessment and improvement of these laws and technology will be essential in attaining the desired objectives of the DSM Directive.



## References

- Angelopoulos, Christina - Senftleben, Martin. "An Endless Odyssey? Content Moderation Without General Content Monitoring Obligations." *Social Science Research Network*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3871916>
- Bensamoun, Alexandra. "The Value Gap: An Adaptation of Copyright for the Digital Single Market." *RIDA* 254/10/2017 (2017), 7.
- Bridy, Annemarie. "The Price of Closing the 'Value Gap': How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform." <https://doi.org/10.2139/ssrn.3412249>
- Gerald Spindler - Spindler, Gerald. "The Liability System of Art. 17 DSMD and National Implementation – Contravening Prohibition of General Monitoring Duties?" *JIPITEC* 10/3 (February 21, 2020), 344–374.
- Metzger, Axel et al. "Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society." *JIPITEC* 11/2 (April 27, 2020).
- Quintais, João Pedro et al. "Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics." *JIPITEC* 10/3 (February 21, 2020). <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-10-3-2019/5042>
- Rosa, Victor Castro. "How Article 17 of the Digital Single Market Directive Should Be Implemented: A Personal View." *EU Internet Law in the Digital Single Market*, 49–76. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-030-69583-5_3)
- Rosati, Eleonora. *Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790*. Oxford University Press, 2021. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198858591.001.0001>
- Rosati, Eleonora. "Five Considerations for the Transposition and Application of Article 17 of the DSM Directive." *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 16/3 (March 3, 2021), 265–270. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab051>
- Rosati, Eleonora. "The Legal Nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (Lack of) Freedom of Member States and Why the German Implementation Proposal Is Not Compatible with EU Law." *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 15/11 (December 25, 2020), 874–878. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpaa163>
- Sanmark, Wilhelm. *The Intermediary Liability Conundrum: Are Safe Harbors Useful?* University of Helsinki, 2021.
- Sayegh, David El. "Article 17 of Directive 2019/790: A Practitioner's Perspective." *RIDA* 264 (April 1, 2020), 31.
- Spoerri, Thomas. "On Upload-Filters and Other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market" 10/2 (August 10, 2019), 173–186.
- Visser, Dirk J.G. "Trying to Understand Article 13." <https://doi.org/10.2139/ssrn.3354494>

## Article Information Form

**Author's Approve:** The article has a single author. The author has read and approved the final version of the article.

**Conflict of Interest Disclosure:** No potential conflict of interest was declared by the author.

**Copyright Statement:** The author owns the copyright of their work published in the journal and their work is published under the CC BY-NC 4.0 license.

**Supporting/Supporting Organizations:** No grants were received from any public, private or non-profit organizations for this research.

**Ethical Approval and Participant Consent:** It is declared that during the preparation process of this study, scientific and ethical principles were followed and all the studies benefited from are stated in the bibliography.

**Plagiarism Statement:** This article has been scanned by iThenticate.

## 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası 1982 Anayasası'nda Yetki ve Görev Olarak Yürütme

### *Execution as a Power and Duty in the 1982 Constitution after the 2017 Constitutional Amendments*

Muhammed Göçgün 

Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Medipol  
Üniversitesi, Ankara, Türkiye,  
muhammed.gocgun@ankaramedipol.ed  
u.tr



**Öz:** Yürütmenin Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca bir görev olarak yerine getirilmesi, anayasa koyucunun doğrudan yürütme organına birtakım görevler vermesi şeklinde gerçekleşebilir. Diğer yandan yürütme görevi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde kanun koyucu ya da Cumhurbaşkanı tarafından idareye verilen bir görevin ifa edilmesi ya da kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasına yönelik işlemler tesis edilmesi anlamına da gelebilir. Yürütmenin yetki olarak kullanılması ise Cumhurbaşkanının arada kanun koyucunun bir iradesi olmaksızın doğrudan Anayasa'dan aldığı aslî düzenleme yetkisi kapsamında işlemler tesis etme gücüne sahip olmasıdır. Yürütmenin yetki olarak kullanılmasının en bariz tezahürü olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulanmaya başlandığı 2017 anayasa değişikliklerinin ardından hukukumuzda girmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, Cumhurbaşkanıya, konu bakımından belirli sınırlar dahilinde ve belli ölçüde de olsa, kanunla düzenlenmemiş alanlarda aslî nitelikte kurallar koyarak yasama fonksiyonu kapsamında işlemler tesis edebilme gücünü kazandırmıştır. Böylelikle 1982 Anayasası'nda yetki ve görev olarak düzenlenmesine rağmen 2017 değişikliklerinden önce çok sınırlı şekilde somutlaşan yürütmenin yetki niteliği, 2017 değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri vasıtasıyla güçlendirilmiş ve belirgin hale getirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yürütme, Yetki, Görev, Aslî Düzenleme

**Abstract:** Fulfilling the executive as a duty in accordance with Article 8 of the Constitution can be realized by assigning certain duties directly to the executive body by the constitutional legislator. On the other hand, executive duty may also mean the execution of a task given to the administration by the legislator or the President within the framework of the principle of legality of the administration, or the making for administrative decisions about the implementation of laws or presidential decrees. The use of the executive authority is the President's power to take actions within the scope of his primary regulatory authority, which he has under the Constitution directly, without the will of the legislator. Presidential decrees, which are the most obvious manifestation of the use of the executive as a authority introduced into our legal system following the 2017 constitutional amendments, in which the Presidential government system began to be implemented and the President was determined as the only executive body. The authority to issue a presidential decree, which is regulated in the 17th paragraph of Article 104 of the Constitution, has given the President the power to making primary rules within the scope of the legislative function by taking decisions in matters not regulated by law, albeit within certain limits and to some extent. Thus, the authority nature of the executive branch, which was regulated as authority and duty in the 1982 Constitution but was concentered in a very limited way before the 2017 amendments, was strengthened and clarified by the Presidential decrees after the 2017 amendments.

**Keywords:** Presidential Decree, Executive, Authority, Duty, Primary Regulation

Geliş Tarihi/Received: 28.11.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 07.05.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
29.05.2024

## Extended Abstract

In the system adopted by the 1982 Constitution regarding the structure, function and position of the executive in Türkiye, significant changes were made with the 2017 Constitutional amendment referendum and legislative and executive relations were redesigned. Following this referendum, with the amendment made to Article 8 of the Constitution coming into force, it has been regulated that the executive "power and duty", which was exercised and fulfilled by the Council of Ministers and the President before the amendment, will now be used and fulfilled only by the President, in accordance with the Constitution and laws.

In the first paragraph of Article 104 of the Constitution, it is stated that the President is the head of the State and it is reiterated that the executive power belongs to the President. Thus, in Türkiye, the legislative and executive branches were more clearly separated, and with the end of the existence of the Council of Ministers, a transition was made to the Presidential government system, in which the executive branch consists only of the President. The most important innovation brought by the Presidential government system, which came into force with the 2017 constitutional amendments, is that the executive branch can now make primary and general regulations in the ordinary period. With these amendments, there has actually been no change in Article 8 of the Constitution regarding the nature of the authority and duty of the executive. However, the Presidential decrees regulated in the 17th paragraph of Article 104 mean the concretization of the "authority" nature of the executive, that is, the power to establish transactions as a manifestation of the executive's primary regulatory authority.

On the other hand, one of the most important consequences of the transition to the Presidential government system is related to both the types of transactions to be established by the executive and administration and the nature of the authority to be used when establishing these transactions. Because the decree laws, statues and decisions of the Council of Ministers previously issued by the Council of Ministers are no longer among the transaction type/category in the new government system.

However, in the Presidential government system, the executive branch, in accordance with the Constitution; It will fulfill its executive function by issuing "presidential decrees", "regulations" or taking "decisions". Among these types of transactions, the ones that are most emphasized in doctrine and cause differences of opinion are the Presidential decrees. Presidential decrees have a unique and important place both because of their relationship with the law, as a means of exercising the executive's primary regulatory authority, and because they are at the center of discussions on exclusive regulatory authority.

After the 2017 amendments, the Presidential decrees to be issued in accordance with the other relevant articles of the Constitution, especially Article 104, have given the executive the opportunity and power to make primary and general regulations. Thus, in addition to being a "duty" for the implementation of laws or presidential decrees, the executive power has been strengthened as an "authority" that is exercised by directly establishing primary acts in an area not regulated by law or separate from the function of implementing a law.

On the other hand, with the 2017 changes; Contrary to this feature of the Presidential government system, the most obvious feature of which is the strict separation of the legislative and executive branches, the executive branch is given the opportunity to establish transactions that bear the primary and general characteristics of legislative authority by issuing Presidential decrees. Moreover, with these changes, the executive branch, although it does not have the power to make changes to the laws, has been given the power to act as a legislator in an area not regulated by law and to establish transactions that can be considered within the scope of the legislative function.

Moreover, it can be said that the Constitutional Court's decisions following the 2017 constitutional amendments reveal the limits of presidential decrees in terms of subject matter. At this point, the

annulment decisions of the Constitutional Court on the grounds that presidential decrees cannot be made, especially on issues related to fundamental rights and freedoms, are important. Likewise, many Presidential decrees issued on matters that should be regulated exclusively by law in accordance with the Constitution were annulled by the Constitutional Court.

In this study, the concepts of executive authority and executive duty after the Presidential government system are examined in detail and the new meaning of executive authority gained by the Presidential decrees is discussed within the framework of the Constitutional Court decisions and discussions in the doctrine.

## Giriş

1961 Anayasası'nda yalnızca görev olarak düzenlenmiş olan yürütme, yürütmenin güçlendirilmesi eğiliminin bir sonucu olarak 1982 Anayasası'nda hem görev hem yetki olarak nitelendirilmiştir. Bu husus, Anayasa'nın 8. maddesinde; yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılıp yerine getirileceği şeklinde yer almıştır.

1982 Anayasası'nda yürütmenin yetki olarak nitelendirilmesinin 2017 değişikliklerinden önceki somut karşılığı, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiye istinaden çıkaracağı kanun hükmünde kararname (KHK) olmuştur.<sup>1</sup> Buna ek olarak Anayasa'nın mülga 107. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemlerine ilişkin olarak çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de yürütmenin yetki olmasının tezahürü olarak kabul edilmekteydi.<sup>2</sup> Bu durumda 1982 Anayasası'nın ilk halinde yürütmenin olağan dönemlerde doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan aslî düzenleme yetkisi kullanımının tek örneğinin yalnızca mülga 107. madde uyarınca çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olduğu görülmektedir.<sup>3</sup> Yürütmenin, olağan dönemlerdeki bu istisnai nitelikteki aslî düzenleme yetkisine karşılık, klasik düzenleme yetkisinin ise idarenin kanuniliği ilkesi doğrultusunda türev, ikincil, bağlı ve tamamlayıcı nitelikte olduğu gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekse doktrinde açıkça vurgulanmıştır.<sup>4</sup> Yürütme yetkisinin bu niteliği, kuşkusuz, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin kanuna dayanma zorunluluğu ve kanunun uygulanmasını sağlama işleviyle beraber düşünülmelidir.<sup>5</sup> Burada idarenin kanuniliğinin, bir yönüyle, idari işlemin kanuniliği anlamına geldiği ve yürütmenin herhangi bir kanuna dayanmadan doğrudan anayasadan aldığı yetkiye istinaden yaptığı aslî nitelikteki

<sup>1</sup> Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 427-428.

<sup>2</sup> Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda yürütmeye yetki olma gücünü veren Anayasa'daki düzenlemelere yer vermiştir: "Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır." Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 1986/24 (9 Ekim 1986); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 1985/7 (13 Haziran 1985). Anayasa Mahkemesinin mezkûr kararlarında mülga 107. madde uyarınca çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer vermemiş olması ile Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapma yetkisine yer vermiş olması dikkat çekicidir. Zira Bakanlar Kurulu, söz konusu düzenleme doğrultusunda kullanacağı yetkisini doğrudan Anayasa'dan almamakta; yalnızca kanunun belirlediği sınırlar içinde bir yetki kullanımını gerçekleştirebilmektedir.

<sup>3</sup> Lütfi Duran, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4/1-3 (1983), 40.

<sup>4</sup> İdarenin klasik düzenleme yetkisi hakkında bkz. Burhan Kuzu, *Yürütme Organının Güçlendirilmesi Eğilimi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987); K. Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009); Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 3, 203-216. Ayrıca; bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/116 (13 Ekim 2022); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/51 (21 Nisan 2022); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2013/60 (9 Mayıs 2013).

<sup>5</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt-1, 2. Baskı (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1292-1299; Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1965), 85.

düzenlemelerin sonuçlarını idare hukuku alanında doğurmadığı görülür. İdare hukuku alanında sonuç doğurmayan bu işlemlerin idari fonksiyona ilişkin olmamaları nedeniyle, kural olarak, idari işlem değil “yürütme işlemi” olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.<sup>6</sup> Mülga 107. madde uyarınca çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin ise gerek idari bir birimin kuruluş ve çalışma esasları gerekse personel atama işlemleri bakımından idari fonksiyona ilişkin sonuçlar doğurması nedeniyle esasında bir idari işlem olduğu ve idari işlemlerin kanuna dayanması kuralının bir istisnasını teşkil ettiği söylenebilir.<sup>7</sup>

1982 Anayasası'nın yürütmenin yapısı, işlevi ve konumuna ilişkin benimsediği sistem 2017 Anayasa değişikliği referandumuyla önemli ölçüde güncellenmiştir. Zira bu referandumun ardından Anayasa'nın 8. maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesiyle, değişiklik öncesinde Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan ve yerine getirilen yürütme “yetkisi ve görevi”nin artık yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında ise Cumhurbaşkanının Devletin başı olduğu belirtilmiş ve yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu yinelenmiştir. Böylelikle yasama ile yürütmenin daha net bir şekilde ayrıldığı ve Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmesiyle yürütme organının yalnızca Cumhurbaşkanından oluştuğu Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin en önemli sonuçlarından biri de yürütme ve idare tarafından tesis edilecek işlemlerin gerek türleri gerekse de bu işlemler tesis edilirken kullanılacak yetkinin niteliğine ilişkindir. Zira daha önce Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararname, tüzük ve Bakanlar Kurulu kararları yeni hükümet sisteminde artık bir işlem türü/kategorisi arasında yer almamaktadır. 2017 değişikliklerinden önceki dönemde her ne kadar hukuki nitelikleri, amaçları ve kapsamı farklılık arz etse de yürütme organı tarafından çıkarılma bakımından aynı kategoride yer alan söz konusu işlemlerin yerini yeni sistemde, yine yürütme organı tarafından çıkarılan/alınan “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri”nin, “Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri”nin, ve “Cumhurbaşkanı kararları”nın aldığı söylenebilir.<sup>8</sup> Daha açık bir ifadeyle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme organı, Anayasa uyarınca; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”, “yönetmelik” ve çıkarmak veya “karar” almak suretiyle yürütme fonksiyonunu yerine getirecektir. Bu işlem türleri arasında doktrinde en çok üzerinde durulan ve görüş ayrılıklarına yol açan ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, gerek kanunla arasındaki ilişki gerek yürütmenin aslî düzenleme yetkisinin kullanım aracı olması ve gerekse mahfuz alan tartışmalarının merkezinde bulunması nedeniyle özgün ve önemli bir yere sahiptir.

<sup>6</sup> Nitekim doktrinde de yürütmenin idari işlev kapsamına girmeyen işlemlerinin idari işlem olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Turan Yıldırım (Ed.), *İdare Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 420.

<sup>7</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 18. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 19; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 268. Öte yandan 1982 Anayasası'nda idari işlemlerin kanuna dayanması kuralının bir diğer istisnası ise 127. maddenin 4. fıkrası uyarınca İçişleri Bakanının görevleriyle ilgili bir suç sebebiyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar görevlerinden uzaklaştırabilme yetkisidir. Bu durumda, her ne kadar daha sonra 5393 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olsa da İçişleri Bakanı, herhangi bir kanuna dayanmaksızın ya da bir kanunun uygulanmasına dönük olmaksızın doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiye istinaden bir işlem tesis etme imkânına sahiptir. İçişleri Bakanı tarafından bu doğrultuda tesis edilecek bir işlem, birel işlem olacağından 127. maddedeki bu düzenlemeyi, birel idari işlemlerin kanuna dayanması kuralının 1982 Anayasası'ndaki bir istisnası, diğer bir ifadeyle idarenin aslî nitelikte birel işlem tesis etmesinin bir örneği olarak yorumlamak mümkündür. Bu konuda bir diğer örnek ise Anayasa'nın Hakimler ve Savcılar Kuruluna ilişkin 159. maddesidir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.” Görüldüğü üzere, madde uyarınca Adalet Bakanının hem Bakan hem de Kurul Başkanı olarak yapacağı birel işlem niteliğindeki atamalar doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmaktadır.

<sup>8</sup> Anayasa'da açıkça yer almamakla birlikte uygulamada, Cumhurbaşkanlığı genelgeleri de yürütme organının takdir yetkisi doğrultusunda çıkardığı düzenleyici idari işlemlerdendir.

Çalışmada; yetki ve görev ayrımıyla beraber yasama yetkisinin özelliği olan aslîlik, genellik ve devredilemezliğin, sınırlı ve kısmen de olsa, yürütme yetkisi bakımından da geçerli olduğu vurgulanarak 2017 değişikliklerinden sonraki süreçte yürütmenin yetki olarak kullanılmasının Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kazandığı yeni anlam üzerine yapılan tespit ve değerlendirmelere yer verilecektir.

## I. 2017 Anayasa Değişiklikleri ve Yürütme

### A. Yürütme yetkisi

#### 1. Yürütmenin yetki olarak kullanılmasının anlamı

Anayasa'nın 6. maddesinde Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağı belirtilmiştir. 7., 8. ve 9. maddelerde ise sırasıyla; yasama yetkisini, yürütme yetkisi ve görevini ve yargı yetkisini kullanacak/yerine getirecek organlar belirlenmiştir. Yürütmenin 8. madde uyarınca hem yetki hem görev niteliğinde olmasının üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira yürütme, yetki olarak somutlaştığında Anayasa'nın 6. maddesindeki düzenleme doğrultusunda egemenliğin kullanılmasına yönelik "yetkili organ" eliyle yerine getirilen bir fonksiyona karşılık gelir. Yürütmenin yetki vasfını haiz olması, yürütme organının aslî nitelikte düzenlemeler yaparak egemenliğin kullanılmasına kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde doğrudan katılması anlamına gelir<sup>9</sup> ve bu bakımdan önemlidir. Diğer yandan görevden farklı olarak yetki, Anayasa uyarınca yetkili kılınmış organın bu yetkiyi kullanıp kullanmama bakımından sahip olduğu serbestliği, yani takdir yetkisini içerir. Bu nedenle yetkiyi kullanmak yönünde bir yükümlülüğü olmayan organın yetkiyi kullanmaması durumunda herhangi hukuki bir sorumluluğu da doğmaz.<sup>10</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de idari vesayet yetkisine ilişkin verdiği bazı kararlarda görev ve yetki ayrımına ilişkin tespitini; "*Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye "görev" değil "yetki" olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez.*"<sup>11</sup> cümlesiyle ifade etmiştir.<sup>12</sup> Yine devletin organları söz konusu olduğunda görevden farklı olarak yetki, aslî nitelik arz etmesinin bir sonucu olarak yalnızca Anayasa ile tanınabilir. Klasik parlamenter sistemden farklı olarak mevcut hükümet sisteminde Cumhurbaşkanını halkın seçmesinin yürütmenin aslî bir yetkinin kullanımı olarak kabul edilmesinin meşruiyet zeminini güçlendiren bir faktör olduğu görülür.

Yürütme yetkisinin aslî niteliğine karşılık yürütme görevi, aşağıda detaylı olarak görüleceği üzere, eğer yürütmeye doğrudan anayasa koyucu tarafından aslî nitelikte bir yetkinin kullanımına ilişkin verilmiş anayasal bir görev değilse, yürütmenin kanunlara ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bağlı şekilde ikincil nitelikte düzenlemeler yapmasıyla alakalıdır. Konuya ilişkin 1924 Anayasası döneminde kaleme aldığı eserinde Başgil, yasamanın yetki, yürütmenin ise görev olmasını "müessil" ve "memur" kavramlarıyla açıklamıştır. Buna göre 1924 Anayasası döneminde yasama organı, milli iradenin temsilcisi, yani "müessili" olarak resen, aslî ve evvelî şekilde tasarrufta bulunma güç ve yetkisine sahiptir. Yürütme ise milli iradenin temsilcisi olan yasama organının çıkardığı kanunlar doğrultusunda hareket eden ve bu kanunları uygulayıp kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getiren bir "memur" konumundadır. Yasama organının sahip olduğu güç ve yetkinin kaynağı doğrudan millet ve milletin iradesi iken yürütmenin tasarrufları ancak yasama organının iradesine dayanabilir. Bundan dolayı da yürütmenin iradesi ikincil mahiyette olup içerik ve kapsam bakımından ancak kanunla

<sup>9</sup> Duran, "Düzenleme Yetkisi", 34-36; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 20, 21; Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 389; Metin Kıratlı, "1924 ve 1961 Anayasalarında İdarenin Kuruluşu (Bir Karşılaştırma)", *Türk İdare Dergisi* 44/341 (Mart-Nisan 1973), 11.

<sup>10</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 212.

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2014/41 (27 Şubat 2014); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2011/151 (3 Kasım 2011); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2012/191 (29 Kasım 2012).

<sup>12</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin farklı yönde bir kararı da bulunmaktadır: "*Anılan fıkrada, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet '... yetkisine sahiptir. 'denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasa koyucunun takdirine bırakılmamış, bu zorunlu kılınmıştır.*" Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2007/31 (18 Ocak 2007).

sınırlanmış şekilde tecelli edebilir.<sup>13</sup> Bu bakımdan kanunun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin idareyi yetkili kılması, yürütmenin bir görev olmasıyla ve dolayısıyla ikincil nitelikte bir düzenleme yetkisinin kullanımıyla, yani idari fonksiyonla alakalıdır<sup>14</sup>.

İşte Başgil'in açıklamaları çerçevesinde söylenebilir ki; yürütmenin yetki olarak kullanılmasının anlamı; yürütme organının "memur" olmaktan çıkıp resen, aslî ve evvelî nitelikte tasarruflarda bulunma gücüne kavuşması, yani "mümessil" bir organ konumuna yükselmesidir.

## 2. Aslî ve genel nitelikte düzenleme yetkisi

### a. Aslîlik ve genellik

Klasik kuvvetler ayrılığı teorisinde ve özellikle parlamenter sistemlerde aslî ve genel nitelikte düzenleme yapma yetkisinin kural olarak yasama organında olduğu kabul edilir.<sup>15</sup> 1982 Anayasası'nda da yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) olduğu ve devredilemeyeceği benimsenmiş; kanun koymak, kaldırmak ve değiştirmek, TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre yasama organı, milli iradenin temsilcisi ve egemenliği kullanan bir organ olarak ilk elden, yani aslî ve genel nitelikte düzenlemeler yapmak suretiyle yasama fonksiyonunu yerine getirir. Aslîlik, ifade edildiği üzere, araya başka bir iradenin girmesine gerek olmaksızın, resen ve doğrudan tasarrufta bulunmak anlamına gelirken<sup>16</sup> genellik, ortaya konulacak iradenin konu bakımından sınırına ilişkindir<sup>17</sup>. Özellikle parlamenter sistemlerde yasama yetkisinin bir özelliği olarak kabul edilen genellik, yasama organının anayasaya aykırı olmamak koşuluyla istediği her konuyu istediği kadar detaylı bir şekilde düzenleyebilme imkânına sahip olmasıdır.<sup>18</sup> Bu yönüyle yasama ve yürütme organları bakımından yetki, yetkiyi kullanacak organın sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak bir yandan aslî nitelikte bir yandan da genel nitelikte düzenlemeler yapabileme imkânına sahip olması olarak da ifade edilebilir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 8. maddesinde yürütmenin yetki olarak nitelendirilmesinin en önemli sonucu, yürütme organının egemenliği kullanan yetkili bir organ olarak belirli şart ve kısıtlamalar dahilinde de olsa aslî ve genel nitelikte düzenleme yapma imkânını elinde bulundurmasıdır.

Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yetki olarak kullanılacak yürütmenin mahiyetinin, yani yürütme organının aslî ve genel düzenleme yetkisi bakımından sahip olduğu güç ve imkânın kapsamının daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi adına aslîlik ve genellik arasındaki ilişkinin irdelenmesi önem arz eder. Yasama yetkisi bakımından konu ele alındığında; yasama organının resen ve ilk elden, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konuda dilediği kadar ayrıntılı şekilde düzenleme yapabilecek olması, yasama yetkisinin aslî ve genel olmasının en temel sonucudur. Buna ilaveten yasama organının Anayasa'da kanunla düzenleneceği, belirleneceği, gösterileceği, vb. öngörülen konular hariç olmak üzere herhangi bir konuda düzenleme yapmak zorunda olmaması da yasama yetkisinin genel bir yetki olmasının, daha kısa ifadeyle yasamanın "yetki" olmasının bir sonucudur. Yasama ve yürütme organlarının bir konuyu düzenleyip düzenlememe ve bir konunun ne kadar detaylı bir şekilde düzenleneceği hususunda sahip oldukları takdir yetkisi, yani yasama ve yürütmenin sahip olduğu genel düzenleme yetkisi, bu organların aslî düzenleme yetkilerinden kaynaklanmaktadır. Zira aslîlik, başka bir iradeye bağlı olmamayı, başka bir iradenin türevi olmamayı ve nihayet başka bir iradenin

<sup>13</sup> Ali Fuad Başgil, "Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim", *Prof. Rektör Cemil Bilsel'e Armağan* (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1939), 55 vd.

<sup>14</sup> "Yürütmenin sahip bulunduğu düzenleme yetkisi ise aslî bir yetki olmayıp, kanundan ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden kaynaklanan 'ikincil nitelikli', 'türevsel' bir yetkidir". Bkz. Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 16. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 390.

<sup>15</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, *Parlamenter Rejimlerde Türkiye'de Yürütme Kuvveti* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 1986), 130.

<sup>16</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 298; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211.

<sup>17</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, 2. Baskı (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 898.

<sup>18</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi* (İstanbul: Beta Yayınları, 1996), 6-7; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 211.



uygulayıcısı ya da tamamlayıcısı olmamayı ifade eder. Bu yönüyle aslîlik ile genellik arasında zorunlu bir birliktelik de söz konusudur.<sup>19</sup> Şöyle ki; ancak başka bir iradeye bağlı olunmadığında, başka bir iradenin uygulayıcısı ya da tamamlayıcısı olunmadığında genel nitelikte düzenleme yapma imkanından söz edilebilir. Diğer bir ifadeyle, aslî düzenleme yetkisine sahip olmayan bir organın düzenleme yetkisinin genelliğinden de bahsedilemez. Buna karşılık aslî düzenleme yetkisi niteliğindeki her yetkinin aynı zamanda genel düzenleme yetkisi kapsamında kullanılmak zorunluluğu bulunmaz. Benzer bir deyişle; genel düzenleme yetkisi kapsamında kullanılan her yetki aynı zamanda aslî düzenleme niteliği taşıırken aslî nitelikteki her düzenleme muhakkak genel nitelikteki bir yetkinin kullanımı olmak zorunda değildir. Buna örnek olarak Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ya da “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir” şeklinde ifade edilen konular verilebilir. Bu örneklerde kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek konuların neler olduğu anayasa koyucu tarafından belirlendiği için, TBMM’nin ya da Cumhurbaşkanının bu konuların düzenlenmesine yönelik ortaya koyacakları irade aslî nitelikte olmakla birlikte tam manasıyla genel nitelikte değildir. Zira bu durumda yasama ve yürütme yetkisi, anayasa koyucu tarafından konu bakımından sınırlanmış durumda olup yasama ve yürütme yetkisinin genelliği, anayasa koyucu tarafından belirlenen konuların ne kadar ayrıntılı şekilde düzenleneceği ile sınırlı olarak mevcuttur. Buna karşılık Anayasa’da “kanunla düzenlenir” ya da “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir” şeklinde ifade edilen konulara ilişkin düzenlemeler, araya başka bir irade girmeksizin ilk elden yapılacağı için aslî düzenleme yetkisine dayanılarak gerçekleştirilir.<sup>20</sup> Dolayısıyla görülmektedir ki; aslîlik bakımından önemli olan, bir konunun doğrudan anayasadan alınan yetkiye dayanılarak düzenlenmesiyken; genellik, aslî düzenleme yetkisine sahip olan organın bu yetkisi çerçevesinde herhangi bir konuyu düzenleyip düzenlememe hususunda ya da düzenlemenin içeriği bakımından sahip olduğu takdir yetkisine ilişkindir.

## **b. Kanunların ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerin genellik niteliği**

Anayasa’da yer alan Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğine ilişkin düzenleme, Cumhurbaşkanının aynı konuda yasal bir düzenlemenin bulunmadığı durumlarda ve 104. maddenin 17. fıkrasındaki diğer sınırlamalara uyarak doğrudan Anayasa’dan aldığı yetkiye istinaden aslî nitelikte düzenlemeler yapabileceği anlamına gelir.<sup>21</sup> Bunun bir sonucu olarak Cumhurbaşkanı, olağan dönemlerde ilk defa kanun hükmünde olmasa da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenen bir düzenleme yapma yetkisine sahip olmuştur. Zira Anayasa Mahkemesi, esasında, aslî düzenleme yetkisine istinaden ihdas edilen normların denetim merciidir. Öte yandan Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmış olması, yürütmenin olağan dönemlerde aslî düzenleme yetkisine sahip olması anlamına geldiği gibi, “yürütme yetkisine ilişkin konular”la sınırlı olarak yürütmeye, genel nitelikte düzenleme yapma yetkisi de kazandırmıştır. Diğer bir deyişle artık yalnızca yürütmenin aslî düzenleme yetkisinden değil yürütmenin genel düzenleme yetkisinden de bahsetmek mümkün hale gelmiştir. Zira genellik, ifade edildiği üzere, aslî düzenleme yetkisi kullanan organın bu yetkisine istinaden anayasaya aykırı olmamak koşuluyla istediği her konuyu istediği kadar ayrıntılı şekilde düzenleyebilmesidir.

Bu açıdan 2017 değişikliklerinden sonra yürütme yetkisinin kazandığı en önemli vasfın aslîlikle birlikte genellik olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ne var ki; yasama yetkisinin genelliği ile yürütme yetkisinin

<sup>19</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Orion Kitabevi, 2014), 271.

<sup>20</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmenin aslî nitelikteki düzenleyici işlem vasfına işaret ederek belirlik ilkesinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından da geçerli olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerekir. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/4 (22 Ocak 2020).

<sup>21</sup> “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” denilmektedir. Anılan hükümden CBK çıkarma yetkisinin bizzat Cumhurbaşkanı’na ait ve tek başına kullanılması gereken bir yetki olduğu dolayısıyla CBK’nın Cumhurbaşkanı dışında bir mercinin teklif, onay gibi herhangi bir işlemi ya da katılımını gerekli kılmayan, Cumhurbaşkanının asli düzenleyici nitelikteki bir işlemi olduğu anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/157 (13 Aralık 2022).

genelliği arasında önemli bir fark vardır. Şöyle ki; yasama yetkisinin genelliği uyarınca kanun koyucu, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konuyu dilediği kadar ayrıntılı şekilde düzenleyebilirken yürütme yetkisinin genelliğinde Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca yürütme yetkisine ilişkin olup Anayasa'ya aykırı olmayan ve kanunlarla da henüz düzenlenmemiş konularda düzenleme yapabilmektedir. Bunun sonucunda yasama yetkisinin genelliği ile yürütme yetkisinin genelliği arasında bir çeşit hiyerarşi olduğu ya da yasama yetkisinin genelliğinin yürütme yetkisinin genelliğinin sınırını oluşturduğu söylenebilir. Zira örneğin; kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca ve takdir yetkisine dayanarak daha önce yürütme yetkisinin genelliği uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmiş bir konuda yasal düzenleme yaptığında Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz kalacağı gibi aynı zamanda yasama yetkisinin genelliği ile yürütme yetkisinin genelliği arasında var olan kapsam ve mahiyet farkı da gün yüzüne çıkmış olacaktır. Vurgulanmalıdır ki bu fark, yasama yetkisinin genelliği ile yürütme yetkisinin genelliği arasındaki hiyerarşinin bir sonucudur. Diğer yandan belirtmek gerekir ki; burada sözü edilen hiyerarşi, esasında, yasama organının yasama fonksiyonunun asıl sahibi olarak devreye girip iradesini ortaya koymasıyla ilgili olup Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında yer alan "üstünlüğün ancak anayasa ve kanunlarda olması" ilkesiyle ve dolayısıyla normlar hiyerarşisiyle de örtüşmektedir.

Konuyu daha anlaşılır hale getirmek adına 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>22</sup> üzerinden bir örnek verilebilir. Belirtmek gerekir ki; 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki genel yetkisine dayanarak, yasal düzenlemenin bulunmadığı bir alanda ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyecek şekilde takdir yetkisine dayanarak yaptığı bir düzenlemedir. Diğer yandan bu Kararname, Cumhurbaşkanının Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca sahip olduğu asli düzenleme yetkisini yürütme yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde kullanmasına da bir örnektir. Buna karşılık; kanun koyucunun yasama yetkisinin genelliğine dayanarak, örneğin; "Suç Mağdurlarının Desteklenmesi Hakkında Kanun" adıyla ve 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle aynı içerikte bir kanun çıkarması durumunda mezkûr Kararname hükümsüz kalacaktır. Bu ihtimalde yasama yetkisinin genelliğinin yürütme yetkisinin genelliğini işlevsiz hale getirmiş olduğu görülür. İşte bu nedenle; kanun koyucunun daha önce Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmiş bir konuda yasal düzenleme yapıp yapmama hususunda sahip olduğu takdir yetkisi, yani yasama yetkisinin genelliğine kaynaklık eden takdir yetkisi, aynı zamanda hem yürütme yetkisinin genelliğinin sınırını hem de yasama yetkisinin genelliği ile yürütme yetkisinin genelliği arasındaki hiyerarşiyi ortaya koyar. Daha açık ifadeyle; yasama yetkisinin genelliği, yürütme yetkisinin aksine, bünyesinde Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ortaya koyduğu iradeyi hükümsüz hale getirerek yürütme yetkisinin genelliğini işlevsiz bırakma gücünü de barındıran bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.*" hükmü de konu bakımından önem arz eder. Zira bu düzenlemeyle kamu tüzel kişiliği kurmak, gerek kanun koyucuya gerekse Cumhurbaşkanına bir yetki olarak tanınmıştır. Başka bir deyişle ne kanun koyucunun ne de Cumhurbaşkanının bir kamu tüzel kişiliği kurmak yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte hangi kamu tüzel kişisinin kurulacağı ya da kaldırılacağı, bir kamu tüzel kişisi kurulacaksa bu kamu tüzel kişisinin görev ve yetkilerinin neler olacağı aslî ve genel düzenleme yetkisi çerçevesinde kanun koyucu ya da Cumhurbaşkanı tarafından belirlenebilir.<sup>23</sup> Bu yönüyle Anayasa'nın

<sup>22</sup> Bkz. *Resmî Gazete* 31151 (10 Haziran 2020).

<sup>23</sup> Bununla birlikte Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrasında yer alan; "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" şeklindeki kural gereğince bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabilecektir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasındaki bu düzenleme, aynı maddenin idarenin kanunla düzenlenmesini öngören 1. fıkrasının istisnası niteliğindedir. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/25, (11 Haziran 2020). Ayrıca yine Anayasa Mahkemesine göre: "*kamu tüzel kişiliği bulunmayan, herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına da dâhil olmayan idari bir birimin görev ve yetkilerinin CBK'yla düzenlenmesi mümkün değildir.*" Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/147 (30 Kasım 2022).

kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilecek olmasını içeren 123. maddesinin 3. fıkrası, hem yasama organına hem de yürütme organına tanınmış ortak bir yetki niteliğindedir.<sup>24</sup> Gerek TBMM gerekse Cumhurbaşkanı, aslı ve genel düzenleme yetkisi kapsamında ve takdir yetkisine dayanarak kamu tüzel kişiliği kurabilecektir.<sup>25</sup> Buna karşılık; kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağını içeren söz konusu maddenin lafzından, kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kaldırılabilmesi sonucuna varmak da mümkündür. Bu durumda ise kanunla kurulmuş bir kamu tüzel kişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kaldırılması ihtimali söz konusu olduğunda kanun hükmünde olmayan bir norm ile kanun koyucunun iradesinin bertaraf edilmesi gündeme gelmiş olur. Böyle bir sorunun kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasındaki ilişkinin belirlendiği Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki esaslar çerçevesinde ele alınarak çözüme kavuşturulması gerekir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının kanunla kurulan bir kamu tüzel kişiliğini kaldırma yetkisine sahip olmadığı; buna karşılık Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan bir kamu tüzel kişiliğinin kanunla kaldırılmasının ise Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası kapsamında aynı konuda bir kanun çıkarılması şeklinde değerlendirilerek Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı ifade edilmelidir.

### 3. Yürütme yetkisi ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri

2017 anayasa değişiklikleriyle birlikte Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. 104. maddenin ilk fıkrasında ise yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı'na ait olduğu yinelenmiştir. Yürütme yetkisi söz konusu olduğunda; yürütme yetkisinin kime ait olduğu ve hangi konuları kapsadığının yanı sıra bu yetkinin hangi araçlarla kullanılacağını ve hangi şekilde somutlaşacağını da tespiti gerekir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisinin en önemli kullanım aracı ve tezahürü şüphesiz Anayasa'nın 104. maddesinde düzenlenen ve yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Hukukumuzda 2017 anayasa değişiklikleriyle giren yeni bir işlem türü olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin düzenlemeler, bilindiği üzere, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer almaktadır.<sup>26</sup> Mezkûr düzenlemede ağırlıklı olarak ve öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusuna ilişkin bir

<sup>24</sup> 2024 yılının Nisan ayı itibarıyla Anayasa'nın 123. maddesindeki yetkiye istinaden çıkarılan ve kamu tüzel kişisi kuran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri şunlardır: Türkiye Uzay Ajansı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30624 (13 Aralık 2018), Kararname No. 23; Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30762 (2 Mayıs 2019), Kararname No. 34; Kapadokya Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30791 (1 Haziran 2019) Kararname No. 38; Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30922 (18 Ekim 2019), Kararname No. 47; Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 31772 (8 Mart 2022), Kararname No. 95; Uludağ Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 32085 (26 Ocak 2023), Kararname No. 117.

<sup>15</sup> Temmuz 2018 tarih ve 30479 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" (Kararname No. 7) ile kurulan "Savunma Sanayii Başkanlığı" ise, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde (Kararname No. 1) düzenlenen Cumhurbaşkanlığı Ofislerine benzer şekilde, "Cumhurbaşkanına bağlı bir kamu tüzel kişisi" olarak kurulmuş olması bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer kamu tüzel kişilerinden ayrılmaktadır.

<sup>25</sup> Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin; kurulan kamu tüzel kişiliğine ilişkin görev, yetki, teşkilat yapısı gibi hususlarda düzenleme yapmayı da içerdiğini vurgulamıştır: "Bir kamu tüzel kişiliğinin gerçek anlamda kurulduğundan bahsedebilmek için organları, görevleri, teşkilat yapısı gibi unsurlarının da belirlenmesi gerekmektedir. Bunlar gibi konular düzenlenmeden bir kamu tüzel kişiliğinin faaliyette bulunması düşünülemez. Kamu tüzel kişileri belli bir kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla kurulur. Bu hizmetin yerine getirilebilmesi için tüzel kişinin kurulması yeterli olmayıp teşkilat yapısının ve bu kapsamda organlarının oluşturulması, görev ve yetkilerinin de belirlenmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/138 (9 Kasım 2022). Aynı yönde: Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/30 (12 Haziran 2020).

<sup>26</sup> 17. fıkra şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir."

sınırlama yapıldığı görülür. Zira fıkrada yer alan altı cümlenin ilk dördü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hangi konularda çıkarılabileceği veya çıkarılamayacağı hakkındadır. Son iki cümlede ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun (yine konu bakımından) çatışması durumunda kanunun uygulanacağı hususu ve kanun koyucunun çıkaracağı kanunlarla Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz kılabilme imkânı düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, araya kanun koyucunun iradesinin girmediği/kanuna dayanmayan ve yürütme organının yasama organından aldığı bir yetkilendirme olmaksızın doğrudan Anayasa'dan aldığı yetkiyi kullanmak suretiyle tesis edeceği düzenleyici işlemlerdir.<sup>27</sup> Bu yönüyle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmenin 1982 Anayasa'nın 8. maddesiyle yetki ve görev olarak düzenlenmesinin somut bir karşılığı olup yürütmenin "yetki" olma vasfını 8. madde doğrultusunda tartışmasız bir şekilde güçlendiren işlemlerdir. Bu durum, gerek 104. maddenin 17. fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel nitelikteki hükümler bakımından gerekse Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi/düzenlenebileceği öngörülen konular<sup>28</sup> bakımından geçerlidir. Bu doğrultuda; aslî nitelikte düzenleme yetkisine istinaden yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, 2017 değişikliklerinden önceki dönemden farklı olarak, olağan dönemde yürütmenin Anayasa'nın 8. maddesi doğrultusunda yetki olarak kullanılmasını istisna olmaktan çıkararak özellik barındırdığını söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle; 1982 Anayasası'yla yürürlüğe girip yürütmenin yetki olarak kullanılmasına imkân tanıyan ve Anayasa Mahkemesinin tabiriyle "*Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumda*"<sup>29</sup> bulunan maddeler 2017 yılında ilga edilmiş olsa da 2017 değişiklikleriyle yürütmenin yetki olma vasfını açık bir şekilde ortaya koyan düzenlemeler ihdas edilmiştir. Gerçekten de Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin kurallar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin genel anlamda bir hukuki rejim ortaya koymakta ve böylelikle Anayasa'nın yürütmenin aynı zamanda bir "yetki" olduğunu ifade eden 8. maddesinin olağan dönemlere ilişkin Anayasa'daki somut karşılığını oluşturmaktadır. Öte yandan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa'nın 8. maddesinin gerekçesinin<sup>30</sup> de bir nevi altını doldurmakta ve bu gerekçenin Anayasa metnindeki somut yansımasını meydana getirmektedir.

1961 Anayasası'nda ve 1982 Anayasası'nın ilk halinde bulunmayıp 2017 anayasa değişikliklerinin ardından 104. maddeye eklenen "Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir." cümlesi ise, evvela, yürütme organının Cumhurbaşkanı olduğuna ve dolayısıyla yürütme yetkisinden ayrı düşünülemez olan yürütme fonksiyonunun da Cumhurbaşkanı tarafından ifa edileceğine yönelik bir vurgu şeklinde anlaşılmalıdır. Aynı doğrultuda, bu maddedeki "yetki" ibaresi de 8. maddedeki yetkiden farklı ve fakat 8. maddedeki yetki ve görevi de kapsayacak şekilde geniş anlamda "yürütme yetkisi" olarak düşünülmelidir. Zira 104. maddenin başlığı, "(Cumhurbaşkanının) Görev ve yetkileri" olup maddede

<sup>27</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 251; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2023), 73; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Türkiye – Amerika Birleşik Devletleri Mukayesesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022); Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018); Abdülsamet Güller, *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Türkiye ve Fransa Mukayesesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020); Taylan Barın, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020).

<sup>28</sup> Bu konular, daha sonra ele alınacağı üzere; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (md. 104/9), bakanlıkların kurulması ve kaldırılması, görevleri ve yetkilerinin belirlenmesi, teşkilat yapıları ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (md. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md. 108/3) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (md. 118/6)'dir.

<sup>29</sup> AYM, K. 1986/24; AYM, K. 1985/7.

<sup>30</sup> Nitekim 8. maddenin gerekçesinde yürütmenin yasamaya tâbi bir organ olmaktan çıkarılarak, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarının öngörüldüğü vurgulanmıştır: "... Halbuki modern hayatta yürütme kuvveti devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ila 1980 arasındaki devrede karar almak kudretinden yoksun hükümetler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir." *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021), 31.

Cumhurbaşkanının hem yetkileri hem de görevleri düzenlenmiştir. Öte yandan “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.” cümlesindeki “yetki”nin yalnızca 8. maddedeki yetki anlamında kullanıldığının kabulü halinde Cumhurbaşkanının yalnızca yürütme yetkisini kullanacağı; buna karşılık yürütme görevini yerine getirecek kurum, kişi ya da organa Anayasa’da yer verilmediği gibi kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkar.

Son olarak vurgulamak gerekir ki Anayasa Mahkemesi, birçok kararında; Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen konularda yasama organı tarafından temel esasların ortaya konulup bir çerçeve belirlenmeden ilgili alana ilişkin düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılmasını Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmuştur.<sup>31</sup> 1982 Anayasası’nda yürütme yetkisinin devredilmezliğinden söz edilmiyor olsa da, başka bir organ ya da makama devredilemeyecek olanın aslı yetki olduğu hususu dikkate alındığında yürütme organının aslı yetki kullandığı durumlarda yürütme yetkisinin devredilmezliği ilkesinin de kabulü gerekir. Dolayısıyla Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen konularda Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle temel esasları ortaya koyup bir çerçeve belirlemeksizin ilgili konunun idari işlemlerle düzenlenmesine yönelik ortaya koyacağı irade de, yürütme yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa’ya aykırı olacaktır.<sup>32</sup>

#### 4. Yürütme yetkisine ilişkin konular

Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk cümlesinde “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” ifadesi yer almaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusuna ilişkin gerek 104. madde gerekse diğer maddeler dikkate alındığında görülür ki; Anayasa’daki genel kural, bu kararnamelerin yürütme “yetkisi”ne ilişkin konularda çıkarılacak olmasıdır. Bununla birlikte 104. maddede geçen “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın kapsamının tespiti, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlandırılmasına ilişkin en zor hususlardan biridir.<sup>33</sup> Zira Anayasa’da yürütmenin yetki olarak düzenlenmesinin ne gibi sonuçlar doğurduğu belirtilmediği gibi “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın neyi ifade ettiği ya da yürütme yetkisine ilişkin konuların belirlenmesini kolaylaştıracak ölçütler de Anayasa’da mevcut değildir.<sup>34</sup> Bu bakımdan yürütme yetkisine ilişkin konuların neler olabileceği hususunun, gerek yürütme fonksiyonu

<sup>31</sup> Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/110 (28 Eylül 2022): “Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmü ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılması Anayasa’nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.” Ayrıca yasama yetkisinin devredilmezliği hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2011).

<sup>32</sup> “CBK çıkarılabilir yetkisinin bir sonucu olarak CBK ile düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanınca CBK çıkarmak suretiyle kullanılması ve bu yetkinin idareye bırakılmaması gerekir. Anayasa koyucu tarafından CBK’ya tanınan asli bir yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Aksi uygulama ilgili konunun CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırı olacaktır.

CBK’nın temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden idareye düzenleme yetkisi vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmaması, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanının CBK ile düzenlemesi gereken konulardaki bu yetkisini devretmemesi gerekir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür.

... Kuralın ikinci cümlesiyle Ajansın denetimine ilişkin temel ilkeler konulmadan ve çerçeve çizilmeden Başkanlığa sınırları belirsiz bir alanı düzenleme yetkisinin verilmesi, Anayasa’nın Cumhurbaşkanına tanıdığı düzenleme yetkisinin idareye bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralın ikinci cümlesi Anayasa’nın 104. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/82 (30 Ocak 2020).

<sup>33</sup> Nitekim, “yürütme yetkisine ilişkin konular”ın kapsamlı bir tanımını yapmanın veya sınırlarını belirlemenin hemen hemen imkânsız olduğu, bu nedenle yasama ve yargı organlarının yapısı, oluşumu, görev ve yetkileri gibi hususlar dışındaki konuların yürütmeyle ilgili olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 279.

<sup>34</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 1312.

gerekse de Anayasa'nın 8. maddesinde yürütmenin bir "görev" ve "yetki" olarak düzenlenmesiyle birlikte ele alınması önem arz eder. Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından isabetli bir değerlendirme yapmak ancak bu şekilde mümkün olabilir.

Anayasa'nın 104. maddesinin 2017 değişikliklerinden önceki halinde Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin yerine getireceği görev ve kullanacağı yetkiler sayılmıştı.<sup>35</sup> Sayılan bu görev ve yetkilerden 2017 değişikliklerinden sonra da 104. maddede yer alanlar; yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek ve sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmaktır. Bu bakımdan sayılan bu görev ve yetkilerin yürütme alanına ilişkin olduğu kolayca söylenebilir. Ancak 2017 değişiklikleriyle beraber 104. maddenin sistematığı de değişmiş ve maddenin ilk fıkrasına "Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir." cümlesi eklenerek yasama, yürütme ve yargı alanına ilişkin ayırım yapılmaksızın Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılmıştır.

Öte yandan; bir konunun yürütme yetkisine ilişkin olması, ilk olarak o konu hakkında yürütme yetkisi kullanılarak düzenleme yapılabilmesi anlamına gelir. Öyleyse, Cumhurbaşkanının hangi konularda yürütme yetkisini kullanarak düzenleme yapabileceği sorusunun cevaplanması gerekir. Bu noktada ise öncelikle yürütme yetkisine ilişkin olmayan konuların neler olduğu belirlenmelidir. İfade etmek gerekir ki; Cumhurbaşkanının kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması mahiyetindeki yürütme "görevi"ne ilişkin konular yürütme yetkisinin dışında kalır. Diğer bir ifadeyle yürütme yetkisine ilişkin konular, öncelikle yürütme görevine ilişkin olmayan konulardır. Bu kapsamda kanunlara ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanıp bunların uygulanmasını sağlamak üzere idari fonksiyon kapsamında düzenlenen konuların yürütme yetkisine ilişkin konular olmadığı altı çizilmelidir. Buna ilaveten Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konular da yürütme organına doğrudan anayasa koyucu tarafından verilmeleri ve bu nedenle esasında bir "görev" olmaları bakımından yürütme yetkisi kapsamında sayılmaz.

Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında hangi konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağı belirlenerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlandırıldığı görülür.<sup>36</sup> Bununla birlikte yürütme yetkisine ilişkin olmayan konuların yalnızca Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan konular olmadığı ifade edilmelidir. Zira bu düzenleme uyarınca 17. fıkrada belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmamasının nedeni, yürütme yetkisine ilişkin olmayan konuların yalnızca bu konular olması değil; anayasa koyucunun bu konuları.

açıkça zikretme gereği duymasıdır Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki sınırlamalar kapsamında; Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen yani Anayasa'da kanunla düzenleneceği, kanunda gösterileceği, kanunun belirleyeceği, vb. şeklinde ifade edilen konular, yasama

<sup>35</sup> Maddede sayılan bu yetki ve görevler şunlardır: Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, Genelkurmay Başkanını atamak, Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak, Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek, Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, kararnameleri imzalamak, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, üniversite rektörlerini seçmek.

<sup>36</sup> 17. fıkranın ilgili kısmı şu şekildedir: "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."

yetkisine dahil olup bunlar da yürütme yetkisine ilişkin konuların dışında kalır.<sup>37</sup> Bununla birlikte Anayasa’da kanunla düzenleneceği ifade edilmediği halde yasama organı tarafından yasama yetkisinin genelliği uyarınca yasal düzenlemeye konu edilmiş olan hususlar da yürütme yetkisi kapsamında değildir.<sup>38,39</sup> Yine, Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği belirtilen temel hak ve özgürlükler de yürütme yetkisinin kapsamı dışındaki konulardır.<sup>40</sup> Son olarak; Anayasa’nın 9. maddesinde belirtildiği şekliyle bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması gereken yargı yetkisinin kullanımının da yürütmenin tasarruflarına konu olamayacağı açıktır.<sup>41,42</sup>

Buna göre; kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasına yönelik yerine getirilen yürütme görevinin, Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkararak yerine getireceği anayasal ve aslî nitelikteki yürütme görevinin, yargı yetkisinin ve anayasa koyucu ya da kanun koyucunun yasama faaliyetinin konusu olarak belirlediği alanın dışında kalan konuların yürütme yetkisine ilişkin konular olduğu söylenebilir.

Diğer yandan yürütme yetkisine ilişkin konular, kısmen de olsa Anayasa’nın Cumhurbaşkanının “Görev ve yetkileri”nin sayıldığı 104. maddesinin 1-16. fıkralarında gösterilmiştir. Örneğin; Cumhurbaşkanının, Devlet başkanı sıfatıyla Anayasa’nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etme görevi vardır. Bu görevin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirileceğinin belirlenmesi, yürütme yetkisine ilişkin olup bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkündür. Diğer yandan 104. maddede sayılan milletlerarası andlaşmaların onaylanması ve yayımlanması ile sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılması da, daha önce belirtildiği üzere, yürütme yetkisine ilişkin konular olup bu konulardaki yetkilerin kullanılma usul ve esaslarına ilişkin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir. Nitekim Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>43</sup>, 104. maddede Cumhurbaşkanının yetkileri arasında sayılan milletlerarası andlaşmaların onaylanması ve bu yetkinin hangi usuller çerçevesinde kullanılacağına düzenlenmesine ilişkindir. İfade etmek gerekir ki; Cumhurbaşkanının, esasında, bu konu hakkında da

<sup>37</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 1316. Konuya ilişkin 18 Ekim 2019 tarih ve 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 20. maddesi dikkat çekicidir. Madde uyarınca, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun eki (III) sayılı Cetvele “12) Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu” satırı eklenmiştir. Belirtmek gerekir ki herhangi bir kanunda değişiklik yapılması, doğrudan yasama yetkisine dahil bir konu olup 47 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 5018 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasını öngören 20. maddesi, yürütme yetkisine ilişkin bir konuda çıkarılmadığı için açıkça Anayasa’ya aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) sayılı cetvele bazı idarelerin eklenmesini öngören 19 sayılı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesini iptal etmiştir. Mahkemeye göre; “*Kanunları değiştirmenin TBMM’nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde [kanun metninde değişiklik yapan dava konusu] kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğu açıktır.*” Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/27 (11 Haziran 2020).

<sup>38</sup> Anayasa’da bu husus “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” şeklinde yer almışsa da “*kanunda açıkça düzenlenme*” koşulunun belirsizliği de doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 1319-1320. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerde açıkça düzenlenen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağını belirtmiştir: “*KHK’ların Anayasa’nın mülga hükümlerinde belirtilen niteliği, yukarıda ifade edilen getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesinin KHK’larla ilgili içtihadı ve uygulama dikkate alındığında KHK’ların kanun hükmünde oldukları görülmektedir. Dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılamaması gerekir.*” Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/6 (23 Ocak 2020).

<sup>39</sup> Örneğin; kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliğine istinaden 26 Nisan 2022 tarih ve 31821 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’nu (Kanun No. 7405) çıkarmış olup bu Kanun’da düzenlenen konular artık yürütme yetkisinin kapsamı dışındadır.

<sup>40</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 1313.

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/84 (4 Mayıs 2023).

<sup>42</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi, “*Ceza muhakemesinin nasıl yapılacağını ve bu sürece katılan kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, dolayısıyla yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme içeren kuralın konusu itibarıyla yürütme yetkisine ilişkin olmadığı*” gerekçesiyle 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer alan ilgili düzenlemeyi iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/187 (8 Kasım 2023).

<sup>43</sup> Bkz. *Resmî Gazete* 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 9.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma gibi bir görevi ya da yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı, burada Anayasa'nın 104. maddesindeki genel yetkisi çerçevesinde konuyu Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlemeyi tercih etmiştir. Zira bu konu Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca "yürütme yetkisine ilişkin bir konu"dur. Cumhurbaşkanı, milletlerarası anlaşmaların onaylanması hakkında bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkardığı gibi örneğin; milli güvenlik politikalarının belirlenmesi görevi ya da kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılması yetkisine ilişkin de Anayasa'nın 104. maddesinden kaynaklanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini kullanmak suretiyle düzenleme yapmayı tercih edebilir. Ancak bir konunun düzenlemeye tâbi tutulması, ister istemez o konudaki takdir yetkisinin yetkinin sahibi tarafından sınırlanmasını beraberinde getireceği için<sup>44</sup> Cumhurbaşkanının 104. maddede sayılan söz konusu görev ve yetkileri hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yönünde bir tercihte bulunmak istemeyeceği de haklı olarak ileri sürülebilir<sup>45</sup>.

Cumhurbaşkanının 104. maddede sayılan yetkilerinin bazıları ise yürütme yetkisine ilişkin olmakla birlikte bu yetkilerin kullanılması, yetkilerin niteliği itibarıyla, bir düzenleyici işlemle gerçekleşmez ya da bu yetkilere ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması düşünülmez. Örneğin; Cumhurbaşkanının kanunlarla ilgili olarak, yayımlama ya da bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme dışında bir seçeneği yoktur<sup>46</sup> ve yürütme yetkisine ilişkin olsa da bu konunun bir kararnameyle düzenlenebileceğini iddia etmek gerçekçi olmaz. Benzer şekilde; Cumhurbaşkanının yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşmasını yapmasının, ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj vermesinin, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmasının ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermesinin de bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusunu oluşturması beklenmez. 104. maddedeki düzenlemelerin bir kısmı ise Cumhurbaşkanının araya bir kanun girmeksizin yine doğrudan anayasal bir yetkiyle birel nitelikte işlemler tesis edebileceğini gösterir. Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasa'dan aldığı birel işlem tesis etme yetkisinin en bariz örneği; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasıdır. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 104. maddesi uyarınca sahip olduğu birel işlem tesis etme yetkisinin kullanımına ilişkin usul ve esasları da aynı maddenin 17. fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisine, yani yürütme yetkisine dayanarak belirleyebilir.

Belirtilmelidir ki; "yürütme yetkisine ilişkin konular", Anayasa'nın 104. maddesinin 1-16. fıkralarında sayılanlarla da sınırlı değildir. Örneğin; Anayasa'nın kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı kuralını içeren 123. maddesinin 3. fıkrası dikkate alındığında kamu tüzel kişiliği kurmanın da yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu ortaya çıkar. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin 104. maddenin 17. fıkrası ve 123. maddede sayılan konular hariç konu bakımından sınırlı olmaması, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Cumhurbaşkanı tarafından anayasal sınırlamalar çerçevesinde kalmak ve Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konuda çıkarılabileceğini gösterir. Bu ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aynı zamanda yürütme

<sup>44</sup> Güneş, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, 90.

<sup>45</sup> Her ne kadar 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17/2. maddesinin (c) bendinde Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesine görev olarak "kocama sebepleri ile belirli kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin işlemler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini" bildirme yetkisi verilmiş ise de bu durum Cumhurbaşkanının cezaların hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin anayasal yetkisini sınırlandırıcı nitelikte değildir.

<sup>46</sup> Cumhurbaşkanının bu görevi Anayasa'nın 89. maddesinde açıkça düzenlenmiştir: "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar. Yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. (Ek cümle: 3/10/2001-4709/29 md.) Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Bütçe kanunları bu hükme tabi değildir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderebilir." Ayrıca Cumhurbaşkanının, yayımlamış olduğu kanunların iptali istemiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak yetkisi de mevcuttur.



yetkisinin genelliği ilkesi doğrultusunda çıkarıldığına bir işarettir. Nitekim Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlı olmadığı yönündeki bu tespite örnek gösterilebilecek şekilde çıkardığı kararnameler bulunmaktadır. Örneğin; 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>47</sup>, 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>48</sup> ya da 49 sayılı Coğrafi Bilgi Sistemleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>49</sup> anayasa koyucunun Cumhurbaşkanına yönelik herhangi bir yükümlülük yüklediği ve bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma konusunda Cumhurbaşkanının anayasal bir görevi bulunmadığı halde aslî ve genel düzenleme yetkisi kapsamında çıkarılan kararnamelerdir.<sup>50</sup> Belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanı, bu kararnameleri Anayasa'nın 8. maddesindeki yürütme "yetkisi" kapsamında ve 104. maddesinin 17. fıkrasındaki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma "yetki"sine dayanarak çıkarmıştır. Dolayısıyla bu kararnameler, Anayasa'nın 104. maddesinde sayılan görev ya da yetkiler kapsamında değil; yürütmenin aslî ve genel düzenleme yetkisi kapsamında çıkarılan kararnamelerdir. Diğer yandan söz konusu kararnameler, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen konulara ilişkin olmayıp Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen ya da hali hazırda kanunla düzenlenmiş konular hakkında da değildir. Bu durumda Cumhurbaşkanının; kanunla düzenlenen, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken, Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen ya da yargı yetkisine dahil olan konuların dışında kalan konular ile kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması işlevine ilişkin olmayan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkararak aslî ve genel nitelikte düzenlemelerle ortaya koyduğu iradenin, "yürütme yetkisine ilişkin konular"ın kapsamının ve sınırının belirlenmesi bakımından yol gösterici nitelik arz ettiği söylenebilir.

## B. Yürütme görevi

### 1. Yürütmeye anayasa koyucu tarafından verilen görev

#### a. Anayasa'nın 104. maddesi

Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemede yürütme yetkisinin ne anlama geldiği açıklanmadığı gibi yürütme görevine ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Buna karşılık

<sup>47</sup> Resmî Gazete 30474 (10 Temmuz 2018).

<sup>48</sup> Resmî Gazete 30479 (15 Temmuz 2018).

<sup>49</sup> Resmî Gazete 30941 (7 Kasım 2019).

<sup>50</sup> Bu kapsamda çıkarılan diğer kararnameler şunlardır: Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 8; Sözleşmeli ve İş Mevzuatına Tabi Personele İlişkin Bazı Düzenlemeler ile Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 30639 (28 aralık 2018), Kararname No. 25; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Meclisi Üyeliği Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31130 (17 Mayıs 2020), Kararname No. 62; Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31151 (10 Haziran 2020), Kararname No. 63; Sanayileşme İcra Komitesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31274 (14 Ekim 2020), Kararname No. 68; Fiyat İstikrarı Komitesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31527 (30 Haziran 2021), Kararname No. 74; Ekonomi Koordinasyon Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31527 (30 Haziran 2021), Kararname No. 77; Devlet Yardımlarının Uygulanması, Koordinasyonu, İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 31861 (9 Haziran 2022), Kararname No. 102; Doğal Gaz Tüketimine İlişkin Sistem Kullanım Bedelleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 32177 (1 Mayıs 2023), Kararname No. 144 ve Türkiye Okul Sporları Federasyonunun Kapatılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmî Gazete 32216 (9 Haziran 2023), Kararname No. 148.

Öte yandan Yüksek Askeri Şûranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, Yüksek Askeri Şûraya ilişkin düzenlemelerin yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında olduğunu şu gerekçelerle ifade etmiştir: "YAŞ, herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dâhil değildir. Dolayısıyla YAŞ'ın görev ve yetkilerinin CBK'yla düzenlenmesi Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında öngörülen 'Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir' şeklindeki kural kapsamında olmadığı gibi Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülen diğer konulardan da değildir. YAŞ'ın kuruluşu, üye yapısı ve görevleri gözönünde bulundurulduğunda görev, yetki ve çalışma usulünün CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır." Bkz. AYM, K. 2020/4.

Cumhurbaşkanının devletin başı ve yürütme organı olarak yerine getirmesi gereken görevler ile kullanabileceği yetkiler, Anayasa'nın Cumhurbaşkanının "Görev ve yetkileri" başlıklı 104. maddesinde sayılmıştır. Bu maddenin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin 17. fıkrasından önceki fıkralarında belirtilen konuların önemli bir kısmında ilgili işlemlerin tesis edilip edilmemesi ya da kararların alınıp alınmaması bakımından, Cumhurbaşkanının takdir yetkisi bulunmadığı görülür. Bu noktada gerek 104. maddede sayılanlardan gerekse Anayasa'nın diğer maddelerinde belirtilenlerden hangilerinin görev, hangilerinin yetki olduğunun tespiti, yürütmenin doğrudan Anayasa'dan kaynaklı görevlerinin yani yürütmenin aslı düzenleme görevinin mevcudiyetinin ortaya konulmasına yöneliktir. Burada kullanılan "aslı düzenleme görevi" ibaresi, anayasa koyucunun belli bir konudaki aslı düzenleme yetkisinin kullanılmasını bir görev olarak ve münhasıran Cumhurbaşkanına vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer yandan Cumhurbaşkanı, anayasal bir görev olarak yalnızca düzenleyici işlem değil aslı nitelikte birel işlem de tesis edebilir. Örneğin; Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları ve üst kademe kamu yöneticilerini ataması bu kapsamdadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanının 104. madde kapsamında, örneğin; Anayasa'ya aykırı görmediği kanunların ya da milletlerarası andlaşmaların yayımlanmasına yönelik tasarrufları da anayasal bir görevin ifası kapsamındadır.

104. maddede Cumhurbaşkanına görev olarak verilen ve dolayısıyla Cumhurbaşkanının yerine getirme hususunda takdir yetkisinin bulunmadığı konulara örnek olarak ise; Anayasa'nın uygulanması, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasının temini, Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanlar ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanması, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi veya milli güvenlik politikalarının belirlenerek gerekli tedbirlerin alınması verilebilir. Diğer bir deyişle Devlet başkanı sıfatıyla Cumhurbaşkanı, söz konusu görevleri yerine getirmek yükümlülüğündedir. Örnek verilen bu konular arasından üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi ise yine anayasal bir zorunluluktur.

## **b. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme görevi**

### **b.a. Yürütmenin anayasal görevi, takdir yetkisi ve bağlı yetki**

Yasama ya da yürütme organlarının, bir konunun düzenlenip düzenlenmeyeceği, bir konunun ne kadar ayrıntılı şekilde düzenleneceği ya da bir birel işlemin tesis edilip edilmeyeceği, edilecekse hangi yönde tesis edileceği hususunda doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan takdir yetkilerinin bulunması yasama ve yürütmenin "yetki" niteliği taşımasıyla ilgilidir. Buna karşılık yasama ve yürütme organları bir konuyu düzenleyip düzenlememe bakımından takdir yetkisine sahip değilse ortada bir bağlı yetki vardır ve bu bağlı yetki, yasama ya da yürütmenin bir "görev" olduğunu gösterir. Belirtmek gerekir ki; yasama organına ancak anayasa koyucu tarafından görev verilebilirken yürütmeye hem anayasa hem de kanunlarla görev verilebilir. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinin son fıkrasındaki; "*Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.*" ifadesi, Cumhurbaşkanına anayasa ile görev verilebileceği hususunun vurgulanması niteliğindedir. Öte yandan işaret etmek gerekir ki; Cumhurbaşkanına anayasa ile bir görev verildiğinde bu, yürütme organının bu görevi yerine getirmek bakımından bağlı yetki içerisinde olduğu anlamına gelir ve bu görevi yürütme organı, sınırlı da olsa, aslı nitelikteki yetkisine dayanarak tesis edeceği işlemlerle yerine getirir.<sup>51</sup>

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlandığı Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının dışında da bazı konuların açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre, bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların (md. 104/9), bakanlıkların kurulması ve kaldırılmasının, görevleri

<sup>51</sup> Nitekim Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak suretiyle "sınırlı aslı düzenleme yetkisi" kullandığı ifade edilmiştir. Bkz. Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 391.

ve yetkilerinin belirlenmesinin, teşkilat yapıları ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının (md. 106/11), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin (md. 108/3) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin (md. 118/6) Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi, yürütme organına anayasa koyucu tarafından verilmiş bir görev olup bu hususta Cumhurbaşkanının takdir yetkisi bulunmamaktadır.<sup>52</sup> Dahası, Anayasa'ya 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la<sup>53</sup> yani 2017 değişiklikleriyle eklenen geçici 21. maddede "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.*" hükmü yer almıştır. Buna göre Cumhurbaşkanının; yukarıda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlemek zorunda olduğu belirtilen konuları aynı zamanda göreve başladığı tarihten itibaren altı ay içerisinde düzenlemek mecburiyeti de bulunmaktadır.<sup>54</sup>

Bu durumda Cumhurbaşkanı, mezkûr maddelerde belirtilen düzenlemeleri yapmak bakımından bağlı yetki içerisinde olup bu düzenlemeler, araya kanun koyucunun herhangi bir iradesi girmeksizin Cumhurbaşkanının aslî nitelikteki tasarruflarıyla yürürlüğe konulacaktır. Söz konusu anayasal düzenlemeler bakımından önemle vurgulanması gereken bir diğer husus ise ilgili maddelerde yer alan konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin ayrıca ve özellikle belirtilmesinin sonucu olarak, bu konuların esasında yine Cumhurbaşkanının genel düzenleme yetkisi kapsamında düzenlenecek olmasıdır. Zira bu durumlarda Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirtilen dört konu bakımından, her ne kadar bu konulara ilişkin düzenleme yapma konusunda bağlı yetki içerisinde olsa da, yapacağı düzenlemelerin içeriğini ve kapsamını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Diğer bir ifadeyle anayasa koyucu, Cumhurbaşkanına söz konusu dört konunun düzenlenmesine ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini kullanmak bakımından bir görev vermiştir. Cumhurbaşkanı da bu görevi, bir yandan aslî düzenleme yetkisini diğer yandan ise, yapacağı düzenlemelerin içeriğini serbestçe belirleyebileceği için, genel düzenleme yetkisini kullanarak yerine getirecektir. Örneğin; Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrası gereğince bakanlıkların kurulmasına ilişkin düzenleme yapma konusunda bağlı yetki içerisinde olan Cumhurbaşkanı, hangi bakanlıkların kurulacağına, kaldırılacağına ya da isimlerinin değişeceğine takdir yetkisi çerçevesinde karar vermektedir<sup>55</sup>. Benzer şekilde; Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin görev sürelerini belirlemek, anayasa koyucu tarafından Cumhurbaşkanına verilmiş bir görev olup Cumhurbaşkanı bu sürelerin ne kadar olacağını serbestçe belirleyebilecektir. İşte Cumhurbaşkanının Anayasa'nın; 104/9., 106/11., 108/3. ve 118/6. maddeleri uyarınca yapmak durumunda olduğu düzenlemeleri içerik ve kapsam olarak tamamen takdir yetkisi çerçevesinde yapabilecek olması, bu düzenlemelerin de yürütmenin aslî ve genel düzenleme yetkisine dayandığını göstermektedir.

Cumhurbaşkanının 104. maddenin 17. fıkrası uyarınca çıkaracağı kararnamelerle Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/3. ve 118/6. maddeleri uyarınca çıkaracağı kararnameler arasındaki en önemli fark ise, 104. maddenin 17. fıkrası kapsamındaki kararnameleri çıkarıp çıkarmama hususunda da takdir yetkisine sahipken sayılan diğer maddeler uyarınca yapması gereken düzenlemeler bakımından

<sup>52</sup> Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı* 36/1, (Ağustos 2019), 156, 58 no'lu dipnot.

<sup>53</sup> *Resmî Gazete* 29976 (11 Şubat 2017).

<sup>54</sup> Nitekim 9 Temmuz 2018 tarihinde göreve başlayan Cumhurbaşkanı; 10 Temmuz 2018'de 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ni, 15 Temmuz 2018'de ise 5 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 6 sayılı Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ni çıkarmıştır.

<sup>55</sup> Bu kapsamda örneğin; 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle kurulan Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığının adı, önce aynı Kararname'de 4 Ağustos 2018 tarihinde yapılan değişiklikle "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı" olmuş; daha sonra ise yine 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yapılan 21 Nisan 2021 tarihli değişiklikle Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı şeklinde iki ayrı Bakanlık kurulmuştur. Bununla birlikte Cumhurbaşkanının Anayasa'da isimleri zikredilen; Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri ve Milli Eğitim Bakanlıklarını kurmak hususunda takdir yetkisi bulunmadığını da vurgulamak gerekir.

yalnızca düzenlemelerin içeriğine ilişkin takdir yetkisine sahip olmasıdır. Burada Cumhurbaşkanının yukarıda sözü edilen dört konuya ilişkin yapacağı düzenlemelerin aslî ve genel düzenleme yetkisine dayanmasının sebebi, bir yandan ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Anayasa arasına yasama organının iradesinin girmemesi; diğer yandan ise yapılacak düzenlemelerin içeriğine ilişkin Cumhurbaşkanının uymakla yükümlü olduğu yasal bir sınır ya da çerçevenin bulunmamasıdır. Böylelikle Cumhurbaşkanı, kendisine anayasa koyucu tarafından verilen görevleri Anayasa'nın 104. maddesinden kaynaklanan aslî ve genel düzenleme yetkisi kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarmak suretiyle yerine getirecek ve bu şekilde de yürütme fonksiyonunu hayata geçirmiş olacaktır.

### **b.b. Yasama yetkisinin genelliği karşısında yürütmenin anayasal düzenleme görevi**

Daha önce de ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yürütme organına kanunlarla düzenlenmemiş alanlarda doğrudan anayasal yetkiye istinaden düzenleme yapma imkânı verilmiştir. Bununla beraber 2017 değişiklikleriyle oluşan yeni anayasal sistemde Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında yer alan "üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunması" ilkesiyle de örtüşecek şekilde kanunların üstünlüğü korunmuştur. Bu koruma, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin genel hukuki rejiminin belirlendiği Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında; münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümlerinin uygulanacağı ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz hale geleceği şeklinde ifade edilen kurallarla sağlanmıştır. Bununla birlikte Anayasa'da açıkça ve özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği öngörülen; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri konularına ilişkin anayasa koyucunun iradesinin söz konusu konularda kanunla düzenleme yapılmaması yönünde tecelli ettiği ve dolayısıyla yasama organının bu konularda düzenleme yapmasının anayasa koyucunun iradesiyle bağdaşmayacağı ifade edilebilir.<sup>56</sup> Bu bakımdan söz konusu

<sup>56</sup> Anayasa'da bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğinin özel olarak belirtilmiş olması sonucunda bu konularda yasama organının düzenleme yapamayacağı ve bu nedenle anayasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı kararnameleri lehine bir mahfuz alan oluşturduğu görüşü doktrinde savunulmuştur. Bu görüşlerden bazıları için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 932; Turan Yıldırım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23/ 2 (Aralık 2017), 16; Halit Eyüp Özdemir, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (Nisan 2019) 275; Melikşah Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 318; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 67; Korkut Kanadoğlu "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Aralık 2018), 45; Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (Haziran 2018), 19-20; Volkan Aslan, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 287. Buna karşılık; yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda da yasama organı tarafından düzenleme yapılmasının mümkün olduğu, dolayısıyla yürütme organının mahfuz düzenleme yetkisinin bulunmadığı görüşünde olan yazarlar da mevcuttur. Bu yöndeki görüşler için bkz. Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 405; Ali D. Ulusoy, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı* 37/2 (2020), 54-55; M. Ayhan Tekinsoy, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi", *Kamu Hukukçuları Platformu Tam Metin Bildiri Kitabı*, ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, (İstanbul: On İki Levha Yayınları 2020), 403-404; Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde*, 121-123; Atay, *İdare Hukuku*, 75; Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları 2019), 141; Mehmet Artuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi* 3 (Ekim 2017), 44; Batuhan Ustabulut, *ABD ve Türkiye'de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 264-271. Konuya ilişkin doktrindeki diğer görüşler için bkz. Abdülsamet Güller, "2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Ait Mahfuz Alan Meselesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23/3 (Aralık 2021), 943-966. Bu noktada vurgulanmalıdır ki, yürütme organının münhasır/mahfuz

düzenlemelerin Anayasa'da kural olarak kanuna tanınan üstünlüğün ya da yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnası<sup>57</sup> olarak yorumlanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin verdiği bir kararda, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için getirilen sınırlamaların Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerli olduğunu vurgulamıştır.<sup>58</sup> Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi aynı kararda; *"Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir."* ifadesini de kullanmıştır. Bu bakımdan ve bu mantık çerçevesinde anayasa koyucunun bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini özel olarak öngörmesinin de bu alanın münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini istediği anlamına geldiği kolaylıkla söylenebilir. Nitekim karara muhalif kalan altı üye tarafından yazılan karşıoy gerekçesi de bu yödedir: *"Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalar, Anayasa'nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirilmiş olup, bunların aynı şekilde Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak (ayrıca) belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Zira Anayasa'da CBK ile düzenleneceği açıkça ve özel olarak düzenlenen konulara ilişkin kuralların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kimi kurallardan ayrılan hükümler öngördüğü açıktır."*

Anayasa Mahkemesinin 2023 yılında verdiği bir karar<sup>59</sup> ise, Mahkemenin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için getirilen sınırlamaların Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerli olduğu yönündeki görüşünü değiştirmesi şeklinde yorumlanabilir. Zira 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Mahkeme; *"Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlar hariç olmak üzere Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda CBK çıkarılması mümkün değildir."* tespitinde bulunmuştur. Bu tespitten ardından Anayasa Mahkemesi, *"Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yaptığı görülen ve Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlara ilişkin olmayan kuralların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal ettiği"* gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında kesin ve net bir ayırım olduğunu tespit etmiştir. Bu ayırımın sonucu olarak Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda hüküm bulunması durumunda Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemeyeceği sonucuna varılır.<sup>60</sup> Böylelikle Anayasa Mahkemesi, zımnen, Anayasa'da

---

bir düzenleme alanının bulunmadığı görüşü, örneğin; kanunla bakanlık kurulabilmesini de kapsar. Yasama ve yürütmenin sert ayrılığına dayanan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin özellikleri dikkate alındığında bu örnek, yürütme organının münhasır/mahfuz bir düzenleme alanının bulunmadığı görüşünün aslında çok kolay savunulamayacağını ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.

<sup>57</sup> Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 417; Atar, s. 196; Bayram Doğan, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/3 (Aralık 2020), 981.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/5 (23 Ocak 2020).

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/63 (5 Nisan 2023).

<sup>60</sup> Benzer yönde: *"Bu çerçevede Anayasa'nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda düzenleme yaptığı görülen ve Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlara ilişkin olmayan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal ettiği anlaşılmaktadır."* Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2021/19 (18 Mart 2021).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna eşdeğer düzenlemeler olduğunu da vurgulamış olmaktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlar arasındaki fonksiyonel ilişkiyi ortaya koymaktan uzak olduğu gibi anayasa koyucunun yasama ve yürütme organına ayrı ayrı ve özel olarak belirli konularda verdiği düzenleme görevinin anayasa koyucunun bu iradesine aykırı olarak farklı organlar tarafından yerine getirilmesi sonucunu doğuracak olması bakımından sakıncalıdır.

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin tutumunu Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulardan birini düzenleyen 5 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hakkında verdiği kararda<sup>61</sup> sürdürmüştür. Mahkeme, bu kararda öncelikle mezkûr Kararname’deki bazı kuralların Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi yasak olan dernek kurma özgürlüğüne müdahale sonucuna yol açması nedeniyle Anayasa’ya aykırı olduklarına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi, Kararname’de yer alan ve Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken kurallar hakkında ise *“kural bazı yönlerden Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular kapsamında kalmakta ise de anılan madde çerçevesinde Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuya ilişkin olduğundan kuralın Anayasa’nın 104. Maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.”* gerekçesiyle iptal isteminin reddine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği özel olarak belirtilen konular kapsamında olsa bile Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği; bununla birlikte “bazı yönlerden Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular”ın ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinde bir sakınca bulunmadığı görüşündedir. Diğer bir deyişle Anayasa Mahkemesi, konu bakımından yetki incelemesi kapsamında Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesine ilişkin benimsediği net tavrıdan 17. fıkranın üçüncü cümlesi söz konusu olduğunda uzaklaşmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, Anayasa’nın aynı maddesinin aynı fıkrası bakımından ortaya koyduğu bu yaklaşım farkını ikna edici bir şekilde açıklayamamıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceği Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen; “Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler” ile aynı fıkranın üçüncü cümlesindeki “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına” ilişkin kural arasında Anayasa Mahkemesi nezdinde nasıl bir farklılık bulunduğu izaha muhtaçtır. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin; temel hak ve özgürlüklerin münhasıran kanunla düzenlenmesini, temel hak ve özgürlüklerin dışında kalıp münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara nazaran öncelediği ve daha fazla önemsendiği yorumu yapılabilir. Diğer yandan Mahkemenin iptali istenen kuralların tamamen değil “bazı yönleriyle” Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konu kapsamına girmesi nedeniyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin mümkün olduğu görüşünde olduğu da söylenebilir. Konuya ilişkin son olarak Anayasa Mahkemesinin 17. fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri bakımından, aktarıldığı şekliyle bir ayırım yapmasının anayasa kuralları arasında bir hiyerarşinin varlığının kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, hukuken izahının mümkün olmadığı ve bir tutarsızlık doğurduğunu ifade etmek de mümkündür.

<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2021/84 (11 Kasım 2021).

### b.c. Münhasır düzenleme alanı meselesi

Bir üst başlıkta yer verilen tespitlerden çıkan sonuç, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin ardından 1982 Anayasası'nda yürütmenin doğrudan 104. maddenin 17. fıkrası doğrultusunda çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslî, genel ve gayrimünhasır nitelikteki düzenleme yetkisine dayanmasına karşılık Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konular bakımından yürütmenin düzenleme yetkisinin aslî, genel ve münhasır nitelik arz etmesidir. Bu sonuca varmak, şüphesiz, Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/3. ve 118/6. maddeleri uyarınca yapılacak düzenlemelerin bir yandan merkezi idarenin en önemli hizmet makamlarını oluşturan bakanlıklar ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşlar olan Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kuruluş, görev, işleyiş ve üyelerine; diğer yandan ise Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla ve yeni hükümet sisteminin bir sonucu olarak merkezi idarede ya da diğer bazı kamu tüzel kişilerinde görev alacak üst kademe kamu yöneticilerini atamasına ilişkin hususlar olduğu dikkate alındığında daha kolay olur. Zira yumuşak kuvvetler ayrılığından sert kuvvetler ayrılığına<sup>62</sup> geçiş niteliği taşıyan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde<sup>63</sup> yasamanın, yürütmenin teşekkülüne ve idareyi de kapsayacak şekilde, geniş anlamıyla yürütmeye görev alacak üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarına müdahale etmemesini/edememesini yeni hükümet sisteminin, dolayısıyla da kuvvetler ayrılığının yeni uygulanış biçiminin zorunlu bir sonucu olarak görmek gerekir. Aksi bir düşünce, yani yasama organının yasama yetkisinin genelliği ilkesine dayanarak Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi öngörülen dört konuda da düzenleme yapabileceği iddiası, öncelikle klasik parlamenter sistemler bakımından çok daha katı şekilde geçerli olan<sup>64</sup> yasama yetkisinin genelliği ilkesinin Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de aynı katılımda uygulanmasını savunmak anlamına gelir. Bu ise kuvvetler ayrılığı ilkesinin farklı uygulanma biçimlerinin doğurduğu sonuçları yok saymak demektir.<sup>65</sup> Halbuki 1982 Anayasası'nın "Başlangıç" kısmının 4. paragrafında "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hususu vurgulanmıştır. Kabul edilmelidir ki; 2018 yılında uygulanmaya başlanan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrasında da anayasa koyucu, yasama ve yürütme organları bakımından belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılıp yerine getirilmesine ilişkin medenî bir iş bölümü yapmıştır. Öte yandan yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi öngörülen dört konuda da yasal düzenleme yapılabileceği görüşü, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki düzenlemelerin lafzıyla da çelişki arz eder. Bu noktada yasama yetkisinin genelliği ilkesinin yasama organının istediği her konuda değil; "anayasaya aykırı olmamak kaydıyla" istediği her konuda düzenleme yapabileceği anlamına geldiği hatırlanmalıdır. Anayasa koyucu bir konu hakkında "Cumhurbaşkanı kararnamesiyle düzenlenir" hükmünü koyduktan sonra aynı konunun yasama organı tarafından düzenlenmesi, ifade edildiği üzere, anayasa koyucunun bu iradesine aykırılık teşkil eder ve yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle telif edilemez. Ayrıca kabul etmek gerekir ki; Anayasa koyucu, ilgili düzenlemelerin hem yasama organı hem de Cumhurbaşkanı tarafından yapılabileceği iradesinde olsaydı, bunu Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi açıkça ortaya koymasının önünde bir engel yoktu.<sup>66</sup> Bu

<sup>62</sup> Sert ve yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemleri hakkında bilgi için bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 635 vd.

<sup>63</sup> Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi hakkında bkz. Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 63 vd.; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 321 vd.; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 764 vd.; Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 175 vd.

<sup>64</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 298.

<sup>65</sup> Nitekim Eren, münhasır alan görüşünün, sert kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanan yeni sistemin de ruhuna uygun olduğunu belirtmiştir. Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 67.

<sup>66</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 1321-1322; Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi* 39/1 (2019), 257; Halit Yılmaz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/1 (Mart 2020), 238-239; Lokman Yeniay-Gülden Yeniay, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı Dergisi* 36/1 (2019), 113; Murat Açıl, "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76/2 (Nisan 2018), 735.

noktada Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” kuralının yasama organı bakımından da geçerli olduğu ve anayasa koyucunun açıkça ve doğrudan yürütme organına görev olarak verdiği konuların yasama organı tarafından kullanılmayacak bir devlet yetkisi olduğu da vurgulanmalıdır. Bu hususta Anayasa Mahkemesinin; yasama, yürütme ve yargı erklerinin “yetki alanları içerisindeki faaliyetlerinin zaman zaman birbirleriyle kesişmesi”nin mümkün olduğu; ancak “her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması” gerektiği yönündeki tespiti<sup>67</sup> de yasama ve yürütme organının yetkilerinin belirlenmesi bakımından belirleyici olanın, anayasa koyucunun iradesi olduğunu göstermesi açısından son derece önemlidir.

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi de, yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince TBMM'nin her konuda ve dilediği ayrıntıda kanunla düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirttiğinden sonra; “Bu bağlamda daha önce çıkarılmış bir CBK'da değişiklik yapma yetkisinin de yine Cumhurbaşkanı'na ait olduğu açıktır. ... Buna karşın kanunla CBK'da değişiklik yapılması mümkün değildir, zira bu durum CBK çıkarma yetkisini Cumhurbaşkanı'na tanıyan Anayasa'nın 104. maddesiyle bağdaşmamaktadır.” gerekçesiyle dava konusu kuralın iptaline hükmetmiştir.<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesinin bu tespiti, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin mutlak şekilde geçerli olmadığı görüşünde olduğunu ve kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde değişiklik yapılamamasını, söz konusu ilkenin bir istisnası olarak değerlendirdiğini gösterir. Öte yandan Mahkemenin aynı kararda yer verdiği; “Bu kapsamda TBMM'nin CBK'nın düzenlediği bir konuyu da kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur.” cümlesi ise Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının son cümlesi kapsamında, TBMM'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda kanun çıkarma yetkisine yönelik bir tespit olarak anlaşılmalıdır. Ancak TBMM'nin Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlediği bir konuyu kanunla düzenleyebilmesi için bu konuların Anayasa'da açıkça ve özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin öngörülmemiş olması gerekir. Zira kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde değişiklik yapılamamasında olduğu gibi Anayasa'da açıkça ve özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konuların kanun koyucu tarafından düzenlenememesi de, anayasa koyucunun açık iradesi sonucu, yasama yetkisinin genelliğinin istisnası kapsamındadır.

### **b.ç. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler**

Anayasa Mahkemesinin gerek 1 ve 4 sayılı gerekse diğer Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde yer alan düzenlemelere ilişkin verdiği kararlar dikkate alındığında Anayasa'nın ikinci kısmının “kişinin hakları ve ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan; maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı<sup>69</sup>, mülkiyet hakkı<sup>70</sup>, suç ve cezalara ilişkin esaslar<sup>71</sup>, dernek kurma özgürlüğü<sup>72</sup>, kişisel verilerin korunması hakkı<sup>73</sup> ya da “siyasî haklar ve ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan dilekçe ve bilgi edinme

<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2013/84 (4 Temmuz 2013).

<sup>68</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/153 (13 Eylül 2023).

<sup>69</sup> AYM, K. 2023/187.

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılamayacağı yönündeki kararlarının önemli bir kısmı, ilgili personele yapılacak mali ve sosyal hak ve yardımlar ile huzur hakkı ödenmesine ilişkindir. Kararlardan bazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/180 (26 Ekim 2023); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2024/8 (18 Ocak 2024); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/150 (13 Eylül 2023); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/149, (13 Eylül 2023); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/134 (26 Temmuz 2023); AYM, K. 2022/138; AYM, K. 2022/147; Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/165 (29 Aralık 2022); Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/134 (26 Temmuz 2023). Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerine kamulaştırma ya da korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarının tespiti yetkisi tanınması, imar planları, arsa ve arazi düzenlemeleri ve yapı ruhsatı verilmesi gibi konuların da mülkiyet hakkına ilişkin olması gerekçesiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. AYM, K. 2023/180; Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/158 (13 Aralık 2022).

<sup>71</sup> AYM, K. 2022/158.

<sup>72</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/163 (29 Aralık 2022).

<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/223 (27 Aralık 2023); AYM, K. 2023/180; Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/11 (25 Ocak 2023); AYM, K. 2022/165; AYM, K. 2022/163; AYM, K. 2022/147; AYM, K. 2022/138.



hakkı<sup>74</sup> gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin, velev ki Anayasa'nın özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini öngördüğü konularda çıkarılan kararnameler olsun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılamayacağı görüşünde olduğu anlaşılır.

Anayasa Mahkemesi, 2023 yılında verdiği bir kararda ise Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında yer alan *"Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir."* kuralı çerçevesinde bir inceleme yapmıştır. Mahkeme, bu karar sonucunda Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının sanayi ürünlerinin idari ve teknik düzenlemelere ve Türk standartlarından gerekli gördüklerine uygunluğunu üçüncü kişilere denetletmesine imkân tanıyan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünü Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir. Mahkemenin gerekçesi, her ne kadar 47. madde Anayasa'nın ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde yer alması nedeniyle 104. maddenin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek alanda kalsa da, mezkûr maddede kamu hizmetlerinin gördürülme usulünün münhasıran kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi olmuştur. Bu karar, Anayasa'nın ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan bir konunun da her zaman Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceğini; dolayısıyla 17. fıkranın ikinci cümlesinin, ancak münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konu bulunmadığı sürece Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebilecek alanı kapsadığını göstermektedir. O halde; Anayasa'da münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin 104. maddenin 17. fıkrasının ikinci cümlesine; sosyal ve ekonomik hak ve ödevler kapsamında yer alan konulara ilişkin çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise aynı fıkranın üçüncü cümlesine uygun olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin ise üst kademe kamu yöneticisi olup olmama bakımından bir ayrıma gitmektedir. Zira Anayasa'nın 104/9. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda örneğin; kamu hizmetine girme hakkı kapsamında yer alan kaymakam adaylığına atanma şartlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek yasak alan içinde kaldığı gerekçesiyle 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilgili hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.<sup>75</sup> Benzer şekilde Mahkeme, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde<sup>76</sup> yer alan ve kamu görevlilerinin niteliklerini ve atanma şartlarını düzenleyen kurala ilişkin verdiği bir kararında, iptali istenen kuralların Anayasa'nın 128. maddesi gereğince münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu düzenlediği gerekçesiyle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir.<sup>77</sup> Buna karşılık Anayasa Mahkemesi,

<sup>74</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2024/9 (18 Ocak 2024).

<sup>75</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/65 (5 Nisan 2023): *"Kamu hizmetine girme ve hizmete alınmada hangi nitelik ve şartların aranacağı Anayasa'nın 70. maddesi kapsamındadır. Kural, kamu görevi niteliğinde olan kaymakam adaylığına atanma için aranan şartlara ilişkin olduğundan kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu itibarla kural CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır."* Aynı yönde: AYM, K. 2024/8; AYM, K. 2023/180.

<sup>76</sup> Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 4.

<sup>77</sup> AYM, K. 2022/138. Aynı yönde: AYM, K. 2024/8; AYM, K. 2023/180; Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/198 (30 Kasım 2023). Ayrıca: *"Dava konusu kuralda ise Başkanlık personelini atamaya yetkili merci düzenlenmekte olup personel alım şartlarına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu itibarla kural, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenleme niteliğinde olmadığından, Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesi yasaklanan "Siyasî Haklar ve Ödevler" kapsamında bir düzenleme öngörmemektedir.*

*...Zira bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilatı, görev ve yetkileri düzenlenirken söz konusu kamu tüzel kişiliğinin görevlerini yürütecek personelin atama usulünün de düzenlenmesi kamu tüzel kişiliğinin kurulmasının zorunlu bir sonucu olarak görülebilir. Dolayısıyla 657 sayılı Kanun ve 375 sayılı KHK hükümlerine göre Başkanlıkta istihdam edilecek olan personeli atamaya yetkili merciin CBK ile belirlenmesinin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."* Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2020/56 (15 Ekim 2020).

rektörlüğe atanma için aranan şartlara/niteliklere ilişkin kuralın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle getirilmiş olmasının ise; gerek Anayasa'nın ikinci kısmının "siyasi haklar ve ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamında yer alması gerekse Anayasa'nın 130/6. maddesi uyarınca münhasıran kanunla yapılması gereken bir düzenleme olmasına rağmen Anayasa'nın 104/9. maddesinde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesinin özel olarak ve açıkça ifade edilmiş olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bir yönünün bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>78</sup>

### c. Cumhurbaşkanlığı teşkilatının cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması

Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasında "*Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.*" hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda çıkarılan ve 10 Temmuz 2018 tarih ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bakanlıkların yanı sıra; Cumhurbaşkanlığı makamı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı yardımcıları ve Cumhurbaşkanına vekâlet, Cumhurbaşkanlığı politika kurulları ve Cumhurbaşkanlığı ofisleri de düzenlenmiştir. Öte yandan Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların hangileri olduğu da yine 1 sayılı Kararname'de belirtilmiştir. Kararname'nin 37. maddesine göre bu kurum ve kuruluşlar; Devlet Arşivleri Başkanlığı, Devlet Denetleme Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı ile Türkiye Varlık Fonudur. 37. maddedeki düzenlemede bu kurum ve kuruluşların Cumhurbaşkanlığına bağlı olduğu ve ilgili kanunlardaki ve/veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki hükümlere tâbi oldukları belirtilmiştir. Söz konusu kurum ve kuruluşlar arasında yer alan; Diyanet İşleri Başkanlığı<sup>79</sup>, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı<sup>80</sup> ve Türkiye Varlık Fonu<sup>81</sup> kanunla düzenlenmiştir. Bu kurum ve kuruluşların dışında kalanlardan; Savunma Sanayi Başkanlığı<sup>82</sup> Anayasa'nın 123. maddesinin 3. fıkrasının Cumhurbaşkanına verdiği yetkiye istinaden kamu tüzel kişiliği kurularak, Devlet Denetleme Kurulu<sup>83</sup> ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği<sup>84</sup> Anayasa'da açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörüldüğü için, diğerleri<sup>85</sup> ise yürütme yetkisinin genelliği ve Cumhurbaşkanının takdir yetkisi doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı teşkilatını ve Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşları sadece 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle değil 2018 yılının Temmuz ayında çıkardığı diğer kararnamelerle de kurduğu görülür.

Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi öngörülen konular arasında Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kurulmasının bulunmaması ve buna karşılık Anayasa'da açıkça düzenleme görevi verilmediği halde Cumhurbaşkanının, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle

<sup>78</sup> AYM, K. 2022/163.

<sup>79</sup> Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, *Resmî Gazete* 12038 (2 Temmuz 1965) Kanun No. 633.

<sup>80</sup> Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, *Resmî Gazete* 18210 (3 Kasım 1983), Kanun No. 2937.

<sup>81</sup> Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, *Resmî Gazete* 29813 (26 Ağustos 2016), Kanun No. 6741.

<sup>82</sup> Savunma Sanayii Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 7.

<sup>83</sup> Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 5.

<sup>84</sup> Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30479 (15 Temmuz 2018), Kararname No. 6.

<sup>85</sup> Bu kararnameler şunlardır: Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30480 (16 Temmuz 2018), Kararname No. 11; Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30480 (16 Temmuz 2018), Kararname No. 12; Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30488 (24 Temmuz 2018), Kararname No. 13 ve İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30488 (24 Temmuz 2018) Kararname No. 14.

kendisine yardımcı ya da bağlı kuruluşları/birimleri de belirlemesi doktrinde ele alınmıştır.<sup>86</sup> Bu durumu, Cumhurbaşkanına bakanlıkların kurulması, kaldırılması vb. konulara ilişkin görev veren anayasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak esasında merkezi idarenin merkez teşkilatının tamamının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulması yönünde bir iradeye sahip olduğu şeklinde yorumlamak gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanının, bakanlıkların yanı sıra Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar ile bakanlıklara bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, teşkilatlanması, görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeleri de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapabileceğini belirtmiştir.<sup>87</sup>

Diğer yandan Cumhurbaşkanlığı teşkilatını da düzenleyen 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin, bakanlıklarla ilgili kısımları hariç, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki genel yetkiye dayanılarak çıkarıldığı da savunulabilir. Bu durumda ise 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ilgili hükümlerinin Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına ilişkin genel sınırlamalara uyularak yürürlüğe konulduğu sonucuna varılır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bakanlıklarla ilgili hükümler hariç 104. maddenin 17. fıkrasındaki genel yetkiye istinaden çıkarıldığı kabul edildiğinde ise kanun koyucunun yasama yetkisinin genelliğine dayanarak Cumhurbaşkanlığı teşkilatına ilişkin yasal düzenleme yapmak suretiyle yani Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle aynı konuda kanun çıkararak, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin bir bölümünü hükümsüz kılabilceği sonucu ortaya çıkar. Böyle bir sonuç, yani yasama organının Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kurulmasına ilişkin yasal düzenleme yapması ise, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde, yasanın yürütmenin alanına müdahale etmesi anlamına gelir. Gerek yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 8. ve 104. maddesi gerekse de Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle hayata geçirilen yasama ve yürütmenin sert ayrılığı ilkesi karşısında yasanın yürütmenin alanına bu şekilde bir müdahalesinin kabul görmeyeceği açıktır.

#### **ç. Bazı kamu tüzel kişileri ve idari birimler hakkındaki düzenlemelerin cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması**

Cumhurbaşkanı tarafından farklı tarihlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle bazı kurum, kurul, komite ve başkanlıklar kurulmuş ve söz konusu kararnamelerle bu idari birimlere çeşitli görev ve yetkiler verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kapsamda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında açılan iptal davalarını, bilhassa Anayasa'nın 123. maddesini esas alarak sonuçlandırmıştır.<sup>88</sup>

Anayasa Mahkemesi; Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu<sup>89</sup>, Sanayileşme İcra Komitesi<sup>90</sup>, Fiyat İstikrarı Komitesi<sup>91</sup> ve Ekonomi Koordinasyon Kurulu<sup>92</sup> hakkında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine

<sup>86</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, 1324-1325; Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: İlk Gözlemler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2018), 630; Yılmaz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin", 256.

<sup>87</sup> "Bu kapsamda CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. ... Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir." AYM, K. 2020/82; "CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, bakanlıklara bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceğinin evleviyetle kabul edilmesi gerekir." AYM, K. 2022/138.

<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesi, 34 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin tümünün iptaline hükmettiği kararında ise dava konusu Kararname'nin, Anayasa'nın "Hâkimlik ve savcılık mesleği" başlıklı 140. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular ihtiva ettiği gerekçesine dayanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/229 (28 Aralık 2023).

<sup>89</sup> Coğrafi Bilgi Sistemleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 30941 (7 Kasım 2019), Kararname No. 49.

<sup>90</sup> Sanayileşme İcra Komitesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, *Resmî Gazete* 31274 (14 Ekim 2010), Kararname No. 68.

<sup>91</sup> Fiyat İstikrarı Komitesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname No. 74.

<sup>92</sup> Ekonomi Koordinasyon Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kararname No. 77.

ilişkin açılan iptal davalarında, öncelikle bu kurulların; *“kuruluşu, görevleri ve üye yapısı dikkate alındığında merkezi idare içinde yer alan, kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı veya herhangi bir bakanlık teşkilatına dâhil olmayan kendine özgü bir idari birim”* olduklarını vurgulamıştır.<sup>93</sup> Yine aynı kararlarda; Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu, Sanayileşme İcra Komitesi, Fiyat İstikrarı Komitesi ve Ekonomi Koordinasyon Kurulunun, Anayasa’nın 106. maddesinin 11. fıkrasında yer alan *“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”* şeklindeki kural kapsamında olmadığı ve bu kurulların düzenlenmesinin Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği özel olarak öngörülen diğer konular arasında da bulunmadığı belirtilmiştir. Bu tespitler sonucunda Anayasa Mahkemesi; Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu, Sanayileşme İcra Komitesi ve Ekonomi Koordinasyon Kurulunun görev ve yetkilerinin belirlenmesine ilişkin hükümler içeren kurulların Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı olduklarına ve iptallerine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 74 sayılı Fiyat İstikrarı Komitesine Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hakkında yaptığı inceleme sonucunda ise *“Dava konusu CBK, idari teşkilat içerisinde yeni bir birimin doğrudan kuruluşu ile görev ve yetkilerine ilişkin olup belirtilen hususlar Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmelidir. Bu itibarla CBK ile Anayasa’nın 123. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.”* gerekçesiyle ise Kararname’nin tümünü iptal etmiştir.<sup>94</sup>

Anayasa Mahkemesi, 38 sayılı Kapadokya Alan Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>95</sup> hakkında yaptığı inceleme sonucunda ise ilk olarak Başkanlığın, Kültür ve Turizm Bakanlığının ilgili kuruluşu olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişiliği olduğunu vurgulamıştır.<sup>96</sup> Mahkeme, daha sonra ise Anayasa’nın 123. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan bu Kuruma ilişkin personel istihdamıyla ilgili düzenlemelerin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.<sup>97</sup> Kararda ayrıca; *“bir kamu tüzel kişiliğinin gerçek anlamda kurulduğundan bahsedebilmek için görevleri, teşkilat yapısı gibi unsurların da belirlenmesi gerekmektedir. Teşkilat yapısı, görevleri, çalışma usulü gibi konular düzenlenmeden bir kamu tüzel kişiliğinin faaliyette bulunması düşünülemez.”* tespitinde bulunulmuştur. Buna karşılık *“gelirlerinin belirlenmesi”* hususunun bir kamu tüzel kişiliğinin teşkilatlanmasının zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilemeyeceğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, Başkanlığın gelirlerinin Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrası uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek 38 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nde yer alan dava konusu kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir.<sup>98</sup>

<sup>93</sup> Bu kararlar sırasıyla; AYM, K. 2022/147, Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/61 (1 Haziran 2022), Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/60 (1 Haziran 2022) ve Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2021/105 (30 Aralık 2021).

<sup>94</sup> AYM, K. 2022/60.

<sup>95</sup> Bkz. Resmî Gazete 30791 (1 Haziran 2019).

<sup>96</sup> Anayasa Mahkemesi, bakanlıklarla tüzel kişiliği haiz bağlı ve ilgili kuruluşları arasındaki ilişkinin idari vesayet olması nedeniyle bu ilişkinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. AYM, K. 2023/223. Aynı yönde: AYM, K. 2023/180.

<sup>97</sup> AYM, K. 2022/158. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/11 (9 Kasım 2023); AYM, K. 2022/138; AYM, K. 2022/158. Anayasa Mahkemesi başka bir kararda konuya ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: *“Anayasa’da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzel kişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılması mümkündür. Diğer yandan kadro ile teşkilat arasında yakın bir ilişki olup kadro belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilemeyeceğinden CBK ile kurulan kamu tüzel kişilerinin kadro ihdasları da CBK ile düzenlenebilir.”* AYM, K. 2023/63. Aynı yönde: AYM, K. 2020/25. Buna karşılık aynı kararda Mahkeme, *“...ihdas edilmiş olan bu kadrolarda istihdam edilecek personelin nitelikleri, atanmaları, özlük işleri gibi onların statülerine yönelik hususlar doğrudan idarenin teşkilat yapısı, kuruluş ve görevleri ile ilgili ve onların zorunlu bir unsuru olmayıp aslen ve esasen Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında kamu hizmeti görevlilerinin hukukunu ilgilendiren, başka bir deyişle personel rejimine ilişkin meseleler olduğundan Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konular kapsamında kalmamaktadır.”* şeklinde bir gerekçe sunmuştur.

<sup>98</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2023/51 (22 Mart 2023). Aynı yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2024/28 (1 Şubat 2024); AYM, K. 2023/223; AYM, K. 2023/11; AYM, K. 2023/149.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir diğer karar ise 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hakkındadır.<sup>99</sup> Mahkeme bu kararında; kamu tüzel kişiliğinin kurulmasının Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesini ayrıca ve özel olarak öngördüğü konulardan olduğunu hatırlatarak, *"Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca CBK ile kurulan bir kamu tüzel kişisinin hangi hizmet alanında faaliyet göstereceğine, hukuki statüsüne, teşkilat yapısına, görev ve yetkilerine yönelik düzenlemelerin CBK ile yapılması mümkündür. Anılan Kurumun münhasıran kanunla düzenleneceğine dair bir anayasal hüküm de olmadığından, dava konusu diğer kurallarda öngörülen hususların da Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır."* gerekçesine yer vermiştir. Mahkeme, bu gerekçeye dayanarak kamu tüzel kişiliğini haiz Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun kuruluşunun kanunla yapılmamasının Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, son olarak 8 sayılı Yüksek Askerî Şûranın Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin<sup>100</sup> 6. maddesinde yer alan *"Yüksek Askerî Şûranın sekreteryaya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür."* şeklindeki düzenleme hakkında verdiği kararda ise Yüksek Askerî Şûra'nın (YAŞ) sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin Cumhurbaşkanınca belirlenmesini öngören kuralın, Anayasa'nın ikinci kısım birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kapsamında olmadığını vurgulayarak şu tespitlerde bulunmuştur:

*"YAŞ, herhangi bir bakanlığın merkez veya taşra teşkilatına dâhil değildir. Dolayısıyla YAŞ'ın görev ve yetkilerinin CBK'yla düzenlenmesi Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında öngörülen "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" şeklindeki kural kapsamında olmadığı gibi Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak öngörülen diğer konulardan da değildir. YAŞ'ın kuruluşu, üye yapısı ve görevleri gözönünde bulundurulduğunda görev, yetki ve çalışma usulünün CBK ile düzenlenmesinin Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisi kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.*

*... Kuralla herhangi bir idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin düzenlenmesi söz konusu olmayıp YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanı'na yetki verilmektedir. Kurala göre Cumhurbaşkanı, mevcut idari yapılanma içinde faaliyet gösteren bir birimi YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütmesi amacıyla görevlendirecektir. Dolayısıyla YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi, Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü kapsamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir."*

Anayasa Mahkemesi, 8 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ndeki iptal istemine konu olan YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerinin yürütülmesini sağlayacak merciin Cumhurbaşkanınca belirlenmesine ilişkin kuralın, Anayasa'nın idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini öngören 123. maddesi kapsamında olmadığı görüşündedir. Buna karşılık Mahkeme; Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kurulu, Sanayileşme İcra Komitesi, Fiyat İstikrarı Komitesi ve Ekonomi Koordinasyon Kurulu hakkında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde doğrudan kamu tüzel kişiliği bulunmayan bir idari birimin görev ve yetkilerinin belirlenmesi söz konusu olduğundan bu düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, YAŞ'ın kuruluşu, üye yapısı ve görevleri dikkate alındığında YAŞ'a ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanının yürütme yetkisi kapsamında olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada Şûra'nın; Başkent'te kurulmuş olması, tüzel kişiliğinin bulunmaması, üyelerinin

<sup>99</sup> AYM, K. 2023/63.

<sup>100</sup> Bkz. Resmî Gazete 30479 (15 Temmuz 2018).

Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakanlar, Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanları olması ve kararlarının Cumhurbaşkanının onayıyla tekemmül edeceği hususları birlikte düşünüldüğünde yürütme organının bünyesinde ve fakat idarenin dışında kalan, merkeze yardımcı bir yapı olduğunu söylemek mümkündür. Böylelikle YAŞ hakkındaki düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatının kurulması kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmasında hukuken bir engel olmadığı sonucuna varılır. Diğer yandan belirtmek gerekir ki, burada önemli olan Cumhurbaşkanının kamu tüzel kişiliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanlığı ya da bir bakanlık teşkilatı içinde yer almayan bir birimi YAŞ'ın sekretarya hizmetlerinin yürütülmesini sağlamakla görevlendiremeyecek olmasıdır. Zira böyle bir görevlendirmenin gerçekleşmesi, Anayasa'nın, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini öngören 123. maddesine aykırı olacaktır.

## 2. Yürütmenin kanunları ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerini uygulama görevi

### a. İkincil nitelikte bir görev olarak yürütme

Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceğine ilişkin kural, yürütme görevi söz konusu olduğunda bu görevin hem Anayasa'ya hem kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gerektirir. Yürütme görevinin Anayasa'ya uygun olarak yerine getirilmesine ilişkin açıklamalara daha önceki başlıklar altında yer verilmişti. Yürütme görevinin bir diğer yerine getirilme şekli ise bu görevin Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca kanunlara uygun olarak yerine getirilmesidir. Burada yürütme görevinin 2017 değişikliklerinden sonra artık Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de uygun şekilde yerine getirilmesi gereken bir görev haline geldiği gözden kaçmamalıdır. Diğer yandan Anayasa'nın 104. maddesinin son fıkrasında ise Cumhurbaşkanının, Anayasa'da ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getireceği ve yetkileri kullanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemede ilk olarak Cumhurbaşkanına Anayasa'yla verilen görevler ile kanunlarla verilen görevler ayrımı yapıldığı görülür. Cumhurbaşkanına Anayasa'yla verilen görevlere ilişkin daha önce yapılan açıklamalara ek olarak herhangi bir açıklama yapmaya gerek olmasa da Cumhurbaşkanına kanunla verilen görevler bakımından; bu görevlerin ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı<sup>101</sup> nitelikte olması nedeniyle Cumhurbaşkanının yalnızca kanunlarla değil Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen görevleri de yerine getireceğinin mezkûr fıkra da belirtilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

Diğer yandan; Anayasa'nın 104. maddesinin 18. fıkrasında Cumhurbaşkanının, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği belirtilmiştir. Ne var ki, Anayasa'nın 124. maddesinde ise Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının sadece kanunları değil aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de uygulamak görevi vardır. Nitekim bu yönde bir düzenleme 102 sayılı Devlet Yardımlarının Uygulanması, Koordinasyonu, İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin<sup>102</sup> 10. maddesinde mevcuttur. Madde şu şekildedir: “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.*”<sup>103</sup> Görüldüğü üzere Cumhurbaşkanı, mezkûr Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanmasını yönetmelik çıkararak sağlamakla görevlidir. Gerçekten de

<sup>101</sup> Güran, yasama organının “yapıcı”, yürütme organının ise “tamamlayıcı” nitelikte kural koyma yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz. Sait Güran, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1337, Cezaevi Matbaası, 1969), 408.

<sup>102</sup> Bkz. *Resmî Gazete* 31861 (9 Haziran 2022).

<sup>103</sup> Benzer bir düzenleme 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 12. maddesinde de bulunmaktadır: “*Hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esasları, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkilere uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.*”

Cumhurbaşkanının bir kanunu ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesini uygulamak ya da kendisine kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle verilen bir görevi, yani yürütme görevini yerine getirmek istediğinde bunu, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle değil; ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisine dayanarak yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararı yahut genelge gibi idari işlemlerle yapması gerekir.

Cumhurbaşkanının, 124. madde uyarınca sadece kanunların değil aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabilecek olmasının bir gereği ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin doğurduğu bir sonuç olarak Anayasa'nın 8. maddesi ile 104. maddesinin 18. ve son fıkralarında da bu yönde değişikliklerin yapılması gerekir. Böylece Anayasa'da yürütme görevinin kanunların yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de uygun olarak yerine getirilen bir görev olduğu vurgusunun söz konusu değişikliklerle güçlendirilmesi sağlanmış olur.

Diğer yandan yürütmenin 2017 Anayasa değişikliklerinden önce de sahip olduğu “görev” niteliği, bir yönüyle, kanuna dayalı ve kanunun uygulanmasına ilişkin ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisini ifade etmektedir. Bu bağlamda 2017 anayasa değişikliklerinin ardından örneğin; Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasında kullanılan “yürütme görevi” ifadesinin<sup>104</sup>, esasında, kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasına yönelik bir göreve işaret ettiği kabul edilmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki; yürütme görevi bu yönüyle idare tarafından, idari işlemlerle ve idari fonksiyon kapsamında yerine getirilen bir görev olarak karşımıza çıkar. Öyleyse kanunlarda yer alan ve bazı konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği yönündeki kuralların incelenmesi gerekir. Örneğin; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 9 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 703 sayılı KHK<sup>105</sup> ile değişik 33. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir: “*Kadrolar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde gösterildiği şekilde düzenlenir.*” Bu düzenlemenin Resmî Gazete'de yayımlanmasından bir gün sonra 10 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete'de 2 sayılı “Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” yayımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki; 703 sayılı KHK, anayasa değişikliklerine uyum amacıyla çıkarılan bir KHK olup 2 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de yeni hükümet sisteminin ilk Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden biridir. Bu nedenle örnekteki durumun mazur görülerek hukuki açıdan herhangi bir sorun teşkil etmediği kabul edilebilirse de normal şartlarda kanun koyucunun Cumhurbaşkanını herhangi bir konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaya zorlayacak, yani Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıp çıkarmama konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kaldıracak şekilde bir yasal düzenleme yapmasının Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasıyla bağdaşmayacağı da açıktır.<sup>106</sup> Zira kanun koyucu, Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yönünde bir görev ya da talimat veremez. Kanun koyucu ancak “idare”ye bir görev verebilir. Bu ise Cumhurbaşkanının, yalnızca, yürütme organı değil idare vasfıyla hareket ettiğinde, yani yürütme işlemleri değil idari işlemler tesis ettiğinde, diğer bir ifadeyle idari fonksiyon ifa ettiğinde mümkün olabilir. Dolayısıyla bu durumlarda Cumhurbaşkanının yürütme “yetkisi” kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil; yürütme “görevi” kapsamında idari işlem tesis etmesi gerekir.

Bununla birlikte 2017 Anayasa değişikliklerinden önce 5018 sayılı Kanun'a<sup>107</sup> 2015 yılında eklenen bir hükümlerle<sup>108</sup>, Cumhurbaşkanına Anayasa'nın mülga 107. maddesindeki konuların<sup>109</sup> dışında da

<sup>104</sup> 125. maddenin 4. fıkrası şu şekildedir: “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.*”

<sup>105</sup> Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, *Resmî Gazete* 30473 (9 Temmuz 2018), Kararname No. 703.

<sup>106</sup> Aslan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin”, 157.

<sup>107</sup> Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, *Resmî Gazete* 25326 (24 Aralık 2003).

<sup>108</sup> Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, *Resmî Gazete* 29327 (15 Nisan 2015), Kanun No. 6639, md. 39

<sup>109</sup> Mülga 107. madde şu şekildeydi: “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*”

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle<sup>110</sup> düzenleme yapma yetkisi tanınmıştı. Kanun'un 24. maddesine eklenen son fıkra şu şekildeydi: *"Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödenekler bakımından ikinci ve üçüncü fıkralar kapsamında yer alan hususlar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile belirlenir ve uygulanır."* Düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın mülga 107. maddesi bakımından yaptığı incelemede yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılık içermediği sonucuna şu gerekçelerle varmıştır: *"Anayasa'nın 107. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği kurala bağlanmıştır."*

*... Anayasa'nın 107. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin düzenleme yetkisi aslî bir yetki olarak Cumhurbaşkanlığına tanınmış ise de bu hüküm, Anayasa ve ilgili kanunlarla Cumhurbaşkanına verilen görevler kapsamında TBMM tarafından Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun, Cumhurbaşkanının görev alanına giren konularla ilgili yukarıda belirtilen çerçevede Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisi tanınması Anayasa'nın 107. maddesine aykırı olmaz."*<sup>111</sup>

Kanun koyucu, 5018 sayılı Kanun'da yapmış olduğu değişiklikle Anayasa'nın 107. maddesine ek olarak Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödeneklerin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenmesini ve uygulanmasını öngörmüştür. Kanun koyucunun bu tasarrufuna konu ödenek belirleme ve uygulama faaliyetinin Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemleriyle aynı kapsamda ve dolayısıyla Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmesi gereken bir konu olduğu; bu nedenle de herhangi bir hukuka aykırılık içermediği söylenebilir. Kaldı ki; mülga 107. maddede yalnızca belirli konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği hususu yer almamıştır. Bu durumda yasama organının yasama yetkisinin genelliği doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı bütçesindeki ödeneklerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenmesi ve uygulanmasına yönelik yapmış olduğu yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı yanı bulunmadığına işaret edilmelidir. Bununla birlikte bu noktada asıl vurgulanması gereken; 2017 değişikliklerinden önce anayasa koyucunun Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenleme konusunda genel bir "yetki" değil belirli bir konuda düzenleme "görevi" vermiş olmasıdır. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı, mülga 107. maddede belirtilen konuları düzenlemekle görevlendirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak, 2017 değişikliklerinden sonraki dönemde olduğu gibi bir yetki olsaydı; yani anayasa koyucu, Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarıp çıkarmama konusunda bir takdir yetkisi tanımış olsaydı kanun koyucunun belirli konuların Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesine yönelik yaptığı yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği savunulabilirdi. Bu noktada ifade edilmelidir ki; Cumhurbaşkanına hem anayasayla hem de kanunlarla görev verilebilecekken yalnızca anayasayla aslî ve genel nitelikte bir yetki tanınması söz konusu olabilir. Zira aslî ve genel nitelikte düzenleme yapma gücü ancak anayasa koyucunun iradesiyle elde edilebilir.

## **b. İkincil nitelikteki yürütme görevi ve yürütmenin idari işlemleri**

Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasındaki *"Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez."* cümlesi içerisinde kullanılan "yürütme görevi" ifadesi de, hem Anayasa'nın "İdare" başlığı altında yer alması hem de idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimine ilişkin olması nedeniyle idari fonksiyonu ilgilendirir. Gerçekten de "kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilen" bir görev ancak "idare" tarafından, ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki bir yetki kullanılarak yerine getirilebilir. Burada konunun daha iyi anlaşılmasına

<sup>110</sup> Mülga 107. maddede düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında bkz. Salih Taşdoğan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65 (Eylül 2016), 937-966.

<sup>111</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2017/8 (18 Ocak 2017).



katkı sunması adına 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine yer vermek isabetli olur. Bu maddede Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemeye çok benzeyen ve bunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin işlevini daha isabetli şekilde tespit eden önemli bir düzenleme mevcuttur: *"İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler."* Maddedeki yürütme görevinin hem kanunlarda hem de, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasından farklı olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesine dair yapılan vurgu, yürütmenin yalnızca kanunlara değil Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de dayanılarak ifa edilen bir görev olduğunu ortaya koyar. Bu durumda yürütme görevinin, idareye kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tarafından verilen, idari fonksiyonun yerine getirilmesine yönelik bir görev olabileceği ve bu görevin de idarece ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisi kullanılarak yerine getirilebileceği ortaya çıkar. Buna karşılık daha önce de ifade edildiği üzere anayasa koyucu tarafından Anayasa'nın 104/9., 106/11., 108/3. ve 118/6. maddelerinde olduğu gibi doğrudan Cumhurbaşkanına verilen görevler ise yine aslî ve genel nitelikteki düzenleme yetkisine istinaden çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yerine getirilir.<sup>112</sup> Dolayısıyla yürütme, bir görev olduğunda; ya Anayasal bir görev olarak Cumhurbaşkanı tarafından aslî ve genel düzenleme yetkisine dayanılarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ya da Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri tarafından ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisine istinaden idari işlemlerle yerine getirilen bir devlet faaliyeti olarak karşımıza çıkar.

Burada vurgulanması gereken bir diğer husus; idarenin düzenleme yetkisini kullanırken bu yetkinin aslî nitelik taşımasını engelleyecek şekilde araya giren iradenin<sup>113</sup>, idarenin düzenleme yetkisinin aynı zamanda genel bir yetki olmasını da engellediğidir. Zira idari işlemin kanunla arasındaki ilişkide, idari işlemin dayanağını oluşturan ve uygulanmasını sağlamak üzere idari işlemin tesis edildiği yasal düzenleme, öncelikle idarenin düzenleme yetkisinin ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikte olmasını sağlar. Ayrıca yasama organının söz konusu iradesi, idarenin düzenleme yetkisinin ancak kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kullanılabilir olması nedeniyle genel nitelik taşımasının önündeki engel olarak ortaya çıkar.<sup>114</sup>

Yürütmenin işlemlerinin işlevi, niteliği ya da konusunun yanında önem arz eden bir diğer husus ise yargısal denetimleridir. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından yapılırken Cumhurbaşkanı kararlarının, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlerin ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlerin yargısal denetimi Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılır. Gerçekten de aslî düzenleme yetkisine dayanılarak tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminin ancak anayasaya uygunluk denetimi olabileceği ve bu nedenle bu denetimin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabileceği açıktır. Buna karşılık ikincil, türev, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisi doğrultusunda tesis edilen idari işlemler ise ancak idari yargı mercileri tarafından yapılacak kanunilik denetimine tâbi olabilir. Söz konusu denetimin idari yargı

<sup>112</sup> Anayasa Mahkemesi de 2022 yılında verdiği bir kararda; *"Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeven konularda yasamanın aslîliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır."* tespitini yaparken, esasında, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmenin türev, ikincil ve bağlı nitelikteki düzenleme yetkisinin istisnasını teşkil eden aslî nitelikteki yetkiye dayalı işlemler olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2022/99 (8 Eylül 2022).

<sup>113</sup> Bu irade, yasama organının ya da, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından, Cumhurbaşkanının ortaya koyduğu irade olabilir.

<sup>114</sup> İfade etmek gerekir ki bu durum, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile idari işlemler arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir.

yerleri tarafından yapılacak olması, anayasa yargısı ile idari yargı arasındaki farkı ortaya koyması bakımından da önem arz eder.

Cumhurbaşkanının kanunlardan ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden kaynaklanan yürütme görevi kapsamında tesis ettiği işlemlerin; yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararı ya da genelge, vb. olabileceği; Anayasa'dan kaynaklanan yürütme görevine ilişkin konularda ise Anayasa'nın açık hükmü gereği yalnızca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması gerektiğine işaret edilmişti. Cumhurbaşkanının kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmaması gerekliliği bakımından 93 sayılı Sulama Birlikleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin<sup>115</sup> üzerinde durmak gerekir. Zira söz konusu Kararname'nin 1. maddesinde Kararname'nin amacının; 8 Mart 2011 tarih ve 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'na tâbi olarak faaliyetlerini yürütmekte olan sulama birliklerinin belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. 2. maddede ise "6172 sayılı Kanun hükümlerine istinaden faaliyette bulunan sulama birlikleri ekli (1) sayılı Cetvelde gösterilmiştir." cümlesi yer almıştır. Her ne kadar 6172 sayılı Kanun'da doğrudan Cumhurbaşkanına verilen bir görev bulunmasa da Cumhurbaşkanının 93 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile aslî bir düzenleme yaptığını söylemek isabetli olmaz. Zira 93 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 6172 sayılı Kanun'la ilişkisi açıktır. Bu sebeple mezkûr Kararname, gerek kanunla ilişkisi gerekse kararnameyi çıkaran organ itibarıyla Anayasa'nın mülga 115. maddesinde<sup>116</sup> düzenlenen ve parlamenter sistemde yürütmenin diğer kanadını oluşturan Bakanlar Kurulu tarafından tesis edilebilecek bir düzenleyici işlem olan tüzüklere benzemektedir. Gerçekten de tüzükler, Bakanlar Kurulu tarafından kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılan düzenleyici işlemlerdir. Bu kapsamda ilk olarak 93 sayılı Kararname'nin yürütme organı tarafından 6172 sayılı Kanun'un uygulanmasını göstermek üzere çıkarıldığı ortaya konulmalıdır. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin temel özellikleri ve bu kapsamda yürütme organının tüzük çıkarma yetkisinin kaldırılmış olması göz önünde bulundurulduğunda Cumhurbaşkanının, yürütme görevi kapsamına giren bu konuyu kararname çıkararak değil; ancak yönetmelikle ya da Cumhurbaşkanlığı kararıyla yürürlüğe koymasının daha isabetli olacağını ifade etmek gerekir.

## II. Yürütmenin Yasama Fonksiyonu Kapsamındaki İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Aslî nitelikteki yetkiye istinaden genel, soyut ve objektif kurallar konularak yerine getirilen yasama fonksiyonu, yasama organının şekli anlamda kanun çıkarmak suretiyle somutlaştırdığı bir devlet faaliyetidir.<sup>117</sup> Yürütmenin en önemli işlevlerinden biri ise kanunların uygulanmasını sağlamaktır. Diğer yandan yasamanın düzenleme alanıyla yürütmenin düzenleme alanının birbirinden açık ve net bir şekilde ayrılmasını sağlayacak bir ölçüt mevcut olmadığı gibi bu iki alanın sınırları değişkenlik arz edebilmektedir.<sup>118</sup> Yasama ve yürütme yetkisinin sınırlarının anayasa metinlerinde ya da anayasal sistemlerde kesin bir şekilde tespiti mümkün olmadığından devlet faaliyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesinin ancak yasama ve yürütme yetkisinin birlikte, ahenkli ve dengeli bir şekilde kullanılmasıyla gerçekleşebileceği ifade edilmiştir.<sup>119</sup>

<sup>115</sup> Bkz. *Resmî Gazete* 31755 (19 Şubat 2022).

<sup>116</sup> Mülga 115. madde şu şekildeydi: "Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır."

<sup>117</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 893, 895; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 207-208.

<sup>118</sup> Lûtfi Duran, "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30/3-4 (1964), 477.

<sup>119</sup> Bkz. Paul Louis-Lucas, *La loi*, Recueil Dalloz, 7 Octobre 1964, 32 e Cahier, Chronique, XXIX, p. 197 – 204'ten aktaran: Duran, "İdare Alanının", 477.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise, daha önce ifade edildiği üzere, yasama organı tarafından çıkarılan şekli bir kanunun bulunmadığı bir alanda Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki sınırlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından aslı ve genel düzenleme yetkisine dayanılarak tesis edilen işlemlerdir. Yasama fonksiyonunun, en kısa tanımıyla, ilk elden yani aslı nitelikte kurallar konulması olduğu dikkate alındığında; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi anlamda yasama fonksiyonuna dahil olan ve şekli bir kanunun bulunmadığı durumlarda kanun gücünü taşıyan genel, soyut ve objektif nitelikte işlemler olarak tesis edildiğini söylemek mümkündür.<sup>120</sup> Bu konuda; *"Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez."* hükmünü içeren Anayasa'nın 153. maddesinin 2. fıkrası dikkat çekicidir. Anayasa koyucu, bu düzenlemede Anayasa Mahkemesinin bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kısmen veya tamamen iptaline hükmederken kanun koyucu gibi hareket edemeyeceğini vurgularken, esasında, Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarırken kanun koyucu gibi hareket ettiğine işaret etmiştir. Aksi takdirde 153. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemede; kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesini kısmen veya tamamen iptal eden Anayasa Mahkemesinin "kanun koyucu ya da yürütme organı" gibi hareket edemeyeceğine ilişkin bir ifadenin yer alması gerekirdi. Diğer yandan maddi anlamda yasama fonksiyonuna dahil sayılabilecek bir işlem olması, elbette Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini kanun hükmünde yapmaz. Zira kanunlarda değişiklik yapma gücüne sahip olmayan ve dahası aynı konuda bir kanun çıktığında hükümsüz kalacak bir düzenlemenin kanun hükmünde olamayacağı açıktır. Nitekim Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasında da, yasama yetkisinin asıl sahibi olarak kanun koyucunun iradesinin üstünlüğüne, tıpkı Anayasa'nın "Başlangıç" kısmında yer alan "üstünlük Anayasa ve kanunlardadır" ifadesinde olduğu gibi, net bir şekilde dikkat çekilmiştir. Yasama organı, takdir yetkisini kullanıp Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda bir düzenleme yapmak istediğinde ya da henüz Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmemiş bir konuda düzenleme yaparak o alanı yürütme organına kapatmayı tercih ettiğinde bu üstünlüğünü tartışmasız bir şekilde ortaya koymuş olur.

Olağan dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi bakımdan yasama fonksiyonuna dahil olduğu düşüncesi, kanun koyucunun iradesini henüz ortaya koymadığı bir alanda Cumhurbaşkanının aslı bir yetki kullanarak belirli anayasal sınırlar dahilinde de olsa genel düzenleme yetkisine dayanarak işlem tesis etmesiyle alakalıdır. Zira yasama fonksiyonunun diğer bir belirleyici özelliği, bu fonksiyonun genel nitelikte bir yetkinin kullanılmasıyla ifa ediliyor olmasıdır.<sup>121</sup>

Anayasa Mahkemesinin 2010 yılında verdiği bir kararda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin maddi anlamda yasama fonksiyonu kapsamında kabul edilebileceği görüşüne dayanak oluşturabilecek mahiyette önemli bir tespit bulunulmuştur: *"Kuvvetler ayrılığı ilkesi, sadece yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülebilmesini de içerebilir."*<sup>122</sup> Bu tespit doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir uygulanma biçimini oluşturacak şekilde; yasama fonksiyonunun belli sınır ve koşullar çerçevesinde yürütme organı tarafından da kullanılabilmesinin bir örneğini teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, yasama kuvvetinin anayasa koyucu tarafından kuvvetler ayrılığına uygun şekilde yasama ve yürütme organları arasında "bölüşürülmesinin" bir sonucu olarak görülmesini sağlayabilir.

Diğer yandan konuya ilişkin olarak Anayasa'nın 124. maddesine de dikkat çekilmelidir. Bu madde uyarınca Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri yürütme görevi kapsamında kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamaya yönelik yönetmelikler çıkarabileceklerdir. Burada ilk olarak vurgulanmalıdır ki; 124. madde uyarınca yönetmelik çıkarma

<sup>120</sup> Eren, "Anayasa Mahkemesinin", 68; Kanadoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", 642.

<sup>121</sup> Tanör-Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 300.

<sup>122</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 2010/87 (7 Temmuz 2010).

yetkisini haiz organ, makam ya da tüzel kişiler, aslî ve genel nitelikteki yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan düzenlemelerin uygulanmasını sağlamaya ilişkin bir görev olarak yürütme görevini yerine getirmektedir. Bu nedenle yönetmelikler bakımından; “uygulanması sağlanacak” bir diğer aslî norm olması nedeniyle de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlarla aynı noktada olduğu söylenebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütme tarafından yasama fonksiyonu kapsamında çıkarılan işlemler olması, bu işlemlerin aslî ve genel nitelikte yetkiye dayanılarak çıkarılmasıyla alakalıdır. Diğer bir ifadeyle Anayasa’nın 153. maddesinde olduğu gibi 124. maddesinde de kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin birlikte zikredilmesi, bir yandan idari fonksiyonun ifası aşamasında kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, idarece uygulanması gereken aslî norm olarak eş düzeyde olduğunu, diğer yandan ise Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa’ya uygun şekilde yürürlükte olduğu sürece yasama fonksiyonuna dahil işlemler olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte tekraren belirtmek gerekir ki; Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kanunlarda değişiklik yapılamayacağı gibi yasama yetkisinin asıl sahibi olan TBMM de, aynı konuda kanun çıkararak Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz bırakabilme güç ve imtiyazına, Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesi özel olarak öngörülen konular hariç, her zaman sahiptir.

Anayasa’nın 119. maddesinin 6. fıkrası<sup>123</sup> uyarınca olağanüstü hal dönemlerinde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda ve Anayasa’nın 104. maddesindeki sınırlamalara tâbi olmaksızın çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Anayasa’daki açık düzenleme gereği kanun hükmündedir.<sup>124</sup> Kanun hükmündeki bu kararnamelerle kanunlarda değişiklik yapılması ya da kanunların ilgası mümkündür. Ne var ki Resmî Gazete’de yayımlanıp aynı gün TBMM’ye sunulması gereken bu kararnameler, Anayasa’nın 119. maddesinin 7. fıkrası<sup>125</sup> uyarınca üç ay içinde TBMM’de görüşülüp karara bağlanmadığı takdirde yürürlükten kalkacaktır. O halde Cumhurbaşkanının olağan dönemlerde çıkardığı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin; olağanüstü hallerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak kanunlarda değişiklik yapma gücünü haiz olmadığını ve TBMM’nin onayına sunulması gerekmediğini; bununla birlikte olağanüstü hal dönemlerindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle benzer şekilde aslî ve genel nitelikte bir düzenleme olması cihetiyle yasama fonksiyonuna ilişkin bir işlem olduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna karşılık olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılan kanun hükmündeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Cumhurbaşkanına kanunlarda değişiklik yapma ya da kanunları ilga etme imkânı tanıyan ve TBMM’nin onayına sunulan yasama fonksiyonuna ilişkin işlemlerdir. Belirtmek gerekir ki; olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılan bu kararnamelerle kanunların tamamen ya da kısmen yürürlükten kaldırılması ve TBMM’nin de onayına sunulan bu kararnameleri reddetme durumu ortaya çıkabilir. Bu ihtimalde yürürlükten kaldırılan yasal düzenlemeler yasama organının yeni bir iradesi olmaksızın kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceğinden, TBMM’nin ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak adına ivedilikle harekete geçmesi gerekecektir.

## Sonuç

2017 anayasa değişiklikleriyle beraber yürürlüğe giren Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin getirdiği en önemli yenilik, yürütme organının artık olağan dönemde aslî ve genel nitelikte düzenleme yapabiliyor olmasıdır. Söz konusu değişikliklerle Anayasa’nın 8. maddesinde yürütmenin yetki ve görev niteliğine ilişkin bir değişiklik olmamakla beraber 104. maddenin 17. fıkrasında düzenlenen

<sup>123</sup> 119. maddenin 6. fıkrası şu şekildedir: “*Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.*”

<sup>124</sup> Duran, yürütme organının olağan üstü dönemlerde kullanacağı düzenleme yetkisinin “özerk” ve “yasama”dan öte “anayasa yapıcı” güce ulaştığını vurgulamıştır. Bkz. Duran, “Düzenleme Yetkisi”, 37.

<sup>125</sup> 119. maddenin 7. fıkrası şu şekildedir: “*Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.*”

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmenin “yetki” niteliğinin, yani yürütmenin kanundan bağımsız, kanunun türevi ya da tamamlayıcısı niteliğinde olmayan aslı düzenleme yapma yetkisinin tezahürü mahiyetinde işlemler tesis edebilme gücünün somutlaşması anlamına gelir. Belirtmek gerekir ki; olağan dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, herhangi bir kanuna dayanmayan ve bir kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılmayan; buna ek olarak da olağan dönemlerde TBMM’nin onayına sunulmadan tesis edilen tek yürütme işlemidir. Diğer bir ifadeyle; 2017 Anayasa değişikliğinden önce yürütmenin olağan dönemlerdeki türev, ikincil, bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki düzenleme yetkisinin istisnasını yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerine ilişkin çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi oluşturmaktayken, 2017 değişikliklerinden sonra Anayasa’nın 104. maddesi başta olmak üzere ilgili diğer maddeleri uyarınca çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmeye aslı ve genel nitelikte düzenleme yapma imkânı ve gücü kazandırmıştır. Böylelikle yürütmenin; kanunların ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasına yönelik bir “görev” olmasının yanı sıra kanunla düzenlenmemiş bir alanda ya da bir kanunun uygulanması işlevinden ayrı şekilde doğrudan aslı nitelikte işlemler tesis edilerek kullanılan bir “yetki” olma vasfı güçlendirilmiştir.

Diğer yandan 2017 değişiklikleriyle; en bariz özelliği yasama ve yürütmenin sert bir şekilde ayrılması olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin bu özelliğinin aksine yürütme organına Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarmak suretiyle yasama yetkisinin aslılık ve genellik özelliklerini taşıyan işlemler tesis etme imkânı verilmiştir. Dahası, bu değişikliklerle yürütme organına, her ne kadar kanunlarda değişiklik yapma gücüne sahip olmasa da, kanunla düzenlenmemiş bir alanda kanun koyucu gibi hareket ederek yasama fonksiyonu kapsamında sayılabilecek işlemler tesis etme gücü kazandırılmıştır. 2017 değişiklikleriyle yetki niteliği kuvvetlendirilen yürütme organının tesis edeceği bu işlemler; yürütme yetkisinin aslılığının yanı sıra “yürütme yetkisinin genelliği” ve “yürütme yetkisinin devredilmezliği” ilkeleri doğrultusunda yürürlüğe konulan işlemler olacaktır. Bunun sonucunda ise yürütmenin, sahip olduğu güç ve yaptığı düzenlemelerin hukuki etkisi bakımından yasamaya yaklaşması/benzemesi sağlanmıştır. Ancak bu yaklaşma ve benzeme durumu; yasama yetkisinin asıl sahibi olan yasama organına Anayasa’da sayılan belli konular hariç Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hükümsüz bırakma yetkisi tanınmak suretiyle ve ancak yasama organının izin verdiği ölçüde gerçekleşebilecek şekilde tasarlanmıştır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki; 2017 değişikliklerinden sonra gerçekleşen bu yürütmenin yasamaya yaklaşması/benzemesi durumu, yürütmenin belirli koşullar dahilinde de olsa yasamadan bağımsız ve aslı yetki kullanan bir devlet organı olma vasfının güçlenmesini de beraberinde getirmiştir. Yürütmenin organ olma vasfının güçlenmesi sonucunda “yürütme ve idare” ayrımı daha anlamlı ve somut bir hâl almıştır. Bu daha anlamlı ve somut hâl ise Anayasa’nın çeşitli maddelerinde “yürütme organı ve idare makamı” şeklinde vurgulanan ayrımın yanı sıra “yürütme işlemi ve idari işlem” ayrımının da daha belirgin bir noktaya gelmesini temin etmiştir.

Bu noktada yeni anayasa çalışmaları kapsamında; Anayasa’nın 104/18. maddesinde değişiklik yapılarak Cumhurbaşkanının, kanunların yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelikler çıkarabileceği hususu 104. maddeye eklenmelidir. Bu yönde bir değişiklik, Anayasa’nın 104/18. maddesiyle 124. maddesi arasındaki uyumun sağlanması bakımından önemlidir. Buna ilaveten; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinde Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde yapılan değişiklikte aynı doğrultuda, Anayasa’nın 125. maddesinin 4. fıkrasında da değişikliğe gidilmelidir. Böylelikle idari yargı denetiminin kapsamı anayasa koyucu tarafından; yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak biçimde yargı kararı verilemeyeceği şeklinde güncellenmelidir.

Anayasa’da; üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların (md. 104/9), bakanlıklara ilişkin ilgili maddede (md. 106/11) sayılan konuların, Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (md. 108/3) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin

teşkilatı ve görevlerinin (md. 118/6) Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenmesinin öngörülmesi ise yasama yetkisinin genelliğine anayasa koyucu tarafından getirilen bir istisna olarak değerlendirilmelidir. Diğer yandan Anayasa'da yer verilen dört konuda münhasır düzenleme yetkisini elinde bulunduran yürütme organı bakımından ilgili konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi, aynı zamanda anayasal bir görev niteliğindedir. Bunun sonucunda yürütme görevinin, anayasa koyucunun yürütme organına belirli konularda aslı nitelikte düzenleme yapmak şeklinde verilen bir görev olma yanının da bulunduğu dikkat çekilmelidir. Son olarak; anayasa koyucunun yukarıda sayılan maddelerdeki düzenlemelerin açıkça Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmasını öngörmesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca yaptığı "iş bölümü" kapsamında Cumhurbaşkanına verdiği bir görev olarak ele alınması gerekliliği de vurgulanmalıdır.

## Kaynakça

- Açıl, Murat. "2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76/2 (Nisan 2018), 725-756. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2018.76.2.0024>.
- Akıymaz, Bahtiyar vd. *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, 2023.
- Ardıçoğlu, Mehmet Artuk. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi". *Ankara Barosu Dergisi* 3 (Ekim 2017), 19-51. <https://doi.org/10.30915/abd.463699>.
- Arıkan, Cengiz. *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2011.
- Aslan, Volkan. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Aslan, Volkan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine". *Anayasa Yargısı* 36/1 (Ağustos 2019), 139-161.
- Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2022.
- Atar, Yavuz. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi". *Anayasa Yargısı Dergisi* 39/1 (2019), 241-259.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 9. Baskı, 2023.
- Barın, Taylan. *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Başgil, Ali Fuad. "Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim", *Prof. Rektör Cemil Bilsel'e Armağan*. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1939, 19-99.
- Doğan, Bayram. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 28/3 (Aralık 2020): 965-1003. <https://doi.org/10.15337/suhfd.715113>.
- Duran, Lûtfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lûtfi. "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4/1-3 (1983), 33-42.
- Duran, Lûtfi. "İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırı". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 30/3-4 (1964), 466-492.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Orion Kitabevi, 8. Baskı, 2014.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Eren, Abdurrahman. "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi". *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 1-72.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Türkiye – Amerika Birleşik Devletleri Mukayesesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Güller, Abdülsamet. *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Türkiye ve Fransa Mukayesesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

- Güller, Abdülsamet. "2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Ait Mahfuz Alan Meselesi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 23/3 (Aralık 2021), 943-966. <https://doi.org/10.26745/ahbvuidfd.1015455>.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1. Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2020.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, Cilt 1. Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2019.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2019.
- Güneş, Turan. *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1965.
- Güran, Sait. *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1337, Cezaevi Matbaası, 1969.
- Kanadoğlu, Korkut. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Aralık 2018), 637 - 650.
- Kıratlı, Metin. "1924 ve 1961 Anayasalarında İdarenin Kuruluşu (Bir Karşılaştırma)", *Türk İdare Dergisi* 44/341 (Mart-Nisan 1973), 3-28.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 19. Baskı, 2019.
- Özdemir, Halit Eyüp. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi". *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (Nisan 2019), 265-282.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Şirin, Tolga. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Tanör, Bülent – Yüzbaşıoğlu Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 19. Baskı, 2019.
- Taşdöğen, Salih. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65 (Eylül 2016), 937-966. [https://doi.org/10.1501/Hukfak\\_0000001827](https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001827).
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 18. Baskı, 2014.
- Tekinsoy, M. Ayhan "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi", *Kamu Hukukçuları Platformu Tam Metin Bildiri Kitabı*, ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020, 389-413.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gereççeli)*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021.
- Ulusoy, Ali D. "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme". *Anayasa Yargısı* 37/2 (2020), 31-66.
- Ustabulut, Batuhan. *ABD ve Türkiye'de Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Çerçevesinde Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Ülgen, Özen. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 (Haziran 2018), 3-39.
- Yasin, Melikşah. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri". *Anayasa Yargısı*, 36/1 (2019), 315-333.
- Yeniay, Lokman-Yeniay, Gülden. "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi". *Anayasa Yargısı* 36/1 (2019), 105-138.



Yıldırım, Turan. “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23/ 2 (Aralık 2017), 13-28.

Yıldırım, Turan (Ed.). *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 8. Baskı, 2020.

Yılmaz, Halit. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78 (Mart 2020), 225-263. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0008>.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Türkiye 'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*. İstanbul: Beta Yayınları, 1996.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Adalet Sisteminde Kanunla İhtilafa Düşen Çocuklar: Çocuk Suçluluğu, Kurumlar, Süreçler, Yasalar

*Children in Conflict with the Law in the Criminal Justice System of the Turkish Republic of Northern Cyprus: Juvenile Delinquency, Institutions, Processes and Laws*

Osman Kayabaşı 

Dr. Başmüfettiş, KKTC Polis Genel  
Müdürlüğü, Kuzey Kıbrıs Türk  
Cumhuriyeti  
osmankayabasi@yahoo.com



Geliş Tarihi/Received: 31.05.2022  
Kabul Tarihi/Accepted: 04.05.2023  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
16.07.2024

**Öz:** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Meclisi tarafından 1996 yılında kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Onay) Yasası'nın yürürlüğe girmesi ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme KKTC iç hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşme, yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulmasını öngörmektedir. Bu çalışma ile "KKTC'de yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulmuş mudur?" sorusuna cevap aranmıştır. Bu çerçevede çalışmada, kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik yasalar, yasaları uygulamakla görevli kurumlar ve söz konusu kurumlarda pratikte yaşanan süreçler incelenmiştir. Çalışma bulguları; KKTC'de yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulmadığını, çocuklara yönelik adalet sisteminin doğasının reaktif ve ceza odaklı olduğunu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmedeki değerlerin sistemde yer alan kurumlar tarafından yeterince içselleştirilemediğini ortaya çıkarmıştır. Bu bulgulara dayanarak çalışmanın sonunda, KKTC'de çocuk adalet sisteminin oluşturulması için bir dizi çözüm önerisinde bulunulmuş ve bunun için reform yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanunla İhtilafa Düşen Çocuklar, Çocuk Adalet Sistemi, Çocuk Suçluluğu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, KKTC

**Abstract:** The Convention on the Rights of the Child (Approval) Law, which was approved by the Assembly of the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) in 1996, made the Convention on the Rights of the Child part of TRNC domestic law. The Convention urges the establishment of a separate juvenile justice system from the adult system. The purpose of this research is to find a response to the question, "Has the TRNC established a separate juvenile justice system from the adult justice system or not?" Within this framework, the laws pertaining to children in conflict with the law, the organisations in charge of upholding the laws, and the procedures followed by these organisations are all examined. The study revealed that a separate juvenile justice system could not be developed in the TRNC because the juvenile justice system is reactive and punishment-oriented, and the values in the Convention on the Rights of the Child have not yet been internalised by the institutions in the system. Based on these findings, varieties of suggestions for establishing a separate juvenile justice system in the TRNC are presented at the end of the study, and the need for reform is emphasised.

**Keywords:** Children in Conflict with the Law, Juvenile Justice System, Juvenile Delinquency, Convention on the Rights of the Child, TRNC

### Extended Abstract

The aim of this study is to find a response to the question, "Has the TRNC established a separate juvenile justice system from the adult justice system or not?" In this context, the place of children in conflict with the law in the TRNC criminal justice system has been examined from the perspective of the Convention on the Rights of the Child. Firstly, the legal regulations in TRNC regarding children in conflict with the law were focused on. While this is being done, the concept of child; it has been observed that the Children's Law covers those under the age of 18, and the Juvenile Offenders Law covers those under the age of 14. In addition, the criminal liability of children was examined in the

Criminal Code, and in this context, it was found that the age limit for criminal liability is seven, contrary to the perspective of the Convention on the Rights of the Child.

According to the Convention on the Rights of the Child, every human being is a child until the age of eighteen. In TRNC, different age categories appear in different laws. In the Children's Law, "a person who has not reached the age of eighteen" is defined as a child, and in the Juvenile Offenders Law; "a person under the age of fourteen" is defined as a child. Although "child" is not defined in the TRNC Penal Code, the age at which children can be held criminally responsible is set at age of seven. Defining children according to different age limits in different laws in the TRNC causes confusion in practices regarding children and causes the principle of the best interest of children not to be given due importance. In this context, TRNC legislation should be made consistent with the Convention on the Rights of the Child, and necessary regulations should be made in all relevant laws to ensure that every person up to the age of 18 is considered a child.

Based on the perspective of the Convention on the Rights of the Child, the necessary regulation should be made in the 14th article of the TRNC Penal Code, titled the criminal liability of children, and the lower age limit for holding children criminally responsible should be increased from 7 to at least 12; the upper age limit should be increased from 12 to 18.

Then, the regulations of the Juvenile Offenders Law, Probation of Offenders Law and the Children's Law regarding children in conflict with the law were examined in this study. It has been observed that the laws in question came into force in the British period before 1960 and are still in force in the TRNC with minor changes. In addition, to the institutions specified in these laws, such as remand home and approved places of residence, it has been observed that, again from the perspective of the Convention on the Rights of the Child, institutions such as educational institutions do not exist in the TRNC, so children who are in conflict with the law and can be sent to these institutions may have to be sent to prisons where adults are located.

The laws in force in the TRNC regarding children in conflict with the law date back to the period when Cyprus was under British rule, and when viewed from the perspective of the Convention on the Rights of the Child, it is seen that the laws in question are insufficient to meet the needs of children in conflict with the law and do not address juvenile delinquency from a contemporary perspective.

Later in the study, the institutions of the system that children in conflict with the law are exposed to in the TRNC and the processes to which they are subjected are analyzed. It was emphasized what processes await children who are in conflict with the law in the Police Organization, Attorney General's Office, Courts, Social Services Department, Bar Association and Central Prison institutions, respectively. It has been determined that the criminal justice system, rather than educating children who are in conflict with the law and reintegrating them into society, has a feature that harms them psychosocially and prepares the environment for them to commit crimes again. However, the aim of a juvenile justice system to be established from the perspective of the Convention on the Rights of the Child is to handle the issue with a child-focused approach, to prevent crime and re-crime in this context, and to ensure the reintegration of the child who is in conflict with the law into society.

The study revealed that a separate juvenile justice system could not be developed in the TRNC because the juvenile justice system is reactive and punishment-oriented, and the values in the Convention on the Rights of the Child have not yet been internalised by the institutions in the system. Based on these findings, varieties of suggestions for establishing a separate juvenile justice system in the TRNC are presented at the end of the study, and the need for reform is emphasised.

## Giriş

Suç olgusu, toplumların tüm kesimlerini derinden etkilemekte, bu olgudan en çok da çocuklar etkilenmektedirler. Küreselleşmenin hız kazanması ile birlikte bilim insanlarının, uygulayıcıların ve eğitimcilerin çalışma alanına giren suç ve çocuk suçluluğu olguları, uluslararası kuruluşları da bu yönde çalışmalar yapmaya ve uluslararası sözleşmeler yaparak hak temelli bir çocuk anlayışı geliştirmeye yönlendirmiştir. 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”,<sup>1</sup> çocuk haklarının korunması yönünden bir dönüm noktası olmuştur.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, taraf devletlerin iç hukuk kurallarına göre imza edilerek, taraf devletler tarafından bir yasayla onaylandıktan sonra bu devletleri bağlayıcı nitelik kazanmaktadır. Sözleşme, çocuk haklarını tek bir metinde düzenli bir şekilde derlemiş ve aynı zamanda bağımsız bir çocuk adalet sisteminin dayanağını oluşturan çocuk hakları hukukunun da temelini atmıştır. Sözleşme ile birlikte 1990’lı yılların ortalarından itibaren çocuk koruma yaklaşımı ile aile hizmetleri yaklaşımının güçlü taraflarını alarak bütüncül bir perspektif ortaya koyan çocuk gelişimi yaklaşımı - modern çocuk koruma anlayışı- ortaya çıkmıştır.<sup>2</sup>

Modern çocukluk paradigmasının ortaya çıkışıyla birlikte, çocukların nesne değil özne olduğu, özel muamele ve korunma ihtiyaçları olduğu kabul edilerek çocukların korunması sorumluluğu yetişkinlere verilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi ile çocuk haklarının korunması amaçlanarak taraf devletlerin çocuk haklarını yaşama geçirmeleri için sözleşmede belirtilen yükümlülükler uyma zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

14 Eylül 1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”<sup>3</sup>, iç hukukla ilgili prosedür tamamlandıktan sonra 27 Ocak 1995 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi’nde yayımlanarak Türkiye iç hukukunda yürürlüğe girmiştir. Türkiye’deki gelişmeleri yakından takip eden KKTC’de de 1996 yılında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, KKTC Meclisi tarafından bir onay yasası ile onaylanmış, ardından Cumhurbaşkanı tarafından KKTC Resmi Gazetesi’nde yayımlanmak suretiyle KKTC iç hukukuna kazandırılmıştır.<sup>4</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi onaylayan bir devlet, uluslararası hukuka göre Sözleşme’yi uygulamakla yükümlüdür.<sup>5</sup>

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin Türkiye iç hukukuna kazandırılmasının ardından, Türk hukuk sisteminde reformlar yapılarak yeniden yapılanma sürecine girilmiştir. Bu sürecin çıktısı olarak 2003-2005 yılları arasında, çocukların ceza hukuku karşısındaki durumlarını, yargılanmalarına ilişkin kuralları, çocuklar hakkında verilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına yönelik hükümleri de içerecek şekilde yasal düzenlemeler yapılmış ve çocuk adalet sistemini düzenleyen birçok yenilik getirilmiştir. Türkiye’de çocuk hukukuyla ilgili olarak esas köklü reformun ise 2005 yılında çıkarılan Çocuk Koruma Kanunu<sup>6</sup> ile gerçekleştirildiği söylenebilir. Türkiye’de Çocuk Koruma Kanunu ile ilgili olarak 2005 yılından 2011 yılına kadar merkezi düzeyde koordinasyonun sekretaryası görevini yürüten Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, Çocuk Koruma Kanunu’nda belirtilen tedbirlerin yürütülmesine ve koordinasyonun sağlanmasına yönelik görevlerini, 2011 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının kurulması üzerine bu bakanlığın Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğüne devretmiştir. 2013 yılında hem 2013-2017 yıllarını kapsayan “Ulusal Çocuk Hakları Strateji Belgesi ve

<sup>1</sup> Convention on the Rights of the Child (CRC), United Nations, (20 November 1989), General Assembly Resolution 44/25, Entry into Force 2 September 1990.

<sup>2</sup> Türkiye’de Çocuklar için Adalet Projesi, *Çocuk Adalet Sistemi Çalışanları Eğitim Programı, Hukukçular için Eğitim Kitabı* (Ankara: BNB Ltd. Şti., 2013), 18.

<sup>3</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHDS), *TC Resmî Gazete 22184* (27 Ocak 1995), Karar No. 94/6423.

<sup>4</sup> KKTC hukukuna göre usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar sadece yasa hükmünde olmakla kalmayıp bu antlaşmalar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağından, bu tür antlaşmalar Anayasa ile aynı seviyededir ve diğer yasalardan üstündür. (KKTC Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 3/2006 (D 3/2006) (21 Haziran 2006). 22.

<sup>5</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları 2001- 2006, *ICC Çocuk Hakları Serisi 3.*, Ankara, 2006, iv.

<sup>6</sup> Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), *TC Resmî Gazete 25876* (15 Temmuz 2005), Kanun No. 5395.

Eylem Planı” hem de çocuk koruma hizmetlerinde Türkiye modeli belirlenerek 2014-2019 yıllarını kapsayan stratejik amaçları ve hedefleri içeren “Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi” yürürlüğe girmiştir.

Türkiye’de yaşanan bu değişim ve dönüşüme bakıldığı zaman, doğal olarak Türkiye’yi örnek alarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi Türkiye’den bir yıl sonra iç hukukunun bir parçası haline getiren KKTC’de de bu yönde gelişmelerin olması beklenir. Kaldı ki Türkiye’den çok önce, kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik olarak Kıbrıs’ta 1935 yılında Juvenile Offenders Law (Çocuk Suçluları Yasası) yürürlüğe girmişti. Fakat aradan uzun yıllar geçmesine rağmen halen KKTC’de ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulamamıştır.

Devlet Planlama Örgütünün 2011 yılı verilerine göre KKTC’de yaşayan 286,257 kişiden 62,892’si 18 yaşın altındadır.<sup>7</sup> 2011-2020 yılları arasında KKTC Mahkemelerinde yargılanıp mahkûm olan 16 yaşından küçük çocuk sayısı 823’tür.<sup>8</sup> 2022 yılında KKTC Mahkemelerinde yargılanıp suçlu bulunan 16 yaşından küçük çocukların işledikleri suçlar ile mahkeme kararlarının türüne göre dağılımı Tablo 1’de verilmiştir.

**Tablo 1.** 2022 Yılında KKTC Mahkemelerinde Yargılanıp Suçlu Bulunan 16 Yaşından Küçük Çocukların İşledikleri Suçlar ile Mahkeme Kararlarının Türüne Göre Dağılımı

İşlenen suçun türü	Hapislik cezası	Para cezası	Kefalet senedi nazara alınan	Nezaret altına alınan	Sinama	Toplam
Adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs, vahim yaralama, darp, tecavüz vb.	0	1	6	0	0	7
Silah veya patlayıcı madde taşıma, bulundurma, kullanma vb.	0	0	1	0	0	1
Soygun yapmak, ev dükkân açmak, sirket, tasarruf vb.	2	1	13	0	0	16
Kavgada yer almak, rahatsızlık, kasti hasar vb.	0	2	4	0	2	8
Uygunsuz hareket	1	1	3	0	0	5
Trafik ve diğer suçlar	0	0	3	2	0	5
Toplam	3	5	30	2	2	42

**Kaynak:** Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemeler (KKTC M), *2022 Faaliyet Raporu* (Lefkoşa: KKTC Yüksek Mahkeme Yayınları, 2023), 16.

KKTC’de risk altında ve korunması gereken çocukların sayısı ise bu sayısal verilerden kat ve kat fazladır. Böylesine önemli bir alanda, KKTC’de çok az araştırma yapılmıştır. KKTC SOS Çocuk Köyü Derneği, 2009 yılında KADEM’e<sup>9</sup> KKTC’de çocuklara yönelik hak ihlallerinin genel mevcudiyetini saptamaya yönelik bir araştırma yaptırmıştır.<sup>10</sup> Söz konusu araştırma çerçevesinde KKTC’de yaşayan çocukların yaklaşık yarısının “çocuk haklarının ihlal edilme riski” ile karşı karşıya oldukları; bu risklerin ise genel olarak “barınma riski, eğitim alamama, aile sahibi olmama, ırkçı davranışlara maruz

<sup>7</sup> Devlet Planlama Örgütü, *Tablo 4. Yaş, Yaş Grubu, İlçe ve Cinsiyete göre sürekli ikamet eden nüfus, 2011, KKTC Nüfus sayımı Sonuçları*, 2011.

<sup>8</sup> KKTC Yüksek Mahkeme Yayınlarının 2011-2020 Faaliyet Raporlarından yararlanılarak yazar tarafından derlenmiştir.

<sup>9</sup> KADEM: Kıbrıs Toplumsal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi.

<sup>10</sup> Ceren Göynüklü, *Kuzey Kıbrıs’ta Çocuk Hakları*. Kıbrıslı Türk İnsan Hakları Vakfı Yayınları No: 2 (Lefkoşa: Mavi Basım, 2012), 14.

kalma, sağlık hizmetlerinden faydalanamama" olduğu saptanmıştır.<sup>11</sup> Söz konusu araştırmanın bulguları; anne ve babaların %30,9'unun çocuk hakları ile ilgili biraz bilgiye sahip olduklarını, %38,3'ünün ise çocuk hakları ile ilgili hiçbir bilgiye sahip olmadıklarını ortaya çıkarmıştır.<sup>12</sup> Diğer taraftan Çakıcı, Paşa ve Görkem araştırmalarında, KKTC'deki çocuk suçluluğunun; çocuğun eğitim seviyesi, aile yapısı, sosyo-ekonomik seviyesi, sosyal çevresi ve göçmen olma durumu ile doğrudan ilişkili olduğunu bulgulamışlar ve müdahale edilmesi gereken bir mesele olduğu sonucuna varmışlardır.<sup>13</sup> Gerek Mahkeme istatistikleri, gerekse yapılan araştırmalar KKTC'de kanunla ihtilafa düşen, risk altında olan ve korunması gereken çocuklar olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu çalışma ile "KKTC'de yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulmuş mudur?" sorusuna cevap aranmıştır. Bu çerçevede kanunla ihtilafa düşen çocuklara uygulanan yasalar, yasaları uygulayan kurumlar ve yaşanan süreçler irdelenmiştir. Çalışmada ilk olarak kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik yasal düzenlemeler tarihsel bir perspektifle incelenmiştir. Ardından, çocuk, suça sürüklenen çocuk, kanunla ihtilafa düşen çocuk ve çocuk suçluluğu kavramları üzerinde durulmuştur. Daha sonra, KKTC hukukuna göre çocuğun ne anlam ifade ettiği, ilgili Yasaların kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik hükümleri üzerinden değerlendirilmiştir. Ardından çocukların kanunla ihtilafa düşmesi durumunda yetkili ve görevli kurumlar ve söz konusu kurumların süreç içerisindeki rolleri irdelenmiştir. Bu bağlamda Polis Örgütü, Başsavcılık, Mahkemeler, Sosyal Hizmetler Dairesi, Barolar Birliği ve Merkezi Cezaevi kurumlarının kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik sistemleri ve bu sistemler içerisinde çocukları bekleyen süreçler, uygulamalar ile birlikte analiz edilmiştir. Sonuç olarak çalışma, KKTC'de çocuklara yönelik adalet sisteminin doğasının reaktif ve ceza odaklı olduğunu, yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulamadığını, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'deki değerlerin sistemde yer alan kurumlar tarafından henüz içselleştirilemediğini ortaya koymaktadır. Bu bulgulara dayanarak çalışmanın sonunda, KKTC'de reform yapılarak çocuk adalet sistemi oluşturulabilmesi için bir dizi çözüm önerilmektedir.

## I. KKTC'de Kanunla İhtilafa Düşen Çocuklara Yönelik Yasal Düzenlemeler

Bu bölümde öncelikle KKTC'de kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik yasal düzenlemeler tarihsel bir perspektifle ele alınacaktır. Ardından; çocuk, suça sürüklenen çocuk, kanunla ihtilafa düşen çocuk ve çocuk suçluluğu kavramları üzerinde durulacak ve ardından KKTC hukukuna göre çocuk ve çocukların cezai sorumluluğu hususlarına yer verilecektir. Daha sonra KKTC'de kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik olarak kullanılan temel yasa olan Fasil 157 Çocuk Suçluları Yasası, ayrıca bağlantılı olan Fasil 162 Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası ve konuyla ilgisi olduğu ölçüde Fasil 352 Çocuklar Yasası çalışma çerçevesinde irdelenecektir.

### A. Tarihe gitme zorunluluğu ve Kıbrıs'ın kısa tarihi

İngiliz İdaresi, 1960 yılında İngiltere'ye iki askeri üs<sup>14</sup> ayırmak suretiyle Kıbrıs'ı, kurulmasına öncülük ettiği iki etnik ulustan (Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumlar) oluşan tek bir devlete -Kıbrıs Cumhuriyeti- devretmiştir. 16 Ağustos 1960'da Kıbrıs Cumhuriyeti ilan edilmiş, 21 Aralık 1963'te EOKA Terör Örgütünün<sup>15</sup> yeniden harekete geçmesi üzerine adada iki toplum arasında etnik temelli silahlı çatışmaların baş göstermesi neticesinde Kıbrıs Cumhuriyeti yıkılmıştır. 21 Aralık 1963 - 1 Ekim 1974

<sup>11</sup> Göynüklü, *Kuzey Kıbrıs'ta Çocuk Hakları*, 14.

<sup>12</sup> Göynüklü, *Kuzey Kıbrıs'ta Çocuk Hakları*, 14.

<sup>13</sup> Mehmet Çakıcı, Emel Paşa and Anıl Görkem, "The Prevalence and Risk Factors of Juvenile Delinquency in Turkish Republic of Northern Cyprus," *Eurasian Journal of Educational Research*, 12, 49A (2012).

<sup>14</sup> Bu iki askeri üs Ağrotur ve Dikelya üsleridir ve halen İngiltere'nin egemenliğindedir.

<sup>15</sup> EOKA (National Organization of Cypriot Fighters/Ethniki Organosis Kyprion Agoniston) Terör Örgütü: 1 Nisan 1955 tarihinde Kıbrıs'ı Yunanistan'a bağlamak için Kıbrıslı Rumlar tarafından Kıbrıs'taki İngiliz ve Türklere karşı kurulan silahlı bir terör örgütüdür.

tarihleri arasını kapsayan dönemde Kıbrıs Türk toplumu tarafından çeşitli siyasi yönetimler kurularak varoluş mücadelesi sürdürülmüştür.<sup>16</sup>

15 Temmuz 1974 tarihinde Yunan Cuntasının, Rum Milli Muhafız Ordusu ve EOKA-B Terör Örgütü<sup>17</sup> ile birlikte Kıbrıs'ta bir darbe yaparak iktidara el koyması üzerine<sup>18</sup>, adadaki hem Türklerin hem de Rumların geleceğinden endişe eden Türkiye, tüm diplomatik yolları denedikten sonra garantörlük hakkı ve uluslararası savaş hukuku kapsamında 20 Temmuz 1974'te Birinci, 14 Ağustos 1974'te İkinci Barış Harekâtı'nı başlatarak adadaki darbe vahşetine son vermiş, adaya barış ve huzur getirmiştir. 16 Ağustos 1974'te yapılan Ateşkes Antlaşması ve 2 Ağustos 1975'te yapılan Viyana Antlaşması ile ada halklarının bu güne kadar geçerliliğini koruyan sınırları belirlenmiştir.<sup>19</sup> Bu bağlamda kuzeyde Türkler, güneyde Rumlar olmak üzere ada iki kesime ayrılmıştır. Kıbrıs Türk toplumu tarafından; 1 Ekim 1974 - 13 Şubat 1975 tarihleri arasında Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi, 13 Şubat 1975 - 15 Kasım 1983 tarihleri arasında Kıbrıs Türk Federe Devleti (KTFD) adı altında siyasi yönetimler kurulmuştur. 15 Kasım 1983'te ise KKTC'nin kuruluşu ilan edilmiştir. Ardından 5 Mayıs 1985 tarihinde halkoylamasına sunulup kabul edilen KKTC Anayasası Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>20</sup>

KKTC'de genel olarak Anglo-sakson hukuk sistemi uygulanmaktadır.<sup>21</sup> Bununla birlikte 1974 sonrası süreçte<sup>22</sup>, Kıbrıs Türk Federe Devleti Meclisince 1977 yılında çıkarılan 19/1977 sayılı "Yasaların Türkçeleştirilmesi ve Birleştirilmesi Yasası"<sup>23</sup> ile, İngiliz İdaresi döneminden kalma, 6 ciltten oluşan İngilizce Kıbrıs Yasaları'nın Türkçeleştirilmesi ve bu yasaların, Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde çıkarılan yasalar ile Kıbrıs Cumhuriyeti'nin yıkılmasından sonra Kıbrıs Türk Yönetimleri tarafından Türkçe olarak çıkarılan değişiklik Yasaları ile birleştirilmesi karara bağlanmıştır.<sup>24</sup> Yürürlükte oldukları kabul edilen İngiliz döneminden kalma Kıbrıs Yasaları'nın yanında, KTFD tarafından yürürlüğe konulan "9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası"<sup>25</sup>, yine KKTC'nin ilanından sonra yürürlüğe konulan "35/1985 sayılı Yüksek Adliye Kurulu Yasası"<sup>26</sup> ve "72/1991 sayılı Hukuk Dairesi Yasası"<sup>27</sup> gibi yasalarla, yargı örgütü ve usul hukuku alanlarında Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde var olan Anglo-

<sup>16</sup> Kıbrıs Türk Toplum; 21 Aralık 1963 - 28 Aralık 1967 tarihleri arasında "Genel Komite", 28 Aralık 1967 - 21 Aralık 1971 tarihleri arasında "Geçici Kıbrıs Türk Yönetimi", 21 Aralık 1971 - 1 Ekim 1974 tarihleri arasında "Kıbrıs Türk Yönetimi" adları altında siyasi yönetimler kurmuştur (MEGVSB, 2010: 47).

<sup>17</sup> EOKA-B: 1971 sonrasında Türklerin yanı sıra adanın Yunanistan'a bağlanmasına karşı çıkan Rumlara da vahşet uygulayan silahlı bir terör örgütüdür.

<sup>18</sup> Ahmet Aydoğdu, *Kıbrıs Sorunu Çözüm Arayışları, Annan Planı ve Referandum Süreci* (Ankara: BRC Basım ve Matbaacılık Ltd. Şti., 2005), 123.

<sup>19</sup> Halil Fikret Alasya, *Tarihte Kıbrıs* (Lefkoşa: Kıbrıs Türk Kültür Derneği Genel Merkezi, 1988), 270.

<sup>20</sup> KKTC Anayasası (KKTC AY), Kabul Tarihi: 5 Mayıs 1985, *KKTC Resmî Gazete* (7 Mayıs 1985).

<sup>21</sup> Bu bağlamda KKTC yasalarının temelini, İngilizlerin Kıbrıs'ta mevcut olan bütün yasaları revize ederek toplam 354 Fasil ve 6 cilt halinde birleştirerek 1 Nisan 1959 tarihinde yayımlamış oldukları yasalar oluşturmaktadır.

<sup>22</sup> Türkiye'nin 1974 müdahalesi Kıbrıs'ı, kuzeyde bir Türk bölgesi ve güneyde bir Rum bölgesi olmak üzere ikiye ayırmıştır. Ancak, sadece Kıbrıslı Rumlar, Kıbrıs Cumhuriyeti olarak uluslararası alanda (Türkiye haricinde) tanınmaya devam etmişlerdir. Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıs Türk toplumunu temsil etmediğinden Türkiye tarafından Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) olarak yeniden adlandırılmıştır. Kıbrıs Türk toplumu tarafından 1983'te ilan edilen KKTC, uluslararası alanda sadece Türkiye tarafından tanınmaktadır.

<sup>23</sup> Yasaların Türkçeleştirilmesi ve Birleştirilmesi Yasası (YTBY), *KTFD Resmî Gazete* 15 (18 Mart 1977), Yasa No. 19/1977.

<sup>24</sup> 19/1977 sayılı Yasaların Türkçeleştirilmesi ve Birleştirilmesi Yasası'nın verdiği yetki ile 6 ciltten oluşan İngilizce Kıbrıs Yasaları'nın ilk tercüme çalışmaları 1978-1988 yılları arasında yapılarak yayımlanmıştır. Bu çerçevede söz konusu yıllarda yürürlükte olan İngilizce Kıbrıs Yasaları, Türkçe olarak yayımlandıkları tarihe kadar yapılan tadilatlar ile birleştirilmek suretiyle 6 cilt halinde KKTC Cumhuriyet Meclisi yayını olarak (1. ve 2. cildi 1981'de, 3. cildi 1982'de, 4. cildi 1984'te, 5. cildi 1985'te ve son olarak 6. cildi ise 1988'de) "Kıbrıs Yasaları" başlığı altında yayımlanmışlardır. 19/1977 sayılı Yasaların Türkçeleştirilmesi ve Birleştirilmesi Yasası'nın verdiği yetkiye dayanarak başlatılan ikinci tercüme çalışmaları kapsamında İngilizce Kıbrıs Yasaları tekrar gözden geçirilmiş ve revize edilerek yine "Kıbrıs Yasaları" başlığı altında 6 cilt halinde 2001 yılında KKTC Cumhuriyet Meclisi yayını olarak yayımlanmışlardır. Bu çalışma kapsamında, Kıbrıs Yasaları'nın, İngilizce olarak yayımlanan 1959 versiyonu veya 1981-1988 yılları arasında Türkçe olarak yayımlanan ilk versiyonu değil, revize edilmiş ve birleştirilmiş şekliyle 2001 yılında KKTC Meclisi tarafından Türkçe olarak yayımlanan ikinci versiyonu kullanılmıştır. Bu makalede kullanılan Kıbrıs ile ilgili yasalara erişim "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemeler" başlıklı "<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>" elektronik adresli resmi internet sitesi üzerinden sağlanmıştır.

<sup>25</sup> Mahkemeler Yasası (MY), *KTFD Resmî Gazete* 25 (8 Nisan 1976), Yasa No. 9/1976.

<sup>26</sup> Yüksek Adliye Kurulu Yasası (YAKY), *KKTC Resmî Gazete* 101 (22 Kasım 1985), Yasa No. 35/1985.

<sup>27</sup> Hukuk Dairesi Yasası (HDY), *KKTC Resmî Gazete* 62 (22 Haziran 1991), Yasa No. 72/1991.

sakson hukukuna bağlı kalınmaya devam edilmiştir. Ceza adalet sisteminin ilk halkası olan Polis Örgütünün kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası<sup>28</sup> ile ceza adalet sisteminin son halkası olan Merkezi Cezaevinin kuruluş, görev ve çalışma esaslarını düzenleyen 45/1988 sayılı Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası<sup>29</sup> KKTC'nin ilanından sonra yürürlüğe konan yasalar arasındadır. KKTC'nin kurulmasından sonraki süreçte de Kıbrıs Türk Hukuk sistemi, Anglo-sakson ve Türk hukuk sistemlerinin bileşiminden oluşan kendine has bir yapıya doğru ilerlemiştir.<sup>30</sup> KKTC'nin kurulmasının ardından hazırlanan birçok yeni yasa Türk hukukundan esinlenerek hazırlanmış, İngiliz egemenliği döneminden kalan ve geçerliliğini yitiren bazı yasalar da yürürlükten kaldırılmıştır.

KKTC'deki ceza adalet sistemi Anglo-sakson hukukuna dayanmaktadır. Yasalarda genel olarak suçlara verilecek cezaların sadece üst sınırı belirlenmiş, alt sınırı belirlenmemiş ve Mahkemelerin takdirine bırakılmıştır.<sup>31</sup> KKTC'de polis soruşturmaları Yargıç Kaideleri'ne<sup>32</sup> (Judges' Rules) göre yürütülmektedir. Yargıç Kaideleri, KKTC'de polis mensuplarının suçları soruşturmalarına, şikâyetçi, mağdur veya tanık ifadesi almalarına, zanlıdan *gönüllü ifade*<sup>33</sup> almalarına, zanlıya ihtarda bulunmalarına ve zanlıyı bir suçla itham etmelerine yön veren ilkeleri içeren dokuz maddeden oluşan Anglo-sakson hukukuna dayalı kurallardır. Halen KKTC'de uygulanmaya devam edilen bu kurallar, 1964 yılında İngiltere'de yapılan tadilattan önce İngiltere'de geçerli olan Yargıç Kaideleri'dir.<sup>34</sup>

KKTC'de ceza yargılamalarında ispat yükümlülüğü İddia Makamına (Savcılık) aittir ve İddia ile Savunma eşittir. Mahkemede esas sorgu, çapraz sorgu, tekrar sorgu sistemi uygulanmaktadır. Ayrıca bu sistem, yargılamada şahsen veya temsilen bulunma, kararda şahsen hazır olma, teşebbüs, delile bağlılık, içtihat kararlarına bağlılık gibi özellikler içermektedir.

Çocuk suçluluğu alanındaki mevcut yasal düzenlemeler neredeyse hiç değişmeden adadaki İngiliz egemenliği döneminden beridir yürürlüktedir. KKTC, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeyi"<sup>35</sup> 1996

<sup>28</sup> Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası (PÖKGY), *KKTC Resmî Gazete* 114 (20 Aralık 1984), Yasa No. 51/1984.

<sup>29</sup> Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası (MCKGÇEY), *KKTC Resmî Gazete* 108 (18 Kasım 1988), Yasa No. 45/1988.

<sup>30</sup> Turgut Turhan, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, 2 (2008): 274.

<sup>31</sup> Mahkemeler takdir yetkilerini kullanırken bazı hukuki ilkeleri göz önünde bulundurmaktadırlar. Bu ilkelerin en önemlileri; amme menfaatini koruma; cezanın işlenen suçun vahameti ile orantılı olması; sanığın karakteri, sosyal şahsiyeti, geçmişteki durumu, sanığa, himayesine ve yardımına muhtaç olan kimselere yapacağı etkiyi ve mükerrerliği dikkate alma; cezanın, sanığın ıslahını ve topluma faydalı bir insan olarak iadesini temin eder nitelikte olmasına özen göstermedir.

<sup>32</sup> Yargıç Kaideleri ile ilgili detaylı bilgi için bakınız; *Polis Meslek Dersleri*, Polis Okulu Yayınları No: 61, 6. Baskı, (KKTC: Polis Okulu Müdürlüğü, 2020), 10-25; Çetin Veziroğlu ve Aysun Gümüş, *KKTC Ceza Usul Hukuku* (Lefkoşa, 2012), 287-314; Hasan Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, Cilt 1, (Ankara: Yetkin Basımevi, 2014), 341-369.

<sup>33</sup> Gönüllü ifade: "Yetkili bir kişi tarafından zanlıya yardım vaadinde bulunulmadan, zanlı korkutulmadan ve baskı altına sokulmadan, zanlı tarafından özgürce ve kendi iradesi ile verilen ifadedir". (Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 348.)

<sup>34</sup> "Yargıç Kaideleri:

*Kaide 1: Bir polis mensubu, bir cürüm failini meydana çıkarmaya gayret ederken, yararlı bilgi temin edeceğine inandığı kişilere, şüpheli olsunlar veya olmasınlar, bu hususla ilgili soru sormasına itiraz yoktur.*

*Kaide 2: Bir polis mensubu, bir kişiyi bir cürümle itham etmeye karar verdiğinde, böyle bir kişiye, hale göre herhangi bir soru sormadan veya daha fazla soru sormadan ihtar etmelidir.*

*Kaide 3: Tutuklu kişiler, önceden kısa ihtar yapılmaksızın sorguya tabi tutulamazlar.*

*Kaide 4: Tutuklu kişiler gönüllü olarak, herhangi bir ifade vermek isterse kısa ihtar yapılmalıdır.*

*Kaide 5: Resmen itham edilecek bir şahsa veya tutukluya verilecek ihtar aşağıdaki gibidir.*

"İthama karşılık olarak bir şey söylemek ister misiniz? Kendiniz arzu etmedikçe bir şey söylemeye mecbur değilsiniz fakat her ne söylerseniz yazılacak ve şahadet olarak verilebilecektir."

*Kaide 6: Kendisine ihtar edilmeye vakit kalmadan önce bir tutuklunun verdiği ifade, sadece ihtar verilmediği gerekçesiyle geçersiz sayılmaz, fakat bu gibi hallerde, mümkün olduğu kadar erken ihtar verilmelidir.*

*Kaide 7: Gönüllü olarak ifade veren bir tutuklu, bilfiil söylediklerindeki karanlık noktaların aydınlatılması amacını güden sorular dışında bu ifade hakkında istintak edilmemeli ve kendisine sorulmamalıdır.*

*Kaide 8: İki veya daha fazla kişi aynı suçla itham edilirse ve itham edilen kişilerden ayrı ayrı ifadeler alınırsa, polis bu ifadeleri itham edilen kişilere okumamalı fakat her birine bu ifadelerin kopyaları verilmeli ve cevap davet edecek hiçbir şey söylenmemeli veya yapılmamalıdır. Buna karşılık, itham edilen kişi bir ifade vermek isterse, kısa ihtar verilmelidir.*

*Kaide 9: Yukarıdaki kaidelere uygun olarak verilen herhangi bir ifade mümkünse yazılmalı ve ifadeyi veren kişiye okunduktan ve istediği düzeltmeyi yapmaya davet edildikten sonra tarafından imzalanmalıdır." (Polis Meslek Dersleri, 12-13.)*

<sup>35</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Onay) Yasası (ÇHDSOY), *KKTC Resmî Gazete* 4 (5 Ocak 1996), KKTC Bakanlar Kurulunun 31 Mayıs 1995 tarihli ve A-695-95 sayılı Kararı.



yılında onaylamış ve böylece iç hukukuna dâhil etmiştir.<sup>36</sup> Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de KKTC’de iç hukukun bir parçasıdır.<sup>37</sup> KKTC’de yürürlükte olan yasalar gözden geçirildiğinde, Fasil 157 Çocuk Suçluları Yasası’nın<sup>38</sup> (Chapter 157 Juvenile Offenders Law) kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik uygulanan temel yasa olduğu görülmektedir. Bu bağlamda Fasil 162 Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası<sup>39</sup> (Chapter 162 Probation of Offenders Law) da yetişkinlerin yanı sıra çocuklara da uygulanmaktadır. KKTC’de risk altında ve korunması gereken çocuklara yönelik uygulanan temel yasanın ise Fasil 352 Çocuklar Yasası<sup>40</sup> (Chapter 352 Children Law) olduğu söylenebilir. Ayrıca Fasil 154 Ceza Yasası<sup>41</sup> (Chapter 154 Criminal Code) ve Fasil 155 Ceza Muhakemeleri Usul Yasası<sup>42</sup> (Chapter 155 Criminal Procedure) yetişkinlerin yanı sıra çocuklar için de kullanılmaktadır. Tüm bu Yasalar, geçirmiş oldukları tadilatlar ile birlikte, esasen İngiliz döneminden kalmadır. KKTC’de yetişkinlerin uyması gereken yasalara karşı, genel olarak çocuklar da sorumludur. Ceza Yasası, yetişkinlerle birlikte çocuklara da cezai sorumlulukları kapsamında uygulanmaktadır. Ayrıca Ceza Yasası’nın kapsamı dışında kalan suçları düzenleyen yasalar ve bunlara ek olarak ceza adalet kurumlarına çocuklarla ilgili görevler yükleyen yasalar da vardır.

## B. Kavramlar: Çocuk, suça sürüklenen çocuk, kanunla ihtilafa düşen çocuk, çocuk suçluluğu

Bu başlık altında “çocuk”, “suça sürüklenen çocuk”, “kanunla ihtilafa düşen çocuk” ve “çocuk suçluluğu” kavramlarına yer verilmiştir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’ye göre; “*Çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*”.<sup>43</sup> Türkiye’de de bu tanımdan hareketle Çocuk Koruma Kanunu’nda (ÇKK) çocuk tanımı yapılmıştır. ÇKK’ya göre çocuk; “*Daha erken yaşta ergin kılınmış olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*”<sup>44</sup> olarak tanımlanmıştır. Ayrıca söz konusu kanun “suçlu çocuk yoktur, suça sürüklenen çocuk vardır” yaklaşımından hareketle kanunla ihtilafa düşen çocukları tanımlamak için “suça sürüklenen çocuk”<sup>45</sup> kavramını kullanmıştır. Çocuk Koruma Kanunu’na göre suça sürüklenen çocuk; “*Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk*”<sup>46</sup> olarak tanımlanmıştır.

Türkçe kaynaklarda “çocuk suçluluğu” olarak yer alan kavram, birçok ülke literatüründe “gençlik suçluluğu” (juvenile delinquency) şeklinde tanımlanmaktadır. Dönmezer (1994) ve Öztürk (1970) batılı kaynaklarda “juvenile delinquency” tabiriyle açıklanan kavramın, “reşit olmayanın suçluluğu” tabiriyle dilimize çevrilebileceğini fakat bu tabirin Türkiye’de “çocuk suçluluğu” şeklinde kullanılıyor

<sup>36</sup> Her ne kadar Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi içselleştirmek adına, 2014 yılında KKTC halkının referandumuna sunulan Anayasa değişikliğine ilişkin yasa önerisi içerisinde Çocuk Hakları başlıklı 35A maddesi oluşturulmuş olsa da, önerilen Anayasa değişiklikleri KKTC halkı tarafından kabul görmemiştir.

<sup>37</sup> Zaim M. Necatigil, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kısacasında Türkiye* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 1.

<sup>38</sup> Çocuk Suçluları Yasası (ÇSY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 157, 323-334.

<sup>39</sup> Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası (SİGABY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 162, 344-349.

<sup>40</sup> Çocuklar Yasası (ÇY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Altıncı Cilt (Bölüm 307-354), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 352, 201-240.

<sup>41</sup> Ceza Yasası (CY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 154, 186-266.

<sup>42</sup> Ceza Muhakemeleri Usul Yasası (CMUY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 155, 267-321.

<sup>43</sup> CHDS, md. 1

<sup>44</sup> ÇKK, md. 3/1-a.

<sup>45</sup> Doktrinde, “suça sürüklenen çocuk” kavramı yerine “suça itilen çocuk” veya “kanunla ihtilafa düşen çocuk” kavramlarının da kullanıldığı görülmektedir. Bu makalenin yazarına göre, itham edildiği suçu işleyip işlemediği henüz belli olmayan bir çocuğun “suça sürüklenen çocuk” veya “suça itilen çocuk” gibi kavramlarla ifade edilmesi Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 40. maddesinde belirtilen masumiyet karinesi ile kavramsal olarak bağdaşmadığı değerlendirildiğinden bu çalışma kapsamında “suça sürüklenen çocuk” veya “suça itilen çocuk” kavramları yerine “kanunla ihtilafa düşen çocuk” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>46</sup> ÇKK, md. 3/1-a(2).

olduğunu, bu tabirin çocukluk ve ergenlik dönemlerini kapsadığını belirtmektedirler.<sup>47</sup> Çocuk suçluluğu, suç olgusunun aktif süjesinin yetişkinler ve çocuklar olacak şekilde ikiye ayrılmasını ve bu iki gruba farklı soruşturma, kovuşturma, ceza ve infaz mekanizmaları geliştirilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda Türkiye’de çocuk adalet sistemi, ceza adalet sisteminden ayrılmaktadır. Fakat KKTC özelinde, ceza adalet sisteminden ayrı bir çocuk adalet sisteminin oluşturulamadığı görülmektedir.

### C. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukukuna göre çocuk

KKTC mevzuatında “çocuk suçluluğu”, “suça sürüklenen çocuk” veya “kanunla ihtilafa düşen çocuk” kavramları tanımlanmamıştır. Çeşitli yasalarda “çocuk” kavramı tanımlanmıştır. Bu bağlamda, Fası 352 Çocuklar Yasası’nda çocuk; “on sekiz yaşını doldurmamış kişi”<sup>48</sup> olarak, Fası 157 Çocuk Suçluları Yasası’nda ise çocuk; “on dört yaşından küçük bir kişi”<sup>49</sup> olarak tanımlanmıştır. Hâlbuki 14 yaş, Avrupa’daki bazı ülkelerde ve Türkiye’de çocukların en fazla suç işledikleri yaştır.<sup>50</sup> Fası 154 Ceza Yasası’nda “çocuk” tanımı yapılmamakla birlikte, Yasa’nın 14. maddesinde “çocukların cezai sorumluluğu” düzenlenmiştir. Diğer taraftan 2016 yılında yürürlüğe giren Uyuşturucu Madde Bağımlıları ve Kullanıcıları Hakkında Denetimli Serbestlik Yasası’na göre çocuk; “on sekiz yaşından küçük kişileri”<sup>51</sup> ifade etmektedir. Yine 2022 yılında tadil edilen Merkezi Cezaevi Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları (Değişiklik) Yasası’nda<sup>52</sup> “Çocuk Hükümlü ve Tutuklu” kavramı, “14 yaşından 18 yaşına kadar olan hükümlü ve tutukluları”<sup>53</sup> kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.

#### 1. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti hukuk sisteminde çocukların cezai sorumluluğu

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi ceza sorumluluğu yaşının en az 12 olması gerektiğini düşünmekte ve üst yaş sınırını ise en az 18 olarak belirlemektedir.<sup>54</sup> Ayrıca Komite, 15-18 yaş grubunda yer alan kanunla ihtilafa düşen çocukların yetişkinlerden ayrı olarak, ayrı bir sistem içerisinde yer almaları gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede Türkiye’de 2005 yılında Ceza Yasası tadil edilmiş, çocukların ceza hukuku karşısında sorumlu tutulabilme yaşı 11’den 12’ye çıkarılmış, yine 12-15 ve 15-18 yaş grubundaki çocukları, çocuk adalet sistemi içerisinde tutacak şekilde düzenlemeler yapılmıştır. Diğer taraftan KKTC’ye bakıldığı zaman, çocukların cezai sorumluluğunun Fası 154 Ceza Yasası’nın 14. maddesi ile düzenlendiği görülmektedir.

##### a. Fası 154 Ceza Yasası’na göre çocukların cezai sorumluluğu

Kıbrıs’ın İngiliz kolonisi olduğu dönemde, 1 Ocak 1929 tarihinde yürürlüğe giren “Ceza Yasası” (Criminal Code),<sup>55</sup> geçirdiği tadilatlar ile birlikte, hem Kıbrıs’ın kuzeyinde (KKTC) hem de güneyinde (GKRY) halen yürürlükte. İngilizlerin 1959 yılında altı cilt halinde revize ederek yayımladıkları Kıbrıs Yasaları (Laws of Cyprus) içerisinde üçüncü ciltte yer alan Fası 154 Ceza Yasası, KKTC ve GKRY tarafından yürürlükte bırakılmakla birlikte, 1963’ten sonraki ayrılma sürecinden bugüne, KKTC ve GKRY kendi ülkelerinde Fası 154 Ceza Yasası üzerinde farklı tadilatlar yapmışlardır.

<sup>47</sup> Nida Bayındır, Ali Özel ve Emrah Köksal, “Çocuk Suçluluğu Demografisi: Kütahya Şehri Örneği,” *Polis Bilimleri Dergisi* 9, 1-4 (2007): 97.

<sup>48</sup> ÇY, md. 2.

<sup>49</sup> ÇSY, md. 2.

<sup>50</sup> Haluk Yavuzer, *Çocuk ve Suç* (İstanbul: Remzi Kitabevi, 7. Baskı, 1994), 32.

<sup>51</sup> Uyuşturucu Madde Bağımlıları ve Kullanıcıları Hakkında Denetimli Serbestlik Yasası (UMBKHDSY), KKTC *Resmî Gazete* 68 (27 Mayıs 2016), Yasa No. 28/2016.

<sup>52</sup> Merkezi Cezaevi Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları (Değişiklik) Yasası (MCKGÇEDY), KKTC *Resmî Gazete* 147 (6 Temmuz 2022), Yasa No. 13/2022.

<sup>53</sup> MCKGÇEDY, md. 2.

<sup>54</sup> Göktan Koçyıldırım, “Her Şey Çocuklar İçin!” *Ya Adalet?, Türkiye Çocuk Adalet Sistemine Sivil Toplum Gözüyle Bakış Projesi Kitabı*, Yayına Hazırlayanlar: Yaşar Çavdar, Bilal Kolbükten (Ankara: Cem Web Ofset, 2012), 39.

<sup>55</sup> Criminal Code (CC), The Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under The Authority of The Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, By Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 154 (1 January 1929).

Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 14. maddesi "çocukların cezai sorumluluğu" başlığını taşımaktadır. İngiliz döneminde anılan maddede çocukların cezai sorumluluğunun başladığı yaş 7 olarak düzenlenmiştir. GKRY, kendi ülkesinde yürürlükte olan Ceza Yasası'nın 14. maddesinde yaptığı tadilatlar ile çocukların cezai sorumluluğunun başladığı yaşı; 1999 yılında 10'a, 2006 yılında ise 14'e çıkarmıştır. Diğer taraftan KKTC, kendi ülkesinde yürürlükte olan Ceza Yasası'nın 14. maddesinde İngiliz döneminden beri hiçbir değişiklik yapmamış olup, KKTC'de çocukların cezai sorumluluğunun başladığı yaş halen 7 olarak yürürlüktedir.<sup>56</sup>

KKTC Ceza Yasası'nın 14. maddesi içerisinde "çocuk" kavramı yerine "kişi" kavramının kullanıldığı göze çarpmaktadır. Sözmener, KKTC Ceza Yasası'nda cezai sorumluluk açısından kişilerin yaşlarına göre; "(1) Yedi yaşından küçük çocuklar, (2) On iki yaşından küçük çocuklar ve (3) On iki yaşında ve daha büyük çocuk ve kişiler" olmak üzere üç kategoriye ayrılacaklarını belirtmektedir.<sup>57</sup> Bize göre de KKTC Ceza Yasası'nda çocukların cezai sorumluluğu yaşlarına göre üç kategoriye ayrılabilir. Bu kategorileri, fiili işlediği veya ihmalde bulunduğu sırada; (1) yedi yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu, (2) yedi yaşında veya daha büyük olup on iki yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu ve (3) on iki yaşında veya on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu şeklinde ayırmak mümkündür.

#### **aa. Yedi yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu**

Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 14. maddesinde, yedi yaşından küçük bir kişinin herhangi bir fiil veya ihmalden dolayı cezai sorumluluğu olmadığı belirtilmektedir. Sözmener, yedi yaşından küçük bir çocuğun akli melekeleri ne kadar gelişmiş olursa olsun, işlediği fiil ve ihmalden dolayı cezai sorumluluğu olmadığını belirtmektedir.<sup>58</sup> Cezai sorumluluğunun olmaması, suç sayılan herhangi bir kanun hükmünün ihlalinden ötürü çocuğa herhangi bir ceza yaptırımının uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Yasa böyle bir durumda nasıl bir işlemin yapılması gerektiğine cevap vermemektedir. Uygulamada, işlenen bir suçla ilgili polis tarafından soruşturma yapıldığı esnada zanlının yedi yaşından küçük bir çocuk olduğu tespit edildiği hallerde meselenin kendine has olguları da dikkate alınarak, ya KKTC Polis Örgütü bünyesinde ya da Başsavcılıktan görüş alındıktan sonra, meselenin ilgili birimde daha ileri götürülmeden arşivlenmesi sağlanmaktadır.

#### **bb. Yedi yaşında veya daha büyük olup on iki yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu**

Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 14. maddesinin devamında, on iki yaşından küçük bir kişinin, bir fiil işlediği veya ihmalde bulunduğu zaman, fiili işlememesi veya ihmalde bulunmaması gerektiğini bilecek yeteneğe sahip olduğu ispatlanmadıkça, o fiil veya ihmalden ötürü cezai sorumluluk taşımayacağı belirtilmektedir. Sözmener, bu yaşlardaki bir çocuğun, fiillerinin veya ihmallerinin eğri mi doğru mu olduğunu bilebilecek akli kapasiteye sahip olması durumunda, cezai sorumluluk taşıyacağını belirtmektedir.<sup>59</sup> Bu kategoride yer alan çocuklar, yeteneklerinin varlığı ispatlanamazsa itham olunduğu suçtan sorumsuz, ispatlanırsa da itham olunduğu suçtan sorumlu tutulabileceklerdir. Ceza Yasası'nın anılan maddesinin sonunda on iki yaşından küçük bir erkeğin cinsi münasebette bulunmaya muktedir olmadığını varsayıldığı belirtilmektedir. Bu yaştaki bir çocuk, ırza geçme suçundan suçlu bulunup mahkûm edilemeyecektir, çünkü bu konudaki yasal karine kesindir ve aksi ileri sürülemez.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> CY'nin 14. maddesi şöyledir; "Yedi yaşından küçük bir kişi, herhangi bir fiil veya ihmalden cezai sorumluluk taşımaz. On iki yaşından küçük bir kişi, bir fiil işlediği veya ihmalde bulunduğu zaman, fiili işlememesi veya ihmalde bulunmaması gerektiğini bilecek kapasitede olduğu kanıtlanmadıkça, o fiil veya ihmalden cezai sorumluluk taşımaz. On iki yaşından küçük bir erkeğin cinsi münasebette bulunacak kapasitede olmadığı varsayılır."

<sup>57</sup> Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 184-185.

<sup>58</sup> Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 185.

<sup>59</sup> Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 185.

<sup>60</sup> Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 186.

## cc. On iki yaşında veya on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan çocukların cezai sorumluluğu

Fasıl 154 Ceza Yasası'nın 14. maddesi, cezai sorumluluk yönünden on iki yaşında veya on iki yaşından büyük olup on sekiz yaşından küçük olan çocuklara yönelik, yetişkinlerden ayrı herhangi bir düzenleme içermemektedir. On iki yaşında ve daha büyük olan çocukların akli dengelerine ilişkin bir karine vardır ve bu karineye göre, herkesin akli dengesi yerindedir.<sup>61</sup> Bu karinenin aksi ancak temin edilecek uzman raporu ile ileri sürülüp ispatlanabilir. Sonuç olarak Ceza Yasası'na göre on iki yaşında veya daha büyük olan çocukların, yetişkinler ile aynı cezai sorumluluğa sahip olduklarını söylemek mümkündür. Fakat bu gibi durumlarda uygulamada Fasıl 157 Çocuk Suçluları Yasası devreye girmektedir.

## 2. Fasıl 157 Çocuk Suçluları Yasası

Kıbrıs'ta kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik ilk yasa olan 39/1935 sayılı "Çocuk Suçluları Yasası" (Juvenile Offenders Law), Kıbrıs'ın İngiliz kolonisi olduğu dönemde, 23 Aralık 1935 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1945 yılında tadil edilen Yasa, ertesi yıl daha detaylı hükümler içerecek şekilde genişletilerek 20 Aralık 1946 tarihinde yürürlüğe giren 23/46 sayılı Çocuk Suçluları Yasası'na yerini bırakmıştır.<sup>62</sup> Söz konusu Yasa, 1959 yılında revize edilen Kıbrıs Yasaları içerisinde Fasıl 157 Çocuk Suçluları Yasası olarak yerini almıştır. Bu Yasa, köklü bir değişikliğe<sup>63</sup> uğramadan günümüze kadar yürürlükte kalmıştır.

Çocuk Suçluları Yasası'nda 16 yaşından küçük çocuklar için, "çocuk" ve "genç kişi" olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş ve çocuk; "on dört yaşından küçük kişi", "genç kişi ise; "on dört yaşında veya daha büyük ve on altı yaşından küçük kişi" olarak tanımlanmıştır.<sup>64</sup> Yasa, ıslah okullarının ve onaylanmış ikamet yerlerinin oluşturulmasını öngörmektedir. Fakat KKTC'de herhangi bir ıslah okulu veya onaylanmış ikamet yeri bulunmamaktadır.

Çocuk Suçluları Yasası'nda Çocuk Mahkemesi, yargı yetkisi açısından, "bir çocuk veya genç kişi ile bir yetişkinin aleyhine müştereken getirilen ithamlar dışında, çocukların veya genç kişilerin aleyhine getirilen ithamları dinlemek için oturum yapan Kaza Mahkemesinin herhangi bir üyesi" olarak tanımlanmıştır.<sup>65</sup> Bir çocuk veya genç, bir yetişkinle birlikte suç işledikleri zaman Çocuk Mahkemelerinde yargılanamamaktadırlar. Ayrıca Yasa'da görev yeri ve zamanı bakımından Çocuk Mahkemesi, "Kaza Mahkemesinin mutat duruşmalarının yapıldığı bina veya odadan başka bir bina veya odada veya mutat duruşmalardan ayrı tarih veya saatlerde duruşma yapan mahkeme" olarak tanımlanmıştır.<sup>66</sup>

Yasa, ceza adalet sistemi kurumlarından polise, mahkemelere ve cezaevi personeline, kanunla ihtilafa düşen çocuk ve gençlerle ilgili olarak görev ve sorumluluklar yüklemiştir. Aşağıda bu görev ve sorumlulukların neler olduğundan kısaca bahsedilecek, ceza adalet kurumları analiz edilirken de yeri geldikçe bu hususlara değinilecektir.

<sup>61</sup> Sözmener, *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, 185.

<sup>62</sup> Juvenile Offenders Law (JOL), The Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under The Authority of The Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, By Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 157 (20 December 1946).

<sup>63</sup> Çocuk Suçluları Yasası, 27/1995, 24/1998, 2/1999 sayılı değişiklik yasaları ile değiştirilmiş ve birleştirilmiştir. 27/95 sayılı Değişiklik Yasası ile Esas Yasa'ya 21A maddesi eklenmek suretiyle, çocuğun sabıka kaydının verilen karakter belgesinde gösterilmemesine yönelik hususlar düzenlenmiştir. 24/1998 ve 2/1999 sayılı Değişiklik Yasaları ile de, aynı madde üzerinde bir takım iyileştirmeler yapılmıştır. ÇSY 21A maddesinin son hali şöyledir; "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde on yıldan az hapislik cezasını gerektiren bir suçtan mahkûm olan ve bir yıldan fazla olmayan hapis veya 250.000.000.-TL (iki yüz elli milyon Türk Lirasını) geçmeyen para cezasına çarptırılan veya mahkûm olup da kefalet şartına tabi olarak serbest kalan on sekiz yaşından küçük herhangi bir kişi veya gencin veya çocuğun mahkûmiyet tarihinden sonra, on sekiz yaşından önce, Ceza Yasası altında iki yıldan fazla hapislik cezası gerektiren herhangi bir suç işlememesi şartı ile sabıka kaydı Polis Genel Müdürlüğünce silinir. Bu madde kurallarına uygun olarak silinen sabıka kaydı, ilgili kişiye verilen sabıka kayıt belgesinde gösterilmez."

<sup>64</sup> ÇSY, md. 2.

<sup>65</sup> ÇSY, md. 2.

<sup>66</sup> ÇSY, md. 5/1.

### **a. Çocuk Suçluları Yasası'nın 16 yaşından küçük çocuk ve gençlerle ilgili polise yüklediği görev ve sorumluluklar**

Çocuk Suçluları Yasası'nın 16 yaşından küçük çocuk ve gençlerle ilgili polise yüklediği görev ve sorumluluklar şunlardır;

- Çocuk veya gençleri tutukladıklarında ve derhal mahkemeye sevk edemediklerinde soruşturmanın en az polis çavuşu rütbesindeki bir polis mensubu veya karakol sorumlusu tarafından yapılması,<sup>67</sup>
- ÇSY'de belirtilen istisnai<sup>68</sup> durumlar dışında çocuk veya gençleri kefalete bağlayarak serbest bırakma,<sup>69</sup>
- Karakolda alıkoymuşlarsa, çocuk veya gençlerin akrabaları dışında, bir suçla itham edilen yetişkin kişilerle bir arada olmalarını veya ilişki kurmalarını önleme,<sup>70</sup>
- Çocuk veya gençleri Mahkemeye götürecekleri zaman, mahkemenin tarihini, saatini, ithamın niteliğini ve Mahkemenin huzuruna götürülmelerinin başka nedenlerini gözetim memuruna bildirme,<sup>71</sup>
- Çocuk veya gençlerin Mahkemeye veya Mahkemedен nakilleri, Mahkemeye alınmadan önce ve Mahkemedен çıktuktan sonra beklerken, başka bir suçla itham edilen veya başka bir suçtan mahkûm olan yetişkinlerle temas kurmalarını önleme.<sup>72</sup>

### **b. Çocuk Suçluları Yasası'nın 16 yaşından küçük çocuk ve gençlerle ilgili mahkemelere yüklediği görev ve sorumluluklar**

Çocuk Suçluları Yasası'nın on altı yaşından küçük çocuk ve gençlerle ilgili Mahkemelere yüklediği görev ve sorumluluklar şunlardır;

- Davada hazır bulunması şart olan kişiler dışında Mahkemede hazır bulunabilecekleri belirleme,<sup>73</sup>
- Yargılama gününe kadar ilgili çocuk veya gençleri takdirine göre cezaevi yerine polis karakoluna gönderme,<sup>74</sup>
- ÇSY'de belirlenen izlenecek yöntemi uygulama<sup>75</sup>,
- Çocuk veya genci suçlu bulursa ÇSY kuralları veya başka herhangi bir yasanın kuralları çerçevesinde veya başka şekilde meseleyi karara bağlamasını olanaklı kılan ÇSY'de belirtilen hususları dikkate alarak karar verme.<sup>76</sup>
- Çocuk veya gençleri, akrabaların ve başka kişilerin gözetimine verebilme<sup>77</sup>,
- Çocuk veya gençlerin bakım masraflarına katkı yapılmasını emredebilme.<sup>78</sup>

### **c. Çocuk Suçluları Yasası'nın 16 yaşından küçük çocuk ve gençlerle ilgili cezaevi personeline yüklediği görev ve sorumluluklar**

<sup>67</sup> ÇSY, md. 6.

<sup>68</sup> ÇSY'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına göre polis, şu durumlarda çocuk veya genç kişiyi kefalete bağlayıp serbest bırakamaz; "(a) İthamın adam öldürme veya başka ağır bir cürümlle ilgili olması durumunda; (b) İstenmeyen herhangi bir kişi ile ilişki kurmasını veya birlikte olmasını önlemenin, o kişinin yararı açısından uygun olması durumunda; veya (c) Polis memurunun, o kişinin serbest bırakılmasının adaletin gerçekleşmesini önleyeceğine inanması için sebebi bulunması durumunda."(ÇSY, md.6/1(a)(b)(c)).

<sup>69</sup> ÇSY, md. 6.

<sup>70</sup> ÇSY, md. 8.

<sup>71</sup> ÇSY, md. 9.

<sup>72</sup> ÇSY, md. 5/3.

<sup>73</sup> ÇSY, md. 5/4.

<sup>74</sup> ÇSY, md. 7/1.

<sup>75</sup> ÇSY, md. 10.

<sup>76</sup> ÇSY, md. 12 ve 16.

<sup>77</sup> ÇSY, md. 14.

<sup>78</sup> ÇSY, md. 15.

Çocuk Suçluları Yasası'nın Cezaevi personeline yüklediği görev ve sorumluluklar şunlardır;

- Hapis cezası verilen veya cezaevine gönderilen bir gencin, pratik olduğu ölçüde, yetişkin mahkûmlarla ilişki kurmasına ve bir arada olmasına izin vermeme.<sup>79</sup>

Ayrıca ÇSY, "ıslah okulları"<sup>80</sup> ve "onaylanmış ikamet yerleri"<sup>81</sup> ile ilgili düzenlemeler de içermektedir. Fakat KKTC'de ıslah okulu veya onaylanmış ikamet yeri bulunmamaktadır.

### 3. FASIL 162 Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası

"Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası" (Probation of Offenders Law), Kıbrıs'ın İngiliz kolonisi olduğu dönemde, 14 Mart 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>82</sup> Söz konusu Yasa, 1959 yılında revize edilen Kıbrıs Yasaları içerisinde Fasil 162 Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası olarak yerini almıştır. Yasa, hem yetişkinlere hem de çocuklara uygulanmaktadır. Yasa, gözetim emirleri, gözetim memurlarının atanması ve görevleri, koşulsuz ve koşullu serbest bırakma, gözetim emrinin iptali, değiştirilmesi ve gözden geçirilmesi, gözetim emri koşullarının ihlali, daha başka suçlar işlenmesi, gözetimle ilgili ek kurallar, gözetim ve serbest bırakmanın etkileri, gözetim memurlarının raporları hususlarında 15 maddeden oluşmaktadır. Ayrıca gözetim emirlerinin içeriği ile ilgili kıstasları da içermektedir. Buna göre gözetim emri; ilgili kişinin bir yıldan az üç yıldan fazla olmayan, belirtilen bir süre için, ikameti ile ilgili uyulması gereken koşullar içerebilen, ikamet edeceği ilçede bir gözetim memurunun gözetimi altına girmesini öngören bir emirdir.<sup>83</sup>

Yasada belirtilen "gözetim memuru" kavramı, uygulamada sosyal hizmet görevlisi olarak kendini göstermektedir. Yasa, Mahkemenin dava neticesinde gözetim emri verdiği durumlarda, bu emri veren Mahkemenin direktiflerine bağlı kalmak koşuluyla gözetim memurlarına bir takım görevler yüklemektedir. Yasa'nın gözetim memurlarına yüklediği görevler şunlardır; gözetim altında bulundurulan kişiyi ziyaret etme veya ondan rapor alma; gözetim emrinin koşullarının yerine getirilip getirilmediğini saptama; gözetim altında bulundurulan kişinin davranışları hakkında Mahkemeye rapor sunma; gözetim altında bulundurulan kişiye tavsiyede bulunma, yardımcı olma, dostça davranma ve gerektiğinde ona uygun iş bulmak için çaba harcama.<sup>84</sup>

Yasa, Mahkemelere de birtakım görevler yüklemiştir. Yasa, Mahkemelere; gözetim emri verme; ilgili kişiye, emrin etkilerini anlatma, emre uymayı ihmal etmesi veya başka bir suç işlemesi durumunda esas suç için cezaya çarptırılacağını bildirme görevlerini vermiştir.<sup>85</sup> Ayrıca, gözetim emrinin suretlerini mahkemeye bağlı bir gözetim memuruna, suç işleyene veya suç işleyenin gözetim memuruna vermek ve ilgilinin ikamet adresindeki Kaza Mahkemesi mukayyidinde göndermek de Mahkemenin görevleri arasındadır.<sup>86</sup> Bunlara ek olarak Mahkemelerin, ilgili kişiyi koşullu veya koşulsuz olarak serbest bırakma; gözetim emrini iptal etme, değiştirme, gözden geçirme;<sup>87</sup> gözetim emri veya koşullu serbest bırakma emrine uyulmaması durumunda ceza uygulayabilme;<sup>88</sup> gözetim raporunun bir suretini sanığa veya avukatına verme<sup>89</sup> gibi görevleri de vardır.

<sup>79</sup> ÇSY, md. 21.

<sup>80</sup> ÇSY, md. 2, 3, 13, 15, 18,19, 20, 22 ve 25.

<sup>81</sup> ÇSY, md. 2, 3, 22.

<sup>82</sup> Probation of Offenders Law (POL), The Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under The Authority of The Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, By Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 162 (14 March 1952).

<sup>83</sup> SİGABY, md. 5.

<sup>84</sup> SİGABY, md. 4.

<sup>85</sup> SİGABY, md. 5/5.

<sup>86</sup> SİGABY, md. 5/6.

<sup>87</sup> SİGABY, md. 7.

<sup>88</sup> SİGABY, md. 8.

<sup>89</sup> SİGABY, md. 12.

#### 4. Fasil 352 Çocuklar Yasası

Çocuklar Yasası (Children Law), Kıbrıs'ın İngiliz egemenliği altında bulunduğu dönemin sonlarına doğru, 18 Ağustos 1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>90</sup> Söz konusu Yasa, 1959 yılında revize edilen Kıbrıs Yasaları içerisinde Fasil 352 Çocuklar Yasası olarak yerini almıştır. Köklü bir değişikliğe<sup>91</sup> uğramadan günümüze kadar varlığını sürdüren yasalardan bir diğeri olan bu yasa, KKTC'de risk altında ve korunması gereken çocuklara yönelik uygulanan temel yasa olma özelliğini taşımaktadır.<sup>92</sup> Bu Yasa'da çocuk, *"on sekiz yaşını doldurmamış kişi"* olarak tanımlanmıştır.<sup>93</sup> Yasa, sosyal hizmetler dairesi müdürüne ıslah evlerinin (remand home) sağlanması hususunda yetkiler vermektedir.<sup>94</sup> Ayrıca on altı yaşından küçük çocukların ıslah evlerinde gözetim altında bulundurulmasına<sup>95</sup> ve ıslah evlerine gönderilen çocukların ebeveynlerinin veya vasilerinin katkıda bulunmasına<sup>96</sup> yönelik kurallar içermektedir. Fakat KKTC'de herhangi bir ıslah evi bulunmamaktadır.

<sup>90</sup> Children Law (CL), The Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under The Authority of The Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, By Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume VI (Chapters 308-354), Chapter 352 (18 August 1956).

<sup>91</sup> Çocuklar Yasası, 22/1959, 4/2005 ve 65/2006 sayılı Değişiklik Yasaları ile değiştirilmiş ve birleştirilmiştir. 22/1959 sayılı Değişiklik Yasası, esas yasadaki refah dairesi müdürü kavramını Kıbrıs Cumhuriyeti'ni inşa sürecinde, Türkler ve Rumlar için ayrı olarak yeniden tanımlanmış, ayrıca yasanın bazı maddelerinde refah kelimesinden önce sosyal kelimesinin yer almasını hükme bağlamıştır. 65/2006 sayılı Değişiklik Yasası ile, esas Yasa'nın 2. maddesine Bakanlık tefsiri eklenerek Sosyal Hizmetler Dairesi'nin bağlı olduğu bakanlığı anlattığı belirtilmiş, Müdür tefsiri değiştirilerek Sosyal Hizmetler Dairesi Müdürü olarak yeniden tanımlanmıştır. Söz konusu Değişiklik Yasası ayrıca, Yasa'nın 21 yaşından küçükler için yatı evi sağlanması ile ilgili 19. maddesini yeniden düzenlemiştir. 4/2005 sayılı Değişiklik Yasası, çocuklara tütün veya alkollü içki satılmaması ve sattırılmaması ile ilgili olan bu Yasa'nın 56. maddesinin revize edilmesi ile ilgilidir. Tadilatın önceki yaş sınırı 14 iken, tadilat ile bu sınır 18 yaşa çıkarılmıştır. Söz konusu Yasa'nın tadil edilmiş 56. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir; "(1) On sekiz yaşından küçük olan bir kişiye, tütün veya alkollü içki satan herhangi bir kişi, bir suç işlemiş olur ve mahkûmiyeti halinde 1000 YTL (Bin Yeni Türk Lirası)'na kadar para cezasına veya üç yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir ve Mahkeme vereceği herhangi bir cezaya ek olarak mahkûm olan kişinin tütün veya alkollü içki satış ruhsatı sahibi olması halinde satış ruhsatının iptal edilmesini emredebilir. (2) Polis mensupları, herhangi bir sokakta veya genel bir yerde tütün veya alkollü içki içerken buldukları on sekiz yaşından küçük olan herhangi bir kişinin tasarrufundaki herhangi bir tütünü veya alkollü içkiyi müsadere etmekle görevlidirler ve bu şekilde müsadere edilen tütün veya alkollü içki, polis sorumlusunun emredeceği biçimde elden çıkarılır. (3) Tütün veya alkollü içki satışı yapılan işyerlerinde 18 yaşından küçük çocuklara tütün ve alkollü içki satışı yaptıran kişi bir suç işlemiş olur ve mahkûmiyeti halinde bu maddenin (1)'inci fıkrasında öngörülen cezaya çarptırılabilir." (ÇY, md. 56/1-3). Diğer taraftan, 44/2008 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarından Korunma ve Denetim Yasası'nın (TÜZKDY) 10. maddesinin 1. fıkrasında; "On sekiz yaşından küçükler, kendi kulları dışında başkaları için dahi olsa tütün ürünü satışı yapılamaz" hükmü yer almaktadır (TÜZKDY, md. 10/1). Söz konusu Yasa'nın 26. maddesinin 8. fıkrasının (A) bendinde; tütün ürünlerinin 18 yaşını doldurmamış kişilere satılması ve tüketimine sunulması halinde bu suçu işleyenlere bir asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir (TÜZKDY, md. 26/8(A)). Söz konusu cezanın, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde makbuz karşılığında Gelir ve Vergi Dairesi veznelere ödenmesi halinde söz konusu suç davasız halledilmiş olmaktadır (TÜZKDY, md. 24/2). Otuz gün içerisinde cezanın ödenmemesi halinde ise polis tarafından dosya tanzim edilerek suç, mahkemeye intikal ettirilmiştir. Söz konusu Yasa'nın 26. maddesinin 8. fıkrasının (B) bendinde; anılan fıkranın (A) bendindeki suçun mahkemeye intikali ve mahkûmiyet halinde, on sekiz yaşını doldurmamış kişilere tütün ürünü satan kişilerin asgari ücretin iki katına kadar para cezasına, altı aya kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılacağı hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan Fasil 144 Alkollü İçkiler Satış Yasası'nın (AİSY) 22. maddesinin 1. fıkrasının (B) bendinde; "Herhangi bir kişi; 18 yaşından küçük herhangi bir kişiye herhangi bir alkollü içki satamaz." hükmü yer almaktadır (AİSY, md. 22/1(B)). Söz konusu Yasa'nın 22. maddesinin 2. fıkrasında; söz konusu maddenin 1. fıkraya aykırı hareket eden herhangi bir kişinin, bir suç işlemiş olacağı ve mahkûmiyeti halinde 1000 YTL (Bin Yeni Türk Lirası)'na kadar para cezasına veya üç yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılacağı ve mahkemenin, vereceği herhangi bir cezaya ek olarak mahkûm olan kişinin alkollü içki satış ruhsatı sahibi olması halinde satış ruhsatının iptal edilmesini emredebileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, uygulamada polis tarafından on sekiz yaşından küçük bir çocuğa, tütün veya alkollü içki satan herhangi bir kişi aleyhine, gerek Fasil 352 Çocuklar Yasası'nın, gerek 44/2008 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarından Korunma ve Denetim Yasası'nın gerekse de Fasil 144 Alkollü İçkiler Satış Yasası'nın bu paragrafta belirtilen ilgili maddeler kapsamında işlem yapılabilmektedir.

<sup>92</sup> Çocuklar Yasası; (1) Başlangıç kuralları, (2) Himayeye muhtaç çocuklar, (3) Müdürün Himayesinde bulunan çocuklara yapılacak muamele, (4) Çocukların bakımına katkı, (5) Özel yurtlar ve özel kuruluşlar, (6) Kreşler ve çocuk bakıcıları, (7) ıslah evleri, (8) Besleme Çocukların korunması, (9) İşkencenin, ihmalin ve ahlaki ve bedensel tehlikeye maruz bırakmanın önlenmesi, (10) Sosyal hizmetler dairesi müdürünün himayesinde bulunan çocukların sağlık bakımına ilişkin kurallar ve (11) Himaye ve korunmaya muhtaç çocuklar, başlıklarını taşıyan kısımlardan oluşmaktadır.

<sup>93</sup> ÇY, md.2.

<sup>94</sup> ÇY, md.38.

<sup>95</sup> ÇY, md.39.

<sup>96</sup> ÇY, md.40.

## II. KKTC’de Kanunla İhtilafa Düşen Çocukların Karşılaştıkları Kurumlar ve Süreçler

Bu bölümde KKTC’de kanunla ihtilafa düşen çocukların maruz kaldıkları sistemin kurumları ve yaşamak zorunda oldukları süreçler, uygulamalarla birlikte analiz edilecektir. Bu bağlamda kanunla ihtilafa düşen çocukların karşılaştıkları ilk kurum olan Polis Örgütünden başlanarak, sırasıyla Başsavcılık, Mahkemeler, Sosyal Hizmetler Dairesi, Barolar Birliği ve Merkezi Cezaevi kurumlarına yer verilecektir.

### A. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı KKTC polis örgütünün uygulamaları

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Polis Örgütü, yetki ve görevlerini Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına bağlı olarak yerine getirmektedir. Polis Örgütünün işleyişi, yönetimi, çalışması, disiplini, gözetimi ve denetimi Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı tarafından yürütülmekte, Güvenlik Kuvvetleri Komutanı söz konusu yetki ve görevleri bakımından Başbakanı karşı sorumlu olmaktadır.<sup>97</sup> KKTC’de polisin temel yetki ve görevleri; “*emniyet ve asayişin, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin, kişi tasarruf ve konut dokunulmazlığının, yurttaşların can, mal ve namusunun korunması, sulh ve sükûnun sağlanması, suçların önlenmesi ve suçluların yakalanması*” şeklinde düzenlenmiştir.<sup>98</sup> KKTC’de Polis Örgütünün yetki ve görevleri ise Polis Yasası’nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda; “*Yardım isteyen yurttaşlara ve yardıma muhtaç çocuklara, sakat ve güçsüzlere yardım etmek, onları gözetmek, kollamak ve korumak*” Polis Örgütünün yetki ve görevleri arasında yer almaktadır.<sup>99</sup> Söz konusu Yasa’ya göre ayrıca; “*Polis mensupları, kendilerinden yardım isteyen yurttaşlar ile yardıma muhtaç olan çocuklara, sakat ve güçsüzlere yardım etmekle yükümlüdürler*”.<sup>100</sup>

KKTC’de kanunla ihtilafa düşen çocukların karşılaştıkları ilk görevliler polislerdir. Kurulan ilk ilişkinin çocuk üzerinde bıraktığı etkiler göz önünde bulundurulduğunda, kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilk temasta bulunan polislerin çocuk psikolojisi ve çocuk hukuku konularında eğitim almış olmaları gerekmektedir<sup>101</sup>. Her ne kadar KKTC Polis Genel Müdürlüğü, 2012 yılı hizmet içi eğitimleri kapsamında 19 personelinin “çocuk polisi temel eğitimi” almalarını sağlayarak bu alanda bir başlangıç yapmış olsa da çocuklarla ilk ilişki kuran bütün personelin bu tarz eğitimlerden geçirilmesi gerekmektedir.

KKTC’de çocuk hakkındaki soruşturma, işlendiği iddia edilen adli suçun mahiyetine göre, ilgili yerleşim yerinin sorumluluk sahasındaki Adli Şube Amirliği, Karakol Amirliği veya uyuşturucu maddelerle ilgili bir suç ise PGM- Narkotik ve Kaçakçılığı Önleme Müdürlüğü polisleri tarafından yürütülmektedir. Narkotik ve Kaçakçılığı Önleme Müdürlüğü’nde görev yapan polislerin kullandıkları araçlar sivil plakalı olup, bu birimde çalışan polisler sivil kıyafetlidir. Diğer taraftan Adli Şube Amirliği tahkikat birimlerinde görev yapan polislerin kullandıkları araçlar kısmen resmi kısmen sivil plakalı olmakla birlikte, bu birimlerde çalışan polisler de sivil kıyafetle görev yapmaktadırlar. Öte yandan Karakol Amirliklerinde görev yapan polislerin kullandıkları araçlar resmi plakalı olmakla birlikte, karakollarda çalışan polislerden ağır suçları soruşturanlar sivil olarak diğer polisler resmi üniformalı olarak görev yapmaktadırlar. Dünya geneline bakıldığında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi onaylayan birçok ülkede çocuk polisi birimlerinin kurulduğu görülmektedir. Çocuk polisi birimleri kurulan birçok ülkede çocuk polisleri, resmi elbise giymemekte ve resmi araç kullanmamaktadırlar. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili olarak yalnızca onlara uygulanabilir yasaların, usullerin, onlarla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını gerekli

<sup>97</sup> PÖKGY, md. 3.

<sup>98</sup> PÖKGY, md. 85.

<sup>99</sup> PÖKGY, md. 8/21.

<sup>100</sup> PÖKGY, md. 22/1.

<sup>101</sup> Emine Akyüz, *Suçta Sürüklenen ve Mağdur Çocuklar*, editörler: Süleyman Hançerli, Bilal Sevinç, Cüneyt Gürer ve Muzaffer Cihat Öner (Ankara: Sosyal Hizmetler Araştırma, Belgeleme, Eğitim Vakfı (SABEV) Yayınları No:35, Sosyal Çalışma Dizisi: 28, 2011), 66.



kılmaktadır.<sup>102</sup> Bu bağlamda KKTC Polis Örgütü içerisinde çocuk suçluluğu alanında uzmanlaşmaya gidilerek kurum tarafından kendilerine, çocuk gelişimi ve psikolojisi, çocuk hukuku, çocuk suçluluğunun önlenmesi ve sosyal hizmet gibi konularda eğitim verilen, resmi elbise giyilmeyen, resmi araç kullanılmayan bir çocuk polisi biriminin kurulmasının elzem olduğu değerlendirilmektedir.

Çocukların ve genç şahısların sorgulanmasının, adaletin tecellisine tesir edecek bir durum mevcut olmadığı sürece, ebeveynleri veya velileri huzurunda yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>103</sup>. Uygulamada, bunun mümkün olmadığı durumlarda veya adaletin tecellisine tesir edecek bir durum olduğu durumlarda, çocukların ve genç şahısların sorgulanması, sosyal hizmet görevlilerinin huzurunda yapılmaktadır. Çocuklar ve genç şahısların sorgulanmalarının veya tutuklanmalarının okul içerisinde yapılmasından imkân nispetinde kaçınılması gerektiği, bundan kaçınılamaması durumunda okul müdürünün rızası ile onun huzurunda yapılması gerektiği, böyle bir durumda ise okul müdürüne ve çocuğun ebeveyni veya velisine yeteri kadar önceden bilgi verilmesi gerektiği, çocuğun ebeveyni veya velisinin hazır bulunmaması veya hazır bulunmak istememesi durumunda ise sorgulamanın okul müdürü veya temsilcisinin huzurunda yapılabileceği belirtilmiştir.<sup>104</sup> Bunlara ilaveten, uygulamada kız çocuklarının sorgulamalarının kadın polis huzurunda yapılmasına özen gösterilmektedir. KKTC'de 18 yaşından küçük çocukların sorgulanması ile ilgili olarak dikkati çeken husus, 16 yaşından küçük çocuklar ile ilgili birtakım düzenlemelerin yapılmış olmasına karşın, bu düzenlemelerin 16 yaşında veya daha büyük ve 18 yaşından küçük çocukları kapsamaması, yine söz konusu düzenlemelerin çağın koşullarına ve ÇHDS'ye göre yetersiz kalmasıdır. ÇHDS'ye göre yalnızca çocuklara uygulanabilir yasalar ve usullerin oluşturulması gerekmektedir.

Çocuk ve genç şahısların ifadelerinin alınması ile ilgili olarak; çocuk ve genç şahısların ifadelerinin okullarda alınmaması, ebeveyni veya velisinin huzurunda karakolda alınması gerektiği belirtilmiştir.<sup>105</sup> Uygulamada kanunla ihtilafa düşen 16 yaşından küçük çocuklar, cezai işlem gerektiren bir olaya karışmışsalar ve bir suç itirafında bulunarak yazılı olarak ifade vermek isterlerse, gönüllü ifadelerinin alınmasında, sorgulanmalarındaki prosedürün benzeri uygulanmaktadır. Yargıç kaidelerine uygun olarak, çocuk veya genç şahıstan, ebeveyni, velisi veya sosyal hizmet görevlisi huzurunda polis tarafından alınan gönüllü ifade, çocuk veya genç şahıs tarafından ve ayrıca çocuk veya genç şahsın gönüllü ifadesi alınırken huzurda bulunan ebeveyni, velisi veya sosyal hizmet görevlisi tarafından imzalanmaktadır. Gönüllü ifadeler, matbu form üzerine elle yazılmakta, kamera kaydına alınmamakta ve bir sureti de ebeveyni, velisi veya sosyal hizmet görevlisine verilmemektedir. Burada da dikkati çeken husus kanunla ihtilafa düşen çocukların polis tarafından gönüllü ifadelerinin alınış esaslarının yetişkinlerden ayrı olarak mevzuat halinde düzenlenmemiş oluşu ve polisin geleneklere göre bir yol takip ediyor olmasıdır. Hâlbuki yine ÇHDS'ye göre yalnızca çocuklara uygulanabilir yasalar ve usullerin oluşturulması gerekmektedir.

Uygulamada 18 yaşından küçük çocukların tutuklanmasından, soruşturmanın kesin olarak gerektirdiği haller dışında mümkün mertebe kaçınılmaktadır. Tutuklamanın bir okul içinde yapılması gerekli olduğu hallerde okul müdürünün rızası ile ve onun huzurunda tutuklama yapılmakta, bu gibi hallerde tutuklamanın mümkün mertebe sivil polis ve sivil araçla yapılmasına özen gösterilmektedir. Ayrıca, tutuklunun 18 yaşından küçük olması ve saldırgan tavırlar sergilememesi halinde işlenen suçun da ciddiyeti dikkate alınarak tutukluya sevk esnasında kelepçe takılmamasına özen gösterilmektedir. Uygulamada ayrıca, 18 yaşından küçük çocukların tutuklanması halinde tutuklunun yasal vasisine en erken zamanda bilgi verilmektedir. ÇHDS'de, özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacağı; özgürlüğünden yoksun olan her çocuğun, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacağı ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile

<sup>102</sup> ÇHDS, md. 40/3.

<sup>103</sup> Polis Meslek Dersleri, 21.

<sup>104</sup> Polis Meslek Dersleri, 21.

<sup>105</sup> Polis Meslek Dersleri, 21.

yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacağı hususlarının düzenlendiği görülmektedir.<sup>106</sup> KKTC Polis Örgütü tarafından uygulanan mevzuatının ÇHDS'deki perspektifi karşılamada yetersiz kaldığı görülmektedir.

KKTC Anayasası'nda herkesin; *"Kendisinin veya yakınlarının seçtiği bir hukukçu tutmak ve adaletin sağlanması için gerekli görülüyorsa, yasanın gösterdiği şekilde kendisine parasız bir hukukçu atanması"* hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>107</sup> Fakat Anayasa'nın yürürlüğe girdiği 1985 yılından günümüze değin, herkese parasız hukukçu atanmasını düzenleyecek bir mevzuat yürürlüğe girmemiştir. Uygulamada çocuk veya gençlerin, ne polis tarafından sorgulamaları yapılırken, ne de polis tarafından gönüllü ifadeleri alınırken kendilerine ücretsiz olarak bir hukukçu atanmamaktadır. Diğer taraftan kanunla ihtilafa düşen çocuk veya gençlerin Türkçe bilmemeleri durumunda, haklarının bildirilmesi, sorgulamalarının yapılması ve gönüllü ifadelerinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bir tercümanın yardımından nasıl yararlandırılacakları hususu da mevzuat halinde düzenlenmemiştir. Uygulamada bir yabancı dil ile ilgili tercümana ihtiyaç duyulduğunda genellikle bu ihtiyaç polis mensuplarının ikili ilişkileri ve çabaları ile buldukları ücretsiz tercümanlar tarafından karşılanmaktadır. KKTC Anayasası, sanıkların sadece Mahkemede kullanılan dili anlayamadığı veya konuşamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından parasız yararlanmalarını hükme bağlamıştır.<sup>108</sup>

Uygulamada polis, çocuk veya genç kişinin, bir polis karakolunda tutuklu olarak hücrelerde bulundurulduğu sırada, yetişkinlerden ayrı olarak tutulmasına özen göstermektedir. Bir çocuk veya genç kişi, polis tarafından ek tutukluluk talebiyle mahkeme huzuruna götürüleceğinde, çocuk veya genç kişiyi mahkemeye götürmekle görevli olan polis mensubu, çocuk veya genç kişinin, Mahkemeye götürüleceği tarihi ve saati, itham edileceği suçların niteliğini veya mahkeme huzuruna çıkarılmasının diğer nedenlerini, sosyal hizmet görevlisine bildirmektedir.<sup>109</sup>

Uygulamada çocuk veya gençler, yetişkinlerle aynı prosedüre tabi tutularak, polis tarafından soruşturmanın selameti gerekçesiyle ek tutukluluk talebiyle mahkeme huzuruna çıkarıldığında, mahkeme her bir defada sekiz günden fazla olmamak üzere belirli bir süre için tutukluluğu uzatabilmekte ve bu durumda kanunla ihtilafa düşen çocuk veya gençler polis nezaretinde üç aya kadar tutuklu kalmaya devam edebilmektedirler. Hâlbuki ÇHDS, bir çocuğun tutuklanmasının, alıkonulmasının veya hapsinin en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülmesini ve uygun olacak en kısa süre ile sınırlı tutulmasını öngörmektedir.<sup>110</sup> ÇHDS'nin ana ilkesi, çocuğun yüksek yararınıdır. Bu bağlamda polisin, çocuğun yüksek yararını gözeterek faaliyetlerini yürütmesi son derece önemlidir.

## **B. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı KKTC başsavcılığının uygulamaları**

Ceza mahkemelerinde, kovuşturmanın kesin yönetim ve sorumluluğu Başsavcıya ait olup bu yetki doğrudan doğruya kendisince veya önerisine uygun olarak Başsavcı Yardımcısı veya savcılar tarafından kullanılmaktadır.<sup>111</sup> Başsavcılık kurumu, 72/1991 sayılı Hukuk Dairesi Yasası (HDY) ile düzenlenmiştir.<sup>112</sup> Bu bağlamda Başsavcı, Başsavcı Yardımcısı, Başsavcı Yardımcısı Muavinleri, Kıdemli Savcılar, Savcılar ve Yardımcılarının atanmaları, meslekte ilerlemeleri, görevleri, görev yerleri, görevlerine son verilmesi ve disiplin işlemleri konularında karar vermeye yetkili organ bağımsız bir kurul olan Yüksek Savcılar Kuruludur.<sup>113</sup> Başsavcılığa bağlı olarak ilçelerdeki Hukuk Dairesi

<sup>106</sup> ÇHDS, md. 37/3.

<sup>107</sup> KKTC AY, md. 17/4-ç.

<sup>108</sup> KKTC AY, md. 17/4-d.

<sup>109</sup> ÇSY'nin 9. maddesi şöyledir; *"Bir çocuk veya genç kişi, mahkemeye götürülecek olduğu hallerde çocuk veya genç kişiyi Mahkemeye götürmekte olan polis memuru veya kişi, çocuk veya genç kişinin, Mahkemeye götürüleceği tarih ve saati ve ithamın niteliğini veya mahkeme huzuruna getirilmesinin başka nedenlerini, gözetim memuruna veya Mahkemenin oturumunu yapacağı ilçedeki gözetim memurlarından birine, derhal bildirir."*

<sup>110</sup> ÇHDS, md. 37/3.

<sup>111</sup> KKTC AY, md. 158/4-a.

<sup>112</sup> Hukuk Dairesi Yasası (HDY), *KKTC Resmî Gazete* 62 (22 Haziran 1991), Yasa No. 72/1991.

<sup>113</sup> HDY, md. 5.

şubelerinde savcılar görev yapmaktadır. Başsavcı, KKTC’de işlenen herhangi bir suç hakkında, polisin yürüttüğü soruşturmalara nezaret etme, yönlendirme veya talimat verme yetkilerine sahiptir.<sup>114</sup> Ancak, uygulamada soruşturma safhası genel olarak polis tarafından yürütülmektedir. Haklarında soruşturma başlatılan çocuklarla ilgili olarak kovuşturma, İlçe Hukuk Dairelerinde görevli savcılar tarafından yürütülmektedir. İlçe Hukuk Dairelerinde ayrı bir çocuk savcılığı birimi bulunmamaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak da, Çocuk Mahkemelerinde görev alan savcılardan, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olma şartı aranmamaktadır.

Çocuklar hakkındaki soruşturma işlemleri polis tarafından yürütülerek dosya tanzim edilmektedir. Şayet adli bir suçla ilgili olarak bir çocuk, soruşturma kapsamında polisin ek tutukluluk talebi ile mahkeme huzuruna çıkarılacaksa, savcılık durumdan haberdar edilmektedir. Uygulamada savcılar, 16 yaşından küçük çocuğun tutukluluğunun uzatılması duruşması esnasında oturumun kapalı yapılması, çocuğun ebeveyninin veya vasisinin ve sosyal hizmet görevlisinin bu duruşmada hazır bulunması hususlarına özen göstermektedirler.

Başsavcılık, kamu yararının gereğine göre, mahkemelerde dava açma, izleme, davayı devralma, devam ettirme veya ettirmeme yetkilerine sahiptir.<sup>115</sup> Polis tarafından düzenlenen ceza dosyası İlçe Hukuk Dairesine ulaştıktan sonra, ilgili savcı dosyayı incelemekte ve meselenin ileri götürülmemesi gerektiği kanısına vardığı durumlarda meseleyi daha ileri götürmeyebilmektedir. Bu durumda dosya içerisine savcılık tarafından görüş yazıldıktan sonra, dosya ilgili İlçe Polis Müdürlüğüne arşivlenmek üzere geri gönderilmektedir. Savcının, dosyanın ileri götürülmesi gerektiği kanısına vardığı durumlarda ise polis tarafından ithamname hazırlanmaktadır. Her ithamname dosyalanmadan önce ithamın yapıldığı mahkemenin yargıcının onayına sunulmakta, yargıç kendisine sunulan ithamnameyi ya onaylayarak dosyalanmasını emretmekte ya da onaylamayı reddetmektedir.<sup>116</sup> İthamnamenin yargıç tarafından onaylanması üzerine çocuk veya genç şahıs aleyhine dava dosyalanmaktadır. Kovuşturma safhasında ise, çocuk veya genç kişi itham edildikten sonra, itham edildiği suçu kabul etmemesi halinde, Savcı tarafından Mahkeme huzurunda gerek tanık dinletilerek gerekse emare sunularak mesele ispatlanmaya çalışılmaktadır. Savcılık, ceza işleminin herhangi bir aşamasında, mahkemeden takipsizlik kararı isteyebilmekte,<sup>117</sup> CMUY’un 154. maddesine bağlı kalmak koşuluyla da herhangi bir seri yargılamada son karar verilmeden önce Mahkemenin müsaadesi ile davayı geri çekebilmektedir.<sup>118</sup>

Savcılığın, 16 yaşından küçük kanunla ihtilafa düşen çocuklardan, yardıma, barınmaya, işe gereksinimi olanlara destek hizmeti sağlamak üzere herhangi bir kurumla işbirliği içerisinde çalışmasını gerektirecek tedbir kararları adı altında hükümler içeren yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak uygulamada savcılar bu gibi hallerde sosyal hizmet görevlileriyle durumu değerlendirerek çözüm üretmeye çalışmaktadırlar.

### **C. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı KKTC mahkemelerinin uygulamaları**

KKTC’de Mahkemeler, Yüksek Mahkeme,<sup>119</sup> Alt Mahkemeler,<sup>120</sup> ve Askeri Mahkemeler<sup>121</sup> olmak üzere üçe ayrılır. Yüksek Mahkeme; bir başkan ve yedi yargıçtan oluşur.<sup>122</sup> Yüksek Mahkeme; Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan, Yargıtay ve Yüksek İdare Mahkemesi görevlerini yapar.<sup>123</sup> Anayasa’da Alt Mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.<sup>124</sup> Bu düzenleme,

<sup>114</sup> HDY, md. 29.

<sup>115</sup> KKTC AY, md. 158/4-a.

<sup>116</sup> Veziroğlu-Gümüş, *KKTC Ceza Usul Hukuku*, 187.

<sup>117</sup> CMUY, md. 154/1.

<sup>118</sup> CMUY, md. 91.

<sup>119</sup> KKTC AY, md. 143.

<sup>120</sup> KKTC AY, md. 155.

<sup>121</sup> KKTC AY, md. 156 ve 157.

<sup>122</sup> KKTC AY, md. 143/1.

<sup>123</sup> KKTC AY, md. 143/2.

<sup>124</sup> KKTC AY, md. 155.

9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası ile gerçekleşmiştir.<sup>125</sup> Alt Mahkemeler; (1) Ağır Ceza Mahkemeleri, (2) Kaza Mahkemeleri ve (3) Aile Mahkemeleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kaza Mahkemeleri; hukuk davaları ve ceza davalarına bakmakta, Çocuk Mahkemeleri olarak da görev yapmaktadır. KKTC’de, ticaret veya iş mahkemeleri gibi özel mahkemeler bulunmamaktadır.

Küçüklerin yargılanması ve küçükler hakkında verilen kararların infazı konusunda yasa ile özel kurallar konulabileceği KKTC Anayasası’nda belirtilmiştir.<sup>126</sup> Fakat Anayasa’nın kabulünden bugüne değin bu hususta yasal bir düzenleme yönüne gidilmemiştir. İngiliz egemenliği döneminde yürürlüğe giren Çocuk Suçluları Yasası’ndaki Çocuk Mahkemesi tanımlaması temelinde uygulama yürütülmektedir.

Uygulamada Kaza Mahkemesinin herhangi bir üyesi, 16 yaşından küçük kanunla ihtilafa düşen çocukların olduğu durumlarda, Çocuk Mahkemesi adı altında oturum yapabilmektedir. Bu oturumlar, ilgili yargıcın takdirine göre ya kendi odasında veya mutad duruşmalardan ayrı tarih veya saatlerde yapılabilmektedir. Kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili davalara, yetişkinlerin davalarına bakan yargıçlar bakmaktadır. Bu bağlamda, Kıbrıs Türk İnsan Hakları Vakfı, uygulamada çocuk mahkemesi adı altında mahkemeler bulunmadığını, ancak, mahkemelerin çocuğun durumunu gözeterek gerekli tedbirleri pratikte almaya çalıştıklarını ileri sürmektedir.<sup>127</sup> Çocuk Suçluları Yasası’nda Çocuk Mahkemelerinin uygulaması gereken prosedür detaylı bir şekilde anlatılmakta ve görevlendirilen yargıçlar tarafından da uygulanabilirliği ölçüsünde uygulanmaktadır.<sup>128</sup>

Çocuk Suçluları Yasası, daha önce belirtildiği üzere, on dört yaşından küçükleri “çocuk”, on dört yaşında veya daha büyük olup on altı yaşından küçük olanları da “genç kişi” olarak tanımlamıştır.<sup>129</sup> Çocuk Suçluları Yasası’na göre, Çocuk Mahkemesi, bir çocuk veya genç kişi ile bir yetişkinin aleyhine müştereken getirilen davalara ve adam öldürme suçuyla itham edilen çocuk veya genç kişilerin davalarına bakmamaktadır.<sup>130</sup> Uygulamada da durum bu şekildedir.

Çocuk Mahkemesi olarak oturum yapan yargıç, herhangi bir suçtan dolayı huzuruna getirilen çocuk veya gence, itham edilmekte olduğu suçun esasını, en erken bir zamanda, basit bir dille izah etmek ve seri yargılama usulü ile davayı görerek sonuçlandırmakla görevlidir. Mahkeme, çocuk veya gence, itham edilmekte olduğu suçun esasını izah ettikten sonra, suçu kabul edip etmediğini sormaktadır. Çocuk veya genç, suçu kabul etmediği takdirde, Mahkeme, iddia makamının tanıklarının şahadetini dinlemekte ve akabinde, çocuk veya gence, dinlenen tanıklara herhangi bir soru sormak isteyip istemediğini sormaktadır. Çocuk veya genç, soru sormak yerine, Mahkemeye beyanda bulunmayı tercih ederse, buna izin verilmektedir. Gerekli gördüğü soruları tanıklara sormak Mahkemenin görevleri arasındadır. Mahkeme, çocuk veya gencin beyanındaki herhangi bir şeyin açıklığa kavuşturulması için kendilerine soru sorabilmektedir. Mahkeme, ilk bakışta bir davanın ortaya konduğuna kanaat getirirse, herhangi bir savunma tanığının şahadetini dinlemekte ve çocuk veya gencin yeminle şahadet vermesine veya bir beyanda bulunmasına fırsat vermektedir. Çocuk veya genç, yeminli şahadet vermesi durumunda çapraz sorguya tabi tutulmaktadır.

Çocuk veya gencin, suçu kabul etmesi veya Mahkemenin, sunulan şahadeti değerlendirmesi neticesinde suçun çocuk veya genç tarafından işlendiği kararına varması durumunda, Mahkeme, çocuk veya gence, cezanın azaltılması veya hafifletilmesi veya başka bir konuda bir şey söylemek isteyip istemediğini sormaktadır. Mahkeme, davanın, çocuk veya gencin azami yararına görülebilmesini mümkün kılmak için, çocuk veya genç ile ilgili gerekli gördüğü bilgileri sosyal hizmet görevlilerinden alabilmekte veya çocuk veya gence bu bağlamda sorular sorabilmektedir. Mahkeme, çocuk veya gencin

<sup>125</sup> Mahkemeler Yasası (MY), *KTFD Resmî Gazete* 25 (8 Nisan 1976), Yasa No. 9/1976.

<sup>126</sup> KKTC AY, md. 140.

<sup>127</sup> Göynüklü, *Kuzey Kıbrıs’ta Çocuk Hakları*. 25.

<sup>128</sup> Örneğin; Çocuk Suçluları Yasası, İngiliz döneminde var olan fakat sonradan kaldırılan İslah Okulu ve Onaylanmış İkamet Yeri kurumlarıyla ilgili düzenlemeler içermektedir. Fakat bu kurumlar KKTC’de olmadığından Mahkemeler bu gibi yerler ile ilgili kararlar üretememektedir.

<sup>129</sup> ÇSY, md. 2.

<sup>130</sup> ÇSY, md. 2 ve 10/2.

özel sağlık muayenesinin yapılması veya sosyal tahkikat raporunun hazırlanması için yargılamayı erteleyebilmektedir. Mahkeme, kovuşturma evresi süresince, çocuk veya gencin annesinin, babasının veya vasisinin hazır bulunmasını emredebilmektedir.

Mahkeme, yargıladığı çocuk veya gencin, suçlu olduğu hususunda tatmin olduğunda, uygulamada aşağıdaki yöntemleri<sup>131</sup> dikkate alarak kararını vermektedir;<sup>132</sup>

- Davayı reddetme,<sup>133</sup>
- Davayı SİGABY'nin çeşitli kuralları uyarınca karara bağlama,<sup>134</sup>
- Suç işleyeni bir akrabasının veya başka uygun bir kişinin bakım ve gözetimi altına verme,<sup>135</sup>
- Suç işleyen, yasanın çarptırılabilirliğini öngördüğü bir para cezasını, zarar ziyanı veya masrafı ödemesini emretme,<sup>136</sup>
- Suç işleyen genç bir kişi olduğunda, suç işleyeni o suç için yasada öngörülen bir süreyle hapis cezasına çarptırma.<sup>137</sup>

Çocuk Suçluları Yasası, on dört yaşından küçük hiçbir çocuğun hiçbir halde hapis cezasına çarptırılmayacağını garanti altına almaktadır.<sup>138</sup>

#### **D. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı KKTC sosyal hizmetler dairesinin uygulamaları**

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı olan Sosyal Hizmetler Dairesi, 19 Şubat 1988 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 8/1988 sayılı Sosyal Hizmetler Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası'na (SHDKGÇEY) bağlı olarak çalışmalarını yürütmektedir.<sup>139</sup> Sosyal Hizmetler Dairesi, bir müdür, bir müdür muavini, yeterli sayıda yöneticilik ve genel hizmet sınıfı personelinin görev yaptığı iki merkez, dört taşra şubesi ve bağlı birimlerden oluşmaktadır.<sup>140</sup> Mahkemeye, kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili rapor sunma; sınamaya tabi tutulmalarına karar verilmişse onları rehabilite etme ve denetleme; şayet mahkûm olmuşlarsa, mahkûmiyetleri boyunca cezaevinde ve mahkûmiyetleri sona erdikten sonra cezaevi haricinde de onlara sosyal hizmet sunma, sosyal hizmet görevlilerinin görevleri arasındadır.<sup>141</sup> Bunun yanında SHDKGÇEY'in amaçlarına bakıldığında, suç davranışlarını önleme, suç eylemini gerçekleştiren bireylerin rehabilitasyonu ve topluma yeniden kazandırılması, çocuk suçluluğu için önleyici çalışmalar, kanunla ihtilafa düşen çocukların rehabilitasyonu ve topluma yeniden kazandırılması gibi evrensel sorunların hiçbirine yer verilmediği görülmektedir.<sup>142</sup>

Sosyal Hizmetler Dairesine bağlı olarak çalışan sosyal hizmet görevlileri, sistemin temel aktörleri olan polis, savcılık, mahkemeler ve cezaevi süreçlerinde, kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili görev almaktadırlar. Türkiye'deki çocuk adalet sisteminde yer alan sosyal çalışma görevlileri ile denetim görevlilerinin görevlerini KKTC'de tek elden sosyal hizmet görevlileri yerine getirmektedir. Kanunla

<sup>131</sup> ÇSY, md. 12/1.

<sup>132</sup> ÇSY, md. 12/1-d'de, suç işleyeni bir ıslah okuluna gönderme yöntemi belirtilmiş olmasına rağmen KKTC'de ıslah okulu bulunmaması sebebiyle bu yöntemin uygulanması halen mümkün görünmemektedir. Ayrıca ÇSY 12/1-e'de belirtilen, suç işleyen bir çocuk olduğunda kırbaçlanmasını emretme yöntemi ise hem KKTC Anayasası'na aykırıdır hem de teknik olarak uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki İngiliz sömürge döneminde çıkarılan bu yasada yer alan bu yöntem Kıbrıs Türk toplumu tarafından hiç bir zaman benimsenmemiştir. Ne KKTC'nin inşa sürecinde ne de KKTC'de hiçbir zaman uygulanmamıştır. Buradaki vurgu, hem ÇHDS'ye hem de AİHS'ye aykırı olan kırbaç cezası, 22/1989 sayılı ceza değişiklik yasası ile Fasil 154 Ceza Yasası'nın 26. maddesinde yapılan değişiklikle mahkemelerin verebilecekleri ceza türlerinin içerisinden çıkarılmış olmasına rağmen, ÇSY'den bu yöntemin kaldırılmasının bugüne değin ihmal edilmiş olması üzerinedir.

<sup>133</sup> ÇSY, md. 12/1-a.

<sup>134</sup> ÇSY, md. 12/1-b.

<sup>135</sup> ÇSY, md. 12/1-c.

<sup>136</sup> ÇSY, md. 12/1-f.

<sup>137</sup> ÇSY, md. 12/1-g.

<sup>138</sup> ÇSY, md. 12/2.

<sup>139</sup> Sosyal Hizmetler Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası (SHDKGÇEY), *KKTC Resmî Gazete* 21 (4 Mart 1988), Yasa No. 8/1988.

<sup>140</sup> SHDKGÇEY, md. 4.

<sup>141</sup> SHDKGÇEY, md. 5.

<sup>142</sup> Ayşe Özada Nazım ve Muallâ Köseoğlu, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Sosyal Hizmetlerin Yapısı ve İşleyişine Eleştirel Bir Bakış," *Toplum ve Sosyal Hizmet* 30, 2 (2019): 669.

ihtilafa düşen çocuklarla ilgili olarak sosyal hizmet görevlilerinin görevleri dağınık halde Sosyal Hizmetler Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası, Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası ve Çocuk Suçluları Yasası'nda ve hatta Yargıtay Ceza Kararlarında bile bulunabilmekte, bazı durumlarda uygulamanın nasıl olacağı yönünde boşluklar bulunmakta ve bu boşluklar sosyal hizmet görevlileri tarafından doldurulmaya çalışılmaktadır.

Bu bağlamda polis, 16 yaşından küçük bir çocuk veya gencin sorgulamasını yapacağı veya gönüllü ifadesini alacağı zaman gerekli gördüğü hallerde sosyal hizmet görevlisi ile irtibata geçmektedir. Bunun üzerine sosyal hizmet görevlisi, polisin davetine icap ederek çocuk veya gençle iletişime geçip, yararı için uygun ortamı hazırlamakta ve sosyal hizmet görevlisinin eşliğinde çocuk veya gencin sorgulanması yapılmakta ve ifadesi alınmaktadır. Sosyal hizmet görevlileri, çocuk veya gencin sorgulanmasından ve/veya ifadesinin alınmasından sonra; ailesi, arkadaş çevresi, okulu ve varsa işyeri ile irtibata geçerek çocuğun kanunla ihtilafa düşme nedenlerini araştırmaktadır. Sosyal hizmet görevlileri ayrıca, tutukluluğun uzatılması<sup>143</sup> ve teminat<sup>144</sup> duruşmalarında, savcı ve/veya yargıcın talebi üzerine mahkemede hazır bulunmakta, bunun yanı sıra kanunla ihtilafa düşen çocukların durumlarına yönelik gözlem ve incelemeleri ile ilgili savcı ve/veya yargıca bilgi/rapor vermektedirler. Mahkemenin talebi üzerine, sosyal hizmet görevlisi, davanın, çocuk veya gencin azami yararına görülebilmesini mümkün kılmak için, çocuk veya gencin genel karakterini, evinin çevresini, sağlık tarihçesini ve okul sicilini içeren gerekli bilgileri hazırlayarak sosyal tahkikat (inceleme) raporunu mahkemeye sunmaktadır. Sosyal hizmet görevlilerinin görevleri arasında yer alan sosyal tahkikat raporu hazırlama, Mahkemenin karar verme sürecine etki etmektedir. Bu sebeple, sosyal hizmet görevlilerinin bu önemli görevin bilinci ile hareket etmeleri gerekmektedir. Sosyal tahkikat raporunun amacı, çocuk veya genç için en uygun düzenlemeyi içeren hükmün verilmesi için Mahkemeye yardımcı olmaktır. Sosyal hizmet görevlisi tarafından, Mahkeme safhasında 16 yaşından küçük çocuk veya gençlerin yanı sıra, 24 yaşına kadar olan şahıslar ve mahkeme tarafından gerekli görülüp talep edilen 24 yaşın üzerindeki şahıslarla ilgili olarak da sosyal tahkikat raporu hazırlayarak mahkemeye sunulmaktadır.<sup>145</sup> Sosyal hizmet görevlileri, gözetim memurluğu görevini de icra etmekte, dava neticesinde Mahkemenin gözetim (sınama) emri verdiği durumlarda, "gözetim (sınama) raporu" hazırlayarak ilgili Mahkemeye sunmaktadırlar. Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası'nda, gözetim memurlarının hangi özelliklere sahip olmaları gerektiği belirtilmemiş, sadece "Bakanlar Kurulu, yeterli sayıda uygun kişiyi, gözetim memuru olarak atar." ifadesine yer verilmiştir.<sup>146</sup> KKTC'de sosyal hizmetleri düzenleyen mevzuatın, günümüzde çocuk veya gençlerin ihtiyaçlarına cevap vermede yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir.<sup>147</sup>

### **E. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı Kıbrıs Türk barolar birliğinin uygulamaları**

Fasıl 2 Avukatlar Yasası'nda<sup>148</sup> 9/1973 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile 1973 yılında kurulan Kıbrıs Türk Barolar Birliği, o günden günümüze değin kesintisiz olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.<sup>149</sup> Fasıl 2 Avukatlar Yasası'na göre Barolar Birliği, KKTC'de meslek icra eden tüm avukatları kapsamaktadır.<sup>150</sup> Diğer bir ifadeyle Barolar Birliği, KKTC'de tüm kayıtlı avukatların oluşturduğu bir meslek örgütüdür. KKTC Anayasasında bir suçtan sanık herkesin en azından "*kendi kendini bizzat veya eğer yeterli mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin sağlanması için gerekli görülüyorsa, kendisine parasız olarak*

<sup>143</sup> CMUY, md. 24.

<sup>144</sup> CMUY, md. 23A.

<sup>145</sup> KKTC Yargıtay Ceza. (KKTC YC), Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza K.17/91 ve 12//92 (D 7/1992), (24 Haziran 1992).

<sup>146</sup> ŞİGABY, md. 3.

<sup>147</sup> Ayşe Özada Nazım ve Muallâ Köseoğlu, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Sosyal Hizmetlerin Yapısı ve İşleyişine Eleştirel Bir Bakış", 665.

<sup>148</sup> Fasıl 2 Avukatlar Yasası (Fasıl 2 AY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Birinci Cilt (Bölüm 1-104), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 2, 28-50.

<sup>149</sup> Kıbrıs Türk Barolar Birliği (KTBB), "Kıbrıs Türk Barolar Birliği Tarihçe" (Erişim 6 Aralık 2022).

<sup>150</sup> Fasıl 2 AY, md. 18/1.

*atanacak bir hukukçu aracılığı ile savunmak*” hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>151</sup> Yine KKTC Anayasası’nda herkesin; *“kendisinin veya yakınlarının seçtiği bir hukukçu tutmak ve adaletin sağlanması için gerekli görülüyorsa, yasanın gösterdiği şekilde kendisine parasız bir hukukçu atanması”* hakkına sahip olduğu da belirtilmektedir.<sup>152</sup> Fakat Anayasa’nın yürürlüğe girdiği 1985 yılından günümüze herkese parasız hukukçu atanmasını hayata geçirecek yasal bir düzenleme yapılmamıştır.

KKTC’de bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı, sadece İngiliz egemenliği döneminden kalma CMUY’da çok dar bir çerçevede düzenlenmiştir. CMUY’a göre; *“bir sanığı bir ithamname veya ikamenameden ötürü yargılayacak veya Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararı aleyhine yapılan bir istinafi dinleyecek olan Mahkeme, meselenin ciddiyetini, güçlüğünü veya durumunu, adalet adına gerekli kıldığı takdirde, hale göre, sanık veya istinaf edeni savunmak için bir avukat atayabilir ve Mahkeme, ölümle cezalandırılabilen bir suçtan yargılanacak olan savunmasız herhangi bir kişiyi savunmak için bir avukat atayabilir”*<sup>153</sup> Sanığa avukat atanması ile ilgili olarak CMUY’da yer alan mevcut düzenleme, soruşturma safhasında avukat atanması hususunu kapsamamaktadır.

Uygulamada kovuşturma safhasında CMUY’un 64. maddesinde belirtilen şartlar oluştuğu takdirde, mahkeme sanığa avukat atamaktadır. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara avukat atanması ile ilgili olarak ayrı düzenlemeler bulunmamakla birlikte kanunla ihtilafa düşen çocuklar, yetişkinler gibi, yasaya göre şartlar oluştuğu takdirde bir avukatın hukuki yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmektedirler. Bir suçun mağduru olan veya kanunla ihtilafa düşen her çocuğun bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı vardır.<sup>154</sup> Bu noktada, soruşturma safhasından itibaren kanunla ihtilafa düşen çocukların bir hukukçudan ücretsiz olarak yararlanmalarının zorunlu hale getirilmesinin mevzuatla düzenlenmesi gerekmektedir.

## **F. Kanunla ihtilafa düşen çocuklara karşı KKTC merkezi cezaevinin uygulamaları**

İngiliz İdaresi ve Kıbrıs Cumhuriyeti dönemlerinde aynı çatı altında gerek Merkezi Cezaevi gerekse Kaza Cezaevlerinde Rumlarla birlikte hizmet veren Türk Cezaevi personeli, 21 Aralık 1963 tarihinde başlayan Rum saldırıları sonucu, Lefkoşa Türk Bölgesi’ne sığınmış ve ardından ilk Kıbrıs Türk Cezaevi, 8 Ekim 1968 tarihinde Lefkoşa Polis Müdürlüğüne bağlı olarak hizmet vermeye başlamıştır.<sup>155</sup>

Tutuklu ve hükümlü sayısındaki artış nedeniyle, 1977 yılında yapımına başlanan 175 kişi kapasiteli<sup>156</sup> Merkezi Cezaevi, 13 Aralık 1982 tarihinde faaliyete girmiştir.<sup>157</sup> Söz konusu Merkezi Cezaevinin alt yapısının ve kapasitesinin zamanla yetersiz kalması, ayrıca cezaevine gönderilen genç ve çocukların, yetişkin kadın ve erkeklerin bölümlerinin birbirinden ayrı ve bağımsız olmayışı gibi nedenlerle yeni bir cezaevine ihtiyaç hâsıl olmuştur. Bu ihtiyaçtan hareketle, Türkiye Cumhuriyeti finans desteği ile İktisadi ve Mali İş Birliği Protokolü kapsamında 2017 yılında yapımına başlanan ve 765 kişi kapasiteli<sup>158</sup> Yeni Merkezi Cezaevi, 31 Ekim 2022 tarihinde taşınma süreci tamamlanarak hizmete açılmıştır.<sup>159</sup> Çağdaş güvenlik sistemleri, sosyal aktivite alanları, spor sahaları, konferans salonları, kütüphanesi, çok amaçlı atölyeleri ile esas olan mahkûmların topluma kazandırılması çalışmalarında önemli alt yapı kapasitesine ve imkânlarına sahip olarak inşa edilmiş olan yeni merkezi cezaevi; kadın, erkek, çocuk ve açık cezaevi bölümleri olmak üzere ayrı ayrı bölümlerden oluşmaktadır.<sup>160</sup>

<sup>151</sup> KKTC AY, md. 18/5-c.

<sup>152</sup> KKTC AY, md. 17/4-ç.

<sup>153</sup> CMUY, md. 64/1.

<sup>154</sup> ÇHDS, md. 40.

<sup>155</sup> Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı (KKTC İB), “Merkezi Cezaevi” (Erişim 6 Aralık 2022).

<sup>156</sup> Yenidüzen (Y), “Yenidüzen Yeni Cezaevi’nin Son Halini Gördü” (Erişim 6 Aralık 2022).

<sup>157</sup> KKTC İB, “Merkezi Cezaevi”.

<sup>158</sup> Y, “Yenidüzen Yeni Cezaevi’nin Son Halini Gördü”.

<sup>159</sup> Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma ve Ekonomik İş Birliği Ofisi (TCKVEİBO), “Yeni Merkezi Cezaevine Taşınma Süreci Tamamlandı” (Erişim 6 Aralık 2022).

<sup>160</sup> Kıbrıs Postası (KP), “Ziya Öztürkler: Söz Verdiğimiz Gibi Ekim Sonu İtibariyle Yeni Cezaevine Taşındık” (Erişim 6 Aralık 2022).

Merkezi Cezaevi, faaliyetlerini İngiliz egemenliği döneminde yürürlüğe giren Fesil 286 Cezaevi Disiplin Yasası'na<sup>161</sup> ve KKTC'nin ilanından sonra 1988 yılında yürürlüğe giren 45/1988 sayılı Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası'na<sup>162</sup> bağlı olarak yürütmektedir. KKTC'de, Çocuk veya Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları bulunmamaktadır. KKTC'de, 14 yaşında veya daha büyük yaşta olan kanunla ihtilafa düşen çocuklar, bazı hallerde teminat emri gereği hükümsüz tutuklu olarak veya bazı hallerde hapis cezasına çarptırılarak hükümlü tutuklu olarak, yetişkinlerin de bulunduğu Merkezi Cezaevine gönderilebilmektedirler. Çocuk ve 21 yaşını doldurmamış gençlerin, sosyal ve psikolojik olarak henüz tam bir erginlik ve olgunluğa ulaşmamış olması, suça sürüklenme olasılıklarını artırmaktadır.<sup>163</sup>

İngiliz döneminden kalma Çocuk Suçları Yasası'nda, hapis cezasına çarptırılan veya cezaevine gönderilen bir gencin, pratik olduğu ölçüde, yetişkin hükümlülerle bir arada olmalarına ve ilişki kurmalarına izin verilmemesi hükme bağlanmıştır.<sup>164</sup> 6 Temmuz 2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Merkezi Cezaevi Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları (Değişiklik) Yasası<sup>165</sup> ile de cezaevine gönderilen tutuklu ve hükümlü çocuk ve gençlere yönelik bir takım iyileştirici düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu Yasa ile; "Çocuk Hükümlü ve Tutuklu", 14 yaşından 18 yaşına kadar olan hükümlü ve tutukluları; "Genç Hükümlü ve Tutuklu" ise, 19 yaşından 21 yaşına kadar olan hükümlü ve tutukluları kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.<sup>166</sup> Söz konusu Yasa'nın getirdiği bir diğer yenilik, Kapalı Kadın, Çocuk ve Genç Cezaevi Amirliği adı altında, Kapalı Kadın Cezaevi ve Kapalı Çocuk ve Genç Cezaevi birimlerinin oluşumunun düzenlenmesidir. Bu bağlamda Kapalı Çocuk ve Genç Cezaevi; Çocuk ve genç hükümlünün hapis cezasının infaz edildiği, çocuk ve genç hükümlü ve tutuklulara eğitim ve öğretim ile ilgili aktiviteler yaptırılan ve rehabilitasyon imkanı sağlayan bölümlerden sorumlu Amirliği ifade etmektedir.<sup>167</sup>

Yeni Merkezi Cezaevi fiziki koşullar ve imkânlar bakımından olumlu özellikler gösterse de, personel eksikliği ve yetersizliği nedeniyle bu imkânlardan tam olarak yararlanılması mümkün olamamakta; eğitim, sanat, mesleki atölyeler ve spor faaliyetlerinden yararlanılamamaktadır.<sup>168</sup> Yeni merkezi cezaevinin kadrosunda yer almasına rağmen henüz bir hukukçu istihdam edilmemiş, ayrıca cezaevinde sürekli hizmet veren doktor ve psikolog da bulunmamaktadır.<sup>169</sup> Gardiyan eksikliği nedeniyle çocuk cezaevi henüz faaliyete geçirilememiştir.<sup>170</sup> Tüm bu olumsuzluklara rağmen, uygulamada 21 yaşından küçükler yetişkinlerden ayrı bir bölüme yerleştirilmektedir. Yetişkinler gibi kanunla ihtilafa düşen çocuklar da, bir psikologla görüşmeyi talep ederlerse görüşmeleri için imkân sağlanmakta, yine hastalanmaları halinde de doktor kontrolünden geçirilmektedirler. Yine talep eden çocuklara ortaöğretim eğitimlerini tamamlayabilmeleri için Milli Eğitim Bakanlığı aracılığıyla ilgili sınıflara ait kitaplar tedarik edilmekte ve dıştan bitirme sınavlarına başvurmaları halinde belirlenen sınav günlerinde yine Milli Eğitim Bakanlığı tarafından gönderilen öğretmenler tarafından sınavları yapılmaktadır. Merkezi Cezaevinde ayrıca, Esnaf ve Zanaatkarlar Odası ve Milli Eğitim Bakanlığı ile koordineli bir şekilde dülgelik, kaynakçılık, berberlik, demircilik, seramikçilik, terzilik gibi mesleki eğitimler düzenlenmektedir.

<sup>161</sup> Cezaevi Disiplin Yasası (CDY), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Beşinci Cilt (Bölüm 247-306), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001), Bölüm 286.

<sup>162</sup> Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası (MCKGÇEY), *KKTC Resmî Gazete* 108 (18 Kasım 1988), Yasa No. 45/1988.

<sup>163</sup> Didem Yücel, M Burak Gönültaş, Aliye Mavili Aktaş, *Adli Sosyal Hizmet: Yaklaşım ve Müdahale*, (Ankara: Nobel Yayınevi, 2016), 49.

<sup>164</sup> ÇSY, md. 16/2.

<sup>165</sup> Merkezi Cezaevi Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları (Değişiklik) Yasası (MCKGÇEY), *KKTC Resmî Gazete* 147 (6 Temmuz 2022), Yasa No. 13/2022.

<sup>166</sup> MCKGÇEY, md. 2.

<sup>167</sup> MCKGÇEY, md. 4/1(B)(b).

<sup>168</sup> Hasan Esendağlı, "Cezaevi Gözlemleri", *Facebook*, (30 Kasım 2022, 20:04).

<sup>169</sup> Esendağlı, "Cezaevi Gözlemleri", (30 Kasım 2022, 20:04).

<sup>170</sup> Esendağlı, "Cezaevi Gözlemleri", (30 Kasım 2022, 20:04).



Çocuk Suçluları Yasası'nda kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik olarak tasarlanan ıslah okullarından ve onaylanmış ikamet yerlerinden bahsedilmesine rağmen KKTC'de henüz ıslah okulu veya onaylanmış ikamet yeri veya ÇHDS perspektifinden hareketle eğitim evi tarzında herhangi bir kurum bulunmamaktadır. Her ne kadar İngiliz döneminde kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik ıslah ve rehabilitasyonları amacına yönelik ıslah okulları açılmış olsa da, bu kurumlar KKTC'nin inşa sürecinde varlıklarını yitirmişlerdir.<sup>171</sup> ıslah okulu bulunmadığı için Mahkemeler, kanunla ihtilafa düşen çocukları yetişkin mahkûmların bulunduğu cezaevine göndermek durumunda kalmaktadırlar. Hâlbuki ÇHDS'ye göre taraf devletlerin, yalnızca çocuklara yönelik kurum ve kuruluşları oluşturmaları gerekmektedir.

## Sonuç ve Öneriler

Bu çalışma ile "KKTC'de yetişkinlerden ayrı bir çocuk adalet sistemi oluşturulmuş mudur?" sorusuna cevap aranmıştır. Bu çerçevede Çocuk Haklarına Dair Sözleşme perspektifinden KKTC ceza adalet sisteminde kanunla ihtilafa düşen çocukların yeri incelenmiştir. İlk önce kanunla ihtilafa düşen çocuklar hakkında KKTC'deki yasal düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Bu yapılırken çocuk kavramının; Çocuklar Yasası'nda 18 yaşından küçükleri, Çocuk Suçluları Yasası'nda ise 14 yaşından küçükleri kapsadığı görülmüştür. Ayrıca Ceza Yasası'nda çocukların cezai sorumluluğu incelenmiş, bu bağlamda cezai sorumsuzluk yaş sınırının Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin perspektifine aykırı olarak yedi olduğu görülmüştür. Daha sonra Çocuk Suçluları Yasası, Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası ve Çocuklar Yasası'nın kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili düzenlemeleri incelenmiştir. Söz konusu yasaların 1960 öncesi İngiliz döneminde yürürlüğe girdikleri, küçük çaplı değişikliklerle KKTC'de halen yürürlükte oldukları görülmüştür. Ayrıca bu yasalarda belirtilen ıslah evi, onaylanmış ikamet yeri gibi kurumların yanı sıra, yine Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin perspektifinden hareketle eğitim evi tarzındaki kurumların da ülkede mevcut olmadığı dolayısıyla bu kurumlara gönderilebilecek kanunla ihtilafa düşen çocukların yetişkinlerin bulunduğu cezaevine gönderilme durumunda kalabildikleri görülmüştür.

Çalışmada daha sonra, kanunla ihtilafa düşen çocukların KKTC'de maruz kaldıkları sistemin kurumları ve tabi tutuldukları süreçler analiz edilmiştir. Sırasıyla Polis Örgütü, Başsavcılık, Mahkemeler, Sosyal Hizmetler Dairesi, Barolar Birliği ve Merkezi Cezaevi kurumlarındaki kanunla ihtilafa düşen çocukları ne gibi süreçlerin beklediği üzerinde durulmuştur. Ceza adalet sisteminin kanunla ihtilafa düşen çocukları eğitmek ve onları yeniden topluma kazandırmaktan çok, psikososyal açıdan zedeleyici ve yeniden suç işlemelerine ortam hazırlayıcı bir özellik taşıdığı saptanmıştır. Oysa Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin perspektifinden oluşturulacak bir çocuk adalet sisteminin amacı, çocuk odaklı bir anlayışla meselenin ele alınması, bu bağlamda suçun ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi ve kanunla ihtilafa düşen çocuğun yeniden toplumla bütünleşmesinin sağlanmasıdır.

Çalışma bulguları; KKTC'de çocuğu odağına alan adalet anlayışı eksikliği olduğunu, KKTC'de çocuklara yönelik ceza adalet sisteminin doğası gereği reaktif ve ceza odaklı olduğunu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'deki değerlerin henüz KKTC'deki sistemin bir parçası olan kurumlar tarafından yeterince içselleştirilemediğini ve reform gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda, KKTC ceza adalet sisteminde kanunla ihtilafa düşen çocukların yukarıda belirtilen sorunlarıyla başa çıkabilmek için bir dizi çözüm önermeyi uygun bulduk. Önerilerimizi şu şekilde sıralayabiliriz;

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye göre her insan on sekiz yaşına kadar çocuktur. KKTC'de farklı yasalarda farklı yaş kategorileri karşımıza çıkmaktadır. Çocuklar Yasası'nda "on sekiz yaşını doldurmamış kişi" çocuk sayılmakta, Çocuk Suçluları Yasası'nda ise; "on dört yaşından küçük bir kişi" çocuk olarak tanımlanmaktadır. KKTC Ceza Yasası'nda ise "çocuk" tanımı yapılmamış olmakla birlikte, çocukların cezai yönden sorumlu tutulma yaşı 7 olarak düzenlenmiştir. KKTC'de farklı yasalarda farklı

<sup>171</sup> Anıl Görkem, "KKTC'de Çocuk Suçluluğunun Yaygınlığı, 2001-2005," Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (YDÜ Eğitim Bilimleri Fakültesi, Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Anabilim Dalı, 2008), 6.

yaş sınırlarına göre çocuk tanımlamalarının yapılması çocuklara yönelik uygulamalarda karışıklığa sebebiyet vermekte ve çocukların yüksek yararı ilkesine gereken önemin verilmemesine neden olmaktadır. Bu çerçevede KKTC mevzuatı Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile tutarlı hale getirilmeli, ilgili bütün yasalarda, 18 yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı yönünde gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme perspektifinden hareketle, KKTC Ceza Yasası'nın çocukların cezai sorumluluğu başlığını taşıyan 14. maddesinde gerekli düzenleme yapılarak, çocukların cezai yönden sorumlu tutulma alt yaş sınırı 7'den en az 12'ye çıkarılmalı; üst yaş sınırı ise 12'den 18'e çıkarılmalıdır.

KKTC'de kanunla ihtilafa düşen çocuklara yönelik uygulamadaki yasaların Kıbrıs'ın İngiliz egemenliği altında bulunduğu dönemden kalma oldukları, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin perspektifinden bakıldığında söz konusu yasaların kanunla ihtilafa düşen çocukların ihtiyaçlarına cevap vermede yetersiz kaldıkları ve çocuk suçluluğunu çağdaş bir perspektifle ele almadıkları görülmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 40. maddesinde belirtilen masumiyet karinesi ile kavramsal olarak bağdaşmayan, ötekileştirici ve ayrıştırıcı bir kavram olan "çocuk suçlular" kavramının KKTC'de kullanıldığı, hatta KKTC'de bu alandaki temel Yasa'nın bile "Çocuk Suçluları Yasası" adı altında mevcut olduğu görülmektedir. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin ilkelerine uygun olacak şekilde dağınık bir halde bulunan mevcut yasalar ve söz konusu yasalarda yer alan çağ dışı kalmış kavramlar, çocuğu esas alan bütüncül bir yaklaşımla revize edilerek düzenlenmeli, bu bağlamda ihtiyaç duyulan yeni yasalar çıkarılmalı, ayrıca bu alanda tüzük çıkarılması öngörülen yasalara dayanılarak ihtiyaç duyulan tüzükler gecikmeksizin çıkarılmalıdır.

Çocuklar ceza yargılama sürecine mümkün olduğunca sokulmamalı, yargı dışında sorunu çözecek yöntemler geliştirilmeli, çocuk, ceza yargılama sürecine girecekse özgürlüğünden yoksun bırakma en son çare olarak düşünülmelidir.

KKTC'de kanunla ihtilafa düşen çocukların maruz kaldıkları sistemin temel kurumları olan Polis, Savcılık ve Mahkemeler yeniden yapılandırılmalı, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin çocuk adalet ilkelerine dayalı, çocuklara özgü bir çocuk adalet sistemi kurulmalıdır. Bu sistem, özellikle çocuğun yaşama, korunma, katılma ve gelişme haklarına saygı gösterecek şekilde yapılandırılmalıdır. Bu bağlamda çocukların içine girdikleri sistemin tüm kurumlarında çocuklara yönelik ayrı profesyonel birimler oluşturulmalı, bu birimlerin tüm çalışanlarına, alanında uzman kişiler tarafından sürekli eğitimler verilmelidir. Ayrıca, çocuk adalet sisteminde yer alan kurumlara gerekli araç ve teçhizat sağlanmalı, bu kurumlar fiziki yönden çocuklara özgü olmalıdır.

KKTC'de kanunla ihtilafa düşen çocukların rehabilitasyonlarına yönelik ıslah okulları, eğitim evleri açılmalı; çocukların yetişkinler ile aynı cezaevinde kalmalarını ortadan kaldıracak düzenlemeler getirilmelidir.

Çocuk adalet sistemi, çok sektörlü ve disiplinler arası bir yaklaşım gerektirdiğinden, mevcut sistem içerisindeki kurumlara, ihtiyaç duyulan yenileri eklenmeli, var olan diğer kurum ve kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri de sistemin içerisine dâhil edilmeli, koordinasyon, işbirliği ve ekip çalışmasına önem verilmelidir.

Kanunla ihtilafa düşen çocuklarla ilgili olarak hak temelli izleme mekanizmaları oluşturulmalıdır.

Kanunla ihtilafa düşen çocukların maruz kaldığı kurumlar, kendi personellerinin sorumluluklarını detaylandıran ve daha anlaşılır kılan düzenlemeler yapmalı, bu süreçte çocuklarla temasta bulunan personellerini düzenli ve kapsamlı hizmet içi eğitimlere tabi tutmalıdırlar.

Kanunla ihtilafa düşen çocukların yeniden sosyal hayata üretken ve aktif bir şekilde katılmalarını sağlamak amacıyla yasal düzenlemeler yapılmalı ve uygulamaya yansıtılmalıdır.

Barolar Birliği ve sivil toplum örgütlerinin bu alanda daha görünür kılınmaları teşvik edilerek desteklenmeli, bu örgütlerin izleme ve savunuculuk mekanizmaları güçlendirilmelidir.

Çocuk adalet sisteminin hukuki çerçevesinin temelini Çocuk Haklarına Dair Sözleşme oluşturmaktadır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin KKTC'de uygulanmasına yönelik sorumlu koordinatör kuruluş

belirlenmeli, bu alanda sürdürülebilir kurumsal bir devlet politikası oluşturulmalıdır. Bu bağlamda KKTC'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi uygulamasına yönelik BM Çocuk Hakları Komitesi'ne rapor vereceği bir sistem oluşturulmalıdır. Son olarak, çocuklarla ilgili daha detayda birçok BM sözleşmesi olmakla birlikte, özellikle doğrudan çocuk suçluluğu ile ilgili olan; (1) Pekin Kuralları, (2) Riyad Kuralları, (3) Havana Kuralları ve (4) Viyana Kuralları, KKTC Yönetimi ve ilgili kurumlar tarafından içselleştirilmeli ve bu kuralların işlevselleştirilmesi sağlanmalıdır.

## Kaynakça

- AKYÜZ Emine. *Suçta Sürüklenen ve Mağdur Çocuklar*. Editörler: Süleyman Hançerli, Bilal Sevinç, Cüneyt Gürer ve Muzaffer Cihat Öner. Ankara: Sosyal Hizmetler Araştırma, Belgeleme, Eğitim Vakfı (SABEV) Yayınları No:35, Sosyal Çalışma Dizisi: 28, 2011.
- ALASYA Halil Fikret. *Tarihte Kıbrıs*. Lefkoşa: Kıbrıs Türk Kültür Derneği Genel Merkezi, 1988.
- AYDOĞDU, Ahmet. *Kıbrıs Sorunu Çözüm Arayışları, Annan Planı ve Referandum Süreci*, Ankara: BRC Basım ve Matbaacılık Ltd. Şti., 2005.
- BAYINDIR Nida, ÖZEL Ali ve KÖKSAL Emrah. "Çocuk Suçluluğu Demografisi: Kütahya Şehri Örneği." *Polis Bilimleri Dergisi* 9, 1-4 (2007): 95-108.
- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye İlişkin Genel Yorumları 2001- 2006. *ICC Çocuk Hakları Serisi 3*. Ankara. 2006. <https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2021/02/Cocuk-Haklari-Komitesi-2001-2006.pdf>
- CC, Criminal Code. In the Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under the Authority of the Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, by Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 154 (1 January 1929). Accessed 19 July 2022. <https://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap154.pdf>
- CDY, Cezaevi Disiplin Yasası (Bölüm 286), Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Beşinci Cilt (Bölüm 247-306), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- CL, Children Law. In the Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under The Authority of The Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, by Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume VI (Chapters 308-354), Chapter 352 (18 August 1956). Accessed 19 July 2022. <https://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap352.pdf>
- CMUY, Ceza Muhakemeleri Usul Yasası (Bölüm 155). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- CRC, Convention on the Rights of the Child (General Assembly Resolution 44/25). United Nations (20 November 1989). Entry Into Force 2 September 1990. Accessed 19 July 2022. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>
- CY, Ceza Yasası (Bölüm 154). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- ÇAKICI Mehmet, PAŞA Emel and GÖRKEM Anıl. "The Prevalence and Risk Factors of Juvenile Delinquency in Turkish Republic of Northern Cyprus." *Eurasian Journal of Educational Research*, 12, 49A (2012): 183-198.
- ÇHDS, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Karar No. 94/6423). *TC Resmî Gazete* 22184 (27 Ocak 1995). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>
- ÇHDSOY, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (Onay) Yasası (KKTC Bakanlar Kurulunun 31 Mayıs 1995 tarihli ve A-695-95 sayılı Kararı). *KKTC Resmî Gazete* 4 (5 Ocak 1996). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>

- ÇKK, Çocuk Koruma Kanunu (Kanun No. 5395). *TC Resmî Gazete* 25876 (15 Temmuz 2005). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050715-1.htm>
- ÇSY, Çocuk Suçluları Yasası (Bölüm 157). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- ÇY, Çocuklar Yasası (Bölüm 352). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Altıncı Cilt (Bölüm 307-354), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- Devlet Planlama Örgütü. *Tablo 4. Yaş, Yaş Grubu, İlçe ve Cinsiyete göre sürekli ikamet eden nüfus, 2011, KKTC Nüfus sayımı Sonuçları*. 2011. <http://www.devplan.org/Frame-tr.html>
- Esendağlı, Hasan. "Cezaevi Gözlemleri". *Facebook*. 30 Kasım 2022, 20:04. Erişim 6 Aralık 2022. [https://m.facebook.com/story.php?story\\_fbid=pfbid02po97bgPEbnQdQfRAMUkozH9k61ntBMygE9gRXCRCsVMrCnUjJVM2V85C1kBGgK6sl&id=1123777063](https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=pfbid02po97bgPEbnQdQfRAMUkozH9k61ntBMygE9gRXCRCsVMrCnUjJVM2V85C1kBGgK6sl&id=1123777063)
- Fasıl 2 AY, Avukatlar Yasası (Bölüm 2). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Birinci Cilt (Bölüm 1-104), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- GÖRKEM, Anıl. "KKTC'de Çocuk Suçluluğunun Yaygınlığı, 2001-2005." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, YDÜ Eğitim Bilimleri Fakültesi, Rehberlik ve Psikolojik Danışmanlık Anabilim Dalı, 2008.
- GÖYNÜKLÜ, Ceren. *Kuzey Kıbrıs'ta Çocuk Hakları*. Kıbrıslı Türk İnsan Hakları Vakfı Yayınları No: 2. Lefkoşa: Mavi Basım, 2012.
- HDY, Hukuk Dairesi Yasası (Yasa No. 72/1991). *KKTC Resmî Gazete* 62 (22 Haziran 1991). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- JOL, Juvenile Offenders Law. In the Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under the Authority of the Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, By Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 157 (20 December 1946). Accessed 19 July 2022. <https://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap157.pdf>
- KKTC AYM, KKTC Anayasa Mahkemesi. K. 3/2006 (D 3/2006) (21 Haziran 2006). Erişim 24 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=am&yile=2006>
- KKTC AY, KKTC Anayasası (Kabul Tarihi: 5 Mayıs 1985). *KKTC Resmî Gazete* (7 Mayıs 1985). Erişim 24 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx>
- KKTC İB, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı. "Merkezi Cezaevi", Erişim 6 Aralık 2022. <https://icisleri.gov.ct.tr/BAKANLIK/Merkezi-Cezaevi>
- KP, Kıbrıs Postası. "Ziya Öztürkler: Söz Verdiğimiz Gibi Ekim Sonu İtibariyle Yeni Cezaevine Taşındık", Erişim 6 Aralık 2022. [https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS\\_HABERLERI/n445084-ziya-ozturkler-soz-verdigimiz-gibi-ekim-sonu-itibariyle-yeni-cezaevine-tasindik](https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n445084-ziya-ozturkler-soz-verdigimiz-gibi-ekim-sonu-itibariyle-yeni-cezaevine-tasindik)
- Y, Yenidüzen. "Yenidüzen Yeni Cezaevi'nin Son Halini Görüntüledi", Erişim 6 Aralık 2022. <https://www.yeniduzen.com/yeniduzen-yeni-cezaevinin-son-halini-goruntuledi-113954h.htm>
- KKTC M, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemeler. *2022 Faaliyet Raporu*. Lefkoşa: KKTC Yüksek Mahkeme Yayınları, 2023. Erişim 30 Haziran 2023. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/dokuman/faaliyetraporu2022.pdf>

- KKTC YC, KKTC Yargıtay Ceza. Birleştirilmiş Yargıtay/Ceza K.17/91 ve 12//92 (D 7/1992) (24 Haziran 1992). Erişim 24 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=yc&yile=1992>
- KOÇYILDIRIM Göktan. "Her Şey Çocuklar İçin!" Ya Adalet?, Türkiye Çocuk Adalet Sistemine Sivil Toplum Gözüyle Bakış Projesi Kitabı. Yayına Hazırlayanlar: Yaşar Çavdar, Bilal Kolbüken. Ankara: Cem Web Ofset., 2012.
- KTBB, Kıbrıs Türk Barolar Birliği. "Kıbrıs Türk Barolar Birliği Tarihçe", Erişim 6 Aralık 2022. <https://www.kibris-turk-barolar-birligi.org/Kurumsal-Detay/kibris-turk-barolar-birligi-tarihce/6>
- MCKGÇEY, Merkezi Cezaevi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası (Yasa No. 45/1988). *KKTC Resmî Gazete* 108 (18 Kasım 1988). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- MCKGÇEDY, Merkezi Cezaevi Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları (Değişiklik) Yasası (Yasa No. 13/2022). *KKTC Resmî Gazete* 147 (6 Temmuz 2022). Erişim 6 Aralık 2022. <https://basimevi.gov.ct.tr/Portals/6/2022/147.pdf?ver=2022-06-16-231436-4135>
- MEGVSB (KKTC Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı). *Kıbrıs Türk Tarihi, 10. Sınıf Ders Kitabı*, Ankara: Korza Yayıncılık Basım Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., 2010.
- MY, Mahkemeler Yasası (Yasa No. 9/1976). *KTFD Resmî Gazete* 25 (8 Nisan 1976). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- NECATİGİL Zaim M. *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve AİHM Kışkacında Türkiye*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- ÖZADA NAZIM Ayşe ve KÖSEOĞLU Muallâ. "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Sosyal Hizmetlerin Yapısı ve İşleyişine Eleştirel Bir Bakış." *Toplum ve Sosyal Hizmet* 30, 2 (2019): 665-689.
- POL, Probation of Offenders Law. In the Statute Laws of Cyprus, Revised Edition 1959 (1 April 1959), Prepared Under the Authority of the Cyprus Laws (Revised Edition) Law, 1959, by Crition George Tornaritis, Q.C. Attorney-General, Cyprus, Volume III (Chapters 125-175A), Chapter 162 (14 March 1952). Accessed 19 July 2022. <https://www.mahkemeler.net/ifasil/Cap162.pdf>
- Polis Meslek Dersleri*. Polis Okulu Yayınları No: 61, KKTC: Polis Okulu Müdürlüğü, 6. Baskı, 2020.
- PÖKGY, Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası (Yasa No. 51/1984). *KKTC Resmî Gazete* 114 (20 Aralık 1984). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- SİGABY, Suç İşleyenlerin Gözetim Altında Bulundurulması Yasası (Bölüm 162). Kıbrıs Yasaları (Revize Edilmiş ve Birleştirilmiş Şekliyle), Üçüncü Cilt (Bölüm 125-175A), Revize Edilmiş Yeni Baskı, KKTC Cumhuriyet Meclisi Yayını (2001). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>
- SÖZMENER Hasan. *Ceza Genel ve Ceza Usul Hukuku*, Cilt 1. Ankara: Yetkin Basımevi, 2014.
- TCKVEİBO, Türkiye Cumhuriyeti Kalkınma ve Ekonomik İş Birliği Ofisi. "Yeni Merkezi Cezaevine Taşınma Süreci Tamamlandı", Erişim 6 Aralık 2022. <https://kei.gov.tr/haberler/yeni-merkezi-cezaevine-tasinma-sureci-tamamlandi>
- TURHAN Turgut. "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi. "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 2 (2008): 253-286.

Türkiye'de Çocuklar için Adalet Projesi. *Çocuk Adalet Sistemi Çalışanları Eğitim Programı, Hukukçular için Eğitim Kitabı*, Ankara: BNB Ltd. Şti., 2013.

UMBKHDYSY, Uyuşturucu Madde Bağımlıları ve Kullanıcıları Hakkında Denetimli Serbestlik Yasası (Yasa No. 28/2016). *KKTC Resmî Gazete 68* (27 Mayıs 2016). Erişim 30 Haziran 2023. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>

VEZİROĞLU Çetin ve GÜMÜŞ Aysun, *KKTC Ceza Usul Hukuku*, Lefkoşa, 2012, 187.

YAKY, Yüksek Adliye Kurulu Yasası (Yasa No. 35/1985). *KKTC Resmî Gazete 101* (22 Kasım 1985). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>

YAVUZER Haluk. *Çocuk ve Suç*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 7. Baskı, 1994.

YTBY, Yasaların Türkçeleştirilmesi ve Birleştirilmesi Yasası (Yasa No. 19/1977). *KTFD Resmî Gazete 15* (18 Mart 1977). Erişim 19 Temmuz 2022. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>

YÜCEL Didem, GÖNÜLTAŞ M Burak ve MAVİLİ AKTAŞ Aliye. *Adli Sosyal Hizmet: Yaklaşım ve Müdahale*. Ankara: Nobel Yayınevi, 2016.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Notu:** Bu makale, 24-25 Aralık 2021 tarihleri arasında Ukrayna'da Alfred Nobel Üniversitesi ev sahipliğinde düzenlenen 3. Uluslararası CEO (İletişim, Ekonomi, Organizasyon) Sosyal Bilimler Kongresinde yazar tarafından sözlü olarak sunulan bildirinin genişletilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

**Yazarın Katkısı:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazar dergide yayınlanan çalışmasının telif hakkına sahiptir ve çalışması CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Veto (Geri Gönderme) Yetkisinin Anlamı, Türk Anayasalarında Düzenlenişi ve Yasama Fonksiyonunun Özellikleri Açısından İncelenmesi

*The Meaning of the Veto Power, Its Regulation in Turkish Constitutions and Its Examination in Terms of the Characteristics of the Legislative Function*

Onur Hamurcu 

Dr. Arş. Gör. Recep Tayyip Erdoğan  
Üniversitesi, Rize, Türkiye,  
onur.hamurcu@erdogan.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 30.10.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 16.05.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Öz:** Veto kurumu ile hatalı ya da hukuka aykırı olduğunu düşünülen kanunların bir kez daha görüşülmesi amaçlanır. Veto ve geri gönderme kavramı teknik anlamda iki farklı kavramdır. Bu farklılık ikinci görüşmedeki kabul sayıları açısından ortaya çıkmaktadır. Şayet ikinci görüşmede aynı metin farklı bir çoğunluk öngörülmeden kabul edilebiliyorsa burada bir geri gönderme yetkisinin varlığından bahsedilmektedir. Bununla birlikte ilk kabulden daha farklı bir çoğunluk öngörülmüş ise burada bir veto yetkisi söz konusudur. Cumhuriyet öncesi dönemde mutlak veto şeklinde karşımıza çıkan durum mevcut haliyle güçleştirici veto yetkisine evrilmiştir. Yasama organının özellikle aslilik ilkesi kapsamında veto yetkisinin bir geri gönderme biçiminde düzenlenmesi, olası siyasi çatışmalardan kaçınmak adına Cumhurbaşkanına kanunların yürürlüğü öncesinde, iptal davası açma yetkisi vermek ve kanunlaşan metni yürürlüğe girmeden yargı denetimine tabi kılmak gibi alternatiflerin düşünülmesi son derece önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** Veto, Anayasa, Cumhurbaşkanı, Yasama, Kanun

**Abstract:** The aim of the veto institution is to re-negotiate the laws that are thought to be erroneous or unlawful. The concept of veto and repatriation are technically two different concepts. This difference emerges in terms of the number of acceptances in the second interview. If the same text can be accepted in the second meeting without a different majority, the existence of an authority to send back is mentioned. However, if a different majority than the initial acceptance is envisaged, there is a veto power. The situation that appeared as an absolute veto in the pre-Republic period has evolved into a difficult veto power in its current form. It is extremely important to consider alternatives such as arranging the veto power of the legislative body in the form of a return, especially within the scope of the principle of substantiveness, giving the President the authority to file an annulment lawsuit before the laws come into force in order to avoid possible political conflicts, and subjecting the enacted text to judicial review before it comes into force.

**Keywords:** Veto, Constitution, President, Legislative, Law

### Extended Abstract

The purpose of the veto power granted to the President is to request the legislative body to review the laws so that they come into force completely, without errors and in accordance with the constitution. In other words, the president warns the legislative body about issues he deems deficient or wrong. Veto power is an extremely important power in terms of liberal constitutionalism activity. The essence of constitutionalism is the limitation of state authority. One of the most basic conditions for this is the sharing of authority among state organs. Complementary to this sharing is the supervision between institutions.

Veto is subject to three basic distinctions in doctrine: absolute, delaying/suspension and complicating. There is no consensus on which type of veto means which.



Absolute veto is a concept that exists in monarchies or authoritarian regimes, and the approval authority of the head of state means that the bill becomes law. In other words, if the monarch does not find the proposed law appropriate, it means an absolute veto. Here, it is possible that the law will not be formed before it even comes into force. For example, during the First Constitutional Monarchy period, bills that were not approved by the sultan did not become law. This turned the sultan's veto power into an absolute veto.

When the head of state sends the draft law back to the parliament for review, if it is accepted without requiring a qualified majority, then technically speaking is not a veto power, but the power to send it back.

In the first version of the 1982 Constitution, the publication period for laws was increased to fifteen days and laws regarding constitutional amendments became vetoable. In accordance with Article 89 of the first version of the Constitution, the president publishes the laws adopted by the Turkish Grand National Assembly within fifteen days. Article 104 gives the president the authority to send laws, except budget laws, back to the Grand National Assembly of Turkey with their justifications for reconsideration. If the parliament accepts the law as it is, the president publishes the law; if a change is made in the law, the president can send it back again. Provisions regarding constitutional amendments are reserved, and according to Article 104, the president may submit laws regarding constitutional amendments to a referendum when deemed necessary. In Article 175, the condition for this situation is that the relevant law be accepted verbatim by the parliament.

With the amendment made in 2017, if the parliament accepts the returned law as it is with an absolute majority, then the president must publish the law. The important detail here is that an absolute majority is required for the same acceptance condition regarding veto. If the law before it is amended and accepted by the parliament, in this case, voting is done according to the general rule. The law can be sent back again if any changes are made to it.

In terms of generality, by using the veto power, the area that the legislature wants to regulate can be put on hold. In addition, the executive's veto of a regulation in a certain area can also mean that the legislature "does not make a regulation in that area" or "does not do it this way". However, apart from the absolute veto power, in terms of other types of veto, the legislature has the authority to make regulations in any field it wishes, provided that it complies with the constitution. In other words, the existence or use of veto power will not make a meaningful difference in terms of this feature, or a situation of usurpation of power will not arise in terms of this feature.

While the criterion of conformity with the constitution and law, which is the condition of the primary regulation principle, is valid during the preparation process of the law, the condition of suitability for the president is also added during the implementation phase. The formation process of the law is primarily carried out by the legislative body. However, it is doubtful to what extent a law that complies with the law but has not come into force or has been postponed due to political or ideological reasons meets this principle.

We believe that there is no point that needs to be discussed in terms of the inalienability of the veto power of the legislative body. Because with the veto power, only the renegotiation of a law is possible. When the executive authority exercises this power, it also does not have the authority to make laws. The power to make laws belongs to the legislature.

As a result, the president can use his veto power for any reason. If it is not possible for the same law to obtain a higher majority, this directly leads to blockage of legislative activity and politically controversial situations. This situation may lead to damaging results for both the president and the legislature. Since the essence of political control is different from judicial control, it is natural that there is also a control

of propriety in the veto institution. However, in order for this not to lead to a political impasse, there must be legal justification in the use of this authority. Giving the President the authority to file an annulment lawsuit before the laws come into force and subjecting the enacted text to judicial review before it comes into force can also be considered as alternatives to avoid the possible political consequences of the veto power.

## Giriş

Veto yetkisi monarşilerde hükümdarın otoritesini temsil eden, parlamenter demokrasilerde ise geri gönderme halini alan önemli bir denetim mekanizmasıdır.<sup>1</sup> Vetoyu Türk Dil Kurumu, “bir şeye karşı çıkma, bir şeyi engelleme, reddetme” olarak tanımlamaktadır.<sup>2</sup> Amerikan Anayasası m. 1 uyarınca Başkan, kongreden geçen kanunları veto yetkisine sahiptir.<sup>3</sup> Bu durumun tersi de mevcut olup anayasalar tarafından devlet başkanına veto yetkisinin verilmediği ya da sadece sembolik şekilde onaylama mekanizmalarının kabul edildiği uygulamalar da mevcuttur. Arnavutluk ve Portekiz anayasaları bu duruma örnektir.<sup>4</sup>

Hukuksal anlamda veto, farklı hukuk disiplinlerinde de kullanılmaktadır. Ticaret hukukunda veto, şirket sözleşmesi uyarınca belirli ortaklara tanınabilmektedir. Ortağın şahsına ait olan bu hak sonucunda genel kurul kararları geçersiz kılınabilmektedir.<sup>5</sup> Uluslararası hukuk alanında ülkeleri politika değişikliğine yöneltmek adına, politik organizasyonlarda “veto kartı” devletlerin elindeki en büyük kozlardandır. Türkiye’nin Avrupa Birliği üyelik sürecinde ya da Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) üyesi devletlerin iç ilişkilerinde veto kavramı sıklıkla gündeme gelebilmektedir.<sup>6</sup> Yine Birleşmiş Milletlerin (BM) bağlayıcı kararlar alabilen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne (BMGK) daimi üye olan devletlerin veto hakkının olması, “kurumu demokratik olmaktan çıkarmakla” eleştirilmektedir.<sup>7</sup>

Veto ile yasama organının hukuka aykırı işlemleri devlet başkanı tarafından değişikliğe zorlanabilmektedir. Bu durum organlar arasındaki denge ve denetlemenin önemli bir parçasını oluşturur. Veto yetkisi bu denetimin önemli siyasi kollarından biri olarak kabul edilebilir. Bu yetkinin düzenlenme şekli ve kullanım biçimi yasamanın fonksiyonları olan aslilik, genellik ve devredilmezlik ilkeleri ile kimi zaman çelişkili bir durum yaratabilmektedir. Çalışmamızda veto kurumuna ilişkin kavramsal çerçeve çizildikten sonra yasama fonksiyonunun özellikleri açısından nitel bir değerlendirme yapılacaktır.

## I. Vetonun Amacı ve Niteliği

Veto yetkisinin kökeni ortaçağ Avrupası’nda kralların, kendilerini adaletin mutlak ve üstün koruyucusu olarak görmeleri ile birlikte, parlamentoları tarafından kendilerine sunulan önerileri ve talepleri reddetme haklarına kadar gidebilmektedir. Öyle ki veto yetkisi monarşi ile olan bağı sebebiyle, Amerikan ve Fransız devrimleri sonrasındaki dönemde “anayasal düşüncüler” tarafından tamamen ortadan kaldırılmak istenmiştir.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”. *Amme İdaresi Dergisi*, 21/1, (Mart 1998), 7. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 140.

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu (TDK), “Türk Dil Kurumu Sözlükleri” (Erişim 5 Mayıs 2023).

<sup>3</sup> Mert Nomer, *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 64.

<sup>4</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Rıza Çoban, *Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 106,107.

<sup>5</sup> Muhammed Sulu, “Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hükümsüzlüğüne Dair İncelemeler”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 29/1, (Haziran 2023), 591.

<sup>6</sup> Ali Şevket Ovalı, Ovalı, Ali Şevket. “Türkiye-Nato İlişkilerinde Veto Krizleri: Benzerlikler Ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1-21. [https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken\\_gorunum/2096---Ali-Sevket-Ovali.pdf](https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken_gorunum/2096---Ali-Sevket-Ovali.pdf). (Erişim: 30.10.2023), 16.

<sup>7</sup> Mehtap Başarır, “San Francisco Konferansı Sürecinde Büyük Devletlerin Veto Yetkisi Üzerine Tartışmalar”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 46, (Ekim 2021), 37.

<sup>8</sup> Elliot Bulmer, *Presidential Veto Power*, (International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2. E., 2017), 6. İlerleyen dönemlerde ise ABD özelinde bu yetkinin başkana tanınmasındaki amaçlardan biri, kongre tarafından

Cumhurbaşkanına tanınan veto yetkisinin amacı, kanunların eksiksiz, hatasız ve anayasaya uygun bir şekilde yürürlüğe girmesi için yasama organından gözden geçirilmesi istemidir.<sup>9</sup> Bir başka deyişle cumhurbaşkanı eksik ya da hatalı gördüğü konularda yasama organını uyarmaktadır.<sup>10</sup> Günümüz modern demokrasileri açısından veto yetkisi, anayasanın korunması için bir aygıt, parlamento tarafından üretilen zararlı politikalara ve siyasi yozlaşmaya karşı bir koruma ve devlet başkanının liderlik göstergesi gibi çeşitli amaçlar ve anlamlar içermektedir.<sup>11</sup>

Veto yetkisi, liberal anayasacılık faaliyeti açısından son derece önemli bir yetkidir. Anayasacılığın özü devlet otoritesinin sınırlandırılmasıdır. Bunun en temel koşullarından biri de devlet organları arasında bir yetki paylaşımından geçer. Bu paylaşımın tamamlayıcısı ise, kurumlar arasındaki denetimdir. İşte veto yetkisi de kanunlaştırma işlemiyle yasamanın mutlak hakimiyeti yerine, uzlaşma ve siyasi sorumluluğun sağlanması adına yürütmeye tanınan önemli bir yetki mekanizmasıdır.<sup>12</sup>

Özellikle demokratik toplumlar açısından çoğunluğun her durumda doğru kararlar alamayabileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan çoğunluk iradesinin sınırlandırılması önem arz eder. Devlet başkanına verilen veto yetkisi de bu sınırlama araçlarından biri olarak karşımıza çıkabilmektedir.<sup>13</sup> Bununla birlikte cumhurbaşkanının konumu itibarıyla ülke siyasetinin yürütülmesinde söz sahibi olması doğaldır. Bu görevini yerine getirirken de hazırlanan kanunların, devletin temel ilkelerine ne oranda uyumlu olduğunu gözden geçirmek ve uygun olmadığını düşündüklerini geri göndermek de en doğal yetkilerinden biridir.<sup>14</sup>

Kanunların ve özellikle de anayasa değişikliklerinin toplumsal bir mutabakat gözetilerek yapılması gerekmektedir. Toplumsal uzlaşının sağlanması gerek demokrasilerin varlığı gerekse de toplumsal yaşamın sağlıklı devam edebilmesi açısından önemlidir. Bu işlemlerin sayısal üstünlüğü elinde bulunduran taraflarca dayatma şeklinde yapılmaması gerekir. Bilhassa anayasa değişikliklerinde son kararı parlamentonun verdiği sistemlere az rastlanmaktadır.<sup>15</sup>

Cumhurbaşkanının veto yetkisini kullanırken, özellikle anayasada yer alan gerekçe bahsine bağlı olması gerekir. Zira cumhurbaşkanı yalnızca kendi siyasi görüşü ve tutumuna uygun bulmadığı kanunları da gerekçelendirerek veto edebilir. Burada önemli olan, yapılan işlemde objektif kriterler çerçevesinde bir gerekçelendirme yapılarak cumhurbaşkanının tarafsızlığına gölge düşürecek şekilde hareket edilmemesidir.<sup>16</sup> Kaldı ki ülkemiz açısından 2017 değişikliğiyle birlikte bakanlar kurulunun kaldırılarak, yürütmenin monist bir yapıya bürünmesi neticesinde yürütmenin, kanunlaştırma sürecinde aktif şekilde rol alamayacağı belirtilmektedir.<sup>17</sup>

---

başkanlığa karşı yapılabilecek muhtemel yetki tecavüzlerinin önlenmesi olarak ifade edilmiştir. Charles L. Black, "Some Thoughts On The Veto", *Law and Contemporary Problems*, Vol.40, No.2, Spring, 1976, 89. Aynı doğrultuda, Carl McGowan, "The President's Veto Power: An Important Instrument of Conflict in Our Constitutional System", *San Diego Law Review*, Vol.23, No. 4, (July/August 1986), 791.

<sup>9</sup> Yüksel Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1/1, (Mart 1996), 171.

<sup>10</sup> Aliefendioğlu, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", 5.

<sup>11</sup> Bulmer, *Presidential Veto Power*, 8,9.

<sup>12</sup> Cengiz Gül, *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), 57.

<sup>13</sup> Hayri Keser, "Başkanlık Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Araçları Açısından Türkiye-ABD Hükümet Sistemlerinin Karşılaştırılması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11-S.2, (Aralık 2021), 168.

<sup>14</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 185.

<sup>15</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 187.

<sup>16</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 185.

<sup>17</sup> Osman Korkut Kanadoğlu – Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 381. Yaman ve Ünal da aynı görüşte olup bütçe kanunlarını istisna tutarlar. Abdulsemet Yaman – Havva Ünal, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürütme Erki Bağlamında Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 26, Sa. 2, (2021), 241.

Doktrindeki bir görüş veto yetkisinin daha demokratik olması için ilgili bakanla veya başbakanla birlikte kullanılması gerektiğini ifade eder.<sup>18</sup> Ortak imzalı şekilde kullanılmayan bu yetki, yürütme ile yasama arasında sürtüşmelerin doğmasına sebep olabilir. Yine bizimde katıldığımız şekilde sürekli bir veto ve sonrasında aynen kabul süreci cumhurbaşkanının itibarı açısından da zedeleyecidir.<sup>19</sup> Bu durumu özellikle düalist yürütme yapılı parlamenter sistemler açısından etkisiz bırakılacak organın yürütme olması gerekliliğiyle birlikte düşünmek gerekir.<sup>20</sup> Bununla birlikte devlet yönetimi anlayışının oydaşma algısından inatlaşmaya evrilmesi de gerek toplumsal gerekse de ekonomik anlamda menfi sonuçlara sebebiyet verebilir.

Veto yetkisi yasama üzerinde bir denetim mekanizması gibi işlemektedir. Her ne kadar kanunların denetimi anayasa mahkemesince yapılsa da siyasi anlamda kanunların yürürlüğe girmeden önce cumhurbaşkanınca da bir siyasi denetime tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Üstelik veto edilen kanunun gerekçesi tamamen siyasi saikler olabileceği için bu denetim hem şekil hem de esasa ilişkindir.<sup>21</sup> Her ne kadar denetim ya da yasama işleminin bir parçası gibi görünse de esasında veto yetkisi, yalnızca kanunların sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde vücut bulabilmesi için, cumhurbaşkanına verilmiş idari bir yetkidir.<sup>22</sup> Bir diğer ifade ile veto yetkisi idari bir yetki olup yasama ile ilgili bir görevdir, fakat kanun teklifi anlamına gelmemektedir.<sup>23</sup>

## II. Veto Türleri ve Türk Anayasalarında Düzenleniş Şekilleri

Veto doktrinde mutlak, geciktirici/askıya alıcı ve güçleştirici olarak üç temel ayrıma tabi tutulmaktadır.<sup>24</sup> Hangi veto türünün ne anlama geldiği konusunda tam anlamıyla görüş birliği bulunmamaktadır.

### A. Mutlak veto

Mutlak veto monarşilerde ya da otoriter rejimlerde söz konusu olan bir kavram olup devlet başkanının onaylama yetkisi tasarının da kanunlaşması anlamına gelmektedir. Bir başka ifade ile monarkın, hazırlanan kanun önerisini uygun bulmaması, mutlak veto anlamına gelmektedir. Burada yürürlük aşamasına dahi gelmeden, kanunun oluşmaması söz konusudur.<sup>25</sup> Söz gelimi I. Meşrutiyet döneminde padişahın onaylamadığı tasarılar kanunlaşmamaktaydı. Bu da padişahın veto yetkisini, mutlak veto haline getirmekteydi.<sup>26</sup>

Kanun-ı Esasî döneminde yürütme yetkisi tamamen sorumsuz konumdaki padişaha aittir. Padişahın yetkisini I. ve II. Meşrutiyet dönemleri için ayrı ayrı incelemek gerekir. I. Meşrutiyet döneminde yasa tasarıları padişah tarafından kurulan hükümet tarafından hazırlanmakta olup Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan tarafından yalnızca kendi görevleriyle ilgili konularda hazırlanabilmektedir.<sup>27</sup> Bu dönemde padişah tarafından onaylanmayan kanun önerileri, kanun vasfını kazanamamaktadır. Bu da padişahın mutlak veto yetkisi olduğu anlamına gelmektedir.<sup>28</sup> Bir başka deyişle kanun önerisinin, tam

<sup>18</sup> Karşı görüş için bkz. Hayri Keser, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının Kanunları Denetleme Yetkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, (2003), 163.

<sup>19</sup> Erdoğan Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", <https://anayasa.gov.tr/media/4835/tezic.pdf>, (Erişim: 05.09.2023), 84.

<sup>20</sup> Gözler, *Genel Teori*, Cilt II, 12.

<sup>21</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 188.

<sup>22</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 194.

<sup>23</sup> Aliefendioğlu, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", 11,12.

<sup>24</sup> ABD Başkanı'nın yetkileri açısından normal veto, cep vetosu, item veto (kısmi veto) gibi türler de bulunmaktadır. Gözler, *Genel Teori*, Cilt II, 36,37.

<sup>25</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 177.

<sup>26</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 56,57. Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 83.

<sup>27</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 829.

<sup>28</sup> Teziç, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 84.

anlamıyla kanun haline gelerek yürürlük kazanması padişahın iradesi doğrultusunda gerçekleşmektedir.<sup>29</sup>

II. Meşrutiyetle birlikte padişahın iradesi kanunun oluşumundan yalnızca yürürlüğün onaylanması seviyesine çekilmiştir.<sup>30</sup> Padişahın onayı, kanun önerisinin kanunlaşması sürecine ilişkin değildir. Padişah, önüne gelen kanun önerilerini onaylayabilir ya da yasamaya geri gönderebilir. Geri gönderilen kanun Meclisi Mebusan ve Ayan tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilirse, padişah bu kanunu onaylamak zorundadır. Haliyle bu dönem itibarıyla, mutlak veto yetkisi ortadan kalkarken, padişahın geri gönderme yetkisi geciktirici veto niteliğine bürünmüştür.<sup>31</sup>

## B. Geri gönderme yetkisi ve vetodan farkı

Devlet başkanı önüne gelen kanun tasarısını geri görüşülmek üzere meclise geri gönderdiğinde, eğer nitelikli bir çoğunluk aranmaksızın kabul ediliyorsa, bu durumda teknik olarak bir veto yetkisinden değil, geri gönderme yetkisinden bahsedilmektedir.<sup>32</sup> Teziç burada ikinci görüşme sonrasında “*nitelikli çoğunluk aranmaması*” ifadesini kullanırken Anayurt, ikinci kabulde “*ilkinden farklı bir çoğunluk öngörülmemesi*” şeklinde ifade eder.<sup>33</sup> Önemli olan geri gönderme yetkisi kullanıldıktan sonra, kanun metninin ikinci kez oylanmasında özel bir sayının (nitelikli ya da meclis salt çoğunluğu gibi) aranmamasıdır. Haliyle asgari karar yeter sayısı ile kanun metni kabul edilebiliyorsa, cumhurbaşkanının yetkisi teknik olarak geri gönderme yetkisidir.<sup>34</sup>

1982 Anayasası’nda “geri gönderme” ifadesi kullanılmaktadır. Cumhurbaşkanı kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne *geri gönderme* yetkisine sahiptir. Aynı doğrultuda m. 89’da yayınlanması kısmen ya da tamamen uygun bulunmayan kanunların bu husustaki gerekçesiyle birlikte *yeniden görüşülmek üzere* TBMM’ye gönderir hükmü yer almaktadır. Yine m. 175’e göre cumhurbaşkanı, anayasa değişikliğine ilişkin kanunları *bir daha görüşülmek üzere* meclise gönderebilmektedir. Anayasada veto kelimesi doğrudan zikredilmemekte, cumhurbaşkanının yetkisi, *yeniden ya da bir daha görüşülmek üzere geri gönderme* şeklinde yer almaktadır.

## C. Geciktirici ve güçleştirici veto

Geciktirici ve güçleştirici veto kavramları ise doktrinde tartışmalıdır. Tartışma, görüşülmesi için geri gönderilen kanun tasarısının yeniden kabul edilmesinde aranan çoğunluk üzerinedir.

Bir görüşe göre, devlet başkanı kanunun “*oluşumunu*” bir süreliğine erteleyebiliyor ise burada geciktirici veto söz konusudur.<sup>35</sup> Şayet devlet başkanı kanunu geri gönderir ve sonrasında parlamento tarafından geri gönderilen kanun daha yüksek bir çoğunluk ile kabul edilirse, bu durumda geciktirici veto söz konusu olur.<sup>36</sup> Keser de bu görüşe katılır nitelikte şu görüştedir, “*Geri gönderme yetkisi bir geciktirici*

<sup>29</sup> Metin, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, 172.

<sup>30</sup> Metin, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, 172.

<sup>31</sup> Aliefendioğlu, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, 5,6. Zorlaştırıcı veto, şeklinde de ifade edilmektedir. Veysel Erat, “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerinde Etkileri”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 13, Sa. 25, (2015), 340.

<sup>32</sup> Teziç, *Anayasa Hukuku*, 57. Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 466.

<sup>33</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 466.

<sup>34</sup> Bununla birlikte bazı yazarlar geri gönderme ve veto kavramlarını birbirinin yerine de kullanmaktadır. Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 271.

<sup>35</sup> Burada çevirinin önemi de ortaya çıkmaktadır. Şayet geciktirici veto ile doktrinde suspensive veto olarak ifade edilen kavram birbiri yerine kullanılırsa, tam olarak birbirini karşılamayabilmektedir. Söz gelimi Suspensive vetoya örnek Ekvator verilmektedir. Devlet başkanı veto yetkisini kullandıktan sonra bir yıl boyunca geçerli olmakta ve bir yılın sonunda da aynı tasarı için üçte iki gibi bir nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Bulmer, *Presidential Veto Power*, 16. Görüldüğü gibi gecikme durumu “bir süre”den daha uzun sürebilmekte ve sonrasında da nitelikli çoğunluk aranabilmektedir.

<sup>36</sup> “Askıya alıcı veto” şeklinde de ifade edilmektedir. “*ABD’de başkan ‘askıya alıcı yasama vetosu’ yetkisine sahiptir. Bu vetoya karşın her iki meclisin de üçte iki oranında çoğunluk sağlaması gerekmektedir.*” İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 159. Bununla birlikte askıya alıcı veto türünün farklı bir anlamı olduğu da ifade edilmektedir. *Meclis tarafından anayasa mahkemesinin iptal ya da itiraza ilişkin kararlarının yürürlüğünü durdurarak askıya alabilmesi*, olarak ifade edilen askıya alıcı veto türüne örnek olarak Portekiz ve Romanya verilmektedir. Ömer Keskinsoy, “Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunlar Bakımından Onay, Veto Kavramlarının Anlamı ve Referandum Sürecinde Yargısal Denetim

veto yetkisi olarak da görülmemelidir. Çünkü geri gönderilen kanunun tekrar kabulü için nitelikli bir çoğunluk koşulu aranmamaktadır. Ancak Anayasa değişikliğini içeren kanunlarda geri gönderme teknik anlamda geciktirici veto niteliğindedir. Çünkü anayasa değişikliklerinin ikinci aşamasında yapılacak oylamada daha fazla bir nisap aranmaktadır.”<sup>37</sup> Geciktirici vetoda devlet başkanının, kanunun oluşumun etkisi sınırlı düzeyde kalmaktadır. Şayet meclis kendisine gönderilen kanun tasarı ya da teklifini nitelikli bir çoğunlukla kabul ediyorsa, metin kanunlaşmaktadır.<sup>38</sup> Bir kanunun ilk kabul aşamasında nitelikli çoğunluk aranıyorsa geri göndermeden sonraki oylamada da nitelikli çoğunluğun bulunması gerekir.<sup>39</sup>

Bu görüşten farklı olarak doktrindeki bir diğer görüş, kanunların geri gönderilmesi yetkisini geciktirici veto olarak nitelendirmezken, anayasa değişikliğine ilişkin kanunların geri gönderilmesi ve meclis tarafından aynen kabulü için nitelikli çoğunluk aranmasını güçleştirici veto olarak ifade etmektedir.<sup>40</sup>

Özbudun ise geri gönderilen kanunun aynen kabul edilebilmesi için gereken çoğunluğun basit çoğunluktan salt çoğunluğa yükseltilmesini, geciktirici vetodan güçleştirici vetoya bir geçiş olarak ifade etmektedir.<sup>41</sup> Aynı doğrultuda Özsoy Boyunsuz da 2017 değişikliği sonrasındaki durumu güçleştirici veto yetkisi olarak tanımlar.<sup>42</sup> Anayurt da veto kavramının teknik olarak, ikinci görüşmede ilkinden daha yüksek çoğunluk gerektirmesi durumunu karşıladığını ifade ederek bu veto türü için geciktirici yerine güçleştirici veto tabirinin daha uygun olduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan eğer demokratik devletler açısından veto tabiri kullanılacaksa bunun içerik olarak güçleştirici veto kavramıyla doldurulması gerekir, aksi takdirde bunun adı geri göndermedir.<sup>43</sup>

## D. Cumhuriyet dönemi anayasalarında veto kurumu

### 1. 1924 anayasası dönemi

1924 Anayasasıyla birlikte geri gönderme kurumu da anayasaya girmektedir. 35. madde uyarınca cumhurbaşkanı meclisin kabul ettiği kanunları on gün içinde ilan eder. Maddenin ikinci fıkrası ise cumhurbaşkanına geri gönderme yetkisi tanımaktadır; cumhurbaşkanı anayasa ve bütçe kanunları istisna olmak üzere, uygun bulmadığı kanunları bir daha görüşülmek üzere on gün içinde gerekçesi ile birlikte meclise geri verir. Son fıkra uyarınca meclis, geri gönderilen kanunu yine kabul ederse cumhurbaşkanı bu kanunu ilan etmek zorundadır.

Bu dönemde 1876 Anayasasından farklı bir yöntem benimsenmiştir. Vetonun amacı kanunlarda meydana gelebilecek olan hata ve pürüzlerin giderilmesidir. Kabul edilen metin cumhurbaşkanının önüne gittiğinde hâlihazırda kanunlaşmış haldedir.<sup>44</sup> Cumhurbaşkanı geri gönderme yetkisi tek seferlik olup, kanunun yeniden kabulü için özel çoğunluk aranmamıştır. Cumhurbaşkanının geri gönderme sonucu yeniden kabul edilen kanunu, referanduma taşıma yetkisi de bulunmamaktadır.<sup>45</sup> 1924 Anayasası döneminde tipik bir geri gönderme yetkisi düzenlenmektedir.<sup>46</sup>

Sorunu”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV/3-4, (2011), 52,53. Yaman – Havva, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürütme...”, 242.

<sup>37</sup> Keser, “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının Kanunları Denetleme Yetkisi”, 163.

<sup>38</sup> Teziç, *Anayasa Hukuku*, 57. Aynı görüş için bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2023), 320. Metin, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, 178.

<sup>39</sup> Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 205.

<sup>40</sup> Şeref İba, “Cumhurbaşkanınca Yayınlanması Kısım veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/3, (2003), 314.

<sup>41</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 300. Aynı doğrultuda bkz. Keser, “Başkanlık Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki Karşılıklı...”, 180.

<sup>42</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, “TBMM’nin Azalan Yetkileri ve Eriyen Gücü”, <https://aposto.com/s/tbmmnin-azalan-yetkileri-ve-eriyen-gucu>, Erişim: 18.04.2024.

<sup>43</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 466.

<sup>44</sup> Aliefendioğlu, “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, 6.

<sup>45</sup> Keser, “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının Kanunları Denetleme Yetkisi”, 145.

<sup>46</sup> Bu durum “zayıf bir geciktirici veto” şeklinde de nitelendirilmektedir. Ömer Anayurt, “1924 Anayasası’nda Meclis-Yürütme İlişkileri”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 8, Sa. 39, (Kasım 1997), 675.

## 2. 1961 Anayasası dönemi

1961 Anayasası yasamanın kendine has özelliği sebebiyle cumhurbaşkanına gitmeden önce de kanunların siyasi anlamda denetimini mümkün kılmaktadır. Anayasa uyarınca kanun tasarı ve teklifleri millet meclisinde görüşüldükten sonra cumhuriyet senatosuna gönderilmektedir. Kabul edilen metin, senato tarafından da kabul edilirse kanunlaşmaktadır. Şayet Senato kabul edilen metni değiştirerek kabul ederse bu durumda kanun metninin, Millet Meclisi tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir.

Geri gönderilen bir kanunun kabul edilmesi durumunda hangi şartlar altında yeni bir düzenleme olduğu ya da aynen kabul ifadesinin neyi kastettiği görüş ayrılıklarının bulunduğu bir alandır. Bir görüşe göre TBMM kendisine gönderilen kanunun "*noktasını dahi değiştirirse, bu yeni bir kanun sayılmalıdır ve cumhurbaşkanının yeniden veto yetkisi doğmaktadır.*"<sup>47</sup> Karşıt görüş ise değiştirilerek cumhurbaşkanına gönderilen kanunun, yeniden görüşülmesi için meclise gönderilen ilk halinden soyutlanmaması gerektiğini ifade ederek ikinci kez geri göndermenin mümkün olmadığını belirtir.<sup>48</sup>

Anlaşmazlık durumunda millet meclisi ve senato üyelerinden oluşacak bir karma komisyon kurulmakta ve komisyon tarafından bir metin hazırlanmaktadır. Bu durumda millet meclisi, komisyonca hazırlanan metni, senato metnini ya da daha önceden kendisince hazırlanan metinlerden birini kabul etmek durumundadır. Şayet reddedilmiş bir metin söz konusu ise, iki kanadın da reddettiği tasarı ve teklif düşerken, millet meclisi tarafından reddedilen metin senato tarafından aynen ya da değiştirilerek onaylanırsa meclis bu metni tekrar görüşür. Kabul edilen metin kanunlaşırken, reddedilen metin düşer; değiştirilen bir metin olması durumunda ise komisyon prosedürü işletilmektedir.

Senato ve meclisin kabul oranları ise birbirine eşit tutulmuştur. Senato tarafından salt çoğunlukla reddedilen bir metnin kanunlaşması için meclisin salt çoğunluğu, üçte ikilik bir oran için de yine üçte iki meclis çoğunluğu aranmaktadır. Görüldüğü üzere kanunlaştırma faaliyeti sırasında yürütmenin herhangi bir dahli olmaksızın, çift meclis yapısı gereği siyasi bir denetim mekanizması mevcuttur.

Veto açısından ise cumhurbaşkanı TBMM tarafından kabul edilen kanunları on gün içinde yayımlar. Uygun bulunmayanlar ise 'yeniden görüşülmek üzere' gerekçesiyle birlikte TBMM'ye gönderilir. TBMM geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse kanun cumhurbaşkanınca yayımlanır.<sup>49</sup>

## 3. 1982 Anayasası dönemi

1982 Anayasası'nın ilk halinde kanunların yayımlama süresi on beş güne çıkarılmış ve anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar da veto edilebilir hale gelmiştir.<sup>50</sup> Anayasanın ilk halinde 89. madde uyarınca cumhurbaşkanı TBMM tarafından kabul edilen kanunları on beş gün içinde yayımlar. 104. madde ise cumhurbaşkanına bütçe kanunları hariç, kanunları tekrar görüşülmek üzere gerekçesiyle birlikte TBMM'ye geri gönderme yetkisi vermektedir. Şayet meclis kanunu aynen kabul ederse cumhurbaşkanı kanunu yayımlar, eğer kanunda bir değişiklik yapılırsa ise bu durumda cumhurbaşkanı yeniden geri gönderebilmektedir. Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümler saklı olup 104. maddeye göre cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları ise gerekli gördüğünde halk oylamasına sunabilmektedir. 175. maddede ise bu durumun şartı, ilgili kanunun meclis tarafından aynen kabul edilmesidir.

1982 Anayasası'nın ilk metninde anayasa değişikliği kanunlarına ilişkin olarak cumhurbaşkanının kısıtlı bir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre cumhurbaşkanı anayasa değişikliklerini yeniden görüşülmesi

<sup>47</sup> Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 102.

<sup>48</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 180.

<sup>49</sup> 24 ile 61 Anayasaları arasındaki temel farklardan biri de ilan sözcüğünün yerini yayın sözcüğünün almasıdır. Parlamento tarafından kabul edilen bir kanun kabul edilmesi ısdar iken hukuksallaşmış kanunun halka duyurulması yani Resmi Gazetede yer alması ise yayımdır. İlan sözcüğü hem ısdar hem de yayın sözcüklerinin anlamını içermektedir. Bu bakımdan yayın (ya da sonradan aynı anlamda kullanılan yayım) sözcüğünden daha isabetlidir. Aliefendioğlu, "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi", 6,7.

<sup>50</sup> Metin, "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", 174.

üzerine meclise gönderdikten sonra meclis geri gönderilen kanunu aynen kabul ederse cumhurbaşkanı bunu halkoyuna sunabilir ifadesi yer almaktadır.

2001 yılında yapılan değişiklik ile birlikte yayımlanması kısmen uygun bulunmayan kanunlar da gerekçesi gösterilerek cumhurbaşkanı tarafından meclise gönderilebilmektedir. Bu durumda meclis yalnızca uygun bulunmayan maddeler üzerinde görüşme yapabilmektedir.

2017 yılında yapılan değişiklik ile meclis geri gönderilen kanunu salt çoğunluk ile aynen kabul ederse bu durumda cumhurbaşkanı kanunu yayımlamak zorundadır. Burada önemli olan detay vetoya ilişkin aynen kabul şartında salt çoğunluğun aranmasıdır. Önüne gelen kanun meclis tarafından değiştirilerek kabul ediliyorsa bu durumda yine genel kurala göre oylama yapılır. Kanun, üzerinde bir değişiklik yapıldığında ise tekrar geri gönderilebilir.

Anayasa değişikliklerine ilişkin olaraksa detaylı düzenlemeler eklenmiştir. Şayet cumhurbaşkanı anayasa değişikliğine ilişkin kanunu yeniden görüşülmesi için meclise gönderir ve meclis kanunu üçte iki çoğunlukla kabul ederse bu durumda cumhurbaşkanı bu kanunu halkoyuna sunabilmektedir. Burada referandum yetkisi ihtiyaridir. Kanun beşte üç ve üçte iki arasında bir çoğunlukla kabul ediliyorsa bu durumda cumhurbaşkanının onaylama yetkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı ya geri gönderme sürecini işletecek ya da halkoyuna sunacaktır. Burada ise veto yetkisi kullanılmayacaksa mecburi referandum vardır. Değişiklik kanunu doğrudan veya iade üzerine üçte iki çoğunluk ile kabul edilmişse bu durumda da kanun ya da ilgili maddeleri halkoyuna sunulabilir ya da Resmi Gazetede yayımlanır.<sup>51</sup>

2017 değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının veto yetkisi güçleştirici veto halini almıştır. Zira öncesinde geri gönderilen kanunun yeniden kabul edilebilmesi için basit çoğunluk yeterken, değişiklik sonrasında salt çoğunluk öngörülmektedir.<sup>52</sup> Bu durum doktrinde, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve yeni bir düzenlemeyle, geciktirici vetoya dönüştürülmesi önerilmektedir.<sup>53</sup> Aynı doğrultuda bu değişiklikte birlikte yürütmenin yasama üzerindeki ağırlığının arttığı ifade edilmektedir.<sup>54</sup>

#### **IV. Yasama Fonksiyonunun Özellikleri Açısından Veto Yetkisi**

Yasama fonksiyonunun özellikleri üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar genellik, aslilik ve devredilmezliktir.<sup>55</sup>

##### **A. Yasamanın genelliği ve veto türleri açısından incelenmesi**

Genellik, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla her konunun yasama organı tarafından düzenlenebileceğini anlamına gelmekte olup, anayasaya aykırı olmamak tek şart gibi görünmektedir. Her ne kadar ideolojik olarak yasama organının dahi bazı alanlara müdahale edememesi gerektiğine ilişkin fikirler olsa da kural olarak yasama organı, anayasaya aykırı olmamak koşuluyla istediği düzenlemeyi yapabilmektedir.<sup>56</sup>

Yasama organının genelliği ile kanunların genelliği arasında fark vardır. Yasama yetkisinin genelliği her konuya ilişkin düzenleme yapılabileceğini ifade eder.<sup>57</sup> Genellik ilkesi yürütme organı ile bu yetkinin paylaşılmaması ve konu bakımından istenilen düzeyde kanuni bir düzenleme yapılabilmesi anlamına da gelmektedir.<sup>58</sup> Bunun anlamı yürütmeye ilişkin mahfuz bir alan bırakılmadığıdır. Şayet kanun yapımı

<sup>51</sup> Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023) 636, 637.

<sup>52</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 646.

<sup>53</sup> Bayram Doğan ve Ali Fuat Geyik, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2, (2020), 40.

<sup>54</sup> Gören, *Anayasa Hukuku*, 272.

<sup>55</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*. (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 898. Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 584. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 213 vd.

<sup>56</sup> Gözler, *Genel Teori*, Cilt.1, 898.

<sup>57</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 213.

<sup>58</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 586.



konu itibariyle sınırlandırılıp belirli alanlar yürütme organına devredilmiş ise burada yasama organının genelliğinden bahsedilemez.<sup>59</sup>

Belirli zamanlara ya da belirli bölgelere ilişkin kanunların yapılması yasamanın genelliği ilkesine aykırı kabul edilmemektedir. Şöyle ki, bir afet bölgesine ilişkin çıkarılan kanun o bölgenin özellikleri ve insanları gözetilerek çıkarılmış olabilir. Bu durum istisnai olup genellik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Yine federatif yapılı sistemlerde yasamanın alanı, anayasa uyarınca kendisine yetki verilen alan ve konuyla sınırlıdır. Yine yasama bu alanı aşmamak kaydıyla genellik ilkesine uygun şekilde kanun yapabilir.<sup>60</sup>

Genellik ilkesi açısından, veto yetkisinin kullanılması ile yasama organının düzenleme yapmak istediği alan beklemeye alınabilmektedir. Bunun yanı sıra yürütmenin, belli bir alandaki düzenlemeyi veto etmesi demek yasama organına “o alanda düzenleme yapma” ya da “bu şekilde yapma” anlamına da gelebilmektedir. Yine de mutlak veto yetkisi dışında diğer veto türleri açısından yasama organı yine anayasaya uygun olmak şartıyla istediği alanda düzenleme yapabilme yetkisini haizdir. Bir başka ifadeyle veto yetkisinin varlığı ya da kullanılması bu özellik açısından anlamlı bir fark oluşturmayacak ya da özellik açısından bir yetki gaspı durumu ortaya çıkmayacaktır.

## **B. Aslilik özelliği ve veto türleri açısından incelenmesi**

Yasama fonksiyonunun asliliği, kanunla düzenleme yapılacak bir alanda önceden anayasa ile düzenleme yapılmasına gerek olmadığı anlamına gelir. Burada yine önemli olan tek koşul yapılacak işlemin anayasaya aykırı olmamasıdır.<sup>61</sup> Doktrinde bu durumun yasama organının yetkisini kullanırken “*temel ve dayanak bir hukuk kuralına ihtiyacı olmaması*” şeklinde de ifade edilmektedir.<sup>62</sup>

Özbudun’un *ilkellik* olarak da ifade ettiği özellik, yazarın kendi ifadesiyle “*araya başka bir işlem girmeksizin*” yasama organının herhangi bir konuda düzenleme yapabilmesi anlamına gelir. Yürütme organı belirli istisnalar çerçevesinde belirli alanlarda düzenleme yetkisine sahip olsa da bunun mutlaka önceden öngörülmüş olması gerekir. Türkiye’de iki fonksiyon arasındaki farkın bu olduğu ifade edilmektedir.<sup>63</sup> Yasama organının asliliği kendisine istediği konuda ilk elden düzenleme yetkisi verse de hukuki anlamda bir zorunluluk yüklemesiz. Yasama anayasanın öngördüğü bir sistemi sağlamak için gerekli çalışmaları yapmak zorundadır. Fakat bu da nihayetinde siyasi bir yükümlülüktür. Anayasal anlamda yasamayı zorlayacak bir durum yoktur. Yürütme açısından ise durum farklıdır. Kanunun olduğu bir yerde onun yürütülmesi, yürütme organı açısından bir yükümlülüktür.<sup>64</sup>

Veto yetkisinin kullanılması ile aslilik özelliğinin askıya alındığı ifade edilebilir. Çünkü veto yetkisi kullanılırken cumhurbaşkanı gerekçesi konusunda özgürdür. Bir başka deyişle veto edilen kanun sadece hukuka uygunluk değil aynı zamanda yerindelik gerekçesi ile de veto edilebilir.<sup>65</sup> Yani cumhurbaşkanı *herhangi* bir sebeple bu yetkiyi kullanabilir. Bunun sonucunda yasama organı, bir alanı asli olarak düzenlemeden önce, araya giren başka bir hukuki işlemi aşmak zorunda kalmaktadır.

Asli düzenleme ilkesinin şartı olan anayasaya ve hukuka uygun olma ölçütü kanunun hazırlanması sürecinde geçerliken, yürürlük aşamasında cumhurbaşkanı için de uygun olma şartı eklenmektedir. Kanunun oluşum süreci asli olarak yasama organı tarafından yapılmaktadır. Fakat hukuka uygun olup yalnızca siyasi, ideolojik gerekçelerle yürürlüğe girmemiş ya da girmesi ertelenen bir kanunun ne oranda bu ilkeyi karşıladığı şüphelidir.

<sup>59</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 214.

<sup>60</sup> Süheyl Batum vd., *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 234.

<sup>61</sup> Gözler, *Genel Teori, Cilt.1*, 899. Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 587.

<sup>62</sup> Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 97.

<sup>63</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 213.

<sup>64</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 214.

<sup>65</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 298.

### C. Devredilmezlik özelliği ve veto türleri açısından incelenmesi

Devredilmezlik özelliği yasama organının yasama yetkisini devredemeyeceği anlamına gelmektedir. Yasama yetkisinin devredilmezliği doğrudan 1982 Anayasası'nın 7. maddesinde de yer almaktadır. Söz gelimi yasa yapım yetkisi anayasanın öngörmediği bir şekilde yürütme organına devredilemez.<sup>66</sup> Yasama yetkisinin yegâne sahibi yine kendisidir.<sup>67</sup>

Yürütmeye yetki devri yapılan konular yine Anayasa tarafından belirlenmiştir. Bu husus üçlü bir tasnife tabi tutularak birinci grup vergi, dış ticaret ve milletlerarası anlaşmalar, ikinci grup mülga durumdaki olağan ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararname, üçüncü grup ise mülga KHK'ların yerini alan cumhurbaşkanlığı kararname olarak ifade edilmektedir.<sup>68</sup>

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 90'lı yıllarda vermiş olduğu kararlarında Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisini yasama yetkisinin devri olarak kabul etmemiştir.<sup>69</sup> Olağanüstü hallerde çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararname ise eski düzenlemeyle birlikte düşünüldüğü zaman<sup>70</sup> yasama yetkisinin devri olarak değil doğrudan anayasada öngörülmüş, kendine has bir düzenleme alanı olarak değerlendirilebilir. Bu görüşe göre, yasama yetkisini yürütmeye devretmemekte, yürütmenin düzenleme yetkileri doğrudan anayasa tarafından belirlenmektedir.<sup>71</sup>

Aynı doğrultuda Gören de CBK ile yürütmenin asli düzenleme yetkisinin son derece genişletildiğini ve bu yetki açısından kanuni bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulmadığını, yetkinin doğrudan anayasadan kaynaklandığını ifade etmektedir.<sup>72</sup> Doktrindeki bir başka görüş ise bu durumun yasama yetkisinin devri olarak değil, belirli konularda yasama tarafından yürütmenin, yasama işleviyle yetkilendirilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>73</sup> Burada en önemli unsur yasama tarafından yürütmeye tanınacak hareket alanının dikkatli bir şekilde çizilmesidir.<sup>74</sup>

Veto yetkisinin yasama organının devredilmezliği açısından tartışılması gereken bir noktası bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira veto yetkisiyle birlikte yalnızca, bir kanunun yeniden görüşülmesi söz konusudur. Yürütme makamı bu yetkiyi kullandığında aynı zamanda kanun yapma yetkisine de sahip olmaz. Kanun yapma yetkisi yine yasamaya aittir.

### Sonuç

Veto mekanizması ile hatalı ya da hukuka aykırı olduğunu düşünülen kanunların bir kez daha görüşülmesi amaçlanır. Yetkilerin paylaştırıldığı bir sistemde veto yetkisinin varlığı, önemli bir denetim mekanizması işlevi görür. Bu sayede meclis çoğunluğu, sadece sayısal avantajı sebebiyle dikkatsiz ve baskıcı bir şekilde davranmamış olur.

Veto ve geri gönderme kavramı teknik anlamda iki farklı kavramdır. Her iki kavram da öncelikle, yasama tarafından kabul edilmiş kanun tasarı ya da teklifinin yayım aşaması için devlet başkanı önüne geldikten sonra yeniden görüşülmesi için meclise iade edilmesidir. Farklılık ikinci görüşmedeki kabul sayıları açısından ortaya çıkmaktadır. Şayet ikinci görüşmede aynı metin farklı bir çoğunluk öngörülmeden kabul edilebiliyorsa burada bir geri gönderme yetkisinin varlığından bahsedilmektedir. Bununla birlikte ilk kabulden daha farklı bir çoğunluk öngörülmüş ise burada bir veto yetkisi söz konusudur.

Veto yetkisi de kendi içerisinde sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Mutlak veto yetkisi üzerinde ihtilaf olmayan bir tür olup genellikle demokratik olmayan devletlerde görülen ve doğrudan kanunlaşma

<sup>66</sup> Gözler, *Genel Teori, Cilt.1*, 900.

<sup>67</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 588.

<sup>68</sup> Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 99.

<sup>69</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 215,216.

<sup>70</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 215,216.

<sup>71</sup> Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 100.

<sup>72</sup> Gören, *Anayasa Hukuku*, 214.

<sup>73</sup> Süheyl Batum vd., *Anayasa Hukuku*, 235.

<sup>74</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 22.

sürecine etki eden bir yetkidir. Mutlak veto yetkisinde devlet başkanı ya da padişahın veto yetkisi ile kanun önerisi doğrudan ortadan kalkmakta daha doğru bir ifadeyle hiç kanunlaşmamaktadır.

Şayet ikinci görüşmede, ilk kabulden daha yüksek bir çoğunluk öngörülmüş ise burada kimi yazarlarca güçleştirici kimi yazarlarca geciktirici veto olarak tabir edilen durum söz konusudur. Doktrindeki bir görüş ilk kabul ile ikinci kabul arasında bir kabul sayısı artışı olmasını güçleştirici veto olarak nitelendirirken bir grup yazar aynı durumu geciktirici olarak nitelendirmektedir.

Kanaatimizce buradaki ifade basit bir kelime farklılığından ibaret olup güçleştirici veto ifadesinin kullanılması daha isabetlidir. Zira güçleştirici veto içerik olarak geciktirici vetonun da etkisini göstermektedir. Yani veto yetkisi kullanıldığında kanunun devlet başkanı tarafından kabul edilip yayımlanması gecikmeye uğramaktadır. Bununla birlikte ilk kabulden sonra ikinci kabul için daha yüksek bir çoğunluk aranması, en basit ifadeyle kanunun kabul edilmesini güçleştirmektedir. Yani bu yetki yalnızca bir geri gönderme yetkisi de olsa gecikecek olan kanunlaşma süreci üzerine bir de daha güç bir hale gelmektedir.

Veto yetkisi özellikle güçleştirici veto bakımından, yasama fonksiyonunun özelliklerinden aslilik ilkesi ile bağdaşmaz bir görüntü çizer. Veto yetkisinin kullanılmasıyla birlikte, anayasaya uygun olmasına rağmen sadece devlet başkanının siyasi görüşüne aykırı olması gerekçesiyle bir kanun veto edilebilir. Bu durum asli olma özelliğine aykırı görünmektedir. Fakat kanunlar yürürlüğe girdikten sonra yargı eliyle de iptal edilebilir. Haliyle yasama aslında asli şekilde kanunlaştırma işlemini yapmaktadır. Burada elbette yargısal denetimle siyasi denetim arasında önemli bir fark vardır. Yargısal denetimin tarafsız ve bağımsız olduğu kabul edilir. Devlet başkanı ise yerinde bulmadığı kanunları özellikle güçleştirici veto durumunda, bir daha vücut bulmamaları ihtimaliyle tek taraflı bir şekilde meclise iade edebilir.

Genellik açısından cumhurbaşkanı veto yetkisini kullanarak bir alandaki düzenlemeyi yalnızca bekletebilir veya güçleştirebilir. Bunun haricinde hukuki olarak bir alanın yasama eliyle düzenlenmesini engelleme ya da bir alana özel kanun önerisinde bulunma yetkisi yoktur. Devredilmezlik özelliği ise cumhurbaşkanı kanunlaştırmanın bir parçası olmadığı müddetçe, yani mutlak vetodan bahsetmiyorsak, veto yetkisiyle çelişkili bir durum içermemektedir. Yasamanın belirli alanlarda yürütmeyi yetkilendirmesi ya da bu yetkilendirmenin doğrudan Anayasa tarafından sağlanması veto kurumundan farklı bir konudur.

Kanaatimizce önemli olan husus özellikle yeni anayasa yapımı tartışmalarının giderek hararetlendiği bir dönemde, veto kurumunun yasama yetkisi açısından bir silah olarak kullanılmaksızın yalnızca siyasi bir denetim aracı olarak yeniden düzenlenmesidir. Yasama organı tarafından yapılacak olası hataların zaten anayasa yargısı marifetiyle düzeltilebileceği bir ortamda cumhurbaşkanının veto yetkisinin, yalnızca geri gönderme düzeyinde olması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak cumhurbaşkanı herhangi bir gerekçe ile veto yetkisini kullanabilmektedir. Aynı kanunun daha yüksek bir çoğunluk elde etmesine imkan yoksa bu durum doğrudan yasama faaliyetinin tıkanması ve siyasi anlamda da tartışmalı durumlara yol açar. Bu durum da hem cumhurbaşkanı hem de yasama organının itibarını zedeleyici sonuçlara sebebiyet verebilir.

Siyasi denetimin özü yargısal denetimden farklı olduğundan veto kurumunda bir yerindelik denetimi de olması doğaldır. Fakat bunun siyasi bir açmaza yol açmaması için bu yetkinin kullanımında muhakkak hukuki gerekçelendirme de yer almalıdır.<sup>75</sup> Cumhurbaşkanına kanunların yürürlüğü öncesinde, iptal davası açma yetkisi vermek ve kanunlaşan metni yürürlüğe girmeden yargı denetimine tabi kılmak da veto yetkisinin olası siyasi sonuçlarından sıyrılmak adına düşünülebilecek alternatifler olarak karşımıza çıkabilmektedir.

<sup>75</sup> Aynı doğrultuda bkz. Keser, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının Kanunları Denetleme Yetkisi", 160.

## Kaynakça

Aliefendioğlu, Yılmaz. "Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi". *Amme İdaresi Dergisi*, 21/1, (Mart 1998), 5-38.

Anayurt, Ömer. "1924 Anayasası'nda Meclis-Yürütme İlişkileri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 8, Sa. 39, (Kasım 1997), 673-694.

Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Basım, 2023.

Atar, Yavuz. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 16. Baskı, 2023.

Başarır, Mehtap. "San Francisco Konferansı Sürecinde Büyük Devletlerin Veto Yetkisi Üzerine Tartışmalar". *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 46, (Ekim 2021), 24-41. <https://doi.org/10.52642/susbed.891970>

Batum, Süheyl vd., *Anayasa Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2021.

Black, Charles L. "Some Thoughts On The Veto", *Law and Contemporary Problems*, Vol.40, No.2, (Spring 1976), 87-101.

Bulmer, Elliot. *Presidential Veto Power*, (International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2. E., 2017.

Çoban, Ali Rıza. *Anayasayı Değiştirme Yetkisi Sınırları ve Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Basım 2011.

Doğan, Bayram – Geyik, Ali Fuat. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2, (2020), 19-45.

Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Basım, 2023.

Erat, Veysel. "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerinde Etkileri", *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 13, Sa. 25, (2015), 325-355.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 8. Basım, 2020.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Basım, 2021.

Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Basım, 2019.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Basım, 2020.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2. Basım, 2020.

Gül, Cengiz. *İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1. Basım, 2010.

İba, Şeref. "Cumhurbaşkanınca Yayımlanması Kısmen veya Tamamen Uygun Bulunmayan Kanunların Meclise Geri Gönderilmesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52/3, (2003), 300-316.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 8. Basım, 2012.

Kanadoğlu, Osman Korkut – Duygun, Ahmet Mert. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2021.

Keser, Hayri. "Başkanlık Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Araçları Açısından Türkiye-ABD Hükümet Sistemlerinin Karşılaştırılması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11-S.2, (Aralık 2021), 165-182.

Keser, Hayri. "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanının Kanunları Denetleme Yetkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, (2003), 139-163.

Keskinsoy, Ömer. "Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunlar Bakımından Onay, Veto Kavramlarının Anlamı ve Referandum Sürecinde Yargısal Denetim Sorunu", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV/3-4, (2011), 47-68.

McGowan, Carl. "The President's Veto Power: An Important Instrument of Conflict in Our Constitutional System", *San Diego Law Review*, Vol.23, No. 4, (July/August 1986), 791-821.

Metin, Yüksel. "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi". *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1/1, (Mart 1996), 171-197.

Nomer, Mert. *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, 2013.

Ovalı, Ali Şevket. "Türkiye-Nato İlişkilerinde Veto Krizleri: Benzerlikler Ve Farklılıklar Üzerine Bir Değerlendirme". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1-21. <https://doi.org/10.33630/ausbf.1192846>. [https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken\\_gorunum/2096---Ali-Sevket-Ovali.pdf](https://sbfdergi.ankara.edu.tr/dergi/erken_gorunum/2096---Ali-Sevket-Ovali.pdf). (Erişim: 30.10.2023)

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 23. Basım, 2023.

Özsoy Boyunsuz, Şule. "TBMM'nin Azalan Yetkileri ve Eriyen Gücü", <https://aposto.com/s/tbmmnin-azalan-yetkileri-ve-eriyen-gucu>. (Erişim: 18.04.2024)

Sulu, Muhammed. "Limited Ortaklıklardaki Veto Hakkı ve Veto İşleminin Hükümsüzlüğüne Dair İncelemeler". *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 29/1, (Haziran 2023), 574-595. <https://doi.org/10.33433/maruhad.1289626>

TDK, Türk Dil Kurumu. "Türk Dil Kurumu Sözlükleri". Erişim 5 Mayıs 2023. <https://sozluk.gov.tr/>

Tanör, Bülent – Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 21. Basım, 2023.

Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 16. Basım, 2023.

Teziç, Erdoğan. "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi". <https://anayasa.gov.tr/media/4835/tezic.pdf>, 83-94. (Erişim: 05.09.2023)

Yaman, Abdulsemet – Ünal, Havva. “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Yürütme Erki Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 26, Sa. 2, (2021), 225-246.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Başkent Kavramı ve Osmanlı-Türk İdari Teşkilatlanmasında Başkent Uygulaması

### *The Concept of Capital City and Capital City Practice in the Ottoman-Turkish Administrative Organization*

Bahadır Apaydın 

Dr. Öğr. Üyesi, Maltepe Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku  
Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye,  
bahadirapaydin@maltepe.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 15.01.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 01.04.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Öz:** Devletlerin egemen oldukları coğrafyada bir yönetim merkezi oluşturmak adına başkent kurması, idari geleneğin değişmez bir uygulamasıdır. Bu gelenek dönemsel ihtiyaçlara göre işlevsel farklılıklar göstermektedir. Siyasi, ekonomik, diplomatik, mekansal, askeri veya idari işlevlerden bir veya birkaçı farklı zamanlarda başkent uygulaması üzerinde belirleyici olmuştur. Bu nedenle başkent idaresi sadece mekansal bir tanımlamaya karşılık değildir. Yönetim ilkelerinin belirlenmesi ve uygulamaya geçirilmesi bağlamında hukuki ve idari yönü olduğu gibi siyasi bir yönü de vardır. İdare hukuku literatüründe idari teşkilat konu başlığı ele alınırken hem idari teşkilata hakim ilkeler hem de organik anlamda idari teşkilat "merkezi idare", "merkez teşkilat", "başkent teşkilatı" ya da "yerinden yönetim" gibi kavramlar üzerine temellendirilir. Bu yönüyle başkent kavramı ve uygulaması günümüz idare hukuku öğretisinin ve idare hukuku alanındaki mevzuatın önemli konularından birini teşkil etmektedir. Osmanlı-Türk idari teşkilat tarihine baktığımızda da başkent uygulamasına yer verildiğini görüyoruz. Merkeziyetçi bir imparatorluk olan Osmanlı'da ve üniter-merkeziyetçi geleneğe sahip Türkiye Cumhuriyeti'nde başkent uygulamasının idari teşkilatlanma bakımından önemli bir yeri vardır. Bu nedenle başkent kavramının, tarihsel arka planı ile birlikte Osmanlı-Türk idari geleneğindeki uygulaması incelemeye değerdir. Çalışmamızda önce tarihsel süreç içinde başkent uygulamasının ortaya çıkışı ve dünyadaki örnekleri ele alınmıştır. Daha sonra ise Osmanlı ve Cumhuriyet dönemindeki başkent uygulaması ve işlevleri incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Başkent, Merkezi İdare, İdari Teşkilat, Merkez Teşkilat, Devlet

**Abstract:** It is unchanged practice of the administrative tradition that states establish a capital city in order to create administrative center in where they are sovereign. This tradition shows functional differences according to periodic needs. One or couple of the political, economic, diplomatic, spatial, military or administrative functions have been decisive in the practice of the capital city practise at different times. For this reason, capital city administration does not correspond only spatial definition. It has political aspect as well as legal and administrative in the context of determining and putting them in to force administration principles. When discussing the subject of administrative organization in the administrative law literature, both the principles governing administrative organization and the administrative organization in an organic sense are based on concepts such as "central administration", "central organization", "capital organization" or "decentralization". In this sense, the concept and practice of capital constitute an importance of the today's administrative law doctrine and the legal documents on administrative law. We see that the capital city practice has been given a place when we look at the history of Ottoman-Turkish administrative organization too. Capital city practice has a significant place at the ottoman that had been a centralized empire and Türkiye that has had unitary-centralized tradition. For this reason, the practise of the concept of capital city in Ottoman-Turkish administrative tradition, with its historical background, is worth to examining. Firstly, the emergence of the capital city practice throughout history and its examples in the world are discussed in this study. Then, the function and practice of capital city in Ottoman and Republican periods are examined.

**Keywords:** Capital City, Central Administration, Administrative Organization, Central Organization, State

## Extended Abstract

State preference of creating a Capital as means of creating a governmental center in the Territories they have sovereignty in, is a persistent application of administrative customs. This custom shows functional differences according to contemporary necessities. One or more of Political, Economical, Diplomatical, Spatial, Military or administrative functions have been effective on the Capital Application in different times. Thus Capital administration is not only about spatial description. It has a legal and administrative aspect as well as political aspects in means of determining administrative principals and applying them.

The Capital Practice, firstly has required the urbanization process to reach a certain level. In the further processes of Urbanization, economical, cultural and political competition between Cities has grown several cities in several aspects. Some cities have stepped out with their Population, economical or political/governmental organization and followingly Capital administrations have been established. In modern times social economical, administrative, political/diplomatical reasons are substantially effective in the choice of Capitals. Especially after the constitution of National States after the Industrial Revolution, the Capitals' functional importance in context of international relations has increased. Thus the pre-national government era and the national government era should be seperately evaluated.

In administrative law doctrine, when the topic of Administrative Organization is discussed, both in principles effective in Administrative Organization and Organically, the Administrative Organization is based on concepts such as "Central Government", "Central Organization", "Capital Organization" or "Decentralization". In this aspect the Capital concept and practice constitutes one of the most important topics in administrative law doctrine and legislation. When we study Ottoman-Turkish Administrative Organization History we can see the existence of Capital City Practice. The Capital city practice plays an important role in Administrative Organization in the centralist Ottoman empire and unitary-centralist Turkish Republic. Thus it is worth while to study the concept of Capital with its historical background in Ottoman-Turkish administrative customary practice.

Ankara's capital functions within the Turkish administrative organization has changed within time due to some purposes and objectives in the constitution of the Republic that has lost priority or cause they have been accomplished. Nonetheless, when the Constitution's unchangeable clause is accounted for, we can understand that Ankara has some functions that does not change. Accordingly, Ankara's function of being a political and diplomatical center for the State is absolute and non-negotiable. Again when the constitutional provisions related to administrative organization is accounted for, it can be seen that its function of being the State's administrative center still continues.

Capital administration does not refer to just a spatial positioning. We should approach the topic in manners of determining Administrative principles and practice, organization of administrative activities and their practice because the administrative function is not necessarily physically practiced in the Capital Ankara. Where the public service requires or as much as it requires, some activities in light of current developments may be organized and applied outside of the Capital. Making the spatial positioning of the Capital absolute, may be seen as a resemblance of the military and governmental bureaucracies' independent and determinative character. An eventual and inevitable outcome of centralist practices is the birth of military and governmental bureaucracy class which is gathered at the Capital and which causes the bureaucracy to identify with the state-party. The Capital function has taken shape long under this power distribution at the capital. The shift of these power relationships at the capital by political decision makers in the last quarter century has opened some functions of Ankara to debate and even shifted them.

It is possible to run some public services, even if not all of them, from a center outside of the Capital in terms of general administration. The change in the Capital functions within historical context supports our fixation of this sort. In this means, the Capital Practice should be approached from a point which



take in account aspects of current economical and technological advancements' affects on administrative activities rather than just a customary public concept perspective. We believe one should not be conservative on the State's digital transformation's affects on the function of the capital or on Ankara losing its economical Capital function. The moving of the Central Bank or other primary economical institutions' centers to İstanbul, should be taken in account in manners of efficiency of public services and economical function, with a distance from up-to-date political debates. Turkey which requires an administrative reform and economical development, following that perspective will pave the way for economical, democratic and legal developments.

Our study first focuses on the birth of the capital practice in historical timeline and World examples. In this perspective and in means of the historical progress of the concept of Capital we study first the scattered city states era and afterwards territorial states and centralist empires eras. Later we study the Capital practice and functions in the Ottoman Empire and the Turkish Republic. Lastly we comment on the Capital Function against the contemporary changing requirements in light of the recent developments in contemporary Turkey.

## Giriş

Devletlerin bir yönetim merkezi teşkil etmek adına başkent teşkilatı kurması, Antik devirlerden günümüze kadar idari geleneğin değişmez bir uygulamasıdır. Bu durum başkentini önemini devletlerin yönetim biçimlerinden bağımsız şekilde ortaya koymaktadır. Cumhuriyet, monarşi, üniter ya da federal devlet biçimlerinden hangisi olursa olsun idari teşkilatlanma ve yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesinde başkent uygulamasına yer verilmiştir. Başkent idaresi sadece mekânsal bir tanımlama değildir. Yönetim ilkelerinin belirlenmesi ve uygulamaya geçirilmesi bağlamında hukuki ve idari yönü olduğu gibi devletin/egemenin siyasi gücünü sembolize eden bir yönü de vardır. İdare hukuku literatüründe idari teşkilat konu başlığı ele alınırken hem idari teşkilata hakim ilkeler hem de organik anlamda idari teşkilat "*merkezi idare*", "*merkez teşkilat*" ya da "*başkent teşkilatı*" gibi kavramlar üzerine temellendirilmektedir. Bu yönüyle başkent kavramı ve uygulaması günümüz idare hukuku öğretisinin ve idare hukuku alanındaki mevzuatın en önemli konularından birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla meselenin tarihsel süreç içinde kavramsal bir boyutu olduğu gibi hukuksal ve siyasal bir boyutu da vardır.

Başkent uygulamasının hayata geçirilmesi öncelikle kentleşme sürecinin belirli bir seviyeye ulaşmasını gerektirmiştir. Kentleşme sürecinin ileri safhalarında kentler arasında yaşanan ekonomik, kültürel ve siyasi rekabet zamanla belirli kentlerin çeşitli yönlerden ölçeğini büyütüştür. Nüfus, ekonomik veya siyasi/idari örgütlenmesi ile bazı kentler öne çıkmış ve takiben başkent idareleri oluşmuştur.

Osmanlı-Türk idari teşkilat tarihine baktığımızda da başkent uygulamasına yer verildiğini görüyoruz. Osmanlı-Türk idari geleneğinin özellikleri dikkate alındığında başkentini hem siyasi egemenliğin tecessümü hem de idari teşkilatlanma açısından önemli olduğu söylenebilir. Bilhassa Osmanlı'nın beylikten imparatorluğa geçişinde ve Osmanlı'dan Türkiye Cumhuriyetine geçişte başkentini bir egemenlik ve yeni bir siyasal ve toplumsal düzen kurma ölçütü olarak öne çıktığı söylenebilir.

Çalışmamızda önce tarihsel süreç içinde başkent uygulamasının ortaya çıkışına ve dünyadaki örneklerine değineceğiz. Daha sonra başkentini işlevsel açıdan geçirdiği değişimi devlet biçimlerine göre almaya çalışacağız. Devamında idari teşkilatlanmadaki kurumsal ve işlevsel yönleri dikkate alarak Osmanlı'da ve Cumhuriyet döneminde başkent uygulamasını değerlendireceğiz. Bu kapsamda özellikle İstanbul'dan Ankara'ya taşınan başkentini farklılaşan işlevsel yönlerini irdelemeye çalışacağız.

## I. Kavram

Başkent kavramının kökeni Latince (*capital*) kelimesine dayanmaktadır. Bu kelime ise baş anlamına gelen (*caput*) kelimesinden türemiştir<sup>1</sup>. Çeşitli dillere ve ülkelere göre *capital*, *capital city*, *metropolis* gibi kullanımlar mevcuttur. Ancak günümüzde büyükşehir anlamına gelen metropol ile başkent aynı şey değildir. Başkent büyükşehirden en temel farkı devletin idari, siyasi ve hukuki yapısına dair temel organların (meclis, yüksek yargı organları, devlet başkanlığı, başbakanlık, bakanlıklar vs gibi) istisnalar dışında başkentte toplanmasıdır. Osmanlı'da ise padişahın genel idare için bulunduğu yeri ifade eden *Payitaht*, mutluluk kapısı anlamına gelen *Dersaadet* gibi Farsça kökenli kullanımlar vardır<sup>2</sup>. Tabi burada "*mutluluk*" ifadesini sorunların çözümü gibi düşünmek gerekir. Günümüzde de halkın idare ile ilişki kurmasını ifade eden "*devlet kapısı*" deyimini dijital mecrada kullanılmaktadır.

*Başşehir* olarak da ifade edebileceğimiz *Başkent* kavramının anlamı, az çok belirli sınırlara sahip bir devletin idare merkezi olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla başkent olabilmemesi hem kent yerleşimlerinin hem de birden fazla kenti siyasi egemenliği altında toplamış bir devletin varlığı yanında o yeri idare merkezi konumuna taşıyan bir siyasal iradenin varlığını gerektirmektedir. Başkent umumiyetle yönetimin, temel idare ve karar organlarının kaim olduğu kenttir. Hollanda, Cezayir ve Güney Afrika gibi başkent ve yönetim organlarının farklı kentlerde olduğu ülkeler de mevcuttur<sup>3</sup>. Başkent statüsü ise genellikle devletin temel organlarının gösterildiği anayasa (Türkiye Cumhuriyeti AY md. 3, Federal Almanya AY md. 22; İtalya AY md. 114, Belçika AY md.8) ya da yasalar ile belirlenir.

Bir siyasi birliğin merkezi idaresinin bulunduğu yer olan başkenti açıklayan çeşitli yaklaşımlar vardır. Geleneksel yaklaşıma göre her kentin kendi artbölgesi ve sınırları içerisinde planlama, düzenleme ve idare işlevleri bulunmaktaysa da daha geniş alanları kapsayan, bazen tüm ülkeye sirayet eden idare işlevine sahip kentler başkent kabul edilmektedir. Bir kentin genel idare işlevine sahip olmasının siyasal irade ve meşruluk gibi iki yönü bulunmaktadır. Başkentlik niteliğine sahip kentler, ülkeyi yönetenler tarafından idare merkezi olarak kabul edildikleri sürece bu statülerini korurlar. İlgili irade meclis veya kurul gibi bir organ ya da kral, padişah gibi tekil bir yönetici olabilir. Geleneksel bakış açısı başkent niteliğini salt siyasal iradeye indirgerken, ekonomik toplumsal yapı ve tarihsel gelişim süreciyle ilişkisi ihmal edilmektedir. Eğer bu ilişkilendirmeler yapılırsa, başkentlerin işlevleri ve konumsal nitelikleri, sosyo-ekonomik yapıdaki gelişime bağlı olarak tarih içinde dönüştüğü görülecektir<sup>4</sup>. Günümüzde başkent kavramı belirli sınırlar dahilindeki kentsel sistem içinde merkezi idare teşkilatının ana birimlerinin bulunduğu yeri ifade etmektedir. Bu itibarla idare merkezi olma işlevine yerinden yönetim idarelerini dahil etmemek icap eder.

## II. Ulus Devlet Öncesi Dönemde Başkent

Başkentler antik dönemlerden beri siyasi, dini, askeri, idari, iktisadi ve/veya güvenlik gibi nedenlerin etkisiyle kurulmuş veya değiştirilmiştir. Ancak modern zamanlarda esasen sosyo ekonomik, idari ve siyasi nedenler başkentlerin seçiminde belirleyici olmuştur. Özellikle sanayi devrimi ile ulus devletlerin ortaya çıkmasından sonra uluslararası ilişkiler bakımından başkentlerin fonksiyonel önemi artmıştır. Bu nedenle ulus devlet öncesi ve sonrasını ayrı ele almak gerekir. Başkent kavramının tarihsel gelişimi bağlamında önce dağınık kent devletleri dönemini daha sonra bölgesel devlet ve merkezi imparatorluk dönemini ele alacağız.

<sup>1</sup>A.S Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, (New York: Oxford University Press, 2005), "Capital", 219.

<sup>2</sup>Dersaadet için Kamus'ta "Saltanat-ı seniye olan İstanbul" olarak bir tanımlama var. Ayrıca *Der, Saadet* ve *Dersaadet* maddeleri için bkz, Şemsettin Sami, *Kamus-u Türki*, (Dersaadet: İkdam Matbaası, 1317); Şükrü Halûk Akalın vd., *Türkçe Sözlük* (Ankara: Türk Dil Kurumu, 2005), "*Başkent*" ve "*Payitaht*", 217/1587.

<sup>3</sup>Jean Gottmann. "The Study of Former Capitals", *Ekistics*, Vol.52, No: 314/315, (Sept/Oct. – Nov./Dec. 1985), 541-542.

<sup>4</sup>Gottman, "The Study of Former Capitals", 542-543; Tayfun Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, (Ankara: Mülkiyeliler Vakfı Yayınları, 2004), 18-19.

## A. Kent devletleri

Siyasal iktidarların oynak olmayan devlet sınırları altında merkezileşmesinden önce kent/şehir ya da site devletlerinin varlığı bilinmektedir<sup>5</sup>. Antik dönem uygarlıklarının ortak bir özelliği vardı. Toplumsal yapı temelde iki gruptan oluşuyordu: Mal statüsündeki *köleler* ve kendi içinde askerler, din adamları, tüccarlar ve yöneticiler gibi alt gruplara ayrılan *özgür kişiler*<sup>6</sup>. Roma İmparatorluğu dönemi dahil iktisadi, hukuki, idari ve siyasi yapı aşağı yukarı bu iki sosyal grubun toplumsal mücadelesine göre şekillenmiştir<sup>7</sup>. Yönetimin bir egemen uhdesinde belirli bir mekanda merkezileşmesi bu yapısal ilişkilerin ürünüdür.

Kent devletleri ilk olarak MÖ 5000-2000 yılları arasında Mezopotamya'da hüküm süren antik dönem yüksek uygarlıklardan Sümerler'de ortaya çıkmıştır. Sümerler kent/şehir devletleri esasına göre bir idari bölümlenmeye gitmiştir. Buna göre her kentin sınırları kısmen belirlenmiş ve bu kentler yönetici bir kral-rahip tarafından idare edilmiştir. Ancak başkenti işaret edebilecek merkezi bir idari yapılanma ve kurumsallık sağlanamamıştır. Kent devletlerini bu bağlamda mutlak özerk idari birimler olarak nitelenebilir. Bazı zamanlar Lagaş (MÖ 2500) gibi bir kentin kralı diğer Sümer kentleri üzerinde hakimiyet kurmuşsa da kalıcı bir merkezi egemenlik tesis edememiştir<sup>8</sup>. Örneğin başkentte merkezileşmiş bir bürokrasi sınıfı, yönetim usul ve ilkeleri, fiziki yapılardan müteşekkil bir devlet organizasyonu ortaya çıkmış değildir.

Başkent uygulamasının önünü açacak kurumsallaşmış bir merkezi idarenin olmamasının iktisadi, toplumsal, hukuki çeşitli nedenleri olabilir. Bunlardan biri de güvenlik ve denetim bakımından uzak mesafeleri yakınlaştıran, fazla ürünün kentlerdeki yönetici kesimlere aktarılmasını ve ekonomik yaşamı hızlandıran at kullanımının, Sümerler'de henüz bilinmemesidir<sup>9</sup>.

Büyük tarımsal üretimi besleyen sulama şebekesinden daha iyi yararlanmak, iktisadi ilişkileri sıkılaştırmak, köle ihtiyacını karşılamak ve bunların idaresini sağlamak gibi sebepler, Sümer'in siyasi birliğini kurma ve merkezileştirme eğilimini artırıyordu. MÖ 2500'de Umma kralı Lugalzagesi, Lagaş kenti kralı Urukagina'yı yenerek egemenliğine katmıştı. Bu zafer bütün Sümer kentlerine yayıldı ve Uruk kenti başkent yapıldı. Ancak dayanıksız ve geçici bir birleşme olduğu için klasik anlamda bir devlet başkenti sayılamazdı. Başkent ile kentler arasında teşkilatlanmış ve belirli bir dizgeye bağlanmış ilişki yoktu<sup>10</sup>.

Başkent ortaya çıkması için tek başına devlet ya da kentin varlığı yeterli değildir<sup>11</sup>. Her iki unsurun belirli idari ilkeler ve usuller ile örgünlü birlikteliğinin, kentleşme sürecini desteklemesi gerekir. Bununla beraber kentlerin ortaya çıkışı ve kentleşme sürecinin ulaştığı seviye başkent uygulaması için

<sup>5</sup> Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt 1, (İstanbul: Adam Yayınları, 1999), 229-244; Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 24.

<sup>6</sup> Northcote Parkinson, *Siyasal Düşüncenin Evrimi*, Çev. Mehmet Harmancı, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1984), 158-159; Bertrand Russell, *Batı Felsefesi Tarihi (İlk Çağ)*, Çev. Muammer Sencer, (İstanbul: Say Yay., 2000), 105-110; Kölelik ilişkisine dayalı toplumsal ve ekonomik düzen, antik doğu uygarlıkları (Babil-Sümer-Mısır), Yunan ve Roma uygarlıklarının hepsinde mevcuttur. Ancak siyasi, ekonomik ve toplumsal düzene etkileri her birinde farklı görünüm kazanmıştır. Antik kentlerin toplumsal, siyasi ve mekansal gelişimi köle emeğinin yoğun kullanımı ile yakından ilişkilidir. Bkz. K.V. Ostrovityafi vd., *Politik Ekonomi Ders Kitabı*, Cilt 1, Çev. İsmail Yarkın, (İstanbul: İnter Yay., 1999), 43-59.

<sup>7</sup> Halil Demircioğlu, *Roma Tarihi*, cilt 1, (Ankara: TTK, 1998), 85-106/159-174.

<sup>8</sup> Sümerlerde kent devletlerinin gelişimi için bkz. Samuel Noah Kramer, *Tarih Sümer'de Başlar*, Çev. Hamide Koyukan (İstanbul: Kocabalçık Yay., 1999), 52-75.

<sup>9</sup> Nitekim tarımsal üretimdeki fazla ürünün kentlere taşınması servet ve servet sahibi sosyal sınıfların oluşmasına, mülkiyet kavramının gelişmesine, idarecilerin yetki-görev alanlarının belirlenmesine, ceza ve hukuk ilkelerinin doğmasına yol açmıştır. Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 52-54; Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 24-25.

<sup>10</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 50/52-55; Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 24-25.

<sup>11</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 20-21.

temel bir ön şarttır. Zira kentleşmenin temsil ettiği değerler silsilesi, başkent uygulaması yanında uygarlık tarihi bakımından da devrimsel bir dönüşümü ifade etmektedir<sup>12</sup>.

## B. Kent devletlerinden bölgesel devlete geçiş

Kısmen de olsa işlevsel olarak ilk başkent MÖ 2350'de Akkad kralı Sargon'un Sümer kent devletlerini ele geçirip bölgesel bir devlet kurması ile ortaya çıktığı söylenebilir. Sargon ve sonraki Akkad kralları, fethettikleri kentlerden elde ettikleri ganimetleri ve aynı vergileri başkent Agade'de toplamışlardı. Zira köle kitlelerini kontrol etmek için güçlü bir idari ve siyasi merkezi örgütlemek maliyetli bir iştir. Sargon burada tapınaklar ve benzeri kamusal binalar yaptırmak suretiyle başkentteki yönetici kesime çalışma alanı yaratmıştır. Mezopotamya'da daha önce var olan kent devletleri ile karşılaştırıldığında başkent Agade, hem kralın oturduğu hem de zenginliklerin ve yönetici elitin toplandığı yer olarak diğer kentlerden ayrışıyordu<sup>13</sup>. Benzeri bir siyasal birleşmeyi MÖ 2100 yıllarında Ur kralları başarmış ve kendilerine "Sümer-Akkad kralları" adını vermişlerdi<sup>14</sup>. Bu dönemde dünyanın başka coğrafyalarında da kısmen başkent işlevi olan kentlere hakim bölgesel devletler vardı. Nitekim Eski Çin ve Hint uygarlıklarının ulaştıkları iktisadi, idari ve sosyal seviye Mezopotamya'daki uygarlıklardan aşağı değildi<sup>15</sup>.

Bölgesel devlet sisteminde hem sınırların genişletilmesi hem de kısmen sınırların belirginliği görece kararlı bir ortam yaratmıştır. Artık tek bir kente dayalı bir yapı yerine içinde pek çok kentin yer aldığı kentsel dizgeye dayalı ekonomik ve siyasal erk yapısına geçiş sağlanabilmiştir. Bu bağlamda, birden fazla kentin egemenlik altına alınmış olması ve bunlar arasında bir kentin diğerlerine göre önceliğinin ve merkeziliğinin bulunması, başkentlik olgusunu kavramsal düzeyde de olsa ortaya çıkarmıştır<sup>16</sup>. Diğer yandan bölgesel ya da kent devletlerinin içtimai yapılarına bakıldığında toplumsal işbölümü köle emeğine ve küçük bir pazara dayalı olarak gerçekleşmektedir. İktisadi etkinlikler ise kent devletlerinde ticaret ve tarıma, bölgesel devletlerde ise savaşa dayalı örgütlenmiş haraç/vergi ekonomisi olduğu görülmektedir. Üretim ilişkilerinin kapsamının sınırlılığı, idari ve mekansal düzeyde başkentlere dayalı geniş bir alana yayılan kentsel sistemin teşekkülünü engellemiştir<sup>17</sup>. İdare merkezinin ve idarecilerin fiziken kentte toplanması başkent olması için yeterli gelmemiştir. Zira başkent idari egemenliği altında başkaca kentler bulunmuyordu.

<sup>12</sup> Bu çalışmanın doğrudan konusu olmamakla beraber kentleşme sürecine kısaca değinmekte yarar var. *Güvenç'e* göre kentleşme uygarlık tarihinde iki büyük aşama kaydetmiştir. Birincisi günümüzden 9-10 bin yıl evvel Ortadoğu yada Fırat-Dicle boyları diyebileceğimiz bölgede yoğun tarımsal üretime bağlı olarak başlayan kentleşmedir. Bu süreç tarımsal üretimin artışına paralel olarak dünyaya yayılmıştır. İkincisi ise sanayi devrimi ile ortaya çıkan ve günümüz kentlerinin ve idare usullerinin ortaya çıkmasını sağlayan aşamadır. Şu halde birinci aşamadakiler tarım kentleri, ikinci aşamadakiler sanayi kentleri olarak betimlenebilir. Her iki sıçramanın temelinde ise üretim ilişkilerinin büyük dönüşümü yatmaktadır. Tarımsal üretimin artması ve artı ürünün açığa çıkmasıyla kendisi besin üretmeyen kent nüfusu doğmuştur. Zamanla sulu tarıma geçilmesi sulama kanallarının yapımı, bakımı, mühendislik hizmetlerini ortaya çıkarmıştır. Bu da güçlü imparatorlukları, merkezi hükümetleri ve yönetim usullerini gerektirmiştir. Kısacası artı ürünün çoğalması kentleri, kentlerin genişlemesi, kentsel işbölümü ve organizasyonu güçlendirmiştir. İş bölümü uzmanlaşmayı, uzmanlaşma bilimsel ilerlemeyi tetiklemiştir. Böylece iktisadi hayat genişlemiş, servet artmış, belli kesimlerde toplanmış ve tüketici bir yönetici sınıf doğmuştur. Bkz. Bozkurt Güvenç, *İnsan ve Kültür*, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1999), 175-176. Bu çerçevede statükonun korunması ihtiyacı ise hukuk ile örgülenmiş bir ticari ve idari yapılanmayı ortaya çıkardığı söylenebilir. Bir tarafta belirli bir nüfus yoğunluğuna sahip, varlıklı yönetenlerin yaşadığı ve başkent olmaya aday kentler, diğer tarafta ise yoksul üretici kesimlerin kentlerin çevresinde toplandığı art bölgeler oluşmuştur. Bu yerleşim birimlerinin bazıları zamanla gelişmiş kentlere dönüşürken bazıları da büyüyen kentler tarafından yutulmuşlardır. Bununla beraber birinci aşamada ortaya çıkan kentlerin çoğu sanayi devrimine kadar inişli çıkışlı varlıklarını sürdürmüştür. Sanayi devrimi sonrası yaşanan kentleşme süreci ise idari, iktisadi ve sosyal açıdan günümüz kentlerinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 10-13. Son olarak belirtmek gerekir ki kentleşme süreci tamamlanmış ve dünyanın her yerinde eşzamanlı yaşanan bir süreç değildir. Ancak uygarlığın geldiği seviye, kentleşme sürecinde belki de üçüncü bir aşamanın şafağında olduğumuzu gösteriyor. İnsanların dünya dışındaki gezegenlerden birinde yaşanabilir kentler kurması aşamasını işaret ediyor.

<sup>13</sup> Kramer, *Tarih Sümer'de Başlar*, 54/62; Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 24-25.

<sup>14</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 54-60.

<sup>15</sup> Eski Hint ve Çin Uygarlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 177-237.

<sup>16</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 29.

<sup>17</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 29.

### C. İmparatorluk dönemi

Sümer ve Akkad mirasının üzerine Babil uygarlığı oturmuştur. İktisadi yönden son derece güçlü olan Babil imparatorluğu siyasal açıdan da güçlenmişti. MÖ 1750 dolaylarında Sümer ve Akkad kentlerini tek bir yönetim altında birleştiren Babil hanedanının 6. kralı Hammurabi, bölgesel devletten imparatorluğa geçişi sağlamıştır. Artık kaynaklar ve yönetim gücü önemli oranda başkent Babil'de toplanmıştır. Kral Hammurabi başkentte topladığı mutlak ve merkezi iktidarını hukuksal yönüyle de kurumsallaştırmak adına *Hammurabi Kanununu* çıkarmıştır. Artık başkentte kralın mutlak monarşinin kuralları çerçevesinde uygulayacak merkezi bir bürokrasi ve yargıçlar sınıfı oluşmuştur<sup>18</sup>.

Babil, dönemin en önemli kenti ve başkent hüviyeti olmasına rağmen, başkentlerin kralın bulunduğu büyük şehirler olma dışında işlevler kazanması sonraki dönemlerde gerçekleşmiştir. Medeniyetin yayılması ve idari-hukuki teşkilatlanma bakımından gelişmiş devletler ile imparatorluklar arasındaki ilişkilerin ulaştığı seviye, başkentlerin işlevlerini çeşitlendirmiştir. Bu bağlamda Kral Sagon'un başkenti Agade ve Hammurabi'nin başkenti Babil büyük devlet/imparatorluk başkentlerine ilk örneklerdir. Ancak tarihsel gelişim sürecinde başkentlerin dizgesel bir önem kazanması sanayi devrimi sonrası gerçekleşecektir<sup>19</sup>.

Antik dönem imparatorluklarında çeşitli nedenlerle başkentler değiştirilmiştir. Örneğin Antik Mısır'da bir düzineden fazla başkent değiştirme olmuştur. Mısır dışında Avrupa, Çin ve Japonya'da da başkent değiştirmeler yaşanmıştır. Geçmişte birçok hükümdar, kral ya da hanedan kalıcı iz bırakmak için bu yöntemi benimsemiştir. Bu nedenle her firavun kendi başkentini seçip, anıt mezarını oraya yaptırmıştır. Yönetme işlevi seçilen bu başkentlerden gerçekleşmiş, soylular da malikanelerini buralara taşımıştır<sup>20</sup>.

MÖ 6. yüzyılda Pers İmparatorluğu, doğuda İran'dan Hindistan'a, batıda Ege kıyılarındaki Yunan kentlerine uzanan ve zamanla tüm Mezopotamya ve Mısır'ı kaplayan geniş bir alanda hakimiyet kurmuştur. Ancak bu büyük imparatorluk siyasi ve idari örgütlenme bakımından zayıf ve geçiciydi. İmparatorluğu oluşturan halk kitleleri arasında sağlam bir iktisadi ilişki, dil birliği ve merkez-çevre ilişkisini tesis edecek güçlü bir idari teşkilatlanma yoktu. I. Dara (MÖ 521-486) merkezin bu zayıflığını giderecek ve devleti güçlendirecek bir dizi idari reforma girişmiştir. Zira merkezin zayıflığından ve uzaklığından istifade eden taşradaki yerel güçler sıklıkla isyan ediyordu<sup>21</sup>.

İdari reformlar ile imparatorluk *satraplık* adı verilen eyaletlere bölünmüştü. Satraplık, tarihi ve kültürel yakınlığı olan belli bir etnik grubun yaşadığı bölge anlamına geliyordu. Başında satrap adı verilen ve merkezdeki hükümdar tarafından seçilen yönetici bulunuyordu. İdari ve adli yetkiler satraptaydı. Satrapa bağlı yerel yöneticiler bölgenin işlerini yönetiyordu. Satrap dışında her eyalette doğrudan merkeze bağlı bir de komutan vardı. Emirler başkentten eyaletlere, birbirini kontrol eden bu iki yönetici vasıtasıyla ulaşıyordu. Öyle ki bu dönemde ticareti geliştirmek ve başkent idaresi ile eyaletteki idareciler arasındaki bağları güçlendirmek adına büyük ölçekli yollar yapılmıştı. Bunlardan biri de Anadolu'da Lidya'ya uzanan Kral yolu idi. Nihayetinde ortaya çıkan siyasi yapı, bir kent devletinin diğerleri aleyhine yükselişi sonrası bir araya gelen otokratik devletler kümesi şeklindeydi<sup>22</sup>.

Bu başlık altında başkent uygulamasına ilişkin dikkat çekici olabilecek bir diğer uygarlık Antik Yunan'dır. Zira günümüz siyasi ve idari terminolojisine ait çoğu kavram ve tanımlama Antik Yunan'da türetilmiştir<sup>23</sup>. Antik Yunan'da kent devletleri, dağınık köy örgütlenmesine göre daha merkezi ve yaygın

<sup>18</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 68-69.

<sup>19</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 25-27.

<sup>20</sup> Gottman, "The Study of Former Capitals", 543.

<sup>21</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 170.

<sup>22</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 171-172.

<sup>23</sup> Ancak monarşi, aristokrasi, oligarşi, demokrasi, teokrasi vs gibi yönetim biçimlerinin, Antik Yunan'dan önce dünyanın başka bölgelerinde olmadığını söylemek epey iddialı olur. Bu noktada Yunanlı düşünürlerin farkı ve katkısı ilgili kavram ve tanımlamaları günümüzdeki karşılığı ile ilk kez kendilerinin kullanmış olmalarıdır. Parkinson, *Siyasal Düşüncenin Evrimi*, 155.

bir örgütlenmedir. Bununla beraber kent devletleri bölgesel devlet ya da imparatorluk örgütlenmesine göre geniş bir bütünlük göstermiyordu. Küçük ölçekli kent idareleri olarak bağımsız kent devleti statülerini sürdürmek zorunda kalmışlardı. Dağlar ve denizler uzun süre siyasal birliği engellemiştir. Aslında bunlar bugünkü anlamda ne kent ne de bir devlet sayılmıyordu<sup>24</sup>.

Pers savaşları, kent devletleri arasındaki rekabeti söndürmüş ve Atina kentinin rejimi altında toplanmalarını sağlamıştır. Böylece Klasik Yunan çağı başlamıştır. Bu dönemde Atina'da iki temel organ vardı. "Areopage" denilen *Asiller Meclisi* bir de "Eglezya" denilen reşit ve özgür erkeklerden müteşekkil *Halk Meclisi*. Zamanla Areopage önemini yitirmiş, onun işlevini üyeleri kurayla belirlenen *Beş Yüzler Kurulu* almıştır. Kurul, Halk Meclisi'nin yürütme organı gibi çalışıyordu. İdare dışında yargılama işlevini de yerine getiriyordu. Böylece Klasik Yunan dönemindeki halk mümkün olduğu kadar kendi kendini idare ediyordu. Bundan dolayı da bu idare tarzına halk idaresi anlamına gelen "*Democratia*" deniliyordu<sup>25</sup>.

Antik Yunan devrindeki Atina'nın başkent niteliğini değerlendirecek olursak, kentte toplanan idari organların nitelikleri, işlevleri ve tesis edilen demokratik yönetim usulleri siyasi yönden başkent uygulamasının özelliklerini yansıtıyordu. Ancak Atina'nın diğer kentler ile ilişkisi siyasi yönden güçlü olsa bile idari yönden zayıftı. Atina'da alınan kararlar bir idari dizge dahilinde başkentten taşradaki kentlere teşmil etmiyordu. Başkentten taşraya uzanan ve işleyişi kurallara bağlanmış sıkı bir idari teşkilatlanma da bulunmuyordu<sup>26</sup>. Bu nedenle günümüz başkent işlevleri bakımından Atina'yı, devletin genel idaresi yönünden klasik bir başkent olarak kabul edemiyoruz.

Kölecî devlet gelişiminin son aşaması Roma İmparatorluğu dönemidir. Roma imparatorluğu ulaştığı idari, siyasi, hukuki ve ekonomik seviye olarak önceki imparatorluklardan ileridedir. Roma imparatorluğu modern zamanlara uzanan bir gelişimin temelini teşkil eder. Antik Roma dönemini bir tarafa bırakırsak, klasik Roma salt siyasal birliğin belli bir merkezde toplandığı bir imparatorluk anlamına gelmemektedir<sup>27</sup>. Roma İmparatorluğu ve ardılı Bizans İmparatorluğu merkezi bir devlet örgütlenmesinin sağlandığı, daha sonra da kentler arasında hiyerarşik ve sıradüzenli bir ilişkinin kurulduğu, başkent ortaya çıkışına uygun bir ekonomik, siyasal ve kurumsal gelişmeyi ifade eder. Nitekim idari teşkilatlanmanın bütünselliği, merkezde idare işlevine sahip organların ulaştığı kurumsallaşma, kentlerin mekânsal genişliği ve sınırların ulaştığı boyut evrensel bir egemenliğin göstergesidir.

*Roma*'nın kurulmasıyla sonuçlanan *Romulus*'a atfedilen büyük toplumsal harekete kadar, gevşek bir yapı içinde birleşen kabile örgütlenmeleri vardı. Merkezîyetçilik ve toplumsal kaynaşma, amaç birliği bulunmayan bu bağımsız toplulukları bir arada tutmak için *Romulus*'un bulduğu yegane formüldü. Başarılı da oldu ve yüz yıllık bir süre sonunda Romalılar, yarımada'daki diğer tüm İtalyan kabileler üzerinde egemenlik kurabildi<sup>28</sup>. Bu süreç *Roma*'nın başkent ve siyasal birliğin ise imparatorluk olmasıyla tamamlanmıştır.

Güçlü bir kent yönetimi başından beri *Roma*'nın ve ordu örgütlenmesinin esası idi. *Roma*'nın dışında kalan yerler ise devlet örgütünün taşra birimleri olarak görülmüştür. İmparatorluk, odağında sürekli *Roma* kentinin bulunduğu bir devlet olmuştur. İmparatorluğun başkenti olan *Roma* kenti zamanla döneminin evrensel başkentine dönüşmüştür. Öyle ki egemenlik altına alınan diğer kent devletleri,

<sup>24</sup> Russell, *Batı Felsefesi Tarihi (İlk Çağ)*, 110-114; Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 207.

<sup>25</sup> Füzüzan Kınal, "Eski Önasya Medeniyetinde 'Halk Meclisleri'", *Belleten*, 26/104, (Ekim 1962), 635, 647; Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 263-265.

<sup>26</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 43; Kınal, "Eski Önasya Medeniyetinde 'Halk Meclisleri'", 646-647.

<sup>27</sup> Roma İmparatorluğu'nun doğuşunu temsil eden Roma kentinin kuruluşu hakkında efsanevi aktarımlar vardır. Yeditepelerde kurulan Roma kentinin tarihi gelişimi ve ilk yerleşen toplulukların özellikleri hakkında bkz. Demircioğlu, *Roma Tarihi*, 34-48; Lewis Henry Morgan, *Eski Toplum, Çev. Ünsal Oskay*, cilt 2, (İstanbul: Payel, 1998), 11-46.

<sup>28</sup> Morgan, *Eski Toplum*, 14-15.

kentler ve başkentler imparatorluğa bağlı garnizon kenti ya da eyalet kenti statüsüne indirgenmiştir<sup>29</sup>. Bu nedenle kentsel gelişmişliği birbirine yakın bir kentsel sistemden söz edemiyoruz. Daha çok başkent *Roma*'ya bağlı ve askeri bağlamda örgütlenmiş bir kent sistemi vardır. *Roma*'dan kentlere giden emirler ve kentlerin başkent ile olan ilişkisinin odağında umumiyetle askeri konuların bulunduğu söylenebilir.

*Roma*, MÖ 390'da Kelt ve Galya'lı istilaları neticesinde neredeyse tamamen yakılmış, yıkılmıştır. Ancak MÖ 350'lerde istilalar bitip tehlike geçtikten sonra kent yeniden imar edilmiştir. Bu dönemde başkent Roma'dan Veii'ye taşınması önerisi gündeme geldiyse de reddedilmiştir. Öneriye karşı çıkanlar, kentin içinde yer alan kutsal ve önemli yerleri gerekçe göstermişlerdir. Kente ait kutsal/önemli mekan algısı, güvenlik kaygısı ile başkent değiştirmenin önüne geçmiştir. Aslında bu değişikliğin gerçekleşmemesi elbette ki başkaca toplumsal, siyasal ve ekonomik nedenlere dayanmaktadır. Bir defa yüzyıllardır başkent *Roma*'da kentsel toprak ve arazi mülkiyeti sağlam biçimde bölümlenmiştir. Başkent değişikliği mevcut bireysel mülkiyete ait olan ve olmayan taşınmazların terk edilmesi anlamına geliyordu. Yeni bir alanda arazi dağıtımını ise kolay bir iş değildi. Bunun Roma halkı için uzun vadeli toplumsal, ekonomik ve hatta siyasal sonuçları olabilirdi<sup>30</sup>.

İtalya'nın tamamının Roma tarafından fethi sonucunda kentler federatif bir sistem içinde bağlaşıklık bir konum almıştı. Bunlar kendiliklerinden savaş açamıyor, kendi aralarında doğrudan ticaret yapamıyor, diplomatik ilişki kuramıyorlardı. MÖ 2. yüzyılda genişleme İtalya dışına, güneye ve doğuya uzanmıştır. Fetihler, Roma'yı idari yönden başkent konumunu pekiştirirken imparatorluğu da Akdeniz'in en büyük siyasi gücü haline getirmiştir. Aslında hem merkezi imparatorluk hem de başkent aynı anda yükselmiştir. İmparatorluğun sınırları genişlerken idari yapısı eyaletler şeklinde bölümlenmiştir. Eyalet, İtalya dışında askeri olarak elde edilmiş ülke anlamına geliyordu. 130 yılında altısı batıda üçü doğuda olmak üzere dokuz eyalet vardı. Bu dönemde Mısır ile ilk kez diplomatik ilişkiler kurulmuştur<sup>31</sup>. Böylece Roma, çağdaş başkent işlevlerinden biri olan diplomatik ilişki merkezi olma özelliğini de kazanmıştır.

Roma; antik binaları, kemerleri, hamamları, tapınakları, Panteon, Kolezyum, Capitol, Forum gibi merkezi idare organları, merkezden taşraya uzanan yolları<sup>32</sup> ile başkent veya metropol olarak konumunu sergilemek isteyen kentlere model olmuştur. Roma kenti, kendi döneminde ihtişamlı bir başkent olmanın yanında evrensel bir imparatorluğa ismini vererek simgesel bir anlam da kazanmıştır<sup>33</sup>.

Genel bir değerlendirme yaparsak; başkentler, kent-devletçikleri ile bölgesel devlete göre, imparatorluk örgütlenmelerinde daha önemli bir işleve sahip olmuşlardır. Merkeziyetçiliğin arttığı bu yönetim biçiminde başkentlerin konumu önem kazanmıştır. İmparatorluk örgütlenmesinde elde edilen zenginliklerin başkentlerde toplanması ve devlet yönetiminin daha kararlı, düzenli ve uzmanlığa dayalı bir iş haline gelerek geniş bir örgütlenmeye dayanan bürokrasiyi gerekli kılması, başkentlerin öneminin artmasına neden olmuştur. Ancak yine de bu dönemdeki imparatorluklar askeri işlevleri ağır basan mekanlar biçiminde örgütlenen kentlere ve kırsal alanlara dayalı olmuştur<sup>34</sup>. Bu bakımdan günümüz anlamında başkentlik işlevine sadece Roma kentinin yaklaştığını söylemek mümkündür.

#### **D. Tarihsel bir başkent değişikliği: Başkent Roma'dan, başkent İstanbul'a**

Merkezi imparatorluk, Roma'nın başkent tacının MS 324'te İstanbul'a geçmesi ile doğuya taşınmıştır. Roma İmparatorluğu IV. yüzyılda fiilen ikiye ayrılmış ve Avrupa için orta zamanlar olarak adlandırılan Ortaçağ başlamıştır. Avrupa tarihinin geleneksel bölümlenmesinde orta kısımda kalan bu dönemde,

<sup>29</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 46.

<sup>30</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 49.

<sup>31</sup> Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 396-397.

<sup>32</sup> Roma'nın siyasal, sosyal ve kültürel yapısı hakkında bkz. Demircioğlu, *Roma Tarihi*, 185-193; Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, 394-413/523-540.

<sup>33</sup> Morgan, *Eski Toplum*, 77-79.

<sup>34</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 30-31.

Roma'nın tarihsel misyonunu ve kurumlarını, Doğu Roma ya da Nova (*Nea*) Roma olarak bilinen ve sonradan "*Bizans*" ismiyle anılan imparatorluk devralmıştır<sup>35</sup>. İdari, siyasi ve ekonomik örgütlenmesi, kültürü ve tarihsel misyonu ile yeni Roma, artık İstanbul şehrinde kurulmuş olan Roma'dır<sup>36</sup>. Öyle ki başkent, Konstantinus tarafından Konstantinopolis'e nakledildiğinde buraya "*İkinci Roma*" adı verilmiştir. İstanbul, Osmanlı İmparatorluğu tarafından alındığında ve yaklaşık 500 yıl boyunca imparatorluğun başkenti olduğunda, başka coğrafyalardaki diğer başkentler, özellikle Viyana ve Moskova'nın "Üçüncü Roma" unvanı için yarıştığı söylenmektedir<sup>37</sup>.

İmparatorluğun başkentinin Roma'dan İstanbul'a taşınmasının yüzyılları aşan etkileri olmuştur. Taşınan kent sıradan bir devletin başkenti değildir. Dünya sistemini yüzyıllarca egemenliğinde bulunduran evrensel bir imparatorluğun başkentinin değişmesi söz konusudur. Peki hangi nedenlerle başkent doğuya taşınmıştır ve sadece coğrafi bir konum değişikliği anlamına mı geliyor? Bu soruların cevabı aynı zamanda o dönem için başkent olma ölçütlerinin ve başkent işlevinin neler olabileceğine işaret etmektedir. Soruyu iki aşamalı cevaplandırmak gerekir. Birincisi kurucu nitelikteki başkent hangi sebeplerle yüzyıllar sonra taşınmıştır, ikincisi neden İstanbul başkent seçilmiştir?

Roma İmparatorluğu'nun, başkent değişikliği ile Roma kentinden taşınması rastlantısal bir süreci ifade etmediği gibi bir hükümdarın kuruntusu da değildir. İmparatorluğun başkentinin doğuya taşınmasının güvenlik başta olmak üzere idari, iktisadi, siyasi ve dini bazı sebepleri vardır. Öncelikle Hun ve Got saldırıları, merkezi iktidarın idari yapısını ve ekonomiyi bozmuştur. Haliyle imparatorluğun idari ve askeri yönden tekrar yapılanması zarureti doğmuştur. Bu nedenle cumhuriyetçi gelenek terk edilerek merkezi yapı güçlendirilmek istenmiştir. Diğer yandan asayişin bozulması Roma'nın iasesini de güçleştirmiştir. İdare merkezi olan başkent doğuya taşınması imparatorluğu, Karadeniz ve Mısır'daki tahıl depolarına yakınlaştırmıştır. Bu sayede başkente daha güvenli ve kolay gıda tedariki sağlanabilmiştir<sup>38</sup>.

Başka bir gerekçe ise dinidir. İmparator, Roma'nın pagan inanışını terk edip, Hıristiyanlığı devlet dini olarak daha kolay ilan edebileceğini düşünmüştür. Zira Roma'daki dinsel kurumların yüzyıllara dayanan gücü, siyasal iktidar üzerinde ciddi baskı yaratıyordu. Bu nedenle başkentini dini işlevi tarihte ilk kez bu kadar öne çıkarmıştır. Merkezin doğuya taşınması süreci, Iustinianus devrinde (527-565) Yeni Roma'nın resmi öğretisinin kurumsallaşması ile tamamlanmıştır. Buna göre üç temel öğe vardır: Hıristiyan dini, Roma hukukundan gelen fikirler ve iktidarın tanrısal kökenli olduğu inancı. Bu dönemden itibaren doğulu teokratik anlayış, sonradan Bizans olarak adlandırılacak siyasal yapısının karakteristik bir özelliği haline gelmiştir<sup>39</sup>.

Mekansal olarak ise İstanbul'un başkent seçilmesini izah eden bazı efsanevi nitelikte çeşitli sebepler bulunmaktadır. Önde gelen pratik nedenler; kıtalararası bir kavşak noktasında bulunması, denizyollarına hakimiyet, coğrafi konumunun sunduğu olağanüstü savunma olanakları, su kaynaklarına kesintisiz erişim<sup>40</sup> ve gıda tedarik merkezlerine yakınlık gibi. İmparator Konstantin ilk evvel kendi doğduğu yer olan Niş, sonra Sofya ve Selanik şehirlerini başkent olarak düşünmüştür. Bununla beraber o, özellikle eski Troia (Truva) şehrinin bulunduğu yeri beğenmiştir. Hatta bizzat bu şehre giderek şehrin sınırlarını çizmiş, kapılarını yaptırmıştır<sup>41</sup>. Ancak bu noktada mistik bir olay onu İstanbul'a

<sup>35</sup> Bahadır Apaydın, "Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar başkenti İstanbul", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007/2, (Temmuz 2007), 185-186.

<sup>36</sup> Önemli hukuk tarihçisi BERMAN Avrupa hukuk tarihini kaleme aldığı eserinde bu meseleyi hususiyetle değerlendirmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Harvard University Press, (USA: Harvard University Press, 1999), 89.

<sup>37</sup> Gottmann, "*The Study of Former Capitals*", 543.

<sup>38</sup> Apaydın, "Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar başkenti İstanbul", 186.

<sup>39</sup> Bizans'ın kuruluşu ve siyasal yapısının oluşumu üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. G.L. Seidler, *Bizans Siyasal Düşüncesi*, Çev. Mete Tuncay, (İstanbul: Göçebe, 1997).

<sup>40</sup> Leonardo Benevolo, *Avrupa Tarihinde Kentler*, Çev. Nur Nirven, (İstanbul: Afa Yay., 1995), 25.

<sup>41</sup> Apaydın, "Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar başkenti İstanbul", 187.



yönlendirmiştir. Tanrılar bir gece rüyasında ona, imparatorluğun başkenti olarak başka bir yer bulmasını söylemiştir. O da bu büyük Akdeniz imparatorluğunu Bizans'ta<sup>42</sup> kurmuştur.

MS 324 senesinde inşaatına başlanan şehir, 326'dan itibaren artık Konstantinopolis olarak anılmış ve 11 Mayıs 330 tarihinde şehir törenle açılmıştır<sup>43</sup>. Şehrin tamamı mevcut savaş teknolojisi ile aşılamayacak yüksek surlar ile çevrelenmiştir. Bu durum İstanbul'u, surlarla çevrilmiş kentlere uzun süre örnek olmasına vesile olmuştur. Boydan boya çekilen bir zincirle kapatılan doğal bir limana, Haliç'e sahip olması ise konum olarak ele geçirilmesi güç bir yer olmasını sağlamıştır<sup>44</sup>. İstanbul kurulduktan sonra dünyada onun kadar büyük bir şehir, selefi Roma şehri olmuştur. Fakat birkaç asır içinde İstanbul'un istikrarlı, zengin ve güçlü bir imparatorluğun merkezi ve başkenti olması, dünyadaki en büyük şehir haline gelmesini sağlamıştır. Yeni başkent İstanbul, eski başkenti gölgede bırakmıştır. Eskisi çöktükçe, fakirleştikçe, nüfusu azaldıkça yenisi ona inat genişlemiştir. İskenderiye, Atina, Antakya, İsfahan, Bağdat, Şam gibi büyük şehirler dönem dönem ortaya çıkmıştır. Fakat başkent olarak bin yıldan fazla bir süre İstanbul'dan daha parlak bir şehir olmamıştır<sup>45</sup>.

## E. Feodal dönem

Roma İmparatorluğu'nun ikiye ayrılması ve akabinde Batı Roma Devleti'nin yıkılışı ile birlikte Avrupa, 5. yüzyıldan 15. yüzyıla kadar süren bir karanlık 'Orta Çağ'a tanık olmuştur. Got, Hun ve sonraları güneyden Müslüman ve doğudan gelen Macar fetihleri, dönemin iktisadi ve idari yapısı üzerinde yıkıcı bir etkiye bulunmuştur. Kentler bunalıma girmiştir adeta<sup>46</sup>. Tarım gerilemiş, pazar daralmış, ticaret güvensizlik ortamında sönümlenmiştir<sup>47</sup>. Haliyle merkezi imparatorlukların kentsel sistemi gerilediğinden, sistemin merkezi niteliğindeki başkent idareleri de bu gelişmelerden etkilenmiştir.

Orta Çağ Avrupası'nda kentsel nüfus hızla azalmıştır. Batı Roma'yı yıkan halkların, kent öncesi kültürden gelmeleri ve Roma modelini izlememeleri kentlere dayalı uygarlık modeline de son vermiştir. İtalya, İspanya ve Güney Fransa'da bazı kentler ayakta kaldıysa da, kente dayalı ekonomik düzen çökmüştür. Bunun yerine güvensizlik ve merkezizetsizlik ortamı içerisinde parçalanmış Roma kurumları ile Cermenler'in kabile kurumlarının birleşiminden doğan, feodal mülke dayalı derebeylik ortaya çıkmıştır<sup>48</sup>. Neticede feodal yapıdaki köy yerleşimlerinin ilişki biçimi kente üstün gelmiştir. Böylece kentsel sistem içinde görülebilecek siyasi ve idari merkezleşmenin ürünü olan başkent olgusu, feodal Orta Çağ Avrupası için ortadan kalkmıştır.

Roma ve ardılı diğer merkezi imparatorlukların (Karolenj) yıkılması, kentlerin sönmesi ve nüfusun kırsalda toplanması, kamu görevlerini icra edecek idarecileri de ortadan kaldırmıştır. Öyle ki Roma döneminde inşa edilmiş kamusal binalar, alanlar, yollar ve köprüler bakımsızlıktan yok olmaya yüz tutmuştur. Feodal dönem tarihçilerinden Bloch, o dönemin krallarının saraydan ülkeyi yönetemediklerini, ülkeyi bir arada tutmak için at sırtında koşturduklarını ifade etmektedir. Nitekim geniş toprakları denetlemek yıllar süren yolculukları gerektiriyordu. Düzgün çalışan bir posta servisi dahi kalmamıştı. Tüm feodal çağ boyunca posta servisi düzenli çalışan tek hat İstanbul-Venedik'ti<sup>49</sup>. Bu

<sup>42</sup> İmparator Konstantinus'un şehri yeniden imar etmesine kadar bu eski Bizans kasabasının tarihte önemli bir rolü yoktur. Küçük bir Megara kolonisi olarak örgütlenmişti. İlk kuruluşu MÖ VII. yüzyıla kadar uzanan bu kasaba, Megaralı göçmenler tarafından Kadıköy (Kalkedon) mevkiine inşa edilmişti. Birkaç sene sonra başka bir Megaralı grup gelip karşısına, Avrupa kıyısına, Bizans kolonisini kurdular. *Byzas*, burayı kuran denizcilerin reisinin adıdır. Tarihçi Strabon ve Tacitus'un naklettiğine göre; Megaralılar şehirlerini nereye kurmalarının uygun olduğunu kâhinlere sormuşlar, onlar da "körler memleketinin karşısına" demişlerdir. Zira karşılarında bu kadar güzel bir yer varken Kalkedon'da şehir inşa edenlerin ancak "kör" olabilecekleri düşünülmekteydi.

<sup>43</sup> Ziya Umur, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, (İstanbul: Beta, 1993), 104-106.

<sup>44</sup> Benevolo, *Avrupa Tarihinde Kentler*, 26.

<sup>45</sup> İlber Ortaylı, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, (İstanbul: Timaş, 2010), 10-11.

<sup>46</sup> Benevolo, *Avrupa Tarihinde Kentler*, 32.

<sup>47</sup> Marc Bloch, *Feodal Toplum*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 4 baskı, İstanbul: Doğu Batı, 2008), 27-50.

<sup>48</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 50.

<sup>49</sup> Bloch, *Feodal Toplum*, 104-108.

nedence çoğu ÷lkede, merkezi otoritenin emirleri başkentten taşraya düzenli iletilemiyordu. Yollar güvensiz, boşalan kentlerin sınırları ise küç÷lmüş vaziyetteydi. Velhasıl bu ortamda kentsel sistem içinde başkent işlevine sahip bir idare merkezinden bahsetmek mümkün değildir. Tabi bu yaşanan gelişmeler Ortaçağ Avrupası için geçerlidir. Aynı dönemlerde Avrasya'da nüfusu yüzbinlere varan parlak kentler ve gelişmiş idari yapılanmalar gör÷lmekteydi<sup>50</sup>.

Feodal dönem Avrupası'nda kentler, merkezi bir siyasal otoriteye bağlanmadan varlıklarını sürdürmeye çalıştılar. Zaman zaman monarşi ile idare edilen bölgesel devletler ortaya çıkmışsa da başkentte merkezileşen bir kentsel sistemden bahsetmek güçtür. İlginçtir ki Venedik, Cenova ve Pisa gibi denizci kentler bu zamanda ticaretin etkisiyle epey gelişmiştir. Bağımsız idari yapılanmaları ile bu "kent devletleri", 11. yüzyıldan sonra adeta ikinci baharını yaşamışlardır. Bu durum ticaret, sanayi, kültür ve finans açılarından birbiriyle yarışan denk büyüklükteki kentleri yaratmıştır. Standart büyüklükteki bu kentler, 16. yüzyıla gelindiğinde ulus devletin kentsel sisteminin alt yapısını oluşturmuştur<sup>51</sup>.

### III. Ulus Devlet Döneminde Başkent

#### A. Ulus devletin ortaya çıkışı ve başkent uygulamasına etkileri

Ekonomik ve toplumsal işbölümünde ticaret ve tarımın yerini Sanayi Devrimi sonrası endüstriyel üretimin alması ile mekansal örgütlenme temel biçimde dönüşmüştür. Ulus devlet kurumsal yapılanması siyasal ve idari işler için mekansal düzeyde merkezi bir konumlanmayı, yani başkent kurulmasını zaruri kılıyordu. Özellikle yönetim işlerinde uzmanlaşmış sivil memurlardan oluşan geniş bir bürokrasi sınıfının varlığı ve bürokratik süreçlerin yoğunluğu işlevsel olarak başkentlerin seçiminde yeni özellikleri öne çıkarmıştır. Sanayi Devrimi sonrasında kentsel örgütlenmede sadece kıyı boyu yerleşimler değil, ÷lke içleri de siyasal, ekonomik ve idari açıdan önemli hale gelmiştir. Demiryolu ve daha sonra karayolu taşımacılığı su taşımacılığı yanında mekansal tasarımı temelden etkilemiştir. Kuşkusuz ulaşım ve buna dayalı işbölümündeki dönüşüm kentlerarası sıradüzen, işbölümü ve bölüşüm ilişkilerine doğrudan etki yapmıştır. Bu dönüşüm başkentlerin yer seçiminde önemli değişiklikleri de ortaya çıkaran bir etmendir<sup>52</sup>. Ulus devlet olarak yeniden örgütlenen Türkiye Cumhuriyeti'nin başkent seçiminde de bu çağdaş gelişmelerin etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Sanayi Devrimi, başkent uygulamasını başta ulus devlet sisteminin kurumsal ve ideolojik yanı olmak üzere ekonomik ve uluslararası ilişkiler yönünden etkilemiştir. Ulus devletlerin siyasal ve ekonomik örgütlenmesi başkentlerin yeni işlevlere göre yeniden tasarlanmasını sağlamıştır. Ulus devlet yönetimleri tarafından başkentlerin planlanması ve mimarisi, klasik mimari ve planlamanın ötesinde simgesel bir değer kazanmıştır. Bu bağlamda modern başkentlerin gelişimi büyük ölçüde ulus devlet süreci neticesinde ortaya çıkmıştır. Ulus devlet sisteminde başkentler, ulusal kimliğin inşa edildiği mekanlar haline gelmiştir. Ulus olma kavramının inşası, mekânsal olarak başkentten başlatılıyordu. Bu itibarla ulusal ve uluslararası ölçekte bir devletin meşruluğu başkentten örgütlenmektedir<sup>53</sup>. Kısacası modern başkentler, ulus devletin ideolojik kimliğinin mekanları haline dönüşmüştür. Ekonomik yaşamın merkezi olma işlevi ise yeni başkent uygulamasında belirleyici ölçüt olmaktan çıkmıştır.

Modern başkentler ulusal kamu hizmetlerinin ve kalkınma hedeflerinin merkezi olarak planlanması bakımından önemli bir konuma gelmiştir<sup>54</sup>. Devlet biçimlerinin üniter veya federal olmasına göre farklılık arz etmekle beraber başkentlerin konumu, idari teşkilatlanma ve buna hakim ilkeler bakımından yeni işlevler kazanmıştır. Ayrıca yüksek yargı organlarının mekânsal konumlanması dikkate alındığında devletin yasama ve yürütme işlevi yanında yargı işlevi bakımından da ulusal başkentlerin

<sup>50</sup> Benevolo, *Avrupa Tarihinde Kentler*, 35-36.

<sup>51</sup> Benevolo, *Avrupa Tarihinde Kentler*, 42-44.

<sup>52</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 30.

<sup>53</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 68.

<sup>54</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 12.

önemi artmıştır. Zira tüm ülkeye yayılan yargı birimlerinde verilen hükümlerin yargısal süreçleri başkentte sonuçlanmaktadır. Başkentler sadece yargısal sürecin nihayet bulunduğu yerler değildir. Taşradaki yargı birimleri arasındaki içtihat farklılıklarının minimize edilip, ülke genelinde içtihat birliğinin sağlandığı ve hukuksal meşruluğun türetildiği merkezlerdir. “Ankara’da hakimler var” deyiminin altında yatan anlam esasen bunu ortaya koymaktadır. Nitekim benzer bir deyim başkent Berlin için de kullanılmaktadır<sup>55</sup>.

## B. Federal ve üniter devlet biçiminde başkent uygulaması

Başkent uygulaması, ulus devlet dönemindeki başlıca devlet biçimleri olan federal ve üniter devlet örgütlenmesinde bazı farklılıklar arz etmektedir. Çalışmamızın odağında olmamakla beraber kısaca buna dikkat çekmek gerekir. İki devlet biçimi başta idari, siyasi ve hukuki açıdan birbirlerinden ayrılmaktadır. Gerek merkez teşkilat ile taşra birimleri, gerek merkezi idare ile yerinden yönetim idareleri arasındaki ilişkiler iki devlet biçiminde farklı uygulama ve ilkelere göre şekillenmektedir. Keza yasama ve yargı organlarının örgütlenmesi ve işleyişi de farklılık arz eder<sup>56</sup>. Devletin temel organları ve işleyişindeki farklılıklar, iki başkent uygulamasını işlevsel yönden ayırtmaktadır<sup>57</sup>.

Bilindiği üzere federasyon, uluslararası hukukta bağımsız devlet olarak tanınmayan federe devlet, eyalet veya özerk bölge gibi yerel yönetim birimlerinin, merkezi bir otorite etrafında birleşmesiyle oluşan devlet topluluğudur. Federal devlet, ulusal seviyede ve uluslararası hukuk bakımından bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Federal devletin, federe devletlerin yerel egemenlikleri haricinde, kendine ait egemenliği mevcuttur<sup>58</sup>. Bazı federal devletlerde tek bir başkent vardır. Federe devletlerin ayrı bir başkenti yoktur. Bazı federal devletlerde ise hem eyaletlerin yerel başkentleri hem de federal devleti diplomatik ilişkilerde temsil eden merkezi bir başkent vardır. Federal devletin ilkelerinden biri olan özerklik ilkesi gereği, federasyonu oluşturan her bir federe devlet, devlet kimliği ile bizzat örgütlenme gücüne sahiptir. Bu nedenle federal başkentten federe kentler ile kurduğu ilişki zayıftır. Federal devlet başkentinin temel işlevi uluslararası hukuk ve diplomatik alanda görülmektedir<sup>59</sup>.

Federasyonda başkentten kentsel dizge içinde merkezi bir konumu bulunmamaktadır. Bunun nedeni idari ve siyasi konularda yetkilerin paylaştırılmış olmasıdır. Eğer federal devlet ile federe devlet idareleri arasında bir yetki uyumsuzluğu doğarsa federal anayasadaki usuller çerçevesinde çözümlenmektedir. Uyumsuzluğu çözüme yetkisi çoğunlukla federal yüksek mahkemelere bırakılmıştır<sup>60</sup>. İdari kamu hizmetlerinin görülmesinde federal başkentten yetkileri sınırlıdır. Daha çok kamu hizmetlerinin ulusal planlamasında merkezi bir işleve sahiptir. İdari hizmetlerin yerine getirilmesinde asıl yükümlülük kentlerdeki yerel idarelere bırakılmıştır. Medeni hukuk, sosyal hukuk, eğitim, kültür

<sup>55</sup> Hikayeye göre Alman Kralı II. Frederick 1750 yılında Postdam’dan geçerken orada bir araziye çok beğenir ve orada kendisine bir saray yapmaları emrini verir. Kralın adamları gösterilen yere gidince orada bir değirmen olduğunu görürler. Saray yapımı için o değirmenin kaldırılması gerekir. Bunun üzerine gidip değirmenin kapısını çalarlar. Değirmenin sahibi yaşlı bir adamdır. Kralın adamları, değirmeni kralın satın alacağını söyleyip kaç para istediğini sorarlar. Ancak değirmenci kesinlikle satmak istemez. Adamları kralın yanına döner, durumu anlatırlar. Kral, değirmenci ile bir de kendisi konuşmak ister. Yaşlı değirmenci kralın huzuruna çağrılır. Sorarlar anlatır; “*Değirmen bana atadan kaldı, ben de onu çocuklarıma bırakacağım*” der. Değirmen satılık değildir. Fakat kral da kararlıdır; yaşlı adama kendisinin kral olduğunu, istese değirmeni para vermeden alabileceğini söyler. Yaşlı adam buna karşılık o unutulmaz cevabı verir: “*Alamazsınız. Berlin’de hâkimler var!*”

Bu ‘haddini bilmez’ söze karşı tüm gözler krala çevrilir, çok hiddetleneceği düşünülür. Fakat o bu sözden memnun olur. Zira mahkemeleri ıslah etmek için öteden beri yaptığı reformların meyvelerini verdiğini görmek kralı memnun eder. Krala karşı bile olsa mahkemelerin adaletine güvenilmektedir. Bunun üzerine kral şu sözünü söyler:

“*Hiçbir güç, hiçbir siyaset, hiçbir iktidar kral bile olsa adaletten üstüne çıkamaz.*” Koray Doğan Urbarlı, “Ankara’da hakimler var! Asıl sen unutmula! Berlin’de hakimler var”, *Politikayol*, (Erişim 9 Ocak 2023).

<sup>56</sup> Federal devletin temel ilkeleri, üniter devletten farkları ve Türkiye’de uygulanabilirliği üzerine monografik bir inceleme için bkz. Oktay Uygun, *Federal Devlet*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2007).

<sup>57</sup> Tülin Çağdaş, “Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (1), Bahar 2019, 161-179.

<sup>58</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, (Bursa: Ekin Kitabevi, 2020), 198-204.

<sup>59</sup> Çağdaş, “Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi”, 166-168.

<sup>60</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2008), 130.

gibi alanlardaki yetkiler de federe devlete aittir. Federal devletteki başkent temel işlevi, dış ilişkilerin kurulmasında ve egemenliğin temsilinde ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>.

Federasyonların başkentindeki parlamento çift meclislidir ve federasyonun genel iradesi başkentte oluşmaktadır. Meclislerden biri federasyondaki halkı diğeri ise federe devletleri temsil etmektedir<sup>62</sup>. Federal devletin, federe devletler üzerinde idari vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Yerinden yönetim ilkesinin geçerli olduğu üniter devletlerde ise yerinden yönetim kuruluşlarının işlemleri merkezi idarenin vesayet denetimi altındadır. Bu nedenle başkentteki merkezi idarenin hem taşra birimleri hem de yerinden yönetim idareleri üzerindeki denetimi daha yoğundur. Haliyle başkentten diğer kentlere gündelik ve sürekli yoğun bir emir akışı vardır<sup>63</sup>.

Üniter devlette yasama ve yüksek yargı organları başkentte toplanmıştır. Sadece idari yetkiler kentlerdeki yerinden yönetim birimleri ile kısmen paylaşılmaktadır. Bu nedenle üniter devlet başkentleri, federal başkentlere göre daha güçlü ve merkezi bir işleve sahiptir. Yasama ve yüksek yargı organlarının başkentteki mekânsal konumlanışı esasen devlet biçiminin simgesel varlığını göstermektedir<sup>64</sup>. Özetle üniter devlet başkentleri, federal başkentlere göre kentsel dizge içinde çok daha merkezi bir işleve sahiptir. İdare, yargı ve yasama yetkileri başkentteki kuruluşlarda merkezileşmiştir.

### C. Kendine özgü bir uygulama olarak Avrupa Birliği'nde başkent

Avrupa Birliği'nin kendine özgü yapısı gereği temel organlarının bulunduğu yer ve işlevleri dikkate alındığında birden çok başkent söz konusudur. Birliğin kendisi ulus devleti aşan bir örgütlenme modeli olduğu için ulus devlet gibi tek bir başkent merkezi belirlenmemiştir. Tarihsel gelişimine baktığımızda Avrupa Birliği'nin oluşumunda, Avrupa'nın pek çok ülkesinde bölgelerin başkentlere karşı başlattığı ekonomik bağımsızlık girişimlerinin siyasal istemleri beraberinde getirmesinin etkili olduğu görülmektedir<sup>65</sup>. Küreselleşmenin bir boyutu olan bu gelişme neticesinde, Avrupa'da ulus-devletlerin ve başkentlerin işlevleri yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Birliğin temel organları ve işlevleri, siyasal, hukuki ve ekonomik misyonu bu tartışmalar ışığında şekillenmiştir.

Birliğin yürütme organı işlevine sahip iki kuruluş vardır; AB Komisyonu ve AB Konsey'i. Komisyon'un departmanları ve yürütme birimleri Brüksel ve Lüksemburg'ta bulunmaktadır. Diğer yandan haftalık olağan toplantılar Brüksel ve Strasburg'da yapılmaktadır<sup>66</sup>. Yasama süreçlerinin hazırlığına katılan ve esasen yürütme işlevini yerine getiren AB Konseyi'nin merkezi de Strasburg'dadır<sup>67</sup>. Birliğin yasama işlevine sahip organı AB Parlamentosu'dur. Parlamento Genel Kurulu kural olarak Strazburg'da toplanır. Parlamentosunun siyasi grupları ve komiteleri Brüksel'de toplanır, sekreteryası ise Lüksemburg'dadır<sup>68</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Birliğin yargı organıdır. Divan esasen Adalet Divanı ile Genel Mahkeme olmak üzere ikili bir yapıya sahiptir. Temel işlevi Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği içerisinde her yerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamaktır. Divan'ın merkezi Lüksemburg'dadır ve faaliyetlerini buradan gerçekleştirmektedir<sup>69</sup>. Diğer bir yargı organı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), uluslararası bir teşkilat olan Avrupa Konseyi'ne bağlı olarak 1959 yılında kurulmuş uluslararası bir mahkemedir. Dolayısıyla Mahkeme aslında AB'nin değil, Konsey'in bir organı sayılmaktadır.

<sup>61</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 107-108.

<sup>62</sup> Çağdaş, "Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi", 174.

<sup>63</sup> Çağdaş, "Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi", 174-175.

<sup>64</sup> Çağdaş, "Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi", 167,173-175.

<sup>65</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 9.

<sup>66</sup> European Commission (EC), "Locations" (Erişim 19 Aralık 2023)

<sup>67</sup> Council of Europe (COE), "Headquarters and offices" (Erişim 19 Aralık 2023)

<sup>68</sup> European Parliament (EP), "Presentation and responsibilities" (Erişim 19 Aralık 2023)

<sup>69</sup> Court of Justice of the European Union (CURIA), "General Presentation" (Erişim 19 Aralık 2023)

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle güvence altına alınmış olan temel hakların çiğnenmesi durumunda kişi ve toplulukların başvurabileceği bir yargı organıdır. Avrupa Konseyi üyesi devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanımaktadır. Mahkeme'nin kurulu bulunduğu merkez ise Fransa'nın Strasburg kentidir<sup>70</sup>.

Organların bulunduğu merkezler, işlevleri ve temsil ettiği misyonları dikkate alındığında AB başkent uygulaması sıradışı bir örnek teşkil etmektedir. Başkentlerin sahip olduğu idari, hukuki, siyasi, diplomatik ve ekonomik işlevler tek bir birlik kentinde toplanmayarak çeşitli merkezlere dağılmıştır. Birliğin kurucuları ve genel iradesi belli bir merkezi, başkent konumuna taşımaktan kaçınmıştır. Hatta başkentlik işlevi olarak görülebilecek "*kültür başkenti*" olma gibi yeni nitelikler öne çıkarılmış, her yıl başka kentler kültür başkenti ilan edilmiştir<sup>71</sup>. Ancak başkentlik işlevi ile de bir kente izafe edilecekse Brüksel'i başkent konumuna daha yakın görebiliriz. Yasama işlevinin bir kısmı ve yürütme işlevinin tamamının Brüksel'den icra edilmesi ve organların idare merkezlerinin buradaki mevcudiyetleri bu nitelemede belirleyici ölçüttür. Bu noktada başkent işlevinin kazanılmasında özellikle yürütme işlevine sahip organların merkezinin nerede olduğu önem arz etmektedir. Geline nokta AB sınırlarında sermayenin serbest dolaşımı sonucunda, ekonomik merkez olma işlevi başkentlerden diğer kentlere doğru kaymaktadır. Başkentlik işlevi ise Birliğin kuruluş felsefesi ve misyonu bağlamında, tarihsel olarak başkent misyonu bulunmayan birden çok merkeze dağıtılmıştır. Burada artık tarihsel başkentler gözde mekanlar olmaktan çıkarken, ülkeler düzeyinde diğer kentlerin ön plana çıktığı eşitlikçi bir gelişim süreci yaşanmaya başlamıştır.

#### IV. Osmanlı İdari Teşkilatında Başkent

##### A. İlk devir Osmanlı başkentleri

Başkent kavramının tarihsel süreçteki kavramsal ve işlevsel dönüşümü dikkate alındığında İstanbul'un başkent olmasına kadarki dönemi ayrı değerlendirmek gerekir. Zira Osmanlı Devleti'nin siyasi, askeri, idari, ekonomik ve kültürel gelişimi çerçevesinde İstanbul'un başkentlik konumu hem işlevsel hem de simgesel olarak diğerlerinden ayrılmaktadır. Bu itibarla öncelikle Anadolu Selçuklu Devleti dönemi ve Osmanlı'nın beylikten merkezi imparatorluğa kadar ki dönem başkentlerini kısaca değerlendirmek gerekir.

Anadolu'da Osmanlı öncesi Türk devleti olarak hüküm süren Anadolu Selçuklu Devleti'nin başkenti Konya idi. İran'daki Büyük Selçuklu Devleti'nin vassalı konumunda olan Anadolu Selçuklu Devleti bu nedenle merkez ve eyalet örgütü olarak orayı model almıştır. Başkent bu bağlamda askeri bir işleve sahip olup, askeri bürokrasinin toplandığı bir merkez olarak beyliklere hükmediyordu. Başkentte her biri ofis (bakanlık) karşılığı olan divanlar bulunurdu. Bunlardan *divan-ı saltanat* en önemli karar ve müzakere organıydı. Mali ve yargısal faaliyetleri icra eden daha küçük divanlar da vardı<sup>72</sup>. Ancak Konya'nın askeri karargâh merkezi olma işlevinin ötesinde bir işlevi olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

Batı Anadolu'da kurulan Osmanlı Devleti'nin ilk başkenti ise Bursa olmuştur. Bursa'nın başkent işlevi bakımından Konya'dan en önemli farkı yüzyıllarca doğu-batı ve kuzey-güney hattında önemli bir ticaret merkezi olmasıdır. Bu nedenle başkent olarak askeri karargâh merkezi olma işlevi yanında ekonomik bir işleve de sahiptir. Her beyliğin küçük birer kent sultanlığı olduğu bu dönemde, Osmanlı bunları kendi egemenliği altında toplayan büyük bir *sınır beyliği* teşekkül etmiştir. Orhan Bey egemenliğinin bir göstergesi olarak 1327'de ilk gümüş parasını Bursa'da bastırmıştır. Bu nedenle Bursa'nın başkent olarak

<sup>70</sup> European Court of Human Rights (ECHR), "Information documents" (Erişim 19 Aralık 2023)

<sup>71</sup> Erhan Akdemir, "Avrupa Ortak Kültür ve Sanat Mirasının Korunmasında Avrupa Birliği'nin Çalışmaları: Avrupa Kültür Başkenti Programı Üzerinde Bir İnceleme", *Sanat ve Tasarım Dergisi*, 7(2), 2017, 176-194; Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 111-112.

<sup>72</sup> İlber Ortaylı, *Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi*, (İstanbul: Kronik, 2021), 77-78.

simgesel bir anlama sahip olduğu söylenebilir. 1340'ta pazar yeri, bedesten ve değerli malların satıldığı kapalı çarşı yaptırılan kent, bir ticaret merkezi haline gelmiştir. Arap tarihçi ve gezgin İbn Battuta Bursa'yı "güzel çarşıları ve geniş sokakları olan büyük bir kent" olarak betimlemiştir<sup>73</sup>. Bu itibarla Bursa'nın belli bir mimari tasarımla kısmen kentsel planlamaya sahip olduğu söylenebilir. Başkent olmanın ölçütlerinden birinin siyasi ve ekonomik işlevler dışında mekânsal planlama olduğu dikkate alındığında beylik ölçeğindeki bir örgütlenme için kayda değer bir gelişmedir. Bununla beraber 1350 yıllarında Osmanlı Devleti sınır beyliğinden öte bir oluşum değildir<sup>74</sup>. Haliyle Bursa'yı klasik anlamda daimi bir başkent olarak nitelemek mümkün değildir. Zaten kısa süre sonra Osmanlı'nın Balkanlara geçmesi ile askeri ve siyasi merkezi değişmiştir.

Osmanlı Devleti için önemli bir kırılma Anadolu'dan, Balkanlara geçiş olmuştur. Osmanlılar Marmara denizini atlayıp Avrupa kıtasında genişlemeye başlayınca başkentini de Avrupa'ya yani Bursa'dan Edirne'ye (1361) kaydırmıştır<sup>75</sup>. Askeri anlamda devletin batıya genişlemesi ve siyasi anlamda beylikten devlet statüsüne geçişi simgelemesi bakımından Edirne'nin fethi anlamlıdır. Bu nedenle İstanbul'un Osmanlı başkenti olduğu 1453 yılına kadar başkent konumunu sürdürmüştür. Edirne'nin ekonomi ve diplomasi tarihindeki yeri başkent olmasını gerektirecek bir işleve sahip değildi. Ancak Avrupa'daki askeri yayılma ve batı dünyasında geleceğe yönelik yarattığı siyasal algı etkileyiciydi<sup>76</sup>. Nitekim 1385 yılına gelindiğinde liman kenti Selanik ve Mora'nın kuzeyi, Romanya, Bulgaristan, Sırbistan, Makedonya ve Arnavutluk kıyılarına kadar olan bölge Osmanlı askeri egemenliğine girmiştir. Balkanlarda çok sayıda küçük krallığın, beyliğin ve despotun varlığı ve bunların iç çekişmeleri, askeri ve siyasi nitelikte merkezi bir güce tek sahip olan Osmanlı'nın işini kolaylaştırdığı da bir gerçektir<sup>77</sup>.

Askeri genişleme sırasında önemli kentler fethedilmişse de buraların idari merkez olarak Osmanlı başkenti ile sıradüzenli bir ilişki kurdukları söylenemez. Çoğu yer merkeze asker ve vergi verme karşılığında eski yerel güçlerin idaresinde bırakılmıştır. Bu da başkent Edirne ile zayıf bir idari ilişki kurmalarına neden olmuştur. Diğer yandan yargı işleri yereldeki idarecilerden bağımsız, doğrudan merkeze bağlı kadılar üzerinden yürütülüyordu. Başkentte oluşturulan ve kadılar aracılığı ile yerelde uygulanan yasalar, standart uygulamalar getirmiştir. Zira dağınık iktidar güçleri mali ve yargısal konularını güçlendirmek için toplumsal huzursuzluğu artıran girişimlerde bulunuyorlardı. Toprak mülkiyetini uhdelerinde topluyor, halktan ağır vergiler tahsil ediyorlardı. Osmanlı uygulaması ile başkentten merkezi olarak düzenlenen yasalar bu olumsuzlukları belli ölçüde azaltmıştır<sup>78</sup>.

Edirne'nin müslüman bir Türk başkenti olması için Balkanlara Anadolu'dan çok sayıda göçebe Türkmen yerleştirilmiştir. Kimi zaman zora dayalı olan bu iskan politikası, başkent etrafını çevreleyen bölgelerin toplumsal yapısını değiştirmiştir. Bu bakımdan Edirne, toplumsal yapının Balkan coğrafyasında Müslüman ve Türk kimliğine göre inşasının planlanmasında önemli bir işleve sahip olmuştur. Kent merkezlerinde yoğun olmasa bile başkent çevresindeki kırsal yerleşimlere iskan edilenler, başkent ile iletişimin güçlendirilmesini sağlamıştır<sup>79</sup>.

Başkent Edirne'yi aynı zamanda ticari merkez yapmak adına çarşı, kervansaray, bedesten vs ticari mekanlar yapılmıştır<sup>80</sup>. Diğer yandan bir yönetim merkezi işlevini görmesini sağlamak için iki adet saray inşa edilmiştir. Yönetim merkezinin mekânsal göstergesi olan bu saraylar, Edirne'yi başkent işlevi

<sup>73</sup> Halil İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, (İstanbul: YKY, 2018), 13-14/ 130-131.

<sup>74</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 15.

<sup>75</sup> Aleksandır Burmov, "Türkler Edirne'yi Ne Vakit Aldılar", *Bellekten*, 13 (49), 1949, 97 – 106.

<sup>76</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 16.

<sup>77</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 17.

<sup>78</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 18-19.

<sup>79</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 16; Bilal Şimşir, "Ankara'nın Başkent Oluşu", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 7/20, (Mart 1991) 190.

<sup>80</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 38.

bakımından Bursa'dan daha ileri bir noktaya taşımıştır<sup>81</sup>. Saray-ı Cedid-i Amire (Yeni Saray) ismiyle anılan saray, Topkapı Sarayı'ndan sonra Osmanlı'nın en büyük sarayı idi. Şehir merkezinin dışında kuzeyde Tunca nehrinin batısında geniş bir av alanı ve orman içinde bulunan saray, yaklaşık 3 milyon metrekarelik bir arazi üzerinde kurulmuştur. Saray kompleksi beş ana meydan ve dahilindeki yapılardan müteşekkildi. Bugün saraydan ayakta kalan tek sağlam yapı olan Adalet Kasrı ise Kanuni döneminde inşa edilmiştir. Günümüzde harabe niteliğindeki bazı yapılar ilgili bakanlık tarafından kapsamlı bir projeye dahil edilmiştir<sup>82</sup>. Bu yapıların bazılarının restorasyonu tamamlanmış, bazılarının ise devam etmektedir. Başkentlik yapmış bir kentin mekansal planlamasını anlamak bakımından bu çalışmaların yapılması sevindirici gelişmelerdir.

Edirne'nin Jeostratejik konumu sonraki yıllarda Avrupa'dan Bizans'a ve Anadolu'ya kara yoluyla gönderilecek askeri yardımların önünün kesilmesini sağlamıştır. Batıya genişlemenin uzun yıllar devam etmesine ve Edirne ölçeğinde yeni kentler fethedilmesine rağmen bir başkent değişikliğine gidilmemesi ise dikkat çekicidir<sup>83</sup>. Kanaatimizce Osmanlı padişahları devletin sınırlarını her ne kadar batıya doğru genişletmişlerse de asıl merkez olarak İstanbul düşünüüyordu. İstanbul'un; tarihi, dini, ekonomik, askeri ve siyasi açılarından temsil ettiği değerler silsilesi bu tercihin haklılığını ortaya koymaktadır. Bu itibarla fetihlere rağmen başkent Edirne'nin batıya taşınması gündeme gelmemiştir.

## B. İmparatorluk dönemi Osmanlı başkenti "İstanbul"

Orta çağda "*dünyanın hâkimi*", yani bütün dünyanın imparatoru olmanın yolu İstanbul'a sahip olmaktan geçiyordu. İstanbul sıradan bir başkent değildi. Roma İmparatorluğu'nun evrensel egemenlik hakları Doğu Roma imparatoruna geçmişti ve bin yıl boyunca değişmez yönetim merkezi İstanbul olmuştu. Bizans imparatorları diğer imparatorlara karşı bir üstünlük kurmak adına dünya hakimi unvanını kullanıyordu. Evrensel iktidarı simgeleyen bu statüye göz koyan diğer imparatorlar, biraz güçlendiklerinde başkent İstanbul'u almak istiyorlardı. Araplar, Persler, Hunlar, Latinler... Fakat şehrin muazzam surları ve Bizans'ın üstün savunma teknikleri bu girişimleri çoğu kez sonuçsuz bırakmıştır. 15. yüzyıl ortalarında "*Dünya İmparatoru*" olmak arzusu ile İstanbul'u başkent yapmak isteyen bir kişi daha vardı, Osmanlı padişahı II. Mehmet, yani Fatih Sultan Mehmet<sup>84</sup>.

1453 senesinde, 21 yaşındaki bu genç sultan, o devirlerde *kentlerin kraliçesi* olarak anılan bir başkenti yani Konstantinopolis'i kuşatmıştır. O zamanlar tüm Avrupa ve Asya'nın en büyük kenti idi<sup>85</sup>. Bizans'ın başkenti olan İstanbul, Osmanlılar'ın Avrupa ve Anadolu'daki topraklarını birbirinden ayırarak Osmanlı topraklarının tam ortasında yer alıyordu. Simgesel açıdan büyük anlamı olan bu yabancı unsuru ortadan kaldırmak gerekiyordu. Böylece giderek genişleyen Osmanlı Devleti'ne, İstanbul ile sağlam bir devlet merkezi kazandırılacaktı. Fatih, başkenti fethetmek için bugün Rumelihisarı diye bilinen Boğazkesen Hisarı'nı yaptırmıştır. 53 günlük bir kuşatma neticesinde 29 Mayıs 1453 tarihinde kadim başkent artık yeni bir imparatoru olmuştur<sup>86</sup>. Neticede başkent İstanbul'un alınması evrensel bir imparatorluk tacının devralınması anlamına geliyordu. Diğer yandan kadim başkent çöken değil, tekrardan yükselen bir devletin yönetim merkezi haline gelmesi, başkent unvanını ve işlevini 20. yüzyıla taşımasını sağlamıştır.

İstanbul'un Osmanlı başkentine dönüşmesinin askeri, siyasi, tarihi, hukuki ve dini birçok önemli sonucu olmuştur. Bu sonuçları anlamak adına Roma, Bizans ve Osmanlı, bu üç büyük evrensel imparatorluğun

<sup>81</sup> İnalçık, *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*, 146-153.

<sup>82</sup> Kültür ve Turizm Bakanlığı (KTB), "Edirne Yeni Saray Alanı Ören Yeri Oluyor", (Erişim 25 Mart 2024).

<sup>83</sup> Burmov, "Türkler Edirne'yi Ne Vakit Aldılar", *Bellekten*, 97-99.

<sup>84</sup> Apaydın, "Tarih ve Hukuk Bağlamında imparatorluklar başkenti İstanbul", 188.

<sup>85</sup> Ortaylı, *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*, 61-62.

<sup>86</sup> İstanbul'un fethine dair birincil kaynaklar arasında Bizanslı tarihçi KRITOVULOS'un eseri önemlidir. Fetihe bizzat tanıklık yapmış ve ilk elden kaynaklardan faydalanmış nadir tarihçilerdendir. İmparator Fatih'in tahta geçişinden itibaren 17 yıllık olayları kaleme aldığı eserini İmparator Fatih'e ithaf etmiştir. Aynı zamanda kendisi de İmroz adasında bir idareci olduğu için o döneme dair gözlemleri referans niteliğindedir. KRITOVULOS, *İstanbul'un Fethi*, Çev. Karolidi, (İstanbul: Kaknüs Yay, 2005), 34-97

bazı ortak özelliklerini vurgulamak gerekir. Bir defa üçü de Akdeniz’de egemen merkezi imparatorluklardır. Akdeniz ve Akdeniz dünyası her üçünde de ekonomik, siyasi ve kültürel etkileri olan mutlak bir coğrafi gerçekliktir<sup>87</sup>. Başkent olarak hem Roma’yı hem de İstanbul’u Akdeniz coğrafyasında oluşan kentsel sistemin bağlı olduğu idari ve siyasi merkez olarak birlikte değerlendirmek gerekir. Diğer bir ortak özellik üç imparatorluğun da sınırlarının değişken ve içinde yüzlerce din ve dilin yaşadığı çok milletli bir toplumsal yapıya sahip olmasıdır. İstanbul bu çok uluslu imparatorluklara yaklaşık 1600 yıl başkentlik yapmıştır. Başkent olarak işlevini bu kadar uzun süre kesintisiz sürdürebilen bir yönetim merkezinin örneği bulunmamaktadır<sup>88</sup>.

Başkent İstanbul, sağladığı hukuksal statü bakımından önemli bir işleve sahiptir. İstanbul’da bulunan yönetici üstün bir otorite kabul ediliyordu. Nitekim Bizans imparatoru “dünya imparatoru” sıfatına sahip olmakla *arabulucu* (hakem), “*imperator pacihcus*” statüsünde bulunuyordu. İstanbul’un almasından sonra aynı statüyü Osmanlı İmparatoru kazanmış ve *arbitr mundi* konumuna erişmiştir. Haliyle başkent İstanbul dünya hakemliğinin merkezi olmaya devam etmiştir<sup>89</sup>. Başkent olarak İstanbul’un hukuki cepheden bir diğer işlevi ise günümüz hukuk sisteminin temeli olan Roma Hukuku’nun kodifiye edildiği merkez olmasıdır. Bu bağlamda İstanbul başkent olarak sadece siyasal işleve sahip değildir. Aynı zamanda hukuksal düşüncenin üretim merkezi konumundaydı. Zira Roma hukuk sistemi ve müesseselerinin en önemli kodifikasyon, yani yasalaştırma faaliyeti 438’de, Theodosius II zamanında İstanbul’da başlamıştır. Iustinianus devrinde (482-565) ise hukuk profesörlerinden oluşan heyetlerin uzun çalışmaları sonucunda dünya hukuk literatürünün en önemli eserlerinden biri sayılan *Corpus Iuris Civilis* meydana getirilmiştir<sup>90</sup>. Dünyadaki belli başlı hukuk sistemleri bu eserde ortaya konan kurum ve ilkeler üzerinden biçimlenmiştir. Bu önemli eser, o dönemde İstanbul şehrinde bulunan üniversite çatısı altında hazırlanmıştır.

İstanbul’un ve imparatorluk unvanının alınmasına kadar Osmanlı, kurumsal örgütlenmesi ve ideolojisi ile bir imparatorluk sayılmıyordu. Fakat İstanbul’un alınması ve yönetim merkezi olarak benimsenmesi Osmanlı’yı evrensel ölçekte merkezi bir imparatorluk yapmıştır. İmparatorluk karakteri kısa sürede Osmanlı kültür hayatında, sanatında ve saray protokolünde etkilerini göstermiştir. Zira bin yıldan fazla bir süredir başkentlik misyonuna sahip İstanbul, Osmanlı ideolojisi ve yönetim ilkelerini de belirleyici etkiye sahipti. Öyle ki Fatih, kendisini aynı zamanda Roma İmparatoru ilan etmişti. Ayrıca tıpkı Roma ve Bizans imparatorları gibi dinsel otoriteyi de kişiliğinde toplamakla mutlak egemen olarak, en yüksek dini ve siyasi makam statüsüne sahipti<sup>91</sup>.

Başkent İstanbul Osmanlı döneminde sahip olduğu siyasi, idari ve dini işlevlerden dolayı farklı isimler ile tanımlanmıştır<sup>92</sup>. Bunların başında “*payitaht*” kullanımı gelmektedir. Bu yönüyle İstanbul hem “*payitaht-ı saltanat-ı seniye*”, hem “*makarr-ı Hilâfet-i İslâmiye*” ve hem de “*Merkez-i Hükümet-i Osmaniye*” idi. *Payitaht*, tahtın bulunduğu yer demektir. İstanbul, Osmanlı tahtının yani egemenin bulunduğu kentti. Tahtın adayı şehzadeler başka kentlerde yaşayabilirdi. Ancak tahtın sahibi başkent İstanbul’da

<sup>87</sup> Apaydın, “Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar başkenti İstanbul”, 189.

<sup>88</sup> Ortaylı, *Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek*, 62-70.

<sup>89</sup> Umur, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 104-106; Ortaylı, *Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek*, 63/71.

<sup>90</sup> Berman, *Law and Revolution*, 204-205; Recai Galip Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, (İstanbul, İÜHF, 1952), 433-437.

<sup>91</sup> Berman, *Law and Revolution*, 168.

<sup>92</sup> Tarihte İstanbul’u ifade etmek için 40’tan fazla isim kullanılmıştır. Bunlardan en bilineni ise şehrin kurucusu sıfatıyla Bizans İmparatoruna ithaf edilen *Constantinopolis*’tir. Müslüman ülkeler o dönemlerde *Konstantiniyye* demektedir. Döneme ve duruma göre *Asitâne*, *Dersâdet*, *Der-âliyye*, *Tsarigrad* (Çarın şehri) *İstinpolin*, *İslambol*, *İstimboli*, *Neas romes*, *Polis* (ki Yunanca polis/shehir dendiğinde bir dönem sadece İstanbul anlaşılıyordu), *Urbis*, *Stinpoli*, *Şehr-i azam*, *Tekfuriyye*... gibi değişik adlar kullanılmıştır. Fakat bugün Konstantiniyye ismi kullanıldığında cahilce bir tepki gösterilmektedir. Cahilcedir, çünkü birçok tarihçimizin zikrettiği üzere eldeki bütün Osmanlı İmparatorluğu fermanlarında ve belgelerinde şehrin adı “*Be makamı Konstantiniyye el Mahmiyye*...” yani “*korunmuş makam*” olarak zikredilmiştir. Kimse böyle bir kullanımdan dolayı da rahatsız olmamıştır. Öyle ki 19. yüzyıl sonlarına kadar Osmanlı’da basılan birçok kitap ve diğer yayımların künyesinde basım yeri olarak “*Konstantiniyye matbaası*” yazılmaktadır. Hatta basılan paralar üzerinde dahi Konstantiniyye yazılıyordu. Ortaylı, *Osmanlı’yı Yeniden Keşfetmek*, 11-12.



bulunuyordu. *Makarr*, karar kelimesinden gelir ve İstanbul, İslâm dünyasının başı sayılan halifenin oturduğu, karargâh yaptığı, merkez olarak kullandığı yerd. Bu yönüyle İslam dünyasına yönelik dini kararların alındığı bir işleve sahipti. Dini işlevi sadece İslamiyet değil, Ortodoks dünyası için de söz konusudur. Nitekim Ortodoks dünyanın merkezi anlamına gelen “*Çarigrad*” ifadesi İstanbul için bu yüzden kullanılmıştır<sup>93</sup>. İstanbul, aynı zamanda Osmanlı Hükümeti’nin merkezi, yani temel yönetim ve karar organlarının bulunduğu yerd<sup>94</sup>. Ülke geneline uygulanacak kararlar burada alınıyor ve taşra birimlerine emirler buradan gönderiliyordu. Diğer yandan uluslararası nitelikteki belgelerde imparatorluğun siyasi ve idari merkezi olarak yine İstanbul zikredilmekle diplomatik merkez olma işlevine de sahip olmuştur. 1876 tarihli ilk Osmanlı anayasası Kanun-i Esasi’de ise İstanbul’un, başkent/payitaht olduğu resmen belirtilmiştir. Anayasanın 2. maddesi: “*Devlet-i Osmaniye’nin payitahtı, İstanbul şehridir*” hükmünü içeriyordu<sup>95</sup>.

İstanbul yüzyıllar boyu bir yönetim merkezi olarak başkent işlevini korumuştur. Klasik dönem Osmanlı Devleti’nde merkez teşkilat ve eyalet yönetimi arasındaki ilişkilerin istikrarı güçlü bir başkent örgütlenmesinin varlığına dayanıyordu. Başkentte toplanmış merkez teşkilat, eyaletler ve özerk bölgeler üzerinde yereldeki en yetkili idareci olan beylerbeyi vasıtasıyla denetim kuruyordu<sup>96</sup>. Tanzimat dönemine kadar çok değişmeden yapısını muhafaza eden Osmanlı merkez ve taşra örgütü, milliyetçi rüzgarların yarattığı sarsıntı nedeniyle bir dizi reform girişimine sahne olmuştur. Başkentte toplanan merkezi yönetim, fonksiyonlarını yitiren Divan-ı Hümayun yerine nazırlık (bakanlık), taşra teşkilatı ise eyalet yerine vilayet sistemini benimsemiştir. Bu girişimlerin başlıca sebebi taşra üzerindeki kontrolü 19. yüzyıl başlarında iyice zayıflayan merkezi idarenin otoritesini tekrar tesis etmekte<sup>97</sup>. Ne var ki başkentteki merkezi idare bir daha asla kentsel sistem içinde eskisi gibi güçlü bir yönetim merkezi olma işlevini geri kazanamamıştır.

Başkent İstanbul, idari örgütlenmesi ve coğrafi konumu dikkate alındığında devletin tam “merkezi”, yani “orta yeri” konumundaydı. İstanbul’un doğusunda Anadolu/Asya, batısında Rumeli/Avrupa toprakları vardı. İmparatorluğun geniş sınırları içinde kalan diğer kentler ile başkentten siyasi, idari, askeri ve ekonomik ilişkisi bu avantajlı konumu sayesinde bütünsel bir çerçevede kurulabiliyordu. Bu durum sürüp gittikçe, kimse başkenti İstanbul’dan başka bir yere taşımaya da düşünmemiştir. Fakat zamanla Osmanlı Devleti’nin siyasi ve askeri dengesi bozulmuştur. Bu nedenle güvenlik yönünden İstanbul’un başkent işlevi sarsılmaya başlamıştır<sup>98</sup>.

19. yüzyılda Osmanlı’nın Avrupa toprakları sürekli saldırılara uğruyor, ülkeden siyasi ve idari olarak kopuyordu. Osmanlı sınırları Orta Avrupa içlerinden giderek Balkanlara itilmiş ve başkent İstanbul Osmanlı ülkesinin kenarında kalarak neredeyse bir sınır başkentine dönüşmüştür. 1877-78 Osmanlı-Rus Savaşı’nda, İstanbul karadan da tehdiye uğramış ve güvenlik kaygısı başkentte hissedilir olmaya başlamıştır. Rus orduları, 1878 yılında başkent İstanbul kapılarına, Yeşilköy’e kadar dayanmıştır. Devletin başkenti jeopolitik yönden en güvenli yer olması gerekirken, tehdit altındaki başkent bu işlevini yitirmiştir. Bu tehdit İstanbul’un başkentlik statüsünü de ilk defa sarsmış ve “geçici olarak” başkentten Anadolu’ya taşınması gündeme gelmiştir. Bu tartışmalar Balkan ve I. Dünya savaşları

<sup>93</sup> İstanbul’un Slav dünyasındaki mitsel anlamı ünlü siyasi düşünürlerin de dikkatinden kaçmamıştır. Nitekim Engels bu hususu İngiltere, Rusya ve Türkiye üzerine kaleme aldığı bir makalesinde şöyle dillendirmiştir:

“...*(H)erne olursa olsun o (Rus), kendisini tüm şeytanlardan kurtaracak olan Mesih’in dünyaya dönüşünü St. Petersburg’dan bekler; ve İstanbul’a Çarigrad ya da İmparatorluk Kenti diyorsa, bu, Ortodoks çarın Kuzeyden gelip gerçek imanı kurmak üzere kente girmesini beklediği kadar, Türklerin ülkeyi almasından önce, onu Ortodoks çarın elde tuttuğunu anımsadığı içindir.*” Marx/Engels, *Doğu Sorunu (Türkiye)*, (Ankara: Sol, 2020), 25.

<sup>94</sup> Şimşir, “Ankara’nın Başkent Oluşu”, 191.

<sup>95</sup> Şimşir, “Ankara’nın Başkent Oluşu”, 190-191.

<sup>96</sup> Osmanlı merkez ve taşra teşkilatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ortaylı, *Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi*, 129, 191-199.

<sup>97</sup> Ortaylı, *Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi*, 309-329.

<sup>98</sup> Şimşir, “Ankara’nın Başkent Oluşu”, 191-192.

döneminde daha kuvvetlenmiş<sup>99</sup>, Osmanlı başkentinin temelli olarak İstanbul'dan taşınması gerekeceğini düşünenler çıkmıştır<sup>100</sup>. Yersiz de bir düşünce değildi. Başkent ülkenin kenarında, karadan işgale açık bir hale gelmiştir. Zira I. dünya savaşının sonlarına doğru Osmanlı başkenti işgal edilmiştir.

### C. Tanzimat dönemi sonrası idari yapıda reformlar ve başkent uygulamasına etkisi

Tanzimat dönemi sonrasında idari modernleşmede önemli önemli gelişmeler yaşanmıştır. Hukuki, siyasal, kültürel, iktisadi ve sosyal alanlardaki gelişmeler zorunlu olarak idari modernleşmeyi dayatmıştır. Ulus devlet dayatması ve yeni iktisadi ilişkilere ayak uydurma zarureti ister istemez Osmanlı yöneticilerinin mahalli güç odakları ile birlikte çalışmasını gerekli kılıyordu. Bu nedenle yerel temsilcilerin, başkentteki merkezi bürokrasi ve hükümet temsilcileri ile yeni siyasi ve idari yapı çerçevesinde ilişki kurmalarını sağlayacak adli ve idari reformlar yapılmıştır.

19. yüzyıla kadar imparatorluğun bazı kamu hizmetlerini mahalli gruplar, dini cemaatler veya vakıflar üzerinden gördüğü bilinmektedir. Adli ve idari yapıda yapılan bir dizi reform ile bu kamu hizmetleri olabildiğince merkezi hükümet örgütünün işlevleri içine alınmıştır<sup>101</sup>. Merkezi idarenin başkent teşkilatı hizmet bakanlıkları, taşra idaresi ise yeni vilayet sistemi çerçevesinde yeniden yapılandırılmıştır. Yerel yönetimler ise belediyelerin idari teşkilatta yerini alması ile kentsel odaklı yeni bir yapıya kavuşmuştur. Ulusal ve yerel ölçekte kamu hizmetleri başkentini yeni ve güçlü merkezîyetçi işlevi bağlamında planlanmaya başlamıştır. Bakanlıklar çatısı altında teşkilatlanan modern kurumlar ve idari birimler genişleyen bir kamu hizmeti alanının doğmasını sağlamıştır. Özellikle ticaret, nafia (bayındırlık ve ulaştırma), eğitim, ziraat, itfaiye (tulumbacı takımı), posta işleri, kolluk (polis ve jandarma), nüfus ve karantina (sağlık) işleri gibi idarenin klasik kamu hizmetleri sayılabilecek geniş bir faaliyet alanı ortaya çıkmıştır. Vilayet Nizamnameleri (1864-1867-1871) ile de eyalet sistemi terkedilerek, mülki idare yapısı bugünkü manada vilayet sitemine göre düzenlenmiştir. Böylece idari teşkilat merkezde hizmet bakanlıkları ve taşrada vilayetler şeklinde yeniden yapılandırılmıştır. Gerek hizmet bakanlıkları şeklinde merkezi teşkilatın ve vilayetlerin tanzimi bir bütün olarak bugünkü idari teşkilatımızın ve idari yargı kurumlarımızın temelini atmıştır<sup>102</sup>.

Netice itibariyle idare işlevini yürütecek bugünkü anlamda bir *idari teşkilat* Tanzimat sonrası dönemdeki gelişmeler neticesinde doğmuştur. Tabiatıyla modern anlamda *kamu hizmeti*, *sivil memur* ve *bürokrasi* kavramları da bu dönemin ürünüdür. Polis ve jandarma teşkilatının kurulması ise idarenin kolluk faaliyeti görev alanını ve *kamu düzeni* kavramını yaratmıştır. Bilhassa belediyelerin kurulması sonrasında kentlerde genel asayişin sağlanması, kamu düzeninin korunması bağlamında *kolluk* teşkilatının görev alanını oluşturuyordu. Sokakların aydınlatılması, itfaiye teşkilatının kurulması, gece bekçilerinin varlığı bu meyanda örneklerdir<sup>103</sup>. Diğer yandan başkentte yeni oluşan idari ve yargı bürokrasisinin çalışma alanını teşkil edecek mekansal planlamalar yapılmıştır. Devletin merkezîyetçi

<sup>99</sup> Balkan Savaşı döneminde Kütahya milletvekili Ahmet Ferit (Tek) Bey de başkentini İstanbul'dan Anadolu'ya taşınmasını savunuyordu. Sonraları Ankara Hükümeti'nde bakanlık da yapacak olan Ahmet Ferit Bey, *İfham* gazetesinde bunları yazıyordu: "Payitahtın İstanbul gibi güzel bir şehirden uzaklaştırılması güç bir meseledir. Hisse, ananeye aykırı bir teşebbüs; fakat ne yapalım? Eğer bu nakil millet ve memleket selâmeti için lüzumlu ise. Payitahtın vatanın merkezinde, milletin kalbinde kurulması, yerleşmesi lâzımdır. Payitaht, bir devletin başı demektir. Düşmana baş uzatılmaz, baş saklanır, kollarla ayak onu müdafaa eder.

Hudut bu kadar yaklaştıktan sonra İstanbul'da rahat oturmanın imkânı yoktur, idare merkezi bu gibi tehlikelerden masun olmak icabeder. Şimdiye kadar İstanbul'a tehlike yalnız Boğazlar cihetinden idi. Şimdi buna bir de karadan bir tehdit ilâve oldu. Uç taraftan tehlikeye maruz bir noktada payitaht kurulamaz. Şimşir, "Ankara'nın Başkent Oluşu, 193.

<sup>100</sup> Şimşir, "Ankara'nın Başkent Oluşu", 191-192.

<sup>101</sup> İlber Ortaylı, *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri*, (Ankara: TTK, 2000), 17.

<sup>102</sup> Bahadır Apaydın, "1921 Anayasası Döneminde İdari Yargı: Osmanlı'dan Cumhuriyet Dönemine Bir İdari Yargı Mirası Kalmış mıdır?" *TBMM 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı (21-23 Ocak 2021)*, Editörler: Ömer Anayurt/Yusuf Tekin, (Ankara: TBMM Basımevi, 2022), 672-673; Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 550-552.

<sup>103</sup> Bahadır Apaydın, "1921 Anayasası Döneminde İdari Yargı: Osmanlı'dan Cumhuriyet Dönemine Bir İdari Yargı Mirası Kalmış mıdır?", 673.

anlayışı, başkentten kentsel tasarımını değiştirmiştir. Başkentte yeni merkezi idare organları kurulmuş ve bunlara uygun binalar imar edilmiştir. Devlet her ne kadar imparatorluk olarak anılsa da başkentteki yeni merkezi yönetim organlarının mekansal varlığı ve işlevleri esasen ulus devlet başkent işlevine doğru evrilmeye başlamıştır. Yani ülkesel güvenliğin idaresi, genel idare ve hizmetlerin işlevsel ve mekansal olarak başkentte toplanması, diplomatik ilişkilerin başkentten tekeline geçmesi gibi ulus devlet başkentlerinin karakteristik yanlarının bu dönemde başkent İstanbul'un yeni işlevleri olarak öne çıktığını söyleyebiliriz.

## V. Cumhuriyet Dönemi İdari Teşkilatında Başkent

### A. İşgal yılları döneminde başkent İstanbul

30 Ekim 1918 günü Mondros Mütarekesi'nin peşinden düşman donanmaları Dolmabahçe önünde demirlemiş, 3.500 düşman askeri Beyoğlu'na çıkmıştır. Karadan, Trakya yönünden de Fransız birlikleri İstanbul'a girmiştir. Osmanlı başkenti artık işgal güçlerinin eline geçmiş ve İngiltere'nin başkanlığında Fransa ve İtalya'dan mürekkep bir işgal yönetimi kurulmuştur. Fakat tüm idareye henüz el konulmamış, saray yönetimi üzerinden etkinlik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu dönemde Mebusan Meclisi'nde işgale dair yapılan ateşli tartışmalar, sarayda ve işgal yönetimi nezdinde rahatsızlık yaratmıştır. 21 Aralık 1918'de ise Osmanlı Mebusan Meclisi padişahın emri ile feshedilmiştir<sup>104</sup>. Bu gelişme başkentteki Osmanlı idaresinin egemenliğine darbe vurmuştur. İstanbul görünüşte başkent işlevine sahip bir kentti. Ancak fiili egemenlik Osmanlı devletinin elinden alınmıştır. Öyle ki Damat Ferit tarafından İşgal Kuvvetleri Yüksek Komiserliği'ne sunulan projede (30 Mart 1919), İngiltere'nin uygun gördüğü yerleri 15 yıl işgal edebileceği bakanlıklarda İngiliz müsteşarların bulunacağı, vilayetlerde vali muavinliğini İngiltere konsoloslarının yapacağı, maliyenin de yine İngiltere denetimine bırakılacağı belirtilmişti<sup>105</sup>. Diğer yandan işgale karşı kamuoyunda gelişen tepkilerden dolayı, projenin sahibi olan Damat Ferit hükümeti istifa etmek zorunda kalmıştır.

Damat Ferit kabinesinin istifası akabinde Ali Rıza Paşa kabinesi kurulur kurulmaz, 9 Ekim 1919'da yayımladığı bir kararname ile Meclis-i Mebusan seçimleri yapılmıştır. Seçimler sonucunda, Meclis-i Mebusan'ın ilk toplantısı 12 Ocak 1920'de yapılmıştır. Yeni kurulan Meclis'te Atatürk'ün telkinleri ile kuvvetli bir milliyetçi hava ortaya çıktığı gibi 28 Ocak'ta da Misak-ı Millî yayınlanmıştır. Meclis, başkentte egemen bir millet iradesi olduğunu dünyaya göstermek adına yabancı parlamentolara alınan kararları göndermişti. Velhasıl Millî Hareket, Müttelikler'in gözleri önünde kendilerine karşı bir direniş örgütlüyordu. Başkentte üç irade belirmişti; sembolik hale gelen Saray idaresi, direnişin öncül iradesi Meclis ve işgal yönetimi.

15 Mart'ta gelişmelerin istedikleri gibi gitmemesi üzerine Yüksek Komiserler ve işgal polisi şehri ablukaya aldı. 16 Mart 1920'de karaya çıkan işgal kuvvetleri, başkentteki tüm kamu binalarını, karakolları, telgrafhaneleri, postaneleri, Harbiye Nezareti gibi önemli bakanlıkları kontrol altına aldı. Devamında Meclis-i Mebusan basıldı ve bazı mebuslar tutuklandı, bazıları ise milli mücadeleye katılmak üzere Anadolu'ya geçti. Bu şartlar altında çalışamayacağını anlayan Meclis, bir beyanname yayınlarak kendini feshetti<sup>106</sup>. Böylece başkentte Osmanlı devletinin egemenliği fiilen tamamen sona ermiştir.

1920 başlarında İngilizler, Osmanlı başkentini Anadolu'ya kaydırmak istiyordu. Siyasal ve askeri egemenliği bitmiş Osmanlı Devleti için başkent olarak, herhangi bir Anadolu kasabası yeterliydi. İngiltere Dışişleri Bakanı Lord Curzon, "Türkiye'yi İstanbul'dan atmak... Yüzlerce yıllık sürecin bir devamı olacaktır" diyor, "Türkleri atmak için ele geçirilmiş olan bugünkü fırsatın kaçırılmaması" için ısrar

<sup>104</sup> Mehmet Özdemir, "İstanbul'un İşgalini Takip Eden Dönemde Türk Milletinin Egemenlik Haklarını Ele Almasına Yönelik Çalışmalar", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, XVI/46, (Mart 2000), 90-92.

<sup>105</sup> Bülent Tanör, *Kurtuluş Kuruluş*, (İstanbul: Cumhuriyet Kitaplığı, 2010), 36.

<sup>106</sup> Özdemir, "İstanbul'un İşgalini Takip Eden Dönemde Türk Milletinin Egemenlik Haklarını Ele Almasına Yönelik Çalışmalar", 92-93.

ediyordu. Lord Curzon, İstanbul'dan atılacak olan Türklerin kendilerine Bursa'yı veya Konya'yı başkent seçebileceklerini de ekliyordu. Türk başkentini Anadolu'ya itme planı gizli olsa da sonunda basına sızmış ve büyük tepkilere neden olmuştu. Heyet-i Temsiliye Başkanı Mustafa Kemal, 11 Ocak 1920 günü İngiliz Yüksek Komiserliğine gönderdiği bir telgrafla, İstanbul'un Türklerden alınması ve Türk başkentinin Anadolu'ya kaydırılması planlarını şiddetle protesto etmiştir. Bununla beraber sadece üç yıl sonra ise roller değişecek, yeni Türk Devleti kendiliğinden Ankara'yı başkent yapacak ve bu defa İngilizler bu karara direnecekti<sup>107</sup>.

İşgal altındaki başkentte bulunan ve idare işlevini yerine getiren kurumlar ya dağıtılmış ya da işgal subaylarının emrine alınmıştı. Başkent diğer kentler ile olan ilişkisi ancak işgal yönetiminin kontrolünde kurulabiliyordu. Esasen diğer kentlerdeki idarecilerin bir kısmı da Anadolu'daki direnişi destekliyordu. Bu itibarla başkent ile diğer kentler arasında hiyerarşik ve sıra düzenli bir idari ilişki kalmamıştı. Ayrıca başkent işgali ve tüm idarenin işgal güçlerine geçmesi, Anadolu'daki Kuvva-i Milliye idaresinin, başkentteki idarecilerden ve yönetim organlarından ümidini tamamen kesmesine sebep olmuştu. Mevcut sistem içinde bir çözüm bulunamayacağı fikri direnişçi gruplarda hakim oldu. Artık egemen bir devleti temsil eden meşru bir başkent kalmamıştı. Dolayısıyla direnişi örgütleyecek ve egemenliği tesis edecek yeni iradenin tayin edeceği yeni bir idare merkezinin belirlenmesi zarureti doğmuştu. Ancak yabancı devletler nezdinde saray hala muhataptı ve diplomatik açıdan başkent işlevi İstanbul'da görünüyordu.

Toparlayacak olursak, işgal döneminde İstanbul'un başkent işlevleri bakımından bir geçiş dönemine girdiği söylenebilir. Bu bağlamda egemenlik ölçütü bakımından İstanbul, meşru başkent işlevini yitirmişti. Ayrıca başkent kentsel dizge içinde mutlak ve merkezi bir denetiminin kaldığını da söylemek mümkün değildir. Diğer yandan sarayın ve sair merkezi idare organlarının varlığını sürdürmesi ve yabancı devletlerin İstanbul'daki siyasi iradeyi muhatap alması, İstanbul'un başkent işlevini sembolik açıdan sürdürdüğü anlamına gelmektedir. Kuvvayı Milliye güçleri bu dönemde askeri açıdan direnişi başarı ile örgütlese de uluslararası hukuk nezdinde henüz siyasi bir muhatap değildi. Bu anlamda yeni bir başkent de ilan edilmediği için İstanbul'un başkentlik işlevi sembolik olarak devam ediyordu. İstanbul'un geçiş dönemindeki bu konumu, Ankara Hükümeti'nin uluslararası hukuk bakımından güçlenmesi ve nihayet Lozan'a tek muhatap olarak davetine kadar sürmüştür.

## **B. Milli mücadele döneminde başkent tartışmaları**

Anadolu'da başlayan kurtuluş mücadelesi, milli egemenliğe dayalı yeni bir ulus devletinin ve cumhuriyet rejiminin tesisi amacıyla siyasi, hukuki, askeri ve idari açıdan Osmanlı Devleti'nden bir kopuşu ifade ediyordu. Osmanlı Devleti ile birlikte başkent İstanbul da tarihsel misyonunu ve işlevini tamamlamıştı. Bu haliyle Anadolu'dan bakıldığında hem kurtuluşun hem de kuruluşun formülü artık eski rejimin merkezi başkent İstanbul'dan geçmiyordu. Dolayısıyla yeni bir devlet, yeni bir yönetim biçimi ve yeni bir idare merkezi, yani yeni bir başkent gerekiyordu. Sadece başkent taşınması eski rejimin ve devletin devamı anlamına geliyordu. Halbuki Ankara'nın başkent ilan edilmesine gidecek olan süreç, devrimsel bir dönüşümü ifade ediyordu. Ayrıca güvenlik ve savaşın idaresi bakımından da İstanbul'un başkentlik işlevi sona ermişti. Özetle yeni başkent temel işlevi, güvenlik kaygılarını gidermek ve yeni devletin ve rejiminin simgesel varoluşunu ortaya koymaktı.

Milli mücadele döneminde Atatürk'ün düşünsel çerçevesini çizdiği ulusal devlet tezinde, artık Osmanlı Devleti'nin, başkent ve Padişahın kurtarılması sadece söylemsel düzeyde kullanılıyordu. Yapılan bir dizi yerel ve ulusal kongre ve tamimler ile dış ve iç egemenlik hedefleri belirlenmişti: Dışarda tam bağımsızlık, içerde ise millet egemenliği. Devlete ve iktidara dair bu hedeflerin ortaya çıkması kolay olmamıştır. Mondros Mütarekesi ile TBMM'nin açılışına kadarki dönemi ifade eden *Yerel Kongre*

<sup>107</sup> Şimşir, "Ankara'nın Başkent Oluşu", 196-197.

*İktidarları* döneminde (30 Ekim 918-23 Nisan 1920) kurtuluşa dair yoğun fikri çatışmalar yaşanmıştır. Bu süreçte Anadolu ve Trakya'da 30'un üzerinde yerel direniş kongreleri düzenlenmiştir<sup>108</sup>. Osmanlı başkentinin ülkenin kurtuluşuna ve egemenliğin yeniden tesisine ilişkin siyasal bir işlevi kalmadığını ülke geneline yayılmış bu yerel kongreler göstermektedir. Kongrelerin temel amacı, başkentteki siyasi iktidarın ve idari organların boşluğunu doldurmak, işgale karşı öz savunma ihtiyacını karşılamaktır. Birer iktidar odağı olan kongreler, sıradan kuruluşlar değildirler. Örgütlenme, karar alma, temsil, organlaşma gibi hususlar bakımından belli kurallar ve usuller Yerel Kongrelerde bulunuyordu<sup>109</sup>. Ancak ulusal egemenliğe dayalı bir devlet ve merkezi iktidarın bu yapıdan çıkması mümkün değildi. Bu nedenle siyasi, hukuki ve askeri açıdan mücadeleyi destekleyebilecek güvenli bir başkente, işlevsel ve simgesel açıdan ihtiyaç duyuluyordu.

Atatürk 16 Ocak 1923 günü İzmit'te gazetecilere verdiği demeçte, milli mücadele döneminde yeni devletin başkentine dair düşüncesini açıklamıştır: “*Bir geminin topundan telâşa düşecek bir yerde (İstanbul'da) hükümet merkezi olamaz*”. Milli mücadele döneminde başkent seçimine işte bu düşünce hakimdi. Kurtuluş Savaşı boyunca Ankara adım adım başkent olmaya doğru gitmiştir. Atatürk ve birkaç silah arkadaşı, Ankara'yı askeri ve siyasi idare merkezi yapmayı tasarlamışlardı. Bu doğrultuda, 20. Kolordu karargâhı Ankara'ya kaydırılmış, millî hareketin daha ilk günlerinde güvenilir bir merkez işlevi görmeye başlamıştı. Ulusal kongreler döneminde İstanbul hükümeti ve yabancı merkezler ile tüm iletişim Ankara üzerinden yürütülmüştür. Ankara hukuken bir başkent olmasa bile askeri ve siyasi açıdan başkent işlevini kazanmaya bu dönemde başlamıştı.

1920'de Atatürk son Osmanlı meclisini Ankara'da toplamak istemişse de bu fikre kuvvetli itirazlar olmuştu. Neticede bu mümkün olmamıştır. Meclisi Anadolu'da toplamak ve başkenti İstanbul'dan Ankara'ya taşımak için bir süre daha beklemek gerekecekti. Diğer yandan belirtildiği üzere Ankara, başkent adayı olarak öne çıkmaya başlamıştı. 27 Aralık 1919 günü Atatürk ve Heyet-i Temsiliye üyeleri Ankara'ya gelmiş ve şimdilik buranın idare merkezi yapıldığına dair bir tebliğ yayınlanmıştı<sup>110</sup>. Heyet-i Temsiliye, bir bakıma *de facto* hükümet durumundaydı. Ankara da bu fiili hükümetin merkezi olmuştu. Atatürk, “cephelere ve İstanbul'a demiryolu ile bağlı ve genel durumu yönetme bakımından Sivas'dan hiçbir ayrılığı olmayan Ankara”yı merkez yapmak için en uygun yer olarak görüyordu. Ama Ankara'nın devamlı bir merkez yapılması düşüncesi bir süre gizli tutulmuş, geçici bir merkezmiş gibi gösterilmişti<sup>111</sup>.

İstanbul'un işgali tarihsel bir başkent işlevini kaybetmesini, Ankara'nın ise ön plana çıkmasını sağladı. Heyet-i Temsiliye'nin üstlendiği askeri ve siyasi sorumluluk ve merkezinin Ankara olması, yeni başkent belirlenmesinde temel ölçüt olacaktı. Bu arada bir yandan Heyet-i Temsiliye tarafından İstanbul'un işgali protesto edilirken, diğer yandan Ankara'da “olağanüstü yetkili” bir meclisin toplanacağı duyuruldu. Atatürk, 22 Nisan 1920 tarihinde bütün yurda şu önemli genelgeyi yayınlamıştı: “*Tanrı'nın yardımıyla Nisan'ın 23'ü Cuma günü (Ankara'da) Büyük Millet Meclisi açılarak çalışmaya başlayacağından o günden sonra bütün sivil ve askerî makamların ve bütün ulusun başvuracağı en yüce kat, adı geçen meclis olacaktır. Bilgilerinize sunulur.*” TBMM 23 Nisan 1920 günü açılınca, bütün ulusun temsilci olan en önemli organ olmuştu. Böylece Ankara resmi başkent olmasa bile tam anlamıyla bir “siyasi ve idari merkez” durumuna gelmiştir.

Ankara'nın milli mücadelede giderek öne çıkması, başkent resmen İstanbul'dan Ankara'ya taşınması konusunu TBMM'nin gündemine sokmuştu. Bu minvalde 31 Ocak 1920 günü başkent değişikliği konusu Meclise getirildi. Hazırlıklar kapsamında bir başkent komisyonu kurulmuş ve bu komisyona meclisten

<sup>108</sup> Tanör, *Kurtuluş Kuruluş*, 59-60.

<sup>109</sup> Tanör, *Kurtuluş Kuruluş*, 64-67.

<sup>110</sup> Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk*, (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, 2002), 228.

<sup>111</sup> Şimşir, “Ankara'nın Başkent Oluşu”, 202-204.

de 3 üye istenmişti. Hazırlanan kararname ile İstanbul “*merkez-i merasim*” olarak simgesel varlığını sürdürecektir ve “*hukukî merkez-i hükümet*” Anadolu’da olacaktır. Kararnamede başkent seçilecek yerin belirlenmesinde aranacak özellikler de sayılmıştır. Buna göre:

- Başkent olarak düşünülen yerin seyrüsefer bir şehir ile bağlı olması.
- Mülkün dört tarafına demiryollarıyla bağlılık imkanı bulunması.
- Elektrik üretebilecek tabii veya suni şelalelere yakın olması.
- Mümkün olduğu kadar kömür madeni civarında olması.
- Ormanlık bir sahaya yakın bulunması
- Genel ihtiyacı karşılayacak sulara sahip bulunması veya suların naklinin mümkün bulunması.
- Bölgenin su ve havası.
- Büyük bir şehir kurulabilecek araziye sahip olması.
- Bina için inşa malzemesinin temininin mümkün olması.
- Medeni bir şehir için bunlardan başka lüzumlu göreceği hususların lüzum ve vücuduna dikkat etmesine ve bu koşulların tamamı mevcut olmadığı halde koşulların ekseriyetine sahip bir yerin seçilmesi<sup>112</sup>.

Aslında Ankara Hükümeti, başkenti İstanbul’dan Anadolu’ya taşımayı İstanbul’un işgalden kurtuluşuna kadar “geçici” bir tedbir değil, kalıcı bir taşıma olarak görüyordu<sup>113</sup>. İstanbul halifeliğinin tören merkezi olarak kalacak, ama gerçek başkent Anadolu’da olacaktır. Nevar ki kararname TBMM önüne gelince tepki ve öfkeyle karşılandı. Görüşmeler sonunda, başkent İstanbul’dan Anadolu’ya taşınması önerisi 26’ya karşı 71 oy gibi açık farkla reddedildi<sup>114</sup>.

Hollanda örneği başkent uygulaması, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş aşamasında gündeme gelmiş fakat kabul görmemiştir. TBMM’de mebusların başkent oylamasındaki yaklaşımları, Atatürk’ün kurmak istediği yeni devlet ve rejimine dair olası tutumlarının bir göstergesiydi. TBMM, ne başkent değişikliğine ne de ulus egemenliğine dayalı yeni bir cumhuriyet kurulmasına hazır değildi. Bu durum Atatürk’ün saltanat, halifelik ve eski rejim kurumlarının tasfiyesine dair bazı düşüncelerini gizlemesine veya ertelemesine sebep olmuştur. Başkent değiştirme kararı da bir çok önemli devrim gibi ikinci meclisten geçirilebilecekti. Dolayısıyla Ankara’nın başkent yapılması, Ekim 1923 tarihine kadar TBMM gündemine bir daha getirilmemiş, başkent adayı olarak kalmaya devam etmiştir. Son olarak ifade etmek gerekir ki milli mücadele dönemindeki başkent tartışmalarının, cumhuriyet rejimi kurumlarının teşekkülünde belirleyici bir unsur olduğu kanaatindeyiz. Bir kere eski rejimin bazı kurumlarının simgesel olarak dahi devam ettirilmemesi gereği ortaya çıkmıştır. İkincisi eski rejim kurumlarının tamamen lağvedilerek idare ve yargı işlevine sahip kurumların yeni başkent kurulduktan sonra orada inhası kanaati netlik kazanmıştır.

### C. Ankara’nın başkent ilan edilmesi ve sebepleri

Önce Batılı ülkeleri sonra Osmanlı Devleti’ni derin şekilde etkileyen ulus-devletleşmelerle birlikte, yeni toplum yeni mekan arayışları doğrultusunda yeni başkentlerin ve kentlerin kurulması süreci başlamıştır. Sanayi Devrimi sonrasında yeni başkentlerin kuruluş amaç ve işlevleri değişmiştir. 20.

<sup>112</sup> Oğuz Aytepe, “Ankara’nın Merkez ve Başkent Olması”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, 33/34, (Mayıs-Kasım 2004), 20.

<sup>113</sup> Aytepe, “Ankara’nın Merkez ve Başkent Olması”, 21.

<sup>114</sup> *TBMM Zabıt Ceridesi*, Devre I, İctima 1, cilt 8, (Ankara: TBMM mtb., 1959), 4-13.

yüzyılda başkentlerin yerinin değiştirilmesi bir siyaset aracı olarak kullanılmaya başlanmıştır. İktidar ilişkilerinin değişimi çerçevesinde yeni devlet düzenine veya rejimlere geçen ülkelerden bazıları eski başkent yerine, ülkenin coğrafi merkezine yakın bir bölgede yeni başkent kurmayı tercih etmiştir.

Farklı ülkelerde farklı zamanlarda, iktidar çatışmalarının ve siyasal ilişkilerin odağı olan başkent değiştirme kararları devletlerin ideolojik, toplumsal, ekonomik ve sosyo-kültürel yapıdaki dönüşümlerine göre Hindistan, Brezilya, Avustralya, Honduras, Pakistan, Nijerya ve Türkiye gibi ülkelerde yaşama geçirilmiştir. Ulus-devletleşme sürecindeki söz konusu ülkelerde, yeni başkent seçilmesinde bazı iç ve dış gelişmeler etkili olmuştur. Başkent değişikliği kararlarının alınmasında ideolojik, ekonomik, siyasal ve sosyo-kültürel gelişmelerin yanında uluslararası ilişkiler zemininde meşruiyet arayışının da önemli etkisi olmuştur. Birleşme, bağımsızlık ve yeni bir düzeni benimseme gibi köklü siyasal değişimler, yeni başkentlerin seçilip imar edilmesi açısından temel nedenler arasında yer almıştır. Yeni başkentlerin seçilip imarını gerektiren siyasal ve ekonomik dönüşümler ile tarihsel koşullar sadece ülkelerin kendi iç çelişkilerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmamış; dış etkiler ve uluslararası düzeyde yaşanan ekonomik ve siyasal gelişmeler başkentlerin değiştirilmesinde önemli etkide bulunmuştur<sup>115</sup>.

Bu genel tespitten sonra Ankara'nın başkent seçilmesi ve uygulaması üzerine açıklamalara geçebiliriz. Öncelikle mekansal olarak neden Ankara başkent seçilmiştir buna değinmek gerekir. Milli mücadele dönemindeki başkent tartışmalarında ortaya koyduğumuz üzere Ankara askeri mücadelenin örgütlenmesi ve yürütülmesi bakımından fiili merkez konumuna gelmişti. Bunun temel nedeni doğu cephesinin Ekim Devrimi sonrası kapanması, oradaki kuvvetlerin Batı Anadolu'ya kaydırılması ve Ankara'nın esas savaş alanı haline gelen bölgeye yakın olmasıdır. Ayrıca İstanbul'a ve Marmara'daki diğer kentlere trenle bağlı olması da askeri planlama ve sevkiyat açısından önemli rol oynamıştı. İstanbul'un işgal altında bir başkent olması ise başlı başına bir gerekçeydi.

Ankara'nın askeri idare merkezi olması yanında siyasi ve hukuki idarenin de merkezinin burada bulunması, başkent belirlenmesi sürecini etkilemiştir. Nitekim Mustafa Kemal Paşa ve Heyet-i Temsiliye üyeleri kurucu iradeyi buraya taşımışlardı. Ankara *de facto* hükümet merkezi işlevi görüyordu. Diğer yandan Ankara'nın fiili hükümet merkezi olmasına Atatürk'e yakın bazı silah arkadaşları güvenlik sebebiyle muhalefet etmiştir. Bu nedenle sanılanın aksine Ankara kurtuluş savaşı döneminde aslında güvenli bir yer değildi. Riskli ama stratejik açıdan işlevseldi. Heyet-i Temsiliye'nin Ankara'ya taşınması ve savaşın askeri, hukuki ve siyasi idaresinin buradan yapılması gerektiğini Atatürk şu tarihi cümleler ile ifade etmiştir:

***"Dolayısıyla, usul ve kaide şudur ki, genel vaziyeti idare ve sevk mesuliyetini üstlenenler, en mühim hedefe ve en yakın tehlikeye, mümkün olduğu kadar yakın bulunur. Yeter ki, bu yaklaşma, genel vaziyeti gözden uzak bırakacak derecede olmasın! Ankara bu şartlan kendinde toplayan bir nokta idi. Her halde cephelerle iştigal edeceğiz diye Balıkesir'e, Nazilli'ye veyahut Karahisar'a gitmiyorduk. Fakat, cephelere ve İstanbul'a şimendiferle bağlı ve genel vaziyeti idare bakımından Sivas'tan asla farkı olmayan Ankara'ya gelecektik. Meclisi Mebusan'ın İstanbul'da toplanması zaruri görüldükten sonra ise, Ankara'ya gelmenin ne derece lüzumlu ve faydalı görülmesi lazım geldiğini izaha lüzum görmem. Efendiler, Heyet-i Temsiliye'nin Ankara'ya taşınmaması için sebepler ortaya konulurken, bu arada, hele "öteden beri daima her teşebbüsümüzü fena görmek ve göstermek isteyen düşmanlardan" bahsedilmiş olmasına hiçbir mana veremedim. Hakikaten, kendisinin dediği gibi, düşmanlar bizim hangi hareketimizi, hangi teşebbüsümüzü iyi görmüşlerdir veya görebilirler ki ona göre hareket edelim! Eğer, bu fikir ve görüşü doğuran: "İstanbul'da, milli emellere uygun bir Ali Rıza Paşa hükümeti vardır. Meclisi Mebusan da orada toplanarak millet ve memleketin mukadderatını denetlemeye başladıktan***

<sup>115</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 85-86.

*sonra, Heyeti Temsiliye'nin batı cepheleriyle, Meclisi Mebusan ile alaka ve münasebetine ne lüzum kalır. Bu takdirde, Heyeti Temsiliye'nin yalnız doğu vilayetlerinin teşkilatıyla iştilal eylemesi ve yetinmesi yerinde ve daha faydalı olmaz mı?" gibi bir fikir ve görüş idiyse, bir dereceye kadar düşünmeye değer görülebilir. Fakat bu takdirde de, genel vaziyeti ve hakiki ahval ve şartları görüşte ve anlayış tarzında Heyeti Temsiliye ile Kazım Karabekir Paşa arasında doldurulamayacak bir hendek olduğunu kabul etmek gerekir. Heyeti Temsiliye'nin Ankara'ya gelmesini düşmanlar fena görecektir noktasında daha çok durularak, belki ileri sürülmüş olan düşünce ve görüşün çıkış kaynağı daha iyi kavranabilirse de, bizim şimdilik buna ayıracak fazla zamanımız yoktur."<sup>116</sup>*

Atatürk'ün kurtuluş mücadelesinin idare merkezi olarak Ankara'yı tercih etmesinde, milli iradenin orada teşekkül edecek yeni kurumlar nezdinde tezahürünü sağlama arzusu da yatıyordu. Nitekim bu husus yeni kurulan devletin rejiminin belirlenmesi ve temsil organlarının mekansal konumlanışı üzerinde mutlak surette belirleyici olmuştur. Ankara'nın merkez olarak seçilmesi eski rejimden köklü bir kopuşu ifade ediyordu. Nitekim TBMM hükümetinin egemenliğini tesis etmek adına İstanbul'da bulunan belli başlı merkezi organlar 1922'de lağvedilmiştir. Zira yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin Osmanlı başkentindeki uzantısı niteliğinde olan ve eski rejimi sembolize eden kurum ve kuruluşların varlığı ikilik yaratabilirdi. Cumhuriyet rejiminin ve milli egemenliğin tesisi adına bunların tasfiye edilmesi gerekiyordu ve yeni kurumlar için en uygun idare merkezi Ankara görünüyordu.

Ankara'nın başkent seçilmesinde kurtuluş savaşındaki fiili konumu dışında etkili olan birkaç husus daha vardır. Örneğin yeni kurulan ülkenin lojistik imkân ve kabiliyetinin ülkenin merkezinden başlayarak dengeli bir şekilde genele yayılması zarureti bulunuyordu. Yüzyıllar boyunca ekonomik ve siyasal merkez İstanbul olmuştu. Üretici güçler ve zenginlik başkentte toplanmış, Anadolu'nun geneli ekonomik ve kültürel yönden geri kalmıştı. Yeni ülkenin ekonomik ve kültürel gelişiminin sağlanması için ulusal ölçekte yeniden planlama yapılması gerekiyordu. Dolayısıyla mekansal olarak Ankara'nın, bölgelerin hepsine yakınlığı ve kolay erişilebilir olması bir başka tercih sebebiydi. Bu husus Osmanlı'dan miras kalan vilayet sisteminin yeniden kurgulanmasında da etkili olmuştur. Nitekim yeni kurulan devletin sınırları içinde idari teşkilatın hiyerarşik yapılanması ve merkez ile ilişkisinde başkent coğrafi konumlanışı önemli bir işleve sahipti. Son olarak basın ve edebiyat dünyasındaki iklim bakıldığında Ankara'nın başkent seçilmesinde manevi sebeplerin de etkili olduğu söylenebilir. Zira bir yanda İstanbul'un siyasal ve toplumsal çevresine karşı duyulan güvensizlik, diğer yanda Ankara'nın milli mücadele etrafındaki kenetlenme ruhu manevi bir neden olarak Ankara'yı öne çıkarmıştır.

Lozan Antlaşması'nın 24 Temmuz 1923'te imzalanmasından sonra devletin siyasal, idari ve hukuki merkezi sorunu gündeme geldi. 9 Ekim 1923'te TBMM'ne bir kanun teklifi sunulmuş ve Ankara'nın başkent olması önerilmiştir. Önergedeki gerekçelerde; Lozan tahliye protokolünden sonra işgal altında toprak kalmadığı, ülkenin bütünlüğünün sağlandığı, Türkiye'nin idare merkezinin seçimi sırasının geldiği, Lozan'da kabul edilen hükümler (boğazlarla ilgili) nedeniyle ülkenin kuvvet kaynağını ve gelişmesini Anadolu'nun merkezinde, coğrafya ve stratejinin, iç ve dış güvenliğinin gereklerini aramak zorunda oldukları, ülkenin idare merkezi konusunda iç ve dış tereddütlere son vermek gerektiği, bu merkezin Anadolu'da ve Ankara'da olması gerekli olduğunu belirtilmişti. Kanun önergesi 10 Ekim'de Anayasa komisyonuna sevk edildi. TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler neticesinde, tasarı bir karşıt oyla TBMM'nin 27 numaralı kararı olarak 13 Ekim 1923'te onaylandı. Artık Ankara kenti "*Devletin makkarı idaresi, Ankara şehridir*" cümlesiyle fiilen olduğu gibi yasal olarak da başkent haline gelmiştir<sup>117</sup>. Ankara'nın başkent oluşundan 16 gün sonra da 29 Ekim 1923 günü, Türkiye Cumhuriyeti ilân edilmiştir. Ancak halifelik konusu dikkate alınarak 1921 Anayasası'nda Ankara'nın başkent olduğu yönünde bir değişikliğe gidilmemiştir.

<sup>116</sup> Atatürk *Nutuk*, 230-231.

<sup>117</sup> Aytepe, "Ankara'nın Merkez ve Başkent Olması", 21-22.



Ankara başkent statüsünü, “*Türkiye Devletinin resmî dili Türkçedir; makarrı Ankara şehridir*” hükmü ile ilk kez 1924 Anayasası ile kazanmıştır (md.2). 1961 (md.3) ve 1982 Anayasası’nda da (md.3) bu husus açıkça belirtilmiştir. Başkentın Ankara olduğu hükmü, anayasaların değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez maddeleri arasında yer almaktadır. Bu husus Ankara’nın idari merkez olarak başkent işlevi yanında, Cumhuriyet’in temel değerleri arasında simgesel bir anlam taşıdığı anlamına da gelmektedir.

#### **D. Türk idari teşkilatında başkent uygulaması ve Ankara’nın başkent olarak işlevleri**

##### **1. Siyasi ve diplomatik işlevi**

Kuruluş döneminde Ankara’nın başkent işlevi, ilan edildiği iç ve dış siyasi ortam dikkate alındığında iki hususa tekabül etmektedir. Birincisi uluslararası diplomasi bakımından Türkiye Devleti’nin yegane temsil yetkisinin yeni başkentteki yasama ve idare organlarında olduğudur. İkincisi ise Osmanlı başkentinde bulunan eski rejimin devamı anlamına gelen organların lağvedildiği ve egemenliğin millet adına mutlak anlamda yeni başkentteki organların tekeline alındığı hususudur. Bu anlamda kuruluşta Ankara’nın başkent işlevi, içerdeki yeni güç ilişkilerinin siyasal dağılımı ve devletin diplomatik temsili konularında ağırlık kazanmıştır.

Kurtuluş mücadelesinin idare merkezi olarak Ankara’nın tercih edilmesi, milli iradenin orada teşekkül edecek yeni kurumlar nezdinde tezahürünü sağlama amacı taşıdığı için başkent uygulamasının siyasi bir işlevi de bulunmaktadır. Yeni devletin rejiminin belirlenmesi ve temsil organlarının mekansal konumlanması başkentın sahip olduğu siyasal işlevin yansımasıdır. Ankara’nın idari merkez olması eski rejimden köklü bir kopuşu ifade ediyordu. Nitekim TBMM hükümetinin siyasal egemenliğini tesis etmek adına eski rejimin İstanbul’da bulunan belli başlı merkezi organları 1922’de lağvedilmiştir. Osmanlı başkentinde bulunan ve eski rejimi sembolize eden kurum ve kuruluşların varlığı ikilik yaratabilirdi. Cumhuriyet rejiminin ve milli egemenliğin tesisi adına bu kurumlar tümüyle tasfiye edilmiştir. Yeni kurulan devletin siyasal ve idari örgütlenmesi ise yeni idare merkezi başkent Ankara’dan şekillenmiştir.

Uluslararası hukuk düzleminde devletin temsili bakımından Ankara’nın başkent işlevini kazanması kolay olmamıştır. Başta İngiltere olmak üzere bazı devletler, başkent Ankara’ya büyükelçi atamakta direnç göstermişlerdir. Eski rejimin başkentini uzun zaman işgal eden ve yöneten İngiltere, Fransa ve İtalya karşılıklı notalar ile diplomatik temsilcilerini Ankara’ya göndermekten imtina etmişlerdir. Türkiye’deki yabancı diplomatik temsilcilikler adeta ikiye bölünmüşlerdi. Ankara’da bulunanlar ve İstanbul’da bulunanlar. Lozan Antlaşması yürürlüğe girdiği ve yeni Türkiye’nin dış ilişkileri normale dönüştüğü dönemde, İstanbul’da oturan yabancı temsilciler çoğunluktaydı<sup>118</sup>. Ancak yeni Türkiye Cumhuriyeti, Ankara’nın diplomatik başkent işlevi konusunda tavizsiz bir tutum sergilemiştir. Bu nedenle 1930 senesine gelindiğinde son olarak İngiltere ve Fransa’nın büyükelçiliklerini taşıması ile Ankara’nın diplomatik başkent olma işlevi de mutlak olarak sağlanmıştır.

##### **2. Uluslaşma işlevi**

Tarihsel süreçte Ankara’nın başkent işlevi sadece yukarıda bahsedilenlerden ibaret değildir. Ankara’nın başkent yapılması mekânsal politikalar vasıtasıyla yeni bir toplumsal ve idari yapı oluşturma işlevine de hizmet etmiştir. Yeni başkentın kurulması ve mekânsal planlaması, gerçekleştirilmek istenen toplumsal devrimlerin hayata geçirilmesi için bir araç olarak düşünülmüştür. Yeni başkent bu işlevi ile ulusal ölçekte gerçekleştirilmek istenen toplumsal ve idari reformlar bağlamında, idari teşkilat içindeki diğer kentlere örnek olmuştur. Toplumda ulus bilincinin inşası ve devletin idari teşkilatının ulus devlet modeline göre yeniden düzenlenmesinde, uygun siyasi ve ekonomik iklimin yaratılması bakımından başkent Ankara birleştirici bir role sahiptir. Uluslaşma sürecinde, yeni bir başkentın yeni ilke ve değerler

<sup>118</sup> Şimşir, “Ankara’nın Başkent Oluşu”, 210-217.

çerçevesinde imarıyla simgesel bütünleşme sağlanmak istenmiştir<sup>119</sup>. Bu bağlamda gerek toplumsal gerek idari yapıdaki değişim, ulus devletin düşünsel değerlerine göre başkent Ankara'dan başlatılan bir süreci ifade etmektedir.

### 3. İdari teşkilatlanma işlevi

Ankara'nın başkent olma işlevinin, idari teşkilat konu başlığı bakımından önemli bir yeri vardır. Zira idari teşkilata hakim ilkeler, merkezi yönetim ve yerinden yönetim gibi konular “*merkezi idare*”, “*merkez teşkilat*”, “*başkent teşkilatı*” ve “*kamu kurumları*” gibi kavramlar üzerine temellendirilmektedir<sup>120</sup>. Bu yönüyle başkent kavramı ve uygulaması günümüz idare hukuku öğretisinin ve idare hukuku alanındaki mevzuatın önemli konularından biridir<sup>121</sup>. Türk idari teşkilatının mevcut yapılanmasına baktığımızda *Devlet*<sup>122</sup> veya *Genel İdare* olarak ifade edebileceğimiz *Merkezi İdare*, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında başbakanlık ve bakanlar kurulunun *Cumhurbaşkanlığı* makamında birleştirildiği<sup>123</sup> bir yapıya kavuşmuştur<sup>124</sup>. Yürütme gücü *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine* geçiş ile yek vücut Cumhurbaşkanlığı makamında toplanmıştır. Nitekim Anayasa'nın *Yürütme yetkisi ve görevi* başlıklı 8. maddesinde bu husus, “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı (...) tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*” ifadesi ile açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda merkezi idare ya da cumhurbaşkanlığı kapsamındaki tüm idari teşkilatın mekansal olarak toplandığı ve bunların faaliyetlerinin organize edildiği yer başkent Ankara'dır. Merkezi idarenin başkent teşkilatında; *Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı*, *Bakanlıkların Merkez Teşkilatı* ve *Başkentteki Yardımcı Kuruluşlar* bulunmaktadır. Başkent teşkilatında bulunan idareler, Devlet kamu tüzel kişiliği altında tek bir tüzel kişilikte toplanmıştır<sup>125</sup>. Bazı idari birimler ise bakanlık ya da cumhurbaşkanlığına bağlı, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadan genel müdürlük, başkanlık vb. şekilde örgütlenmiştir.

Tabi burada “Başkent” kavramı fiziki bir gerçekliğin ötesinde işlevsel ve simgesel bir anlama sahiptir. İdare fonksiyonu fiziki olarak sadece ve zorunlu olarak başkent Ankara'da icra edilmemektedir. Hizmetin gereği veya gerektirdiği ölçüde bazı hizmetler başkent dışında bir merkezde de organize edilip, yönetilebilir<sup>126</sup>. Genel idare bağlamında olmasa bile istisnai bazı hizmetler, başkent dışında bir merkezden yürütülebilir. Örneğin zamanında denizcilik müsteşarlığına bağlı olarak başkentten yönetilen şehiriçi/şehirlerarası deniz yolcu taşımacılığı faaliyeti, hizmetin gerekleri dikkate alınarak 2005 yılında yerel yönetimlere devredilmiştir. Dolayısıyla yolcu vapur taşımacılığında başkent bir merkez olmaktan çıkmış, birden çok merkezde organize edilip yürütülen bir hizmete dönüşmüştür.

Başkent Ankara'da sadece merkezi idare birimleri bulunmamaktadır. Türk idare teşkilatı içinde yerinden yönetim içinde konumlanan *Bağımsız İdari Otorite* ya da *Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar* olarak ifade edilen idari birimlerin merkezleri de başkentte toplanmaktadır. 5018 sayılı *Kamu Malı Yönetimi ve Kontrol Kanunu* (III) sayılı cetvelde<sup>127</sup> gösterilen bu kuruluşların Devlet tüzel kişiliğinden

<sup>119</sup> Çınar, *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*, 105.

<sup>120</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin, 2018), 133-167.

<sup>121</sup> İdari Teşkilat konu başlıkları hakkında bkz. Bahtiyar Akyılmaz ve Diğerleri, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2023), 179-296; Ali Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2022), 153-230; Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Yay., 2018), 31-49; Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: Marifet Basımevi, 1952), 562-692.

<sup>122</sup> İdare hukuku doktrininde bazı yazarlar Merkezi İdare kavramının kullanımının Devlet kavramı yerine kullanılmasını hatalı bulmaktadır. Buna göre merkezi idare yerine “devlet idaresi” ya da doğrudan “devlet” denmesi daha yerinde bir kullanım olacaktır. Ancak Anayasa'da (md. 126) dahi yerleşik hale gelen merkezi idare kavramı kullanılmaktadır. Doğru kullanım olarak “devletin merkezi idaresi” kavramı tercih edilmemektedir. Kavramsal açıklama için bkz. Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, 34-35.

<sup>123</sup> Hüseyin Melih Çakır, “Merkezden Yönetim”, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, (İstanbul: On iki Levha, 2021), 65-67.

<sup>124</sup> Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 175.

<sup>125</sup> Akyılmaz ve diğerleri, *Türk İdare Hukuku*, 248-283.; Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*, 33-34.

<sup>126</sup> Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 178.

<sup>127</sup> Ek (III) sayılı cetvele göre bu kuruluşlar şunlardır: 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu 3) Sermaye Piyasası Kurulu 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu 6) Kamu İhale Kurumu 7) Rekabet Kurumu 8) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu 9) Kişisel Verileri Koruma Kurumu 10) Nükleer Düzenleme Kurumu 11) Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu.

ayrı ve bağımsız kamu tüzel kişiliği vardır. Bunların çoğunun başkent dışında başka bir yerde idari birimleri ise bulunmamaktadır. Bu kurumların merkezleri her ne kadar başkent Ankara'da bulunsun da merkezi idarenin başkent teşkilatının bir parçası değildirler. Bu yönüyle aslında başkent Ankara'da bulunmaları için yasal bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Nitekim son yıllarda Merkez Bankası, SPK, BDDK vb. gibi finansal kuruluşların bir çoğunun merkezinin başkentten İstanbul'a alındığı görülmektedir.

Başkent işlevi, 82 Anayasası'nın hükümleri dikkate alındığında *idarenin bütünlüğü, idari vesayet ve yetki genişliği* gibi temel ilkeleri bakımından önemi anlaşılmaktadır. 82 Anayasası'nın "*İdarenin esasları*" başlığını taşıyan 123. ve devamı maddelerine bakıldığında Başkent uygulamasının idari teşkilata hakim ilkelere yön verme işlevine sahip olduğu görülmektedir. Madde 123'e göre "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.*" Buna göre merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları, hizmetlerin kuruluş ve yerine getirilmesinde fonksiyonel bir bütünlüğe sahiptir<sup>128</sup>. Başkentte bulunan merkezi idareye, Anayasanın 127/5 fıkra hükmü ile mahalli idareler üzerinde *idari vesayet yetkisi* sağlanmıştır. Yani merkezi idarenin başkent teşkilatı, "*mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla*" istisnai nitelikteki idari vesayet yetkisi donatılmıştır. Bu nedenle başkent teşkilatı, idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasında her açıdan önemli bir işleve sahiptir. Bir idare hukuku müessesesi<sup>129</sup> olarak Devletin birliği ve hizmetlerin gereği gibi yürütülmesi için kullanılan idari vesayet yetkisi, başkent işlevinin idare hukukundaki en belirgin izdüşümü sayılabilir.

Anayasanın 126. maddesi; "*Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.*" hükmüne havidir. Bu hüküm ile başkent ve taşra teşkilatı arasında "*tevsii merkezîyet*", "*tevsii mezuniyet*" ya da "*yetki genişliği*" olarak bilinen bir başka idare ilkesi ortaya konmuştur. Böylece başkentte toplaşan merkezi bürokrasinin mahzurlarını gidermek için başkent dışındaki idarecilere (valilere), başkentteki yetkililer adına kendiliğinden karar alma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetki sınırlı ve merkezi temsil adına kullanılan bir yetkidir<sup>130</sup>. Bu anayasal ilke ile ülke genelinde merkezi idarenin etkinliği sağlanmakta ve başkentte merkezi bürokrasinin bulunduğu yer olma işlevinin sakıncaları asgariye indirilmektedir. Ülkenin idari teşkilatlanmasında başkentte idare işlevinin ülke genelinde işlerliği bu anayasal ilkede vücut bulmuştur.

#### 4. İktisadi ve sosyal kalkınma işlevi

Finansal ve iktisadi amaçlar taşıyan kuruluşların merkezlerinin başkentte bulunmasını, Cumhuriyet'in kuruluşuna hakim ilke ve hedefler kapsamında değerlendirmek gerekir. Yoksa güncel gelişmeler üzerinden bunu kavramak mümkün değildir. Cumhuriyet kurulduğunda toplumsal ve ekonomik düzene baktığımızda köylülerden mürekkep bir nüfusun (yaklaşık %82) çoğunlukta olduğunu görüyoruz. Devletin kuruluşundan sonra çıkarılan ilk kanunlardan olan (1924) *442 sayılı Köy Kanunu*'nun içeriğine ve genel amacına bakıldığında, ülke nüfusunun büyük çoğunluğu iktisadi ve kültürel açıdan müşkül durumdadır. Diğer yandan nüfusun sadece %18'i kentlerde yaşamaktadır. Bundan mütevellit iktisadi ve kültürel açıdan kalkınma plan ve hedeflerini gerçekleştirmek, başkentteki hükümet organlarının ve kurucu kadroların temel amacıydı. Ancak bu hedefleri gerçekleştirebilecek sermaye birikimine sahip özel müteşebbis yeterince bulunmuyordu. Bunun sebepleri olarak; savaşların yıkıcılığı, mübadele ve uluslaşma sürecinde kendi devletlerini kurmak için Osmanlı'dan kopan sermaye sahibi etnik unsurların varlığı sayılabilir. Bu haliyle Cumhuriyet'in siyasi, idari ve hukuki cephedeki atılımları iktisadi yönden

<sup>128</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 473-489.

<sup>129</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 473-474.

<sup>130</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 450-451.

son derece eksik kalabilirdi. Siyasi bağımsızlık, ekonomik bağımsızlık ile tamamlanmalıydı. İşte bu kapsamda 1923'te *İzmir İktisat Kongresi* ile başlayan milli iktisat ve kalkınma politikaları hayata geçirilmeye çalışılmıştır.

1923-29 yıllarında ekonomide, özel teşebbüsün desteklendiği karma ekonomik model uygulanmaya çalışılmışsa da 1929 dünya ekonomik krizi ve sermaye sınıfının zayıflığı bu politikaları sonuçsuz bırakmıştır. Bu nedenle 1930'lardan itibaren Devletçiliğin esas alındığı iktisadi politikalar hayata geçirilmiştir. 1933 yılından itibaren özel sermayenin eksikliğini gidermek adına devlet yatırımları çeşitlenerek artırılmış ve idare hukukunda *Kamu İktisadi Teşekkülleri* (KİT) olarak adlandırılan iktisadi kuruluşlar ortaya çıkmıştır<sup>131</sup>. *Devletçilik* olarak adlandırılan bu ekonomik modele göre sınıai kalkınmada öncü rol kamu iktisadi teşekküllerinde olmuştur. Devletçilik modeli kapsamında kurulan kuruluşların idare merkezleri ise bürokrasinin merkezi olan başkent Ankara'da bulunuyordu. Bu nedenle başkent Ankara'nın iktisadi ve finansal işlevlere sahip olması anlaşılır bir durumdur. KİT'ler, idari teşkilat içinde hizmet yerinden yönetim kuruluşu sayılan iktisadi kamu kurumları kategorisinin doğması ve kamu personel rejiminin şekillenmesi bakımından önemli etkide bulunmuştur. Bu yönüyle Türk idari teşkilatlanmasında merkezi yönetim ve yerinden yönetim bakımından başkent uygulamasının iktisadi ve idari işlevi son derece belirgindir. Güncel gelişmeler ışığında, başkent Ankara'nın siyasi, idari ve diplomatik işlevi korunurken, ekonomik ve finansal merkez olma işlevinin giderek ortadan kalktığı söylenebilir. Ancak 6107 sayılı *İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun*'un 1. maddesine göre yine bir finansal kuruluş sayılan İlbank'ın merkezi halen Ankara'da bulunmaktadır<sup>132</sup>. Sanırız ulusal ölçekte mahalli idarelere kamu finansmanı sağlama yönü ağır bastığı için bu bankanın merkezinin değiştirilmesi gündeme gelmemiştir.

## 5. Devletin dijitalleşmesi ve başkent işlevine etkisi

Başkent uygulamasına ve işlevine, e-devlet<sup>133</sup> olarak adlandırılan kamu hizmetlerinin dijital platformlar üzerinden yürütülmesi cephesinden bakmak da icap etmektedir. Zira teknolojik alt yapı imkanlarının gelişmesi neticesinde yaklaşık 20 senedir merkezi idare ve yerinden yönetim hizmetlerinin önemli bir kısmı dijital mecralardan yürütülmektedir. Bu bağlamda hizmet kalitesi, hizmete erişilebilirlik hızı ve kolaylığı, kırtasiyecilik, bürokratik engeller, verimlilik, yolsuzluk, şeffaflık, katılım, eşitlik vb. gibi konularda e-devlet uygulamasının idari faaliyetlerin yürütülmesine olumlu etkileri giderek hissedilmektedir<sup>134</sup>. Elbette bu durum kamu idareleri ve kurumlarının hizmet kalitesini etkilediği gibi mekânsal varlığını ya da konumlanışını da etkilemiştir. Geleneksel olarak başkentten yürütülen ya da kamu hizmetinden istifade etmek için fiziken başkente ulaşılması gereken durumlar dijital alt yapı imkanlarının yarattığı fırsatlar sayesinde oldukça azalmıştır<sup>135</sup>. Bu nedenle başkentten bazı idari kamu

<sup>131</sup> "1929 yılında başlayıp 1930'larda bütün dünyayı saran ekonomik kriz ülkemizi de etkisi altına almıştır. Dolayısıyla aynı yıllarda ekonomide Devletçilik olarak adlandırılan yeni bir yaklaşım benimsendi. Fakat bu ilke benimsenirken sanayide yine özel teşebbüsün destekleneceği, fakat içinde bulunulan durumun hassasiyetinden dolayı kalkınmada öncülüğün Kamu İktisadi Teşekküllerinde olacağı belirtilmiştir. Nitekim bu anlayış 1933 CHP programına da girmiştir." Kadir Şeker, "Türkiye'de Kamu İktisadi Teşekküllerine Bir Örnek: Keçiborlu Kükürt Fabrikası", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2/3 (Güz 2010), 92/96.

<sup>132</sup> MADDE 1 : "(1) Bu Kanun ile düzenlenen hususlar dışında, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, anonim şirket statüsünde "İller Bankası Anonim Şirketi" unvanıyla bir kalkınma ve yatırım bankası kurulmuştur. Bankanın kısaltılmış unvanı "İLBANK"tır ve merkezi Ankara'dadır..."

<sup>133</sup> E-Devlet kavramını sadece teknolojik bir alt yapının karşılığı olarak görmemek gerekir. Esasen teknoloji aracılığıyla kamu hizmetlerinin görülüş usulü çerçevesinde, kamuya ait bilgi ve hizmetlerin dijital ortama aktarılmasıyla işleyen bir kavram olarak değerlendirmek gerekir. Kavramın disiplinler arası bir boyutu olduğu için farklı yaklaşımlar ile tanımlamaları mevcuttur. İlgili tanım ve yaklaşımlar için bkz. Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, (İstanbul: XII Levha, 2010), 22-27.

<sup>134</sup> E-Devlet uygulamasının kamu hizmetleri ve görülüş usulleri üzerindeki etkileri hakkında geniş bilgi için bkz. Oğurlu, *İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, 96-133.

<sup>135</sup> Kamu hizmetlerinde geleneksel yapının öngördüğü katı kurallar, aşırı merkezîyetçilik ve hiyerarşik yapı yerine devletin toplum içindeki konumu ve etkinliğini artıran ve bürokrasiyle vatandaş arasındaki ilişkinin değiştirilmesini amaçlayan bir düzeni benimsenmiştir. Devletin dijital dönüşümü teknolojinin gelişmesi ile birlikte, bilgi ve iletişim teknolojileri kamu hizmetleri alanında daha fazla kullanılmaya başlanmıştır. Vatandaşlara daha hızlı hizmet sağlamak, hizmetlerin daha verimli

hizmetlerine erişim bakımından mekânsal konumunun bir önemi kalmamıştır. Diğer yandan idare, kamu hizmetlerini teknik alt yapının olduğu dünyanın her bir köşesine ulaştırmış, bu bağlamda devletin etki alanı mekan ve zamandan bağımsız devasa şekilde genişlemiştir. Türkiye kamu hizmetleri alanında e-devlet alt yapısı ve dönüşüm kabiliyeti bakımından dünyada oldukça ileri bir seviyededir<sup>136</sup>. Yine merkezi idarenin bilgi, belge, doküman ve verileri fiziken başkent merkezinde depolama zarureti eskisi kadar kalmamıştır. İdareye ait bigdata dijital mecralarda rahatlıkla depolanmakta, yedeklenmektedir. Belki tedbiren sadece bir kısmı başkentte fiziken saklanmaktadır.

Merkezden yürütülen kamu hizmetleri bakımından “Devletin” dijitalleşmesi, başkent mekânsal konumunu tümüyle ortadan kaldırmamıştır. Devletin e-dönüşümünü planlayan ve yürüten, 10 Temmuz 2018 tarihli ve 30474 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 525 ve devamı maddelerinde<sup>137</sup> yer verilen *Dijital Dönüşüm Ofisi*'nin<sup>138</sup> idari merkezi mekânsal olarak yine başkentte bulunmaktadır<sup>139</sup>. Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Dijital Dönüşüm Ofisi'nin faaliyet alanı dijital mecra olmasına rağmen, merkezinin başkentte bulunması başkent idari merkez olma işlevinin hiçbir zaman tümüyle ortadan kalkmayacağına dair önemli bir göstergedir. Başkent mekânsal konumlanışının, idari faaliyetlerin yürütülmesindeki payı dijital dönüşüm ile azalmışsa da, teknolojik imkanlar sayesinde devletin erişilebilirliği mekan ve zamandan bağımsız devasa şekilde genişlemiştir.

Toparlayacak olursak, başkent uygulaması ve başkent işlevleri dinamik bir özellik arz etmekte ve güncel ihtiyaçlara göre değişim gösterebilmektedir. Örneğin başkent ekonomik işlevinin azalması veya bazı idari kamu hizmetlerinin dijital dönüşüm kapsamında sanal mecra yürütülmesi bu minvalde değerlendirilebilir. Zaten kamu hizmetlerinin uyarlanma ilkesi de bunu gerektirmektedir<sup>140</sup>. Netice itibarıyla Cumhuriyetin kuruluşundaki bazı amaç ve hedeflere ulaşıldığı için Ankara'nın başkent işlevlerinden bazıları güncelliğini yitirmiş, azalmış ya da mekandan bağımsız hale gelmiştir. Fakat Anayasa'nın değiştirilemez (md. 3) maddesi başta olmak üzere idari teşkilata ilişkin hükümler dikkate alındığında başkent siyasi, diplomatik ve Devletin idare merkezi olma işlevleri mutlak surette devam etmektedir.

## Sonuç

Başkent uygulaması devletlerin egemen oldukları alanlarda bir yönetim merkezi oluşturmak adına başvurdukları geleneksel bir idari yöntemdir. Dönemsel ihtiyaçlara göre siyasi, ekonomik, diplomatik, mekansal, askeri veya idari işlevlerden bir veya birkaçı başkent uygulaması üzerinde belirleyici olmaktadır. Kamu hizmetlerinin yürütülmesine hakim uyarlanma ilkesi de bu işlevsel değişimleri desteklemektedir. Bu yönüyle başkent uygulaması ve işlevleri, dinamik bir özellik göstermektedir. Türk idari teşkilatında da başkent işlevlerindeki değişimi bu cepheden değerlendirmek, salt siyasal açıdan meseleyi okumamak gerekir.

---

ve etkin olmasını sağlamak gibi sebeplerle bu teknolojiler idari faaliyetlerde de uygulanmaktadır. Kamu idarelerinin faaliyetlerine yeni teknolojik imkanlar bu kapsamda entegre edilmektedir. S. Mustafa Önen, Nilgün Kahraman, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijitalleşme Üzerine Bir Değerlendirme”, *Uluslararası Akademik Birikim Dergisi*, 5/5, (2022), 424-432.

<sup>136</sup> Oğurlu, *İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, 72-73; Volkan Göçoğlu, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelerin İnterneti Üzerine Bir İnceleme”, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 9/1, (2020), 216-225.

<sup>137</sup> Madde 525: (1) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bu kısmında; verilen görevleri yerine getirmek üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi kurulmuştur.

(2) Ofislerin merkezi Ankara'dadır. Ofisler gerekli görmesi halinde yurtiçinde ve yurtdışında çalışma bürosu açabilir.

<sup>138</sup> Gül Üstün, “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri”, *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, Mart 2019), 29-35.

<sup>139</sup> İlgili kurum idare merkezi “T.C. Cumhurbaşkanlığı Çankaya Yerleşkesi Ziaur Rahman Cad. 06550 Çankaya, Ankara, Türkiye” adresinde kaimdir.

<sup>140</sup> Melikşah Yasin, “İdarenin Faaliyetleri”, *İdare Hukuku*, ed. Turan Yıldırım, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021), 559-560.

Cumhuriyetin kuruluşundaki bazı amaç ve hedefler önceliğini yitirdiği ya da gerçekleştiği için Ankara'nın Türk idari teşkilatındaki başkent işlevleri zamanla farklılaşmıştır. Bununla beraber Anayasa'nın değiştirilemez (md. 3) maddesi dikkate alındığında başkent Ankara'nın sahip olduğu bazı değişmeyen işlevleri olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre Ankara'nın, Devlet'in siyasi ve diplomatik merkezi olma işlevi mutlak ve tartışmasız bir konumdadır. Yine Anayasa'nın idari teşkilata ilişkin hükümleri dikkate alındığında ise başkent, Devlet'in idare merkezi olma işlevini halen devam ettirdiği görülmektedir.

Başkent idaresi salt mekânsal bir konumlanışı ifade etmez. Yönetim ilkelerinin belirlenmesi ve uygulanması, idari faaliyetlerin organizasyonu ve yürütülmesi bağlamında konuya yaklaşmak daha doğru olur. Zira idare fonksiyonu fiziki olarak sadece ve zorunlu olarak başkent Ankara'da yürütülmemektedir. Hizmetin gereği veya gerektirdiği ölçüde bazı faaliyetler, güncel gelişmeler ışığında başkent dışında bir merkezde de organize edilip, yürütülebilir. Başkent mekansal konumunun merkez olarak mutlaklaştırılması, kuruluştan beri orada bulunan askeri ve idari bürokrasinin özerk ve belirleyici karakterinin bir yansımasıdır. Nitekim merkezîyetçi uygulamaların kaçınılmaz neticesi başkentte toplanmış ve bürokrasi/devlet-parti özdeşleşmesini sağlayan<sup>141</sup>, askeri ve idari bürokrasi sınıfının doğmasıdır. Başkent işlevi uzun bir süre başkentteki bu güç dağılımının etkisi altında şekillenmiştir. Siyasi karar alıcıların başkentteki bu güç ilişkilerini yapısal olarak değiştirmesi ise başkent Ankara'nın bazı işlevlerini tartışmaya açmış, hatta değişime uğratmıştır.

Genel idare bağlamında tümüyle olmasa bile bazı kamu hizmetlerini, başkent dışında bir merkezden yürütmek mümkündür. Başkent işlevlerinin tarihsel süreçte geçirdiği değişim, bu tespitimizi desteklemektedir. Bu itibarla başkent uygulamasına, salt geleneksel kamu hizmeti yaklaşımından ziyade güncel ekonomik ve teknolojik gelişmelerin idari faaliyetlere etkilerini dikkate alan bir noktadan yaklaşmak gerekmektedir. Devletin dijital dönüşümünün başkent işlevi üzerindeki etkilerini ya da Ankara'nın ekonomik başkent işlevini yitirmesini muhafazakar karşılamamak gerekir. Merkez bankasının ya da başlıca ekonomik kurumların merkezinin İstanbul'a taşınması, güncel politik tartışmalardan uzak, kamu hizmetlerinin verimliliği ve ekonomik işlev kapsamında ele alınmalıdır. İdari anlamda reforma ve ekonomik anlamda kalkınmaya ihtiyacı olan Türkiye'nin, meseleleri bu hassasiyetle ele alması ekonomik, demokratik ve hukuki gelişimin önünü açacaktır.

<sup>141</sup> Hüseyin Yayman, *Türkiye'nin İdari Reform Tarihi*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 71-72.

## Kaynakça

- Akalın, Şükrü Halûk vd. *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, 2005.
- Akdemir, Erhan. “Avrupa Ortak Kültür ve Sanat Mirasının Korunmasında Avrupa Birliği'nin Çalışmaları: Avrupa Kültür Başkenti Programı Özelinde Bir İnceleme”, *Sanat ve Tasarım Dergisi* 7(2), (Aralık 2017), 176-194.
- Akyılmaz, Bahtiyar vd. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin, 17. Baskı, 2023.
- Apaydın, Bahadır. “Tarih ve Hukuk Bağlamında İmparatorluklar Başkenti İstanbul”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007/2, (Temmuz 2007), 185-196.
- Apaydın, Bahadır. “1921 Anayasası Döneminde İdari Yargı: Osmanlı'dan Cumhuriyet Dönemine Bir İdari Yargı Mirası Kalmış mıdır?” *TBMM 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu Tam metin bildiri kitabı (21-23 Ocak 2021)*, Editörler: Ömer Anayurt/Yusuf Tekin, Ankara: TBMM Basımevi, 2022, 669-702.
- Atatürk, Mustafa Kemal. *Nutuk*. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, 2002.
- Aytepe, Oğuz. “Ankara'nın Merkez ve Başkent Olması”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi* 33/34, (Mayıs-Kasım 2004), 15-22.
- Benevolo, Leonardo. *Avrupa Tarihinde Kentler*. Çev. Nur Nirven, İstanbul: Afa Yay., 1995.
- Berman, Harold J. *Law and Revolution*. USA: Harvard University Press, Tenth Printing, 1999.
- Bloch, Marc. *Feodal Toplum*. Çev. Mehmet Ali Kılıçbay. İstanbul: Doğu Batı, 4 Baskı, 2008.
- Burmov, Aleksandır. “Türkler Edirne'yi Ne Vakit Aldılar”, *Bellekten*, 13 (49), 1949, 97 – 106.
- (COE), Council of Europe. “Headquarters and offices”. Erişim 19 Aralık 2023. <https://www.coe.int/tr/web/about-us/headquarters-and-offices>
- (CURIA), Court of Justice of the European Union. “General Presentation”. Erişim 19 Aralık 2023. [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_6999/en/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/en/)
- Çağdaş, Tülin. “Federal ve Üniter Devletlerin Yerinden Yönetim Birimlerinin Benzerlik ve Farklılıkları Açısından İncelenmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6 (1), Bahar 2019, s. 161-179.
- Çakır, Hüseyin Melih. “Merkezden Yönetim”. *İdare Hukuku*. ed. Turan Yıldırım, İstanbul: Oniki Levha, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, 2021.
- Çınar, Tayfun. *Dünyada ve Türkiye'de Başkentlik Sorunu*. Ankara: Mülkiyeliler Vakfı Yayınları, 2004.
- Demircioğlu, Halil. *Roma Tarihi*. Cilt 1, Ankara: TTK, 4. Baskı, 1998.

- (EC), European Commission. "Locations". Erişim 19 Aralık 2023. [https://commission.europa.eu/about-european-commission/organisational-structure/locations\\_en](https://commission.europa.eu/about-european-commission/organisational-structure/locations_en)
- (ECHR), European Court of Human Rights "Information Documents". Erişim 19 Aralık 2023. <https://www.echr.coe.int/information-documents>
- (EP), European Parliament. "Presentation and Responsibilities". Erişim 19 Aralık 2023. <https://www.europarl.europa.eu/delegations/en/about/introduction>
- Engels, Friedrich- Marx, Karl. *Doğu Sorunu (Türkiye)*, Çev. Yurdakul Fincancı, Ankara: Sol Yayınları, 2. Baskı, 2020.
- Gottmann, Jean. "The Study of Former Capitals". *Ekistics*, Vol.52, No: 314/315, (SEPT/OCT. - NOV./DEC. 1985), 541-546.
- Göçoğlu, Volkan. "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijital Dönüşüm: Nesnelere İnterneti Üzerine Bir İnceleme", *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi* 9/1, (2020), 216-225.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Kitabevi, 2. Baskı, 2020.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin, 2. Baskı, 2018.
- Gözler, Kemal. *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin, 1. Baskı, 2018.
- Güvenç, Bozkurt. *İnsan ve Kültür*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 5. Baskı, 1999.
- Hornby, A.S. *Oxford Advanced Learner's Dictionary*. New York: Oxford University Press, Seventh Edition, 2005.
- İnalçık, Halil. *Osmanlı İmparatorluğu: Klasik Çağ*. İstanbul: YKY, 20. Baskı, 2018.
- Kramer, Samuel Noah. *Tarih Sümer'de Başlar*. Çev. Hamide Koyukan, İstanbul: Kabalcı Yay., 1. Baskı, 1999.
- Kınal, Füzulan. "Eski Önasya Medeniyetinde 'Halk Meclisleri'", *Belleten* 26/104, (Ekim 1962), 635- 647.
- Kritovulos, *İstanbul'un Fethi*, Çev. Karolidi, İstanbul: Kaknüs Yay, 2005.
- (KTB) Kültür ve Turizm Bakanlığı, "Edirne Yeni Saray Alanı Ören Yeri Oluyor", Erişim 25 Mart 2024. <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-120426/edirne-yeni-saray-alani-oren-yeri-oluyor>.
- Morgan, Lewis Henry. *Eski Toplum*. Çev. Ünsal Oskay, Cilt 2, İstanbul: Payel, 1998.
- Oğurlu, Yücel. *İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*. İstanbul: XII Levha, 1. Baskı, 2010.
- Okandan, Recai Galip. *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul: İÜHF, 1952.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul: Marifet Basımevi, 1952.
- Ortaylı, İlber. *Osmanlı'yı Yeniden Keşfetmek*. İstanbul: Timaş, 6. Baskı, 2006.



- Ortaylı, İlber. *Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi*. İstanbul: Kronik, 2. Baskı, 2021.
- Ortaylı, İlber. *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri*. Ankara: TTK, 2000.
- Ostrovityafi, K.V. vd. *Politik Ekonomi Ders Kitabı*, Cilt 1, Çev. İsmail Yarkın, İstanbul: İnter Yay., 1999.
- Önen, S. Mustafa- Kahraman Nilgün. "Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Dijitalleşme Üzerine Bir Değerlendirme", *Uluslararası Akademik Birikim Dergisi* 5/5, (2022), 424-432.
- Özdemir, Mehmet. "İstanbul'un İşgalini Takip Eden Dönemde Türk Milletinin Egemenlik Haklarını Ele Almasına Yönelik Çalışmalar". *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* XVI/46, (Mart 2000), 89-116.
- Parkinson, Northcote. *Siyasal Düşüncenin Evrimi*. Çev. Mehmet Harmancı, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1984.
- Russell, Bertrand. *Batı Felsefesi Tarihi (İlk Çağ)*, Çev. Muammer Sencer, İstanbul: Say Yay., 2000.
- Sami, Şemsettin. *Kamus-u Türki*. Dersaadet: İkdam Matbaası, 1317.
- Seidler, G.L. *Bizans Siyasal Düşüncesi*. Çev. Mete Tuncay, İstanbul: Göçebe, 1997.
- Şeker, Kadir. "Türkiye'de Kamu İktisadi Teşekküllerine Bir Örnek: Keçiözümlü Kükürt Fabrikası", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2/3 (Güz 2010), 93-102.
- Şimşir, Bilal. "Ankara'nın Başkent Oluşu". *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 7/20, (Mart 1991), 189-222.
- Tanilli, Server. *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*. Cilt 1, İstanbul: Adam Yayınları, 3. Baskı, 1999.
- TBMM Zabıt Ceridesi*. Devre I, İçtima 1, cilt 8, Ankara: TBMM mtb., 1959.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 13. Baskı, 2008.
- Ulusoy, Ali. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin, 3. Baskı, 2022
- Umur, Ziya. *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul: Beta, 1. Baskı, 1993.
- Urbarlı, Koray Doğan. "Ankara'da hakimler var! Asıl sen unutma! Berlin'de hakimler var", *Politik Yol* Erişim 02 Kasım 2022. <https://www.politikyol.com/ankarada-hakimler-var-asil-sen-unutma-berlinde-hakimler-var/>
- Üstün, Gül. "Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri", *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, (Mart 2019), 29-35.
- Yasin, Melikşah. "İdarenin Faaliyetleri". ed. Turan Yıldırım. *İdare Hukuku*. 527-607. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, Güncelleştirilmiş 9. Baskı, 2021.
- Yayman, Hüseyin. *Türkiye'nin İdari Reform Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Karşılıklılık İlkesinin Kaldırılmasının Anayasaya Aykırılığı

*The Unconstitutionality the Abolition of the Principle of Reciprocity in the Acquisition of Immovable Property by Foreigners*

Feyzan Olgunsoy 

Dr. Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü, Ankara, Türkiye, feyzanolgunsoy@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 18.01.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 26.06.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online: 17.07.2024

**Öz:** Bu çalışmada Türkiye’de yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesini kaldıran yasa değişikliğine yönelik iptal talebini reddeden Anayasa Mahkemesinin kararındaki argümantasyonun eristik bir diyalektikle yazıldığı ileri sürülmektedir. Bir diğer ifadeyle kararın gerekçesinde mantık hatası (safsata) olduğu için, kararın ulaştığı sonucu gösteren hükmün de hatalı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu safsatayı kanıtlayabilmek için kararın gerekçesindeki argümanlar üzerinden bir inceleme yapılmıştır. 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında yer alan “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” olma ifadesinin uluslararası eşitlik ilkesi anlamına geldiği ve karşılıklılık ilkesinin uluslararası eşitliğin zorunlu bir sonucu olduğu tespitlerine yer verilmiştir. Karşılıklılık ilkesinin hukuki bir kavram mı yoksa uluslararası hukukun genel bir ilkesi mi olduğu hususu halen tartışmalı olmakla birlikte, insan hakları hukuku açısından bu ilkenin hala önemini koruduğu değerlendirilmektedir. Karşılıklılık ilkesinin uygulanması konusunda devletin anayasal görevleri, siyasi iktidarın takdir hakkının kapsamını belirlemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Karşılıklılık, Mütakabiliyet, Eristik Diyalektik, Yabancıların Taşınmaz Edinimi, Başlangıç, Anayasa Mahkemesi

**Abstract:** The study articulates that the argumentation of the Turkish Constitutional Court regarding the rejection of the request for annulment of the law amendment abolishing the principle of reciprocity in the acquisition of immovable property by foreigners in Türkiye is an example of eristic dialectic. In other words, since there is fallacy in the justification of the decision, the conclusion reached by the Turkish Constitutional Court was also erroneous. In order to prove this fallacy, an analysis must be made based on arguments in the justification of the decision. ‘Being an honorable member of the world’s family of nations with equal rights’, a statement in the Preamble of the Constitution, means the principle of international equality. The principle of reciprocity is a necessary consequence of international equality. Although it is still controversial whether the principle of reciprocity is a legal concept or a general principle of international law, this principle still maintains its importance in terms of human rights law. The constitutional duties of the state regarding the implementation of the principle of reciprocity determine the scope of the political power’s discretion.

**Keywords:** Reciprocity, Eristic Dialectic, The Acquisition of Immovable Property by Foreigners, Preamble, Constitutional Court

### Extended Abstract

The Republic of Türkiye is described as “an honorable member of the family of nations of the world with equal rights” in the preamble of Turkish Constitution. In the “Treaty on Residence and Jurisdiction” annexed to the Lausanne Peace Treaty dated on July 24, 1923, the 100th anniversary of which we are celebrating, the acquisition of immovable property by foreigners was subject to the principle of reciprocity. The principle of reciprocity is “a principle that applies between at least two states and expresses the mutual recognition of the same type of rights of the same nature to each other’s citizens in their countries.” In 2013, the Turkish Constitutional Court (TCC) changed its position on the

unconstitutionality of the abolition of the principle of reciprocity for foreigners' acquisition of rights to immovable property in Türkiye. Following the jurisprudence by the TCC, the acquisition of immovable property by foreigners in Türkiye increased rapidly.

The study asserts that the argumentation in the aforementioned decision of the TCC was written as an eristic dialectic example. In other words, since there is a logical error (sophistry) in the reasoning of the TCC, the conclusion reached by the decision is also erroneous. On a ground where there is no certainty in both natural sciences and legal science, it may be possible to accept the truth only to the extent that it remains consistent as the proposition put forward is tested. In the study, the assumption in the aforementioned decision will be tested objectively and the inconsistency in the decision will be shown. For this purpose, it is argued that the principle of reciprocity is an element of the principle of equality and the abolition of this principle is unconstitutional by analyzing the following four arguments in the reasoning of the decision.

The first argument of the TCC is the statement that the opinions and principles in the preamble cannot be applied as an independent norm in the constitutionality review due to their abstract nature. In fact, the rule in Article 176 of the Constitution, which states that the preamble shall be applied as a reference norm in the constitutionality review, exists as a proof. Therefore, the error in the reasoning of the TCC here is 'assuming the evidence'. In order to prove this error of reasoning, first of all, the statement in TCC's proposition that 'abstract constitutional provisions in the preamble of the constitution cannot be applied in the constitutionality review' will be emphasized. Subsequently, an analysis of the responsive opinions to the question 'what is the legal value of the preamble' will be provided.

The TCC's second argument is that the principle of reciprocity cannot be inferred from the phrase "an honorable member of the family of nations of the world with equal rights" in the preamble. The principle of reciprocity is a means of implementing the principle of the sovereign equality of states recognized in the Constitution. In this context, even if it is accepted that the principle of reciprocity by itself is not a general principle of law, there is no evidence or finding to the contrary that the principle of reciprocity is inherent in the principle of equality. It can be said that the principle of reciprocity is necessary but not sufficient to ensure equality. Therefore, the abolition of the reciprocity principle constitutes a violation of the constitutional principle of the sovereign equality of states.

The TCC's third argument is that the principle of reciprocity is not explicitly or implicitly stated in any article of the Constitution. It is not correct. The right to petition, as regulated in Article 74 of the Constitution, is granted to citizens and "foreigners residing in Türkiye on the basis of reciprocity". Therefore, the principle of reciprocity is clearly embodied in Article 74 of the 1982 Constitution.

The TCC's fourth argument is the statement that "from the perspective of human rights law, it cannot be said that the principle of reciprocity is a principle that must be applied in all cases". Nowadays, playing the human rights card in decision-making processes is persuasive and even debate-ending. The TCC's use of the concept of human rights in the context of the abolition of the reciprocity principle also aims to avoid the arrows of criticism. Today, when an argument based on the doctrine of human rights is put forward, it is almost impossible to challenge it. On the other hand, the claim that the principle of reciprocity is not mandatory in human rights law loses its validity when examined closely. At the normative level, human rights treaties also impose reciprocal rights and obligations on state parties. However, unlike other treaties, states do not receive any material benefit in the fulfillment of these rights and obligations. While treaties regulating inter-state relations require that treaty obligations be accepted and implemented as a sine qua non condition for states parties to benefit from the benefits arising from the fulfillment of their obligations, the standards stipulated by human rights treaties can also be realized unilaterally. Despite the unilateral realizability, the fact that states undertake such human rights obligations in the form of treaties can be explained by the interest of each contracting party that the other parties take steps to accept the same obligations. In terms of human rights doctrine, the acquisition of rights on real estate by foreigners without applying the principle of

reciprocity results in consequences contrary to the principles of equality and proportionality between Turkish citizens and foreigners in the Constitution.

## Giriş

1982 Anayasasının Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti Devleti “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi*” olarak nitelendirilmiştir. Devletlerin egemen eşitliği anlamındaki bu nitelemenin uluslararası hukukta temeli olan ve 100. yıldönümünü kutladığımız 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması’na ekli ve yedi yıl yürürlükte kalacağı öngörülen İkamet Ve Salahiyeti Adliyyeye Dair Mukavelename’de yabancıların ülkenin bir unsurunu oluşturan toprak üzerinde taşınmaz edinmeleri karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesine bağlanmıştır.<sup>1</sup> Karşılıklılık ilkesi: “*en az iki devlet arasında uygulanan ve birbirlerinin vatandaşlarına ülkeleri üzerinde aynı türde, aynı nitelikteki hakları karşılıklı olarak tanımalarını ifade eden bir esastır.*”<sup>2</sup> 1924 tarihli Köy Kanunu ile 1934 tarihli Tapu Kanunu’nda da karşılıklılık ilkesine yer verilmişti. Karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasına ilk olarak 1983’te Özal hükümeti zamanında döviz sıkıntısını aşmak amacıyla girilmiştir.<sup>3</sup> 2012 yılına kadar olan dönemde ise Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından başta karşılıklılık ilkesinin kaldırılması olmak üzere Tapu Kanunu’nda çeşitli yasal değişiklikler yapılmış ve bu değişikliklerden bazıları Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından iptal edilmiş ve bu iki kurum arasında adeta masa tenisini andıran bir süreç yaşanmıştır.<sup>4</sup> AYM, yabancıların Türkiye’de taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasının anayasaya aykırılığı yönünde uzun yıllar benimsediği tutumunu 2013 yılında değiştirmiştir.<sup>5</sup>

2013’teki anılan içtihat değişikliğine kadar, bir yabancınnın Türkiye’de taşınmaz<sup>6</sup> edinebilmesinin koşulu, o yabancınnın vatandaşı olduğu ülkenin de Türk vatandaşlarının taşınmaz iktisabını aynı esaslarla tanımalarına bağlıydı. AYM’nin bu içtihat değişikliği sonrasında yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimleri hızla yükselmiştir.<sup>7</sup> Yabancıların ülkede taşınmaz edinimi yabancı sermayenin ülkeye gelerek sanayiye kalkındırması, paranın ülke içinde kalması, yabancıların sosyal hayatta yerlilerle kaynaşması, işlenmemiş arazilerin kullanılmaya başlaması gibi olumlu sonuçlar doğurabilir.<sup>8</sup> Buna karşın, işletilen araziden elde edilen kazançların ulusal pazarın yararına kullanılmadığı, sözgelimi uluslararası tekel şirketlerin tarım arazilerini GDO’lu tohumlar üreten, bunları pestisit pazarına çeviren

<sup>1</sup> İkamet ve Salahiyeti Adliyyeye Dair Mukavelename (İVSADM), Resmî Gazete 22 (10 Eylül 1923) Kanun No. 341, md. 1, 20.

<sup>2</sup> Aysel Çelikel – Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 64.; Yazarsız Yazarsız, “Yabancıların Türkiye’de Gayrimenkul İktisabı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 5/2, (1985), 125.; Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 1986/24 (9 Ekim 1986); Yargıtay, Tapu Kanunu’nun 35. maddesinde o dönem yer alan karşılıklılık ilkesinin uygulama şartlarını, yabancı bir devletin kendi ülkesinde Türk vatandaşlarına tanıdığı taşınmaz edinimi hakkının sınırları kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Sibel Özel, “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinimleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 17/1-2, (1997), 310.

<sup>3</sup> Nuray Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı* (İstanbul: Beta, 2012), 24.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 1985/7 (13 Haziran 1985); AYM, K.1986/24.; Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2005/14 (14 Mart 2005); Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2007/48 (11 Nisan 2007). Bu son kararda yabancı tüzel kişilerin yabancı gerçek kişilerden farklı olarak karşılıklılık esasına dayanmadan Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak edinmeleri Anayasa’ya uygun bulunmuştur. Bu karara katılmayan üyelerden Kantarcıoğlu’na göre, yabancı tüzel kişilerin anılan hak edinimlerinde taşınmazların toplam yüzölçümü bakımından bir üst sınır öngörülmemesi ve karşılıklılık koşulunun aranmaması Anayasasının 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır. 1983 ve 2012 yılları arasında yabancıların taşınmaz edinimleriyle ilgili Tapu Kanunu’nda yapılan değişiklikler ve AYM’nin bu değişiklikler hakkındaki iptal kararları üzerine detaylı bir inceleme için bkz. Ekşi, *Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı*, 19-53.; Yabancı gerçek kişilerin Türkiye’deki gayrimenkuller üzerinde miras hakkından yararlanabilmeleri için aranan karşılıklılık koşulu ise 2005 tarihli ve 5444 sayılı Kanunla (R.G. 07.01.2006-26046) zaten kaldırılmıştı.

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 2013/88 (10 Temmuz 2013).

<sup>6</sup> Medeni Kanun’un 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.

<sup>7</sup> TÜİK verilerine göre 2023 Ocak-Temmuz aylarında yapılan 675327 toplam konut satışından 22076 adedi yabancılar yapılmıştır. 2022 yılında yapılan toplam 1485622 konut satışından 67490 adedi yabancılar satılmıştır. 2013-2023 yılları arasında yabancılar yapılan konut satışları hakkındaki bilgi için Bkz. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), *Yabancılar Yapılan Konut Satış Sayıları, 2013-2023* (Ekim, 2023).

<sup>8</sup> Yılmaz Altuğ, *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976), 7.

ve gıda sağlığını olumsuz etkileyen faaliyetleri gözlemlenmiştir.<sup>9</sup> Keza sınır, liman ya da sanayi bölgeleri gibi stratejik alanlarda taşınmaz edinen yabancıların bazılarının casusluk yapma ihtimali olduğu gibi, yabancıların yerleştikleri yerde yerlilerle kaynaşmaktan ziyade kendi içlerinde kapalı, mahalli nüfuzu bulunan yapılar kurarak devletin egemenlik yetkilerini zayıflatma olasılığı da doğabilir.<sup>10</sup> Türkiye’de yabancıların karşılıklılık ilkesine tabi olmadan taşınmaz üzerinde hak sahipliği edinmeleri Türk Lirası ile geçinimini sağlayan emekçilerin konut edinme hakkı gibi sorunlarının yanı sıra, siyaset, ekonomi ve sosyoloji gibi çeşitli bilim alanları bağlamında incelenmesi gereken pek çok soruna neden olmuştur.<sup>11</sup>

Bu çalışmayı ilgilendiren hukuki sorun ise AYM’nin karşılıklılık ilkesini kaldıran içtihadındaki argümantasyonun eristik bir diyalektikle yazıldığı iddiasıdır.<sup>12</sup> Bir diğer ifadeyle AYM’nin kararının gerekçesinde mantık hatası (safsata) olduğu için, kararın ulaştığı sonucu gösteren hükmün de hatalı olduğu değerlendirilmektedir. Gerek doğa bilimlerinde gerek hukuk biliminde kesinliğin olmadığı bir zeminde, hakikate ulaşmak, doğruyu bulmak ancak ileri sürülen tasım sınıdığında onun tutarlı olduğu kanıtlanabildiği ölçüde belki mümkün olabilir.<sup>13</sup> Bu çalışmada da anılan içtihadındaki tasım nesnel biçimde sınınanarak, karardaki tutarsızlık gösterilecektir.

## I. Başlangıç’taki Görüş ve İlkelerin Soyut Niteliği Gereği Bağımsız Ölçü Norm Olamayacağı Argümanı

AYM’nin karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasını onaylayan kararındaki birinci argüman “*Başlangıçta ifadesini bulan görüş ve ilkelerin, soyut nitelikleri gereği bağımsız birer hüküm olarak uygulanmalarından ziyade, Anayasa’nın maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında dikkate alınmaları gerektiği açıktır.*” ifadesidir. AYM Başlangıç kısmıyla karşılıklılık ilkesi arasındaki bağlantıyı gerekçelendirmemiş olsa da aradaki kavramsal ilişkinin AYM’nin önceki kararlarından kaynaklandığı varsayılabilir. Zira AYM, yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin kaldırılmasını öngören yasa değişikliklerini iptal eden önceki kararlarında, Başlangıç’ta yer alan “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olma*” ile “*Hiçbir düşünce ve mülahazanın<sup>14</sup> Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği*” ibarelerini açıkça dayanak göstermişti.<sup>15</sup>

Şu hâlde AYM’nin birinci argümanına göre, soyut niteliği gereği Başlangıç’taki görüş ve ilkeler anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız bir ölçü norm olarak uygulanamaz ve fakat diğer anayasal maddelerin yorumlanmasında destek ölçü norm olarak kullanılabilir. AYM’nin buradaki yanılması bir eristik diyalektik örneği olarak ‘kanıtı varsayma’dır.<sup>16</sup> Bu mantık hatasında ileri sürülen öncüller varılan tasımla alakasızdır, çünkü öncülün doğruluğu kanıtın olmamasından bağımsızdır.<sup>17</sup> Öncülü ileri süren kişi kanıtlanması gereken şeyi gizli bir biçimde varsaymaktadır.<sup>18</sup> AYM’nin ‘soyut nitelikli anayasal kuralların anayasaya uygunluk denetiminde kullanılabilmesine ilişkin bir kural (kanıt)

<sup>9</sup> Tolga Şirin, *Anayasa’dan Çıkış* (İstanbul: İmge, 2023), 209-210.

<sup>10</sup> Altuğ, *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*, 7.

<sup>11</sup> Toygun Atasoy, *Türkiye’de Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Ediniminin Sınırlandırılması: Antalya İli Alanya İlçesi Örneği* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015).; Ceren Ünlü Öztürk - Zeynep Yılmaz Bayram, “Yabancı Coğrafyada Konut Talebinin Sosyal Ve Ekonomik Etkileri: Trabzon Örneği”, *Cografya Dergisi* 42 (2021), 81-194.; Altuğ, *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*, 6.; Şirin, *Anayasa’dan Çıkış*, 209-210.

<sup>12</sup> Eristik diyalektik, hakikate, doğruya ulaşmayı değil de haklı çıkmayı amaçlayan bir tartışma sanatıdır. Bu çalışmaya da ilham olan kaynak için Bkz. Arthur Schopenhauer, *Eristik Diyalektik Haklı Çıkma Sanatı*, çev. Ülkü Hıncal (İstanbul: Sel Yayıncılık, 2012), 5.

<sup>13</sup> Oktay Uygun, “Oktay Uygun’un Konuşması”, *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum Ve Norm Somutlaşması*, Ed. Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2014) 311-314.

<sup>14</sup> 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile “düşünce ve mülahazanın” ifadesi “faaliyet” ibaresiyle değiştirilmiştir. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazete 24556 (17 Ekim 2001), Kanun No. 4709, md.1.

<sup>15</sup> AYM, K. 1985/7.; AYM, K. 1986/24.

<sup>16</sup> Schopenhauer, *Eristik Diyalektik*, 29.

<sup>17</sup> Giovanni Tuzet, “On the Absence of Evidence”, *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, ed. Thomas Bustamante - Christian Dahlman, (Switzerland: Springer, 2015), 38.

<sup>18</sup> Schopenhauer, *Eristik Diyalektik*, 29.

bulunmamaktadır, o halde uygulanmamalıdır' şeklindeki tasımı cehalet argümanıdır (*argumentum ad ignorantiam*). Zira aslında Anayasa'nın 176. maddesindeki Başlangıç kısmına anayasallık denetiminde referans norm olarak başvurulacağı yönündeki normatif kural, bir kanıt olarak vardır. AYM öncelikle dikkate alması gereken 176. maddedeki bu kanıtı uygulamamıştır. Bunun yerine kuralın yokluğuna dayalı kanıtı varsayma yolu izlemiştir. Bu mantık hatasını kanıtlayabilmek için öncelikle AYM'nin 'Anayasanın Başlangıç kısmındaki soyut nitelikli anayasal hükümler anayasaya uygunluk denetiminde doğrudan uygulanamaz' önermesindeki ifade üzerinde durulacaktır. Akabinde de 'Başlangıç kısmının hukuki değeri nedir' sorusuna yönelik cevabi görüşlerin bir analizine yer verilecektir.

#### A. 'Soyut nitelikli anayasal hükümler anayasaya uygunluk denetiminde uygulanamaz' argümanı

Bir yasama işlemi olan kanun maddi anlamda tanımlanırken, öncelikle onun kural-işlem yönü vurgulanır ve taşınması gereken belirli vasıflar üzerinde durulur.<sup>19</sup> Kanun; genel, kişilik-dışı, objektif, soyut ve bir kez kullanılmakla tükenmeyen nitelikteki normlar olarak tanımlanır.<sup>20</sup> Aslında bu nitelikler birbirinden tümüyle bağımsız ve ayrı değildir. Genellik ve soyutluk kavramları birbiriyle ilintilidir ve anlamı pekiştirmek için ardıl biçimde kullanılmaktadır.<sup>21</sup> Kanunun genelliği hem AYM kararlarında hem de doktrinde daha ziyade eşitlik ilkesinin bir garantisi olarak görülmekteyken, soyutluk, kanunun belirli bir kişiyi hukuki bir statüye sokan ya da belirli bir olaya hukuki bir sonuç bağlayan bir dille kaleme alınmamasını anlatır. Kanun düzenlediği konu itibarıyla ilgili olması muhtemel kişi ve olayların tümüne uygulanabilir bir dil içermelidir.<sup>22</sup> Duguit iktidarın keyfi ve şahsi kararlarına karşı "*kanunun genelliğinin ve soyut karakterinin en etkili bir koruyucu olacağına inanıldığı*" ifade etmektedir.<sup>23</sup> Bu anlamda soyutluk, hukuki öngörülebilirliğin ve dolayısıyla hukuki güvenliğin sağlanmasında bir anahtar vazifesi görmektedir.<sup>24</sup> Tabii, burada kanunların genelliği ilkesine uymayan vasıftaki belirli bir duruma, kişiye ve olaya özgü kanunların AYM tarafından sırf bu sebeple iptal edilmediğini de vurgulamak gerekir.<sup>25</sup> Kanunların genelliği ilkesi, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde kendisine dayanılan bir güvence teşkil edebilir, ancak uygulanması mutlak değildir.<sup>26</sup> Esasen kendisi de bir kanun olan ve normlar hiyerarşisinde kanunların ve diğer tüm normların üstünde yer alan Anayasa'nın içerdiği kurallar da genel ve soyut niteliktedir.<sup>27</sup> Dolayısıyla normatif açıdan olması gereken zaten Anayasa kurallarının soyut olması ve belirli bir kişiye, olaya veya duruma özgü kurallar getirmemesidir. Sözgelimi Cumhurbaşkanlığı makamını Anayasa'da öngörülen görev süresi boyunca temsil edecek yalnızca bir kişi olmasına rağmen, bu makamın statüsü, görev ve yetkileri, sorumluluğu gibi hususlar soyut bir dille kaleme alınmış ve Cumhurbaşkanı olarak seçilen ya da seçilecek muhtemel kişi için önceden öngörülebilir bir dille düzenlenmiştir. Fazla bir niyet okumayla, AYM'nin 'soyut' ifadesiyle 'anlamı belirsiz' demeyi kast ettiği ileri sürülebilir. Öte yandan ne söz konusu kararda ne de kararın satır aralarında AYM'nin bunu ifade ettiğine dair gerekçe bulunmamaktadır. Üstelik normun 'soyut' nitelikte olması teknik bir ifade olduğu için, bu ifadenin AYM tarafından daha özenli seçilmesi beklenirdi. O halde olması gereken Başlangıç kurallarının soyut bir ifadeyle kaleme alınmasıdır. AYM'nin 'birer anayasa

<sup>19</sup> Erdoğan Teziç, *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972), 33.; Süheyl Batum vd., *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar Ve Genel Esaslar* (İstanbul: On İki Levha, 2021), 249.

<sup>20</sup> Teziç, *1961 Anayasasına*, 33.; "*Yasaların konusu geneldir dediğim zaman şunu anlıyorum: Yasa yurttaşları bir bütün, davranışları da soyut olarak göz önüne alır: yoksa özel bir kişiyi ya da özel bir davranışı dikkate almaz. Böylece yasa birtakım ayrıcalıklar kabul edebilir, ama adlarını belirterek kimseye ayrıcalık tanıyamaz. Yasa yurttaşları sınıflara ayırabilir; hatta bu sınıflara girme hakkı veren birtakım özellikler de gösterebilir ama şu ya bu kimseyi, isim söyleyerek, bu sınıflara sokamaz. Yasa bir krallık yönetimi kurabilir, kral ve hanedan düzeni koyabilir ama, ne bir kral seçebilir ve ne de kral ailesi atayabilir. Kısaca, kişisel bir konuyla ilgili her türlü görev yasama yetkisi dışında kaldır.*" Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, çev. Vedat Günyol (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür, 2020), 35.

<sup>21</sup> Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 577.

<sup>22</sup> Halil Altındağ, *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 24-26.

<sup>23</sup> Teziç, *1961 Anayasasına*, 36.

<sup>24</sup> Altındağ, *İdarenin Yargısal Denetiminde*, 25.

<sup>25</sup> Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda*, 589 vd.

<sup>26</sup> Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda*, 592-603.

<sup>27</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2023), 10.; Teziç, *1961 Anayasasına*, 128-129.

kuralı olan Başlangıç metni soyut niteliktedir ve bu nedenle anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak uygulanamaz' tasımı hatalıdır. AYM burada 'neden olmayan bir şeyi neden gibi alarak yanıtma'<sup>28</sup> türünde bir mantık hatası (safsata) yapmıştır.

AYM'nin bu tasımını paylaşan başka yazarlar da bulunmaktadır.<sup>29</sup> Anılan yazarları 'Başlangıç kısmının yalnızca destek ölçü norm olarak kullanılabilmesi' sonucuna götüren öncül Başlangıç kısmının muğlak, edebi bir ifadeyle yazılmış olması, açık ve net olmaması, anlamı belirsiz ve hukuk ötesi ifadeler içermesidir. Bu yazarlardan hiçbiri Başlangıç'taki ifadeleri nitelendirirken AYM gibi 'soyut' ifadesini kullanmamıştır.<sup>30</sup> Bu olgu bizi Anayasa'nın Başlangıç kısmının hukuki değerine yönelik üç kategoride tasnif edilebilen görüşleri incelemeye yönlendirmektedir.

## B. Başlangıç kısmının hukuki değerine yönelik tartışmalar

Anayasa'nın 176. maddesi ile "Anayasa metnine dahil" edilen Başlangıç'ta yer alan temel ilkeler, 2. madde ile Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır.<sup>31</sup> Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtilen temel ilkelerin neler olduğu ve bunların hukuki değerinin ne olduğu hususunda doktrinde temel olarak üçe ayrılan görüş ayrılığı mevcuttur. Buna göre (i)Başlangıç, AYM kararlarının gerekçesine doğrudan dayanak oluşturabilir, yani bir diğer ifadeyle bağımsız ölçü norm olarak kullanılabilir. (ii)Başlangıç diğer somut Anayasa kurallarının yorumlanmasında destek ölçü norm olarak bir yorum aracı olabilir. (iii)AYM, Başlangıç'ta yer alan ilkelere başvurmadan tümüyle kaçınılmalıdır.

### 1. Başlangıç bağımsız ölçü norm olarak kullanılabilir

Başlangıç'taki temel görüş ve ilkelerin anayasa metnine dahil edildiği için anayasallık denetiminde bağımsız bir ölçü norm olarak uygulanabileceğini savunanlar pozitivist bir tutum sergilemektedirler.<sup>32</sup> 1982 Anayasasının 176. maddesi ile Başlangıç kısmı anayasaya dahil edildiğine göre anayasal kural niteliğindedir. Yine 1982 Anayasasının 11. maddesi uyarınca AYM anayasa hükümleriyle bağlıdır. Dolayısıyla kendisi de anayasa hükmü olan Başlangıç metni AYM'yi bağlar. Hukuk tekniği bakımından da ulaşılan sonuç doğrudur.

### 2. Başlangıç diğer anayasal kuralların yorumlanmasında destek ölçü norm olarak kullanılabilir

Bir diğer grup yazar ise Başlangıç'ın diğer anayasal kuralların yorumlanmasında destek ölçü olarak kullanılabilmesini savunmaktadır.<sup>33</sup> Bu yazarların gerekçesi AYM'nin Başlangıç'ın soyut niteliğine

<sup>28</sup> Schopenhauer, *Eristik Diyalektik*, 48.

<sup>29</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2017), 75.; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş* (Ankara: İmaj Yayınları 2012), 19-22.; Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013), 371-372.; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2022), 291.; Murat Sevinç, "Anayasasının Başlangıç İlkeleri", *Demokratik Anayasa*, ed. Ece Göztepe - Aykut Çelebi, (İstanbul: Metis 2012), 80.; Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (İstanbul: Beta, 2010) 28-30.

<sup>30</sup> Aslında burada bir istisna olarak Anayurt'un genel teori açısından başlangıç kısımları için "son derece soyut" ibaresi kullandığına dikkat çekilebilir. Bununla birlikte ibarenin geçtiği bağlam ve konu bütünsel olarak ele alındığında Anayurt'un kast ettiği ifadenin "anlamın belirsizliği" olduğu açıktır. Bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (Ankara: Seçkin, 2021), 81.

<sup>31</sup> 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde de Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan Başlangıç ilkeleri, 156. maddeyle yine anayasal metne dahil edilmişti. Eroğul'a göre bunun sebebi "Anayasa yorumlanırken, Anayasa yapımcılarının dünya görüşlerinin sürekli gözönünde tutulmasını sağlamak olarak görülebilir." Bkz. Cem Eroğul, *Anatüze Giriş* (Ankara: İmaj, 2007), 315-318.

<sup>32</sup> Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku Anayasa Metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 147.; Eroğul, *Anatüze Giriş*, 316.; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 132.; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin, 2023), 1094-1095.; Gözler Başlangıçın diğer anayasal maddelerle aynı değerde olduğunu belirtmekle birlikte, 7. paragrafta yer alan Türk milli menfaatlerinin üstünlüğü ilkesinin doğrudan ölçü norm olarak kullanıldığı yabancılara mülk satışı (AYM, K. 1986/7) ve Türkiye Elektrik Kurumu'nun özelleştirilmesi (AYM, K. 1994/42-2) kararlarını örnek göstererek bunun yerindelik denetimine yol açtığını vurgulamakta ve AYM'ye bundan sonraki kararlarında Başlangıç kısmına doğrudan referans vermektan kaçınmasını önermektedir. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin, 2021), 252-257.

<sup>33</sup> Gözler doktrindeki destek ölçü norm- bağımsız ölçü norm ayrımının isabetsiz olduğunu değerlendirmektedir. Bu makalenin yazarının da katıldığı bu görüşe göre, anayasallık denetiminde iptal kararı verilirken ya bir norma ya dayanılır ya da dayanılmaz, anayasallık denetiminde gri bir alan yoktur. Başlangıçın hukuki değerine yönelik doktrindeki tartışmaları sergileyebilmek adına bu çalışmada destek ölçü norm başlığına yer verilmiştir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 1249-1251.



vurgu yapan önermesinden farklıdır. Ancak AYM ile aynı sonuca varmışlardır. Yazarlara göre Başlangıç metni anlaşılması güç, muğlak, belirsiz, edebi ifadeler içerdiği için normatif karakterden yoksundur. Normatif nitelikte kaleme alınmadıkları için de anayasal bağlayıcılıkları olmamalıdır. Bu yazarların görüşündeki ortak özellik Başlangıç metninin anlaşılabilirliği, doğrudan uygulanabilir olmayışı ve belki de yoruma kapalılığı yönündeki uzlaşılarıdır.

Bu yazarlardan bazıları Başlangıç metnine bir bütün olarak eş hukuki değer atfedilmesinden ziyade Başlangıç'taki ifadeler arasında 'temel ilke ve temel görüş',<sup>34</sup> 'hukuki ilkeler ve hukuk ötesi ifadeler'<sup>35</sup> ve 'ilke ve norm'<sup>36</sup> ayrımı yapmaktadır. Sağlam, Anayasa'nın 176. maddesinde '*Başlangıç metni*' ibaresi varken, 2. maddesinde '*Başlangıçta belirtilen temel ilkeler*' ifadesinin kullanımına dikkat çekmekte ve Başlangıç'taki ifadeler yönünden bir ayrım yapıldığını belirtmektedir. Sözel yorumu takip ederek, Başlangıç metninde 'temel görüş' ve 'temel ilke' şeklinde bir ayrım yapılması gerektiğini savunmaktadır. 'Temel ilke' niteliğinde olduğu belirlenen unsurlar Cumhuriyetin değişmez nitelikleri arasında yer almaktadır. Dolayısıyla 'temel görüşlerin' hukuki değeri ile cumhuriyetin değişmez niteliği<sup>37</sup> arasında yer alan 'temel ilkelerin' hukuki değeri farklı olmalıdır. 'Temel görüşler' ancak diğer anayasa hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında destek ölçü norm olarak kullanılabilir.<sup>38</sup> Sağlam 'temel görüş' ve 'temel ilke' ayrımını yaparken Anayasa'nın 2. ve 3. maddesinde doğrudan yer verilen ve ayrıca Başlangıç'ta da tekrarlanan ilkelerden ziyade, sadece Başlangıç'ta yer alanlara öncelik vermiş ve ulusal egemenlik, uluslararası eşitlik ve güçler ayrılığını temel ilke olarak ele almıştır.<sup>39</sup> Çalışmanın konusu bağlamında, uluslararası eşitlik ilkesini karşılıklılık ilkesiyle eş anlamlı biçimde yorumlayan AYM kararına da değinen Sağlam, uluslararası eşitlik ve karşılıklılık ilkesinin eş anlamlı olmadığı yönündeki eleştirilere katıldığını belirtmiştir. Buna rağmen Sağlam'a göre "*ulusun diğer uluslarla hak eşitliği ilkesini değişmez bir anayasa kuralı olmaktan çıkarmaz*"<sup>40</sup>

Oder, Başlangıç metninde 'kuvvetler ayrılığı' gibi diğer anayasal maddelerde de somutlaşan hukuki ilkeler ile 'Türk milli menfaatleri, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri' gibi siyasi veya hukuk ötesi olarak nitelediği ifadeler arasındaki ayrıma dayalı bir çıkarımda bulunmaktadır. Buna göre Anayasa'nın 176. maddesi gereği Başlangıç metni sözel yoruma dahildir ve fakat hukuk ötesi ifadelerin teleolojik gerekçelendirilmede kullanılmaması gerekir. Diğer anayasal maddelerde sistematik bakış açısıyla somutlaşan hukuki ilkeler ise anayasanın yorumunda destek norm olarak kullanılabilir.<sup>41</sup>

Sevinç, Başlangıç metninde ilke ve norm ayrımı yapılması gerektiğini ve tanımlanması güç ilkelerin bağımsız ölçü norm olarak değil, destek ölçü norm olarak kullanılmasını gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>42</sup>

Anayasa'nın 176. maddesi uyarınca Başlangıç kısmı Anayasa metnine dahil edilmiştir. 176. maddedeki '*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı*' ifadesi Başlangıç'ı nitelenmektedir. Öz olarak 1982 Anayasasının Başlangıç kısmı Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirtir. Anayasa'nın 2. maddesinde ise Cumhuriyetin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan niteliği vurgulanmıştır. Başlangıç metninde 'temel görüş' ve 'temel ilke' ya da 'siyasi' ve 'hukuki' ya da 'ilke' ve 'norm' ayrımı yapan anılan yazarlar bu iki maddeyi sözel olarak yorumlayarak Anayasanın ayrım yaptığını belirtmekte ve bağlayıcılığı olan kısmın sadece hukuki olarak anlaşılır ilkeler olduğunu

<sup>34</sup> Sağlam, *Anayasa Hukuku*, 371-372.; Tolga Şirin, "Anayasa'nın Başlangıç Kısmı Hakkında Bir Çözümleme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 1487-1488.

<sup>35</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 28-30.

<sup>36</sup> Sevinç, "Anayasanın Başlangıç İlkeleri", 81.

<sup>37</sup> 1995 ve 2001 anayasa değişiklikleriyle başlangıcın zaten değiştirildiği olgusuna dayanan Gözler ise Başlangıç'ın değiştirilebileceğini savunmaktadır. Ona göre burada değiştirilmesi yasaklanan husus devletin Başlangıç'taki temel ilkelere dayanan niteliğidir. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 256-257.

<sup>38</sup> Sağlam, *Anayasa Hukuku*, 371-372.

<sup>39</sup> Sağlam, *Anayasa Hukuku*, 374.

<sup>40</sup> Sağlam, *Anayasa Hukuku*, 377.

<sup>41</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 28-30.

<sup>42</sup> Sevinç, "Anayasanın Başlangıç İlkeleri", 80.

belirtmektedirler. Bununla birlikte yazarlar bu argümanı kanıtlayabilmiş değildir. Zira bir istisna olduğunu iddia edenin, bu istisnayı açıkça gösterebilmesi gerekir.<sup>43</sup> Anayasa'nın hiçbir yerinde Başlangıç metnindeki temel görüş ve temel ilkeler ayrımı yapıldığı ve temel görüşlerin bağlayıcı olmadığı gibi açık bir hüküm yer almaktadır. 1982 Anayasası Başlangıç'ın tümüne bağlayıcılık atfetmiştir. Keza 176. madde ile Başlangıç'ın Anayasa metnine dahil olduğu şeklinde genel bir kural vardır. Bu genel kural için varsa bir istisnanın açıkça Anayasa ile getirilmesi gerekir. Dolayısıyla Başlangıç'taki bazı ifadelerin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak uygulanabileceği, bazılarının ise uygulanamayacağı şeklindeki istisnanın Anayasa tarafından açıkça öngörülmesi gerekirdi.

Diğer yazarlar ise Başlangıç'ta temel görüş ve temel ilke ya da ilke ve norm ayrımı yapmadan Başlangıç'ın tümü üzerinde genelleme yapmıştır. Özbudun, Başlangıç metninden uygulanabilir hukuk normları çıkarmak mümkün olmadığından bunların pozitif anayasa kurallarının yorumlanmasında destek ölçü norm olarak kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>44</sup> Özbudun'a göre "özellikle "Atatürk ilke ve inkılapları", "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri" "milli kültür" gibi son derece geniş ve kapsamları belirsiz kavramların anayasaya uygunluk denetiminde dayanak yapılması durumunda" anayasaya uygunluk denetimi yerindelik denetimine dönüşebilir. Keza Fendoğlu'na göre de Başlangıç destek ölçü norm olarak kullanılmalıdır çünkü Başlangıç'ta geçen ilkeler net, açık, kesin ilkeler olmayıp, esnek ve kapalı (muğlak) kavramlardır.<sup>45</sup> Anılan yazarların buradaki mantık hatası, birkaç ifadenin belirsiz niteliğine vurgu yaparak belirsizliği aslında bazı somutlaştırılabilecek diğer kısımlara, yani başlangıcın tümüne yayma biçiminde bir genelleme hatasıdır.<sup>46</sup> Bu genelleme hatasına Soysal düşmemiştir. O, Başlangıç'ın ağır, çapraşık bir metin olduğunu ve berrak bir üslupla yazılmaması nedeniyle ilkelerin tespitinin güçleştiği hususunda diğerleriyle hemfikirdir. Öte yandan 176. maddedeki pozitif temele vurgu yaparak aslında Başlangıç'taki görüş ve ilkelerin AYM kararlarında esas alınabilecek birer anayasa hükmü ağırlığında olduğuna dikkat çekmektedir.<sup>47</sup> Tutarlı bir çıkarıma ulaşan Soysal daha sonra da Başlangıç'taki normların uygulanmasına yönelik bir yol haritası çizer. Bazı ilkelerin hem devletin temel niteliklerini belirleyen 2. maddede yer alması hem de Başlangıçta tekrarlanması nedeniyle Anayasa koyucunun bunlara özel bir önem verip vermediğini, bunları "temelin temeli" olarak görmeyi sorgular ve cevabın sistematik yorumla verilmesi gerektiğine ulaşır. Buna göre, Başlangıç'taki ifadelerin Anayasa'da birkaç defa tekrarlanması anayasanın bunlara özel bir önem ve ağırlık verdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. İlkelerin değeri "ancak o ilkelere ilişkin hükümlerin oluşturduğu bütünlükleri genel sistem içindeki ağırlıkları açısından değerlendirilerek karşılaştırılabilir."<sup>48</sup> Bu bakımdan en doğru yol, ilkeleri teker teker ele almak ve o ilkelerle ilgili Anayasa hükümleriyle birlikte incelemektir.<sup>49</sup> Teziç'e göre de Başlangıç kısmıyla amaçlanan, buradaki metnin bağımsız bir hüküm olarak uygulanmasından ziyade, diğer anayasa maddelerinin yorumlanmasında göz önünde tutulmasıdır.<sup>50</sup>

1982 Anayasasının 153. maddesinde AYM'nin iptal kararı verirken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği garanti altına alınmıştır. Çalışmanın konusu açısından bu kural, Anayasa'da öngörülmeyen bir istisnanın AYM tarafından konulamayacağı şeklinde anlaşılabilir. Başlangıç'taki bazı ifadeler anayasaya uygunluk denetiminde kullanılamaz demek, Başlangıç metninin tümünü anayasaya dahil eden kuralın kapsamını daraltmaktadır. Metodolojik olarak da genel bir kuralın kapsamının daraltılması, o genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelmektedir.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ed. Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2014), 43.

<sup>44</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 75-76.

<sup>45</sup> Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 291.

<sup>46</sup> Schopenhauer, *Eristik Diyalektik*, 19, 43.

<sup>47</sup> Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (İstanbul: Gerçek Yayınevi 1986), 170-173.

<sup>48</sup> Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 175

<sup>49</sup> Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 170-75.

<sup>50</sup> Yazarsız, "Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı", 129.

<sup>51</sup> Gözler, "Yorum İlkeleri", 44.

AYM'nin yorum yoluyla anayasa kuralına istisna getirmesi, anayasa değişikliği anlamına gelir. Anayasa değişikliği teklif etmeye ise TBMM üyeleri yetkilidir. Dolayısıyla Başlangıç metnini anayasal denetimde uygulamamak AYM'nin fonksiyon gaspı yapmasına neden olmaktadır. Bu durum 1982 Anayasasının 6. maddesinde yer alan “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” şeklindeki kurala açık bir aykırılık taşımaktadır.

### 3. Başlangıç'ın ölçü norm olarak uygulanmasından tümüyle kaçınılmalıdır

Diğer bazı yazarlar ise Başlangıç'ın bağlayıcı olmaması ve anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılmaması gerektiğini önermektedir.<sup>52</sup> 1961 Anayasası dönemi için Arsel, pozitif temeli oluşturan 156. maddedeki açık kurala rağmen, Başlangıç'ın ancak sembolik, manevi bir değere sahip olabileceğini savunmuştur. Başlangıç'a hukuken bağlayıcı bir değer verilmemeli ve Başlangıç anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılmamalıdır.<sup>53</sup> Yazıcı, Başlangıç'taki ifadelerin merkezinde devlet otoritesinin yer aldığını ve bireye karşı devletin güçlendirildiğini not düşmektedir.<sup>54</sup> Başlangıç'ın tümünün ele alınış biçiminin normatif değil ve fakat edebi karakterde olduğunu belirterek, AYM'nin Başlangıç kısmına doğrudan ya da destek ölçü norm olarak başvurmasını eleştirmekte ve bunun yerindelik denetimine neden olacağını ifade etmektedir.<sup>55</sup> Anayurt ise, Türk anayasa dogmatığı bakımından doğrudan değil ama anayasa hukukunun genel teorisi bağlamında, muğlak ifadelerden normatif kurallar çıkarılamayacağı, bunun yasama organına keyfilik, AYM'ye ise yerindelik denetimi yapabilecek çok geniş bir alan bırakabileceği kaygılarıyla Başlangıç metinlerine bağlayıcı güç verilmemesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>56</sup> Ve fakat bizdeki gibi normatif bağlayıcılık verilen Başlangıç ifadelerinin anayasa yargıcı tarafından görmezden gelinemeyeceğini de not düşmektedir.<sup>57</sup>

Tanör, Başlangıç'ta yer alan “*Türk milli menfaatleri*” ibaresinin kötüye kullanıma elverişli olduğunu değerlendirmektedir. Bu ibare bireysel özgürlükler aleyhine otoriter ve keyfi yorumlara yol açabilecek ve yerindelik denetimine neden olabilecektir. Tanör'e göre olması gereken bu ibarenin anayasa metninden çıkarılmasıdır.<sup>58</sup> Tanör'ün bu yöndeki görüşünü benimseyen ve Başlangıç'ın bir ölçü norm olmaması gerektiğini savunan Şirin ise Başlangıç'taki kavramların neden muğlak olduğunu şimdiye kadar belki de en detaylı biçimde resmeden yazardır:

*“Bunlar, birer hukuksal ilke olmaktan ziyade, dar anlamda bir dünya görüşünü ortaya koymaktadır. Örneğin “Yüce Türk devleti”, “Türk milli menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” gibi ifadelerinin hukuksal yönden asgari bir tarafsızlıkla açıklanması mümkün değildir. Birey-devlet ilişkisinde devlete yücelik atfeden, sınıfları, statüleri ve kimlikleri ve bunlar arasındaki çatışmaları oldukça göreceli “milli menfaatler” içinde eriten bu düşünceler, yurttaşların “kaynaşmış bir kitle” olduğu varsayımına dayanmakta, yanıtı göreceli olan bazı sorular getirmektedir: Türklüğün tarihi ve manevi değerleri dendiğinde acaba tam olarak hangi “Türklük” anlatılmaktadır? Örneğin Hitit uygarlığının tarihi değerleri, Medya imparatorluğu veya Laz kültürünün kendine özgü özellikleri de bunun içinde midir? Yoksa kastedilen etnik anlamıyla Türklerin tarihine denk düşen Göktürkler ve Uygurlardan Selçuklu ve Osmanlı devletlerine kadar uzanan bir tarih anlatısını mı imlemekte-dir? Dahası bunun hukuken netleştirilebilmesi mümkün müdür? Keza, burada ifade edilen kültür sözcüğünün hangi anlamda kullanıldığı da tartışmalı olabilir. Kültür, genel bir zihinsel, manevi ve estetik gelişme sürecini tarif eden soyut bir adlandırma mıdır*

<sup>52</sup> İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları* (Ankara: Mars Matbaası, 1965), 143-145.; Serap Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasaklıktan Özgürlüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, Ergun Özbudun'a Armağan, ed. Serap Yazıcı vd. (Ankara: Yetkin, 2008), 2/743-745.; Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 79-82.; Tolga Şirin, “Anayasa'nın Başlangıç Kısmı Hakkında Bir Çözümleme”, YÜHFD, 18/2 (Şubat 2021), 1471-1498.

<sup>53</sup> Arsel, *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*, 145.

<sup>54</sup> Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın”, 743-745.

<sup>55</sup> Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın”, 743-745.

<sup>56</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 79-82

<sup>57</sup> Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 82.

<sup>58</sup> Bülent Tanör, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri* (İstanbul: TÜSİAD, 1997).

*yoksa belli bir halka, döneme, gruba ait belirli bir yaşam tarzını ifade eden, genel veya özel biçimde mi kullanılmaktadır? Hatta zorlarsak burada zihinsel, özellikle de sanatsal faaliyetin eser ve uygulamalarını tarif eden bağımsız bir adlandırmadan mı bahsetmekteyiz? Bu soruların yanıtını hukukun vermesi imkânsız değilse de çok güçtür. Bunun mümkün sayıldığı olasılıkta bile bu yargının işi olmamalıdır.”<sup>59</sup>*

Alıntılanan pasajda ifade edilen sorunun temelde Türk milli menfaatlerinin tanımlanmasındaki zorluktan kaynaklandığı açıklanabilir. Bu tespitiye yönelik şu çıkarımlarda bulunulabilir: 1982 Anayasası'nın 66. maddesinde Türk tanımı vatandaşlık esası üzerinden yapılmıştır. Sübjektif millet anlayışına dayalı Atatürk milliyetçiliği esasına göre Türk vatandaşları, dünyadaki diğer devletlerin vatandaşlarıyla eşittir, onlardan üstün değildir. Dolayısıyla Türk milli menfaatlerinin üstünlüğü dendiği zaman, yabancı düşmanlığının savunulması ya da yabancıların yaşam veya mülkiyet gibi temel haklarının ihlal edilmesi gibi bir uygulamaya izin verilmeyeceği 1982 Anayasasının başta Başlangıç kısmı ile 2., 5.,10., 12.,16.,17., ve 35. maddeleri bütünsel olarak incelendiğinde zaten açıktır. Siyasal haklar dışında hak sülheleri “herkes” olarak belirlenmiş ve bu hususta bir ayrıma yer verilmemiştir. Anayasa'da Türk kavramı, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesinde yaşayan veya ülke dışında olsa da onun egemenlik yetkilerine vatandaşlık bağıyla tabi olan insan topluluğu anlamında kullanılmaktadır. O halde Türk milli menfaatleri, bu çalışmanın konusu bağlamında kavramsal olarak Türk milletinden olmayan yani ‘yabancıların menfaatleri’ ile kıyaslanmaya ya da karşılaştırmaya denk düşmektedir. Taşınmaz edinimi bakımından Türk milli menfaatlerinin üstünlüğü, yabancılara Türk vatandaşları karşısında bir üstünlük ya da ayrıcalık tanınmayacağı şeklinde anlaşılabilir. Yabancılara Türk vatandaşlarına tanınan haklardan daha kapsamlı ve geniş bir koruma sağlanamayacağı ifade edilebilir. Hukuk ötesi ifadeler içermesi nedeniyle Başlangıç'ın uygulanmaması gerektiği tespitlerine gelince, Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan “kamu düzeni, milli güvenlik” gibi kavramlar da hukuk ötesi yani hukuk dışıdır.<sup>60</sup> Oysa sözgelimi istihbari amaçlı iletişimin denetlenmesinin milli güvenlik açısından gerekli olup olmadığını değerlendirirken, AYM, iletişimin denetlenmesinin usul ve şartlarına, süresine, denetlemeyle elde edilen verilerin saklanmasına ve yok edilmesine yönelik belirli güvencelerin varlığını araştırmaktadır. Bu güvenceler varsa, salt milli güvenliğin hukuk ötesi bir kavram olduğunu ileri sürerek, uygulamaktan kaçınmamaktadır. Dolayısıyla kavramın hukuk ötesi olmasından bahisle uygulanamayacağını söylemek ilk olarak, Başlangıç'a normatif bir değer atfeden 176. maddeye aykırıdır. Anayasa ile bağlayıcılık atfedilen bu hükme yargı eliyle istisna tanınmasını söylemek hukuk metodolojisine aykırılık taşımaktadır.

AYM'nin TBMM'nin yerine geçerek Türk milli menfaatlerinin ne olduğunu belirleme gibi bir yetkisinin varlığından söz edilemez. Bununla birlikte halen yürürlükte olan 1982 Anayasasının 5. maddesine göre Devletin temel amaç ve görevleri “*Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*”. Yürütmeye yabancılara mülk satışıyla ilgili yetki veren yasama organına bu alanda tümüyle boş bir takdir sahası bırakılmadığı ifade edilmelidir. Tali kurucu iktidarın gücünün ve takdir hakkının kapsamının sınırlarından birini de 1982 Anayasasının Başlangıç kısmı ile 5. maddesi oluşturmaktadır. Yabancıların taşınmaz ediniminde yasa koyucunun Anayasa'da öngörülen Türk milli menfaatlerinin üstünlüğünü korumasının asgari eşiği, yabancılara imtiyaz tanınmaması suretiyle düzenlemelerin yapılmasıdır. Bunu sağlayan araç da aşağıda izah edileceği üzere karşılıklılık ilkesidir.

<sup>59</sup> Şirin, “Anayasa'nın Başlangıç Kısmı Hakkında Bir Çözümleme”, 1488.

<sup>60</sup> “... “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM) K. 1974/13 (25 Nisan 1974).

## II. Dünya Milletleri Ailesinin Eşit Haklara Sahip Şerefli Bir Üyesi İfadesinden Karşılıklılık İlkesinin Çıkarılamayacağı Argümanı

AYM'nin ikinci argümanı Başlangıç'taki "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesinden karşılıklılık ilkesinin çıkarılamayacağı argümanıdır. AYM der ki: "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi' ifadesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını vurgulamakta olup, bu ifadede devletin yabancılar hukukuyla ilgili yapacağı düzenlemelerde mutlaka karşılıklılık (mütekabiliyet) şartına yer verilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz."

Karşılıklılık ilkesinin "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesinin zorunlu bir sonucu olmadığı argümanı tespit edildiği kadarıyla ilk kez Özbudun tarafından ileri sürülmüştür:

*"...Türkiye Cumhuriyetinin "Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğundan söz edilmesi, mütekabiliyet ilkesine kayıtsız şartsız bağlılıktan çok, Atatürk milliyetçiliğinin şovenizmden uzak, insancıl ve barışçı niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Devletlerin kendi milli çıkarlarının gereği gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri, devletlerin egemen eşitliği kuralını bozamaz. Öte yandan, mütekabiliyet ilkesi Türk yabancılar hukukunun bir genel ilkesi haline dönüşmüş olsa bile, normatifaçından kanun değerinde olan bir ilkenin içtihat yoluyla anayasal ölçü norm düzeyine yükseltilmesi mümkün müdür?"<sup>61</sup>*

Benzer biçimde Erdoğan'a göre de uluslararası eşitlik, bir devletin, başka devletler ya da uluslararası kuruluşlar tarafından belirli bir yönde irade açıklamaya zorlanamaması anlamına geldiğinden bunun karşılıklılık ilkesiyle bir bağlantısı yoktur.<sup>62</sup> Devletlerin kendi iradeleriyle yabancılar karşılıklılık aranmadan bazı imtiyazlar tanınması yargının karışamayacağı tümüyle siyasi bir alandır. Bu ilginçtir, zira, aşağıda inceleneceği üzere yabancı literatürde, karşılıklılığın bir ilke olmadığını kabul eden yazarlar dahi uluslararası eşitlik ve karşılıklılık ilkesi arasındaki zorunlu bağlantının kaçınılmaz olduğunu kabul etmektedir. Yabancılar imtiyaz tanınmasının tümüyle siyasi takdirin alanında olduğu argümanı ise yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve ödevleri bağlamında değerlendirilmelidir. Devletin Türk vatandaşlarının temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma amaç ve ödevi, siyasi takdirin sınırını belirtmektedir. Bu anayasal amaç ve ödevle sınırlanan siyasi takdire tümüyle boş bir saha bırakılmadığını belirtmenin denge ve denetim açısından kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmediği değerlendirilmektedir.

Hakyemez, Başlangıç'taki "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olma ifadesinden karşılıklılık ilkesinin çıkarılmasının fevkalade zor olduğunu belirtmektedir.<sup>63</sup> Bu çıkarımın herhangi bir gerekçeye ya da öncüle dayanmadığı gözlemlenmektedir. Neden karşılıklılık ilkesi 'Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi' olma ibaresinden çıkmaz? Belki tek cevap bunun Özbudun ve Erdoğan tarafından ifade edilmiş olduğunu gösteren referans olabilir. O halde alanında otorite kabul edilen profesyoneller 'idarenin yargısal denetimi hukukun devletin zaruri bir sonucu değildir' şeklinde bir önerme ileri sürse, sadece otorite oldukları için bu öncülü doğru mu saymak gerekir? Bu tutum, sebep veya gerekçe yerine otoriteye başvurma anlamına gelen *argumentum ad verecundiam* (otoriteye bağlı argüman) şeklinde tanımlanabilecek bir eristik diyalektik örneğidir.<sup>64</sup>

AYM, önceki kararlarında "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesini, "devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip olduğu" anlamına

<sup>61</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 76.

<sup>62</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasa Ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin, 2002), 181-182.

<sup>63</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi Ve İnsan Hakları Anlayışı* (Ankara: Yetkin, 2009), 134.

<sup>64</sup> Schopenhauer, *Eristik Diyalektik*, 57.

gelecek şekilde yorumlamaktaydı.<sup>65</sup> Başlangıç'taki bu ifadenin uluslararası eşitlik ilkesi anlamında olduğu yönünde görüş bildiren yazarlar vardır.<sup>66</sup> Oder ve Sağlam, "dünya milletleri ailesinin şerefli bir üyesi" ifadesinin devletlerin egemen eşitliği yani uluslararası eşitlik anlamına geldiği konusunda hemfikirdir.<sup>67</sup> Oder'e göre Anayasanın Başlangıç'ında geçen "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesi "*egemen devletlerin uluslararası eşitliğinin bir yansımasıdır.*"<sup>68</sup>

Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesi örgütün uluslararası eşitlik ilkesi üzerine kurulduğunu belirtmektedir. Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkındaki Deklarasyon'da uluslararası eşitlik ilkesi coğrafi büyüklük, ekonomik, sosyal ya da siyasal fiili eşitsizliklerin ve farklılıkların dikkate alınmadığı tam hukuki eşitlik olarak tanımlanmaktadır.<sup>69</sup> Uluslararası eşitlik, devletlerin bağımsızlığı ilkesini dışlamamakta ve fakat egemenliğin dış unsuru olan diğer devletlerle hukuki eşitlik kavramına denk düşmektedir. Devletlerin hukuki eşitliği, tümüyle aynı hakları ileri sürebilmelerinde ve aynı muameleye (aynı yükümlülükler dahil) tabi olmalarında yatar.<sup>70</sup> Devletlerin hukuki eşitliği, bir Devletin bir başka Devlet için tek taraflı olarak bir yükümlülük yaratamaması anlamına gelir. Norm oluşturma bağlamında karşılıklılık Devletlerin yalnızca genel kabul görmesini onayladıkları hakları talep edebileceği anlamına gelir. Bir Devletin devletleri hariç bırakacak hakları talep etmesi mümkün değildir. Bu nedenle karşılıklılığın rolü, hukuki eşitlerden oluşan uluslararası toplumda, anlaşmaların sürdürülmesini teşvik etmede ve Devlet imtiyazlarının etkili bir şekilde kullanılmasına izin vermede özellikle önemlidir.<sup>71</sup>

Devletlerin egemenliğine ve hukuki eşitliğine dayanan uluslararası hukuk, devletlerin hak ve yükümlülüklerinin karşılıklı değişiminden oluşmaktadır.<sup>72</sup> Uluslararası hukukta hak ve yükümlülüklerin yapısı ve hukuk kurallarının oluşumu ulusal hukuktan farklıdır. Ulusal hukuk sistemlerinde bunlar yukarıdan empoze edilir. Uluslararası hukukta ise hak ve yükümlülükler Devletler tarafından yaratılmalı ve bunlar üzerinde anlaşma sağlanmalıdır. Uluslararası hukukta karşılıklılık ilkesinin önemi buradan kaynaklanmaktadır. Uluslararası hukukta kuralların oluşturulması, uygulanması ve yürütülmesi zorunlu olarak Devletler arasında gerçekleşir, kuralları dayatabilecek hiçbir dünya hükümeti yoktur.<sup>73</sup> Bu nedenle hak ve yükümlülüklerde, zorunlu olarak bir Devlet diğerine veya bir dizi başka Devlete karşılıklı bağlıdır.<sup>74</sup> Devletler arasında büyüklük, kaynak ve güç bakımından farklılıkları dikkate alarak, çok farklı gelişme düzeylerine sahip Devletler arasındaki ilişkilerde dahi bahis konusu hukuki eşitliktir.<sup>75</sup> Uluslararası hukuk kapsamında ve genel olarak Devletlere dayatılan hak ve yükümlülükler kapsamındaki eşitliktir. Karşılıklılık ilkesinin eşitliğin sağlanması için gerekli ama yeterli olmadığı haller muhakkak vardır. Uluslararası eşitliğin sağlanmasında karşılıklılığın yeterli olmadığından bahisle gerekli olmadığı sonucu çıkmaz.<sup>76</sup>

Peki uluslararası eşitlik ilkesi, karşılıklılık ilkesinin kabulünü zorunlu kılar mı? Karşılıklılık tarafların hukuki eşitliğini yansıtan ve aralarındaki dengeyi sağlayan bir mekanizmadır.<sup>77</sup> İtalya, Fransa,

<sup>65</sup> AYM, K. 1986/24

<sup>66</sup> Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 376-377.; Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 94.

<sup>67</sup> Yazarlar, karşılıklılık ilkesinin devletlerin egemen eşitliğinin muhakkak zorunlu bir sonucu olup olmadığı yönündeki tartışmalara ise eserlerinde yer vermemişlerdir.

<sup>68</sup> Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 29.

<sup>69</sup> Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, çev. İbrahim Kaya (Ankara: Tüba, 2018), 163-164.

<sup>70</sup> Arienna Whelan, *Reciprocity in Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2023), 19.

<sup>71</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 46-47.

<sup>72</sup> René Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law", *British Yearbook of International Law*, 65/1, (1994), 383.

<sup>73</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 52.

<sup>74</sup> Shahrad Nasrolahi Fard, *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function* (New York: Routledge, 2016), 1, 42.; Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 53.

<sup>75</sup> Robert Jennings – Arthur Watts (ed.), *Oppenheim's International Law* (Londra: Longman, 1992), 2/339.

<sup>76</sup> Yazarsız, "Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı", 137.

<sup>77</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 31.

Yunanistan, Portekiz, Romanya, Meksika gibi devletlerin, uluslararası hukuktaki hak ve yükümlülüklerinin kabul edilmesi için anayasalarında sarıh ya da zımni olarak karşılıklılık ilkesine yer verdikleri gözlemlenmektedir.<sup>78</sup> Almanya, Birleşik Krallık, Portekiz, Hollanda, Belçika, Arjantin, Şili, Kolombiya, Paraguay ve Venezuela gibi devletler yabancıların arazi edinimine bir sınır getirmemiştir. Yabancılar bu sayılan memleketlerde vatandaşlarla aynı koşullara tabi olarak taşınmaz edinebilirler.<sup>79</sup> Uluslararası teamül kuralları ile devletlerin ülkelerinde yabancıların taşınmaz edinimini sınırlama veya düzenleme hakkına bir sınır getirilmemiştir.<sup>80</sup> Arazi de dahil olmak üzere Devletlerin kendi doğal kaynakları üzerinde egemenlik yetkisi vardır.<sup>81</sup> Uluslararası eşitliğe uygun olarak devletler yabancıların kendi topraklarına girişini engelleme veya yalnızca şartlı girişlerine izin verme, taşınmaz edinimini veya kullanımını kısıtlama hakkına sahiptir.<sup>82</sup>

Karşılıklılık ilkesi, bir yükümlülüğün taraflarının hukuki eşitliğiyle yakından ilgilidir. Karşılıklılık, uluslararası eşitliğin bir tezahürü olduğu kadar, eşitliğin korunmasını sağlayan bir mekanizma olarak da görülebilir.<sup>83</sup> Karşılıklılık, Devletlerin hukuki eşitliğinin ve egemenliğinin zorunlu bir sonucudur.<sup>84</sup> Karşılıklılık ilkesi Anayasa'da kabul edilen uluslararası eşitliğin yani devletlerin egemen eşitliği ilkesinin uygulanmasının gerekli bir aracıdır. Karşılıklılık ilkesinin uluslararası eşitlik ilkesine mündemiç olmadığı yönünde bir kanıt ya da bulgu yoktur. Karşılıklılık ilkesinin kaldırılması Başlangıç'ta yer alan anayasal bir ilke olan devletlerin egemen eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

Yabancı literatürde karşılıklılığın uluslararası eşitliğin zorunlu bir sonucu olmadığı yönünde ileri sürülen bir argüman tespit edilememiştir. Karşılıklılık ilkesiyle ilgili tartışmalar, daha ziyade onun hukuki bir kavram mı yoksa hukukun genel bir ilkesi mi olduğu temelinde yürütülmektedir.<sup>85</sup> Karşılıklılığı uluslararası hukukun işleyişi için gerekli gören anlayışta, karşılıklılık bir 'anlaşma' gibi değerlendirilmektedir.<sup>86</sup> Yasal yükümlülüklerin doğmadığı hallerde, ekonomik mülahazalar nedeniyle, ilişkileri yürütmek için anlaşmalara uyulmasında karşılıklılığın uygun bir temel sağladığı değerlendirilmektedir.<sup>87</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) karşılıklılık ilkesine açıkça gönderme yaptığı iki kararı, UAD'ın yargı yetkisinin kabulüne ilişkindir.<sup>88</sup> Bunun dışında uluslararası hukukun kaynaklarını belirleyen UAD Statüsü'nün 38. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca karşılıklılık ilkesini genel bir hukuk ilkesi olarak kabul ettiği başka bir dava yoktur.<sup>89</sup> Bu anlayışa karşın karşılıklılığın uluslararası hukukun temel bir ilkesi olduğu savı öne çıkmaktadır.<sup>90</sup> Buna göre uluslararası hukuk, merkezi bir yapı öngörmediği sürece karşılıklılık ilkesi temeline dayanmak

<sup>78</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 37.

<sup>79</sup> Stephen Hodgson vd., "Land Ownership And Foreigners: A Comparative Analysis Of Regulatory Approaches To The Acquisition And Use Of Land By Foreigners" Food and Agriculture Organization of the United Nations (Erişim 1 Kasım 2023).

<sup>80</sup> Hodgson vd., "Land Ownership And Foreigners: A Comparative Analysis Of Regulatory Approaches To The Acquisition And Use Of Land By Foreigners"

<sup>81</sup> Bu ilke 1992 tarihli Rio Deklarasyonu'nun 2. ilkesinde de vücut bulur: "Devletler, Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca kendi çevresel ve kalkınmacı politikalarına uygun olarak kendi kaynaklarını kullanma egemenlik hakkına ve kendi yargı alanları veya kontrolleri dahilindeki faaliyetlerin diğer Devletlerin çevresine ve ulusal yargı sınırları ötesindeki alanlara zarar vermesini önleme yükümlülüğü taşır." Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK), *Report of the United Nations Conference on Environment and Development* (New York: Birleşmiş Milletler, 1992).; Hodgson vd., "Land Ownership And Foreigners: A Comparative Analysis Of Regulatory Approaches To The Acquisition And Use Of Land By Foreigners"

<sup>82</sup> Jennings - Watts, *Oppenheim's International Law*, 2/911-912.

<sup>83</sup> Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law", 384.

<sup>84</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 52.; Süleyman Dost, "Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/2 (2015), 4.; Arthur Lenhoff, "Reciprocity in Function: A Problem of Conflict of Laws, Constitutional Law, and International Law", *University of Pittsburgh Law Review*, 15/1 (1953), 47.

<sup>85</sup> Bu tartışmaların bir özeti için bkz. Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 50.

<sup>86</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 64.

<sup>87</sup> ibid.

<sup>88</sup> Uluslararası Adalet Divanı, UAD, (21 Mart 1959).; Uluslararası Adalet Divanı, UAD, (12 Nisan 1960).

<sup>89</sup> Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 64.

<sup>90</sup> Bruno Simma, "Reciprocity", *Max Plunck Encyclopedia of Public International Law*, ed. R. Bernhardt, Netherlands: OUP 2008), 401.; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, (New York: OUP 2019), 34.

durumundadır.<sup>91</sup> Karşılıklılık ilkesini yabancılar hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul eden yazarların<sup>92</sup> aksine bunun bir ilke olmadığı yönünde görüş de belirtilmiştir.<sup>93</sup> Teziç'e göre karşılıklılık yabancılar hukukunun bir ilkesidir ve dolayısıyla anayasalık denetiminde ölçü norm olarak kullanılamaz.<sup>94</sup> Özbudun karşılıklılığın ilkesel değerine ilişkin nihai belirleme yapmadan, ilke olarak kabul edilse bile "normatif açıdan kanunlarla eşit değerinde olan bir ilkenin içtihat yoluyla anayasal ölçü norm düzeyine yükseltilmesinin" mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>95</sup> Karşılıklılık ilkesinin teorik alt yapısının ve ilkesel değerinin analizi bu çalışmanın amacı ve kapsamı dışında kalmakla birlikte, buraya kadar ifade edilen bulgular belki sonraki çalışmaları için diğer araştırmacılara bir davet olabilir.

### III. Karşılıklılık İlkesinin Anayasanın Hiçbir Maddesinde Açık Ya Da Zımni Yer Almadığı Argümanı

AYM'nin üçüncü argümanı karşılıklılık ilkesinin Anayasa'nın hiçbir maddesinde açık ya da zımni olarak belirtilmediği şeklindeki önermesidir. AYM'ye göre "Anayasa'nın yukarıda ifade edilen hükümlerinde ya da diğer maddelerinde açık ya da zımni olarak karşılıklılık ilkesinin anayasal bir ölçü norm olduğunu gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir." Bu doğru değildir. Zira Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı vatandaşlara ve "karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar" tanınmıştır. Dolayısıyla karşılıklılık ilkesi esasen Anayasa'da açıkça yer verilen bir ilkedir. Burada bağlam itibarıyla, AYM'nin, herhalde yabancıların taşınmaz edinimine ilişkin anayasal kuralların hiçbirinde karşılıklılık ilkesine yer verilmemektedir, demek istediği ileri sürülebilir. Ancak bir önceki başlıkta açıklandığı gibi uluslararası eşitlik ilkesi karşılıklılık ilkesini de kapsamaktadır. Kaldı ki, taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin uygulanmaması Türk vatandaşları aleyhine objektif ve haklı bir nedene dayanmayan eşitsizlik oluşturabilecektir. Bu husus aşağıdaki argümanda incelenecektir.

### IV. Karşılıklılık İlkesinin İnsan Hakları Hukuku Açısından Her Durumda Uygulanması Zorunlu Bir İlke Olmadığı Argümanı

AYM'nin dördüncü argümanı "insan hakları hukuku açısından bakıldığında da karşılıklılık ilkesinin her durumda uygulanması zorunlu bir ilke olduğu söylenemez" şeklindeki ifadesidir. Günümüzde karar verme süreçlerinde insan hakları kartını oynamak ikna edici ve hatta tartışmayı bitirici olmaktadır.<sup>96</sup> AYM'nin karşılıklılık ilkesinin kaldırılması bağlamında, insan hakları kavramına başvurduğu bu ifade de böyledir. Günümüzde insan hakları öğretisine dayalı bir argüman ileri sürüldüğünde buna meydan okumak neredeyse imkansızdır.<sup>97</sup> İnsan hakları açısından karşılıklılık ilkesinin zorunlu olmadığı iddiası, yakından incelendiğinde ise geçerliliğini kaybetmektedir.<sup>98</sup>

İnsan hakları hukukunda karşılıklılık, yarattığı yasal düzenlemeler kapsamında tarafların üstlendiği yükümlülüklerin karşılıklı bağlılığını ifade edecek biçimde tanımlanmaktadır.<sup>99</sup> İnsan haklarına ilişkin anlaşmalarda yükümlülüklerin nitelikleri diğer klasik anlaşmalardan farklıdır.<sup>100</sup> Maddi normlara ilişkin

<sup>91</sup> David J. Devlaeminck, "The Legal Principle Of Reciprocity And China's Water Treaty Practice", *Chinese Journal of Environmental Law*, 2/2, (2018), 197.

<sup>92</sup> Çelikel – Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 61, 64-66.; Dost, "Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi", 1.

<sup>93</sup> Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (İstanbul: Beta 2021), 386.

<sup>94</sup> Yazarsız, "Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı", 128.

<sup>95</sup> Ergun Özbudun, "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", *Fazıl Sağlam 65 Yaş Armağanı*, Ed. Osman Can vd. (Ankara: İmaj 2006), 324.

<sup>96</sup> Andrew Clapham, *Human Rights A Very Short Introduction*, (Oxford: OUP, 2015), 1.

<sup>97</sup> Gözler de insan haklarının değil, insan hakları söyleminin adeta kutsandığını ve böylece ileri sürülen iddiaların eleştirilerden masun tutulduğuna dikkat çekerek, anayasa hukukunda okuma yapılırken kelimelerin duygusal etkisine karşı dikkatli olunmasını önermektedir. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi* (Bursa: Ekin, 1999), 98-101.

<sup>98</sup> Simma, "Reciprocity", 401.

<sup>99</sup> Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law", 383.

<sup>100</sup> Alexander Orekhelashvili, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisdiction of European Court of Human Rights", *EJIL*, 14, (2003), 531.



yükümlülükler mutlak, koşulsuz olarak herkes için etki doğurur. İnsan hakları zaman ve zeminden azade, özgür biçimde herkese uygulanacak şekilde yorumlanmaktadır. Gücü elinde bulunduran Devlet'e karşılık veremeyen nispeten daha güçsüz bireylerin haklarını korumayı amaçladığı için insan hakları hukukunun karşılıklılık ilkesi temeline dayanması mümkün değildir.<sup>101</sup> Keza Devletler karşılıklılık ilkesini, işkence yapma ya da soykırım suçunu işleme gibi temel hakların ihlali için bir gerekçe olarak sunamazlar.<sup>102</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve karşılıklılık ilkesi arasındaki ilişkiyle ilgili şöyle der: Klasik türdeki uluslararası anlaşmalardan farklı olarak, AİHS, taraf Devletler arasındaki karşılıklı anlaşmalardan daha fazlasını içermektedir. Önsözdeki ifadesiyle, AİHS, karşılıklı ikili taahhütler ağının ötesinde, toplu güvenceden yararlanan nesnel yükümlülükler yaratmaktadır.<sup>103</sup> Bununla birlikte AİHM, taraf Devletlerin yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesini uygulama biçimine ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınır. Yunan vatandaşı bir başvurucunun Türkiye'de miras yoluyla taşınmaz edinimine, karşılıklılık ilkesine dayanılarak Türk hükümetince izin verilmemesine ilişkin başvuruyu incelerken, sadece karşılıklılık ilkesinin varlığının bir müdahale teşkil edip etmediğini değerlendirmemiştir.<sup>104</sup> Buna karşın karşılıklılık ilkesinin uygulanmasının başvurucu üzerindeki etkisinin AİHS'i ihlal edip etmediğini araştırmıştır. Yunan vatandaşı murisin vefat ettiği tarihte Yunanistan'ın kendi ülkesinde miras yoluyla taşınmaz edinimi konusunda Türk vatandaşlarına karşılıklılık ilkesini uygulamadığının ortaya konulmadığından bahisle o dönem geçerli olan kanunun (Tapu Kanunu'nun 35. maddesi) öngörülebilir biçimde uygulanmadığına ve bunun kanunilik ölçütünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>105</sup>

AYM, miras yoluyla taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında AİHM'in anılan kararının konusuna benzer, İoanis Maditinos başvurusunda, Yunanistan'da Türk vatandaşlarının miras yoluyla taşınmaz edinemedikleri yönünde bir bulgu olmadığı halde, Yunan vatandaşı başvurucunun mirasçılık belgesinin Türk mahkemelerince iptal edilmesinin kanuni dayanağının makul ve yeterli bir gerekçeyle ortaya konulmadığını belirtmiştir.<sup>106</sup> Türk vatandaşlarının da Suriye'de taşınmaz edinim hakkı olmadığı gerekçesiyle Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde miras hakkını kullanabilmelerini sağlayan mirasçılık belgesi verilmesinin reddedildiği iddiasıyla Suriye vatandaşları tarafından yapılan bireysel başvuru ise biraz daha farklıdır.<sup>107</sup> AYM, Yargıtay'ın, karşılıklılık olmasa da Suriye vatandaşı mirasçılara mirasçılık belgesi verilmesi gerektiği yönünde süregiden içtihadına atıf yaparak, başvuruya konu olan somut olayda derece mahkemelerinin bu içtihattan ayrılarak neden farklı bir tutum izlediklerini makul ve haklı gerekçelerle ortaya koyamadığını tespit etmiştir.<sup>108</sup> AYM'nin Suriye vatandaşlarına karşılıklılık olmasa da mirasçılık belgesi verilmemesinin ihlal oluşturduğu yönündeki tespitinin nirengi noktasını bu tespit ve bu bağlamda Kanun'un somut olayda belirli ve öngörülebilir bir şekilde uygulanmadığı yönündeki bulgu oluşturmaktadır.<sup>109</sup> Oysa referans verilen içtihat incelendiğinde, Yargıtay'ın "Türkiye'de bulunan taşınmazları edinmede karşılıklılığın bulunmaması halinde ise mirasçılardan miras bırakanla irs ilişkisini ve miras paylarını gösterecek ve Türkiye'de bulunan taşınmazların mirasçılara geçmeyeceği yönünde kayıt içerecek şekilde mirasçılık belgesi düzenlenmelidir." biçiminde şartlı tespiti dikkat çekmektedir.<sup>110</sup> Yargıtay aslında mirasçılık belgesinin soybağını kurmak ve açılan davalarda temsili sağlamak gibi amaçlarla istendiğinde bu talebin

<sup>101</sup> Shahradska Fard, *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*, (New York: Routledge 2016), 57.

<sup>102</sup> *ibid.*, 58.

<sup>103</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), B. 5310/71, (18 Ocak 1978), § 239.

<sup>104</sup> AİHM, B. 45628/99, (27 Mart 2007) § 70-78.

<sup>105</sup> *ibid.*

<sup>106</sup> AYM, B. 2015/9880, (8 Mayıs 2019) § 63.

<sup>107</sup> AYM, 2017/16211, (2 Haziran 2020).

<sup>108</sup> *ibid.*, § 58-59.

<sup>109</sup> *ibid.*, § 60-61.

<sup>110</sup> Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/2548 (21 Mart 2019). AYM doğrudan atıf yapmamış olsa da benzer yönde Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2021/2943 (20 Nisan 2021).

reddedilemeyeceğini belirtmektedir. Türkiye'deki taşınmazların edinimiyle ilgili ise karşılıklılık ilkesinin uygulanmayacağı yönünde istikrarlı bir içtihat olduğu söylenemez.

Mevzuatımızda her ne kadar yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesi kaldırılmış olsa da bu ilkenin arandığı haller halen mevcudiyetini korumaktadır.<sup>111</sup> Örneğin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yabancıların adli yardımdan yararlanabilmelerinin ayrıca karşılıklılık şartına bağlanmıştır. Karşılıklılık ilkesinin uygulanacağına kanunda açıkça belirtildiği bu gibi hallerde dahi AYM, ilkeyi doğrudan uygulamaktan kaçınmaktadır.<sup>112</sup> AYM adli yardım talebinde bulunan yabancıların bireysel başvurusu ile ilgili olarak başvuru tabiiyetinde olduğu ülke ile Türkiye arasındaki karşılıklılık ilkesinden bağımsız bir değerlendirme yapmaktadır.<sup>113</sup> AYM'ye göre "6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, diğer usul kanunlarda yer alan hükümlerin, bireysel başvurunun niteliğine uygun düştükleri ölçüde uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda bir değerlendirmeye gidildiğinde temel hak ve özgürlüklerinin kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan yabancı bir kişinin sunduğu adli yardım talebinin, sadece karşılıklılık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin, bireylerin hak ve özgürlüklerini merkeze alan bireysel başvurunun ruhuyla bağdaşmayacağı anlaşılmıştır. Dolayısıyla yabancı uyruklu olan başvuru talebinin, karara bağlanması için karşılıklılık şartının karşılanıp karşılanmadığına yönelik bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir."<sup>114</sup> Yukarıda AİHM'in karşılıklılık ilkesinin uygulanma şekline karışmayan ve fakat bu ilkenin uygulanmasının başvuru üzerindeki etkisini incelemeyi tercih eden tutumuna yer verilmişti. AYM ise karşılıklılık ilkesinin varlığının bireysel başvuru yapma hakkına aykırı olduğuna hükmederek, bir anlamda doğrudan uygulanabilecek bir kanun varken bunu uygulamaktan kaçınmıştır. AYM'nin bu tutumuyla adeta Amerikan modeli anayasa yargısına özgü olan ihmal yoluyla bir anayasallık denetimi gerçekleştirdiği değerlendirilmektedir.

İnsan hakları hukuku açısından karşılıklılık ilkesi tamamen ortadan kaldırılmış değildir ve insan haklarında önemli bir rol oynamaktadır.<sup>115</sup> Normatif düzeyde insan hakları anlaşmaları da diğer klasik anlaşmalar gibi taraf devletlere karşılıklı hak ve yükümlülükler yüklemektedir. Bu hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde diğer anlaşmalardan farklı olarak devletlere ayrıca maddi bir yarar sağlanmamaktadır.<sup>116</sup> Devletlerarası ilişkileri düzenleyen anlaşmalarda, taraf devletlerin yükümlülüğünü yerine getirmesinden kaynaklanan çıkarlardan yararlanılması için anlaşma yükümlülüklerinin olmazsa olmaz koşul olarak kabul edilmesi ve uygulanması gerekirken, insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü standartlar tek taraflı olarak da gerçekleştirilebilir. Tek taraflı gerçekleştirilebilmeye rağmen, devletlerin bu tür insan hakları yükümlülüklerini anlaşma biçiminde üstlenmesi, her bir akit tarafın diğer tarafların aynı yükümlülükleri kabul ederek adım atması, topluluk çıkarıyla değil, saf ve ortak çıkarla açıklanabilir.<sup>117</sup>

Temeli devletlerin rızasına dayanan uluslararası hukukta, yeni kuralların oluşmasında bir miktar karşılıklılık aransa da, devredilmez insan hakları kurallarını oluşturan bu kurallar, insan haklarının yorumunda veya uygulanmasında karşılıklılığa izin vermez.<sup>118</sup> Ancak uygulamada, insan hakları sözleşmelerinin temelinde karşılıklılığın bulunmaması, insan haklarına yeterli korumanın sağlanmadığı

<sup>111</sup> Bunların bazıları arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, yabancıların dava ikamesinde göstermek zorunda oldukları teminat (md. 48/2), yabancı mahkeme kararlarının tenfizi (m. 54/a) ve adli yardım talebinde bulunma (md. 334/3) konularında halen karşılıklılık şartının aranması sayılabilir.

<sup>112</sup> AYM, B. 2014/12633, (9 Eylül 2015); AYM, B. 2019/26339, (17 Mayıs 2023).

<sup>113</sup> AYM, B. 2014/12633 § 18-19.

<sup>114</sup> ibid.

<sup>115</sup> Provost, "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law", s. 389.; Fard, *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*, 58.; Whelan, *Reciprocity in Public International Law*, 107.

<sup>116</sup> Simma, "Reciprocity", 401.

<sup>117</sup> ibid., 400-404.

<sup>118</sup> Fard, *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*, 58.

anlamına gelmektedir.<sup>119</sup> Bu da aslında uygulamada karşılaşılan daha geniş ve daha temel bir sorun olan ‘insan hakları sözleşmelerine uyulmaması sorununa’ işaret etmektedir.<sup>120</sup> Klasik türdeki anlaşmalarda karşılıklılık, tarafların anlaşmanın hükümlerine uymasını sağlarken, insan haklarında karşılıklılığın reddedildiği argümanı da bu sözleşmelerde az evvel bahsedilen sınırlı uyumun sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir.<sup>121</sup>

İnsan haklarının uygulanabilirliğine ilişkin şartlar konusunda sözgelimi vatandaşlık gibi nedenler mevcuttur.<sup>122</sup> Sözgelimi Birleşik Krallık eğitim hakkıyla ilgili olarak kendi vatandaşlarına ya da Avrupa Birliği üyelerinden gelenlerin okul ücretlerini daha düşük fiyatta tutarken, uluslararası öğrencilerden aynı eğitim için daha yüksek tutarda ücret almaktadır. AİHS’in 16. maddesi taraf devletlere ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkı ve ayrımcılık yasağı konularında yabancılara kısıtlama getirilebileceğini öngörmektedir. Anayasa’nın 16. maddesi de temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir.

Son olarak yabancılara mülkiyet hakkı tanınmasıyla ilgili şu hususun belirtilerek çalışmanın tamamlanması uygun olacaktır. Karşılıklılık ilkesi insan hakları hukukunun amacı ve uygulanması açısından önemli olmakla birlikte, zorunlu bir ilke değildir. İnsan hakları öğretisi açısından değerlendirildiğinde, karşılıklılık ilkesi uygulanmadan yabancılardan taşınmaz edinimlerinde Türk vatandaşları ile yabancılar arasında adil olmayan bir dengesizlik hali ortaya çıkmaktadır. X ülkesinin vatandaşı A, Türkiye’de bir binadan bir daire satın aldığı anda mali durumu  $M_A+1$  olmaktadır. Oysa Türk vatandaşı B, belki TL ile geçimini sağlayan bir emekçi, belki de X ülkesinde taşınmaz alabilecek kadar maddi gücü olan biri olabilir. Her iki olasılığa rağmen, B, benzer bir daireyi aynı koşullarla satın alamadığı için ve kendi ülkesinde bir ihtimal alabileceği taşınmaz da eksildiği için mali durumu  $M_B-1$  olmaktadır. Görüldüğü gibi A’nın mali durumu  $M_A+1$  ile yükselen bir değer alırken, Türk vatandaşı B’nin mali durumu  $M_B-1$  düşmektedir. Bu durumda iki ayrı ülkenin vatandaşı arasında açık bir eşitsizlik ve hatta yabancı A lehine bir imtiyaz tanınmış olmaktadır. Karşılıklılık ilkesinin uygulanmaması vatandaş aleyhine objektif ve makul bir nedene dayanmayan bir eşitsizlik hali yaratmaktadır. Bu bağlamda diğer milletlerle hak eşitliğinin, uluslararası eşitliğin sağlanması yanında ayrımcılığın giderilmesi de ancak karşılıklılık ilkesinin uygulanması ile sağlanabilir.

## Sonuç

Yabancılardan taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin kaldırılması anayasaya aykırıdır. AYM’nin karşılıklılık ilkesini kaldıran yasa değişikliğinin iptalini reddeden kararı eristik diyalektikle yazılmıştır. AYM’nin “soyut niteliği gereği Başlangıç’taki görüş ve ilkeler anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız bir ölçü norm olarak uygulanamaz ve fakat diğer anayasal maddelerin yorumlanmasında destek ölçü norm olarak kullanılabilir” argümanındaki akıl yürütmesinde düştüğü mantık hatası ‘kanıtı varsayma’dır. Anayasa’nın Başlangıç kısmına bağlayıcılık atfeden 176. madde göz önüne alınmadan, Başlangıç’taki bazı ifadelerin anayasallık denetiminde doğrudan uygulanamayacağını ileri sürmek anayasa hukukunun metodolojisine aykırıdır. Zira bir kurala istisna getirmek onu değiştirmek anlamına gelmektedir ve AYM’nin anayasa değişikliği yapma yetkisi yoktur. Başlangıç’taki hukuk ötesi birkaç ifadenin belirsiz niteliğine vurgu yaparak belirsizliği aslında bazı somutlaştırılabilecek diğer kısımlara, yani başlangıcın tümüne yaymak mantıkta genelleme hatası olarak dikkat çekmektedir. Anayasa’nın Başlangıç kısmında geçen Türkiye Cumhuriyeti’nin “dünya milletleri ailesinin şerefli bir üyesi” olduğu ibaresi uluslararası eşitlik ilkesini ifade etmektedir. Karşılıklılık ilkesi ise uluslararası eşitlik ilkesini

<sup>119</sup> Kaushalya Balaindra, “The Law of Reciprocity in Public International Law and the Protection of Human Rights”, *Exeter Law Review* 46 (2021), 13.; Eric A. Posner, “Human Rights, the Laws of War, and Reciprocity”, *Law & Ethics of Human Rights*, 6/2 (2012) 148, 150.

<sup>120</sup> Balaindra, “The Law of Reciprocity in Public International Law and the Protection of Human Rights”, 14.

<sup>121</sup> Posner, “Human Rights, the Laws of War, and Reciprocity”, 171.

<sup>122</sup> Provost, “Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law”, s. 389.

sağlamak için kimi durumlarda yeterli olmamakla birlikte, bunun zorunlu bir sonucudur. Aksi ispat edilebilmiş değildir. Karşılıklılık ilkesinin teorik alt yapısının ve ilkesel değerinin analizi için sonraki çalışmalara başlangıç oluşturabilecek bulgulara yer verilmiştir. Karşılıklılık ilkesi Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkında yer almakla birlikte, AYM'nin karşılıklılık ilkesinin Anayasa'da hiçbir şekilde yer almadığı argümanı doğru değildir. İnsan hakları anlaşmaları karşılıklılık temeline dayanmamakla birlikte, bu anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklere uyulmasında ve anlaşmanın uygulanmasından elde edilen menfaatler karşılıklılık ilkesiyle gerçekleştirilebilir. Yabancıların taşınmaz ediniminde karşılıklılık ilkesinin tek taraflı kaldırılması Türk vatandaşları aleyhine eşitsizlik yarattığından insan hakları öğretisiyle de bağdaşmamaktadır. Siyasi iktidarın yabancıların taşınmaz edinimine ilişkin kural belirleme yetkisinin sınırını Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan Devletin temel amaçlarında belirtilen Türk vatandaşlarının önündeki siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma görevi çizmektedir.

## Kaynakça

- Altındağ, Halil. *İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi*. İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Altuğ, Yılmaz. *Yabancıların Arazi İktisabı Meselesi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 4. Basım, 1976.
- Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*. Ankara, Seçkin, 4. Basım, 2021.
- Arsel, İlhan. *Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları*. Ankara: Mars Matbaası, 1965.
- Atasoy, Toygun. *Türkiye'de Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Ediniminin Sınırlandırılması: Antalya İli Alanya İlçesi Örneği*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Balaindra, Kaushalya. "The Law of Reciprocity in Public International Law and the Protection of Human Rights". *Exeter Law Review* 46 (2021), 7-15.
- Batum, Süheyl vd. *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*. İstanbul: On İki Levha, 2021.
- BMGK, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. New York: Birleşmiş Milletler, 1992. [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A\\_CONF.151\\_26\\_Vol.I\\_Declaration.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf).
- Clapham, Andrew. *Human Rights a Very Short Introduction*. Oxford: OUP, 2. Basım, 2015.
- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. New York: OUP, 9. Basım, 2019.
- Çelikel, Aysel. – Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 25. Basım, (İstanbul: Beta, 2020).
- Devlaeminck, David J. "The Legal Principle of Reciprocity and China's Water Treaty Practice". *Chinese Journal of Environmental Law*. 2/2, (2018) 195-222.
- Dost, Süleyman. "Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi". *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/2 (2015) 1-37.
- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa ve Özgürlük*. Ankara: Yetkin, 2002.
- Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri*. Ankara, Seçkin, 5. Basım, 2023.
- Eroğul, Cem. *Anatüzeğe Giriş*. Ankara, İmaj, 9. Basım, 2007.
- Ekşi, Nuray. *Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı*. İstanbul: Beta, 2. Basım, 2012.
- Fard, Shahrhad Nasrolahi. *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*. New York: Routledge 2016.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Anayasa Hukuku*. Ankara, Yetkin, 10. Basım, 2022.

- Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. Ankara, Yetkin, 5. Basım, 2020.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*. Bursa: Ekin, 1999.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa, Ekin, 4. Basım 2021.
- Gözler, Kemal. "Yorum İlkeleri". *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*. Ed. Ozan Ergül. 15-119. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2014.
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku Anayasa Metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*. Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Basım, 2000.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*. Ankara, Yetkin, 2009.
- Hodgson, Stephen vd., "Land Ownership and Foreigners: A Comparative Analysis of Regulatory Approaches to the Acquisition and Use of Land by Foreigners". *Food and Agriculture Organization of the United Nations* Erişim 1 Kasım 2023. <https://www.fao.org/3/bb039e/bb039e.pdf>.
- İVSADM, İkamet ve Selahiyeti Adliyyeye Dair Mukavelename (Kanun No. 341), Resmî Gazete 22 (10 Eylül 1923) Erişim 1 Kasım 2022. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.340.pdf>.
- Jennings, Robert –Watts, Arthur. (ed.) *Oppenheim's International Law*. 2 Cilt. Londra: Longman, 9. Basım, 1992.
- Lenhoff, Arthur "Reciprocity in Function: A Problem of Conflict of Laws, Constitutional Law, and International Law". *University of Pittsburgh Law Review*, 15/1 (1953), 44-72.
- Nasrolahi Fard, Shahradi. *Reciprocity in International Law: Its Impact and Function*. New York: Routledge, 2016.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 23. Basım 2021.
- Oder, Bertil Emrah. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*. İstanbul, Beta, 2010.
- Orekhelashvili, Alexander. "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisdiction of European Court of Human Rights". *EJIL*, 14, (2003), 529-568.
- Özbudun, Ergun. "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika". *Fazıl Sağlam 65 Yaş Armağanı*. Ed. Osman Can vd. 319-332. Ankara: İmaj 2006.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara, Yetkin, 17. Basım, 2017.
- Özel, Sibel. "Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmeleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 17/1-2, (1997), 305-315.

- Posner, Eric A. "Human Rights, the Laws of War, and Reciprocity". *Law & Ethics of Human Rights*, 6/2 (2012) 147-171.
- Provost, René. "Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law". *British Yearbook of International Law*, 65/1, (1994), 383-454.
- Rousseau, Jean Jacques. *Toplum Sözleşmesi*. çev. Vedat Günyol. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür, 26. Basım, 2020.
- Sabuncu, Yavuz. *Anayasaya Giriş*. Ankara: İmaj Yayınları, 15. Basım, 2012.
- Sağlam, Fazıl. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Schopenhauer, Arthur. *Eristik Diyalektik Haklı Çıkma Sanatı*, çev. Ülkü Hıncal. İstanbul: Sel Yayıncılık, 2012.
- Simma, Bruno. "Reciprocity", *Max Plunck Encyclopedia of Public International Law*. ed. R. Bernhardt. 400-404. Netherlands: OUP 2008.
- Sevinç, Murat. "Anayasanın Başlangıç İlkeleri". *Demokratik Anayasa*. ed. Ece Göztepe - Aykut Çelebi. 62-81. İstanbul: Metis, 2012.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*. çev. İbrahim Kaya. Ankara: Tüba, 2018.
- Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul, Gerçek Yayınevi, 6. Basım, 1986.
- Şirin, Tolga. *Anayasa'dan Çıkış*. İstanbul: İmge, 2. Basım, 2023.
- Şirin, Tolga. "Anayasa'nın Başlangıç Kısmı Hakkında Bir Çözümleme". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18/2 (2021), 1471-1498.
- Şirin, Tolga. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*. İstanbul: On İki Levha, 2. Basım, 2019.
- Tanör, Bülent. – Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 20. Basım, 2020.
- Tanör, Bülent. *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*. İstanbul: TÜSİAD, 1997.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 26. Basım, 2023.
- Teziç, Erdoğan. *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- Tuzet, Giovanni. "On the Absence of Evidence". *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, ed. Thomas Bustamante - Christian Dahlman. 37-52. Switzerland: Springer, 2015.
- TÜİK, Türkiye İstatistik Kurumu. *Yabancılarla Yapılan Konut Satış Sayıları, 2013-2023* (Ekim, 2023) <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Konut-Satis-Istatistikleri-Ekim-2023-49514>.
- Uygun, Oktay. "Oktay Uygun'un Konuşması". *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*. Ed. Ozan Ergül. 308-315. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2014.

Ünlü Öztürk, Ceren. - Yılmaz Bayram, Zeynep. "Yabancı Coğrafyada Konut Talebinin Sosyal ve Ekonomik Etkileri: Trabzon Örneği", *Cografya Dergisi* 42 (2021), 81-194.

Yazarsız, Yazarsız. "Yabancıların Türkiye'de Gayrimenkul İktisabı". *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 5/2, (1985), 123-142.

Yazıcı, Serap. "Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile". *Ergun Özbudun'a Armağan*. ed. Serap Yazıcı vd. 2/739-808. Ankara: Yetkin, 2008.

Whelan, Arienna. *Reciprocity in Public International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.

### **Kararlar**

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1974/13 (25 Nisan 1974).

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1985/7 (13 Haziran 1985).

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 1986/24 (9 Ekim 1986).

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2005/14 (14 Mart 2005).

AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2007/48 (11 Nisan 2007).

AYM, B. 2014/12633, (9 Eylül 2015).

AYM, B. 2019/26339, (17 Mayıs 2023).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. 5310/71, (18 Ocak 1978).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. 45628/99, (27 Mart 2007).

UAD, Uluslararası Adalet Divanı, (21 Mart 1959).

UAD, Uluslararası Adalet Divanı, (12 Nisan 1960).

Yargıtay, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, K. 2019/2548 (21 Mart 2019).

Yargıtay, Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, K. 2021/2943 (20 Nisan 2021).

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Notları:** Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 7-8 Kasım 2023 tarihlerinde gerçekleştirilen "Hukukun Güncel Sorunları Sempozyumu IV" isimli uluslararası bilimsel toplantıda sunulan yayınlanmamış bildirinin genişletilmiş ve geliştirilmiş halidir.

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.



**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## İslam Borçlar Hukukunda Beklenmeyen Hal

### *Unexpected Situation in Islamic Law of Obligations*

Ahmet Akman 

Doç. Dr., Necmettin Erbakan  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İslam  
Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye,  
aakman@erbakan.edu.tr



Geliş Tarihi/Received: 24.01.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 26.06.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Öz:** Sözleşmeler tarafların karşılıklı irade beyanları ile bağlayıcılık vasfı kazanarak kurulur. Meydana gelen akdî bağ ancak karşılıklı rıza ile sonlandırılabilir. Ancak bunun dışında taraflar arasındaki sözleşmeye bazı dış etkenler de olumsuz etki edebilmektedir. Bazı olağanüstü durumların sebep olduğu dış etkenler sözleşmeye devamı imkânsız kılacak derecede ağır olabilir. Sözleşmeye devamı imkânsız hale getiren bu durumlarda artık taraflar edimlerinin ifasına devam edemezler. Bu durum tarafların sorumluluklarını da sona erdirir. Ancak meydana gelen dış etkenler bu denli ağır olmaz ve de tarafların sözleşmeye devamlarını imkânsız hale getirmeyecek olursa, taraflar arasındaki akdî ilişkinin yeni şartlara uyarlanması mümkün olur. Her birinin hukuki sonuçları farklı olmak üzere ilkinde mücbir sebep, makalemizde ağırlıklı ele aldığımız diğere de beklenmeyen hal adı verilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Sözleşme, Borç, Mücbir Sebep, Beklenmeyen Hal

**Abstract:** Contracts are established by mutual declaration of intent of the parties and become binding. Apart from mutual consent, some external factors can also have a negative impact on the contract between the parties. These extraordinary circumstances may be severe enough to make it impossible to continue the contract. In these cases, which make it impossible to continue the contract, the parties can no longer continue the performance of their obligations. This situation also ends the responsibilities of the parties. However, if the external factors are not so severe and do not make it impossible for the parties to continue the contract, it is possible to adapt the contractual relationship between the parties to the new conditions. The first one is called force majeure, and the other one, which we mainly discuss in our article, is called unexpected situation, provided that the legal consequences of each are different.

**Keywords:** Islamic Law, Contract, Debt, Force Majeure, Unexpected Situation

### Extended Abstract

Contracts concluded between the parties should be terminated by the mutual will of the parties. Because the main thing is that the contracts are terminated by normal performance. The principle of 'the contract is the law of the parties' as well as the principle of loyalty to the agreement in respect of private law contracts is generally adopted by legal systems, including Islamic law. However, some external factors also affect the future of the contract. Some of them are strong enough to prevent the continuation of the contract. However, some of them do not prevent the continuation of the contract, but enable it to be adapted to the new situation. Among the external factors that prevent the continuation of the contract is the impossibility of performance, which prevents the continuation of the contract between the parties. Depending on the stage at which performance becomes impossible, there may be initial or subsequent impossibility. For the party who is not at fault, the initial and subsequent impossibility of the obligation release him from liability. However, in both cases, liability may arise if there is fault. Such situations that prevent the performance of the obligation are called 'performance restraints'. Some of the performance restraints may arise from extraordinary circumstances such as 'force majeure' and 'unexpected

circumstances'. The important factor in whether or not the performance restraints cause liability is the existence of the causal link between fault and damage, which is one of the most fundamental determinants of contractual liability. Extraordinary circumstances are among the most important issues that eliminate this link. Continuation of the contractual relationship despite the extraordinary situation may cause unforeseen damages to one or both of the parties. However, such extraordinary circumstances should not be caused by the parties. If one or both of the parties have caused this situation with their own acts, omissions and defects, the claim for damages will not be heard, and if the conditions are right, the party that caused it may even be liable for compensation. At this point, it should be noted that there are some differences between force majeure and unexpected circumstances. In force majeure, both avoidance and prevention are impossible. On the other hand, in an unexpected situation, damage occurs due to a situation that can be avoided but cannot be prevented. In the event of an unforeseen circumstance, there is a need for an adaptation that takes into account the changing conditions, while in force majeure, the contract must be terminated due to the fact that the conditions for continuation no longer exist. Although the causal link is always severed in force majeure, there may be cases where the causal link is not severed in unexpected circumstances. In this last case, compensation for the damage may be required. In the theory of unexpected situation, when conditions require a significant change compared to the time when the contract was made, the basis is to ensure that the parties continue the contract by adapting the contract to the new changing conditions. When this is not possible, it is accepted that the contract will be terminated. This idea is based on protecting the balance between the mutual debt in the contract and preventing unjust enrichment of one party.

The basic evaluations described above are also generally valid in Islamic law. In Islamic law, unilateral termination of a bilateral, valid and binding contract without a justified reason is not considered. Although this is the basic principle, it is necessary to prevent the deterioration of the contractual balance to the extent possible by compensating some damages arising from extraordinary reasons that disrupt the mutual balance of interests of the parties in the contract and cannot be attributed to the parties. In Islamic law, in addition to the basic principle of 'injury is removed', the principles of 'necessity renders prohibited things permissible' and 'latitude should be afforded in the case of difficulty' form the basis of this idea. In terms of the opinions and jurisprudence that constitute the basis for the theory of unexpected events, two basic understandings should be underlined. The first one, which is accepted in the Hanafi sect, is that some unusual disabilities that prevent the continuation of the lease agreements cause termination. Since the subject of lease contracts is future interest, even if there are unexpected situations that are not due to the fault of the parties, the idea of preventing damage is prioritized and brings the termination of the contract to the fore. The other is the view on fruits and vegetables, which is mostly accepted by the Maliki and Hanbali sects. After the contract for the production and sale of these goods is made, the damages that may occur due to extraordinary circumstances on the product that has not yet been harvested are called "jāiha". It was discussed who bear the damage that would occur. It has been accepted that the buyer should cover the damage occurring at a reasonable rate, and the seller should cover the damage above this rate, and the contractual balance has been tried to be established in this way. Based on these views, it can be said that the fulfillment of contracts is the basic principle of Islamic law. But inspired by the main principle that "the damage is eliminated", to restore the disturbed balance between the parties, solutions in line with justice and equity are brought about by including termination or adaptation opportunities at the discretion of the judge within the legal order.

## **Giriş**

Tarafların hür iradeleriyle kurdukları sözleşmeleri ifa etmeleri de kendilerine yüklenilen bir sorumluluktur. Bu sorumluluğun yerine getirilmediği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Ancak bu taraflara yüklenebilecek bir kusurdan kaynaklanmadığında sorumluluk tamamen veya kısmen farklılaşır yahut ortadan kalkar. Taraflara yüklenebilecek kusuru bertaraf eden bazı dışsal sebepler

ortaya çıkabilmektedir. Özellikle iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde, kuruluştaki şartlar ifa döneminde öngörülemez şekilde değişmiş olabilir. Meydana gelen beklenmedik hallerin bazıları ise, alınacak ilave tedbirlerle sözleşmenin yeni şartlara uyarlanarak ifasına engel olmayabilir.

İfa borçlu taraf için doğal olarak zahmet ve zorluk gerektirse de ahde vefa (Pacta Sunt Servanda) prensibine dayalı olarak sözleşmelerin yerine getirilmesi sözleşmeler hukukunun Türk Borçlar Hukukunda da kabul edilen Roma Hukukundan bu yana en temel niteliğidir.<sup>1</sup> Aynı yaklaşımın İslam Hukukunda da mevcut olduğu yönünde değerlendirmeye imkân veren ve akitlerin ifasına vurgu yapan ayetlerin<sup>2</sup> yanında, Hz. Peygamber'in (s.a.) "Haramı helâl, helâli haram kılmadıkça Müslümanlar aralarındaki şartlara uymak zorundadır." hadisinde de bu hususun altı çizilmektedir.<sup>3</sup> Bu naslarda söz ve akitleri yerine getirmenin gerekliliği ortaya konulmuştur. Özel hukuka dair sözleşmelere riayet etme konusunda 'akit tarafların kanunudur' ilkesi hukuk sistemleri tarafından umumiyetle benimsenmiştir. Bu kaide mucibince taraflar hukuki bir gerekçe olmadan veya karşılıklı rızaları dışında sözleşme hükümlerine uymak zorunda olup, onu tek yanlı tadil edemezler.<sup>4</sup> Borcun ifa dışında sona ermesini sağlayan başka sebepler de bulunmaktadır. Bunlardan ifanın imkânsız hale gelmesi de bu sebepler arasında sayılabilir. İfanın imkânsız hâle geldiği safhaya göre farklı sonuçları olmak üzere, başlangıçta veya sonraki imkânsızlık söz konusu olabilir. Baştaki imkânsızlık kendisine kusur izafe edilemeyen ve mütemerrit olmayan borçluyu sorumluluktan kurtarmaktadır.<sup>5</sup> Beklenmeyen hallerin de dahil olduğu ifa engelleri ve sorumluluğun unsurlarından olan illiyet bağı ve onun kesilmesi ele aldığımız konunun anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. Konu özellikle ilk bölümde Türk Borçlar Hukuku açısından ele alınacak ve ikinci bölümde elverdiği ölçüde İslam hukuku ile bir mukayese çerçevesi oluşturulmaya çalışılacaktır. Çalışmamızda beklenmeyen halin özel hukuk boyutuna yer verilerek, imkânsızlık ve ilişkili diğer kavramlardan da konuyu anlaşılması boyutunda istifade edilmiştir.

## I. İfa Engelleri ve Beklenmeyen Hal İlişkisi

Bir sözleşmenin normal ve tabii yolla sona ermesi onun ifası suretiyle olur. Ancak ifa sürecinde çeşitli engeller meydana gelebilir. Borçlu bu nedenle borcunu yerinde ve zamanında yahut sözleşmeye uygun olarak yerine getiremez. Bu sonucun kendisinden kaynaklandığı durumlara ifa engelleri adı verilir. İfa engellerinin bir kısmı mücbir sebep ve beklenmeyen hal gibi olağanüstü durumlardan doğabilir. Genel olarak bakıldığında gereği gibi ifa edilmeme (ayıplı ifa), temerrüt ve imkânsızlık gibi kavramlar da ifa engelleri olarak değerlendirilebilir. Borcun hiç yahut gereği gibi veya geç ifa edilmesi de söz konusu olabilir. Borç ilişkisinin ifa ile sona ermesine ve beklenen amaca ulaşılmasına mâni olan tüm olgular bu kapsama dahil edilir.<sup>6</sup> Ayrıca baştaki ve sonraki çeşitli imkânsızlık halleri ile başlangıçtaki imkânsızlığı bilen veya bilmesi gereken tarafın sorumlu olduğu sözleşme öncesi kusur (Culpa in Contrahendo) durumlarını da bu kapsamda zikretmek gerekir. Gereği gibi ifa edilmemeye edim alacaklısının elinden edim konusunun alınması (zapt) da dahil edilmelidir. Bu sebeple ifa engellerinin merkezinde daha ziyade imkânsızlık olgusunun yer aldığı düşünülmektedir.<sup>7</sup>

İfa engeli temerrüt ve imkânsızlıkta olduğu gibi sürekli veya geçici olabilir yahut hasar temelli bir bakış açısıyla taraflardan herhangi birinin etki alanında olmuş olabilir. Ayrıca sözleşme kurulmadan önce veya sonra, herkes bakımından (objektif) veya sadece borçlu bakımından (subjektif) geçerli ifa engelleri

<sup>1</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 376.

<sup>2</sup> el-İsra, 17/34; el-Maide, 5/1.

<sup>3</sup> Ebû İsa Muhammed b. İsa et-Tirmizî, *Sunen*, thk. Beşşar 'Avvad Ma'rûf (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1998), Ahkâm, 17.

<sup>4</sup> Feyzioğlu Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), 2/478; Abdürrezzak es-Senhuri, *Mesâdiru'l-hak fi'l-fikhi'l-İslamî* (Lübnan: Darü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1953), 6/14; Vehbe ez-Zuhaylî, *Nazariyyetu'z-zarûra* (Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1405), 317.

<sup>5</sup> TBK, md. 136, 137.

<sup>6</sup> Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 130.

<sup>7</sup> Ayşe Havutçu, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar", *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 309, 325.

de ortaya çıkabilir.<sup>8</sup> Her bir alternatifin olağanüstü ve beklenmeyen hallerle çeşitli yönlerden ilişkisi söz konusudur. Umumi manada beklenmeyen halin ortaya çıkışı itibariyle temel belirleyici olarak hasarın kimde olduğu önem taşır. Diğer taraftan sonraki imkânsızlık hallerinde görülen kusursuzluk vasfı taraflar arasındaki borç ilişkisini tamamen veya kısmen sona erdirir.<sup>9</sup> Esasen İslam hukukunda daha sonra temas edeceğimiz özrün (hukuki mazeret) kira kapsamındaki sözleşmeler üzerindeki etkisi ve meyve ve sebzelerin hasat öncesi yerinde satışına yönelik sonradan karşılaşılabilecek kusursuz imkânsızlık ve beklenmedik haller, ifa imkânsızlıklarının türlerinden olarak sözleşmenin geleceğine etki etmektedir. Beklenmeyen halin türüne bağlı olarak illiyet rabitası üzerinde farklı etkisi söz konusu olabilmektedir.

### A. İlliyet bağının kesilmesi

İfanın sözleşmenin en temel ve tabii sonuçlarından birisi olması, hâliyle ifa edilmemeye bir hukuki yaptırımı zorunlu kılar. Bu kapsamda tazmin sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için akdî sorumluluğun en temel belirleyicilerinden birisi olan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığı aranır. Olağanüstü durumlar bu bağı ortadan kaldıran hususlardan birisidir. Olağanüstü hale rağmen başlangıçtaki akdî ilişkiye aynen devam edildiği takdirde ön görülmeyen olağan dışı bir zarara maruz kalınacaktır. Bu zarara engel olmak için olağanüstü halin ağırlığına uygun olarak uyarılma veya fesih gündeme gelebilecektir. Bunlardan uyarılma için beklenmeyen hal, fesih için mücbir sebebin varlığı aranır.<sup>10</sup> Ortaya çıkan bu tür olağan dışı durumların öncelikle taraflardan birine isnat edilmemesi de gerekir. Öyle ki taraflardan biri veya ikisi bu duruma kendi fiil, ihmal ve kusurları ile sebep olmuş olabilirler. Örneğin beklenmedik hal, zarar gören tarafın kusurlu hareketlerinden kaynaklanmış ise, zarar iddiası dinlenmeyeceği gibi, şartlar gerçekleşmişse kendisi tazminat yükümlüsü dahi olabilir.<sup>11</sup>

Beklenmeyen halde kaçınılması imkânsız değil ancak engel olunamayan bir durum sebebiyle zarar doğmaktadır. Mücbir sebepte ise, kaçınılması ve de engel olunması konusunda imkânsızlık vardır. Her ikisinde de zarardan sorumluluk bertaraf olmakla beraber, beklenmedik halde değişen şartları gözetilen bir uyarılma ihtiyacı söz konusu olmakta, mücbir sebepte ise, devam koşullarının artık bulunmaması sebebiyle sözleşmenin de sona ermesi lüzumu ortaya çıkmaktadır. Mücbir sebepte illiyet bağı her zaman kesildiği halde, beklenmeyen halin illiyet bağını kesmediği durumlar olabilir. Bu son durumda zararın tazmini gerekebilecektir.<sup>12</sup>

### B. İmkânsızlık, aşırı ifa güçlüğü ve beklenmeyen hal

Türk Borçlar Kanunu konusu itibariyle imkânsız olan sözleşmeleri kesin olarak hükümsüz kabul ederek, bunu baştaki imkânsızlık olarak kabul etmiştir.<sup>13</sup> Sonraki imkânsızlık ise kusurlu yahut kusursuz olabilir. Sonraki kusurlu imkânsızlık, TBK 112 vd. maddelerde düzenleme konusu yapıldığı şekliyle borca aykırılıktan dolayı tazminat sorumluluğunu doğurur.<sup>14</sup> Sonraki kusursuz imkânsızlık halleri ise,

<sup>8</sup> Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, 2/137; Feyzioğlu Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdın Muhtelif Nevileri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1970), 1/148.

<sup>9</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 103.

<sup>10</sup> Senhuri, *Mesâdiru'l-hak*, 4/14.

<sup>11</sup> Abdürrezzak es-Senhuri, *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî el-Cedîd* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1952), 1/673; Haluk Burcuoğlu, *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 56; Abdüsselâm et-Termânîni, *Nazarîyyetü'z-zurûfi't-târi'e* (Dımaşk: Daru'l-Fikr, 1971), 44; Mustafa Ünal, *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 154; Abdul Basir Bin Mohamed, "İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk", çev. Emrah Gökmen, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2021), 616.

<sup>12</sup> Muḥammed b. Aḥmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-ʿEimme es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, thk. Ḥalîl Muḥyiddîn el-Meyyis (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1414/1993), 15/80,81; 16/10; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1388), 5/402; Ebû Muhammed Gânim b. Muhammed el-Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât* (Kahire: Darü's-Selam, ts.), 1/78; Şefik Şehhâte, *en-Nazarîyyetü'l-âmmeh li'l-İltizâmât fi's-Şer'iati'l-İslâmiyye* (Mısır: İtimat Matbbası, ty.), 177; Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2017), 2/1598; Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku* (Ankara: Ajans Türk, 1961), 328, 463 vd.

<sup>13</sup> TBK, md. 27/1.

<sup>14</sup> Mehmet Altunkaya, *Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 146.

TBK md. 136 ve 137’de tam ve kısmi olmak üzere düzenlenmiştir. Nihayet önceki Borçlar Kanunu’nda yer almayan, ancak öğretiden tarafından dürüstlük kuralları<sup>15</sup> ve esaslı hata<sup>16</sup> kapsamında ele alınan beklenmeyen hale benzer mahiyetteki genel düzenleme aşırı ifa güçlüğü olarak TBK md. 138’de yerini almıştır. Ayrıca tarımsal işletmelerde ortaya çıkan olağanüstü durumlarda kira bedelinden indirim TBK md. 363’te ve yine kira sözleşmelerinde olağanüstü fesih hakkını düzenleyen kira ilişkisinin devamını çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı halinde taraflardan her biri için fesih hakkının varlığı TBK md. 331’de düzenlenmiştir. Bunlar dışında eser sözleşmesinde uyarılama özel olarak TBK md. 480 düzenlenmiş ve başlangıçta öngörülemeyecek durumlar karşısında taahhüt eden korunmuştur.

Mücbir sebep ile beklenmedik hal arasındaki fark öncelikle nitelik yönünden değil, sadece nicelik yönünden görülmektedir. Mücbir sebeple beklenmedik hal arasındaki diğer bir fark ise, mücbir sebep, borçlunun işletme ve faaliyetinin dışında gerçekleşen bir olay iken, beklenmedik hal, işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilmektedir.<sup>17</sup> İmkânsızlık ve beklenmeyen hale sebep olan durumlar bu noktada önem taşımaktadır. Edimin ifasının mücbir sebeple imkânsız hale gelmesi ile artık sözleşmeye devama güç yetirilememektedir. Bu şekildeki olağanüstü halin beklenmedik olaydan farklı sonuçları söz konusu olacaktır. Hukuki bakımdan ‘olağanüstü olay’ kavramı, mücbir sebep, beklenmeyen hal ve TBK md. 138 kapsamında olağanüstü durum değişikliğine yol açan aşırı ifa güçlüğüne neden olan olayların hepsini kapsayan bir üst kavramdır. Aşırı ifa güçlüğüne yol açan beklenmedik haller, deprem, grev, lokavt, savaş, sel baskını gibi olağanüstü mahiyetteki dışsal sebeplerden kaynaklanan, kaçınılması herkes bakımından imkânsız, öngörülemeyen ve önlenemeyen mücbir bir hadiseden farklılaşır. Mücbir sebepte edimin mutlak olarak imkânsızlaşması sebebiyle borcun ifası artık istenememektedir.<sup>18</sup> Bir Yargıtay kararında mücbir sebep, “borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkân olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olay” olarak tanımlanmıştır.<sup>19</sup> Hukukta mücbir sebep kavramıyla, gerçek ya da tüzel kişilerin kendi çabalarıyla isteseler dahi önüne geçemeyecekleri olağanüstü durumlar anlatılmak istenir. Beklenmedik halde mücbir sebepten farklı olarak sözleşme yürürlükte olup, değişen koşullara uygun hale getirilmesi gerekir. Mücbir sebepte ise geleceğe yönelik bir fesih söz konusu edilecektir.<sup>20</sup> Borcun ifasının bu şekilde imkânsızlaşması dışında, ifa borçlu bakımından son derecede ağırlaşmış ve borçludan başlangıçta üzerinde anlaşıldığı şekilde ifa beklenemez hale gelmiş olabilir. Bu, borçlu için beklenmedik, tahmin edilemez yeni bir durumdur. Sözleşmenin ifası borçlunun sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde ortadan kaldırmakta ve dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacak şekilde ağır bir külfet oluşturmaktadır. Her şeye rağmen borcun ifasını aynen istemek, bu gibi durumlarda adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmamakta ve ortaya çıkan durumun ağırlığı ölçüsünde borçlu ediminin yeni şartlara uyumu yahut fesih gündeme gelebilmektedir. Bu nitelikteki hadisenin sözleşmenin kuruluşundan sonra, ancak edimlerin ifasından önce meydana gelmiş olması gerekir. Mücbir sebep indirim sebebi olmayıp, illiyet bağıını ortadan kaldırdığı için sorumluluktan kurtaran bir sebeptir.<sup>21</sup>

Türk Borçlar Hukukunda sözleşmenin yapıldığı esnadaki şartlarına vurgu *clausula rebus sic stantibus* ilkesi ile ifade edilir. Buna göre sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlara bağlı olmasını gerektirir. Aksi durum sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını gerektirir. Uyarılama geleceğe ilişkin olup, daha çok uzun süreli sözleşmelerde söz konusu olur.<sup>22</sup> Arapça kaynaklarda ise adı geçen kavramlar

<sup>15</sup> eMK md. 2/TMK md. 2.

<sup>16</sup> eBK md. 24/TBK, md. 31.

<sup>17</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 554, 640; Senhürî, *el-Vasît*, 1/878.

<sup>18</sup> M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 1/405.

<sup>19</sup> Yargıtay, 13. Hukuk Dairesi, E. 2009/8727, K. 2010/101 ve 18.01.2010 tarihli karar- legalbank. e.t. 23.11.2023.

<sup>20</sup> Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, 2/225; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 641.

<sup>21</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 883; Hasan Erman, *İstisnâ Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller* (Ankara: Fakülteler Matbaası, 1970), 140.

<sup>22</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 554, 555; Senhürî, *el-Vasît*, 1/646.

'züruf/havadisü't-târie' yahut 'özr' şeklinde ifadelendirilmiştir. Ani ortaya çıkan, beklenmeyen olay ve durum anlamlarında kullanılmıştır.<sup>23</sup>

Özel hukukta daha çok uygulama alanı bulan beklenmeyen hal teorisi, koşulların, sözleşmenin yapıldığı zamana göre önemli ölçüde değişmesi halinde, zımnen sözleşmeyi değişen yeni şartlara uyarlayarak tarafların sözleşmeye devamını sağlayan ve mümkün olmadığında ise sözleşmenin münfesi olacağını kabul eden bir anlayışı ifade eder.<sup>24</sup> Bu durumda sözleşmede karşılıklı bedeller arası dengenin korunması ve bir tarafın sebepsiz zenginleşmesinin önlenmesi bakımından yargının müdahalesi mümkün hale gelecektir. Borçlu olan tarafın mahkemeden bu yönde bir talepte bulunması üzerine, edimler arasındaki dengeyi yeniden sağlama adına hâkimin karşı tarafın edimini yükseltmesi söz konusu olabilecek ya da fesih yolunu tercih edebilecektir. Türk hukukunda Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı bu anlayışın ortaya çıkmasında belirleyici olmaktadır. Meydana gelen yeni ve olağan dışı durumlara rağmen borçludan hala ediminin aynen ifasını istemek dürüstlük kuralına aykırıdır.<sup>25</sup>

Öğretide aşırı ifa güçlüğüne yakın görülen bir kavram da işlem temelinin çökmesidir. Bu kavram sözleşmenin amacına yani edime yöneliktir. İşlem temelinin çökmesi ile akdî ilişki kurulurken öngörülemez ve taraflara sorumluluk atfedilmeyen durumlar yüzünden sözleşme temelinin oluşturulan olgular önemli şekilde değişmektedir. Sözleşme taraflarca başlangıçta bilinen veya bilindiği var sayılan bir çerçeveye dayanır. Sözleşmede yer alan başlangıçtaki koşulların değişmesi ile bu işlem çerçevesi ve temeli çökmektedir. Bu sebeple yeniden başlangıçtaki temel esasa dönecek uyarlamaların yapılması gerekir. İşlem temelinin çökmesi de beklenmeyen halde olduğu gibi öncelikle bir uyarlama talebine konu olacaktır.<sup>26</sup> Olağanüstü hallerin sorumluluğa etkisi tarihi süreç içerisinde öncelikle idare ve belli ölçüde uluslararası hukuk alanlarında kendisini göstermiştir. Sonrasında borçlar hukuku alanında akdî ilişkiyi kendisine konu edinmiştir. Özellikle sürekli edimli sözleşmelerde zaman içerisinde tarafların başlangıçtaki durumlarını etkileyen olağanüstü olaylara karşı hukuki bir tedbir olarak gelişmiştir.<sup>27</sup> Eski Borçlar Kanunu'nda bulunmayan Aşırı İfa Güçlüğü yeni kanunda düzenlenmiş<sup>28</sup> ve beklenmeyen hâl anlayışına yeni bir boyut getirmiştir. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halleri<sup>29</sup> gerçekte tam veya kısmî olarak borcu sona erdirmekle birlikte, ilkinde uyarlama yahut şartlar gereği feshe gidilebilmektedir.

Türk hukukunda beklenmeyen halin gerçekleşmesi için olayın öngörülemez, olağanüstü ve istisnai olmasının yanı sıra, karşılıklı edimler arasındaki dengenin bozulmuş olmasında tarafların kasıt ve kusurunun olmaması da aranmaktadır. Meydana gelen beklenmedik halin nadiren meydana gelen bir nitelik taşıması beklenir. Bu durumun sözleşmenin yapıldığı esnada bu şekilde olması gerekir. Burada bahsi geçen niteliklerin takdirinde, borçlu yönünden subjektif değil, objektif olarak ortalama normal bir insan esas alınmaktadır. Bu vasıftaki bir olayın kendisinden çok neticeleri itibariyle önceden öngörülemez (emprovizyon) olması anlam ifade eder. Önceden teorik olarak yapılan değerlendirmeler TBK md. 138 sonrası daha somut kriterlerle ifade edilmiştir. Beklenmeyen halin meydana gelmesine

<sup>23</sup> Ebû Mansûr Muhammed b. el-Ezherî, *Tehzîbu'l-Luğa* (Beyrut: Darü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 2001), 2/184; Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Darü Sâdır, 1414), 4/545; Ebû'l-Velîd Muhammed b. Aḥmed b. Muḥammed b. Aḥmed Kurtûbî Endelüsî İbn Rüşd, *Bidâyetu'l-muctehid ve nihayetu'l-muktesid* (Kâhire: Dâru'l-Ḥadîs, 2004), 4/14; Senhuri, *el-Vasîf*, 1/646.

<sup>24</sup> Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (İstanbul: Onikilevha, 4. Bası, 2020), 125; Senhuri, *Mesâdiru'l-hak*, 6/20; Zuhaylî, *Nazariyyetu'z-zarûra*, 319.

<sup>25</sup> TMK md. 2 ve TBK md. 480/2; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 672 vd.; Ali Bardakoğlu, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi", *EÜHFD* 3/2 (1985), 71.

<sup>26</sup> Hamdi Tamer İnal, *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 448; Latif Tile, *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü* (Ankara: Yetkin, 2021), 65.

<sup>27</sup> Muhammed Reşîd Kabbânî, "Nazariyyetu'z-zurûfi't-târie' fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-vadî", *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî* 2/2 (ts.), 135.

<sup>28</sup> TBK, md. 138.

<sup>29</sup> TBK, md. 136, 137.

rağmen başlangıçtaki sözleşmeye uygun olarak ifaya devam edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması için oluşan olağanüstü durumun borçlunun etki alanında doğmamış olması da önem arz eder. Somut bir sözleşme türü üzerinde her iki dönemdeki Borçlar Kanunu'nda beklenmeyen hal düzenleme konusu yapılmıştır.<sup>30</sup> İstisna (eser) sözleşmesi kapsamında iş sahibinin edimi götürü bedel olduğunda, başlangıçta öngörülemeyen durumlar fesih veya uyarılma talebine konu olabilecektir. Eser sözleşmeleri bakımından bu madde ile TBK 138. madde arasında özel/genel hüküm ilişkisi söz konusudur. Bu hükümlerden yola çıkarak Medeni Hukuktaki dürüstlük ve Borçlar Hukukundaki esaslı hata çerçevesi de konuya diğer sözleşmeler bakımından teorik alt yapı oluşturmuştur.<sup>31</sup> Aynı etki kiralık tarımsal işletmelere de yansımış ve olağanüstü durumlarda kira bedelinden indirim başlıklı TBK md. 363'te "Tarımsal bir taşınmazın her zamanki verimi, olağanüstü felaket veya doğal olaylar yüzünden önemli ölçüde azalırsa kiracı, kira bedelinden orantılı bir miktarın indirilmesini isteyebilir." düzenlemesi getirilmiştir. İslam hukukunda da kira kapsamındaki sözleşmelerden yukarıdaki ile benzer bir müessese olarak 'müzara'a' sözleşmesinde, temas edileceği üzere beklenmeyen hâlin etkisi söz konusudur.

## II. İslam Hukukunda Beklenmeyen Haller

İslam hukukunda umumi prensip; sıhhat, nefaz (yürürlük) ve lüzum (bağlayıcılık) şartlarını taşıyan sözleşmelerin tarafların tek taraflı iradesi ile feshedilemeyeceği, ancak muhayyerlik, ikrah ve fesat hallerinde tek taraflı, ikâle ile de iki taraflı olarak sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilir.<sup>32</sup> İslam hukukunda var olan özür, zaruret, ikrah ve acz gibi birtakım kavramlar, taraflardan biri aleyhine oluşan haksız zararı giderme konusunda hukuki bir çerçeve oluşturmaktadır. Ortada mutadın üstünde bir zarar söz konusu olup, bu zarar sözleşmenin yapıldığı esnada öngörülemeyen, icâre (kira) sözleşmesi örneğinde olduğu gibi vade ve zamana yayılan mahiyetteki sözleşmelerde, beklenen yararı açık olarak ihlal eden ve borçlunun edimini ifa etmesi durumunda onu ağır bir yük altına sokan nitelikte olmaktadır. Bunu teamülde alışılmış olan zararların üstünde aşırı bir yük olarak anlamak gerekir.<sup>33</sup> Beklenmeyen hal olarak kabul edilebilecek bu aşırı ifa güçlüğü teorik olarak geniş çerçevede zaruret ilkesi içerisinde kendisine yer bulur.<sup>34</sup> Esasen *zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar*,<sup>35</sup> *meşakkat teysiri celbeder*<sup>36</sup> ve *bir iş zîk oldukta müttesi olur*<sup>37</sup> külli kaideleri de bu kapsamda uygulama imkânı bulur. Nihayetinde karşılaşılan olağan kabul edilemeyecek durumların sebep olduğu ağır olumsuz şartları göz önünde bulundurarak güçlüğü gidermek ve ilave külfetlerin doğmasına engel olmak maksadıyla *zarar giderilir*<sup>38</sup> temel kaidesi de gözetilmiş olur.

İslam hukukunda temel anlayış olarak akitlerin kuruluş ve devamında tarafların rızası esas alınarak, rızayı aşan ve karşı tarafa da ciddi bir fayda sağlamayan tek taraflı zararları mümkün olduğu ölçüde önleme düşüncesi yer alır. Sözleşmelerin bağlayıcı olmadığı durumlara bakışta adalet ve hakkaniyet arayışı genel anlamda göze çarpar. Bu durum mahiyeti itibariyle bağlayıcı (lâzım) olmayan sözleşmelerin kendi özelliklerinden veya muhayyerliklerin sağladığı fesih hakkının altındaki haklı bir nedenden kaynaklanır. Bağlayıcı olmayan sözleşmelerde taraflardan birinin karşılaşacağı muhtemel zorluklar kendisine verilen fesih yetkisi ile çözüme kavuşturabilmektedir. Ancak bunlar dışında sözleşmelerde bağlayıcılık esas olup, taraflar tek yanlı iradeleriyle sözleşmeyi bozamazlar. *İkâle* gibi iki tarafın da ortak iradesi yahut haklı bir fesih nedeninin bulunması gerekir. Bütün bunlara rağmen

<sup>30</sup> Krş. eBK md. 365, TBK md. 480.

<sup>31</sup> Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 65, 71 Bkz. TMK md. 2, 3; TBK md. 30.

<sup>32</sup> Subhi Mahmasani, *en-Nazariyyetu'l-âmme li'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-şeriatil-İslâmiyye* (Beyrut: Dâru'l-İlm-i li'l-Melâyîn, 1983), 2/452,453, 488.

<sup>33</sup> Kabbânî, "Nazariyyetu'z-zurûfi't-târi'e", 151.

<sup>34</sup> Termânîni, *Nazariyyetu'z-zurûfi't-târi'e*, 35, 36.

<sup>35</sup> Mecelle, md. 21.

<sup>36</sup> Mecelle, md. 17.

<sup>37</sup> Mecelle, md. 18.

<sup>38</sup> Mecelle, md. 20.



tarafların iradeleri dışında gerçekleşen bazı olayların sözleşmeye olumsuz tesir etmesi de mümkündür. Bu durum gerçekleştiğinde başlangıçtaki şartlar önemli ölçüde değişmiş ve tarafların edimleri arasında önemli bir dengesizlik oluşmuştur. Paranın enflasyon sebebi ile değer kaybının telafisi de aynı gerekçelerle savunulması mümkündür. Tarafların zedelenen rızaları, başlangıç değerinin objektif ölçütlerle yeniden sağlanmaya çalışılması ile yeni bir mutabakat zemini oluşturabilecektir.<sup>39</sup> Sonradan oluşan ağır şartlar sebebiyle sözleşmenin başlangıçtaki şekliyle ifası oldukça zorlaşmıştır. Sözleşmelerin bağlayıcılığının ve ahde vefanın adaletle hizmet etmediği bu gibi durumlarda adalet prensibi öncelenerek, oluşacak ihtilafın çeşitli araçlarla çözülmesi gerekecektir.<sup>40</sup>

### A. Beklenmeyen halin oluşma şartları ve etkileri

Beklenmeyen hal kapsamında kabul edilebilecek sebepler bir mazeret (özür) olarak kuruluşun sonra ve ancak akdin ifasına henüz başlamadan veya devam eden ifa süresince meydana gelmelidir. Hanefilerde beklenmeyen halin söz konusu edilebilmesi için öncelikle kira kapsamında yer alan ve sonuçları kuruluşun sonraki zaman diliminde meydana gelen veya devam eden mahiyette bir sözleşme olması gerekir. Özür, mücbir sebepten farklı olarak akdi imkânsız hale getirmemekte, ancak devam etmeyi önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Oluşan bu ifa güçlüğü taraflardan en azından biri için ağır sonuçlara yola açacak olması ve oluşacak zararın akdin başlangıcında öngörülemez olması gerekli olmaktadır.<sup>41</sup> Diğer mezheplerden Şafî ve Hanbelilerde bazı farklılıklarla, kiralananın ayıplı çıkması ve yok olması durumlarında da zararı önleyici olarak fesih hakkı tanınmıştır.<sup>42</sup> Esasen Hanefilerde bu hallerde yine zararı önlemeye dayalı olarak giderilemeyen ve istifadeyi engelleyen ayıp halinde beklenmeyen haldekine benzer şekilde fesih hakkı ortaya çıkmaktadır.<sup>43</sup>

Beklenmeyen halin etkisi için sözleşmenin belirli bir zaman içerisinde ifa edilebilir olması umumiyetle kabul edilir. Sözleşmenin ifası için belirli bir süre gerekir yahut kira akitlerinde olduğu gibi edim yükümlülüğü yönünden süreklilik arz eder. Satış sözleşmesi gibi sözleşmeler ani edimli olup, borcun ifası bir anda gerçekleşir. Kira, hizmet ve vedia türü sözleşmeler ise, ilkinin aksine sürekli edimli sözleşmeler olarak tanımlanır.<sup>44</sup> Bunlardan sürekli edimli sözleşmelerden olan kira sözleşmelerinde aşağıdaki örneklerde tasnif edildiği üzere Hanefilerce benimsenen görüş, beklenmeyen halin kiracı, kiralayan ve kiralanan açısından ortaya çıkmasının mümkün olduğudur.<sup>45</sup>

Kiracı bakımından ortaya çıkan haller itibarıyla, kiracının iflası, iş değiştirmesi gibi kendi durumunu etkileyen önemli olayların ortaya çıkması zikredilebilir. Kiracının kendisini ilgilendiren ve sözleşmeye devamını engelleyen önemli durumların oluşması sonrası kiracı sözleşmenin devamı hususunda fesih kararı verebilmektedir. Bu hallerde umumiyetle sözleşme ile güdülen amaç ortadan kalkmaktadır. Örneğin düğün için aşçı tutan kimse bakımından düğünün iptal edilmesi ile bu durum meydana gelmiş kabul edilerek, kiracı yönünden sözleşmenin devamında yarar kalmamış olduğu düşünülür. Yine iflas eden kiracının sözleşmeye devam zorunluluğunun olduğunu düşünmek hayatın olağan akışına uygun görülmez. Bu ve benzeri durumlar sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir olmamakla, kiracının zararına olarak sözleşmeye devama zorlanması hakkaniyet ilkesine uygun düşmez. Başka bir beldedeki alacağını tahsil maksadıyla binek hayvanı kiralayan, borçlusunun kendiliğinden gelmesi üzerine, sözleşmenin amacı ortadan kalkmış olduğu düşüncesiyle kirayı fesih hakkına sahip kabul edilir.

<sup>39</sup> Bardakoğlu, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi", 94.

<sup>40</sup> Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyım el-Cevziyye, *İ'lâmu'l-muvakkûn* (Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1411), 2/257,258.

<sup>41</sup> Termânîni, *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 50, 51; Senhuri, *el-Vasît*, 1/ 646, 876.

<sup>42</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 5/336, 341.

<sup>43</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 16/2; Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Mergînânî, *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Talâl Yûsuf (Beyrut: Daru'l-İhyâ'i Tûrâsî'l-'Arabi, ts.), 4/340; 'Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bârî'î Fahrüddîn el-Haneffî ez-Zeylâ'î, *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dakâik ve Hâşiyeti's-Şelebî* (Bulak; Kahire: el-Matba'atu'l-Kubrâ'l-Emîrîyye, 1313), 5/145, 146.

<sup>44</sup> Termânîni, *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 49; Kr. Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 181.

<sup>45</sup> Ebû Bekir b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-şanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1986), 4/197.

Sözleşmede yer alan amaca yönelik şartlardaki olağan dışı değişimler ve açıkça hukuka aykırı sonuçların oluşması, işlem temelinin çökmesi kabulü ile münfesihi olmayı, bu denli açık olmama ise yargılamayı gerektirir.<sup>46</sup>

Kiralanan bakımından da bazı sebepler ortaya çıkabilir. Örneğin kiralanan kölenin azat edilmesi ve çocuğun büluğa ermesi gibi haller kiralanan bakımından özür kabul edilen sebeplerdendir.<sup>47</sup> Kiralanan yerde hasat için yapılan hizmet sözleşmesi, ekinin semavi afet sebebiyle telef olması ile hizmet sözleşmesi bakımından haklı sebep oluşturur.<sup>48</sup>

Kiraya veren açısından özür halleri kiracıya nispetle daha sınırlı gerçekleşebilmektedir. Kiralık mülkünü satmayı haklı kılacak derecede ekonomik zorluğa düşmüş ve borca batık hale gelmiş olan kiralayana için fesih hakkı söz konusu edilebilir. Aksi halde borcunu ödeyememe sebebiyle hapis gibi yaptırımlarla karşılaşması ve çok daha büyük zarara uğraması olasıdır. Ancak kendi oturduğu evin oturulacak durumda olmaktan çıkması gibi günümüzde tahliye gerekçesi olan ihtiyaç, sözleşmeyi fesih için geçerli sebep olmadığı düşünülmüş ve başka bir yerde kiralık olarak oturması mümkün görülmüştür.<sup>49</sup>

Hanefiler dışındaki mezheplerin biraz daha dar kapsamda ancak umumiyetle kiralananı istifadeyi engelleyen bir ayıbın ortaya çıkması veya kusursuz sonraki maddi veya hukuki imkânsızlık hallerinde kiracıya fesih hakkı verdikleri görülür. Her mazeretin kiracıya hukuken fesih hakkı vermediği, örneğin kiralanan tarlayı su basması, ağrıyan dişin iyileşmesi veya kendiliğinden çıkmış olması gibi sadece imkânsızlığa neden olan özrün feshe neden olduğu dikkat çekmektedir.<sup>50</sup> Mezheplerin benzer yaklaşımlarını müzaraa ve müsâkat ortaklıklarında da görebiliyoruz. Hanefiler bu iki konuda da diğer mezheplerden farklı olarak kirada olduğu gibi özre (hukuki haklı sebeplere) dayanan fesih sebeplerini geniş tutma eğiliminde olmuşlardır.<sup>51</sup>

Yukarıda belirtilen kira akitlerindeki olağan dışı durumlar taraflar arasındaki sözleşme dengesini önemli ölçüde bozmaktadır. İcâre temelindeki bu tür sözleşmelerde önemli bazı özür sebepleri taraflar için *haklı nedenle fesih hakkı* doğurarak zararın bu yolla önlenmesini ve daha sonra göreceğimiz meyve ve sebze satış sözleşmeleri kapsamında görülen olağanüstü gelişmeler (câiha), ürün tedarik etme borcu altında olan (taahhüt eden) için bozulan sözleşme dengesinin yeniden kurulması ile mümkün olabilmektedir. İslam hukukunda özrün kira sözleşmesi üzerindeki etkilerine az da olsa imkânsızlık açısından bakmak mümkün olduğu gibi, tatbikatta tam imkânsızlık olmadığı durumlarda yine de fesih hakkı verilerek tarafların uğrayabilecekleri muhtemel kuvvetli zararın da önüne geçme görüşü ön plana çıkmıştır. Olağanüstü halin belirtilen etkilerinin kira sözleşmesi kapsamında konu edilmesi Hanefilerde giderek teorik bir çerçeveye oturmuştur. Beklenmeyen hal kapsamında bahsi geçen türden sonradan ortaya çıkan özürlerin meydana gelmesi ile sözleşmeye devam etme taraflardan en azından biri için ağır yıkım getirecek sonuçlar doğurmaktadır. Hukuken geçerli mazeretin kabul şartlarını taşıyan özür, taraflardan biri ya da her ikisi için bu kapsamdaki akitlerin feshini mümkün kılmaktadır.<sup>52</sup> Örneklerden

<sup>46</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 16/4; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 4/197-200; Heyet, *Fetâva'l-Âlemgiriyye = el-Fetâva'l-Hindiyye* (Bulak: Matba'atu'l-Kubrâ el-Emîriyye, 1310), 4/459; Ebû'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen b. Mansûr, *Fetâvâ-yı Kâdîhân* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2009), 2/270; Muhammed Emîn b. 'Omer b. 'Abdil'azîz el-Huseynî ed-Dîmeşkî İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-muhtâr 'alâ'd-Durri'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1412/1992), 6/83; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/659; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahatı Fikhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976), 6/179.

<sup>47</sup> Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 4/199.

<sup>48</sup> Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/660 vd.

<sup>49</sup> Serahsî, *el-Mebsût*, 16/3; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-şanâ'î*, 4/199.

<sup>50</sup> Şemsüddîn Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Aḥmed b. 'Arafe ed-Desûkî Muhammed b. Aḥmed ed-Desûkî, *Hâşiyetu'd-Desûkî 'alâ's-Şerhî'l-Kebîr* (b.y.: y.y., ts.), 4/29; Muhammed b. Abdullah el-Haraşî, *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Muhtaşarı Ḥalîl* (Beyrut: Darü'l-Fikr, ty.), 7/30, 31; Muhammed b. Ebi'l-'Abbâs Aḥmed b. Ḥamza Şemsüddîn er-Remlî, *Nihâyetu'l-Muhtâc 'ilâ Şerhi'l-Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1404/1984), 5/316; İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şirâzî, *el-Muhezzeb fi fikhî'l-İmâm eş-Şâfi'î* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.), 2/261; İbn Kudâme, *el-Muğni*, 5/341; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/661.

<sup>51</sup> Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/662.

<sup>52</sup> Bardakoğlu, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi", 84; Mecelle, md. 443; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/661.

de anlaşılacağı üzere kira sözleşmesindeki geçerli mazeretlerin neticesi daha çok fesihle ilişkilendirilmiştir. Zarar gören bakımından fesih önceliği kabul edilmekle birlikte, konunun çok açık bir mazerete dayanmadığında ise yargılamaya konu edilmesi uygun olmaktadır.<sup>53</sup> Kiraların artışı sebebiyle vakıfların zarar görmemesi için akarların kirası yönünden uyarılma söz konusu edilebilmiştir.<sup>54</sup>

Hanefilerde satış sözleşmesindeki ayıp sebebine dayanan muhayyerliğin doğurduğu fesih hakkına benzer şekilde, kirada da belirli derecedeki mazeretin fesih hakkı verdiği düşünülmüştür. Hanefiler dışında da umumi manada ahde vefa düşüncesiyle kabul görmeyen özre dayalı fesih hakkı, beklenmeyen zarara uğrayacak olan tarafı bundan korumayı amaçlamaktadır. Özre rağmen devam edildiğinde meydana gelecek zarar gerçekte sözleşmenin başlangıçtaki işlem temelini zaafa uğratacaktır.<sup>55</sup> Adalet ve hakkaniyet prensibi ile “zarar izâle olunur” külli kaidesi<sup>56</sup>, olağanüstü şartlarda sözleşmelerin bozulan dengesini tamir ederek, ahde vefa ilkesinin katı uygulanışı önemli ölçüde esnetmiştir. Olağanüstü şartlar gerçekleştikten sonra borçludan ağırlaşan mahiyetteki borcu talep etmek, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Çünkü haklar ve borçlar dürüstlük çerçevesinde hukuken değer bulur. Bu kapsamda sözleşmeye devam hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir.<sup>57</sup>

Ahde vefa ilkesi hukukun sözleşmelere güven ve istikrar yönünü temsil eder. Taraflar iradeleri ile kendilerini belli taahhütlerle bağlamışlar ve her bir taraf ahde vefa gösterilmesini diğer taraftan haklı olarak beklemektedir. Tarafların iradesi ahde vefa ilkesinin temelini teşkil eder. Tarafların karşılıklı rızası dışında bir değişikliğe gidilmemesi gerekir. Sözleşmelerin keyfi olarak bozulması ve aykırılıkların önüne geçmek konusunda ahde vefa prensibi önemli bir misyon icra eder. Bu sebeple sözleşmenin yerine getirilmesine özen gösterilmesi gerekir. Gerçekte sözleşme taraflar bakımından kanun gibi uyulması gerekli bir değere sahiptir. Bu ilke esas olarak sözleşmelerin bağlayıcılığına vurgu yapar. Bunun en önde gelen gerekçesi de hakların güvence altına alınması olmaktadır. Ancak ahde vefa ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının yol açtığı zarar ve dengesizliği gidermek, böylece bozulan adalet ve hakkaniyeti yeniden tesis etmek ihtiyacı ortaya çıkabilecektir. Zaman içerisinde olağan dışı olayların sözleşmeler üzerindeki etkisine bakış temelde ahde vefa şeklinde iken, hakların kullanımında adalet ve iyi niyet kuralları arasındaki söz konusu çatışmanın çözülmesi gerekliliği de ortaya çıkmıştır. Beklenmeyen hal anlayışının kabulü ile özel hukuk sözleşmelerinin bağlayıcılığı ilkesine, hukuki güven ve istikrarı bozmadan belli ölçüde esneklik kazandırılmıştır. Beklenmeyen hal, borçlu bakımından bozulmuş olan dengeyi mümkünse tadil, değilse fesih suretiyle yeniden sağlamayı esas almaktadır.<sup>58</sup> İfanın dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde borçlu aleyhine getirdiği ağır yükün hakkaniyet esasına uygun olarak yeniden değerlendirilmesi gerekir. Taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulmuş, ancak edim imkânsızlaşmamıştır. İmkânsızlık söz konusu olursa, orada artık beklenmeyen hal değil, mücbir sebep bahis konusu olabilir. Beklenmeyen hal meydana geldiğinde alacaklı sözleşme metnine ve dolayısıyla ahde vefa prensibine bağlı kalmaya, borçlu ise adalet ve iyi niyet kaidelerini devreye sokmaya mütemayildir. Esasen bu iki çatışan menfaati telif etme lüzumu, bu yönde bazı teorilerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bütün bunların temelinde borçlunun sözleşmeye sadık kalarak, ahde vefa ilkesine belli ölçüde hukuki esneklik kazandırma anlayışı yatmaktadır.

Belli bir bedel karşılığı kiralananan yararlanma maksadıyla kurulmuş olan kira ve hizmet sözleşmelerinde, kiralanan şey gerçekte elde edilen bir menfaattir. Beklenen menfaatin zâil olmasına sebep olacak şekilde olağandışı bir durum meydana gelmiş olması kiracıya tek yanlı fesih hakkı verebilmektedir. Bu hâller kiralanan şeyde bir anlamda sonradan kusur meydana gelmesine yol açmakta ve meydana gelen kusur kiracının kiralanan şeyden elde etmeyi beklediği menfaati tamamen

<sup>53</sup> Heyet, *Fetâva'l-Hindiyye*, 4/458; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye*, 6/179.

<sup>54</sup> Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku* (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1982), 2/407.

<sup>55</sup> Seraşsî, *el-Mebsût*, 16/3; Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/177; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-muctehid*, 2/191.

<sup>56</sup> Mecelle, md. 20.

<sup>57</sup> Saffet Köse, “İslâm Hukukunun Modern Hukuka Katkıları Konusunda Bir Deneme”, *Makâlât* 1 (1999), 18.

<sup>58</sup> Termânîni, *Naẓariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 36; Kr. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 884; Burcuoğlu, *Beklenmeyen Hal*, 5.

veya önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır.<sup>59</sup> *Mecelle'*de de kira akitlerinde ortaya çıkan çeşitli özürler bu kapsamda değerlendirilerek bu yönde bazı hükümler getirilmiştir. Evin çatısının çökmesi, kiralanan değirmenin suyunun kesilmesi bu hâllere örnek olarak verilebilir.<sup>60</sup>

İslam hukukunda sözleşme yapanların aralarındaki ilişkinin garar ve zarara yol açacak risklerden uzak tutulması, sözleşmelerin hukuki güvenliği bakımından temel bir husustur. Bu temel anlayış, sözleşmelerin âkibeti konusunda zararın mümkün olduğunca engellenmesi ve giderilmesine yöneliktir. Bazı İslam ülkeleri hukuki düzenlemelerinde bu anlayışı gözetken bir çerçevede, ahde vefa ile beklenmeyen hali dengeleyen bir anlayışa ulaştığı görülür. Ahde vefa ilkesi uyarınca öncelikle sözleşmenin devam ettirilmesi yolları araştırılır ve sonrasında tadil ve uyarılma ile tarafların edimleri arasında bozulan denge yeniden sağlanmaya çalışılır. Uyarılma ile bu sağlanamadığı ve bunu aşan şartların ortaya çıkması halinde de fesih yolu ile zararın giderilmesi sağlanabilecektir.<sup>61</sup> Bu ülkelerden Mısır Medeni Kanunu'nda sözleşmeyi tarafların kanunu saydıktan sonra, beklenmeyen haller oluştuğunda hâkime, taraflar arasındaki dengesizliği giderecek tedbirler olarak, ağır yük teşkil eden edimi makul bir seviyeye getirme yetkisi vermiştir. Üstelik buna aykırı tüm anlaşmaları da batıl saymaktadır. Diğer bazı İslam ülkeleri de Mısır'ı takiben benzer hükümlere kanunlarında yer vermişlerdir.<sup>62</sup>

Günümüz çağdaş İslam hukukçularından bir kısmı da beklenmeyen hal şartlarını aşan ve dengenin yeniden kurulamadığı durumlarda borçluya fesih muhayerliği tanınmasını öğretilmişlerdir. Beklenmeyen hal ile mücbir sebep farkı ileri sürülerek, esas olanın sözleşmeye mümkün mertebe devamın sağlanması olduğu, ancak olağanüstü şartların neticesi imkânsızlık olduğunda feshin düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Özellikle edim yükümlülüğü ağır şekilde bozulan taraf için sözleşmeye devamın artık anlamını yitireceği ve dolayısıyla ahde vefanın bu durumda savunulamayacağı da öne sürülür. Zararın giderilmesi prensibinden hareketle, tarafların anlaşmasıyla *ikâle* yapılamıyorsa, zarar gören taraf için haklı nedenle fesih iddiasını mahkemenin de haklı bulmasıyla feshe imkân tanımak maslahata aykırı olmamaktadır.<sup>63</sup> Klasik görüşte icâre bağlamındaki mal ve hizmet kirasına ilişkin sözleşmelerde umumiyetle özür (mazeret) sebebiyle fesih örneklerinin yer aldığını ifade etmiştik. Ancak konu günümüz şartlarında beklenmeyen halin mahiyetine bağlı olarak taraflar arasında bozulan dengeyi yeniden sağlamak noktasında, hâkimin maslahata uygun olarak takdir hakkını kullanırken çeşitli araçlar kullanabileceği değerlendirilmektedir. Bunlar arasında; sözleşmenin şartlar normale dönünceye kadar askıya alınması, vadelerin uygun hale getirilmesi ve borçlunun ediminin makul duruma çekilmesi zikredilebilir.<sup>64</sup>

## B. Satış işlemine konu olan meyve sebzeler bağlamında Câiha kavramı ve hukuki mahiyeti

Sözlük olarak beklenmedik hal, musibet, kuraklık anlamlarına gelen câiha (ç. cevâih), ekin ve meyvelerin hasattan önce telefine sebep olan tabii afet ve bundan doğan zarar anlamına gelmektedir. İnsanın sebep olduğu felaketselere bu isim verilmemektedir.<sup>65</sup> Kavram Maliki ve Hanbeli mezheplerinde daha çok ele alınmıştır. Malikilerde sadece semavi afet kavramına izafe edildiği ve ayrıca ordu gibi insan kaynaklı ancak karşı konulamaz gücün sebep olduğu zararlar veya insan unsuru da dahil, ancak müşterinin sebep olmadığı zararlara bu isimlendirmenin yapılabileceğine dair görüşler vardır.<sup>66</sup> Semavi afet olarak

<sup>59</sup> Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 5/144; Muhammed Kadri Paşa, *Mürşidü'l-Hayrân* (Bulak: Matba'atü'l-Kübrâ el-Emriyye, 1891), md. 513, 628.

<sup>60</sup> Mecelle, md. 443, 514. Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/660, 756.

<sup>61</sup> Termânîni, *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 110 vd.

<sup>62</sup> Mısır MK, md. 147; Bk. Kabbânî, "Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e", 142; Termânîni, *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 104.

<sup>63</sup> Senhuri, *el-Vasît*, 1/647; Kabbânî, "Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e", 150, 181; Termânîni, *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*, 43; Bardakoğlu, "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi", 78, 95.

<sup>64</sup> Senhuri, *el-Vasît*, 1/648; Senhuri, *Mesâdirü'l-hak*, 6/17; Kabbânî, "Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e", 150 Ürdün MK, md. 334/2.

<sup>65</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Ensar, 2005), 65.

<sup>66</sup> Haraşî, *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Muhtaşarı Halîl*, 5/193.

rüzgar, kar, dolu, soğuk, çekirge, kuş sürüsü, aşırı yağmur, kuraklık, böcek sürüsü ve meyveye zarar veren toz bu kapsamda kabul edilir.<sup>67</sup> Hanbelilerde karşı konulması mümkün olmayan ordu ve hırsızlık dışında insan eliyle olanlar câihaya dahil olmayıp, genel kural doğal afetlerden kaynaklananlardır.<sup>68</sup> Câiha herkesi ilgilendiren umumi bir etkiye sahip ve meydana gelen hadise önüne geçilmesi mümkün olmayan bir nitelikte olmalıdır.<sup>69</sup> Câihanın söz konusu olabilmesi için meyve ve sebze üzerine yapılmış sözleşmenin kurulması ile uygulanışı arasında belli bir zaman aranmıştır.

İslam hukukunda genel anlamda satış sözleşmesine konu olan malın satış esnasında mevcut olması gerekir. Bu sebeple mevcut olmayan şeyin (ma'dum) satışı yasaklanmıştır. Konunun akit esnasında mevcut olması İslam borçlar hukukunda temel şartlardandır. Akit konusunun mevcut olması ile bütünlük arz eder mahiyette tesliminin imkân dahilinde olması ve ayrıca konunun muayyen veya tayin edilebilir olması da önemlidir.<sup>70</sup> *Mecelle* olmayan şeyin satışını batıl kabul etmiş ancak meseleyi ayrıca açıklama ihtiyacı da hissetmiş ve konumuzla da ilişkili olarak "meselâ, bir ağacın hiç belirmemiş olan meyvesini satmak bâtıldır." şeklinde örneklendirmiştir.<sup>71</sup> Gerçekte bu hükümlerden sözleşmenin taraflarını aldanmadan koruma ve buna bağlı olarak zarara sebep olmama amaçlanmıştır. Ancak sözleşmeye konu olan şeyin teslimi mümkün ve güç yetirilebilir olması ile işlem batıl olmaktan kurtulacaktır. Bu sebeple yine *Mecelle*'de "Kâmilin belirlenmiş olan meyveyi ekle salih olsun olmasın ağacı üzerinde iken satmak sahihtir." hükmü getirilmiş<sup>72</sup> ve ayrıca belli bir miktarı yetişmiş olduğu halde birbiri ardına yetişen meyve ve sebzelerin satışının caiz olduğu da ifade edilmiştir. Böylece belirtilen bu nitelikteki ürünler gelecekte teslim edilmelerine güç yetirilebilir ve imkân dahilinde olacakları düşünülerek mevcut addedilmişlerdir.<sup>73</sup> Bu noktadan bakılınca teslim edilecek ürünün aslı mevcut olmakta, ancak gelişim safhaları akitten sonra tamamlanmaktadır. Göz önünde bulundurulması gereken husus bu tür satışların gerçekte alıcı yönünden bir risk taşıyabileceği düşüncesidir. Bu tür satışlar hakkında mezhepler arasında görüş farkları olduğunu ifade etmemiz gerekir. Öncelikle bu satışlar hiç olmayan konularda değil, ekim ve dikimi yapılmış yani aslı mevcut, ancak zaman içerisinde gelişip olgunlaşacak meyve ve sebzelerle alakalıdır.<sup>74</sup>

### C. Câiha'nın hükmü

Henüz olgunlaşmamış tarım ürünlerinin satıştan sonra teslimini imkânsız kılacak nitelikte beklenmedik bir hal ile karşılaşılması halinde zararı kimin yükleneceği konusu, hasarın intikalinde teslimi esas alanlar bakımından henüz teslim olmadığı sebebiyle hasarın müşteriye geçmemiş olduğu, ancak teslim edilememesinde satıcının da kusurunun olmadığı bir durumu ifade eder. Ancak sözleşmenin bu safhasında olduğu kadar, öncesinde *ma'dum* olma yorumu ile bu tür bir satışın caizliğinin de tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Gelişme ve olgunlaşmaya uygun şekilde belirginleşmiş yani iyi durumda olduğu görülen ancak olgunlaşması maksadıyla dalında bırakılan meyvelerin satışı İmam Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre fasit iken, İmam-ı Muhammed istihsânen caiz görmüştür.<sup>75</sup> Bu konudaki yasak olma durumunu ortaya koyan hadis<sup>76</sup> meyvelerin ağacın dalında hiçbir belirginlik işareti olmadan yapılan

<sup>67</sup> Ebû'l-Kasım Muhammed b. Ahmed İbn Cüzey, *el-Kavânînu'l-fikhiyye* (Beyrut: Darü İbn Hazm, 2013), 441, 465; Ebû'l-Velîd Süleymân b. Halef Bâcî, *el-Muntekâ şerhu'l-Muvaţta'* (Mısır: Matba'atu's-Sa'âde, 1967), 4/232 vd.

<sup>68</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 4/80, 81.

<sup>69</sup> Malik b. Enes, *el-Müdevvene* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415), 3/581 vd.

<sup>70</sup> Ahmed Şemseddin İbnü'l-Hümmam Kemaleddin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid es-Sivâsî el-İskenderî, *Fethü'l-Kadîr ale'l-Hidaye, Netâ'icü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr* (Beyrut: Darü'l-Fikr, 1389), 6/292; Senhuri, *Mesâdiru'l-hak*, 3/11, 40; Mahmasani, *en-Nazariyyetu'l-âmmeh li'l-mucebât ve'l-ukûd fi's-şerâti'l-İslâmiyye*, 2/326 Bkz. *Mecelle*, md. 197, 205 209, 213.

<sup>71</sup> *Mecelle*, md. 205.

<sup>72</sup> *Mecelle*, md. 206, 209.

<sup>73</sup> Ali Haydar Efendi, *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 1/301, 303.

<sup>74</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 2/160.

<sup>75</sup> Mergînânî, *el-Hidaye*, 3/27, 28; Zeyla'î, *Tebyînu'l-hakâik*, 4/12.

<sup>76</sup> Ebû 'Abdullâh Muhammed b. İsmâ'il b. İbrâhîm el-Buhârî el-Buhârî, *el-Câmi'u's-şâhih*, thk. Muhammed Zuheyr en-Nâsîr (Beyrut: Dâru Tavkî'n-Necât, 1422), Büyü', 85; Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nîsâbü'rî Müslim, *Şâhihu Müslim*, thk. Muhammed Fuâd 'Abdulbâkî (Beyrut: Dâru İhyâ'it-Turâşî'l-'Arabî, 1374/1955), Müsâkât, 15; Büyü', 49, 50; es-

satışını kastettiği veya diğer bir yorumda gerçekte bu tür satışlardan kaçınılması hususunda ikaz olduğu değerlendirilmeleri vardır.<sup>77</sup> İyi halde bulunmakla söz konusu ürünün hastalık ve bozulma gibi hallerden kendini koruyabilecek bir büyüme seviyesinde olması anlaşılmalı gelir.<sup>78</sup> Hanefiler dışındaki genel kanaat hemen kesilmesi şartıyla ancak caiz olduğudur. Aksi halde olgunlaşmadan vâki olan telef durumunda hasarı haksız yere müşteri üstlenmiş olacaktır.<sup>79</sup> Ancak bu görüşten farklı olarak Maliki ve Hanbelilerde câihadan kaynaklı zararın belli şartlarda satıcıda olacağı kabul edilir. Malikilerde, meyvelerde esas alınan görüş, câiha'nın gerçekleşmesi için üründe en az üçte bir oranında bir zararın meydana gelmesidir. Bunun altındaki zararlar alıcıya aittir. Konu esasen önemli ölçüde hasarın intikali ile alakalı mezheplerin tercih ettikleri görüşlerle alakalı olmaktadır.<sup>80</sup>

Olgunlaşmadan satılan meyvelerde hasarın satıcıda olduğunu kabul eden Malikiler getirdikleri üçte birlik sınırla satıcı ve alıcı arasındaki hasarı üstlenme durumunun makul bir şekilde dengelendiği görüşündedirler. Olgunlaşmaları birbirini takip eden ve belli bir zaman dilimini alan bu ürünlerin bu şekildeki satışlarında belirli ancak makul bir hasarın gerçekleşme ihtimali her zaman vardır. Bu oranın umumiyetle alıcılar tarafından da mutad olduğu kabulü yaygındır. Aksi halde bu ürünlerin üretimi ve satışı ekonomik ve ticari olarak teşvik edilmiş olmaz. Malikilerde herhangi bir ayırımın söz konusu olmadığı genel kanaat olmakla beraber, meyvelerden farklı olarak sebzelerde bu orana itibar edilmeyerek, câiha kapsamında her miktar zarar riskinin satıcıda olduğu görüşü de vardır.<sup>81</sup> Hanbelilerde ise, meyve ve sebze ayırımına gerek olmadan câiha kabul edilerek alıcının oluşan zararı giderilir. Gerçekte zararın az veya çok olması fark etmemekle beraber, umumiyetle hesap edilemeyen cüz'î miktar zararlar mutad kabul edilerek müşteriye ait kabul edilir. Hayatın tabii seyri içerisinde bu zararlardan kaçınmak pek mümkün görülmez. Hava şartları ve kuşlar doğal bir şekilde bu zarara sebebiyet verebilirler. Üçte bir ve üzeri ise, 'çok' seviyesinin başladığı ve alıcının üstlenmemesi gereken bir oran olarak görülür. Esasen beklenmeyen hal kapsamına girmesi normal kabul edilebilecek zararların tazmini cihetine gidilmesi düşüncesi mezhepte hâkim görüştür. Zira Hz. Peygamber (s.a.) câihadan kaynaklanan zararların karşılanmasını beyan etmiş ve bundan anlaşılacak müşterinin bu zararı üstlenmemesidir.<sup>82</sup> Malikiler beklenmeyen hal niteliğinde olan üçüncü şahısların sebep olduğu zararları da câiha kapsamında değerlendirirken, Hanbeliler bu durumda fesih veya haksız fiil sorumluluğunun varlığını kabul ederler.<sup>83</sup>

## Sonuç

Sözleşmelerin ifa edilmeleri taraflara yüklenen bir vecibedir. Sözleşmelerin sona ermesinin normal şekli onların başlangıçta üzerinde anlaşıldığı şekliyle yerine getirilmesidir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde şartlar başlangıçta öngörülemez şekilde farklılaşmış olabilir. Buna rağmen sözleşmelerin ifasından hukuk düzenleri ahde vefa ilkesi gereği hemen vazgeçmezler. Bu yerleşik anlayış esasen İslam hukukunda da üzerinde önemle durulan bir akdî sorumluluk prensibidir. Naslarda akitler ve şartlara uyma hususuna vurgu yapılmıştır. Bunun özel hukuka bir yansıması olarak, akit tarafların kanunu mesabesinde kabul görmüştür. Borcun ifa dışında sona ermesi bağlamında imkânsızlıktan öncelikle bahsetmek gerekir. Başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin kuruluşuna engel

Sicistânî Ebû Dâvûd, *Sunen*, thk. Muhammed Muhyiddîn 'Abdulhamîd (Beyrut: el-Mektebetü'l-'Asriyye, ts.), Büyü', 23; Tirmizi, *Büyü'*, 15.

<sup>77</sup> Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. 'Alî b. Muhammed el-'Askalânî İbn Hacer el-'Askalânî, *Fethü'l-Bârî Şerhu Sahîh el-Buhârî*, ed. Muhibbuddîn el-Hatîb (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1379), 4/397, 399; Ebû Süleymân Ahmed b. Muhammed el-Hattâbî, *Meâlimü's-Sünen* (Halep: el-Matbaatü'l-İlmiyye, 1351), 3/126.

<sup>78</sup> Serâşî, *el-Mebsût*, 12/195; İbnü'l-Hümmam, *Fethü'l-Kadîr*, 7/88, 89.

<sup>79</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 4/81; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-muctehid*, 3/169.

<sup>80</sup> Mahmasani, *en-Nazariyyetü'l-âmme li'l-mucebât ve'l-ukûd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*, 2/499.

<sup>81</sup> Malik b. Enes, *el-Müdevvene*, 3/587; Bâcî, *Muntekâ*, 4/234; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-muctehid*, 3/203, 204.

<sup>82</sup> İbn Kudâme, *el-Muğni*, 4/81.

<sup>83</sup> Ali Bardakoğlu, "Câiha", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1993), 7/26, 27; Hüseyin Okur, "İslam Borçlar Hukukunda El-Câiha/Beklenmeyen Durum Nazariyesi Mezhepler Arası Bir Mukayese", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 9/44 (2106), 1393.

olur. Sözleşme kurulduktan sonraki imkânsızlık ise, tarafların özellikle borçlunun kusurundan kaynaklanıyorsa, borcu sona erdirmesinin yanı sıra tazminat sorumluluğuna da sebebiyet verir. Burada tarafların kusurlarına bağlı olarak tazminat yükümlülüğü farklılaşabilir. Ancak sonraki imkânsızlık borçluya herhangi bir kusur izafe edilmeden gerçekleşmiş olabilir. Bu durumun tam yahut kısmi oluşuna göre borç sona erer ve tarafların sorumluluğu da gerçekleşmez. Bu tür imkânsızlığa savaş, deprem, sel gibi olağanüstü durumlar sebep olabildiği gibi, sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen bazı hukuki nedenler de yol açmış olabilir. Bu son halde borcun ifası yönünden hukuki imkânsızlık durumu söz konusu olur. İfa engellerinden bu türde olanlar gerçekte ifa edilmemeye terettüp edecek yaptırımlara, illiyet bağının ortadan kalkması sebebiyle engel olurlar.

Olağanüstü durumların sözleşme sorumluluğu üzerindeki en önemli etkilerinden bir diğeri de borcun sona ermesini sağlamalarıdır. Ancak olağanüstü bir durumun bir diğer türü olan beklenmeyen halde, ifa imkânsız olmamış, ancak devam edilmesi halinde taraflar için katlanılması ağır bir yük meydana gelmiştir. Bu ikinci halde öncelikle taraflara isnadı kabil olmayan olağan dışı ve önceden ön görülemez, beklenmeyen bir durum sebep olmaktadır. Bu halde fesihden önce sözleşmenin tarafları arasında bozulan dengenin yeniden sağlanması imkânını araştırmak gerekir. Akdî ilişki yeni şartlara uyarılma ile devam edebilecek durumdadır. Beklenmeyen halde zararın nedeninde, kaçınılması imkânsız olmayan ancak engel olunamayan bir durum yer alır. Mücbir sebepte ise her iki husus bakımından da imkânsızlık vardır. Mücbir sebepte illiyet bağı her zaman kesildiği halde beklenmeyen halde bu bağı kesilmediği durumlar olabilir.

Türk Borçlar Kanunu, imkânsızlık ve özellikle beklenmedik hale ilişkin yeni bir çerçeve oluşturmuştur. Tam imkânsızlığın yanı sıra kısmi imkânsızlığı da düzenlemiş ve en önemlisi eski Borçlar Kanunu'nda olmayan aşırı ifa güçlüğü başlığı altında müstakil bir düzenleme getirmiştir. Yeni dönemde beklenmeyen hale bu yeni düzenleme çerçevesinden bakmak gerekir. Mücbir sebeple beklenmeyen hal arasında çoğunlukla nitelik değil nicelik yönünden fark görülür. Hukuki yönden olağanüstü olay kavramı; mücbir sebep, beklenmeyen hal ve aşırı ifa güçlüğüne neden olan olağanüstü olayların hepsini kapsayan bir üst kavramdır. Beklenmeyen halde sözleşmenin ifasında borçlunun beklediği menfaat önemli ölçüde ortadan kalkmakta ve kendisinden ifa talep edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak şekilde ağır bir külfet oluşturmaktadır. Yargının bu durumda sözleşmede karşılıklı bedeller arası dengenin korunması adına müdahalesi gerekecektir. Meydana gelen yeni ve olağanüstü şartlara rağmen borçludan ediminin aynen ifasını istemek dürüstlük kuralına aykırı görülmektedir.

İslam hukukunda da iki taraflı, geçerli ve bağlayıcı bir sözleşmenin haklı bir neden olmaksızın tek taraflı olarak feshedilmesi düşünülmez. Taraflara ait bir muhayerlik hakkı, ya da *ikâle* suretiyle karşılıklı olarak sözleşmenin feshi söz konusu olmadıkça, sözleşmelerde ahde vefa ilkesi geçerlidir. İslam hukukunda *zarar giderilir* temel kaidesi yanında *zaruretler memnu olan şeyleri mubah kılar ve bir iş zîk oldukta müttesi olur* şeklindeki kaideler, ahde vefa ilkesine şartların ağırlaşmasına bağlı olarak istisna teşkil ederler. Sözleşmelerin kuruluş ve devamında tarafların rızası esas alınarak, karşılıklı menfaat dengesini bozan tek yanlı zararları mümkün olduğu ölçüde önlemek gerekir. Bu dengeyi bozacak şekilde gelişen bazı olağanüstü durumlar akdî ilişkiyi önemli ölçüde bozabilir. Artık bu gibi durumlarda ahde vefa, adalete hizmet etmemektedir. Sözleşmenin taraflarının zedelenmiş rıza ve iradeleri, başlangıç değerine objektif ölçüler içerisinde ulaşmayı engellemektedir. Bu gibi durumlarda adalet prensibinin ahde vefaya öncelenmesi uygun olmaktadır.

Hanefî mezhebinde konunun kira sözleşmeleri kapsamında ele alınmış olduğu görülür. Bu tür sözleşmeler mal ve hizmet üzerinde cereyan etmekte olup, kuruluştan sonraki zaman diliminde meydana gelen özür (mazeret) sebebiyle akdî ilişkiye devam imkânı kalmamaktadır. Tarafların kusuruna dayanmayan ve beklenmeyen hali de kapsayan olağanüstü durumlar, kira tabanlı sözleşmelerde zararın önlenmesi düşüncesini ön plana alarak feshi öncelikle gündeme getirir. Kira

sözleşmeleri edim yükümlüğü yönünden süreklilik arz eder mahiyettedir. Kira ve hizmet sözleşmeleri satış sözleşmesinin aksine sürekli edimli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde olağandışı haller kiracı, kiralayan veya kiralanan bakımından mümkün olabilir. Kiracı kendisini ilgilendiren koşullarda sözleşmeye devamını engelleyecek önemli değişiklikler olması halinde fesih kararı verebilecektir. Bu hallerde genellikle sözleşme ile güdülen amaç ortadan kalkmış olmaktadır. Düğün için açıcı tutan kimse bakımından düğünün iptali bu şekilde bir sonucu haklı göstermektedir. İflas eden kiracının sözleşmeye ahde vefa ilkesi gereği devam etme zorunluluğunun olduğunu iddia etmek adalet ve hakkaniyete uygun düşmez. Kiralanan bakımından ortaya çıkan haller umumiyetle imkânsızlık halini oluşturur. Kiralanan arazide hasat için yapılan hizmet sözleşmesinin, ekinin doğal afet sebebiyle telef olması ile feshinin gerekli hale gelmesi bu bakışı desteklemektedir. Kiraya veren bakımından ortaya çıkabilecek haklı sebepler diğerlerine göre daha kısıtlı olarak ortaya çıkar. Kira sözleşmelerinde belirtilen bu gibi durumlar, taraflar arasındaki sözleşme dengesini önemli ölçüde bozmaktadır. Bozulan dengenin aleyhine olan taraf bakımından zararın önlenmesi düşüncesi, bu gibi mazeretlerin neticesini daha çok fesihle ilişkilendirmiştir. Ancak mazeretin haklı neden oluşu çok açık ve net değilse, yargılamaya konu edilmesi uygun görülmemiştir. İslam ülkeleri hukuki düzenlemelerinde de yargılamaya çizilen çerçeve ahde vefa ile beklenmeyen hali dengeler mahiyettedir. Sözleşmeye devam için çareler araştırılır ve sonrasında tarafların edimleri arasındaki bozulan denge yeniden sağlanmaya çalışılır. Bu sağlanmadığında fesih gidilecek bir yol olarak değerlendirilir. Bu konuda hâkimin takdir hakkını kullanarak maslahata uygun hukuki çareyi bulması en uygun yöntem olarak görülmelidir.

İslam hukukunda konuyla alakalı bir diğer tartışma da meyve ve sebzeler üzerinde cereyan eder. Bu ürünlerin üretim ve satışına dair yapılan sözleşme sonrasında henüz toplanmamış ürüne gelebilecek olağanüstü durumların yol açtığı zararlara 'câiha' denilmiştir. Bu meselede henüz olgunlaşmamış ürünler hakkında sözleşme yapmanın caiz olup olmadığı da tartışılmıştır. Ancak daha çok Maliki ve Hanbeli mezheplerinde kabul görmüş olan bu tür satışlarda alıcıdan ziyade hasarın satıcı üzerinde oluşu bu mezheplerce genel olarak kabul edilmiştir. Alıcının katlanması mutad sayılabilecek cüz'î bir oran dışında, meydana gelen bir doğal afetin sonucunu satıcı üstlenmektedir. Satışa konu ürünlerin olgunlaşmaları birbirini takip eden ve belli bir zaman içerisinde gerçekleşen bu tür satışlarda makul hasar oranı umumiyetle üçte bir olarak kabul görmüş ve bunun üstü 'çok' kabul edilmiştir. Hayatın doğal seyri içerisinde bu zararlardan kaçınmak alıcılar bakımından pek mümkün görünmez. Hava şartları ve kuşlar bu tür zararlara sebep olabilirler. Yukarıda ele aldığımız mal ve hizmet kira sözleşmeleri ve câiha kapsamında belirtilen görüşlerden yola çıkarak, İslam hukukunda konunun temelinde ahde vefanın yer aldığını, sözleşmelerin yerine getirilmesinin esas olduğunu, ancak zararın giderilmesi ana ilkesinden mülhem olarak taraflar arasında bozulan dengenin yeniden sağlanmasında hâkimin takdirine uygun olarak fesih yahut uyarılama imkânlarının hukuk düzeni içerisinde yer almasının adalet ve hakkaniyete uygun çözümler olduğunu değerlendirmekteyiz.



## Kaynakça

- Abdul Basir Bin Mohamed, "İslam Haksız Fiil Hukukunda Kusursuz Sorumluluk", çev. Emrah Gökmen, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2021), 615-633.
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*. İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2. Basım, 2017.
- Altunkaya, Mehmet. *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Bâcî, Ebû'l-Velîd Süleymân b. Hâlef. *el-Muntekâ şerhu'l-Muvaţta'*. Mısır: Matba'atu's-Sa'âde, 1967.
- Bağdâdî, Ebû Muhammed Gânim b. Muhammed. *Mecme'u'd-Damânât*. Kahire: Darü's-Selam, ts.
- Bardakoğlu, Ali. "Câiha". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 7/26-27. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Bardakoğlu, Ali. "İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Beklenmeyen Hal Nazariyesi". *EÜHFD* 3/2 (1985), 63-97.
- Baysal, Başak. *Sözleşmenin Uyarlanması*. İstanbul: Onikilevha, 4. Bası, 2020.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1976.
- Buĥârî, Ebû 'Abdullâh Muhammed b. İsmâ'îl b. İbrâhîm el-Buĥârî. *el-Câmi'u's-şâhih*. thk. Muhammed Zuheyr en-Nâşır. Beyrut: Dâru Tâvķi'n-Necât, 1422.
- Burcuoĥlu, Haluk. *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Desûķî, Muhammed b. Aĥmed. Şemsuddîn Ebû 'Abdillâh Muhammed b. Aĥmed b. 'Arafe. *Hâşiyetu'd-Desûķî 'alâ's-Şerĥî'l-Kebîr*. 4 Cilt. b.y.: ts.
- Dural, Mustafa. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Ebû Dâvûd, es-Sicistânî. *Sunen*. thk. Muhammed Muĥyiddîn 'Abdulĥamîd. Beyrut: el-Mektebetü'l-'Asriyye, ts.
- Erdoĥan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüĥü*. İstanbul: Ensar, 2. Basım, 2005.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Erman, Hasan. *İstisnâ Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*. Ankara: Fakülteler Matbaası, 1970.
- Ezherî, Ebû Mansûr Muhammed. *Tehzîbu'l-Luĥa*. Beyrut: Darü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 2001.
- Feyzi Necmettin, Feyzioĥlu. *Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2. Basım, 1970.
- Feyzi Necmettin, Feyzioĥlu. *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Haraşî, Muhammed b. Abdullah. *eş-Şerĥu'l-Kebîr alâ Muĥtaşarı Ĥalîl*. Beyrut: Daru'l-Fikr, ty.

- Hasen b. Mansûr, Ebû'l-Mehâsin Fahrüddîn. *Fetâvâ-yı Kâdîhân*. Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2009.
- Hattâbî, Ebû Süleymân Ahmed b. Muhammed. *Meâlimü's-Sünen*. Halep: el-Matbaatü'l-İlmiyye, 1351.
- Havutçu, Ayşe. "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar". *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Heyet. *Fetâva'l-Âlemgiriyye = el-Fetâva'l-Hindiyye*. Bulak: Matba'atu'l-Kubrâ el-Emîriyye, 2. Basım, 1310.
- İbn Cüzey, Ebû'l-Kasım Muhammed b. Ahmed. *el-Kavânînu'l-fikhiyye*. Beyrut: Darü İbn Hazm, 2013.
- İbn Hacer el-Askalânî, Ebû'l-Fazl Şihâbüddîn Ahmed b. 'Alî b. Muhammed el-Askalânî. *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîh el-Buhârî*. ed. Muhibbuddîn el-Hatîb. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1379.
- İbn Kayyım el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr. *İ'lâmu'l-muvakkîn*. Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1411.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*. Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1388.
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muḥammed b. Aḥmed b. Muḥammed b. Aḥmed Kurtûbî Endelusî. *Bidâyetu'l-muctehid ve nihayetu'l-muktesid*. Kâhîre: Dâru'l-Ḥadîs, 2004.
- İbn 'Âbidîn, Muḥammed Emîn b. 'Omer b. 'Abdil'azîz el-Ḥuseynî ed-Dımeşkî. *Reddu'l-muḥtâr 'alâ'd-Durri'l-muḥtâr*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2. Basım, 1412/1992.
- İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed. *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Darü Sâdır, 1414.
- İbnü'l-Hümmam, Ahmed Şemseddin, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethü'l-Kadîr ale'l-Hidaye, Netâ'icü'l-Efkâr fî Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr*. Beyrut: Daru'l-Fikr, 1389.
- İnal, Hamdi Tamer. *Borca Aykırılık Dönme ve Fesih*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 4. Basım, 2014.
- Kabbânî, Muhammed Reşîd. "Nazariyyetu'z-zurûfi't-târi'e fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-vad'î". *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî* 2/2 (ts.).
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*. İstanbul: İrfan Yayınevi, 1982.
- Kâsânî, Ebû Bekir b. Mes'ûd. *Bedâ'i'ü's-şanâ'i' fî tertibi's-şerâ'i'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1986.
- Köse, Saffet. "İslâm Hukukunun Modern Hukuka Katkıları Konusunda Bir Deneme". *Makâlât* 1 (1999), 7-33.
- Mahmasani, Subhi. *en-Nazariyyetu'l-âmmе li'l-mûcebât ve'l-ukûd fi's-şerâti'l-İslâmiyye*. Beyrut: Dâru'l-İlm-i li'l-Melâyîn, 1983.
- Malik b. Enes. *el-Müdevvene*. Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1415.
- Mergînânî, Ebû'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mübtedî*. thk. Talâl Yûsuf. Beyrut: Daru'l-İhyâ'i Tûrâşî'l-'Arabi, ts.

- Muhammed Kadri Paşa. *Mürşidü'l- Hayrân*. Bulak: Matba'atü'l-Kübrâ el-Emîriyye, 1891.
- Müslim, Ebû'l-Hasen Muslim b. el-Haccâc el-Kuşeyrî en-Nisâbü'rî. *Şahîhu Müslim*. thk. Muḥammed Fuâd 'Abdulbâkî. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâsi'l-'Arabî, 1374/1955.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 13. Basım, 2015.
- Okur, Hüseyin, "İslam Borçlar Hukukunda El-Câiha/Beklenmeyen Durum Nazariyesi Mezhepler Arası Bir Mukayese", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 9/44 (2106), 1382-1394.
- Remlî, Muḥammed b. Ebi'l-'Abbâs Aḥmed b. Ḥamza Şemsuddîn. *Nihâyetü'l-Muḥtâc 'ilâ Şerhi'l-Minhâc*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1404/1984.
- Senhuri, Abdürrezzak. *el-Vasît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî el-Cedîd*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1952.
- Senhuri, Abdürrezzak. *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslamî*. Lübnan: Darü İhyâi't-Türâsi'l-'Arabî, 1953.
- Seraḥsî, Muḥammed b. Aḥmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-'Eimme. *el-Mebsûṭ*. thk. Ḥalîl Muḥyiddîn el-Meyyis. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1414/1993.
- Serozan, Rona. *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Şehhâte, Şefik. *en-Nazariyyetü'l-âmmeh li'l-İltizâmât fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*. Mısır: İtimat Matbbası, ty.
- Şirâzî, İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf. *el-Muhezzeb fi'ş-fikhi'l-İmâm eş-Şâfi'î*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, ts.
- Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. Ankara: Ajans Türk, 1961.
- Termânînî, Abdüsselâm. *Nazariyyetü'z-zurûfi't-târi'e*. Dımaşk: Daru'l-Fikr, 1971.
- Tile, Latif. *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Tirmizî, Ebû 'İsâ Muḥammed b. 'İsâ. *Sunen*. thk. Beşşar 'Avvad Ma'rûf. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1998.
- Ünal, Mustafa. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Zeyla'î, 'Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bâri'î Fahrüddîn el-Hanefî. *Tebyînu'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dakâik ve Hâşiyeti'ş-Şelebî*. Bulak; Kahire: el-Matba'atu'l-Kubrâ'l-Emîriyye, 1313.
- Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyyetu'z-zarûra*. Beyrut: Müessesetü'r-Risale, 1405.

## Makale Bilgi Formu

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.



**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Üzerine Düşünceler

### Thoughts on Whether Legal Persons Can Benefit from Legal Aid

Alper Tunga Küçük<sup>1\*</sup>   
Fatih Tahiroğlu<sup>1</sup> 

Dr. Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye,  
alpertkucuk@gmail.com

Dr. Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye,  
tahiroglufatih@hotmail.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding



**Öz:** Adli yardım, yoksulluğu nedeniyle yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişinin, bu giderlerden geçici olarak muaf tutulmasını sağlayan bir kurumdur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "adli yardımdan yararlanacak kişiler" başlıklı 334. maddesinde belirli şartlarla gerçek kişilerin, kamuya yararlı dernek ile vakıfların ve yabancıların adli yardımdan yararlanabileceği düzenlenmiştir. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi zaman zaman yargı kararlarına konu olmuştur. Son olarak bu mesele Anayasa Mahkemesi'nin 17/05/2023 tarihinde vermiş olduğu kararla yeniden gündeme gelmiştir. Bu çalışmada öncelikle genel olarak Türk hukukunda adli yardımdan kimlerin yararlanabileceği konusunda bahsedilmiştir. Ardından tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda mukayeseli hukuktaki durum ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi uygulaması ele alınmıştır. Daha sonra ise mevzuat, öğretideki görüşler, Yargıtay uygulaması ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenerek Türk hukukundaki durum ortaya konulmuştur. Çalışmanın sonunda adli yardımın amacı ile anayasal temelleri de dikkate alınarak tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı üzerine bir değerlendirme yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Adli Yardım, Tüzel Kişi, Gerçek Kişi, Kamuya Yararlı Dernek ve Vakıflar, Sermaye Şirketi

**Abstract:** Legal aid is an institution that provides temporary exemption from litigation expenses for individuals who are unable to partially or fully cover these expenses due to poverty. The Law on Civil Procedure no. 6100, in its Article 334 titled "Persons Eligible for Legal Aid", regulates that certain conditions must be met for individuals, public-benefit associations, foundations, and foreigners to benefit from legal aid. The issue of whether legal persons other than public-benefit associations and foundations can benefit from legal aid has been the subject of occasional judicial decisions. Most recently, this issue has come to the forefront with the decision of the Constitutional Court on May 17, 2023. In this study, first, a general overview of who can benefit from legal aid in Turkish law has been discussed. Then, the situation in comparative law regarding whether legal persons can benefit from legal aid and the practice of the European Court of Human Rights have been addressed. Subsequently, the legislation, opinions, the practice of the Court of Cassation, and decisions of the Constitutional Court have been examined to elucidate the situation in Turkish law. At the end of the study, considering the purpose and constitutional foundations of legal aid, an evaluation has been made on whether legal persons can benefit from legal aid.

**Keywords:** Legal Aid, Legal Person, Real Person, Public Benefit Association and Foundation, Corporation

### Extended Abstract

The issue of whether legal persons other than public-benefit associations and foundations can benefit from legal aid has been the subject of debate in the doctrine and judicial decisions in Turkish law. This issue is regulated in different ways in various legal systems. While in a group of countries, legal persons do not have the right to legal aid, in some countries it is stated that only non-profit legal persons can

benefit from the right to legal aid. Finally, in some countries (including Germany, Switzerland, Austria) legal persons, involving corporations, can apply for legal aid, provided that they meet certain conditions. According to German law, a legal person established and resident in another state that is a member of the EU or another state that is a party to the Agreement on the EEA, if the expenses cannot be paid by itself or by those economically related to the subject of the legal dispute and the right is not claimed or if not defending the right would be contrary to the public interest, he/she may benefit from legal aid. In Swiss law, legal persons are not prohibited from benefiting from legal aid by the Swiss Federal Code of Civil Procedure, and the issue is left to practice. According to the Swiss Federal Court, legal persons can benefit from legal aid if their sole assets are the subject of a dispute and if the legal person and all those economically concerned are poor. In Austrian law, legal persons may benefit from legal aid if the expenses necessary for the continuation of the trial cannot be provided by them or those who are economically involved in the conduct of the trial, and if the pursuit or defense of the right is not clearly malicious or does not appear to be very unlikely to be accepted. The European Court of Human accepted that legal persons who do not have the opportunity to cover litigation expenses can benefit from legal aid as a requirement of the right to access the court. In Turkish law, it has been accepted in doctrine and judicial decisions that other legal persons cannot benefit from legal aid. However, on this issue, the Constitutional Court recently made a remarkable decision which is in line with the recent decision of the European Court of Human Rights. According to the Constitutional Court, the criterion of being partially or completely unable to pay the litigation expenses required for the acceptance of the request for legal aid is not a concept that is valid only for natural persons. Since legal persons are allowed to express their claims before judicial authorities, having capacity to sue, this may make it difficult or even impossible for corporations that are incapable of paying high amounts of litigation expenses to file a lawsuit. In our opinion, although the second paragraph of Article 334 of the Code of Civil Procedure stipulates that publicly beneficial associations and foundations may benefit from legal aid, it is not expressly prohibited that legal persons other than these cannot benefit from legal aid. On the other hand, considering both the purpose of the legal aid institution and the principles and rights on which it is based, legal persons other than publicly beneficial associations and foundations should also be able to benefit from legal aid. The acceptance of this institution is a requirement not only of the principle of social state, but also of the principle of the rule of law, the principle of equality, the right to be heard legally, the freedom to seek rights and, in this context, the right of access to the court. Again, the fact that legal aid is a requirement of the principle of social state cannot be a justification for only real persons to benefit from this institution. Legal persons other than public benefit associations and foundations can also benefit from legal aid, which may serve to ensure the principle of social state. Moreover, it is not correct to assume that all legal persons, especially companies, are in a position to pay the judicial expenses. This is because the judicial expenses to be paid may reach very high amounts depending on the concrete case, and small and medium-sized companies or non-public associations and foundations may not be able to pay such judicial expenses without falling into financial difficulties. Indeed, the inability of a company, which cannot benefit from legal aid because it is not a public benefit association or foundation, to protect its assets and maintain its existence may seriously affect economic and social life and this situation may also concern the public interest. Likewise, it is not legally consistent to prevent a legal person, who has been granted the capacity to be a party and litigant by the legislator, from filing a lawsuit before the courts and being a party to the lawsuit due to its inability to benefit from legal aid. In our opinion, the assumption that legal persons request legal aid because they are insolvent or insolvent is also not appropriate. It should be underscored that legal aid is a requirement of the right to be heard and the right to a fair trial. The fact that public resources are limited does not justify the disregard of these fundamental rights. Finally, although there is no legal obstacle for legal persons other than public benefit associations and foundations to benefit from legal aid, it would be appropriate to make a legal regulation on this issue to end the contrary practice. In the regulation to be made in this regard, the condition that legal persons as well as the persons concerned should be economically unable

to pay the judicial expenses should be sought. It should be clearly stated in the text or justification of the law who may be economically interested. In addition, a provision stating that the financial status of legal persons, unlike real persons, should be scrutinized meticulously through qualified documents to be listed in the law may be added to the regulation to be made.

## Giriş

Adlî yardım, yoksulluğu nedeniyle yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişinin, bu giderlerden geçici olarak muaf tutulmasını sağlayan bir kurumdur<sup>1</sup>. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>2</sup> "adli yardımdan yararlanacak kişiler" başlıklı 334. maddesinin birinci fıkrasına göre, "kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, kamuya yararlı dernek ve vakıflar da belirli şartlar altında adlî yardımdan yararlanabilirler. Yabancı kişilerin adlî yardımdan yararlanması ise karşılıklılık şartına bağlıdır (f. 3).

Adlî yardım kurumu birçok anayasal temele sahiptir<sup>3</sup>. Nitekim bazı ülkelerde bu kurumun anayasada açıkça güvence altına alındığı görülmektedir<sup>4</sup>. Söz konusu kurumun kabul edilmesi, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir<sup>5</sup>. Zira bu kurum, yoksul kişilerin yargı mercileri önünde haklarını arayabilmelerine veya savunma yapabilmelerine imkân sağlar<sup>6</sup>. Keza adlî yardım hukuk devleti ilkesinin, eşitlik ilkesinin<sup>7</sup>, hak arama hürriyetinin<sup>8</sup> ve bu bağlamda mahkemeye erişim hakkının<sup>9</sup> da bir

<sup>1</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1960), 177; Necip Bilge - Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri* (Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 344; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000), 775; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. V* (İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001), 5418; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 1623; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1986), 4-5; Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2411; Hakan Pekcanitez vd. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023) 574; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, C. I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 1199; Murat Atalı vd., *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 693; Ayşe Kılınç, *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 9.

<sup>2</sup> R.G., 04/02/2011, S. 27836.

<sup>3</sup> Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Kılınç, *Adli Yardım*, 123 vd.

<sup>4</sup> Anayasalarında adlî yardım hakkını açıkça düzenleyen ülkelere Azerbaycan, Belçika, Hollanda, Portekiz, İsviçre örnek olarak gösterilebilir. Bu konu hakkında geniş bilgi için Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (*United Nations Development Programme*) ve Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (*United Nations Office on Drugs and Crime*) tarafından hazırlanan "Adli Yardım Hakkında Küresel Çalışma-Ülke Profilleri" (*Global Study on Legal Aid Country Profiles*) isimli çalışmaya bakılabilir ([https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/GSLA\\_-\\_Country\\_Profiles.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/GSLA_-_Country_Profiles.pdf)).

<sup>5</sup> Thomas Rauscher, "Einleitung", *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*, ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher (München: C.H. Beck, 2020), kn. 297; Daniel Wache, "ZPO § 114", *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*, ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher (München: C.H. Beck, 2020), kn. 3; Wolfgang Grunsky - Florian Jacoby, *Zivilprozessrecht* (München: Verlag Franz Vahlen, 2014), kn. 835; Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi 2* (1984), 209; Pekcanitez vd., *Ders Kitabı*, 574; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2411; Atalay, *Adli Yardım*, 15; Tanrıver, *Usûl*, 1199; Hüsamettin Çelebi, "Hak Aramanın Maliyeti", *Ankara Barosu Dergisi 2* (1989), 258; Mustafa Köksal, "Adli Yardım (Müzaheretli Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi 40* (Aralık 2009), 98; Mine Akkan, *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010), 186; Kılınç, *Adli Yardım*, 148; Leyla Akyol Aslan, "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması - (HUAK m. 13/3)", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4/1* (Ocak 2018), 83.

<sup>6</sup> Çelebi, "Hak Arama", 258-259; Köksal, "Adli Yardım", 98; Nesibe Kurt Konca, "Arabuluculuk Sürecinde Adli Yardım Taleplerinde Görevli Merciyeye İlişkin Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi 142* (2019), 233.

<sup>7</sup> Faruk Erem, "Adli Yardım", *İmran Öktem'e Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970); 108; Ömer Ulukapı - Ömer Çon, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014), 1961; Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 100.

<sup>8</sup> Erem, "Adli Yardım", 109.

<sup>9</sup> Robert Fucik, "§ 63", *Zivilprozessordnung Kommentar*, ed. Walter H. Rechberger - Thomas Klicka (Wien: Verlag Österreich, 2019), kn. 1. Adlî yardıma ilişkin düzenlemelerin etkin hukukî koruma için gerekli olduğu yönünde bkz. Rauscher, Thomas: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Auflage, 2020, kn. 297; Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", *MİHDER 3/6* (2007), 55. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda da adlî yardım söz konusudur

gereğidir<sup>10</sup>. Ayrıca şartları mevcut olmasına rağmen kişinin adli yardımdan yararlandırılmaması aynı zamanda hukukî dinlenilme hakkının da ihlâl edilmesine neden olur<sup>11</sup>.

Çalışmada kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi ele alınmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde genel olarak adli yardımdan yararlanacak kişiler üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde ise tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda öncelikle mukayeseli hukuktaki duruma ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi uygulamasına yer verilmiştir. Ardından konuya ilişkin Türk hukukundaki görüşler ve yargı kararları incelenerek bir kanaate varılmıştır.

## I. Genel Olarak Adli Yardımdan Yararlanabilecek Kişiler

### A. Gerçek kişiler

Adli yardımdan esasen gerçek kişiler yararlanabilir<sup>12</sup>. Şöyle ki, adli yardımdan yararlanacak kişilerin düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin birinci fıkrasında her ne kadar açıkça gerçek kişi ifadesi yer almasa da maddenin düzenleniş biçimiyle gerçek kişiler kastedilmektedir. Zira söz konusu fıkra adli yardımdan yararlanabilecek kişiler, "*kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>13</sup>. Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334.

---

(Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 59/3, h; m. 62/2). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bireysel başvuru harcının olmasının mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, kararında harcın aşırı olmadığını ve adli yardım imkânının mevcut olduğunu vurgulamıştır (İHAM, *Hasan Uzun/Türkiye*, B. No: 10755/13, 30/4/2013, § 58). Bu konuda bkz. Hüseyin Ekinci, "Mahkemeye Erişim Bağlamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım", *Haşim Kılıç'a Armağan* (Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015), 1391 dn. 52; Şermin Birtane, *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 57. Bireysel başvuru harcının makul ölçüde olduğu ve adli yardımın da mümkün olduğuna dair bkz. Ramazan Korkmaz, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 160.

<sup>10</sup> Reinhard Bork, "vor § 114", *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*, ed. Reinhard Bork - Herbert Roth (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), kn. 8; Erik Kießling, "Vorbemerkung zu §§ 114-127", *Zivilprozessordnung*, ed. Ingo Saenger (Baden-Baden: Nomos, 2023), kn. 1; Tanrıver, *Usûl*, 1199; Kılınc, *Adli Yardım*, 144 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Grunsky - Jacoby, *Zivilprozessrecht*, kn. 835; Süleyman Burak Gündoğdu, *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 219-221.

<sup>11</sup> Hakan Pekcanitez, "Hukukî Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası, 2000), 784; Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 306 vd.

<sup>12</sup> Hüsnü Mehmet Kabakçıoğlu, "Muzaheret Adliye", *Adliye Ceridesi*, S. 4, (1942), 375-386, 377; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952), 272; Necmeddin M. Berkin, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (İstanbul: Hamle Matbaası, 1969), 204; Necmeddin M. Berkin, *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981), 869; Ansay, *Yargılama*, 178; Bilge - Önen, *Yargılama*, 345; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, 5420; Kuru, *El Kitabı*, 1624; İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), 676; Üstündağ, *Yargılama*, 776; H. Yavuz Alangoya vd., *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011), 420; Ejder Yılmaz, "Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması", *Makaleler (1973-2013), C. 1*, ed. Ejder Yılmaz (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 570; Pekcanitez vd., *Ders Kitabı*, 574; Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 769; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 3207; Tanrıver, *Usûl*, 1200; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 728; L. Şanal Görgün vd., *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 747; Atalay, *Adli Yardım*, 55; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2415; Kılınc, *Adli Yardım*, 193; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku* (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2015), 438; Âlim Taşkın, "Adli Yardımın İşlevi Ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3 (1999), 839; Ömer Uğur Gençcan, "Adli Yardım", *Yargıtay Dergisi* 31/1-2 (2005), 128; Mehmet Akbal, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *TBB Dergisi* 93 (2011), 152; Nihan Esendal, "Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi* 31 (Mart 2009), 180; Peksöz, Vildan. *Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2022, 346.

<sup>13</sup> Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2415; Kılınc, *Adli Yardım*, 193; Ulukapı, *Usûl*, 438; Ekinci, "Adli Yardım", 1399. Bu düzenlemenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki karşılığı 465. maddede yer almaktaydı. Söz konusu hükümde, yine gerçek kişi ifadesi yer almaksızın adli yardımdan yararlanabilecek kişiler, "*kendisizle ailesini meşetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimseler*" şeklinde ifade edilmekteydi. Öğretide de bu ifadeden hareketle adli yardımdan gerçek kişilerin yararlanabileceği belirtilmekteydi. Bkz. Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri*, 272; Berkin, *Esaslar*, 204; Bilge - Önen, *Yargılama*, 345; Kabakçıoğlu, "Muzaheret Adliye", 377; Atalay, *Adli Yardım*, 55; Üstündağ, *Yargılama*, 776; Yılmaz, "Adli Yardım", 570; Taşkın, "Adli Yardım", 839; Gençcan, "Adli Yardım", 128; Akbal, "Adli Yardım", 152; Esendal, "Adli Yardım", 180. Bu hükmün Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. Maddesinin birinci fıkrası ile aynı içerikte olduğu yönünde bkz. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 970.



maddesinin ikinci fıkrasında, adlî yardımdan yararlanabilecek olan tüzel kişilerin istisnâ olarak düzenlenmiş olması da adlî yardımdan esasen gerçek kişilerin yararlanabileceğini ortaya koymaktadır<sup>14</sup>. Nitekim bu durum, madde gerekçesinde de “*gerçek kişiler için öngörülen adli yardımdan, istisnâ olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların da yararlanabilmeleri düzenlenmiştir*” şeklinde vurgulanmıştır<sup>15</sup>.

## B. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar

Adlî yardımdan yararlanabilecek kişilerden bir diğeri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334. maddesinin ikinci fıkrasında düzenleme alanı bulan kamuya yararlı dernek<sup>16</sup> ve vakıflardır<sup>17</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan önce yürürlükte bulunan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ise gerçek kişiler haricinde hayır kurumlarının adlî yardımdan yararlanabilecekleri düzenlenmişti (m. 465/1)<sup>18</sup>. Kamuya yararlı dernek ve vakıfların adlî yardımdan yararlanmasının kabul edilmesinin sebebi madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: Kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri sırasında taraf olmak zorunda kalacakları dava ve işler nedeniyle yapacakları harcamaları karşılayacak yeterli malî kaynaklarının bulunmaması hâlinde, gerçekleştirebilecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin de tehlikeye girmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle bu tür tüzel kişilerin de adlî yardımdan yararlanması gerekir<sup>19</sup>.

## C. Yabancılar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür<sup>20</sup>. Bu hükme göre, “*yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır*”<sup>21</sup>. Ancak bunun için adlî yardım talebinde bulunan yabancıların kendi ülkelerinde de Türk vatandaşlarının adlî yardımdan yararlanabildiklerini ispat etmeleri gerekir<sup>22</sup>.

<sup>14</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 193; Akyol Aslan, “Adli Yardım”, 103.

<sup>15</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), 100 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>).

<sup>16</sup> Kamuya yararlı dernekler 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*kamu yararına çalışan dernekler, Cumhurbaşkanlığı kararıyla tespit edilir. Bir derneğin kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için, en az bir yıldan beri faaliyette bulunması ve derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere giriştiği faaliyetlerin topluma yararlı sonuçlar verecek nitelikte ve ölçüde olması şarttır*”. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2415-2416.

<sup>17</sup> Kamuya yararlı vakıflara dair düzenleme, 4962 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Vakıflara Vergi Muafiyeti Tanınması Hakkında Kanun’un 20. maddesinde bulunmaktadır. Bu hükme göre, “*gelirlerinin en az üçte ikisini nev’i itibarıyla genel, katma ve özel bütçeli idarelerin bütçeleri içinde yer alan bir hizmetin veya hizmetlerin yerine getirilmesini amaç edinmek üzere kurulan vakıflara, Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınabilir.1 Bunların vergi muafiyetinden yararlanması ve muafiyetlerinin kaybedilmesine ilişkin şartlar, usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir*”. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2415-2416.

<sup>18</sup> Bu hükme göre, “*müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzaheretli adliyeye nail olabilirler*”. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri*, 272; Berkin, *Esaslar*, 204; Ansay, *Yargılama*, 178; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, 5420; Bilge/Önen, *Yargılama*, 345; Üstündağ, *Yargılama*, 776; Atalay, *Adli Yardım*, 56 vd.; Alangoya vd., *Usul*, 420; Gençcan, “Adli Yardım”, 129; İmmihan Yaşar, “Adli Yardım Uygulaması”, *İstanbul Barosu Dergisi* 80/5 (2006), 2007-2026. Ancak hukukumuzda, hayır kurumu adı altında bir tüzel kişilik kategorisi bulunmamaktadır. Öğretide bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktaydı. Bu konu hakkında bkz. Kemal Hakkı Reisoğlu, “Müzaheretli Şahsın Dâvada Haksız Çıkması”, *Adalet Dergisi* 1 (1952), 64-73, 66 vd.; Atalay, *Adli Yardım*, 57 vd.; Kılınç, *Adli Yardım*, 195.

<sup>19</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), 100 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>).

<sup>20</sup> Kuru, *El Kitabı*, 1624; Arslan vd., *Usul*, 742; Tanrıver, *Usûl*, 1200; Yılmaz, *Şerh*, 3208; İlhan E. Postacıoğlu - Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 988; Timuçin Muşul, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 511.

<sup>21</sup> Aynı düzenleme Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 465. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktaydı. Bu hükme göre “*Ecnebilerin müzaheretli adliyeye nail olabilmeleri muamelei müteakibinin cari olduğunun ispat edilmesine mütevakkıftır*”. Bu konuda bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, 5420; Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri*, 273; Berkin, *Esaslar*, 204; Ansay, *Yargılama*, 178; Bilge/Önen, *Yargılama*, 345; Postacıoğlu, *Usûl*, 676; Atalay, *Adli Yardım*, 63; Üstündağ, *Yargılama*, 76; Akbal, *Adli Yardım*, 152.

<sup>22</sup> Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2417.

Kanun'da aranılan karşılıklılık şartı<sup>23</sup>, hukukî veya fiili karşılıklılıktır<sup>24</sup>. Öğretide bu düzenlemenin kapsamının yabancı gerçek kişiler olduğu ifade edilmiştir<sup>25</sup>.

## II. Tüzel Kişilerin Adli Yardımdan Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi

### A. Mukayeseli hukuktaki durum

#### 1. Genel olarak

Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda, Türk hukuku bakımından bir değerlendirme yapmadan önce, mukayeseli hukuktaki durumun ortaya konulmasında fayda vardır. Burada öncelikle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında işaret edilen, 2008 yılında yapılan ve 32 ülkeyi kapsayan bir araştırmadan bahsetmek gerekir<sup>26</sup>. Bu araştırmaya göre, ülkeler incelendiğinde, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda üç farklı yaklaşımın söz konusu olduğu söylenebilir. Şöyle ki, Arnavutluk, Ermenistan, Azerbaycan, Bosna Hersek, Bulgaristan, İngiltere ve Galler, İrlanda, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Malta, Moldova, Romanya ve Sırbistan'ın aralarında bulunduğu ülkelerde tüzel kişilerin adli yardım hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, Fransa, Yunanistan, Portekiz, Slovenya, İspanya ve Türkiye'de ise kâr amacı gütmeyen tüzel kişilerin<sup>27</sup> (*non-commercial purpose, but non-lucrative*) adli yardım hakkından yararlanabileceği belirtilmiştir. Son olarak, Avusturya, Belçika, Estonya, Finlandiya, Almanya, Hollanda, Polonya, Rusya, İsviçre ve Ukrayna'da ise

<sup>23</sup> Öğretide yabancılar bakımından getirilen bu sınırlamanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6'daki mahkemeye erişim hakkının orantısız bir sınırlaması olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile tanınan haklar, devletlerin menfaatlerinin korunmasını amaçlamadığından, yalnızca diğer ülkeleri kendi vatandaşlarına aynı hakları tanımak konusunda teşvik etmek amaçlı bir ilke olan karşılıklılığa dayanarak sözleşmede öngörülen bir hakkın sınırlanması kabul edilemez. Bu nedenle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 334/3'e göre öncelikle uygulanmalı ve diğer şartların mevcut olması hâlinde yabancıların adli yardım talebi kabul edilmelidir. Bkz. Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 158-159; Atalı vd., *Usûl*, 694-695. Adli yardımın hem mahkemeye erişim hakkının hem de hukukî dinlenme hakkının kullanımının sağlanmasındaki yadsınamaz rolü ve adil yargılanma hakkı açısından arz ettiği önem karşısında adli yardımın da temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve yabancıların adli yardımdan faydalanabilmeleri açısından aranan karşılıklılık şartının kaldırılması gerektiği yönünde bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 558-559, 576. Bu yönde ayrıca bkz. Emel Hanağası, *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 335-336. Bu konuda yapılan bir bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi, yabancıların adli yardımdan yararlanması bakımından karşılıklılık şartının kategorik olarak aranmasının mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (AYM, *Mohamma Salem Pashto ve Nazi Salem*, B. No: 2019/26339, 17/5/2023 (R.G., 8/11/2023, S. 32363)). Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurular bakımından adli yardımda karşılıklılık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı da ayrıca tartışma konusu olmuştur. Şöyle ki, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin yedinci fıkrasına göre, bireysel başvuruların incelenmesinde, bu Kanun ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usûl kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanır. Öğretideki bir görüşe göre, hukuk yargılamalarında adli yardım için öngörülen karşılıklılık kuralının insan haklarının korunmasını konu alan bireysel başvuru yargılamalarında kabul edilmesi isabetli olmaz. Bkz. Abdulkadir Karaaslan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Başvuru Usulü ile Karşılaştırmalı Olarak* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 159. Aynı yönde bkz. Ekinci, "Adli Yardım", 1400. Anayasa Mahkemesi'nin de kendisine yapılan bir bireysel başvurudaki adli yardım talebi hakkında böyle bir kararı mevcuttur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, temel hak ve özgürlüklerinin kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan yabancı bir kişinin ileri sürdüğü adli yardım talebinin, sadece karşılıklılık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin, bireylerin hak ve özgürlüklerini merkeze alan bireysel başvurunun ruhuyla bağdaşmaz (AYM, *Nadali Agheli Kohne Shahrı*, B. No: 2014/12633, 9/9/2015, § 18 (R.G., 4/11/2015, S. 29522)). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Karaaslan, *Bireysel Başvuru*, 159.

<sup>24</sup> Karşı, *Muhakeme*, 729; Esendal, "Adli Yardım", 180. Kanun'un gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: Türkiye'de adli yardım talebinde bulunan yabancıların, vatandaşı olduğu ülkede, Türk vatandaşlarının da adli yardımdan yararlanabildiklerinin ispatında, iki veya çok taraflı uluslararası antlaşmalar ve ilgili ülkenin kanunlarından yararlanılabileceği gibi, fiilî uygulamaların ispatı da yeterli olacaktır. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), 100 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>)

<sup>25</sup> Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2417; Kılınc, *Adli Yardım*, 194; Akyol Aslan, "Adli Yardım", 104. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun döneminde de HUMK m. 465, II'de ecnebi ifadesinin kapsamı yabancı gerçek kişi olarak belirtilmiştir. Bkz. Postacıoğlu, *Usûl*, 676; Atalay, *Adli Yardım*, 55; Gençcan, "Adli Yardım", 128; Akbal, *Adli Yardım*, 152. Yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağına dair bkz. II, B, 2.

<sup>26</sup> Bkz. İHAM, *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya*, § 17-18 (B. No: 19508/07, 22/3/2012); İHAM, *VP Diffusion Sarl/France*, (B. No: 14565/04, 26/8/2008); İHAM, *C.M.V.M.C. O'LIMO/Spain*, (B. No: 33732/05, 24/11/2009, §§ 11-14).

<sup>27</sup> Buradaki ifadenin, ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında geçen ifade olduğunu vurgulamak gerekir. Türk hukuku açısından mevzuattaki durum için aşağıda bkz. II, C, 1.

ticari şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişilerin belirli koşullara sahip olmak kaydıyla adlî yardıma başvurabileceği tespit edilmiştir.

Bu noktada, Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası yargılama sisteminde<sup>28</sup> yer alan Almanya, İsviçre ve Avusturya hukukunun üzerinde ayrıca durulmasında yarar vardır. Nitekim tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin söz konusu ülkelerdeki düzenlemeler ve görüşler Türk Hukuku bakımından yapılacak değerlendirmede yol gösterici olabilir.

## 2. Alman hukuku

Alman hukukunda gerçek kişilerin adlî yardımdan hangi şartlarda yararlanabileceği Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hakkın aranmasının veya savunulmasının yeterli ölçüde olumlu sonuçlanma ihtimâli varsa ve hakkın aranması veya savunulması kötü niyetli görünmüyorsa, kişisel ve ekonomik şartları sebebiyle yargılama giderlerini karşılayamayan veya kısmen ya da taksitle karşılayabilen taraf talep üzerine adlî yardımdan yararlanabilir<sup>29</sup>. Alman hukukunda her gerçek kişi Alman vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın adlî yardımdan yararlanabilir<sup>30</sup>. Dolayısıyla yabancıların ve vatansızların da adlî yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür<sup>31</sup>. Bu noktada, kişinin yerleşim yerinin yurt içinde mi yoksa yurt dışında mı olduğunun bir önemi yoktur<sup>32</sup>.

Alman hukukunda tüzel kişilerin hangi şartlarda adlî yardımdan yararlanabileceği ise, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 116. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre Almanya'da, Avrupa Birliği üyesi olan başka bir devlette veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan başka bir devlette kurulmuş ve orada ikâmet eden bir tüzel kişi, giderler kendisi veya hukukî uyumsuzluğun konusuyla ekonomik açıdan ilgili olanlar (*wirtschaftlich Beteiligten*) tarafından ödenemiyorsa ve hakkın aranmaması veya hakkın savunulmaması kamu yararına aykırılık teşkil edecekse, adlî yardımdan yararlanabilir<sup>33</sup>. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda yerli tüzel kişilerin yanı sıra Avrupa Birliği üyesi olan bir devlette veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan başka bir devlette kurulmuş ve orada ikâmet eden tüzel kişiler de adlî yardımdan yararlanabilir. Bu noktada,

<sup>28</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ayşe Gülin Güralp, *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 5 vd.

<sup>29</sup> Alman hukukunda tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanması konusunda geniş bilgi için bkz. Klaus Willenbruch, *Das Armenrecht der juristischen Personen* (Berlin: Duncker&Humblot, 1977), 14 vd.

<sup>30</sup> Arwed Blomeyer, *Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren* (Berlin: Duncker & Humblot, 1985), 780; Reinhard Bork, "§ 114", *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*, ed. Reinhard Bork - Herbert Roth (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), kn. 10; Almuth Zempel - Mallory Völker, "§ 114", *Zivilprozessordnung Kommentar*, ed. Hanns Prütting - Markus Gehrlein (Köln: Luchterhand Verlag, 2016), kn. 9; Leo Rosenberg vd. *Zivilprozessrecht* (München: Verlag C. H. Beck, 2018), § 87 kn. 9; Stefan Smid - Sabine Hartmann, "§ 114", *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 2 Teilband 2 §§ 78-127a*, ed. Bernhard Wieczorek - Rolf A. Schütze (Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2015), kn. 3.

<sup>31</sup> Blomeyer, *Zivilprozeßrecht*, 780; Adolf Baumbach vd., *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen* (München: Verlag C. H. Beck, 2016), § 114 kn. 10; Bork, "§ 114", kn. 10; Gerhart Reichling, "ZPO § 114", *BeckOK ZPO*, ed. Volkert Vorwerk - Christian Wolf (München: C. H. Beck, 2023), kn. 8; Rosenberg vd. *Zivilprozessrecht*, § 87 kn. 9; Frank O. Fischer, "ZPO § 114", *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, ed. Hans-Joachim Musielak - Wolfgang Voit (München: Verlag Franz Vahlen, 2023), kn. 2; Reinhold Geimer, "§ 114", *Zöller Zivilprozessordnung*, ed. Richard Zöller vd. (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2014), kn. 5; Peter Gottwald, "Die Stellung des Ausländers im Prozeß", *Grundfragen des Zivilprozessrechts* (Bielefeld: Gieseking, 1991), 54 vd.

<sup>32</sup> Rosenberg vd., *Zivilprozessrecht*, § 87 kn. 9; Baumbach vd., *Zivilprozessordnung*, § 114 kn. 10; Reichling, "ZPO § 114", kn. 8; Geimer, "§ 114", kn. 5; Smid - Hartmann, "§ 114", kn. 3; Wolfgang Hau, "Prozesskostenhilfe für Ausländer und Auslandsansässige im deutschen Zivilprozess", *Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 411 vd.

<sup>33</sup> Söz konusu hükmün kapsamına hem özel hukuk tüzel kişileri hem de kamu hukuku tüzel kişileri girer. Bu konuda bkz. Reinhard Bork, "§ 116", *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*, ed. Reinhard Bork - Herbert Roth (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), kn. 20; Erik Kießling, "§ 116", *Zivilprozessordnung*, ed. Ingo Saenger (Baden-Baden: Nomos, 2023), kn. 18. Öte yandan, tasfiye hâlindeki bir tüzel kişi de adlî yardımdan yararlanabilir (Frank O. Fischer, "ZPO § 116", *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, ed. Hans-Joachim Musielak - Wolfgang Voit (München: Verlag Franz Vahlen, 2023), kn. 11; Daniel Wache, "ZPO § 116", *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*, ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher (München: C.H. Beck, 2020), kn. 21; Gerhart Reichling, "ZPO § 116", *BeckOK ZPO*, ed. Volkert Vorwerk - Christian Wolf (München: C. H. Beck, 2023), kn. 17).

Avrupa Birliği üyesi bir devlette veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan bir devlette kurulu olan ve orada ikâmet eden tüzel kişiler, yerli tüzel kişilerle eşit tutulmuştur<sup>34</sup>. Bunların dışındaki yabancı tüzel kişiler ise ancak uluslararası anlaşmalar çerçevesinde adli yardımdan yararlanabilirler<sup>35</sup>.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 116. maddesine göre, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için, yargılama giderlerinin kendisi dışında hukukî uyumsuzluğun konusuyla ekonomik açıdan ilgili olanlar (*wirtschaftlich Beteiligten*) tarafından da ödenmemesi gerekir. Böyle bir kuralın kabul edilmesinin amacı, aslında ödeme gücü olan kişilerin giderlerden kaçınmak amacıyla tüzel kişileri kullanmalarını engellemektir<sup>36</sup>. Ekonomik açıdan ilgili olanlar, tüzel kişinin davayı kazanmasından veya kaybetmesinden ötürü mali durumu etkilenebilecek kişilerdir<sup>37</sup>. Ekonomik açıdan ilgili olanlar kavramı geniş anlaşılmalıdır<sup>38</sup>. Bu noktada örneğin, ortaklar, yönetim kurulu ve denetim kurulu üyeleri ekonomik açıdan ilgili olarak kabul edilir<sup>39</sup>. Yine bağlı işletmenin taraf olduğu bir uyumsuzlukta hâkim şirket ekonomik açıdan ilgilidir<sup>40</sup>. Keza alacaklılar da ekonomik açıdan ilgili olabilirler<sup>41</sup>. Ayrıca bir derneğin üyeleri de ekonomik açıdan ilgili olabilirler<sup>42</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman hukukunda tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için hakkın aranmasının veya hakkın savunulmasının kamu yararını ilgilendirmesi gerekir. Eğer bir davada verilecek karar nüfusun veya ekonomik hayatın daha geniş bir kesimine hitap ederse ve bu kararın sosyal etkileri olacaksa, davanın takip edilmesinde kamu yararı vardır<sup>43</sup>. Örneğin, davanın yürütülmemesi bir tüzel kişinin kamuya hizmet eden görevlerini yerine getirmesini engelleyecekse, bu durumda kamu yararı vardır<sup>44</sup>. Keza bir tüzel kişinin varlığı davanın yürütülmesine bağlıysa ve dolayısıyla davanın sonucu çok sayıda kişinin istihdamını etkileyecekse, burada da kamu yararı mevcuttur<sup>45</sup>.

Aynı durum çok sayıda küçük alacaklının etkilenebileceği yargılamalar bakımından da geçerlidir<sup>46</sup>. Bu konuda örneğin, alacaklı sayısının 27 olması yeterli kabul edilirken<sup>47</sup>, 22 olması yeterli kabul edilmemiştir<sup>48</sup>. Öte yandan kamu yararından bahsedebilmek için ekonomik açıdan ilgililerin dışında

<sup>34</sup> Bork, "§ 116", kn. 28; Almuth Zempel - Mallory Völker, "§ 116", *Zivilprozessordnung Kommentar*, ed. Hanns Prütting - Markus Gehrlein (Köln: Luchterhand Verlag, 2016), kn. 13; Kießling, "§ 116", kn. 18.

<sup>35</sup> Bork, "§ 116", kn. 28 vd.; Rosenberg vd., *Zivilprozessrecht*, § 87 kn. 26; Kießling, "§ 116", kn. 18.

<sup>36</sup> Fischer, "ZPO § 116", kn. 13.

<sup>37</sup> Kießling, "§ 116", kn. 20; Reichling, "ZPO § 116", kn. 21.

<sup>38</sup> Fischer, "ZPO § 116", kn. 14; Reichling, "ZPO § 116", kn. 21.1.

<sup>39</sup> Fischer, "ZPO § 116", kn. 14; Reichling, "ZPO § 116", kn. 21.1; Christian Seiler, "§ 116", *Thomas/Putzo Zivilprozessordnung*, ed. Heinz Thomas vd. (München: Verlag C. H. Beck, 2015), kn. 5.

<sup>40</sup> Fischer, "ZPO § 116", kn. 15; Wache, "ZPO § 116", kn. 24.

<sup>41</sup> Seiler, "§ 116", kn. 5; Fischer, "ZPO § 116", kn. 14; Reichling, "ZPO § 116", kn. 21.1.

<sup>42</sup> Reichling, "ZPO § 116", kn. 21.1; Fischer, "ZPO § 116", kn. 15.

<sup>43</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 – IX ZB 145/09 (*NJW* Heft 22 (2011), 1596); BGH, Beschluss vom 5.3.2015 – IX ZB 77/14 (*NZI* Heft 10 (2015), 413); Fischer, "ZPO § 116", kn. 1; Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Reichling, "ZPO § 116", kn. 24; Bork, "§ 116", kn. 25.

<sup>44</sup> BAG, Beschl. v. 3. 8. 2011 – 3 AZB 8/11 (LAG Düsseldorf) (*NJW* Heft 48 (2011), 3454); BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 – IX ZB 145/09 (OLG Brandenburg) (*NJW* Heft 22 (2011), 1596); BGH, Beschluss vom 5.3.2015 – IX ZB 77/14 (*NZI* Heft 10 (2015), 413); Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Kießling, "§ 116", kn. 19; Reichling, "ZPO § 116", kn. 24.

<sup>45</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 – IX ZB 145/09 (OLG Brandenburg) (*NJW* Heft 22 (2011), 1596); BGH, Beschluss vom 5.3.2015 – IX ZB 77/14 (*NZI* Heft 10 (2015), 413); BAG, Beschl. v. 3. 8. 2011 – 3 AZB 8/11 (LAG Düsseldorf) (*NJW* Heft 48 (2011), 3454); OLG Rostock, Beschluss vom 15.08.2008 - 1 U 156/08 (*BeckRS* (2008), 22598); BGH, Beschl. vom 05.11.1985 - X ZR 23/85 (*NJW* Heft 33 (1986), 2059); Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Kießling, "§ 116", kn. 19; Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Reichling, "ZPO § 116", kn. 24.1.

<sup>46</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 – IX ZB 145/09 (OLG Brandenburg) (*NJW* Heft 22 (2011), 1596-1697); BAG, Beschl. v. 3. 8. 2011 – 3 AZB 8/11 (LAG Düsseldorf) (*NJW* Heft 48 (2011), 3454); BGH, Beschl. vom 24-10-1990 - VIII ZR 87/90 (München) (*NJW* Heft 11 (1991), 703); BGH, Beschl. vom 05.11.1985 - X ZR 23/85 (*NJW* Heft 33 (1986), 2059); Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Kießling, "§ 116", kn. 19; Reichling, "ZPO § 116", kn. 24.1.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. vom 24-10-1990 - VIII ZR 87/90 (München) (*NJW* Heft 11 (1991), 703); Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Reichling, "ZPO § 116", kn. 24.1.

<sup>48</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 03.03.2006 - 2 W 64/05 (*BeckRS* (2006), 12475).

önemli bir kesimin de etkilenebilecek olması gerekir<sup>49</sup>. Sadece ortakların ve müdürlerin ilgili olması ya da çok sayıda ortağın küçük alacaklı olarak ilgili olması, kamu yararı teşkil etmez<sup>50</sup>. Bu bağlamda kamu yararının söz konusu olmadığı bazı durumlardan da bahsedilebilir. Örneğin, bir derneğin kamuya yararlı dernek olması tek başına kamu yararı oluşturmaz<sup>51</sup>. Aynı durum davanın kazanılması hâlinde vergi borçlarının ödenebilecek olması bakımından da geçerlidir<sup>52</sup>. Keza doğru bir karar verilmesindeki kamu yararı ya da kamu yararını ilgilendiren hukukî bir sorunun cevaplanacak olması<sup>53</sup>, adlî yardım sağlanması için tek başına yeterli değildir<sup>54</sup>.

Alman hukukunda, tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesinin bu şekilde kamu yararı şartına bağlanmasının anayasaya aykırı olup olmadığı tartışmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında bunun anayasaya uygun olduğunu kabul etmiştir<sup>55</sup>. Zira Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, adlî yardım devlet tarafından sağlanan bir sosyal yardımdır ve sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir<sup>56</sup>. Sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan devletin bu sosyal yardımlarından yararlanma hakkı ise tüzel kişiler için değil, yalnızca gerçek kişiler için söz konusudur<sup>57</sup>. Öğretide bir görüş de Federal Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına atıf yaparak bu düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını ifade etmektedir<sup>58</sup>.

Öğretide diğer görüşe göre ise, tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanmasının sınırlandırılması anayasal açıdan haklı görülemez<sup>59</sup>. Şöyle ki, adlî yardım sadece sosyal devlet ilkesinin değil, aynı zamanda ve doğrudan hukukî koruma teminatının da bir gereğidir<sup>60</sup>. Hukukî koruma teminatı ise tüzel kişiler bakımından da aynı şekilde geçerlidir (Art. 19 Abs. 3 GG)<sup>61 62</sup>.

### 3. İsviçre hukuku

İsviçre hukukunda adlî yardım hakkı, İsviçre Federal Anayasası'nda açıkça güvence altına alınmıştır. Nitekim İsviçre Federal Anayasası'nın 29. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, gerekli imkânlarla sahip olmayan her kişi, hukukî talebinin kabul edilmesi çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde (*aussichtslos*)<sup>63</sup>

<sup>49</sup> BFH, Beschluß vom 31. 7. 1973 - VII R 125/71 (*NJW* Heft 6 (1974), 256); OLG Celle, Beschluß vom 07-03-1986 - 9 W 1/86 (*NJW-RR* Heft 12 (1986), 741); OLG Köln (4. Zivilsenat), Beschluss vom 07.11.2019 - 4 W 51/19 (*BeckRS* (2019), 28517); Fischer, "ZPO § 116", kn. 17.

<sup>50</sup> Fischer, "ZPO § 116", kn. 17.

<sup>51</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 - IX ZB 145/09 (*NJW* Heft 22 (2011), 1597); KG, Beschluß vom 23. 3. 2006 - 12 U 182/04 (*NJOZ* Heft 1/2 (2007), 57); OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 5.4.2016 - 8 W 19/16 (*NZG* Heft 35 (2016), 1386); Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Fischer, "ZPO § 116", kn. 18; Kießling, "§ 116", kn. 19.

<sup>52</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 - IX ZB 145/09 (*NJW* Heft 22 (2011), 1597); BAG, Beschl. v. 3. 8. 2011 - 3 AZB 8/11 (LAG Düsseldorf) (*NJW* Heft 48 (2011), 3454); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28. 3. 2013 - 9 W 60/12 (*NJOZ* Heft 47 (2013), 1939); Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Kießling, "§ 116", kn. 19.

<sup>53</sup> BGH, Beschl. v. 10. 2. 2011 - IX ZB 145/09 (*NJW* Heft 22 (2011), 1597); Reichling, "ZPO § 116", kn. 24.2; Kießling, "§ 116", kn. 19.

<sup>54</sup> BGH, Beschluß vom 20-12-1989 - VIII ZR 139/89 (KG) (*NJW-RR* Heft 8 (1990), 474); Wache, "ZPO § 116", kn. 26; Fischer, "ZPO § 116", kn. 18.

<sup>55</sup> BVerfGE 35 (*NJW* Heft 6 (1974), 229 vd.).

<sup>56</sup> BVerfGE 35 (*NJW* Heft 6 (1974), 229 vd.).

<sup>57</sup> BVerfGE 35 (*NJW* Heft 6 (1974), 229 vd.).

<sup>58</sup> Wache, "ZPO § 116", kn. 2; Fischer, "ZPO § 116", kn. 17; Reichling, "ZPO § 116", kn. 23; Zempel - Völker, "§ 116", kn. 15. Avrupa hukuku açısından da itiraz edilemeyeceği yönünde bkz. Wache, "ZPO § 116", kn. 2; KG Beschl. v. 15.2.2011 - 9 W 50/08, (*BeckRS* (2011), 4069)

<sup>59</sup> Wolfram Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör* (Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000), kn. 155; Bork, "§ 116", kn. 24.

<sup>60</sup> Bork, "§ 116", kn. 24.

<sup>61</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "yerli tüzel kişiler de, nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanırlar." (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>).

<sup>62</sup> Bork, "§ 116", kn. 24.

<sup>63</sup> "Aussichtslos" kavramı, sadece İsviçre Federal Anayasası'nda değil, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nunda da geçmektedir (m. 117). Bu kavramın yer aldığı İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun ön tasarısının (VE Sch. ZPO) 105. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "Jede Person, die nicht ,ber die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint." Söz konusu madde öğretide Atalı tarafından şu şekilde çevrilmiştir: "Talebi hakkında olumlu karar verilmesi ihtimali çok zayıf olmadıkça, yargılama giderlerini ödemeksizin dava takip etmeyi talep hakkı mevcuttur". Bkz. Murat Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı", *Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 1 (2005), 144.

görünmüyorsa, adli yardım hakkına sahiptir. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 117. maddesinde de kimlerin adli yardımdan yararlanabileceği, diğer bir ifadeyle adli yardımdan yararlanabilme şartları düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir kişi gerekli imkânlaraya sahip değilse ve hukukî talebinin kabul edilmesi çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde (*aussichtslos*) görünmüyorsa, adli yardımdan yararlanabilir<sup>64</sup>. İsviçre hukukunda gerçek kişiler vatandaşlığına ve yerleşim yerine bakılmaksızın adli yardımdan yararlanabilir<sup>65</sup>.

Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması ise İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu tarafından yasaklanmamıştır<sup>66</sup>. Oysa bazı kantonların usûl kanunlarında tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır<sup>67</sup>. Keza İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun ön tasarısında da tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması açıkça yasaklanmaktaydı<sup>68</sup>. Buna karşılık İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun tasarısında, ön tasarıdan farklı olarak, söz konusu öneri kabul edilmemiştir. Nitekim Kanun'un gerekçesinde, adli yardımdan doğası gereği kural olarak sadece gerçek kişilerin yararlanabileceği; bununla birlikte, istisnaî olarak tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanması gereken durumların söz konusu olabileceği belirtilmiştir<sup>69</sup>. Dolayısıyla her somut olaya göre uygun bir çözümün bulunabilmesi amacıyla, bu husus uygulamaya bırakılmıştır<sup>70</sup>. Bu noktada İsviçre hukukunda, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli kararlarında tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağını kabul etmekteydi<sup>71</sup>. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, 1993 yılında verdiği bir kararında, sahip olduğu yegâne malvarlığının uyuşmazlık konusu olması ve tüzel kişinin yanında ekonomik açıdan ilgililerin (*wirtschaftlich Beteiligten*) tamamının da yoksul olması hâlinde, tüzel kişinin adli yardımdan yararlanabileceğini kabul etmiştir<sup>72</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, "ekonomik açıdan ilgililer" kavramı geniş yorumlanmalıdır; bu kavram, ortakların yanında tüzel kişinin organlarını veya gerektiğinde alacaklılarını da kapsar<sup>73</sup>. Bu bağlamda öğretilerde bazı yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin aradığı iki şarta ek olarak tüzel kişiliğin devamında kamu yararının bulunması şartını da aramaktadır<sup>74</sup>. Buna karşıt olarak öğretilerde bir görüş, tüzel kişilerin adli yardımdan

<sup>64</sup> Maddenin Almancası şu şekildedir: "Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn: a. sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und b. ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint."

<sup>65</sup> Andreas Kley-Struller, "Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege", *Aktuelle Juristische Praxis* (1995), 183; Alfred Bühler, "Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege", *SJZ* 94 (1998), 227; Frank Emmel, "Art. 117 Anspruch", *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, ed. Thomas Sutter-Somm vd. (Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, 2016), kn. 2; Lukas Huber, "Art. 117 Anspruch", *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, ed. Alexander Brunner vd. (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2016), kn. 7; Thomas Sutter-Somm - Benedikt Seiler, *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, (Zürich: Schulthess Verlag, 2021), Art. 117 kn. 4; Daniel Wuffli, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung* (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2015), kn. 77; Daniel Wuffli - David Fuhrer, *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess* (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2019), kn. 74; Florian Mohs, "Art. 117 Anspruch", *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, ed. Myriam A. Gehri vd. (Zürich: Orell Füßli Verlag AG, 2015), kn. 3; Roland Köchli, "Art. 117", *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, ed. Baker - McKenzie (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010), kn. 6; Samuel Baumgartner vd., *Schweizerisches Zivilprozessrecht* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2018), 214; Annette Dolge, "Art. 64 Unentgeltliche Rechtspflege", *Praxiskommentar Bundesgerichtsgesetz*, ed. Karl Spühler (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2013), kn. 4.

<sup>66</sup> Huber, "Art. 117 Anspruch", kn. 8; Wuffli, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 87; Wuffli - Fuhrer, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 82.

<sup>67</sup> Art. 44 Abs. 2 ZPO/GR; § 84 Abs. 3 ZPO/ZH. İsviçre hukukunda kanton usûl kanunlarını yürürlükten kaldıran ve İsviçre'nin tamamında geçerli olan Federal Medenî Usûl Kanunu 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>68</sup> Art. 105 Abs. 2 Bst. a VE-ZPO.

<sup>69</sup> Botschaft ZPO, 7301.

<sup>70</sup> Botschaft ZPO, 7301; Viktor Rüegg - Michael Rüegg, "Art 117", *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, ed. Karl Spühler vd. (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017), kn. 3.

<sup>71</sup> BGE 116 II 651; BGE 88 II 386.

<sup>72</sup> BGE 119 Ia 337 E. 4e 340 vd.; ayrıca bkz. BGE 131 II 306 E. 5.2.2 327.

<sup>73</sup> BGer 5A\_446/2009 vom 19. April 2013 E. 3.2; BGE 131 II 306 E. 5.2.2 327.

<sup>74</sup> Kley-Struller, "unentgeltliche Rechtspflege", 183; Alfred Bühler, "Vorbemerkungen zu Art. 117-123", *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO*, ed. Heinz Hausheer-Hans Peter Walter (Bern: Stämpfli Verlag AG

yararlanabilmesinin kamu yararı şartına bağlanmasını eleştirmektedir<sup>75</sup>. Bu görüşe göre, kamu yararı kavramına verilen anlam değişkenlik gösterebileceğinden bu kavramın kesin bir tanımının yapılabilmesi mümkün değildir<sup>76</sup>. Nitekim toplumsal, teknik ve diğer gelişmeler nedeniyle yeni kamu yararları ortaya çıkabilir ve eskiden kamu yararı kabul edilen durumlar artık kamu yararı teşkil etmeyebilir<sup>77</sup>. Dolayısıyla kamu yararı kavramının bu muğlaklığı ve değişkenliği, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nun 117 ve devamı maddelerinin uygulama alanının açık bir şekilde belirlenmesini engeller<sup>78</sup>.

Buna karşılık öğretide bir görüş, tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanamayacağı fikrindedir<sup>79</sup>. Bu görüşe göre, kendi ve ailesinin geçiminin yanında yargılama giderlerini ödeyemeyen kişiler adlî yardımdan yararlanabilirler<sup>80</sup>. Adlî yardımdan yararlanabilme şartlarından olan bu şart, yani yoksulluk şartı, adlî yardımın gerçek kişilere özgü olduğunu gösterir<sup>81</sup>. Gerçekten de bir kişinin hakkını aramaktan vazgeçmesini veya bunun için malî sıkıntıya düşmesini önlemeye yönelik bir devlet yardımı, insana özgü bir durumdur<sup>82</sup>. Kaldı ki tüzel kişiler fakir ya da yoksul olmazlar, sadece borç ödemededen aciz ya da borca batık olurlar<sup>83</sup>. Oysa adlî yardım hakkı, sosyal devletin kamu imkânları ile finanse ettiği ve yoksul gerçek kişilerin mahkemeye erişimine imkân sağlayan bir yardımdır<sup>84</sup>. Bu yardım, tüzel kişiler ve özellikle şirketler bakımından geçerli olmayan sosyal dayanışma anlayışına dayanmaktadır<sup>85</sup>. İnsanlara sıkıntılı durumlarda yardım etmek veya onları sıkıntılı durumlardan korumak sosyal devletin temel bir görevi iken, varlığını sürdüremeyecek tüzel kişilikleri desteklemek devletin bir görevi değildir<sup>86</sup>. Son olarak, İsviçre Federal Anayasası'nın 29. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen adlî yardım hakkı sosyal bir haktır ve bu itibarla da yalnızca gerçek kişilere yöneliktir<sup>87</sup>.

#### 4. Avusturya hukuku

Avusturya hukukunda adlî yardım kurumu, Avusturya Medenî Usûl Kanunu (özPO) 63 ilâ 73. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Adlî yardımdan yararlanabilecek kişilere ilişkin düzenleme ise 63. maddede yer almaktadır. Bu hüküm çeşitli tarihlerde değişikliklere uğramıştır. Tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanabilmesini düzenleyen bu hükmün ikinci fıkrası 2009 yılında yürürlükten kaldırılmış<sup>88</sup>, 2013 yılında ise yeniden yürürlüğe girmiştir<sup>89</sup>.

Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasına göre, yargılama giderlerini geçimi için zorunlu olan masrafları (*notwendiger Unterhalt*) etkilenmeden karşılayamayan kişiler, hakkın

2012), kn. 31; Yasmin Iqbal, "SchKG und Verfassung - Dürfen die Grundrechte bei der Zwangsvollstreckung vernachlässigt werden?", *Aktuelle Juristische Praxis* (2004), 634.

<sup>75</sup> Wuffli, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 91; Wuffli - Fuhrer, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 85.

<sup>76</sup> Wuffli, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 91; Wuffli - Fuhrer, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 85.

<sup>77</sup> Wuffli, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 91; Wuffli - Fuhrer, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 85.

<sup>78</sup> Wuffli, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 91; Wuffli - Fuhrer, *unentgeltliche Rechtspflege*, kn. 85.

<sup>79</sup> Charles Guggenheim, *Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten* (Zürich: E. Straub, 1944), 59; Stefan Meichssner, *Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV)* (Basel: Helbing Lichtenhahn, 2008), 42 vd.; Stefan Meichssner, "Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege", *Jusletter* (7. Dezember 2009), 3; Michael Tuchschnid, "Unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen?", *Schweizerische Juristen-Zeitung* 102 (2006), 49 vd.; kural olarak yararlanamayacağı şeklinde bkz. Adrian Staehelin vd., *Zivilprozessrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2019), § 16 kn. 52.

<sup>80</sup> Guggenheim, *unentgeltliche Verbeiständung*, 59; Meichssner, *Das Grundrecht*, 45.

<sup>81</sup> Guggenheim, *unentgeltliche Verbeiständung*, 59; Meichssner, *Das Grundrecht*, 45; bu konuda ayrıca bkz. Dolge, "Art. 64 Unentgeltliche Rechtspflege", kn. 4.

<sup>82</sup> Meichssner, *Das Grundrecht*, 45

<sup>83</sup> Staehelin vd., *Zivilprozessrecht*, § 16 kn. 52.

<sup>84</sup> Staehelin vd., *Zivilprozessrecht*, § 16 kn. 52.

<sup>85</sup> Staehelin vd., *Zivilprozessrecht*, § 16 kn. 52.

<sup>86</sup> Meichssner, *Das Grundrecht*, 45

<sup>87</sup> Meichssner, *Das Grundrecht*, 45; ayrıca bkz. ve karşı Gerold Steinmann, "Art. 29", *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, ed. Bernhard Ehrenzeller vd. (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2014), kn. 66.

<sup>88</sup> BGBl. I Nr. 52/2009.

<sup>89</sup> BGBl. I Nr. 96/2011

aranmasının veya hakkın savunulmasının açıkça kötü niyetli olmaması veya bunların kabul edilmesinin çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde (*aussichtslos*) görünmemesi hâlinde adlî yardımdan yararlanabilir<sup>90</sup>. Kişinin geçimi için zorunlu olan masraflardan (*notwendiger Unterhalt*) anlaşılması gereken, adlî yardımı talep eden kişinin kendisi ve ailesinin sade bir yaşam sürebilmesi için gerekli olan masraflardır (c. 2). Bu düzenlemede, her ne kadar açıkça gerçek kişi ifadesi kullanılmasa da maddenin düzenleniş biçiminden adlî yardımdan yararlanacak kişinin gerçek kişi olduğu anlaşılmaktadır<sup>91</sup>. Zira adlî yardım talep eden kişinin kendisi ve ailesinden söz edilmektedir<sup>92</sup>.

Avusturya hukukunda tüzel kişilere ilişkin düzenleme ise, Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, tüzel kişiler yargılamanın sürdürülebilmesi için<sup>93</sup> gerekli olan giderler kendileri veya yargılamanın yürütülmesinde ekonomik açıdan ilgili olanlar (*wirtschaftlich Beteiligten*)<sup>94</sup> tarafından sağlanamıyorsa ve hakkın aranması veya hakkın savunulması açıkça kötü niyetli değilse ya da bunların kabul edilmesi çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde (*aussichtslos*) görünmüyorsa adlî yardımdan yararlanabilir<sup>95</sup>. Bu kural esasen yabancı tüzel kişiler için de geçerlidir<sup>96</sup>.

Davadaki talebinin yanlışlığının farkında olan ve bu farkındalıkla yargılamada yer alan veya kamuoyunda tanınırlık, düşmanlık, sansasyon gibi hukuk sistemi tarafından korunmayan bir amaca ulaşmak için dava açan bir kişi kötü niyetli olarak kabul edilmektedir<sup>97</sup>. Neredeyse hiçbir mal varlığı olmayan bir tarafın, "*tamamen risksiz olmanın ve umutsuzluğun verdiği tüm cesaretle*" dava açması da kötü niyetlidir<sup>98</sup>. Zira davayı kaybetse dahi yargılama masraflarının kendisinden tahsil edilmesinin mümkün olmadığı farkındadır<sup>99</sup>. Keza zamanaşımına uğramış bir talebin ileri sürülmesi hâlinde de kötü niyet söz konusu olabilir<sup>100</sup>. Öte yandan, yargılamada ileri sürülen iddia veya savunma vasıtaları daha yakından incelenmeden davanın olumlu sonuçlanmayacağı anlaşılabiliriyorsa, talebin kabul edilmesi çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde kabul edilir<sup>101</sup>.

<sup>90</sup> Talebin kabul edilmesinin çok zayıf bir ihtimal dahilinde olduğu davalar bakımından adlî yardımın gerekçeli olarak reddedilmesi, mahkemeye erişimin reddedildiği anlamına gelmez. Adli yardım, mahkemeye erişim taleplerinin yerine getirilmesine hizmet eder ve kendi başına bir amaç teşkil etmez. Bkz. Fucik, "§ 63", kn. 1. Ayrıca bkz. Michael Bydlinski, "§ 63", *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 2. Band/1. Teilband EGZPO und §§ 1-73b ZPO*, ed. Hans W. Fasching - Andreas Konency (Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015), kn. 1; Georg E. Kodek - Peter G. Mayr, *Zivilprozessrecht* (Wien: Facultas, 2018). 207.

<sup>91</sup> Fucik, "§ 63", kn. 2 ve 3.

<sup>92</sup> Fucik, "§ 63", kn. 2 ve 3.

<sup>93</sup> Tüzel kişiler söz konusu olduğunda, gerçek kişilerde olduğu gibi kişinin geçimi için gerekli giderlerin dikkate alınmasının mümkün olmadığı açık olduğundan, yargılamanın yürütülmesi için gereken giderlerin ilgili tarafça sağlanıp sağlanamayacağı kendi kriterlerine göre incelenmelidir (OLG Wien WR 799 (1997)). Bu inceleme, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu konuda yayımlanmış az sayıda içtihat bulunmaktadır. Bunun nedeni, adlî yardımın verilmesine ekonomik açıdan ilgililerin durumunun engel olması nedeniyle bu konuda inceleme yapılmamasıdır (Bu konu hakkında bkz. Bydlinski, "§ 63", kn. 8).

<sup>94</sup> Görüldüğü üzere, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda tek belirleyici kriter tüzel kişinin maddi durumu değildir. Kanun'daki ifadede, tarafla olan hukukî ilişkileri nedeniyle yargılamanın sonucundan olumlu ya da olumsuz etkilenebilecek kişilerin ekonomik açıdan ilgili olarak kabul edilmesi gerekir. Ekonomik açıdan ilgililer kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Bydlinski, "§ 63", kn. 12 vd.; Fucik, "§ 63", kn. 4; Kodek - Mayr, *Zivilprozessrecht*, 207. Ekonomik açıdan ilgili olanların da tüzel kişi olması durumunda, arkalarındaki gerçek kişilerle olan ilişkileri de belirleyici olacaktır. Bu konuda bkz. Bydlinski, "§ 63", kn. 9.

<sup>95</sup> Ekonomik açıdan ilgililerin de bu düzenlemeye dahil edilmesinin amacı, bu kişilerin araya bir şirket veya başka bir tüzel kişi dâhil ederek adlî yardımdan yararlanmak istemelerine engel olmaktır (Bu konuda bkz. Kodek - Mayr, *Zivilprozessrecht*, 207.

<sup>96</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 8.

<sup>97</sup> Fucik, "§ 63", kn. 5.

<sup>98</sup> Fucik, "§ 63", kn. 5.

<sup>99</sup> Fucik, "§ 63", kn. 5.

<sup>100</sup> OLG Wien WR 730; LGZ Wien EFSlg. 111.972; Fucik, "§ 63", kn. 5.

<sup>101</sup> Fucik, "§ 63", kn. 6.



Adli yardım sağlanıp sağlanamayacağı tespit edilirken, tüzel kişilerin varlık durumu değerlendirilmelidir<sup>102</sup>. Bu noktada tüzel kişilerin mevcut varlıkları dikkate alınmalı; şayet varlıkların kullanılması şirketin varlığını sona erdirecek nitelikte ise adli yardım gündeme gelir<sup>103</sup>. Varlıkların kullanımının ve takyidinin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler gerçek kişilerle benzerlik gösterir<sup>104</sup>. Bununla birlikte ilgili tarafın mevcut varlıklarının yanı sıra mevcut yükümlülükleri de dikkate alınmalıdır<sup>105</sup>. Bu bağlamda tarafın borç olarak yargılama giderlerini karşılaması da beklenebilir<sup>106</sup>. Örneğin, borç gelecekte elde edilebilecek kazançlarla veya varlıkların gelecekte değerlendirilmesi neticesinde ödenebilecekse, böyle bir durumdan bahsedilebilir<sup>107</sup>.

## B. İnsan hakları Avrupa Mahkemesi kararları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesine ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tüzel kişilere adli yardım verilmesi konusunda Sözleşme'ye taraf devletler arasında bir fikir birliği hatta güçlü bir eğilim bulunmamasına rağmen gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrım yapmadan mahkemeye erişim hakkına ilişkin aynı ilkeleri uyguladığını belirtmiştir<sup>108</sup>.

Öte yandan adli yardım talebi reddedilen yabancı bir ticari şirketin başvurusu ile ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi verdiği bir kararında, yerel mahkemenin adli yardım talebini reddederken açıkladığı gerekçelerin tatmin edici olduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir<sup>109</sup>. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu kararında, Sözleşme'ye taraf üye ülkeler arasında 2008 yılında yapılan bir araştırmaya da işaret ederek, özellikle üye ülkeler arasında tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması konusunda bir fikir birliği olmamasına dayanarak hak ihlali olmadığı sonucuna varmıştır<sup>110</sup>. Mahkeme, başvuru şirketin mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamayı izleyen amaçla orantılı bulmuş ve adil yargılanma hakkına aykırılık olmadığına hükmetmiştir<sup>111</sup>.

Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yakın tarihte vermiş olduğu başka bir kararında, yukarıda işaret edilen *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya* kararındaki değerlendirmelerine açıklık getirerek mahkemeye erişim hakkına dair uyguladığı genel ilkeler yönünden tüzel kişiler ile gerçek kişiler arasında herhangi bir farklılığın bulunmadığını belirtmiştir<sup>112</sup>. Mahkeme bu kararında, *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya* kararında hak ihlali bulmamasının nedeninin başvuranın tüzel kişi olması ile ilgisi olmadığını, yerel mahkemenin gerekçesi üzerinden değerlendirme yapıldığını ifade etmiştir. Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması hususunda önem arz eden bu kararda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, başvuru konusu davadaki yargılamanın ticari nitelikte olduğunu, başvuranların mahkeme harcını ödeyememeleri nedeniyle Yargıtay'a temyiz yoluna başvurmadıklarını, temyiz başvuru harcının oldukça yüksek olduğunu, bu konuda iç hukukta harçların hesaplanmasında herhangi bir esnekliğin bulunmadığını, temyiz başvuru tarihinde başvuran şirketin

<sup>102</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10. Bu bağlamda, Avusturya hukukunda yargı kararlarında ve doktrinde, bir ticari şirketin esasen ya borcunu ödeyebileceği ya da borç ödemekten aciz hâlinde olabileceği, bu nedenle bir ticari şirketin ancak haklı bir sebebin bulunduğu istisnaî durumlarda adli yardımdan faydalanabileceği ifade edilmektedir (EvBl. 1987/160; LGZ Wien MietSlg. 55.642 (Bkz. Fucik, "§ 63", kn. 4); Fucik, "§ 63", kn. 4).

<sup>103</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10.

<sup>104</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10.

<sup>105</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10.

<sup>106</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10.

<sup>107</sup> Bydlinski, "§ 63", kn. 10.

<sup>108</sup> İHAM, *Teltronic-CATV/Polonya*, B. No: 48140/99, 10/1/2006 §§ 45-49; İHAM, *FC Mretebi*, §§ 39-41; *Agromodel OOD ve Mironov/Bulgaristan*, B. No: 68334/01, 24/10/2009 §§ 34-37; İHAM, *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkiye*, B. No: 20577/05, 22/10/2013, § 28. Ayrıca bkz. AYM, *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2020/22192, 17/5/2023, R.G. Tarih ve Sayı: 8/11/2023-32363.

<sup>109</sup> İHAM, *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya* (B. No: 19508/07, 22/3/2012).

<sup>110</sup> İHAM, *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya* (B. No: 19508/07, 22/3/2012). Ayrıca bkz. AYM, *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2020/22192, 17/5/2023, R.G. Tarih ve Sayı: 8/11/2023-32363.

<sup>111</sup> İHAM, *Granos Organicos Nacionales A.Ş./Almanya* (B. No: 19508/07, 22/3/2012). Ayrıca bkz. İkinci, "Adli Yardım", 1399.

<sup>112</sup> İHAM, *Nalbant ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 59914/16, 3/5/2022).

tüm mal varlığı üzerine ihtiyati tedbir konulduğunu, şirketin ödeme gücünün bulunmadığını, yargılama makamlarının başvuranın ekonomik durumuyla ilgili bir değerlendirme yapmadığını ve şirketin ortağı olan gerçek kişiler hakkında sunulan belgelerin mahkemece yeterli görülmediğini belirtmiştir. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu konudaki delilleri değerlendirme yetkisi kendisine ait olmamakla birlikte, mahkemelerin ilgili belgelerin hangi açıdan ikna edici olmadığını ortaya koymaları gerektiğini vurgulamıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, yerel mahkemelerin başvuran şirketlerin adli yardım talepleri hakkında detaylı bir değerlendirme yapmadan, sadece iç hukukta ticari şirketler açısından adli yardıma ilişkin bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle reddetmesi, ticari amaçları olan bütün tüzel kişiler bakımından genel bir yasak varmış gibi hareket edildiğini gösterir. Oysaki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, tüzel kişiler açısından adli yardıma ilişkin kategorik bir yasak, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası yönünden sorun teşkil eder<sup>113</sup>. Sonuç olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, devletin yargılama masraflarını geri alma konusundaki çıkarı ile başvuranların taleplerinin mahkemeler tarafından incelenmesine ilişkin çıkarları arasında adil bir denge kurulmadan, ticari şirketin ödeme gücüyle ilgili bireysel durumu dikkate alınmadan tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasının kategorik olarak yasaklanmasını mahkemeye erişim hakkına orantısız müdahale olarak kabul etmiştir. Özetlemek gerekirse, İnsan hakları Avrupa Mahkemesi, fiilen yargılama giderlerini karşılama imkânı olmayan tüzel kişilerin de mahkemeye erişim hakkının gereği olarak adli yardımdan yararlanabileceği görüşündedir<sup>114</sup>.

### C. Türk hukukundaki durum

#### 1. Mevzuattaki durum

Türk hukukunda yukarıda incelendiği üzere<sup>115</sup>, kanun koyucu adli yardımdan kimlerin yararlanabileceği noktasında gerçek kişilerin yanı sıra bazı tüzel kişileri de saymıştır. Gerçekten de Türk hukukunda kanun koyucu tüzel kişiler bakımından sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflar açısından açık bir düzenleme yapmıştır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler*". Görüldüğü üzere, Türk hukukunda kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Türk hukukunda, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda özel kanunlarda da tespit edebildiğimiz kadarıyla, bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu adli yardım imkânı tanınamakla birlikte çeşitli tüzel kişileri bazı yargılama giderlerinden muaf tutmuştur. Örneğin 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun<sup>116</sup> 13. maddesi uyarınca tüzel kişiliği bulunan genel bütçeye dâhil idarelerin yargılama harçlarından muaf tutulması söz konusudur (bent j). Ayrıca 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'a<sup>117</sup> göre, anılan bankalar da harçlardan müstesnadır (m. 3, bent 4)<sup>118</sup>. Yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>119</sup> 73. maddesinin ikinci fıkrası gereği, tüketici mahkemeleri nezdinde Ticaret Bakanlığı ve tüketici örgütleri tarafından açılan davalar da harçlardan muafır.

<sup>113</sup> İHAM, *Paykar Yev Haghtanak Ltd/Ermenistan* (B. No: 21638/03, 20/12/2007).

<sup>114</sup> Bu konuda ayrıca bkz. Atalı vd., *Usûl*, 694.

<sup>115</sup> Bkz. yuk. I.

<sup>116</sup> R.G. 17/07/1964, S. 11756.

<sup>117</sup> R.G. 25/11/2000, S. 24241.

<sup>118</sup> İHAM, *Nalbant ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 59914/16, 3/5/2022). Bu konuda ayrıca bkz. Yıldız Balcı, "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant ve Diğerleri / Türkiye Kararı", *İnsan Hakları Dergisi* 10 (2022), 28.

<sup>119</sup> R.G. 28/11/2013, S. 28835.

## 2. Öğretideki görüşler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda bir hüküm bulunmaması öğretide de tartışma konusu olmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasından hareketle, öğretide kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı ifade edilmektedir<sup>120</sup>. Bu kapsamda kamuya yararlı olmayan dernek ve vakıfların, ticari şirketlerin, sendikaların adli yardımdan yararlanamayacağı belirtilmiştir<sup>121</sup>. Bu yöndeki görüşlerden birine göre, ticari şirketlerin adli yardımdan yararlandırılması hususunda bir düzenleme yapılmamış olması, kamu kaynaklarının kişilerin özel hukuka ilişkin davalarını desteklemek için kullanılmasına sınırlama getirmek amacıyla<sup>122</sup>. Nitekim kanun koyucu, sınırlı kamu kaynaklarının bir kısmını gerçek kişilere, bir kısmını ise kamuya yararlı tüzel kişilere (dernek ve vakıflara) tahsis etmiştir<sup>123</sup>. Bu görüşe göre, kamu kaynakları sınırsız olmadığından, kâr amacı güden ve yasal olarak belli bir sermayeyi bulundurması gereken ticari şirketlerin özel hukuka ilişkin davalarını finanse etmek devletin görevlerinden biri değildir<sup>124</sup>.

Buna karşılık öğretide adli yardımdan yararlanabilen kişilerin sınırlı olmaması gerektiğine yönelik görüşler de mevcuttur. Bunlardan birine göre, adli yardımdan kural olarak sadece gerçek kişilerin yararlanmaya hakkı olduğu düşünülse de adli yardımın yalnızca sosyal devlet ilkesine dayanmadığı, aynı zamanda anayasal bir hukukî koruma güvencesinden kaynaklandığı dikkate alınmalıdır<sup>125</sup>. Bu hukukî korumanın gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişileri de kapsadığı göz önünde tutulduğunda, tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanması gerektiği sonucuna varılır<sup>126</sup>.

Öğretide diğer bir görüşe göre, adli yardım alabilecek kişilerin sınırlandırılmış olması eleştiriye açık bir durumdur<sup>127</sup>. Bu görüşe göre, temel hak niteliğinde olan adli yardım hem sosyal devlet olmanın bir gereği hem de mahkemeye erişim hakkının hayata geçirilmesinin bir aracıdır<sup>128</sup>. Ayrıca adli yardım, silahların eşitliği ilkesinin ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının sağlanmasıyla da doğrudan ilgili olduğundan, adli yardımın yalnızca belirli kişilere tanınmış olması bir çelişkidir<sup>129</sup>. Çünkü kamuya

<sup>120</sup> Tanrıver, *Usûl*, 1200-1201; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, 2415; Atalı vd., *Usûl*, 694; Ulukapı, *Usûl*, 439; Mehmet Akif Tutumlu, "Temyiz Aşamasında Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları", *Terazi Hukuk Dergisi*, 10/102 (Şubat 2015), 116-120; Kılınç, *Adli Yardım*, 196-197; Ahmet Cemal Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 39; Peksöz, *Adi Ortaklık*, 353; Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma*, 558-559; Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurularda adli yardım talebinin tüzel kişiler bakımından kamuya yararlı vakıf ve derneklerle sınırlı olduğu yönünde bkz. Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017), 424.

<sup>121</sup> Tanrıver, *Usûl*, 1200-1201; Atalı vd., *Usûl*, 694; Ulukapı, *Usûl*, 439; Kılınç, *Adli Yardım*, 196-197; Akyol Aslan, "Adli Yardım", 103; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 788; Köksal, "Adli Yardım", 103; Süheylâ Balkar, "Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri", *Tahkim Anlaşması*, ed. Hatice Özdemir Kocasakal - Süheylâ Balkar (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 137 dn. 5. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de bu konu öğretide tartışılmıştır. Öğretideki hâkim görüş hayır kurumları dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı yönündeydi. Bu konuda bkz. Reisoğlu, "Müzaheret", 66; Ansay, *Yargılama*, 178; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri*, 5420; Postacıoğlu, *Usûl*, 676; Bilge/Önen, *Yargılama*, 345; Akbal, "Adli Yardım", 152; Yaşar, "Adli Yardım", 2007; Esendal, "Adli Yardım", 180; Erem, "Adli Yardım", 115. Şirketlerin adli yardımdan yararlanabileceğine dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme olmadığı yönünde bkz. Kabakçoğlu, "Müzahereti Adliye", 377.

<sup>122</sup> Balcı, "Adli Yardım", 31.

<sup>123</sup> Balcı, "Adli Yardım", 31.

<sup>124</sup> Balcı, "Adli Yardım", 31.

<sup>125</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 355.

<sup>126</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 355.

<sup>127</sup> Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 334; aynı yönde bkz. Ferda Selika Damla Aydın, *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım* (Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023), 34.

<sup>128</sup> Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 334; aynı yönde bkz. Damla Aydın, *Adli Yardım*, 34; ayrıca bkz. Özlem Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24 (2020), 321-322.

<sup>129</sup> Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 335; aynı yönde bkz. Damla Aydın, *Adli Yardım*, 34.

yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişiler, ekonomik açıdan elverişsiz durumdaysa, mahkemeye erişim hakkından yararlanamama veya görülmekte olan bir davada hasmına kıyasla dezavantajlı şekilde yargılamayı yürütme tehlikesi ile karşı karşıyadır<sup>130</sup>. Ayrıca ödeme gücü içinde bulunan tüzel kişi davacılar bakımından kabul edilen teminat gösterme zorunluluğu (HMK m. 84, I, b) da göz önünde tutulduğunda, kamuya yararlı dernek ve vakıf haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamaması ayrımcılık yasağına ve eşitlik ilkesine aykırıdır<sup>131</sup>.

Nihayet bir diğer görüşe göre, kanun koyucu tarafından taraf ehliyeti verilmiş tüzel kişilerin davadaki iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesi hak arama özgürlüğü için önem taşıdığından tüm tüzel kişiler, adli yardım şartlarına sahip olmak kaydıyla bu kurumdan yararlanabilmelidir<sup>132</sup>.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunurken de tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması gerektiği dile getirilmiştir. Buna göre, adli yardımın sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflar için kabul edilmesi bireysel başvurunun niteliği ile bağdaşmaz<sup>133</sup>. Hukuk yargılamaları bakımından uyumsuzluğa konu hakkın subjektif karakteri dikkate alınarak yapılan bu düzenleme, bireysel başvuru yargılamasının objektif karakteri göz önünde tutularak diğer tüzel kişileri de kapsayıcı şekilde yorumlanmalıdır<sup>134</sup>. Yine bireysel başvurunun amacının temel anayasal hakların korunması olduğu göz önüne alındığında, anayasal hakkının ihlâl edildiğini ileri süren herhangi bir özel tüzel hukuk kişisinin de diğer koşulların mevcut olması kaydıyla adli yardımdan yararlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>135</sup>.

Son olarak, öğretide yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi üzerinde de durulmuştur<sup>136</sup>. Bir görüşe göre, yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması mümkün değildir<sup>137</sup>. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin üçüncü fıkrası sadece gerçek kişileri kapsar<sup>138</sup>.

Diğer bir görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kamuya yararlı dernek ve vakıflar adli yardımdan yararlanabiliyorsa, yabancı bir devletin tabiiyetinde bulunan kamuya yararlı dernek ve vakıfların da adli yardımdan yararlanabilmesi gerekir<sup>139</sup>. Söz konusu hükmün kapsamına, sadece Türkiye'de kurulu kamuya yararlı dernek ve vakıflar girmez<sup>140</sup>. Dolayısıyla evrensel yararları olan tüzel kişiler de tabiiyetine bakılmaksızın adli yardımdan yararlanabilmelidir<sup>141</sup>.

Karşıt görüşe göre ise, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması yerli tüzel kişiler bakımından kamuya yararlı derneklerle ve vakıflarla sınırlanmışken, yabancı tüzel kişiler açısından böyle özel bir kayıt getirilmemiştir<sup>142</sup>. Lafzi bir yorumla, karşılıklılık koşulu taşımak kaydıyla, tüm yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabileceği sonucuna varılır<sup>143</sup>. Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi uygulamasına bakıldığında adli yardım için genel olarak tüzel kişinin niteliğine ve

<sup>130</sup> Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 335.

<sup>131</sup> Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 335; aynı yönde bkz. Damla Aydın, *Adli Yardım*, 34-35; ayrıca bkz. Ruhi, *Adli Yardım*, 40; Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma*, 559.

<sup>132</sup> Alper Tunga Küçük, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Adli Yardım", 6. *Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Yoksulluk, Tebliğler*, ed. Adem Sözüer (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 30.

<sup>133</sup> Karaaslan, *Bireysel Başvuru*, 158.

<sup>134</sup> Karaaslan, *Bireysel Başvuru*, 158.

<sup>135</sup> İkinci, "Adli Yardım", 1340.

<sup>136</sup> Öğretide, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde yabancı hayır kurumlarının karşılıklılık koşulunun varlığı hâlinde adli yardımdan yararlanabilecekleri kabul edilmekteydi (Atalay, *Adli Yardım*, 64)

<sup>137</sup> Atalay, *Pekantez Usûl*, 2420, 2417; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İllâmlarının Tenfizi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 220.

<sup>138</sup> Ruhi, *Yabancı Nafaka İllâmları*, 220; Atalay, *Pekantez Usûl*, 2420, 2417.

<sup>139</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 210; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 333-334.

<sup>140</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 210.

<sup>141</sup> Kılınç, *Adli Yardım*, 210.

<sup>142</sup> Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 480.

<sup>143</sup> Şirin, *Bireysel Başvuru*, 480.

tabiiyetine dair sınırlamalara rastlanmamaktadır<sup>144</sup>. Bu nedenle bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyu açıklığa kavuşturması gereklidir<sup>145</sup>.

### 3. Yargıtay uygulaması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda Yargıtay'ın farklı yönde kararları mevcuttur.

Yargıtay kararlarının önemli bir çoğunluğu kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağı yönündedir<sup>146</sup>. Nitekim Yargıtay'a göre, tüzel kişilerden sadece kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanabileceği düzenlendiğinden, bir başka deyişle adli yardımdan yararlanacak kişiler arasında şirketler sayılmadığından, şirketlerin adli yardımdan yararlanabilmesi mümkün değildir. İlgili şirketin tasfiye hâlinde olması da bir farklılık yaratmaz. Nitekim Yargıtay, şirketin tasfiye hâlinde olması durumunda da adli yardım talebinin reddine karar vermiştir<sup>147</sup>. Öyle ki, Yargıtay bir kararında<sup>148</sup> ticaret şirketlerinin adli yardım talebinde bulunamayacağına dair açık kanunî düzenlemeye rağmen davacı vekilinin adli yardım talebinde bulunarak dava açmasını bir azil sebebi olarak kabul etmiştir. Yargıtay'a göre adli yardım talep edilerek

<sup>144</sup> Şirin, *Bireysel Başvuru*, 480.

<sup>145</sup> Şirin, *Bireysel Başvuru*, 480.

<sup>146</sup> “[...] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334/1. maddesi hükmünce adli yardımdan kural olarak yalnızca gerçek kişilerin istifade etmesi mümkün olup, 334/2. maddesinde de istisnaî olarak ancak kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanması kabul edilmiştir. Nitekim aynı ilkelere Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2020 tarihli ve 2020/14-349 E., 2020/754 K.; 21.10.2021 tarihli ve 2017/(15)6-256 E., 2021/1280 K. sayılı kararlarında da değinilmiştir. Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflarla sınırlıdır. HMK'nın 334/2. maddesinin Hükümet Gereğesinde; “Kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri sırasında taraf olmak zorunda kalacakları dava ve işler sebebiyle yapacakları harcamaları karşılayacak yeterli malî kaynaklarının bulunmaması durumunda, gerçekleştirebilecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin de tehlikeye girmesi söz konusu olabileceğinden, bu tür tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları uygun bulunmuştur” şeklinde maddenin konuluş amacı açıklanmıştır. Şu hâlde kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması mümkün değildir. [...]” Y. HGK., E. 2022/355 K. 2022/711 T. 24.5.2022; Y. HGK., E. 2017/256 K. 2021/1280 T. 21.10.2021; Y. HGK., E. 2020/349 K. 2020/754 T. 13.10.2020; Y. 10. HD., E. 2023/5002 K. 2023/6361 T. 5.6.2023; Y. 10. HD., E. 2023/5003 K. 2023/6362 T. 5.6.2023; “[...] Somut olayda kanun yolu aşamasında adli yardım talebinde bulunan ... Metal A.Ş. sermaye şirketi olup HMK 334/2. maddede sayılan adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişilerden değildir. Bu durumda adli yardım isteminin kabulü mümkün görülmemiş, reddi gerekmştir. [...]” Y. 6. HD., E. 2023/1291 K. 2023/1582 T. 2.5.2023; “[...] Adli yardım talebinde bulunan davalının, ticaret şirketi olup adli yardımdan yararlanması mümkün bulunmadığından, adli yardım talebinin reddine karar vermek gerekmştir. [...]” Y. 3. HD., E. 2022/6179 K. 2022/9565 T. 19.12.2022; Y. 12. HD., E. 2022/8879 K. 2022/13529 T. 19.12.2022; 3. HD., E. 2022/7270 K. 2022/8815 T. 22.11.2022; Y. 3. HD., E. 2022/5137 K. 2022/7447 T. 6.10.2022; Y. 12. HD., E. 2022/9076 K. 2022/9317 T. 26.9.2022; Y. 12. HD., E. 2022/6162 K. 2022/7073 T. 13.6.2022; Y. 3. HD., E. 2022/1144 K. 2022/2165 T. 10.3.2022; Y. 3. HD., E. 2021/4152 K. 2021/13511 T. 23.12.2021; Y. 12. HD., E. 2021/10233 K. 2021/10112 T. 15.11.2021; Y. 7. HD., E. 2021/1316 K. 2021/2090 T. 19.10.2021; Y. 7. HD., E. 2021/2903 K. 2021/2091 T. 19.10.2021; Y. 12. HD., E. 2021/5029 K. 2021/5665 T. 31.5.2021; Y. 12. HD., E. 2021/4973 K. 2021/5678 T. 31.5.2021; Y. 3. HD., E. 2020/5060 K. 2021/2700 T. 15.3.2021; Y. 14. HD., E. 2020/1822 K. 2020/4417 T. 6.7.2020; Y. 20. HD., E. 2017/10668 K. 2018/1309 T. 22.2.2018; Y. 3. HD., E. 2018/701 K. 2018/1345 T. 20.2.2018; Y. 20. HD., E. 2017/8497 K. 2017/7746 T. 12.10.2017; Y. 20. HD., E. 2017/7909 K. 2017/6349 T. 7.7.2017; Y. 20. HD., E. 2017/7908 K. 2017/6350 T. 7.7.2017; Y. 20. HD., E. 2017/6208 K. 2017/4291 T. 11.5.2017; Y. 3. HD., E. 2017/316 K. 2017/6802 T. 9.5.2017; Y. 3. HD., E. 2017/263 K. 2017/850 T. 7.2.2017; Y. 12. HD., E. 2016/14857 K. 2016/15073 T. 30.5.2016; Y. 15. HD., E. 2016/2644 K. 2016/3058 T. 30.5.2016; Y. 15. HD., E. 2016/918 K. 2016/2567 T. 4.5.2016; Y. 20. HD., E. 2016/1973 K. 2016/2794 T. 7.3.2016; Y. 15. HD., E. 2016/826 K. 2016/1395 T. 2.3.2016; “[...] Bu hükümlere göre kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları mümkün değildir. Bu nedenle davalı kooperatifin adli yardım talebi yerinde görülmemiş, reddi gerekmştir. [...]” Y. 15. HD., E. 2015/5970 K. 2016/29 T. 11.1.2016; 20. HD., E. 2015/14219 K. 2015/13116 T. 24.12.2015; Y. 20. HD., E. 2015/11251 K. 2015/12415 T. 10.12.2015; 15. HD., E. 2015/5208 K. 2015/5910 T. 19.11.2015; Y. 15. HD., E. 2015/3915 K. 2015/4401 T. 14.9.2015; Y. 20. HD., E. 2015/6027 K. 2015/3407 T. 4.5.2015; Y. 12. HD., E. 2014/31548 K. 2015/683 T. 15.1.2015; Y. 20. HD., E. 2014/10231 K. 2014/10781 T. 18.12.2014; Y. 15. HD., E. 2014/6285 K. 2014/6567 T. 13.11.2014; Y. 15. HD., E. 2014/2060 K. 2014/3545 T. 23.5.2014; Y. 15. HD., E. 2014/2068 K. 2014/3546 T. 23.5.2014; Y. 15. HD., E. 2014/2093 K. 2014/3547 T. 23.5.2014; Y. 11. HD., E. 2012/4602 K. 2012/6862 T. 26.4.2012 (Lexpera); Y. 11. HD., 9.9.2013, E. 2012/16745, K. 2013/15211 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Aralık 2013, Cilt: 29, Sayı: 4, 255-256).

<sup>147</sup> Y. 23. HD., E. 2014/6257 K. 2015/2031 T. 27.3.2015 (Lexpera)

<sup>148</sup> Y. 3. HD., E. 2021/6681 K. 2022/1673 T. 1.3.2022 (Lexpera).

dava açılması şirketin ticari itibarını zedeler ve bu durum şirketin mali durumunun bozulduğu ya da iflâs edebileceği izlenimini uyandırır.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın az da olsa aksi yönde kararları da bulunmaktadır<sup>149</sup>. Bu kararlardan birinde, ilk derece mahkemesi davalı şirket vekilinin adli yardım talebini, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi, Anayasa'nın 90. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesi çerçevesinde değerlendirerek kabul etmiş ve Yargıtay da kararı onamıştır<sup>150</sup>. Yargıtay'ın bu yöndeki bir diğer kararına göre de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlar dışındaki tüzel kişilerin ve şirketlerin adli yardımdan yararlanamayacaklarına dair açık hüküm bulunmamaktadır. Bu kararda şirketin adli yardımdan yararlandırılmamasının, mahkemeye erişim hakkını engellediği ve adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği kabul edilmiştir<sup>151</sup>. Bu karar üzerine ilk derece mahkemesi direnme kararı vermiş ve bu karar temyiz edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin kural olarak adli yardımdan yararlandırılmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile direnme kararı yerinde bulunmuştur<sup>152</sup>.

149 Y. 9. HD., E. 2017/20263 K. 2017/11548 T. 4.7.2017 (Lexpera ve Kuru, *El Kitabı*, 1624 dn. 6); Y. 15. HD., E. 2013/6713 K. 2014/6595 T. 14.11.2014 (Lexpera).

150 "[...] *Davalı Şirket vekilinin adli yardım talebinin "...Davalı vekilince sunulan belgeler 6100 sayılı HMK'nun 334., T.C. Anayasa'nın 90. ve AİHS'nin 6. maddeleri kapsamında değerlendirildiğinden; davalı Şirketin bu dosyanın temyizine özgü olarak adli yardıma müstehâk olduğu anlaşıldığından adli yardım talebinin kabulü ile temyiz incelemesinin (ilerde haksız çıkacak taraftan tahsil edilmek üzere) harçsız yapılmasına ve yeni duruşma gününün taraflara ayrı ayrı tebliğine..." karar verilerek [...] Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına [...]*", Y. 9. HD., E. 2017/20263 K. 2017/11548 T. 4.7.2017 (Lexpera ve Kuru, *El Kitabı*, 1624 dn. 6).

151 "[...] 6100 sayılı HMK'nın adli yardımdan yararlanacak kişiler başlıklı 334. maddesinin 1. bendinde "Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zora düşürmeksizin gereken yargılamaya veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kişiler iddia ve savunmalarında geçici hukuki koruma taleplerinde ve icra takibinde taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler" 2. bendinde de "Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı görüldükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler" hükmü getirilmiştir. Bu maddedeki düzenlemelerden gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanabilecekleri anlaşılmakta ve bir kısım Yargıtay kararları ile doktrinde kanunda belirtilenler dışında tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacakları genel kabul görmektedir. Ancak Kanunda, diğer tüzel kişiler ve şirketlerin adli yardımdan yararlanamayacaklarına dair açık bir hüküm de bulunmamaktadır [...] 6100 sayılı HMK'nın 178/1. maddesinde dayanağını bulup mahkemenin 18.07.2013 tarihli duruşmanın bir nolu ara kararında belirtilen teminat miktarı 37.110,00 TL olan dava değerinin %20'si 7.422,00 TL ve miktarı belirtilmeyen ıslah tarihine kadar yapılan yargılama giderlerinden ibaret olup, yaklaşık 8.000,00 TL civarındadır. Davacı şirket ve yetkilisinin tüm mal varlıkları ile hak ve alacaklarına el konulup tasarruf yetkisi kısıtlandığından şirket ve yetkilisinin 8.000,00 TL civarında ve asgari ücretin yaklaşık dokuz misli fazlası ıslah teminatını yatırmaması aşırı bir külfet oluşturacaktır. Bu nedenle somut olayda HMK'nın 178/1. maddesine göre ıslah teminatının yatırılmasının istenmesi mahkeme veya yargı yerine başvurma hakları üzerinde orantısız bir kısıtlama olduğundan ıslah teminatı ile ilgili adli yardım talebinin kabul edilemeyecek ıslah yapılmamış sayılıp, davanın sonuçlandırılması, yargıya erişim engellenerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1). fıkrasında ifadesini bulan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. [...] Bu durumda mahkemece somut olayda davacı şirket ve yetkilisinin tüm malvarlığına el konulmuş olduğundan ıslah için HMK'nın 178/1. maddesi uyarınca talep edilen teminatı yatırmamasının mümkün olmaması sebebiyle adli yardım talebi kabul edilip dava tamamen ıslah edildiğinden, ıslah edilen şekliyle işin esası incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan adli yardım talebi yerinde görülmeyerek, teminatın yatırılmaması nedeniyle ıslahın yapılmamış sayılması ve davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur [...]" Y. 15. HD., E. 2013/6713 K. 2014/6595 T. 14.11.2014 (Lexpera).

152 "[...] Tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması sadece kamuya yararlı dernek ve vakıflarla sınırlıdır. HMK'nın 334/2. maddesinin Hükümet Gerekçesinde; "...Kamuya yararlı dernek ve vakıfların faaliyetleri sırasında taraf olmak zorunda kalacakları dava ve işler sebebiyle yapacakları harcamaları karşılayacak yeterli mali kaynaklarının bulunmaması durumunda, gerçekleştirilebilecekleri kamuya yararlı faaliyetlerin de tehlikeye girmesi söz konusu olabileceğinden, bu tür tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanmaları uygun bulunmuştur." şeklinde maddenin konuluş amacı açıklanmıştır. Şu hâlde kamuya yararlı dernek ve vakıflar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması mümkün değildir. Tüm bu genel açıklamalar kapsamında somut olay değerlendirildiğinde; adli yardım isteminde bulunan ticarî şirketi olan davacı, HMK'nın 334/2. maddesinde tahdidi olarak sayılan adli yardımdan yararlanabilecek tüzel kişilerden olmadığından; mahkemece anılan madde hükmü gözetilerek davacı şirketin adli yardımdan istifade edemeyeceği gerekçesiyle verilen direnme kararı uygun bulunmuştur. Hâl böyle olunca mahkemenin yukarıda açıklanan hususlara değinen direnme kararı yerindedir. [...]", Y. HGK., E. 2017/256 K. 2021/1280 T. 21.10.2021 (Lexpera).

#### 4. Anayasa Mahkemesi kararları

Kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda, tespit edebildiğimiz kadarıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iki karar mevcuttur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta vermiş olduğu ilk karara<sup>153</sup> konu uyuşmazlık, başvuruçuların müteselsil kefil olduğu 649,183,468.82 TL değerindeki bir kredi sözleşmesine ilişkindir. Alacaklı bankanın açtığı icra takibi başvuruçuların itirazı ile durmuş ve bunun üzerine alacaklı banka itirazın iptali davası açmıştır. Davanın kabul edilmesinin üzerine de davalı taraf adli yardım talepli temyiz başvurusunda bulunmuştur. Yargıtay ise, davalı ticari şirketin çok yüksek tutardaki nispi harç için başvurduğu adli yardım talebini, Kanun'da sayılanlar dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvuruçuların temyiz için gerekli harcı ödeyememesi nedeniyle de ilk derece mahkemesinin kararı kesinleşmiştir. Bunun üzerine başvuruçular, mahkemeye erişim haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, sermaye şirketlerinin adli yardımdan yararlanmaları konusunda iç hukukta bir yasal düzenleme bulunmadığını ve Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında da bu hususta bir fikir (uygulama) birliğinin bulunmadığını belirterek, başvuruçuların mahkemeye erişim haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir<sup>154</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya dair vermiş olduğu ikinci karar ise aksi yönde olup, dikkat çekicidir. Anayasa Mahkemesi, bir sermaye şirketinin mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle yapmış olduğu bireysel başvuru sonucunda, 17/05/2023 tarihinde kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanabileceğine dair bir karar vermiştir<sup>155</sup>. Karara konu olayda, başvuruçucu inşaat işleri ile uğraşan bir şirket olup 4 blok ve 135 daireden oluşan bir site inşa etmiştir. Sitenin bulunduğu alana dair imar planı Diyarbakır Valiliği'nce açılan dava sonucu Toprak Kurulu kararı olmaksızın tarım arazisinin imara açılmasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Mahkeme kararına istinaden Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi yıkım işlemi gerçekleştirmiştir. Bunun üzerine başvuruçucu yürürlükteki imar planına dayalı olarak verilen ruhsatlara istinaden inşa edilen sitenin hukuka aykırı şekilde yıkılması nedeniyle Diyarbakır 3. İdare Mahkemesi'nde<sup>156</sup>, Diyarbakır Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Sur Belediye Başkanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı aleyhine tazminat davası açmıştır. Dava açılırken 5.000 TL olarak belirlenen talep sonucu, bilirkişi raporu ile yapılan tespit sonucu ıslah ile artırılmak istenmiştir. Başvuruçucu bu artırmayı, ıslah talepleri nedeniyle ödemesi gereken harç miktarının çok yüksek olduğu, iflasın eşiğine geldiği, masraflarını karşılama gücünden yoksun olduğu gerekçesiyle adli yardım talepli yapmıştır. Mahkeme başvuruçucu şirketin yargılama giderlerini karşılayamayacağını gösteren mali durumuna ilişkin herhangi

<sup>153</sup> 10 Mayıs 2016 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı. Kararla ilgili bilgiler için bkz. Balcı, "Adli Yardım", 28-29. Bu karara konu olan uyuşmazlık İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne taşınmıştır (İHAM, Nalbant ve diğerleri/Türkiye (B. No: 59914/16, 3/5/2022)). Bkz. yuk. II, B.

<sup>154</sup> Söz konusu kararın metnine erişilememiştir. Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu karara atfı yaptığı bir kararın ilgili bölümü şu şekildedir: "On 10 May 2016 the Constitutional Court dismissed the applicants' complaint, holding that the court fees required from them had not been excessive in view of the value of the litigation and that therefore there had been no infringement of their right of access to a court. The Constitutional Court further noted that the legal provision providing for the payment of court fees on a percentage basis was sufficiently foreseeable. As regards the applicant companies, it held firstly that there was no legal basis in domestic law on which commercial entities could be granted legal aid, and secondly that there was no consensus among the member States of the Council of Europe as regards the granting of legal aid to legal entities. Regarding the latter aspect, it referred to *Granos Organicos Nacionales S.A. v. Germany* (no. 19508/07, § 53, 22 March 2012)", İHAM, Nalbant ve diğerleri/Türkiye (B. No: 59914/16, 3/5/2022), A.16. Bu karar hakkında ayrıca bkz. Balcı, "Adli Yardım", 29.

<sup>155</sup> AYM, *Kemtaş Tekstil İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.*, B. No: 2020/22192, 17/5/2023, R.G. Tarih ve Sayı: 8/11/2023-32363.

<sup>156</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesine göre, adli yardım konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesine göre de mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır. Dolayısıyla idare mahkemelerinde de adli yardım hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 ve devamı maddeleri uygulanır. Bu konuda ayrıca bkz. Yılmaz, "Adli Yardım", 568; Köksal, "Adli Yardım", 99.

bir belge sunmadığı gerekçesiyle adli yardım talebini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru, dava konusu inşaatın haksız ve hukuka aykırı şekilde yıkımından sonra müvekkil şirketin ekonomik olarak iflasın eşiğine geldiğini, bu nedenle bankalar ve tüm alacaklılar tarafından hakkında icra takibi başlatıldığını, bütün banka hesaplarına ve mal varlıklarına haciz konulduğunu belirterek karara itiraz<sup>157</sup> etmiştir. Başvuru ayrıca taşınmaz kayıtlarını ve hakkında başlatılan icra takiplerini ek beyan dilekçesiyle sunmuştur. İlk derece mahkemesi bu sefer de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinin ikinci fıkrasında özel hukuk tüzel kişilerinin adli yardımdan yararlanabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığını belirterek başvurunun adli yardım talebini reddetmiştir. Ayrıca mahkeme, davanın açıldığı tarihteki değer olan 5.000 TL üzerinden kabul kararı vermiştir. Bunun üzerine, başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Bu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, öncelikle mahkemeye erişim hakkına müdahalenin olduğunu tespit etmiştir. Buna göre, başvurunun adli yardım talebinin reddedilmesi sonucu masrafları ödemek zorunda bırakılması ve ıslah talebinin kabul edilmemesi nedeniyle mahkemeye erişimine müdahalede bulunulduğu açıktır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesine dayanan adli yardım talebinin reddine dair kararın kanunî bir dayanağının bulunduğunu tespit etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk düzenince hak ve borç sahibi olma imkânı verilmekle beraber gerçek kişilerden farklı olarak ödeme gücü bulunmadığı hâlde adli yardımdan yararlandırılmayan ticari şirketlerle ilgili uygulamanın bizatihi kanundan kaynaklanmasının anayasal özerk bir yorumla değerlendirilmesi gerekir. Adli yardım talebinin kabul edilmesi için gerekli olan yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olma ölçütü yalnızca gerçek kişiler için geçerli bir kavram değildir. Borca batık durumda olan yani aktifleri borçlarını karşılayamayan ticari şirketlerin de bu kapsamda değerlendirileceği, ödeme gücünden yoksunluğun ise şirketlerin yıllık ve ara dönem finansal tablolarından, denetime tabi şirketlerde denetim raporlarından, erken teşhis komitesinin raporlarından, yönetim organının tespitlerinden objektif olarak belirlenebileceği açıktır. Hak ve fiil ehliyetine sahip olan tüzel kişilere hukuk düzeni tarafından borç ve yükümlülük öngörülmüştür. Tüzel kişilere aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olarak iddialarını yargısal merciler önünde dile getirme imkânı tanındığına göre yüksek miktardaki yargılama giderlerini ödemekten aciz olan ticari şirketler açısından bu durumun dava açmayı zorlaştırabileceği hatta imkânsız hâle getirebileceği açıktır. Ödeme gücünden yoksun ticari şirketler bakımından mevzuatta adli yardım kurumu dışında dava açmalarını kolaylaştırabilecek herhangi bir düzenleme ya da yargısal uygulama bulunmadığı da görülmüştür. Bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi, başvurunun bireysel durumu değerlendirilmeden sırf tüzel kişi olması nedeniyle adli yardımdan yararlanamayacağına ilişkin kanundan kaynaklanan yaklaşımın meşru amacı bulunmadığı, yapılan müdahalenin başvurunun mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştırdığı hatta imkânsız hâle getirdiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla başvuru üzerinde ağır bir külfet oluşturan söz konusu müdahalenin ölçülü olmadığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi giderim şekli olarak ise iki yöntemin birlikte uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu yöntemlerden ilki, bireysel başvurunun amacına ve işlevine uygun şekilde benzeri ihlallerin de önüne geçmek amacıyla kanunî düzenleme yapılması hususundaki keyfiyetin TBMM'ye bildirilmesidir. İkincisi ise, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca ilgili kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurulabilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukukî yarar bulunduğundan, kararın bir örneğinin ilk derece mahkemesine gönderilmesidir.

<sup>157</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrasında 6459 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren iki hafta içinde itiraz etme imkânı tanınmıştır. (6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G., 30/04/2013, S. 28633).



## D. Görüşümüz

Türk hukukunda, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanabileceği yönündeki öğretideki görüşler<sup>158</sup> ile Yargıtay'ın<sup>159</sup> ve Anayasa Mahkemesi'nin son yaklaşımı<sup>160</sup> kanaatimizce isabetlidir. Öyle ki bu durum çeşitli gerekçelere dayandırılabilir:

İlk olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesi engel değildir. Şöyle ki her ne kadar maddenin ikinci fıkrasında kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan yararlanabileceği düzenlenmişse de bunların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmaları açıkça yasaklanmamıştır. Nitekim az da olsa farklı yönde kararların verilmesini mümkün kılan da esasen böyle bir yasaklamanın olmamasıdır. Bu maddede aslında gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan hangi şartlarda yararlanabileceği düzenlenmiştir. Yoksa diğer tüzel kişilere dair bir düzenleme yapılmamıştır. Madde gerekçesinde yer alan *"gerçek kişiler için öngörülen adli yardımdan, istisnaî olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların da yararlanabilmeleri düzenlenmiştir"* ifadesi de hükmün bu şekilde anlaşılmasına engel değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere, kanunda kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamayacağına dair genel bir hüküm bulunmadığından, hangi tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabileceğine dair istisnaî bir hükmün varlığından da bahsedilemez. Kaldı ki kanunun gerekçesi hükmün yorumlanmasında bağlayıcı değildir<sup>161</sup>.

İkinci olarak, adli yardım kurumunun hem amacı hem de dayanağını teşkil eden haklar ve ilkeler dikkate alındığında kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanabilmeleri gerekir. Şöyle ki bu kurumun kabul edilmesi sadece sosyal devlet ilkesinin değil, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin, eşitlik ilkesinin, hukukî dinlenilme hakkının, hak arama hürriyetinin ve bu bağlamda mahkemeye erişim hakkının da bir gereğidir. Bu bakımdan kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamamaları, söz konusu hakların ve ilkelerin ihlâl edilmelerine neden olur. Öte yandan adli yardımın, devletin kamu kaynakları ile finanse ettiği bir yardım olması ve kamu kaynaklarının sınırlı olması, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaması için haklı bir gerekçe olamaz. Çünkü adli yardım kurumunun dayanağı olan söz konusu haklar ve ilkeler temel haklar niteliğinde olup, hukuk politikasına göre değişkenlik arz etmez. Bu nedenle kamu kaynaklarının sınırlı olduğu gerekçesiyle kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlandırılmaması söz konusu temel hakların göz ardı edilmesi anlamına gelir.

Üçüncü olarak, adli yardımın sosyal devlet ilkesinin bir gereği olması, bu kurumdaki kural olarak sadece gerçek kişilerin yararlanması için haklı bir gerekçe olamaz. Aksine sosyal devlet ilkesi açısından bakıldığında da kanaatimizce kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanabilmeleri gerekebilir. Bu noktada öncelikle kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüm tüzel kişilerin - özellikle de şirketlerin - tamamının yargılama giderlerini ödeyebilecek durumda olduklarını varsaymak doğru değildir. Keza şirketlerin borç ödemededen aciz ya da borca batık oldukları için adli yardım talep ettiklerini varsaymak da yerinde değildir. Nitekim ödenecek yargılama giderleri somut olaya göre çok yüksek miktarları bulabilir. Böyle bir yargılama giderini özellikle küçük ve orta ölçekli şirketler ödemekte zorlanabilirler. Söz konusu tüzel kişilerin yargılama giderlerini ödeyememeleri nedeniyle haklarını arayamamaları ise tüzel kişilerin malvarlıklarını koruyabilmelerini ve varlıklarını sürdürebilmelerini tehlikeye atabilir. Bu durum ekonomik ve sosyal hayatı ciddi şekilde etkileyebilecek sonuçlar doğurabilir. Örneğin, davanın şirketin sahip olduğu tek malvarlığına ilişkin

<sup>158</sup> Bkz. yuk. II. C. 2.

<sup>159</sup> Bkz. yuk. II. C. 3.

<sup>160</sup> Bkz. yuk. II. C. 4.

<sup>161</sup> Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017), 74; Atalı vd., *Usûl*, 15.

olduğu ya da dava konusu edilen malvarlığının şirketin devamı için hayati önemde bulunduğu hâllerde, şirketin yüksek yargılama giderini ödeyemediği için dava açamaması, söz konusu şirketin varlığının son bulmasına ve çok sayıda kişinin işsiz kalmasına neden olabilir. Böyle bir durumda şirketin adli yardımdan yararlanabilmesi sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder.

Dördüncü olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanamaması çelişkili bir durum da ortaya çıkarmaktadır. Nitekim kanun koyucu tarafından hak ve fiil ehliyeti, dolayısıyla taraf ve dava ehliyeti verilmiş olan bir tüzel kişinin, adli yardımdan yararlanamaması nedeniyle somut olaya göre mahkemeler önünde dava açamaması ve davada taraf olamaması hukukî açıdan tutarlı değildir. Maddî hukukun tanıdığı bir hakkın öznesi olabilen bir tüzel kişinin, söz konusu hakka ilişkin yargılamada da özne olabilmesi gerekir. Bu da yargılama giderinin çok yüksek olduğu bir uyuşmazlıkta, söz konusu tüzel kişiye adli yardım imkânı tanınması ile mümkün olur.

Son olarak Anayasa Mahkemesi, ihlallerin önüne geçilmesi amacıyla kanunî düzenleme yapılması hususundaki keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bildirilmesine karar vermiştir. Kanaatimizce yukarıda işaret edildiği üzere kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması açısından kanunî bir engel olmamakla birlikte bu konuda kanunî bir düzenleme yapılması, aksi yöndeki uygulamanın sona erdirilmesi bakımından yerinde olacaktır.

Yapılacak düzenlemede öncelikle iddia ve savunmada haklı görünme ve mali açıdan zor duruma düşme şartlarının yanında Alman, İsviçre ve Avusturya hukukundaki düzenleme ve görüşlerde olduğu gibi, tüzel kişilerin yanı sıra ekonomik açıdan ilgililerin de yargılama giderlerini ödeyemeyecek durumda olması şartı da aranmalıdır. Çünkü aslında ödeme gücü olan kişilerin giderlerden kaçınmak amacıyla tüzel kişileri kullanmaları söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir düzenleme tüzel kişiler üzerinden gerçekleştirilebilecek kötü niyetli adli yardım taleplerinin önüne geçilmesini sağlayabilir. Ancak bu kavram hukukumuzda yabancı olduğundan ve dolayısıyla kimlerin ekonomik açıdan ilgili olabileceklerinin tespiti güç olabileceğinden, kanunî düzenlemeden arzu edilen amacın gerçekleşebilmesi için bu kişilerin kimler olabileceği kanun metninde veya gerekçesinde açıkça ifade edilmelidir. Ayrıca yapılacak düzenlemeye tüzel kişilerin malî durumunun, gerçek kişilerden farklı olarak, kanunda sayılacak nitelikli belgeler vasıtasıyla titiz bir şekilde incelenmesi gerektiği yönünde bir hüküm de eklenebilir. Nitekim bu durum, kamu kaynaklarının sınırlı olması gibi ekonomik endişelerin de önüne geçecektir.

Öte yandan, kanaatimizce tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için ayrıca kamu yararı şartının aranması, Alman hukukundaki durumun aksine, hukukumuz bakımından sorun doğurabilecek niteliktedir. Nitekim bu yönde bir şartın aranması hâlinde, hangi yargılamaların kamu yararını ilgilendirdiğinin tespiti güç olabilir. Dolayısıyla böyle bir şartın aranması durumunda tüzel kişilerin adli yardım talep ettiği her uyuşmazlıkta, ayrı bir tartışmanın ortaya çıkması pek muhtemeldir.

Nihayet tüzel kişilerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın adli yardımdan yararlanabilmeleri kanaatimizce mümkün olduğundan, yabancı tüzel kişilerin de karşılıklılık şartının sağlanması hâlinde, adli yardımdan yararlanabilmeleri mümkündür. Bu doğrultuda yapılacak bir düzenlemede bu hususun da açıklığa kavuşturulması faydalı olacaktır.

## **Sonuç**

Adli yardım, yoksulluğu nedeniyle yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda olan kişinin, bu giderlerden geçici olarak muaf tutulmasını sağlayan bir kurumdur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "adli yardımdan yararlanacak kişiler" başlıklı 334. maddesinde belirli şartlarla gerçek kişilerin, kamuya yararlı dernek ile vakıfların ve yabancıların adli yardımdan yararlanabileceği düzenlenmiştir. Kamuya yararlı dernek ve vakıflar haricindeki tüzel kişilerin adli

yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi ise Türk hukukunda öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

Tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanıp yararlanamayacağı çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu konuda genel olarak üç farklı yaklaşımın olduğu söylenebilir. Bir grup ülkede tüzel kişilerin adlî yardım hakkı bulunmazken, bazı ülkelerde yalnızca kâr amacı gütmeyen tüzel kişilerin adlî yardım hakkından yararlanabileceği belirtilmiştir. Nihayet bazı ülkelerde ise, ticari şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişiler belirli şartları sağlamaları hâlinde adlî yardıma başvurabilir.

Alman hukukuna göre, Avrupa Birliği üyesi olan başka bir devlette veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan başka bir devlette kurulmuş ve orada yerleşik olan bir tüzel kişi, giderler kendisi veya hukukî uyuşmazlığın konusuyla ekonomik açıdan ilgili olanlar (*wirtschaftlich Beteiligten*) tarafından ödenemiyorsa ve hakkın aranmaması veya hakkın savunulmaması kamu yararına aykırılık teşkil edecekse, adlî yardımdan yararlanabilir. İsviçre hukukunda ise tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanması konusu İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu tarafından yasaklanmamış ve bu konu uygulamaya bırakılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, sahip olduğu yegâne malvarlığının uyuşmazlık konusu olması ve tüzel kişinin yanında ekonomik açıdan ilgililerin (*wirtschaftlich Beteiligten*) tamamının da yoksul olması hâlinde, tüzel kişiler adlî yardımdan yararlanabilir. Avusturya hukukunda ise tüzel kişiler, yargılamanın sürdürülebilmesi için gerekli olan giderler kendileri veya yargılamanın yürütülmesinde ekonomik açıdan ilgili olanlar tarafından sağlanamıyorsa ve hakkın aranması veya hakkın savunulması açıkça kötü niyetli değilse ya da bunların kabul edilmesi çok zayıf bir ihtimâl dâhilinde görünmüyorsa, adlî yardımdan yararlanabilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de bu konuda yakın tarihte vermiş olduğu bir kararı bulunmaktadır. Bu kararda, İnsan hakları Avrupa Mahkemesi, fiilen yargılama giderlerini karşılama imkânı olmayan tüzel kişilerin de mahkemeye erişim hakkının gereği olarak adlî yardımdan yararlanabileceğini kabul etmiştir.

Türk hukukunda ise, tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanması aslında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde açıkça yasaklanmamıştır. Bununla birlikte, kamuya yararlı dernek ve vakıfların adli yardımdan belirli şartlarla yararlanabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buradan hareketle, öğretide ve yargı kararlarında ağırlıklı olarak diğer tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu konuda, bireysel başvuru sonucu Anayasa Mahkemesi yakın tarihte dikkat çekici bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yakın tarihte vermiş olduğu bir karar ile uyumludur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, adlî yardım talebinin kabul edilmesi için gerekli olan yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olma ölçütü yalnızca gerçek kişiler için geçerli bir kavram değildir. Tüzel kişilere aktif ve pasif dava ehliyetine sahip olarak iddialarını yargısal merciler önünde dile getirme imkânı tanındığına göre, yüksek miktardaki yargılama giderlerini ödemekten aciz olan ticari şirketler açısından bu durum dava açmayı zorlaştırabilir hatta imkânsız hâle getirebilir. Kişinin bireysel durumu değerlendirilmeden sırf tüzel kişi olması nedeniyle adlî yardımdan yararlandırılmaması, tüzel kişinin mahkemeye erişim hakkını ihlâl eder.

Kanaatimizce Türk hukukunda, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin de adlî yardımdan yararlanabileceği yönündeki öğretideki görüşler ile Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin son yaklaşımı yerindedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesi kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adlî yardımdan yararlanmasını yasaklamamaktadır. Söz konusu tüzel kişilerin de adlî yardımdan yararlanabilmesi hukuk devleti ilkesinin, eşitlik ilkesinin, hukukî dinlenilme hakkının, hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının bir gereğidir. Yine taraf ve dava ehliyetine sahip bir tüzel kişinin, maddî hukukta sahip olduğu bir hakkı yargılama giderinin yüksek olduğu bir davada adlî yardımdan yararlanamaması nedeniyle ileri sürememesi yerinde olmaz. Ayrıca ülkedeki sosyal ve ekonomik etkileri dikkate alındığında özellikle şirketlerin bazı somut

olaylarda adli yardımdan yararlanabilmeleri sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine de hizmet edebilir.

Son olarak, kamuya yararlı dernek ve vakıfların dışındaki tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanması konusunda kanunî bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bu düzenlemede öncelikle iddia ve savunmada haklı görünme ve mali açıdan zor duruma düşme şartlarının yanında Alman, İsviçre ve Avusturya hukukundaki düzenleme ve görüşlerde olduğu gibi, tüzel kişilerin yanı sıra ekonomik açıdan ilgililerin de yargılama giderlerini ödeyemeyecek durumda olması şartı da aranmalıdır. Yapılacak düzenlemeye, tüzel kişilerin malî durumunun kanunda sayılacak nitelikli belgeler vasıtasıyla incelenmesi gerektiği yönünde bir hükmün eklenmesi de faydalı olabilir. Diğer taraftan tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanabilmesi için ayrıca kamu yararı şartı aranmamalıdır. Aksi bir kabul, hangi yargılamaların kamu yararını ilgilendirdiğinin tespiti güç olabileceğinden, yeni tartışmaları beraberinde getirecektir.

## Kaynakça

- Akbal, Mehmet. "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım", *TBB Dergisi* 93 (2011), 147-173.
- Akkan, Mine. "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma". *MİHDER* 3/6 (2007), 29-68.
- Akkan, Mine. *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Aktepe Artık, Sezin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akyol Aslan, Leyla. "Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması – (HUAK m. 13/3)". *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4/1 (Ocak 2018), 79-134.
- Alangoya, H. Yavuz vd. *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul: Beta Yayınları, 8. Baskı, 2011.
- Ansary, Sabri Şakir. *Hukuk Yargılama Usulleri*. Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 7. Baskı, 1960.
- Arslan, Ramazan vd. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2021.
- Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 1986.
- Atalay, Oğuz. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Atalı, Murat. "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı". *Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 1 (2005), 123-180.
- Atalı, Murat vd. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 6. Bası, 2023.
- Balcı, Yıldız. "Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım: Nalbant ve Diğerleri / Türkiye Kararı", *İnsan Hakları Dergisi* 10 (2022), 26-31.
- Balkar, Süheylâ. "Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunma veya İflas Halinin Tahkim Anlaşmasına Etkileri". *Tahkim Anlaşması*. ed. Hatice Özdemir Kocasakal - Süheylâ Balkar. 131-165. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Baumbach, Adolf vd. *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*. München: Verlag C. H. Beck, 74. Auflage, 2016.
- Baumgartner, Samuel vd., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 10. Auflage, 2018.
- Berkin, Necmeddin M. *Medenî Usûl Hukuku Esasları*. İstanbul: Hamle Matbaası, 1969.
- Berkin, Necmeddin M. *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1981.
- Bilge, Necip - Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Bası, 1978.
- Birtane, Şermin. *Etkili Bir Başvuru Yolu Olarak Bireysel Başvuru*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Blomeyer, Arwed. *Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2. Auflage, 1985.
- Bork, Reinhard. "vor § 114". *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*. ed. Reinhard Bork – Herbert Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 23. Auflage, 2016.
- Bork, Reinhard. "§ 114". *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*. ed. Reinhard Bork – Herbert Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 23. Auflage, 2016.

- Bork, Reinhard. "§ 116". *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 78-147*. ed. Reinhard Bork – Herbert Roth. Tübingen: Mohr Siebeck, 23. Auflage, 2016.
- Bühler, Alfred. "Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege". *SJZ* 94 (1998), 225-232.
- Bühler, Alfred. "Vorbemerkungen zu Art. 117-123". *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO*. ed. Heinz Hausheer-Hans Peter Walter. Bern: Stämpfli Verlag AG 2012.
- Bydlinski, Michael. "§ 63". *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 2. Band/1. Teilband EGZPO und §§ 1-73b ZPO*. ed. Hans W. Fasching - Andreas Konency. Wien: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 3. Auflage, 2015.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5. Baskı, 2012.
- Çelebi, Hüsamettin. "Hak Aramanın Maliyeti". *Ankara Barosu Dergisi* 2 (1989), 257-261.
- Çelik, Özlem. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Türk Hukukunda Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlişkin Davalarda Ücretsiz Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/1 (2020), 285-327.
- Damla Aydın, Ferda Selika. *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*. Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2023.
- Dolge, Annette. "Art. 64 Unentgeltliche Rechtspflege". *Praxiskommentar Bundesgerichtsgesetz*. ed. Karl Spühler. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2013.
- Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2020.
- Ekinci, Hüseyin. "Mahkemeye Erişim Bağlamında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Harcı ve Adli Yardım". *Haşim Kılıç'a Armağan*. 1374-1423. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015.
- Emmel, Frank. "Art. 117 Anspruch". *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*. ed. Thomas Sutter-Somm vd. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2016.
- Erem, Faruk. "Adli Yardım". *İmran Öktem'e Armağan*. 107-124. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Esendal, Nihan. "Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı". *Terazi Hukuk Dergisi* 31 (Mart 2009), 179-194.
- Fischer, Frank O. "ZPO § 116". *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*. ed. Hans-Joachim Musielak - Wolfgang Voit. München: Verlag Franz Vahlen, 20. Auflage, 2023.
- Fucik, Robert. "§ 63". *Zivilprozessordnung Kommentar*. ed. Walter H.Rechberger - Thomas Klicka. Wien: Verlag Österreich, 5. Auflage, 2019.
- Geimer, Reinhold. "§ 114". *Zöller Zivilprozessordnung*, ed. Richard Zöller vd. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 30. Auflage, 2014.
- Gençcan, Ömer Uğur. "Adli Yardım". *Yargıtay Dergisi* 31/1-2 (2005), 127-140.
- Gottwald, Peter. "Die Stellung des Ausländers im Prozeß". *Grundfragen des Zivilprozessrechts*. Bielefeld: Giesecking, 1991.
- Görgün, L. Şanal vd. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2021.

- Grunsky, Wolfgang - Jacoby, Florian. *Zivilprozessrecht*. München: Verlag Franz Vahlen, 14. Auflage, 2014.
- Guggenheim, Charles. *Die unentgeltliche Verbeiständung in den kantonalen Zivilprozessrechten*. Zürich: E. Straub, 1944.
- Gündoğdu, Süleyman Burak. *Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Güralp, Ayşe Gülin. *Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Hanağası, Emel. *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Hau, Wolfgang. "Prozesskostenhilfe für Ausländer und Auslandsansässige im deutschen Zivilprozess". *Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I.* 411- 427. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Huber, Lukas. "Art. 117 Anspruch". *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*. ed. Alexander Brunner vd. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2. Auflage, 2016.
- Iqbal, Yasmin. "SchKG und Verfassung - Dürfen die Grundrechte bei der Zwangsvollstreckung vernachlässigt werden?". *Aktuelle Juristische Praxis* (2004), 627-637.
- Karaaslan, Abdulkadir. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Usulü ve Uygulama Sorunları, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne Başvuru Usulü ile Karşılaştırmalı Olarak*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Karafakih, İsmail Hakkı. *Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952.
- Karan, Ulaş. *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kabakçoğlu, Hüsnü Mehmet. "Muzaheret Adliye", *Adliye Ceridesi*, S. 4, Yıl: 42, 1942, s. 375-386.
- Karslı, Abdurrahim. *Medenî Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 5. Bası, 2020.
- Kılınç, Ayşe. *Medeni Usul Hukukunda Adlî Yardım*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kießling, Erik. "Vorbemerkung zu §§ 114-127". *Zivilprozessordnung*. ed. Ingo Saenger. Baden-Baden: Nomos, 10. Auflage, 2023.
- Kießling, Erik. "§ 116". *Zivilprozessordnung*, ed. Ingo Saenger. Baden-Baden: Nomos, 10. Auflage, 2023.
- Kley-Struller, Andreas. "Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege". *Aktuelle Juristische Praxis* (1995), 179-191.
- Kodek, Georg E. - Mayr, Peter G. *Zivilprozessrecht*. Wien: Facultas, 2018.
- Korkmaz, Ramazan. *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Köchli, Roland. "Art. 117". *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*. ed. Baker - McKenzie. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2010.
- Köksal, Mustafa. "Adli Yardım (Müzaheret Adliye) Kurumunun İdari Yargıdaki Uygulaması". *Terazi Hukuk Dergisi* 40 (Aralık 2009), 97-112.

- Kurt Konca, Nesibe. "Arbuluculuk Sürecinde Adli Yardım Taleplerinde Görevli Merciyeye İlişkin Bir Değerlendirme". *TBB Dergisi* 142 (2019), 231-248.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. V*. İstanbul: Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki. *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 2*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Küçük, Alper Tunga. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Adli Yardım", *6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Yoksulluk, Tebliğler*. ed. Adem Sözüer. 7-30. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Meichssner, Stefan. *Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV)*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2008.
- Meichssner, Stefan. "Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege", *Jusletter* (7. Dezember 2009), 1-13.
- Mohs, Florian. "Art. 117 Anspruch". *ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, ed. Myriam A. Gehri vd. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2. Auflage. 2015.
- Muşul, Timuçin. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 3. Bası, 2012.
- Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Pekcanitez, Hakan vd. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 11. Bası, 2023.
- Pekcanitez, Hakan. "Hukukî Dinlenilme Hakkı". *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*. 753-791. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlük Matbaası, 2000.
- Pekcanitez, Hakan. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Peksöz, Vildan. *Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2022.
- Postacıoğlu, İlhan E.. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6. Baskı, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer. *Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bs.*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Rauscher, Thomas. "Einleitung". *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*. ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher. München: C.H. Beck, 6. Auflage, 2020.
- Reichling, Gerhart. "ZPO § 114". *BeckOK ZPO*. ed. Volkert Vorwerk - Christian Wolf. München: C. H. Beck, 50. Edition Stand: 01.09.2023, 2023.
- Reichling, Gerhart. "ZPO § 116". *BeckOK ZPO*. ed. Volkert Vorwerk - Christian Wolf. München: C. H. Beck, 50. Edition Stand: 01.09.2023, 2023.
- Rüegg, Viktor - Rüegg, Michael. "Art 117". *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*. ed. Karl Spühler vd. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 3. Auflage, 2017.
- Reisoğlu, Kemal Hakkı. "Müzaharetli Şahsın Dâvada Haksız Çıkması", *Adalet Dergisi*, 1 (1952), 64-73.
- Rosenberg, Leo vd. *Zivilprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 18. Auflage, 2018.
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. bs., 2016 (Adli Yardım).
- Ruhi, Ahmet Cemal. *Türk Hukukunda Yabancı Nafaka İlâmlarının Tenfizi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.



- Sarıöz Büyükalp, A. İpek. *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Seiler, Christian. "§ 116". *Thomas/Putzo Zivilprozessordnung*. ed. Heinz Thomas vd. München: Verlag C. H. Beck, 36. Auflage, 2015.
- Smid, Stefan - Hartmann, Sabine. "§ 114". *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 2 Teilband 2 §§ 78-127a*. ed. Bernhard Wieczorek - Rolf A. Schütze. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 4. Auflage, 2015.
- Smid, Stefan - Hartmann, Sabine. "§ 116". *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 2 Teilband 2 §§ 78-127a*. ed. Bernhard Wieczorek - Rolf A. Schütze. Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 4. Auflage, 2015.
- Staehelin, Adrian vd. *Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 3. Auflage, 2019.
- Steinmann, Gerold. "Art. 29". *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, ed. Bernhard Ehrenzeller vd. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 3. Auflage, 2014.
- Sutter-Somm, Thomas - Seiler, Benedikt. *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich: Schulthess Verlag, 2021.
- Şirin, Tolga. *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku. C. I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Bası, 2021.
- Taşkın, Âlim. "Adli Yardımın İşlevi Ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma Zamanı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3 (1999), 831-854.
- Tuchs Schmid, Michael. "Unentgeltliche Rechtspflege für juristische Personen?", *Schweizerische Juristen-Zeitung* 102 (2006).
- Tutumlu, Mehmet Akif. "Temyiz Aşamasında Adli Yardımdan Yararlanmanın Koşulları". *Terazi Hukuk Dergisi* 10/102 (Şubat 2015), 116-120.
- Ulukapı, Ömer - Çon, Ömer. "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", 1941-1972. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014.
- Ulukapı, Ömer. *Medenî Usûl Hukuku*. Konya: Mimoza Yayıncılık, 3. Baskı, 2015.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2014.
- Üstündağ, Saim. *Medenî Yargılama Hukuku*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 7. Bası, 2000.
- Wache, Daniel. "ZPO § 114". *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*. ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher. München: C.H. Beck, 6. Auflage, 2020.
- Wache, Daniel. "ZPO § 116". *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1-354*. ed. Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher. München: C.H. Beck, 6. Auflage, 2020.
- Waldner, Wolfram. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2. Auflage, 2000.
- Willenbruch, Klaus. *Das Armenrecht der juristischen Personen*. Berlin: Duncker&Humblot, 1977.
- Wuffli, Daniel. *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2015.

Wuffli, Daniel - Fuhrer, David. *Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG, 2019.

Yaşar, İmmihan. "Adli Yardım Uygulaması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 5, 2006, s. 2007-2026.

Yılmaz, Ejder. "Adli Yardım Kurumunun İdari Yargıda Uygulanması". *Makaleler (1973-2013)*, C. 1. ed. Ejder Yılmaz. 565-575. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Yılmaz, Ejder. "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti". *Ankara Barosu Dergisi 2* (1984), 200-224.

Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2017.

Zempel Almuth - Völker, Mallory. "§ 114". *Zivilprozessordnung Kommentar*. ed. Hanns Prütting - Markus Gehrlein. Köln: Luchterhand Verlag, 8. Auflage, 2016.

Zempel Almuth - Völker, Mallory. "§ 116". *Zivilprozessordnung Kommentar*. ed. Hanns Prütting - Markus Gehrlein. Köln: Luchterhand Verlag, 8. Auflage, 2016.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Yolcunun Ölümü ve Bedensel Zarara Uğraması Durumlarında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğunun Teminatı Olarak Mali Sorumluluk Sigortası

### *Liability Insurance as a Guarantee of the Air Carrier's Liability in Cases of Death and Bodily Injury of the Passenger*

Zeynep Arslan 

Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku  
Anabilim, Yalova, Türkiye,  
zeynep.arslan@yalova.edu.tr



**Öz:** Çalışmamızın konusunu Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda (TSHK) düzenlenen taşıyıcının yaptırmakla yükümlü olduğu mali sorumluluk sigortası oluşturmaktadır. TSHK m. 132'de yolcu, yük ve posta taşımaları yapmaya yetkili kılınan taşıyıcıların taşıma sözleşmesinden doğacak zararlardan dolayı tazminat taleplerinin teminatı olarak mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu kılınmıştır. Taşıyıcı açısından sorumluluk sebepleri TSHK'da, yolcunun ölümü ya da herhangi bir cismani zarara uğraması (m. 120), tescil ettirilmiş bagajın yahut yükün kaybı ya da zarara uğraması (m. 121) ve yolcu, bagaj veya yükün taşınmasındaki gecikme (m. 122) olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla bu sorumluluk sigortası ile taşıyıcının akdi sorumluluğu dolayısıyla yöneltilecek tazminat talepleri teminat altına alınmaktadır. Bununla birlikte taşıyıcının sorumluluğu kural olarak sınırlıdır. Bu sebeple yapılacak sorumluluk sigortası, kanunda öngörülen sorumluluk sınırına eşit bir sigorta bedeli üzerinden akdedilir. Bu çalışma taşıyıcının, yolcunun ölümü ya da herhangi bir cismani zarara uğraması sebebiyle sorumluluğu konusu ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bagaja ya da yüke gelen zararlardan sorumluluk çalışmanın kapsamı dışındadır. Çalışmada, yolcunun ölümü ya da bedensel zarara uğraması durumunda, hava taşıyıcısı sorumluluk sigortası teminatının kapsamı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Taşıyıcı, Hava Taşıma Sözleşmesi, Hava Hukuku, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Türk Sivil Havacılık Kanunu

**Abstract:** The subject of this study is the financial liability insurance that the carrier are obliged to take out as regulated under the Turkish Civil Aviation Code (TCAC). Article 132 of the TCAC regulates that carriers authorized to carry passengers, cargo and mail are obliged to have financial liability insurance as a coverage for compensation claims arising from damages. The causes of liability for the carrier are specified in the TCAC as death of the passenger or any bodily injury (Art. 120), loss of or damage to the registered baggage or cargo (Art. 121) and delay in the carriage of the passenger, baggage or cargo (Art. 122). Therefore, this liability insurance provides coverage for claims for damages arising from the carrier's contractual liability. However, the liability of the carrier is limited as a rule. For this reason, the liability insurance is concluded over an insurance amount equal to the limit of liability stipulated in the law. This study is limited to the liability of the carrier for the death or bodily injury of the passenger. Therefore, liability for damage to baggage or cargo is outside the scope of this study. The scope of the air carrier liability insurance coverage in case of death or bodily injury of the passenger will be analyzed in this study.

**Keywords:** Carrier, Air Carriage Contract, Air Law, Compulsory Financial Liability Insurance, Turkish Civil Air Code

Geliş Tarihi/Received: 04.03.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 14.05.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

### Extended Abstract

Article 132 of the Turkish Civil Aviation Code (TCAC) imposes an obligation on the carrier to carry liability insurance as a guarantee for claims for damages arising out of the contract of carriage. According to the second paragraph of the regulation, this insurance should also cover similar damages

**Cite as (ISNAD):** Arslan, Zeynep. "Yolcunun Ölümü ve Bedensel Zarara Uğraması Durumlarında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğunun Teminatı Olarak Mali Sorumluluk Sigortası". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1) (2024), 283-326. <https://doi.org/10.56701/shd.1447093>

caused by the carrier's employees and agents while performing their duties. Pursuant to article 120 of the TCAC, the carrier is liable for the death and bodily injury of the passenger. The injured passenger claims the damages from the carrier pursuant to the legal liability provisions and a debt burden is incurred on the assets of the carrier. With this insurance, the insurer undertakes to prevent the reduction of the carrier's assets.

As a rule, the liability of the carrier is limited. Therefore, the carrier is obliged to take out the compulsory financial liability insurance at an insurance amount equal to the minimum coverage amount stipulated in the legislation. This insurance is carried out in accordance with the provisions of the Regulation on Passenger, Baggage, Cargo and Mail Financial Liability Insurance for Aircraft Operating in Turkey dated 27.07.2017 and numbered 30136, issued pursuant to Article 132 of the TCAC. The scope of the Regulation is explained in Article 2 as follows: "*This Regulation covers the insurance to be taken out against the carrier's legal liability arising out of an accident which causes death or any bodily harm to the passenger (...) and which occurs on board the aircraft or during boarding or landing.*" The Regulation clearly states that it covers the insurance to be taken out against the contractual liability of the carrier in the event of death or bodily injury of the passenger. Therefore, non-pecuniary damages are not included in the scope of the compulsory air carrier financial liability insurance.

It is also stipulated that the event causing the damage for which the carrier is held liable under this insurance must occur within a certain period of time. Accordingly, the event causing the damage must occur on board the aircraft or during boarding or landing.

In cases where the carrier is released from liability, the liability of the insurer will not be in question. According to Article 123 of the TCAC, the carrier is released from liability in two cases. The article is drafted as follows: "*The carrier shall not be liable for damages in case he has proved that he and his employees have taken all measures to prevent the damage (or loss) or taking of such measures was not feasible.*" In addition, Article 21 of the Warsaw Convention regulates the contributory negligence of the injured person as a circumstance that releases the carrier from liability in whole or in part. Besides failure to file a liability lawsuit within the statute of limitations stipulated in the legislation is also a situation that relieves the carrier from liability. In these cases, the insurer is released from liability to the extent that the carrier's liability is terminated.

On the other hand, for compulsory liability insurances, Article 1484 of the TCAC provides a provision in favor of the injured party. Accordingly, even if the insurer is partially or completely released from its obligation of performance towards the insured, its obligation of performance towards the injured party shall continue up to the compulsory insurance amount. Therefore, the liability of the insurer, which is released from liability to the insured, continues against the injured party. However, there is no provision stipulating that the insurer who pays to the injured party may recourse to its insured neither in the TCAC nor in the Regulation issued in this regard. In some liability insurances, the circumstances in which the insurer may recourse are regulated by the general terms and conditions of the insurance. On the other hand, there are no general terms and conditions for air carrier liability insurance. Therefore, there is a need for a regulation on the circumstances under which the carrier may recourse to its insured.

Since the event giving rise to the liability of the carrier is the result of the relationship established with the air carriage contract, this study first briefly explained the air carriage contract. Then, the air carrier liability insurance was analyzed in detail. Accordingly, the cases of liability within the scope of the insurance, the situations where the insurer is released from liability, the right of the injured party to apply directly to the insurer and the subrogation of the insurer was included. Finally, the necessary regulations regarding this branch of insurance were pointed out. In particular, the necessity of issuing general terms and conditions for carrier liability insurance was emphasized.

## Giriş

Sorumluluk sigortaları, sigorta ettirenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna yol açan olaylar nedeniyle malvarlığının azalması riskini teminat altına almaktadır. Bu sigorta ile sigorta ettirenin sorumluluğu ortadan kalkmaz<sup>1</sup>. Sorumluluk sigortasının mevcudiyeti durumunda, sigorta ettiren meydana gelen olaydan sorumlu olmaya devam etmekte; buna karşın bu sorumluluğun mali külfetini sigortacı üstlenmektedir.

Kural olarak özel hukukun tüm alanlarında olduğu gibi sigorta hukukunda da sözleşme serbestisi ilkesi hâkimdir. Bununla birlikte kanun koyucunun kamu menfaatinin gerektirdiği bazı durumlarda sigorta yapılmasını zorunlu kıldığı görülmekte ve bu durum sözleşme serbestisinin istisnasını oluşturmaktadır. Kanun koyucunun zorunlu kıldığı sigortalar, kişilerin ölüm veya bedensel zarara uğrama ihtimalinin fazla olduğu alanlara ilişkindir. Ülkemizde trafik sigortası, zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası, kıyı tesisleri deniz kirliliği zorunlu mali sorumluluk sigortası vb. gibi üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalinin fazla olması, ekonomik ve sosyal gerekliliğin bulunması, kamu yararı gibi nedenlerle birçok zorunlu sigorta türü ihdas edilmiştir. Bizim konumuz ise TSHK ile zorunlu kılınan hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortasıdır<sup>2</sup>. Günümüzde kişilerin sıklıkla tercih ettiği havayolu taşımacılığı, geçmiş yıllarda meydana gelen kazalardan da anlaşılacağı üzere ciddi riskler taşımakta ve herhangi bir kaza durumunda yolcuların ölümü ve zarara uğraması kaçınılmaz olmaktadır. Bundan dolayı, kanunda ve uluslararası sözleşmelerde hava taşıyıcısının mali sorumluluk sigortası yaptırması zorunlu kılınmıştır. Bu sigorta ile taşıyıcının, hava taşıma sözleşmesinden kaynaklanan akdi sorumluluğu dolayısıyla kendisine yöneltilecek tazminat talepleri teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla taşıyıcı ile aralarında akdi bir ilişki bulunan kişilerin yani yolcuların ya da yük sahiplerinin uğradığı zararlar karşısında taşıyıcının akdi sorumluluğunun teminatı olarak zorunlu mali sorumluluk sigortası ihdas edilmiştir. Taşıyıcının sorumluluğunu doğuran zararlar (yolcunun yaralanması, cismani zarar uğraması vb.), hava taşıma sözleşmesi ile kurulan ilişkinin bir sonucudur. Bu nedenle çalışmamızda hava taşıma sözleşmesine kısaca değinilecek; sonra hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası ayrıntılı incelenecektir.

## I. Hava Taşıma Sözleşmesi

### A. Tanım

Hava taşıma sözleşmesi, taşıyıcının hava aracı ile yolcu ve bagajını ya da eşya taşımayı üstlendiği, buna karşılık karşı tarafın ise bir ücret ödeme borcu altına girdiği tam iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Bu sözleşmenin esaslı unsurlarını taşıma taahhüdü, taşıma ücreti ve taşımanın sivil hava aracı ile gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır. Hava taşımacılığında, taşıyıcının taşıma taahhüdü, bir

<sup>1</sup> Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku* (Adana: Karahan Kitabevi, 2016), 253; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 313; Rıza Ayhan vd., (Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 2023), 289.

<sup>2</sup> Hava hukuku alanında sigorta zorunluluğu, ilk defa Hava Yolları Devlet İşletme İdaresi teşkilatı hakkındaki 2186 sayılı 1933 tarihli kanun ile getirilmiştir. Mezkûr kanunun 11.maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Kaza vukuunda kazaya duçar olanlara veya ailelerine verilecek malî tazminat miktarı azamî on bin lira olup hu da sigorta kumpanyasından İdarece istifa ve mutazarrırlara tesviye olunur. Bu maksatla tayyareye rakip olan yolcular (10 000) liraya sigorta edilir. Sigorta primi İdarece istifa edilen nakliye ücretinden tesviye olunur.”. Ayrıca bkz. Yaşar Karayalçın, “Yeni Tasarıda ve Umumiyyetle Türk Hava Hukuku'nda Uçak Yolcuları Lehine Mecburi Kaza Sigortası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/3 (1951), 525.

<sup>3</sup> Öğretideki tanımlar için bkz. Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987), 41; İnci Kaner, *Hava Hukuku (Hususi Kısım)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 47; Ahmet Kırmızı, *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımlarda Taşıyıcının Sorumluluğu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990), 21; Ayşe Gül Canbolat, *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 3; Banu Bozkurt Bozabalı, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 19; Sinan Sami Akkurt, *Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 160; Sinan Misili, *Hava Özel Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2021), 167.

yolcunun, bagajın veya eşyanın kalkış noktasından varış noktasına götürülmesini ihtiva eder<sup>4</sup>. Tanımda geçen yolcu, taşıyıcı ile yapmış olduğu taşıma sözleşmesine dayanarak taşıma aracında bulunan uçuş personelinin haricindeki kişi<sup>5</sup>; bagaj, yolcunun yanında muhafaza ettiği el eşyası dışında beraberinde taşıdığı eşya<sup>6</sup>; havayolu taşımacılığı kapsamında eşya ise yolcu ve bagaj dışında havayoluyla taşınması mümkün olan ve maddi varlığı bulunan her şey olarak tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Bu taşıma sözleşmesinin bir diğer unsurunu taşımanın sivil hava aracı ile gerçekleştirilmesi oluşturmaktadır<sup>8</sup>. Dolayısıyla bir devlet aracı ile gerçekleştirilen taşımalar TSHK ve ilgili uluslararası mevzuatın kapsamında değerlendirilmeyecektir. Hava taşıma sözleşmesinin bir diğer unsuru ücrettir. Taşıma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen karakteri gereği taşıyıcının, taşıma edimine karşılık, yolcunun ve eşya sahibinin ücret ödeme borcu söz konusudur<sup>9</sup>.

## B. Hukuki nitelik

Taşıma sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, taşıma sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak taşıma sözleşmesinde ücretin asli unsur olarak düzenlenmiş olması nedeniyle Türk öğretisinde bu görüş benimsenmemiştir<sup>10</sup>. Bir diğer görüş, taşıma sözleşmesini, TSHK'da ayrıca düzenlendiği için diğer sözleşmelerin içinde değerlendirilmesi gerekliliğinin söz konusu olmaması nedeniyle *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirmektedir<sup>11</sup>. Öğretide bizim de katıldığımız hâkim görüş ise, taşıma sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir<sup>12</sup>. Taşıyıcı burada sözleşme ile kararlaştırılan sürede bir neticeyi sağlama borcu altına girmektedir. Eser sözleşmesi TBK (Türk Borçlar Kanunu) m. 470'te "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Bu hükümde geçen eser meydana getirme ibaresinin mutlaka maddi bir varlığın vücuda getirilmesi olmadığı ve maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği noktasında öğretide görüş birliği vardır<sup>13</sup>.

<sup>4</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 41; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 166; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 22; Misili, *Hava Özel*, 176. Taşıyıcının, taşımayı taahhüt etmesinin bu işi bizzat kendisinin yapacağı anlamına gelmediği ve taşıma işini alt taşımacılara da bırakmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 43; Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) m. 107, Varşova Konvansiyonu m. 3/1-b ve Montreal Konvansiyonu m. 3/1-a,b'de yer alan düzenlemeye göre, hava taşıma belgelerinin kalkış ve varış yerlerini içermesi gerektiği düzenlenmişse de öğretide varış yerinin tam olarak belli olmamasının ya da sonradan kararlaştırılmak üzere boş bırakılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 41; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 166; Canbolat, *Hava Taşıma*, 4; Banu Bozkurt Bozabalı, "Havayoluyla Yolcu Taşımalarında Yolcunun Ölüm veya Cismani Zarara Uğraması Haline İlişkin Yapılacak Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2012), 128 (Sigorta).

<sup>5</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 28; Kaner, *Hava Hukuku*, 50; Bülent Sözer, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, İstanbul), 208 (Sözleşme); Ülgen, *Hava Taşıma*, 48; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 34; Canbolat, *Hava Taşıma*, 5; Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 129; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 39; Misili, *Hava Özel*, 189. Yolcu sıfatını sadece sözleşmeye taraf olan kişiler haiz olup; taşıyıcının bilgisi dışında uçağa binen kişiler yolcu olarak kabul edilmemekte ve kaçak yolcu olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 26; Misili, *Hava Özel*, 166

<sup>6</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 49; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 37; Canbolat, *Hava Taşıma*, 6; Misili, *Hava Özel*, 194.

<sup>7</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 39; Misili, *Hava Özel*, 200.

<sup>8</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 16; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 35; Canbolat, *Hava Taşıma*, 9; TSHK m.3/b'de hava aracı, havalanabilen ve havada seyredilme kabiliyetine sahip olan her türlü araç olarak tanımlanmıştır.

<sup>9</sup> Misili, *Hava Özel*, 204-205; Canbolat, *Hava Taşıma*, 7.

<sup>10</sup> Canbolat, *Hava Taşıma*, 11.

<sup>11</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 45-46; Canbolat, *Hava Taşıma*, 12; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 163.

<sup>12</sup> Kaner, *Hava Hukuku*, 56; Ülgen, *Hava Taşıma*, 45 dn. 18; Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 129; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 37; M. Barış Günay-Muharrem Gençtürk, "Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/ 2 (Aralık 2012), 797; Misili, *Hava Özel*, 168.

<sup>13</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 3-24; Murat Aydoğdu- Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 749; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2014), 168; Zekeriya Kürşat, "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmeleri Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 67/1-2 (2009), 149; Aynı yöndeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. "[...] Gerek hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının, eser sözleşmesi konusu olan şeyin "sonuç sorumluluğunu" yani sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şey ister maddi varlığı bulunsun, ister

Dolayısıyla taşıyıcının, diğer taşımacılık sözleşmelerinde olduğu gibi yolcu ya da eşyayı bir yerden başka bir yere taşıması eser meydana getirme olarak kabul edilmekte ve bizim de katıldığımız bu görüşe göre havayoluyla taşıma sözleşmesi TBK'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir<sup>14</sup>.

### C. Uygulanacak hükümler

TSHK m.106'da kanun koyucu, uygulanacak hükümleri "*Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmayan hallerde Türk Ticaret Kanunu Hükümleri uygulanır.*" şeklinde düzenlemiştir. Bu hüküm yurt içinde yapılacak taşımalara hangi mevzuatın uygulanacağını göstermektedir. Bununla birlikte, burada bir özel hukuk ilişkisi mevcuttur ve özel hukuk sözleşmelerine hâkim olan sözleşme serbestisi uyarınca, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, taraflarca belirlenen esasların öncelikli olarak uygulanacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla emredici hükümler ve sözleşme hükümleri TSHK hükümlerinden önce uygulama alanı bulacaktır<sup>15</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlığın çözümüne dair bir hüküm olmaması durumunda, TSHK hükümlerine; TSHK'da hüküm bulunmaması halinde ise Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümlerine başvurulacaktır. Mezkûr hükümde, yurt içi uçuşlar bakımından ikinci sırada uygulanacağı kararlaştırılan uluslararası anlaşmalar, uluslararası hava taşıma sözleşmelerinde öncelikli olarak uygulanır<sup>16</sup>. Dolayısıyla hava taşımacılığında hangi anlaşmaların uygulanacağını tespit edilmesi önem arz etmektedir. Türkiye, 1933'te yürürlüğe giren, havayoluyla yolcu, bagaj ve eşya taşıma sözleşmeleri bakımından yeknesak kurallar getiren Varşova Konvansiyonu'na taraf olmuş ve sözleşme Türkiye açısından 23 Haziran 1978 tarihinde yürürlük kazanmıştır<sup>17</sup>. Zaman içerisinde Varşova Konvansiyonu bir dizi protokollerle değişikliğe uğramıştır. Türkiye ise bu protokollerden 1955 yılında Lahey'de imzalanan ve tasdik eden devletlerarasında 1 Ağustos 1963'te yürürlüğe giren Lahey Protokolüne ve 1975 tarihinde imzalanan ve Türkiye açısından 12 Eylül 1998 tarihinde yürürlük kazanan 4 sayılı Montreal Protokolüne<sup>18</sup> taraftır. Öğretide de kanunda geçen uluslararası anlaşmalardan, Türkiye'nin 1977'de taraf olduğu, 1955 Lahey ve 1975 Montreal protokolleri ile değişikliğe uğrayan Varşova Konvansiyonu'nun anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. Bununla birlikte 26.03.2011 tarihinden önceki uygulamalar için geçerli olan Varşova/Lahey Konvansiyonu'nun yerini, 1999'da kabul edilen uluslararası hava hukuku kurallarını tek bir metinde toplayan Montreal Konvansiyonunun 28 Mayıs 1999 tarihinde Türkiye tarafından imzalanması ve *02.04.2009 tarih ve 5866 sayılı Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*<sup>20</sup> ile onaylanması ve onay belgelerinin Uluslararası Sivil Havacılık Kurulu'na tevdi edilmesi üzerine, 26.03.2011'de ülkemiz için yürürlüğe girmiş bulunan 1999 tarihli

bulunmasın "eser" olarak kabul edilmelidir. [...]". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2009/541 (18.11.2009). (www.lexpera.com.tr)

<sup>14</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 45 dn. 18; Bozkurt Bozabalı, *Sigorta*, 129; M. Fehmi Ülgener, *Çarter Sözleşmeleri I (Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi)* (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 14. Taşıma akitlerinin vekâletin bir çeşidi sayılacağına ilişkin görüş için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku*, 24.

<sup>15</sup> Günay-Gençtürk, *Montreal Sözleşmesi*, 794; Sözer, *Sözleşme*, 107 vd.; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 29; Bülent Sözer, "Havayoluyla Yapılan Taşımalarda Yolcunun Maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat Talepleri", *Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu*, ed. İlyas Çeliktas (İstanbul: Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012), 107 (Sempozyum).

<sup>16</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 42.

<sup>17</sup> Türkiye'nin sözleşmeyi imzaladığı ve sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih bilgileri için bkz. [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf) (Erişim 18 Kasım 2023).

<sup>18</sup> Türkiye'nin sözleşmeyi imzaladığı ve sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih bilgileri için bkz. [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/MP4\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/MP4_EN.pdf) (Erişim 18 Kasım 2023).

<sup>19</sup> Meltem Deniz Güner Özbek, "Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması Havayolu ile Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28/123 (2016), 352.

<sup>20</sup> Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, *Resmî Gazete* 27200 (14 Nisan 2009), Kanun No: 5866.

Montreal Konvansiyonu almıştır<sup>21</sup>. Dolayısıyla yurtiçi taşımalar için TSHK'da bir düzenlemenin bulunmaması durumunda başvurulacak uluslararası anlaşma son olarak iç hukukta yürürlüğe giren Montreal Konvansiyonudur<sup>22</sup>. Yurt içi taşımalarda başvurulacak uluslararası anlaşma Montreal Konvansiyonu iken; uluslararası hava taşımalarında hangi Sözleşme hükümlerin uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Nitekim Montreal Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesiyle Varşova Konvansiyonu yürürlükten kalkmış değildir. Başka bir deyişle, bu sözleşmeler eş zamanlı olarak yürürlükte. Montreal Konvansiyonu'na taraf olan devletler arasında Varşova Konvansiyonu ve ilgili protokollerine taraf olsalar dahi Montreal Konvansiyonu uygulanacaktır<sup>23</sup>. Bununla birlikte, Montreal Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet ile Montreal Konvansiyonu'na taraf olmayıp, Varşova Konvansiyonu'na taraf olan devlet arasında Varşova Konvansiyonu ve değiştirilmiş ortak biçimi uygulama alanı bulacaktır<sup>24</sup>.

TSHK m. 106'da yurtiçi hava taşımaları bakımından üçüncü sırada TTK hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş fakat TTK'nın hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TTK'nın ticari iş, tacir, ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin, havayoluyla taşımayı gerçekleştirenin tacir ya da ticari şirket olacağından hareketle uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, TTK'nın *taşıma işleri* başlığında genel hükümler olarak düzenlenen TTK m. 850 ve devamı hükümlerinin TTK m. 852'de "*Deniz, demir ve hava yoluyla taşıma ile posta idaresine ilişkin özel hükümler saklıdır.*" şeklinde düzenlenen hükme rağmen uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bizim de katılığımız bir görüşe göre, TTK m. 852'de özel hükümlerin saklı tutulması, kara taşımalarına ilişkin hükümlerin genel hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir<sup>25</sup>. Dolayısıyla TSHK m.106'da yer alan atıf TTK m. 850 vd. hükümlerini işaret etmektedir<sup>26</sup>. Öğretilerde bir diğer görüşe göre, TTK m. 852'de özel hükümleri saklı tutan hüküm TTK m. 850 vd. hükümlerinin havayolu ile taşıma sözleşmelerine uygulanmasını engellemekte, TSHK'nın yaptığı atfın TTK'nın deniz yolu ile taşımacılığa ilişkin düzenlenen TTK m. 931 vd. maddelerine yapıldığı kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

## II. Mali Sorumluluk Sigortasının Tanımı, Hukuki Niteliği ve Sigorta Kapsamına Giren Hava Araçları

### A. Genel olarak

Sorumluluk sigortasının konusu ve kapsamı TTK m. 1473'te düzenlenmiştir. Buna göre, sorumluluk sigortası ile sigortacının, sözleşmede aksine düzenleme olmadığı sürece, sözleşmede yer alan ve zarar daha sonra ortaya çıkarsa dahi sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar gören üçüncü kişiye sözleşmede öngörülen miktara kadar tazminat ödemesi söz konusudur<sup>28</sup>. Sorumluluk sigortaları, kişilerin sorumluluğuna yol açan olaylar nedeniyle malvarlığının

<sup>21</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 140.

<sup>22</sup> Sözer, "Sempozyum", 96.

<sup>23</sup> Güner Özbek, "Varşova ve Montreal", 341.

<sup>24</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güner Özbek, "Varşova ve Montreal", 341 vd.; Sözer, "Sempozyum", 92; Selçuk Çöğen, "Varşova ve Montreal Konvansiyonları Çerçevesinde Havayolu Taşıyıcılarının Sınırlı Sorumluluğu, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu*, ed. İlyas Çelikleş (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012) 121 vd.

<sup>25</sup> Kaner, bu hükmün genel hüküm niteliğinde olmadığını, TSHK m.106'daki atıf ile TTK'nın hangi hükümlerinin kastedildiğinin anlaşılmadığını ve işin mahiyetine uygun düşen herhangi bir TTK hükmünün olaya uygulanabileceğini ifade etmiştir. Açıklamalar için bkz. Kaner, *Hava Hukuku*, 53.

<sup>26</sup> Günay-Gençtürk, "Montreal Sözleşmesi", 798.

<sup>27</sup> Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 131.

<sup>28</sup> Maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Tasarının bu maddesi ile sorumluluk sigortasının genel bir tarifi yapılmıştır. Getirilen düzenlemede ise rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük bir ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşabilme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötü niyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Şöyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeni ile tazminat talebi ile karşılaşabileceğini düşünene*



azalması riskini teminat altına almaktadır<sup>29</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu sigorta ile sorumluluğu söz konusu olan sigortalının malvarlığında ortaya çıkacak olan muhtemel azalmanın önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>30</sup>. Bununla birlikte, mezkûr hükümde de belirtildiği üzere sigortacı, sigorta ettirenin sorumlu olduğu bütün olaylardan kaynaklanan zararları değil, sözleşme süresi içinde meydana gelmesi şartıyla sözleşmede yer alan olaylardan kaynaklanan zararları tazmin etmekle yükümlüdür<sup>31</sup>.

TTK m. 1474 hükmü gereğince, zarar gören üçüncü kişiye ödenecek tazminatın dışında, sorumluluk sigortalarının kapsamına talebe ilişkin makul giderler de dâhildir. Hükmün gerekçesinde bunun, mal sigortalarında geçerli olan zararı önleme ve azaltma yükümlülüğünün sorumluluk sigortalarındaki uzantısı olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sigortalının zararı önlemeye ve azaltmaya yönelik yapmış olduğu girişimler sigorta tazminatının miktarına etki edeceği için sigorta teminatına dâhil edilmiştir<sup>32</sup>. Bununla birlikte, hükmün devamında sigortacının ödemekle yükümlü olduğu bu makul giderlerin üst sınırının sigorta bedeli olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla sigorta bedelini aşan giderlerden sigortacıyı sorumlu tutmak mümkün değildir.

Sorumluluk sigortaları ile sigorta ettirene yöneltilen haklı tazminat taleplerini karşılayan sigortalının bunun yanında haksız tazminat taleplerini bertaraf etme yükümlülüğü de söz konusudur<sup>33</sup>. TTK m. 1476'da sigortacı tarafından sunulacak yardımların kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre sigortacı, kendisine bildirimde bulunulması durumunda zarara uğrayanın istemleriyle ilgili, sigortalının adına fakat tüm giderleri kendisine ait olmak üzere gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini beş gün içinde sigortalıya bildirir. Sigortacı bildirimde bulunmazsa, sigortalı aleyhine kesinleşen tazminatı ödemekle yükümlüdür (TTK m. 1476/4).

Sorumluluk sigortasının yukarıda bir kısmına değindiğimiz genel hükümleri TTK m. 1473-1485 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sorumluluk sigortalarının farklı kanunlarda zorunlu sigorta şeklinde hükme bağlandığı görülmektedir. Bunun örneklerinden biri TSHK'da yer almaktadır: TSHK m.132'ye göre taşıyıcı, taşıma sözleşmesinden doğabilecek zararların teminatı olarak mali sorumluluk sigortası yaptırmak mecburiyetindedir.

*kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir: Açıklanan nedenlerden dolayı sigortacının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır. Bu noktada, sigortacının sorumluluğundan bahsedilmek için zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması veya talep edilmesi önemli değildir. Ancak, madde emredici nitelikte olmadığından tarafların, sorumluluk sigortası türlerine göre sözleşme rizikoyu farklı şekillerde belirleyebilmesi de mümkündür.*" Yargıtay da bir kararında sorumluluk sigortasını şu şekilde tanımlamıştır: "Mali sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları, onun adına karşılamak üzere, hem üçüncü kişileri hem de sigorta ettireni koruma amacıyla oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1990/963 (16 Şubat 1990), Yargıtay Kararları Dergisi, 16/ 6 (1990), 870-872. Serdar Hızır, "Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 86 (2009), 271 dn.4.

<sup>29</sup> Kemal Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 18 (Sigorta); Rayegân Kender, *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021), 240 (Sigorta); Ayhan vd., *Sigorta*, 289; Çeker, *Sigorta*, 253; İnci Deniz Kaner, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 41 (Sigorta); Kara, *Sigorta*, 310; Birgül Sopacı Öztuna, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1484.Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012), 700.

<sup>30</sup> Kender, *Sigorta*, 240; Ayhan vd., *Sigorta*, 288; Çeker, *Sigorta*, 253; Deniz Kaner, *Sigorta*, 41; Hızır, "Sigorta", 270.

<sup>31</sup> Kara, *Sigorta*, 317; Çeker, *Sigorta*, 255; Ayhan vd., *Sigorta*, 291.

<sup>32</sup> Hükmün gerekçesi için bkz. "Tasarının bu maddesi ile getirilen düzenleme mal sigortalarında söz konusu olan zararı önleme azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısıdır. Zira, sigortalının kendi haklarını korumak için yapmış olduğu girişimler sigortacının ödeyeceği tazminat miktarına da etki edecektir. Bu nedenle yapılan masrafların sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilmiştir. Ancak, mal sigortalarındaki zararı önleme ve azaltma yükümlülüğünden farklı olarak, yapılan masrafların sigorta teminatını aşması halinde karşılanabilmesi sözleşmede hüküm bulunmasına bağlanmıştır. Zira hakkı korucu işlemlerden doğan masraflar büyük meblağlara ulaşabilmektedir. Kanun gereği bu masrafların doğrudan doğruya sigortacıya yükletilmesi ise, sigortacıyı önceden sınırlarını tahmin edemediği bir teminatla karşı karşıya bırakmak demek olacaktır. Doğal olarak bu durum da prim hesaplamalarında zorluklara neden olacaktır."

<sup>33</sup> Hızır, "Sigorta", 272; Ayhan vd., *Sigorta*, 302-303.

## B. Hukuki nitelik

TTK sistematüğinde sigorta, zarar sigortası ve can sigortası olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur (TTK m. 1409). Zarar sigortası ile gerçek somut zararın giderilmesi amaçlanırken<sup>34</sup>; can sigortası ile riziko gerçekleştiğinde sözleşmede kararlaştırılan meblağın ödenmesi taahhüt edilmektedir<sup>35</sup>. Meydana gelen zararın tazmini ya da sözleşmede kararlaştırılan meblağın ödenmesi şeklindeki bu edim farklılığı sigorta türlerinin zarar sigortası/can sigortası şeklindeki ayrımının gerekçesidir. Diğer bir ifadeyle, can sigortalarında zarar sigortalarından farklı olarak bir zararın ortaya çıkması sigorta tazminatının ödenmesi için şart değildir; sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesi bunun için yeterlidir. Bununla birlikte zarar sigortalarında, hâlihazırda sigorta bedeli ve sigortalanan menfaatin değeri ile sınırlı olan sigortacının edimi, meydana gelen zarar miktarıyla da sınırlandırılmıştır<sup>36</sup>.

Sorumluluk sigortalarında sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelecek azalmanın önüne geçmektedir. Sorumluluğunu gerektiren bir olayın vuku bulması üzerine bunu tazmin etme ihtimali bulunan kişinin sorumluluğunun mali yüklerini, bu sözleşme ile sigortacı üstlenmektedir. Dolayısıyla, sorumluluk sigortasının, sigorta ettirenin malvarlığının azalmasını önleyici vazifesi, onun zarar sigortası olarak kabulünü gerektirir<sup>37</sup>. Hava taşıma sözleşmesi için taşıyıcının yaptırmakla yükümlü olduğu mali sorumluluk sigortası, yolcuların zarara uğraması ya da yolcuların bagajının veya taşınan eşyaların hasara uğraması nedeniyle taşıyıcıya ve onun yardımcılarına yöneltilecek tazminat taleplerini teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla bu sigorta zarar sigortası niteliğindedir.

Zarar sigortaları, öğretide sigortalanan menfaatin ilgili olduğu konuya göre mal sigortası ve malvarlığı sigortası olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>38</sup>. Mal sigortalarında, sigorta ettirenin bir mal üzerindeki menfaati korunurken; malvarlığı sigortalarında, tek tek malların değil, malvarlığının bir küll olarak korunması söz konusudur<sup>39</sup>. Malvarlığı sigortası, sigortalının malvarlığını muhtemel giderlere ya da gelir kayıplarına karşı korur<sup>40</sup>. Mali sorumluluk sigortası da malvarlığındaki muhtemel eksilmelere karşı yapılmaktadır<sup>41</sup>. Diğer bir ifadeyle, mali sorumluluk sigortası ile kişinin malvarlığının pasifinin artması rizikosu teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla bu sigorta, taşıyıcının malvarlığını, bu kişilerin üçüncü kişiye verdikleri zarardan kanunen sorumlu olmaları sebebiyle ortaya çıkan mali yüklerle karşı

<sup>34</sup> Öğretideki tanımlar için bkz. Çeker, *Sigorta*, 255; Şenocak, *Sigorta*, 30; Kara, *Sigorta*, 310; Mevci Ergün, "Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaları İlişkisi", *Yargıtay Dergisi*, 10/4 (1984), 482; Hızır, *Sigorta*, 270; Raif Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 6/4 (2015), 685; İbrahim Atakan Kubilay-Huriye Kubilay, "İnsansız Hava Araçları Üçüncü Şahıs Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile İlgili Gelişmelerin Değerlendirilmesi", *Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) 123; Öğretide OMAĞ, mali sorumluluk sigortası yerine hukuki sorumluluk sigortası tabirini kullanmaktadır. Açıklamalar için bkz. Merih Kemal Omağ, "Türk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 Tarihli Belçika Kara Sigortası Mukavelesi Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları", *Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler- Tebliğler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 201-202 (Sorumluluk). Ülkemiz tatbikatında ise "hukuki sorumluluk sigortası" yerine "mali sorumluluk sigortası" teriminin tercih edildiği yönünde bkz. Mehmet Kahya, "Taşıyıcının Mali Sorumluluğu ve CMR Sigortaları", *Reasürör*, 39 (2001), 7, [https://www.millire.com/dergi/SAYI\\_39.pdf](https://www.millire.com/dergi/SAYI_39.pdf) (Erişim 25 Şubat 2024).

<sup>35</sup> Şenocak, *Sigorta*, 18; Kender, *Sigorta*, 235; Ayhan vd., *Sigorta*, 239; Emine Yazıcıoğlu-Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 84; Kara, *Sigorta*, 46; Ergün, "Sorumluluk Hukuku", 489; Çeker, *Sigorta*, 17; Hızır, *Sigorta*, 277.

<sup>36</sup> Kender, *Sigorta*, 353-357; Şenocak, *Sigorta*, s. 18; Ayhan vd., *Sigorta*, 239; Yazıcıoğlu-Şeker Öğüz, *Sigorta*, 85; Hızır, "Sigorta", 277; Karasu, "Değerlendirme", 686.

<sup>37</sup> Şenocak, *Sigorta*, 30; Ayhan vd., *Sigorta*, 295; Hızır, "Sigorta", 276-277; Omağ, "Sorumluluk", 205; Karasu, *Değerlendirme*, 693. Yargıtay'ın da sorumluluk sigortasının bir zarar sigortası olduğunu belirttiği kararları mevcuttur. Bkz. "Sorumluluk sigortaları zarar sigortası-meblağ sigortası ayrımında zarar sigortası kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin gördükleri gerçek zararlar sigorta limiti dâhilinde karşılanır." Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K. 2019/4279 (8 Nisan 2019). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Erişim 3 Şubat 2024). Aynı yönde bkz. "Nitelikçe ihtiyari mali sorumluluk sigortası bir zarar sigortası türü olduğundan bu sigortada sigorta ettirenin gerçekten sorumlu olduğu zararın miktarın tespiti ile bu zararın giderilmesi esastır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2003/218 (14 Ocak 2003). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Erişim 3 Şubat 2024).

<sup>38</sup> Şenocak, *Sigorta*, 43; Ayhan vd., *Sigorta*, 296.

<sup>39</sup> Ayhan vd., *Sigorta*, 297; Haydar Arseven, *Sigorta Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1991), 45-46; Hızır, "Sigorta", 279.

<sup>40</sup> Şenocak, *Sigorta*, 46; Ayhan vd., *Sigorta*, 297.

<sup>41</sup> Arseven, *Sigorta*, 47; Omağ, *Sorumluluk*, 205.

bir bütün olarak himaye etmektedir. Bu sebeple taşıyıcının yaptırmakla yükümlü olduğu mali sorumluluk sigortasının bir malvarlığı sigortası olduğunu söylemek mümkündür.

Özel sigortalar kural olarak isteğe bağlıdır<sup>42</sup>. Öyle ki kamu sigortaları ile özel sigortaları ayıran bir kıstas olarak yıllarca bu prensibe başvurulmuştur<sup>43</sup>. Bununla birlikte bu kıstas artık ayırıcı vasfını yitirmiş bulunmaktadır. Ülkemizde ve dünyada birçok zorunlu sigorta türü ihdas edilmiş ve edilmektedir<sup>44</sup>. Zorunluluğun, tehlikeli işletmeler ve araçlar sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalinin yüksek olduğu alanlara ilişkin<sup>45</sup> olduğu dikkate alınırca bu artış tabii karşılanacaktır. Anılan sebeple kanun koyucu bu risklerin sigortalanmasında kamusal bir fayda öngörmüştür; sigorta ettirenler için olduğu gibi sigortacılar tarafından da yapılması zorunlu olarak düzenlemiştir. Hülasa konumuz itibarıyla sözleşme serbestisine kanun koyucunun getirdiği bir istisna söz konusudur ve sigortacının da zorunlu sigorta yapma tekliflerini geri çevirmesi mümkün değildir<sup>46</sup>. Taşıyıcının yaptırmakla yükümlü olduğu mali sorumluluk sigortası da rizikonun gerçekleşmesi durumunda taşıyıcının zarar görenlerin zararlarını karşılayamaması ihtimalinin yüksek olması nedeniyle zorunlu sigorta olarak düzenlenmiştir.

### C. Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamına giren hava araçları

TSHK m.3/b'de hava aracı, *havalanabilen ve havada seyredilme kabiliyetine sahip her türlü araç* olarak tanımlanmıştır. TSHK kapsamında bir aracın hava aracı olarak kabulü havalanabilme ve havada seyredilme unsurlarının birlikte mevcudiyetini gerektirmektedir. Bununla birlikte aracın havalanırken kullandığı yöntem önemli değildir. Dolayısıyla, insan tarafından bizzat yahut uzaktan kumanda ile havalanabilmesi ya da kendi gücüyle hareket edip etmemesi gibi hususlar niteliğini etkilemeyecektir<sup>47</sup>. Aynı şekilde aracın büyüklüğü ya da havada seyretme amacına tahsis edilip edilmediğinin de bir önemi yoktur<sup>48</sup>. Buna karşın, havalanabilen aracın havada seyredilmesi de gerekir<sup>49</sup>. Havada seyredilme, aracın hava akımlarından etkilenmeksizin hava basıncı sayesinde havada tutunabilmesi anlamına gelmektedir<sup>50</sup>. Havada tutunma özelliğinin de süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Havalanabilme özelliğine sahip balon rüzgârın gücü ve etkisi ile havada savrulduğu ve yine hava yastıklı motorların havada sürekli tutunma özelliği olmadığı için hava aracı olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>51</sup>. Aynı şekilde paraşütün de havalanabilme özelliği olmadığı için hava aracı olarak kabulü söz konusu değildir<sup>52</sup>. Bununla birlikte uzaktan kumanda ile havalanabilen ve havada seyredilen insansız hava araçları ile uçaklar TSHK kapsamında hava aracı olarak kabul edilir.

Uluslararası düzenlemelerde de hava aracı tanımına rastlamak mümkündür. Uluslararası Sivil Havacılık Kuruluşu hava aracı kavramını, 1944 tarihli Şikago Konvansiyonu'na<sup>53</sup> paralel olarak "*havanın yeryüzündeki tepkileri hariç olmak üzere, hava tepkilerinden atmosferde destek sağlayabilen her türlü makine*" olarak tanımlamıştır. Bu tanıma göre örneğin, hovercraft atmosferde destek sağlama özelliğine

<sup>42</sup> Omağ, "Sorumluluk", 206; Merih Kemal Omağ, "Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlara Genel Bir Bakış", *Zorunlu Sigortalar Paneli* (İstanbul, Özdil Basımevi, 1993), 137 (Mecburi).

<sup>43</sup> Arseven, *Sigorta*, 53.

<sup>44</sup> Bilhassa Almanya ve Fransa'da çok sayıda zorunlu sigorta türü ihdas edilmiştir. Bkz. Kender, *Sigorta*, 223 dn. 102.

<sup>45</sup> Ayhan vd., *Sigorta*, 146; Kender, *Sigorta*, 223-224; Arseven, *Sigorta*, 53; Çeker, *Sigorta*, 73.

<sup>46</sup> Yazıcıoğlu-Şeker Öğüz, *Sigorta*, 86; Omağ, "Mecburi", 155.

<sup>47</sup> Hasan İşgüzar, *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu* (Ankara: Sözkese Matbaacılık, 2003), 62; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 65; Kemal Şenocak, "İnsansız Hava Aracı İşletenin Sorumluluğu ve Sigortalanması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36/2 (2020), 54 (Hava Aracı).

<sup>48</sup> Misili, *Hava Özel*, 96.

<sup>49</sup> Şenocak, "Hava Aracı", s. 54.

<sup>50</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 65; Gülen Sinem Tek, *Ulaşım Araçlarının İpoteki* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 32; Misili, *Hava Özel*, 96.

<sup>51</sup> Tek, *İpotek*, 32; Misili, *Hava Özel*, 97.

<sup>52</sup> İşgüzar, *Akit Dışı Sorumluluk*, 62; Tek, *İpotek*, 32; Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin hava taşıyıcıları ve hava aracı işletenleri için sigorta gerekliliğine dair yaptığı 785/2004 sayılı düzenlemenin ikinci maddesinde, bu düzenlemenin yere bağlı balonlara, model uçaklara, paraşütlere, uçurtmalara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

<sup>53</sup> Şikago'da 7 Aralık 1944 tarihinde akit ve imza edilmiş olan Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması ile Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi ve bunların eklerinin onanması hakkında kanun, *Resmî Gazete* 6029 (12 Haziran 1945), Kanun no:4749.

sahip olmadığı için hava aracı olarak değerlendirilmezken<sup>54</sup>; helikopterin bu özelliğe sahip olması onun hava aracı olarak kabulünü gerektirmektedir<sup>55</sup>. Varşova Konvansiyonu m.1'de bu konvansiyon hükümlerinin hava aracı (*aircraft*) ile yapılan uluslararası taşımalara uygulanacağı belirtilmiştir. Varşova Konvansiyonu'nun bu madde ile uygulama alanı belirtilmiş fakat hangi hava araçlarının bu kapsamda olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla *aircraft* kavramının kapsamının tespiti noktasında öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretilerde bir görüş, konvansiyonun resmi Türkçe çeviri<sup>56</sup> metnine uygun olarak, *aircraft* tabirinin sadece uçakları kapsadığı, dolayısıyla balon, helikopter, planör, hovercraft vb. tüm araçların bunun dışında kaldığını kabul etmektedir<sup>57</sup>. Bununla birlikte bu yorum, hükümlerin uygulama alanını oldukça kısıtlamaktadır. Öğretilerde bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, *aircraft* tabiri daha geniş yorumlanmalıdır ve uçak dışındaki bazı hava araçlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>58</sup>. Ancak her halükârda balon, planör gibi hafif araçların bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.

Konvansiyonda hava aracı kavramının kapsamının belirtilmemiş olması nedeniyle çeşitli hukuk sistemlerinde bunun kapsamının belirlenmesi adına farklı yöntemlere başvurulduğu görülmektedir. Bazı hukuk sistemleri hava aracının tanımını yapmakta ve bu tanımdan yola çıkarak hava aracının kapsamını belirlemektedir<sup>59</sup>. Buna karşılık bazıları ise sayma yöntemi ile nelerin bu kapsama girdiğini belirlemekte ve bunun dışında kalan araçların hava aracı olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>60</sup>. TSHK'da ve ilgili yönetmeliklerde ise sadece hava aracının tanımı verilmiş olup; sayma yolu ile kapsamının belirlenmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Buna göre, havalanabilen ve havada seyredilme kabiliyetine sahip her türlü araç hava aracı olarak kabul edilecektir.

Hangi hava araçlarının mali sorumluluk sigortası yaptırması gerektiği yine buna ilişkin çıkarılan yönetmeliklere göre belirlenecektir. Aşağıda bahsi geçen yönetmelikte de hava aracı kanuna uygun olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte sigorta yaptırma zorunluluğu bulunmayan hava araçları sayma yolu ile belirlenmiştir. Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları İçin Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik (MSSHY)<sup>61</sup> m. 2'ye göre devlet hava araçları, orman yangınları ve zirai mücadele amaçlı uçuşlarda kullanılan hava araçları hakkında bu yönetmelik hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca aynı hükümde ticari olmayan amaçlarla ve uluslararası sınırlar ihlal edilmemek kaydıyla uçuş eğitimi amacıyla gerçekleştirilen uçuşlarda kullanılan balon, planör ve çok hafif hava araçları için savaş ve terör rizikoları hariç tutulmuştur. Yukarıda açıkladığımız üzere, balon, planör gibi hafif hava araçları TSHK uyarınca hava aracı kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla bu yönetmeliğin kapsamına da dâhil edilmemesi gerekirdi. Bununla birlikte düzenlemede, normalde savaş ve terör rizikolarını da içerecek şekilde yaptırılması öngörülen mali sorumluluk sigortasının, balon, planör gibi hafif araçlar için bu rizikoları içermesine gerek olmaksızın yaptırılması gerektiği düzenlenmiştir. TSHK kapsamına girmeyen bu araçların, TSHK'ya dayanılarak çıkarılan yönetmeliğe göre mali sorumluluk sigortası ile yükümlü tutulması öğretide haklı olarak eleştirilmiştir<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 10; Misili, *Hava Özel*, 93.

<sup>55</sup> Aynı yönde bkz. İşgüzar, *Akit Dışı Sorumluluk*, 66; Ülgen, *Hava Taşıma*, 16; Canbolat, *Hava Taşıma*, 10.

<sup>56</sup> Çeviri için bkz. Resmî Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101001-1-1.pdf> (Erişim 15 Aralık 2023).

<sup>57</sup> Sözer, *Sözleşme*, 17.

<sup>58</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 16; Canbolat, *Hava Taşıma*, 10; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 61.

<sup>59</sup> Kaner, *Hava Hukuku*, 14. Bu yöntem, objektif yöntem olarak adlandırılmaktadır. Objektif yöntemi benimseyen ülkelere örnek olarak Fransa, İtalya, Portekiz, Tunus, Türkiye gösterilebilir. Bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 63; Canbolat, *Hava Taşıma*, 9.

<sup>60</sup> Bu yöntem subjektif yöntem olarak adlandırılmaktadır. Subjektif yöntemi benimseyen ülkelere örnek olarak Norveç, İsveç, Danimarka, Finlandiya gösterilebilir. Bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 63; Canbolat, *Hava Taşıma*, 9.

<sup>61</sup> Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları İçin Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete* 30136 (27 Temmuz 2017).

<sup>62</sup> Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 140.

### III. Sigorta Sözleşmesinin Tarafları ve İlgilileri

#### A. Sigortacı

Sigortacı, sigorta ettirenin ödeyeceği prim karşılığında rizikoyu taşımayı taahhüt eden taraftır<sup>63</sup>. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>64</sup> m. 3'e göre sigorta sözleşmesi yapabilecek kuruluşların anonim şirket ya da kooperatif niteliği taşıması gerekmektedir. Türkiye'de kooperatif şeklinde kurulmuş sigortacı mevcut değildir; dolayısıyla sigortacı uygulamada anonim şirket olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>65</sup>. Yine mezkûr kanunun 15. maddesi uyarınca "*Türkiye'de yerleşik kişiler sigortalanabilir menfaatlerini Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de yaptırmak zorundadır.*" Maddenin ikinci fıkrasında ise bu kuralın istisnası olarak yurtdışında yaptırılacak sigortalar sayılmıştır. TSHK'da m.132'de düzenlenen hava taşıyıcısı mali sorumluluk bu istisnalardan biri olarak düzenlenmiş değildir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından biri olan sigortacının Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerinden biri olması gerekmektedir.

#### B. Sigorta ettiren

Sigortacının karşısında sözleşmenin diğer tarafı olarak sigorta ettiren yer alır. Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesi yaptıran ve TTK m. 1430'da belirtildiği üzere sigorta primini ödemekle yükümlü olan kişidir<sup>66</sup>. TSHK m. 132/1'de "*Yurt içi veya yurt dışı yolcu, yük ve posta taşımaları yapmaya yetkili kılınan taşıyıcılar, taşıma sözleşmelerinden doğabilecek zararlardan dolayı tazminat taleplerinin teminatı olmak üzere, asgari 124 üncü madde esaslarına göre saptanan sorumluluk sınırları içerisinde mali mesuliyet sigortaları yapmakla yükümlüdürler.*" şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca mali sorumluluk sigortası yaptıracak kişi taşıyıcıdır. Dolayısıyla bu sözleşmede sigorta ettiren sıfatı taşıyıcıya aittir. Dolayısıyla taşıyıcının kim olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

TSHK' da taşıyıcı kavramına ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Bununla birlikte, 2013'te yürürlüğe giren, Hava Ulaştırmasını Kolaylaştırma Yönetmeliği<sup>67</sup> m. 4' te taşıyıcı, "*Yolcu, posta veya yükün nakliyatında hava ulaştırma araçları ile belirli bir tarife kapsamında bir hava servisi hizmeti veren veya işleten yerli ve yabancı hava taşıma şirketi*"; TTK m. 850'de ise, "*...taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan hareketle taşıyıcı kavramı, taşıma sözleşmesinde, göndericinin ya da yolcunun karşısında yer alan, taşıma taahhüdünü yerine getiren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanabilir<sup>68</sup>. Taşıyıcı sıfatının kazanılması için taşıma fiilinin taahhüt edilmesi yeterlidir<sup>69</sup>. Dolayısıyla bu sıfatın kazanılması bakımından taahhütte bulunanın hava aracının maliki ya da işleteni olması gerekli değildir<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Çeker, *Sigorta*, 62; Kender, *Sigorta*, 247; Ayhan vd., *Sigorta*, 123-124; Mehmet Özdamar, *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2009), 69-70; Melisa Konfidan, *Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 18.

<sup>64</sup> Sigortacılık Kanunu, *Resmî Gazete* 26552 (14 Haziran 2007).

<sup>65</sup> Kerim Atamer, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27/1 (2011), 45.

<sup>66</sup> Çeker, *Sigorta*, 63; Atamer, "Zarar Sigortaları", 45; Kara, *Sigorta*, 50; Özdamar, *Aydınlatma Yükümlülüğü*, 70; Konfidan, *Sorumluluk Sigortası*, 26.

<sup>67</sup> Hava Ulaştırmasını Kolaylaştırma Yönetmeliği, *Resmî Gazete* 28734 (13 Ağustos 2013).

<sup>68</sup> Öğretideki tanımlar için bkz. Kırmızı, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 28 vd.; Ülgen, *Hava Taşıma*, 60 vd.; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 110; Canbolat, *Hava Taşıma*, 19; Misili, *Hava Özel*, 274; İlyas Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 38.

<sup>69</sup> Öyle ki öğretide aracı sıfatını ortaya koymaksızın taşıma taahhüdünde bulunan seyahat acentelerinin, turizm bürolarının ya da benzeri işletmelerin taşıyıcı olarak kabul edileceği; aracı olduğunu belirtmesine rağmen yolculuğun tamamı bakımında sorumluluğun üstlenildiği izleniminin yaratılması durumunda da aynı sonuca ulaşılacağı yani bu kişilerin akdi taşıyıcı sıfatını kazanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 114; Kırmızı, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 29. 21 Nisan 2004 tarihli ve 785/2004 sayılı Hava Taşıyıcıları ve Hava İşleticileri için Sigorta Koşulları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nün tanımlar başlıklı 3.maddesinde hava taşıyıcısı, geçerli bir işletme ruhsatına sahip hava taşımacılığı işletmesi olarak tanımlanmıştır. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004R0785> (Erişim 10 Şubat 2024).

<sup>70</sup> Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 40. "*Taşıyıcı olmak için araç sahibi olmak ya da aracın işleticisi bulunmak gerekmez. Taşıma işini üstlenmek yeterlidir.*" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1975/2547 (7 Nisan 1975) [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Erişim 5 Aralık 2024).

Uygulamada taşıma işini taahhüt eden kişi ile fiili olarak bu işi yapan kişilerin çoğunlukla farklı kişiler olması akdi-fiili taşıyıcı ayrımını ortaya çıkarmıştır. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeye Ek Sözleşme (Guadalajara Sözleşmesi) m.1'de akdi taşıyıcı "bir yolcu veya gönderici ile veya yolcu veya gönderici namına hareket eden bir kişi ile akdettiği, Varşova Konvansiyonu'na tabi bir taşıma sözleşmesine taraf olan kişi olarak tanımlanmıştır<sup>71</sup>. Montreal Konvansiyonu m. 39'da ise "bir kimsenin asli olarak bir yolcu, gönderen veya yolcu ya da göndereni temsilen hareket eden bir başkası ile bu Konvansiyon'un uygulanacağı bir taşıma sözleşmesi yapması"<sup>72</sup> şeklinde kaleme alınan hükümden akdi taşıyıcının taşıma sözleşmesi yapan kişi olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre akdi taşıyıcıyı, taşıma işini taahhüt eden taşıma sözleşmesi tarafı olarak tanımlanabilir<sup>73</sup>.

Fiili taşıyıcı kavramı ilk defa Guadalajara Sözleşmesi ile literatüre girmiştir<sup>74</sup>. Fiili taşıyıcı Guadalajara Sözleşmesi m. 1/c'de "akdi taşıyıcı tarafından verilen yetkiye dayanarak...taşımayı kısmen veya tamamen yapan...akdi taşıyıcı dışındaki bir şahıs anlamına gelir." şeklinde; Montreal Konvansiyonu 39/2' de ise "...anlaşmalı taşıyıcıdan aldığı yetkiyle, ancak bu Sözleşmenin kapsamında müteselsil taşıyıcı kısmı ile ilgili olmadan, taşımanın tamamını ya da bir kısmını.." gerçekleştiren diğer kişi olarak tanımlanmıştır<sup>75</sup>. Buna göre, fiili taşıyıcı akdi taşıyıcıdan farklı bir kişi olup; taşımanın bir kısmını ya da tamamını akdi taşıyıcıdan aldığı yetki ile yerine getiren kişi olarak tanımlanabilir<sup>76</sup>.

Fiili taşıyıcı ve akdi taşıyıcı ayrımının önemi sorumluluk noktasında ve haliyle bu sorumluluğun sigortalanması kanunda zorunlu olarak düzenlendiği için sigorta sözleşmesini yaptırmakla yükümlü olan kişinin yani sigorta ettirenin tespitinde önem arz etmektedir. Öğretide fiili taşıyıcının kendisine tevdi edilen görevin ifası için yaptığı eylemler bakımından taşıyıcının adamı kabul edileceği görüşü hâkimdir<sup>77</sup>. Buradan hareketle, taşıyıcının yaptırmakla yükümlü olduğu mali sorumluluk sigortası taşıyıcının adamlarının TSHK'da öngörülen sorumluluğunu da kapsadığı için taşıyıcının adamı statüsündeki fiili taşıyıcının ayrıca mali sorumluluk sigortası yaptırması gerekmeyeceğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte Montreal ve Guadalajara Konvansiyonu hükümleri fiili taşıyıcıyı sözleşmenin tarafı statüsüne getirmiş ve yolcunun mezkûr Konvansiyon hükümlerine göre fiili taşıyıcıya başvurmasını mümkün kılmıştır<sup>78</sup>. Fiili taşıyıcının bu sorumluluğu, taşıma sözleşmesinden kaynaklanmayıp, Konvansiyon hükümlerinden doğmaktadır<sup>79</sup>. Dolayısıyla zarar gören bir kişinin taşıma

2023). TSHK'nın 18. maddesinde "gerçek ve tüzel kişilerin ticari amaçla, ücret karşılığında hava araçlarıyla yolcu veya yük veya yolcu ve yük taşımları ile ticari amaçla diğer faaliyetlerde bulunmaları için Ulaştırma Bakanlığından izin almaları ön şarttır" ve 19. maddesinde "hava araçlarıyla ticari amaçla, belirli hatlar üzerinde, ücret karşılığında yolcu veya yük veya yolcu ve yük taşıması yapacak olan gerçek veya tüzel kişilerin 18'inci maddede belirtilen izinden başka, Ulaştırma Bakanlığı'ndan işletme ruhsatı şarttır" hükümlerine göre, taşıyıcı sıfatını haiz olan kişinin izin ve işletme ruhsatı alma şartı getirilmiş olsa dahi bunların alınmaması taşıyıcı sıfatının kazanılmasına engel teşkil etmeyecektir. Bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 61; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 112; Canbolat, *Hava Taşıma*, 21.

<sup>71</sup> Maddenin çevirisi için bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 113.

<sup>72</sup> Çeviri için bkz. Selim Çiğler, Uluslararası Hava Yolu Taşımaya İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma (Montreal Konvansiyonu)- Resmi Çeviri Üzerine Düşünceler ve Alternatif Bir Çeviri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/2 (2020), 392.

<sup>73</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 61; Kırmızı, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 34; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 114; Misili, *Hava Özel*, 279 vd.

<sup>74</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 61; Canbolat, *Hava Taşıma*, 19; Burak Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 71/2-3 (2013), 3.

<sup>75</sup> Çeviri için bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 115.

<sup>76</sup> Öğretideki tanımlar için bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 63; Kırmızı, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 34 vd.; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 116; Misili, *Hava Özel*, 286.

<sup>77</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 206; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 264; Misili, *Hava Özel*, 289. Fiili taşıyıcının asıl taşıma sözleşmesine nazaran alt taşıyıcı olduğu ve alt taşıyıcının da taşıyıcının adamı olduğu yönünde bkz. Kaner, *Hava Hukuku*, 87.

<sup>78</sup> Kaner, *Hava Hukuku*, 49; Buna karşın Varşova/Lahey Konvansiyonu hükümlerine göre taşıyıcı sıfatı, taşıma sözleşmesine taraf olan kişiye aittir; yani taşımayı fiilen gerçekleştiren kişi taşıyıcı sıfatını haiz değildir. Guadalajara Konvansiyonu ile getirilen düzenleme ile taşımayı fiilen icra eden kimselerin de taşıyıcı sıfatı kabul edilmiş ve bu kişilerin de Varşova/Lahey Konvansiyonu ile getirilen koruma hükümlerinden yararlanmalarının yolu açılmıştır. Ayrıca ilgili düzenleme ile taşıma sözleşmesinin tarafı kabul edilen fiili taşıyıcıya, sorumluluk hükümleri dolayısıyla yolcunun başvurması mümkün kılınmıştır. Bkz. Kırmızı, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 34-35.

<sup>79</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 118.

sözleşmesine dayanarak akdi taşıyıcıya başvurması mümkün olduğu gibi, Konvansiyon hükümleri uyarınca fiili taşıyıcıya başvurması da mümkündür. Bu düzenlemeye göre taşıyıcıların her ikisi yolculara karşı müteselsilen sorumludur<sup>80</sup>. Ancak bu sorumluluk akdi taşıyıcının taşımanın tamamından, fiili taşıyıcının ise icra ettiği kısma göre ise taşımanın tamamından ya da bir kısmından sorumlu olduğu esasına göre değerlendirilmektedir<sup>81</sup>. Bu durumda kanımızca uluslararası taşımalar için TSHK m. 132'de düzenlenen mali sorumluluk sigortasının hem akdi taşıyıcı hem fiili taşıyıcı tarafından yaptırılması gerekmektedir. Dolayısıyla mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin sigorta ettiren tarafında akdi ve fiili taşıyıcı bulunmaktadır.

### C. Sigortalı

Sigortalı, menfaati sigorta sözleşmesi ile güvence altına alınan kişidir<sup>82</sup>. Sigorta sözleşmesinden doğan borçları sigorta ettiren yerine getirmekle yükümlüken; sigorta tazminatını talep hakkı sigortalıya aittir. Sigorta ettiren ile sigortalının aynı kişi olması mümkündür. Hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortasında da akdi/fiili taşıyıcı hem sigorta ettiren hem sigortalı sıfatlarını haizdir.

TSHK m. 132/2'de taşıyıcının yaptıracığı bu sigortanın, taşıyıcının adamlarının bu kanunda öngörülen sorumluluğunu da kapsayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla taşıyıcının yanında taşıyıcının adamları da sigortalı sıfatını kazanmaktadır. Bununla birlikte taşıyıcının adamlarından ne anlaşılması gerektiği noktasında kanunda ve uluslararası sözleşmelerde herhangi bir açıklık mevcut değildir. Montreal Konvansiyonu m. 30'da ve Varşova Konvansiyonu m.25 ve m.25A'da *servant, agent* ibareleri kullanılmış ve bu Türkçe'ye "çalışanlar, acenteler" olarak çevrilmiştir<sup>83</sup>. TTK'da yer alan düzenlemelerde ise taşıyıcının adamları ibaresi tercih edilmiştir<sup>84</sup>.

Taşıyıcının adamları ibaresi ile hem bir hizmet ilişkisi içinde taşıyıcıya bağlı yani taşıyıcının tabiiyetinde çalışanların<sup>85</sup> hem de bir işin tevdi suretiyle taşıyıcının bağımsız olarak hizmetlerinden yararlandığı kişilerin anlaşılması gerekir<sup>86</sup>. Bunlara örnek olarak, mürettebat, yer hizmetleri sunanlar, engelli

<sup>80</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 35.

<sup>81</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 35.

<sup>82</sup> Yazıoğlu-Şeker Ögüz, *Sigorta*, 90; Çeker, *Sigorta*, 63; Atamer, "Zarar Sigortaları", 47; Özdamar, *Aydınlatma Yükümlülüğü*, 71; Kara, *Sigorta*, 50; Konfidan, *Sorumluluk Sigortası*, 27.

<sup>83</sup> Bu ifadeyi yetersiz bulan Gölcüklü, tüm çalışanları kapsayacak şekilde taşıyıcının adamları ifadesinin kullanılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 48.

<sup>84</sup> Varşova Konvansiyonu'nun Fransızca orijinal metninde İngilizce'ye *acent* olarak çevrilen *préposé* kelimesi kullanılmıştır. Semantik açıdan incelendiğinde bu kelime, taşıyıcının maiyetinde bulunan kişilerin taşıyıcının adamı statüsünde olduğu sonucuna bizi götürmektedir. Başka bir ifadeyle, Sözleşmenin orijinal metninde tercih edilen bu kelime ile taşıyıcı ile aralarında hizmet sözleşmesi olan dolayısıyla taşıyıcının emir ve talimatları doğrultusunda faaliyet gösteren kişiler anlaşılmaktadır. Bu sebeple, bir görüşe göre metnin lafzından taşıyıcının bağımsız olarak hizmetinden faydalandığı kişilerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Bkz. Berin Ridonovic, *Liability of Airport Operator for Damage in International Carriage of Cargo, Representation Issue*, 2019, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395292>, (Erişim 10 Şubat 2024). Bununla birlikte bizim de katıldığımız yaygın olan görüşe göre, bu kavramdan taşıyıcının, maiyetinde olsun olmasın, taşıma sözleşmesinin ifasında kullandığı tüm kişilerin anlaşılması gerekir. Bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 206; Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 108; Canbolat, *Hava Taşıma*, 75; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 258. Buna ilişkin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Julius Young Jewellery Mfg. Co. v. Delta Airlines davasında verdiği kararda, uçuşla ilgili yer hizmetleri sağlayan bağımsız bir yüklenicinin, neden olduğu zararlardan dolayı Konvansiyon'un öngördüğü sorumluluğu sınırlandırma hakkından faydalanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, mahkeme yer hizmeti sağlayıcısının taşıyıcının adamı statüsünde olduğu görüşündedir. Kararın ayrıntılı tahlili için bkz. Mark Wilcox Roberts, *An Extension of the Warsaw Convention's Protection: Julius Young Jewellery Mfg. Co. v. Delta Airlines*, *North Carolina Journal of International Law*, 5/3 (1980), 497-506.

<sup>85</sup> Taşıyıcının maiyetinde çalışan herkesin bu kapsamda taşıyıcının adamı kabul edilmesi söz konusu değildir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da taşıyıcının adamı olup olmadığının tespiti gereken kişinin taşıma işini gören işletmede hizmetini ifa ediyor olması gerekir. Açıklamalar için bkz. Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 108; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 258-259.

<sup>86</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 109; Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 49 vd.; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 257-259; Canbolat, *Hava Taşıma*, 74-76. Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda Bosna-Hersek'e gönderilmek üzere antrepoya bırakılan eşyalar çıkan yangın sonucu zayi olmuş ve yük sahibi antrepo işletmecisine karşı zararın tazmini talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davalı antrepo işletmecisi ile taşıyıcı arasında standart yer hizmetleri sözleşmesinin olduğunu, bu sözleşmenin taşıyıcı ve davalı arasında olup yük sahibinin buna taraf olmadığını, antrepo işletmecisi sıfatıyla meydana gelen zarardan davalının sorumlu olduğunu, yükün davalının antrepoya teslim edilmesinin taşıyıcıya teslim anlamına gelmediğini, hava taşıyıcının antrepodan ayrı olup IATA sözleşmesinin sadece tarafları bağladığını, davalı ile hava taşıyıcı arasında ifa yardımcısı bağlamında bir ilişkinin olmadığını ifade etmiş ve zararın davalıdan tahsiline

yolcuları araca taşımakla görevli kişiler, özel servis araçları ile hizmet verenler, teknik bakım ve catering hizmeti verenler sayılabilir<sup>87</sup>. Dolayısıyla bir kimsenin taşıyıcının adamı olarak kabulü, onunla taşıyıcı arasında özel bir hukuki ilişkinin mevcudiyetini gerektirir. Bu sebeple, uçuş güvenliği için kolluk gücünün kullanılması gibi kamusal bir vazifenin ifası için görev alanlar taşıyıcının adamı statüsünde değildir<sup>88</sup>. Dolayısıyla taşıyıcının adamı olarak kabul edilecek kişiler de bu sigorta sözleşmesi kapsamında sigortalı sıfatını sahip olmaktadır.

#### D. Zarar gören üçüncü kişi

Sorumluluk sigortaları ile bir taraftan sigortalının malvarlığında meydana gelecek muhtemel azalmanın önüne geçilmesi amaçlanırken; diğer yandan sigortalının faaliyeti neticesinde zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararının tazmini amaçlanmaktadır. Zarar görenin menfaatini gözetken kanun koyucu, kural olarak sözleşmelerin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması olarak tanımlanan sözleşmelerin nisbiliği ilkesine TTK m.1478'te zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasına imkân vermek suretiyle bir istisna dahi getirmiştir<sup>89</sup>.

Bu sigorta sözleşmesi kapsamında zarar gören, zarardan sorumlu taşıyıcının ya da adamlarının tazminat ödemekle yükümlü olduğu kişilerdir<sup>90</sup>. Taşıyıcının, hava taşıma sözleşmesinden doğan akdi sorumluluğunun bu sigorta sözleşmesi ile teminat altına alındığı göz önüne alındığında zarara uğrayan üçüncü kişiler arasında ilk olarak bedensel zarara uğrayan yolcuların girdiğini söylemek mümkündür<sup>91</sup>. Dolayısıyla kimlerin yolcu sıfatını haiz olduğunun tespiti bu açıdan önemlidir. Yolcu ne TSHK'da ne de uluslararası sözleşmelerde tanımlanmıştır. Bununla birlikte TSHK m.132'ye dayanılarak çıkarılan MSSHY m.4/1-1'da yolcu, *yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında seyahat etmek amacıyla uçuş ve kabin*

---

karar vermiştir. Bu karşın, Yargıtay, taşıyıcı tarafından taşıma işiyle görevlendirilen kişinin antreposunda çıkan yangından sorumluluğunun Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin XIV. maddesi ile eklenen 25 A/1 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, buna göre davalı ile taşıyıcı arasında yer hizmetleri sözleşmesinin olduğu ve Varşova/Lahey Sözleşmesi'nin mezkur hükmüne göre davalının taşıyıcının adamı olduğu ve meydana gelen zararın bu Sözleşme kapsamında değerlendirilmesinin gerekliliği gözetilmeden karar tesisinin doğru olmadığı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2014/310 (8 Ağustos 2014) Yargıtay Kararları, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30/1 (2014), 222-223.

<sup>87</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 206; Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 50-51;

<sup>88</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 110; Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 51; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 259.

<sup>89</sup> Hükmün gerekçesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Söz konusu madde ile zarar gören üçüncü kişinin doğrudan doğruya sigortacıya talep karşı talep ve dava hakkı düzenlenmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1310 uncu maddesinde sadece yangın dolayısıyla sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak doğrudan doğruya dava hakkı düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu Kanun dışında da, özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında, doğrudan doğruya talep ve dava hakkı kanunlarla (Karayolları Trafik Kanununda ve Borçlar Kanununda olduğu gibi) ya da genel şartlarla kabul edilmiştir. Sorumluluk sigortalarında asıl amaç her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak mal varlığında meydana gelen azalmanın telafisi de, bunun yan sonucu zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesini ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması da zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat getirilen düzenleme hiçbir şekilde sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. Zira, halen menfaati sigorta edilen bizzat sigortalının kendisidir."

<sup>90</sup> Sorumluluk sigortasıyla her ne kadar üçüncü kişinin zararı karşılanırsa da yukarıda bahsettiğimiz üzere bu sigorta ile sigorta ettirenin sorumluluğu nedeniyle malvarlığında meydana gelecek azalmanın önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk sigorta sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde değildir. Bkz. Konfidan, *Sorumluluk Sigortası*, 33; Kara, *Sigorta*, 314. Bu sebeple zarar gören ve haliyle bu sigortadan faydalanan üçüncü kişinin -taşıyıcının sorumluluğu açısından yolcunun- sigortalı sıfatı söz konusu değildir. Zarar görenin sigorta sözleşmesi açısından lehtar ya da sigortaları sıfatına sahip olmadığına ilişkin olarak bkz. Kender, *Sigorta*, 241, 259; Ayhan vd., *Sigorta*, 289; Öğretide Bozkurt Bozabalı, zarar gören yolcunun sigortalı sıfatını haiz olduğunu belirtmiştir; lakin buna ilişkin bir gerekçe metinde mevcut değildir. Bkz. Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 143.

<sup>91</sup> Güneş Karol Işıklar, *2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşımalarında Zorunlu Sorumluluk Sigortası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 159. 21 Nisan 2004 tarihli ve 785/2004 sayılı Hava Taşıyıcıları ve Hava İşleticileri için Sigorta Koşulları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nün tanımlar başlıklı 3.maddesinde yolcu, uçuş ekibinin ve kabin ekibinin görevli üyeleri hariç olmak üzere, hava taşıyıcısının veya hava aracı işletmecisinin rızasıyla uçuşta bulunan kişi olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla hava taşıyıcısının rızası dışında yani kaçak olarak hava aracında bulunan kişinin yolcu sıfatından bahsedilemeyecektir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004R0785> (Erişim 10 Şubat 2024).



ekibinden farklı olarak hava aracından bulunan kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>. Buna göre yolcu sıfatının kazanılması, taşıma sözleşmesinin tarafı olmayı gerektirmektedir<sup>93</sup>. Dolayısıyla bir taşıma sözleşmesine istinaden hava aracında bulunmayan, yani hava aracına kaçak olarak binen kişinin yolcu sıfatından bahsedilmeyecektir<sup>94</sup>. Dolayısıyla taşıyıcı ile akdi bir ilişkisi olmayan bu kişilerin sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlere başvuru olanağı da bulunmamaktadır.

Yolcunun uğradığı kaza neticesinde yolcudan başka kişilerin de zarar gören olarak karşımıza çıkması mümkündür. TBK m. 53 uyarınca bu kişiler tespit edilebilir. Buna göre, yolcunun ölümü halinde, yolcunun mirasçıları ya da destekten yoksun kalanlar<sup>95</sup> zarar gören üçüncü kişi olarak sigortacıya başvurabilir<sup>96</sup>.

#### IV. Sigorta Konusu Olan Sorumluluk

##### A. Genel olarak

Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamının düzgün bir şekilde tespiti için hava taşıma sözleşmesi bakımından taşıyıcının sorumluluğunun sınırlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Taşıyıcının sorumluluğuna yol açan durumlar ulusal ve uluslararası mevzuatta benzer şekilde düzenlemiştir. TSHK m. 120'de yer alan düzenlemeye göre taşıyıcı, yolcunun ölmesi yaralanması ya da herhangi bir cismani zarara uğraması halinde sorumlu olacaktır. Aynı şekilde Varşova Konvansiyonu m. 17, taşıyıcının *bir yolcunun ölümü veya yaralanması ya da herhangi bir bedeni zarara uğraması* halinde meydana gelecek zararlardan sorumluluğunu düzenlemiştir. Montreal Konvansiyonu m. 17'de benzer şekilde taşıyıcının, *bir yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda meydana gelen zarardan* sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Taşıyıcı zarara sebebiyet veren kazanın yolcunun hava aracında olduğu sürede ya da iniş veya biniş esnasında meydana gelmesi şartıyla sorumlu olacaktır (TSHK m. 120). Bu durum Varşova Konvansiyonu'nda "...zararın doğmasına sebep olan kaza, uçakta veya uçağa binme ya da uçaktan inme faaliyetlerinden biri sırasında meydana gelmiş olmalıdır", Montreal Konvansiyonu'nda ise "kazanın hava aracının içinde ya da herhangi bir yükleme veya boşaltma faaliyeti sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu hükümlerden yola çıkarak taşıyıcın sorumluluğu için bir kazanın meydana gelmesi, bunun uçak içinde ya da uçağa iniş biniş sırasında meydana gelmesi ve bu kazanın bir zarara sebebiyet vermiş olması ve kaza ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

Taşıyıcının, taşıma sözleşmesinin ihlalden kaynaklanan sorumluluğu akdi sorumluluk olarak nitelendirilir<sup>97</sup>. Bu sorumluluğun objektif mi sübjektif mi sorumluluk olduğu noktasında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Taşıyıcıyı lehine öngörülen sorumluluktan kurtuluş beyinelerinin bu

<sup>92</sup> Öğretideki tanımlar için bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 48; Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 25; Misili, *Hava Özel*, 189 vd. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 34 vd.

<sup>93</sup> Taşıma sözleşmesi haricindeki bir akdi ilişkiye istinaden hava aracında bulunan kişilerin de bu sebeple yolcu sıfatı bulunmamaktadır. Örneğin hizmet sözleşmesi uyarınca hava aracından bulunan kabin ekibi yolcu statüsünde değildir. Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 26.

<sup>94</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 25; Misili, *Hava Özel*, 191.

<sup>95</sup> Zarar gören kişi Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.2 maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "Olay sonucu, tazminat talebinde bulunmayı gerektiren zarara uğrayan yolcu ya da deniz aracında seyahat etmeyen ancak kaza nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişileri ya da ölenin desteğinden yoksun kalanları, ifade eder." Bununla birlikte hava taşımaları için hava aracında bulunmayan ama kaza nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin TSHK m.132 hükmüne göre taşıyıcının yaptırdığı sorumluluk sigortasına dayanarak sigortacıya başvurma hakkı yoktur. Zira bu sigorta ile taşıyıcının akdi sorumluluğu nedeniyle doğacak zararlardan dolayı tazminat talepleri teminat altına alınmaktadır. Akit dışı sorumluluk için işletenlerin TSHK m. 138 uyarınca ayrıca mali sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmektedir.

<sup>96</sup> Işıklar, *Atina Sözleşmesi*, 159.

<sup>97</sup> Bülent Sözer, "Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerin Göre Taşıyan ve İşletenin Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 12/4 (1984), 3 (Sorumluluk); Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 210; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 105; Canbolat, *Hava Taşıma*, 47.

görüşlerin dayanağını oluşturduğu görülmektedir. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması da TSHK m. 123'e göre kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli tüm tedbirleri aldıklarını ya da bu tedbirlerin alınmasına olanak bulunmadığını ispatlaması durumunda mümkün olacaktır. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulduğu durumlar Varşova Konvansiyonu m.20/1'de de benzer şekilde düzenlenmiştir<sup>98</sup>. Öğretide bir görüş, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için objektif olgulara dayanan iki kurtuluş beyyinesine sahip olduğunu ve bu beyyinelerin hiçbirinde taşıyıcının kusursuzluğunu ispatlamasının aranmadığını dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğunun objektif sorumluluk niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür<sup>99</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise taşıyıcının sorumluluğu subjektif kusur sorumluluğudur<sup>100</sup>. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması, basiretli bir tacirden beklenene ölçüde tüm tedbirleri aldığını ya da gerekli tedbirlerin alınmasının imkânsız olduğunu ispatlaması durumunda mümkün olacaktır. Taşıyıcının ispatlaması gereken bu hususlar somut, subjektif ve maddi niteliktedir<sup>101</sup>. Taşıyıcının zararın meydana gelmemesi için gereken önlemleri almaması özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecek ve dolayısıyla sözleşmede yükümlendiği edimi gereği gibi ifa etmediği için kusurlu kabul edilecektir<sup>102</sup>. Buna karşın, gerekli tüm tedbirleri aldığını ispat ettiğinde özen yükümlülüğünü ihlal etmediği konusunda kusursuzluğunu da ispat etmiş olacaktır. Dolayısıyla taşıyıcının sorumluluğunun ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu olduğu kanaatindeyiz. Taşıyıcının kanunda öngörülen kurtuluş beyyinelerinden yararlanarak sorumluluktan kurtulması durumunda sigortacının da sorumluluğun sona erecektir<sup>103</sup>.

## B. Sorumluluğun şartları

### 1. Kaza

Yolcu taşıma sözleşmesi ile taşıyıcı, yolcu A noktasından B noktasına sağ salim götürme borcu altına girmektedir. Taşıyıcının bu borcu, yolcunun hava aracına biniş işlemleri ile başlayıp iniş işlemleri tamamlanana kadar devam etmektedir<sup>104</sup>. Dolayısıyla bu süre içinde bir kazanın meydana gelmesi taşıyıcının akdi sorumluluğunu doğurur.

TSHK ve diğer uluslararası sözleşmeler "kaza" tabirini kullanmış fakat buna ilişkin bir tanım getirmemiştir. Bu kaza tabiri yolcunun uğradığı kişisel zararlara ilişkin olarak kullanılmıştır. Buna karşın bagaja ya da yüke ilişkin sorumluluğu düzenleyen TSHK m. 121, Varşova Konvansiyonu m. 18 ve Montreal Konvansiyonu m. 18 hükümlerinde "olay" tabiri tercih edilmiştir. Düzenlemelerdeki bu ikilik kaza kavramının olay kavramından farklı yorumlanmasına sebep olmuştur. Öğretideki baskın görüşe göre, "kaza" kavramı "olay" kavramından daha dar yorumlanmalıdır<sup>105</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi de "kaza" ibaresini alışılmadık, beklenmedik, kasıtsız olaylara karşılık geldiğini ve "kaza" tabirinin "olay" tabirinden daha dar bir anlama sahip olduğunu belirtmiştir<sup>106</sup>. Buna göre kaza, ani, beklenmedik ve

<sup>98</sup> Montreal Konvansiyonu'na göre sorumluluktan kurtulduğu haller için bkz. Başlık IV, D.

<sup>99</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 157; İnci Deniz, "Varşova Konvansiyonu'nda Taşıyıcının Sorumluluğu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 50/1-2 (1984), 470 vd. (Varşova).

<sup>100</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 212; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 267; Sözer, "Sorumluluk", 22 vd.; Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 140.

<sup>101</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 211; Canbolat, *Hava Taşıma*, 50.

<sup>102</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 212; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 267; Sözer, "Sorumluluk", 22 vd.

<sup>103</sup> Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 141.

<sup>104</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 161; Canbolat, *Hava Taşıma*, 52.

<sup>105</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 161; İnci Deniz, Yolculara Gelen Zararlardan Dolayı Varşova Konvansiyonu'nda Hava Taşıyıcısının Sorumluluğunun Şartları (1971 T. Guatemala değişikliğiyle birlikte), *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13/16 (1996), 93 (Yolcu). Olena Bokareva, "The Meaning of "Accident" under the Montreal Convention in Light of CJEU", *Regulation of Risk, Transport, Trade and Environment in Perspective* (Boston: Brill Nijhoff, 2022), 167.

<sup>106</sup> Bahsi geçen karar için bkz. <https://www.refworld.org/cases,USSCT,4152e0ffc.html> (Erişim 15 Eylül 2023). Karar ile ilgili açıklamalar için bkz. Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 131; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 217. Varşova ve Montreal Konvansiyonu'na ilişkin kararlarda kendisine sıkça atfı yapılan 1904 yılında Fenton v. Thorley Co. davasında kaza şu şekilde tanımlanmıştır: " 'Kaza' kelimesi, anlamı açıkça tanımlanmış teknik bir hukuki terim değildir. Genel olarak, ancak yasal yükümlülüklerle atıfta bulunarak konuşursak, kaza, zarar veya kayıp meydana getiren herhangi bir istenmeyen ve beklenmedik olay anlamına gelir. Ancak, genellikle sebebi dışında herhangi bir istenmeyen ve beklenmeyen kayıp veya zararı ifade etmek için

dışarıdan kaynaklanan bir olay şeklinde tanımlanmaktadır<sup>107</sup>. Uçağın basınç ayarlama sisteminin bozulması, türbülans nedeniyle ayakta olan yolcunun kafasını kabine vurması, kötü hava şartları, hatta uçak kaçırma, terörizm vb. sonucu meydana gelen zararlar gibi havacılığın yapısından kaynaklanan riskler, kaza kavramı içinde değerlendirilmektedir<sup>108</sup>.

Kazanın dışarıdan kaynaklanmasından kasıt yolcunun kendisinden kaynaklı olmaması anlamına gelir. Air France v. Saks<sup>109</sup> örneğinde, davaya konu olan olayda uçağın içindeki basınç nedeniyle yolcunun sol kulağında kalıcı işitme kaybı meydana gelmiştir. Yolcu işitme kaybının uçağın basınç sisteminin bakım ve işletiminin ihmalinden kaynaklandığını iddia etmiştir. Mahkeme ise taşıyıcının Montreal Konvansiyonu m. 17 kapsamında sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yolcunun yaralanmasının yolcunun dışında meydana gelen beklenmedik ve olağandışı bir olaydan kaynaklanması gerektiğini buna karşılık bu yaralanmanın yolcunun kendi iç tepkisinden kaynaklandığını ve dolayısıyla ilgili madde kapsamında taşıyıcının sorumluluğunun söz konusu olmadığını belirtmiştir<sup>110</sup>.

Taşıyıcının sorumluluğunun söz konusu olması için meydana gelen kazanın uçakta ya da uçağa binme veya uçaktan inme faaliyetleri esnasında meydana gelmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu zaman aralıklarının tespiti önemlidir. Yolcunun uçakta olduğu süre, taşıyıcının sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifası için yolcunun hava aracına alınmasından varış yerinde uçağı terk etmesine kadar geçen süreye karşılık gelmektedir<sup>111</sup>. Sözer'in de ifade ettiği üzere burada önemli olan kazanın uçakta meydana gelmesi değil -kaza uçağın içinde ya da dışında meydana gelsin- o sırada yolcunun uçakta

---

*kullanılır ve sebebi bilinmiyorsa, kayıp veya zararın kendisi kesinlikle bir kaza olarak adlandırılacaktır. 'Kaza' kelimesi sıklıkla hem sebebi hem de sonucu ifade etmek için kullanılır, aralarında ayırım yapılmaya çalışılmaz.*" Açıklamalar için bkz. Bokareva, *Accident*, 160.

<sup>107</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 162; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 216; Attila Sipoz, "The Liability of the Air Carrier for Damages and the State of Health of Air Passenger", *Hungarian Journal of Legal Studies*, 61/1 (2020), 94. Öğretide Deniz, kazanın taşıyıcının ve adamlarının fiilinden bağımsız bir olayın anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte yazar, taşıyıcının ve adamlarının ihmalinden kaynaklanan olayların kaza olarak nitelendirilmeyeceği gerekçesiyle bundan doğan zararın Konvansiyon'un 17.maddesi kapsamına girmeyeceği sonucunun doğmayacağını ifade etmiştir. Çünkü kaza, olaya göre beklenmedik, olağan üstü olmak gibi daha ağır bir niteliğe sahiptir ve Konvansiyon'un 17.maddesi bu şekilde karakterize edilen kazadan taşıyıcıyı sorumlu tuttuğuna göre, ondan daha basit bir özellik arz eden taşıyıcının ve adamlarının ihmalinden kaynaklanan bir olaydan evleylelikle sorumlu tutacaktır. Öyle ki bu durumda taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacağı gibi sorumluluğu sınırlandırma hakkından da bahsedilmeyecektir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Deniz, "Yolcu", 96 vd.

<sup>108</sup> Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, hava aracının kaçırılması ile hava aracına yapılacak sabotajların her ne kadar Varşova Konvansiyonu kapsamında kaza olarak kabul edilirse de bu durumlarda taşıyıcının sorumluluğunun söz konusu olmayacağını şu şekilde ifade etmiştir: " ...hava aracının kaçırılması ile hava aracına yapılacak sabotajlar, Varşova Konvansiyonu'nun 17.maddesi anlamında kaza olarak kabul edilmekte ise de, güvenlik tedbirlerinin, devletin emniyet birimlerince alındığı ve taşıyıcının yapabileceği başka bir şey olmadığı hususunun, taşıyıcı tarafından ispatlandığı hallerde sorumluluğun söz konusu olmayacağını tabii bulunmasına ve gerek 14.7.1979 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7/17694 sayılı ve gerekse 14.8.1997 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 97/9707 sayılı yönetmelik hükümlerine göre, tedbir alma görevinin davalı taşıyıcıya ait olmamasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi..." Bkz. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, K. 2000/9075 (20 Kasım 2000), www.lexpera.com.tr (Erişim 11 Şubat 2024).

<sup>109</sup> Açıklamalar için bkz. Bokareva, *Accident*, 165.

<sup>110</sup> Bokareva, *Accident*, 165. Benzer bir karar da Barclay v. British Airway Plc davasında verilmiştir. Yolcu koltuğuna doğru yürürken uçağın zeminine gömülü plastik bir şerit üzerine basıp kaymış ve sağ dizini yaralamıştır. Kaymanın nedenine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Temyiz Mahkemesi temyiz başvurusunu reddetmiş ve Madde 17(1)'de yer alan "kaza" teriminin, uçağın olağan, normal ve beklenen işleyişinin bir parçası olmayan, yolcu tarafından yapılan veya ihmal edilen herhangi bir şeyden bağımsız olarak meydana gelen farklı bir olayı ifade ettiğine karar vermiştir. Sebep olan olayın yolcunun "dışında" olması gerekmektedir. Mahkeme, davacı için harici olarak değerlendirilebilecek bir kaza olmadığına karar vermiştir. Bu, yolcunun uçağın normal işleyişine karşı özel, kişisel veya kendine özgü tepkisinin bir örneği olarak kabul edilmiştir. Bkz. Bokareva, *Accident*, 168. Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda ise yolcu uçağın havalanmasından kısa bir süre sonra rahatsızlanmış; saatler sonra iniş yapan uçaktan hastaneye sevk edilmesine rağmen uçuş sırasında geçirdiği mide kanamasına erken müdahale edilememesi sebebiyle birkaç gün içinde hayatına kaybetmiştir. Yolcunun mirasçılarının destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemli açtığı davada ilk derece mahkemesi *uçuşta görevli kokpit ve kabin ekibinin görevlerini uçuş ve havayolu prosedürlerine uygun olarak yaptıkları, hastanın uçaktan bilinci açık ve genel durumunun "orta" seviyede olarak ambulansa teslim edildiği ve uçuştan sonraki tedavinin devamı sırasında hayatını kaybetmesinden uçuş, uçuş ekibi ve davalı taşıma şirketine sorumluluk yüklenemeyeceği gerekçesiyle* davanın reddine karar vermiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2020/3560 (22 Eylül 2024), www.lexpera.com.tr (Erişim 3 Şubat 2024).

<sup>111</sup> Sözer, "Sorumluluk", 36; Deniz, "Yolcu", 99; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 149; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 220.

bulunmasıdır<sup>112</sup>. Uçakta olma durumu açıkça anlaşılabilir bir kavram olarak görünse de Amerikan Bölge Mahkemesi'nce görülen *Husserl v. Swissair* davasında uçağın kaçırıldığı ve Ürdün çölüne inmeye zorlandığı, yolcuların uçaktan otele götürüldüğü bir durumu kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>113</sup>. Dolayısıyla yolcunun "hava aracında bulunuyor olduğu zaman" her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Uçağa biniş ve iniş işlemleri sırasında meydana gelen kazadan da taşıyıcı sorumludur. Uçağa biniş işleminden sadece yolcunun uçağın içine girmesi ya da iniş işleminden sadece yolcunun uçağı terk etmesi anlaşılmaz<sup>114</sup>. Yolcunun uçağa binme ve uçaktan inme faaliyetlerinin terminal dâhil uçak dışındaki alanları da kapsadığı yönünde yargı kararları mevcuttur. Konuya dair öncü kararlardan biri ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir<sup>115</sup>: Mahkeme bir yolcunun uçağa binmeden önce, biletini kontrol masasında havayolu şirketine ibraz etmesi, havayolu şirketinden biniş kartını, bagaj fişini ve atanmış koltuk numarasını alması, yetkililer tarafından uygulanan pasaport kontrolünden geçmesi, polis tarafından üstünün aranması ve el bagajlarının kontrol edilmesi, havayolu şirketinin otobüsüne yürümesi, otobüse binmesi, otobüsten inip uçağa yürümesi aşamalarından geçmesi gerekmektedir. Mahkeme bu faaliyetlerden hangisinin biniş işlemleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin yolcunun taşıyıcının kontrolü altında olup olmadığının, kazanın meydana geldiği yerin ve faaliyetin incelenmesi neticesinde karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Tripartite test* (üçayaklı test) olarak adlandırılan bu sistemin birçok Amerikan mahkemesi kararında benimsendiği görülmektedir<sup>116</sup>. Yolcu, check-in noktasında, uçağın kapısında ya da bagaj kontrolünde taşıyıcının kontrolindedir; buna karşın yürüyen merdivenlerde, tuvaletlerde, restoranlarda, duty free mağazalarında, pasaport kontrolünde<sup>117</sup>, pasaport kontrolü ile biniş kapısı arasındaki diğer taşıyıcıların ve yolcuların ortak alanında<sup>118</sup> taşıyıcının bir kontrolü bulunmamaktadır. Dolayısıyla yolcunun taşıyıcının kontrolünde olmadığı alanlarda meydana gelen kazadan dolayı bir zarara uğraması taşıyıcının sorumluluğunu doğurmayacaktır.

Yolcunun iniş işlemlerini gerçekleştirirken uğradığı zarardan da taşıyıcı sorumludur<sup>119</sup>. Dolayısıyla iniş işlemlerinin ne zaman sona erdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. *Catherina E. Mcdonald v. Air Canada*

<sup>112</sup> Bülent Sözer, Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyanın Sorumluluğu, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 9/3 (1978), 778 (Yolcu). Aynı yönde bkz. Ülgen, *Hava Taşıma*, 164; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 220.

<sup>113</sup> Christoffer Thalin, *The Air Carrier's Liability for Passenger Damages* (İsveç: Lund Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2002) 23; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 220; Bozkurt Bozabalı, *Sorumluluk*, 149.

<sup>114</sup> Deniz, "Yolcu", 101; Sözer, "Yolcu", 784. Yargıtay bir kararında biniş işlemlerinin ne zaman başladığını iniş işlemlerinin ise ne zaman tamamlandığını şu şekilde ifade etmiştir: "Yolcunun hava limanındaki binadan uçağa binmek üzere ayrılması anında biniş süreci başlar; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiğinin kabulüne elverişli bir şekilde, yolcunun tamamen kendi serbest iradesi ile hareket edebileceği bir noktaya ulaşması ile iniş işlemleri tamamlanır." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/2613 (26 Şubat 2015), www.lexpera.com.tr (Erişim 13 Şubat 2024).

<sup>115</sup> Day v. Trans World Airlines davasına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eman Naboush, "Air Carrier's Liability for the Safety of Passengers during Covid-19 Pandemic", *Journal of Air Transport Management*, 89 (2020), 3; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 221; Sözer, "Yolcu", 780.

<sup>116</sup> *Evangelinos v. Trans World Airlines, Inc.*, 550 F.2d 152 (3d Cir. 1977), bkz. <https://casetext.com/case/evangelinos-v-trans-world-airlines-inc>; *Abu Hamdeh v. American Airlines, Inc.*, 862 F. Supp. 243 (E.D. Mo. 1994), bkz. <https://casetext.com/case/abu-hamdeh-v-american-airlines-inc>. Bu kriterlere ek olarak mahkemenin, yolcunun davalı havayolu şirketinin uçuşuna fiilen binmesinin yakınlığını da dikkate aldığı görülmektedir. İlgili mahkeme kararı için bkz. *Buonocore v. Trans World Airlines, Inc.*, 900 F.2d 8 (2d Cir. 1990), <https://casetext.com/case/buonocore-v-trans-world-airlines-inc> (Erişim 11 Şubat 2024).

<sup>117</sup> Örneğin, pasaport kontrolü biniş işlemlerinden biri olarak kabul edilmez. Çünkü bu işlem doğrudan taşıma sözleşmesinin ifası ile ilgili değildir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Deniz, "Yolcu", 105.

<sup>118</sup> Yürüyen merdivenlerden düşüp yaralanan yolcunun, taşıyıcıya karşı açtığı davada mahkeme, davacının ortak kullanım alanında bir zarara uğradığını ve bu yerin taşıyıcının gözetimi altında bulunmadığını ifade etmiş ve diğer kriterleri de değerlendirdikten sonra davanın reddine karar vermiştir. Bkz. *Abu Hamdeh v. American Airlines, Inc.*, 862 F. Supp. 243 (E.D. Mo. 1994), <https://casetext.com/case/abu-hamdeh-v-american-airlines-inc> (Erişim 11 Şubat 2024).

<sup>119</sup> Bir olayda, yolcu uçaktan inerken ayağının merdivene takılıp düşmesi sonucu kalçasında meydana gelen kırıklar sebebiyle geçirdiği operasyonlardan ve iş görememesinden dolayı maddi ve manevi tazminat talebiyle taşıyıcı karşı dava açmış ve ilk derece mahkemesi davanın kısmen kabulüne hükmetmiştir. Davalı tarafından kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay şu gerekçe ile davalının temyiz itirazının reddine karar vermiştir: "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davalı taşıyıcının taşıma hukuku kuralları gereğince yolcusunu götürülmesi gereken yere sağ ve salim olarak ulaştırmakla yükümlü olup, yolculuk

davasında, yolcunun tedarik edilen her türlü mekanik aracı kullanarak uçaktan indiği ve terminal içinde güvenli bir noktaya ulaştığı zaman, bina içindeyken taşıyıcının yolcusu statüsünde olsa bile iniş işlemlerinin sona ereceği belirtilmiştir<sup>120</sup>. Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, pasaport kontrolünden geçen yolcu bagajını teslim almış ve sonrasında gümrük kontrolüne giderken yaralanmıştır. Mahkeme ise bagajın teslim alınmasıyla iniş işlemlerinin sona erdiğine karar vermiştir<sup>121</sup>. Öğretide de bagaj teslim faaliyetinin iniş işleminin son aşamasını teşkil ettiği, anılan faaliyetten sonra taşıyıcının taşıma sözleşmesiyle ilgili olarak yerine getirmesi gereken başka mükellefiyetinin kalmadığı yani sözleşmenin gerektiği gibi ifasının gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>122</sup>.

## 2. Zarar

### a. Zararın görünüm biçimleri

Uçakta, uçağa binış ve uçaktan iniş faaliyetleri sırasında meydana gelen kazadan taşıyıcının sorumlu tutulabilmesi için yolcunun bir zarara uğramış olması gerekir. TSHK m. 120'de *yolcunun ölümü veya herhangi bir cismani zarara uğraması*, Varşova Konvansiyonu m. 17'de *yolcunun ölümü veya yaralanması veya herhangi bir bedeni zarara uğraması* ve Montreal Konvansiyonu m. 17'de *yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması* zararın görünüm biçimleri olarak düzenlenmiştir.

Yolcunun meydana gelen kaza neticesinde ölmesi, taşıyıcının yolcuyla sağ salim varış yerine ulaştırma borcuna aykırılık teşkil etmekte<sup>123</sup>; dolayısıyla yolcunun ölümü halinde taşıyıcının sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, taşıyıcının sorumluluğu için meydana gelen kaza ile ölüm arasında uygun illiyet bağının olması gerekir<sup>124</sup>. Aksi takdirde yani illiyet bağının kesilmesi durumunda kaza ile zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisi ortadan kalkacağı için taşıyıcının sorumluluğundan bahsedilmeyecektir. Yolcunun ölümü nedeniyle meydana gelen zararların neler olduğunun tespiti davaya bakan mahkemenin hukukuna göre belirlenecektir. Buna göre Türk hukukunun uygulanacağı davalarda TSHK m. 106'da yapılan atıf dolayısıyla TTK m.914 ile TBK m. 53 hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>125</sup>. Bu kapsamda, cenaze ve defin giderleri; yolcunun ölümünün hemen gerçekleşmemesi durumunda tedavi giderleri ve çalışma gücünün kaybından ya da azalmasından dolayı meydana gelen kayıplar; ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradığı zararlar<sup>126</sup> tazminatın kapsamına dahil olan zararlardır<sup>127</sup>.

TSHK'da yolcunun *cismani zarara* uğraması da taşıyıcının sorumluluğunu doğuran hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Varşova Konvansiyonu'nda *bodily injury* olarak geçen tabir Türkçe'ye bedensel zarar olarak çevrilmiş ve bedensel zarar Amerikan mahkemeleri kararlarında sadece somut ve maddi zarar şeklinde değerlendirilmiş ve manevi zararları kapsam dışında bırakmıştır<sup>128</sup>. TSHK'da kanun koyucunun tercih ettiği cismani zarar kavramı, öğretide, bedensel zararların yanında, manevi zararların

---

*sırasında meydana gelen zararlardan kusursuzluğunu ispat etmediği sürece sorumlu olduğuna, somut olayda taşıyıcının kusursuzluğunu ispat edemediğinin anlaşılmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.*" Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/11962 (12 Kasım 2015), www.lexpera.com.tr (Erişim 13 Şubat 2024).

<sup>120</sup> Naboush, "Safety of Passengers", 4.

<sup>121</sup> Smith v. Air Canada davasıyla ilgili açıklamalar için bkz. Deniz, "Yolcu", 110-111.

<sup>122</sup> Deniz, "Yolcu", 111; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 225.

<sup>123</sup> "...davalı taşıyıcının taşıma hukuku kuralları gereğince yolcusunu götürülmesi gereken yere sağ ve salim olarak ulaştırmakla yükümlü olup, yolculuk sırasında meydana gelen zararlardan kusursuzluğunu ispat etmediği sürece sorumlu olduğuna, somut olayda taşıyıcının kusursuzluğunu ispat edemediğinin anlaşılmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir." Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/11962 (12 Kasım 2015), www.lexpera.com.tr (Erişim 13 Şubat 2024).

<sup>124</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 231; Canbolat, *Hava Taşıma*, 58.

<sup>125</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 168; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 231; Canbolat, *Hava Taşıma*, 56.

<sup>126</sup> Uçak kazasında ölen yolcunun eşi lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilen Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2008/11944 (25 Ekim 2008), www.lexpera.com.tr (Erişim 13 Şubat 2024).

<sup>127</sup> Deniz, "Yolcu", 113.

<sup>128</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 226.

da bu kapsamda tazminata konu olup olmayacağı noktasında çok tartışılmıştır<sup>129</sup>. 1999 tarihli Montreal Konvansiyonun iç hukukumuzda yürürlüğe girmesi üzerine, Montreal Konvansiyonu m.29’da bu durum akit devletler açısından netlik kazanmıştır. Bu hükme göre, manevi tazminat ne maddi tazminatla birlikte ne de münferit olarak talep edilebilecektir<sup>130</sup>. Buna karşın yurtiçi taşımalar açısından bu konu tartışmalıdır ve TSHK’da manevi tazminata hükmedilmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, hâkim cismani zarar kavramının, kişinin duyduğu elemi, manevi ıstırapı da içerdiğini kabul edecek olursa manevi tazminata karar verebilecektir. Bununla birlikte, hâkim, TSHK’da bu konuda açık bir hüküm olmaması nedeniyle, ikinci sırada uygulanması gereken uluslararası anlaşmaya, yani son olarak hukukumuzda yürürlüğe giren Montreal Konvansiyonunu uygulayacak olursa bu durumda manevi tazminat yolu yine kapanmış olacaktır<sup>131</sup>. Öğretide katıldığımız bir görüşe göre, TSHK kapsamında ölüm ve cismani zarar gibi kavramlar ve bundan doğan zararların TBK hükümlerine göre belirlenecek, dolayısıyla TBK m. 56 hükmüne göre manevi tazminat her halükârda istenebilecektir<sup>132</sup>. Bununla birlikte vücut bütünlüğünün ihlali sebebiyle ortaya çıkan manevi zararlar, TBK m. 56’ya göre manevi tazminatın konusunu oluşturabilir<sup>133</sup>. Öğretide cismani zarar kavramının geniş yorumlanması, vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olmaksızın ortaya çıkan zararların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>134</sup>.

## b. Sigorta teminatı kapsamındaki zararlar

MSSHY m. 2’de Yönetmelik’in kapsamı şu şekilde açıklanmıştır: *“Bu Yönetmelik, taşıyıcının; yolcunun ölümü veya herhangi bir bedensel zarara uğramasına neden olan ve hava aracında veya binış yahut iniş esnasında meydana gelen kaza ile bagaj, yük veya postanın taşıma esnasında, hava aracında, havaalanında veya havaalanı dışına inilmesi halinde, taşıyıcının muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süre içinde kaybı veya zarara uğramasından ve yolcu, bagaj, yük ve posta taşımada yaşanan gecikme dolayısıyla karşı karşıya bulunduğu hukuki sorumluluğa karşı yaptırılacak sigortayı kapsar.”* Yolcunun ölümünden ve yaralanmasından doğan zararların sigorta teminatı kapsamında olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla bir önceki başlıkta değindiğimiz destekten yoksun kalanların uğradığı zarar, tedavi giderleri, işgücü kaybindan dolayı meydana gelen zararlar sigorta teminatının kapsamındadır. Buna karşın, mezkûr maddede görüldüğü üzere, TSHK’dan farklı olarak cismani zarar kavramı yerine bedensel zarar kavramı tercih edilmiştir. Dolayısıyla kanımızca öğretide cismani zararın kapsamına manevi zararların girip girmediği noktasındaki tartışmanın sigorta açısından bir anlamı kalmamıştır. Yönetmelikte açıkça bedensel zarar ifadesi yer aldığı için, tıpkı karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortasında olduğu gibi hava taşımalarına ilişkin mali sorumluluk sigortasının kapsamına da manevi tazminat taleplerinin girmesi söz konusu olmayacaktır<sup>135</sup>. Diğer bir ifadeyle, TSHK kapsamında taşıyıcı manevi zararlardan sorumlu olsa dahi bu zararların zorunlu mali sorumluluk sigortası ile himayesi söz konusu değildir. Dolayısıyla taşıyıcının bu zararlar için ayrıca isteğe bağlı sorumluluk sigortası yaptırmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

## C. Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulması

Kural olarak sigortalı taşıyıcının sorumluluğunun ortadan kalktığı durumlarda, sigortacının da meydana gelen zarardan dolayı tazminat ödemesi söz konusu değildir. Zira, sorumluluk sigortalarında

<sup>129</sup> Kaner, manevi zarar olarak adlandırılan ruhsal alemdeki kötüleşmeyi vücut tamlığının bozulması olarak belirtmiş ve bunun cismani zarar olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Kaner, *Hava Hukuku*, 67. Buna karşın, Sözer, cismani zarar deyiminin manevi zararı da içerdiği kanısındadır. Bkz. Sözer, “Sorumluluk”, 28-30.

<sup>130</sup> Bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 233; Sözer, “Sempozyum”, 95.

<sup>131</sup> Açıklamalar için bkz. Sözer, “Sempozyum”, 96.

<sup>132</sup> Bozkurt Bozabalı, “Sigorta”, 132-133. Yargıtay’ın hava aracı kazası neticesinde ölen yolcunun mirasçıları için manevi tazminata hükmettiği kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1984/5886 (28 Kasım 1984), www.lexpera.com.tr (Erişim 2 Şubat 2024).

<sup>133</sup> Deniz, “Yolcu”, 115.

<sup>134</sup> Deniz, “Yolcu”, 116.

<sup>135</sup> Aksi görüş için bkz. Bozkurt Bozabalı, “Sigorta”, 144.

sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü için sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesi yani sigortalının sorumluluğunun doğması gerekir. Sigortalı taşıyıcının, zarar görene karşı sorumluluk unsurlarındaki eksiklik ya da sahip olduğu savunma sigortacının da sahip olduğu bir savunma niteliğinde kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Öyle ki, TTK m.1476'da dolaylı olarak sigortacıya, sigortalıya yöneltilecek tazminat taleplerine karşı savunma yükümlülüğü getirilmiştir. Sigortacının savunmaya katılmasında menfaati söz konusu olup, açılmış olan davanın reddini sağlaması durumunda tazminatını ödemekten de kurtulmuş olacaktır.

Hava taşımalarında taşıyıcının, belirli hallerde sorumluluktan kurtulması mümkündür. Varşova Konvansiyonu'yla benzer şekilde düzenlenen TSHK m. 123'te taşıyıcı lehine iki kurtuluş beyyinesi getirilmiştir. Madde şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Taşıyıcı, kendisinin ve adamlarının zararı önlemek için gerekli olan bütün tedbirleri aldıklarını veya bu tedbirleri alma olanağı bulunmadığını ispatlarsa sorumlu değildir.*" Taşıyıcının bu hükme göre sorumluluktan kurtulabilmesi için hükümde yer alan iki husustan birini ispatlaması gerekmektedir<sup>137</sup>. Dolayısıyla taşıyıcı, basiretli, özenli ve tedbirli bir taşıyıcının alacağı tüm tedbirleri almış olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>138</sup>. Bir diğer sorumluluktan kurtuluş imkânı kendisinin ve adamlarının gereken tedbirleri almasına imkân bulunmadığını ispatlamasıdır. Bu durum zararın mücbir sebepten ileri gelmesi haline işaret etmektedir<sup>139</sup>. Dolayısıyla bu durumda taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için zararın mücbir sebepten ileri geldiğini ispatlaması yeterli kabul edilmelidir<sup>140</sup>.

Montreal Konvansiyonu'nunda ise yolcunun ölümü ve bedensel zarara uğraması durumunda 2019'da 128.821 SDR<sup>141</sup> olarak güncellenen limiti aşmayan zararlardan taşıyıcının kayıtsız şartsız sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bu limitin altındaki zararlar için taşıyıcının faydalanabileceği herhangi bir kurtuluş beyyinesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bu limite kadar olan zararlardan taşıyıcı kusursuz sorumludur. Buna karşın öngörülen sorumluluk limitini aşan zararlar için taşıyıcı ilgili Konvansiyon'un 21. maddesinde düzenlenen iki halde sorumluluktan kurtulabilecektir. İlgili hükme göre taşıyıcı sorumluluktan kurtulmak için zararın, kendisinin, çalışanlarının ya da acentelerinin kusuru ile meydana gelmediğini ya da zarara üçüncü kişinin kusurunun sebep olduğunu ispatlayacaktır. Dolayısıyla Montreal Konvansiyonu hükümlerinin uygulama alanı bulduğu olaylarda her halükarda belirtilen limitin altında meydana gelen zararlardan taşıyıcı sorumludur ve sigortacı da zarar görene bu limite kadar ödeme yapmakla yükümlüdür. Bununla birlikte ödeme yapan sigortacının belirli durumlarda zarar görene ya da taşıyıcıya rücu imkânı vardır<sup>142</sup>.

TSKH'da düzenlenmeyen fakat Varşova Konvansiyonu'nda taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran bir sebep olarak karşımıza çıkan müterafik kusura da değinilmesi gerekmektedir. Buna göre, zarar görenin, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olduğunun ispat edildiği durumlarda, davaya bakan mahkeme kendi hukuk kurallarına göre taşıyıcıyı kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtarabilecektir. TSHK'da düzenlenmiş olmasa da TSHK m.106'daki atıf dolayısıyla uygulanacak Varşova Konvansiyonu'nun 21.maddesi müterafik kusuru taşıyıcıyı kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtaran bir durum olarak kabul edilmektedir<sup>143</sup>.

<sup>136</sup> Elif Beyza Akkanat Öztürk, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 11/42 (2000), 480.

<sup>137</sup> Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 292 vd.

<sup>138</sup> Sözer, "Yolcu", 768; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 293.

<sup>139</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 121; Ülgen, *Hava Taşıma*, 188; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 294.

<sup>140</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 188; Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 294. Bununla birlikte, gerekli önlemlerin alınmasına imkân olmaması durumunun aynı durumdaki tüm taşıyıcılar için geçerli olan bir sebepten kaynaklanması gerekir. Başka bir ifadeyle, taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaracak olan imkânsızlık objektif imkansızlıktır. Açıklamalar için bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 295.

<sup>141</sup> [https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/2019\\_Revised\\_Limits\\_of\\_Liability\\_Under\\_the\\_Montreal\\_Convention\\_1999.aspx](https://www.icao.int/secretariat/legal/Pages/2019_Revised_Limits_of_Liability_Under_the_Montreal_Convention_1999.aspx) (Erişim 18 Şubat 2024).

<sup>142</sup> Bkz. Başlık VII, B, 2.

<sup>143</sup> Ülgen, *Hava Taşıma*, 188; Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 121.

Taşıyıcıya karşı açılacak sorumluluk davaları ulusal ve uluslararası mevzuatta belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. TSHK m. 131'de bu süre *hava aracının varma yerine geldiği ya da gelmesi gerektiği tarihten veya taşımanın durduğu tarihten* başlamak üzere iki yıldır. Hükmün devamında, TSHK m. 14 gereğince rapor tanzimi gereken hallerde, m.14 gereğince Resmî Gazete ile yapılacak duyuru tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>144</sup>. Varşova Konvansiyonu ve Montreal Konvansiyonu'nda da aynı süre yer almaktadır<sup>145</sup>. İki yıllık bu süre hak düşürücüdür<sup>146</sup>. Bu süre zarfında sorumluluk davasının açılmaması taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran bir diğer sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu durumda sigortacının da sorumluluğu sona ermektedir.

#### D. Taşıyıcının sınırsız sorumluluğu

TSHK m. 124'te düzenlenen hüküm uyarınca taşıyıcının sorumluluğu sınırlıdır. Bununla birlikte TSHK' da hüküm altına alınan iki halde taşıyıcı sınırlı sorumluluktan yararlanma imkânını kaybeder. Bunlardan biri taşıyıcının, yolcuyu biletsiz ya da TSHK m. 107'deki bilgileri içeren bir bilet vermeden kabul etmesi durumudur. İkinci ise TSHK m. 126'da "*Zararın, taşıyıcının veya adamlarının zarar vermek kastı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmâl sonucunda meydana geldiği ispat edildiği takdirde; bu Kanunda öngörülen sorumluluk sınırları uygulanmaz.*" şeklinde düzenlenen durumdur<sup>147</sup>. Varşova Konvansiyonu'nunda da taşıyıcının sorumluluğunu normal ve olağanüstü rejim olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir<sup>148</sup>. Normal rejime göre taşıyıcının sorumluluğu sınırlıdır. Bununla birlikte, olağanüstü rejime göre meydana gelen zarardan taşıyıcı sınırsız sorumludur. Olağanüstü rejim, zararın, taşıyıcının adamlarının zarar vermek

<sup>144</sup> Yargıtay'ın kararına konu olan bir olayda, uçak düşmesi sonucu yaralanan yolcu hem taşıyıcıya hem sigortacıya birlikte dava açılmış; davalılar ise zamanaşımı definde bulunmuştur. Yargıtay ise ilk derece mahkemesi tarafından davacının talebinin kısmen kabulü ile sonuçlandırılan davayı şu gerekçe ile onamıştır: "*....Anılan maddedeki iki yıllık sürenin bir zaman aşımı süresi olmayıp, hak düşürücü süre olduğu madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim, doktrinde de bu sürenin hak düşürücü bir süre olduğunu kabul edilmektedir. (Bkz.Dr.H.Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara, 1978, Shf.228 vd. Dr. A. Kırman, Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara, Shf.172 vd. ) Davada uyuşmazlık konusu olan husus, TSHK'nun 131. maddesinde öngörülen hak düşürücü sürenin başlangıç tarihidir. Anılan maddede bu sürenin, aynı yasanın 14. maddesi gereğince rapor düzenlenmesi gereken hallerde, raporun Resmi Gazete ile yapılacak duyuru tarihinden itibaren, işlemeye başlayacağı açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Olay sivil hava aracının oluşturduğu bir kazaya ilişkin olmakla, aynı yasanın 10 ve onu izleyen maddelerinde belirlenen soruşturmanın yapılması ve sonuçta oluşturulacak raporun yine aynı yasanın 14/3 ncü maddesi gereğince Resmi Gazete ile duyurulması gerektiğine ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün 07.11.2001 günlü yazısında da dava konusu uçak kazası nedeniyle soruşturmanın tamamlandığı ve fakat raporun henüz Resmi Gazete'de yayınlanmadığı bildirildiğine göre, davanın süresinde açıldığı kabulüne ilişkin mahkeme kararında bir isabetsizlik bulunmamasına ve dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, mümeyiz davalılar vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmektedir.*" İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2003/3146 (1 Nisan 2003), www.lexpera.com.tr (Erişim 14 Şubat 2024).

<sup>145</sup> Varşova Konvansiyonu m. 29'da "*Varış yerine ulaşma tarihinden veya uçağın ulaşması gereken tarihten veya taşımanın durduğu tarihten başlamak üzere 2 yıl içinde, dava açılmazsa tazminat hakkı düşecektir*" ve Montreal Konvansiyonu m.35'te "*Eğer bir dava varış yerine ulaşma tarihinden ya da hava aracının ulaşmış olması gereken ya da taşımanın durdurulduğu tarihten itibaren hesaplanan iki yıllık bir süreç içerisinde açılmazsa, hasara dair haklar geçersiz olacaktır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>146</sup> Bu sürenin zamanaşımı süresi olarak kabul edilmesinin hakkaniyete uygun ve taşıyıcı karşısında zayıf konumda olan yolcunun korunması için gerekli olduğu yönünde bkz. Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 305.

<sup>147</sup> Yargıtay verdiği bir kararda taşıyıcının adamlarının dikkatsizce, pervasızca hareketleri sebebiyle sınırlı sorumluluktan yararlanma imkanının olmadığına hükmetmiştir: "*....havanın karlı ve bulutlu olduğu, havada Stratüs Tipi Bulutların mevcut bulunduğu, uçağın iniş sırasında kuşbaşı büyüklüğünde kar yağmakta olduğu, 3250 feet yükseklikte iken uçağın çok ani bir sarsıntı geçirdiği ve bu hareketin ne olduğunu pilotların anlamadıkları ve o andan itibaren uçağın anormal bir duruma girdiği, pistin de karlı olduğu, bir sileceğin çalışmadığı ve pilotlardan birinin sileceği çalıştırmaya uğraştığı, buna rağmen pilotların inmeye çalışmaları, 300 feet'ten sonra alet kontrolünü terkederek çalışmayan sileceğe ve hava şartlarına rağmen gözle iniş yapmaya teşebbüs etmeleri gibi hususlar saptanmıştır. Çubuk Asliye Ceza Mahkemesi'nin de isabetle teşhis ettiği gibi, (sh. 9), binnetice çok kötü hava şartları içinde olmalarına rağmen pilotların "ihtiyatsız derecede bir cesaretle" pervasızca bir hareketle iniş geçmişi olmalarının, olayın gerçekleşmesinde, başlıca etken olduğu anlaşılmaktadır. Yüzlerce kişinin hayatı ellerinde olan pilotların, onların hayatlarını tehlikeye sokacak böyle pervasızca hareketlere kalkışmak lüzumsuz cesaret örneği vermek hak ve yetkileri yoktur. Varşova Sözleşmesi'nin 25. maddesinin, en ufak böyle bir tedbirsizlik halinde sınırlı sorumluluğu kaldırmasının nedeni de pilotların, yolcuların hayatını tehlikeye sokabilecek en küçük bir hareketten dahi kaçınmalarını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu açıklanan nedenlerle davalı F1.'nin artık sınırlı sorumluluk şartına dayanması mümkün olmayıp, davacıların tüm zararlarından sorumlu tutulmaları gerekmektedir.*" Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1984/5886 (28 Kasım 1984), www.lexpera.com.tr (Erişim 4 Şubat 2024).

<sup>148</sup> Deniz, "Yolcu", 90.



kastıyla veya zararın doğam ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispatlanırsa Konvansiyon'daki sözleşme limitlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

TSHK'da ve ilgili konvansiyonlarda düzenlenen bu ikinci durumun sigorta sözleşmesinin akıbeti açısından da incelenmesi gerekir. Nitekim TTK m. 1477'de sigortacının, sigortalının kasten gerçekleştirdiği zararlardan sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Kural olarak zararın kasten gerçekleştirilmesi durumunda sigortacı tazminat borcundan kurtulur. Bununla birlikte zorunlu sigortalar için TTK m. 1484/1 hükmü gereğince sigortacının bunu zarar görene karşı ileri sürmesi mümkün değildir<sup>149</sup>. Zarar görenin menfaati ön planda olduğu için sigortacı, kasten zarara sebebiyet verilmesi durumunda dahi zarar görene tazminat ödemekle yükümlüdür. Dolayısıyla taşıyıcının kasti ile meydana gelen kazada, sigortacının zarar gören yolculara ya da yük sahiplerine karşı sorumluluğu zorunlu sigorta miktarına kadar devam edecektir. Bununla birlikte sigortacının, sigortalısına karşı sorumluluktan kurtulduğu hal, zarara sebebiyet veren olaya "*kasten neden olma*" haliyle sınırlıdır. Dolayısıyla *ihmal* neticesinde bir zararın meydana geldiğinin ispatlanması her ne kadar taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına yol açsa da sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zira sorumluluk sigortası, niteliği gereği sigortalının kusuruyla sebebiyet verdiği zararları da himaye altına almaktadır. İhmal de kusurun bir çeşidi olarak kabul edilmekte ve öğretide zararın doğmasını istememekle birlikte, gerekli özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmaktadır<sup>150</sup>. TTK m. 1429 hükmünde de sigortacının aksine sözleşme olmadığı sürece, sigortalının ihmalden kaynaklanan zararları tazminle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla sorumluluk sigortacısı ağır ihmal de dahil olmak üzere sigortalının kast derecesine varmayan kusuru neticesinde meydana gelen zarardan sorumludur<sup>151</sup>. Netice itibarıyla, sigortalı taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybını doğuran *ihmal*, sigortacıyı sigortalıya karşı sorumluluktan kurtarmayacaktır.

## V. Riziko Kavramı ve Rizikonun Gerçekleşme Zamanı

Riziko, sözleşmenin kurulması sırasında gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan zarar doğuran ya da zarar doğurma ihtimali bulunan olay olarak tanımlanmaktadır<sup>152</sup>. Sorumluluk sigortalarında, diğer sigortalarda olduğu gibi sigortacının yükümlülüğü, sigorta süresi içinde meydana gelen rizikolara ilişkindir. Dolayısıyla rizikonun ve gerçekleştiği anın tespiti sigortacının sorumluluğunun tespiti açısından önem arz etmektedir.

Sorumluluk süreci zarar doğuran eylemin gerçekleşmesi, zararın ortaya çıkması, zarar görenin zararın giderilmesi için zarar veren kişiye başvurması, zarar görenin zararının tazmin edilmesi gibi sınırlı sayıda olmayan aşamalardan oluşmaktadır<sup>153</sup>. Rizikonun bu aşamalardan hangisine tekabül ettiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öğretide sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleştiği âna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>154</sup>. Bu görüşlerden biri olan sebep olayı teorisine göre, riziko, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran olayın meydana geldiği anda gerçekleşmekte ve haliyle sigortacının yükümlülüğü de bu anda doğmaktadır<sup>155</sup>. Bir diğer görüş olan zarar teorisine göre, riziko, sigorta

<sup>149</sup> Bkz. Başlık VII, B,2.

<sup>150</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 601.

<sup>151</sup> Abdulhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, *Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı* (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017), 61 (Tez).

<sup>152</sup> Kender, *Sigorta*, 332; Yazıcıoğlu-Şeker Öğüz, *Sigorta*, 76; Ayhan vd., *Sigorta*, 126 vd.; Çeker, *Sigorta*, 65. İnan Deniz Dinç, *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 27; İlknur Uluğ, "Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler", *Türkiye'de Sigorta Hukuku'nun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004), 318 (Riziko)

<sup>153</sup> Dinç, *Ürün Sorumluluk*, 29.

<sup>154</sup> Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, *Sigorta*, 79-116; Emine Yazıcıoğlu, "Sorumluluk Sigortalarında Riziko", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, ed. Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 426 (Sempozyum); Uluğ, *Riziko*, 336 vd.

<sup>155</sup> Şenocak, *Sigorta*, 78; Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 425; Dinç, *Ürün Sorumluluk*, 36-37.

ettirenin sorumluluğunu doğuran olayın vukuu anında değil, zararın meydana geldiği anda gerçekleşmektedir<sup>156</sup>. Talep teorisi olarak anılan başka bir görüşe göre ise rizikonun gerçekleşmesi, zarar görenin tazminat talebinde bulunmasına bağlıdır<sup>157</sup>.

TTK m. 1473/1'de sorumluluk sigortalarının konusu ve kapsamı şu şekilde hüküm altına alınmıştır: "*Sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.*" Hükümde açıkça zararın ne zaman doğduğundan bağımsız olarak zarara sebep olan olayın sigorta süresi içerisinde gerçekleşmesi aranmıştır. Kanun koyucunun rizikonun gerçekleşme anı olarak sebep olayı teorisini benimsediğini söylemek mümkündür<sup>158</sup>. Dolayısıyla sigortacının edimi ifası için taşıyıcının sorumluluğuna sebep olan olayın sigorta süresi içerisinde meydana gelmesi gerekmektedir. Sorumluluğu doğuran olayın sigorta süresi içerisinde meydana gelmiş olması şartıyla tazminat talebinin daha sonra ileri sürülmesi mümkün ve geçerlidir. Bununla birlikte, madde sözleşmede *aksine hüküm yoksa* ifadesine yer vermiştir. Bu yüzden düzenleme emredici hüküm niteliğinde değildir. Tarafların olay esası yerine zarar ya da tazminat esasını ya da bu esasları birlikte kabul etmek suretiyle rizikonun belirleneceğini kararlaştırmaları mümkündür<sup>159</sup>.

Rizikonun hangi esasa göre belirleneceği bazı sigorta genel şartlarında yer almaktadır<sup>160</sup>. Bununla birlikte taşıyıcı mali sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartlar mevcut değildir. Buna ilişkin çıkarılan ilgili yönetmeliklerde de rizikonun gerçekleşme anına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla TTK m.1473'te benimsenen olay esası, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası için de geçerlidir ve bu sigortalarda riziko, taşıyıcının sorumluluğunu doğuran olayın (zarar sebebiyet veren davranış ya da olayın) meydana gelmesi ile gerçekleşir. Örneğin yaşanan bir uçak kazasından dolayı yolcunun ileri bir tarihte ölümünün gerçekleşmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda riziko ölümün gerçekleştiği an değil, ölüme sebebiyet veren kazanın yaşanması ile gerçekleşmiştir<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> Şenocak, *Sigorta*, 87 vd.; Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 426; Dinç, *Ürün Sorumluluk*, 35 vd.

<sup>157</sup> Şenocak, *Sigorta*, 101 vd.; Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 427; Sorumluluk sigortalarında rizikonun, zarar gören üçüncü kişinin tazminat talebinde bulunmasıyla gerçekleştiği yönünde bkz. Ergün, "Sorumluluk Hukuku", 489; Dinç, *Ürün Sorumluluk*, 31 vd.

<sup>158</sup> Atamer, "Zarar Sigortaları", 80. Maddenin gerekçesinde de bu açıkça ortaya koyulmuştur. Gerekçe şu şekildedir: "*Tasarının bu maddesi ile sorumluluk sigortasının genel bir tarifi yapılmıştır. Getirilen düzenlemede ise rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük bir ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşılabilir tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötü niyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Söyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeniyle tazminat talebiyle karşılaşabileceğini düşünen kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir: Açıklanan nedenlerden dolayı sigortacının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır. Bu noktada, sigortacının sorumluluğundan bahsedebilmek için zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması veya talep edilmesi önemli değildir. Ancak madde emredici nitelikte olmadığından tarafların, sorumluluk sigortası türlerine göre sözleşme rizikoyu farklı şekillerde belirleyebilmesi de mümkündür.*" Düzenlemeye ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 431 vd.

<sup>159</sup> Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 433; Kara, *Sigorta*, 318.

<sup>160</sup> 06.04.1959 tarihli Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları (ÜŞMMSGŞ) m. 1 şu şekilde düzenlenmiştir: "*İşbu poliçe sigortalıyı, sigortanın mer'iyet müddeti esnasında vukua gelecek bir hadise neticesinde, a) Üçüncü şahısların ölmesi, yaralanması veya sıhhatinin muhtel olması, b) Üçüncü şahıslara ait mallarda ziya ve hasar (maddi zarar ve ziyanlar) husule gelmesi sebebi ile poliçede gösterilen sıfat, faaliyet ve hukuki münasebetlerinden dolayı, kendisine karşı, üçüncü şahıslar tarafından ileri sürülecek zarar ve ziyan taleplerinin neticesine karşı, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuki mesuliyete müteallik mevzuatı hükümleri dairesinde ve işbu poliçede temin olunan meblağlara kadar temin eder.*" Yine mezkûr genel şartların 7. maddesinde sigortalının sorumluluğunu gerektirecek bir olayın meydana gelmesi durumunda sigortalının bu olayı öğrendiği tarihten itibaren beş gün içinde bildirimde bulunmakla yükümlü olduğu ve bu bildirim, kazanın nerede hangi tarihte ve saatte, ne gibi sebeplerle ve hangi hal ve şartlar altında meydana geldiğine ve kazada ölen ve yaralananlara, zarar gören mallar ile bunların sahiplerine ve zamanın vüs'atine dair ayrıntılı ve doğru bilgi içermesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesi neticesinde TTK'da benimsenen olay esasından farklı olarak ÜŞMMSGŞ'de zarar esasının benimsendiğini söylemek mümkündür. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şenocak, *Sigorta*, 122 vd.; Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 446 vd.; Atamer, "Zarar Sigortaları", 78.

<sup>161</sup> Işıklar, *Atina Sözleşmesi*, 225.

## VI. Sigorta Bedeli

Sigorta bedeli, rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının ödeyeceği azami miktarı ifade etmektedir<sup>162</sup>. Sorumluluk sigortalarında, mal sigortalarından farklı olarak, sigorta konusu menfaatin değeri tam olarak belirlenemediği için tahmini bir değer üzerinden bu sözleşme yapılmakta fakat riziko gerçekleştiğinde sigortacı, sigorta bedelini değil; üst sınırını sigorta bedeli oluşturan gerçek zararı ödemektedir<sup>163</sup>. Hava taşımaları için söz konusu olan sorumluluğun hangi bedel üzerinden sigortalanacağı mevzuatta yer alan düzenlemelere göre tespit edilecektir.

Hava taşımalarından kaynaklanan sorumluluğa -sınırsız sorumluluk gerektiren durumlar dışında- kural olarak miktar itibarıyla sınırlı sorumluluk ilkesi hâkimdir<sup>164</sup>. Sınırlı sorumluluk hallerinde taşıyıcı, mevzuatta öngörülen asgari miktarı ödemekle sorumluluktan kurtulacak, zararın bu miktarı aşması durumunda, aşan kısmı tazmin etmek zorunda kalmayacaktır<sup>165</sup>. Bu nedenle taşıyıcının mevzuatta öngörülen asgari teminatlar üzerinden sigorta sözleşmesini yapması yeterli olacaktır. MSSHY m. 8'de 06.12.2019 tarihinde yapılan değişiklikle<sup>166</sup> güncel teminat tutarları SDR<sup>167</sup> üzerinden belirlenmiştir. Buna göre, yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda asgari sigorta yükümlülüğü yolcu başına 250.000 SDR olarak kabul edilmiştir. Ticari olmayan ve azami kalkış ağırlığı 2700'den daha aşağı olan hava araçlarıyla yapılan uçuşlarda ise bu limit 128.821 SDR'dir. Nitekim taşıyıcı, zorunlu mali sorumluluk sigortasını, mevzuatta öngörülen asgari teminat tutarı ile eşit sigorta bedeli üzerinden yaptırmak zorundadır.

Sorumluluk sınırını belirleyen hükümler emredici nitelikte olup bunun yolcunun ya da taşıtanın aleyhine değiştirilmesi söz konusu değildir<sup>168</sup>. TSHK' m. 125'te bu durum "*Taşıyıcının sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıran... sözleşme veya onu değiştiren protokolle belirtilmiş olan sorumluluk sınırını indirmeyi amaçlayan her şart hükümsüzdür.*" şeklinde düzenlenmiştir. Fakat taşıyıcının sorumluluk miktarını yolcu ve taşıtan lehine genişletmesi her zaman mümkündür. Buna göre, taşıyıcının yönetmelikte düzenlenen teminat miktarlarından daha fazla bir bedel ile sigorta sözleşmesi yapmasında bir sakınca yoktur.

## VII. Sigorta Tazminatı

### A. Genel olarak

Sigorta tazminatı, riziko gerçekleştiğinde sigorta bedeli ve gerçek zarar ile sınırlı olmak üzere sigortacı tarafından zarar görene ödenen tutardır. Zarar sigortalarında hâkim olan zenginleşme yasağı prensibi uyarınca, sigortacı sadece gerçek zararı ödemekle yükümlüdür<sup>169</sup>. TTK m. 1463'te düzenlenen hüküm de bu ilkenin somut görünüşlerinden biridir. Mezkûr hükümde, sigorta bedeli, sigorta konusu menfaatin değerinin üstünde ise aşan kısmın geçersiz olduğu belirtilmiştir. Zarar sigortalarından bir diğeri olan mal sigortalarında, sigorta konusu menfaatin değerini belirlemek mümkün iken; sorumluluk sigorta sözleşmeleri tahmini bir değer üzerinden akdedilmektedir. Başka bir deyişle, sorumluluk sigortalarında, sigortacının sorumlu olduğu azami miktar tahmine dayalı olarak belirlenmektedir<sup>170</sup>. Dolayısıyla sorumluluk sigortalarında, aşkın ve eksik sigorta uygulamasının yeri yoktur. Bununla

<sup>162</sup> Kender, *Sigorta*, 353; Çeker, *Sigorta*, 66; Yazıcıoğlu-Şeker Ögüz, *Sigorta*, 163; Kara, *Sigorta*, 182; Ayhan vd., *Sigorta*, 132.

<sup>163</sup> Yazıcıoğlu-Şeker Ögüz, *Sigorta*, 85.

<sup>164</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 283.

<sup>165</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 270.

<sup>166</sup> Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları için Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, *Resmî Gazete* 30970 (6 Aralık 2019).

<sup>167</sup> MSSHY m. 4'te yer alan tanıma göre, SDR, Uluslararası Para Fonu tarafından kullanılan kaydi para birimini ifade etmektedir. SDR'nin TL cinsinden değeri için bkz. <https://tr.investing.com/currencies/sdr-try-converter> (Erişim 11 Aralık 2023).

<sup>168</sup> Akkurt, *Hukuki Sorumluluk*, 271.

<sup>169</sup> Şenocak, *Sigorta*, 19; Yazıcıoğlu-Şeker Ögüz, *Sigorta*, 85; Merih Kemal Omağ, "Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı", *Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan* (İstanbul: Alkım Yayınevi, 2003), 253-262 (Zenginleşme); Ayhan vd., *Sigorta*, 295.

<sup>170</sup> Arseven, *Sigorta*, 47; Kara, *Sigorta*, 310; Ergün, "Sorumluluk Hukuku", 491; Omağ, "Sorumluluk", 214; Ayhan vd., *Sigorta*, 294.

birlikte, zenginleşme yasağı sorumluluk sigortaları için de geçerlidir. Her ne kadar sigorta bedeli tahmini bir değer üzerinden belirlense de riziko meydana geldiğinde, sigortacı -üst sınırını sigorta bedeli teşkil eden- gerçek zararı ödemekle borcundan kurtulur.

Sigorta bedelinin ilgili yönetmeliklerde belirtilen asgari teminat tutarları üzerinden yapılması gerektiğine değinmiştik. Taşıyıcı en az bu teminatlara eşit tutar üzerinden sigorta sözleşmesi yapmak mecburiyetindedir. Bununla birlikte, sigorta sözleşmesinin daha yüksek bir bedel üzerinden yapılması da her zaman mümkündür.

## B. Sigorta tazminatının ödenmesi bakımından özellik arz eden durumlar

### 1. Zarar görenin sigortacıya doğrudan başvuru hakkı ve sigortacının zarar görene ifa yükümlülüğü

Sorumluluk sigortalarıyla, sigortalıyla birlikte zarar görenin de menfaatinin korunmasını amaçlayan kanun koyucu isteğe bağlı ya da zorunlu sigorta olması fark etmeksizin TTK 1478'de zarar görene doğrudan sigortacıya başvuru hakkı tanımıştır<sup>171</sup>. Dolayısıyla TSHK'da düzenlenen hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası açısından da zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurması mümkündür. Buna göre, zarar gören, uğradığı zararın zorunlu sigorta bedeline kadar olan kısmını zamanaşımı süresi içerisinde ve bu zararın yasal düzenleme ile öngörülen zorunlu sorumluluk sigortasının teminat altına aldığı zararlardan biri olması<sup>172</sup> kaydıyla doğrudan sigortacıdan isteyebilecektir<sup>173</sup>.

Kanun koyucu bu düzenleme ile sigortalıyı tazminatın ödenmesi noktasında devre dışı bırakmıştır. Rizikonun gerçekleşmesi durumunda, tazminatın önce sigortalıya ondan da zarar görene aktarılması şeklindeki dolaylı yol kapatılmış, zarar gören üçüncü kişinin lehine bir düzenleme tesis edilmiştir<sup>174</sup>. Bununla birlikte, öğretide TTK m.1473'te "*aksine sözleşme yoksa*" ibaresinin TTK m. 1478 hükmüyle çelişki içinde olduğu ileri sürülmüştür<sup>175</sup>. TTK m.1473 hükmündeki ilgili ibare, sigortacının ve sigortalının anlaşarak, zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurmasına engelleyecek şekilde anlaşmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır<sup>176</sup>. Emredici hükümleri düzenleyen TTK m.1486'da TTK m. 1478 hükmünün yer almaması da bahsi geçen yorumu destekler mahiyettedir<sup>177</sup>. Bununla beraber bu yorum, zarar görene doğrudan dava hakkının tanındığı TTK m.1478'in gerekçesinde ifade edildiği gibi *zarar görenin bir an önce zararının giderilmesi* amacına ters düşmektedir<sup>178</sup>. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında, zarar görenin sigortacıya doğrudan

<sup>171</sup> Kender, *Sigorta*, 259; Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 701; Şenocak, *Sigorta*, 164; Atamer, "Zarar Sigortaları", 85; Çeker, *Sigorta*, 256.

<sup>172</sup> TTK m.1484'e göre sigortacının, sigortalısına karşı kısmen ya da tamamen sorumluluğu sona erdiren hallerde dahi zarar görene karşı zorunlu sigorta bedeline kadar devam eden ifa yükümlülüğü zorunlu sigortanın teminat altına aldığı zararlardan biri için söz konusudur. Zorunlu sigorta kapsamında olmayan bir teminatın sigortalının ek prim ödeyerek teminat kapsamına dahil etmesi durumunda, sigortacı, sigortalısına karşı kısmen ya da tamamen sorumluluğunun sona erdiğini zarar görene karşı da ileri sürebilecektir. Zira teminata sonradan dahil edilen bu zararlardan sigortacı artık zorunlu sorumluluk sigortacısı değil, isteğe bağlı sorumluluk sigortacısı sıfatını kazanmıştır. İsteğe bağlı sorumluluk sigortacısının zarar görene ifa yükümlülüğü ise sigortalısına karşı ifa yükümlülüğü devam ettiği sürece söz konusu olmaktadır. Bkz. Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 706-707.

<sup>173</sup> Atamer, "Zarar Sigortaları", 85.

<sup>174</sup> Uygulamada kabul edilen "*önce sigortalı öder, sonra sigortacı karşılar*" kuralı, 6102 sayılı TTK ile getirilen zarar görenin sigortacıya doğrudan başvuru hakkı ile ortadan kalkmıştır. Açıklamalar için bkz. Atamer, "Zarar Sigortaları", 85; Duygu Demirel, "TTK m. 1259 Bakımından Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Kapsamı", *Legal Hukuk Dergisi*, 15/177 (2017), 4423.

<sup>175</sup> Demirel, "Deniz Araçları", 4424.

<sup>176</sup> Açıklamalar için bkz. Serdar Acar, "Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012), 735; Ecehan Yeşilova Aras, *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı* (TTK m. 1478), (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 31.

<sup>177</sup> Hüküm emredici olarak düzenlenmediği için aksinin kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Birgül Öztuna, "Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27/2 (2011), 26 (Doğrudan Talep).

<sup>178</sup> Hüküm gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Söz konusu madde ile zarar gören üçüncü kişinin doğrudan doğruya sigortacıya talep karşı talep ve dava hakkı düzenlenmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1310 uncu maddesinde sadece yangın dolayısıyla*

başvuru hakkının Dairenin kökleşmiş içtihatlarıyla kabul edildiğini belirtmiştir<sup>179</sup>. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi taraflarının anlaşarak zarar görenin sigortacıya doğrudan başvuru hakkını ortadan kaldırmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir<sup>180</sup>.

TTK m. 1178 hükmüne göre zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurmasıyla TTK m.1484 uyarınca sigortacının zarar görene ifa yükümlülüğü de doğmuş olur<sup>181</sup>. TTK m.1484 hükmü sigortacının, sigortalıya karşı ifa borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmuş olması durumunda dahi zorunlu sigorta miktarına kadar zarar görene ifa ile yükümlü olduğunu düzenlemektedir<sup>182</sup>. Her ne kadar doğrudan sigortacıya başvurma hakkı hem isteğe bağlı hem zorunlu sorumluluk sigortasında mümkün olsa da sigortacının zarara görene ifa yükümlülüğü noktasında farkın ortaya çıktığı görülmektedir. Zorunlu sorumluluk sigortasında, sigortalısına karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olan sigortacı zarar görene karşı bunu ileri süremezken, isteğe bağlı sorumluluk sigortasında ileri sürebilmektedir<sup>183</sup>. Hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası da zorunlu sigorta niteliğinde olduğu için sigortacının sigortalı taşıyıcıya karşı ifa borcundan kurtulması durumunda, bu borcu zarar görene zorunlu sigorta bedeline kadar devam etmektedir. Bununla birlikte, sigortacının zarar görene ileri sürümeceği hususlar sigorta sözleşmesine veya bu sözleşmeyle ilgili yasal düzenlemelere dayanan savunmalara ilişkindir<sup>184</sup>. Dolayısıyla sigortacının sigortalının sorumlu olmadığını ileri sürmesi her zaman mümkündür. Zira sigortacının zarar görene tazminat ödemesi için öncelikle sigortalının sorumluluğunun doğmuş olması gerekir<sup>185</sup>.

Yine TTK m. 1184/2'de zorunlu sorumluluk sigortalarında zarar görenin menfaatini gözetilen bir hükmün daha sevk edildiği görülmektedir. İlgili hükme göre, *sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur*. Yani bu hüküm ile sigortacının, sigortalıya karşı ifa yükümlülüğünün olup olmadığına bakılmaksızın zarar gören kişilerin bir süre daha korunması amaçlanmıştır<sup>186</sup>. Kural olarak sigortacının rizikoyu taşıma borcu sözleşme süresi ile sınırlıdır. Buna karşın zorunlu sigortalar açısından zarar gören lehine sevk edilen bu hüküm, sigorta süresinin sona ermesinden sonra dahi sigortacıyı, yetkili mercilere durumun bildirilmesine müteakip bir ay daha rizikoyu taşımaya mecbur bırakmaktadır. TTK m. 1184 hükmü sigorta sözleşmesinin sona ermesinden bahsetmiş, bununla birlikte hangi sona erme sebepleri halinde sigortacının, yetkili mercilere bildirimden itibaren bir ay daha sorumlu olacağına ilişkin bir açıklama getirmemiştir. Dolayısıyla sözleşme süresinin sona ermesinin yanında sözleşme süresi içinde taraflara tanınan cayma ve fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşmenin

---

*sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak doğrudan doğruya dava hakkı düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu Kanun dışında da, özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında, doğrudan doğruya talep ve dava hakkı kanunlarla (Karayolları Trafik Kanununda ve Borçlar Kanununda olduğu gibi) ya da genel şartlarla kabul edilmiştir. Sorumluluk sigortalarında asıl amaç her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak mal varlığında meydana gelen azalmanın telafisi de, bunun yan sonucunda zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesini ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması da zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat getirilen düzenleme hiçbir şekilde sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. Zira, halen menfaati sigorta edilen bizzat sigortalının kendisidir."*

<sup>179</sup> "Sorumluluk sigortalarında zarar görenin veya halefinin sorumluluk sigortası yapan sigortacıya doğrudan doğruya başvurabileceği Dairemizin kökleşmiş içtihatları ile kabul edilmiştir." İlgili karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1989/2606 (25 Nisan 1989), nakleden Ayhan vd., *Sigorta*, 306.

<sup>180</sup> Aynı yönde bkz. Ayhan vd., *Sigorta*, 306; Kara, *Sigorta*, 318; Demirel, "Deniz Araçları", 4425.

<sup>181</sup> Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 701.

<sup>182</sup> Sigorta sözleşmesinin, zorunlu sigorta bedelinin üstünde yaptırıldığı durumlarda dahi sigortacının zarar görene karşı ifa yükümlülüğü asgari zorunlu sigorta bedeli ile sınırlıdır. Bkz. Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 706.

<sup>183</sup> Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 702.

<sup>184</sup> Işıklar, *Atina Sözleşmesi*, 238.

<sup>185</sup> Sorumluluğun olmadığı yerde sorumluluk sigortası da söz konusu olmaz. Bkz. Hızır, "Sigorta", 271.

<sup>186</sup> Zorunlu sorumluluk sigortacısının zarar görene karşı yetkili mercilere bildirimden itibaren bir ay daha sorumlu olması öğretide sonraki sorumluluk olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Abdülhamit Oğuzhan Hacıömeroğlu, "Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 36/2 (2020), 172.

sona ermesi hallerinde de sigortacının sorumluluğu bildirimden sonra bir ay daha devam edecektir<sup>187</sup>. Bir aylık süre yetkili mercilere yapılan bildirim neticesinde işlemeye başlayacaktır. Fakat kanunda bildirim yapılacağı yetkili merciinin neresi olduğu belirtilmiş değildir. Sigortacının bildirim yapacağı yetkili merciinin belirtilmemiş olması, sigortacıyı kanunda tanınan bu imkândan mahrum bıraktığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>188</sup>. Kanımızca yetkili merciinin, zorunlu sorumluluk sigortasının sevk edildiği kanunlarda ayrıca belirlenmesi gerekmektedir<sup>189</sup>. TSHK'da yetkili mercii tayin edilmiş değildir<sup>190</sup>. Fakat MSSHY m. 6'da Türkiye'de yerleşik sigorta şirketlerinin, mezkûr Yönetmelik kapsamındaki sigortanın herhangi bir nedenle sonlanması durumunda vaziyeti hemen Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM)'ne bildireceği belirtilmiştir. Dolayısıyla hava taşıyıcısının yaptıracağı zorunlu mali sorumluluk sigortası açısından yetkili mercii SGHM'dir. Yönetmelik'te sözleşmenin sonlanması durumunda sigortacının bildirimde bulunacağı düzenlenmişse de TTK m.1484/2 hükmü uyarınca sigortacının -sözleşme sonlanmadan önce- sona ereceği tarihi SGHM'ye bildirmek suretiyle bir aylık sonraki sorumluluk süresini başlatması kanımızca mümkündür.

## 2. Sigortacının halefiyeti ve rücu hakkı

TTK m.1181'de düzenlenen sorumluluk sigortalarında halefiyet, sigortacının, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalının yerine geçmesi anlamına gelmektedir<sup>191</sup>. Halefiyet, sigorta hukukuna hâkim olan zenginleşme yasağı ilkesinin bir sonucudur. Nitekim, sigortacının sigorta tazminatını ödemesiyle, sigortalının zarar gören üçüncü kişiye karşı borcu sona ermektedir. Bununla birlikte, zararın doğmasına neden olan birden fazla sorumlunun olması sebebiyle, sigortalıya yapılacak bir ödeme, sigortalı açısından zararın iki kez karşılanması anlamına gelmektedir. Lakin sigorta bir zenginleşme aracı değildir ve zararın bir kere tazmini mümkündür<sup>192</sup>. Halefiyet ilkesinin öngörülmesinin bir diğer nedeni, sigortalı dışında zarardan sorumlu olan kişilerin, dolaylı olarak sigorta himayesinden yararlanmasının önüne geçilmesidir<sup>193</sup>. Yani zarara sebebiyet veren diğer kişilerin tazminat ödememe ihtimali bu ilke ile bertaraf edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, sigortalının yerine geçerek fazla ödediği miktar için ilgili kişilere rücu isteminde bulunabilecektir. Örneğin taşımanın bir kısmının fiili taşıyıcı aracılığıyla ifa edildiği ve zararın fiili taşıyıcının ifası sırasında meydana geldiği durumlarda, akdi taşıyıcının taşımanın tamamından sorumlu

<sup>187</sup> Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 710.

<sup>188</sup> Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 711.

<sup>189</sup> Rayegân Kender, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Özel Sayı 1 (200), 27 (Taslak).

<sup>190</sup> Bazı kanunlarda sözleşmenin sona erdiğinin ya da sona ereceğinin bildirileceği yetkili merciinin düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu m.12'de zorunlu sorumluluk sigortasının süresinden önce sona ermesi halinde, durumun Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bildirileceği açıkça düzenlenmiştir. Yetkili merciinin açıkça düzenlenmediği zorunlu sorumluluk sigortalarında, bunun tayini için öğretide iki görüş ileri sürülmüştür. 18.10.2019 tarihli 30922 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 47 sayılı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4'te Kurum'un görevlerinden birinin sigortacılıkla ilgili mevzuatın ilgililer tarafından uygulanmasını izlemek olduğu düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin tamamlayıcı norm olarak kabul edilmesi durumunda, Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun yetkili merci olarak kabulü gerekir. Bir diğeri 21.07.2010 tarihli 27648 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı'nın 7. maddesinde "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına dair sözleşmenin yapılması, sona ermesi, risk değişikliği gibi tüm bilgiler sözleşme bazında en geç yirmi dört saat içinde Sigorta Bilgi Merkezine iletilir." şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca bu yetkili merciinin Sigorta Bilgi Merkezi olduğu ileri sürülmüştür. Açıklamalar için bkz. Hacıömeroğlu, "Sonraki Sorumluluk", 177-178; Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 711.

<sup>191</sup> İlgili düzenlemelerden sigortacının kanuni halefiyetinin söz konusu olması için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlk şart, sigortacının sigorta tazminatını ödemiş olmasıdır. İkincisi ise sigortalının gerçekleşen zarar nedeniyle sorumlulara karşı dava hakkına sahip olmasıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yazıcıoğlu-Şeker Öğüz, *Sigorta*, 196; Bahar Kızılsümer, *Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 55 vd.

<sup>192</sup> Karasu, "Değerlendirme", 699. TTK m.1484/4'te aynı saikle zararın sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğunun sona ereceği ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu durum şu şekilde açıklanmıştır: "...sorumluluk sigortaları zarar sigortası niteliğinde olduğundan ve zarar da bir kez tazmin edileceğinden, zararın bir şekilde giderilmiş olması sigortacının sorumluluğunu da o oranda sona erdirir."

<sup>193</sup> Işıklar, *Atina Sözleşmesi*, 257; Karasu, "Değerlendirme", 699 vd.

kalmaya devam etmesi nedeniyle<sup>194</sup> zarar görenin akdi taşıyıcının sigortacısına başvurması durumunda, sigortacı ödediği tazminat için fiili taşıyıcıya rücu edebilecektir.

Sorumlulara karşı açılan bir davanın ya da başlatılan bir takibin söz konusu olması durumunda, halefiyet ilkesi gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat eden sigortacının dava veya takibe kaldığı yerden devam etme hakkı vardır (TTK m.1484).

Sorumluluk sigortasıyla, kendi kusuruyla bir zarara yol açan ya da kanunda kusursuz sorumluluğunun öngörüldüğü hallerde sorumluluğu gündeme gelen sigortalının malvarlığında oluşması muhtemel azalma güvence altına alınmaktadır. Yani zarara sebebiyet verenin bizzat sigortalının olduğu durumlar da bu sigorta ile himaye altındadır. Dolayısıyla sigortacının her ne kadar zarara sebep olan üçüncü kişilere karşı rücu hakkı olsa da kural olarak kendi sigortalısına rücu imkânı bulunmamaktadır<sup>195</sup>. TTK m. 1481 hükmünün kanunlaşmasından önceki taslağında sigortacının sadece sigortalıya değil zarar görene de halef olabileceği düzenlenmişti. Ancak bu düzenleme taslak metinden çıkarılmış ve kanunlaşan hükümde görüleceği üzere sigortacının sadece sigortalısına halef olabileceği kabul edilmiş ve sigortacının zarar görene halef olarak sigortalısına rücu edebileceğine ilişkin başka bir düzenleme de yapılmamıştır<sup>196</sup>. Bazı sorumluluk sigortası genel şartlarında bu eksiklik giderilmiş; yani sigortacının sigortalısına rücu edebileceği haller düzenlenmiştir<sup>197</sup>. Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m.95'te sigorta sözleşmesinden ya da buna ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması ya da miktarının azaltılması sonucunu doğuran hallerin zarar görene karşı ileri sürülemeyeceğini öngören hüküm TTK m.1484 ile uyum içindedir; buna karşın TTK'dan farklı olarak KTK'nın mezkûr maddesinin ikinci fıkrasında sigortacının tazminatın kaldırılmasını ya da azaltılmasını sağladığı oranda sigorta ettirene başvurabileceği düzenlenmiştir. KTK'da ve bazı genel şartlarda yer alan bu hükümler yasal düzenleme eksikliğini giderse de hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartlar mevcut değildir ve TSHK'da da buna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla çalışmamızın konusu olan sigorta sözleşmeleri açısından bu eksiklik devam etmektedir. Tarafların sözleşmeye koyacakları özel klozlarla rücu hallerini düzenlemesinin önünde bir engel bulunmasa da kanımızca bunun kanunda ya da en azından genel şartlarda düzenlenmiş olması gerekirdi. Öğretide de KTK'da yer alan ilgili düzenlemeden yola çıkılarak sigortacının, sigortalıya karşı edim yükümlülüğünden kurtulduğu fakat bunu zarar görene karşı ileri süremediği için zararı tazmin ettiği durumlarda, zarar görenin halefi olarak ödediği tazminat oranında sigortalıya rücu edebileceği kabul edilmektedir<sup>198</sup>. Dolayısıyla hava taşıyıcısının yaptıracağı zorunlu sorumluluk sigortasında da yukarıda zikredilen durumlarda sigortacının TBK m.62 uyarınca sigortalı taşıyıcıya, zarar görene ödediği tazminat oranında rücu edebileceğinin kabulü gerekir.

TTK m.1477'de sigortacının, sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirme durumunda meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Peki sigortacının bu durumu TTK m. 1484 hükmüne rağmen zarar görene ileri sürmesi mümkün müdür? Öğretide bir görüşe göre

<sup>194</sup> Bkz. Başlık III, A.

<sup>195</sup> Ayhan vd., *Sigorta*, 309; Kara, *Sigorta*, 316; Çeker, *Sigorta*, 257.

<sup>196</sup> Kızılsümer, *Halefiyet*, 46 vd.; Konfidan, *Sorumluluk Sigortası*, 280 vd.; Öğretide sigortacının, sigortalıya karşı ileri sürebildiği savunmaları zarar görene karşı ileri süremediği hallerde, sigortalıya karşı ifa yükümlülüğü olmamasına rağmen zarar görene ödeme yapmış olan sigortacının zarar görene halef olmak suretiyle sigorta ettirene rücu imkânı olması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Açıklamalar için bkz. Kızılsümer, *Halefiyet*, 47-48.

<sup>197</sup> Örneğin Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B. 7'de sigortacının sigortalıya rücu hakkı ayrıntılı düzenlenmiş ve sigortalının kastı ya da pervasızca bir hareketle zarara sebep olması rücu hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. Emine Yazıcıoğlu, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, ed. Samim Ünan/Emine Yazıcıoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 476-477 (Halefiyet); Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 713.

<sup>198</sup> Yazıcıoğlu, "Halefiyet", 475; Kızılsümer, *Halefiyet*, 50; Sopacı Öztuna, "İfa Yükümlülüğü", 712 vd. Buna karşın Karasu, TTK'da sigortacının, sigortalısına rücu hakkının tanınmadığını, dolayısıyla diğer kanunlarda aksine bir düzenleme olmadıkça sigortacının sigortalıya rücu etmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Karasu, "Değerlendirme", 700; Aynı yönde bkz. Çeker, *Sigorta*, 258.

sigortacının TTK m.1484 hükmü uyarınca bu savunmayı zarar görene karşı ileri sürmesi mümkün değildir<sup>199</sup>; dolayısıyla sigortalının, sorumluluğunu doğuran olaya kasten neden olması durumunda dahi sigortacı zarar görene tazminat ödemekle yükümlüdür. Buna karşın bir diğer görüşe göre, TTK m. 1477'de yer alan hükmün lafzından subjektif riziko istisnasının düzenlendiği, dolayısıyla sigortacının sözleşmenin kuruluşundan itibaren bu rizikoyu üstlenmediği anlaşılmaktadır<sup>200</sup>. Aynı görüşe göre, TTK m. 1484'te zarar görene ileri sürülemez hususlar sigortacının, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen ya da kısmen kurtulmuş olması ile sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, bu hüküm sigortacının edim yükümlülüğünün doğduğu ama bu yükümlülüğün sonradan ortadan tamamen ya da kısmen kalktığı durumlara işaret edilmektedir. Buna karşın subjektif riziko istisnası olarak düzenlenen TTK m. 1477'de sigortacının edim yükümlülüğü hiç doğmamıştır; dolayısıyla sigortacı, kasten olaya sebebiyet verildiği için ifa borcunun olmadığını zarar görene karşı ileri sürülebilir<sup>201</sup>.

Hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası açısından, taşıyıcının kasten sebebiyet verdiği olaylarda mevcut düzenlemeye göre sigortacı, sigortalı taşıyıcının yanında zarar görene karşı da ifa borcundan kurtulmaktadır. Bununla birlikte kanımızca mevcut düzenleme TTK m. 1484 hükmünün gerekçesi ile bağdaşmamaktadır. Gerekçede sadece KTK'da yer alan zorunlu trafik sigortası için öngörülen bu hükmün, zarar görenin menfaatinin öncelenmesi nedeniyle tüm zorunlu sorumluluk sigortalarını kapsayacak şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda ise tazminatı gerektiren olayın sigortalının kastı ile meydana gelmesi, sigortacının sigortalıya rücu sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir. Keza Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. B. 7'de de sigortalının kastı ya da pervasızca hareketi rücu hallerinden biri olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, mezkûr genel şartlarda kast, sigortacının sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden olarak değil, sigorta ettirene rücu edilebilecek bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası sözleşmesi açısından da aynı düzenlemenin getirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, olaya kasten sebebiyet verilmesi durumunda dahi sigortacının zarar görene ifa yükümlülüğü devam etmeli bununla birlikte bu durum rücu hallerinden biri olarak düzenlenmelidir<sup>202</sup>.

## VIII. Sigortacının Giderleri Karşılama Edimi

TTK m. 1474 hükmü uyarınca sigortalı hava taşıyıcısı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanır. Hükmün devamında sigorta bedelini aşan giderler için sözleşmede hüküm bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Makul giderlerin kapsamına hangi gider kalemlerinin girdiği açık değildir. Ünan, bu giderlerin yargılama giderleriyle sınırlı olmadığını; avukatlık

<sup>199</sup> Işıklar, *Atina Sözleşmesi*, 276.

<sup>200</sup> Kemal Şenocak, "Sorumluluk Konusu Olaya Kast Neden Olma (TTK m. 1477)", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, ed. Emine Yazıcıoğlu-Samim Ünan (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 173 (Kasten Neden Olma).

<sup>201</sup> Şenocak, "Kasten Neden Olma", 179; Aynı yönde bkz. Sopacı Öztuna, "Doğrudan Talep", 31.

<sup>202</sup> Aynı yönde bkz. "Kanımızca kast halinde dahi zarar gören üçüncü kişilerin korunması bakımından sigortanın devreye girmesi daha doğru bir çözümdür. TTK 1477'nin gerekçesi şu anlatımı içermektedir: "Sigortasına güvenerek vermiş olduğu zarar nedeniyle kendi malvarlığında herhangi bir azalma olmayacağından, sigortalı kasıtlı olarak zarar verebilir; bu ise kabul edilebilir bir sonuç değildir". Bundan çıkan sonuç, kastın sigorta teminatı dışında bırakılmış olmasının temel sebebi, sigortalının kasten vereceği zararlar bakımından korunmaması ve bu hallerde onun malvarlığına binecek olan tazminat yükünün sigortacıya devredilmemesi, sigortalı üzerinde kalmasının sağlanmasıdır. Kast verilen zararlar zarar görene ödeme yapan (daha doğrusu yasa gereğince buna zorunlu tutulmuş bulunan) sigortacı, sigortalıya rücu ederek, onunla olan ilişkisinde kastın sigorta teminatına girmediğini ileri sürebilecek ve buna dayanarak zarar görene ödediği tutan sigortalıdan geri isteyebilecektir. Bu çerçevede içinde hem zarar gören korunmuş olacak, hem de sigortalı bundan kazançlı çıkmayacaktır." Bkz. Samim Ünan- Başak Baysal, "Trafik Kazası Nedeniyle Destekten Yoksun Kalanların Araç İşletenin Sorumluluk Sigortacısına Yöneltilmiş İstemlerle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Ticaret Kanunu ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), 114-115.



ücreti, bilirkişilik ücretleri, uzman görüş, hukuksal görüş, teknik inceleme vb. giderlerin de bu kapsamda olduğunu kabul etmektedir<sup>203</sup>.

Bazı sorumluluk sigortası genel şartlarında hangi giderlerden sigortacının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Örneğin, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları B. 2.4'te "*Sigortacı karşı taraf lehine hükmedilen dava masrafları ile mahkemece hükmedilen karşı taraf avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminatına oranı dahilinde öder.*" şeklindeki düzenlemeye göre avukatlık ücreti ve dava masrafı sigortacı tarafından ödenecektir. İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m.1'de<sup>204</sup> ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları B.3.4'te<sup>205</sup> de benzer hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemelerde TTK m. 1474'te yer alan makul olma kriterinin avukatlık ücretleri ve dava masrafları şeklinde somutlaştığı görülmektedir. TTK m. 1474'e göre ise bu makul giderlerin sigorta bedeline dahil olduğu sonucu çıkmaktadır; zira maddede bedeli aşan giderlerin ödenmesi için sözleşmede hüküm bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna karşın bahsi geçen genel şartlarda sigorta bedelini aşan giderlerden de sigortacının sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Sigortacının bu giderlerden sorumluluğu, tazminatın sigorta bedelini geçmesi halinde sigorta bedelinin tazminatına oranı olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Bu düzenlemelere göre, sigorta tazminatının sigorta bedelini aşmadığı durumlarda sigortacı dava masraflarının ve avukatlık ücretinin<sup>206</sup> tamamından sorumlu olacak; tazminatın sigorta bedelini aştığı durumlarda giderlere, sigorta bedelinin tazminatına oranı uyarınca iştirak edecektir<sup>207</sup>. Mezkûr genel şartlarda yer alan düzenlemelere göre dikkat edilecek tek husus hükmolunan tazminatın sigorta bedelini geçip geçmediğidir. Tazminatın sigorta bedeline eşit olduğu durumlarda dahi makul sınırlar içinde kalan masrafların tümü sigortacıdan ayrıca istenebilecektir<sup>208</sup>.

Hava sigortalarına ilişkin genel şartlar mevcut olmadığı için sigortacının sigortalı hava taşıyıcısına yöneltilen istemlere ilişkin hangi giderlere hangi oranda katılacağı konusunda bir netlik söz konusu değildir. TTK m. 1474'e göre sigorta bedelini aşmayan makul giderlerden her halükârda sigortacı sorumludur. Bununla birlikte mevcut düzenlemeye göre, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmadığı durumlarda sigorta bedelini aşan giderlerin sigortacıya yöneltilmesi mümkün görünmemektedir.

Sigortacının makul giderlerden (yargılama giderleri) sorumlu olabilmesi için öncelikle sigortalı hava taşıyıcısının bunlardan sorumlu olması gerekir. Zira bu sigorta ile sigortalı hava taşıyıcısının sorumluluğunun mali yükü teminat altına alınmaktadır. Lahey Protokolü ile değiştirilen Varşova/Lahey Konvansiyonu m. 22/4'te ve Montreal Konvansiyonu m.22/6'da mahkemenin, ilgili maddede belirtilen

<sup>203</sup> Samim Ünan, "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Hukuksal Koruma Edimi", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, ed. Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 350 (Hukuksal Koruma Edimi).

<sup>204</sup> Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Sigortacı ayrıca bu sigorta ile ilgili olarak bir dava açılması halinde hükmolunan mahkeme masrafları ile avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse sigortacı, avukatlık ücreti dahil dava masraflarına, ancak sigorta bedeli nisbetinde iştirak eder.*"

<sup>205</sup> Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Sigortacı dava sonucuna göre yargılama giderlerini ve avukatlık ücretlerini genel hükümler çerçevesinde ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminatına oranı dahilinde öder.*"

<sup>206</sup> Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca ödenecek avukatlık ücreti makul kabul edilmelidir. Ünan, Hukuksal Koruma Edimi, 351.

<sup>207</sup> Alman hukukundaki düzenleme ile ilgili olarak bkz. Şenocak, *Sigorta*, 176, dn. 401.

<sup>208</sup> Ünan, Tıbbi Kötü Uygulama Zorunlu Sorumluluk Sigortası kapsamında istenilen yargılama giderlerine ilişkin şu yorumda bulunmuştur: "*TKUZSS B.3.4 f.k.1 yalnızca "tazminatın sigorta bedelini aşması" olasılığını düzenlemekte ve bu halde tazminat istemiyle ilgili masrafların da sigorta bedelinin (limitin) tazminat tutarına olan oranına göre ödeneceğini öngörmektedir. Buradan şu sonucu çıkarmak mümkündür: Sigorta limitine karşılık gelen hukuksal masrafların tamamı sigortacının sorumluluğundadır. O nedenle, ödenecek tazminat tutarının limit dahilinde (veya limite eşit) olduğu bütün hallerde, (makul sınır içinde kalan) masrafların tümü sigortacıdan ayrıca (tazminat tutarı ile masrafların toplamı limiti geçse ve sonuçta ödenecek toplam tutar bakımından limit aşımı meydana gelecek olsa dahi) tahsil edilebilecektir. Tek bakılacak olan husus tazminatın sigorta limitini geçip geçmediğidir."* Bkz. Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-6. Kitap: Sigorta Hukuku Cilt VII- Yargıtay Kararları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 355.

limitlerin, davacının yaptığı masrafların veya dava ile ilgili yapılan diğer masrafların bir bölümünün ya da tümünün ödenmesini karara bağlamasına engel olmayacağı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, her iki uluslararası düzenleme mahkeme masraflarını ya da dava ile ilgili diğer masrafları öngörülen sorumluluk limitinin dışında bırakmıştır. Yani mahkeme kendi hukukuna göre, tazminatın yanı sıra taşıyıcının, mahkeme masraflarını ve diğer yargılama giderlerini davacıya ayrıca ödemesine karar verebilecektir<sup>209</sup>. Bununla birlikte ilgili düzenleme iki istisnai hal öngörmüştür. Bu istisnai hallerin mevcudiyeti durumunda uluslararası sözleşmede yer alan sınırlar dikkate alınacak ve sınırları aşan masraflardan taşıyıcı sorumlu olmayacaktır<sup>210</sup>. Buna göre, taşıyıcının zararı doğuran olaydan itibaren altı ay içinde ya da altı aylık süre geçtikten sonra fakat dava açılmadan önce teklifte bulunması ve teklif edilen tazminat tutarının hükmolunan tazminatın üzerinde olması durumunda mahkeme masrafları ve dava ile ilgili diğer masraflar sorumluluk limitleri dahilinde ödenecektir. Buna göre öngörülen limitleri aşan yargılama giderlerinden taşıyıcı mesul değildir. Dolayısıyla bu durumda, sigorta sözleşmesinde sigorta bedelini aşan giderlerden sigortacının sorumlu olacağına dair özel hüküm olduğu hallerde dahi limitleri aşan giderlerden sigortacıyı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Zikredilen istisnai hallerin söz konusu olmaması ve hükmedilen tazminatın sigorta bedelini aşması durumunda sözleşmede özel hüküm olmadığı sürece sigortacı, limiti aşan giderlerden sorumlu değildir. Gelineen noktada tekrar belirtmek gerekir ki hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartların çıkarılmasına ve genel şartlarda bu hususların ayrıntılı düzenlenmesine ihtiyaç vardır. Zira mevcut düzenlemeye göre MSSHY m. 8’de öngörülen teminat tutarları, sigortacının TTK m. 1474 uyarınca iştirak etmesi gereken hukuki koruma masrafları için de üst sınır teşkil etmektedir<sup>211</sup>.

## IX. Görevli Mahkeme ve Arabuluculuk

### A. Sigortacıya doğrudan açılan davalarda

Görevli mahkemenin ve uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuğa elverişli olup olmadığının tespiti için öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira zarar gören üçüncü kişinin hava taşıyıcısının mali sorumluluk sigortacısına doğrudan açacağı dava ile sigortalı hava taşıyıcısının ve adamlarının açacağı davanın hukuki dayanağı farklıdır.

Sigorta korumasından faydalanması mümkün olan bütün kişiler, zarar gören üçüncü kişiler de dahil olmak üzere “sigorta tüketicileri” olarak kabul edilmektedir<sup>212</sup>. Bu bakımdan zarar gören üçüncü kişi tarafından açılacak tazminat davasında Tüketici Mahkemesi’nin görevli kabul edilip edilmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 3/1-1’de tüketici işlemi kavramını tanımlanmış ve sigorta sözleşmelerinin de bu kapsamda olduğunu açıkça düzenlenmiştir. İlgili hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.*” Hükümde açıkça sigortacı ile tüketiciler arasında bir hukuki işlemin mevcudiyeti aranmaktadır. Başka bir ifadeyle, tüketicinin bir tüketici işlemi tarafı olması gerekmektedir<sup>213</sup>. Dolayısıyla ilgili hüküm uyarınca, TKHK’nın uygulama alanı bulması için zarar gören üçüncü kişinin “sigorta tüketicisi” sıfatına sahip olmasının yanında bir de tüketici işlemine taraf olması aranmaktadır.

<sup>209</sup> Kırman, *Taşıyıcının Sorumluluğu*, 141.

<sup>210</sup> Gölcüklü, bu istisnai hallerin mevcudiyeti durumunda yargılama giderlerinden taşıyıcının sorumlu olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Gölcüklü, *Montreal Sözleşmesi*, 242. Kanımızca ilgili düzenlemeden taşıyıcının bu masraflardan sorumlu olmayacağı anlamı çıkmamaktadır. İlgili düzenlemelerde taşıyıcının sorumluluk limitini aşan masraflardan sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, öngörülen istisnai hallerde uluslararası sözleşmelerde öngörülen sorumluluk limitleri yargılama giderleri için de caridir.

<sup>211</sup> Şenocak, “Hava Aracı”, 79-80.

<sup>212</sup> Rayegan Kender, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, 8/2 (2011), 1 (Tüketici).

<sup>213</sup> Yeşilova Aras, *Doğrudan Dava*, 139.

Bununla birlikte zarar gören üçüncü kişi ile sigortacı arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir; bu ilişki bir edim ilişkisidir<sup>214</sup> ve kanundan (TTK) doğmaktadır<sup>215</sup>. Bu nedenle zarar gören üçüncü kişinin mali sorumluluk sigortacısına açacağı davada görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi değildir<sup>216</sup>. Zarar görenin doğrudan dava hakkı TTK hükümlerine dayandığı için bu dava TTK m.4/1-a uyarınca ticari bir davadır ve asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmektedir.

7155 sayılı ve 06.12.2018 tarihli Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanununun 20'nci maddesiyle TTK'ya 5/A maddesi eklenmiş ve buna göre ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Yukarıda izaha çalıştığımız üzere, zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı ikame edeceği dava ticari dava niteliğinde olduğundan dava şartının yerine getirilmesi için öncelikle arabuluculuk yoluna gidilmesi gerekmektedir<sup>217</sup>.

## B. Sigortalının sigortacısına rücu davalarında

Sigorta ettirenin, zarar görene tazminat ödedikten sonra kendi sigortacısına rücu etmesi mümkündür. Trafik sigortasına ilişkin Yargıtay'ın "*Sorumluluk sigortası ile ilke olarak sigorta ettirenin 3.kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararın giderilmesi için sigorta ettirenin mamelekindeki azalmayı önleme amacına yönelik olarak düzenlenir. Zorunlu mali mesuliyet sigorta sözleşmesinde de aynı ilke uyarınca, güvence altına alınan asıl menfaat sigorta sözleşmesini yaptıran motorlu araç işleticisi ve onun durumunda olanlardır. Bu nedenle trafik kazası ile 3.şahıslara zarar veren motorlu araç işleteni olan sigorta ettiren, zarar görenlere tazminat ödemesinde bulduktan sonra kendi sigortacısından sigorta limitleri ve koşulları içinde kalan ve gerçek zarara ilişkin bölümünü dava yoluyla isteyebilir.*"<sup>218</sup> şeklinde verdiği karar hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası için de caridir. Bu durumda sigorta ettiren hava taşıyıcısının, rücu davasını hangi mahkemede ikame edeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sigorta ettirenin tüketici sıfatını haiz olduğu durumlarda görevli mahkeme tüketici mahkemesidir (TKHK m.73/1). TKHK m.3/1-k'da tüketici, *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi* olarak tanımlanmıştır. Bu tanım uyarınca ticari amaçlarla hareket eden hava taşıyıcısının tüketici sıfatını haiz olmadığı açıktır. Zira TSHK m. 132'da mali sorumluluk sigortası, yurt içi ya da yurt dışı, yolcu, yük ve posta taşımları yapmaya yetkili kılınan taşıyıcılar için zorunlu kılınmıştır. Dolayısıyla zarar görene ödeme yapan sigorta ettirenin sigortalısına yönelteceği rücu davasında görevli mahkeme TTK m.4 uyarınca asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Sigortalı taşıyıcı, dava açmadan önce TTK m.5/A uyarınca önce arabuluculuğa başvurmak zorundadır.

## C. Halefiyetten doğan davalarda

Sigortacının, halefiyet hakkına dayanan davalar sigorta sözleşmesinden ya da TTK'da düzenlenen hususlardan kaynaklanan dava niteliğinde kabul edilmemektedir<sup>219</sup>. Bu sebeple zarardan sorumlu olan kişiye karşı sigortalının açacağı davada görevli olan mahkeme, halefiyete dayanan davada da görevli kabul edilmektedir<sup>220</sup>. Başka bir ifadeyle, sigortacının hukuki açıdan yerine geçtiği sigortalı, zarardan

<sup>214</sup> Yeşilova Aras, *Doğrudan Dava*, 140.

<sup>215</sup> Akkanat Öztürk, "Doğrudan Dava", 478.

<sup>216</sup> Kender, *Tüketici*, s. 26; Yeşilova Aras, *Doğrudan Dava*, 141; Akkanat Öztürk, "Doğrudan Dava", 487.

<sup>217</sup> Uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulması halinde arabuluculuk dava şartının yerine getirilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Akkanat Öztürk, "Doğrudan Dava", 489-491.

<sup>218</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1999/2336 (18 Mart 1999), <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/trafik-sigortasinda-sigorta-ettirenin-sigortacisina-rucu-hakki.htm>, (Erişim 3 Mayıs 2024).

<sup>219</sup> Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-6. Kitap: Sigorta Hukuku Cilt IV- Yargıtay Kararları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 143; Kara, *Sigorta*, 470.

<sup>220</sup> Konuya ilişkin 1944 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı şu şekildedir: "*Haksız bir fiil neticesinde zarar gören şahıs zararını o fiilin failine tazmin ettirebilir. Bu hususta açacağı davanın rüyet mercii asliye mahkemesidir. Mutazarrırın istikbali derpiş suretiyle haksız fiilin vukuundan önce bir sigorta şirketi ile uğraması melhuz zararların karşılanmasını temin edecek olan bir sigorta mukavelenamesi imza etmiş olmasıyla haksız fiil arasındaki münasebet sadece fiilin vukuu ile şirket için*

sorumlu olan kişiye karşı hangi hukuki sebebe dayanarak talepte bulunabilirse, sigortacı da aynı sebebe dayanacak ve görevli mahkeme bu sebebe göre belirlenecektir<sup>221</sup>.

Sigortacının kanuni halefiyet hakkına dayanarak açacağı davadan önce arabuluculuğa başvurmasının zorunlu olup olmadığı noktasında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>222</sup>. Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan “Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk” kitabında sigortacının halefiyet hakkının TTK’da düzenlenmiş olması nedeniyle halefiyete dayalı davanın mutlak ticari dava niteliğinde olduğu ve uyuşmazlığın hangi mahkemenin görev alanına girdiğinden bağımsız olarak zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu ifade edilmiştir<sup>223</sup>. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira kanuni halefiyet uyarınca sigortalının haklarına halef olan sigortacının açacağı davanın hukuki sebebi, sigortalının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu davanın hukuki sebebi ile aynıdır<sup>224</sup>. Yani sigortacının halefiyetten doğan talep hakkı sigorta sözleşmesinden kaynaklanmamaktadır. Davanın hukuki sebebi zarar sorumlusu ile sigortalı arasındaki ilişkiyi göre tespit edilir. Dolayısıyla sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki uyuşmazlık arabuluculuğa tabi ise halef sıfatına istinaden sigortacının açacağı dava öncesinde arabuluculuğa başvurması zorunlu olacaktır.

## X. Zamanaşımı

Hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan talep haklarının ne zaman zamanaşımına uğrayacağına ilişkin TSHK’da ve MSSHY’de bir düzenleme yapılmış değildir. Dolayısıyla uygulanması gereken zamanaşımı süresi TTK hükümlerine göre tespit edilmelidir. TTK m. 1420’de *sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler* için iki yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu süreler alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Hükmün devamında sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemlerin de altı yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Genel hüküm niteliğinde olan bu maddede üst zamanaşımı süresi altı yıl olarak

---

*bir tediyeye vecibesinin ortaya çıkmış olmasından ibarettir. Ticaret Kanununun 965 inci maddesiyle konulmuş bulunan esasa göre sigortacı poliçede yazılı olup da sigortalısına ödediği sigorta bedeli nisbetinde sigortalının yerine geçer. Bu bir kanunî halefiyettir. Binaenaleyh sigortacının haksız fiil failinin karşısına çıkması mutazarrır olan şahsa ödemiş olduğu miktar nispetinde dava külfetinden kurtarmış olduğu içindir. Hatta zararının tamamını sigortadan temin edememiş olan mutazarrırın şirketten aldığı bedelden fazlası için haksız fiil faili aleyhine dava ikame etmiş olması dahi mümkündür. Bu takdirde aynı menbada çıkan bir tek borcun bir kısmı hukuk mahkemesinde talep edilmiş olacaktır. İmdi, sigortacının, sigortacılık mutlak bir ticarî muameledir diye kanunî halefiyetine istinaden açacağı rücu davası için ticaret mahkemesinde dava ikame etmesi icap eder, denecek olursa, menşei, mahiyeti ve illeti aynı olan ve haksız fiil faili için tecezzisi mümkün bulunmayan bir borç için iki ayrı kaza merciinde birden dava açılabilmesi kabul edilmiş olur. Bu ise, kanuna ve hukuka uygun düşmez. Bu itibarla, sigortacının, sigorta poliçesinden münbais olmayıp kanundan aldığı bir salahiyyete istinaden ve haksız fiil sebebiyle alacaklı yerine kaim olarak hareket ettiği davada hukuk mahkemesine başvurması lazım geleceğine reylerin üçte ikisini geçen çoğunluğuyla 22/3/944 tarihinde karar verildi.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, K. 1944/9 (22 Mart 1944), www.lexpera.com.tr, (Erişim 5 Mayıs 2024).*

<sup>221</sup> Ünan, *Yargıtay Kararları*, 143; Kender, *Sigorta*, 413. Yargıtay, sigortalının tüketici sıfatını haiz olduğu bir davada, sigortacının açtığı halefiyete dayanan dava için tüketici mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Bkz. “Davacı, sigorta şirketi, halefiyet ilkesi gereğince sigortalısının yerine dava açmış olup, sigortalının evinde kullanmak için buzdolabı satın aldığı, sigortalı ile davalı arasında, 6502 sayılı Kanun kapsamında tüketici ilişkisi bulunduğu ve sigortalının tüketici olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” Yargıtay, 20. Hukuk Dairesi, K. 2016/8106 (21 Eylül 2016), www.lexpera.com.tr, (Erişim 5 Mayıs 2024). Yargıtay, sigortacının kanuni halefiyetine dayanan bir başka davada ise sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir: “Dava, işyerim paket sigorta poliçesinden kaynaklanan rücu tazminat istemine ilişkindir. HMK’nun 4.1-a maddesindeki düzenleme gereği kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalara bakmaya Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Davacının sigortalısı davalının kiracısıdır. Sigortalı ile davalı arasında kira ilişkisi söz konusudur. Davacı ... şirketi TTK’nun 1301. (1472) maddesine dayanan ve sigortalısına halef olarak iş bu rücu davasını açmış bulunmaktadır. Halefiyete dayalı sigorta rücu davasında, sigortacı halefiyet hukuku ilişkisi sebebiyle ancak selefinin sahip olduğu haklara sahiptir. Bu nedenle dava dışı sigortalı ile davalı arasında dava görülmesi olsa idi hangi mahkeme davaya bakmaya görevli ise davacı sigortacının da açacağı davaya bakmaya aynı mahkeme görevlidir. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında resen gözetilmesi gerektiğinden, görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesi olup mahkemece yanlışlıkla gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Yargıtay, 17. Hukuk Dairesi, K. 2016/2693 (3 Mart 2016), www.lexpera.com.tr, (Erişim 5 Mayıs 2024).

<sup>222</sup> Öğretilerdeki görüşler için bkz. Nurdan Orbay Ortaç, “Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Tazminat Davasından Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurunun Dava Şartı Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27/1 (2023), 163-165.

<sup>223</sup>Ufuk Tekin vd., *Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Ankara: Motif Matbaacılık, 2021), 229.

<sup>224</sup> Orbay Ortaç, “Halefiyet”, 166.

belirlenmişken; TTK m. 1482’de sorumluluk sigortaları için bu süre on yıl olarak kabul edilmiştir. İlgili hükümde sigortacıya yöneltilecek tazminat istemlerinin *sigorta konusu olaydan* itibaren on yılda zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Genel hüküm niteliğindeki TTK m. 1420’de üst zamanaşımı süresinin rizikonun gerçekleşmesiyle başlayacağı öngörülmüş iken; sorumluluk sigortaları için ise TTK m. 1482’de bu sürenin başlangıcı sorumluluğu doğuran olay olarak belirlenmiştir<sup>225</sup>. Bu durum sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleşme anı olarak kanun koyucunun benimsediği olay esası ile de uyumludur.

TTK m. 1486’da zamanaşımı süresine ilişkin TTK m. 1482 hükmüne aykırı sözleşme şartlarının geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Yani zamanaşımı süresi kanunda emredici olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tarafların rizikonun tayini için zarar ya da talep esasını kararlaştırmaları durumunda dahi zamanaşımı süresi sorumluluğu doğuran olay ile başlayacaktır. TTK m. 1420 genel hüküm niteliğinde olduğu için hükümde öngörülen iki yıllık zamanaşımı tüm sigortalar için uygulanacaktır<sup>226</sup>. Bu sebeple iki yıllık zamanaşımı taşıyıcının yaptıracığı mali sorumluluk sigortası için de geçerli olacaktır. Netice itibariyle bütün istemler, alacağın muaccel olmasından sonra iki yıl; sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri ise sorumluluğu doğuran olaydan itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar.

Mevcut düzenlemeye göre yukarıda açıkladığımız üzere sigortacıya yöneltilecek istemler için iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri geçerlidir. Bununla birlikte, kanımızca zarar görenin taşıyıcıya yönelteceği sorumluluk davası için TSHK’da öngörülen iki yıllık sürenin, zarar görenin hava taşıyıcısının sigortacısına doğrudan başvuru için de geçerli kabul edilmesi yerinde olacaktır. TSHK m. 131’de “*Sorumluluğa ilişkin dava, hava aracının varma yerine geldiği veya gelmesi gerektiği tarihten veya taşımanın durduğu tarihten itibaren iki yıl içinde açılmazsa tazminat talep hakkı düşer.*” şeklinde düzenlenen hükümde öngörülen iki yıllık süre zarfında sorumluluk davasının açılmaması taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaran hallerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>227</sup>. Hükümde herhangi bir üst zamanaşımı süresi öngörülmüş değildir. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması sigortacının da sorumlu olmayacağı anlamına gelir. Dolayısıyla TSHK’da taşıyıcıya yöneltilecek istemler için düzenlenen zamanaşımı süresinin sorumluluk sigortacısına yöneltilecek istemler için de cari olması isabetli olacaktır. Bununla birlikte TSHK’da bu sürenin “*hava aracının varma yerine geldiği veya gelmesi gerektiği tarihten veya taşımanın durduğu*” tarihten itibaren başlayacağı anlaşılmakta, buna karşın TTK’da bu süre genel hüküm niteliğindeki TTK m. 1420’e göre *muacceliyet tarihinden* itibaren, sorumluluk sigortaları için üst zamanaşımı süresinin düzenlendiği TTK m. 1482’ye göre *sigorta konusu olaydan itibaren* işlemeye başlayacaktır. Dolayısıyla TSHK’da ya da MSSHY’de yapılacak değişiklik ile bu karışıklığın giderilmesi, hava taşıyıcısına ve sorumluluk sigortacısına yöneltilecek talepler açısından aynı zamanaşımı süresinin belirlenmesi ve sürenin başlangıç tarihinin de her iki düzenlemeyle uyumlu hale getirilmesine ihtiyaç vardır<sup>228</sup>.

## **XI. Hava Taşıyıcısının Sigorta Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi**

TSHK m. 132’de sigorta yükümlülüğünü yerine getirmeyen hava araçlarının uçuştan menedileceği düzenlenmiştir. Bu maddeye istinaden çıkarılan MSSHY m. 7’de de sigorta yükümlülüğü yerine getirilmeyen hava araçları ile uçuş yapılması yasaklanmış ve sigorta poliçesi hava aracında bulunmadığı sürece uçuşun icra edilemeyeceği belirtilmiştir. Yine ilgili Yönetmelik’in “*Yaptırımlar*” başlıklı 10.maddesine göre sigorta yükümlülüğünü yerine getirmeyen hava aracının Türk hava sahasını

<sup>225</sup> Kender, sorumluluk sigortaları için zamanaşımı süresinin, zararın sonradan ortaya çıkması ihtimaline karşı, olaydan itibaren değil alacağın muacceliyetinden itibaren başlaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Kender, *Sigorta*, s. 387-388.

<sup>226</sup> Yazıcıoğlu-Şeker Öğüz, *Sigorta*, 177.

<sup>227</sup> Açıklamalar için bkz. Başlık IV, C.

<sup>228</sup> Örneğin; KTK m.109’da zarar görenin maddi tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı süresi, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları C.8’e göre sorumluluk sigortacısı için de geçerlidir ve zamanaşımının başlangıç süresine ilişkin ilgili düzenlemelerde yeknesaklık sağlanmıştır. KTK m.109’da öngörülen zamanaşımı süresinin KTK m. 100’de ihtiyarı mali sorumluluk sigortası için de geçerli olduğu düzenlenmiştir.

kullanmasına, havaalanlarına inişine ve uçuş halinde bulunmayan hava aracının kalkışına izin verilmeyecektir. Bunun yanında yükümlülüğe aykırı şekilde uçuş gerçekleştiren hava taşıyıcılarına idari para cezaları uygulanmaktadır. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelikte Yer Alan İdari Para Cezalarının Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ (2024/2)'de hava aracıyla yapılan taşımalarda yolcu, bagaj, yük ve posta mali sorumluluk sigorta yükümlülüklerine aykırı şekilde uçuşun gerçekleştirilmesi durumunda havacılık işletmesine verilecek idari para cezası 91.139 TL olarak güncellenmiştir<sup>229</sup>.

## Sonuç

TSHK'da hava taşıyıcısı, hava taşıma sözleşmesinden doğabilecek zararlardan dolayı yöneltilecek tazminat taleplerinin teminatı olmak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdür. Sigortacılık Kanunu m. 11'de sigorta sözleşmesinin içeriğinin Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği belirtilmiştir. Mevzuatımızda hava taşımacılığı için zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları mevcut değildir. Bu sigortanın hâlihazırda Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları İçin Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınmak suretiyle diğer mali sorumluluk sigortası genel şartlarının uyarlanması yoluyla yapıldığı görülmektedir<sup>230</sup>. Kanımızca bu büyük bir eksiklik ve bu sigorta türüne özgü genel şartların düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Hava taşıyıcısı sorumluluk sigortasının usul ve esaslarının belirlenmesi için çıkarılan ilgili yönetmelikte rizikonun ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Rizikonun tayini TTK'nın sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlerine göre yapılmaktadır. Bununla birlikte sorumluluk sigortalarında sorumluluğu sigortalanacak olan kişinin faaliyetine ve sıfatına göre sigorta ile amaçlanan himaye de değişiklik gösterir<sup>231</sup>. Dolayısıyla sorumluluk sigortalarının her bir türü için rizikonun ve gerçekleştiği anın genel şartlarla belirlenmesi gerekir. Hava taşıyıcısı sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartların çıkarılmasına rizikonun ve gerçekleştiği anın tespiti açısından da ihtiyaç vardır. Rizikonun ve gerçekleştiği anın en azından çıkarılan yönetmeliklerde belirlenmesi isabetli olurdu.

Çalışmamızın konusu olan sorumluluk sigortası açısından, sigortacının sigortalısına rücu edebileceği sebepler ne TSHK'da ne de ilgili Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Öğretide de bu konuda fikir ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere TTK m. 1484'e göre sigortacının, sigortalısına karşı ifa borcundan tamamen ya da kısmen kurtulduğu hallerde dahi zarar görene ifa borcu zorunlu sigorta bedeline kadar devam etmektedir. Ancak TTK'da zarar görene ifada bulunan sigortacının, sigortalısına rücu edebileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bazı sorumluluk sigortası genel şartlarında sigortacının sigortalısına rücu edebileceği hallerin ayrıntılı düzenlenmesiyle kanundaki bu eksiklik giderilmiş olsa da hava sigortaları açısından bu sorun devam etmektedir. Tarafların sözleşmeye koyacakları klostlarla sigortacının sigortalıya rücu edebileceği halleri düzenlemesi mümkün olsa da buna ilişkin yasal düzenlemenin olmaması büyük bir eksiklik. Dolayısıyla bu sigortaya ilişkin sigortacının, sigortalıya karşı kısmen ya da tamamen ifa borcundan kurtulduğu hallerin, sigortacının sigortalıya rücu edebileceği istisnai haller olarak açıkça düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Sigortacının zarar görene ifa yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 1484/2'de sigorta ilişkisinin sona ermesinin zarar görene karşı, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini ya da sona ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden itibaren bir ay sonra hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. TSHK'nın 132.maddesine dayanılarak çıkarılan MSSHY m.7'ye göre sigortacı sözleşmenin sonlandığını SGHM'ye

<sup>229</sup> Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelikte Yer Alan İdari Para Cezalarının Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ, *Resmî Gazete* 32414 (31 Aralık 2023).

<sup>230</sup> Bozkurt Bozabalı, "Sigorta", 138-139.

<sup>231</sup> Yazıcıoğlu, "Sempozyum", 445.

bildirmek durumundadır. Kanunda sigortacıya ayrıca sona ereceği tarihi bildirme hakkı tanınmışken, ilgili Yönetmelik'te bu bildirim hükmün lafzından sadece sona erdiği durumda yapılacağı anlaşılmaktadır. Sorumluluk sigortacısı açısından bu bildirim, zarar görene karşı sorumluluğunun ne zamana kadar devam edeceğini belirlemektedir. Zira TTK m.1184'te öngörülen bir aylık süre bildirimden sonra başlayacaktır. Dolayısıyla TTK sözleşmenin sona ermesinden önce sigortacıya, sona ereceği tarihi bildirme hakkı vererek, zarar görene karşı sorumluluğunun devam ettiği bir aylık süreyi sözleşmenin devamı esnasında başlatma imkânı vermektedir. Yönetmelik'te yer alan düzenlemeden ise bu sürenin sözleşme sona erdikten sonra başlayacağı anlaşılmaktadır. Netice itibariyle kanun ile yönetmelik arasındaki bu ikiliğin giderilmesine ihtiyaç vardır. Zorunlu sorumluluk sigortalarının ihdasında zarar görenin menfaatinin ön planda olduğu göz önüne alınırsa, Yönetmelik'te yer alan düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Yani sigortacı, sözleşme sona erdikten sonra yetkili mercilere durumu bildirmeli ve bir aylık sürenin sözleşme devam ederken başlamasının önüne geçilmelidir.

Ayrıca hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortasıyla ilgili zamanaşımına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. TTK'da öngörülen iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri hava taşıyıcısı mali sorumluluk sigortası kapsamında sigortacıya yöneltilecek talepler için de geçerlidir. Bununla birlikte kanımızca TSHK m. 131'de taşıyıcıya yöneltilecek sorumluluk davası için öngörülen iki yıllık sürenin, sigortacıya yöneltilecek istemler için de geçerli kabul edilmesi isabetli olacaktır. Neticede zarar görenin TSHK m. 131'de öngörülen süreye riayet etmemesi taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaracaktır. Sigortalı taşıyıcının sorumlu olması da sigortacının sorumluluğu açısından kanuni bir şarttır<sup>232</sup>. Fakat mevcut düzenleme, zarar görenin iki yıllık (TSHK m. 131) süreyi kaçırmaması durumunda, sigortalı taşıyıcıyı sorumluluktan kurtarıyor; sigortacının genel hükümlerdeki zamanaşımına tabi olması nedeniyle TSHK m. 131'de öngörülen süreden sonra dahi tazminat istemiyle karşılaşmasını mümkün kılmaktadır. Yine TSHK m. 131'de öngörülen zamanaşımı başlangıç tarihinin, sigortacıya yöneltilecek talepler için TTK'daki iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıç tarihinden farklı olması da karışıklığa yol açmaktadır. Netice itibariyle bu sigorta türüne özgü çıkarılması gereken genel şartlarda TSHK'daki düzenleme ile uyumlu bir zamanaşımı süresinin ve süre başlangıç tarihinin tayin edilmesi yerinde olacaktır.

<sup>232</sup> Acar, *Savunmalar*, 65.

## Kaynakça

- Acar, Serdar. "Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (2012), 733-748.
- Adıgüzel, Burak. "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Fiili Taşıyıcı Kavramı ve Fiili Taşıyıcının Sorumluluğu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71/2-3 (2013), 3-20.
- Akkanat Öztürk, Elif Beyza. "Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11/42 (2000), 471-498.
- Akkurt, Sinan Sami. *Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Arseven, Haydar. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1991.
- Atamer, Kerim. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 27/1 (2011), 21-106.
- Aydoğdu, Murat-Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- Ayhan, Rıza vd. *Sigorta Hukuku*. Gözden Geçirilmiş 6. Baskı. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2023.
- Bokareva, Olena. "The Meaning of "Accident" under the Montreal Convention in Light of CJEU". *Regulation of Risk, Transport, Trade and Environment in Perspective*, ed. A. Basu Bal vd. (Boston: Brill Nihoff, 2022), 157-184. [https://doi.org/10.1163/9789004518681\\_006](https://doi.org/10.1163/9789004518681_006)
- Bozkurt Bozabalı, Banu. "Havayolu ile Yolcu Taşımalarında Yolcunun Ölüm veya Cismani Zarara Uğraması Haline İlişkin Yapılacak Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası". *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2012), 121-149 (Sigorta).
- Bozkurt Bozabalı, Banu. *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013 (Sorumluluk).
- Canbolat, Ayşe Gül. *Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Çiğir, Selim. "Uluslararası Hava Yolu Taşımaya İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Antlaşma (Montreal Konvansiyonu)- Resmi Çeviri Üzerine Düşünceler ve Alternatif Bir Çeviri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69/2 (2020), 369-398.
- Çeker, Mustafa. *Sigorta Hukuku*. Adana: Karahan Kitabevi, 2016.
- Çöğen, Selçuk. "Varşova ve Montreal Konvansiyonları Çerçevesinde Havayolu Taşıyıcılarının Sınırlı Sorumluluğu Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu*, ed. İlyas Çeliktaş (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 117-126.
- Demirel, Duygu. "TTK m. 1259 Bakımından Deniz Araçları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının Kapsamı", *Legal Hukuk Dergisi* 15/177 (2017), 4379-4445.
- Deniz, İnci. "Varşova Konvansiyonu'nda Taşıyıcının Sorumluluğu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 50/1-4 (1984), 423-478 (Varşova).
- Deniz, İnci. "Yolculara Gelen Zararlardan Dolayı Varşova Konvansiyonu'nda Hava Taşıyıcısının Sorumluluğunun Şartları (1971 T. Guatemala değişikliğiyle birlikte)". *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* 13/16 (1996), 89-130, (Yolcu).



- Dinç, İnan Deniz. *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Ergün, Mevci. "Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi". *Yargıtay Dergisi* 10/4 (1984), 482-508.
- Erzurumluoğlu, Erzan. *Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2014.
- Gölcüklü, İlyas. *Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Günay M. Barış-Gençtürk Muharrem. "Hava Taşımacılığında Montreal Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinin İç Hukuka Etkisi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (2012), 793-806.
- Güner Özbek, Meltem Deniz. "Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması Havayolu ile Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve Türk Sivil Havaacılık Kanunu'nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 28/133 (2016), 325-372.
- Hacıömeroğlu, Abdulhamid Oğuzhan. *Sorumluluk Sigortasında Sigorta Himayesinin Kapsamı*. (Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.
- Hacıömeroğlu, Abdülhamit Oğuzhan. "Zorunlu Sorumluluk Sigortacısının Sonraki Sorumluluğu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 36/2 (2020), 165-192.
- Hızır, Serdar. "Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 86 (2009), 268-312.
- Işıklar, Güneş Karol. *2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yolu ile Yolcu Taşımalarında Zorunlu Sorumluluk Sigortası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- İşgüzar, Hasan. *Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu*. Ankara: Sözkesen Matbaacılık, 2003.
- Kahya, Mehmet. "Taşıyıcının Mali Sorumluluğu ve C.M.R. Sigortaları". *Reasürör* 36 (2001), 4-23.
- Kaner Deniz, İnci. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017 (Sigorta).
- Kaner, İnci. *Hava Hukuku (Hususi Kısım)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004 (Hava Hukuku).
- Kara, Hacı. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Karasu, Raif. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 6/4 (2015), 683-706.
- Karayalçın, Yaşar. "Yeni Tasarıda ve Umumiyetle Türk Hava Hukuku'nda Uçak Yolcuları Lehine Mecburi Kaza Sigortası". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/3 (1951), 519-554.
- Kender, Rayegan. "Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 8/2 (2011), 1-27 (Tüketici).
- Kender, Rayegan. "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler". *Sigorta Hukuku Dergisi*, Özel Sayı 1 (2005), 7- 28, (Taslak).
- Kender, Rayegan. *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021 (Sigorta)

- Kırman, Ahmet. *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Taşımlarda Taşıyıcının Sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Kızılsümer, Bahar. *Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Konfidan, Melisa. *Deniz Araçları Sorumluluk Sigortası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Kubilay İbrahim Atakan-Kubilay Huriye. "İnsansız Hava Araçları Üçüncü Şahıs Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile İlgili Gelişmelerin Değerlendirilmesi" *Sivil Havacılık Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, ed. Bilge Erson Asar, Kazım Sedat Sirmen ve Havva Karagöz (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 109-140.
- Kürşat, Zekeriya. "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmeleri Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 67/1-2 (2009), 143-166.
- Mertol, Can. *Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006.
- Misili, Sinan. *Hava Özel Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2021.
- Naboush, Eman. "Air Carrier's Liability for the Safety of Passengers during Covid-19 Pandemic". *Journal of Air Transport Management* 89 (2020), 1-9.
- Omağ, Merih Kemal. "Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı". *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2003, 253-262 (Zenginleşme).
- Omağ, Merih Kemal. "Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlara Genel Bir Bakış". *Zorunlu Sigortalar Paneli*". İstanbul: Özdil Basımevi, 1993 (Mecburi).
- Omağ, Merih Kemal. "Türk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 Tarihli Belçika Kara Sigortası Mukavelesi Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları". *Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (1975-2016) Makaleler- Tebliğler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, (Sorumluluk).
- Orbay Ortaç, Nurdan. "Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Tazminat Davasından Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurunun Dava Şartı Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/1 (2023), 151-171.
- Özdamar, Mehmet. *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2009.
- Ridanovic, Berin. "Liability of Airport Operator for Damage in International Carriage of Cargo". *Representation Issue*, 2019, 1-10. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395292>
- Roberts, Mark Wilcox. "An Extension of the Warsaw Convention's Protection: Julius Young Jewellery Mfg. Co. v. Delta Airlines". *North Carolina Journal of International Law* 5/3 (1980), 497-506.
- Sarıhan, Banu Bilge. "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Bir Kural Olarak Tehlike Sorumluluğu". *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/1 (2014), 1177-1195.
- Sipoz, Atila. "The Liability of the Air Carrier for Damages and the State of Health of Air Passenger". *Hungarian Journal of Legal Studies* 61/1 (2020), 85-112.

- Sopacı Öztuna, Birgül. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1484. Maddesine Göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18/2 (2012), 699-723, (İfa Yükümlülüğü).
- Sopacı Öztuna, Birgül. "Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 27/2 (2011), 15-50, (Doğrudan Talep).
- Sözer, Bülent. "Hava Yolu ile Yapılan Milletlerarası Taşımalarda Yolcunun Ölümü veya Yaralanması Sonucunda Doğan Zararlardan Taşıyıcının Sorumluluğu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 9/3 (1978), 765-818 (Yolcu).
- Sözer, Bülent. "Havayolu ile Yapılan Taşımalarda Yolcunun Maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat Talepleri". *Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu*, ed. İlyas Çeliktaş (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 91-98 (Sempozyum).
- Sözer, Bülent. "Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerin Göre Taşıyan ve İşletenin Sorumluluğu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 12/4 (1984), 3-86, (Sorumluluk).
- Sözer, Bülent. *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009 (Sözleşme).
- Şenocak, Kemal. "İnsansız Hava Aracı İşleteninin Sorumluluğu ve Sigortalanması". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 36/2 (2020), 43-82 (Hava Aracı).
- Şenocak, Kemal. "Sorumluluk Konusu Olaya Kasten Neden Olma (TTK m. 1477)". *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, ed. Emine Yazıcıoğlu-Samim Ünan. 173-179. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018 (Kasten Neden Olma).
- Şenocak, Kemal. *Mesleki Sorumluluk Sigortası*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000 (Sigorta).
- Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt 2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tek, Gülşah Sinem. *Ulaşım Araçlarının İpoteği*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Tekin Ufuk vd. *Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk*. Ankara: Motif Matbaacılık, 2021.
- Thalin, Cristoffer. *The Air Carrier's Liability for Passenger Damages*. İsveç: Lund Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2002.
- Uluğ, İlknur. "Sigorta Hukukunda Riziko Kavramı ve Bu Kavramdaki Değişiklikler". *Türkiye'de Sigorta Hukuku'nun Sorunları ve Geleceği Sempozyumu*. 308-349. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, 3.
- Ülgen, Hüseyin. *Hava Taşıma Sözleşmesi*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.
- Ülgener, M. Fehmi. *Çarter Sözleşmeleri I Genel Hükümler ve Sefer Çarteri Sözleşmesi*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Ünan, Samim-Baysal, Başak. "Trafik Kazası Nedeniyle Destekten Yoksun Kalanların Araç İşletenin Sorumluluk Sigortacısına Yöneltilmiş İstemlerle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi". *Ticaret Kanunu ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-6. Kitap: Sigorta Hukuku Cilt IV- Yargıtay Kararları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-6. Kitap: Sigorta Hukuku Cilt VII- Yargıtay Kararları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Ünan, Samim. "Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Hukuksal Koruma Edimi". *Sigorta Hukuku Sempozyumları*. ed. Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu. 347-383. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018 (Hukuksal Koruma Edimi).

Yeşilova Aras, Ecehan. *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı* (TTK m. 1478). Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Yazıcıoğlu, Emine-Şeker Öğüz, Zehra. *Sigorta Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

Yazıcıoğlu, Emine. "Sorumluluk Sigortalarında Riziko". *Sigorta Hukuku Sempozyumları*. ed. Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu. 423-466. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018 (Sempozyum).

Yazıcıoğlu, Emine. "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyeti". *Sigorta Hukuku Sempozyumları*. ed. Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018 (Halefiyet).

### **Mahkeme Kararları**

Yargıtay, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu. K. 2009/541 (18.11.2009). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1990/963 (16 Şubat 1990). *Yargıtay Kararları Dergisi*, 16/ 6 (1990), 870-872.

Yargıtay, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K. 2019/4279 (8 Nisan 2019). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2003/218 (14 Ocak 2003). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1975/2547 (7 Nisan 1975). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2014/310 (8 Ağustos 2014). *Yargıtay Kararları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 30/1 (2014), 222-223.

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2000/9075 (20 Kasım 2000). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2020/3560 (22 Eylül 2024). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/2613 (26 Şubat 2015). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2015/11962 (12 Kasım 2015). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2008/11944 (25 Ekim 2008). [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1984/5886 (28 Kasım 1984), [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 2003/3146 (1 Nisan 2003), [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, K. 1944/9 (22 Mart 1944), [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, K. 1999/2336 (18 Mart 1999), <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/trafik-sigortasinda-sigorta-ettirenin-sigortacisina-rucu-hakki.htm>

Yargıtay, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, K. 2016/8106 (21 Eylül 2016), [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Yargıtay, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K. 2016/2693 (3 Mart 2016), [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi, *Evangelinos v. Trans World Airlines, Inc.*, 550 F.2d 152 (3d Cir. 1977), bkz. <https://casetext.com/case/abu-hamde-v-american-airlines-inc>

Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi, *Abu Hamdeh v. American Airlines, Inc.*, 862 F. Supp. 243 (E.D. Mo. 1994), bkz. <https://casetext.com/case/abu-hamde-v-american-airlines-inc>

Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi, *Buonocore v. Trans World Airlines, Inc.*, 900 F.2d 8 (2d Cir. 1990), <https://casetext.com/case/buonocore-v-trans-world-airlines-inc>

## Mevzuat

Hava Yolları Devlet İşletme İdaresi Teşkilatı Hakkındaki Kanun (Kanun No. 2186). *Resmî Gazete* 2411 (27 Mayıs 1933). Erişim 27 Şubat 2024.

[https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc012/kanuntbmmc012/kanuntbmmc01202186.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc012/kanuntbmmc012/kanuntbmmc01202186.pdf)

Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Kanun No. 5866). *Resmî Gazete* 27200 (14 Nisan 2009). Erişim 27 Şubat 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/04/20090414-14.htm>

Şikago'da 7 Aralık 1944 Tarihinde Akit ve İmza Edilmiş Olan Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması ile Sivil Havacılık Geçici Sözleşmesi ve Bunların Eklerinin Onanması Hakkında Kanun (Kanun No: 4749). *Resmî Gazete* 6029 (12 Haziran 1945). Erişim 26 Şubat 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6029.pdf>

Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları için Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 30136 (27 Temmuz 2017). Erişim 11 Kasım 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/07/20170727-1.htm>

SK, Sigortacılık Kanunu. *Resmî Gazete* 26552 (14 Haziran 2007). Erişim 15 Kasım 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070614-2.htm>

Hava Ulaşımını Kolaylaştırma Yönetmeliği. *Resmî Gazete* 28734 (13 Ağustos 2013). Erişim 16. Aralık 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/08/20130813-2.htm>

Hava Taşıyıcıları ve Hava İşleticileri için Sigorta Koşulları Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü. 785/2004 (21 Nisan 2004). Erişim 10 Şubat 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004R0785>.

ÜŞMSGŞ, Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları. (6 Nisan 1959). Erişim 15 Aralık 2023. [https://www.tsb.org.tr/content/Legislations/Ucuncu\\_Sahıslara\\_Karsı\\_Mali\\_Mesuliyet\\_Sigortası\\_Genel\\_Sartları.pdf](https://www.tsb.org.tr/content/Legislations/Ucuncu_Sahıslara_Karsı_Mali_Mesuliyet_Sigortası_Genel_Sartları.pdf)

Türkiye'de Faaliyet Gösteren Hava Araçları için Yolcu, Bagaj, Yük ve Posta Mali Sorumluluk Sigortası Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik. *Resmî Gazete* 30970 (6 Aralık 2019). Erişim 17 Aralık 2023. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191206-1.htm>

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Tarafından Verilecek İdari Para Cezaları Hakkında Yönetmelikte Yer Alan İdari Para Cezalarının Yeniden Değerlendirilmesine İlişkin Tebliğ, *Resmî Gazete* 32414 (31 Aralık 2023). Erişim 8 Mayıs 2024. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/12/20231229M2-22.pdf>

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Elektronik Seçimin Yasal ve Politik Boyutu: Uluslararası Uygulama Örnekleri

### *Legal and Political Aspects of Electronic Elections: International Practice Examples*

Meliha Naz Dağ<sup>1\*</sup>   
Eyüp Burak Ceyhan<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,  
Hukuk Pr., Ankara, Türkiye,  
melihanazdag6@gmail.com

<sup>2</sup> Doç. Dr., Bartın Üniversitesi, Mimarlık  
ve Tasarım Fakültesi, Bilgisayar  
Mühendisliği Bölümü, Bartın, Türkiye,  
eyupburak@gmail.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding

Geliş Tarihi/Received: 11.03.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 14.06.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Öz:** Dünya düzeni her geçen gün değişmektedir. Bu değişime pek çok etken destek olmakla birlikte en fazla katkıyı teknoloji sağlamıştır. Teknoloji, var olan düzen içerisinde kendisine gösterilen yeri doldurmaya çalışırken aynı zamanda sistemin değişimine de ön ayak olmuştur. Sistemin çarklarından biri olarak görev üstlenen kamuda da teknoloji sayesinde geleneksel yollar izleyerek yaptığı pek çok usul ve esastan oluşan işlemlerini dijital ortama taşıma şansı elde etmiştir. Bu dijitalleşme, yöneten konumda olan modern devletle yönetilen insan unsurunun karşılaşması olarak nitelendirilebileceğimiz seçimlere de yön vermiştir. Küreselleşen dünyada modern devlet, demokratik atılımlarından biri olan seçimi gerçekleştirmekte zorlanmasıyla birlikte devletler kâğıt temelli oy pusula sisteminden yavaş yavaş vazgeçerek elektronik seçime adım atmaya başlamıştır. Bu çalışmada yeni düzende kullanılmakta olan ve kullanımı farklı ülkelerde de düşünülmekte olan elektronik seçim uygulamalarından bahsedilmektedir. Bu kapsamda konu ile ilgili yapılan çalışmaların bibliyometrik analizine yer verilmekte olup elektronik seçimin yasal ve politik boyutu ile uluslararası alanda elektronik seçim uygulamalarına çalışmada değinilmektedir. Çalışmanın sonunda sonuç ve öneriler aktarılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Elektronik Oylama, Elektronik Seçim, İnternette Oylama, Dijital Dönüşüm, Blockchain, Güvenlik

**Abstract:** The world order is changing day by day. Although many factors supported this change, technology contributed the most. Technology, while trying to fill the place shown to it in the existing order, has also pioneered the change of the system. Thanks to technology, the public sector, which acts as one of the wheels of the system, has had the chance to transfer many of its procedures and principles, which it has done by following traditional methods, to the digital environment. This digitalization has also shaped the choices that we can define as the encounter between the modern state, which is in the governing position, and the human element that is governed. In the globalizing world, as the modern state has difficulty in realizing the election, which is one of its democratic breakthroughs, states have gradually abandoned the paper-based ballot system and started to step into electronic elections. In this study, electronic election practices that are being used in the new order and which are being considered in different countries are mentioned. In this context, bibliometric analysis of the studies on the subject is included, and the legal and political dimensions of electronic election and electronic election practices in the international arena are mentioned in the study. At the end of the study, conclusions and recommendations are presented.

**Keywords:** Electronic Election, Electronic Voting, Online Voting, Digital Transformation, Blockchain, Security

### Extended Abstract

The world order is changing day by day. Although many factors support this change, technology, which is a structure developed as a result of the efforts of humanity, has made the most contribution. While trying to fill its place in the existing order, technology has also paved the way for the change of the system. In everyday life, technology has formed the basis for many things we use, both in our private

**Cite as (ISNAD):** Dağ, Meliha Naz – Ceyhan, Eyüp Burak. "Elektronik Seçimin Yasal ve Politik Boyutu: Uluslararası Uygulama Örnekleri". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1) (2024), 327-350. <https://doi.org/10.56701/shd.1451247>

and public lives. The state, which enables modern society to live in peace and order, carries out many activities, the most important of which is bureaucracy. Carrying out an automatic sequence of operations in bureaucratic activities leads to a loss of time in crowded societies and prolonged transactions. The public sector, which acts as one of the system's wheels, has the chance to digitize its operations, which consist of many procedures and principles that it carries out in traditional ways, thanks to technology, as in many other fields. This digitalization has also shaped elections, which can be described as the encounter between the modern state and the position of governing and the governed human element. Elections have long been an institution that has gained a place in society, but in the last few centuries, they have become an institution that everyone has the right to use. Most of the world, the state's people are elected through elections. From the earliest times, states have opted for the classical paper-based voting system, ending the process of manual counting and the physical storage of ballots. In the globalizing world, as the modern state struggles to carry out elections, which we can call one of its democratic breakthroughs, states have gradually abandoned the paper-based ballot system and stepped into electronic voting. The steps taken in electronic voting can be listed historically as electronic vote recorders, lever machines, punch cards, electronic voting with optical ballots, electronic voting with a direct registration system, and electronic voting over the Internet. Many countries use electronic voting systems today, and Estonia is one of the countries that use them best. Estonia is developing its use more and more. There are people from many different walks of life who see the advantages of this system. In addition to the benefits of electronic voting systems, there are also disadvantages. One of the main disadvantages is the security and confidentiality problem of elections, and solutions to this disadvantage are being developed; the Mercuri method, the Chaum method, and the biometric-based method are among these solutions. Blockchain technology can be used to create a basis for solution proposals, and many studies are trying to establish the basis of this technology. The electronic electoral system plays a role in large part in the election process before, during, and after the election. It also has individual and social benefits. Each country should consider its dynamics if a general usage area is to be achieved. Otherwise, countries cannot fully realize the rights they give to their citizens on paper. States need to take new steps to achieve this so that this system, which is considered to be used, can be put on a much more comfortable ground and continue with this use with more confident steps. This study mentions electronic electoral systems, which are being used in the new order and whose use is being considered in different countries. In order to make our subject more understandable, graphics, pictures, figures, and tables have been added to our work. A bibliometric analysis of the studies conducted worldwide is included in this context. The Web of Science was used in the study to form the analysis. The bibliometric analysis aims to ensure that people who want to study in this field will have a much more comprehensive knowledge of the studies on this subject in a certain period, in a particular region, by the desired criteria. Under the legal and political dimension of electronic voting, we seek answers to questions about the conditions and circumstances to which states should adapt if an electronic electoral system is likely to find an application area. In the international arena, electronic electoral practices are discussed in terms of countries in our study, and it tries to reveal how this system has started to be carried out in selected countries and how it has been continued. It also presents data on whether it is used in some other countries. In the conclusions and recommendations section at the end of the study, thoughts are given in light of the data obtained within the scope of our research.

## **Giriş**

Yönetilen insan unsurunun devletle olan bağı güçlendirmek ve bu bağı kalıcı hale getirebilmek için kullanımına başvurulmuş seçim, günümüz dünyasında demokrasinin olduğu ülkelerin temel yapı taşlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Seçimler, Antik çağda bir grup zümre tarafından kullanılabilen bir yükümlülükken uzun bir süredir hak olarak sistemin içerisinde yer almaktadır. Tarihsel olaylarla



birlikte dönüşüme uğrayan seçim, günümüz modern devletlerin pek çok özelliğini oluşturmuştur<sup>1</sup>. Seçimler farklı özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar gizli oy, serbest oy ve açık sayım şeklinde örneklendirilebilir. Bu öğelerden herhangi birinin eksikliği demokrasinin varlığına ters düşmektedir<sup>2</sup>.

Teknolojinin günlük hayattaki kullanım alanlarının artması ve o alanlardaki gelişimiyle birlikte fiziksel şekilde yaptığımız bazı özel veya kamu işlemleri elektronik ortama taşınmıştır. Bu süreçte devletlerde de bir dönüşüm gerçekleşerek maddi ve manevi kayıplara neden olan usule dayalı bürokrasiden kurtulmaya yönelik adımlar atılmaya başlanmıştır. Buna en iyi örnek, ülkemizde kullanıma sunulmuş olan “e-devlet” uygulaması verilebilir. Bu dönüşümde “klasik” olarak adlandırdığımız elle sayımı yapılan kâğıt temelli seçim sistemi de kendisini “e-seçim” (elektronik seçim) gibi bir değişimin içerisinde bularak yerini elektronik veya internet temelli seçim sistemine bırakmaya doğru yol almaya başlamıştır<sup>3</sup>. Bu değişimin gerekçelerine elektronik sistemin çok yönlü avantajlarını gösterebilirken, seçim sürecinde yaşanabilecek zaman kaybı ve mali yükümlülüklerine ek olarak geçtiğimiz yıllarda yaşanan COVID-19 pandemisi sürecindeki gibi bir salgın hastalık durumuyla ya da Şubat 2023 depremlerinden etkilenen bireylerin yaşadığı ulaşım ve barınma sorunlarının yaşanmasının önüne geçilebileceğini düşünmek mümkün olabilir.

İnsanların ürettiği teknolojinin elektronik konumu, mevcut yapılarla birleştirilmesi ve gelişiminin devam ettirilmesi sırasında sağladığı avantajları sayesinde hayatımıza dahil olan elektronik temelli sistem (“e” sistem), alanlara göre farklı açıklamalara konu olmaktadır. Elektronik seçim de bu alanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak bakıldığında elektronik seçim, teknolojinin seçimlerde kullanım alanı bulması ve cihazların yazılım ve donanımlarında teknolojinin işlevsel hale getirilmesidir. Elektronik seçimin çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu türlerin ayrımı, kullanırken ortaya çıkan iki temel teknikten dolayı ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri seçim koordinatörleri tarafından belirlenen oy kullanma merkezlerine seçmenlerin giderek oy kullanmalarını sağlayan elektronik seçim (e-seçim) iken, diğeri seçmenlerin bulunduğu yerden internet aracılığıyla oy kullanmalarını sağlayan internet temelli seçimdir (i-seçim)<sup>4</sup>. Belirlenen merkezlerde kullanılan elektronik oyda sisteme erişim sadece belirlenen merkezde bulunur ve diğer bölgelerle veri paylaşımında kullanılır; i-seçimin bütün aşamalarında ise sisteme erişim internet üzerinden gerçekleşmektedir<sup>5</sup>.

Elektronik seçim, kamu veya özel sektör fark etmeksizin oylamanın kullanıldığı hemen hemen her yerde kendine kullanım alanı elde edebilecek bir sistemdir, kullanımının başladığı dönemden bu yana elektronik seçime yardımcı olan elektronik oylama, teknolojik ilerlemelerin gelişim kaydetmesi ve elektronik seçimlerde kullanılacak cihazların yenilenmesi sonucunda değişim ve dönüşüm süreçlerinden geçmiştir.

Elektronik seçimin gerçekleştirilebilmesi için kullanılan elektronik oylama türlerine tarihsel sıralaması dikkate alınarak bakıldığında aşağıdaki türler dikkat çekmektedir.

**A. Elektronik Oy Kayıt Cihazı (Electronic Vote-Recorder):** 1869’da ABD meclisindeki oylamalar için Thomas Edison’un çalışmaları ile hayata geçirilen bu sistem, “evet” ya da “hayır” şeklinde iki seçenekten birinin seçilmesiyle oy hakkı olan kişilerin oy kullanımını sağlamaktadır. E-seçimin ilkel

<sup>1</sup> Şükrü Nişancı ve Abdülkadir Özdemir, “Türkiye’ de ve Dünyada Seçim Kavramı ve Olgusunun Gelişimi”, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy 46 (2019), 73.

<sup>2</sup> Sadık Tokmakoğlu, “Elektronik Seçim (E-Seçim) Sistemi Kullanan Ülkeler ve Türkiye’de Uygulama Önerisi”, *TURAN-SAM* 15, sy 57 (2023),163.

<sup>3</sup> Veysel Erol, “Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye’de Elektronik Seçim Sistemi”, *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2021), 430-431.

<sup>4</sup> Melda Akın, “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik, Deneyimler ve Türkiye için Öneriler”, *Istanbul University Econometrics and Statistics e-Journal*, sy 3 (2006), 37; Deniz Çetinkaya ve Orhan Çetinkaya, “E-Seçim Uygulamaları için Gereksinimler ve Tasarım İlkeleri” (XI. Türkiye’de İnternet, Ankara, 2006), 113-115.

<sup>5</sup> Bihterin Vural Dinçkol ve Alper Işık, “Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, sy 2 (2019): 718-721.

olarak adlandırabileceğimiz zamanından günümüze geldiğinde, bu sistemin şu anda kullanılan sistemlerin atası olarak adlandırılması mümkündür <sup>6</sup>.

**B. Lever Makineleri:** 1892 yılında New York'taki seçimlerde uygulamaya sunulmuştur<sup>7</sup>. Mekanik bir işleyişi olan bu makineler, kol sistemiyle çalışmaktadır. Kolun çevrilmesiyle oyun kullanıldığı bu sistemde pusula kullanımına yer verilmemiştir. Makineye yerleştirilen kilitler sayesinde mükerrer oy kullanımlarının önüne geçilmektedir. Oy sayımı görevlilerce kolun çekilmesiyle kaydedilen "sayaçları" okumakla bitmektedir <sup>8</sup>.

**C. Delikli Kartlarla Elektronik Seçim:** Seçmen, kendi oy pusulasında delik açar ve bu işlem için tasarlanmış cihazlara delik açılmış pusula yerleştirilerek oyunu kullanmış sayılır. Bu cihazları özel firmalar üretmektedir. Bu cihazın piyasaya sürülen çeşitleri "votomatic (oy matik)" ve "datavote (veri oyu)" olarak iki çeşidi bulunmaktadır. İlk cihazda delme işini seçmen kendisi görürken, ikinci cihaz ise hem delme hem temizleme işlemlerini görmektedir <sup>9</sup>. Oyun doğru bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı denetlenememektedir <sup>10</sup>.

**D. Optik Oy Pusulalarla Elektronik Seçim:** Sayım aşamasında teknolojinin kullanıldığı bu sistemde, seçme hakkını kullanacak kişi oyunu pusulada delik açarak belirlemekte ve sandığa koymaktadır. Kullanılan oyun sistem tarafından geçerli sayılması, o oyun seçimlerde yasal oy olarak kullanılmasını sağlamaktadır. Oyların sayımı sisteme bağlı olarak istenilen yerde tarayıcı tarafından yapılır. Pusula üzerindeki işaretlemelerin doğru bir şekilde yapılması gerekmekte olup aksi durum oyun geçersizliğine yol açmaktadır <sup>11</sup>.

**E. Doğrudan Kayıt Sistemi ile Elektronik Seçim (DRE):** Bilgisayar temelli kullanımıyla ilk elektronik seçim cihazı olan DRE, Telciler' in <sup>12</sup> deyimi ile "ATM" benzeri bir yapıya sahiptir. Seçmenler oy haklarını kullanabilmek üzere sisteme gerekli bilgilerle giriş yapmaktadırlar. Oyunu kullanan seçmenin tercihi sisteme kaydedilmektedir. Seçim gününün bitmesiyle oyların sayımına başlanmaktadır. Bu sistemin avantajı olarak geçersiz ya da yanlış kullanılan oyları engellemesi gösterilebilir. Bu sistemde kayıt tutulmamaktadır. Dolayısıyla cihazın sistemsel bir arızası olması halinde seçim için bir sorun oluşturmaktadır <sup>13</sup>. Bu soruna getirilebilecek çözümlerden biri, oyun kullanılması sonrasında makbuz verilen veya verilmeyen şeklinde sistemin iki kullanımı olmasıdır. Makbuz kullanımı herhangi bir sistemsel arıza halinde oy sayımında kullanılabilir <sup>14</sup>. Ama bu durumda seçimde olması gereken bir özellik olan oyun gizliliği tehlikeye girmektedir. Bu cihazların açık kaynak kullanımının olması seçimlerin güvenilirliği için gerekmektedir <sup>15</sup>.

**F. İnternet Üzerinden Elektronik Seçim:** İ-seçim olarak da adlandırılmakta olan bu sistem, herhangi bir elektronik seçim merkezine gitmeden seçmenlerin isteyerek buldukları bir konumda, oylarını internet üzerinden bir site aracılığıyla kullanabilmelerini sağlamaktadır <sup>16</sup>. Oyun kullanımının güvenli olarak sağlanabilmesi için birtakım hazırlık aşamalarından da geçilmesi söz konusu

<sup>6</sup> Nizamettin Aydın, "Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, sy II, (2022), 717.

<sup>7</sup> Selçuk Dinçer, "E-Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması", (Konya: T.C. Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 59.

<sup>8</sup> Aydın, "Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi", 718.

<sup>9</sup> Coşkun Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, sy 2 (2017), 111.

<sup>10</sup> Aydın, "Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi", 719.

<sup>11</sup> Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", 111.

<sup>12</sup> Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", 110.

<sup>13</sup> Murat Şahin, "Elektronik Seçim Modellerinin Analizi ve Bir Model Önerisi" (İstanbul: Beykent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005), 5.

<sup>14</sup> Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri", 110.

<sup>15</sup> Vural Dinçkol ve Işık, "Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği", 720-721.

<sup>16</sup> Vural Dinçkol ve Işık, "Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği", 719-721.

olabilmektedir <sup>17</sup>. Böylelikle birden fazla oy kullanımının da önüne geçilebilmiş olmaktadır. İnternet üzerinden elektronik şekilde oy kullanmanın zaman, maliyet, kolaylık gibi avantajları bulunmasına rağmen bu sistem, seçmenlerin mahremiyet alanını işgal etmesi gibi sorunlara kapı aralamaktadır <sup>18</sup>. 1960'lardan itibaren elektronik seçimlerin dünyadaki ilk uygulamaları görülmeye başlanmıştır. Hindistan, Brezilya ve ABD bu uygulamaya çok öncesinde adım atan ülkelerdir. Elektronik kullanımıyla ülke genelinde ilk elektronik seçim uygulamasını kullanan 1996'da Brezilya olurken, internet tabanlı kullanımıyla ilk kez ülke genelinde uygulanmasını sağlayan 2004'te Estonya olmuştur. 2000'li yıllardan sonra oluşan koşullar elektronik seçimin daha da popülerleşmesine olanak sağlamıştır. Bu popülerleşme ile birlikte de elektronik seçim sürecinde vatandaş ve devlet arasındaki gizlilik ve güvenliğin korunması açısından araştırma ve çalışmalara konu olduğu ifade edilebilir. Elektronik seçimlerde oluşan bazı aksaklıklar ve sorunlar sistemin kullanılmasına engeller koymuş olmasına rağmen kullanımının gelişen teknoloji ile zorunluluğunun oluşması, sorunların çözümüne odaklanılmasını gerek kılmış ve sistemin gelişimine katkı sağlamıştır <sup>19</sup>. 28 Mayıs 2023 tarihinde ikinci tura kalan T.C. Cumhurbaşkanlığı seçiminin tamamlanmasının ardından Yüksek Seçim Kurulu (YSK) Başkanı Ahmet Yener'in bir açıklamasında elektronik seçim uygulamasının bir sonraki genel seçimlerde kullanılabilmesinden söz etmesi, ülkemizde de elektronik seçimlere dair çalışmaların olduğuna bir işarettir <sup>20</sup>.

Uygulamanın işleyişine bakıldığında seçme hakkını kullanacak kişilerin kayıtlarını kontrol etme, sistemde oyun kullanılması, kullanılan oy sonuçlarının neticelendirilmesi ve oyların arşivlenmesi olarak genel çerçevelerden oluşmaktadır. Güvenliğin sağlanabilmesi için hazırlık aşamasının da kullanılması gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu aşamalara ek olarak farklı yaklaşımlara göre çeşitli aşamaların da eklendiği görülmektedir <sup>21</sup>. E-seçim; seçim öncesi, seçim esnasında ve seçim sonrası yapılacak işlemleri de kapsayabilir.

Bu çalışma, gün geçtikçe kullanımı artan elektronik seçimler hakkında bilgi edinmek isteyenlerin genel bir bilgi sahibi olmasını amaçlamaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde bu konu hakkında Web of Science'da (WoS) taranan çalışmaların bibliyometrik analizlerine yer verilmektedir. İkinci bölümde elektronik seçim hakkında genel bir çerçeveden söz edilmekte olup üçüncü bölümde elektronik seçimin dünyadaki örneklerinden bahsedilmektedir. Son bölümde ise sonuç ve öneriler aktarılmaktadır.

## I. Bibliyometrik Analiz

Belli bir dönemde, belli bir bölgede, belirlenen bir konuda yapılan çalışmaları istenilen kriterlere uygun şekilde grafik, tablo ya da şema halinde çıktılar sağlayan veri analizine bibliyometrik analiz denmektedir.

Bu bölümde Web of Science (WoS) sitesinde arattığımız "*e-voting or electronic voting or internet voting*" anahtar kelimelerinden oluşan kriterlerle Bibliometrix uygulaması kullanarak veri analiz edilmiştir. Arama kriterlerinde belge türü makale ve çalışmaların dili İngilizce seçilmiştir. Web of Science'da yapılan aramada tarih aralığı 2013-2023 yıllarını kapsamaktadır. 2024 yılının Bibliometrix uygulamasında yapılan bibliyometrik analizde kullanılmamasının sebebi, 2024 yılının henüz ortalarında olmamızdan dolayı verinin 2024 yılı için doğru grafikler üretemeyecek olmasıdır.

Bu bölümde genel bilgi tablosu, makalelerin yıllara göre dağılımı, en çok atıf alan ülkeler, küresel boyutta atıf alan çalışmalar, en ilişkili kurumlar, en ilgili yazarlar, kaynakların dinamikliği, trend konular,

<sup>17</sup> Telciler, "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri",111.

<sup>18</sup> Aydın, "Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi", 722; Erol, "Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye'de Elektronik Seçim Sistemi", 428.

<sup>19</sup> Selin Demirbilek Ayyıldız, "Güvenli Elektronik Seçim İçin Sır Paylaşım Şemalarının Uygulanması" (Edirne: T.C. Trakya Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 5.

<sup>20</sup> TRT, "Türkiye Elektronik Seçime Hazırlanıyor" (Erişim 28 Temmuz 2023).

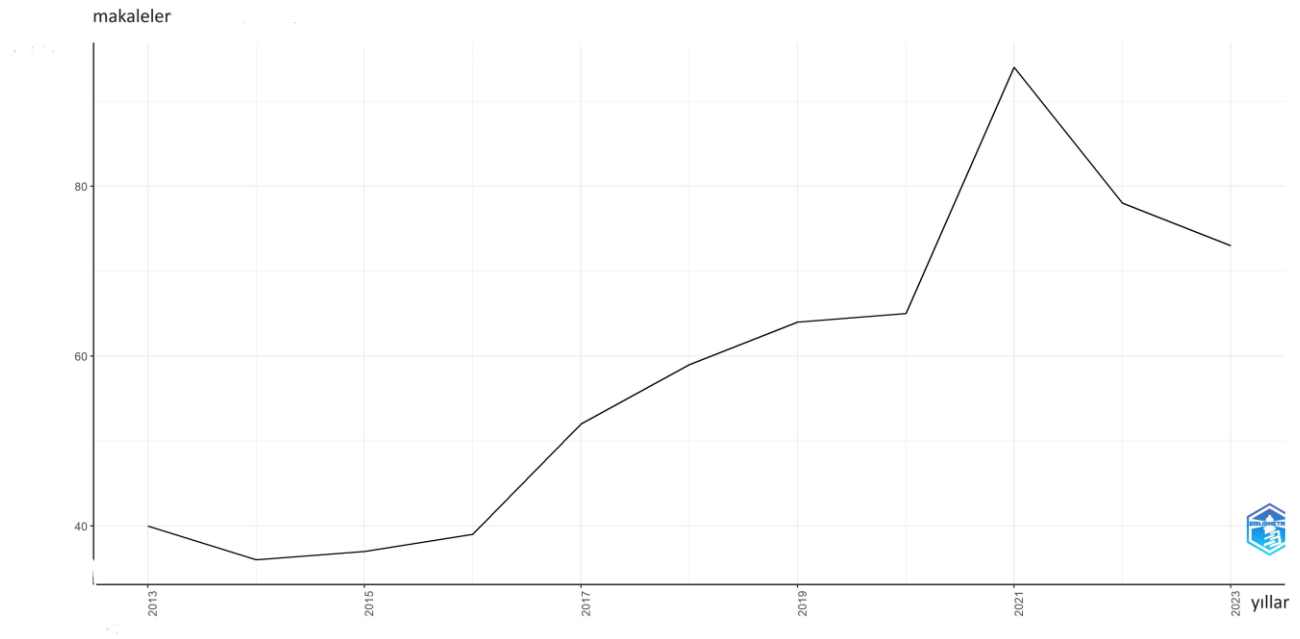
<sup>21</sup> Latif Anıl Büyükbaskın, "Blokzincir Tabanlı E-seçim Sistem Önerilerinin Güvenlik ve Mahremiyet Analizleri" (İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 34-69.

kelimelerin zaman içindeki sıklığı grafikleri ile çalışmalarda en çok tekrar eden anahtar kelimeler şemasına yer verilmiştir.



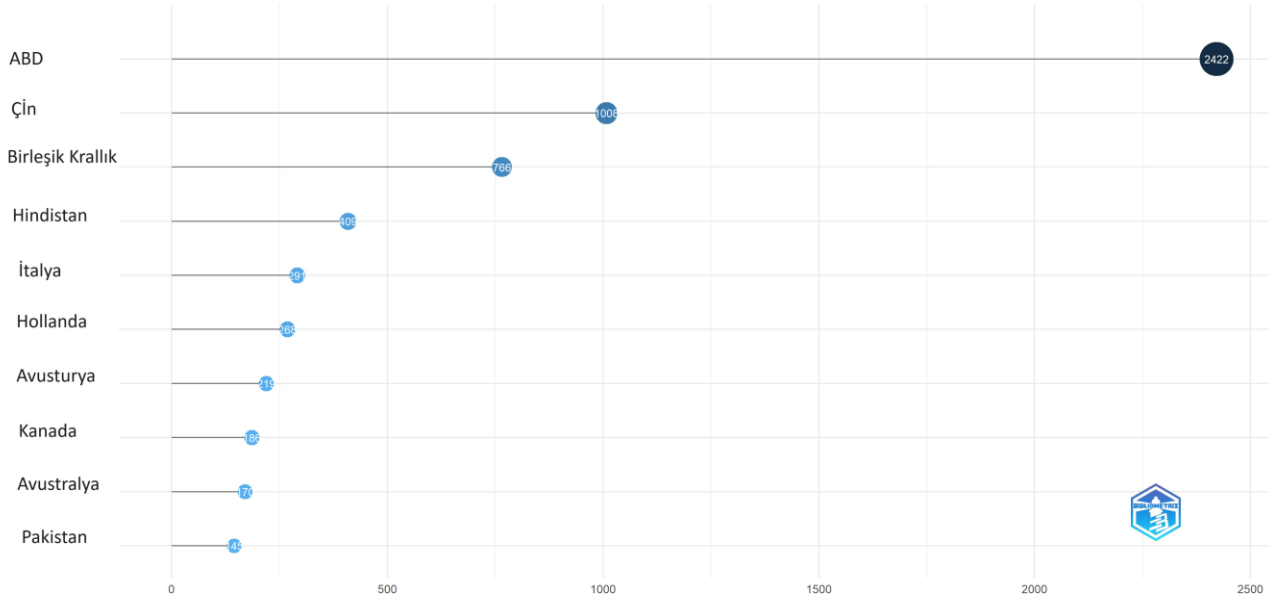
Şekil 1. Genel bilgi tablosu.

Şekil 1’de 2013-2023 yılları arasındaki dönemi kapsayan analize ait genel bilgi tablosu sunulmuştur. 2567 yazar tarafından, 348 kaynaktan yayınlanan 637 çalışmaya yer verilmiştir. Seçilen konunun yıllık büyüme oranı %6,2 iken çalışmaların ortalama yaşı 5,11’dir. Bu çalışmalara gösterilen referans sayısı 20179’dur.



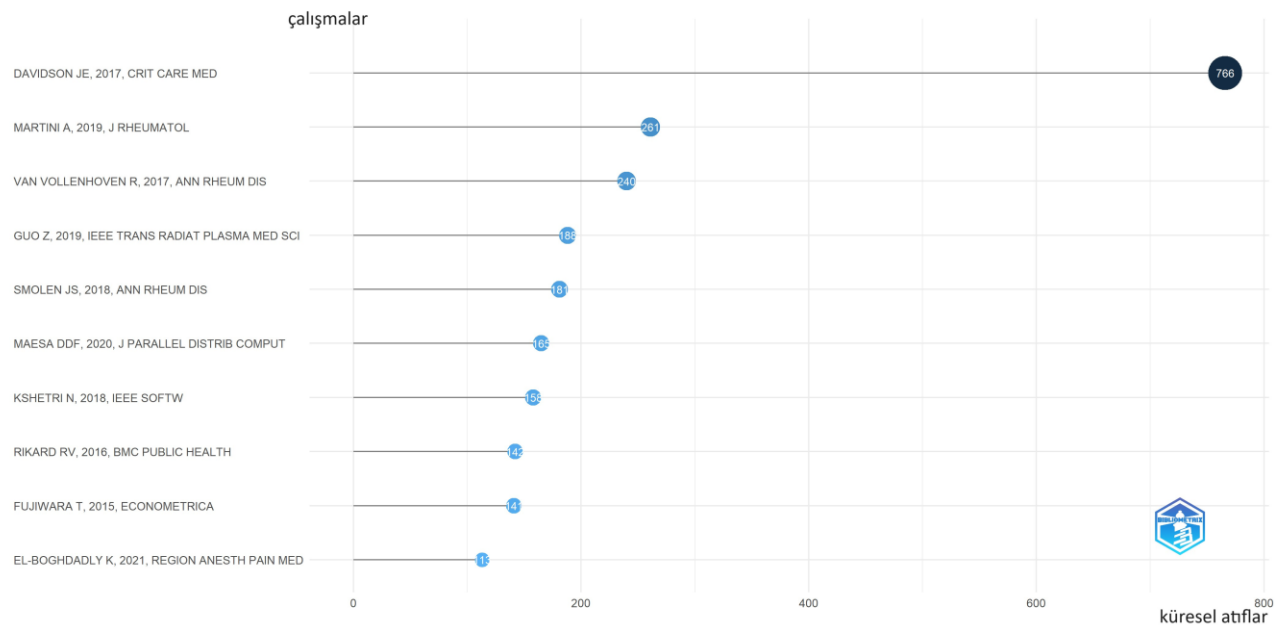
Şekil 2. Makalelerin yıllara göre dağılımı.

Şekil 2’de makalelerin yıllara göre dağılımı gösterilmiştir. Buna göre çalışılan konu hakkında 2013-2023 yıllarında farklı sayılarda çalışma yapılmıştır. En az çalışma 2014 yılında 36 iken en fazla çalışma 97 makale ile 2021 yılında yapılmıştır. 2015 ve 2021 yılları arasında çalışma sayılarında sürekli bir artış görülmüştür ancak 2022 ve 2023 yıllarında çalışmalarda azalma görülmüştür. 2019-2021 yılları arasında görülmekte olan artış, COVID-19 pandemisinde gerçekleşen şartların klasik seçim sistemlerinin uygulanmasına izin vermemesiyle alternatif seçimlere yönelime duyulan ihtiyacı karşılamaya yönelik çalışmalar olduğu düşünülmektedir.



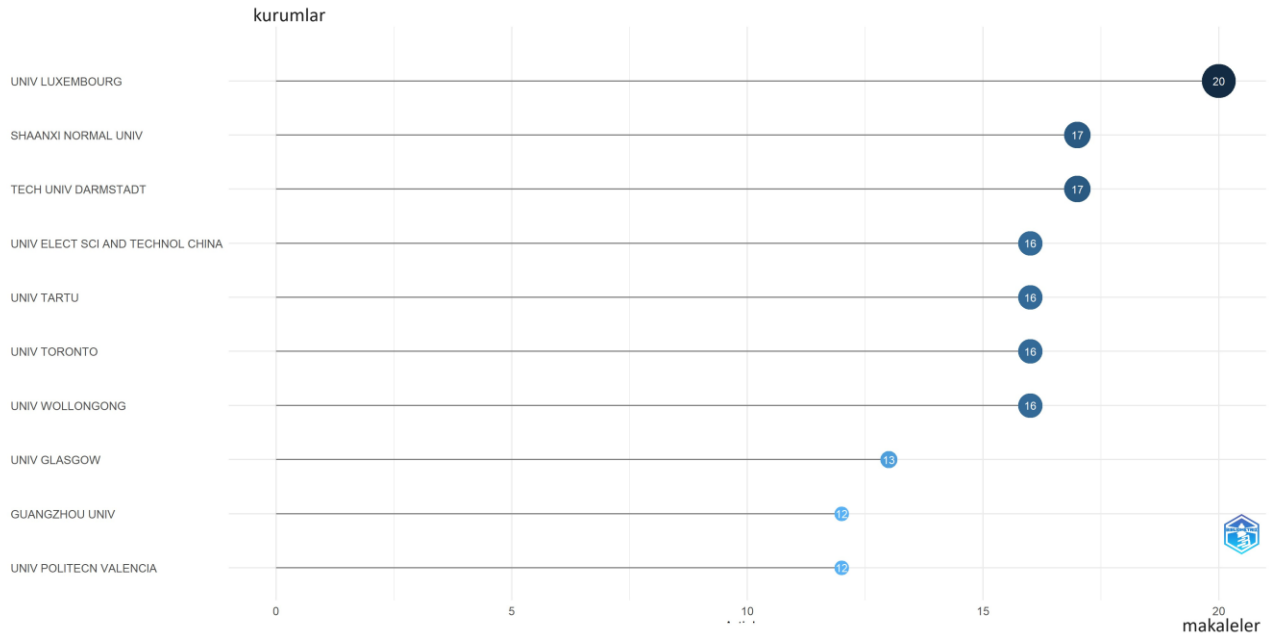
**Şekil 3.** En fazla atıf alan ülkeler.

Şekil 3’de, çalışılan konu ile ilgili çalışmalarda en fazla atıf yapılan ülkeler görülmektedir. Buna göre ABD 2422 atıf ile diğer ülkelerden daha yüksek sayıda atıf almıştır. ABD’yi sırasıyla Çin (1008), Birleşik Krallık (766), Hindistan (409), İtalya (291), Hollanda (268), Avusturya (219), Kanada (186), Avustralya (170) ve Pakistan (145) izlemektedir.



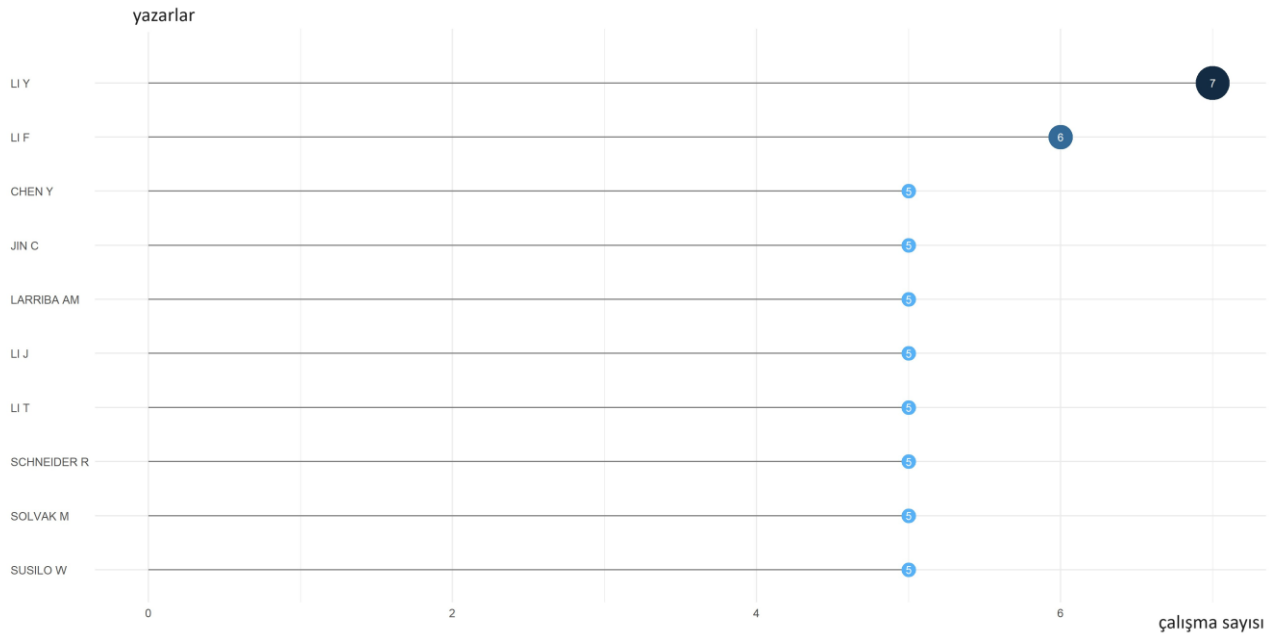
**Şekil 4.** Küresel boyutta en fazla atıf alan çalışmalar.

Şekil 4’de, küresel çapta en fazla atıf alan çalışmalar listelenmiştir. Bu doğrultuda Davidson Je’nin 2017 yılındaki çalışması 766 adet atıf ile en çok atıf alan çalışma iken onu 2019 yılında yayınlanan Martini A’nın çalışması 261 atıf ile takip etmektedir. Bu çalışmaları sırasıyla Van Vollenhoven R (240), Guo Z (188), Smolen Js (181), Maesa Ddf (165), Kshetri N (158), Rikard Rv (142), Fujiwara T (141) ve El-Boghdadly K (113) atıf ile takip etmektedir.



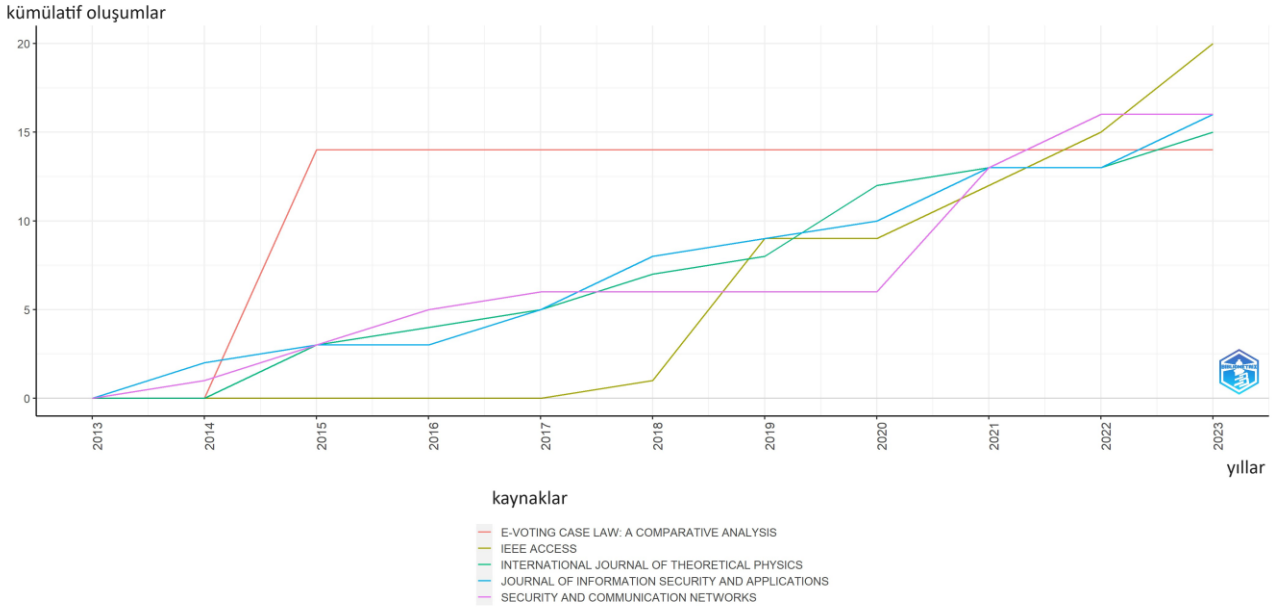
**Şekil 5.** En ilişkili kurumlar.

Şekil 5’de ilgili konu hakkında en fazla araştırma yapan kurumlar görülmektedir. Bu veriler ışığında liderliği 20 çalışma ile Luxembourg University üstlenmektedir. Bu kurumları sırasıyla Shaanxi Normal University (17), Darmstadt Technol University (17), Elect Sci and Technol China University (16), Tartu University (16), Toronto University (16), Woolongong University (16), Glasgow University (13), Guangzhou University (12) ve Politecn Valencia University (12) izlemektedir.



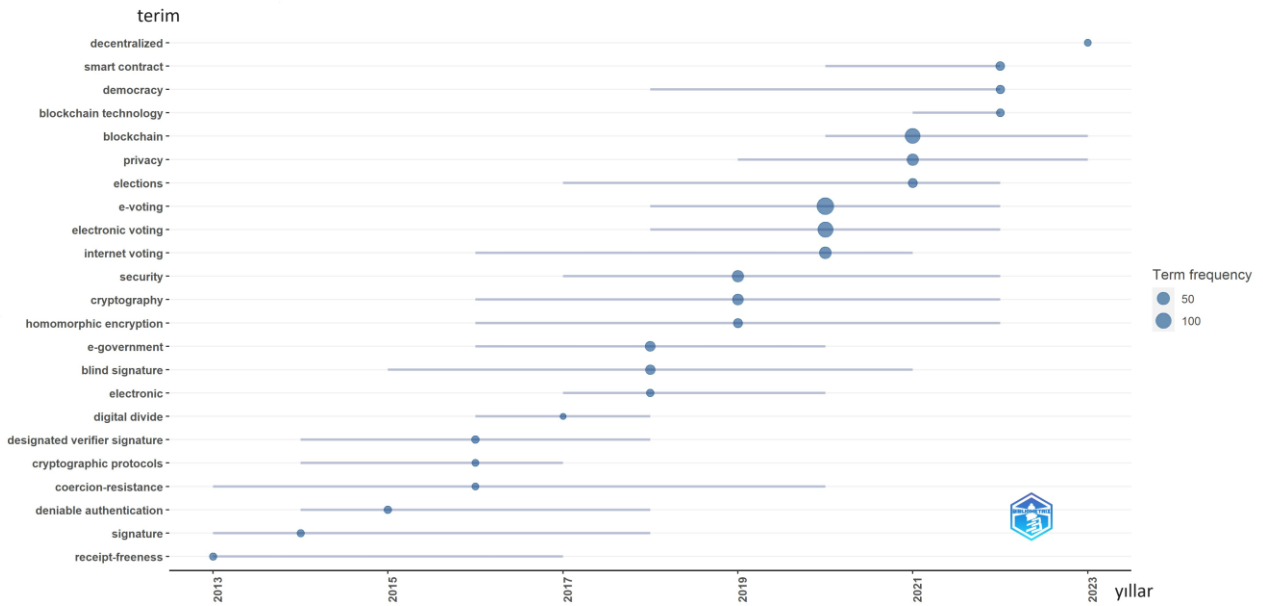
**Şekil 6.** En ilgili yazarlar.

Şekil 6’da ilgili konuda en fazla yayın yapan ilk on yazara yer verilmiştir. Buna göre yazarlardan Li Y 7 adet çalışma ile en fazla sayıda niceliksel katkıda bulunmuştur. Li F 6 çalışma sayısı ile ikinci sıraya yerleşirken Chen Y, Jin C, Larriba Am, Li J, Li T, Schneider R, Solvak M ve Susilo W her biri 5 adet çalışma ile üçüncü sırayı paylaşmaktadır.



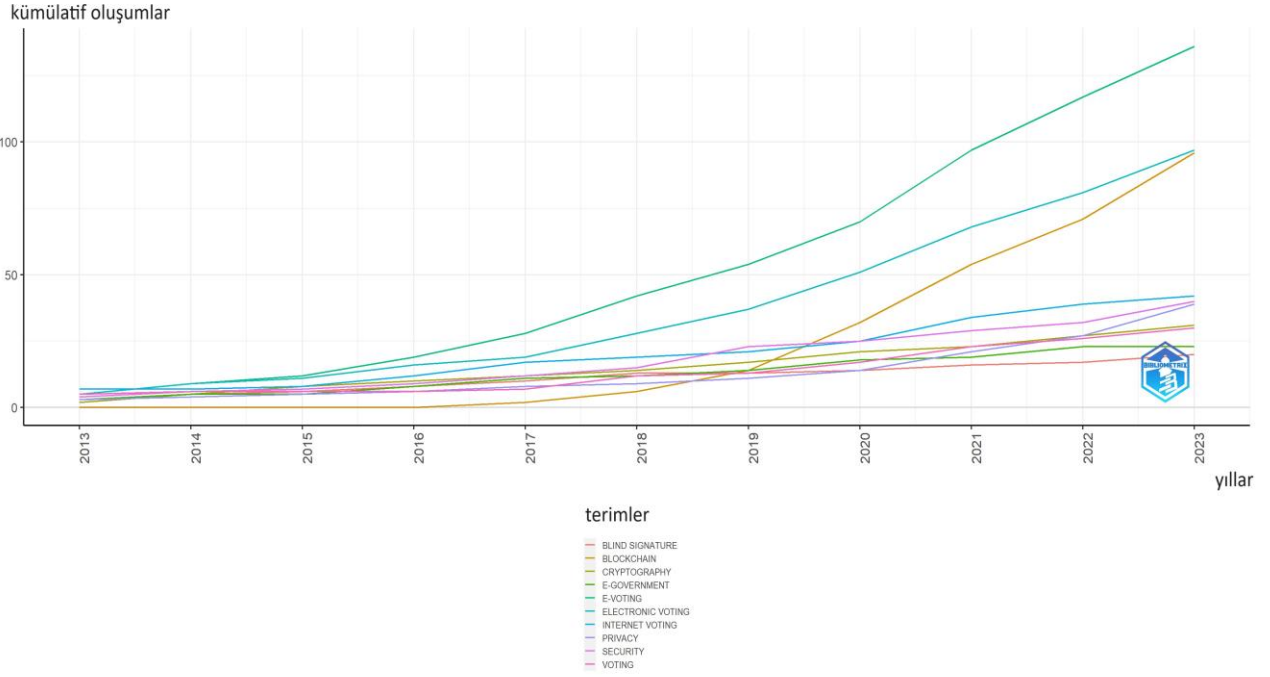
**Şekil 7.** En fazla yayına sahip dergiler.

Şekil 7’de, literatürde ilgili konuda en fazla yayına sahip ilk altı derginin zaman içerisindeki kümülatif yayın sayılarına yer verilmiştir. IEEE Access Dergisi’nde 2017 yılına kadar bu konu hakkında hiçbir çalışma yayınlanmamıştır, ancak o tarihten itibaren bu konu hakkında yapılan çalışmaların giderek yayınlanmasıyla birlikte 20 çalışma ile grafiğin birinci sırasına yükseldiği görülmektedir. Diğer dergilerin de kümülatif yayın sayılarının birbirine yakın olduğu anlaşılmaktadır.



**Şekil 8.** Trend konular.

Şekil 8’de, ilgili alanda 2013-2022 yılları arasındaki çalışmalarda popüler olarak kullanılan terimlerin kullanım sıklığına yer verilmektedir. 2013-2014 yıllarında faturasızlık, imza; 2015-2016 yıllarında reddedilebilir kimlik doğrulama, zorlama direnci, kriptografik protokoller, belirlenmiş doğrulayıcı imza; 2017-2018 yıllarında dijital bölünme, elektronik, kör imza, e-devlet; 2019-2020 yıllarında homomorfik şifreleme, kriptografi, güvenlik, internetten oylama, elektronik oylama, e-oylama; 2021-2022 yıllarında seçimler, mahremiyet, blockchain, blockchain teknolojisi, demokrasi, akıllı sözleşme; 2023 yılında ise merkezi olmayan terimi bu konuda sıklıkla çalışılan konular olmuştur.



**Şekil 9.** Terimlerin zaman içindeki sıklığı.

Şekil 9’da ilgili konuda yazarlar tarafından en sık kullanılan on terimin yıllara göre kullanım sıklığına yer verilmektedir. Bu grafikte 2013-2023 yılları arasındaki kümülatif artışlar dikkate alındığında en sık kullanılan terim 136 kez tekrar edilen “e-oylama” olarak göze çarpmaktadır. E-oylama terimini sırasıyla elektronik oylama, blockchain, internetten oylama, güvenlik, gizlilik, kriptoloji, oylama, e-devlet ve kör imza terimleri izlemektedir.

Grafikte, 2019 yılından itibaren blockchain teriminin yazarlar tarafından kullanımında hızlı bir artış yaşandığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak, elektronik seçimin beraberinde getirdiği güvenlik problemlerine bir çözüm olarak blockchain teknolojisinin çalışmalara eklendiğini söyleyebiliriz.



**Şekil 10.** Çalışmalarda en fazla kullanılan anahtar kelimeler.

Şekil 10’da ilgili konudaki çalışmalarda en fazla kullanılan anahtar kelimeler yer almaktadır. Buna göre en fazla kullanılan sekiz anahtar kelime sırasıyla e-oylama, elektronik oylama, blockchain, internetten oylama, güvenlik, gizlilik, kriptoloji ve oylamadır.



## II. Elektronik Seçimin Yasal ve Politik Boyutu

Bir ülkede yaşayan vatandaşların, kamunun hareketlerine yönelik vermiş oldukları yasal her davranışı demokrasiyi güçlendiren bir tutum olarak karşımıza çıkmaktadır <sup>22</sup>. Bu yasal davranışlardan biri de seçimlerdir. Vatandaşlar, kendilerini mecliste temsil edebileceklerini düşündükleri kişileri seçme ve seçilme haklarını kullanarak belirlemektedirler. Seçilen kişilerle günümüzde demokrasi sağlanmaya çalışılmaktadır. Etkin bir demokrasinin uygulanabilmesi için doğru, dürüst ve adil seçimlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Oy hakkına sahip olan vatandaşların, bu haklarını kullanmalarının önündeki engeller kaldırılmalıdır <sup>23</sup>.

Seçmenler, günümüz modern devletleri tarafından kendilerine tanınan seçme ve seçilme haklarına sahiptirler. Burada devletlerin yapması gereken, seçmenlere seçimlerde bu haklarını kullanabilmeleri için alternatif uygulamalar sunmak olup, demokrasiye etkin katılımın gerçekleşmesini sağlamaktır <sup>24</sup>. Demokrasi adına verimli bir seçimin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini şeffaflığına, hesap verilebilirliğine ve gelişmeler karşısında kullanılan işleyişine bakılarak anlayabilmekteyiz <sup>25</sup>. Günümüzde geniş anlamda kamuoyu yoklamaları olarak da adlandırabileceğimiz seçimlerin, küreselleşen dünyada ihtiyaçlarını karşılamak zorlaşmıştır. Bu zorlaşan ihtiyaçlara cevap olabilecek elektronik seçim, vatandaşların düzen hakkındaki fikirlerini günümüz modern devletlerine duyurabilecekleri bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır <sup>26</sup>. Ancak elektronik seçim sistemlerinin kullanıma açılabilmesi için olağan düzene uyarlanması gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler'in çatısı altında devletler, seçimlerin genel özellikleri hakkında fikir birliği sağlamışlardır. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 25/1-b'de evrensel olarak demokrasiye yer veren tüm devletlerce kabul gören seçim ilkeleri yer almaktadır. Bunlar, dürüst seçimlerde kullanılacak serbest, genel ve gizli oydur <sup>27</sup>. Elle sayımı yapılan kâğıt temelli "klasik" olarak adlandırılan seçim sistemlerinde uygulanan bu evrensel kabul görmüş seçim ilkelerinin, demokratik bir elektronik seçime geçirilebilmesi için geçerliliğini sürdürmesi gerekmektedir.

2004 yılında Avrupa Konseyi, elektronik seçimlerin kullanımının devam etmesinin sonucunda devletlere getireceği avantajlardan bahsetmiştir. Bu bahsedilen avantajlar; katılımı arttıracığı düşüncesi, engelli seçmenlere ve yurtdışında yaşayan seçmenlere sağladığı kolaylık, hibrit uygulamaların varlığı düşüncesi, yüksek olan seçim maliyetlerini indirmesi, seçim sonuçlarının kısa sürede güven içerisinde açıklanmasına olan inançtır <sup>28</sup>. 2017 yılında Avrupa Konseyi tarafından elektronik oylama hakkında verilen tavsiye niteliğindeki kararda sözü edilen ilkeler, elektronik oylamaya yeni bir kapı aralamıştır <sup>29</sup>.

Seçim sistemlerinde uyulması gereken tekipleşmiş kriterler söz konusudur. Bu kriterlerin elektronik seçim sistemlerini de karşılaması gerekmektedir. Bu kriterlerin elektronik seçim sistemlerine uygulanmasıyla bazı özellikler oluşmaktadır. Bunlar <sup>30</sup>;

- Sadece oy kullanabilme hakkına sahip olanlar oy kullanabilmeli,
- Bir seçmen birden fazla oy kullanamamalı,
- Kullanılan oylar doğru kaydedilmeli,

<sup>22</sup> Özel İhtisas Komisyonu Raporu, *Kamuda Kurumsal Yönetim ve Yenilikçilik* (Ankara: 2018), 14.

<sup>23</sup> İsa Turan, "Demokrasi, Seçim ve Seçim Sistemleri", *Toplum Ekonomi ve Yönetim Dergisi* 3, sy 2 (2022), 103-104.

<sup>24</sup> Fatih Güler, "3 Kasım 2020 Tarihinde Gerçekleşen Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçiminin Ardından Yaşanan Tartışmalar Işığında Mektupla Oy Verme ve Elektronik Oy Verme Usulleri", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4, sy 1 (2021), 216.

<sup>25</sup> Özel İhtisas Komisyonu Raporu, *Kamuda Kurumsal Yönetim ve Yenilikçilik*, 11.

<sup>26</sup> Remzi Gürfidan ve Zekeriya Akçay, "Blok Zincir Temelli Güvenli Elektronik Oylama Modeli", *International Journal of Engineering and Innovative Research* 2, sy 3 (30 Kasım 2020), 148.

<sup>27</sup> Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Resmî Gazete 25196 (11 Ağustos 2003) Kanun No. 4867, md.25/1-b.

<sup>28</sup> Merve Özdemir ve Nil Çokluk, "Demokrasi ve Siyasal Katılımda Yeni Bir Boyut: Elektronik Demokrasi ve Elektronik Seçimler", *SADAB 3rd International Social Research and Behavioral Sciences Symposium*, Bosna Hersek, (2020), 109.

<sup>29</sup> Eşref Barış Börekçi, "Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/ 1 (Mayıs 2021), 613.

<sup>30</sup> Akin, "Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik, Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler", 33-34.

- Kullanılan oylarda herhangi bir değişiklik yapılamamalı,
- Seçim sonuçlarının doğruluğundan emin olunmalı ve her an denetlenebilmeli,
- Herhangi bir aksaklık halinde oyların eksikliğinden şüphelenilmemeli,
- Her seçmenin oyu gizli kalmalı ve oylar herhangi bir müdahaleye karşı kapalı olmalı,
- Elektronik seçimde kullanılacak cihazın kullanımı esnek olmalı,
- Kullanımı ekstra bir çaba gerektirmemeli,
- Cihazlar seçim gününden önce yetkililerce denenmeli,
- Seçmenlerin sürece ilişkin bilgileri bulunmalı,
- Elektronik seçim sistemi düşük maliyete sahip olmalıdır.

Elektronik seçimler 1960'da hayatımıza dahil olmuştur ve günümüzde de kullanımı devam etmektedir. Bu sistemi uygulayanlara Estonya ve Hindistan örnek verilebilmektedir. Endonezya ve Nepal gibi pek çok ülke bu sistemi kendi seçim sistemlerine dahil etmeyi sürdürmekteyken; Hollanda gibi bazı devletler de kullanımını durdurma kararı almıştır <sup>31</sup>.

Hayatımızda giderek daha da yer edinmeye başlayan elektronik seçimin, kullanım alanlarının artmasıyla birlikte, beraberinde getirdiği bazı sorunlar da bulunmaktadır. Bunlar <sup>32</sup>:

- Mevcut mevzuatın değişiklik gerektirmesi ve yeni mevzuatın eklenmesine duyulan gereksinim,
- Sistemin güvenlik açıklarının bulunması ve toplum tarafından sisteme olan güven eksikliğinin oluşması,
- Toplumun her kesiminin bu sistemi anlayabilecek veya kullanabilecek durumda olmaması sebebiyle herkese ulaşılamayacağı kaygısı,
- Bu sistemde çalışacak kişilere olan ihtiyaç ve bu kişilerin uygulaması gereken sistemi öğrenebilecek teknik-idari-yargı gibi pek çok yeni eğitim açıklarının oluşması gibi durumlar bu sorunlara örnek gösterilebilir.

Günümüzde elektronik seçimlerin uygulanmasına engel teşkil eden mevzuat eksikliği bu sistemi dezavantajlı konuma sokmaktadır <sup>33</sup>. Elektronik seçimlerin uygulamaya koyulmasıyla pek çok düzenlemenin yeniden yapılması veya yeni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bunun sebebi, elektronik seçimin günümüzde ya bazı aksaklıklar oluşturması ya da sistem içerisinde boşluğa düşmesidir <sup>34</sup>. Bu süreçte elektronik seçim sistemlerinin hem toplumda kabul görmesi hem de sistemin istikrar kazanabilmesi için halihazırda bulunan ve oluşması beklenen ortama adapte edilmesi gerekmektedir. Halbuki fiilen gerçekleştirilen bir sistemin hukuken de her türlü dayanaklarla temellendirilmesi, günlük hayatta o sistemi uygularken çok daha doğru ve güvenilir sonuçlar elde etmemize yardımcı olmaktadır.

Demokrasinin gereği gibi yönetilen modern devletlerin elektronik seçim süreçlerine adaptasyonu sırasında seçmen bilgilerinin düzenlenmesi, korunması, kullanılması ve duyurulması gibi olağan uygulamalara ek olarak ya da sil baştan düzenlemelerle kişilerin var olan veya var olması beklenen haklarını korumaya yönelik mevzuat değişikliğine gidilmesi gerekirken, teknolojinin gelebileceği konunun düşünülmesi ve evrensel hukuk normlarına yer verilmesi gerekmektedir <sup>35</sup>. Demokratik bir

<sup>31</sup> Demirbilek Ayyıldız, "Güvenli Elektronik Seçim İçin Sır Paylaşım Şemalarının Uygulanması", 4-5; Slamet Risnanto, Yahaya Bin Abdul Rahim ve Nanna Suryana Herman, "Preparatory Component for Adoption E-voting" (2019 IEEE 13th International Conference on Telecommunication Systems, Services, and Applications (TSSA), IEEE, 2019), 31-32; Tokmakoğlu, "Elektronik Seçim (E-Seçim) Sistemi Kullanan Ülkeler ve Türkiye'de Uygulama Önerisi", 167.

<sup>32</sup> Risnanto, Rahim ve Herman, "Preparatory Component for Adoption E-voting", 31.

<sup>33</sup> Kerem Erzurumlu ve Tevfik Fikret Koloğlu, "Türkiye'de E-Seçim Sisteminin Uygulanabilirliğiyle İlgili Çalışma ve Uygulama Geliştirme", (2019), 1.

<sup>34</sup> Risnanto, Rahim ve Herman, "Preparatory Component For Adoption E-Voting", 31.

<sup>35</sup> Dinçer, "E-Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması", 69-71.

elektronik seçimin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan yasal standartlar söz konusudur. Bunlar sırasıyla <sup>36</sup>:

1. Kullanılacak olan sistem, açık ve anlaşılır olmalı,
2. Kullanım esnasında kullanıcılar zorluk yaşamamalı,
3. Dezavantajlı grupların kullanımı için optimum avantajlar sağlanmalı,
4. Mükerrer oy kullanımının önüne geçilmeli,
5. Seçime dışarıdan müdahalenin gerçekleştirilmesi engellenmeli, sistem kaynaklı ya da sistem dışı herhangi bir soruna karşı tedbirler alınmalı,
6. Sistemin güvenlik açığına sahip olmadığından emin olunmalı,
7. Gizli oy ilkesi hayata geçirilebilmeli,
8. Seçmenler tercihlerini “evet, hayır, tepkisiz” şeklinde istedikleri gibi kullanabilmeli,
9. Sistem seçimin her aşamasında geri dönüş sağlamalı,
10. Oy sisteme kaydedilip yasal oy halini aldıktan sonra oy üzerinde değişikliğe izin verilmemeli,
11. Kullanılacak sistemin işleyişi ve güvenliği hakkında kullanıcılara bilgilendirmeler yapılmalı,
12. Sisteme karşı toplum içerisinde güven oluşumu sağlanmalı,
13. Seçimlerin tamamlanmasının ardından doğru, hızlı ve açık sayım döküm ilkesi gereğince şeffaf olması sağlanmalı,
14. Seçimlerin itirazı halinde tekrar sayım olanağı bulunmalı,
15. Sistem denetlenebilir ve izlenebilir olmalıdır.

Düzenlemelerin her ülkenin kendi ihtiyaçlarına cevap vermesi bu noktada önem arz etmektedir. Toplumlar arasında var olan kültür farklılığı ülkelerin ihtiyaçlarına yön vermekte olup her ülkenin kendi sistemsel boşluğunu doldurmaya yönelmesi gerekmektedir <sup>37</sup>.

Elektronik ortamda bir seçimin gerçekleştirilebilmesi için dürüst, adil ve şeffaf seçimlerin; doğru, sağlam ve dış müdahalelere kapalı bir sistemde; seçim sonunda sonuçların açıklanmasına ve sonrasında da seçme hakkını kullanan seçmenlerin elektronik ortamda kullandıkları oylarının mahremiyetinin de dikkate alınmasıyla seçmenin gizli tutulması gerekmektedir <sup>38</sup>. Ama bu gibi durumlar elektronik seçime engel olarak nitelendirilebileceğimiz güvenlik ve gizlilik sorununa neden olabilmektedir. Siber saldırılar ve bunun gibi pek çok güvenlik problemi ya da dış müdahaleler, elektronik seçim için kullanılan elektronik oyların güvenliğini tehlikeye düşürmekte olup, oyların tek bir merkezde tutulmasını engellemektedir <sup>39</sup>. Bu sorunu ortaya çıkaran durum ise kişi hak ve hürriyetlerinden olan seçme ve seçilme hakkını kullanacak kişilere devletlerin gerçek anlamda bir özgürlük ve koruma sağlama yükümlülüğünün bulunmasıdır.

Oylama cihazlarının modellenmesinden seçim sonrası cihazlarda depolanacak seçim sonuçlarına kadar her sürecin güvenilir ve izlenebilir olması gerekmektedir. Aksi durumlar, güvenlik sorunlarına yol açmaktadır <sup>40</sup>. Daha öncesinde de belirttiğimiz gibi elektronik seçim uygulamaları öncesinde, esnasında veya sonrasında farklı kişilerden farklı müdahaleler gelebilmektedir. Bu gibi olumsuz durumlarla karşılaşılması için öncesinde bunlara karşı önlemlerin alınması gerekmektedir. Ancak elektronik seçimlerde kullanılmak üzere üretilen cihazların üreticisinin ticari amaçlarla kurulmuş özel firmalar olması, güvenlik denetimlerinin genellikle cihazın kullanım aşamasında yapılmasına sebep olmaktadır. Cihazın yazılım ve donanımını açıklamak istemeyen bu firmalar, denetimsiz kullanıma sunulan cihazlarda oluşabilecek sorunların sebeplerindedir<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Cansu Can, “Seçim Hukuku Açısından Türkiye’de Cumhurbaşkanı’nın Seçimi” (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016), 187-188.

<sup>37</sup> Risnanto, Rahim ve Herman, “Preparatory Component for Adoption E-voting”, 31.

<sup>38</sup> Çetinkaya ve Çetinkaya, “E-Seçim Uygulamaları için Gereksinimler ve Tasarım İlkeleri”, 117-119.

<sup>39</sup> Gürfidan ve Akçay, “Blok Zincir Temelli Güvenli Elektronik Oylama Modeli”, 148.

<sup>40</sup> Akın, “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik: Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler”, 37.

<sup>41</sup> Akın, “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik: Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler”, 37.

**Tablo 1.** Elektronik seçim sisteminin kullanımı halinde ortaya çıkabilecek güvenlik problemleri <sup>42</sup>.

AKTÖRLER	TEHDİTLER	Seçmenin oy kullanmasının engellenmesi	Seçimde doğrulanmış oydan daha fazla oy bulunması	Seçmenin oy pusulasının açıklanması	Seçmenin oy pusulasının kaybolması	Seçmenlerin oy pusulasının değiştirilmesi/taklit edilmesi	Sahte oylar
Seçmen /Kullanıcı	Seçmen sistemine virüs saldırısı	✓		✓	✓	✓	
	Seçmen programlama hataları	✓			✓		
Transfer	Veri iletiminde güvenlik eksikliği			✓	✓	✓	
	Sahte sunucu	✓		✓	✓	✓	
Sunucu (Server)	Hizmet reddi (DOS)	✓					
	Sunucuya içeriden saldırı			✓	✓	✓	✓
	Veri sahteciliği		✓		✓	✓	✓
	Sabotaj	✓			✓		
	Sunucu yazılımında hata	✓	✓	✓	✓		
Genel	Teknik arıza	✓			✓		
	İnsan hataları	✓		✓			

Tablo 1’de elektronik seçim sisteminin kullanımı halinde ortaya çıkabilecek güvenlik problemlerinden bahsedilmektedir. Bu problemlere çözüm önerileri getirilmesi elektronik seçimin geleceği için önem arz etmektedir.

Elektronik seçim sistemlerindeki eleştirilere cevap olarak bazı yöntemler geliştirilmiştir. Elektronik seçim sistemlerinde kullanılan yöntemler şunlardır <sup>43</sup>:

**Mercuri yöntemi:** Bu yöntemde oyunu kullanacak olan seçmen, tercihini belirledikten sonra elektronik seçim cihazına onay vermektedir. Oyun yasal oy pusulası halini almasıyla, camekan bir alanda onay verdiği tercihi kâğıt pusula olarak farklı bir yerde biriktirilmektedir. Herhangi bir sorun halinde kullanılan oy iptal edilmekte olup yeni bir oy kullanımı yapılmaktadır. Elektronik olarak kullanılan oylar ön açıklama olup, resmî sonuçlar için biriktirilen oy pusulalarının kullanılması gerekmektedir. Camekan alanda biriktirilen kâğıt oy pusulaları oyların tekrardan değerlendirilmesi ya da denetim amaçlı kullanımda fayda sağlamaktadır <sup>44</sup>. Ancak bu yöntemin de

<sup>42</sup> Dinçer, “E-Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması”, 131.

<sup>43</sup> Halis Salman, “Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi” (İstanbul: Beykent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, 2016), 22-25.

<sup>44</sup> Rebecca Mercuri, “A Better Ballot Box?”, *IEEE Spectrum* 39, sy 10 (Ekim 2002), 46-50.

dezavantajları bulunmaktadır. Yanlış bir oy kullanımında oyun tekrarı ya da oyun onaylanması zaman kaybı oluşturmaktadır <sup>45</sup>.

**Chaum yöntemi:** Chaum yönteminde, seçmenler oylarını elektronik cihazda kullandıktan sonra kullanılan her oy için farklı şifreler oluşturulmaktadır. Bu şifreler seçmene seçimi sonrasında verilmektedir. Seçmen üzerinde şifre yazılı olan bu pusulayı, internette yayınlanacak olan seçim sonuçları ile eşleştirip kullanmış olduğu oydan haberdar olabilecektir. Sistemin karışık bir yapıya sahip olması ve internet temelli durumu sorun oluşturabilecektir <sup>46</sup>.

**Biyometrik tabanlı yöntem:** Kişiler, kendilerini tek ve eşsiz kılacak fiziksel bilgilere sahiptirler. Bu fiziksel bilgiler biyometrik veri olarak adlandırılmaktadır. Elektronik seçimlerde kullanılmakta olan bu veriler, oylarını kullanmak isteyen seçmenleri tespitinde güvenilir bir yöntemdir. Bu yöntem için Asp.Net Framework 2.0, Java Script, XML, XSL dili ile halihazırda bulunan kütüphanelerden yararlanılmaktadır. İnternet temelli gerçekleştirilen bu sistemde, kullanılan oylar yüksek maliyete sebep olmadan belirlenen alanda internet vasıtasıyla depolanmaktadır. Bu sistemde kullanılacak olan biyometrik veriyle sisteme oy kullanımı için giriş sağlandığında, sistem o veriyle kendisine kodlar oluşturmakta olup güvenlik sağlanmaktadır <sup>47</sup>.

Ayrıca, son zamanlarda kendine pek çok alanda yer edinmiş olan blockchain teknolojisinin bu soruna bir çözüm olabileceği düşünülmektedir. Blockchain, her bir verinin farklı şekillerde şifrlenmesiyle oluşan yeni bir ağın, defter olarak adlandırılan bir yerde kaydedilmesidir. Verilerin tek tek şifrlenmesi, elektronik oyların da güvenliğinde önemli bir nokta olmaktadır. Blockchain teknolojisi dışarıdan gelebilecek tehditlere karşı seçimin güvenliğini, oyların da gizliliğini sağlayabilecek konumda olması sayesinde seçimlerin sadece ulusal çapta değil, küçük çapta yapılan seçimler ile küresel boyutta yapılan seçimlerde de kullanılabilmesi mümkün olabilecektir <sup>48</sup>.

Elektronik oylamanın bireylere sağlayacağı faydayı dezavantajlı seçmen grubunda görmek çok daha mümkündür. Bunun sebebi, dezavantajlı seçmenin haklarını kullanmadaki zorluk yaşamalarıdır. Dezavantajlı grup içerisinde engelli bireyler, işlerinin yoğunluğu sebebiyle zaman sıkıntısı yaşayanlar ve yurtdışında olup oy kullanma hakkı elde etmiş olan kişileri gösterebiliriz <sup>49</sup>. Üstelik dönemsel olarak zor şartlara denk gelen seçimlerde oy kullanım oranlarının düştüğü için elektronik oy kullanımının kolaylık sağlayacağı da aşıkardır <sup>50</sup>.

Gelişmekte olan Brezilya ve Hindistan gibi dijital okuryazarlığın düşük olduğu ülkelerde nüfusun çokluğu bile elektronik seçimin kullanılmasına engel olamamıştır <sup>51</sup>. Birleşik Krallık, Hollanda, İrlanda ve İtalya gibi ülkeler elektronik oylama denemelerini hayata geçirdikten sonra uygulamayı sona erdiren ülkelerdendir; bu ülkelerde uygulamaya devam edilememesi yaşayanlarda güven problemi oluşturmasıdır. ABD’de elektronik oylama eleştirilerin hedefi olmuştur <sup>52</sup>. Belki de elektronik oylamanın gelişmiş ülkelerin vatandaşları tarafından uygulanmasına izin verilmemesinin sebepleri arasında, o ülke vatandaşlarının bu sistem ve sakıncaları hakkında bilinçli olmaları gösterilebilir.

Elektronik oylama uygulamasına geçilmesiyle birlikte siyasette yaşanabilecek sorunlar da gündeme gelmektedir. Yeni sisteme karşı oluşan güven problemi siyasilerde de bulunmaktadır <sup>53</sup>. Hükümeti kuran iktidarın, seçim üzerinde kendileri lehine avantaj sağlayabileceği düşüncesi siyasetçiler arasında da bu sisteme karşı güven eksikliği oluşturmaktadır.

<sup>45</sup> Akın, “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik, Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler”, 38.

<sup>46</sup> Salman, “Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi”, 23.

<sup>47</sup> Metin Bilgin, “Biyometrik Tabanlı E-Seçim Sistemi” (XV. Akademik Bilişim, Antalya, 2013), 73-74.

<sup>48</sup> Gürfidan ve Akçay, “Blok Zincir Temelli Güvenli Elektronik Oylama Modeli”, 148.

<sup>49</sup> Süleyman Güngör, “Siyasetin @ Hali: Dijital Çağda Siyasal Katılım”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 22, sy 15 (2017), 2271; Risnanto, Rahim ve Herman, “Preparatory Component for Adoption E-voting”, 31.

<sup>50</sup> Rabia Bahar Üstü ve Berrin Güzel, “Referendums and e-voting in Turkey”, *International Journal of Ebusiness and Egovernment Studies* 3, sy 1 (2011), 153-154.

<sup>51</sup> Erol, “Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye’de Elektronik Seçim Sistemi”, 437.

<sup>52</sup> Risnanto, Rahim ve Herman, “Preparatory Component for Adoption E-voting”, 31-32.

<sup>53</sup> Risnanto, Rahim ve Herman, “Preparatory Component for Adoption E-voting”, 31.

Türkiye’de, Seçim Bilişim Sistemi/ SEÇSİS kullanılmaktadır. Bu sistem seçim ile ilgili birçok bilgiyi bünyesinde barındırmakla birlikte gerekli durumlarda bu bilgiyi YSK’nin belirlediği kişilerle de paylaşmaktadır. Bu sistem seçim öncesi, seçim anı ve seçim sonrası olmak üzere pek çok dönemde kullanılmaktadır. Veri tabanı gibi işlem gören bu sistem, aslında bir elektronik seçim sistemi değildir, çünkü bu sistem depolama ve paylaşım gibi seçimi kontrol altında tutmak için uğraş vermektedir. Elektronik seçim ise seçim anında oylamanın teknolojinin kullanımıyla birleşimidir<sup>54</sup>. Ama SEÇSİS’ in elektronik seçim sistemi olmayışı Türkiye’de bununla ilgili çalışmalar yürütülmediği anlamına gelmemektedir.

HAVELSAN tarafından geliştirilen “elektronik seçim sandığı” 2013’de çalışmalarının tamamlanmasının ardından 2015 yılında düzenlenen 12. Uluslararası Savunma Sanayi Fuarı’nda katılımcıların karşısına çıkmıştır. Bu sistemin genel elektronik seçim sistemlerinde kullanılanlardan farklılığı söz konusu değildir. Seçimlerin tamamlanmasının ardından çok kısa bir süre içerisinde hızlı bir şekilde sonuçların alınabileceği, seçim sonuçlarına yapılacak herhangi bir itiraz sonucunda çıktısı alınan yasal oy pusulalarının depolanmasıyla bu soruna da çözüm bulunduğu belirtilmiştir<sup>55</sup>.

2023 yılında Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin tamamlanmasının ardından elektronik seçim uygulamaları hakkında YSK Başkanı Ahmet Yener’in yaptığı bir açıklamada elektronik seçimin birkaç seçim sonrasında Türkiye’de de uygulanmaya başlanacağını sinyalleri verilmiştir. Yener, sistemin uygulanması için çalışmaların yürütüldüğünü ve uygulanmasının “e-devlet” üzerinden olabileceğine basın açıklamasında değinmiştir. Yasal düzenlemelere de ihtiyaç olduğunu açıklamasında dile getirmiştir<sup>56</sup>.

### III. Elektronik Seçimin Uluslararası Uygulama Örnekleri

Elektronik seçimlerini kullanan, kullanıma hazırlayan ya da kullanımını çevresel ya da teknolojik problemlerle durduran ülkeler bulunmaktadır. Bu sistemi uygulayan ülkelere Brezilya, Estonya, Filipinler, Hindistan ve Venezuela örnek gösterilebilirken kullanımını durduran ülkelere Birleşik Krallık, Hollanda ve İrlanda örnek verilebilmektedir. Bu bölümde elektronik seçim sistemlerini tamamen uygulayan ülkeler hakkında uygulamalarına yönelik bir çerçeveden bahsedilmiş olup tablo üzerinden dünyanın bazı ülkelerinde elektronik seçimlerin uygulama durumları açıklanmıştır.

**Brezilya:** Brezilya, 1996 yerel seçimlerinde bir yıl öncesinde çalışma aşamasında olan elektronik seçim cihazlarını kullanıma sokmuştur. Seçmen doğrulama, oy kullanımı ile oy sayımında kullanılan bu cihaza, partiler de ulaşım sağlayabilmektedir. Cihaz kullanıcılara göstermiş olduğu kolaylıklar sayesinde kendisine uygulama alanı bulmuştur. 2012’de biyometrik verilerle seçim güvenliğini kontrol edebilmek için yeni uygulamalara adım atılmıştır<sup>57</sup>.

Sistemde GX-1 Entegre İşlemci kullanılmaktadır. Cihazın enerji ihtiyacı pil ile karşılanmaktadır. Cihaz dışarıdan internet ya da USB’ye bağlı olarak çalışmamaktadır. Bu özellik sistemi dışarıdan gelebilecek tehlikelere karşı bir nebze de olsa korumaktadır<sup>58</sup>.

Ülkede kiosk benzeri cihazlarla elektronik seçim gerçekleştirilmektedir. Özel kurulumu yapılan sistemlerle cihaza bağlı klavyeler oyları hem gizlemekte hem de sonuçlandırmaktadır. Açık kaynak kodları firma tarafından açıklanmamakta olup güvenliği hakkında soru işaretleri barındırmaktadır<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bilgisayar Mühendisleri Odası, *Her Yönüyle SEÇSİS Raporu Yayınlandı* (Ankara: 2017), 8-43.

<sup>55</sup> Sözcü, “HAVELSAN’ dan Elektronik Seçim Uygulaması”, (Erişim 2 Ağustos 2023).

<sup>56</sup> TRT, “Türkiye Elektronik Seçime Hazırlanıyor”.

<sup>57</sup> Erol, “Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye’de Elektronik Seçim Sistemi”, 435.

<sup>58</sup> Slamet Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, *Journal of Theoretical and Applied Information Technology* 98, sy 20 (2020), 3282-3283.

<sup>59</sup> Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, 3282-3283.

Ancak bu uygulama sayesinde oy sayımı çok kısa bir zamanda gerçekleştirilmektedir <sup>60</sup>. Brezilya’da gerçekleştirilen elektronik seçimlerde kullanılan cihaz Veysel Erol’un çalışmasında gösterilmektedir <sup>61</sup>.

**Hindistan:** Dünyanın en kalabalık ikinci nüfusuna sahip olan Hindistan, kâğıt temelli seçim sisteminde yaşadığı sorunlara çözüm getirmek, seçim maliyetlerini düşürmek ve seçim güvenliğini sağlamak gibi hedeflerle 2004 genel seçimlerinde elektronik oylamayı kullanarak hem kendisi hem de dünya adına büyük bir adım atmıştır <sup>62</sup>.

Hindistan 1982’de belirlediği pilot bölgelerde elektronik oylama denemelerine girişmiştir. Sonrasında 1989-1990 yıllarında 3 kentinin 16 eyaletinde elektronik oylama gerçekleşmiştir. Elektronik oylamayı seçim sistemlerine koyabilmek için ülkede mevzuat değişikliğine gidilmiştir. 2014’de oy kullanmış 814 milyon seçmen, elektronik oylama cihazını kullanan da 930 bin sandık kayıtlara geçirilmiştir. Öncesinde oylama cihazı ve kontrol ünitesi şeklinde bulunan elektronik oylama cihazına, 2014’de VVPAT cihazı da eklenmiştir. Bu cihaz pusulayı kâğıt şeklinde vermektedir. Elektronik oylama cihazı herhangi bir sistem ya da cihaza bağlı değildir. Cihazın güç ihtiyacı pil ile sağlanmaktadır <sup>63</sup>.

Oylar EVM (*Electronic Voting Machine*) adında bir sistemde kullanılmaktadır. Dijital okuryazarlığın düşük olduğu Hindistan’da bu uygulama, geçersiz oy kullanımını engellemesi başta olmak üzere pek çok avantaj sağlamıştır. Sistemi geliştirenler, seçim esnasında oluşabilecek sorunlar ya da müdahalelere karşı önlemler geliştirmişlerdir. Seçimler tamamlanmadan önce sisteme gelebilecek herhangi bir müdahale halinde kendini imha etmesi bu önlemlere örnek verilebilmektedir <sup>64</sup>. Hindistan’da gerçekleştirilen elektronik seçimlerde kullanılan cihaz Veysel Erol’un çalışmasında gösterilmektedir <sup>65</sup>.

**Estonya:** 1991’de SSCB’den ayrılarak bağımsızlığını kazanan Estonya, gelişen teknolojinin gerisinde kalmamak için teknolojiye zaman ayırmış ve yatırımlarda bulunmuştur <sup>66</sup>. Bu uğraşlarının sonucunda elektronik seçime başarılı bir adım atabilmiştir.

Elektronik oylamayla ilgili ilk denemeler 2003’de pilot uygulamalarla gerçekleştirilmiştir. 2007’de meclisin bu sistemi o seneki seçimlerde kullanımının onaylamasıyla birlikte internet üzerinden oylamanın gerçekleştirildiği ilk ülke Estonya olmuştur <sup>67</sup>.

2005’de Estonya vatandaşları, kimliklerini hazırlık aşaması olarak adlandırabileceğimiz süreçte seçmen doğrulamasında kullanarak internet üzerinden oy haklarını kullanmaya başlamışlardır. Doğrulama kullanılan bu kimlik kartı yetkilendirme, şifre ve imza olarak güvenlik amacıyla da kullanılmaktadır <sup>68</sup>. Ayrıca seçmenlerden güvenliği sağlayabilmek için kimlik diye kaydedilmek üzere telefon numarası istenmektedir, seçmenin oyunu kullanabilmesi için kaydedilen numaranın olduğu cihaz ile birlikte hazır beklemesi gerekmektedir <sup>69</sup>. Estonya’da kullanımı gerçekleştirilen internet üzerinden seçim sistemine giriş Drew Springall vd. çalışmasında gösterilmektedir <sup>70</sup>. 2019 genel seçimlerinde seçmen kitlesinin %43,75’i oy hakkını internet üzerinden kullanmayı tercih etmiştir <sup>71</sup>. İnternet ortamında bir seçim süreci geçirildiğinden sistemin kendinde herhangi bir donanımı yoktur. Görünürde herhangi bir problemi bulunmamaktadır ama toplum tarafından güvenlik konusunda olumsuz eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır <sup>72</sup>.

<sup>60</sup> Hind Salman, Rehab Hasan ve Ekhlas K Gbashi, “Development of Electronic Elections Systems: A Review”, *Webology* 19, sy 1 (2022), 1752.

<sup>61</sup> Erol, “Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye’de Elektronik Seçim Sistemi”, 435.

<sup>62</sup> Akın, “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik, Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler”, 39-40.

<sup>63</sup> Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, 3282-3283.

<sup>64</sup> Telciler, “Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri”, 115-117.

<sup>65</sup> Erol, “Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye’de Elektronik Seçim Sistemi”, 436.

<sup>66</sup> Aydın, “Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi”, 737.

<sup>67</sup> Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, 3282.

<sup>68</sup> Salman, Hasan ve Gbashi, “Development of Electronic Elections Systems: A Review”, 1753.

<sup>69</sup> Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, 3282.

<sup>70</sup> Drew Springall vd., “Security Analysis of the Estonian Internet Voting System”, içinde *Proceedings of the 2014 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security (CCS’14: 2014 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, Scottsdale Arizona USA: ACM, 2014)*, 2,

<sup>71</sup> Salman, Hasan, ve Gbashi, “Development of Electronic Elections Systems: A Review”, 1753.

<sup>72</sup> Risnanto vd., “E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation”, 3283.

**Filipinler:** Filipinler seçim komisyonu (COMELEC- Commission on Elections), 2010'da gerçekleştirilen seçimler için elektronik oylamanın uygulanmasına karar vererek elektronik oylamayı ülkesinde başlatmıştır<sup>73</sup>.

COMELEC, 2010 seçimlerinde ülkede elektronik seçim uygulamasını başlatabilmek için düzenlemeler yayınlamıştır. Elektronik seçimlerde uygulanmak üzere PCOS donanımı seçilmiştir. Bu cihaz, OMR ile temellendirilmiş bir oy sayım sistemidir. Sistem sayesinde sandıklarda belirlenen oy pusulaları sayılabilmektedir. Oylar kullanılır ve kullanılan oylar, oy pusulalarına verilmektedir. Kullanılan oy pusulaları cihaza koyulmaktadır. İşlemlerin tamamlanmasının ardından merkeze gönderilip sonuçlar açıklanmaktadır<sup>74</sup>.

Kâğıt denetimi geleneksel oylama yöntemi de kullanıldığı için oy pusulaları mevcuttur. Sorun halinde bu oy pusulaları kullanılabilir. Dışarıyla olan bağlantısı sayım aşamasında bulunmaktadır. Pil ve elektrikle güç ihtiyacı temin edilmektedir. Sistemin görünürde herhangi bir problemi bulunmamaktadır fakat sistemin kullanıcıları tarafından eleştiriler gelmektedir<sup>75</sup>.

**Venezuela:** 2004'deki ulusal bir seçimde Venezuela elektronik oylama cihazlarını kullanıma açmıştır. 2012'de de biyometrik veri olarak kullandığı parmak iziyle seçim güvenliğini oluşturmayı sağlamıştır. SAES (*Smartmatic Auditabile Election System*) adı verilen akıllı denetlenebilir seçim sistemleri ile oylama elektronik bir şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Seçmen, oyunu cihazda kullanabilmek için öncelikle parmağını sisteme okutmaktadır. Sonrasında karşısına çıkan ekranda oy kullanmak istediği siyasiye oyunu kullanmaktadır. Sistem seçmene son kez oyu hakkında emin olup olmadığını sorarak kaydetme sekmesine basmasını istemektedir. Böylelikle kullanılan oy yasal oy halini almaktadır. Yasal oy herhangi bir konumda karışık bir şekilde muhafaza edilmekte olup, seçim sonunda bu işlem sonuçlara yansıtılmaktadır. Kullanılan oylar sonradan olabilecek bir denetimde kullanılabilir için makbuz kutusu olarak adlandırılan kutularda ispat amaçlı tutulmaktadır. Bu sistem güvenilir ve izlenebilirdir. Sonuçlar kısa bir sürede açıklanmaktadır. Sisteme karşı gelebilecek müdahalelere karşı koruma tedbirleri de söz konusudur<sup>76</sup>. Güvenlik amaçlı denetlenebilirlik sıkı bir şekilde uygulanmaktadır<sup>77</sup>. Venezuela'da gerçekleştirilen elektronik seçimlerde kullanılan cihaz Veysel Erol'un çalışmasında gösterilmektedir<sup>78</sup>.

Tablo 2'de elektronik seçim ve internet seçim sistemlerinin çeşitli ülkelerdeki kullanım durumu hakkında düzenlenmiş bilgiler bulunmaktadır. Bu tabloya göre kısmen uygulayan ülkeler ABD, Almanya, Arjantin, Belçika, Fransa, İsviçre, Kanada, Kazakistan, Moğolistan, Paraguay ve Peru'dur. Tamamen uygulayan ülkeler ise Brezilya, Estonya, Filipinler, Hindistan ve Venezuela'dır.

<sup>73</sup> Risnanto vd. "E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation", 3282.

<sup>74</sup> Slamet Risnanto, Yahaya Bin Abd Rahim ve Nanna Suryana Herman, "Success Implementation of E-Voting Technology In various Countries: A Review", *FoITIC*, 2020, 152-153.

<sup>75</sup> Risnanto vd., "E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation", 3283.

<sup>76</sup> Nizamettin Aydın, *Dünya'da ve Türkiye'de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*, 1. Baskı (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015), 140-142.

<sup>77</sup> Erol, "Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye'de Elektronik Seçim Sistemi", 436.

<sup>78</sup> Erol, "Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye'de Elektronik Seçim Sistemi", 437.



**Tablo 2.** Ülkelerde elektronik seçimlerin kullanım durumu <sup>79</sup>.

	Tamamen uygulayanlar	Kısmen uygulayanlar	Test edip çalışmalarını durduranlar	Elektronik seçim	İnternet seçim
ABD		+		+	+
Almanya		+		+	
Arjantin		+		+	
BAE				+	
Belçika		+		+	
Birleşik krallık			+		
Brezilya	+			+	
Estonya	+				+
Filipinler	+			+	
Fransa		+		+	
Hindistan	+			+	
Hollanda			+		
İrlanda			+		
İsviçre		+			+
Kanada		+		+	+
Kazakistan		+		+	
Moğolistan		+		+	
Paraguay		+		+	
Peru		+		+	
Venezuela	+			+	

#### IV. Sonuç ve Öneriler

Gelişen teknolojinin eskisine kıyasla yaşamımıza çok daha fazla müdahil olmasıyla birlikte değişen dünya düzeninde pek çok kamu ya da özel sektörde kullanılan pek çok sistem dijital ortama taşınmıştır. Elektronik seçim de küresel, sosyal, ekonomik ve benzeri sorunların ortaya çıktığı bir dönemde teknolojinin o güne kadar getirmiş olduğu düzenin şartlarından yararlanarak o zamana kadar uygulanmakta olan kâğıt temelli seçim sisteminin yerini yavaş yavaş almaya başlamıştır. Ama bu durum sistemin problemlerine karşı kesin çözümlerin bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bunun sebebi, sistemin halihazırda çözüm bulunamamış güvenlik gibi problemlerinin bulunmasıdır.

<sup>79</sup> ACE, "ACE Electoral Knowledge Network, 2023" (Erişim Temmuz 2023); Sunay Çetin, "Kamusal Karar Alma Sürecinde E-Demokrasi Uygulamaları ve Türkiye" (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010), 83; Tokmakoğlu, "Elektronik Seçim (E-Seçim) Sistemi Kullanan Ülkeler ve Türkiye'de Uygulama Önerisi", 167.

Elektronik seçim sistemlerinin, sürdürülebilir olması için devletlerin seçmen ve oy gizliliği gibi konulara önem vermesi gerekmektedir. Seçmen doğrulama ve seçmen kaydının güvenilir bir şekilde oluşturulması gibi konular da elektronik seçimi kullanacak kişiler için önemlidir. Sistemin güvenilir, dürüst ve adil bir konuma ulaşabilmesi için sistemde kullanılacak cihazların denetiminin tam bir şekilde yapılmasına ve sürecin kontrol içerisinde sürdürülmesine ihtiyacı vardır<sup>80</sup>. Aksi durumlar, sisteme olan mevcut olumsuz eleştirilerin devam etmesine neden olacaktır.

Her seçmenin fiziksel anlamda eşsizliğine katkı sağlayan bilgiler olarak tanınan biyometrik veri, elektronik seçimin uygulanmasından yaklaşık 40 yıl sonra sistemin işleyişine katılmış olup hala kullanımına devam edilmektedir. Biyometrik verinin, elektronik seçimlerin güvenliği problemlerine çözüm odaklı yararı olmuştur. Ancak değişimin süreçler boyunca sürdürüldüğü bir dönemde sistemin güçlendirilmesi amacıyla yeni arayışlara da yönelmek gerekecektir<sup>81</sup>. Elektronik seçimlerin uygulandığı dünya örneklerine bakıldığında genellikle biyometrik veri olarak parmak izi taraması kullanıldığı görülebilir. Elektronik seçimlerde biyometrik veri kullanılması durumunda canlılık tespitinin de yapılması gerekecektir. Bunun sebebi, sahte biyometrik üretim yöntemlerinin gelişmiş olması, dolayısıyla bu sahte biyometrik veri ile yetkisiz oy kullanımının mümkün olmasıdır.

“Biyometrik Tabanlı E-Seçim Sistemi” adlı bir çalışmada<sup>82</sup>, mevcut biyometrik seçim sistemlerinde kolay bir kullanım sağlanabilmesi için dokunmatik ekranların eklenebileceği, böylelikle seçmenin şahsi sorunlarına çözüm bulunacağı, oy kullanımının da hızlandırılmasında yararı olacağı belirtilmiştir. Engelli seçmenlerin oy kullanımı sırasında yaşadığı sorunların yine bu sisteme yapılacak bir iki küçük eklemeye çözülebileceğinden çalışmada bahsedilmiştir.

Elektronik seçimlerin kolay ve esnek bir kullanımın sağlanabilmesi için sistemde açık ve sade bir dil kullanılmalı, sosyoteknik durumlarla ilgilenilmeli ve sistemin kullanım alanı genişletilmelidir. Engelli seçmenlerin sistemi daha kolay kullanabilmesi için özel olarak daha kapsamlı bir çalışma alanı oluşturulmalıdır<sup>83</sup>.

Elektronik seçim uygulamasının güvenilir bir şekilde kullanımının sağlanmasıyla birlikte istenilmeden ya da fark edilmeden kullanılmış olan oyların geçersiz oy statüsünü alması engellenmiş olacaktır. Hızlı ve güven içerisinde sürdürülen bir seçim süreci geçirilmesini sağlayacaktır<sup>84</sup>. Bu sistem, gereksiz seçim bürokrasisinden kurtulma imkânı da oluşturabilmektedir.

Yakın alan iletişimi olarak Türkçeye çevrilmekte olan NFC (*Near Field Communication*) teknolojisi, gerekli şartları bünyesinde bulunduran cihazlar arasında yakın mesafe iletişimini kablosuz şekilde sağlamaktadır<sup>85</sup>. Bu teknoloji yeni geliştirilen telefonların sürümlerine genel olarak yerleşmiş bulunmaktadır. İnternet üzerinden gerçekleştirilecek bir seçimde, kullanılacak oyun doğru seçmen tarafından kullanıldığından emin olunulabilmesi adına NFC teknolojisi kullanılabilir. Bu teknoloji sayesinde kolay kullanım ve düşük maliyetle geçirilebilecek bir elektronik seçim sağlanabilir.

Elektronik seçimlerde (e-seçim, i-seçim) yüz tanıma sistemi kullanılabilir. Bu kullanım, canlılık oranı tespiti ile güçlendirilebilir. Böylelikle kullanılacak oyun doğru seçmen tarafından kullanıldığından daha emin olunabilir.

Küreselleşen dünya düzeninde elektronik seçimlerin teknik sorunlarına çözüm bulunması ve toplum içerisinde gerçek ya da yanlış fikirlerle olumsuz şekilde meydana gelmiş tutuma karşı toplumun bilinçlendirilmesi halinde, nüfusu gün geçtikçe artarak ilerlemekte olan yönetilen insan toplulukları ile

<sup>80</sup> Büyükbaskın, “Blokzincir Tabanlı E-seçim Sistem Önerilerinin Güvenlik ve Mahremiyet Analizleri”, 81.

<sup>81</sup> Umut Can Çabuk, Eylül Adıgüzel ve Enis Karaarslan, “A Survey on Feasibility and Suitability of Blockchain Techniques for the E-Voting Systems”, *IJARCCCE* 7, sy 3 (30 Mart 2018), 133.

<sup>82</sup> Bilgin, “Biyometrik Tabanlı E-Seçim Sistemi”, 76.

<sup>83</sup> Stavros Valsamidis vd., “A Proposal for an E-Voting System and Its Legal Consequences”, *Recent Researches in Law Science and Finances*, 2013, 263-264.

<sup>84</sup> Tokmakoglu, “Elektronik Seçim (E-Seçim) Sistemi Kullanan Ülkeler ve Türkiye’de Uygulama Önerisi”, 171-172.

<sup>85</sup> Mustafa Tansel Tekin, “COVID-19 Sonrası Restoran Sektöründe Temassız Sipariş ve Ödeme Uygulamaları” (İstanbul: Maltepe Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 6-7.

bu grubu yönetmeye çalışan yöneten kesim arasında iletişimin kurulabilmesini sağlayabilmek ve düzenin sağlıklı ilerlemesi ve kontrol altında tutulabilmesi adına kullanımının her geçen gün arttığını görebilmek mümkün olacaktır.

## Kaynakça

- ACE, "ACE Electoral Knowledge Network, 2023". Erişim Temmuz 2023. <https://aceproject.org/>
- Akın, Melda. "Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik, Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler". *Istanbul University Econometrics and Statistics e-Journal*, sy 3 (2006), 32-47.
- Aydın, Nizamettin. *Dünya'da ve Türkiye'de Seçimlerin Yönetimi ve Denetimi*. 1. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Aydın, Nizamettin. "Klasik Oylama Yönteminin Elektronik Oylama Yöntemlerine Evrilmesi". *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/2 (2022), 711-744.
- Bilgin, Metin. "Biyometrik Tabanlı E-Seçim Sistemi", 73-78. Antalya, 2013.
- Börekçi, Eşref Barış. "Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı ile Dönüşümü". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (28 Mayıs 2021), 607-638. <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899918>.
- Büyükbaskın, Latif Anıl. *Blokzincir Tabanlı E-seçim Sistem Önerilerinin Güvenlik ve Mahremiyet Analizleri*. İstanbul: İstanbul Şehir Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019. [https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/631369/yokAcikBilim\\_10288855.pdf?sequence=-1&isAllowed=y](https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/631369/yokAcikBilim_10288855.pdf?sequence=-1&isAllowed=y)
- Can, Cansu. *Seçim Hukuku Açısından Türkiye'de Cumhurbaşkanı'nın Seçimi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016. <https://dergiler.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/83776/446944.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Çabuk, Umut Can; Adıgüzel, Eylül ve Karaarslan, Enis. "A Survey on Feasibility and Suitability of Blockchain Techniques for the E-Voting Systems". *IJARCCCE* 7/3 (30 Mart 2018), 124-34. <https://doi.org/10.17148/IJARCCCE.2018.7324>.
- Çetin, Sunay. *Kamusal Karar Alma Sürecinde E-Demokrasi Uygulamaları ve Türkiye*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010. <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/10649/265993.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Çetinkaya, Deniz- Çetinkaya, Orhan. "E-Seçim Uygulamaları için Gereksinimler ve Tasarım İlkeleri", 113-123. Ankara, 2006.
- Demirbilek Ayyıldız, Selin. *Güvenli Elektronik Seçim İçin Sır Paylaşım Şemalarının Uygulanması*. Trakya Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021. <https://dSPACE.trakya.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/trakya/5305/0179026.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Dinçer, Selçuk. *E-Demokrasi Aracı Olarak E-Oylamanın Gelişimi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği Üzerine Bir Alan Araştırması*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020. <https://acikerisim.erbakan.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12452/4699/634819.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Erol, Veysel. "Yönetim Bilişim Sisteminin Bir Örneği Olarak Türkiye'de Elektronik Seçim Sistemi". *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, (2021), 427-440.
- Erzurumlu, Kerem- Koloğlu, Tevfik Fikret. "Türkiye'de E-Seçim Sisteminin Uygulanabilirliğiyle İlgili Çalışma ve Uygulama Geliştirme", sy 1-7 (2019).

- Güler, Fatih. "3 Kasım 2020 Tarihinde Gerçekleşen Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçiminin Ardından Yaşanan Tartışmalar Işığında Mektupla Oy Verme ve Elektronik Oy Verme Usulleri". *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 4/1 (2021), 212-218. <https://doi.org/10.33712/mana.871029>.
- Güngör, Süleyman. "Siyasetin @ Hali: Dijital Çağda Siyasal Katılım". *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 22/15 (2017), 2259-2273.
- Gürfidan, Remzi- Akçay, Zekeriya. "Blok Zincir Temelli Güvenli Elektronik Oylama Modeli". *International Journal of Engineering and Innovative Research* 2/3 (30 Kasım 2020), 148-155. <https://doi.org/10.47933/ijeir.746235>.
- Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (Kanun No. 4867). *Resmî Gazete* 25196 (11 Ağustos 2003). Erişim 2 Ağustos 2023. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm\\_05.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf)
- Mercuri, Rebecca. "A Better Ballot Box?" *IEEE Spectrum* 39/10 (Ekim 2002): 46-50. <https://doi.org/10.1109/MSPEC.2002.1038569>.
- Nişancı, Şükrü- Özdemir, Abdülkadir. "Türkiye' de ve Dünyada Seçim Kavramı ve Olgusunun Gelişimi". *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sy 46 (2019): 73-96.
- Özdemir, Merve ve Nil Çokluk. "Demokrasi ve Siyasal Katılımda Yeni Bir Boyut: Elektronik Demokrasi ve Elektronik Seçimler", 94-119. Bosna Hersek, 2020.
- Özel İhtisas Komisyonu Raporu. *Kamuda Kurumsal Yönetim ve Yenilikçilik*, Ankara: T. C. Kalkınma Bakanlığı, 2018. [https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/KamudaKurumsalYonetim\\_ve\\_YenilikcilikOzellhtisasKomisyonuRaporu.pdf](https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/KamudaKurumsalYonetim_ve_YenilikcilikOzellhtisasKomisyonuRaporu.pdf)
- Risnanto, Slamet; Rahim, Yahaya Bin Abd- Herman, Nanna Suryana. "Success Implementation of E-Voting Technology In various Countries: A Review". *FoITIC*, (2020), 150-155.
- Risnanto, Slamet; Rahim, Yahaya Bin Abd; Herman, Nanna Suryana- A Abdurrohman. "E-voting Readiness Mapping for General Election Implementation". *Journal of Theoretical and Applied Information Technology* 98/20 (2020), 3280-3290.
- Risnanto, Slamet; Rahim, Yahaya Bin Abdul- Herman, Nanna Suryana. "Preparatory component for adoption E-voting", 31-34. IEEE, 2019.
- Salman, Halis. *Elektronik Seçim Sistemlerinde Güvenlik Amaçlı Algoritma Önerisi*. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016. [https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/709604/yokAcikBilim\\_10095974.pdf?sequence=-1&isAllowed=y](https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/709604/yokAcikBilim_10095974.pdf?sequence=-1&isAllowed=y)
- Salman, Hind; Hasan, Rehab- Gbashi, Ekhlas K. "Development of Electronic Elections Systems: A Review". *Webology* 19/1 (2022), 1750-1762.
- Sözcü. "HAVELSAN' dan elektronik seçim uygulaması", Erişim 02 Ağustos 2023. <https://www.sozcu.com.tr/2015/gundem/havelsandan-elektronik-secim-uygulamasi-824810/>.
- Springall, Drew; Finkenauer, Travis; Durumeric, Zakir; Kitcat, Jason; Hursti, Harri; MacAlpine, Margaret-Halderman, J. Alex. "Security Analysis of the Estonian Internet Voting System". *Proceedings of the 2014 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*, 703-715. Scottsdale Arizona USA: ACM, 2014. <https://doi.org/10.1145/2660267.2660315>.

- Şahin, Murat. *Elektronik Seçim Modellerinin Analizi ve Bir Model Önerisi*. İstanbul: Beykent Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005. [https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/709998/yokAcikBilim\\_200192.pdf?sequence=-1&isAllowed=y](https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/709998/yokAcikBilim_200192.pdf?sequence=-1&isAllowed=y)
- Tekin, Mustafa Tansel. *Covid-19 Sonrası Restoran Sektöründe Temassız Sipariş ve Ödeme Uygulamaları*. İstanbul: Maltepe Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans, 2021. <https://openaccess.maltepe.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12415/9166/10433190.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Telciler, Coşkun. "Elektronik Seçim Sistemleri, Sorunlar, Çözüm Önerileri". *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5/2 (2017), 106-122.
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bilgisayar Mühendisleri Odası. *Her Yönüyle SEÇSİS Raporu Yayınlandı*. Ankara: 2017. [https://www.bmo.org.tr/wp-content/uploads/2017/04/BMO\\_RAPOR\\_v2-01-1.pdf](https://www.bmo.org.tr/wp-content/uploads/2017/04/BMO_RAPOR_v2-01-1.pdf)
- Tokmakoglu, Sadık. "Elektronik Seçim (E-Seçim) Sistemi Kullanan Ülkeler ve Türkiye'de Uygulama Önerisi". *TURAN-SAM* 15/57 (2023), 162-174.
- TRT. "Türkiye elektronik seçime hazırlanıyor", Erişim 28 Temmuz 2023. <https://www.trthaber.com/haber/gundem/turkiye-elektronik-secime-hazirlaniyor-775533.html>.
- Turan, İsa. "Demokrasi, Seçim ve Seçim Sistemleri". *Toplum Ekonomi ve Yönetim Dergisi* 3/ 2 (2022), 94-120.
- Üstü, Rabia Bahar- Güzel, Berrin. "Referendums and E-voting in Turkey". *International Journal of Ebusiness and Egovernment Studies* 3/1 (2011), 147-156.
- Valsamidis, Stavros; Kalampouka, Kalliopi; Kontogiannis, Sotirios- Theodosiou, Theodosios. "A Proposal for an E-Voting System and Its Legal Consequences". *Recent Researches in Law Science and Finances*, (2013), 257-266.
- Vural Dinçkol, Bihterin- Güzel, Alper. "Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25/2 (2019), 716-726. <https://doi.org/10.33433/maruhad.665428>.

## Makale Bilgi Formu

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Türk Millî Futbol Takımlarına Çağrılan Futbolcu ile Türkiye Futbol Federasyonu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

*The Legal Nature of the Relationship Between the Football Player Called Up to Turkish National Football Teams and Turkish Football Federation*

Eren Yıldız<sup>1\*</sup>   
Mahmut Ceylan<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan  
Üniversitesi, Rize, Türkiye,  
eren.yildiz@istanbul.edu.tr

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan  
Üniversitesi, Rize, Türkiye,  
dr.mahmutceylan@gmail.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding

Geliş Tarihi/Received: 15.03.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 17.05.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Öz:** Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile Türkiye Futbol Federasyonu arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemek için öncelikle Türkiye Futbol Federasyonunun hukuki niteliğini belirlemek gerekir. Türkiye Futbol Federasyonunun kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Makalede önce Türkiye Futbol Federasyonunun hukuki niteliği üzerinde durulmuş ve ardından Türkiye Futbol Federasyonu, kulüp, futbolcu arasındaki hukuki ilişkiler incelenmiştir. Son olarak, futbolcuların statüsü konusu ele alınmış ve doktrinin iş hukuku ve idare hukuku bağlamında sunduğu görüşler kritik edilmiştir. İş hukuku bağlamında, iş ilişkisi ve geçici iş ilişkisi görüşleri incelenmiştir. İdare hukuku bağlamında ise, fahri kamu görevlisi ve mükellef görüşleri ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Futbol Millî Takımı, Türkiye Futbol Federasyonu, Kamu Görevlisi, Futbolcu, Mükellef

**Abstract:** In order to determine the legal relationship between the football players called up to the Turkish National Football Teams and the Turkish Football Federation, it is first necessary to determine the legal nature of the Turkish Football Federation. There is a debate in the doctrine regarding whether the Turkish Football Federation is a public or private legal entity. The article initially discusses the legal nature of the Turkish Football Federation, followed by an analysis of the legal relationships between the Federation, clubs, and players. The article concludes by examining the status of football players and analyzing the perspectives presented by the doctrine in the context of labor and administrative law. The article examines the employment relationship and the temporary employment relationship views in the context of labor law. In the context of administrative law, this text discusses the opinions of honorary public officials and obligants.

**Keywords:** Turkish National Football Team, Turkish Football Federation, Public Official, Football Player, Obligant

### Extended Abstract

Before determining the nature of the legal relationship between the football players called up to the Turkish National Football Teams and the Turkish Football Federation, it is necessary to clarify the legal status of the Turkish Football Federation. It is important to determine the legal nature of the regulations of the Turkish Football Federation and the Turkish Football Federation is important in order to correctly determine the legal relationship between the football player called up to the Turkish National Football Teams and the Turkish Football Federation. There is still debate in the doctrine as to whether the Turkish Football Federation is a public or a private law legal entity. The outcome of this debate will fundamentally impact on the legal nature of the relationship between the football player called up to the Turkish National Football Teams and the Turkish Football Federation. In accordance with the provision of article 123 of the Constitution of 1982, public legal entities are established by law or presidential decree. The Turkish Football Federation was established by law. However, this alone is not sufficient to

qualify the Turkish Football Federation as a public legal entity. Because the legislator can also establish a private law legal entity by law. Therefore, it is necessary to examine whether the public power privileges required by being a public legal entity are granted to the Turkish Football Federation. The Turkish Football Federation has the privileges of public power, and on the other hand, the Law defines the Turkish Football Federation as autonomous. Autonomy gains meaning in terms of public legal entity. In the light of this information, it would be accurate to conclude that the Turkish Football Federation is a public legal entity.

The relationship between the Turkish Football Federation and the clubs and football players was examined. In this context, the relationship between the club and the football player was examined first, then the relationship between the club and the Turkish Football Federation, and finally the relationship between the football player and the Turkish Football Federation was examined. The relationship between the club and the professional football player is an employment relationship. The employment relationship is a relationship in which the employee undertakes to perform services as a dependent and the employer undertakes to pay remuneration in return. A professional football player is a player who has a written contract with a club and is paid more for his footballing activity than the expenses he effectively incurs. The relationship between professional football players and the club includes perform services, remuneration and dependency, which are the constituent elements of the employment relationship. There is a membership relationship between the clubs and the Turkish Football Federation. The employment relationship between the club and the footballer does not create to a legal relationship between the Turkish Football Federation and the professional footballer. However, the legal relationship between the parties starts with the registration of this employment contract and the football player.

Afterwards the issue of the call-up of footballers to the national team was discussed. In this context, the FIFA regulations on call-ups to national teams were examined first, followed by the Turkish Football Federation regulations on call-ups to national teams. Finally, the question of the status of footballers called up to the Turkish national football teams is discussed. This is based on the provisions of Article 3/1-d of Law No. 5894 and Article 2/e of the Statutes of the Turkish Football Federation. In this section, it is aimed to determine the legal relationship between the football player called up to the Turkish National Teams and the Turkish Football Federation. For this purpose, the doctrine's perspective on the issue is discussed and it is stated that these views are divided into two in the context of labor law and administrative law. Evaluations made in the context of labor law are divided into two: employment relationship opinion and temporary employment relationship. What is done in the context of administrative law is divided into two: honorary public official and obligant. Considering the regulations in Türkiye, it is difficult to consider this relationship as a business relationship because there is no mutual agreement of will to meet the requirements of the business relationship. The idea of a temporary employment relationship has also been examined, but it is difficult to accept the existence of a temporary employment relationship between the football player and the Turkish Football Federation. Because, for the existence of a temporary employment relationship, there must be an agreement between the worker's employer and the temporary employer, the Turkish Football Federation has the authority to send football players to the national team and sanctions can be imposed on clubs that violate this. In the context of administrative law, the concept of public officer can be considered in a broad sense. In this case, honorary public official and obligant issues should be examined. The definition of honorary public official generally focuses on participation in short-term public service and volunteering. However, the fact that football players are required to play in the Turkish National Teams in accordance with the regulations in the legislation shows that the concept of honorary public official is not suitable to explain this relationship. In the concept of obligant, there is a situation where a duty is performed by force in accordance with a provision of law and there is a sanction for not complying with the obligation. According to this view, there are elements such as temporality, coercion and sanctions in



the relationship between the football player called to the Turkish National Teams and the Turkish Football Federation. Therefore, considering the regulations, it seems more appropriate to explain this relationship with the concept of obligant.

## Giriş

Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcular ile Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemeden önce TFF'nin hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu tespit ve teşhis yapıldıktan sonra TFF'nin düzenlemelerinin hukuki niteliği de belirlenmeli ve ardından Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki hukuki ilişki doğru bir şekilde tayin edilecektir. Zira aşağıda belirtileceği üzere TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuk tüzel kişisi mi olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmada varılacak netice bu makalede ele alınan Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkinin ne olduğunu temelden etkileyecektir. Bu kapsamda öncelikle TFF'nin hukuki niteliği konusu ele alınmıştır.

Ardından TFF-kulüp-futbolcu arasındaki ilişki incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle kulüp ile futbolcu, sonra kulüp ile TFF ve son olarak futbolcular ile TFF arasındaki ilişki irdelenmiştir. Daha sonra futbolcuların millî takıma çağrılması meselesi ele alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak millî takımlara çağrıyla ilgili FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*) düzenlemeleri ve sonra TFF düzenlemelerinde Türk Futbol Millî Takımlarına çağrı meseleleri incelenmiştir.

Son olarak Türk Futbol Millî Takımlarına çağrılan futbolcuların statüsü konusu incelenmiştir. Bu kısımda millî takıma çağrılan futbolcu ile TFF'nin arasındaki hukuki ilişkinin tespit ve teşhisinin yapılması murat edilmiştir. Bunun için doktrinin meseleye bakışı ele alınmış ve bu görüşlerin kendi içinde ikiye ayrıldığı görülmüştür. Bunların iş hukuku ve idare hukuku bağlamında olduğunu söylemek gerekir. İş hukuku bağlamında yapılan değerlendirmeler, Türk ve Alman doktrinde ifade edilen iş ilişkisi ve geçici iş ilişkisi üzerinedir. İdare hukuku bağlamında yapılanlar ise fahri kamu görevlisi ve mükellef olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu görüşler ele alınıp kritik edilmiş ve görüşlerimiz beyan edilmiştir.

## I. TFF'nin Hukuki Niteliği

Türkiye'de her tür futbol faaliyetini ulusal ve uluslararası kurallara göre icra etmek, örgütlendirmek, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içi ve dışında temsile yetkili kuruluş TFF'dir. TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuk tüzel kişisi mi olduğu hususunda aşağıda belirtileceği üzere doktrinde tartışmalar vardır. Tüzel kişi, gerçek kişilerin haricinde kişi yahut mal topluluklarının hukukun süjesi olarak kabul edilmesi fikrine dayanır<sup>1</sup>. Kurgusal olan bu kişiler özel hukuk ve kamu hukuku ayırımına koşut olarak özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ikiye ayrılır<sup>2</sup>. Bunun doğal sonucu olarak bu iki gruptaki tüzel kişilerin hukuki kuralları da farklılık arz etmektedir.

Anayasa'nın madde 123 hükmü gereğince kamu tüzel kişiliği, kanun yahut cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur. Kamu tüzel kişiliği nitelendirmesi anayasa, kanun yahut cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmışsa tüzel kişiliğin niteliği üzerinde bir tartışma yapılmaz<sup>3</sup>. Fakat Anayasa, kanun yahut cumhurbaşkanlığı kararnamesi tüzel kişiliği vermiş ancak kamu tüzel kişisi mi özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu hususunda bir nitelendirmede bulunmamışsa ilgili tüzel kişiliğin niteliğinin belirlenmesi için bazı kriterleri kullanmak gerekir. Gözler'e göre kamu tüzel kişisi sayılmanın kümülatif iki şartı vardır: Tüzel kişiliğin devlet tarafından kurulmuş olması ve tüzel kişinin kamu gücü ayrıcalıkları

<sup>1</sup> Mustafa Dural – Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz, 2019), 213.

<sup>2</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.I*, (Bursa: Ekin, 2019), 190.

<sup>3</sup> Gözler, *C.I*, 201.

yahut yükümlülüklerine sahip olması gerekir<sup>4</sup>. TFF'nin niteliği de bu nedenle tartışmalıdır. Zira 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>5</sup>, TFF'nin tüzel kişiliği olduğunu belirtmesine rağmen kamu hukuku tüzel kişisi mi veya özel hukuk tüzel kişisi mi olduğuna dair açık bir hüküm ihdas etmemiştir.

Özel hukuk tüzel kişileri özel hukuk hükümleri dairesinde özel hukuk alanında faaliyet göstermekte olup, hukuki işlemle kurulurlar. Bu tüzel kişiler, kamu otoritelerini temsil etmez, manevi yahut iktisadi<sup>6</sup> olabilirler; bir diğer ifadeyle bu kişileri gelir elde etme amacı taşımayan (dernek ve vakıf) ile gelir elde etme amacı taşıyan (şirketler)<sup>7</sup> niteliktedirler. Bunların yanı sıra konumuzla ilgili olarak 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu<sup>8</sup> ile spor kulübü ve spor anonim şirketi adında iki yeni özel hukuk tüzel kişiliği türü ihdas edilmiştir.

TFF her ne kadar doktrinde özel statüde dernek<sup>9</sup> olarak nitelendirilse de bir dernek yahut vakıf olmayıp 5894 sayılı Kanun'la tüzel kişilik verilerek kurulmuş olan ve kendine özgü yapıya sahiptir. Bu Kanun'un birinci maddesine göre Federasyon "*özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, özerk bir kuruluş*"tur. Kanun'a göre Federasyonun kuruluş amacı "*her türlü futbol faaliyetlerini milli ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek*"tir.

Ertaş ve Petek, mevzuatta Federasyonun özerk olarak nitelendirilmesinin onu kamu kurumu yapmayacağını ve ayrıca özel hukuka tabi olmasına karşın vakıf, dernek veya şirket olmadığını belirterek atipik olduğu sonucuna varmışlardır<sup>10</sup>. Güran ise kanunla kurulmuş olmanın bir tüzel kişiyi kamu tüzel kişisi yapmaya yetmeyeceğini belirtmiş ve kanunda özel hukuka tabi olduğunun belirtilmiş olmasının TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi niteliğini güçlendirdiğini belirtmiştir<sup>11</sup>. Ağar ise (mülga) 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da TFF için yapılan "*özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, özerk*" nitelendirmesine dikkat çekerek bu izahın idare hukukunda benimsenen tüzel kişilik ile özerklik birlikteliğine uyumsuz olduğunu belirtmesinin ardından TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğunu ve buna karşın idari teşkilat içerisinde yer aldığından geniş yetkilerle donatıldığını belirtmiştir<sup>12</sup>. Özay ile Berk ise TFF için "*kamu hukukundan etkilenen tüzel kişilik*" olarak nitelendirmiştir<sup>13</sup>. Günel ve Küçükgüngör ise TFF'nin özelliklerine dikkat çektikten sonra atipik hukuki yapıya sahip olduğunu belirtmişlerdir<sup>14</sup>. Özelci ise TFF'nin kamu tüzel kişisi olduğunu savunmakta ve gerekçe olarak TFF şayet özel hukuk kişisi olsaydı öteki tüzel kişilerde olduğu gibi TFF Genel Kurulu kendisini feshedebilir yahut mahkeme kararı ile de feshedilebilir; ancak hukuki açıdan TFF için bunun mümkün olmayacağını belirtmiştir<sup>15</sup>. Çeviker, Türk hukuk sistemindeki özel hukuk tüzel kişilerinin şirketler, dernekler ve vakıflar olduğunu ve bunların sınırlı sayıda olduğunu belirtip TFF'nin bunlardan birisi olmadığı için özel hukuk tüzel kişisi olamayacağını savunmuştur<sup>16</sup>. Tutar ise TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının onun özel hukuk tüzel kişisi olduğu anlamına gelmeyeceğini ifade ettikten sonra kanunla kurulmuş olmasının ve kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmasının TFF'yi

<sup>4</sup> Gözler, C.1, 204-210.

<sup>5</sup> Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri (TFF Kanunu) *Resmi Gazete* 27230 (16 Mayıs 2009), Kanun No. 5894.

<sup>6</sup> Mehmet Ayan-Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2016), 203.

<sup>7</sup> Şaban Kayıhan, *Kişiler Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022), 116-117.

<sup>8</sup> Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (SKSFK), *Resmi Gazete* 31821 (26 Nisan 2022), Kanun No. 7405.

<sup>9</sup> Hasan Petek, "Futbolcu ile Kulübü ve Millî Takım Arasındaki Hukuki İlişkiler", *MÜHFHAD*, 22/3, (2016), 2412.

<sup>10</sup> Şeref Ertaş-Hasan Petek, *Spor Hukuku*, (Ankara: Yetkin, 2017), 222-223.

<sup>11</sup> Sait Güran, "Türkiye Futbol Federasyonunun İdare Hukuku ile İlişkisi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, Ed. Baki İlkay Engin, (İstanbul: On iki Levha, 2010), 1913-1914.

<sup>12</sup> Serkan Ağar, "Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi", *TBB Dergisi*, 63, (2006), 306-307.

<sup>13</sup> İl Han Özay, "Futbolda Özelleştirme", *İHİD*, 11/1-3 (1990), 33; Kahraman Berk, "Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatındaki Yeri", *İÜHFMD* 64/2-3 (2006), 23.

<sup>14</sup> A. Nadi Günel-Erkan Küçükgüngör, "Türk Spor Teşkilatının Hukuki Yapısı", *TBB Dergisi*, 3, (1998), 1058.

<sup>15</sup> M. Aytaç Özelci, *Türk Spor Yönetiminde Kendine Özgü Bir Yapılanma: Türkiye Futbol Federasyonu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi SBE, 2007, 89.

<sup>16</sup> Emirhan Çeviker, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları*, (Ankara: Seçkin, 2022), 27.

kamu tüzel kişisi niteliğini haiz olduğunu söylemiştir<sup>17</sup>. Ayanoğlu ise TFF'nin kamu hizmeti yürüttüğünü, kanunda özel hukuka tabi olduğunun belirtilmesinin özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirme yapmaya yetmeyeceğini belirterek kamu tüzel kişisi olduğunu belirtmiştir<sup>18</sup>.

5894 sayılı Kanun, TFF'nin bir tüzel kişiliğinin olduğunu belirtmiş fakat özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu hususunda açık bir hüküm ihdas etmemiştir. Kanun TFF için "özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, özerk bir kuruluş" ifadelerini kullanmıştır. Bazı kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine tabi olabileceğini ve dolayısıyla TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının onu özel hukuk tüzel kişisi hâline getirmeyeceği Gözler tarafından belirtilmiştir<sup>19</sup>. Yazara göre TFF kamu gücü ayrıcalıklarına sahiptir ve devlet tarafından kanun ile kurulmuş olup kendisine verilen görev bir kamu hizmetidir<sup>20</sup>. Ayrıca yine Gözler'e göre TFF'nin "özerk" olması da onun kamu tüzel kişisi olduğunu göstermektedir; zira özel hukuk tüzel kişileri bakımından özerkliğin bir anlamı bulunmamaktadır<sup>21</sup>.

5894 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan şu ibareye dikkat çekmek gerekir: "*bu Kanunda, TFF Statüsü ve ilgili diğer talimatlarda hüküm bulunmayan hallerde 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri kıyasen uygulanır.*" Bu hüküm iki noktada ele alınmalıdır. Birincisi 5253 sayılı Dernekler Kanunu<sup>22</sup> ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>23</sup> hükümlerine atıf yapmasının TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu anlamına gelip gelemeyeceğidir. Bir kamu tüzel kişisine özel hukuk hükümleri uygulanabilir ve bu durum tek başına o tüzel kişiyi özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmeye yeterli değildir<sup>24</sup>. Hükümde dikkat çekilmesi gereken diğer husus ise TFF Statüsü ve öteki talimatlar ile ilgilidir. TFF bir kamu tüzel kişisi ise TFF Statüsü ve öteki talimatlarını düzenleyici idari işlem olarak kabul etmek gerekir mi sorusu ortadadır. Düzenleyici idari işlemler genel, soyut ve kişilik dışı olan tek yanlı kural koyan idari işlemlerdir<sup>25</sup>. TFF Statüsü ve TFF'nin öteki talimatlarını birer düzenleyici idari işlem olarak kabul etmek gerekir.

Danıştay mülga 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun döneminde TFF'yi özel hukuk tüzel kişisi olarak nitelendirmekteydi. Nitekim mülga 3461 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi neticesinde TFF'nin özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğünü belirtmiştir<sup>26</sup>. Bu dönemde Danıştay bir başka kararında ise TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının yaptığı işlemlerin idari işlem olmasını engellemeyeceğine de hükmetmiştir<sup>27</sup>. Bu hususa dikkat çekilmesinin sebebi TFF'nin özel hukuk kişisi olarak kabulü durumunda dahi idari işlem tesis edemeyeceği neticesine varılmaması gerektiğidir. Nitekim Gözler, TFF özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilse bile kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak tesis ettiği işlemlerin idari işlem olduğunu ve idari yargıda yargısal denetiminin yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>28</sup>.

Görüldüğü üzere TFF'nin hukuki niteliği üzerinde doktrinde görüş ayrılıkları vardır. TFF'nin kamu hizmetini yürütüyor olması<sup>29</sup> da TFF'yi kamu tüzel kişisi olarak nitelendirmeye yetmez. Zira kamu

<sup>17</sup> Ali Tutar, *Profesyonel Futbolcu*, (Ankara: Seçkin, 2023), 20.

<sup>18</sup> Taner Ayanoğlu, "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", *TBB Dergisi*, 74, 2008, 53.

<sup>19</sup> Gözler, *C.I*, 213. Benzer görüş için bkz. Tutar, *Profesyonel Futbolcu*, 20; Günal-Küçükgüngör, "Türk Spor Teşkilatı", 1056-1057; Onur Şahin, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sportif Yargı Yoluyla Çözümü*. (İstanbul: On İki Levha, 2016), 49.

<sup>20</sup> Gözler, *C.I*, 213.

<sup>21</sup> Gözler, *C.I*, 214.

<sup>22</sup> Dernekler Kanunu, *Resmi Gazete* 25649 (23 Kasım 2004), Kanun No. 5253.

<sup>23</sup> Türk Medeni Kanunu (TMK), *Resmi Gazete* 24607 (18 Aralık 2001), Kanun No.4721.

<sup>24</sup> Gözler, *C.I*, 214.

<sup>25</sup> Gözler, *C.I*, 1271.

<sup>26</sup> Danıştay 10. D., T.20.02.1991, E.1989/2924, K.1991/547, *Danıştay Dergisi*, 82-83, 1006-1007.

<sup>27</sup> Danıştay 10. D., T.17.06.1991, E.1991/1149, K.1991/2286, *Danıştay Dergisi*, 84-85, 696-697.

<sup>28</sup> Gözler, *C.I*, 763.

<sup>29</sup> Ayanoğlu, "Tahkim Kurulu", 53.

hizmeti idarenin gözetim ve denetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından da yürütülebilir<sup>30</sup>. Anayasa madde 123 hükmü gereğince kamu tüzel kişiliği kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilir. TFF kanunla kurulmuştur. Fakat tek başına bu TFF'yi kamu tüzel kişisi olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Zira kanun koyucunun kanunla özel hukuk tüzel kişisi kurmasının önünde hiçbir engel yoktur. TFF'nin kanunla kurulmuş olması kamu tüzel kişisi olması için bulunması gereken zorunlu bir şartı sağlamıştır. Bununla birlikte TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi olması onu özel hukuk tüzel kişisi yapmaz çünkü bir kamu tüzel kişisi özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilir<sup>31</sup>. Ayrıca TFF kamu gücü ayrıcalıklarına sahiptir<sup>32</sup>. Bunun yanında Kanun'da özerk olarak nitelendirilmiş ve bu nitelendirme kamu tüzel kişileri bakımından anlam ifade eder<sup>33</sup>. Bütün bu hususları değerlendirdiğimizde TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu sonucuna varılmalıdır.

Kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunu kabul ettiğimiz TFF'nin düzenlemelerinin hukuki niteliğine de bakmak gerekir. 5894 sayılı Kanun madde 3/1-c hükmü TFF'ye FIFA ile UEFA'nın (*Union des Associations Européennes de Football*) yetkili organlarınca konulmuş olan kuralların uygulanmasının sağlanma görevinin yanı sıra futbol alanında talimat hazırlama görevi verilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında 5894 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin konuların FIFA ile UEFA'nın kurallarına uygun şekilde Resmî Gazete'de yayınlanmak suretiyle yürürlüğe girecek TFF Statüsü<sup>34</sup> ve TFF'nin çıkaracağı talimatlarda düzenleneceği belirtilmiştir. Tanımların düzenlendiği 2. maddeye baktığımızda i bendinde TFF statüsü şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bu Kanunda belirtilen usul ve esaslar ile Kanunun uygulanmasına yönelik diğer hususlara dair Genel Kurul tarafından yapılan futbola ilişkin düzenleme.*" Aynı maddenin j bendinde ise talimat şu şekilde tanımlanmıştır: "*Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve söz konusu Statünün çizdiği çerçevede Yönetim Kurulu tarafından yapılan düzenleme.*" Görüldüğü üzere Kanun TFF statüsünün de bir talimat olduğunu belirtmiştir. Aralarındaki fark TFF statüsünün öteki talimatların hiyerarşik olarak üstünde olmasıdır.

Spor alanlarında kanun çerçeveyi çizmekte fakat çoğunlukla federasyonların çıkardığı talimatlarla düzenleme yapılmaktadır<sup>35</sup>. TFF'nin düzenlemelerinin FIFA ile UEFA'nın kurallarına uygun olması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Özellikle FIFA'nın talimatlarının çok sık değiştiği gerekçesinden dolayı bu alanda kanun çıkarmasının efektif olamayacağı ve bu sebeple TFF'ye talimat çıkarma yetkisi verildiği ifade edilmiştir<sup>36</sup>. Öte yandan Danıştay bir kararında<sup>37</sup> TFF'nin 3. Lig ve Bölgesel Amatör Liglerde futbolculara uygulanmakta olan yaş kısıtlaması ile kontenjan uygulamasına ilişkin düzenlemeleri ele almıştır. Danıştay ilk olarak 5894 sayılı Kanun'un madde 3 hükmünde TFF'ye Türkiye'deki bütün futbol faaliyetlerini yürütebilmek, denetlemek ve düzenlemek, ulusal talimat hazırlama yetki ve görevi verildiğini hatırlattıktan sonra, TFF'nin bahse konu düzenlemelerinin kuruluş kanununun verdiği yetki dahilinde olduğunu ifade etmiştir. Bir diğer ifadeyle bunların birer talimat olduğu neticesine varılmıştır.

Yukarıda TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu sonucuna varılmıştır. Buna koşut olarak TFF'nin yaptığı düzenlemelerin birer düzenleyici idari işlem olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim statü ve talimatın, tüzük ve yönetmelik gibi algılanması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.II*, (Bursa: Ekin, 2019), 256-258.

<sup>31</sup> Gözler, *C.I*, 213. Benzer görüş için bkz. Tutar, *Profesyonel Futbolcu*, 20; Günal-Küçükgüngör, "Türk Spor Teşkilatı", 1056-1057; Şahin, *Profesyonel Futbolcu*, 49.

<sup>32</sup> Gözler, *C.I*, 213.

<sup>33</sup> Gözler, *C.I*, 214.

<sup>34</sup> 5894 sayılı Kanun'un madde 2/1-j bendine göre TFF Statüsü de bir talimat olup öteki talimatlara göre hiyerarşik olarak üst sırada yer alır.

<sup>35</sup> Ümit Kocasakal, "Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu", *İstanbul Barosu Dergisi, Spor Hukuku Özel Sayısı*, (2007), 42.

<sup>36</sup> Tutar, *Profesyonel Futbolcu*, 28; Çeviker, *Profesyonel Futbolcu*, 41-42.

<sup>37</sup> Danıştay 13. Dairesi, T.24.05.2021, E.2015/1013, K.2021/1846, Lexpera İçtihat, (Erişim 27 Şubat 2024).

<sup>38</sup> Erdener Yurtcan, "Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku", *İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı*, (2007), 10.

TFF'nin çıkardığı talimatların idarenin düzenleme yetkisinin sonucu olduğu ve bir adsız düzenleyici işlem olduğunun kabulü gerekir<sup>39</sup>. Danıştay, Futbol Federasyonu'nun çıkarmış olduğu Türkiye Ligler Statüsü'nün bir düzenleyici idari işlem olduğunu ifade etmiş ve bu hususun tartışmasız olduğunu belirtmiştir<sup>40</sup>. Bu işlemlerin birer adı vardır fakat Anayasa'da düzenlenmediklerinden dolayı adsız olarak nitelendirilmektedirler<sup>41</sup>. Uygulamada yönerge, genelge, tebliğ, ana statü, talimat gibi farklı isimlerde olabilmektedir. TFF'nin talimatları da bunlardan birisidir.

## II. TFF-Kulüp-Futbolcu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Futbolcu, kulüp ve TFF arasında karşılıklı hukuki ilişkiler söz konusudur. Kulüp ile futbolcu, TFF ile kulüpler ve son olarak futbolcular ile TFF arasında hukuki ilişki vardır. Bu hukuki ilişkiler hakkında farklı kurallar bulunmaktadır. Bunların hepsinin ayrı ayrı ele alınması isabetli olacaktır.

### A. Kulüp ile futbolcu arasındaki ilişki

Futbolcular ile kulüpler arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu sözleşme ilişkisinin hukuki niteliği, futbolcunun profesyonel veya amatör olmasına göre değişiklik göstermektedir.

Profesyonel futbolcu kavramı, küresel olarak futbolu yönetmekle yetkili kuruluş olan FIFA tarafından yayınlanan FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı<sup>42</sup> (*Regulations on the Status and Transfer of Players-RSTP*) ve Türkiye'de futbolu yönetmekle yetkili kurum olan TFF tarafından yayınlanan Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı<sup>43</sup>(*PFSTT*)'nda özdeş bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre profesyonel futbolcu, "*bir kulüple yazılı sözleşme yapmış olan ve kendisine futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan futbolcudur*" (FIFA RSTP madde 2/2; TFF PFSTT madde 3). Ayrıca her iki Talimat'ta da profesyonel kabul edilmeyen futbolcuların, amatör futbolcu olarak kabul edileceği düzenlenmiştir.

Profesyonel futbolcu kavramının bu tanımdan hareketle, profesyonel futbolcu ile kulüp arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin bir iş ilişkisi olduğu kabul edilmektedir<sup>44</sup>. İş sözleşmesi kavramının tanımlarına 4857 sayılı İş Kanunu<sup>45</sup> madde 8 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>46</sup> madde 393 hükümlerinde benzer bir şekilde yer verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu madde 8'e göre iş sözleşmesi, "*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*". 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 393/1 hükmüne göre ise "*işçinin işverene bağımlı*

<sup>39</sup> Nitekim özerk spor federasyonlarının ana statülerinin birer adsız düzenleyici işlem olduğu doktrinde dile getirilmiştir. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz-Murat Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2023), 86-87

<sup>40</sup> Danıştay 10. Dairesi, T.17.04.1984, E.1983/1068, K.1984/818, Danıştay Dergisi, (56-57), 1985, 375.

<sup>41</sup> Yeliz Şanlı-Atay, *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, (Ankara: TODAİE, 2011), 7.

<sup>42</sup> FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nın yayınlanan son sürümü için bkz. <https://digitalhub.fifa.com/m/153157b40ca1dfd/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-March-2023-edition.pdf> (Erişim 29 Aralık 2023).

<sup>43</sup> Talimat için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimatı.pdf> (Erişim 29 Aralık 2023).

<sup>44</sup> Nuri Çelik-Nurşen Caniklioğlu-Talat Canbolat-Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul, 166: On İki Levha, 2023); Faruk Baştürk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu* (İstanbul: Beta, 2007), 15; Nil Karabağ Bulut, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Ücret* (İstanbul: On İki Levha, 2021) 28; Ümit Orhan-Emin Bozkurt, *Spor Hukuku* (Ankara: Adalet, 2023), 253; Suat Sarı, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*, (İstanbul: Filiz, 2023), 175; Yakub Kızılkaya, *Profesyonel Futbolcunun İş İlişkinin Sona Ermesi ve Sonuçları* (İstanbul: Beta, 2019), 13; Petek, "Millî Takım", 2410; Philipp S. Fischinger-Heiko Reiter, *Das Arbeitsrecht Des Profisports*, (Almanya: C.H. Beck, 2021), 9. Doktrinde profesyonel futbolcular ile kulüpler arasındaki ilişkinin iş ilişkisi sayılamayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmaları nedeniyle işçi sayılamayacağı yönündeki doktrin görüşü için bkz. Durmuş Ali Genç, *Spor Hukuku*, (İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1998), 81-82. Profesyonel futbolcuların bağımsız çalışan kabul edilmesi gerektiği yönündeki doktrin görüşü için bkz. Gerd Niebaum, "Gerd Niebaum hält Fußballprofis für Unternehmer", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.01.1996, Nr. 17, 27 (Erişim 22 Ocak 2024); benzer yönde bkz. Ulrich Fischer, "Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?", *SpuRt*, (1997/6), 181; Aynı Yazar, "Europäischer Profi - Mannschaftssport oder: Arbeits(kampf)recht gegen Wettbewerbsrecht - Eine Konferenzschaltung", *SpuRt*, (2004/5), 251-254, 252.

<sup>45</sup> İş Kanunu (İşK), *Resmi Gazete* 25134 (10 Haziran 2003), Kanun No.4857.

<sup>46</sup> Türk Borçlar Kanunu (TBK), *Resmi Gazete* 27836 (04 Şubat 2011), Kanun No.6098.

olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Yukarıda gösterilen bu hükümlerden hareketle iş sözleşmesi unsurları iş görme, ücret ve bağımlılık olarak kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

FIFA RSTP madde 2 ve TFF PFSTT madde 3'te gösterilen tanımdan profesyonel futbolcunun, ücret karşılığı kulüp adına futbol faaliyetine katılma edimini yerine getirdiği açıkça görülmektedir. Profesyonel futbolcular, profesyonel futbolcu sözleşmesi gereği üstlenmiş olduğu futbol faaliyetini yerine getirirken kulübün yönetim, gözetim ve denetimi altındadır. Öncelikle futbolcuların çalışma şekli, yeri ve zamanı kulüp tarafından belirlenmektedir<sup>48</sup>. Zira öncelikle kulüp tarafından belirlenen yer, zaman ve türde müsabakalara, kamplara, antrenman ve diğer çalışmalara katılmakla yükümlüdür<sup>49</sup>. Aynı şekilde profesyonel futbolcuların bu müsabaka ve çalışmalarda ne şekilde faaliyetlerde bulunması gerektiği ve bunların sınırları kulüp tarafından yetkilendirilen teknik sorumlu ve antrenörlerin yönetimi, gözetimi ve denetimi altında gerçekleşmektedir<sup>50</sup>. Örneğin profesyonel futbolcular müsabakalarda oynayıp oynamayacaklarına, hangi pozisyonda ne şekilde veya ne kadar süre oynayacaklarına kendileri karar veremezler<sup>51</sup>. Dolayısıyla futbolcuların kendilerine verilen talimatlar çerçevesinde yaratıcı olabilecekleri kabul edilmelidir. Zira profesyonel futbolcu, teknik sorumlular tarafından kendisine verilen talimatları uygulamazsa oyundan değiştirilme ve daha sonraki müsabakalarda futbolcuya yer verilmemesi riskiyle karşı karşıya kalacaktır<sup>52</sup>.

Bunların yanı sıra TFF PFSTT madde 24/c-d hükümlerinde de açıkça düzenlendiği üzere kulüplerin, futbolculara disiplin yaptırımını uygulaması mümkündür. Bu durum da profesyonel futbolcunun, futbol faaliyetlerini sözleşmenin karşı tarafı olan kulübün iş organizasyonu içerisinde ve onun yönetimi, gözetimi, denetimi altında gerçekleştirdiğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>53</sup>. Başka bir ifadeyle profesyonel futbolcu sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte profesyonel futbolcu, sözleşmenin karşı tarafı olan kulübe kişisel ve hukuki olarak bağımlı hâle gelmektedir. Dolayısıyla profesyonel futbolcu ile kulüp arasındaki bu sözleşme, bir iş sözleşmesi niteliğindedir.

Yargı ve TFF uygulaması da profesyonel futbolcular ile kulüp arasındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2020 tarihli bir kararı bu durumu açıkça göstermektedir. Bu karar, "*Sporcular, kulüplerinin (işverenlerinin) gösterdiği yerlerde tespit edilmiş çalışma saatlerine tâbi olarak ve işverenin emir ve gözetimi altında antrenman ve müsabakalar yaptıkları ve karşılığında önceden kararlaştırılmış bir ücret aldıklarına göre, kulüpleri ile bağları iş sözleşmesine dayanmaktadır. Faaliyetin sporla ilgili oluşu sporcu ile kulüp arasındaki bağın iş ilişkisi sayılmasına engel oluşturmaz.*" Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin K. 2015/26568, (5 Ekim 2015) ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, K. 2018/21216 (22 Kasım 2018) kararlarında da "*Somut olaya bakıldığında; davacının, hizmet sözleşmesi gereğince davalı Spor Kulübünde profesyonel sporcu olarak görev yaptığı, 7036 sayılı Kanunun 25/10/2017 tarihinde yürürlüğe girdiği, davanın 18/09/2018 tarihinde açıldığı dikkate alındığında, davada görevli mahkeme iş mahkemesidir. İlk itirazı değerlendirecek olan mahkeme de görevli olan iş mahkemesidir.*" şeklinde bu durum gösterilmiştir<sup>54</sup>.

<sup>47</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 393/1 hükmünde, 4857 sayılı İş Kanunu madde 8'den farklı olarak "*belirli veya belirli olmayan süre*" şeklinde zaman unsuruna yer verildiği görülmektedir. Ancak tanımda yer alan zaman kavramını iş sözleşmesinin varlığının belirlenmesinde bağımsız bir unsur olmayıp bağımlılık unsurunun belirlenmesinde yardımcı bir unsur niteliğindedir. Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 223.

<sup>48</sup> Dominik Fiedler, *Sportsponsoring und Arbeitsrecht Arbeitsrechtliche Selbstvermarktungsgrenzen* (Almanya: Springer, 2017), 118; Fischinger-Reiter, 9; Sarı, *Profesyonel Futbolcu*, 54; Baştürk, *Profesyonel Futbolcu*, 13; Kızılkaya, *Profesyonel Futbolcu*, 6.

<sup>49</sup> Karabağ Bulut, *Ücret*, 21.

<sup>50</sup> Fiedler, *Arbeitsrecht*, 118; Jan Sienicki, "Employment Relationships at National Level: Germany" *European Sports Law And Policy Bulletin*, (2014/1), 173-217, 174.

<sup>51</sup> Fiedler, *Arbeitsrecht*, 118; Fischinger-Reiter, *Profisports*, 9; Karabağ Bulut, *Ücret*, 21-22.

<sup>52</sup> Fiedler, *Arbeitsrecht*, 118.

<sup>53</sup> Baştürk, *Profesyonel Futbolcu*, 14; Kızılkaya, *Profesyonel Futbolcu*, 6.

<sup>54</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/5239 (10 Ocak 2020) Lexpera, (Erişim 21 Ocak 2023).

Ancak amatör futbolcu ile kulüp arasındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira FIFA PFSTT madde 2/2 ve TFF PFSTT madde 4 hükümlerinden hareketle amatör futbolcuların bu faaliyetleri karşılığında bir ücret elde etmeyen kişiler olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim TFF PFSTT madde 4/2 hükmünde amatör bir futbolcunun, bir müsabaka ile ilgili gerçekleşen ulaşım, konaklama, malzeme, sigorta, beslenme ve antrenman giderlerinin karşılanması futbolcunun amatör statüsünü bozmayacağı hüküm altına alınmış olması da bu durumu göstermektedir. Bu durum Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan 22.02.2103 tarih ve 2013/11 sayılı Genelge'nin "1.14-Profesyonel Sporcular" başlıklı hükmünde de gösterilmiştir<sup>55</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki profesyonel futbolcu ile kulüp arasındaki iş ilişkisi, 4857 sayılı İş Kanunu madde 4/g hükmü uyarında İş Kanunu'nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla bu iş ilişkisi bakımından uygulama bulacak temel kanun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur. Zira bireysel iş hukukunu düzenleyen kurallar sadece 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Bunun yanı sıra, Türk 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu da iş sözleşmelerini konu edinen hükümler barındırmaktadır. Bununla birlikte, her Kanun hangi iş sözleşmelerinin kendi uygulama alanına gireceğini belirlemektedir<sup>56</sup>. Profesyonel futbolcu ile kulüp arasındaki iş ilişkisi, yukarıda gösterilen 4857 sayılı İş Kanunu m4/g hükmü gereği bu Kanunun kapsamı dışında bırakıldığından ve Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu Kapsamına girmediğinden uygulama bulacak temel kanun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur. Dolayısıyla bu ilişki bakımından esas olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m.393 v.d. hükümlerinde düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama bulacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TFF düzenlemelerinde de bu ilişkiye ilişkin birçok düzenlemeye yer verilmiştir. TFF düzenlemelerinde yer alan hükümler futbola ilişkin özel hükümler niteliği taşıdıklarından emredici nitelikteki hükümlere aykırı olmamak kaydıyla- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır<sup>57</sup>. Son olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 5.maddesinde ifade edildiği üzere, bu kanun ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmaktadır. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun düştüğü ölçüde, profesyonel futbolcu sözleşmeleri bakımından da uygulama bulan hükümler niteliğindedir.

## B. Kulüpler ile TFF arasındaki ilişki

Kulüpler ile TFF arasındaki ilişki hem üyelik hem de tescil (lisans) ilişki bulunmaktadır<sup>58</sup>. Kulüpler ile TFF arasındaki ilişki öncelikle bir üyelik ilişkisidir. Yani kulüpler, TFF'nin bir üyesi konumundadır. Bu durum TFF Statüsü<sup>59</sup> madde 9'da açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre profesyonel futbol liglerinde bulunan kulüpler doğrudan TFF'nin üyesi konumundayken amatör kulüpler Türkiye Amatör Spor Kulüpleri Konfederasyonu aracılığıyla temsil edilirler.

TFF Statüsü madde 17'ye göre TFF'ye kayıtlı olan bir amatör kulüp, profesyonel bir lige yükseldiğinde TFF'nin üyesi sıfatına kendiliğinden kavuşur. Profesyonel liglere yükselen kulüpler, TFF üyeliğine

<sup>55</sup> 22.02.2103 tarih ve 2013/11 sayılı Genelge "1.14-Profesyonel Sporcular" başlıklı hükmün: "(1) Herhangi bir spor dalını kendisine meslek edinen ve bundan kazanç sağlayan kişilere profesyonel sporcu denilmekte, bu kişiler kulüplerinin (yani işverenin) gösterdiği yerlerde tespit edilmiş çalışma saatlerine tabi olarak ve işveren veya vekilinin emir ve talimatı altında antrenman ve müsabakalar yaptıklarına, mukabilinde önceden yapılmış anlaşma ile tespit edilmiş ücretleri aldıklarına göre, anılan kimselerin işverenle hukuki ilişkileri bir hizmet akdine dayanmaktadır.

(2) Gençleri spora teşvik etmek, gelecek vadeden sporculara sahip çıkmak, belli spor branşlarını güçlendirmek vb. gibi nedenlerden dolayı bazı sporculara, kulüpleri tarafından düzenli ödemeler yapılmaktadır. Sporcularla yapılan sözleşmelerde aylık ödenecek ücretin asgari ücret veya üzerinde belirlenmesi durumunda, bunlar Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacak, aksi halde sigortalı sayılmayacaktır."

<sup>56</sup> Ekmekçi-Yiğit, *İş Hukuku*, 6.

<sup>57</sup> Karabağ Bulut, *Ücret*, 29.

<sup>58</sup> Bu yönde bkz. Nil Karabağ Bulut, "TFF ile Profesyonel Futbolcu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 3/1, (Ocak 2021), 43.

<sup>59</sup> TFF Statüsü için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TFF-KANUN-STATU/TFF-Statusu.pdf>, (Erişim 26 Ocak 2024).

başvuruda bulunurken TFF Statüsü madde 11/2'de gösterilen tüm belgeleri sunmakla yükümlüdür. Bu bilgi ve belgelerin uygun olup olmadığı TFF Yönetim Kurulu tarafından karara bağlanır.

Kulüpler arasında üyelik ilişkisini kuran bir lisans (tescil) ilişkisi de bulunmaktadır<sup>60</sup>. Zira bir kulübün TFF'nin üyesi konuma gelmesi ancak bu kulübün, futbol dalında faaliyeti bulunan, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu uyarınca kurulmuş ve TFF tarafından tescil edilmiş olması hâlinde mümkündür. Nitekim TFF Statüsünde yer alan tanımda da kulüplerin TFF nezdinde tescil edilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Ayrıca Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından tescil edilen spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin futbol dalında TFF nezdinde tescilleri, bu kapsamda futbol şubelerinin şirketleşme, birleşme ve devirleri ile futbol dalında ad, unvan, logo ve amblem değişikliklerine ilişkin esasların belirlenmesi amacıyla TFF tarafından Kulüplerin Futbol Dalında Tescil Talimatı yayınlanmıştır<sup>61</sup>. Bu Talimatın 2. maddesinde de kulüp kavramı TFF Statüsüne özdeş şekilde futbol dalında faaliyeti bulunan 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nda belirlenen koşulları taşıyan ve TFF tarafından futbol dalında tescil edilmiş olan spor kulüpleri ve/veya spor anonim şirketleri olarak gösterilmiştir. Ayrıca Talimatın 3. maddesinde futbol faaliyetlerine katılacak kulüplerin, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ile bu kapsamda çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak tescilini yaptırmış olmalarının bu Talimatta belirlenen koşulları taşımalarının ve TFF tarafından futbol dalında tescil edilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir.

### C. Futbolcular ile TFF arasındaki ilişki

Türkiye'deki tüm futbol faaliyetini icra etmek, düzenleme ve denetleme yetkisi, 5894 sayılı Kanun ile TFF'ye verilmiştir. Ancak futbolcu ile kulüp arasında bir ilişkinin kurulması, TFF'yi doğrudan bu ilişki üzerinde yetkili hâle getirmemektedir. Öncelikle futbolcu ile TFF arasında bir üyelik ilişkisi bulunmamaktadır. Ayrıca futbolcu ile kulüp arasındaki ilişki, TFF ile futbolcu arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurmaz. TFF ile futbolcu arasındaki hukuki ilişki, TFF nezdinde futbolcunun tescil edilmesi ve futbolcuya lisans verilmesiyle başlamaktadır<sup>62</sup>. Görüldüğü üzere profesyonel futbolcu ile TFF arasındaki hukuki ilişki bir lisans ilişkisidir<sup>63</sup>.

Futbolcunun, futbol faaliyetini yerine getirebilmesi TFF tarafından tescil edilmesi ve futbolcuya lisans verilmesi şartına bağlanmıştır. Nitekim konuyu düzenleyen TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı madde 11 hükmüne göre bir futbolcunun, bir kulüp adına amatör veya profesyonel olarak futbol faaliyetine katılabilmesi için ilk tescil işlemleri de dahil olmak üzere bağlı olduğu kulübü adına TFF nezdinde FIFA Kimlik numarası verilmek suretiyle elektronik tescil sistemine tescil edilmiş olması zorunludur. Ayrıca futbolcuların, organize futbola katılabilmeleri ancak TFF tarafından elektronik tescil sistemi ile tescil edilmiş olmaları halinde mümkündür<sup>64</sup>.

Futbolcunun TFF nezdinde tescil edilmesi ve futbolcuya lisans verilmesiyle birlikte futbolcu, futbol faaliyetini, TFF, FIFA ve UEFA düzenlemelerini esas alarak bunların koymuş olduğu kurallar çerçevesinde ifa etme hak ve yükümlülüğünü altına girmektedir<sup>65</sup>. TFF ise hem futbolcunun futbol faaliyetine izin verme ve hem de futbolcuya taahhüt etmiş olduğu düzeni sağlamak ve korumak yükümlülüğü altına girmektedir<sup>66</sup>. Ayrıca TFF, böylelikle futbolcunun statü ve talimatlara aykırı

<sup>60</sup> Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 43.

<sup>61</sup> Talimat Metni için bkz. <https://tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Kul%C3%BCplerin-Futbol-Dalında-Tescili-Talimatı.pdf> (Erişim Tarihi: 28 Şubat 2024).

<sup>62</sup> Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 45-46.

<sup>63</sup> Lisans ilişkisinin hukuki niteliği hakkında bkz. Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 46 vd.

<sup>64</sup> Aynı yönde bkz. FIFA RSTP madde 5 hükmü.

<sup>65</sup> Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 46 vd.

<sup>66</sup> Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 46.



davranışlarına, statü ve ilgili talimatları vasıtasıyla belirlemiş olduğu yaptırımları uygulama yetkisi elde etmektedir<sup>67</sup>.

### III. Futbolcuların Millî Takıma Çağrılması

Futbolun tüm dünyada yaygınlaşması, popülerliğinin artması, ülkeler arası dostane ilişkilerin kurulması ve bu ilişkilerin güçlenmesi, kültürel ve sportif etkilenmelerin gerçekleşmesi ve barışın sağlanması, futbolcular ve futbolun diğer aktörlerinin ülkelerin tanıtımına, ekonomi ve turizm alanına katkı sağlamaları gibi nedenlerle ülkelerin millî takımları arasında resmî veya özel müsabakalar organize edilmektedir<sup>68</sup>. Millî takımlar ve kulüp takımları arasında uluslararası müsabaka ve turnuvalar düzenleme yetkisi ilgili hükümler uyarınca münhasıran FIFA ve üye konfederasyonlara aittir<sup>69</sup>. FIFA veya üye konfederasyonun önceden izni olmaksızın hiçbir uluslararası nitelikli müsabaka ve turnuva düzenlenmemektedir.

Millî takımlar arasındaki müsabakaların, birden fazla FIFA üyesi konfederasyon ve ülke federasyonunu ilgilendirebilmesi nedeniyle futbolcuların millî takımlara çağrılması hususu FIFA RSTP EK-1’de ayrıntılı ve üye federasyonlar için bağlayıcı olarak düzenlenmiştir. FIFA RSTP hükümleri birden fazla üye konfederasyonu veya federasyonu ilgilendiren durumlarda uygulanmaktadır. Örneğin bir İtalyan kulübüne tescilli bir şekilde futbol faaliyetini gösteren bir Türk futbolcunun, Türk Millî Takımlarına gönderilmesi hususunda uyulması gereken düzenlemeler FIFA RSTP EK-1 hükümleridir. Aynı şekilde bir Türk kulübüne tescilli şekilde futbol faaliyetini yerine getiren İtalyan bir futbolcunun, kendi millî takımına gönderilmesi usulleri bakımından da FIFA RSTP EK-1 hükümleri uygulama bulacaktır.

Türk hukukunda Türk Millî Takımlarına futbolcu çağırma görev ve yetkisi TFF’ye verilmiştir. Nitekim 5894 sayılı Kanun madde 3/1-d hükmünde Federasyonun görevlerini arasında *“Her düzeyde müsabakalar düzenlemek ve millî takımlar ile kulüp takımlarının uluslararası müsabakalara katılması ve mücadele edebilmesi için gerekli tedbirleri almak”* ve *“Üyelerinin, kulüplerin, futbolcuların, hakemlerin, yöneticilerin, teknik direktör ve antrenörlerin, sağlık personelleri, futbolcu temsilcileri ve müsabaka organizatörleri ile diğer tüm ilgililerin FIFA, UEFA ve TFF tarafından konulan Statü, talimat ve düzenlemeleri ile bunların yetkili kurulları tarafından verilen kararlara uymalarını sağlamak”* sayılmıştır. Aynı şekilde TFF Statüsü madde 2/e’de TFF’nin amaçları arasında *“Yurt içinde her düzeydeki ligleri teşkilatlandırmak ve düzenlemek ve kendi millî takımlarının ve kulüp takımlarının uluslararası turnuvalara kabulünü ve katılımını sağlamak amacıyla gerekli her türlü tedbiri almak”* yer almaktadır. TFF, bu görev ve amaçları doğrultusunda TFF PFSTT madde 9-10 hükümlerinde Türk Millî Takımlarına futbolcuların çağrılmasına ilişkin usul ve esaslar ile millî takıma seçilen futbolcuların hak ve yükümlülüklerine ve TFF Futbol Disiplin Talimatı<sup>70</sup> madde 51 hükmünde ise millî takım çağrısına gereği gibi uyulmamasına ilişkin yaptırımlara yer verildiği görülmektedir.

#### A. Millî takımlara çağrıya ilişkin FIFA düzenlemeleri

FIFA tarafından futbolcuların statüsü, organize futbola katılmaya uygunlukları ve FIFA’ya üye farklı federasyonlara üye kulüpler arasında transferleri ile ilgili evrensel ve bağlayıcı kuralları belirlemek amacıyla yürürlüğe konulan FIFA RSTP’nin EK-1 bölümünde futbolcuların millî takımlara çağrılmasına ilişkin esas ve usullere yer verilmiştir. Bu hükümlerde erkek ve kadın futbol millî takımlarına çağrıya ilişkin ilkeler, mali şartlar ve sigorta, çağrının usul ve esasları, sakatlık, sınırlamalar ve disiplin

<sup>67</sup> Karabağ Bulut, *TFF-Futbolcu*, 46.

<sup>68</sup> Petek, “Millî Takım”, 2408.

<sup>69</sup> TFF’nin üye olduğu konfederasyon UEFA’dır.

<sup>70</sup> TFF Futbol Disiplin Talimatı için bkz. <https://www.tff.org//Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Disiplin-Talimatı.pdf>, (Erişim 26 Ocak 2024).

hükümleri ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır. Yukarıda da vurgulandığı üzere FIFA RSTP'nin ilgili bu hükümleri, birden fazla üye ülke federasyonunu ilgilendiren durumlarda uygulama bulmaktadır.

FIFA RSTP EK-1 bölümünün ilk maddesinde kulüplerin, millî takıma futbolcu gönderme yükümlülüğü ve futbolcuların millî çağrıya uyma yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Buna göre kulüpler, ilgili ülke federasyonu tarafından millî takıma çağrılan futbolcularını, futbolcunun uyuşuna göre katılmaya uygun olduğu ülkenin millî takımına göndermekle yükümlüdür. Futbolcu ile kulübün aralarında aksi yönde herhangi bir anlaşma yapılması yasaktır (FIFA RSTP EK-1 madde 1/1, madde 1bis/1).

Kulüplerin millî takıma futbolcu gönderme yükümlülüğü ve futbolcuların millî çağrıya uyma yükümlülüğü mutlak bir yükümlülük değildir. Zira bu yükümlülük erkek futbolu için, uluslararası müsabaka takviminde listelenen tüm uluslararası müsabakalar ve FIFA Dünya Kupası, FIFA Konfederasyonlar Kupası ve Konfederasyonların "A" millî takımları için düzenlenen şampiyonalar için ilgili federasyonun düzenleyen Konfederasyonun üyesi olması koşuluyla zorunludur (FIFA RSTP EK-1 madde 1/2). Kadın futbolunda ise kadınlar uluslararası müsabaka takviminde listelenen tüm uluslararası müsabakalar ve FIFA Kadınlar Dünya Kupası, Kadınlar Olimpik Futbol Turnuvası, ilgili federasyonun düzenleyen konfederasyonun üyesi olması koşuluyla Konfederasyonların kadın "A" millî takımları için şampiyonalar ve Konfederasyonların Kadınlar Olimpik Futbol Turnuvası katılım için final turu eleme turnuvaları için geçerlidir (FIFA RSTP EK-1 madde 1bis/2).

FIFA, ilgili paydaşlarla istişare ettikten sonra, erkekler için dört veya sekiz yıllık dönem için uluslararası müsabaka takvimini yayınlar. Bu takvim, ilgili dönem için tüm uluslararası müsabakaları içermektir. Uluslararası müsabaka takviminin yayınlanmasının ardından sadece FIFA Dünya Kupası, FIFA Konfederasyonlar Kupası ve Konfederasyonların "A" temsilci takımları için şampiyonaları eklenecektir. Kadınlar için ise dört yıllık bir dönem için uluslararası müsabaka takvimini yayınlar. Bu takvim, ilgili dönem için tüm uluslararası takvim yanı sıra FIFA Kadınlar Dünya Kupası, Kadınlar Olimpik Futbol Turnuvası ve Konfederasyonların kadın "A" temsilci takımlarının şampiyonaları ve konfederasyonların Kadınlar Olimpik Futbol Turnuvası için final turu eleme turnuvaları için belirlenmiş dönemleri içerir.

Futbolcuların yukarıda gösterilen uluslararası müsabaka takvimi veya uluslararası müsabaka takviminde yer alan final müsabakaları dışında millî takım çağrısı için kulüp tarafından serbest bırakılması zorunlu değildir. Bu kuralın istisnaları FIFA Konseyi tarafından sadece FIFA Konfederasyonlar Kupası için belirlenebilir (madde 1/6). Aynı şekilde kadın futbolu için futbolcuların uluslararası müsabaka dönemi dışında veya yukarıdaki gösterilen ve kadınların uluslararası müsabaka takviminde yer alan müsabakalar dışında serbest bırakılması zorunlu değildir (madde 1bis/5).

FIFA RSTP EK-1 madde 2 hükmünde ise mali hükümler ve sigorta konusu düzenlenmiştir. Buna göre FIFA RSTP EK-1 hükümleri uyarınca futbolcuyu millî takıma katılması için gönderen kulübe karşılığında bir mali karşılık ödenmez. Ancak bu kuralın bir istisnası bulunmaktadır. FIFA, kulüplerin FIFA Dünya Kupası'nın başarısına yaptıkları katkının tanınması amacıyla, bu organizasyonun başarılı bir şekilde düzenlenmesine ilişkin mali hakların bir kısmını, üye federasyonlar aracılığıyla turnuvada yer alan futbolcuların kulüplerine dağıttığı Kulüp Avantajları Programını (*the Club Benefits Programme*) oluşturmuştur<sup>71</sup>. Bu program, ilk olarak Güney Afrika'da düzenlenen FIFA Dünya Kupası'ndan (2010) sonra uygulanmış ve Brezilya (2014), Rusya (2018) ve Katar'da (2022) düzenlenen sonraki turnuvalar için daha da geliştirilerek kulüplere yapılan ödemeler artırılmıştır. Ayrıca program, Fransa 2019 FIFA Kadınlar Dünya Kupası'nın ardından ilk kez kadın futbolu için de uygulanmıştır<sup>72</sup>.

Ayrıca FIFA RSTP EK-1 hükmüne göre kulüpler, futbolcuların millî takım için gönderildiği süre boyunca hastalık ve kazalara karşı sigortalanmasından sorumludur. Bu sigorta, futbolcunun uluslararası

<sup>71</sup> FIFA, "Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players" (Erişim 22 Ocak 2024), 534 (FIFA Şerhi).

<sup>72</sup> FIFA Şerhi, 534.

müsabakalar sırasında geçirdiği sakatlıkları da kapsamaludur. Ancak sahada yer alan profesyonel bir futbolcu, uluslararası bir "A" millî takım müsabakası için serbest bırakıldığı süre içinde geçirdiği bir kaza sonucu yaralanırsa ve bu yaralanma sonucunda geçici olarak tamamen sakat kalırsa, ilgili futbolcunun tescilli olduğu kulübün uğradığı zarar FIFA tarafından tazmin edilecektir. Ayrıca futbolcuya millî takım çağrısı yapan üye ülke federasyonu, futbolcunun seyahat masraflarını üstlenmekle yükümlüdür.

## **B. TFF düzenlemelerinde Türk futbol millî takımlarına çağrı**

TFF tarafından Türk Millî Takımlarına aday gösterilen futbolculara çağrının ne şekilde yapılacağı TFF PFSTT madde 9 hükmünde gösterilmiştir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre TFF tarafından Türk Millî Takımlarının müsabakalarına ve hazırlık çalışmalarına katılacak futbolcular ile kulüplerine faks yolu da dâhil olmak üzere yazılı bir şekilde çağrı yapılmaktadır. Ayrıca Türk Millî Takımlarına aday gösterilen futbolculara ve kulüplerine yapılan çağrı, TFF'nin resmî internet sitesinden de yayınlanmaktadır.

TFF PFSTT madde 9/2 hükmünde ise yukarıda gösterilen FIFA RSTP EK-1 bölümünde yer verilen hükümlere uyulmasının zorunlu olduğu gösterilmiştir. Bu bağlamda öncelikle Türk Millî Takımlarından çağrı alan futbolcu, bu çağrıya uymakla mükelleftir. Ayrıca bu durum TFF Futbol Müsabaka Talimatı'nın<sup>73</sup> "Resmî ve Özel Millî Müsabakalara Çağrılan Futbolcular" başlıklı madde 33'ünde de "Yabancılarla yapılacak resmi veya özel müsabakaların kadrolarına seçilen futbolcular yapılan çağrıya uymak zorundadırlar." şeklinde tekrar edilmiştir.

TFF PFSTT madde 10 hükmünde ise TFF'nin Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcuların birtakım giderlerini ve zararlarını karşılayacağı düzenlenmiştir. Buna göre Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcuların;

- a) *Kampa ve müsabakalara katılmak için gerekli ulaşım ve konaklama giderleri,*
- b) *Müsabaka veya antrenman esnasında meydana gelecek hastalık veya sakatlık sebebi ile TFF Sağlık Kurulu tarafından uygun bulunan tedavi giderleri,*
- c) *TFF tarafından uygun görülmesi halinde millî takım futbolcuları ve kulüplerine özendirme amacıyla yapılacak yardımlar,*
- d) *Türk Millî Takımlarının yapacakları antrenman, müsabaka veya seyahatlerde futbolcuların kısmi ya da daimi maluliyetlerine veya ölümlerine neden olacak kazalara karşı yaptırılacak sigortaların primleri"*

TFF tarafından karşılanmaktadır.

Türk Millî Takımları için yapılan çağrıya uymayan kulüp ve futbolcular için TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmünde bir yaptırım öngörülmüştür. Buna hükmüne göre "Yayın yolu ile veya yazılı tebligata rağmen haklı bir sebebi olmaksızın resmi veya özel millî müsabakalara veya hazırlık çalışmalarına katılmayan veya geç katılan veya çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcular 2 aydan 1 yıla kadar müsabakalardan men cezası ile cezalandırılır." Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında ihlalin niteliği göz önüne alınarak futbolcunun bağlı olduğu kulübe para cezası verileceği de hüküm altına alınmıştır.

## **IV. Türk Millî Takıma Seçilen Futbolcunun Statüsü**

Millî takıma seçilen futbolcular ile TFF arasındaki ilişkinin hukuki niteliği hususu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Meseleyi özel hukuk bağlamında ele alan görüşler olduğu gibi kamu hukuku ilişkisi olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Özel hukuk, bir diğer deyişle iş hukuku bağlamında ele

<sup>73</sup> TFF Futbol Müsabaka Talimatı için bkz. <http://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Musabaka-Talimatı.pdf> (Erişim 26 Ocak 2024).

alınan görüşler iş ilişkisi ve geçici iş ilişkisi şeklindeyken, kamu hukuku içinde idare hukuku ilişkisi olarak değerlendiren görüşler ise fahri kamu görevlisi ve mükellef görüşleridir.

## A. İş hukuku bağlamında yapılan değerlendirmeler

### 1. İş ilişkisi görüşü

Millî takıma seçilen futbolcu ile ulusal federasyon arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin bir iş ilişkisi olduğu doktrinde savunulmaktadır<sup>74</sup>. Daha çok Alman hukuku doktrininde kabul gören bu görüşe göre, ulusal federasyon tarafından futbolcunun millî takıma çağrılması, futbolcuyla iş sözleşmesi kurmaya yönelik bir irade beyanı olarak kabul edilmelidir<sup>75</sup>. Millî takıma çağrılan futbolcuların ise bu çağrıyı açıkça veya örtülü kabul etmeleri hâlinde ise taraflar arasında bir iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda millî takıma davet edilen futbolcuların, millî takım çağrısında belirtilen yer ve zamanda hazır bulunması, antrenmanlara ve müsabakalara katılması, iş ilişkisi kurulması yönünde bir kabul beyanı olarak kabul edilebilir<sup>76</sup>.

Alman hukukunda savunulan iş ilişkisi görüşünün, futbolcunun kendisine yapılan millî çağrıyı kabul edip etmeme yönünde irade serbestisi olduğu ve bu yöndeki iradesinin sözleşme kurulmasına yönelik kabul beyanı sayılabileceği yönündeki değerlendirmesinin temel dayanaklarından birisini de futbolcuların millî takıma katılması yükümlülüğünü düzenleyen DFB Oyun Kuralları<sup>77</sup> (*Spielordnung*) madde 34 hükmü oluşturmaktadır. Bu hükmün ilk fıkrasına göre kulüpler, DFB ve üye kuruluşları tarafından düzenlenen uluslararası müsabakalara futbolcu göndermekle yükümlüdür. Aynı şekilde futbolcular da kendilerine yöneltilen bu yönde bir çağrıya uymakla yükümlüdür. Millî takıma katılma yükümlülüğünü düzenleyen DFB Oyun Kuralları §34 hükmünün ikinci fıkrasında ise söz konusu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre millî takıma çağrılan futbolcular, çağrıda bulunan ulusal federasyon muafiyet vermediği sürece, çağrıldıkları süre boyunca başka müsabakalarda oynayamazlar. Hazırlık kampı öncesinde elemeler yapılması durumunda, bu kural, müsabaka planlanmamışsa, varış günü için de geçerlidir.

Alman hukuku doktrininde DFB Oyun Kuralları §34 hükmünde düzenlenen söz konusu bu yaptırımın gerçek bir yaptırım olmadığı ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Zira gerçekte millî takım çağrısının olduğu süre zarfında zaten lig müsabakası yapılmamaktadır ve bu nedenle bu yaptırımın irade oluşumu üzerinde hiçbir etkisi yoktur<sup>79</sup>. Ayrıca söz konusu hüküm veya başkaca düzenlemelerde başkaca bir yaptırım da öngörülmemektedir. Dolayısıyla profesyonel futbolcuların, sözleşmeye dayalı bir koruma olmaksızın rekabetçi bir oyunda sağlıklarını ve performanslarını tehlikeye atmayacakları kabul edilmelidir. Buradan hareketle ulusal federasyon tarafından millî takıma çağrılan ve çağrıya uyan futbolcu ile federasyon arasında bir iş ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir<sup>80</sup>. Ayrıca ulusal federasyonun millî takıma seçilen futbolculara ödeyeceği ücretin başlangıçta belirli olmaması bu ilişkinin iş ilişkisi sayılmasını engellenemez. Zira millî takımın bir parçası olmanın sonucu olarak ücret ödenmesinin Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) §612 hükmü (Türk Hukuku için TBK madde 394/2) gereği objektif olarak beklenebilir<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> Heiko Reiter-Lisa Gerlach, "Arbeitsrechtliche Stellung der Nationalspielerinnen und Nationalspieler", *SpuRt* (2023/4), 271-279, 278. Benzer yönde bkz. Philipp S. Fischinger, "Aktuelle Entwicklungen im Sportarbeitsrecht", *NZA-RR* (2023), 561-568, 568; Steffen Müller, *Zivilrechtliche Haftung bei Manipulation von Sportveranstaltungen* (Almanya: Cuvillier, 2017), 91-92.

<sup>75</sup> Reiter-Gerlach, *Nationalspieler*, 273.

<sup>76</sup> Reiter-Gerlach, *Nationalspieler*, 275.

<sup>77</sup> DFB Oyun Kuralları için bkz. <https://media.dfl.de/sites/2/2018/11/DFB-Spielordnung.pdf>, (Erişim 23 Ocak 2024).

<sup>78</sup> Reiter, Gerlach, *Nationalspieler*, 275.

<sup>79</sup> Reiter, Gerlach, *Nationalspieler*, 274.

<sup>80</sup> Reiter, Gerlach, *Nationalspieler*, 274.

<sup>81</sup> Reiter, Gerlach, *Nationalspieler*, 273-275.

Almanya'da bugüne kadar millî takıma seçilen sporcular ile federasyon arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin bir karar bulunmamaktadır. Ancak Avusturya'da bu konuda kararlarla karşılaşmaktadır<sup>82</sup>. Buna göre 1997 yılında Ried im Innkreis Bölge Mahkemesi Avusturya millî takımından bir kayak atlamacısı ile Avusturya Kayak Federasyonu arasında bir iş ilişkisi olduğunu kabul etmiştir<sup>83</sup>. Aynı yıl Linz Yüksek Bölge Mahkemesi de Avusturya millî takımından bir kadın kayak sporcusunun Avusturya Kayak Federasyonu'nun işçisi olduğu yönünde karar vermiştir<sup>84</sup>.

Kanaatimizce Alman hukukunda savunulan iş ilişkisi görüşünün Türk millî takıma seçilen futbolcu ile TFF arasındaki ilişki bakımından savunulması mümkün değildir<sup>85</sup>. Öncelikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 8/1 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 393/1 hükümlerinde benzer olarak yer verilen tanımından hareketle iş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Sözleşme niteliğini haiz olmalarından ötürü iş sözleşmeleri de diğer sözleşmeler gibi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak irade beyanlarıyla kurulmaktadır (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 1/1). Bir irade beyanından bahsedilebilmesi için "irade" ve "beyan"ın bulunması gerekmektedir<sup>86</sup>.

TFF Disiplin Talimatı'nın "Millî Müsabakaya Katılmamak" başlıklı madde 51 hükmünde millî takım çağrısına uyulmaması için öngörülen yaptırım, Alman DFB Oyun Kuralları §34 hükmünden farklı ve oldukça ağır olarak futbolcunun yaptırımın ağırlığına göre belirlenecek bir süre için müsabakalardan men edilmesidir. Buna göre "yayın yolu ile veya yazılı tebligata rağmen haklı bir sebebi olmaksızın resmi veya özel milli müsabakalara veya hazırlık çalışmalarına katılmayan veya geç katılan veya çalışma ve müsabaka yerini terk eden futbolcular 2 aydan 1 yıla kadar müsabakalardan men cezası" yaptırımıyla cezalandırılmaktadır. Görüldüğü üzere TFF PFSTT madde 51 hükmünde millî takıma çağrısına uymak futbolcular için bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Böylesine ağır bir yaptırımla karşı karşıya kalma durumu olan futbolcunun millî takım çağrısını serbest iradesiyle reddedebileceği düşünülmeyecektir. Başka bir ifadeyle futbolcunun gerçek iradesi, Türk Millî Takımlar için yapılan çağrıya uymamak yönünde olsa dahi TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51'de öngörülen ceza ile karşı karşıya kalmamak için millî takıma katılmakta ve gereğini yerine getirmektedir<sup>87</sup>.

Eğer futbolcu, Türk Millî Takımları için yapılan çağrıya uymazsa, futbol için oldukça uzun bir süre olan bir yıla kadar mesleki faaliyetlerini yerine getirmekten mahrum kalacak ve bu süre içerisinde futbol gündeminden, transfer piyasasından ve müsabaka oynama ritminden uzak kalacaktır. Bu durum futbolcunun futbol piyasası içerisindeki değerinin düşmesine ve futbol oynama veriminin düşmesine neden olacaktır<sup>88</sup>. Dolayısıyla futbolcunun millî takım çağrısını reddetmesi yönünde bir irade serbestisinin olmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenler TFF ile millî takıma çağrılan futbolcu arasındaki ilişkinin bir sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>89</sup>.

Görüldüğü üzere haklı bir gerekçesi olmaksızın millî takım davetine riayet etmeyen futbolcunun mesleki faaliyetlerinin temelinde yer alan futbol müsabakalarına katılma hakkı TFF tarafından kısıtlanabilecektir. Dolayısıyla TFF tarafından millî takıma davet edilen futbolcuların bu çağrıyı

<sup>82</sup> Fiedler, *Arbeitsrecht*, 123.

<sup>83</sup> LG Ried im Innkreis, Urt. v. 19.11.1997 - 14 Cg 134/97 p, *SpuRt* (1998), 69.

<sup>84</sup> OLG/ArbG Linz, Urt. v. 22.12.1997 - 11 Ra 292/97 h, *SpuRt* (1998), 72. Kayak sporcusunun, Kayak federasyonun iş organizasyonu içerisinde ve ona bağımlı olarak çalıştığı ve bu nedenle taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğu yönünde bkz. Katya Joel, *Der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch im Berufssport*, (Friedrich-Schiller-Universität in Jena, Ph.D. Dissertation, 2010), 63-64.

<sup>85</sup> Benzer yönde bkz. Petek, "Millî Takım", 2420; Fiedler, *Arbeitsrecht*, 124.

<sup>86</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2019), 132.

<sup>87</sup> Benzer yönde bkz. Petek, "Millî Takım", 2418.

<sup>88</sup> Benzer yönde bkz. Petek, "Millî Takım", 2418.

<sup>89</sup> Benzer yönde bkz. Petek, "Millî Takım", 2418.

serbestçe reddetme imkânına sahip olduklarından bahsedilemez. Dolayısıyla millî takıma seçilen futbolcunun, bu daveti kabul etmesinin bir irade beyanı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu madde 8'e göre iş sözleşmesi, "bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.". Sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak adlandıran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 393/1 hükmüne göre hizmet sözleşmesi "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Bu tanımlardan hareketle iş sözleşmesi unsurları iş görme, ücret ve bağımlılık olarak kabul edilmektedir. İş sözleşmesinin kurucu unsuru olan ücret, bir iş karşılığında ödenen tutardır<sup>90</sup>. Ancak TFF'nin, Türk Millî Takımlarına seçilen futbolculara, futbol faaliyeti gerçekleştirmesi karşılığında bir ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>91</sup>.

Gerçekten de TFF PFSTT madde 10 hükmünde TFF'nin Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcuların, kampa ve müsabakalara katılmak için gerekli ulaşım ve konaklama giderlerinin, müsabakalar veya antrenman esnasında meydana gelecek hastalık veya sakatlık sebebi ile TFF Sağlık Kurulu tarafından uygun bulunan tedavi giderlerinin, TFF tarafından uygun görülmesi hâlinde millî takım futbolcuları ve kulüplerine özendirme amacıyla yapılacak yardımların, Türk Millî Takımlarının yapacakları antrenman, müsabaka veya seyahatlerde futbolcuların kısmi ya da daimi maluliyetlerine veya ölümlerine neden olacak kazalara karşı yaptırılacak sigortaların primlerinin TFF tarafından ödeneceği düzenlenmişse de bu ödemeler futbol faaliyetinin karşılığı olarak yapılan ödemeler değil, futbolcunun futbol faaliyeti kapsamında yaptığı masrafların veya uğradığı zararların karşılanmasına yönelik ödemelerdir. Dolayısıyla bu tür ödemeler, iş sözleşmesinin kurucu unsuru olan ücretin kapsamına girmemektedir.

Yukarıda sayılan nedenlerden ötürü Türk Millî Takımlarına seçilen futbolcular ile TFF arasındaki ilişkinin bir iş ilişkisi olmadığı görüşündeyiz.

## 2. Geçici İş İlişkisi Görüşü

Profesyonel sporcunun, millî takımda görevlendirilmesinin geçici iş ilişkisi niteliğinde olduğu doktrinde savunulmaktadır<sup>92</sup>. Bu görüşe göre kulüple iş ilişkisi devam etmektedir ancak federasyon, geçici işveren olması nedeniyle kendisine tanınan emir ve talimat hakkını millî takım görevlendirilmesi sırasında kullanmaktadır<sup>93</sup>. Ayrıca federasyon; millî takıma seçilen futbolcunun geçici bir süre için kulübüne hizmet edemeyecek olması nedeniyle kulübüne bir ödeme yapmaktadır<sup>94</sup>.

Kanaatimizce millî takım kampı ve maçları sırasında belirlenen dönem için kulübün emir ve talimat verme yetkisi, federasyona geçmekteyse de Türk Millî Takımlarına seçilen futbolcunun kulübü ile TFF arasındaki ilişkinin bir geçici iş ilişkisi olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>95</sup>. Her şeyden önce gerek mesleki anlamda gerekse de mesleki olmayan bir geçici iş ilişkisinden bahsedilebilmesi ancak işçinin işvereni ile geçici işveren arasında yapılan geçici işçi sağlama yönündeki anlaşmayla mümkündür<sup>96</sup>. Yukarıda gösterilen TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 ve FIFA RSTP EK-1 hükümleri gereği Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcunun bağlı bulunduğu kulübün, söz konusu hükümlerde gösterilen şartların gerçekleşmesi hâlinde futbolcuyu millî takıma gönderme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu

<sup>90</sup> Çelik-Canıklıoğlu-Canbolat-Özkaraca, *İş Hukuku*, 173; Ömer Ekmekçi- Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (İstanbul: On İki Levha: 2023), 296.

<sup>91</sup> Kayak millî takım sporcusu ile federasyon arasındaki ilişkiyi iş ilişkisi kabul eden görüşü benzer gerekçelerle eleştiren görüş için bkz. Fiedler, *Arbeitsrecht*, 124.

<sup>92</sup> Franz-Joachim Poschenrieder, *Sport als Arbeit: Konsequenzen aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Einbeziehung der Grundrechte*, München Universität, Ph.D. Dissertation, 1977), 216; Baştürk, *Profesyonel Futbolcu*, s.78.

<sup>93</sup> Poschenrieder, *Sport als Arbeit*, 217.

<sup>94</sup> Poschenrieder, *Sport als Arbeit*, 217; Baştürk, *Profesyonel Futbolcu*, s.78.

<sup>95</sup> Benzer yönde Petek, "Millî Takım", 2411.

<sup>96</sup> Geçici iş ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 294; Ekmekçi-Yiğit, *İş Hukuku*, 195 vd.

yükümlülüğe aykırı davranan kulüp, söz konusu hükümlerde düzenlenen yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir. Dolayısıyla kulübün futbolcuyu millî takıma göndermesi kulüp ile federasyon arasındaki geçici işçi sağlanmasına yönelik bir anlaşmadan değil, kulübün FIFA Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı ve TFF PFFST gereği sahip olduğu bir yükümlülükten kaynaklanmaktadır. Yukarıda iş sözleşmesi görüşünde ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz üzere bu durumda kulübün bir iradesinden bahsedilmesi mümkün değildir. O bölümdeki açıklamalar kulüpler bakımından da geçerlidir.

## B. İdare hukuku bağlamında yapılan değerlendirmeler

Millî takıma çağrılan futbolcular ile TFF arasındaki ilişkinin hukuki niteliği bakımından yukarıda da işaret edildiği gibi millî futbolcuların hangi statüde olduklarının tespiti önem arz etmektedir. Zira millî futbolcuların TFF ile arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğunun kabulü durumunda özel hukuk hükümleri uygulanacakken, kamu görevlisi olarak kabulü durumunda idare hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

İdare hukuku bakımından yapılan değerlendirmelere geçmeden önce ilk olarak kamu görevlisi kavramının ele alınmasında isabet vardır. Anayasa'nın 128. maddesinde "devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmü bulunmaktadır. Anayasa "diğer kamu görevlileri" kavramından bahsetmekte fakat bunların kimlerden oluştuğu hususunda bir bilgi vermemektedir. Bu durum doktrinde farklı fikirlerin çıkmasına sebebiyet vermiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi kamu hizmetlerinde istihdam edilen personeli "memur", "sözleşmeli personel" ve "işçi" şeklinde sınıflandırmıştır. İşçilerin özel hukuk hükümlerine tabi olmasından dolayı Gözler'e göre memurların yanı sıra "sözleşmeli personel"ler de kamu görevlisidir<sup>97</sup>. Dolayısıyla Yazara göre "sözleşmeli personel" Anayasa'da belirtilen "diğer kamu görevlileri"ndendir.

Kamu görevlisi kavramını Gözler, en geniş anlamda, geniş anlamda, dar anlamda ve en dar anlamda olmak üzere dörde ayırmıştır. Yazara göre en geniş anlamda kamu görevlisi kamuda çalışan herkesi kapsar; geniş anlamda kamu görevlisi kamu tüzel kişisinde görev yapmakta olan ve kamu hukukunun rejimine tabi olanlardır; dar anlamda kamu görevlisi kamu tüzel kişisinde mesleki sıfatla ve ücret almak suretiyle kamu hukuku rejimine göre çalışan personeldir; en dar anlamda kamu görevlisi ise sadece devlet memurlarıdır<sup>98</sup>. Bir kişinin geniş veya dar anlamda kamu görevlisi olarak nitelendirilebilmesi için devlet veya öteki kamu tüzel kişilerine bağlı olarak vazifeli olması gerekmektedir<sup>99</sup>.

Onar ise kamu görevlileri için "ajan" kelimesini tercih etmiş ve memur, mükellef, yardımcı ve fahri ajan olmak üzere dörde ayırmıştır<sup>100</sup>. Dilimize Fransızcadan geçmiş olan ajan Güncel Türkçe'de iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde kelimenin birinci anlamı "casus", ikinci anlamı ise "bir kimsenin, bir ortaklığın veya bir devletin bazı işlerini yapan kimse; temsilci" şeklinde tanımlanmıştır<sup>101</sup>. Halk arasında daha çok birinci anlamında kullanılan ajan kelimesinin görüldüğü üzere kamu görevlilerini ifade etmek için kullanılması da mümkündür. Fakat tanımdan da anlaşılacağı gibi bu kelime sadece devletin çalışanını değil, bir ortaklığın veya bir kişinin çalışanını ifade etmek için de kullanılabilir. Dolayısıyla ajan kelimesi dar bir anlama sahiptir. Bu nedenle "fahri ajan" yerine "fahri kamu görevlisi" ifadesini tercih ettik. Onar'ın kamu görevlisi kavramı için bu ayrımı çalışmaya ışık tutmuştur. Zira çalışmada ele alınan fahri kamu görevlisi ve mükellef kavramlarını

<sup>97</sup> Gözler, C.I, 666.

<sup>98</sup> Gözler, C.I, 643-645.

<sup>99</sup> İsmet Giritli – Pertev Bilgen – Tayfun Akgüner – Kahraman Berk, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der, 2013), 658.

<sup>100</sup> Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*, (İstanbul: İsmail Akgün, 1966), 1073.

<sup>101</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim 25 Aralık 2023).

Onar incelemiştir. Bu kavramların geniş anlamda kamu görevlisi kavramının içinde yer aldığını hatırlatmak gerekir.

## 1. Fahri kamu görevlisi görüşü

Fahri kamu görevlisi (fahri ajan) adından da anlaşılacağı üzere kamu görevini fahri olarak yürüten kişilere denir. Bu bağlamda seçimle gelen belediye meclis üyeleri fahri kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir<sup>102</sup>. Bunlar sınırlı bir süre kamu hizmetine iştirak etmekte olup kendi rızalarıyla ve seçimle gelirler. Ayrıca Onar, fahri kamu görevlilerinin bir hizmeti bireysel olarak değil kurul olarak yerine getirdiklerine dikkat çeker<sup>103</sup>. Fahri kamu görevlilerinin hizmete alınmaları seçimle, tek taraflı bir hukuki tasarrufla olur ve bu yönüyle aşağıda inceleyeceğimiz mükelleflere benzer fakat fahri kamu görevlilerinin vazife için gönüllü olması gerekirken mükellefiyet zorunluluk içerir<sup>104</sup>.

Gülan ise fahri ajanlığı tarif ederken gönüllü şekilde, para almadan, arızı olarak idare ile bağlantı kurmayı kriter olarak ifade etmiştir<sup>105</sup>. Bu bağlamda Gülan Türkiye adına müsabakalara seçilmek suretiyle davet edilen millî sporcuları “fahri ajan” olarak nitelendirmektedir<sup>106</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında belediye meclisi üyeleri ile il genel meclisi üyelerini onursal (fahri) ajan olarak nitelemiştir<sup>107</sup>. Bu kararında onursal ajanı şu şekilde tanımlamıştır: “*Onursal ajan kategorisine giren il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.*”

Fahri kamu görevlilerinin görevlerini bireysel değil kurul hâlinde yapması ve gönüllülüğe dayanması unsurlarını göz önüne aldığımızda bu görüşün Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkiyi izah etmede uygun olmadığını söylemek yanlış olmaz. Zira TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmü gereğince millî takıma çağrıya uymayan futbolcuya yaptırım uygulanacaktır. Bu hâlde millî takımda futbol faaliyetini yürütmenin gönüllülük değil zorunluluğa dayandığını ifade etmek gerekir.

## 2. Mükellef (yükümlü) görüşü ve sonuçları

Kamu görevlisi kavramı geniş anlamıyla ele alındığında ifa edilen vazifenin niteliğine ve hukuki rejimine bakılmaksızın kamuda görev üstlenen herkesi kapsamına alır<sup>108</sup>. Bir diğer kamu görevlisi grubunu mükellefler (yükümlüler) oluşturmaktadır. Onar’a göre mükellefler kanundaki hükme dayanarak idarenin geçici süreliğine ve zorla bir vazifenin yerine getirilmesi için hizmete alınmış kişileri ifade eder<sup>109</sup>. Dolayısıyla mükellefiyeti bir meslek olarak nitelememek mümkün görünmemektedir<sup>110</sup>. 442 sayılı Köy Kanunu’nda köylülerin uyması zorunlu birtakım yükümlülükler, askerlik, yardım yoluyla bir kişiyi savunan avukatlar, mecburi bilirkişiler mükellefe örnek olarak verilmiştir<sup>111</sup>.

<sup>102</sup> Onar, C.II, 1086; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us-Doğan, Mine Kasapoğlu-Turhan, Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, (Ankara: Seçkin, 2022), 399.

<sup>103</sup> Onar, C.II, 1086.

<sup>104</sup> Onar, C.II, 1087.

<sup>105</sup> Aydın Gülan, *İdare Hukuku Ders Notları* (basılmamış). (İstanbul: S. S. Onar), 16, 2018, 630.

<sup>106</sup> Gülan, *Ders Notları*, 629.

<sup>107</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), K. 1988/23 (26 Kasım 1988).

<sup>108</sup> Çınar Can Evren - İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2022), 18.

<sup>109</sup> Onar, C.II, 1082.

<sup>110</sup> Sancakdar, Önüt, Us-Doğan, Kasapoğlu-Turhan, Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 398.

<sup>111</sup> Onar, C.II, 1083.



Gülan'a göre mükellefler tercih hakkı olmasa bile bir kamu görevini yapması gereken kişiler olarak ifade etmiştir<sup>112</sup>. Yazar örnek olarak tıp fakültesinden mezun olanların doktorluk mesleğini icra edebilmeleri için zorunlu olarak icra etmeleri gereken mecburi hizmet kapsamındaki statülerini ve er ve erbaşları göstermiştir<sup>113</sup>. Tabip ve uzman tabipler memur olmalarına karşın zorunlu hizmet bağlamında birer mükelleftir<sup>114</sup>. Dikkat edilirse burada mükelleflik meslek değildir, meslek tabiğidir.

Mükelleflere ücret yahut maaş verilmez fakat bazı durumlarda para yardımı ve ayni yardım yapılabilir<sup>115</sup>. Mükellefliğin bir diğer sonucu uyulmama durumunda yaptırımın öngörülmesi olmasıdır. Bu durumda mükelleflik şu üç unsuru barındırmaktadır: Geçicilik, cebir, yaptırım<sup>116</sup>. Futbolcu ile millî takım arasındaki ilişki göz önüne alındığında futbolcuların yükümlü statüsüne sahip olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim 5894 sayılı Kanun madde 3/1-d hükmü TFF'ye futbolcuları millî takıma katılması için gerekli tedbirleri alma görev ve yetkisi vermiştir. TFF Statüsü madde 2/e'de Kanun'daki düzenlemeye koşut hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere istinaden TFF Futbol Müsabaka Talimatı'nın 33. maddesinde yabancılarla yapılacak olan özel yahut resmi karşılaşmaların kadrosuna seçilen futbolcuların çağrı yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu çağrıya uyulmamasının yaptırımı ise TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre millî takım kadrosuna seçilen futbolcu bu çağrıya muhalefet ederse 2 ay ila 1 arasında müsabakalardan men yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan maddenin ikinci fıkrasında ihlalin niteliğine göre futbolcunun kulübüne de para cezasının verileceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinin mükellef statüsü için tayin ettiği geçicilik, cebir ve yaptırım millî takım çağrısına uymayan futbolcudan da bulunmaktadır. Sporun bir kamu hizmeti olduğunun göz önüne alınması ile TFF'nin kamu tüzel kişisi olduğunu ve düzenlemelerinin birer düzenleyici idari işlem olduğunu kabul ettiğimizde bu görüş yerine oturmaktadır. Sadece cebrin doğrudan dayanağı kanun değildir. Kanun sadece millî takıma çağrı hususunda TFF'ye gerekli tedbirleri alma yetkisi vermiştir. TFF ise bu yetkiye istinaden düzenleyici idari işlemlerle gerekli düzenlemeleri yapmak suretiyle çağrıya uymayanlar hakkında ağır olarak nitelendirilebilecek yaptırım getirmiştir. Futbolcu ile kulübü arasındaki ilişki bir iş ilişkisi olsa da millî takıma çağrı bir kamu görevi olarak kabul edilmelidir. Bütün bu bilgiler dercedildiğinde Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkiyi izah eden en isabetli görüşün mükellef kavramı ile izah edildiği anlaşılacaktır.

Türkiye'deki bir kulüpte futbol oynayan Türk futbolcunun Türk Millî Futbol Takımlarında oynaması durumunda mükellef olduğu hususunda yukarıdaki bilgiler ışığında değerlendirme yapıldığında tutarlılık bulunmaktadır. Fakat yabancı ülkedeki bir kulüpte futbol oynayan Türk vatandaşının millî takıma çağrıya uymaması durumunda TFF Futbol Müsabaka Talimatı madde 33 ve dolayısıyla TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükümlerinin uygulama alanı olup olmadığına bakmak gerekir. Çünkü bu durumda TFF'nin yetkisiz olduğu sonucuna varılırsa bir Türk kamu tüzel kişisi tarafından yaptırım uygulama yetkisinin olmaması mükellefiyet görüşünü zedeleyecektir. Zira mükellefiyetin unsuru olan yaptırım uygulama yetkisine Türk kamu tüzel kişisi sahip olmalıdır. Bu futbolcular hakkında FIFA RSTP EK-1 hükmü uygulanacaktır. FIFA RSTP EK-1 hükmüne yabancı ülkedeki bir kulüpte futbol oynayan bir Türk vatandaşı futbolcu Türk Millî Futbol Takımlarına çağrıya uymazsa yaptırımı FIFA Disiplin Komitesi vermektedir. Bu hâlde yaptırımın bir Türk kamu tüzel kişisi tarafından verilmiyor oluşu mükellefiyet görüşü ile tutarlı durmamakla birlikte TFF Futbol Müsabaka Talimatı madde 33 hükmü ile TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmüne baktığımızda yabancı ülkedeki kulüplerde oynayan Türk futbolcuların çağrıya uymama durumunda TFF'nin yaptırım yetkisinin olmadığı sonucuna varamayız. Bir diğer ifadeyle bu statüdeki Türk futbolcular için hem FIFA hem de TFF yetkilidir. Bu durum her ikisinin de aynı fiile yaptırım uygulayabileceği anlamına gelmemektedir.

<sup>112</sup> Gülan, *Ders Notları*, 629.

<sup>113</sup> Gülan, *Ders Notları*, 629.

<sup>114</sup> Sancakdar, Önüt, Us-Doğan, Kasapoğlu-Turhan, Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 398-399.

<sup>115</sup> Onar, *C.II*, 1082.

<sup>116</sup> Onar, *C.II*, 1083.

TFF'nin yaptırım uygulama yetkisi tamamlayıcı niteliktedir. Bir diğer ifadeyle FIFA'nın yaptırım uygulamaması durumunda TFF'nin yaptırım uygulamasının önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz. Esasında bu durum spor hukukunun uluslararasılaşmasının ve FIFA düzenlemelerinin üst norm olarak kabulünün bir sonucudur. Mükellefiyetin tespiti için önemli olan TFF'nin yaptırım uygulama yetkisinin kaldırılıp kaldırılmadığıdır. Yabancı ülkedeki bir kulüpte futbol oynayan Türk vatandaşının millî takıma çağrıya uymaması durumunda TFF'nin tamamlayıcı nitelikte yaptırım uygulama yetkisini haiz olduğu göz önüne alındığında mükellefiyet görüşü açısından bu hususta da tutarlılık sağlandığını söylemek mümkündür.

Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkinin, bir iş ilişkisi olarak kabul edilmemesinin en önemli sonucu, TBK m.393 v.d. maddelerinde düzenlenen hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin ve TFF'nin profesyonel futbolcu sözleşmesine ilişkin hükümlerinin, bu ilişki bakımından uygulanamamasıdır. Bunun sonucu olarak Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan ve bu çağrı kapsamında futbol faaliyetini yerine getiren futbolcular, bunun çalışmanın karşılığı olarak TBK madde 401 hükmüne dayanarak ücret talep edemeyeceklerdir. Aynı şekilde başta TFF PFSTT olmak üzere TFF düzenlemelerinde profesyonel futbolcu sözleşmesi için öngörülen transfer ve tescil, ücret, yetiştirme tazminatı gibi hususlar, Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki hukuki ilişki için uygulama bulmayacaktır.

Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki çıkan bir hukuki uyuşmazlık, sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık niteliği taşıması nedeniyle TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu nezdinde çözülemeyecektir. Zira TFF Statüsü madde 56 ve TFF UÇK Talimatı madde 2 hükmünde TFF UÇK'nin görev alanı, taraflarca görevinin kabul edilmesi halinde; kulüpler, futbolcular, teknik adamlar ve futbol menajerlerinin, aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar olarak gösterilmiştir<sup>117</sup>.

Bunun yanı sıra tarafların aralarında hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlığın iş mahkemeleri nezdinde de çözülmesi mümkün değildir. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5 hükmünde iş mahkemelerinin görev kapsamı "*a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklar*" ile sınırlandırılmıştır<sup>118</sup>. Dolayısıyla taraflar arasındaki hukuki ilişki bir iş ilişkisi olarak adlandırılmayacağından bu uyuşmazlığın iş mahkemeleri nezdinde çözülmesi mümkün değildir.

Millî takıma çağrılan futbolcunun geniş anlamda kamu görevlisi, mükellef olduğunun kabulünün birtakım sonuçları bulunmaktadır. Her şeyden önce bu statüye sahip olan futbolcunun bu kapsamdaki futbol faaliyetine idare hukukunun kuralları uygulanacaktır. Örneğin millî müsabaka esnasında bir futbolcu başına aldığı darbe sonucu hayatını kaybederse destekten yoksun kalma tazmini talepli davanın idari yargıda görülmesi gerekecektir<sup>119</sup>. Şayet futbolcu millî müsabaka esnasında bir zarara uğrarsa bu zararının tazmini yine idari yargıda idareye, bir diğer ifadeyle TFF'ye karşı ileri sürecektir. Nitekim TFF PFSTT madde 10/1-b hükmünde müsabaka veya antrenman sırasında meydana gelebilecek sakatlık veya hastalık nedeniyle ile TFF Sağlık Kurulunca uygun görülen tedavi giderlerinin

<sup>117</sup> <https://tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/UÇK-Talimati.pdf> (Erişim 24 Nisan 2024)

<sup>118</sup> İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) *Resmî Gazete* 30221 (25 Ekim 2017), Kanun No. 7036., md. 5.

<sup>119</sup> Gülân, *Ders Notları*, 629.

TFF tarafından ödeneceği ifade edilmiştir. Kaldı ki bu hüküm olmasaydı bile Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkinin mükellefiyet olması nedeniyle söz konusu ödemeler TFF tarafından yapılacaktır.

Mükellefiyetin idare hukuku bakımından iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birisi mükellefiyete uymamanın yaptırımını ötekisi ise idarenin sorumluluğudur. Ayrıca yaptırım, mükellefiyetin unsurlarından birisidir. Yukarıda da belirtildiği üzere TFF Futbol Müsabaka Talimatı'nın 33. maddesinde yabancılarla yapılacak olan özel yahut resmi karşılaşmaların kadrosuna seçilen futbolcuların çağrı yükümlülüğüne uymaması durumunda TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmüne istinaden yaptırım uygulanabilecektir.

TFF'nin millî takıma çağrısına uyma neticesinde futbolcu antrenman veya müsabaka esnasında sakatlık geçirirse idarenin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğine bakmak gerekir. İdari işlem, idari eylem yahut idari sözleşmeden kaynaklı bir zararın tazmini için idarenin kural olarak kusur sorumluluğunun bulunması gerekirken istisnaen fedakârlığın denkleştirilmesi ve risk ilkesinin söz konusu olduğu durumlarda kusursuz sorumluluğu da vardır<sup>120</sup>. Kural kusur sorumluluğu olduğu için idareye atfedilebilecek bir kusur varsa kusurlu sorumluluğa istinaden tazminata hükmedilir. Örneğin antrenmanda gerekli güvenlik önlemleri alınmadığı için futbolcu zarar görürse kusurlu sorumluluğa gidilecektir. Şayet idareye atfedilebilecek bir kusur yoksa Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu bakımından risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğu gündeme gelebilir. Risk ilkesinin uygulanabilmesi için idarenin yürütmüş olduğu faaliyetin risk içermesi ve bunun neticesinde bir zararın doğmuş olması gerekir<sup>121</sup>. Futbolun ciddi sakatlık riskleri barındırdığı aşikârdır. Dolayısıyla Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu bu çağrı kapsamındaki faaliyetlerde, örneğin antrenmanda veya müsabakada sakatlanırsa risk ilkesine istinaden TFF'nin kusursuz sorumluluğunun gündeme geleceğini belirtmek gerekir. Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi TFF PFSTT madde 10/1-b hükmünde müsabaka veya antrenman sırasında meydana gelebilecek sakatlık veya hastalık nedeniyle ile TFF Sağlık Kurulunca uygun görülen tedavi giderlerinin TFF tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme bulunmasaydı bile idarenin sorumluluğu teorisi bağlamında TFF'nin kusurlu veya risk ilkesi bağlamında kusursuz sorumluluğuna istinaden zararın tazmini mümkün olacaktır.

Özetle Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu mükelleftir ve bu statünün sonucu olarak idare hukuku kuralları uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki TFF PFSTT madde 9 ve madde 10 hükümleri konuya ilişkin özel düzenlemeler olup öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan futbola uygulanan hukukun uluslararasılaşması sonucu FIFA ile UEFA'nın düzenlemeleri de geçerli hukuk kurallarıdır. Fakat Türk hukuku bakımından Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu statüsü ve bu statünün doğurduğu sonuçlar idare hukukunun genel esasları çerçevesinde yorumlanması gerekir.

## Sonuç

Türkiye Futbol Federasyonu ile Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin tespit ve teşhisi için ilk olarak TFF'nin ve düzenlemelerinin hukuki niteliğinin tayin etmek gerekir. 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun TFF'nin tüzel kişiliği haiz olduğunu tayin etmiş olmasına karşı kamu tüzel kişisi mi yoksa özel hukuk tüzel kişisi mi olduğu hususunda açık bir bilgiye yer vermemiştir. Bu durum hâliyle doktrinde tartışmaları beraberinde getirmiştir. Anayasa'nın 123. maddesi hükmü gereğince kamu tüzel kişileri kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur. TFF kanunla kurulmuştur. Fakat bu veri tek başına TFF'yi kamu tüzel kişisi olarak nitelermeye yetmez. Zira kanun koyucu kanunla özel hukuk tüzel kişisi de kurabilir. Dolayısıyla kamu tüzel kişi olmanın gerektirdiği kamu gücü ayrıcalıklarının TFF'ye tanınip

<sup>120</sup> Gözler, C.II, 1082.

<sup>121</sup> Gözler, C.II, 1192.

tanınmadığına bakmak gerekir. TFF kamu gücü ayrıcalıklarının haizdir ve öte yandan Kanun TFF'yi özerk olarak nitelemiştir. Özerklik kamu tüzel kişiliği bakımından anlam kazanmaktadır. Bütün bu veriler ışığında TFF'nin kamu tüzel kişisi olduğu sonucuna varmak isabetli olur. TFF'nin yaptığı düzenlemelere gelecek olursak 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun madde 3/1-c hükmü TFF'ye futbol alanında talimat çıkarma yetkisi vermiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında FIFA ile UEFA'nın kurallarına uygun olarak Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girecek TFF Statüsü ve TFF'nin çıkaracağı talimatlarla düzenlemelerin yapılacağı hüküm altına alınmıştır. TFF'nin bu düzenlemelerinin birer düzenleyici idari işlem olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim bu çalışmanın muhtevasında da belirtildiği üzere Danıştayın bu yönde kararı olduğu gibi doktrinde de bazı yazarlar bu görüştedir.

Kulüp ile futbolcu arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Profesyonel futbolcu kulüp ile sözleşme yapan ve bu sözleşme sonucunda futbolcuya, futbol faaliyeti için yaptığı harcamanın daha fazlasının ödendiği futbolcuyu kasteder. Amatör futbolcu ise profesyonel olmayanları ifade eder. Profesyonel futbolcu ile kulüp arasında akdedilen bu sözleşme iş sözleşmesidir. Kulüpler ile TFF arasında ise üyelik ilişkisi vardır. TFF ile profesyonel futbolcu arasında doğrudan bir ilişki olmamakla birlikte TFF nezdinde futbolcunun tescil edilmesi ve futbolcuya lisans verilmesi neticesinde hukuki ilişki başlamaktadır.

Türkiye'de Türk Millî Takımlarına futbolcu çağırma görev ve yetkisi TFF'nindir. 5894 sayılı Kanun madde 3/1-d hükmü ile TFF Statüsü madde 2/e hükmü bunun dayanağı niteliğindedir. Ayrıca FIFA RSTP EK-1 bölümünün ilk maddesinde kulüplerin millî takıma futbolcu gönderme yükümlülüğü ve futbolcuların millî çağrıya uyma yükümlülüğü olduğu hüküm altına alınmış ve ayrıca kulüp ile futbolcunun aksi yönde anlaşması yasaklanmıştır. Fakat bu yükümlülük mutlak olmayıp belli şartlara bağlanmıştır. TFF Futbol Müsabaka Talimatı'nın 33. maddesinde yabancılarla yapılacak özel yahut resmi karşılaşmaların kadrolarına seçilmiş olan futbolcuların bu çağrıya uymak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Çağrıya muhalefet eden futbolcu hakkında TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 hükmü uygulanacaktır. Bu hükme göre ilgili futbolculara 2 ay ile 1 arasında müsabakalardan men yaptırımı uygulanacaktır. Yine bu hükme göre ihlalin niteliği göz önüne alınarak futbolcunun bağlı olduğu kulübe para cezasının verileceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere futbolcunun kulübü ile olan ilişkisi iş hukuku ilişkisi olsa da millî takımlara çağrı söz konusu olduğunda idare lehine ayrıcalıklı hükümleri ihdas edilmiştir. Bütün bu bilgiler dahilinde Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan ile TFF arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini belirlemek gerekir. Bu ilişkiyi özel hukuk ve kamu hukuku bağlamında değerlendiren görüşler bulunmaktadır. Özel hukuk bağlamında ele alan görüşler iş ilişkisi ve geçici iş ilişkisi olmak üzere iki farklı görüş ileri sürmüşlerdir. Fakat Türkiye'deki düzenlemeleri göz önüne aldığımızda iş ilişkisinden bahsedilebilmesi için işçinin bağımlı olarak iş görmesi, işverenin ise ücret ödemesi gerekmektedir ve bu doğrultuda karşılıklı irade uyumunu gerekir. Türk Millî Futbol Takımlarına katılma çağrısına uymayan futbolcuya yaptırım öngörüldüğünü göz önüne aldığımızda karşılıklı iradelerin olduğunu söylemek güçtür. Öte yandan TFF'nin Türk Millî Takımlarına seçilen futbolculara, futbol faaliyeti gerçekleştirmesi karşılığında bir ücret ödeme yükümlülüğü yoktur. TFF PFSTT madde 10'da hüküm altına alınan ödemeler iş görmenin ücreti olmayıp futbolcunun yaptığı masraflar ve uğradığı zararların karşılanmasına ilişkindir. Dolayısıyla TFF ile Türk Millî Futbol Takımlarına çağrılan futbolcu arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğunu söylemek zordur.

Geçici iş ilişkisi görüşünü ele alacak olursak, her ne kadar millî takım kampı ve maçları sırasında belirlenen dönem için kulübün emir ve talimat verme yetkisi TFF'ye geçmiş olsa da futbolcu ile TFF arasında geçici iş ilişkisinin varlığını kabul etmek zordur. Zira mesleki olsun veya olmasın bir geçici iş ilişkisinin olması için işçinin işvereni ile geçici işveren arasında geçici işçi sağlama yönündeki anlaşma olması gerekir. Hâlbuki TFF Futbol Disiplin Talimatı madde 51 ve FIFA RSTP EK-1 hükümleri gereğince Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcunun bağlı bulunduğu kulüp futbolcusunu millî takıma gönderme

yükümlülüğü altındadır. Hatta buna aykırı davranan kulübün yaptırımla karşılaşması da söz konusu olabilecektir.

Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkiyi kamu hukuku ilişkisi olarak ele alan görüşler de vardır. Mesele doktrinde çok sınırlı da olsa idare hukuku bağlamında incelenmiştir. İdare hukuk literatüründe kamu görevlisi kavramı incelenirken geniş ve dar anlamda ele alınmaktadır. Dar anlamda kamu görevlisi kavramından bahsedilmemiz için idare hukuk ilişkisinin varlığı gerekir. Hâlbuki futbolcu ile kulübü arasında iş hukuku ilişkisi vardır. Dolayısıyla Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişki değerlendirilirken kamu görevlisi kavramını geniş anlamıyla ele alınmalıdır. Bu kapsamda fahri kamu görevlisi ile mükellef görüşü ortaya çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk idare hukuk doktrininde kamu görevlisi kavramı çoğunlukla dar anlamı ile ele alındığından fahri kamu görevlisi ve mükellef kavramları üzerinde yapılan bilimsel çalışmalar oldukça sınırlıdır. Fahri kamu görevlisinin izahına baktığımızda sınırlı süre ile kamu hizmetine katılma vardır ve daha ziyade kişi kendi rızasıyla ve seçimle göreve gelir. Fakat fahri kamu görevlisinin gönüllülük, para almama ve arızı olarak idare ile bağlantı kurma şeklinde izahı da vardır. Fakat gerek yargının gerekse doktrinin çoğunluğunun fahri kamu görevlisini açıklarken kriter olarak gönüllülüğü belirtmiş olması Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkinin fahri kamu görevlisi ile izahının yapılmasının zor olduğunu ortaya koymaktadır. Zira futbolcular her ne kadar Türk Millî Takımında oynamak isteseler de mevzuattaki düzenlemeler futbolcunun iradesini kısıtlamakta ve bir zorunluluk getirmektedir.

Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkiyi izah eden öteki görüş mükellef görüşüdür. Mükelleflikten bahsedebilmemiz için bir kanun hükmüne istinaden TFF'nin düzenlemeleriyle bir görevin bir kişiye zorla yaptırılması durumu söz konusudur. Dolayısıyla mükellefliğe uymamanın yaptırımı bulunmaktadır. Yani bu ilişkide geçicilik, cebir ve yaptırım vardır. Düzenlemeler göz önüne alındığında Türk Millî Takımlarına çağrılan futbolcu ile TFF arasındaki ilişkiyi izah eden en isabetli görüşün bu olduğunu benimsemek gerekir.

## Kaynakça

- Ağar, Serkan. "Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi", TBB Dergisi, 63, (2006), 271-320.
- Akyılmaz, Bahtiyar - Sezginer, Murat - Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ayan, Mehmet - Ayan, Nurşen. *Kişiler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ayanoğlu, Taner. "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", TBB Dergisi, 74, (2008), 43-76.
- Baştürk, Faruk. *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.
- Berk, Kahraman. "Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatındaki Yeri", İÜHF 64/2-3 (2006), 3-24.
- Çelik, Nuri - Caniklioğlu, Nurşen - Canbolat, Talat - Özkara, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 36. Bası, 2023.
- Çeviker, Emirhan. *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Sonuçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dural, Mustafa - Öğüz, Tufan. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Ekmekçi Ömer - Yiğit, Esra, *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 5. Bası, 2023.
- Ertuş, Şeref-Petek, Hasan. *Spor Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Evren, Çınar Can - Uçar, İsmail. *Kamu Görevlileri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- FIFA, "Commentary on the Regulations on the Status and Transfer of Players" (Erişim 22 Ocak 2024), 534 (FIFA Şerhi).
- Fiedler, Dominik. *Sportsponsoring und Arbeitsrecht Arbeitsrechtliche Selbstvermarktungsgrenzen*. Almanya, Springer, 2017.
- Fischer, Ulrich, "Europäischer Profi - Mannschaftssport oder: Arbeits(kampf)recht gegen Wettbewerbsrecht - Eine Konferenzschaltung", *SpuRt*, (2004/5), 251-254.
- Fischer, Ulrich. "Die Spitzensportler des Mannschaftssports - Arbeitnehmer?", *SpuRt*, (1997/6), 181-185.
- Fischinger, Philipp S. - Reiter, Heiko, *Das Arbeitsrecht Des Profisports*, Almanya: C.H. Beck, 2021.
- Fischinger, Philipp S. "Aktuelle Entwicklungen im Sportarbeitsrecht", *NZA-RR* (2023), 561-568.
- Genç, Durmuş Ali. *Spor Hukuku*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1998.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun - Berk, Kahraman. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.II*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

- Gülan, Aydın. *İdare Hukuku Ders Notları* (basılmamış). İstanbul: S. S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayınları, 16, 2018.
- Günel, A. Nadi- Küçükgüngör, Erkan. "Türk Spor Teşkilatının Hukuki Yapısı", *TBB Dergisi*, 3, (1998), 1035-1065.
- Güran, Sait. "Türkiye Futbol Federasyonunun İdare Hukuku ile İlişkisi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, Ed. Baki İlkay Engin, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Joel, Katya, *Der arbeitsrechtliche Beschäftigungsanspruch im Berufssport*, Friedrich-Schiller-Universität in Jena, Ph.D. Dissertation, 2010, [https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt\\_derivate\\_00022278/Joel/Dissertation.pdf](https://www.db-thueringen.de/servlets/MCRFileNodeServlet/dbt_derivate_00022278/Joel/Dissertation.pdf) (Erişim 22 Ocak 2024).
- Karabağ Bulut, Nil, "TFF ile Profesyonel Futbolcu Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*. 3/1, (2021), 41-61
- Karabağ Bulut, Nil, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Ücret*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Kayıhan, Şaban. *Kişiler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kızılkaya, Yakub. *Profesyonel Futbolcunun İş İlişkinin Sona Ermesi ve Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Kocasakal, Ümit. "Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu", *İstanbul Barosu Dergisi*, Spor Hukuku Özel Sayısı, (2007), 41-56.
- Müller, Steffen. *Zivilrechtliche Haftung bei Manipulation von Sportveranstaltungen*. Almanya: Cuvillier, 2017.
- Niebaum, Gerd. "Gerd Niebaum hält Fußballprofis für Unternehmer". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20.01.1996, Nr. 17, 27 (Erişim 22 Ocak 2024), <https://fazarchiv.faz.net>.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.II*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Orhan, Ümit- Bozkurt, Emin. *Spor Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Özay, İl Han. "Futbolda Özelleştirme ", *İHİD*, 11/1-3 (1990), 31-37.
- Petek, Hasan. "Futbolcu ile Kulübü ve Milî Takım Arasındaki Hukukî İlişkiler" *MÜHFHAD*. 22/3 (2016), 2407-2434.
- Poschenrieder, Franz-Joachim. *Sport als Arbeit: Konsequenzen aus arbeitsrechtlicher Sicht unter Einbeziehung der Grundrechte*. München Universität, Ph.D. Dissertation, 1977.
- Reiter, Heiko - Gerlach, Lisa, "Arbeitsrechtliche Stellung der Nationalspielerinnen und Nationalspieler", *SpuRt* (2023/4), 271-279.
- Sancakdar, Oğuz; Önüt, Lale Burcu; Us-Doğan, Eser; Kasapoğlu-Turhan, Mine. Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sarı, Suat. *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2.Bası, 2023.

Sienicki, Jan, "Employment Relationships at National Level: Germany" *European Sports Law And Policy Bulletin*, (2014/1), 173-217.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 21.Bası, 2021.

Şahin, Onur. *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sportif Yargı Yoluyla Çözümü*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, 2016.

Şanlı-Atay, Yeliz. *Türk İdare Hukukunda Adsız Düzenleyici İşlemler*, Ankara: TODAİE Yayınları, 2011.

Tutar, Ali. *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Ücret*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yurtcan, Erdener. "Ulusal ve Uluslararası Boyutta Futbol Hukuku", İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, (2007), 9-15

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bulunmamaktadır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.



## Fıkhın Türkçesi: Bir Mecmua İçinde Klasik Dönem Osmanlı Yargılama ve Ceza Hukukuna Dair Kısmi Bir Çeviri

*Fiqh in Turkish: A Partial Translation on Classical Ottoman Trial and Criminal Law in a Mecmua*

Osman Safa Bursalı 

Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye,  
[osman.bursalı@marmara.edu.tr](mailto:osman.bursalı@marmara.edu.tr)



**Öz:** Osmanlı dönemi Türkçe hukuk doktrinine ait tarihsel birikim, hukuk ve fıkıh tarihi araştırmacılarının teveccühüne giderek daha fazla mazhar olmaktadır. Bu makale, edebiyat ve dil araştırmacılarının belli bir seviyede gündeminde yer alan bir literatürün hukuk tarihi araştırmacılarının ajandasında daha fazla yer almasını sağlamayı amaçlamaktadır. Makalede öncelikle Hanefî mezhebi dahilindeki furu-ı fıkıh kitaplarının umumiyetle Osmanlı dönemindeki Türkçe çevirilerine ait fakat nihai olmayan bir liste sunulacaktır. Ardından bir mecmua içinde yer alan, yargılama hukuku ve ceza hukuku konularını barındıran kısmi bir çeviri tanıtılarak Türkçe bölümün içeriği tartışılacaktır. Çevirideki yargılama konuları içerisinde sırasıyla davanın yürüyüşü, yemin şekli, yemin teklifi, dinlenemeyecek bazı davalar, yemin teklifiyle alakalı diğer meseleler, iki kişinin davacılığı, tanıklığın mahiyeti, tanık beyanı, makbul olan ve olmayan tanıklıklar, tanıkların çelişen beyanları, asil ve fer'i tanıklar, tanıklıktan dönme, hâkimin uyması gereken bazı kurallar, hapsedme, bir hâkimden diğerine yazı gönderilmesi ve hakemlik bahisleri bulunmaktadır. Ceza hukuku konuları arasında zina haddi, zina haddinin uygulanması, zina haddi uygulanmayan bazı haller, zinaya tanıklık etmek ve tanıklıktan dönmek, şarap içmek, zina iftirası, tazir, sirkat, yol kesmek, öldürme ve yaralama suçlarının kovuşturulması ve ceza infazı, kısas uygulanan ve uygulanmayan bazı haller, erş, birden fazla fiil işlemek, öldürmede tanıklık, diyet ve keffaret, baş yaralamak, çocuk düşürmek, fail veya mağdurun köle olması, binek hayvanının öldürmesi veya yaralaması, kasame ve akile bahisleri çeviride yer bulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı Hukuku, Yargılama Hukuku, Ceza Hukuku, Hukuk Doktrini, Türk Hukuk Tarihi

Geliş Tarihi/Received: 28.03.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 02.06.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
17.07.2024

**Abstract:** The legal doctrine written in Turkish attracts the attention of legal historians more than before. In this article, my first aim is to ensure that literature that is already on the agenda of linguists at a certain level enters more into the research agenda of legal historians. In the article, I will first present a not-yet-final list of Turkish translations of the books of *fiqh* until the twentieth century. Then, I will introduce a partial translation in a *mecmua* that covers the topics of trial and criminal law and discuss the content of this Turkish translation. The translation includes the following trial issues: the course of the case, the form of the oath, the oath proposal, some cases that the judge can't hear, other matters related to the oath proposal, the litigation of two people, the nature of the testimony, witness statements, acceptable and unacceptable testimonies, conflicting statements of the witnesses, principal and secondary witnesses, recanting from testimony, some rules that the judge must follow, imprisonment, sending a letter from one judge to another, and arbitration. Among the subjects of criminal law are the punishment of fornication/adultery and its application, cases in which the penalty of adultery cannot apply, witnessing adultery and recanting from testimony, drinking wine, slander of adultery, tazir, smuggling, hi-jacking, prosecution and execution of murder and injury, cases that retaliation can and cannot apply, *arsh*, committing more than one act, witnessing a murder, blood money and atonement, injuring the head, miscarriage, slave status of the perpetrator or victim, killing or injuring a mount, *qasama*, and *aqila*.

**Keywords:** Ottoman Law, Trial, Criminal Law, Legal Doctrine, Turkish Legal History

## Extended Abstract

Literary and linguistic research on Turkish translation activities in the pre-modern period has reached a certain level. However, there are no intensive studies from legal history researchers yet, especially on prose-translated works in *fiqh*. Modern editions of these translations are not complete yet. Verse translations in *fiqh* have been the subject of comprehensive research.

When one reviews the Turkish prose works of *furu' al-fiqh*, the first thing that stands out is that the history of this literature is not a history of original writing but a history of translation. In this sense, although the general development process is similar to the development process of the Turkish *fatwa*, these two are not synchronous development processes. On the other hand, in the scope of the volume of work and copies, the Turkish collection of *furu' al-fiqh* is a weaker literature compared with the Turkish *fatwa*. *Fuqahas* issued Turkish *fatwas* in earlier centuries, but it is to wait for the modern period for the untranslated Turkish *furu' al-fiqh* works to form literature. Although the fact that *fiqh* has already been structured in Arabic for centuries during the spread of written Turkish is a reason for the process to work like this, it may be explanatory to point out the need for *fiqh* education and the usage area of Turkish works.

When we look at the state of the literature, one can say that the translation method may differ over time. The below-the-line translation activity, which is a feature seen in Turkish translation works other than *furu' al-fiqh*, has diversified and spread over time with translations containing consecutive sentences in Arabic-Turkish, a structure that can be called translation-commentary since the seventeenth century and works containing only Turkish translation. The effort to prepare the translation in question-answer format started in the twentieth century. At the end of this process, as seen in the *Mecelle* commentaries, there were commentaries of a Turkish source text prepared in Turkish in the nineteenth century. A research question is to what extent this translation or translation-commentary tradition in the *furu' al-fiqh*, together with the Turkish *fatwas* produced for centuries, contributed to the *fiqh* language of Turkish commentaries in the modern period. Several Turkish *fiqh* works, especially the *Mecelle* commentaries, are among the most valuable sources in Turkish for legal history researchers who strive to understand the *fiqh* knowledge of the pre-modern period in its authentic form and explain it in modern language, even though their language generally abandoned today. When researchers consult Islamic law books written in the twentieth century in Arabic or their modern Turkish versions, they may encounter modern systematics instead of traditional concepts and classifications. Instead of these books, it is difficult to read and understand authentic Arabic sources directly in *furu' al-fiqh* and explain them in contemporary legal language. On the other hand, since it is not always possible to benefit from these resources within the classical teacher-student relationship, comprehension errors may occur. Therefore, Turkish works written in the first half of the nineteenth and twentieth centuries are indispensable for researchers who want to understand the concepts of the past at present.

Considering the geography in which the *fuqaha* who are the subject of the translation live, three major Hanafi regions stand out: First, the Iraqi *fuqaha* from the beginning of the school until the eleventh century: Abu Yusuf (d. 798), Imam Muhammad (d. 805) through Khilati (d. 1254), and Quduri (d. 1037) both unmediated and through Ibn Qutlubugha (d. 1474). Then the Central Asian *fuqaha* from the twelfth to the fourteenth century: Marghinani (d. 1197), Burhan al-Shari'a (d. after 1293) both unmediated and through Sadr al-Shari'a (d. 1346), independently Nasafi (d. 1310). Finally, the works of the fifteenth and sixteenth-century *fuqaha* from the Ottoman Empire: Molla Hüsrev (d. 1480) and Halabi (d. 1549).

These names were the dominant figures in the *furu' al-fiqh*, which had been the subject of Turkish translation for almost seven hundred years. It is meaningful that Abu Yusuf and Imam Muhammad were used as sources in the translation activity due to their positions in the Hanafi school. Other names are the scholars whose Arabic works were recognized by legal scholars as authorities in *fiqh* literature, *fiqh*

education, *fatwa*, or *qada* activities in the geography where the Hanafi *madhhab* is widespread, including Anatolia and Rumelia. Therefore, it is not surprising that the sources of Turkish translations in this field are authoritative in Arabic literature. Of course, by mentioning some other names, one can ask why they were not translated in the pre-modern period.

Texts of translated law books can be independent books or parts of translations in *mecmuas*. *Mecmuas* are works that contain text pieces in various genres and subjects, in prose or verse. This writing tradition, known before the Ottoman period, was also continued during the Ottoman period. While a *mecmua* can contain texts of the same genre or subject, there can also be texts of different genres or subjects. Apart from the *mecmuas* brought together by famous writers or poets, one can observe that they were edited by lesser-known writers and poets. Some examples are copies of high artistic value, while others may look like notebooks or scrapbooks. During my research, I identified an example that can be considered in the second style. I hope the translation will contribute to legal history research, as it includes a text with a part, if not all, of a book of *fiqh*. In this part of the article, I will first mention the formal characteristics of the *mecmua* in which the translated text exists. Then, I will introduce the topics in the translated text and some features of the translation process. The translation includes the following trial issues: the course of the case, the form of the oath, the oath proposal, some cases that the judge can't hear, other matters related to the oath proposal, the litigation of two people, the nature of the testimony, witness statements, acceptable and unacceptable testimonies, conflicting statements of the witnesses, principal and secondary witnesses, recanting from testimony, some rules that the judge must follow, imprisonment, sending a letter from one judge to another, and arbitration. Among the subjects of criminal law are the punishment of fornication/adultery and its application, cases in which the penalty of adultery cannot apply, witnessing adultery and recanting from testimony, drinking wine, slander of adultery, tazir, smuggling, hi-jacking, prosecution and execution of murder and injury, cases that retaliation can and cannot apply, *arsh*, committing more than one act, witnessing a murder, blood money and atonement, injuring the head, miscarriage, slave status of the perpetrator or victim, killing or injuring a mount, *qasama*, and *aqila*. The latinized version of the Turkish text is presented in the appendix.

## Giriş

Ortaya çıkışı ve yüzyıllar boyunca gelişimi itibariyle Arapçayla kopmaz bir bağı bulunan fıkıh ilminde diğer dillerin ve özellikle Türkçenin yeri, son yıllarda daha çok ilgi görmeye başlamıştır. Daha önce edebiyat ve dil araştırmalarında zaman zaman kısa değiniler bazen de neşirler vasıtasıyla gündeme gelen Türkçe fıkıh birikimi, hukuk ve fıkıh tarihi araştırmacılarının teveccühüne giderek daha fazla mazhar olmaktadır. Esasen Türkçe fetva ve fetva mecmuaları, İslam ve Osmanlı hukuk tarihi araştırmacılarının en değerli kaynakları arasında olagelmıştır. Fıkıh doktrini ile zamanın meseleleri arasında köprü vazifesi de gören fetvalar dışında araştırmacıların fıkıh ilmi çerçevesindeki başlıca kaynakları, Arapça kaleme alınmış muhtelif alt türdeki eserlerdir. Diğer yandan, on dokuzuncu yüzyılda *Mecelle* örneğinde veciz bir Türkçe fıkıh dilinin görülebilmesinde daha önce Arapça fıkıh literatüründen yapılan çevirilerin rolünün ne olduğunu araştırmaya sevk etmektedir.

Füru-ı fıkıh alanında geçmişten beri bazı eserlerin Türkçe çevirilerinden araştırmacılar haberdar olmakla birlikte matbaa imkanlarının genişlemesine rağmen otantik çeviriler yeterince gün yüzüne çıkmamıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren süreç, Türkçede füru-ı fıkıh alanına ait önceki çevirileri açığa çıkarmaktan ziyade umumiyetle Hanefî mezhebinin fıkhi birikimini çağdaş Türkçeye yeniden ifade etme biçiminde ilerlemektedir.

Makale, edebiyat ve dil araştırmacılarının belli bir seviyede gündeminde yer alan bir literatürün hukuk ve fıkıh tarihi araştırmacılarının ajandasında daha fazla yer almasını sağlamayı amaçlamaktadır. Makalede öncelikle Hanefî mezhebi dahilindeki füru-ı fıkıh kitaplarının umumiyetle Osmanlı

dönemindeki mensur Türkçe çevirilerine ait fakat nihai olmayan bir liste sunulacaktır. Fıkıh konularının tamamını kuşatma amacı taşıyan metinler burada esas alınmıştır. Furu-ı fıkıh kapsamında kısmi konulara değinen çeviriler kapsam dışı bırakılmıştır. Osmanlı hukuku dikkate alınarak hazırlanan bu listede diğer mezhep mensubu fukahanın Türkçeye çevrilen eserleri kapsam dışıdır. Liste, Iraklı fukahadan Ebû Yûsuf (ö. 798), el-Hilâtî (ö. 1254) vasıtasıyla İmam Muhammed (ö. 805) ve gerek doğrudan gerekse İbn Kutluboğa (ö. 1474) vasıtasıyla Kudûrî (ö. 1037) kaynaklı çevirilerle başlamaktadır. Orta Asyalı fukahadan Mergînânî (ö. 1197), gerek doğrudan gerekse Sadrüşşer'â (ö. 1346) vasıtasıyla Burhânüşşer'â (ö. 1293'ten sonra) ve Neseî (ö. 1310) ile devam eden liste, Osmanlı coğrafyasından Molla Hüsrev (ö. 1480) ve Halebî (ö. 1549) kaynaklı çevirilerle nihayete ermektedir. Çeviriler ve çevirmenler hakkında kısa bilgiler ilgili kısımda verilecektir.

Makalenin ikinci bölümünde, inceleme konusu mecmua tanıtılarak mecmuadaki yargılama hukuku ve ceza hukukuna dair Türkçe çevirinin içeriği tartışılacaktır. Çevirideki yargılama konuları içerisinde sırasıyla davanın yürüyüşü, yemin şekli, yemin teklifi, dinlenemeyecek bazı davalar, yemin teklifiyle alakalı diğer meseleler, iki kişinin davacılığı, tanıklığın mahiyeti, tanık beyanı, makbul olan ve olmayan tanıklıklar, tanıkların çelişen beyanları, asıl ve fer'i tanıklar, tanıklıktan dönme, hâkimin uyması gereken bazı kurallar, hapsetme, bir hâkimden diğerine yazı gönderilmesi ve hakemlik bahisleri bulunmaktadır. Ceza hukuku konuları arasında zina haddi, zina haddinin uygulanması, zina haddi uygulanmayan bazı haller, zinaya tanıklık etmek ve tanıklıktan dönmek, şarap içmek, zina iftirası, tazir, sirkat, yol kesmek, öldürme ve yaralama suçlarının kovuşturulması ve ceza infazı, kısas uygulanan ve uygulanmayan bazı haller, erş, birden fazla fiil işlemek, öldürmede tanıklık, diyet ve keffaret, baş yaralamak, çocuk düşürmek, fail veya mağdurun köle olması, binek hayvanının öldürmesi veya yaralaması, kasame ve akile bahisleri çeviride yer bulmaktadır. Makalenin sonunda ek olarak metnin transkripsiyona yer verilecektir. Not edilmelidir ki *Mecelle* etrafındaki şerh faaliyetleri,<sup>1</sup> klasik birer fıkıh kitabını kaynak alan önceki çevirilerden farklılaşması hasebiyle değerlendirme kapsamına alınmamıştır. Onlar kendilerine has bağlama ve etkiye sahiptir.

## I. Yirminci Yüzyıla Kadar Türkçede Furu-ı Fıkıh: Mensur Eserler

Modern öncesi dönemde Türkçe çeviri faaliyetleri üzerine edebiyat ve dil araştırmaları belli bir seviyeye ulaşmıştır. Fakat özellikle fıkıh alanındaki mensur çeviri eserler hakkında henüz hukuk ve fıkıh tarihi araştırmacılarının yoğun çalışmaları bulunmamaktadır. Bu çevirilerin modern neşirleri de henüz tamamlanmamıştır.<sup>2</sup> Mevzuaya dair mevcut en derli toplu literatür araştırması, daha önce Türkçe çeviri

<sup>1</sup> *Mecelle* eksenindeki Türkçe şerh faaliyetleri için bkz. Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *DİA*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2003), 28:231-235.

<sup>2</sup> Furu-ı fıkıh dışında usul-i fıkıh, feraiz, ilmihal ve fetva çevirileri üzerine çalışmalar ve neşirler mevcuttur fakat özellikle ilk Türkçe fıkıh çevirileri daha ziyade ilgi çekmektedir. Mesela *Kitap fi'l-Fıkıh* adıyla Kıpçak Türkçesiyle hazırlanmış çeviriler hakkında bkz. Recep Toparlı, *Memluk-Kıpçakçısı Dil Yadigarları ve İrşade'l-Müluk ve's-Selatin* Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 1978, 42; a.mlf, *Kitap fi'l-Fıkıh: Şekil Bilgisi Özellikleri, Örnek Metin* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1993); Ercan Kuanışbayev, *Kitap fi'l-Fıkıh: Giriş-Metin-Dizin-Tıpkıbasım* Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2006; Kurmangazy Sadykbekov, "Memlük Kıpçak Türkçesi ile Yazılmış Dini Eserler ve Özellikleri", *International Journal of Languages' Education and Teaching* 3/2 (2015), 119-125. Benzer biçimde *Kitap fi'l-Fıkıh bi'l-Lisani't-Türki* adlı bir fetva mecmuası hakkında bkz. Birgül Çiçek, *Kitap fi'l-Fıkıh bi'l-Lisani't-Türki Üzerinde Bir Dil Tetkiki* İstanbul Üniversitesi, Lisans Bitirme Tezi, 1961; Şükran Erdem, *Kitabün fi'l-Fıkıh bi'l-Lisani't-Türki Üzerinde Bir Dil İncelemesi* İstanbul Üniversitesi, Lisans Bitirme Tezi, 1973; Toparlı, *Memluk-Kıpçakçısı Dil Yadigarları ve İrşade'l-Müluk ve's-Selatin*, 44-45; Mehmet Emin Ağar, *Kitabu fi'l-Fıkıh bi-Lisani't-Türki: İnceleme-Metin-Sözlük* Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 1989; Sadykbekov, "Memlük Kıpçak Türkçesi ile Yazılmış Dini Eserler ve Özellikleri", 122-123. Yine Kıpçak Türkçesiyle hazırlanmış namaz konulu bir ilmihal çevirisi için bkz. Ebü'l-Leys İmâmü'l-Hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-Semerkindî, *Kitab-ı Mukaddime-i Ebü'l-Leys es-Semerkindi* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1987). Diğer yandan manzum çeviriler de edebiyat ve dil açısından ilgi görmektedir. Mesela Devletoğlu Yusuf'un çevirisi hakkında bkz. Bilal Aktan, *Devletöğlü Yusuf'un Vikaye Tercümesi: İnceleme-Metin-Dizin* Atatürk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2002; Sara Nur Yıldız, "A Hanafi Law Manual in the Vernacular: Devletöğlü Yusuf Balıkesri's Turkish Verse Adaptation of the Hidayat-Wiqaya Textual Tradition for the Ottoman Sultan Murad II (824/1424)", *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 80/2 (2017), 283-304.

ve şerh faaliyetleri üzerine oldukça kapsamlı bir araştırması bulunan Sadık Yazar'a aittir.<sup>3</sup> Fıkıh alanındaki manzum çeviriler toplu biçimde bir araştırmaya konu olmuştur.<sup>4</sup> Yine füru-ı fıkıh dahil olmak üzere önemli fıkıh kitaplarının Türkçeye çevrilmesi hakkında Fethi Gedikli'nin değerlendirmeleri not edilmelidir.<sup>5</sup>

Modern öncesi dönem Türkçe mensur füru-ı fıkıh eserleri gözden geçirildiğinde göze ilk çarpan husus, bu literatürün tarihinin bir telif tarihi değil bir çeviri tarihi olagelmesidir. Bu manada genel gelişim süreci örneğin Türkçe fetvanın gelişim süreciyle benzerlik taşısa da bu ikisi senkronize gelişim süreçleri değildir. Diğer yandan eser hacmi ve nüshaları bakımlarından Türkçe füru-ı fıkıh birikimi Türkçe fetvaya kıyasen daha zayıf bir literatürdür. Türkçe fetva daha erken tarihlerde sunulmuş olsa da çeviri dışı Türkçe füru-ı fıkıh eserlerinin bir literatür oluşturabilmesi için modern dönemi beklemek gerekecektir. Sürecin böyle işleminde, yazılı Türkçenin yaygınlaşmasından önce fıkıhın Arapça yapılmış olması bir gerekçe olmakla beraber, fıkıh eğitiminin ihtiyaçları ve Türkçe eserlerin kullanım alanı da açıklayıcı olabilir.

Literatürün seyrine bakıldığında zaman içinde çeviri yönteminin farklılaşabildiği söylenebilir. Füru-ı fıkıh dışı Türkçe çeviri eserlerde görülen bir özellik olan satır altı çeviri faaliyeti, zamanla Arapça-Türkçe arka arkaya cümlelerin yer aldığı çeviriler, on yedinci yüzyıldan itibaren çeviri-şerh denebilecek bir yapı ve yalnızca Türkçe çevirinin bulunduğu eserlerle çeşitlenerek yayılmıştır. Yirminci yüzyılda çevirinin soru-cevap formatında hazırlanması usulü görülmüştür. Bu sürecin sonlarında, *Mecelle* şerhlerinde görüldüğü üzere, on dokuzuncu yüzyılda Türkçe kaynak bir metnin yine Türkçe hazırlanmış şerhleri bulunmaktadır. Özellikle yüzyıllardır üretilen Türkçe fetva ile beraber füru-ı fıkıhtaki bu çeviri veya çeviri-şerh geleneğinin modern dönemdeki Türkçe şerhlerin fıkıh diline ne derecede katkı verdiği araştırılması gereken bir sorudur. Zira modern dönemdeki *Mecelle* şerhleri başta olmak üzere bir dizi Türkçe füru-ı fıkıh eseri, her ne kadar yazıldıkları dil bugün genel olarak terk edilmiş olsa da modern öncesi dönemdeki fıkıh bilgisini otantik haliyle anlama ve modern dille anlatma çabası içindeki hukuk ve fıkıh tarihi araştırmacıları için Türkçedeki en değerli kaynaklardır. Çünkü araştırmacılar modern dönemde yazılmış Arapça ve onların bir versiyonu olan modern Türkçe İslam hukuku kitaplarına başvurduklarında, geleneksel kavram ve ayrımlar yerine modern sistematiklerle karşılaşabilmektedir. Bu kitaplar yerine füru-ı fıkıh alanındaki Arapça otantik kaynakları doğrudan okuma ve bugünkü hukuk diliyle anlatma işi ise zahmetlidir. Diğer yandan bu kaynaklardan klasik usuldeki hoca-öğrenci ilişkisi içinde artık pek yararlanmak mümkün olmadığından anlama hataları ortaya çıkabilir. Dolayısıyla on dokuzuncu yüzyılda ve yirminci yüzyılın ilk yarısında kaleme alınan Türkçe eserler bugün kavramlarını bugün anlamak isteyen araştırmacılar için vazgeçilmezdir.<sup>6</sup>

Çevirisi yapılan eserlerin müellifi olan fukahanın yaşadığı coğrafya göz önüne alınırsa üç büyük Hanefî bölgesi öne çıkmaktadır: Mezhebin başlangıcından on birinci yüzyıla kadarki Iraklı fukahanın eserleri (Ebû Yûsuf, Hılâtî vasıtasıyla İmam Muhammed ve gerek doğrudan gerekse İbn Kutluboğa vasıtasıyla Kudûrî), on ikinci yüzyıldan on dördüncü yüzyıla kadarki Orta Asyalı fukahanın eserleri (Mergînânî, gerek doğrudan gerekse Sadrüşşerî'a vasıtasıyla Burhânüşşerî'a ve müstakil olarak Nesefî) ve on beşinci - on altıncı yüzyıl Osmanlı coğrafyasından olan fukahanın (Molla Hüsrev ve Halebî) eserleri çevrilmiştir. Bu isimler, füru-ı fıkıhta hemen hemen yedi yüz yıl içinde Türkçe çeviriye konu olan baskın figürlerdir. Ebû Yûsuf'un ve Hılâtî vasıtasıyla İmam Muhammed'in Hanefî mezhebindeki konumları itibarıyla çeviri

<sup>3</sup> Sadık Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeleler", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 23 (2014), 49-166. Çalışmada fıkıhtaki farklı telif türleri gözetilerek mensur ve manzum çeviriler birlikte değerlendirilmiştir.

<sup>4</sup> Zahir Süslü, "Osmanlı Medreselerinde Okutulan Arapça Fıkıh Kitaplarının Osmanlıca Manzum Tercümeleleri", *Bütün Yönleriyle Osmanlıca ve Mirası Sempozyumu (26-27 Nisan 2016, Kırıkkale)*, (Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, 2016), 141-149.

<sup>5</sup> Fethi Gedikli, *Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019), 60-63.

<sup>6</sup> Türkiye Cumhuriyeti'nde klasik fıkıh eserlerinin çevirileri için bkz. Soner Duman, "Türkiye'de Klasik Fıkıh Eserlerinin Tercümeleleri", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 25-26 (2015), 209-244. Cumhuriyet Türkiye'sinde fıkıh alanındaki telifatın görünümü için bkz. Eyyüp Said Kaya, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 24 (2014), 9-126.

faaliyetinde kaynak alınmaları anlamlıdır. Diğer isimler ise kaleme aldıkları Arapça eserlerle Anadolu ve Rumeli dahil Hanefî mezhebinin yaygın olduğu coğrafyadaki fıkıh telifinde, fıkıh eğitiminde, fetvada veya kaza faaliyetinde otoriteleri kabul edilmiş kişilerdir. Dolayısıyla bu alandaki Türkçe çevirilerin kaynakları, Arapça literatürde otorite sahibi olmaları hasebiyle şaşırtıcı değildir. Elbette başka bazı mühim isimlerin niçin modern öncesi dönemde çevrilmediği sorusu araştırılabilir. Bu mesele hakkında ileri araştırmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Kimlikleri tespit edilebilen çevirmenlere bakıldığında genellikle bir kişinin bir furu-ı fıkıh eserini çevirdiği görülmektedir. Bu prensibin iki istisnası, on altıncı yüzyılda iki çevirisiyle Kurt Dede (ö. 1588) ve özellikle on yedinci yüzyılda üç çevirisiyle Mevkufati Mehmet'tir (ö. 1655). Mevkufati aynı zamanda Türkçe çeviri-şerh sahibi olmasıyla diğerinden farklılaşmaktadır. Çeviri tarihleri tespit edilebildiği kadarıyla, listede Molla Hüsrev veya Halebî örneğinde olduğu gibi vefatından sonraki yüz yıl içinde eseri Türkçeye çevrilmiş veya Ebû Yûsuf gibi vefatından dokuz yüz yıl sonra eseri çevrilmiş fakihler de bulunmaktadır. Aşağıdaki eserler, Hılâtî ve İbn Kutluboğa hariç kaynak kitabın müellifinin vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır. Çeviriler ise tarihi tespit edilemeyenlerden başlanarak çevirinin yapıldığı tarih veya yüz yıl dikkate alınarak sıralanmıştır.

## A. Osmanlı öncesi fukaha kaynaklı çeviriler

### 1. Ebû Yûsuf'un *Kitâbü'l-Harâc*'ının çevirileri

*Tercüme-i Kitâbü'l-Harac* başlıklı bir eser, Rodosizade Mehmet b. Mehmet'in (ö. 1701) çevirisidir. Rodosizade memleketi Ayasuluk'tan (bugünkü Selçuk) İstanbul'a eğitim için gelmiştir. Birkaç eser kaleme almıştır. 1683'ün başında *Kitâbü'l-Harâc* çevirisini bitiren Rodosizade'ye göre, Merzifonlu Kara Mustafa Paşa (ö. 1683) fethe hevesli olduğundan zamanın âlimlerinden fethe dair şer'î hükümlerden bahseden bir kitap getirilmesini istemiştir. Kendisine Ebû Yûsuf'un bu meşhur eseri haber verilince, insanların eserden daha fazla yararlanabilmesi için Arapçadan Türkçeye çevrilmesini Rodosizade'ye emretmiştir. Çeviride Arapça metne yer verilmemişken ayet ve hadisler muhafaza edilmiştir.<sup>7</sup>

*Terceme-i Kitâbü'l-Harac* adlı bir diğer çeviri, Müderriszade Mehmet Ataullah'a aittir. Çevirmenin hayatı ve ölüm tarihi tam olarak bilinmemektedir. Fakat çeviriyi hazırlatan Halep valisi Hüseyin Cemil Paşa 1881 yılının Ocak ayında bu göreve ve 1886 yılının Aralık ayında Hicaz valiliğine tayin edilmiştir. Dolayısıyla, Sultan II. Abdülhamit'e sunulmak üzere hazırlanan eserin 1881-86 arasında tamamlandığı düşünülebilir.<sup>8</sup>

### 2. Hılâtî'nin *Telhîsu'l-Câmi'i'l-Kebîr*'inin çevirisi

Ebû Abdillâh Sadrüddîn Muhammed b. Abbâd b. Melik Dâd el-Hılâtî'nin,<sup>9</sup> İmam Muhammed'in *el-Câmi'u'l-Kebîr*'i üzerine kaleme aldığı *Telhîsu'l-Câmi'i'l-Kebîr* adlı ihtisarının birçok nüshası bulunmaktadır. Üzerine şerh çalışmaları da yapılan eserin bir kısmını Mevkufati Mehmet (ö. 1655) Türkçeye çevirmiştir. Midilli doğumlu Mevkufati, Osmanlılarda "mevkufat" adı verilen gelirlerle ilgilenen, harcanmayan paraları geri alma, devletin satın alma işlerini yürütme, avarız hanelerini düzenleme, askeri tayinleri ve ulaşım işlerini yönetme gibi muhtelif görevleri bulunan "mevkufatçı" ya da "mevkufati" olarak adlandırılan görevi ifa etmiştir. Hâmîsi Melek Ahmet Paşa'nın azledilmesiyle Kıbrıs'a sürülmüş fakat henüz İznik'teyken ferman gereğince öldürülmüştür. Fıkıh alanındaki üç eseri de birer çeviri-şerhtir.<sup>10</sup> Daha önce Halebî'nin *Mülteka'l-Ebhur*'unu çeviren Mevkufati, çalışmaları esnasında Hılâtî'nin eserinden haberdar olunca kitabı Mısır'da edinmiş ve bazı fukahayla eseri

<sup>7</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 60.

<sup>8</sup> "Terceme-i Kitâbü'l-Harac", İslam Siyaset Düşüncesi Kataloğu, erişim tarihi 22.09.2021, <http://isd.ilem.org.tr/detay/767>. Bu çevirinin sadeleştirilmiş bir baskısı için bkz. Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc* (Ankara: Akçağ, 1982).

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz Kallek, "Hılâtî", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1998), 17:321-322.

<sup>10</sup> Hayatı için bkz. "Mevkufati Mehmed Efendi", Türk Edebiyat İsimler Sözlüğü, erişim tarihi 22.09.2021, <http://teis.yesevi.edu.tr/madde-detay/mevkufati-mehmed-efendi>

müzakere etmiştir. Eserin gereğinden fazla ihtisar edilmesi nedeniyle zor anlaşıldığını belirten çevirmen, eseri *Camii'l-Müşkilat / Tercüme-i Telhisü'l-Camii'l-Kebir* adıyla Türkçe şerh etmeye başlar. Genel yöntemini uygulayan Mevkufatî'nin eserinde her bir konudaki Arapça ibareleri Türkçe şerh takip eder.<sup>11</sup>

### 3. Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ının çevirileri

Seyyid Fahrettin isimli birine ait *Kudûrî Tercümesi* adlı bir çeviri bulunmaktadır fakat çeviri tarihi tespit edilmediği gibi çevirmene ait ayrıntılı bilgi de bulunmamaktadır.<sup>12</sup>

Ebu Muhammet Şerif Mağribizade'ye atfedilen *Tercüme ve Şerh li Muhtasari'l-Kudûrî bi'l-Lügati't-Türkiye* başlıklı çeviri, on üçüncü yüzyılda yazılmış 299 varaklık bir nüshadır.<sup>13</sup>

Muhammet b. Sıddık b. Ali İbnü's-Sâyin tarafından hazırlanan satır altı tercümeli bir fıkıh kitabının ne zaman ve nerede kaleme alındığı bilinmemektedir. Çevirmen mi yoksa müstensih mi olduğu tam olarak anlaşılamayan İbnü's-Sâyin hakkında ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Eseri yayına hazırlayan Yakup Karasoy, dil yönünden incelediği çevirinin kaynak metninin Kudûrî'nin eseri olduğunu düşünmektedir. 249 varaklık eserde her satır altında Arapça ibarelerin Türkçe anlamları kırmızı mürekkeple kelime kelime gösterilmiş, Türkçe kelimeler ise harekelenmiş ve ünlü harfler gösterilmiştir.<sup>14</sup>

Güler Doğan Averbek'in haber verdiği bir çevirinin on dördüncü yüzyıla ait olduğu düşünülmektedir. Eseri 1363'te yazmaya başlayan Nizam el-İsficabi'nin çevirmen olup olmadığı kesin değildir.<sup>15</sup>

Çevireni bilinmeyen *Tercüme-i Muhtasaru'l-Kudûrî* adlı çeviriyi ilk defa tanıtan Zeynep Korkmaz'a göre metin Kıpçak Türkçesinin bazı özelliklerini göstermekle beraber Eski Anadolu Türkçesinin ilk dönemlerine aittir. 1439 ve 1482 tarihlerini taşıyan nüsha 119 varaktır.<sup>16</sup>

*Kitabü'l-Kudûrî bi't-Türki ve Tetrikü'l-Kudûrî* başlıklı bir çeviri Ebu Muhammet (Ebü's-Sena) Bedrettin Mahmut b. Ahmet b. Musa b. Ahmet el-Aynî'ye<sup>17</sup> (ö. 1451) aittir. Ulema ailesine mensup Aynî, memleketi Antep'te ve Kahire'de eğitim almıştır. Memluk başkentinde muhtesip, evkaf nazırı, müderris, Hanefî başkadı olmuştur. Türkçe bildiği için Memluk sultanlarının çevresinde çok zaman yer bulmuş, idarede etkin olmuştur. Fıkıh, hadis ve tarih alanlarında ekseriyetle Arapça kaleme aldığı eserler yanında Türkçe telif ve çeviri eser üretmiştir. Kendisine büyük teveccüh gösteren Sultan Seyfettin Tatar'a ithafen *el-Muhtasar*'ın Türkçe çevirisini hazırlamıştır.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 61-62.

<sup>12</sup> Ferhat Koca, "el-Muhtasar", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006), 31:66; Mustafa Karaca, *ez-Zahidi'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki* Necmettin Erbakan Üniversitesi, Doktora Tezi, 2015, 89.

<sup>13</sup> Karaca, *ez-Zahidi'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 89.

<sup>14</sup> Toparlı, *Memluk-Kıpçakçısı Dil Yadigarları ve İrşade'l-Müluk ve's-Selatin*, 58; Kuanışbayev, *Kitab fi'l-Fıkh: Giriş-Metin-Dizin-Tıpkıbasım*, xx; Sadykbekov, "Memluk Kıpçak Türkçesi ile Yazılmış Dini Eserler ve Özellikleri", 123. Eserin neşirleri için bkz. Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebü Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî, *Satıraltı Tercümeli Bir Fıkıh Kitabı* (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2004) ve a.mlf, *Satıraltı Tercümeli Fıkıh Kitabı* (Ankara: Türk Dil Kurumu, 2017). Yakup Karasoy yayınladığı kitap hakkında bir müstakil inceleme yayınlamıştır, bkz. Yakup Karasoy, "Karışık Dilli Eserlere Bir Örnek: Satıraltı Tercümeli Fıkıh Kitabı", *Alkış Bitiği: Kemal Eraslan Armağanı*, ed. Bülent Gül (Ankara: Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü, 2015), 107-113.

<sup>15</sup> Güler Doğan Averbek, "Berlin Devlet Kütüphanesi'nde Bulunan Kataloglanmamış Türkçe Yazmalar Üzerine Tespitler", *Divan Edebiyatı Araştırmaları Dergisi* 24 (2020), 8-9.

<sup>16</sup> Zeynep Korkmaz, "Eski Bir Kuduri Çevirisi", *Türk Dil Kurultayı (XI) (1966, Ankara)*, (Ankara: Türk Dil Kurumu, 1967), 225-231; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 62. Eser üzerine bir çalışma için bkz. Cihan Doğan, "Kuduri'nin el-Muhtasar Adlı Eserinin En Eski Türkçe Tercümesi", *Dil Araştırmaları* 30 (2022), 139-156.

<sup>17</sup> Ali Osman Koçkuzu, "Bedreddin Aynî", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991), 4:271-272. Aynî'nin hayatı ve eserleri hakkında bkz. Sâlih Yûsuf Ma'tûk, *Bedrüddin el-Aynî ve Âsâruhu fi İlmi'l-Hadîs* (Beyrut: Dârü'l-Beşâ'ir el-İslâmiyye, 1987); *Antepli Meşhur Alim ve İdareci Bedrüddin Aynî* (Gaziantep: Şehitkamil Belediyesi, 2013); Recep Tuzcu (ed.), *Bedrüddin el-Aynî Sempozyumu (10-12 Mayıs 2013, Gaziantep)* (Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, 2016).

<sup>18</sup> Karaca, *ez-Zahidi'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 88.

Çevirmeni belirsiz ve 1542'de istinsah edilen *Tercüme-i Kudûrî* adlı bir çeviriden Ferhat Koca bahsetmiştir.<sup>19</sup>

Çevirmenine dair bilgi bulunmayan *Tercüme-i Muhtasarı'l-Kudûrî* başlıklı bir çeviride bir giriş bulunmamaktadır. Doğrudan kaynak eserin çevirisiyle başlayan kitabın sonundaki istinsah kaydı önemlidir. Buna göre kitap 1558'de Yakup b. Mustafa b. Tayyip tarafından İstanbul'daki Kepenekçi Sinan Mahallesi'nde istinsah edilmiştir. Eserin yöntemi, bir parça kaynak metnin ardından ibarenin çevirisine yer vermek şeklindedir.<sup>20</sup>

*Tercüme li Muhtasari'l-Kudûrî ile'l-Lügati't-Türkiye* adlı çeviriyi, ölüm tarihi olarak 1033 (1623-24) yılı gösterilen fakat ismi bilinmeyen bir çevirmen hazırlamıştır.<sup>21</sup>

Kimin hangi tarihte çevirdiğine dair bilgi içermeyen *Tercüme-i Muhtasarı'l-Kudûrî* başlıklı eserde "tahte'l-lafız" denilen, kaynak metnin söz dizimini takip eden usulde çeviri yapılmıştır. 181 varaktan oluşan eser, nüshadaki tarihe göre 1724'te istinsah edilmiştir.<sup>22</sup>

*Tercüme-i Muhtasar-ı Kudûrî* adlı bir çeviriyi hazırlayan İsmail Müfit b. Ali el-İstanbuli (ö. 1803), künyesinden de anlaşıldığı üzere 1720 yılında İstanbul'da doğmuş, çeşitli hocalardan ders almıştır. Hekimoğlu Ali Paşa Kütüphanesinde çalışırken Nakşibendi şeyhi Kaşgari Abdullah'a intisap eden çevirmen, dersle ve telifatla meşgul olmuştur. Telif ve çeviri eser bırakan İsmail Müfit'in çeşitli nüshaları olan bu çevirisinin baş tarafında Arapça giriş bulunmaktadır. Kaynak metnin de bulunduğu çeviri, zaman zaman geniş izahatın da yer aldığı çeviri-şerhe yakın bir eserdir.<sup>23</sup>

*Tercüme-i Kudûrî* başlıklı çeviriyi kaleme alan Mir Muhammet b. Muhammet b. Sait el-Katip Tahir Sellam er-Rumi el-İstanbuli (ö. 1844) divanı olan bir şairdir. Çevirmenin aynı eser üzerine *Şerhu Muhtasari'l-Kudûrî*'si ve Harîrî'nin (ö. 1122) *el-Makâmât*'ına yazdığı bir şerhi vardır. Nüshanın sonundaki bilgilerin ışığında 1843'te hazırlandığı tespit edilen eserde Tahir Sellam'a göre mefhum ve mananın nakledilmesi yöntemi izlenmiştir.<sup>24</sup>

*Aziziye / Kitabü'l-Azizi fi'l-Muhtasari'l-Kudûrî* adlı çeviriyi hazırlayan Mehmet Emin Fehim Paşa'nın doğum ve ölüm yılı belirsiz olmakla beraber şeyhülislam Feyzullah'ın soyundan geldiği bilinmektedir. On dokuzuncu yüzyılın son çeyreğine kadar yaşadığı tahmin edilen Mehmet Emin Fehim'in babası Erzurum'daki Şeyhler Medresesini kuran Şeyh Mustafa'dır. Mehmet Emin Fehim Erzurum, Beyazıt, Kars ve Van'da mutasarrıf olarak çalışırken halkın sevgisini kazanmasıyla meşhur olmuş, hizmeti ve itibarı nedeniyle Rumeli Beylerbeyi payesini kazanmıştır. 1863'te Kars Sancağında mutasarrıf iken zaman buldukça *el-Muhtasar*'ı çevirmiş, ilk baskının masraflarını üstlenmiştir. Mehmet Emin Fehim bu çeviri nedeniyle 1865'te Üçüncü Mecidiye Nişanı'yla ödüllendirilmiştir. Çevirmen Arapça metni kelime ve cümle grupları halinde parantez içinde verdikten sonra kelime veya cümle grubunun Türkçe çevirisini göstermiştir.<sup>25</sup>

*Sual ve Cevaplı Kudûrî-i Şerif Tercümesi* başlıklı bir çeviri, eserin başında bahsedildiği kadarıyla muallim yüzbaşı Hüseyin Hüsnü b. Hafız Hasan er-Radvîştevi (ö. 19. yy.) çeviri yapmıştır. *el-Muhtasar*'ın tamamı

<sup>19</sup> Koca, "el-Muhtasar", 66.

<sup>20</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 62.

<sup>21</sup> Karaca, *ez-Zahidî'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 89. Karaca, çevirmenin vefat tarihini Said Bekdaş'tan aktarmıştır.

<sup>22</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 63.

<sup>23</sup> Sadık Yazar, *Anadolu Sahası Klasik Türk Edebiyatında Tercüme ve Şerh Geleneği* İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2011, 745-746.; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 63.

<sup>24</sup> Karaca, *ez-Zahidî'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 76; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 63.

<sup>25</sup> Ali Kökay, *Muhammed Emin Fehim Paşa ve "Aziziye" (Kuduri Şerif Tercümesi) Adlı Eserinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi* Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019, 7-8; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 64-65. Eser 1865, 1887, 1892, 1896, 1898, 1901, 1902 ve 1905-06 yıllarında İstanbul'da basılmıştır, bkz. Karaca, *ez-Zahidî'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 76; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercümeler", 88.



değil ibadetler konusunun taharetten hacca kadar olan kısmı çevrilmiştir. 1911'de basılan eser soru-cevap formatında düzenlenmiş ve kaynak metne yer verilmemiştir.<sup>26</sup>

Çevirmeni bilinmeyen *Tercüme-i Muhtasaru'l-Kudûrî* başlıklı eser rik'a hattıyla yazılmasına itibar eden Yazar'a göre çeviri muhtemelen Osmanlı son döneminde yapılmıştır. Kaynak metin çeviride yer almamaktadır. Metnin sonundaki kayıt, çevirinin 1904'te tamamlandığını göstermektedir.<sup>27</sup>

Yusuf Sıddık b. Abdurrahman'a ait (ö. 1911) *Tercüme-i Kitabü'l-Büyu* adlı çevirinin matbu bir nüshadan istinsah edildiği ya da basılmak üzere hazırlandığı düşünülmektedir. Eserin baş tarafında Yusuf Sıddık "mütercim" ve "şarih" olarak anılmış, eser de "ilm-i fıkihtan Kudûrî kitabından Kitâbü'l-Büyû' şerhi ve tercümesi" diye bahsedilmiştir. Çevirmenin hayatını, oğlu İbrahim Ethem yazmıştır.<sup>28</sup>

Mustafa Karaca 1914'te İstanbul'da basılan ve Hasan Ferit'in çevirdiği *Sualli ve Cevaplı Kudûrî Tercümesi* adlı çeviriyi not etmektedir.<sup>29</sup>

#### 4. İbn Kutluboğa'nın *Tashîhu'l-Kudûrî*'sinin çevirisi

Recep Cici'nin düştüğü kayda göre *Tashîhu'l-Kudûrî*, Mağribizade adlı biri tarafından Türkçeye tercüme edilmiştir. Çevirinin ne zaman kaleme alındığına dair bilgi bulunmamaktadır. Kaynak metnin yazım tarihine bakılarak çevirinin en erken on beşinci yüzyılın son üçte birlik kısmından itibaren üretildiği düşünülebilir.<sup>30</sup>

#### 5. Mergînânî'nin *Bidâyetü'l-Mübtedî*'sinin çevirisi

Kurt Dede, Kurt Efendi veya Kurt Halife diye bilinen Tatarpazarcıklı Şeyh Mehmet b. Ömer (ö. 1588), künyesine de yansıdığı üzere Tatarpazarcık, Tatarpazarcığı veya kısaca Pazarcık diye anılan ve bugün Bulgaristan sınırları içinde bulunan şehirde (*Pazardzhik*) doğmuştur. Orada ilk eğitimini aldıktan sonra Sahn-ı Seman Medresesinde eğitim almış, mezun olmadan biraz önce Halveti şeyhi Sofyalı Bâlî'ye (ö. 1553) bağlanmış ve onun halifesi olmuştur. Sofyalı Bâlî vefat edince Sofya'daki zaviyenin başına geçmiştir. Fıkıh, tefsir, tasavvuf gibi alanlarda Arapça ve Türkçe telif, şerh, risale kaleme almış, Arapçadan Türkçeye çeviri ve çeviri-şerh yapmıştır.<sup>31</sup> Hazırladığı *Tercüman-ı Bidaye* adlı çevirinin konuları arasında itikat, ibadet ve muamelat bulunmaktadır. Çevirmenin beyanına göre ilk konu Ebû Hanîfe'nin *el-Fikhü'l-Ekber*'i başta olmak üzere bazı eserlerden, diğer iki konu ise çoğunlukla Mergînânî'nin *Bidâyetü'l-Mübtedî*'si esas olmak üzere *el-Hidâye*'den, *el-Hidâye* üzerine yapılmış haşiyelerden, Sadrüşşerîf'a'nın kitabı ve benzeri kitaplardan derlenmiştir. Çeviri daha ziyade *Bidâyetü'l-Mübtedî*'ye dayandığından *Tercüman-ı Bidaye* adını tercih eden Kurt Dede'ye göre Müslüman mükelleflere öncelikle akait, daha sonra da şer' ve ahkam ilimleri gereklidir fakat bu konularda âlimlerin yazdıkları eserler Arapça olduğundan insanlar yararlanamamaktadır. Bu nedenle Kurt Dede itikat, muamelat ve feraiz gibi konuları içeren faydalı ilimlerden Türkçe çeviri bir kitap meydana getirdiğini söylemektedir.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 65. Muzaffer Ozak tarafından eserin Latin harfleriyle basımı için bkz. Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebû Muhammed b. Ahmed el-Kudûrî, *Sualli-Cevaplı Kudûrî-i Şerif Tercümesi* (İstanbul: Yeni Matbaa, 1958).

<sup>27</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 64.

<sup>28</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 64.

<sup>29</sup> Karaca, *ez-Zahidî'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*, 89. Yukarıda zikredilenlerden başka, Gülşehrî'nin *Mantıku't-Tayr*'ında geçen bir beyit *el-Muhtasar*'ı nazmen çevirdiğini işaret etse de şairin böylesi bir eseri henüz bulunamamıştır, bkz. Recep Cici, "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (2005), 223; Süslü, "Osmanlı Medreselerinde Okutulan Arapça Fıkıh Kitaplarının Osmanlıca Manzum Tercüme", 142.

<sup>30</sup> Cici, "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları", 223. Buradaki Mağribizade'nin, Kudûrî çevirmeni Ebu Muhammed Şerif Mağribizade ile aynı kişi olup olmadığı tahkik edilebilir.

<sup>31</sup> Çevirmenin hayatının ayrıntıları hakkında bkz. Sefer Hasanov, "Kurd Efendi", *DİA*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2019), EK-2:93-94.

<sup>32</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 73-74; Hasanov, "Kurd Efendi", 93-94.

## 6. Burhânüşşerî'a'nın *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ilî'l-Hidâye*'sinin çevirileri

Ne zaman vefat ettiği bilinmeyen Üsküdari Kasım b. Süleyman'ın hazırladığı *Tercüme-i Vikaye* adlı çeviriyi Orazov zikretmektedir.<sup>33</sup>

*Terceme-i Vikaye fî Mesailî'l-Hidaye* başlıklı çevirinin "müellifi" olarak vefat tarihi bilinmeyen bir Ömer b. Muharrem gösterilmiştir. Bu kişinin müstensih mi yoksa çevirmen mi olduğuna dair bilgi verilmemiştir.<sup>34</sup>

Kütüphane kayıtlarında yukarıda biyografik bilgileri verilen Kurt Dede'ye ait gösterilen bazı *Vikâye* çevirilerinin gerek daha erken tarihli olmaları gerekse giriş bölümlerinde verilen bilgiler nedeniyle başka birine aidiyetinden bahsedilmiştir. Nikah bölümünden itibaren başlayan *Tercüme-i Vikayetü'r-Rivaye* adlı bir çeviride *Vikâye* dışında *el-Hidâye*, *en-Nihâye*, *el-Vâfi* ve *el-Kâfi* adlı fıkıh eserlerinden bazı çeviriler bulunmaktadır. Bu nüshalardan üzerinde tarih bulunan bir tanesinin 1523-24'te istinsah edildiği anlaşıldığından, çevirinin Kurt Dede tarafından yapılması ihtimali oldukça azalmaktadır.<sup>35</sup>

Kurt Dede'ye atıflı *Vikâye* çevirilerinden nüshası fazla olan *Tercüme-i Vikaye* adlı çevirinin Kurt Dede'ye aidiyeti henüz kesinlik kazanmasa da muhtemeldir. Yazdığı girişte talebeye yararlı olacağı fikriyle bu eseri hazırladığını belirten çevirmen bir nüshada çeviriye 1519'da başladığını söylemektedir. Bir nüshada ise çevirmen olarak Taşköprüzade geçmektedir. Bu nedenlerle Kurt Dede'ye atıflı bu ve diğer nüshaların birlikte elden geçirilmesi ve Kurt Dede'ye ait olan ve olmayan çevirilerin ayırt edilmesi ihtiyacı devam etmektedir. Çeviri yapılırken önce Arapça ibare üstü çizili olarak verilmiş ardından ibarenin Türkçesi gösterilmiştir. Katip Çelebi Kurt Dede'nin *Vikâye*'nin en iyi çevirisini yaptığını ifade etmiştir. Bazı nüshalar Kurt Dede daha hayattayken üretilmiştir.<sup>36</sup>

Devletoğlu Yusuf'un manzum *Vikâye* çevirisinin mensur olarak düzenlenmiş hali olan *Neticetü'l-Vikaye*'yi düzenleyen Seyyid Muhammet Halim (ö. 1667-93 arasında) hakkında ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Bu usulde üretilen az sayıdaki eserin bir örneği olan çevirinin girişinde, Devletoğlu Yusuf'un çevirisinin nazım olmaktan kaynaklanan problemleri kadar dilinin de eskiliği nedeniyle bu çevirinin hazırlandığı zikredilmiştir.<sup>37</sup>

Mehmet Lübbi'nin (ö. 1752-53) *Tercüme-i Vikaye* başlıklı çevirisinin nüshasına erişilemediğinden eserin manzum mu yoksa mensur mu olduğu belirsizdir.<sup>38</sup>

## 7. Sadrüşşerî'a'nın *Şerhu Vikâyeti'r-Rivâye*'sinin çevirileri

Yukarıda bahsi geçen Mevkufati Mehmet'in (ö. 1655) hazırladığı *Tercüme ve Şerh-i Şerhu Vikayeti'r-Rivaye* adlı çeviride geçtiğine göre Mevkufati, *Mülteka'l-Ebhur*'un ikinci yarısını şerh ettikten sonra sarayda görev alınca padişah IV. Mehmet'in (ö. 1693) fıkha ilgisi olduğunu fark etmiştir. Mevkufati'nin Kudûrî'nin yukarıda zikredilen *el-Muhtasar*'ının çeviri-şerhini bu arada tamamlamak üzere olduğunu herkes öğrenince, padişah da Sadrüşşerî'a'nın bu eserinin anlaşılır şekilde Türkçe şerh edilmesini istemiştir. İsteği yerine getiren Mevkufati, 300 varaklık eserde kaynak metnin ardından şerhini verir. Birkaç ciltten oluşan eser bu nedenle nüshaların tespiti ve neşredilmesinde güçlük arz etmektedir.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Orazsahet Orazov, "Vikayetü'r-Rivaye fî Mesailî'l-Hidaye Bağlamında Oluşan Fıkıh Edebiyatı", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 29/1 (2020), 112.

<sup>34</sup> Orazov, "Vikayetü'r-Rivaye fî Mesailî'l-Hidaye Bağlamında Oluşan Fıkıh Edebiyatı", 111.

<sup>35</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 69-70.

<sup>36</sup> Hasanov, "Kurd Efendi", 93-94; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 67-69. Kurt Dede'nin *Vikâye* çevirisine üzerine bir araştırma için bkz. Yusuf Bulutlu - Bünyamin Bulutlu, "Kurd Efendi ve Vikaye Tercümesi", *Mevzu: Sosyal Bilimler Dergisi* 8 (2022), 89-119.

<sup>37</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 66-67.

<sup>38</sup> Bursalı Mehmet Tahir'den aktaran Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 70.

<sup>39</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 71. Eser üzerine dil incelemeleri için bkz. Nazan Tombal Çiftçi, "17. Yüzyıla Ait Bir Fıkıh Kitabı Olan Tercüme-i Sadru's Şerî'a'nın 130b/06-160b/14'ü Kapsayan Varaklarının

Esiri Mehmet Yusuf'un (ö. 1679) hazırladığı *Tercümetü'l-Veda / Tercüme-i Sadrüşşerî'a* başlıklı çevirinin ulaşılabildiği tek nüshası bulunmaktadır. Çevirmen vatanından ayrı kalıp Kızılhisar'da görev yaptığı fakat artık vatanına geri döneceğinden bahisle dostlarına hatıra bırakmak adına Sadrüşşerî'a'nın eserinden bazı kısımları (taharet, oruç, namaz, av ve hayvan boğazlama) çevirmiştir. Eser daha ziyade çeviri-şerh formatındadır zira Mehmet Yusuf kendi beyanına göre zaman zaman sözü uzatıp izahat vermiştir. Hatta bazen bir satırlık metni bir sayfada açıklamıştır. Müptedilerin anlayabilmesi için gayret sarf ettiğini söyleyen Mehmet Yusuf, ilimde her seviyedeki insanların kendine göre bir kavram seti ve anlayış düzeyi olduğunu dikkate alarak yazdığını ve katiplerin hatalarından asgari olarak korunmak için bazı hususları yer yer tekrarladığını belirtmiştir. Böylece bir yerde hata olsa da başka yerde doğrusu bulunacaktır.<sup>40</sup>

İki ciltten oluşan 1773 tarihli *Tercüme-i Şerh-i Vikaye* adlı çevirinin 228 varaklık ilk cildinin sonunda İbrahim el-Arif b. Mehmet b. Ahmet geçmekle beraber bu kişinin çevirmen mi yoksa müstensih mi olduğu belli değildir.<sup>41</sup>

*Tercüme-i Sadrüşşerî'a* başlıklı çeviriyi İbrahim Rumi (ö. 1775) adlı biri hazırlamıştır fakat eserin nüshasına henüz ulaşılammıştır.<sup>42</sup>

## 8. Neseffî'nin *Kenzü'd-Dekâ'ik*'inin çevirisi

Edebiyat çevrelerini *Tercüme ve Şerh-i Kenzü'd-Dekaik li'n-Neseffî* adlı çeviri-şerhten haberdar eden Sadık Yazar, çeviri sahibinin belirsiz olduğunu ve henüz başka bir nüshaya ulaşılmadığını belirtmektedir. Kaynak metne yer verilen 300 varaklık nüsha namaz bahsinin bir alt konusuyla başlayıp oşür ve harac bahsiyle bitmektedir.<sup>43</sup>

## B. Osmanlı dönemi fukaha kaynaklı çeviriler

### 1. Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-Hükkâm fî Şerhi Gureri'l-Ahkâm*'ının çevirileri

*Tercüme-i Dürerü'l-Hükkâm ve Gurerü'l-Ahkâm* başlıklı eserin çevirmeni Süleyman b. Veli Ankaravi'nin (ö. 1595'ten sonra) hayatına dair ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Divan-ı Hümayunda nişancı Hamza Bey'in emrine binaen eseri Türkçeye çeviren Süleyman b. Veli kadılık yapmıştır. Beyanına göre III. Murat zamanında (1574-95) tamamladığı çeviriyi III. Mehmet döneminde (1595-1603) temize çekmiştir. Şerhle beraber asıl metin olan *Gurerü'l-Ahkâm* da çevrilmiştir, dil ve üslup sadedir.<sup>44</sup>

*Tercüme-i Dürer* adlı çeviriyi hazırlayan Gelibolulu Mektubi Osman b. Mustafa (ö. 1723) İstanbul'da ilmi eğitim aldıktan sonra çeşitli medreselerde hocalık yapmıştır. Galata ve Bursa kadılığında başka bir ara Çatalcalı Ali'nin (ö. 1692) mektupçuluğunu da yapan Osman b. Mustafa usul-i fıkıhta derinleşmiştir. *Dürerü'l-Hükkâm*'ın bu çevirisinin bir nüshasına henüz ulaşılmamıştır.<sup>45</sup>

İncelenmesi", *International Journal of Filologia* 5 (2021), 229-239; Berrin Kasımoğlu, *Mevkufati Muhammed Efendi'nin Tercüme-i Sadrü's-Şerî'a Adlı Eseri: İnceleme-Metin-Dizin-Tıpkıbasım II:284b/16-310b/08* Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

<sup>40</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 72.

<sup>41</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 71-72.

<sup>42</sup> Bursalı Mehmet Tahir'den aktaran Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 73. Araştırmacıya göre 1773 tarihli *Tercüme-i Şerh-i Vikaye* adlı çeviriyi de bu kişi hazırlamış olabilir. Dolayısıyla nüshanın bulunması halinde çeviri metni, kaynak eser, çevirmen ismi ve dönem benzerliğine bakılarak ikisinin aynı çeviri olup olmadığını ileri araştırmalar ortaya koyabilecektir.

<sup>43</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 74.

<sup>44</sup> Bursalı Mehmet Tahir'e göre Gelibolu müftüsü Süleyman (ö. 1698) ile bu çevirmen muhtemelen aynı kişidir. Fakat çevirmenin girişte verdiği bilgilere bakılırsa ikisi farklı dönemlerde yaşamıştır. Bkz. Orhan Ençakar, "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkâm'ı Etrafında Oluşan Literatür", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 23 (2014), 261-262.

<sup>45</sup> Ençakar, "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkâm'ı Etrafında Oluşan Literatür", 263; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 79. Araştırmacılar eserin varlığını Bursalı Mehmet Tahir'den aktarmaktadır.

*Tercüme-i Dürerü'l-Gurer* başlıklı çeviriyi yapan Abdürrezzak el-Mağnisevi (ö. 1741) ve Manisa müftüsü İbrahim b. Abdürrezzak Vahîd (ö. 1757) baba-oğul olabilir. Eser çeviri-şerh niteliğindedir, hem *Dürerü'l-Hükkâm* hem de *Gurerü'l-Ahkâm* çevirisini içerir.<sup>46</sup>

Çevirmeni bilinmeyen *Tercüme-i Dürer* adlı bir eserin başında verilen bilgiye göre çeviri, 1854'te kurulan Muallimhane-i Nüvvaptaki derste Molla Hüsrev'in eseri okutuldukça yapılmıştır. Çeviri nikah bölümünden alışveriş bölümüne kadardır.<sup>47</sup>

Yafa Naibi Boyabatlı Kara Bekir'in (ö. 1898) *Tercüme-i Dürer* başlıklı çevirisinin bir nüshasına henüz erişilmemiştir.<sup>48</sup>

## 2. Halebî'nin *Mülteka'l-Ebhur*'unun çevirileri

Çeviri-şerh olarak nitelenebilecek *Tercüme-i Mülteka'l-Ebhur fi'l-Füru* adlı eserin girişinde verdiği bilgilere bakılırsa *Mülteka'l-Ebhur*'u hep mütalaa edip ezberine almakla meşgul olan Mevkufati Mehmet (ö. 1655), insanlar arasında cereyan eden önemli şer'i meseleleri içeren bu eserin ifadeleri muğlak olduğundan herkesin yararlanamadığını beyan etmektedir. Eseri Türkçe şerh ederek avam veya havas herkesin istifade etmesini amaçlayan Mevkufati, şerhinin kaynaklarını şöyle sıralamaktadır: *Vikâye*, Kudûrî'nin *el-Muhtasar*'ı, *Kenzü'd-Dekâ'ik*, *Muhtâr*, *Mecma'u'l-Bahreyn*, *el-Hidâye*, İbnü'l-Hümâm, *Gâyetü'l-Beyân*, *Nihâye*, *Mi'râcü'd-Dirâye*, *Kifâye* ve *Zeyla*'î. Mevkufati çeviriyi kaleme almasını ise kaynak esere olan ilgisini gören bazı dostlarının eseri Türkçe şerh etmesini istemesine bağlamaktadır. Diğer yandan literatürde çevresindeki âlim ve edebiyatçıları Türkçe eser kaleme almaya teşvik eden Kemankeş Mustafa Paşa'nın (ö. 1644) bu çevirinin ortaya çıkmasında pay sahibi olduğu ifade edilmiştir. Çevirinin başlarında Kemankeş Mustafa Paşa'nın övülmesi ve kahramanlıklarından bahsedilmesi bu kanaati teyit etmektedir. Çevirmen kaynak metinden bir parça verdikten sonra geniş bir Türkçe çeviri ve zaman zaman da uzun açıklamalar sunmaktadır.<sup>49</sup>

Mahmut b. Abdülvehhap Hamîdî'ye ait 1656 tarihli *Tercüme-i Mülteka'l-Ebhur li İbrâhîm Halebî* başlıklı eserin girişine bakılırsa, çevirmenin kıramadığı bazı dostları *Mültekâ'nın* Türkçeye tahte'l-lafız çevrilmesini isteyince bu çeviri ortaya çıkmıştır.<sup>50</sup>

1663 tarihli *Zuhrü'l-Âhire / Tercüme-i Mülteka'l-Ebhur* adlı çeviri-şerhi hazırlayan Ebu Mehmet Ali b. Mustafa b. Pir Mehmet Kütahi Hibri'nin (ö. 1672'den sonra) hayatı hakkında fazla ayrıntı bulunmamaktadır. Medrese eğitimi aldıktan sonra Eğriboz Adası'nın (*Eúboia*) güney kesimindeki Kızılhisar (*Káristos*) adlı sahil kasabasına yerleşip orada vefat ettiği bilinen çevirmenin fıkıh ve kelam alanlarında Arapça ve Türkçe eserleri mevcuttur. Çevirmen eserinin başlarında, gayet itibarlı ve makbul bir eser olan *Mülteka'l-Ebhur*'un muğlak yerlerini Türkçe şerh ettiğini söylemektedir.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Bazı kütüphane kayıtlarında eser Süleyman b. Veli Ankaravi'ye atfedilmiştir, bkz. Ençakar, "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkâm'ı Etrafında Oluşan Literatür", 263. Çeviri 1842-43 yılında basılmıştır, bkz. Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 79. Araştırmacılar baba-oğul ilişkisini Bursalı Mehmet Tahir'den aktarmaktadır.

<sup>47</sup> Ençakar, "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkâm'ı Etrafında Oluşan Literatür", 263-264; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 79-80.

<sup>48</sup> Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 79 ve Ençakar, "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkâm'ı Etrafında Oluşan Literatür", 264. Araştırmacılar eserin varlığını Bursalı Mehmet Tahir'den aktarmaktadır.

<sup>49</sup> Fetullah Yılmaz, "Orta Asya Fıkıhını Anadolu'ya Taşıyan Eser: Mehmed Mevkufati'nin Mülteka Tercümesi ve Şerhi", *Orta Asya'dan Anadolu'ya İlim Yolculuğu*, (Karabük: Karabük Üniversitesi, 2021), 228-237; Cici, "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları", 239; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 75. Eseri Ahmed Davudoğlu sadeleştirmiştir, bkz. İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm el-Halebî, *Mülteka'l-Ebhur* (İstanbul: Sağlam, 1983). Sadeleştirilmiş metin aynı yayınevi tarafından 1991'de tekrar basılmıştır. Çeviri üzerine yapılan bir inceleme için bkz. Mustafa Güner, *Tercüme-i Mülteka'l-Ebhur'un (Mevkufat) Kaynakları: İbadat Bahisleri Örneğinde* Trakya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

<sup>50</sup> Sadık Yazar çevirmenin vefat yılı olarak 1752-53'ten sonrasını göstermektedir, bkz. "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 76-77.

<sup>51</sup> Mehmet Sait Özervarlı, "Ali Efendi Hibri", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1998), 17:428; Yazar, "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme", 76.

İbrahim b. Abdullah el-Babadağı'nın (ö. 1770'ten sonra) hazırladığı 1726 tarihli *Terceme-i Mülteka'l-Ebhur* başlıklı çeviriyi Şükrü Selim Has zikretmektedir. Çevirmen hakkında ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır.<sup>52</sup>

## II. Yargılama Hukuku ve Ceza Hukukuna Dair Kısmi Bir Çeviri

Osmanlı hukuk doktrininde Türkçeye çevrilen hukuk kitapları zikredilen listeye sınırlı sayılmamalıdır. Her şeyden önce gerek Türkiye'deki gerekse Türkiye dışındaki yazma eser kütüphanelerine ait katalogların tam anlamıyla ikmal edilmesiyle daha doğru bir listeye ulaşılabilecektir. Diğer yandan tespit edilen çevirilerin künye bilgilerinin hatalardan arındırılması ve çevirilerin tam veya kısmi olup olmadığının tetkik edilmesi ancak listedeki eserlerin incelenmesiyle mümkün olabilecektir.

Çeviri hukuk kitaplarına ait metinler müstakil kitaplar halinde olabileceği gibi çevirilere ait metin parçaları mecmualar içinde bulunabilir. Mecmualar düz yazı veya nazım şeklindeki muhtelif türlerde ve konularda metin parçaları barındıran eserlerdir. Osmanlı öncesinde bilinen bu yazma geleneği, Osmanlı döneminde de sürdürülmüştür. Mecmualarda aynı tür veya konudaki metinlere yer verilebildiği gibi farklı tür veya konularda metinler de bulunabilmektedir. Meşhur yazar veya şairlerin bir araya getirdiği mecmualardan başka daha az bilinen yazar ve şairler tarafından düzenlendiği görülebilmektedir. Bazı örnekler sanatsal açıdan değeri yüksek nüshalar halindeyken bazıları ise not defteri veya karalama defteri görünümünde olabilmektedir.<sup>53</sup> İkinci tarzda sayılabilecek bir örnek, tarafımızca yapılan araştırma esnasında tespit edilmiştir. Bir fıkıh kitabının tamamını olmasa da bir kısmını içeren metin parçasına yer vermesi hasebiyle bu çevirinin hukuk tarihi araştırmalarına katkısı olacağı umulmaktadır. Makalenin bu kısmında önce çeviri metnin bulunduğu mecmuanın şekli özelliklerine değinilecek, ardından çeviri metinde yer alan konular tanıtılacak ve son olarak çevirinin bazı özelliklerine yer verilecektir.

### A. Çevirinin bulunduğu mecmuanın şekli özellikleri

Milli Kütüphane Yazmalar Koleksiyonu'nda 2068 demirbaş numaralı mecmua, 212 varaktan oluşmaktadır. Kütüphane kaydına göre mecmuanın içeriği aşağıdaki gibidir:

- 1) "Ahâdîs-i Nebeviye": 9a-16b
- 2) "Melheme": 26b-33b
- 3) "Ebû's-Su'ûd Muhammed b. Muhammed el-İmâdî (889-982 / 1493-1574)"<sup>54</sup> adına kayıtlı "Ma'rûzât": 41b-5a<sup>55</sup>
- 4) "Azmî-zâde Mustafâ b. Mehmed Haletî (977-1040 / 1569-1631)"<sup>56</sup> adına kayıtlı "Menâsıbnâme": 57b-62a
- 5) "Segir-name": 83b-87a
- 6) "Kitâbü'l-nikâh": 90b-102a
- 7) "Risâle fî hurûf'l-hece": 102b-103b

<sup>52</sup> Şükrü Selim Has, "Mülteka'l-Ebhur", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006), 31:552.

<sup>53</sup> Mecmualar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa İsmet Uzun, "Mecmua", *DİA*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2003), 28:265-268.

<sup>54</sup> Muhammed b. Muhammed b. Muhyiddin el-İmâd Ebüssuûd (ö. 1574) hakkında bkz. Ahmed Akgündüz, "Ebüssuud Efendi", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994), 10:365-371.

<sup>55</sup> Bu kısım 56a'da sona ermektedir.

<sup>56</sup> Müderris, kadı ve şair Azmizade Mustafa Haleti (ö. 1631) hakkında bkz. Haluk İpekten, "Azmizade Mustafa Haleti", *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991), 4:348-349.

- 8) “Kemâl Pâşâ-zâde Ahmed b. Süleymân”<sup>57</sup> adına kayıtlı “Risâle min edebi’l-kâdî”: 110b-125a
- 9) “Esmâ’ü’l-Hüsnâ”: 131a-133b
- 10) “Sukûk”: 134b-145b
- 11) “Havâs-ı Kur’ân-ı Azîm”: 183b-186a
- 12) “Risâle-i Ahkâm-i Eyyâm”: 199b-204a

Bölümler arasındaki sayfalarda bütünlüklü olmayan şiir, dua, özlü söz vb. metinler ve metin parçaları bulunmaktadır. 20x15 ve 17x12 cm ölçülerindeki mecmua telif veya istinsah tarihi taşımamaktadır. Kütüphane kaydına göre bölümler 9-20 arasında değişen satır sayısına sahiptir.

Bu makalede konu edilen bölümün başında “Risale min Edebi’l-Kadı”<sup>58</sup> başlığı bulunmaktadır. Her ne kadar bu bölüm Kemalpaşazade adına kayıtlanmışsa da müellifin *el-Hidâye*’nin “*edebü’l-kâdî*” bölümüne yazdığı haşiyeye karşılaştırınca benzerlik taşımadığı anlaşılmıştır.<sup>59</sup> Aşağı yukarı yirmişer satırdan oluşan sayfalarda nestalik yazı kullanılmıştır. Çevirenin adını taşımayan bölümde kaynak metin bulunmamaktadır. Bilinen fûru-ı fıkıh çevirileriyle mukayese edildiğinde bölümün Burhânüşşerî’â’nın *Vikâyetü’r-Rivâye fî Mesâ’ili’l-Hidâye*’sinin bir çevirisinden alınmış olması muhtemeldir. Bu bölümde yer alan bahisler kütüphanelerde Kurt Dede’ye kayıtlanan bazı çeviri *Vikâye* nüshalarındaki aynı bahislerle paralellik arz ederken,<sup>60</sup> bazı Kurt Dede nüshalarından farklılaşmaktadır.<sup>61</sup> Bu nedenle genel olarak *Vikâye* çevirilerinin, özel olarak kütüphanelerde Kurt Dede’ye kayıtlanmış nüshaların elden geçirilmesi ve daha önce beyan edildiği üzere birden fazla çeviri varsa tespit edilmesi neticesinde bu bölümün hangi çeviriden derlendiğine ilişkin daha açık bilgiye ulaşmak mümkün olacaktır.

Mecmuada yer alan bölüm bir girişten sonra genel olarak iki konuyu ele almaktadır. Girişte Allah’a hamd ve Hz. Muhammed’e salat ve selam edildikten sonra, peygamberin şeriatı gereğince hüküm vermenin sahabe tarafından beyan edildiği zikredilmektedir. Arkasından bugünkü anlamda yargılama hukuku ile ceza hukuku konularının muhtelif hükümleri sıralanmaktadır.

Giriş cümlesinin hemen ardından davalı aleyhine açılan davanın geçerliliği ile geçersizliğini, makbul olan ile olmayan tanıklık arasındaki farkları bilmenin gerekliliği vurgulanmaktadır. Buna göre dava ve tanıklık konularına ait meseleleri bilmek gerekir, diğer yandan şer’i hükmün verilmesi de hâkimin üzerine vacip olan durumları bilmeyi gerektirir. Bu durumları bilmek ise yargılama konusuna ait meseleleri bilmekle mümkündür.<sup>62</sup> Bu konu içerisinde sırasıyla davanın yürüyüşü, yemin şekli, yemin teklifi, dinlenemeyecek bazı davalar, yemin teklifiyle alakalı diğer meseleler, iki kişinin davacılığı, tanıklığın mahiyeti, tanık beyanı, makbul olan ve olmayan tanıklıklar, tanıkların çelişen beyanları, asıl ve fer’i tanıklar, tanıklıktan dönme, hâkimin uyması gereken bazı kurallar, hapsedme, bir hâkimden diğerine yazı gönderilmesi ve hakemlik bahisleri bulunmaktadır.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> İbn Kemal Ahmet Şemsettin Kemalpaşazade’nin (ö. 1534) hayatı hakkında bkz. Şerafettin Turan, “Kemalpaşazade”, *DİA*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2022), 25:238-240.

<sup>58</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, Milli Kütüphane: Yazmalar Koleksiyonu (2068/8), 110b.

<sup>59</sup> Kemalpaşazade, “Hâşiyeye alâ Kitâbi Edebi’l-Kâdî mine’l-Hidâye”, *Mecmû’u Resâ’ili’l-Allâme İbn Kemâl Başa*, ed. Hamza el-Bekrî vd. (İstanbul: Dârü’l-Lübâb, 2018), 3:147-170. Kemalpaşazade’nin çeşitli yazma eser kütüphanelerinde bulunan *Risâle fî Edebi’l-Kâdî* adlı Arapça bir risalesinden literatürde bahsedilmektedir, bkz. Muammer Sarıkaya, *Kemal Paşa-zade’nin Yabancı Kelimelerin Arapçalaştırılması ve Dil Hataları Konusunda İzlediği Yöntem* İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2004, 340 ve Salim Özer, *İbn Kemal’in İslam Hukuku Alanındaki Arapça Yazma Risaleleri: Tahkik ve Tahlil* Erciyes Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 1991, 14.

<sup>60</sup> Örneğin bkz. *Tercüme-i Vikâye*, Manisa İl Halk Kütüphanesi (8488, 655/1).

<sup>61</sup> Örneğin bkz. *Terceme-i Vikâyetü’r-Rivâye*, Milli Kütüphane: Yazmalar Koleksiyonu (1162).

<sup>62</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 110b.

<sup>63</sup> Osmanlı hukukunda mahkemelerin işleyişi ve yargılama hukukuna ilişkin literatür için bkz. Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Devletinde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (2005), 417-439.

Bölümdeki ceza hukuku konuları içerisinde neredeyse tamamen had, kısas ve diyet yer almaktadır. Zina haddi, zina haddinin uygulanması, zina haddi uygulanmayan bazı haller, zinaya tanıklık etmek ve tanıklıktan dönmek, şarap içmek, zina iftirası, tazir, sirket, yol kesmek, öldürme ve yaralama suçlarının kovuşturulması ve ceza infazı, kısas uygulanan ve uygulanmayan bazı haller, erş, birden fazla fiil işlemek, öldürmede tanıklık, diyet ve keffaret, baş yaralamak, çocuk düşürmek, fail veya mağdurun köle olması, binek hayvanının öldürmesi veya yaralaması, kasame ve akile bahislerine bu bölümde yer verilmektedir. Zina daha uzun ele alınmakta ve zinanın sübutu, cezanın uygulanması ve zina haddi uygulanmayan bazı haller ile zinaya tanıklık etme ve zinaya tanıklıktan dönme konuları işlenmektedir. Zina iftirası akabinde sövme örneği üzerinden tazir suç ve cezası da tanıtılmaktadır.<sup>64</sup> Makalenin bu kısmında, mecmuada ortaya konulduğu biçimiyle konular *Vikâye* ile karşılaştırmalı olarak gösterilecektir.

## B. Çeviride yer alan yargılama hukukuna ilişkin meseleler

### 1. Davanın yürüyüşü

Yargılama hukukuna ait meseleler ve hükümlerle başlayan çeviri davacı, davalı ve dava konusu hakkındaki meseleleri ele almaktadır. Buna göre, davadan vazgeçtiğinde kendisine müdahil edilmeyen kişiye “davacı” denir. “Davalı” ise davayı bırakmak istediğinde bırakmasına müsaade edilmeyen kişidir. *el-Hidâye*'de geçtiğine göre şer'an aralarındaki fark esasen budur. Başka bir deyişle, davacı husumet etmeye zorlanamazken davalı zorlanabilir. Hukuki tanıma göre bir başkası aleyhine bir şey iddia eden kişiye “davacı” denir, tanık göstermek onun yükümlülüğüdür. Üzerinde iddia bulunan şey ise kendisinden ötürü uyuşmazlığın meydana geldiği şeydir ve ona “dava konusu” adı verilir. Dava konusunu elinde bulunduran kişiye “davalı” denir. Davacı tanık getirmediğinde davalı yemin etmekle yükümlüdür. Davacı ve davalı sıfatlarının tespitinde beyanların zahirine değil anlamına itibar edilir. Zira bir kişi görünüşe bakıldığında davacı gibi olup anlama bakıldığında davalıyken, hâkim bazen yanılarak zahire itibar etmiş olabilir. Örneğin bir kişi bir başkasına bir şeyi emanet verdikten bir süre sonra gelip o şeyi geri istemiş olabilir. Emanet alan kişi “onu sana ‘veririm’ demek, ‘o şeyi sana vermek benim bir yükümlülüğüm değildir’ demektir” diye iddia ettiğinde, bu kişiye emaneti teslim ettiğine dair yemin ettirilir, artık emaneti teslim ettiğine dair tanık istenmez. Davacı örneğin “et”, “elbise” veya “dirhem” diye dava konusunu ya da “bir at”, “iki at”, “yüz akçe” veya “iki yüz akçe” diye dava konusunun miktarını zikredip o şeyi talep edince geçerli bir davadan bahsedilir.

Dava konusu hâkimin huzuruna getirilir. Böylece davacı iddiada bulunurken, tanık davacının iddiasına tanıklık ederken ve davalı inkarı hakkında yemin ederken o şeye işaret eder. Eğer dava konusunu hâkimin huzuruna getirmek mümkün olmazsa, davacı dava konusunun değerini zikreder. Dava konusu bir arazi ise davacı arazinin sınırlarını ve dört tarafındaki yerlerin sahiplerinin adını ve soyunu zikreder. Hanefî mezhebi imamlarına göre davacı arazinin üç tarafı hakkında bilgi verse de yeterlidir. Davacı davasını bu şekilde ortaya koyduğunda, hâkim dava konusunun durumunu davalıya sorar. Eğer davalı davacının beyanını ikrar ederse yahut davalı inkar ettikten sonra davacı davasını tanık getirerek ispat ederse hâkim davacıyı haklı bulur. Davacı tanık getirmeyip davalının yemin etmesini istediğinde hâkim davalıya yemini arz eder. Davalı yemin ederse davadan kurtulur fakat yeminden kaçınırsa davacı haklı bulunur. Hâkim yemin teklifini davalıya üç defa iletir, ondan sonra hüküm verir. Davacıya “sen yemin etme” denmez. Sirket suçu işleyen kişi suçunu inkar edip yemin etmekten de kaçındığında ona çaldığı şey ödetilir, sırf yeminden kaçındı diye onun eli kesilmez. İnsan öldüren kişi suçunu inkar edip yemin etmekten kaçındığında suçunu ikrar edene kadar veya yemin edene kadar hapsedilir. Ebû Hanîfe'ye göre el-ayak keserek insan yaraladıktan sonra yemin etmekten kaçınan kişinin ise eli-ayağı kesilir. Davacı şehirde hazır vaziyette bir tanığı olduğunu söyleyip davalının yemin etmesini isterse yemin davalıya arz

<sup>64</sup> Osmanlı döneminde ceza yargılaması hukukuna ait kurallar ve uygulama örnekleri için bkz. Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması* (İstanbul: Eren, 2004).

edilmez. Fakat davalı üç günlüğüne kefillenir, kefil vermekten çekirse bile buna mecbur tutulur. Davacı her neredeyse gidip tanığı bulur getirir. Tanık dinlenir ve bundan sonra hüküm verilir.<sup>65</sup>

## 2. Yemin şekli

Mecmuada yargılama hukukuna dair ele alınan ikinci konu yemin verme usulüdür. Buna göre yemin Allah adıyla verilir, boşanma veya köle azat etme üstüne verilmez. Eğer karşı taraf boşanma veya köle azadı üstüne yemin etmede ısrarlıysa reddedilmez. Bu durumda davalı bu ikisi hakkında yemin ettiğinde dava sona erer. Fakat davalı bu ikisi üstüne yemin etmekten kaçınırsa hâkim hüküm vermez ve davalıyı serbest bırakır. Bu durumda hâkim hüküm verse bile geçerli olmaz. Yemin etmek esasen Allah'ın sıfatlarını zikretmektir: Yani davalı "Rahman, Rahim, Talib, Galib, Müdrük, Mühlik olan Allah hakkı için bu dava konusu davacının dediği gibi değildir" diye yemin eder. Fakat yemini bir zaman ve mekanla sınırlamak şer'an kabul edilmez. Örneğin davalı "Cuma günü yemin ederim" dendiğinde dinlenmez. Gayrimüslimlerin yemini Müslümanlarınkinden biraz farklıdır: Yahudiler "Tevrat'ı Musa'ya indiren Allah hakkı için" diyerek, Hıristiyanlar "İncil'i İsa'ya indiren Allah hakkı için" diyerek, Mecusiler "ateşi yaratan Allah hakkı için" diyerek, putperestler ise "putları kaldırmak için Muhammed'i gönderen Allah hakkı için" diyerek yemin ederler. Gayrimüslimler yemin etmek maksadıyla mabetlerine gönderilmezler. Dava konusu nikah ve satım iddiasına karşılık "halihazırda bir nikah ve devam etmekte olan bir satım sözleşmesi yoktur" diye yemin edilir. Boşanma iddiasına karşılık "halihazırda o kadın benden boş değil" diye yemin edilir. Satmadığına, nikah kıymadığına, boşamadığına dair yemin verilmez. Çünkü yemin verecek kişi daha önce o malı alıp satmış olabilir, o kadınla evlenip boşanmış olabilir. Miras yoluyla mal edinen davalı, o malın davacıya ait olduğunu bilmediğine yemin eder. Davalı satın aldığı veya kendisine bağışlanan mal hakkında ise malın davacıya ait olmadığına yemin eder. Davalının yemin etmeyip davacıya bedel vermesi veya dava konusu hakkında davacıyla sulh olması hukuken geçerlidir. Fakat ondan sonra davalı artık yemin veremez.<sup>66</sup>

## 3. Yemin teklifi

Çeviride yemin teklifinin icrasında alım-satım konulu bir dava örneğine yer verilmektedir: Satıcı ve alıcı satım bedelinin miktarı konusunda uyuşmazlık yaşadığında (örneğin satıcı "sana iki yüz akçeye bir at sattım" derken alıcı farklı bir rakam telaffuz ettiğinde) yahut satılan mal konusunda uyuşmazlık yaşadıklarında (mesela satıcı "ben sana on akçeye bir elbise sattım" derken alıcı "ben senden on akçeye iki elbise aldım" dediğinde) kim tanık gösterirse onun sözüyle hüküm verilir. İkisi de tanık getirirse kimin tanığı daha kuvvetliyse onun sözüyle hüküm verilir. Satıcı ve alıcı hem satım bedelinin miktarında hem de satılan malda uyuşmazlık yaşadıklarında (örneğin satıcı "ben sana yirmi akçeye bir mut buğday sattım" derken alıcı "ben senden üç akçeye iki mut buğday aldım" dediğinde) ikisi de tanık getirirlerse bedelde satıcının tanığı, malda alıcının tanığı tercihe şayandır. İkisi de tanık getiremeyip birbirlerinden razı olmuyorlarsa ikisi de yemin eder. Yukarıdaki örnek üzerinden ifade edilirse önce alıcı, satıcıdan yirmi akçeye bir mut buğday almadığına yemin eder. Sonra satıcı, alıcıya on akçeye iki mut buğdayı satmadığına yemin eder. Bir taraf yeminden kaçınırsa hâkim onun aleyhine hüküm verir.<sup>67</sup>

## 4. Dinlenemeyecek bazı davalar

Davanın dinlenmediği bazı durumlar çeviride örneklenmektedir. Mesela bir kişi diğerinin elindeki şeyi dava ettiğinde zilyet malı üçüncü bir kişinin kendisine emanet, ariyet veya rehin olarak ya da kira için

<sup>65</sup> Davanın yürüyüşü için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 110b-111a. Krş. Burhânüşşerî'a, Mahmûd b. Sadrüşşerî'a el-Evvel Ubeydullah el-Mahbûbî el-Buhârî, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, ed. Ömer Faruk Atan (Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi, 2015), 132: "كتاب الدعوى". Ömer Faruk Atan hazırladığı doktora tezi kapsamında eseri tahlil etmiş ve Arapça metni tahkik etmiştir. Makale boyunca Burhânüşşerî'a atıfları bu teze yönelik olacaktır.

<sup>66</sup> Yemin şekli hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 111a-111b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 133: "فصل في كيفية اليمين والاستحلاف"

<sup>67</sup> Yemin teklifi için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 111b-112a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 133-134: "باب التحالف"



verdiğini yahut malı üçüncü kişiden gasben tuttuğunu beyan edip beyanlarını tanıkla ispat ederse davacının davası düşer ve dava dinlenmez. Fakat tanıklar emaneti doğrulayıp kimin emanet verdiğini bilmiyorlarsa dava sona ermez. Zira davacı, o emanet veren kişi olabilir. Zilyet mahkeme hazır bulunmayan bir kişiden malı satın aldığını söylesen veya davacı zilyedin malı kendisinden gasp ettiğini yahut çaldığını ya da malın kendisinden çalındığını söylesen dava düşmez. Zilyet malı üçüncü kişiye emanet verdiğine tanık getirdiğinde, davacı üçüncü kişinin bu malı kendisine emanet verdiğini söyleyip tanık getirmezse dava düşer. Fakat davacı üçüncü kişinin kendisini bu malı zilyetten almak için vekil tayin ettiğine dair tanık getirirse, o zaman davacı lehine hüküm verilir ve davacı malı zilyetten alabilir.<sup>68</sup>

## 5. Yemin teklifiyle alakalı diğer meseleler

Yemin teklifi meselesi içinde zikredilmesi gereken bazı hususlar, çeviride dinlenemeyecek bazı davalara ilişkin meselelerden sonra ele alınmaktadır. Bu minvalde, örneğin ev eşyası hakkında kadın ve erkek arasında uyuşmazlık çıktığında, erkeğe yarar şeyler (kılıç ve sarık gibi) söz konusu ise mal erkeğe hükmedilir. Kadın ve erkek hayattayken yatak ve kap gibi kadına yarar şeyler çekişme konusu olsa erkeğin lehine hükmedilir. Fakat ikisinden biri ölmüşse, mal hayatta kalana hükmedilir. Çekişen taraflardan biri köleyse malın tamamı özgür olana hükmedilir fakat ikisinden biri ölmüşse hayatta kalana hükmedilir.<sup>69</sup>

## 6. İki kişinin davacılığı

Bir malın sahipliği hakkında iki tarafın benzer iddiaları bulunduğu hâkim delilleri değerlendirip mülkiyet hükmü verecektir. Mesela zilyet olmayan ile zilyet ikisi birden mutlak mülkiyet iddiasında olup tanık getirdiklerinde, hâkim davacının tanığına itibar eder ve davacının sözüyle hüküm verir. Zilyet olmayan iki kişi dava konusu hakkında tanık getirdiklerinde ikisinin de mülkiyetine hükmedilir. Zilyet olmayan iki davacı olup ikisi de dava konusunu zilyetten satın aldıklarına dair tanık getirirlerse tanıklar dinlenir. Dava konusunun yarısı yarı bedelle birine verilir, kalanı da bedeliyle diğerine hükmedilir. Eğer içlerinden biri malın yarısını almaya razı olmayıp bırakırsa, diğerine malın tamamı hükmedilmez. Bu takdirde malın yarısı diğerine verilir yarısı da zilyette kalır. Eğer mülkiyet iddiasında bulunan iki kişi malı edindikleri tarihi zikrederlerse, hangi davacının tarihi eskirse onun lehine hüküm verilir. Örneğin biri "ben bunu bir yıl önce satın almıştım" deyip tanık getirdiğinde, diğeri iki yıl önce satın aldığını söyleyip tanık getirirse iki yıl diyenin lehine hüküm verilir. Biri tarih zikredip diğeri zikretmezse, tarih verenin lehine hüküm verilir.

Bir başka durumda, bir kişi malı üçüncü kişiden satın aldığını diğeri ise o üçüncü kişinin malı kendisine bağışladığını ve malı kabzettiğini iddia ederse hâkim önünde dava açanın lehine hüküm verilir. Bir kişi bir malı satın aldığını iddia ederken bir kadın o malın mehrine dahil olduğunu iddia ederse iki iddia da aynı kuvvettedir. Zilyet olmayan ve zilyet ikisi birden mutlak mülkiyet iddiasında bulunup tanık getirdikten sonra içlerinden biri zaman kaydı ifade ederse zilyet olmayan taraf haksızdır. Zilyet olmayan mülkiyet iddia edip tanık getirdiğinde zilyet malı davacıdan satın aldığına dair tanık getirirse zilyet haksızdır. Dava konusu bir hayvan iken, biri hayvanın kendine ait yerde doğduğuna diğeri ise mutlak mülkiyet iddiasına tanık getirirlerse zilyedin lehine hüküm verilir. Zilyet olmayan iki davacı bir atın kendi yerlerinde doğduğuna tanık getirerek doğum tarihi verdiklerinde, hangisinin tarihi hayvanın yaşına uygunsa onun lehine hüküm verilir. İki tarih de hayvanın yaşına uymazsa tanıklar geçersiz olur. Fakat iki tarih de hayvanın yaşına uyuyorsa ikisinin de lehine hüküm verilir.

<sup>68</sup> Dinlenemeyecek bazı davalar hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 112a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 134: "فصل فيمن لا يكون خصماً"

<sup>69</sup> Yemin teklifiyle alakalı diğer meseleler için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 112a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 134. *Vikâye*'de yemin teklifiyle alakalı bahsin sonunda işlenen bu meseleler, çeviride dinlenemeyecek davalardan sonra ele alınmıştır.

Bir elbise veya bir kılıç hakkında uyuşmazlık yaşanmışken davacıların her biri elbisenin kendi yerlerinde dokunduğuna veya kılıcın kendi yerlerinde imal edildiğine tanık getirirse hâkim duruma bakar. Kumaş gibi bir defa dokunan veya kılıç bir defa imal edilen bir mal söz konusu olduğundan zilyet lehine hüküm verilir. Dava konusu atlas gibi iki kere dokunan kumaşlardan veya imal edilirken iki defa düzeltilen Hint kılıcı gibi kılıçlardan ise yahut durum baştan anlaşılmayıp, soruşturup bilinince zilyet olmayan davacı lehine hüküm verilir. Zilyet olmayan davacı dava konusu bir atı üçüncü kişiden satın aldığı iddia ettiğinde at üçüncü kişinin mülk olan yerinde doğmuşsa zilyet lehine hükmedilir. İkisi de atı üçüncü kişiden satın aldıklarına dair tanık getirip tarih zikretmezlerse ikisinin de tanığı geçersizdir ve at zilyede hükmolunur. Davada tanığın çokluğu lehe hüküm vermek için kendi başına tercih sebebi değildir. Örneğin taraflardan birinin iki diğerinin on tanığı bulunduğu, ispat hususunda taraflar denktir. Zilyedin elinde biri beyaz biri siyah iki koyun varken zilyet olmayan kişi tanık getirip beyaz koyunun kendi mülk yerinde bir siyah koyundan doğduğunu iddia ettiğinde, zilyet de tanık getirip beyaz koyunun yine bir beyaz koyundan doğduğunu iddia ederse, tanık bir koyunun kimin mülkünde doğduğuna tanıklık verirse o kişi lehine hüküm verilir.

Zilyet olan ve olmayan ikisi birden dava ederek dava konusunun atalarından miras kaldığını tanık getirerek iddia ettiklerinde, tarih zikretmezlerse zilyet olmayanın lehine hükmedilir. Tarih zikrederlerse eski tarih gösterenin lehine hüküm verilir. Fakat aynı tarihi zikrederlerse hâkim zilyet olmayanın lehine hüküm verir. Zilyet olmayan kişi tanık getirip bir evin iki yıldan beri elinde olduğunu, zilyet de tanık getirip üç yıldan beri elinde olduğunu beyan ederse zilyet olmayanın lehine hükmedilir. İki evin ortasında bulunan bir duvar hakkında ev sahipleri mülkiyet iddia ettiğinde bir evin sütunu o duvarın sütununa katılmış bile olsa duvar ortadadır. En sahih olan rivayete göre sütunun az olmasıyla çok olması arazında fark bulunmamaktadır. Örneğin birinin bir sütunu, diğerinin iki sütunu duvara katılmış da olsa denktirler. Davacı bağışlama iddiasında bulunduğu getirdiği tanıklar davacının bağışlama işleminden sonra dava konusunu almadığını söyleseler kabul edilir. Fakat bağışlama işleminden önce satın aldığına tanıklık ederlerse kabul edilmez.

Davacı dava ettikten sonra davalı kendi üstünde davacının bir hakkının bulunmadığını beyan ettiğinde mesela davacı bin akçe alacağını bulduğuna tanık getirince davalı borcu ödediğine dair tanık getirirse kabul edilir. Davalı borcu inkar edip davacıyı tanımadığını söyledikten sonra borcu ödediğine tanık getirirse tanık artık dinlenmez. Fakat bir kişi kardeşinin terekesinde dava ve hakkının olmadığını söylese de mirastan payı varsa bu pay ortadan kalkmaz. Ancak üçüncü bir kişi hakkındaki davasından vazgeçtiğini beyan edip sonra yine dava eden kişinin davası dinlenmez. Üçüncü kişi hakkında davasının olmadığını söyledikten sonra o kişi hakkında dava açanın da davası dinlenmez. Çeviride atıf yapıldığına göre, *Fetâvâ-yı Kâdîhân'a*<sup>70</sup> göre de bu iki halde dava dinlenmez. Hem bir kişiye borcu ödemesi için süre tanıyan hem de onu dava eden kişi dinlenmez.

Bir kişi bir yeri yüz akçeye satıp hâkimden hüccet aldığına, bedeli tamamen kabzettiğine tanık getirdikten sonra bedelin yarısının müşteride kaldığına dair müşterinin bir ikrarının olduğu konusunda tanık getirirse, davacının tanığı ve davası dinlenmez. Bir kişi arazi satın aldıktan sonra arazinin kendisine ait olduğuna dair dava açarsa yine dava dinlenmez. Açtığı davada hâkim sulh olmayı emrettiğinde sulhe razı olmayan davacı, davanın aslından feragat ettiğini beyan edip “davadan vazgeçerim” dediğinde davasını düşürmüş olur. Sadece “vazgeçtim” demesi ise davalının zimmetini kendi iddiası bakımından ibra etmektir. Davacı davasından vazgeçtiğini ve davasını ahirete havale ettiğini beyan ettikten sonra aynı konuyu tekrar dava ederse dinlenmez. Davacı, davalıyla mahkemelik işinin olmadığını beyan ettiğinde davalı davacının işbu ve diğer davalarından kurtulur. Davacı dava konusunun bir önceki gün kendi elinde olduğuna dair tanık getirirse tanık dinlenmez fakat Ebû Yûsuf'a göre dinlenir. Davacı mülkiyet iddiasında bulunurken tanıklar dava konusunun davacının babasına ait

<sup>70</sup> Ebû'l-Mehâsin Fahrüddîn Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî'nin (ö. 1196) *Fetâvâ* adlı fetva kitabı.

olduğunu söylerse tanıklık kabul edilmez. Davacı mutlak mülkiyet iddia ederken tanıklar davacının malı satın aldığını, bağış olarak aldığını veya tevarüs ettiğini söylerse makbuldür. Davacı üçüncü kişiden satın aldığını iddia ederken tanıklar mutlak mülkiyete tanıklık ederse tanıklık makbul olmaz. Davacı evin kendisine miras kaldığını iddia ederken tanıklar davacının evi zilyetten satın aldığını söylerse tanıklık kabul edilmez.<sup>71</sup>

## 7. Tanıklığın mahiyeti

Çevirinin bu kısımlarında konu tanıklığın mahiyetine gelmektedir. Buna göre bir kişinin diğeri üzerinde hakkı olduğunu haber vermek tanıklıktır ve tanıklık zorunludur. Davacı talep ettiğinde tanıkların tanıklık yapması gerekir ve kaçınmaları geçerli değildir. Tanık sayısı zinada dört erkek, kısasta ve diğer hadlerde iki erkektir. Bir çocuğun doğması veya kadınların mahremi gibi erkeğin bulunması caiz olmayan yerde tanık sayısı bir kadındır. Diğer davalarda tanık sayısı iki erkek veya bir erkek iki kadındır. Tanıkların tümü âdil olmalıdır. Fasık kişinin tanıklığı dinlenmez. Tanıklık için hususi lafız şarttır. Tanıklıkta “işbu dava konusuna tanıklık veririm” denir. Yoksa “bu dava konusunu bilirim”, “bu konunun böyle olduğundan şüphem yok” diyenin tanıklığı kabul olmaz. Hadler ve kısas haricinde, karşı taraf tanığı haklı sebep göstererek reddettiğini söylemeden hâkim tanığı tezkiye etmez. Fakat Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed’e göre her dava konusunda hâkim hem gizli hem de açıktan tanığı teftiş ve tezkiye eder. Çeviriye göre ikinci görüşle fetva verilmektedir. Tanığı tezkiye etmede, tanığın âdil olduğunu veya tanıklığının makbul olduğunu belirtmek yeterlidir. Hâkim ve davalı tanıkların dilini bilmediğinde bir kişinin çevirmenlik yapması yeterlidir fakat iki çevirmen olursa daha iyidir.<sup>72</sup>

## 8. Tanık beyanı

Tanıklığın yazıya, duymaya veya görmeye dayanması hükme etki edebilir. Örneğin bir kişi diğerrinin bir şey sattığını veya ikrar ettiğini duyarsa ya da hâkimi hüküm verirken duyarsa yahut bir kişinin mal gasp ettiğini görürse, bunlara ilişkin davalarda tanıklık etmesi caizdir. Bu konularda tanık olarak getirilmemişken onun tanıklığını duyan başka bir kişinin tanıklık etmesi ise caiz değildir, kişi tanıklığını kendi verir. Kişi kendi el yazısını görüp de mevzuyu aklına getiremese o el yazısıyla tanıklık etmesi doğru değildir. Soy bağı, ölüm ve vakıf konuları ile hâkimdeki velayete tanıklık etmek dışında, görmeden sadece duymakla tanıklık etmek geçerli değildir. Ama iki âdil kişinin başkasından duyup da mahkemede “o, şunun oğludur, şu kişi ölmüştür, şu yer vakıftır diye duydum” demesi ise makbul değildir. Birinin elinde köleden başka bir şey olduğunu ve onu tasarruf ettiğini gören kişi, o şeyin onun mülkü olduğunu söyleyip de tanıklık ederken “elinde gördüm” derse tanıklık geçersiz olur.<sup>73</sup>

## 9. Makbul olan ve olmayan tanıklıklar

Tanıklığı kabul olmayan insanlar ve topluluklar çevirinin bu kısmında zikredilmektedir. Buna göre Rafizi<sup>74</sup> gibi kişilerin tanıklığı makbuldür fakat Hattabiye<sup>75</sup> adlı grubun tanıklığı kabul olunmaz. Zimminin kendi dininden olan veya Hıristiyanlık ya da Yahudilik gibi diğer dinlerden olan zimmiler hakkındaki tanıklığı makbuldür. Zimminin müstemen hakkındaki tanıklığı da makbuldür. Müstemenin yine müstemen hakkındaki tanıklığı kabul olunur fakat zimmi hakkındaki tanıklığı kabul olunmaz. Aralarında dinen düşmanlık olanların birbirleri hakkındaki tanıklığı kabul olunur. Fakat düşmanlık dünyevi işlerde ise tanıklık makbul değildir. Büyük günahlardan kaçınan ve küçük günahlarda daim olmayan kişi âdildir ve tanıklığı kabul olunur. Sünnet olmamış veya kısırlaştırılmış kişinin tanıklığı

<sup>71</sup> İki kişinin davacılığı hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 112a-113b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 134-135: “باب دعوى الرجلين”

<sup>72</sup> Tanıklığın mahiyeti için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 113b-114a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 123: “كتاب الشهادة والرجوع عنها”. Çeviri burada, *Vikâye*'de daha önce geçen başka bahisleri işlemeye başlamıştır.

<sup>73</sup> Tanık beyanı hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 114a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 123: “فصل في بيان أنواع ما يتحملة الشاهد”

<sup>74</sup> Rafiziler için bkz. Mustafa Öz, “Rafiziler”, *DİA*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2007), 34:396-397.

<sup>75</sup> Bu grup için bkz. Hasan Onat, “Hattabiyye”, *DİA*, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1997), 16:492-493.

makbuldür. İşverenin tuttuğu işçilerin tanıklığı geçerlidir. Zina mahsulü kişinin tanıklığı makbuldür. Kardeşin kardeşe, kişinin amcasına tanıklığı kabul olunur.

Kişinin süt kardeşine, kayınbabanın damadına, damadın kayınbabasına tanıklığı geçerliyken, bir kişi hakkında kölenin tanıklığı ise makbul değildir. Zina iftirası edip hadde uğrayan kişinin tanıklığı, tövbe bile etmiş olsa, ebediyen kabul edilmez. Oğulun babasına, babanın oğluna, kocanın karısına, karının kocasına, efendinin kölesine ve mükatep kölesine, ortağın diğer ortağın şahsı hakkında veya ortak olduğu mal hakkında tanıklık etmesi geçerli değildir. Çeviriye göre soytarının, ağlayıcının ve hanendenin tanıklığı geçerli değildir. Açıkta çalgılı ortamda şarap içenin de tanıklığı geçerli olmaz. Çevirinin Kadı Abdülcebbâr'ın<sup>76</sup> eserinden aktardığına göre, şarap içen kişi biraz üzerine gidildiğinde utanır ve üzülürse hâkim onun tanıklığını kabul eder. Had uygulanması gereken işler yapan, kuşlarla oynayan, yoldaki ekini yiyenin tanıklığı geçerli değildir. Bir bey bir şey söylediğinde adamları, yardımcıları, katipleri ve halkı onun için tanıklık ederlerse mezhepteki en sahih görüşe göre bu makbul değildir. Bir çiftçi arazi sahibi, ücretler, arazi sathı ve hayvanlar hakkında tanıklık ederse makbul değildir. Bir kişi bir yerin bir mescidin vakfı olduğunu iddia ettiğinde o mescidin bulunduğu mahallenin halkı tanık olursa en sahih görüşe göre tanıklık makbuldür. Çevirinin Sadrüşşehîd'in<sup>77</sup> *Şerhu Edebi'l-Kâdi*'sinden aktardığında göre Hint Okyanusu'na girenin tanıklığı kabul olmaz çünkü o yer darülharpte bulunmaktadır. Borçlunun mal sahibine tanıklığı geçerli değildir. Müflis haldeki borçlunun tanıklığı da geçerli olmaz. Davalı mücerret cerh olan tanık getirdiğinde tanık dinlenmez. Burada mücerret cerh, tanığın günahta devamlı olmaya niyet etmesi fakat aleyhine Allah veya kul hakkının ispat edilmemesidir. Davalı, davacının parayla tanık tuttuğuna dair tanık getirdiğinde davalının bu tanığı dinlenmez çünkü o mücerret cerhtir. Bu tanık, davacının paralı tanıklar için kendisinden on akçe alındığını söylerse de dinlenmez çünkü artık on akçe hakkındaki davanın tarafıdır.<sup>78</sup>

## 10. Tanıkların çelişen beyanları

Çelişkili tanık beyanları çevirinin ele aldığı konulardandır. Buna göre tanığın beyanlarının davaya gerek lafız gerekse anlam olarak örtüşmesi şarttır, örtüşmezse tanıklık kabul edilmez. Ebû Hanîfe'ye göre iki tanık varken ikisinin beyanlarının birbiriyle örtüşmesi şarttır. Tanıklardan biri bin akçeye diğeri iki bin akçeye tanıklık ettiğinde tanıklar reddedilir. Fakat biri bin akçeye diğeri yüz akçeye tanıklık ederse bin akçelik tanıklık makbuldür. Davacı daha fazla bir meblağı iddia ediyor olsa da böyledir çünkü bin akçe hakkında davacı ve tanık arasında ittifak oluşmuştur. İki kişi, birinin bir öküz çaldığına tanıklık edip, kırmızı mı yoksa sarı mı diye hayvanın renginde ihtilafa düştüklerinde Ebû Hanîfe'ye göre tanıklık makbuldür ve hayvanı sirket edenin eli kesilir. Hayvanın erkek mi dişi mi olduğunda ihtilaf ederlerse mezhep imamlarının ittifakıyla tanıklıkları makbul değildir.<sup>79</sup>

## 11. Asıl ve fer'i tanıklar

Çeviride ifade edildiğine göre hadler ve kısas dışında tanık hakkında tanıklık yapmak makbuldür. Fakat asıl tanığın mahkemede hazır olması daha uygundur. Onun hazır edilmemesinin sebepleri ise ölüm, sefere çıkma ve hastalıktır. Fakat asıl tanıkların her biri için iki kişi tanıklık etmelidir. Dört tanık varsa her ikisi bir kişi için tanıklık eder. Mahkemede iki tanık varsa bu ikisi önce bir kişi hakkında ondan sonra başka bir kişi hakkında tanıklık eder. Asıl tanık başkasını tanık etmek için "şimdi şu mesele şöyledir diye tanıklık ederim, sen de benim tanıklığım hakkında tanıklık et" der. Tanıkları tezkiye etmek geçerlidir.

<sup>76</sup> Ebû'l-Hasen Kâdi'l-Kudât Abdülcebbâr b. Ahmed b. Abdülcebbâr el-Hemedânî (ö. 1025)

<sup>77</sup> Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn es-Sadrü's-Şehîd Ömer b. Abdülazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî (ö. 1141)

<sup>78</sup> Makbul olan ve olmayan tanıklıklar için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 114a-115a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 124: "باب القبول وعدمه"

<sup>79</sup> Tanıkların çelişen beyanları hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 115a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 125: "باب الاختلاف في الشهادة"

İki tanığın birbirini tezkiye etmesi de caizdir. Asıl tanıklar tanıklığı inkar ettiklerinde fer'i tanıkların da tanıklığı geçersiz hale gelir.<sup>80</sup>

## 12. Tanıklıktan dönme

Çeviriye göre tanıklıktan ancak hâkim huzurunda dönülebilir. Hâkim hüküm verdikten sonra tanıklar dönerse hüküm bozulmaz. Hüküm verilmeden önce dönen tanıkların tanıklıkları düşer ve tazmin borçları olmaz. Fakat hüküm verildikten sonra dönerlerse tanıklıklarıyla verdikleri zararı öderler. Tanığın biri dönerse zararın yarısını öderler. Bir erkek ve iki kadın tanık iken bir kadın tanıklıktan dönerse zararın dörtte birini öder. Bu halde iki kadın da dönerse zararın yarısını öderler. Bu konuda dönen değil kalan tanık sayısına bakılarak hesap yapılır: Örneğin üç kişi tanık olup biri dönerse diğerleri zararı karşılamaz. Ama biri daha dönerse iki tanık zararın yarısını öder. Eğer bir erkek ve on kadın tanık olup da sekiz kadın tanıklıktan dönerse bir şey ödemezler. Fakat biri daha dönerse dokuz kadın zararın dörtte birini öder. Eğer on kadın da dönerse zararın yarısını öderler. Eğer kadınların hepsi dönerse Ebû Hanîfe'ye göre erkek zararın altıda birini öder, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise yarısını öder. İki görüşte de kalanı kadınlar öderler. İki erkek ve bir kadın tanık olup sonra üçü de dönerse zararın tamamını iki erkek öder. İki erkek, bir kişinin köle azat ettiğine tanıklık edip hâkimin kölenin özgürlüğüne hükmetmesinden sonra dönerlerse kölenin bedelini öderler. Bir kişinin diğerini öldürdüğüne tanıklık edenler o kişiyi ölene mukabil öldürdükten sonra tanıklıktan dönerlerse o kişinin diyetini öderler. Fer'i tanıklar tanıklıktan dönerlerse zararı öderler. Hem asıl hem de fer'i tanıklar dönerlerse fer'i tanıklar zararı öderler.<sup>81</sup>

## 13. Hâkimin uyması gereken bazı kurallar

Duruşma esnasında iki taraf ya oturuyor ya da ayakta duruyor olmalıdır, hâkim bunu takip etmelidir. Hâkim bir tarafla gizlice konuşmamalı, onu hoş beş etmemeli, ona gülmemeli, işaret etmemeli, delil konusunda telkinde bulunmamalıdır. Tanığa telkinde bulunup "şöyle tanıklık eder misin?" demek mekruhtur. Tanıkla veya ikrarla nazarında hak sabit olan hâkim, hakkı hak sahibine teslim ettirir.<sup>82</sup>

## 14. Hapsetme

Hakkı teslim etmesi istenen kişi ayak dirediğinde hak sahibi talep ederse hâkim gerekli gördüğü kadar hapse hükmeder.<sup>83</sup>

## 15. Bir hâkimden diğerine yazı gönderilmesi

Yargılama hukukunda önemli bir mesele de mahkeme içi ve mahkemeler arası yazışmalardır. Davanın mahkemede hazır olan tarafı için tanıklar beyanda bulunduğu hâkim hüküm verir ve tanıklık doğrultusunda sabit olan hususları kaleme alır. Hâkim, huzurunda bulunmayan taraf için tanıklık yapanların beyanlarını yazıp dava tarafının bulunduğu yerin hâkimine gönderir, tanıklık üzerine kendisi doğrudan hüküm vermez. Diğer hâkim bu tanıklıkların üzerine hüküm bina edecektir. Mahkemede hazır olmayan kişi hakkında hüküm vermek ise prensip olarak geçerli değildir. Fakat mahkemede bulunmayan tarafın vekili veya hâkim tarafından tayin edilen vasî gibi tarafın yerine geçen biri hâkimin huzurunda bulunursa o zaman hâkim o taraf hakkında hüküm kurabilir. Yine, bir kişi üçüncü bir kişiden satın alma yoluyla bir eve malik olduğunu iddia ettiğinde, evin zilyedi inkar ettikten sonra davacı tanık getirdiğinde tanıklık doğrultusunda hüküm kurulabilir. Çünkü gaip kişinin aleyhine değil, mahkemede

<sup>80</sup> Asıl ve fer'i tanıklar için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 115a-115b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 126: "فصل في الشهادة على الشهادة"

<sup>81</sup> Tanıklıktan dönme hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 115b-116a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 126-127: "فصل الرجوع في الشهادة"

<sup>82</sup> Hâkimin uyması gereken bazı kurallar için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 118: "كتاب القضاء". Çeviri burada yine *Vikâye'*deki konu akışından ayrılmıştır.

<sup>83</sup> Hapsetme için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 118: "فصل في الحبس"

hazır olan tarafın aleyhine hüküm kurulmuştur. Fakat mahkemede bulunmayan bir kişinin aleyhine olan iddia, mahkemede bulunan kişinin aleyhine olan iddianın bir şartıysa, mezhepteki en sahih görüşe göre burada dava olarak dinlenecek bir husumet oluşmaz. Örneğin bir efendi kölesine “şu kişi kölesini azat ederse sen de azat ol” dedikten sonra köle bir tanık getirip o kişinin kölesini azat ettiğini iddia ettiğinde hâkim bu tanığın beyanına dayanarak hüküm vermemelidir. Çünkü kölesini azat ettiği iddia edilen kişi mahkemede hazır değildir.<sup>84</sup>

## 16. Hakemlik

Hakemlik uygulaması yargılama hukukunun bir parçasıdır fakat çeviride bu konu hakkında ayrıntılı açıklama bulunmamaktadır. Buna göre, davanın bir tarafı hâkimliğe layık bir kişiyi hâkim tayin ederse hukuka uygundur. Fakat o kişiye “hakem” denir. Tanık beyanı, yeminden kaçınma veya ikrar içeren bir beyan üzerine hakem hüküm bina ettiğinde bu hüküm bağlayıcıdır. Fakat hakem hüküm vermeden önce tarafların hakem tayininden dönme hakkı vardır. Gerek hâkimin gerekse hakemin kendi baba, anne, çocuklar ve eşi hakkında hüküm vermesi geçerli değildir. Hakemin hadlerde ve kısasta hüküm vermesi ise geçerli değildir. Bu konularda kadı yetkilidir.<sup>85</sup>

## C. Çeviride yer alan ceza hukukuna ilişkin meseleler

### 1. Zina haddi

Çeviride yargılama hukukuna mahsus konular hakemlik meselesiyle beraber sona ermektedir. Bundan sonra daha ziyade mahkemede had, kısas ve diyete hükmedilmesi ile bu cezaların infazına ilişkin meseleler bulunmaktadır. Fakat bu cezalar kapsamında yine yargılama hukuku çerçevesinde meseleler ve hükümler yer almaktadır. Dolayısıyla çeviride yargılama hukukuna ait konuların ele alındığı kısımlarda daha ziyade bugünkü tabirlerle hukuk yargılamasına öncelik tanınmış, ardından ceza ve ceza yargılaması hukukuna yer verilmiştir. İlk ele alınan konu hadlerden zinadır. Bir kişinin zina ettiği hakkında dört tanık hâkimin huzurunda beyanda bulunduğunda tanıklara zinanın ne olduğu, nasıl, nerede ve kiminle vaki olduğu hâkim tarafından sorulur. Hepsisi de cinsel organın göze mil çeker gibi vulvadan girdiğini gördüklerini söylerlerse hâkim önce gizli olarak sonra açıktan tanıkları tezkiye eder. Tanıkların âdil olduğu sabit olursa zina edene had uygulanmasına hükmeder. Hâkimin huzurunda bir kişi zina ikrarında bulunursa hâkim tanıklara sorduğu gibi ona da zinanın ayrıntılarını sorar. Kişi zinayı ikrar edince hâkim reddeder. Başka bir zaman hâkim tekrar sorar, ikrar gelince hâkim yine reddeder. Bir başka zaman tekrar sorar. Böylece dört ayrı celsede kişi zinayı ikrar ederse hâkim ona beyanından dönmesi telkininde bulunur. O kişiye “sokulmuşundur”, “sıkıştırmışsındır”, “helal sanıp şüphayle yatmışsındır” gibi şeyler söylenir. Had uygulamadan önce veya uygulanırken beyanından dönen kişi bırakılır. Dönmezse had cezası tamamlanır.<sup>86</sup>

### 2. Zina haddinin uygulanması

Zina suçunda haddin uygulanmasına dönük ayrıntılar önem taşımaktadır. Zina eden erkek muhsan yani özgür, Müslüman, akil ve baliğ iken ve sahih bir nikahı varken özgür, Müslüman, akil ve baliğ bir kadınla yatmışsa onun hukuk kitaplarında yazan had cezası, taşlanmaktır. Cezanın infazında önce tanıklar taş atar. Tanıklar taş atmazlarsa, ortamda hazır bulunmazlarsa veya ölmüşlerse had cezası düşer. Tanıklardan sonra sırayla imam, hâkim veya emin kişiler, halk taş atar. Kişi vefat edince yıkanır, kefenlenir ve kişinin namazı kılınır. Kişi muhsan olmayıp dinen mükellef ise ona yüz sopa vurulur. Ağaçtan yapılmış sopanın yumrusu ve budağı olmamalı, uzunluğu alt kol miktarınca olmalıdır. Kişinin

<sup>84</sup> Bir hâkimden diğerine yazı gönderilmesi hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 119: “فصل في كتاب القاضي إلى القاضي”

<sup>85</sup> Hakemlik için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116a-116b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 120: “باب التحكيم”

<sup>86</sup> Zina haddi hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 80: “كتاب الحدود”

üst kat elbisesi çıkarılır. Sopa darbeleri vücudun farklı yerlerine uygulanır. Başa, yüze ve vulvaya vurulmaz. Fail çömelmişken veya ayakta dururken vurulur. Zina eden kişi köleyse elli sopa vurulur. Efendi, izin almadan vuramaz. Kadının zina etmişse taşlamak için çukur kazılır. Sopa vurulacaksa kadın otururken uygulanır. Elbisesi çıkarılmaz, varsa kürkü ve pamuklu fistanı çıkarılır. Hasta kişi zina edince taşlama gerekiyorsa uygulanır. Taşlama dışında had cezası uygulanacaksa iyileşinceye dek beklenir. Hamile kadın zina ederse doğum yaptığı zaman taşlanır. Loğusalık geçmeden had uygulanmaz.<sup>87</sup>

### 3. Zina haddi uygulanmayan bazı haller

Had cezası olarak zina cezasının uygulanmadığı durumlar çeviride gösterilmektedir. Buna göre bir kişi helal sanıp babasının veya annesinin cariyesiyle, kadın efendinin cariyesiyle cinsel birleşme yaşarsa had uygulanmaz. Üç talakla boşadığı karısıyla iddet içerisinde cinsel birleşme yaşarma had uygulanmaz. Fakat kardeşinin cariyesiyle veya amcasının cariyesiyle cinsel birleşme yaşarma had uygulanır. İkrar etmiş de olsa oğlunun cariyesiyle cinsel birleşme yaşarma had uygulanmaz. Satıcı sattığı fakat henüz alıcıya teslim etmediği cariyeyle cinsel birleşme yaşarsa had uygulanmaz. Görme engelli de olsa bir kişi kendi yatağında bir yabancı kadın bulup onunla cinsel birleşme yaşarsa had uygulanır. Henüz evlenmiş kişiye bir yabancı kadın getirip “işte karın budur” dediklerinde kişi o kadınla cinsel birleşme yaşarsa had uygulanmaz. Hayvanla veya erkekle ilişkiye giren erkeğe Ebû Hanîfe’ye göre had değil ancak tazir uygulanır, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed ile İmam Şâfi’ye göre ise had uygulanır. Baliğ olmayan bir erkek baliğ bir kadınla yattığında ikisine de had uygulanmaz. Baliğ bir erkek baliğ olmayan bir kadınla yattığında ise erkeğe had uygulanır. Kişi bir küçükle cinsel birleşme yaşayıp onu öldürürse bakılır: Ölen cariye ise kişiye hem had uygulanır hem de cariyenin bedeli ödetilir. Kadın özgür ise yine had uygulanır hem de diyet ödetilir. Halifeye had uygulanmaz fakat kısas uygulanır, gerektiği durumda ceza olarak malı alınır.<sup>88</sup>

### 4. Zinaya tanıklık etmek ve tanıklıktan dönmek

Zina suçunun sübutu açısından tanıklık kritiktir. Tanıklar bir erkeğin mahkemede hazır olmayan bir kadınla zina ettiğini beyan ettiklerinde o erkeğe had uygulanır. Fakat bir kişinin mahkemede hazır bulunmayan bir kişiden bir şey çaldığına tanıklık ettiklerinde o kişinin eli kesilmez. Tanıklar zina fiilinin evin hangi tarafında gerçekleştiği hususunda ihtilaf halindelerse yani tanıkların ikisi evin sağ tarafında ikisi sol tarafında zina edildiğini söylerse had uygulanmaz. Bir erkek zina ettiğini ikrar edip zina ettiği kadını aklına getiremediğinde erkeğe had uygulanır. Tanıklar zinaya tanıklık edip zina edilen kadını bilmediklerinde, kadının zina fiilini alışkanlık edinip edinmediği konusunda yahut zinanın gerçekleştiği şehirde ihtilaf ettiklerinde (mesela tanıkların ikisi zinanın Kufe’de ikisi ise Basra’da vaki olduğuna tanıklık ettiklerinde), tanıklar “şu kişiye benzer bir kişinin zina ettiğini” söylediğinde, tanıklar fasık olduklarında veya tanıklar fer’i tanık iseler had uygulanmaz. Tanıklık yapanlara ceza verilmesi prensipte söz konusu değildir. Fakat mesela zina haddi uygulandıktan sonra tanıklardan birinin köle olduğu anlaşılırsa bütün tanıklara ceza verilir. Hal böyleyken kişi had uygulanması nedeniyle yaralanmış olursa kanı heder edilmiş olur. Kişi taşlanmışsa ona verilecek diyet beytûlmalden ödenir. Taşlamadan sonra tanıklardan biri tanıklıktan dönerse o tanığa ceza olarak diyetin dörtte biri ödetilir. Taşlamadan önce bir tanık dönerse tanıkların hepsine ceza uygulanır. Taşlamadan sonra beş tanıktan biri tanıklıktan dönerse o tanık bir şey ödemez ve ona ceza uygulanmaz. Fakat bir tanık daha dönerse, dönen iki tanığa diyet ödetilir. Taşlamaya emrolunmuş kişi veya zinanın bir tanığı diğer tanıkları tezkiye ettiğinde

<sup>87</sup> Zina haddinin uygulanması için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 116b-117a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 80: “فصل في كيفية الخد وإقامته”

<sup>88</sup> Zina haddi uygulanmayan bazı haller hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 117a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 80-81: “باب وطاء يوجب الخد أو لا”

tanıkların köle veya gayrimüslim olduğu ortaya çıkarsa diyet ödetilir. Tezkiye vaki olmadan taşlama yapılırsa ve ondan sonra tanıklar köle veya gayrimüslim çıkarsa diyet borcu beytülmalin üzerindedir.<sup>89</sup>

## 5. Şarap içmek

Çeviri diğer had suçlarından bahisle devam etmektedir. Şarap içme / sarhoşluk suçu zinanın ardından ele alınmaktadır. Bir damla bile olsa şarap içen özgür kişiye seksen sopa vurulur. Kişi köleyse kırk sopa vurulur. Yol uzaklığından dolayı zail olsa bile şarapla yakalanan, sarhoş yakalanan, şarap içtiğine bir defa ikrar eden veya şarap içtiğine dair iki kişinin tanıklık ettiği kişinin kendi iradesiyle içtiği anlaşıldığında fail ayıkken seksen sopalık had uygulanır. Zinada olduğu gibi şarap içene had uygulanırken elbise çıkarılır, sopa darbeleri vücudun farklı yerlerine uygulanır.<sup>90</sup>

## 6. Zina iftirası

Bir diğer had suçu da zina iftirasıdır. Akil, mükellef ve özgür bir Müslüman'a özgür bir kişi açıkça zina iddiasıyla söverse (mesela "zina ettin", "zina edicisin", "sen babanın oğlu değilsin" diye öfkeyle derse veya babası ölmüş kişiye "sen zina eden kadının oğlusun" derse) sövülen kişi dava ettiğinde sövene seksen sopa uygulanır. Biri diğerine "zina edici" deyince karşıdaki de aynı şekilde mukabele ettiğinde zina iftirası haddi ya ikisine birden uygulanır ya da ikisine de uygulanmaz. Birkaç defa zina iftirası, birkaç defa şarap içme veya birkaç defa zina suçlarını arka arkaya işleyen kişiye işlediği her suç tipi için bir defa had uygulanır, yani bir suç tipine ait birden fazla fiil bulursa da o suç tipinde sadece bir fiilin cezası uygulanır. Fakat kişi arka arkaya bir defa zina edip bir defa zina iftirasında bulunup bir defa da şarap içtiğinde her bir suç fiili için birer had uygulanır. Köleye, cariyyeye veya gayrimüslime zina iftirası yapan ("sen zina ettin", "zina edicisin" diyen) kişiye, o kişiler zina etmemişlerse tazir uygulanır.<sup>91</sup>

## 7. Tazir

Çeviride tazir zikri geçince kısaca o konu hakkında da açıklama yer almaktadır. Buna göre tazir prensip olarak en çok otuz dokuz, en az üç sopadır. Fakat had yerine tazir uygulanması gerektiğinde, ilgili haddin sopa sayısı üst sınırdır. Alt sınır ise daha aşağıdaki hadde ait sopa sayısıdır. Zina haddi en üst sınırdır, onun ardından şarap içme haddinin üst sınırı gelir. Bundan daha aşağıda zina iftirası haddinin üst sınırı vardır. Bir kişi bir Müslüman'a "ey fasık, kafir, sarik, facir, hain, oğlan, namert, zındık, deyyus, kartaban, şarapçı, riba yiyen, veledizina, hırsızların hâmîsi, haramzade, oğlanlarla oynayan" dediğinde tazir uygulanır. Bir kişi "ey eşek, köpek, domuz, melun, alçak, soytarı" dediğinde tazir uygulanmaz. Kendisine had veya tazir olarak sopa vurulan kişi bundan dolayı ölürse kanı heder edilmiş olur. Çeviride gösterildiğine göre koca, ceza sabit olduğunda karısına tazir uygulayıp öldürürse kanı heder olmaz.<sup>92</sup>

## 8. Sirkat

Ayrıntılı hükümleri çeviride gösterilen bir had suçu da sirkattir. Alelade hırsızlıktan farklı olan bu suçta mükellef bir özgür kişi, mükellef bir başka kişinin kendine ait sandık veya ev gibi bir yerde gizlediği en az on tane basılmış geçer akçe miktarınca malını çalarsa sirkat suçunu işlemiş olur ve çalanın eli sağ bilekten kesilir. Kişinin kan kaybından ölmemesi için kesilen kısım katranlanır. Aynı kişi bir daha sirkat ederse sol ayağı kesilir. Üçüncü kez sirkat ederse tövbe edinceye kadar zindanda tutulur. Sirkat konusu şey on dirhemden azsa, dava açılmadan çalınan mal sahibine teslim edilirse, sirkatten sonra mal sahibi malı sirkat edene bağışlarsa yahut sirkat eden satarsa, malın değeri el kesilinceye kadar on dirhem

<sup>89</sup> Zinaya tanıklık etme ve tanıklıktan dönme için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 117a-117b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 81: "باب شهادة الزنا والرجوع عنها"

<sup>90</sup> Şarap içme hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 117b-118a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 82: "باب خذ الشرب"

<sup>91</sup> Zina iftirası için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 118a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 82-83: "باب خذ القذف"

<sup>92</sup> Tazir hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 118a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 83: "فصل في التعزير"



altına düşerse veya sirkat eden malda mülkiyet iddia ederse el kesilmez. Sirkat edenin sağ eli veya sol ayağı zaten yoksa veya baş parmakları yahut baş parmaktan başka ikişer parmağı eksikse veyahut sol eli ya da sağ ayağı kurumuşsa sirkat neticesinde eli-ayağı kesilmez. Yolda veya mescitte malını yanına koyup oturan kişinin malını sirkat edenin eli kesilir. Sirkat bir defa ikrarla sabit olacağı gibi iki tanıkla da sabit olur. Fakat hâkim sirkatin ne olduğunu, neyin, nerede, ne miktarda ve kimden sirkat edildiğini sorar. Bu soruların hepsine de cevap gelirse hâkim el kesmeye hükmeder. Sirkat edenler birkaç kişiyken malın değerinden her birine onar dirhem düşüyorsa hepsinin eli kesilir, malı yerinden bazısı olsa da hüküm hepsi için aynıdır.

Ot, ağaç, kamış gibi veya balık, av hayvanı, sıçan otu gibi doğada bulunup alması mübah olan şeyi sirkat edenin eli kesilmez. Süt, et, toplanmış veya daldaki yaş yemiş, kavun gibi hemen bozulacak bir şeyi sirkat etmişse eli kesilmez. Henüz biçilmemiş hububatı sirkat edenin eli kesilmez. Sarhoş edici içecek, çalgı aletleri, altın veya gümüşten yapılmış put, tavla veya satranç sirkat edenin eli kesilmez. Kişi mescitten mescit kapısını, mushafı, henüz konuşmayan özgür bir oğlan çocuğu sirkat ederse eli kesilmez. Küçük bir köle veya hesap defterini sirkat ederse eli kesilir. Köpek veya pars sirkat ederse kesilmez. Kefeni, ortaklık malı veya emanete verilmiş maldan kendi hakkı kadarını sirkat edenin eli kesilmez.

Bir malı sirkat ettikten sonra eli kesilen kişiden o mal alındıktan sonra kişi yine aynı malı sirkat ederse malın durumuna bakılır: Eğer mal, iplikten dokuma yapılması gibi önceki halinden başka hale dönmüşse sirkat edenin ayağı kesilir. Fakat malda değişme yoksa kesilmez. Kişi kendi yakın kavminin bir mensubundan sirkat ederse eli kesilmez. Koca, karısından; karı, kocasından; köle, efendisinden; efendi, kölesinden sirkat ederse el kesilmez. Misafir ev sahibinden sirkat ederse, hamama gelen kişi hamamdan sirkat ederse, bir kişi girmesine izin verilmiş evden bir şeyi sirkat ederse, kişi bir evden bir şeyi çalıp dışarı çıkarmasa veya evden kendi çalıp dışarıdaki bir kişiye uzatırsa, bir evi delip elini sokup bir şey alırsa, birinin elbisesinin yeninden sarkan bir keseyi yarıp içinden bir şey alırsa eli kesilmez. Fakat bir kişinin yükünü yarıp içinden bir şey alırsa, elini bir kişinin sandığına, yenine veya yakasına sokup bir şey çıkarırsa, saklı duran bir şeyi olduğu yerden açığa bıraktıktan sonra alırsa eli kesilir. Bir şey bir kişinin elinde emaneten veya ariyeten dururken birisi husumetle ondan çalarsa eli kesilir. Malın malikinin husumet etmesi şart değildir. Aynı şekilde hiddetle alanın, kiracıdan veya rehin alandan alanın (kiracı veya rehin alanın husumet etmesi halinde) eli kesilir. Eli kesilen kişiden o malı sirkat edenin ise eli kesilmez. Köle sirkat ettiğini ikrar ederse eli kesilir. Eli kesilen kişide bulunan sirkat konusu mal, sahibine teslim edilir. Mal telef olmuşsa eli kesilene ödetilmez. Hâkim, sirkat edenin sağ elinin kesilmesini emrettikten sonra kişinin hataen veya kasten sol elini kesen bundan dolayı bir şey ödemez. Bir kişi bir koyunu sirkat ettiği ağılda boğazlayıp oradan çıkarsa eli kesilmez. Bir kişi on akçe değerinde altın sirkat edip dinar olarak kestirirse veya gümüş sirkat edip akçe olarak kestirirse eli kesilir. Kesilen altın veya gümüş de sahibine iade edilir. Bez çalıp kırmızıya boyayan kişinin eli kesildikten sonra bez sahibine verilmez, sirkat edenin olur. Bez siyaha boyanmışsa, sahibine iade edilir.<sup>93</sup>

## 9. Yol kesmek

Yol kesme suçunda işlenen fiillere göre cezalar farklılaşmaktadır. Bir kişi henüz yol kesmeden önce insan öldürmeden ve mal almadan yakalanırsa, tövbe edene kadar hapiste kalır. En az on akçe alırsa veya on akçe değerinde bir şey alırsa sağ eli ve sol ayağı kesilir. Birden fazla kişi bu fiili işlediğinde, malın değeri her birine onar akçe degecek kadar olursa hepsinin de eli ve ayağı kesilir. Fail insan öldürüp mal almamışsa had cezası olarak öldürülür. Ölenin kavmi ve kabilesi affetse de itibar edilmez, bu kişi yine de öldürülür. İnsan öldürüp mal alan kişinin önce eli kesilir ondan sonra da kişi ya öldürülüp asılır ya da hayattayken asılır ve ölene kadar mızrakla yaralanır, üç gün boyunca da asılı kalır. Bir kişi insan öldürüp yolda bir grupta birlikte hareket ederse, hepsinin eli ve ayağı kesilir. Fakat insan yaralayıp mal

<sup>93</sup> Sirkat için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 118a-119b. Krş. Burhânüşşerî'â, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 84-85: "كتاب السرقة"

alırsa eli ve ayağı kesilir. Bu halde yaralama fiilinin cezası uygulanmaz. Yol kesip aldığı malı telef eden kişinin tazmin mükellefiyeti yoktur. Yol kesen grubun hepsi öldürülür. Yolculardan bazısı diğerlerinin yolunu keserse, gece veya gündüz şehir içinde veya iki şehir ortasında yol kesilirse ayak kesilmez. Ölenin velisi dilerse kısas talep eder, affeder veya diyet alır. Yol kesen kişi boğarak öldürürse diyet verir. Birden fazla kişiyi boğup öldürmeyi âdet edinen kişi ise ceza olarak boğarak öldürülür.<sup>94</sup>

## 10. Öldürme ve yaralama suçlarının kovuşturulması ve ceza infazı

Öldürme suçlarının beş türü vardır: Kasten, kasıt benzeri, hataen, hata benzeri ve sebep olma yoluyla öldürme. Kasten öldürme bir kişinin kasıtlı silah, keskin taş, yürüyen ağacı, kamış gibi hayatı sona erdirecek nitelikteki nesnelere bir başkasını darp ederek öldürmesidir. Bu çeşit öldürmede kısas uygulanır. Öldüren, ölene mukabil öldürülür. Öldüren ahirette günahkar olur. Bu dünyada keffaret vermesiyle günah ortadan kalkmaz. Kasıt benzeri öldürmede kişi, normalde öldürmeyen çomak, tabak vb. nesnelere darp eder. Bu gibi nesnelere vurmakla günahkar olur, keffaret gerekir. Öldürenin akilesi ağırlaştırılmış diyet öder fakat kısas gerekmez. Büyük taşla, büyük sopayla veya insanın dayanamayacağı bir şeyle vurursa, Ebû Hanîfe'ye göre kasıt benzeri öldürme vardır. Kısas gerekmez. Fakat diyet ve keffaret vermek mecburdur. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'e göre ise burada kasten öldürme vardır.

Hataen öldürme, hayvana vurduğunu zannedip gerçekte insana vurmak veya gayrimüslim düşmana vurduğunu zannedip Müslüman'a yahut darülharp vatandaşı olmayan zimmîye vurmaktır. Yine, bir hedefe atış yapılırken okun hedeften sapıp bir insana isabet etmesi de hataen öldürmedir. Hata benzeri öldürme, uyurken bir insanın üzerine düşüp öldürmedir. Sayılan üç öldürme örneğinde (ikisi hata ve biri hata benzeri öldürme) keffaret gerekir. Sebep olma yoluyla öldürme, bir kişinin mülkü olmayan bir yere taş koyup veya kuyu kazıp birinin o taş veya kuyu sebebiyle ölmesidir. Bu çeşit öldürmede öldürenin akilesi diyet verir.<sup>95</sup>

## 11. Kısas uygulanan ve uygulanmayan bazı haller

Kısas cezasının uygulanabilmesinde bazı şartlar önem taşır. Bir kişinin ebediyen kanını dökmesi haram olan birini öldürmesi kısas gerektirir. Dolayısıyla müstemeni öldürmek kısas gerektirmez çünkü müstemeni darülharbe döner dönmez onun kanı helal olur. Özgür veya köle kişiyi öldüren özgür kişi öldürülür. Zimmiyi öldüren Müslüman öldürülür. Akıl hastasını öldüren akıl kişi ve baliğ olmayanı öldüren baliğ kişi öldürülür. Görme veya yürüme engelli yahut eli ayağı olmayanı öldüren sağlıklı kişi ile kadını öldüren erkek öldürülür. Fakat bu hallerin aksi vaki olursa fail öldürülmez. Kölesini veya müdebber, mükatep yahut ortak kölesini öldüren efendi öldürülmez. Bir kişinin velisi, kendi üst soyunu öldürdüğünde kısas hakkı düşer. Yani alt soydan bir kişinin erkek üst soyu, onun diğer erkek üst soyunu öldürdüğünde, o kişi birine mukabil diğerini öldürmez. Kısas kılıçtan başka bir şeyle icra edilmez. Öldüren neyle öldürmüş olursa olsun kısas kılıçla icra edilir. Ölenin iki oğlu veya iki kardeşi olup da biri baliğ iken biri de henüz baliğ değilse baliğ olan kısas eder. Küçüğün baliğ olması beklenmez. Yaralanıp yatağa düşen kişi yataktan kalkmadan ölürse yaralayan kısas edilir. Bir grup insan birleşip bir kişiyi öldürürse hepsi de öldürülür. Bir kişi birden fazla kişiyi öldürürse tüm ölenlerin velisinde öldürme hakkı vardır. Hepsisi değil de bir veli mahkemede hazır olup kısas talep ettiğinde, öldüren bu talebe binaen öldürülür. Diğer velilerin kısas talep hakkı düşer. Öldüren kendi eceliyle ölürse, başka birisi onu öldürürse, ölenlerin velileri onu affederse veya az ya da çok bir meblağ üzerine sulh olurlarsa kısas talep

<sup>94</sup> Yol kesme hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 119b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 86: "باب قطع الطريق"

<sup>95</sup> Öldürme ve yaralama suçlarının kovuşturulması ve ceza infazı için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 119b-120a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 190: "كتاب الجنایات". Çeviri burada, *Vikâye*'deki konu akışından yine ayrılmıştır.

hakkı düşer. Velilerden biri öldüreni affederse veya bir meblağ üzerine öldürenle sulh olursa kalan velilerin kısas talep hakkı düşer. Kalan velilerin hakları diyete dönüşür, veliler diyetten paylarını alırlar.

Boğarak öldüren, suda boğan, kamçıyla ölünceye kadar döven kişi kısas edilmez, failin akılesinin diyet vermesi gerekir. Müslümanlar ve gayrimüslim askerler karşı karşıya geldiklerinde, Müslüman bir diğer Müslüman'ı gayrimüslim zannederek öldürürse kısas olunmaz fakat diyet ve keffaret verilmesi zorunludur. Vücudunda yara bulunan birini önce bir kişi yaralarsa, ardından bir yerinden aslan ısırırsa, başka bir yerinden de yılan sokarsa ve tüm bu yaralardan ötürü kişi ölürse diyetin üçte birini yaralayan kişi öder. Müslümanların üzerine kılıç çeken kişiyi öldürmek zorunludur. Bu halde öldüren kişi kısas edilmez, diyet veya keffaret gerekmez. Bir kişi diğerine gece veya gündüz şehir içinde ya da dışında kılıç çekerse, geceleyin şehir içinde yahut gündüz şehir dışında sopa kaldırırsa, buna mukabil diğeri de onu vurup öldürürse ceza gerekmez. Buna benzer biçimde, bir kişi geceleyin malını çalan kişinin arkasından yetişip öldürürse ceza gerekmez. Gündüz şehir içinde sopa kaldırıp öldürürse kısas olunur. Bir kişi bir erkeğe kılıç çekip bir veya iki defa vurduktan sonra kılıcını kınına koyup geri döndüğünde mağdur onu vurup öldürürse öldüren kısas olunur. Akıl hastası veya baliğ olmamış erkek kılıç çekince diğeri onu vurup öldürürse öldüren kendi malından diyet öder. Bir deve birinin üzerine hamle edince o kişi deveyi öldürürse değerini öder.<sup>96</sup>

## 12. Erş

Failin icra ettiği haksız fiil bedendeki muhtelif organlara yönelik olursa cezanın mahiyetinin belirlenmesi için bir değerlendirme yapılması gerekir: Failin ve mağdurun organlarında mütekabiliyet varsa kısas uygulanır. Yoksa erş alınır. Erş, organlar için gereken diyetin adıdır. Başkasının elini kasten bilekten itibaren kesen kişi, kendi eli daha büyük bile olsa kısas edilir. Birinin ayağını, burnunu veya kulağını kesen kişinin aynı organları kesilir. Bir kişi başkasına vurup gözünü kör ederse kısas olunur. Bu durumda kısasın şekli şudur: Failin gözünün üstüne taze keçi derisi konur. Üstüne de kızmış hayvan postu konur ve failin gözü kör olur. Birinin gözü yuvasıyla beraber koparsa kısas uygulanmaz, mütekabiliyet yoktur. Zira vücudun neresinde mütekabiliyet varsa ancak orada kısas uygulanır. Konu kemik ise kısas edilmez fakat dişte durum başkadır: Diş dökenin bir dişi çıkarılır. Eğyle birini yontan kişi aynı şekilde yontulur. Çeviriye göre bir erkek bir kadının elini veya ayağını keserse kısas edilmez zira bir erkek organıyla kadın organı arasında mütekabiliyet bulunmaz. Benzer biçimde özgür ile kölenin veya iki kölenin organları arasında mütekabiliyet olmadığından kısas uygulanmaz. Müslüman ile zimminin organları arasında ise mütekabiliyet vardır.

El kesen kişinin eli kurumuşsa veya parmağı eksikse mağdurun tercih hakkı vardır: Dilerse failin eli kesilir dilerse elin diyetini alır. Benzer biçimde, bir kişi diğerinin başını bir tarafından diğer tarafına kadar yardığında failin başı büyük olduğundan aynı uzunluktaki yarık failin başının bir tarafından diğer tarafına uzanmıyorsa mağdurun tercih hakkı vardır: Dilerse failin başının aynı uzunlukta yarılmasını talep eder dilerse başın erşini alır. İki kişinin elinin kesilmesi söz konusu olduğunda, şöyle ki, mağdurun eli üzerindeki bıçağı iki kişi tutup da kestiğinde, iki failin eli bir el için kesilmez. Failler bir elin erşini öder. Bir kişi iki kişinin sağ ellerini keserse, iki mağdur birleşip failin sağ elinin kesilmesini talep eder ve bir elin erşini alıp paylaşır. Fakat bir mağdur diğerinden önce mahkemede hazır olup da failin sağ elinin kesilmesini sağlarsa diğer mağdur tam erşi alır. İnsan öldürdüğünü veya el kestiğini ikrar eden köle kısas olunur. Bir kişi diğerine kasten ok attığında ok mağdura isabet ettikten sonra başkasına vurup ikisini de öldürürse ilk mağdur için fail öldürülür, ikinci mağdur için failin akilesi diyet öder.<sup>97</sup>

## 13. Birden fazla fiil işlemek

<sup>96</sup> Kısas uygulanan ve uygulanmayan bazı haller hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 120a-121a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'il-i'l-Hidâye*, 190-191: "باب ما يوجب القود أو لا يوجب"

<sup>97</sup> Erş için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 121a-121b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'il-i'l-Hidâye*, 191-192: "باب القود فيما دون النفس"

Suçların içtimal ihtimalini içeren haller, çevirinin bu kısmında daha ayrıntılı ele alınmaktadır. Burada birden fazla suç fiili söz konusu olduğunda cezalandırmanın nasıl cereyan edeceği meselesine dair hükümlere yer verilmektedir. Bir kişi diğerinin önce elini kesip sonra onu öldürürse failin önce eli kesilir sonra da fail öldürülür. Öldürme ve el kesme fiilleri hataen vaki olursa duruma bakılır: Eğer el iyileştikten sonra fail öldürmüştü kesilen el için erş alınır, ölen için de akile diyet verir. Eğer el iyileşmeden mağdur ölmüşse iki fiil için bir diyet yeterlidir. Bir kişi diğerine kamçı vurup onu yaraladığında, yara iyileşmiş olsa da yaradan iz kalırsa faile hükümet-i adl uygulanır.

Hükümet-i adle şöyle örnek verilebilir: Mağdur köle farz edilir, önce yara izi olmadan kişinin değeri takdir edilir, ondan sonra yara iziyle beraber değeri takdir edilir. İki değer arasında ne fark olursa o fark diyete katılır. Örneğin mağdur köle varsayıldığında, kişi o yara izi olmadan bin akçe veya bin dirhem gümüş değerindedir. Fakat o yara iziyle dokuz yüz dirhem değerine inmiştir. Diyeti on bin dirhemdir. Köle sayıldığı zamanda değer farkı olan yüz dirhem bu diyete eklenir. Değer ve fark fazla veya eksik olursa ona göre hesap edilir, diyete eklenir ve faile ödettirilir. Eğer fail birinin elini keserse, faili affeden mağdur yaradan dolayı ölmüşse fail kendi malından mağdurun diyetini öder. Bir kişi diğerinin elini kestiğinde failin eli kısas edildikten sonra mağdur yaradan dolayı vefat ederse buna mukabil fail de öldürülür. Burada kısas için failin kesilen eli Ebû Hanîfe'ye göre ödettirilir. Hâkim failin kısasına hükmettikten sonra faili mağdurun velisine havale ettiğinde veli failin elinin kesilmesini talep edip öldürmekten affederse, fail kesilen elinin yarısından dolayı vefat ederse Ebû Hanîfe'ye göre ölen failin diyetini o veli öder.<sup>98</sup>

#### 14. Öldürmede tanıklık

İnsan öldürmede tanıklığa mahsus bazı durumlar vardır. Mesela tanıklar konuşurken öldürme aletinde yani mağdurun kılıçla mı taşla mı yoksa sopayla mı öldürüldüğü konusunda ihtilaf ederlerse yahut da biri neyle öldürüldüğünü unuttuğunu söylese tanıklıkları hükümsüzdür. Fakat iki tanık öldürmeye tanıklık edip öldürme aletini unuttuklarını söylese mağdur için diyet ödenecektir. İki kişiden her biri mağdurun öldürdüğünü ikrar ettiğinde mağdurun velisi ikisinin de öldürdüğünü söylese velide ikisini de kısasen öldürme hakkı vardır. İki tanık failin bir kişiyi, başka iki tanık da failin üçüncü bir kişiyi öldürdüğünü söylediklerinde tanıklıklar geçersizdir. Diğer yandan öldürmede failin fiiline itibar edilir, fiilin varlığı neticeye değil. Şöyle ki bir kişi bir Müslüman'a ok attığında mağdur o anda dinden çıkıp katli vacip hale geldikten sonra ok mağdura ulaşırsa fail diyet öder. Benzer biçimde, bir kişi bir köleye ok attığında efendi köleyi azat ettikten sonra ok mağduru öldürürse efendi kölenin değerini faile ödetir. Taşlamayla emrolunan kişi faile taş attıktan sonra henüz taş hedefine varmadan zinaya tanıklık eden beyanından dönerse, taş hedefine varıp kişiyi öldürdüğünde taş atan kişiye ceza verilmez.<sup>99</sup>

#### 15. Diyet ve keffaret

Öldürme ve yaralamada diyetin miktarı farklı olabilmekte ve keffaret verilmesi gereken haller ortaya çıkabilmektedir. Erkeğin diyeti bin dinar altın veya on bin dirhem gümüş yahut yüz devedir. Deve hesabıyla verilecek diyetin hesabı yapılırken deve cinsleri de nazara alınır zira bir kısmı bint-i mahaz, bir kısmı bint-i lebun, bir kısmı hıkka, bir kısmı cezea ve bir kısmı ibn-i mahaz cinsinden develerdir. Kadın için erkek diyetinin yarısı verilir. Zimmi diyeti Müslüman diyetine denktir. Öldürmede keffaret bir Müslüman köle azat etmektir. Failin köle azadına gücü yoksa keffaret iki ay boyunca aralıksız oruç tutmaktır. Açları doyurmak bu durumda geçerli değildir, keffaret olmaz. Yine, baliğ olmayan köle azat etmek de geçerli değildir. Bir kişi hatayla burun keserse, birinin erkeklik organının başını keserse, birine vurup aklını giderirse, burnun koku almasını ortadan kaldırırsa yahut ağzın tatma, derinin hissetme,

<sup>98</sup> Birden fazla fiil işlemek hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 121b-122a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ilî'l-Hidâye*, 193: "فصل في الفعليين"

<sup>99</sup> Öldürmede tanıklık için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 122a-122b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ilî'l-Hidâye*, 193-194: "باب الشهادة في القتل واعتبار حالته"

kulağın duyma, gözün görme işlevlerini veyahut harfleri telaffuz edemeyecek kadar dilin konuşma işlevini ortadan kaldırırsa ya da sakalı bir daha çıkmayacak biçimde yolarsa tam diyet verir. Mağdur erkek olursa on bin dirhem gümüş, kadın olursa beş bin dirhem gümüş verilir. Vücutta iki tane olan organların örneğin iki elin ve iki ayağın ikisinde tam diyet birisinde yarım diyet mevcuttur. Kirpik gibi vücutta dört tane olan şeylerde tam diyet ikisinde yarım diyet, birinde ise diyetin dörtte biri vardır. Hangi organa vurup işlevini giderirse örneğin vurduğu el o sebepten kurursa fail diyetini verir.<sup>100</sup>

## 16. Baş yaralamak

Failin baş yaralaması neticesinde her bir damar için kısas olmaz fakat mağdurun siniri görünüyorsa kısas uygulanır. Bu halde fiil hatayla işlenirse diyetin on bahsinden birinin yarısı gerekir. Eğer mağdurun siniri görünmezse diyetin on bahsinden biri ödenir. Fail siniri baştan başa soyarsa diyet bahsinden birini ve yine on bahisten birinin yarısını öder. Eğer beyninin bulunduğu yerdeki deriye dek varırsa veya iç derisine varırsa diyetin üçte biri ödenir. Fail iç ve karın derisini de yararsa diyetin üç bahsinden ikisi ödenir. İç deriyi yırtıp kan gördürtürse, kan akıtırsa, deriyi keserse, eti keserse, etle sinir arasındaki deriye vardırırsa hükümet-i adl vardır. Aya dahil veya hariç bir el parmaklarında diyetin yarısı vardır. Fail bir parmak boğumunu kestiğinde parmağın kalanı kurursa o boğum için diyet vardır. Parmağın kalanı için hükümet-i adl ödenir.<sup>101</sup>

## 17. Çocuk düşürmek

Hamile kadının karnına vurup erkek çocuk düşürten failin akilesi beş yüz dirhem gümüşü gurre olarak öder. Çocuk sağ olarak düştükten sonra ölürse diyet gerekir. Çocuk ölü doğduktan sonra kadın da ölürse hem diyet hem de gurre gerekir. Kadın önce ölüp sonra çocuğu düşürürse kadın için diyet ödenir. O çocuğa gereken diyete gurre denir. Kadın öldükten sonra çocuk sağ olarak düşerse fakat sonra çocuk da ölürse iki diyet gerekir. Eğer fail cariyenin çocuğunu düşürürse bakılır: Eğer erkekse o çocuğun değerinin on bahsinde bir bahsinin yarısı ödenir. Kız çocuğuysa değerinin on bahsinde biri ödenir. Anne karnına düşen çocuğun elinin tamamının belirmesiyle bir kısmının belirmesi arasında fark bulunmaz. Kadın kasten ilaç içip karnından çocuğu düşürürse bakılır: Eğer kocasının izniyle düşürmüşse ceza verilmez. İzinsiz düşürmüşse kadının akilesi gurre öder. Gurre denilen şey, beş yüz dirhem gümüşdür.<sup>102</sup>

## 18. Fail veya mağdurun köle olması

Kölenin diyeti kendi değeridir. Eğer kölenin diyeti özgür kişinin diyetine ulaşırsa her birinden onar dirhem gümüş eksik alınır. Azat edilen kölenin diyeti ile takdir edilen diyet veya cariyeye diyeti, özgür kişinin diyetine ulaşırsa kölenin veya cariyenin değeriyle takdir olunur. Mesela bir elin diyet hesabı değerinin yarısı olur.<sup>103</sup>

## 19. Binek hayvanının öldürmesi veya yaralaması

Fail kendi uzvu veya bir alet yerine binek hayvanı vasıtasıyla öldürme veya yaralama suçu işlediğinde hükümler vakanın suretine göre değişecektir. Mesela failin bindiği at birinin üstüne basmak suretiyle ya da ön ayağıyla veya başıyla öldürürse yahut ısırarak ya da dokunarak zarar verirse ata binen kişi diyet öder. At arka ayağıyla veya kuyruğuyla tozutursa diyet ödemez. At yürürken işerse veya pislerse bundan

<sup>100</sup> Diyet ve keffaret hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 122b-123a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 195: "كتاب الديات"

<sup>101</sup> Baş yaralama için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 123a-123b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 195-196: "فصل في أحكام الشجاج"

<sup>102</sup> Çocuk düşürme hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 123b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 196-197: "فصل في الجنين"

<sup>103</sup> Fail veya mağdurun köle olması için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 123b-124a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 199-200: "باب الجناية من الرقيق وعليه"

zarar görene ata binen kişi bir şey ödemez. Benzer biçimde iştirmek için atını durdurursa yine bir şey ödemez. Fakat uzak bir şey için atı durdurursa ve at dururken işerse zararı ata binen öder. Atın ön veya arka ayağından küçük taş paçaya kadar sıçrayıp bir kişinin gözünü çıkarırsa ata binen diyet ödemez. Fakat taş büyük olursa diyet öder. Atı süren kişi, ata binen kişi gibi hükmolunur. Eğer bir kişi bir yabancıyı atına vurursa veya atı dürterse, at da o nedenle ayağıyla bir şeye zarar verirse yahut at ürküp de ata binen kişi bir şeye vurup öldürürse, ata vuran ve atı dürten o kişi zararı öder ve ölenin de diyetini öder.<sup>104</sup>

## 20. Kasame

Kasame adı verilen yemin usulü, failin bilinmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır.<sup>105</sup> Üstünde yara, darp izi, boğma izi bulunan veya kulağından ya da gözünden kan çıkmış bir ölü bir yerde yahut bir su kenarında bulunduğu kasame yakındaki mülk sahibi üzerindedir. Kimsenin mülkü olmayan su kenarında, ana caddede veya cuma namazı kılınan bir camide bulunduğu kasame gerekmez, diyet beytülmalin üzerinde olur. Yakınlarında yerleşim olmayan kırsal yerde bulunursa veya akarsuda giderken bulunursa kanı hederdir. Bir odada yalnızca iki kişi varken ve o yerde başka kimse bulunmuyorken ikisinden biri ölü bulunursa, diğeri Ebû Yûsuf'a göre diyet öder, İmam Muhammed'e göre ödemez. Bir yerde bir kadından başka kimse yokken bir ölü bulunursa, öldürmediği ve öldüreni de bilmediği hususunda o kadına elli kere yemin verdirilir. Sonra da kadının akilesi diyet verir.<sup>106</sup>

## 21. Akile

Daha önceki bahislerde diyet ödemekle mükellef olduğu zikredilen akile adı verilen insan grubuna ait meseleler, çevirinin son kısmında ele alınmaktadır. Fakat çevirmen kasameye ait mesele ve hükümlere de burada yer ayırmaktadır. Buna göre kişinin akilesi, varsa ehl-i divanıdır. Ehl-i divan ise isimleri deftere yazılan asker ve kavimden müteşekkildir. Kişinin ehl-i divanı yoksa akilesi kendi kabilesidir. Azat edilmiş kölenin akilesi efendisinin kabilesidir. Akile diyeti üç yıl içinde öder. Akilenin her birinden üç yıl içinde bir defa üç veya dört dirhem alınır yahut her yıl bir dirhem alınarak üç dirhem ya da her yıl 1,3 dirhem alınıp sonunda dört dirhem tamamlanarak diyet taksitlerle alınmış olur. Akile sayısı az olup da diyetin üçte biri dahi toplanamıyorsa soy bağı bulunan yakın kabile de diyete katılır, böylece diyet ödenene kadar yakın akrabadan uzağa doğru giderek kişiler diyete katılır.

Birinin vücudunun çoğu başıyla beraber bir yerde bulunup da öldüren bulunamazsa, ölünün velisi dava ettiğinde mahalle halkından elli akil, baliğ ve özgür kişiye öldürmediklerine ve öldüreni de bilmediklerine dair yemin verdirilir. Sonrasında mahalle halkı üzerine diyete hükmolunur. Davacı veli, mahalle halkından başkasına dava açarsa mahalle halkı üzerindeki kasame düşer. Mahallede elli kişi bulunmuyorsa yemin sayısı elliye ulaşıncaya kadar kişiler yemini tekrarlar. Halktan kim yeminden kaçınırsa yemin edene kadar hapsedilir. Üstünde yara izi bulunmayan fakat ağzından, burnundan veya erkeklik organından kan çıkmış kişi ölü bulunduğu kasame ve diyet gerekmez. Bir binek hayvanı üzerinde ölü varsa hayvanı süren veya çekip götüren kişinin akilesi diyet öder, mahalle halkı ödemez. İki köyün ortasında başıboş bir hayvan ile üstünde bir ölü bulunduğu hangi köy yakınsa sorumluluk o köyün halkının üzerindedir. Evinde bir ölü bulunan kişiye öldürmediğine ve öldüreni de bilmediğine dair elli defa yemin ettirilir. Sonra da kişinin akilesinin ödeme yapmasına hükmedilir. Mahalledeki camide ölü bulunursa mahalle halkı sorumludur. İnsan öldürme suçu neticesinde verilmesi zorunlu hale gelen diyeti akile öder. Diyetin on bahsinden bir bahsinin yarısına erişen erşi de akile öder. Sulh veya ikrarla sabit olan diyeti akile değil fail kendi malından öder. Benzer biçimde erş de biraz önce zikredilen

<sup>104</sup> Binek hayvanının öldürmesi veya yaralaması hakkında bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 124a. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 198: "باب جناية البهيمه وعليها"

<sup>105</sup> Konunun ayrıntıları için bkz. Mehmet Akman, "Osmanlı Hukukunda Kasame", *Türkler*, (Ankara: Yeni Türkiye, 2002), 13:789-794.

<sup>106</sup> Kasame için bkz. *Risale min Edebi'l-Kadı*, 124a-124b. Krş. Burhânüşşerî'a, *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*, 201-202: "باب القسامه"

meblağdan yani diyetin on bahsinden bir bahsinin yarısından daha düşük olursa fail kendi malından öder.<sup>107</sup>

#### D. Çevirinin bazı özellikleri

*Vikâye* metniyle çeviri karşılaştırıldığında çevirmenin en az iki tip tasarrufunun bulunduğu söylenebilir: Çeviriye ilave edilen unsurlar ile kesilen ifadeler. Bu tasarrufların en büyük ortak özelliği, meseledeki hükme bariz bir etki bırakmamalarıdır. Daha ziyade pedagojik amaçlarla ve okuyucunun sosyal çevresine hitap etmek üzere bu gibi işlemlerin yapıldığı söylenebilir. Aşağıda yalnızca muhtemel ve kısmi bazı çıkarımlar yapılacaktır. Kaynak metnin kesin olarak tespiti, iki metin arasındaki münasebet hakkında özellikle çeviri araştırmaları bakımından önemli sonuçlara varmaya vesile olacaktır.

##### 1. İlave unsurlar

Metne ek olarak konulan ifadeleri tasnif etmek gerekirse, çevirmenin konuya girizgah ifade eden sözler bulundurduğu, hükümlerde geçen örneklerin sayısının arttığı görülmektedir. Arapça metnin oldukça kompakt olması nedeniyle çevirmenin ifadeleri Türkçede kurarken daha geniş cümleler kullandığı, metinde bu amaçla ilave kelimelerin bulunduğu gözlenmektedir. Fakat bunları fıkhi metinlerin çevirisini de içinde barındıran genel bir çeviri faaliyeti çerçevesinde değerlendirmek gerektiğinden makalenin bu kısmında ayrıntısıyla ele alınmayacaktır. Mesela:

Yahüdiye yemîn virmekde eyideler ol [111b] Allâh haqqıyıçün ki Tevrâtı Mūsâ üzerine indürdi Naşrânîye yemîn virmekde eyideler ki ol Allâh haqqıyıçün ki İncîli ‘İsâ üzerine indürdi Mecûsiye yemîn virmekde eyideler ki ol Allâh haqqıyıçün ki odı yaratdı<sup>108</sup>

Buna göre, Yahudiler “Tevrat’ı Musa’ya indiren Allah hakkı için” diyerek, Hıristiyanlar “İncil’i İsa’ya indiren Allah hakkı için” diyerek, Mecusiler ise “ateşi yaratan Allah hakkı için” diyerek yemin ederler. Çeviride yüklemelerin her bir yemin için tekrarlandığı barizdir.

Yine:

ve ol da’vâ olınan nesne[yi] kâdî kıatuna hâzır ideler tâ kim müdde’î da’vâ itmekde aña işâret idüp işbu nesneyi da’vâ iderüm benümdür diye ve şanuğ dağı şanuğluk virmekde aña işâret idüp işbu nesne müdde’înüñdür diye ve and içmelü olsa müdde’â ‘aleyh aña işâret idüp işbu nesne müdde’înüñ degüldür diyü [111a] and içe ve eger hâzır getürmek mümkün olmasa kıymeti zıkr ide<sup>109</sup>

Dava konusu hâkimin huzuruna getirilir ki davacı iddiada bulunurken, tanık davacının iddiasına tanıklık ederken ve davalı inkarı hakkında yemin etmesi gerektiğinde o şeye işaret eder. Eğer dava konusunu hâkimin huzuruna getirmek mümkün olmazsa davacı dava konusunun değerini zikreder. Çeviride davacının, tanığın ve davalının fiili izahlı biçimde çevrilmiştir.

Konu hakkındaki hükümleri göstermeden önce metinde okuyucuyu konuya hazırlayan kısa ifadeler bulunmaktadır. Bu ifadeler en az iki yerde rastlanmaktadır. Bunlardan birincisi hem metnin hem de genel olarak dava konusunun başlangıcında ikincisi ise kısas ve diğer kavramlardan bahsetmeden hemen öncedir. Her ne kadar fıkıh kitabının farklı farklı yerlerinden çeviriler yapılmışsa da her farklı parçanın başında girizgah bulundurulmamıştır. İlk girizgah ifadesi:

<sup>107</sup> Akıle hakkında bkz. *Risale min Edebi’l-Kadı*, 124b-125a. Krş. Burhânüşşerî’a, *Vikâyetü’r-Rivâye fî Mesâ’ili’l-Hidâye*, 203: “كتاب المعامل”

<sup>108</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 111a-111b. Krş. Burhânüşşerî’a, *Vikâyetü’r-Rivâye fî Mesâ’ili’l-Hidâye*, 133: “وحلف اليهود بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصارى بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى والمجوسي بالله الذي خلق النار”

<sup>109</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 110a-110b. Krş. Burhânüşşerî’a, *Vikâyetü’r-Rivâye fî Mesâ’ili’l-Hidâye*, 132: “احضاره إن أمكن؛ ليشير إليه” “المدعي والشاهد والحالف وذكر قيمته إن تعذر”

*Bismillāhirrahmānirrahīm* bārī celle vü ‘alā ḥazretine ḥamd-i bī-nihāyet ve resūl Muḥammed Muṣṭafā *ṣallallāhu te‘ālā* ‘aleyhi ve sellem üzerine ṣalāt kılduḡdan ṣoñra eydürüz (?) kim şer‘-i muṭahhar-ı ne-bevī mücebince ḥüküm kılmak mevḡūfdur müdde‘ā ‘aleyhden da‘vānuñ ṣıḡḡat ü fesādı [vü] şehādetüñ maḡbūlin ü gayr-ı maḡbūlin fark bilmek muḡtācdur d[a‘v]ā bābınuñ u şehādet bāb[ın]uñ mesā’ilini bil-mek ve bu nesnelere bilindikden ṣoñra tertīb-i ḥükmi-i şer‘ ḥākim üzerine vācib olan aḡvāli bilmege muḡtācdur ve ol aḡvāli bilmek daḡı ḡazā bābınuñ mes’elelerin bilmekle ḡāşıl olur ve bu üç bābuñ mes’elelerin bildürmek için Allāh cānibinden mu‘āvenet ṡaleb idüp eydürüz (?) kim<sup>110</sup>

Burada metin besmeleyle başladıktan sonra kısaca hamdele ve salvele ifadesi barındırmaktadır. Daha sonra metnin niçin yazıldığına ilişkin kısa ifadeler bulunmaktadır. Buna göre, peygamberin tertemiz şeriatı gereğince hüküm vermek (sahabe tarafından) beyan edilmiştir. Davalı aleyhine açılan davanın geçerliliği ile geçersizliğini, makbul olan ile olmayan tanıklık arasındaki farkları bilmek gerekir. Dava ve tanıklık konularına ait meseleleri bilmek gerekir ve bu hususlar bilindikten sonra şer‘i hükmün düzenlenmesi, hâkimin üzerine vacip olan durumları bilmeyi gerektirir. Bu durumları bilmek de yargılama konusuna ait meseleleri bilmekle mümkündür.

Bir diğere girizgah ifadesi:

hemān Allāhdan isti‘ānet ṡaleb idüp beyān idelüm ki ḡıṣāş ne yirde vācib olur ve kim kimi öldürmekle vācib olur ve diyet ne yirde lāzım olur miḡdārı nedür ve kimüñ üzerine lāzım ve ḡışinüñ ‘āḡilesi kimler-dür [120b] ve keffāret ne ile olur<sup>111</sup>

Çevirmen, derhal Allah’tan yardım isteyip, kısasın ne zaman ve kimin kimi öldürmesiyle vacip olduğunu; diyet borcunun ne zaman, ne miktarda ve kimin üzerinde doğduğunu; ḡışinin akalesinin kim olduğunu ve keffaretin ne olduğunu anlatmayı amaçladığını belirtmektedir.

Çevirmen zaman zaman “şöyle ki” ya da “şöyle kim” diyerek hükmü örneklendirmek suretiyle açıklamaktadır.

ve yemīn virmek de Allāhuñ ṣıfātın ḡıkr itmekdür şöyle ki müdde‘ā ‘aleyh and vireler kim ol Allāh ḡaḡḡıyıcıñ ki Raḡmāndur Raḡīmdür ṡālibdür Ġālibdür Müdrīkdür Müḡlikdür bu nesne müdde‘ā didüğü gibi degüldür ammā zamān u meḡān birle yemīni taḡlīz itmek meşrū‘ degüldür şöyle ki cum‘a günü yemīn viririn dimek işidilmeye<sup>112</sup>

Çeviriye göre, yemin etmek Allah’ın sıfatlarını zikretmektir: Yani davalı “Rahman, Rahim, Talib, Galib, Müdrık, Müḡlik olan Allah hakkı için bu dava konusu davacının dediğı gibi değıldir” diye yemin eder. Fakat yemini bir zaman ve meḡanla sınırlamak şer‘an kabul edilmez. Örneğın “Cuma günü yemin ederim” dendiğinde dinlenmez. Allah’ın sıfatlarına açıklama olarak çeviride isimler zikredilmektedir. Yeminin zamanla kayıtlanmasına ilişkin örnek de çeviride yer almaktadır.

Yine:

da‘vā ol vaḡıt ṣaḡīḡ olur kim müdde‘ā da‘vā itdüğü nesneyi ḡıkr ide meşelā et yā ṡon yā derāhim veyā miḡdārın ḡıkr ide şöyle kim bir at yā iki at yā yüz aḡça yā iki yüz aḡça diye ve daḡı ol nesneyi ṡaleb ide<sup>113</sup>

<sup>110</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 110b.

<sup>111</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 120a-120b.

<sup>112</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 111a. Krş. Burhānüşşer‘ā, *Vikāyetü’r-Rivāye fī Mesā’ili’l-Hidāye*, 133: “ويغلظ بصفاته لا بالزمان والمكان”

<sup>113</sup> *Risale min Edebi’l-Kadı*, 110b. Krş. Burhānüşşer‘ā, *Vikāyetü’r-Rivāye fī Mesā’ili’l-Hidāye*, 132: “وهي إنما تصح بذكر شيء علم جنسه” وقدره



Buna göre davacı, örneğin “et”, “elbise” veya “dirhem” diye, dava konusunu ya da “bir at”, “iki at”, “yüz akçe” veya “iki yüz akçe” diye dava konusunun miktarını zikredip o şeyi talep de edince dava geçerli olur. Davanın konusu ve miktara ilişkin böylesi örneklere çeviride rastlanmaktadır.

Yine:

şehâdet-i ehl-i hevâ Mu‘tezilî gibi Râfizî gibi maqbûl olur illâ Hattâbiyye var bir cemâ‘at anlaruñ şehâdeti qabûl olınmaya<sup>114</sup>

Rafizi gibi kişilerin tanıklığı makbuldür fakat Hattabiye diye bir grup vardır ki onların tanıklığı kabul olunmaz. Çeviride Mutezile ve Rafizilik, heva ehline örnek olarak verilmiştir.

Çeviride bazı meselelerde örneklendirme eksik kalmıştır:

eger bâyi‘le müşterî miqdâr-ı şemende ihtilâf itseler şöyle ki bâyi‘ eyitse ben saña bir at şatdum iki yüz akçaya müşterî ise şöyle kim [ ]<sup>115</sup>

Bu meselede satıcı ile alıcı satım bedelinin miktarında uyumsuzluk yaşamaktadır. Satıcı iki yüz akçe karşılığında at sattığını iddia ederken alıcı da atı muhtemelen daha düşük bir bedele satın aldığını iddia etmektedir. Satıcının beyanı çeviride örnekle gösterilmişken alıcınınki zikredilmemiştir. Çevirmen alıcıya ait beyanı örneklendirmeyi yarım bırakmıştır.

## 2. Eksik unsurlar

Çevirinin genel akışı hükümleri azaltma yönünde değildir. *Vikâye’de* “... gibi” şeklinde örnekler verilen yerlerde çevirmenin zaman zaman örnekleri kaldırdığı görülmektedir. Mesela:

bâkî kazâyâ için iki er [veyâ] bir er iki ‘avratdur<sup>116</sup>

Tanıklık için hususi bir hüküm bulunmayan davalarda tanıklar iki erkek veya bir erkek iki kadından müteşekkildir. *Vikâye’de* diğer davalar evlenme, boşanma, vekalet, vasiyet gibi konusu mal olan veya olmayan davalarla örneklenmiştir. Çeviride ise örneklere yer verilmemiştir.

Çeviri bazen *Vikâye’de*ki cümleleri eksik bırakmıştır:

evvel müşterî and içe kim bâyi‘den bir mut buğday yigirmi akçaya almadum idi andan soñra bâyi‘ and içe kim müşterîye iki mut buğday on akçaya şatmaduğına andan soñra hâkim [ ] her kanğı kim and içmekden nükûl itse haşmuñ da‘vâsı aña lâzım olur<sup>117</sup>

Hem satıcının hem de alıcının karşılıklı iddiada bulunduğu bu meselede önce alıcı sonra da satıcı yemin verir. *Vikâye’ye* göre yeminlerden sonra hakim satımı fesheder. Fakat bu ifade çeviride yer almamıştır. O kısım çevrilmeden geçilmiş, satıcı ve alıcıdan hangisi yemin vermekten kaçınırsa davanın onun aleyhine sonuçlanacağı çevrilerek devam edilmiştir.

Yine:

eger hâric milk üzerine şanuq turgursa ve şâhib-i yed hâricden şatun alduğına şâhid turgursa şâhib-i yed lâ hâkdur eger hâric ü [ ] şâhib-i yed hüküm olına<sup>118</sup>

<sup>114</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 114a. Krş. Burhânüşşerî‘a, *Vikâyetü‘r-Rivâye fi Mesâ‘ili‘l-Hidâye*, 124: “وتقبل الشهادة من أهل الأهواء إلا الخطابية”

<sup>115</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 111b. Krş. Burhânüşşerî‘a, *Vikâyetü‘r-Rivâye fi Mesâ‘ili‘l-Hidâye*, 133: “ولو اختلفا في قدر الثمن، أو المبيع حكم”

<sup>116</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 114a. Krş. Burhânüşşerî‘a, *Vikâyetü‘r-Rivâye fi Mesâ‘ili‘l-Hidâye*, 123: “ولغيرها؛ مالا أو غير مال ككنكاح، وطلاق”

<sup>117</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 112a. Krş. Burhânüşşerî‘a, *Vikâyetü‘r-Rivâye fi Mesâ‘ili‘l-Hidâye*, 133: “وحلف المشتري أولا وفسخ القاضي البيع”

<sup>118</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 112b. Krş. Burhânüşşerî‘a, *Vikâyetü‘r-Rivâye fi Mesâ‘ili‘l-Hidâye*, 133: “فإن برهن خارج على ملك ذو يد على”

“الشراء منه، أو برهننا على سبب ملك لا يتكرر كالتناج، وحلب لبن، واتخاذ جبن، أو لبد أو جز صوف، فذو اليد أحق

Çeviride zilyedin lehine niçin hükmedildiği anlaşılammaktadır. Fakat *Vikâye*'de zilyedin haklı olduğu mesele gösterilmektedir. Çeviride bu kısmın niçin atlandığı açık değildir.

Bir örnekte ise çeviride ilave açıklama yapılacağı vadedilmişse de açıklama yapılmadan geçilmiştir:

öldüren kişinün 'âkılesi üzerine diyet-i muğallaza lâzım olur 'âkıle vü diyet-i muğallazayı beyân ider [ ] ammâ kışâş lâzım olmaz<sup>119</sup>

Çeviride akile ve diyet-i mugallaza bahsinin beyan edileceği zikredilmişse de bu bahisler burada işlenmemiştir. Burada çevirmenin konu hakkında fazladan açıklama yapması beklenirken bunu ihmal etmesinden bahsedilebilir. Fakat diyet, keffaret ve akile meseleleri çevirinin ilerleyen sayfalarında yer almaktadır.

## Sonuç

Hanefî mezhebinden olan fukahanın füru-ı fıkıh eserlerinin Türkçe çevirilerinin özellikle Osmanlı dönemindeki varlığı dikkat çekicidir. Çevirilerin ve nüshaların on altıncı yüzyıla beraber ivme kazandığı düşünülürse, Osmanlıların Anadolu ve Rumeli topraklarında Hanefî mezhebinden kadı tayin etmeye başlamaları ile paralel bir sürecin işlediği düşünülebilir. Diğer yandan on altıncı yüzyıl ortasından itibaren mahkeme kayıtlarının da o bölgelerde genellikle Türkçe tutulmasıyla beraber fetvada ve kazada Türkçe ağırlık kazanmaya başlamıştır. Türkçe füru-ı fıkıh çevirilerinin yoğunlaşması bu bağlamla birlikte değerlendirilebilir. Keza fıkıh eğitiminde Türkçenin muhtemel yeri de bu bağlam eşliğinde araştırılabilir. Yargılama hukuku ve ceza hukukuna ait bazı konuların yer aldığı, bir mecmua içinde bulunan kısmi çeviri bu kapsamda değer kazanmaktadır. Osmanlı dönemi fıkıh eserlerinin Türkçeye çevrilmesi hakkında yapılacak daha ileri araştırmalar ve yayınlar hem çeviriler hem de çevirmenler hakkında daha sahih ve tam bilgi elde edilmesini sağlayacaktır. Diğer yandan, genel olarak Türkçe fıkıh dilinin tarihsel gelişimini ortaya koymak ve bu dilin on dokuzuncu yüzyıldan itibaren Türkçe hukuk dili üstündeki etkisini tartışmak için de malzeme oluşturacaktır.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> *Risale min Edebi'l-Kadı*, 120a. Krş. Burhânüşşer'â, *Vikâyetü'r-Rivâye fî Mesâ'ili'l-Hidâye*, 190): “وفيه الإث والكيفارة، ودية مغليظة على”  
“العاقلة بلا قود”

<sup>120</sup> Bu etki Osmanlı Devletinde hukuk alanında tamamlanan ilk doktora tezi bağlamında da analiz edilebilir. Tez hakkında bkz. Mehmet Akman, “Türkiye’de Hukuk Alanında Yapılan İlk Doktora Tezi”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 1 (2006), 65-86. Diğer yandan Türkçe hukuk dilinin gelişiminin bir parçası olarak bürokratik yazışmalar ve kayıtlar önemli araştırma kaynaklarıdır. Bu minvalde izinname evrakı ve kaydı hakkında bkz. Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikah”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 2 (2006), 41-60.

## Kaynakça

- Ağar, Mehmet Emin. *Kitabu fi'l-Fıkh bi-Lisani't-Türki: İnceleme-Metin-Sözlük*. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 1989.
- Akgündüz, Ahmed. "Ebüssuud Efendi". *DİA*. 10:365-371. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1994.
- Akman, Mehmet. "Osmanlı Hukukunda Kasame". *Türkler*. 13:789-794. Ankara: Yeni Türkiye, 2002.
- Akman, Mehmet. *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*. İstanbul: Eren, 2004.
- Akman, Mehmet. "Türkiye'de Hukuk Alanında Yapılan İlk Doktora Tezi". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 1 (2006), 65-86.
- Aktan, Bilal. *Devletoğlu Yusuf'un Vikaye Tercümesi: İnceleme-Metin-Dizin*. Atatürk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2002.
- Antepli Meşhur Alim ve İdareci Bedrüddin Ayni*. Gaziantep: Şehitkamil Belediyesi, 2013.
- Aydın, Mehmet Akif. "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye". *DİA*. 28:231-235. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2003.
- Bulutlu, Yusuf - Bulutlu, Bünyamin. "Kurd Efendi ve Vikaye Tercümesi". *Mevzu: Sosyal Bilimler Dergisi* 8 (2022), 89-119.
- Burhânüşşerî'a, Mahmûd b. Sadrüşşerî'a el-Evvel Ubeydullah el-Mahbûbî el-Buhârî. *Vikâyetü'r-Rivâye fi Mesâ'ili'l-Hidâye*. ed. Ömer Faruk Atan. Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi, 2015.
- Cici, Recep. "Osmanlı Klasik Dönemi Fıkıh Kitapları". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (2005), 215-248.
- Çiçek, Birgül. *Kitab fi'l-Fıkh bi'l-Lisani't-Türki Üzerinde Bir Dil Tetkiki*. İstanbul Üniversitesi, Lisans Bitirme Tezi, 1961.
- Doğan Averbek, Güler. "Berlin Devlet Kütüphanesi'nde Bulunan Kataloglanmamış Türkçe Yazmalar Üzerine Tespitler". *Divan Edebiyatı Araştırmaları Dergisi* 24 (2020), 1-40.
- Doğan, Cihan. "Kuduri'nin el-Muhtasar Adlı Eserinin En Eski Türkçe Tercümesi". *Dil Araştırmaları* 30 (2022), 139-156.
- Duman, Soner. "Türkiye'de Klasik Fıkıh Eserlerinin Tercümeleri". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 25-26 (2015), 209-244.
- Ebû Yûsuf. *Kitâbü'l-Harâc*. Ankara: Akçağ, 1982.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı Devletinde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (2005), 417-439.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı Hukukunda İzinname ile Nikah". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 2 (2006), 41-60.
- Ençakar, Orhan. "Molla Hüsrev'in Dürerü'l-Hükkam'ı Etrafında Oluşan Literatür". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 23 (2014), 223-277.

- Erdem, Şükran. *Kitabün fi'l-Fıkh bi'l-Lisani't-Türki Üzerinde Bir Dil İncelemesi*. İstanbul Üniversitesi, Lisans Bitirme Tezi, 1973.
- Gedikli, Fethi. *Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Güner, Mustafa. *Tercüme-i Mülteka'l-Ebhur'un (Mevkufat) Kaynakları: İbadat Bahisleri Örneğinde*. Trakya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Halebî, İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm el-. *Mülteka'l-Ebhur*. İstanbul: Sağlam, 1983.
- Has, Şükrü Selim. "Mülteka'l-Ebhur". *DİA*. 31:549-552. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006.
- Hasanov, Sefer. "Kurd Efendi". *DİA*. EK-2:93-94. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 3. Baskı, 2019.
- İpekten, Haluk. "Azmiade Mustafa Haleti". *DİA*. 4:348-349. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991.
- Kallek, Cengiz. "Hılatı". *DİA*. 17:321-322. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1998.
- Karaca, Mustafa. *ez-Zahidi'nin el-Mücteba Adlı Eserinin Tahkiki*. Necmettin Erbakan Üniversitesi, Doktora Tezi, 2015.
- Karasoy, Yakup. "Karışık Dilli Eserlere Bir Örnek: Satıraltı Tercümeli Fıkıh Kitabı". *Alkış Bitiği: Kemal Eraslan Armağanı*. ed. Bülent Gül. 107-113. Ankara: Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü, 2015.
- Kasımoğlu, Berrin. *Mevkufati Muhammed Efendi'nin Tercüme-i Sadrü's-Şeri'a Adlı Eseri: İnceleme-Metin-Dizin-Tıpkıbasım II:284b/16-310b/08*. Marmara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kaya, Eyyüp Said. "Türkiye Cumhuriyeti'nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 24 (2014), 9-126.
- Kemalpaşazade. "Hâşiye alâ Kitâbi Edebi'l-Kâdî mine'l-Hidâye". *Mecmû'u Resâ'ili'l-Allâme İbn Kemâl Başa*. ed. Hamza el-Bekrî vd. 147-170. İstanbul: Dârü'l-Lübâb, 2018.
- Koca, Ferhat. "el-Muhtasar". *DİA*. 31:64-66. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2006.
- Koçkuzu, Ali Osman. "Bedreddin Aynî". *DİA*. 4:271-272. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1991.
- Korkmaz, Zeynep. "Eski Bir Kuduri Çevirisi". *Türk Dil Kurultayı (XI) (1966, Ankara)*. 225-231. Ankara: Türk Dil Kurumu, 1967.
- Kökay, Ali. *Muhammed Emin Fehim Paşa ve "Aziziye" (Kuduri Şerif Tercümesi) Adlı Eseri'nin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi*. Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kuanışbayev, Ercan. *Kitab fi'l-Fıkh: Giriş-Metin-Dizin-Tıpkıbasım*. Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2006.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebû Muhammed b. Ahmed el-. *Satıraltı Tercümeli Bir Fıkıh Kitabı*. Konya: Selçuk Üniversitesi, 2004.
- Kudûrî, Ebü'l-Hüseyn Ahmed b. Ebû Muhammed b. Ahmed el-. *Satıraltı Tercümeli Fıkıh Kitabı*. Ankara: Türk Dil Kurumu, 2017.

- Kudûrî, Ebû'l-Hüseyn Ahmed b. Ebû Muhammed b. Ahmed el-. *Sualli-Cevaplı Kuduri-i Şerif Tercümesi*. İstanbul: Yeni Matbaa, 1958.
- Ma'tûk, Sâlih Yûsuf. *Bedrüddîn el-Aynî ve Âsâruhu fî İlmi'l-Hadîs*. Beyrut: Dârü'l-Beşâ'ir el-İslâmiyye, 1987.
- Onat, Hasan. "Hattabiyye". *DİA*. 16:492-493. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1997.
- Orazov, Orazsahet. "Vikayetü'r-Rivaye fi Mesaili'l-Hidaye Bağlamında Oluşan Fıkıh Edebiyatı". *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 29/1 (2020), 81-122.
- Öz, Mustafa. "Rafiziler". *DİA*. 34:396-397. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 2007.
- Özer, Salim. *İbn Kemal'in İslam Hukuku Alanındaki Arapça Yazma Risaleleri: Tahkik ve Tahlil*. Erciyes Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 1991.
- Özervarlı, Mehmet Sait. "Ali Efendi Hibri". *DİA*. 17:428. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı, 1998.
- Risale min Edebi'l-Kadı*. Milli Kütüphane: Yazmalar Koleksiyonu (2068/8).
- Sadykbekov, Kurmangazy. "Memlük Kıpçak Türkçesi ile Yazılmış Dini Eserler ve Özellikleri". *International Journal of Languages' Education and Teaching* 3/2 (2015), 119-125.
- Sarıkaya, Muammer. *Kemal Paşa-zade'nin Yabancı Kelimelerin Arapçalaştırılması ve Dil Hataları Konusunda İzlediği Yöntem*. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2004.
- Semerkandî, Ebû'l-Leys İmâmü'l-Hüdâ Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrâhîm es-. *Kitab-ı Mukaddime-i Ebû'l-Leys es-Semerkandi*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1987.
- Süslü, Zahir. "Osmanlı Medreselerinde Okutulan Arapça Fıkıh Kitaplarının Osmanlıca Manzum Tercümeleri". *Bütün Yönleriyle Osmanlıca ve Mirası Sempozyumu (26-27 Nisan 2016, Kırıkkale)*. 141-149. Kırıkkale: Kırıkkale Üniversitesi, 2016.
- Tercüme-i Vikaye*. Manisa İl Halk Kütüphanesi (8488, 655/1).
- Terceme-i Vikayetü'r-Rivaye*. Milli Kütüphane: Yazmalar Koleksiyonu (1162).
- Tombal Çiftçi, Nazan. "17. Yüzyıla Ait Bir Fıkıh Kitabı Olan Tercüme-i Sadru's Şeri'a'nın 130b/06-160b/14'ü Kapsayan Varaklarının İncelenmesi". *International Journal of Filologia* 5 (2021), 229-239.
- Toparlı, Recep. *Kitab fi'l-Fıkh: Şekil Bilgisi Özellikleri, Örnek Metin*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, 1993.
- Toparlı, Recep. *Memluk-Kıpçakçası Dil Yادigarları ve İrsade'l-Müluk ve's-Selatin*. Atatürk Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 1978.
- Turan, Şerafettin. "Kemalpaşazade". *DİA*. 25:238-240. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2022.
- Tuzcu, Recep (ed.). *Bedruddin el-Ayni Sempozyumu (10-12 Mayıs 2013, Gaziantep)*. Gaziantep: Gaziantep Üniversitesi, 2016.
- Uzun, Mustafa İsmet. "Mecmua". *DİA*. 28:265-268. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 2003.

Yazar, Sadık. *Anadolu Sahası Klasik Türk Edebiyatında Tercüme ve Şerh Geleneği*. İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2011.

Yazar, Sadık. "Osmanlı Döneminde Fıkıh Sahasında Yapılmış Türkçe Tercüme". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 23 (2014), 49-166.

Yıldız, Sara Nur. "A Hanafi Law Manual in the Vernacular: Devletöğlü Yusuf Balıkesri's Turkish Verse Adaptation of the Hidayah-Wiqaya Textual Tradition for the Ottoman Sultan Murad II (824/1424)". *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 80/2 (2017), 283-304.

Yılmaz, Fetullah. "Orta Asya Fıkıhını Anadolu'ya Taşıyan Eser: Mehmed Mevkufati'nin Mülteka Tercümesi ve Şerhi". *Orta Asya'dan Anadolu'ya İlimin Yolculuğu*. 228-237. Karabük: Karabük Üniversitesi, 2021.

### Ek: Mecmua İçinde Osmanlı Yargılama ve Ceza Hukukuna Dair Kısmi Bir Çeviri<sup>121</sup>

[110b] *Risāle min Edebi'l-Kādi*<sup>122</sup>

[Giriş] *Bismillāhirrahmānirrahīm* bārī celle vü 'alā hazretine hamd-i bī-nihāyet ve resūl Muḥammed Muṣṭafā *ṣallallāhu te'ālā 'aleyhi ve sellem* üzerine ṣalāt kılınduğdan soñra eydürüz (?) kim şer'-i muṭahhar-ı nebevī mücebince hüküm kılmak mevķūfdur müdde'ā 'aleyhden da'vānuñ sıhḥat ü fesādi [vü] şehādetüñ maķbūlin ü ğayr-ı maķbūlin fark bilmek muhtācdur d[a'v]ā bābınuñ u şehādet bāb[ın]uñ mesā'ilini bilmek ve bu nesnelere bilindikden soñra tertīb-i hüküm-i şer' hākim üzerine vācib olan aḥvāli bilmeğe muhtācdur ve ol aḥvāli bilmek daḥı<sup>123</sup> kaẓā bābınuñ mes'elelerin bilmekle hāşıl olur ve bu üç bābuñ<sup>124</sup> mes'elelerin bildürmek için Allāh cānibinden mu'āvenet taleb idüp eydürüz (?) kim

[Davanın Yürüyüşü] müdde'ī oldur ki da'vāy<sup>125</sup> terk itse anı terk ideler ve müdde'ā 'aleyh oldur ki da'vāyı terk itmekle anı terk itmeyeler ve şāḥib-i *Hidāye* eydür ki şāḥiḥ fark budur ki müdde'ī oldur ki ḥuṣūmet itmek<sup>126</sup> üzerine cebr olunmaya müdde'ā 'aleyh oldur ki ḥuṣūmet üzerine cebr olına kaçan bir kişi bir āḥaruñ üzerine bir nesne da'vā kılsa ol müdde'īdür ṭanuḫ aña gerek ve ol nesne kim andan ötüri nizā' vāķı' oldı ol müdde'ā bihdür ol nesneye dirler ve ol şāḥib[-i yed] müdde'ā 'aleyhdür müdde'ī ṭanuḫ bulmasa and içmek müdde'ā 'aleyhüñdür ammā müdde'ī olmağda vü münkir olmağda i'tibār ma'nāyadur şürete degüldür zīrā kim vaķit olur bir kişi şürete nazar[an] müdde'ī düşer ma'nāda münkir olur anuñ ma'nādan münkir olduğına nazar itmez şöyle kim bir kişi bir kişiye bir nesne emānet ḳodı bir müddetden soñra geldi ol emānet ḳoduğı nesneyi ol kimseden taleb ider ol kişi eydür kim ben anı saña virirürüm (?) dimek ol nesneyi saña virimek benüm üzerüme vācib degül dimek olur eyle olsa bu kişiye and virile kim ol emānet teslīm idivirürür (?) teslīm itdüğüne ṭanuḫ taleb olunmaya da'vā ol vaķit şāḥiḥ olur kim müdde'ī da'vā itdüğü nesneyi zikr ide meşelā et yā ṭon yā derāhim veyā miḳdārın zikr ide şöyle kim bir at yā iki at yā yüz aḳça yā iki yüz aḳça diye ve daḥı ol nesneyi taleb ide ve ol da'vā olınan nesne[yi] kādi ḳatuna hāzır ideler tā kim müdde'ī da'vā itmekde aña işāret idüp işbu nesneyi da'vā iderüm benümdür diye ve ṭanuḫ daḥı ṭanuḫluk virmekde aña işāret idüp işbu nesne müdde'īnüñdür diye ve and içmelü olsa müdde'ā 'aleyh aña işāret idüp işbu nesne müdde'īnüñ degüldür diyü [111a] and içe ve eger

<sup>121</sup> Metin, Anadolu Türkçesinin yerleşik transkripsiyon kurallarına itibar edilerek hazırlanmıştır. Köşeli parantez "[ ]" içinde yazmanın sayfa numaraları, tarafımızca yapılan başlıklandırma ve düzeltmeler yer almaktadır. Metnin yarım bıraktığı kısımlar için "[ ]", emin olunamayan kısımlar için parantez içinde soru işareti "(?)" kullanılmıştır. Metindeki Arapça ifadeler italik harflerle karşılanmıştır. Dipnotta, metindeki bazı kelimelerin düzeltilmemiş versiyonları ve *Vikāye* ile karşılaştırmalar bulunmaktadır.

<sup>122</sup> Başlık metinde kırmızı mürekkeple yazılmıştır.

<sup>123</sup> Metinde: "daḥı"

<sup>124</sup> Metinde: "bābınuñ"

<sup>125</sup> Metinde yükleme hali eki çoğunlukla sadece "y" harfi yazılarak gösterilmiştir.

<sup>126</sup> Metinde: "etmek". Bazı yerlerde "itmek" şeklinde "y" harfiyle yazılmıştır. Metinde tutarlılık olması açısından burada tek şekilde okunmuştur.

hâzır getürmek mümkin olmasa kıymeti zıkr ide ve eger müdde‘ā bih arz olsa hüdūd-ı rābī‘asın zıkr ide ve dört yanında olan yirlerüñ ıssı adın u nesebini zıkr eyleye ve eger üç haddin zıkr eylese hemān bizüm e‘imme katında kifāyet ider kaçan kim müdde‘ī da‘vāsın bu vecih üzere kılsa kâdī müdde‘ā ‘aleyhe ol nesneden şora eger ikrār kılsa yā inkār idüp müdde‘ī tanuğ birle işbāt itse müdde‘ā bih[i] müdde‘īye hüküm ide ve eger müdde‘ī tanuğ turgur[ma]sa ve haşmuñ and içmesin taleb kılsa kâdī müdde‘ā ‘aleyh üzerine ‘arz ide eger and içerse müdde‘īnün da‘vāsından kırtılır ve eger and içmekden nükül itse müdde‘ā bih girü müdde‘īye hüküm olına ve kâdīya eyle gerekdür kim müdde‘ā ‘aleyh üzerine and içmek üç kez ‘arz ide andan şoñra hüküm ide ve müdde‘īye sen and içme dimeyeler sārık kaçan sırkaya inkār itse ve and içmeden dañı nükül itse uğurladığı nesneyi öde[de]ler anddan nükül itdün diyü kaç‘-ı yed itmeyeler ve eger kâtil katline inkār itse ve and içmeden nükül itse habs ideler ol vakte dek kim ikrār veyāhüd yemīn ide el ayak kesen kişi and içmekden nükül kılsa İmām-ı A‘zam katında elin ayagın keseler ve eger müdde‘ī eyitse ki benüm şehirde hazır tanuğum vardur dise haşmınuñ and içmesini taleb itse and virilmeye ammā müdde‘ā ‘aleyh nefsünden pâyendān olına üç güne dek eger pâyendān virmekde yıgılsa müdde‘ī aña lāzım ola her kanda varsa bile vara ve eger müdde‘ā ‘aleyh garīb olsa ol tanuğın tanuğluğu işidile üzerine hüküm olına

[Yemin Şekli] ve yemīn itmek Allāhadur talāk u ‘itāka degüldür eger haşım ilhāh itse aña dañı reva görmişler eger müdde‘ā ‘aleyh bu ikisine and içse da‘vā münkaṭı‘ olur ve eger nükül kılsa bu ikisine and içmekden müdde‘ā ‘aleyh kâdī nesne hüküm itmeye hālāş ider hüküm iderse hükmi dürüst olmaya ve yemīn virmek de Allāhuñ şifātın zıkr itmekdür şöyle ki müdde‘ā ‘aleyh and vireler kim ol Allāh haqqıyıçün ki Raḥmāndur Raḥımdür Ṭālibdür Ğālibdür Müdrıkdür Mühlikdür bu nesne müdde‘ī didügi gibi degüldür ammā zamān u mekān birle yemīni tağlız itmek meşrū‘ degüldür şöyle ki cum‘a günü yemīn viririn demek işidilmeye Yahūdīye yemīn virmekde eyideler ol [111b] Allāh haqqıyıçün ki Tevrātı Mūsā üzerine indürdi Naşrānīye yemīn virmekde eyideler ki ol Allāh haqqıyıçün ki İncīli ‘İsā üzerine indürdi Mecūsīye yemīn virmekde eyideler ki ol Allāh haqqıyıçün ki odı yaradı putperest olana eyideler kim ol Allāh haqqıyıçün kim putları ibtāl<sup>127</sup> kılamak için Muḥammedi gönderdi diyü and virdürelere bunları kilisāya iletüp and virmeyeler bey‘de vü nikāhda and virile kim şimdiki hâlde ikisinün ortasında bey‘-i kâ‘im<sup>128</sup> ü nikāh yokdur ve talākda and virile kim şimdiki hâlde ol hātün benden boş degül şatmaduğına vü nikāh itmedüğüne vü boşamaduğına and virmeyeler ola kim şimdiki vaq[t]den artuğ bir zamānda ol nesneyi şatmış ola ve ol ‘avratı almış ve boşamış ola eger müdde‘ā ‘aleyh eline mīrās vecihle gelmiş olsa and virmekde bu nesne müdde‘īnün olduğın bilmedüğüne and vireler ve eger şatun almış olsa yā buña bağışlanmış olsa dañı müdde‘īnün degül idüğüne yemīn vireler müdde‘ā ‘aleyh eger yemīn için müdde‘īye fidā virse veyāhüd nesne üzerine şulh itseler dürüst olur andan şoñra and virebilmezler

[Yemin Teklifi] eger bāyi‘le müşterī miqdār-ı şemende ihtilāf itseler şöyle ki bāyi‘ eyitse ben saña bir at şatdum iki yüz aqçaya müşterī ise şöyle kim [ ] bāyi‘ eydür ben saña bir ton şatdum on aqçaya müşterī eyidür ben senden iki ton aldum on aqçaya her kağısı kim tanuğ turgura anuñ didüğüne hüküm olına ikisi bile tanuğ turgursa kağısuñ tanuğı ziyāde işbāt itse anuñla hüküm olına eger miqdār-ı şemende vü miqdār-ı bey‘de ikisinde ihtilāf itseler şöyle ki bāyi‘ eydür ben saña bir mud buğday şatdum yigirmi aqçaya müşterī eyidür ben senden iki mud buğday aldum üç aqçaya ikisi bile tanuğ turgursalar şemende bāyi‘ tanuğı bey‘de müşterī tanuğı evlā olur ammā ikisi bile tanuğdan ‘aciz olsalar ve birisi berinün da‘vāsına rāzī olmasa ikisi bile [112a] and içe evvel müşterī and içe kim bāyi‘den bir mut buğday yigirmi aqçaya almadum idi andan şoñra bāyi‘ and içe kim müşterīye iki mut buğday on aqçaya<sup>129</sup> şatmaduğına andan<sup>130</sup> şonra ḥākim [ ] her kağı kim and içmekden nükül itse haşmuñ da‘vāsı aña lāzım olur

<sup>127</sup> Derkenarda: “bātıl”

<sup>128</sup> Metinde: “kāyim”

<sup>129</sup> Metinde: “on aqça on aqçaya”

<sup>130</sup> Metinde: “andan andan”

[Dinlenemeyecek Bazı Davalar] eger bir kişi bir aharuñ elinde bir nesneyi da'vâ eylese ve şahib-i yed eyitse kim bu nesneyi fülân kişi baña emânet virüpdürür yâhüd [']ariyete virüpdürür veyâ icâreye virüpdürür veyâ bende rehn koyupdurur yâ ben fülândan bunu ğaşb ile alupdururum dise ve bu nesneleri tanuñ birle işbât kılsa ol müdde'înüñ da'vâsı sâkıñ olur işidilmez eger bu tanuñlar eyitseler kim bir kişi emânet kodı kim biz anı bilmezüz huşümet münkañı' olmaz zîrâ ihtimâl vardur kim ol emânet koyan kişi buña müdde'î ola eger şahib-i yed eyitse kim ben bunu fülân-ı ğâ'ibden<sup>131</sup> şatun aldum yâhüd müdde'î eyitse benden ğaşb ile alduñ yâ uğurladuñ yâ bu nesne benden uğurlanmışdur dise da'vâ sâkıñ olmaz egerçi şahib-i yed Zeyde emânet kodığına tanuñ dañı turğursa eger müdde'î eyitse Zeyd bunu bana emânet koyupdurur da'vâ sâkıñ olur emânet koduğına tanuñ durğurmadin<sup>132</sup> ve illâ müdde'î tanuñ turğurursa kim Zeyd beni vekil naşb itdi bu nesneyi senden kabz itmege ol vañit müdde'â bih[i] şahib-i yed elinden alabilür

[Yemin Teklifiyle Alakalı Diğer Meseleler] kaçan er ile 'avrat ev kumâşında<sup>133</sup> ihtilâf itseler ere şâlih olan nesnelere kılıç gibi vü dülbend gibi ol zamân erüñ olur ve 'avrata şâlih olan nesnelere döşek gibi çanak gibi ol dañı erüñ ola ikisi bile diri olsa eger biri ölse diri kalanuñ ola ve eger ikisinden biri memlûk olsa cem'an hür olanuñ ola ammâ dirilikde diri kalanuñ ola

[İki Kişinin Davacılığı] ve eger biri olsa kaçan hâricden olan kişi vü şahib-i yed ikisi bile milk-i muñlak da'vâsın eyitseler ve ikisi bile da'vâları üzerine tanuñ tur[ğur]salar hâric tanuğı evlâdur hükm anuñla<sup>134</sup> ola eger [iki] hâric bir nesnenüñ üzerine tanuñ turğursa ikisine bile hükm olma eger iki hâric tanuñ turğursa kim her biri müdde'â bihi şahib-i yedinden şatun aldı ikisinüñ [112b] bile tanuğı işidile ve ol nesnenüñ yarusı yaru şemen ile birine virile ve bākisi şemen ile ol birine hükm olma eger birisi yarusın almağa rāzî olmayup terk itse ol birine küllisini hükm itmeyeler bel kim yarusını vireler yarusı şahib-i yed elinde kala eger ikisi bile târiñ zıkr itseler de kanğısınuñ târiñin muñaddem ola anuñ ola şöyle kim biri eyitse ben bunu bir yıldan berü şatun alup tururın dise ve anuñ üzerine tanuñ turğursa biri iki yıldan berü diyü tanuñ turğursa iki yıldan diyenüñ ola eger biri târiñ zıkr itse biri zıkr itmese târiñ zıkr idenüñ ola eger biri Zeydden şatun aldum dise ve biri Zeyd baña bağışladı ben dañı kabz itdüm dise şer'î da'vâ iden yeg ola eger bir kişi [şatun aldum] ve bir hâtün benüm kâbinüm vardur diyü da'vâ itse ikisini berâber ola eger hâric ü şahib-i yed ikisi bile milk-i muñlak üzerine tanuñ turğursalar andan soñra biri vañit eyitse hâric lâ hañdur eger hâric milk üzerine tanuñ turğursa ve şahib-i yed hâricden şatun aldugına şahid turğursa şahib-i yed lâ hañdur eger hâric<sup>135</sup> ü [ ] şahib-i yed hükm olma eger birisi tanuñ turğursa benüm katumda toğdı ve biri milk-i muñlak üzerine tanuñ turğursa şahib-i yed evlâdur her kanğı gerege olsun eger iki hâric tanuñ turğursa ki işbu at kendü milkinde toğdı ve ikisi dañı târiñ zıkr itseler kanğısınuñ târiñi anuñ yaşına muvâfik olsa aña hükm ola eger ikisinüñ bile târiñ[i] anuñ yaşına muvâfik gelmese iki tanuñ bile bâñil olur ve eger muvâfik olsa ikisine bile hükm olma eger bir tonda veyâ bir kılıçda ihtilâf itseler her biri tanuñ turğursa ki benümdür kendü milkinde toğındı<sup>136</sup> ve kendü milkinde düzildi nañar olma eger ol ton u ol kılıç anlarda ise kim bir kerre toğınur ve bir kerre düzilür<sup>137</sup> şahib-i yed[e] hükm olma ve eger iki kerre toğınur tonlarda olsa ba'z-ı atlâs-ı Mağribî gibi ve iki kez düzilür kılıçlardan olsa ba'zı süyüf-ı Hindiyye gibice veyâ müşkil olsa kanğısına nedür bilinince hârice hükm olma eger hâric da'vâ itse ki işbu atı Zeydden şatun aldum diyü at Zeydüñ milkinde toğdı şahib-i yede hükm olma eger ikisi bile tanuñ turğursalar kim Zeydden şatun aldılar ve târiñi zıkr itmeyeler ikisinüñ bile tanuğı bâñil olur ve at şahib-i yede hükm olunur ve da'vâ tanuñ çoğluğu birle

<sup>131</sup> Metinde: "ğâyibden"

<sup>132</sup> Metin içinde bazı kelimelerin farklı yazımları görülmektedir. Örneğin: "durğur-", "turğur-". Metnin imlasına sadık kalmak için bunlar metindeki halleriyle yazılmıştır.

<sup>133</sup> Metinde Arapça kelimelerin imlasında Türkçe vokaller gösterilmiştir. Örneğin "kumâş" kelimesi "kümâş" şeklinde yazılmıştır.

<sup>134</sup> Metinde: "anuñla ile"

<sup>135</sup> Metinde zaman zaman "hâric" şeklinde yazılmıştır.

<sup>136</sup> Metinde: "toğıtdı"

<sup>137</sup> Metinde: "tuzılır"



[113a] tercih olunmaz şöyle ki bir kişiye iki şahid şehadetitse ve birine on tanuk tanuklukitse ikisi beraberdür<sup>138</sup> eger bir kişinin elinde iki koyun ola biri aq u biri kara ve hāric tanuk turgursa aq koyun benümdür benüm milkümde bir kara koyundan toğdı ve şahib-i yed tanuk turgursa kim kara koyun yokdur aq koyundan toğdı her birine şol koyun hükmlına kim tanuk bunuñ milkinde toğdı diyü tanukluk virdi eger hāric ü şahib-i yed ikisi bile da'vā itseler müdde'ā bih her birine atasından mīrās degmişdür ve ikisi bile tanuk turgursa tārih zıkr itmeyeler hārice hükmlına eger ikisi tārih zıkr itseler muqaddem olana hükmlına eger ikisinin bile tārihleri berāber olsa girü hārice hükmlına ve eger hāric tanuk turgursa kim işbu ev<sup>139</sup> iki yıldan berü kendünün milkidür şahib-i yed tanuk turgursa kim üç yıldan berü ev kendü elindedür hārice hükmlına kaçan bir dīvār iki ev ortasında olsa ve her bir evün şahibi da'vā itse kim bu dīvār kendünündür eger birinün sütünü ol dīvāruñ sütünuna katmış olsa ikisinin bile ortasında ola ve eşahh-ı rivayet oldur ki sütünü az olduğıla çok olduğunun ortasında fark yok şöyle kim birinün bir ü birinün iki olsa hemān girü berāber ola eger müdde'ī hibe da'vāsın itse ve turgurdu[ğı] tanuklar hibe vaqtinde[n] sonra almaduğına tanukluk itseler maqbül ola *fe emmā* hibe vaqtinde[n] evvel şatun alduğına tanukluk itseler maqbül olmaya eger müdde'ī da'vā itdükden sonra müdde'ā 'aleyh eyitse kim senün benüm üzerimde hergiz nesneñ yokdur dise andan [şoñra] müdde'ī tanuk turgursa kim anuñ üzerinde biñ aqçası var müdde'ā 'aleyh tanuk turgursa kim edā itdüğine maqbül ola eger müdde'ā 'aleyh inkār itdüğü üzerine ben seni bilmezim dise aqçayı edā itdüğine turgurduğı şahid işidilmeye kaçan eyitse kim qarındaşum terekesinde da'vām u haqqum yok dise hālbukim mīrās horlaruñ yiridür haq bātil olmaz kaçan ikrār eylese kim fülān üzerine itdüğim da'vā[yı] terk itdüm andan şoñra tekrār da'vā itse işidilmeye eger eyitse kim fülān üzerinde [113b] da'vām yokdur andan şoñra anuñ üzerine da'vā itse işidilmeye Kādīhān eydür ikisinde bile işidilmeye kaçan borcu edā itmege mehil alsa andan şoñra da'vā itse kim ben aldum mālumdan bir vāyed bitürürsün işidilmeye bir kimesne bir yiri yüz aqçaya şatsa ve kādīya hüccetin yazdırsa ve kendü üzerinde tanuk turgursa kim yirün bahāsın bi't-tamām kabz itdüğine andan şoñra da'vā eylese kim müştērī ikrār idüpdürür şemenün yarusı kendü üzerinde kalduğına ve anuñ ikrārına tanuk turgursa da'vāsı vü tanuğı işidilmeye eger bir yirden toprak şatun alsa andan şoñra ol yir benümdür diyü da'vā eylese da'vāsı işidilmeye bir kişinin üzerine nesne da'vā eylese kādī şulh itmege emr eylese ve müdde'ī ben bu şulha rāzī degülem bu da'vādan aşlıla ferāgat idüp da'vāyı terk iderüm dise hemān da'vāsın sākīz itmek olur terk itdüm dise hemān müdde'ā 'aleyh zimmetin müdde'ī yedinden berī itmek olur ve eger eyitse kim fülān üzerindeki da'vāyı terk itdüm ve āhirete kodum dise andan şoñra girü da'vā itse da'vāsı<sup>140</sup> işidilmeye eger eyitse kim benüm anuñla şerī'atlık işüm yok dise müdde'ā 'aleyh anuñ borcından u kalan da'vālarından kurtulur eger müdde'ī tanuk turgursa kim müdde'ā bih dünki gün kendü elinde idi bu tanuk işidilmeye ammā İmām E[bū] Yūsuf katında işidile eger müdde'ī milkümdür diyü da'vā eylese ve tanuklar atasınıñdur diyü tanukluk virseler maqbül olmaya eger müdde'ī milk-i muṭlaq da'vāsın itse ve şahidler şatun aldı<sup>141</sup> veyā bağışladı veyā mīrās degdi diyü tanukluk virseler maqbül ola eger fülān kişiden şat[un ald]um diyü da'vā eylese şahidler dağı milk-i muṭlaq şehadet eyleseler maqbül olmaya eger da'vā itse kim işbu ev [a]tamda[n] baña mīrās kalmışdur ve tanuklar tanukluk virseler kim müdde'ī<sup>142</sup> ol evi şahib-i yedinden şatun almışdur bu şehadet maqbül olmaya

Bu Mesā'il-i Şehādeti Beyān İder<sup>143</sup>

[Tanıklığın Mahiyeti] Tanukluk haberi virmekdür fülānuñ fülān üzerinde haqqı vardır diyü şehadet farzdur tanuklara lāzım gelür örtmek dürüst degül ol vaqit ki müdde'ī taleb ide ve tanuk 'adedi zināda

<sup>138</sup> Metinde: "berāberādur"

<sup>139</sup> Metinde harekeli yazılmıştır.

<sup>140</sup> Metinde: "da'vāsını"

<sup>141</sup> Metinde: "oldı"

<sup>142</sup> Bir önceki satır sonunda ve bir sonraki satır başında iki defa yazılmıştır.

<sup>143</sup> Başlık metinde kırmızı mürekkeple yazılmıştır.

dört<sup>144</sup> erdür ve kışâşda vü kıalan hadlerde iki erdür ve şol yirde kim erenler muṭṭalı‘ olmak cā’iz<sup>145</sup> olmaya oğlan ṭoğduğın [114a] görmek gibi vü hātūnlar ‘aybını görmek gibi yirlerde şahidin ‘adedi bir ‘avratdur bākī kazāyā için iki er [veyā] bir er iki ‘avratdur ve cümlede ‘adil şahidler olmak gerekdür fāsık olsa ṭanuḳluğı işidilmez ve lafz-ı şehādet daḫı şartdur şöyle kim işbu nesneye ṭanuḳluḳ viririn diye yoḫsa<sup>146</sup> eger bu nesneyi bilürin veyā bu nesne böyle olduğından bī-gümānın dise ol şehādet ḳabūl olinmaya ḳādī ṭanuḳ hālinde şormaya ḫaşım ṭa’n itmedin illā ḫudūd u kışâşda İmām Ebū Yūsuf eydür ve İmām Muḫammed ki cemī‘ nesnede ḳādī ṭanuḳ hālinde şora hem gizlü hem āşikāre teftiş ide şimdik[i] hālde fetvā bu ḳavl üzerinedür ṭanuḳı tezkiye ḳılmaḳda bu kişi ‘ādildür maḳbūlü’ş-şehādetdür dimeḳ kifāyet ider ve girü ancılayın ḳādī vü müdde‘ā ‘aleyh ṭanuḳların dilin bilnese tercümān itmekde bir kişi kifāyet olına ve eger iki kişi olsa yigrek ola

[Tanık Beyanı] ve bir kişi bir āḫarun bey‘ itdüğü[n] veyā iḳrār itdüğün işitse yā ḳādī ḫükm itdüğün işitse yā bir günde ḡaşb itdüğün görse cā’izdür<sup>147</sup> ol kişi kim bu nesnede ṭanuḳluḳ vire eger bunların üzerine anı ṭanuḳ dikmedilerse daḫı her kişi kim bir ṭanuḳun ṭanuḳluğın<sup>148</sup> işitse aña cā’iz<sup>149</sup> [de]ḡül kim ol ṭanuḳluḳı kendü vire ve eger kendü ḫaṭṭını görse ammā ḳāziyye ḫāṭırına gelmese ol ḫaṭ ile ṭanuḳluḳ virimeḳ daḫı dürüst degül ve görmedin işitmekle ṭanuḳ virmek dürüst degül illā nesebde vü mevtde vü velāyet-i ḳādīsına vü vaḳfda ḳaçan iki ‘adil işitse kim fülān fülānuñ oğlıdur ve fülān kişi ölmüşdür ve fülān yir fülānuñ vaḳfidur ammā şehādet itmekde işitdüm dise maḳbūl olmaya ve her kişi kim bir<sup>150</sup> güveyün<sup>151</sup> elinde ḳuldan artuḳ nesne görse kim ol anı taşarruf ider aña kim bu nesneyi bunuñ milkidür diyüş şehādet ide ammā ṭanuḳluḳ virmekde elinde gördüm dise şehādet bāṭıl olur

[Makbul Olan ve Olmayan Tanıklıklar] şehādet-i ehl-i<sup>152</sup> hevā Mu‘tezilī gibi Rāfi‘ī gibi maḳbūl olur illā ḫaṭṭābiyye var bir cemā‘at anların şehādeti ḳabūl olinmaya zimmīnün şehādeti zimmī üzerine maḳbūldür egerçi zimmīleri daḫı muḫtelif olursa Naşrānī ile Yahūdī gibi ve zimmīnün şehādeti emānıla gelen [114b] kāfir üzerine ḳabūl olur emānıla gelen[in] ṭanuḳluḳı girü kendü mişli müste‘meni üzerine geçer ammā zimmī üzerine geçmez umūr-ı dінде düşmen<sup>153</sup> olanun şehādeti maḳbūl olur ol bir düşmen<sup>154</sup> üzerine ammā düşmenlik umūr-ı dünyāda olsa maḳbūl olmaz ve ol<sup>155</sup> kişi kebā’irden<sup>156</sup> yıḡlınsa ve şaḡā’ir<sup>157</sup> üzerine dā’im<sup>158</sup> olmasa ‘ādildür şehādeti maḳbūldür sünnet olmaduḳ kişinün ü enenmişün şehādeti maḳbūldür ‘ameldār dutduğı ‘amele fāsıd olmasa ṭanuḳluḳ dürüstdür veled-i zinānuñ şehādeti cā’izdür<sup>159</sup> ḳarındaşun ḳarındaşa ṭanuḳluḳı geçer ve kişinün atası ḳarındaşına şehādeti cā’iz[dür]<sup>160</sup> razā’dan ḳarındaşun ḳarındaşına vü ḳayın atanun güveygüsüne vü güveygünün ḳayın atasına şehādeti dürüst[dür] kişinün üzerine ḳulun şehādeti maḳbūl degül[dür] ve bir kişi bir<sup>161</sup> güveye söḡse ol sebebden aña ḫad ursalar ol ḫad urılan kimesnenün şehādeti ebed maḳbūl olmaz egerçi tevbe daḫı ḳılsa oḡlun ataya atanun oḡluna erün ‘avratına ‘avratun erine mevlānuñ ḳuluna vü mükātebine ve ortaḡun ortaḡına vü ortaḡ olduğun nesnede bir ortaḡına ṭanuḳ olması dürüst olmaz ve muḫḫikün ü saḡucunun u ırlayucunun ṭanuḳluḳı geçmez ve āşikāre ḳalḡu birle süci içenün şehādeti dürüst olmaz

144 Metinde kelimenin yazımı hatalıdır (dāl-râ-dâl-tâ).

145 Metinde: “cāyiz”

146 Metinde: “yoḫsa”

147 Metinde: “cāyizdür”

148 Metinde: “ṭanuḳluḡun”

149 Metinde: “cāyiz”

150 Metinde: “bire”

151 Metinde: “güvetün”

152 Metinde: “ehli”

153 Metinde: “düşmeñ”

154 Metinde: “düşmeñ”

155 Metinde: “on”

156 Metinde: “kebāyirden”

157 Metinde: “şaḡāyir”

158 Metinde: “dāyim”

159 Metinde: “cāyizdür”

160 Metinde: “cāyiz”

161 Metinde: “bire”

Ḳāḍī ‘Abdülcebbār kitābında eydür kim süci içen kaçan zecr olinsa utanur dıglanur kişi olsa ḳāḍīya vardur kim anuñ şehādeti[n] ḳabül eyleye ve ol kişi kim ḥad vācib olıcaḳ işler ider yā ḳuşlar ile oynar yā yolda yiyecek yir bunlaruñ şehādetligi<sup>162</sup> dürüst degül eger bir beg bir nesneyi eyitse zükürları<sup>163</sup> vü nā’ibler[i]<sup>164</sup> vü yazucıları vü ra’iyyetleri anuñ içün ṭanuḳluḳ virseler eṣaḥ budur maḳbül olmaya eger ekinci yir ıssı içün ü pārsālar içün ü saḥına<sup>165</sup> vü re’s içün ṭanuḳluḳ virse maḳbül olmaya bir [ki]şi bir yiri da’vā itse kim fülān mescidüñ vaḳfidur ol<sup>166</sup> mescid maḥallesinüñ ba’z-ı ḥallı ṭanuḳluḳ virseler eṣaḥ budur ki şehādetleri maḳbül olur Ḳāḍī Ḥaydar Şehid Ḥüsām el-E’imme *Ḳāḍī* şerhinde eydür Hind Deñizinüñ içine giren kişinüñ şehādeti maḳbül [115a] olmaz zīrā ol dār-ı ḥarābda sākin olmaḳdan muḥāṭara bu dānik gibi kişi yalan ṭanuḳluḳ virmege ḳoyurmaz borçlu kişinüñ māl ıssına şehādet[i] dürüst degüldür kaçan borçlu müflis olsa dürüst olmaz kaçan müdde’ā ‘aleyh cerḥ-i mücerred üzere ṭanuḳ ṭurgursa işidilmeye cerḥ-i mücerred oldur ki ṭanuḳ fıṣḳa niyyet ider ammā üzerine ḥaḳḳ-ı şer’ī yā ḥaḳḳ-ı ‘abd işbāt idebilmez eger müdde’ā ‘aleyh ṭanuḳ ṭurgursa kim müdde’ī ṭanuḳlarını ücrete dutdı müdde’ā ‘aleyh ṭanuḳları işidilmeye zīrā hemān cerḥ-i mücerreddür eger şāhid dikilse kim ücrete dutdı benden aldugından on aḳça virdi dise işidilmeye zīrā kim ol on aḳça ḥaḳḳında ḥaşımdur<sup>167</sup>

[Tanıkların Çelişen Beyanları] şāhidüñ şehādeti da’vāya lafzen ü ma’nen muṭābıḳ olmaḳ şartdur muvāfıḳ olmasa maḳbül olmaz tā kim iki şāhidüñ şehādeti birbirine muvāfıḳ ola İmām-ı A’zam ḳatında şartdur eger bir ṭanuḳ biñ aḳçaya ṭanuḳluḳ virse ve biri daḥı<sup>168</sup> iki biñ aḳçaya ṭanuḳluḳ virse ol şāhidler red olma eger biri biñ aḳçaya vü biri yüz aḳçaya ṭanuḳluḳ virse biñ aḳça üzerine maḳbül ola eger müdde’ī daḥı<sup>169</sup> ekşer da’vā ḳılsa zīrā kim biñ üzerine ikisinüñ ittifāḳ oldı iki ṭanuḳ Zeyd bir öküz uğurladı diyü ṭanuḳluḳ virseler ve levninde ihtilāf itseler bir[i] kızıl idi vü biri şaru idi<sup>170</sup> dise Ebū Ḥanīfe ḳatında maḳbül ola ve Zeydüñ eli kesile eger biri erkek ü biri dişi idi dise bi’l-ittifāḳ maḳbül olmaya

[Asıl ve Fer’i Tanıklar] ṭanuḳ ağzında ṭanuḳ maḳbül olur ḥudüddan u ḳışāşdan ḡayrı yirde bu şartla kim aşıl ṭanuḳ ḥāzır olmaḳ evlā ola ölmek veyā sefere gitmek yā ḥasta<sup>171</sup> olmaḳ sebebile ammā aşıl ṭanuḡuñ<sup>172</sup> her birinden iki kişi şehādet itmek gerek eger ṭanuḳ dört olsa ikisi birinden ṭanuḳluḳ vireler ve eger iki olsa ikisi bile ol birinden ṭanuḳluḳ vireler andan [şoñra] yine ikisi bile birinden ṭanuḳluḳ vireler aşıl ṭanuḳ ḡayrı ṭanuḳ dikmekde eyide kim ṭanuḳluḳ vir benüm ṭanuḳluḡum üzerine ben şimdi ṭanuḳluḳ virirüm ki fülān nesne şöyledür eger ṭanuḳlara tezkiye olsa dürüst olur tā kim iki ṭanuḳ birbirini tezkiye itse<sup>173</sup> [115b] cā’iz<sup>174</sup> olur eger aşıl ṭanuḳlar ṭanuḳluḡa inkār itseler fer’üñ daḥı şehādeti bātil olur

[Tanıklıktan Dönme] şehādetden rücū’ yoḳdur illā ḳāḍī ḳatında rücū’ olur eger ḥükm olduḡdan şoñra rücū’ itseler ḥüküm girü bozulmaz eger ḥükm olmadın rücū’ ḳılsalar şehādetleri sāḳıṭ olur ve nesne ödemezler ammā ḥükm-i ḳāḍī lāḥıḳ olduḡdan şoñra rücū’ itseler şehādetleriyle ne telef itseler öderler ve eger biri rücū’ itse hemān yarusın öderler eger bir er iki ‘avrat ṭanuḳluḳ virseler andan [şoñra] ‘avratlaruñ biri rücū’ itse telef olan mālüñ dört bölükde birin öder eger iki ‘avrat bile rücū’ itseler mālüñ yarusın öderler i’tibār bāḳī ṭanuḳlaradur rücū’ idene degüldür şöyle kim üç kişi ṭanuḳluḳ virseler andan [şoñra] biri rücū’ itse hiç nesne ödemezler eger biri daḥı rücū’ itse ikisi bile yarusın öderler eger bir er on ‘avrat ṭanuḳluḳ virseler andan [şoñra] sekiz ‘avrat rücū’ itseler nesne ödemezler eger biri daḥı rücū’

<sup>162</sup> Metinde: “şehādatlıḡı”

<sup>163</sup> Metinde: “zükürları”

<sup>164</sup> Metinde: “nāyibler”

<sup>165</sup> Metinde: “saḥına”

<sup>166</sup> Metinde: “ol ol”

<sup>167</sup> Metinde: “ḥaşımdur”

<sup>168</sup> Metinde: “daḥı”

<sup>169</sup> Metinde: “daḥı”

<sup>170</sup> Metinde: “idi idi”

<sup>171</sup> Metinde: “ḥasta”

<sup>172</sup> Metinde: “ṭanuḡuñ”

<sup>173</sup> Metinde: “itse [115b] itse”

<sup>174</sup> Metinde: “cāyiz”

itse tokuzı mālūñ dörtde birin öde[r]ler eger onı dađı rücū<sup>c</sup> itseler mālūñ yarusın öde[r]ler eger ‘avratlar küllisi rücū<sup>c</sup> itseler İmām Ebū Hānife katında mālūñ altıda birin er öder İmām Ebū Yūsuf u İmām Muhammed katında yarusın öder ve iki taqrır<sup>175</sup> üzerine kalanuñ [küllisin] ‘avratlar<sup>176</sup> öderler eger iki er bir ‘avrat tanuqluđ virseler andan [soñra] küllisi rücū<sup>c</sup> kılalalar mālūñ küllisi[n] ol iki er<sup>177</sup> öderler eger iki kiři tanuqluđ virseler kim Zeyd āzād itdi ve kādī ol kuluñ āzādlığına hüküm kılsa andan [soñra] ol tanuqlar rücū<sup>c</sup> kılsalar kuluñ kıymetin öderler ve eger tanuqluđ virseler fülān kiři Zeydi öldürdi andan soñra ol kiři Zeyd yirine öldürseler ve soñra bu tanuqlar tanuqluđdan rücū<sup>c</sup> itseler ol kiřinüñ diyetin öderler eger fer<sup>c</sup> şahid[ler] rücū<sup>c</sup> itseler telef olman mālī öderler eger ađl u fer<sup>c</sup> ikisi bile rücū<sup>c</sup> itseler [116a] fer<sup>c</sup> tanuqlar öderler

Bāb-ı Mesā’il-i Kazā Beyānındadır<sup>178</sup>

[Hâkimin Uyması Gereken Bazı Kurallar] kādī gerekdür ki iki haşımı berāber kıla oturmağda vü turmağda ve birine gizlü söylemeye ve birin konuqlamaya ve gülmeye ve birinden yaña işaret itmeye ve aña ha telkīn-i hüccet itmeye ve şahid[e] telkīn idüp şöyle şehādet ider misin demek mekrühdür ve kaçan katında şābit olsa tanuğ ile veyāhūd<sup>179</sup> ikrār ile şahib-i hađđa hađđın virmege ide

[Hapsetme] eger virmekde yığlınsa ve hağ ıssı habs taleb itse kendü maşlahat gördüğü müddet habs olına

[Bir Hâkimden Diđerine Yazı Gönderilmesi] eger tanuqlar haşım-ı hāzır üzerine tanuqluğ virseler hüküm kıla ve tanuqluğ mücebince şābit onı yaza ve eger haşım-ı gā’ib<sup>180</sup> üzerine tanuqluğ virseler hüküm kılmaya ammā şehādetlerin yaza haşım olduğı yirüñ kādīsına göndere tā kim ol kādī bu tanuqluğ birađanuñ üzerine hüküm kıla gā’ib<sup>181</sup> üzerine hüküm kılmak dürüst olmaz illā meger kim gā’ibüñ<sup>182</sup> kām-i<sup>183</sup> mađāmı hāzır ola vekil gibi yā kādī tarafından dikilmiş vaři gibi veyāhūd gā’ib<sup>184</sup> üzerine da’vā olunan nesne hāzır üzerine olnana sebep ola şöyle kim müdde’i bir evi bir kiřinüñ elinden da’vā itdi bu dāri fülān-ı gā’ibden<sup>185</sup> şatun tururın didi şahib-i yed inkār itdi kim bu ev benüm evimdür andan [soñra] müdde’i da’vası üzerine tanuğ turğursa tanuđuñ<sup>186</sup> tanuğluğı mağbül olur ammā gā’ib<sup>187</sup> üzerine olan da’vā hāzır üzerine olana şart olsa eřađ budur ki gā’ib<sup>188</sup> tarafından haşım kılmaz şöyle kim bir kiři kulumna eydür fülān kimesne kulumı āzād iderse sen dağı āzād ol dise andan [soñra] kul tanuğ ikāmet<sup>189</sup> itse kim ol kiři kulum āzād itdi hāl budur kim ol kiři gā’ibdür<sup>190</sup> kādī bu tanuqları diñliyüp<sup>191</sup> nesne hüküm kılmaya

[Hakemlik] eger haşım[lar] bir kādīlīga lāyık kimesneyi kādī itseler cā’izdür<sup>192</sup> ol kiřiye hakem dirler ve anuñ hükmi bunda lāzım olur gerekse tanuđ ile hüküm itsün yā nükül ile yā ikrār ile ammā hüküm itmedin birbirine vardur kim girü rücū<sup>c</sup> ide ve kādīnuñ u hakemüñ atası vü anası vü evlādı vü hātünü<sup>193</sup> için [116b] hükümleri dürüst degül hakemüñ hudūdda vü kıřāşda hükmi dürüst olmaz

175 Metinde: “tağdır”

176 Metinde: “‘avratları”

177 Metinde: “dür”

178 Başlık metinde kırmızı mürekkeple yazılmıştır.

179 Metinde: “veyāhūd”

180 Metinde: “gāyib”

181 Matinde: “gāyib”

182 Metinde: “gāyibüñ”

183 Metinde: “kām-i”

184 Matinde: “gāyib”

185 Metinde: “gāyibden”

186 Metinde: “tanuđuñ”

187 Matinde: “gāyib”

188 Metinde: “gāyib”

189 Metinde: “imāmet”

190 Metinde: “ol gāyibdür”

191 Metinde: “dinliyüp”

192 Metinde: “cāyizdür”

193 Metinde: “hātünü”

[Zina Haddi] kaçan kâdî katında dört kişi tanıklık virse fülân zinâ itdi diyü bu tanıklara zinâdan şoralar kim zinâ nedür ve nicedür ve kanda zinâ<sup>194</sup> itdi ve kimünle zinâ<sup>195</sup> itdi eger cümlesin beyân itseler kim gördük anuñ fercinden vaṭ' itdi mîl sürmeden girür gibi tanıklar hâlerinden sır ile şora andan [şoñra] âşikâre şora 'adâletleri şâbit olsa ol zinâ idene had hüküm kıla ve eger kâdî katında bir kişi zinâyâ ikrâr kılsa aña zinâdan şora tanıklara şorduğı gibi eger beyân itse kâdî red ide yine bir meclisde dağı<sup>196</sup> şora andan [şoñra] beyân itse yine red idüp bir meclisde dağı şora eger dört meclisde ikrâr idüp beyân itse gerekdür ki rücû' telkîn olına ve diyeler kim yapışduñ ola yâ depdün ola yâ helâl şanup şübhe ile vaṭ' itdün ola eger had urmadın yâhüd ururken rücû' itse koyuvireler eger rücû' itmese had uralar

[Zina Haddinin Uygulanması] eger zinâ iden kişi muşşan olsa ya'nî bir hürre-i müslim-i 'âkil ü bâliğ kişi olsa ve nikâh-ı şahîh birle bir hürre-i müslimeye 'âkile vü bâliğaya vaṭ' itmiş olsa anuñ haddi yazıda taşıla<sup>197</sup> depilmekdür evvel tanıklar atalar eger ol tanıklar atmasalar yâ ol tanıklar gâ'ib<sup>198</sup> olsalar veyâhüd<sup>199</sup> ölseler had sâkıṭ olur andan [şoñra] imâm ata ve kâdî yâ emîn ata andan [şoñra] kalan halâ'ik<sup>200</sup> atalar öldükden şoñra yuyalar ve kefinliyeler ve üzerine namâz kıllalar ve eger muşşan olmasa lâkin mükellef olsa anuñ haddi yüz ağaç urmağdur bir ağaç ile kim anuñ yumrusı vü budağı olmaya uzunluğu zirâ' miqdârı ola üzerinden artuğ tonların çıkaralar ve urmağlığı cümle a'zâsına tefrîk ideler illâ başına vü yüzüne vü fercine urmayalar veyâ çöküp yâ örüyü çururken uralar eger zinâ iden kul olsa elli ağaç uralar ve mevlâsı ammâ izinsiz had urmaya ve eger hâtün olsa recm itmege kıuyı kazalar ve ağaç urmalu olsa otururken uralar ve dağı tonun çıkarmayalar kürkün ü pamuklı fiştanın çıkaralar eger hasta kişi zinâ itse recm itmelü olsalar [117a] recm ideler ve eger had urmalı olsalar sağ olınca uralar<sup>201</sup> eger yükli 'avrat zinâ itse vaṭ'-ı haml idüğü sâ'at recm ideler nifâs geçmedin had urmayalar

[Zina Haddi Uygulanmayan Bazı Haller] kaçan bir kişi helâl şanup atası yâ anası qaravaşına<sup>202</sup> yâ 'avrat mevlâsı qaravaşına<sup>203</sup> zinâ itse had urılmaya eger kendü üç talâk boşaduğı 'avrata 'iddet içinde vaṭ' itse had urılmaya kaçan qarındaşı cāriyesine yâ 'ammusı cāriyesine vaṭ' itse had urıla eger oğlı cāriyesine vaṭ' itse had urılmaya egerçi [harâm] olduğına dağı ikrâr iderse de kaçan bir cāriye şatılsa müşterîye teslim itmedin vaṭ' itse veyâ 'avratlık<sup>204</sup> bir qaravaşa<sup>205</sup> vaṭ' itse had urılmaya bir kişi bir ecnebî hâtün kendü döşeginde bulsa ve aña vaṭ' itse had urıla egerçi ol kişi a'mâ dağı olursa kaçan bir evlenmiş kişiye bir ecnebiyye hâtün getürseler 'avratuñ budur diseler ol dağı vaṭ' itse had urılmaya kaçan bir kişi hayvânâta vaṭ' itse veyâhüd oğlana vaṭ' itse İmâm Ebü Hanîfe katında had urılmaya<sup>206</sup> belki ta'zir olına İmâm Ebü Yûsuf u İmâm Muhammed ile İmâm Şâfi'i katlarında had urıla kaçan bir bâliğ olmadın oğlancık bir bâliğa 'avrata vaṭ' itse hiç birine had urılmaya eger bâliğ oğlan gayr-ı bâliğaya zinâ itse ol bâliğ olana had urıla eger bir şağır[e]ye [vaṭ'] idüp öldürse nazâr olına eger ol cāriye ise ol kişiye hem had urıla ve hem gâ'ib<sup>207</sup> şehâdet cāriyenüñ bahâsın ödedeler ve eger hürre olsa girü ancılayın hem had uralar ve hem diyet alalar halîfe[ye] had urılmaya ammâ kışâş olına ve mâli alına

[Zinaya Tanıklık Etmek ve Tanıklıktan Dönmek] eger şahidler şehâdet itseler kim Zeyd bir gâ'ibe<sup>208</sup> 'avrat ile zinâ itdi Zeyde had urıla eger şehâdet kılsalar kim Zeyd bir gâ'ib<sup>209</sup> kişiden nesne uğurladı

<sup>194</sup> Metinde: "zinâ"

<sup>195</sup> Metinde: "zinâ"

<sup>196</sup> Metinde: "dağı"

<sup>197</sup> Metinde: "taşıla ve"

<sup>198</sup> Metinde: "gâ'ib"

<sup>199</sup> Metinde: "veyâhüd"

<sup>200</sup> Metinde: "halâ'ik"

<sup>201</sup> Metinde: "urmayalar"

<sup>202</sup> Metinde: "qarındaşına"

<sup>203</sup> Metinde: "qarındaşına"

<sup>204</sup> Metinde: "'avratlık"

<sup>205</sup> Metinde: "qaradaşa"

<sup>206</sup> Metinde: "olunmaya"

<sup>207</sup> Metinde: "gâ'ib"

<sup>208</sup> Metinde: "gâ'ibe"

<sup>209</sup> Metinde: "gâ'ib"

Zeydün eli kesilmeye ve eger dört tanuğ zinā olan evün iki bucağında ihtilāf itseler şöyle kim<sup>210</sup> ikisi sağ bucağında [117b] zinā ittiydi dise ve ikisi şol bucağında ittiydi diseler had urılmaya eger bir kişi zinā<sup>211</sup> itdüğüne ikrār itse ammā zinā<sup>212</sup> eylediği ‘avratı hātırına getürmese had urıla eger şahidler zināya<sup>213</sup> şehādāt itseler ammā zinā<sup>214</sup> itdüğü ‘avratı bilmeseler yāhūd<sup>215</sup> ol ‘avrat zinā üzerine muṭī‘ olduğına olmaduğuna ihtilāf itseler yā zinā<sup>216</sup> olan şehirde ihtilāf itseler şöyle kim ikisi Kūfede dise ve ikisi Başrada dise tanuğluk virseler kim fülān birle zinā<sup>217</sup> itdi hāl budur kim ol fülāna beñzer ola yāhūd<sup>218</sup> tanuğlar fāsıq olalar yāhūd<sup>219</sup> tanuğ ağzından tanuğ olsalar had urılmaya eger zināya<sup>220</sup> tanuğluk virseler had urılmaya ve ol kişiye ol sebebden had ursalar andan [şoñra] tanuğlaruñ biri kul çıkısa yāhūd<sup>221</sup> had urulmuş olsa cümle tanuğlara had uralar ve eger ol kişi had sebebiyle<sup>222</sup> mecrūh olsa cerāhati heder ola ve eger recm olunmuş olsa diyet [beyt]ü'l-mālden ola eger zinādan<sup>223</sup> recm olduğdan şoñra dört tanuğlaruñ biri rücu‘ itse had urıla ve diyetüñ rub‘un<sup>224</sup> ödeye eger recm olunmadın rücu‘ itse tanuğlaruñ cümlesine had urıla eger beş tanuğdan biri recm olduğdan şoñra rücu‘ eylese aña hīç nesne olmaya eger biri dağı rücu‘ itse ikisine ödetdüreler eger bir kişi recm itmege emr olunmuş kişi yā zināya tanuğluk viren tanuğları tezkiye itse andan şoñra tanuğlar kullar veyāhūd<sup>225</sup> kāfir çıkısa ol kişiye diyet ödetdüreler eger tezkiye olmadın recm olınsa andan şoñra kullar veyā kāfirler olsalar diyet beytü'l-māl üzerine ola

[Şarap İçmek] hür kişi süci içse eger bir kaçre dağı olsa seksen ağaç uralar eger kul olsa kırk ağaç uralar eger bir kişi süci kaħvesiyle tutılsa egerçi yol ıraklığınan kaħvesi zā‘il<sup>226</sup> olsa veyāhūd<sup>227</sup> sarhoş tutılsa veyāhūd içdüğüne bir kez ikrār itse yā iki kişi içdüğüne şehādēt itseler ve kendü irādetiyle içdüğü bilinse şāhiyyen<sup>228</sup> had [118a] urıla ki seksen ağaçdur ve süci içenüñ hadde tonların çıkaralar ve cemī‘ bedenine haddi tefrīk ideler zināda<sup>229</sup> olduğ gibi

[Zina İftirası] kaçan bir hür kişi bir hürri-i mükellef-i müslim-i ‘akıl kişiye şarīhan zinā ile şetm itse şöyle kim zinā itdün yā zinā idicisün yā sen atañuñ oğlı degülsün dise gażabla yāhūd<sup>230</sup> zāniye ‘avratuñ oğlın dise atası ölmüş kişiye ve söğülen kişi da‘vā itse aña dağı<sup>231</sup> seksen ağaç had urıla eger bir kişiye bir kişi zinā idici dise ol dağı zinā idici sensin dise ikisine bile had urıla yā had urılmaya eger bir kişi bir kişiye bir kaç defa sögse yā bir kaç kez süci içse yā bir kaç kez zinā itse cümlesinde bir had urıla eger zinā<sup>232</sup> itse ve bir güveye sög[se] ve hem süci içse her birine birer had urıla kaçan bir kişi bir kul veyā karavaş

<sup>210</sup> Metinde: “şöyle kim şöyle kim”

<sup>211</sup> Metinde: “zinā”

<sup>212</sup> Metinde: “zinā”

<sup>213</sup> Metinde: “zināya”

<sup>214</sup> Metinde: “zinā”

<sup>215</sup> Metinde: “yāhūd”

<sup>216</sup> Metinde: “zinā”

<sup>217</sup> Metinde: “zinā”

<sup>218</sup> Metinde: “yāhūd”

<sup>219</sup> Metinde: “yāhūd”

<sup>220</sup> Metinde: “zināya”

<sup>221</sup> Metinde: “yāhūd”

<sup>222</sup> Metinde: “sebebiyle ile”

<sup>223</sup> Metinde: “zinādan”

<sup>224</sup> Metinde: “rub‘un”

<sup>225</sup> Metinde: “veyāhūd”

<sup>226</sup> Metinde: “zāyil”

<sup>227</sup> Metinde: “veyāhūd”

<sup>228</sup> “Ayık” anlamındaki bu kelimenin mürekkebi bulanıktır fakat lafız bu olmalıdır zira *Vikāye*’de “صاحيا” kelimesi kullanılmıştır, bkz. Burhānüşşerī’a, *Vikāyetü’r-Rivāye fī Mesā’ili’l-Hidāye*, 82.

<sup>229</sup> Metinde: “zināda”

<sup>230</sup> Metinde: “yāhūd”

<sup>231</sup> Metinde: “dağı”

<sup>232</sup> Metinde: “zinā”

yâ bir kâfir[e] zinâ'la sögse şöyle kim zinâ<sup>233</sup> itdün yâ zinâ<sup>234</sup> idicisin dise ve anlar da<sup>235</sup> zinâdan 'afif olsalar o kişiye ta'zîr urıla

[Tazir] ve ta'zîrûn ekşeri otuz tokuz degnekdür ve eķalli üç degnekdür ve ta'zîr ğarbuñ ğāyeti ğatı uralar ve andan artuķ zinâ<sup>236</sup> ğaddin uralar ve zinâ ğaddinden aŗağı sūci ğaddin uralar ve bundan aŗağı Őetm ğaddin uralar bir kiŗi bir mūslimāna yâ fāsiķ yâ kāfir yâ sārīķ yâ fācir yâ ğā'in<sup>237</sup> yâ lūṭī yâ muğhannet yâ zındīķ yâ deyyūŗ yâ ğarṭaban yâ Őārībū'l-ğamr yâ ākilū'r-ribā yâ veledū'z-zinā yâ me've'l-lūŗūŗ yâ ğarām-zāde yâ oğlanlar ile oynayıcı dise bu zīkr olınan cūmlesinde ta'zīrdür eger bir kiŗi yâ ğimār yâ kelb yâ ğınzīr yâ la'īn yâ nākes yâ muḏğīķ [dise] ta'zīr olınmaya yâ ğad yâ ta'zīr urılsa bir kimesneye dağı ol seb[eb]den ölse demi heder olur eger er 'avratına ta'zīr urup öldürse ğanı heder olmaz

[Sirkat] ğaçan bir ğırr-i mūkellef yâ 'abd-i mūkellef bir kiŗinūn milkini ğizledūğı yirden Őandūķ ğibi yâ dārī ğibi on 'aded ğarblu geğer aķğa miķdārı uğurlasa ğıķūm budur ki anuñ Őağ elini bilekden keseler ve ğan aķmak birle ölmēsün diyü [118b] ğatrānlıyalar<sup>238</sup> andan Őoñra bir dağı uğurluķ iderse Őol ayağın keseler eger üçünci kez uğurluķ iderse zindānda yaturalar tā tevbe idince eger uğurladūğı on dirhemden eksük olsa yâ ğuŗūmet olınmadın ğirü Őāğibine virse yâ uğurladūğdan Őoñra ol nesneyi aña bağıŗlasa yâ Őatsa yâ uğurladūğı nesnenūn ğıymeti el kesilmezden muķaddem on aķğadan eksilse yâ uğurladūğdan Őoñra benümdür diyü da'vā itse el kesilmeye eger uğurınuñ<sup>239</sup> Őol eli veyā Őağ ayağı kesik olsa yāğūd baŗ parmakları yâ andan ayru ikiŗer parmakları kesik olsa yâ Őol eli yâ Őağ ayağı ğurımıŗ olsa uğurluķ itmegile elin ayağın kesmeyeler eger bir kiŗi yolda yâ mescide otursa ve mālını kendü ğatında ğosa ve kendü ğatında otururken uğurlasalar ol uğurlıyan kiŗinūn elin keseler uğurluķ bir kez iķrār itmekle Őābit olur ve iki Őanuķ birle Őābit olur ammā ğādī Őora kim uğurluķ nedür ve ğaçan uğurladı ve ne yirde uğurladı ve ne miķdār uğurladı ve kimden uğurladı eger cūmlesin beyān itseler ğaṭ'-ı yed ğıķm ide eger bir ğaç uğurlar Őerīķ olsalar ve dağı uğurladūğları nesneden her birine onar aķğalıķ nesne degse cūmlesinūn eli kesile egerği almakda<sup>240</sup> ba'zısı aldıysa dağı yine birdür yabānda mūbāğ bulunur nesneyi uğurluķ birle el kesilmeye ot ğibi āğaç u ğamıŗ ğibi vü balıķ u av u zernīğ ğibi ve dağı tīzcik fāsīd olur nesne uğurladūğı birle el kesilmeye sūd et ğibi vü yaŗ yemiŗ ğibi eger dirilmiş ü eger āğaçda berāberdür ü ğavun ğibi eger biğilmedük tağıl uğur[la]sa ğaṭ'-ı yed olınmaya eger sarğoŗ idici Őarāblar uğur[la]sa yâ ğalğu ālātın uğur[la]sa yâ altun uğur[la]sa yâ ğümüŗden dizilmiş put uğurlasa yâ nerd yâ Őatranc uğur[la]sa ğaṭ' olınmaya eger mescidden mescid ğapusın uğur[la]sa yâ muŗğaf uğur[la]sa yâ ğırr oğlancıķ uğurlasa egerği Őöylemez deñlü dağı olursa ğaṭ' olınmaya eger küğük ğul uğurlasa yâ ğesāb defterin uğurlasa ğaṭ' olına eger kelb veyā pars uğurlasa ğaṭ' olınmaya eger bir kiŗi ğāret itse yâ ğöz [119a] ağup kefen uğurlasa yâ kendü ile bir ğayrı kiŗi arasında ortaklıķ mālдан uğurlasa [yā] mü'emmeden kendü ğağıķı ğadar uğurlasa ğaṭ' olınmaya eger bir nesneyi uğurlasa anuñ iğün elin keseler ol nesneyi elinden alsalar andan Őoñra anı yine uğurlasa naŗar olına eger ol nesne evvelki ğālinden bir dürlü dağı olmuş ise Őöyle kim evvel iplik idi Őoñra Őoķunmıŗ olsa ol uğurınuñ yine ayağın dağı keseler ve eger bir dürlü dağı olmamıŗ ise ğaṭ' olınmaya eger kendünūn yağın ğavminden sirğa itse ğaṭ' olınmaya er 'avratdan u 'avrat erinden ü ğul efendisinden ü efendi ğulundan uğurlasa ğaṭ' olınmaya eger ğonuk ğonukluğa alan kiŗiden bir nesne uğurlasa yâ ğamāmdan uğur[la]sa yâ ğirmege izin virilmiş<sup>241</sup> evden sirğa itse yāğūd<sup>242</sup> bir nesne uğurlasa evden ğıķarsa<sup>243</sup> yâ bir evden kendü alup

<sup>233</sup> Metinde: "zinā"

<sup>234</sup> Metinde: "zinā"

<sup>235</sup> Metinde: "anlardan"

<sup>236</sup> Metinde: "zinā"

<sup>237</sup> Metinde: "ğāyin"

<sup>238</sup> Metinde: "ğatrānlıalar"

<sup>239</sup> Kelime sözlüklerde "uğru" Őeklinindedir. Fakat burada yazma metindeki kullanım korunmuŗtur.

<sup>240</sup> Metinde: "olmakda"

<sup>241</sup> Metinde: "virilmemiŗ"

<sup>242</sup> Metinde: "yāğūd"

<sup>243</sup> Metinde "ğıķarmasa" olmalıydı ğünkü *Vikāye*'deki "لم يخرجه" ifadesinin karŗılığında kullanılmıŗtır, bkz. Burğhānūŗŗerī'a, *Vikāyetü'r-Rivāye fi Mesā'ili'l-Hidāye*, 84.

taşradığı kimesneye virse yâ bir evi delüp ü elini şokup nesne alsa yâ yeñden taşra tıran kiseden yarup nesne alsa kaç olınmaya ammâ bir kişinüñ yükün yarup nesne alsa yâ elini bir kimesnenüñ şandugına yâ yeñine yâ yakasına şokup nesne çıkarsa yâ bir gizlü nesneyi yirinden alup yola bıraksa ve andan şoñra alsa kaç olına bir nesne bir kişinüñ elinde emânet vecihle yâ ‘ariyet vecihle olsa ve andan [şoñra] uğurlansa ol kişi huşümet birle uğurlıyan kişinüñ eli kesile ve ol nesnenüñ ıssı huşümet itmek şart degül ve yine ancılayın gâzab ile almış olsa yâhüd<sup>244</sup> ücrete tutmuş olsa yâ ol nesne elinde rehin olsa anuñ huşümet itdügiyle uğrunuñ elin keseler eger eli kesilmiş uğrudan uğurladığı şey’i bir kişi dañı uğurlasa anuñ eli kesilmeye eger kul uğurladugına ikrâr itse elin keseler uğrunuñ eli kesildükden şoñra uğurladığı nesne elinde tırursa alup şâhibine vireler ve eger telef olmuş olsa ödetdurmeyeler kaçan kim kaçdı uğrunuñ sağ elin kesmege emr itse ol hañâ ile veyâhüd kaçdıla şol elin kesse nesne olmaya eger bir kişi bir koyunu uğurladığı [119b] tamda boğazlıyup çıkarsa elin kesmeyeler eger bir kişi on aqça deger altun uğurlasa dañı dınâr kesdürse yâ gümüş uğurlıyup aqça kesdürse elin keseler ve ol kesilen altun ile gümüş şâhibine red ideler eger bez uğurlıyup kızıla boyasa eli kesildükden şoñra ol bezi şâhibine virmeyeler belki uğrunuñ ola ve eger siyâha boyasa yine şâhibine red ideler

[Yol Kesmek] ve eger bir kişi yol kesmedin ü âdem öldürmedin ü mâl almadın tıtulsa zindânda habs ideler tevbe idince eger on aqça alsa yâ on aqçalık nesne alsa sağ elin ü şol ayağın keseler eger bir kaç kişi olsa ve aldukları nesne kıymet idicek her birine onar aqçalık nesne irişse küllisinüñ elin ayağın keseler eger âdem öldürüp ammâ nesne almadıysa haddile öldüreler eger ölen kişinüñ kavm ü kabilesi ‘afv itseler iltifât olınmaya elbette yine öldüreler eger âdem<sup>245</sup> öldürse ve mâl alsa evvel elin keseler andan şoñra öldüreler andan [şoñra] aşakoyalar veyâhüd diri iken aşalar andan [şoñra] süñü ile dürteler ölinceye dek üç gün aşılı tıra eger birisi katlı itse ve gayrıla hem-râh olsa cümlesinüñ elin ayağın keseler eger cerâhat idüp mâl alsa eli ayağı kesile ve itdügi cerâhat dañı red olına ve şol nesneyi kim aldı ve telef itdi ödetdurmeyeler dañı kuttâ‘u‘t-tarık olanuñ cümlesini öldüreler eger yolcularuñ ba‘zısı ba‘zınüñ yolun kesse yâhüd aşşamdan yâ gündüzde şehir içinde yol kesse yâ iki şehir ortasında yol kesse el ayak kesilmeye belki ölen kişinüñ velisi dilerse kışâş ide dilerse ‘afv ide veyâ diyet ala eger bir kişi boğmak ile öldürse diyetin vire ve eger ‘âdetiyse nicesini boğup öldürmek<sup>246</sup> anı dañı boğmak ile öldüreler

#### Âdem Öldürmek<sup>247</sup>

[Öldürme ve Yaralama Suçlarının Kovuşturulması ve Ceza İnfazı] Beş vecih üzerinedür biri katlı ‘amddür biri şibh-i ‘amddür biri hañâdur ve biri cârî-i mecrâ-ı hañâdur ve biri katlı-i sebebdür ammâ katlı-i ‘amd oldur kim bir kişi kaçdıla tefrîk-i eczâ ider nesne ile darb [120a] ide silâh gibi vü keskin taş gibi vü yürgen ağacı gibi vü kemiş gibi vü od<sup>248</sup> gibi bu cümle öldürmekde kışâş lâzım olur girü katlı maqtülün yirine öldürile ve âhîret haqqında günehkâr olur keffâret virmekle günâh zâ‘il<sup>249</sup> olmaz ammâ şibh-i ‘amd oldur kim bir kişi bir nesne ile ura kim gâlibâ anuñ gibi nesne âdem öldürmezdi çomak gibi tabak gibi ve bunlaruñ gibi nesne ile urmağda<sup>250</sup> günehkâr olur keffâret lâzım olur öldüren kişinüñ ‘âkılesi üzerine diyet-i muğallaza lâzım olur ‘âkıle vü diyet-i muğallazayı beyân ider [ ] ammâ kışâş lâzım olmaz eger büyük taşıla ursa yâ büyük ağacıla ursa ve insân götürmeyecek nesne ile ursa İmâm Ebü Hanîfe katında bu dañı şibh-i ‘amddür kışâş lâzım olmaz ammâ diyet ü keffâret vâcib olur İmâm Ebü Yûsuf u İmâm Muhammed katlarında katlı-i ‘amddür ammâ hañâ oldur ki hayvân şanup atar nâ-gâh hayvân şandugı âdem çıkar yâ bir kimesneyi harbî şanup atar nâ-gâh müslim çıkar yâ zimmî-i gayr-ı harbî çıkar ikinci budur ki bir nişâna atar nâ-gâh oğ nişândan geçüp âdeme irişür ve ammâ mecrâ-yı hañâ oldur ki nevmde nâ-gâh bir âdem üzerine düşüp öldürür bu üç vecihle öldürmekde kim zıkr olındı

<sup>244</sup> Metinde: “yâhüd”

<sup>245</sup> Metinde: “âdem âdem”

<sup>246</sup> Metinde: “oldurmak”

<sup>247</sup> Başlık metinde kırmızı mürekkeple yazılmıştır.

<sup>248</sup> Metinde: “odd”

<sup>249</sup> Metinde: “zâyil”

<sup>250</sup> Metinde: “urmekde”



ikisi haṭādur ve biri cārī-i mecrā-yı haṭādur keffāret lāzım olur ve ammā katl bi's-sebeb oldur ki bir kiři gayr-ı milkinde tař kōdı veyāḥūd kuyı kızı andan [řoñra] ol tař sebebiyle ādem helāk oldu yā ol kuyu<sup>251</sup> sebebiyle<sup>252</sup> ādem helāk oldu ve bu vecihle öldürmekde kātılūñ 'ākilesi üzerine diyet lāzım olur

[Kısa Uygulanan ve Uygulanmayan Bazı Haller] hemān Allāhdan<sup>253</sup> isti'ānet taleb idüp beyān idelüm ki kışāř ne yirde vācib olur ve kim kimi öldürmekle vācib olur ve diyet ne yirde lāzım olur miqdārı nedür ve kimün üzerine lāzım ve kişinün 'ākilesi kimlerdür [120b] ve keffāret ne ile olur ammā kışāř lāzım olur ebeden kanı harām olan kimesneyi öldürmekle ammā kanı harām olmasa kışāř lāzım olmaz emānı gelen kāfir öldürmek gibi zīrā<sup>254</sup> girü hemān harbe varsa kanı helāl olur āzād<sup>255</sup> kimesneyi āzād<sup>256</sup> için öldürürler ve kul için öldürürler ve müslimānı zimmīyçün öldüreler 'ākil kişiyi mecnūn için ve bāliĝ kişiyi oĝlancık için öldüreler řaĝ kimesneyi kör için ve kötürüm için ve eli ayaĝı kesilmiş için ve eri 'avrat için bu cümlede öldüreler ammā bunlaruñ 'aksinde öldürülmeye ve seyyidi kul için ve müdebber için ve mükāteb için ve ortaklık kul için öldürmeyeler ve řol kışāř ki velī'ün atası üzerine düşer<sup>257</sup> sākıt olur süflā bir kişinün atası atasın öldürdi ol kiři atasıy için atasın öldürmez ve kışāř kılıçdan artuķ nesne ile itmeyeler öldüren kiři neyle gerekse öldürsün girü katlinde kılıç ile öldüreler kaçan ölen [ki]şinün iki oĝlı yā iki qarındaşı olsa biri büyük bāliĝ ü biri küçük oĝlan olsa ol büyük bāliĝ olan kiři kışāř ide ol küçük oĝlan büyümege tevaķķuf olınmaya eger bir kiři bir kimesneyi cerāḥatlı kılssa ve ol dağı dōşege düşse ve dōşekden kılkmadın ölse kışāř olına eger bir cemā'at cem' olup cümlesi bir kimesneyi öldürseler cümlesin ol bir kimesne için öldüreler eger bir kimesne çok kişileri öldürse cümleñ velisi ol kişiyi öldüreler eger cümlesi hāzır olmadın biri ḥaķķın taleb itse anuñ için öldüreler ve kalanuñ ḥaķķı sākıt olur eger ādem öldüren kendi eceliyle ölse yā ayrıķ kiři anı dağı öldürse yā ölen kimselerün [velileri] 'afv itseler yā az çok māl üzerine řulḥ itseler kışāř sākıt olur eger velilerün biri 'afv itse yā māl üzerine řulḥ olsalar kalanuñ ḥaķķ-ı kışāřları sākıt olur belki ḥaķķları diyet[e] döner ve diyetden ḥiřşelerini alalar eger bir kiři bir kimesneyi boĝup öldürse yā řuya ĝarķ itse yā bir kamçı birle ölünce dōşse kışāř olınmaya belki 'ākile üzerine diyet lāzım ola eger müslimān 'askeri vü kāfir leşkeri muķābele olduķda bir müslim bir müslimi kāfir zannidüp öldürse kışāř olınmaya belki diyet ü [121a] keffāret vācib olur eger bir kiři kendüde cerāḥat [olsa] ve bir yirinde dağı Zeyd mecrūḥ itse ve bir yirinde arslan ışırsa ve bir yirinde yılan şoksa cümlesinden ol kiři ölse diyetün üçden birin Zeyde ödettüreler ve her kimse ki müslimānlaruñ üzerine kılıç çekse anı öldürmek vācib olur ve öldüren kişiye kışāřdan u diyetden ü keffāretten nesne lāzım gelmez eger bir kiři bir kişinün üstüne gicede veyā gündüzde şehirde vü gayrı yirde kılıç çekse yā gicede şehir içinde 'ařā çekse yā gündüzde şehirden şaşra 'ařā çekse ol dağı anı urup öldürse hiç nesne lāzım olmaz ve girü ancılayın bir kiři gicede nesnesin almış uĝrısınuñ ardına düşüp öldürse ařlā nesne lāzım olmaz eger gündüz şehir içinde 'ařā çeküp öldürse kışāř olına eger bir kiři bir güveye kılıç çeküp bir kez yā iki kez ursa andan [řoñra] kılıcın kına şokup girü dönse andan [řoñra] ol kiři anı urup öldürse kışāř olına eger bir mecnūn yā bir bāliĝ<sup>258</sup> olmaduķ oĝlan bir kişiye kılıç çekse ol dağı anı öldürse kendü mālından diyet lāzım olur eger bir deve bir kişinün üzerine ḥamle kılssa ol dağı anı öldürse kıymeti lāzım olur

[Erř] eger cināyet a'zā üzerine olsa naşar olına eger mümāşelet mümkün olsa kışāř olına eger mümkün olmazsa erř alına a'zā için lāzım olan diyete erř dirler kaçan bir kiři bir āḥaruñ kaşdıla bilekten elin kař' itse girü kışāř olına egerçi kař' idenün eli büyük dağı olursa eger ayaĝı bir kimesnenün kesse yā burnın kulaĝın kař' itse girü dağı anuñ kesile eger bir kiři urup gözi nūrı giderse girü kışāř olına řol vecihle ki

<sup>251</sup> Kimi kelimelerde ("kuyı" "kuyu" gibi) çift yazım şekilleri görülmektedir, imlayı göstermesi bakımından bu çift kullanımlar korunmuştur.

<sup>252</sup> Metinde: "sebebiyle ile"

<sup>253</sup> Kelime metinde "Allāhdan" şeklindedir, satır altında kırmızı mürekkeple "Allāhdan" diye düzeltilmiştir.

<sup>254</sup> Metinde: "zīrā"

<sup>255</sup> Metinde: "āzād"

<sup>256</sup> Metinde: "āzād"

<sup>257</sup> Metinde: "tuşar"

<sup>258</sup> Metinde: "balık"

gözünün üstüne yaş bite (?) korlar ve üstüne kızmış püsdeki koyalar tā kim anuñ dañı gözi nürü gide eger bir kişinüñ gözi yiriyle kopsarsa kışaş olınmaya zīrā<sup>259</sup> mümāşelet mümkün olmaz ve her nerde kim mümāşelet mümkün ola anda kışaş olına girü yirde süñükde [121b] olmaz illā dişte eger çıkarırsalar girü anuñ dañı çıkaralar eger şışalar ege ile egeleyeler bir er bir ‘avratuñ elin ayağın kaṭ’ itse kışaş olınmaya zīrā kim bir er ‘uzvıla ‘avrat ‘uzvı ortasında mümāşelet yokdur ve girü ancılayın hür kişiye kul a‘zāsı ortasında yā iki kul ortasında kışaş olınmaya müslimān a‘zāsıla zimmī a‘zāsı berāberdür eger kaṭ’ idenüñ eli kırımış yā parmağı eksik olsa eli kesilen kişi muḥayyerdür ki dilerse elin kese ve dilerse elinüñ diyetin ala ve girü ve ancılayın bir kişi bir gayrınuñ başını bir yanında yarsa bir yanına varınca ol baş yaranuñ başı büyük olsa ol miqdārı yarıq bir yanından bir yanına irişmeye ol başı yarılan kimse muḥayyerdür dilerse başınuñ yaruğı kadar anuñ dañı baş yarsun dilerse başuñ erşin alsun eger iki kişinüñ elin kesseler şöyle kim ol kimsenüñ eli üstüne bıçağı ikisi bile yürütse ikisinüñ elini bir el için kaṭ’ itmeyeler belkim ol iki kişi ol bir elüñ erşin ödeyeler eger bir kişi iki kişinüñ sağ ellerin kaṭ’ itse ikisi cem’ olup anuñ sağ elin keseler ve bir elüñ erşin alup üleşeler eger biri evvel hāzır olup sağ elin kaṭ’ itse ol birisi tamām elinüñ erşin alup üleşeler eger kul ādem öldürdüğüne yā el kesdüğüne ikrār itse kışaş olına eger bir kişi bir kişiye kaşdıla oğ attıysa oğ aña tokunup dañı bir ādeme geçse ikisi bile ölseler evvelkiyiçün anı dañı öldürelor ikinci için kätilin ‘ākilesine diyetin ödetdürelor

[Birden Fazla Fiil İşlemek] eger bir kişinüñ kaşdıla elin kesse andan soñra öldürse anuñ dañı evvel elin keseler andan soñra öldürelor eger kaṭl ü kaṭ’-ı yed ikisi bile ḥatā[']ıla olsa nażar olına eger oñuldukdan soñra öldürmiş olsa el için erş alına ve nefis için ‘ākile üzerine diyet ala ve eger oñulmadın ölmüş olsa ikisine bir diyet kifāyet ider eger bir kişi bir<sup>260</sup> güveye kamçı urup cerāḥatlı [122a] itse andan [soñra] ol cerāḥat oñulup yedinde cerāḥatin eşeri kalsa aña ḥükümet-i ‘adl olur ḥükümet-i ‘adl budur ki bir kişi kul taqdır olına andan [soñra] cerāḥat eşer nesne bahāya tutıla ve dañı ikinci ol eşer-i cerāḥat ile bahāya tutıla ve ikisinüñ ortasında ne kadar tefāvüt olsa anuñ miqdārını diyetden ödetdürelor meşelā farz idelüm ol kişi kul olduğu hālde ol eşersiz biñ aqça yā biñ dirhem gümüş deger ammā ol eşer ile tokuz yüz dirhem deger olmuş ve diyet dañı on biñ dirhemdür kul olduğu hālde bahāsınun tefāvüti ki yüz dirhemdür yine kıyās idelüm her biñde tefāvüt yüz dirhem ol cerāḥat iden kişiye biñ dirhem gümüş ödetdürelor ve bahā vü tefāvüt artuğ ve eksik olduğda aña göre ḥesāb idüp ve diyetine kıyās idüp ödetdürelor eger bir kişi Zeydün elin kesse ve Zeyd eli kesildügin ‘afv itse andan soñra ölse cerāḥat sirāyet idüp Zeyd ol sebebden ölse ol el kesen kişi kendü mālından Zeydin diyetin ödeye eger bir kişi bir kişinüñ elin kesse ve kışaş idüp anuñ dañı elin kaṭ’ itse andan soñra sirāyet idüp ol eli muḥaddem kesilen ölse añ[c]ılayın kışaş idüp ol kesen kimseyi dañı öldürelor ve eger kışaş ecliyiçün kesilen Ebū Ḥanīfe katında ödetdürelor ve imām anuñ kışāşına ḥükm idüp ol kätili maḥtülün velisine virse ol veli dañı elin kesüp ve öldürmekden ‘afv itse andan [soñra] ol kätilün eli sirāyet idüp ölse İmām Ebū Ḥanīfe katında anuñ nefis diyetin ol veliye ödetdürelor

[Öldürmede Tanıklık] eger ṭanuklar ṭanukluğ virseler yā ālet-i kaṭlde ihtilāf itseeler şöyle kim biri kılıç u biri taş ile urdı dise [122b] veyā biri ‘aşāyla öldürdi dise ve biri ne ile öldürdi unuttum dise şehādetleri lağv ola eger ikisi bile kaṭle şehādet itseeler ammā ālet-i kaṭli unuttuğ diseler diyet vācib olur eger iki kişi her biri Zeydi öldürdüm dise ikrār itseeler Zeydün velisi eyitse ikiñiz bile öldürdüñüz dise veliye vardur kim ikisin bile öldüre eger iki ṭanukluğ virseler kim Zeyd Bekri öldürdi ve ikisi dañı ṭanukluğ virseler kim Zeyd ‘Amrı öldürdi iki ṭanuk bile bāṭıl olur i‘tibār itmek ḥāletedür irişmek ḥāline degüldür şöyle kim bir kişi bir müslimāna oğ atdı ve ol müslimān oğ irişmedin ‘iyāz[en] billāh mürted olup vācibü'l-kaṭl oldu andan soñra oğ irişdi ol oğ atan kişiye anuñ diyetin ödetdürelor ve girü ancılayın bir kula atsa oğ irişmedin ol kuli mevlāsı āzād itse andan [soñra] oğ irişüp öldürse ol mevlā kulınun kıymetin oğ atan kişiden ödetdürür eger bir recm olınmağa emr olınmış kişi bir kişiye taş ile atsa irişmedin zināya ṭanukluğ viren rücu’ itse andan [soñra] taş irişüp ol kişiyi öldürse ol taş atan kişiye nesne olmaz

<sup>259</sup> Metinde: “zīrā”

<sup>260</sup> Metinde: “bire”

[Diyet ve Keffaret] diyet er kişinin diyeti altundan biñ dīnār u gümüşden on biñ dirhemdür ve deveden yüz devedür ammā deveden virmekte kaçan beşe ‘amd olsa yigirmi beş bint-i maḥāz u yigirmi beş bint-i lebūn u yigirmi beş ḥikḳa vü yigirmi beş ceze‘a vü yigirmi beş ibn-i maḥāz vireler ve ‘avrat için er diyetinin yarusun vireler ve zimmī diyeti müslimān diyetile berāberdür keffāret[i] katlūñ bir mü‘min kul āzād itmekdür eger andan ‘āciz olsa iki ay muttaşıl oruç tutmaḳdur miskīn ta‘āmlendürmek [123a] böyle yirlerde dürüst degüldür keffāret olmaz kaçan emrce şaḡīr āzād itse dürüst olmaz eger bir kişi biregünün nefsin helāk itse yā burnun kaṭ‘ itse ḥaṭā['] ile yā zekerin yā zekereynūñ başın kesse yā urup ‘aḳlın giderse yā burnunun rāyihayı bilmesin giderse yā aḡzın u edin giderse yā kulaḡın iştmeḡin giderse yā gözin görmeḡin giderse yā dilin söylemeḡin giderse eger ḥurūf telaffuz idemez olsa yā şaḳalın yolup girü bitmese tamām diyet vire er olsa on biñ dirhem gümüş ‘avrat olsa beş biñ dirhem gümüş yedinde ikişer olan a‘zānuñ iki el ü iki ayak ikisinde tamām diyet var birinde nısf diyet var dört olan nesnede kirpik gibi deñlisinde tamām diyet var ve ikisinde nısf diyet var ve birinde diyetün dördünden biri var ve bir parmaḡın gerek elden ü gerek ayaktan olsun diyetün on baḡşinden biri üç bölüğünün ü bir boḡununda diyetün on baḡşinden üçde biri var ve iki bölüğünde bir bölüğünün diyeti onda birin nısfı var ve kaḡı ‘uzvuñ urup menfa‘atin giderse şöyle kim urduḡı el ol sebebden kısra diyetin vire

[Baş Yaralamak] ‘urūqlarda kışāş olmaz illā meḡer kim señüḡi görünür ide bunda kışāş olına ancak eger ḥaṭā[']ıla olsa diyetün on baḡşinde birin nısfı ola eger señüḡi görünmez ise ḥişse on baḡşide biri ola eger señüḡi şoyup yirinden yirine elbette diyetün baḡşiden biri ve daḡı on baḡşiden birin yarısı ala eger beyni ṭurduḡı deriye dek irişse yā iç derisin derisine irişse diyetün üçden biri ola iç ü karın derisin daḡı yarsa diyetün üç baḡşide ikisi ola eger iç derisi yırtsa yā kan göründürse yā kan aḳıtsa yā deri[123b]sin kesse yā etin kesse yā etile señüḡ arasındaki deriye irişdürse ḥükümet-i ‘adl ola eger bir elün parmaḡlarında ayayla vü ayasuz diyetün nısfı vardur eger bir parmaḡdan boḡumın kaṭ‘ itse ve kalan kısra ol boḡum için diyet ola ve kalan için ḥükümet-i ‘adl ola

[Çocuk Düşürmek] eger bir yüklü ‘avratın karına ursa ol sebebden eger oḡlan biraḡsa uran kişinin ‘āḳilesi üzerine beş yüz dirhem gümüş gurre lāzım olur eger diri oḡlanın biraḡsa andan [şoñra] ölse diyet lāzım olur eger ölmüş biraḡduḡdan şoñra ‘avrat daḡı ölse hem diyet ü gurre lāzım olur eger ‘avrat evvel ölse andan [şoñra] oḡlanı biraḡsa diyet lāzım olur ‘avrat için ol oḡlana lāzım olan diyete gurre dirler eger ‘avrat ölse andan [şoñra] diri oḡlan biraḡsa andan şoñra oḡlan ölse iki diyet lāzım olur eger karavaşı<sup>261</sup> kızın urub oḡlan biraḡdursa nazar olına eger erkek ise ol oḡlanın kıymetinin on baḡşinde bir baḡşinin nısfı lāzım olur eger dişi ise kıymetinin on baḡşinde biri lāzım ana karına düşen oḡlanın küllī yedini zāhir olmaḡıla ba‘zı zāhir<sup>262</sup> olmaḡ ortasında fark yokdur eger ‘avrat kaşdıla ‘ilāc idüp ka[r]nından düşürse nazar olına eger eri destūr ile düşürdise nesne lāzım gelmez eger destürsüz düşürdise ‘avratın ‘āḳilesi üzerine gurre lāzım olur gurre didiḡimiz beş yüz dirhem gümüşdür

[Fail veya Maḡdurun Köle Olması] ḳuluñ diyeti kıymetidür eger ḳuluñ diyeti ḡür diyetine irişse idi her birinden onar dirhem gümüş eksik alına āzād kişinin diyeti ile taḳdīr olınan yā karavaşın diyeti ḡür diyetine irişse idi [124a] ḳuluñ karavaşın kıymeti ile taḳdīr olına şöyle kim bir elinde kıymetinin yarısı ola

[Binek Hayvanının Öldürmesi veya Yaralaması] eger bir kişinin bindüḡi atı nesne başup helāk itse yā ön ayaḡıla yā başıla helāk itse yā ışırsa yāḡūd ṭoḡunsa bineñ kişi öder eger kıç ayaḡıla yā ḳuyruḡıla tozutsa ödemez eger yürürken at tebevül itse yā terslense andan [şoñra] her kim ise ṭayanup telef olsa bineñ kişi nesne ödemez ve girü ancılayın işemek için atını ṭurgursa nesne ödemez ammā irāḳ nesne için ṭurgursa ṭururken işese telef olanı bineñ kişi öder eger ön ayaḡından yā kıç ayaḡından küçük ṭaş bācege dek şıçrayup bir kişinin gözin çıkarsa ödemez eger büyük ṭaş olsa öder süren kimesne de binen

<sup>261</sup> Metinde: “karadaşı”

<sup>262</sup> Metinde: “tāhir”

kimesne gibidür eger bir kişi bir yābān kişinūn atını ursa yā dūrtse ol sebebden ol at ayağıla nesne telef olsa yā at ũrküp ol binen kişi bir nesneye urup öldürse ol uran veyā dūrten kişi telef olanı öder ve dağı ölen kişinūn diyetin öder

[Kasame] kaçan meyyit kim anuñ ile cerāhat var yā ešer-i darb var yā boğmak ešeri var yā kulağından kan çıkmış yā gözünden kan çıkmış bir mahallede bulnsa Őu kenārında yakınında olan Őāhib-i milk üzerinde ola eger kimesnenūn milk[i] degül Őu kenārında bulnsa yā ulu yolda [yā] cum'a mescidinde bulnsa kašāme yok ve diyet beytū'l-māl üzerine ola eger bir yābānda bulnsa kim yakınında 'imāret olmaya yā bir Őu alup gider bulnsa kanı heder ola eger iki kişi bir oda[da] olsa ve ol ikisinin de ğayrı ol yirde kimesne hiç olmasa andan [Őoñra] birisi maqtūl bulnsa ol birisi İmām Ebū Yūsuf katında anuñ diyetin öder İmām Muħammed katında ödemez eger bir mahallede bir 'avratdan artuħ kimesne olmasa andan [Őoñra] ol mahallede bir maqtūl bulnsa ol 'avrata elli kerre yemīn virile kim kendüsi öldürmedi ve öldüreni dağı bilmez andan [Őoñra] ol 'avratuñ [124b] 'ākilesi anuñ diyetin vire

[Akıle] kişinūn 'ākilesi ehl-i dīvāndur ol kişiye kim ehl-i dīvān ola ehl-i dīvān lešker ü kavmdür ki anlaruñ adları defter yazılır ve ol kişi ehl-i dīvāndan olmasa anuñ 'ākilesi olan kendü kabilesidür āzād olmuş kuluñ 'ākilesi seyyidi kabilesidür kaçan 'ākileye diyet ödetmelü olınsa üç yılda ödetdüreler her birinden üç yıl içinde üç yā dört dirhem alalar her yılda birer dirhem ola üç olduħda ve bir dirhem ü Őülüş dirhem ola dört olduħda eger 'ākile az olup üç yılda ol kadar almak ile üçde bir diyet çıkmasa neseb cihetinden yakın olan kabileyi anlara koşalar *el-'akrab fe'l-'akrab* yā birinūn ekşeri yarusı başuyla bulnsa öldüren kişi bulunmasa meyyitūn velisi da'vā itse kim ehl-i mahalle ħalkınuñ elli 'ākil ü bāliğ-i ħür kişiye and virile diyeler kim vallāhi biz öldürmedik ve öldüren kişi[yi] dağı bilmezüz andan Őoñra ehl-i mahalle üzerine diyet ile ħükm olına eger veli ehl-i mahalleden artuħ bir kişiye sen öldürdüñ diyü da'vā kılsa kašāme sākiħ olur ehl-i mahalleden eger ol mahalleden elli kişi olmasa andı tekrār ideler elli iriŐince her kağısı kim yemīnden nükül itse and içinciye ħabs ideler eger bir meyyit bulnsa kim anuñla ešer-i cerāhat yok yā kan ağızından çıkmış yāħūd burnunda[n] yāħūd zekerinden çıkmış ile olıcaħ kašāme yok ve diyet dağı yok eger bir maqtūl bir dābbe üzerinde bulnsa kim ol dābbeyi bir kişi sürer veyāħūd yeder ol süren ü yedeñ kişinūn 'ākilesi üzerine olur diyet yoħsa ehl-i mahalle üzerine olmaz eger iki [köyüñ] o[r]tasında bir dābbe bulnsa ve anuñla kimesne olmasa ve üstünde bir maqtūl bulnsa ol köyüñ kağısı yakın olursa anuñ üzerine ola eger bir kişinūn evinde bir maqtūl [bulnsa] aña elli kerre and virile kim kendü öldürmedi ve öldüreni dağı bilmez andan Őoñra ol kişinūn 'ākilesi üzerine olurlar ħükm ideler eger mahalle mescidinde bulnsa ol mahalle [125a] ehli üzerine ola Őol diyet kim nefsi-katlı ile vācib olur anı 'ākile getirüvir[ir] ve dağı Őol erş kim diyetüñ on baħşinden bir baħşinūn yarusına iriŐür anı 'ākile getirür ve Őol diyet kim Őulħ birle olur veyāħūd ikrār ile olur anı 'ākile taħkiħ itmezler ol cināyet idenūñ kendü mālından alur 'ākile üzerine olmaz ve ancılayın kaçan erş ol miħdār-ı mezkūrdan aŐağa olsa cināyet idenūñ kendü mālından olur *vallāhu a'lem bi'Ő-Őavāb ve ileyhi'l-merci' ve'l-me'āb temme'l-kitāb*

## Makale Bilgi Formu

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğı ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiğı beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Hekimlerin Hastalarına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarından Doğan Sorumluluğu

### *Physicians' Liability Arising From Social Media Posts Regarding Their Patients*

Pelin Çavdar Lokumcu 

Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk  
Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye,  
[pelin.cavdar@marmara.edu.tr](mailto:pelin.cavdar@marmara.edu.tr)



**Öz:** Sosyal medya kullanımı sağlık sektöründe de son yıllarda oldukça yaygınlaşmaya başlamıştır. Hekimler daha çok hastaya ulaşmak ve kendi başarılarını göstermek amacıyla hastalarına ilişkin sosyal medyada paylaşımlar yapmaktadır. Bu paylaşımlarda esas alınması gereken ilkelere ilişkin 2016 yılında Türk Tabipler Birliği tarafından Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz yayımlanmıştır. Bu Kılavuz dışında, en güncel yasal düzenleme 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmeliktir. Hekimler hastalarına ilişkin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımlarında hastanın özel hayatının gizliliğine saygı göstermeli, hasta mahremiyetinin ve hastanın kişisel sağlık verilerinin korunmasına ilişkin kurallara riayet etmelidir. Bunların dışında hekimlerin hastalarına ilişkin sosyal medya paylaşımları hukuka aykırı reklam niteliğinde olmamalıdır. Hekimlerin hastalarına ilişkin sosyal medya paylaşımları belirlenen kurallara aykırı olduğu takdirde, hastanın TMK'da düzenlenen koruyucu davaları ve tazminat davası açması mümkündür. Bunların dışında Kişisel Verileri Koruma Kanunu çerçevesinde talepte bulunabilir. Ayrıca, hekimlerin TTB tarafından uygulanacak mesleki disiplin yaptırımı, idari para cezası ve Reklam Kurulu tarafından yürütülecek inceleme sonucunda çeşitli uygulamalarla karşılaşması da mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Medya, Özel Hayat, Hasta Mahremiyeti, Kişisel Sağlık Verisinin Korunması, Hekimin Reklam Yasağı

Geliş Tarihi/Received: 01.04.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 01.07.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
18.07.2024

**Abstract:** The use of social media has become quite widespread in the health sector in recent years. Physicians share posts about their patients on social media in order to reach more patients and show their success. In 2016, the Turkish Medical Association published the Guidelines on Electronic Media Sharing by Physicians and Healthcare Institutions and Organizations regarding the principles that should be taken as basis in these posts. Apart from this Guideline, the most recent legal regulation is the Regulation on Promotion and Information Activities in Health Services, which entered into force in 2023. Physicians should respect the confidentiality of the patient's private life in their social media posts about their patients and comply with the rules regarding the protection of patient privacy and the patient's personal health data. Apart from these, social media posts of physicians regarding their patients should not constitute illegal advertisements. If the social media posts of physicians regarding their patients violate the specified rules, the patient may file protective actions and compensation lawsuits regulated under the TCC. Apart from these, the patient may also file a claim under the Personal Data Protection Law. In addition, physicians may be subject to professional disciplinary sanctions and administrative fines imposed by the TMA, and may be subject to various penalties as a result of an investigation by the Advertising Board.

**Keywords:** Social Media, Private Life, Patient Confidentiality, Protection of Personal Health Data, Physician's Ban on Advertising

## Extended Abstract

As in all sectors, social media are becoming platforms that are widely used by both physicians and hospitals in the health sector. As a matter of fact, physicians can reach new patients, increase their recognition and connect with patients more easily by using social media tools such as facebook, linkedin, youtube, instagram and especially by sharing interesting posts. Physicians have the advantage of using social media platforms to explain their competence, professional skills and experience to patients. Therefore, for physicians, the use of social media for their professional activities creates the opportunity to stand out among the physicians with whom they compete. Especially in aesthetic medical interventions, patients apply to the physician by taking into account the before and after visual posts of physicians on social media. Therefore, social media posts of physicians directly affect patients' decisions regarding their health.

Due to the social and public nature of healthcare services, physicians' posts on social media, especially regarding their patients, should be made in accordance with certain principles. There are various legislations regulating these principles. The Guidelines on Electronic Media Sharing of Physicians and Healthcare Institutions and Organizations issued by the Turkish Medical Association in 2016 and the Regulation on Promotion and Information Activities in Healthcare Services, which entered into force in 2023, are at the top of these regulations. Both regulations basically stipulate that in promotional and informative activities of physicians, including social media posts, patient privacy must be respected, personal information must be kept confidential, it is forbidden to have before and/or after images that are comparative and demand-generating in terms of the effects of treatment, the explicit consent of the patient or his/her legal representative must be obtained and the Patient Rights Regulation must be complied with in order to use visual posts of the patient and patient images cannot be shared during surgery or medical intervention and in the operating room.

Social media posts of physicians regarding their patients may violate the patient's private life, patient privacy and personal health data of the patient. As a matter of fact, the patient's private life and privacy and personal health data are among the personal values that must be protected within the scope of the right to personality. If the posts made by the physician regarding his/her patient violate the patient's personal values, the patient may file actions to protect his/her right of personality under Article 23 and the following; cease (cessation of the attack), prevention, determination of unlawfulness and restitution of earnings. For the patient who wishes to file protective actions, it is not necessary for the physician to be at fault and for the patient to suffer damage due to the violation. On the other hand, if the patient's personal values are violated due to the physician's social media posts, it is possible to claim pecuniary and non-pecuniary damages in accordance with the provisions of the TCC and TCO. In this case, a lawsuit for non-pecuniary damages is often filed. This is because the patient may experience pain and suffering as a result of the sharing, as the patient's personal values may decrease as a result of the sharing, and for this reason, the patient may suffer a moral damage. It should be noted that the patient's photograph is also protected under Article 86 of IPL. Article 86 of IPL is a special provision in accordance with Article 23 of the TCC, and the protection of the provision is limited to the publication of the picture. According to the provision, the picture of a person may not be made public by display or other means without the consent of the person depicted.

Social media posts of physicians regarding their patients may violate the patient's private life, patient privacy and personal health data of the patient. As a matter of fact, the patient's private life and privacy and personal health data are among the personal values that must be protected within the scope of the right to personality. If the posts made by the physician regarding his/her patient violate the patient's personal values, the patient may file actions to protect his/her right of personality under Article 23 and the following; cease (cessation of the attack), prevention, determination of unlawfulness and restitution of earnings. For the patient who wishes to file protective actions, it is not necessary for the physician to

be at fault and for the patient to suffer damage due to the violation. On the other hand, if the patient's personal values are violated due to the physician's social media posts, it is possible to claim pecuniary and non-pecuniary damages in accordance with the provisions of the TCC and TCO. In this case, the claim for non-pecuniary compensation mostly comes to the fore. This is because the patient may experience pain and suffering as a result of the sharing, as the patient's personal values may decrease as a result of the sharing, and for this reason, the patient may suffer a moral damage. It should be noted that the patient's photograph is also protected under Article 86 of IPL. Article 86 of IPL is a special provision in accordance with Article 23 of the TCC, and the protection of the provision is limited to the publication of the picture. According to the provision, the picture of a person may not be made public by display or other means without the consent of the person depicted.

It is common for physicians to advertise their patients by sharing posts on social media. In order to protect human health and to prevent people from being harmed for purposes such as gaining profit and competition, certain restrictions have been imposed on advertising in the field of health. Legislation on health law and some general legislation such as the TPL regulate the rules that physicians should pay attention to when making advertisements regarding the health services they provide. Physicians who make illegal advertisements may face professional disciplinary sanctions and administrative fines imposed by the TMA. In addition, there are decisions of the Advertising Board regarding the suspension of the publication of the advertisement due to the inclusion of images or texts regarding the pre-treatment and post-treatment of physicians' patients.

## Giriş

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte sosyal medya kullanımı her geçen artmaktadır. Sosyal medya kullanımı sağlık sektöründe sağlık kuruluşları ve hekimler açısından da oldukça önemli bir konuma gelmektedir. Nitekim hekimler daha çok hastaya ulaşarak tanınırlıklarını arttırmak, bilgi ve becerilerini göstermek gibi temel amaçlardan hareketle Youtube, Instagram, LinkedIn, Facebook gibi sosyal medya araçlarıyla hastalarına ilişkin çeşitli paylaşımlar yapmaktadır. Hastalar da hekim tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarından etkilenerak muayene, teşhis ve tedavi sürecine girmektedir. Hastanın kararını doğrudan etkileyebilecek nitelikte olan bu paylaşımların belirli ilkeler doğrultusunda yapılması adeta bir gereklilik halini almaya başlamıştır.

Bu bağlamda öncelikle 2016 yılında Türk Tabipler Birliği (TTB) tarafından Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz<sup>1</sup> yayımlanmıştır. Bu Kılavuzda konumuzla bağlantılı olarak hastalara ilişkin sır olarak nitelendirilebilecek bilgilerin paylaşımının yasak olduğu, hastanın mahremiyetinin korunması hususunda gerekli tüm önlemlerin alınacağı, hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntülerine ya da ifadelerine yer verilemeyeceği ve sağlık çalışanlarının, hastanın tedavisi öncesinde, tedavisi sırasında ve tedavisi gerçekleştirildikten sonra hasta ile hastanın yakınlarının görüntülerinin paylaşılamayacağı ve hekimlerin paylaşımlarında tıbbi deontoloji kurallarına ve hasta haklarına aykırı nitelikte, abartılı, insanların yanlış yönlendirici, doğru olmayan ifadeler kullanılmayacağı da belirtilmektedir. Bu Kılavuzdaki düzenlemelere aykırı davranan hekim aleyhine TTB tarafından mesleki disiplin yaptırımını uygulanması mümkündür. Konumuz açısından Kılavuzla paralel düzenlemeler içeren 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik<sup>2</sup> de oldukça önemlidir. Hekimlerin sosyal medya paylaşımları da dahil olmak üzere yaptıkları tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde, hasta mahremiyetine sayėı gösterilmesi ve kişisel bilgilerin gizli tutulması gerektiği ile hekimin hastasına

<sup>1</sup> 10-11 Haziran 2016 tarihinde toplanan TTB 67. Büyük Kongresi'nde kabul edilen Kılavuz, 17.06.2016 tarih ve 958/2016 sayılı Genelge ekinde odalarına gönderilmiştir.

Bkz. [https://www.ttb.org.tr/yazisma\\_goster.php?Guid=f2e81512-8840-11e7-8318-948af52f0cac](https://www.ttb.org.tr/yazisma_goster.php?Guid=f2e81512-8840-11e7-8318-948af52f0cac) (E.T: 17.01.2024).

<sup>2</sup> Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik. Resmi Gazete Sayısı: 32263, Resmi Gazete Tarihi: 29.07.2023.

ilişkin öncesi sonrası görsel paylaşım yapması yasaklanmakta ve görsel paylaşım yaparken uyması gereken temel kurallar düzenlenmektedir. Yönetmeliğe aykırı yapılan paylaşımlar söz konusu olduğunda idari yaptırım ve suç teşkil eden fiil söz konusu olduğunda ise hekim aleyhine cezai yaptırım uygulanması mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, hekimin hastasına ilişkin yaptığı sosyal medya paylaşımları ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunan hastanın özel hayatını, hasta mahremiyetini ve hastanın kişisel sağlık verilerini ihlal edebilir. Hastanın özel hayatı, mahremiyeti ve kişisel sağlık verileri kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerlerden biridir. Dolayısıyla, hekimin hastasına ilişkin yapmış olduğu hukuka aykırı nitelikte sosyal medya paylaşımları nedeniyle hastanın Türk Medeni Kanunu<sup>3</sup> (TMK) m.23 ve devamında düzenlenen kişilik hakkını koruyucu davaları; durdurma (saldırıya son verme), önleme, hukuka aykırılığın tespiti ve kazancın iadesi davası açması mümkündür. Bu koruyucu davalar dışında, TMK ve Türk Borçlar Kanunu<sup>4</sup> (TBK) hükümleri gereğince uğradığı maddi ve manevi zararın tazminine ilişkin dava açması da mümkündür. Bunların dışında, Kişisel Verileri Koruma Kanunu<sup>5</sup> (KVKK) hükümleri çerçevesinde de çeşitli taleplerin ileri sürülmesi mümkündür. Ayrıca hastanın fotoğrafı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>6</sup> (FSEK) m.86 hükmü kapsamında da korunmaktadır.

Hekimlerin sosyal medya aracılığıyla hastalarının öncesi ve sonrasını içeren görsel paylaşımlarını yaparak reklamlarının yapılmasını sağlaması da mümkündür. Bu reklamların hukuka aykırı olmaması için gerek sağlık hukukuna ilişkin gerekse genel düzenlemelerle birtakım ilkeler getirilmiştir. Bu ilkelere aykırı davranan hekimin mesleki disiplin yaptırımı, idari para cezası ve Reklam Kurulu tarafından yürütülecek inceleme sonucunda verilecek yaptırım olmak üzere çeşitli yaptırımlarla karşılaşması mümkündür.

Çalışmamızda, hekimlerin sosyal medya kullanımının önemi, hekimlerin sosyal medya yoluyla hastalarına ilişkin yapmış olduğu paylaşımlara ilişkin temel ilkeleri düzenleyen TTB tarafından yayımlanan Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz ile Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik hükümleri hakkında bilgi verilecektir. Sonrasında konu özel hayatın gizliliği, hasta mahremiyetinin ve kişisel sağlık verilerinin korunması ile hekimin reklam yasağı kapsamında yaptırımlar da belirtilerek incelenecektir.

## I. Hekimlerin Sosyal Medya Kullanımının Önemi

Sosyal medya, kullanıcılarının düşünce, bilgi, kişisel mesajlar, resimler, videolar ve diğer içerikler paylaştığı çevrimiçi topluluklar oluşturma amaçlı elektronik iletişim aracı olarak tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Sosyal medya kişilerin ve toplumların iletişim şekillerini değiştirerek, bu ilişkiyi zaman ve mekândan bağımsızlaştırmaktadır<sup>8</sup>. Teknolojinin gelişimiyle beraber sosyal medya kullanımı her geçen gün artmaktadır. Nitekim birçok meslek grubu açısından sosyal medyayı kullanmak adeta bir gereklilik halini almıştır. Bu bağlamda sağlık kuruluşları ve hekimler sosyal medyadan etkin bir biçimde faydalanmaya başlamışlardır. Özellikle hekimler açısından sosyal medyayı aktif olarak kullanmak

<sup>3</sup> Türk Medeni Kanunu. Kanun Numarası: 4721, Resmi Gazete Tarihi:08.12.2001.

<sup>4</sup> Türk Borçlar Kanunu. Kanun Numarası:6098, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011.

<sup>5</sup> Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 6698, Resmi Gazete Tarihi: 07.04.2016.

<sup>6</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu. Kanun Numarası:5826, Resmi Gazete Tarihi: 13.12.1951.

<sup>7</sup> Kadriye Avcı, "Hekimlerin Sosyal Medya Kullanımı ve Etik", Turk J Public Health, 16/1 (2018), 50; Büşra Halis, "Tüketimin Değişen Yüzü: Elektronik Ticaret Uygulamaları ve Sosyal Paylaşım Ağlarının Rolü" Tarih, Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, 1/4 (2012), 157; Yüksel Köksal- Şuayıp Özdemir, "Bir İletişim Aracı Olarak Sosyal Medya'nın Tutundurma Karması İçerisindeki Yeri Üzerine Bir İnceleme", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 18/1 (2013), 325. Benzer açıklamalar için bkz. Güliz Uluç- Bilal Süslü, "Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 8/17 (2016), 338; C. Lee Ventola, "Social Media and Health Care Professionals: Benefits, Risks and Best Practices", P&T, 39/7 (2014), 491; Pankajumar A. Anawade vd., "Connecting Health and Technology: A Comprehensive Review of Social Media and Online Communities in Healthcare", Cureus 16/3 (2024), 1.

<sup>8</sup> Hikmet Tosyalı- Cem Sefa Sütçü, "Sağlık İletişiminde Sosyal Medya Kullanımının Bireyler Üzerindeki Etkileri", Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 3/2 (2016), 10.



hekimlerin hastalar nezdindeki bilinirliklerini arttırmak açısından oldukça önemlidir. Bir başka ifadeyle, hekimler ve hastaneler sosyal medya araçlarını kullanarak daha fazla sayıda insana ulaşmaya çalışmakta ve onların sağlıkla ilgili alacakları kararları etkilemek istemektedirler<sup>9</sup>. Hekimlerin sosyal medya kullanımına ilişkin Amerika’da yapılan çalışmada, hekimlerin %90’undan fazlasının kişisel amaçlarla sosyal medya kullandığı, %65’inin ise mesleki amaçlarla sosyal medyayı kullandığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>10</sup>. Türkiye’de hekimlerin sosyal medya kullanımına ilişkin yapılan araştırmalarda, hekimlerin %92,1’inin sosyal medya kullandığı, %65,4’inin de sosyal medyayı mesleki faaliyeti kapsamında kullandığı belirtilmektedir<sup>11</sup>. Yine aile hekimlerinin internet ve sosyal medya kullanımına ilişkin yapılan bir başka çalışmada, her gün sosyal medya kullanan hekimlerin oranının % 65,2 olduğu tespitine ulaşılmıştır<sup>12</sup>. Hekimlerin kullandığı sosyal medya araçları olarak Youtube, Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn ve Bloglar karşımıza çıkmaktadır<sup>13</sup>. Buna karşılık hastalar açısından da sağlık hizmeti almadan önce hekim ve hastane seçimine ilişkin olarak başvurdukları bilgi kaynakları arasında %45,5 ile sosyal medya yer almaktadır<sup>14</sup>. Hastaların sosyal medya kullanımına etki eden etmenler arasında bilgiyi artırmak<sup>15</sup>, diğer hastalarla doğrudan iletişime geçerek soru sorma imkanına erişmek, hekim ile hasta iletişimini sağlamak, fikir alışverişinde bulunabilmek gibi nedenler yer alırken, hekimler için bilgiyi artırmak, daha çok hastaya ulaşabilmek, mesleki başarı ve hünelerinin ispatlanması<sup>16</sup>, bilinirliği sağlamak, hekim ile hasta ve hekim ile meslektaşları arasındaki iletişimin daha hızlı bir şekilde kurulması gibi sebepler yer almaktadır<sup>17</sup>. Nitekim hastalar, hekim tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarından da etkilenecek muayene, teşhis ve tedavi sürecine girmektedir.

Belirtmek gerekir ki, sağlık hizmetinin toplumsal ve kamusal niteliği bulunmakta olup, anayasal bir hak olarak korunması gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin ticari bir araç haline getirilmeden insanlara sunulması, sağlık hizmetinde kamu yararının sağlanması gerekmektedir<sup>18</sup>. Bu amaçla hekimlerin hastalarına ilişkin yapmış oldukları sosyal medya paylaşımlarında da birtakım ilkelere riayet etmesi beklenir. Nitekim kalp ve damar cerrahlarının sosyal medyayı kullanmasına rehberlik eden ilkeler arasında “insan onuruna ve haklarına saygı”, “dürüstlük ve profesyonellik standartlarına uyma”, “toplumun doğru bilgilendirilme hakkını gözetme” ve “hastanın güvenini ve mahremiyetini koruma görevi” yer almaktadır<sup>19</sup>. Bunun dışında hekimlerin sosyal medya paylaşımlarına ilişkin temel ilkeleri belirleme açısından aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 2016 yılında Türk Tabipleri Birliği’nin (TTB) yayımladığı Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz ve 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık

<sup>9</sup> Tosyalı-Sütçü, “Sağlık İletişiminde Sosyal Medya Kullanımının Bireyler Üzerindeki Etkileri”, 12.

<sup>10</sup> Mowafa Househ, “The Use of Social Media in Healthcare: Organizational, Clinical, and Patient Perspectives” Stud Health Technol Inform, 183 (2013), 244; Ventola, “Social Media and Health Care Professionals: Benefits, Risks and Best Practices”, 491.

<sup>11</sup> Kadriye Avcı, Hekimlerin Tıpta Sosyal Medya Kullanımına Yönelik Tutumlarının Değerlendirilmesi, 18. Ulusal Halk Sağlığı Kongresi, 1. Bası (Konya: 2015), 802.

<sup>12</sup> Özgür Erdem, “Aile Hekimlerinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Özelliklerinin Karşılaştırılması”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, 6/1 (2018), 495.

<sup>13</sup> Househ, “The Use of Social Media in Healthcare: Organizational, Clinical, and Patient Perspectives”, 492.

<sup>14</sup> Emre Tengilimoğlu vd., “Hastane ve Hekim Seçiminde Sosyal Medyanın Kullanım Düzeyi: Ankara İli Örneği”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 17/2 (2015), 87.

Nitekim 1289 kişi üzerinde yapılan bir çalışmada, hastaların %74’ünün kendileri veya ailesine ilişkin sağlık ile ilgili bilgilere erişmek için interneti kullandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Erdem, 486.

<sup>15</sup> Nitekim yapılan bir çalışmada bireylerin sosyal medyayı kullanım amaçlarının başında %68,8 ile bilgi edinmek yer almaktadır. Tengilimoğlu vd., “Hastane ve Hekim Seçiminde Sosyal Medyanın Kullanım Düzeyi: Ankara İli Örneği”, 86.

<sup>16</sup> Semih Sırrı Özdemir, “Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları”, TAAD, 9/34 (2018), 273.

<sup>17</sup> Tengilimoğlu vd. “Hastane ve Hekim Seçiminde Sosyal Medyanın Kullanım Düzeyi: Ankara İli Örneği”, 81; Erdem, “Aile Hekimlerinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Özelliklerinin Karşılaştırılması”, 486; Sirous Panahi vd., “Social Media and Physicians: Exploring the Benefits and Challenges”, Health Informatics Journal, 22/2 (2016), 99; Anawade vd., “Connecting Health and Technology: A Comprehensive Review of Social Media and Online Communities in Healthcare”, 2.

<sup>18</sup> Tengilimoğlu vd., “Hastane ve Hekim Seçiminde Sosyal Medyanın Kullanım Düzeyi: Ankara İli Örneği”, 81.

<sup>19</sup> Türk Kalp ve Damar Cerrahisi Derneği Yazılı Görsel ve Sosyal Medya Yönergesi. [https://www.tkcd.org/public/uploads/files/tkcd\\_yazili\\_gorsel\\_sosyal\\_medya\\_yonergesi.pdf](https://www.tkcd.org/public/uploads/files/tkcd_yazili_gorsel_sosyal_medya_yonergesi.pdf) (E.T: 01.02.2024)

Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik de öne çıkan mevzuatlar arasında yer almaktadır<sup>20</sup>.

## II. Sağlık Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirme

### A. TTB Tarafından yayımlanan hekimler ile sağlık kurum ve kuruluşlarının elektronik ortamlardaki paylaşımlarına ilişkin kılavuz

Hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının hastalara ilişkin çekilen video ve fotoğrafları sosyal medyada paylaşması ve sosyal medya üzerinden birtakım yazılar yazarak reklam yapması son yıllarda oldukça yaygınlaşmıştır. Nitekim sosyal medya pazarlaması, sağlık sektöründe sıklıkla kullanılan bir sağlık pazarlama aracıdır. Bu bağlamda, konuyu yasal bir düzene bağlama düşüncesi ve artan talepler üzerine hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının elektronik ortamlardaki paylaşımına ilişkin 2016 yılında TBB'nin 67. Büyük Kongresinde Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşları'nın Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz'un yayımlanmasına karar verilmiştir. Bu Klavuz'a göre hekimlerin, yürüttükleri mesleki faaliyete ilişkin tıbbi deontoloji ve meslek etiği kurallarına uygun biçimde internet ortamında paylaşımında bulunabilmesi mümkündür. Hekimlerin sosyal medya paylaşımlarında kimlik bilgileri ve uzmanlık alanları gibi temel bilgiler dışında başka bir ibare kullanmaları yasaklanmıştır. Kılavuz'da hekimlerin sağlığı koruyucu ve geliştirici paylaşımlar yaparak toplumu bilgilendirmesine izin verilmektedir. Ancak hekimlerin paylaşımında gerçekliği bilimsel olarak ispatlanmamış bilgilere yer veremeyecekleri ve paylaşılan bilginin kaynağı ve son güncelleme tarihinin de belirtilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Nitekim hekimin, sosyal medyada yaptığı paylaşımında, "sayfa içeriği sadece bilgilendirme amaçlıdır, tanı ve tedavi için mutlaka doktorunuza başvurunuz" şeklinde hastaların yanlış kaniya varmasını önleyecek şekilde bir açıklama yapmasına da yer verilmesi gerekliliği belirtilmektedir. Bu prensiplerin dışında, Kılavuz'da hastalara ilişkin sır olarak nitelendirilebilecek bilgilerin paylaşımının yasak olduğu, hastanın mahremiyetinin korunması hususunda gerekli tüm önlemlerin alınacağı, hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntülerine ya da ifadelerine yer verilemeyeceği ve sağlık çalışanlarının, hastanın tedavisi öncesinde, tedavisi sırasında ve tedavisi gerçekleştirildikten sonra hasta ile hastanın yakınlarının görüntülerinin paylaşılamayacağı ve hekimlerin paylaşımlarında tıbbi deontoloji kurallarına ve hasta haklarına aykırı nitelikte, abartılı, insanların yanlış yönlendirici, doğru olmayan ifadeler kullanılmayacağı da belirtilmektedir. Bu Kılavuz'daki düzenlemelere aykırı davranan hekime TTB Disiplin Yönetmeliği'ne<sup>21</sup> göre sırasıyla uyarma cezası, idari para cezası, 15 gün ile 6 ay arasında değişen süreyle geçici olarak meslekten alıkoyma cezası verilebilecektir.

### B. Sağlık hizmetlerinde tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine ilişkin yönetmelik

Konuya ilişkin TTB tarafından hazırlanan Kılavuz dışında, 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelikte, sosyal medya araçları da dahil olmak üzere sağlık hizmetlerinde tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine ilişkin temel prensipler düzenlenmektedir<sup>22</sup>. Bir başka ifadeyle, kamuyu bilgilendirme amacı dışında olan özendirmeye yönelik faaliyetlere birtakım yaptırımlar getirilmektedir. Konuya ilişkin Yönetmelik hükümleri temel olarak Kılavuz'daki düzenlemelere paralel bir şekilde kaleme alınmaktadır. Yönetmeliğin 5. maddesinde, hekimlerin sosyal medya paylaşımlarını da içerecek şekilde sağlık hizmet sunumunda açık veya örtülü olarak reklam yapması yasaklanmakta olup, belirlenen ilkelere uyularak tanıtım yapılmasına izin verilmektedir. Yönetmeliğin 6. maddesinde ise, hekimlerin sosyal medya paylaşımları da dahil olmak

<sup>20</sup> Amerika'da 1996 yılında yürürlüğe giren Sağlık Sigortası Taşınabilirlik ve Sorumluluk Yasası (Health Insurance Portability and Accountability Act-HIPAA) gizliliğe ilişkin önemli bir yasal düzenlemedir. Anawade/Sharma/Ghane, 2.

<sup>21</sup> Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği. Resmi Gazete Sayısı: 25446, Resmi Gazete Tarihi: 28.04.2004.

<sup>22</sup> Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik m.1: "Bu Yönetmeliğin amacı; sağlık hizmetlerinde tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerine ilişkin temel ilke ve ölçütlerin belirlenmesi, bu faaliyetlerin denetlenmesi ve uygulanacak yaptırımlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir."

üzere yaptıkları tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde, hasta mahremiyetine saygı gösterilmesi ve kişisel bilgilerin gizli tutulması gerektiği düzenlenmektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan hekimlerin sosyal medya yoluyla hastalarına ilişkin sosyal medya paylaşımları daha çok görsel paylaşımlar yaparak gerçekleşmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesinde, hekimin hastasına ilişkin öncesi sonrası görsel paylaşım yapması yasaklanmakta ve görsel paylaşım yaparken uyması gereken temel kurallar düzenlenmektedir. Buna göre, hekimin hastaya ait olan görsel içerikleri kullanabilmesi için hastanın veya yasal temsilcisinin açık rıza göstermesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğine uyulması gerektiği belirtilmektedir. Bu açık rıza alınırken de, hastaya ilişkin kimlik bilgilerinin gizli tutulması gerekmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca hastanın, paylaşılacak görüntüyü önceden görme hakkı mevcut olup, daha önce vermiş olduğu görsel paylaşım iznini dilediği zaman geri alabilmektedir. Bunların dışında düzenlemede göze çarpan önemli hususlardan diğerleri ise, cerrahi veya tıbbi müdahale sırasında ve ameliyathanede hastaya ait görüntünün ve ahlak kurallarını ihlal edici biçimde vücudun mahrem kısımlarına ait görsel içeriklerin paylaşılacağı prensipleridir.

Yönetmeliğin 8. maddesinde ise, paylaşımların idari denetimi düzenlenmektedir. Yapılan paylaşımların Yönetmeliğe uygun yapılıp yapılmadığının denetimi İl Sağlık Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Komisyonlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinde ise, hekimler tarafından Yönetmelik hükümlerine aykırı paylaşım yapılması halinde 1219 sayılı Kanun'a<sup>24</sup> göre idari para cezası uygulanacağı belirtilmektedir. İdari para cezasının dışında, yapılan paylaşımların bireylerin sağlığını tehdit eden, tanı ve tedavi sürecini negatif yönde etkileyen veya bu süreci engelleyici nitelikte suç unsurunun bulunduğu tespit edilen nitelikte olduğu durumlarda 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun<sup>25</sup> hükümleri uyarınca ilgili içeriklerin erişime engellenmesi için suç duyurusunda bulunma imkânı da mevcuttur.

Belirmek gerekir ki, hekimlerin hastalarına ilişkin yaptığı paylaşımlar halihazırda Hasta Hakları Yönetmeliği, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi sağlık hukukuna ilişkin mevzuatlarda çeşitli hükümlerle düzenlenmektedir. Kanaatimizce, söz konusu Yönetmelik hekimlerin hastalara ilişkin paylaşımlarda bulunurken ve sağlık hizmetinde tanıtım ve bilgilendirme yaparken hangi prensiplere uygun davranmaları gerektiğine ilişkin farklı mevzuatlardaki kuralları derlemiş olması bakımından isabetlidir. Yönetmelik hekimlerin hastaların mahremiyetini ihlal edici şekilde paylaşımlar yapması veya açık ya da örtülü reklam yaparak bilgilendirme ve tanıtım faaliyetlerinde bulunması konusunda ciddi yaptırımlar getirmektedir.

Gerek TBB tarafından yayımlanan Kılavuzda, gerekse 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelik'te belirtilen ilkelere aykırı yapılan sosyal medya paylaşımlarına ilişkin idari yaptırımlar düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, hekimlerin yapmış olduğu hukuka aykırı sosyal medya paylaşımları sadece idari sorumluluklarını değil, aynı zamanda hukuki ve cezai sorumluluklarının da doğmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere hekimin yapmış olduğu hukuka aykırı sosyal medya paylaşımı hastanın özel hayatını ve mahremiyetini ve hastanın kişisel verilerini ihlal edebilir. Bu durumda ise hastanın kişilik hakkının ihlalinden doğan koruyucu davalar ve tazminat davası açması söz konusu olabilir. Hekimin hastasına ilişkin sosyal medya paylaşımları sadakat yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hekimin tazminat sorumluluğunun doğmasına yol açabilir. Bu davalar dışında, hekim tarafından yapılan

<sup>23</sup>Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik Eki. (Görsel İçerik Kaydetme ve İşleme Onam Formu) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/07/20230729-29-1.pdf> (E.T: 25.01.2024).

<sup>24</sup>Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun. Kanun Numarası:1219, Kabul Tarihi: 11.04.1928.

<sup>25</sup> İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun. Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007.

bu tür paylaşımlar hukuka aykırı reklam niteliğinde olabilir ve mesleki disiplin yaptırımını dışında, Reklam Kurulu tarafından yaptırım uygulanması da gündeme gelebilir.

### III. Hekimlerin Hastalarına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarının Özel Hayata Saygı Hakkı ile Hasta Mahremiyetinin Korunması Açısından İncelenmesi

#### A. Genel olarak

Hekimin hastasına ilişkin video, resim, yazı vb. içeren sosyal medya paylaşımları belirlenen ilkelere aykırı yapıldığında hastanın özel hayata saygı ve hasta mahremiyeti hakkını ihlal edebilir. Özerklik hakkının temel bileşeni<sup>26</sup> olarak da görülen mahremiyet hakkı gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuatlarda düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, mahremiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>27</sup>'nin 8. maddesinde, Biyotıp Sözleşmesi'nin<sup>28</sup> 10. maddesinde ve Anayasa'nın<sup>29</sup> 20. maddesinde özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, özel hayatın gizliliği şeklinde ifade edilmektedir. Bu düzenlemelere paralel olarak Hasta Hakları Yönetmeliği'nin<sup>30</sup> 5. maddesinde, özel hayatın gizliliği ve yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesinde<sup>31</sup>, hasta mahremiyetinin korunması gerekliliği düzenlenmektedir. Nitekim hasta mahremiyetinin korunmasına ilişkin Sağlık Bakanlığı tarafından 2016 yılında "Hasta Mahremiyetine Saygı Gösterilmesi" genelgesi yayımlanmıştır<sup>32</sup>. Belirtmek gerekir ki, özel hayatın korunması ile ilgili düzenlemelerde bu kavram hem özel hayat hem de mahremiyet olarak kullanılmaktadır. Hasta mahremiyeti, hastanın sağlığına ilişkin yapılan işlemlerin ve ulaşılan sonuçların gizlilik içinde gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>33</sup>. Bir başka ifadeyle hasta mahremiyeti, hastanın sınırlarını kendisinin belirlediği ve kimse tarafından bilinmesini istemediği özel yaşam alanıdır.

Dolayısıyla, hekimlerin, hastanın tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntüleri sosyal medyada paylaşması hasta mahremiyetini de ihlal etmektedir<sup>34</sup>. Özel hayatın korunması, bireyin maddi ve manevi

<sup>26</sup> Nurdan Kırımlioğlu, "The Right to Privacy and the Patient Views In the Context of Personal Data Protection in the Field of Health", Biomedical Research, 28/4 (2017), 1465.

<sup>27</sup> 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren "İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (İHAS)"dir. Türkiye 18 Mayıs 1954'te sözleşmeyi onaylamış, 28 Ocak 1987'de de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir.

<sup>28</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun. Kanun Numarası:5013, Kabul Tarihi: 03.12.2003.

<sup>29</sup>1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Kanun Numarası:2709, Resmi Gazete Tarihi:09.11.1982.

<sup>30</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği. Resmi Gazete Sayısı: 23420, Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998.

M.5: "... Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...".

<sup>31</sup>Hasta Hakları Yönetmeliği m.21: "... Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir...".

<sup>32</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, (15/07/2016) Genelge, Hasta Mahremiyetine Saygı Gösterilmesi, Sayı: 54567092-641-99-3104

<sup>33</sup> Yakup Korkmaz, "Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 8/15 (2020), 579; Neslihan Can, "Hasta Mahremiyeti Hakkı", TBB Dergisi, 147 (2020), 185; Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan Sağlık Kalite Standartları Rehberinde de benzer tanım yapılmaktadır. Musa Özata- Kubilay Özer, "Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyeti Konusundaki Tutumlarının İncelenmesi", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 20/1 (2017), 3.

Hasta mahremiyetinin fiziksel, psikolojik ve bilişsel olmak üzere üç türü mevcuttur. İlgün Özen Çınar- Feyza Dağlı, "Mesleki Uygulama Yapan Öğrencilerin Hasta Mahremiyetine İlişkin Görüşü", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, 29/1 (2021), 79. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim Akar vd., "Hasta Mahremiyetinin Değerlendirilmesi", Sağlık Akademisyenleri Dergisi, 6/1 (2019), 64; Havva Nur Atalay, "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması", Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi, 1 (2021), 4.

<sup>34</sup> Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı*, 1.Bası, (İstanbul: Babil Yayınları, 2008), 227. Hastanın fotoğraflarının tanınmayacak şekilde paylaşılması gerektiği, aksi takdirde hukuka aykırılık oluşacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, 1. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2009), 164.

Amerika'da verilen bir kararda hastalara ait fotoğrafın hasta mahremiyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve hastanın ameliyatlardan önce ve sonra çekilmiş olan fotoğraflarının hastanın ismine yer verilmesi bile hastanın izni olmadan yayınlanamayacağı belirtilmektedir. Vassiliades v Garfinckel's, 492 A2d 580 (DC 1985).

Benzer yaklaşım için bkz. Bryan A. Liang, "Medical Information, Confidentiality, and Privacy", Hematology/Oncology Clinics of North America, 16 (2002), 1438; Anawade vd, 2.

bütünlüğünün korunması açısından da oldukça önemlidir. Belirmek gerekir ki, özel hayata saygı hakkı kişiye ait bu bilgilerin gizliliğinin korunmasını gerektirmektedir<sup>35</sup>. Özel hayat, gizli hayata dahil olmayan ancak kişinin ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi yakın ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olaylardır<sup>36</sup>. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere TMK'da da özel hayat ve mahremiyet kişisel değerlerden biri olarak TMK m.23 ve devamında kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır<sup>37</sup>.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, kişinin fotoğrafı hem TMK m.23 ve devamında kişisel değer olarak hem de FSEK'in 86. maddesinde<sup>38</sup> koruma altına alınmaktadır<sup>39</sup>. Söz konusu hükme göre, eser niteliğinde olmasa bile kişinin resminin, resmedilenin rızası olmadan teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemeyeceği düzenlenmektedir<sup>40</sup>. Kişinin fotoğrafının çoğaltma, dış görünüş ve tanınabilirlik olmak üzere üç unsuru içerdiği belirtilmektedir<sup>41</sup>. Çoğaltmada, kişinin dış görünüşünün kopya edilmesi gerektiği ve resmedilmede kullanılan tekniğin önemli olmadığı ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Dolayısıyla hekimin hastanın fotoğrafını çekmesi şeklinde resmedilmesi bu unsuru sağlamaktadır. İkinci unsur olan dış görünüş unsurunda, resmedilen görünüşün kişinin taşınırı/taşınmazı ya da tomografi, ultrasonu değil, dış görünüşü olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Hekimin hastanın dış görünüşünü içeren herhangi bir fotoğrafı paylaşması da yine bu kapsamda değerlendirilir. Son unsur olan tanınabilirlikte ise, kişinin tanınmasına elverişli olacak şekilde resmedilmesi gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, resmedilen biçimden kişinin tanınması mümkün olmuyorsa kişinin resminden bahsedilmesi söz konusu olmamaktadır<sup>44</sup>. Yargıtay kararlarında kişinin yakın çevresi tarafından tanınmasını sağlayan bir biçimde resmedilmesi kistası aranmaktadır<sup>45</sup>. Dolayısıyla, hekim tarafından yapılan paylaşımda hastanın yakın

<sup>35</sup>Kemal Atasoy, "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22/3 (2016), 277; Jerome R. Morse- Anna L. Casemore, "Doctor-Patient Confidentiality: To Disclose or Not to Disclose", Advocates Quarterly, 22 (2000), 312.

<sup>36</sup>Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 9.Bası, (İstanbul: Legal Yayınları, 2021), 124; Mustafa Dural- Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 22. Bası, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 138.

<sup>37</sup>Helvacı, 124; YHGK, E: 2010/2-751, K: 2011/96, T: 13.04.2011: "... Kişisel değerler maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerler ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam gibi manevi değerler kişisel değerler olarak kabul edilmektedir...". (kazancı, ET: 04.03.2024).

<sup>38</sup>FSEK m.86: "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez...".

<sup>39</sup>Yargıtay 11. HD, E:2019/1117, K:2019/8033, T:10.12.2019 (kazancı, E.T:21.03.2024) "... Mahkemeye, iddia, savunma, bozma ilanı ve tüm dosya kapsamına göre, davacının fotoğraf ve görüntülerinin davalı tarafından internet ortamında tespit edilerek izni alınmaksızın kullanıldığı, eylemin davalının ticari faaliyetinin konusunu oluşturan spikerlik eğitimiyle ilgili yani ticari amaçlı olduğu, bu durumun FSEK'in 86. maddesinde belirlenen davacıya ait fotoğraf ve görüntülerin izni olmadan teşhir ve diğer suretlerde umuma arzı niteliğinde bulunduğu, somut olayda aynı maddede sınırlı olarak belirlenen muvafakat gerektirmeyen istisnai hallerden birinin de bulunmadığı, davacının fotoğrafının ve görüntüsünün izinsiz olarak kullanımı sebebiyle kişilik haklarının örselendiği ve manevi huzursuzluk yaşadığı gerekçesi ile kullanımın niteliğine, tarafların mali ve ekonomik durumlarına, sosyal durumlarına göre davanın kabulüne 5.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir...".

Kişinin fotoğrafının FSEK m.86 hükmüne göre korunmasının mümkün olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Elif Dinler, "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", NEÜHFD, 5/1 (2022), 335.

<sup>40</sup>Yargıtay 4. HD. E. 2008/6920, K. 2009/3478, T. 10.03.2009. (kazancı, ET:20.03.2024). "... Bir kimsenin dış görünümü üzerinde kişilik hakkı vardır. Fotoğraf ise, bir kimsenin dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayan cisimdir. Bu nedenle, kişinin dış görünüşünü yansıtan fotoğrafı üzerinde korunmaya değer kişilik hakları bulunmaktadır. Kural olarak, kişinin rızası alınmadan resminin veya fotoğrafının yayınlanmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir...". Resmin, kişinin başkalarından ayırt edilmesini sağlayan ve üzerinde tasarruf sahibi olduğu kişilik varlıkları arasında olduğuna ilişkin bkz. YHGK. E. 2004/13-61, K. 2004/110, T. 25.02.2004. (kazancı, E.T: 20.03.2024).

<sup>41</sup>Egemen Işık, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/4 (2020), 1736.

<sup>42</sup>Mustafa Alper Gümüş, "Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı" KOÜHFD, 1/1 (1997), 365.

<sup>43</sup>Şafak Parlak Börü, *Fotoğraf Üzerindeki Haklar*, 1. Bası, (Ankara: Turhan Yayınları, 2013), 398 vd; Dinler, "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", 337.

<sup>44</sup>Gümüş, "Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı" 366; Gediz Kocabaş, *Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2004), 38.

<sup>45</sup>Yargıtay 4.HD. E. 2005/11682, K. 2006/2657, T. 21.11.2006. (kazancı, E.T: 21.03.2024). "... Davacının resmi, rızası dışında çekilerek ve yakın çevresi tarafından tanınacak şekilde bilgilerle birlikte yüzü kısmen kapatılarak gazetede yayınlanmıştır. Bu yayınlara birlikte davacıya birtakım isnatlarda bulunulmuştur. Gerçekliği kanıtlanmayan ve yakın çevresi tarafından tanınmasına

çevresi tarafından tanınabilir durumda olması halinde bu unsurun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Kişilik hakkını koruyan TMK m.23'e göre FSEK m.86'nın özel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmektedir<sup>46</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki, FSEK m.86'ya göre kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin FSEK kapsamındaki koruma, resmin yayımlanmasıyla sınırlı olarak uygulama alanı bulmaktadır<sup>47</sup>. Konumuz açısından incelediğimizde, hastanın izni alınmaksızın çekilen resmi yayımlanmamışsa FSEK m.86 kapsamında koruma söz konusu olmaz. Resmi çekilen ancak henüz yayımlanmayan hasta resmedilmesi sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilmişse TMK m.23 vd. hükümlerine başvurulabilir<sup>48</sup>.

## B. İhlale ilişkin başvurulabilecek yollar

Belirttiğimiz üzere, özel hayat ve mahremiyet kişisel değerlerden biri olarak TMK m.23 ve devamında kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır. Hekimin hastasına ilişkin fotoğraf, video vb. içerikte sosyal medya paylaşımları hastanın mahremiyetini ihlal ettiği takdirde, hasta özel hukuk çerçevesinde birtakım koruyucu davalar ve tazminat davası açabilir<sup>49</sup>.

Koruyucu davalardan bir tanesi, durdurma (saldırıya son verme) davasıdır. Hasta kişilik hakkına ilişkin ihlalin başlamış ve devam ediyor olduğu durumlarda bu davayı açabilir<sup>50</sup>. Örneğin, hekim rızasını almadan hastasına ilişkin yazı, fotoğraf veya video yoluyla sosyal medya paylaşımı yaparsa hasta söz konusu davayı açabilir. Davanın açılması için hekimin kusurlu olmasına veya hastanın bir zarara uğramasına da gerek bulunmamaktadır<sup>51</sup>.

Bir diğer dava ise, önleme davasıdır. Bu davada hastanın özel hayatına ilişkin hekim tarafından sosyal medya yoluyla ihlal başlamamakla birlikte, ihlal tehlikesinin bulunduğu hallerde açılır<sup>52</sup>. Örneğin, hastanın rızasını almadan ve hasta mahremiyetini ihlal edecek şekilde hekim tarafından bir yazının veya videonun hazırlanmakta olduğunu öğrenirse, bunun sosyal medya yoluyla paylaşımını engellemek amacıyla hasta önleme davası açabilir. Bu dava kişilik hakkına ilişkin ihlal tehlikesi bulunduğu sürece açılabilir. Bir başka ifadeyle, hekim hasta mahremiyetini ihlal edici şekilde hazırlamış olduğu sosyal medya paylaşımını yapmaktan vazgeçerse, tehlike ortadan kalktığı için bu davanın açılması söz konusu olmaz.

Hastanın açabileceği koruyucu davalardan bir diğeri ise, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. TMK m.25'e göre, bu davanın açılabilmesi için saldırının tamamlanmış olması ancak tamamlanmış olmasına rağmen etkisinin devam ediyor olması gerekmektedir<sup>53</sup>. TMK m.25/II'ye göre ise, davacı düzeltme, kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ve yayımlanması taleplerinde bulunabilir<sup>54</sup>. Örneğin hastanın fotoğrafının hastadan izin alınmaksızın sosyal medyada paylaşarak yayımlanması

---

*imkân verecek biçimde fotoğrafının da yayımlanması suretiyle gerçekleştirilen bu şekildeki bir yayının davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu açıktır. Mahkemece uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir...".*

<sup>46</sup> Işık, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", 1731.

<sup>47</sup> Yargıtay 11. HD, E. 2019/1117, K. 2019/8033, T. 10.12.2019 (kazancı, E.T:21.03.2024) "... Mahkemece, iddia, savunma, bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, davacının fotoğraf ve görüntülerinin davalı tarafından internet ortamında tespit edilerek izni alınmaksızın kullanıldığı, eylemin davalının ticari faaliyetinin konusunu oluşturan spikerlik eğitimiyle ilgili yani ticari amaçlı olduğu, bu durumun FSEK'in 86. maddesinde belirlenen davacıya ait fotoğraf ve görüntülerin izni olmadan teşhir ve diğer suretlerde umuma arzı niteliğinde bulunduğu, somut olayda aynı maddede sınırlı olarak belirlenen muvafakat gerektirmeyen istisnai hallerden birinin de bulunmadığı, davacının fotoğrafının ve görüntüsünün izinsiz olarak kullanımı sebebiyle kişilik haklarının örselendiği ve manevi huzursuzluk yaşadığı gerekçesi ile kullanımın niteliğine, tarafların mali ve ekonomik durumlarına, sosyal durumlarına göre davanın kabulüne 5.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir...".

<sup>48</sup> Kişinin resmi üzerindeki hakkın bağımsız olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Işık, "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", 1731.

<sup>49</sup> Korkmaz, "Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti", 590.

<sup>50</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 162.

<sup>51</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163.

<sup>52</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163.

<sup>53</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163.

<sup>54</sup> TMK m.25/II: "... Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir..".

durumunda hasta hukuka aykırılığın tespitini talep edebilir. Hekimin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımı sonucunda hastanın özel hayatı ve hasta mahremiyetinin ihlal edilmesine bağlı olarak bu durumdan kazanç elde eden hekim aleyhine TMK m.25/III'e göre kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi de talep edilebilir. Bu dava esasen TBK m.530'da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden kaynaklanmaktadır<sup>55</sup>. Kazancın iadesi davasında, kişiliğe yapılan hukuka aykırı ihlal sebebiyle birtakım menfaatler elde edilmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen artışın ödenmesi söz konusudur<sup>56</sup>. Kazancın iadesi davası açılabilmesi için, hastaya özel hayatının ihlal edilmesi, ihlalin hukuka aykırı olması, hekimin hastanın gerçekleştirmek istemediği veya istemeyeceği bir kazanç sağlaması ve ihlal ile kazanç arasında illiyet bağının mevcut olmasıdır. Bu davanın açılması için hekimin kusurlu olmasına gerek yoktur<sup>57</sup>. Örneğin, hastaya ait fotoğrafın izinsiz olarak hekim tarafından sosyal medyasında reklam olarak kullanılması ile kazanç elde edilmesi halinde bu dava açılabilir.

Bu düzenlemeler dışında, kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden biri olan özel hayatı hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilen hasta, TMK m.25/III gereğince ihlal sebebiyle malvarlığında oluşan azalmayı tazmin etmek için maddi ve manevi tazminat davası açabilir<sup>58</sup>. Maddi tazminat davası, kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde zarar gören hastanın, bu sebeple malvarlığında meydana gelen azalmanın tazminini sağlamak amacı ile açtığı davadır<sup>59</sup>. Maddi tazminat davasının açılabilmesi için hastanın özel hayatı hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmiş olmalı, ihlal sonucunda hasta zarara uğramalı, hekimin kusuru olmalı ve ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır<sup>60</sup>. Maddi tazminat dışında TBK m.25/III ve TBK m.58'de<sup>61</sup> kişilik hakkı zarar gören manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir. Maddi zarardan farklı olarak manevi zararda, hastanın hissettiği manevi acı, keder, elem ve üzüntünün tazmini amacıyla tazminat talebi söz konusudur<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> TBK m.530: “.. İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür...”. Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 170; Yargıtay 3. HD, E. 2003/14214, K. 2003/14097, T. 08.12.2003 (kazancı, E.T:12.06.2024).

<sup>56</sup> Dural/Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 160; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 170.

<sup>57</sup> Dural/Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 160; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 170; Serap Helvacı- Gülşah Sinem Aydın, “Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu”, *MÜHF-HAD* 23/1 (2017) 273.

<sup>58</sup> Dural- Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 161; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 166; Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2010), 159.

<sup>59</sup> Dural- Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 161; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 166.

<sup>60</sup> Dural- Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 161; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 166; M. Kemal Oğuzman- M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, 11. Bası, (İstanbul: Vedat Yayınları, 2014), 12 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 28. Bası, (Ankara: Legem Yayınları, 2023), N.1612 vd; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1*, 2. Bası, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2019), 61 vd.

<sup>61</sup> TBK m.58: “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir...”.

<sup>62</sup> Yargıtay 11.HD. E. 2015/12654, K. 2017/461, T. 24.01.2017. (kazancı, E.T: 21.03.2024). “.. FSEK'in 86. m. belirlenen davacıya ait fotoğrafın izni olmadan teşhir ve diğer suretlerde umuma arzı niteliğinde bulunduğu, somut olayda aynı maddede sınırlı olarak belirlenen muvafakat gerektirmeyen istisnai hallerden birinin de bulunmadığı, davacının resminin izinsiz ve ticari amaçla kullanıldığı, davalının reklam amaçlı bu kullanımdan dolayı esasen bir sözleşmeyle bu fotoğrafı reklam yüzü olarak kullanması halinde davacıya ödemesi gereken tutar kadar bir ekonomik yarar elde ettiği, yapılan piyasa araştırma sonuçlarına göre böyle bir reklam için kullanılacak yüzün, sözleşme değeri, reklamı yapılacak ürünün niteliği, kullanım alanı, toplumsal getirisi yanında reklam afişinin boyutu, süresi ve yayınlanma alanı dikkate alınarak maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği...”. Yargıtay 11.HD. E. 2014/19061, K. 2015/4357, T. 30.03.2015. (kazancı, E.T: 21.03.2024). “...somut olayda davalının, davacının murisi olan babasının isim ve resmini izinsiz olarak kullandığı, bu kullanımın meşru bir hakka dayalı olmadığı, eylemin FSEK 86/1., *Borçlar Kanunu'nun* 57. ve *TTK'nın* 54. maddesine aykırılık teşkil ettiği, davacının murisinin isminin ve resminin rıza dışı kullanımının aynı zamanda *TMK'nın* 26. maddesine de aykırı olduğu gerekçesiyle davacının babası olan ...'a ait kişisel bilgi ve fotoğrafların internet, basın yayın, her türlü görsel ve yazılı medyada kullanımının menine, davalı tarafından ...alan adlı internet sitesinin kullanımının engellenmesine, 10.000,00 TL manevi tazminatın 16.3.2011 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir...”.

Yargıtay HGK. E. 2017/11-138, K. 2020/844, T. 04.11.2020. (kazancı, E.T:12.06.2024). “.. 6098 Sayılı *TBK'nin* 58. maddesiyle ilgili açıklamalarda bulunmadan önce 4721 Sayılı *Türk Medeni Kanunu'nun* ( *TMK* ) 24. maddesine değinmekte yarar vardır. Bu maddede; “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” hükmü yer almaktadır. 6098 Sayılı

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların birbirlerine karşı özel hayatın ve mahremiyetin korunmasına ilişkin yüklendiği borçlar da mevcuttur<sup>63</sup>. Bu bağlamda hasta ile hekim arasında iyileştirme amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerde hekimlik sözleşmesi bulunmaktadır ve bu sözleşme vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir<sup>64</sup>. Vekil konumunda olan hekimin gerek sözleşme süresince gerekse sözleşme ilişkisi tamamlandıktan sonra kendisine duyulan güveni boşa çıkartmayacak ve vekalet veren konumunda olan hastanın menfaatini koruyacak şekilde davranması ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir<sup>65</sup>. Nitekim TBK m.506/II'de vekilin sadakat ve özen yükümlülüğü düzenlenmektedir<sup>66</sup>. Vekilin, vekalet verene olan sadakat yükümlülüğü özen yükümlülüğünü tamamlayan bir borç olarak da görülmektedir<sup>67</sup>. Vekilin sadakat borcunun somutlaşmış halleri arasında sır saklama ve gizlilik yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>68</sup>. Dolayısıyla, vekil konumunda olan hekim, hastasının rızası olmaksızın hastasına ilişkin kişisel bilgileri, fotoğrafları, videoları vb. sosyal medyada paylaşırsa hasta mahremiyetine ve bu kapsamda sadakat yükümlülüğüne de aykırı davranmış olur<sup>69</sup> ve tazminat talebi gündeme gelir.

Estetik amaçlı yapılan tıbbi müdahalelerde ise, hasta ve hekim arasında eser sözleşmesinin mevcut olduğu Yargıtay kararlarında benimsenmektedir<sup>70</sup>. Eser sözleşmesinde yüklenici konumunda olan

---

*TBK'nin "Kişilik Hakkının Zedelenmesi" başlıklı 58. maddesinde ise; "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir." düzenlemesine yer verilmiştir. TMK'nin 24. maddesi ve 6098 Sayılı TBK'nin 58. maddesiyle koruma altına alınan kişilik hakları, bedensel ve ruhsal tamlik ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru, sır alanı, mesleki itibarı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir. Görüldüğü üzere, 6098 Sayılı TBK'nin 58. maddesi gereğince kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Burada kural olarak doğrudan doğruya zarar görme koşulu aranmaktadır. Ancak kişilik değerlerinin kapsam ve çerçevesi, yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyimine bağlı olarak belirlenmelidir. 6098 Sayılı TBK'nin 58. maddesi genel bir düzenleme olup, öngördüğü koşullar gerçekleştiğinde, ruhsal uyum dengesi sarsılanın, kişilik değerlerine saldırı nedeniyle manevi tazminat isteyebilmesi olanağı vardır. Manevi tazminat isteminin temelinde, davalının haksız eylemi yatmaktadır. Bilindiği üzere haksız eylemin unsurları hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunmasıdır. Öte yandan, kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir ise de, hakim özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı, adalete uygun olmalıdır. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate almalıdır...".*

Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 161; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 166; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, 40; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N.1652; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2*, 213, 223 vd; Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 3. Bası, (İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2021), 24 vd; Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, 1. Bası (İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2015), 46 vd.

<sup>63</sup> Sert, *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı*, 69.

<sup>64</sup> Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 3.Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 132; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 698; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), 1150; Cevdet Yavuz vd., *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 17. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 639; Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 17.Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 600 vd. *".. Davanın temeli, doktor ve özel hastanenin sorumluluğuna ilişkin olup, bir davada dayanılan olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini arayıp bulmak hâkimin doğrudan görevidir. (1086 sayılı HUMK. 76.md., 6100 sayılı HMK. 33.md.). Dava, davalı ... hastane ve doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır.."* Yargıtay 13. HD, E. 2016/6074, K. 2017/8426, T. 20.09.2017. (kazancı, E.T: 06.03.2024)

<sup>65</sup> Firdevs Arslan, "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/1 (2020), 410.

<sup>66</sup> TBK m.506/II: *".. Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözetererek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.."*

<sup>67</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 726.

<sup>68</sup> Murat Volkan Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2015), 59; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 155; Sunay Öner Akyıldız-Hasan Özkan, *Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, 1. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 66.

<sup>69</sup> Arslan, "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti", 411.

<sup>70</sup> *".. Sözleşme ile davacıya estetik müdahalelerde bulunulması kararlaştırılmıştır. Davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin niteliği itibarıyla hekim ile hasta arasında tedaviye ilişkin sözleşmeden farklı olduğu ve eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Eser sözleşmesini düzenleyen TBK'nin 470. maddesi uyarınca yüklenicinin edimi bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin edimi ise, karşılığında bedel ödemeyi üstlenmesidir. Eser sözleşmesinin niteliği gereği yüklenici sonucu garanti etmektedir. Davacı, göğüs küçültme ve dikleştirme (toparlama) ve karın gerdirme gayesiyle yani estetik amaçla davalıya baş vurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanması ve sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi hususlarının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu"*



hekimin TBK m.471'de sadakat ve özen yükümlülüğü düzenlenmektedir<sup>71</sup>. Nitekim özellikle estetik cerrahi hekimler tanınırlıklarını arttırmak, becerilerini göstermek ve daha çok hastaya erişebilmek amacıyla hastaya yaptıkları estetik müdahalelere ilişkin hastanın rızasını almadan görsel paylaşımlar yapmaktadır. Bu davranış hasta mahremiyetinin, eser sözleşmesinde hekimin sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olduğundan sözleşmeye aykırılık söz konusu olur ve hekim aleyhine tazminat davası açılabilir<sup>72</sup>. Dolayısıyla, hekim ve hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu anda hekimin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımlarının hasta mahremiyetini ihlal etmesi sebebiyle sözleşme aykırılıktan ötürü hekimin sorumluluğu söz konusu olur.

#### IV. Hekimin Hastasına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarının Kişisel Sağlık Verileri Açısından İncelenmesi

##### A. Genel olarak

Kişisel veri, teknolojinin her geçen gün gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla beraber oldukça önemli bir konuma gelmektedir. Nitekim önceden az sayıda kişi veya kurumda bulunan kişisel verilerimiz teknolojinin gelişmesi sonucunda dijital ortama aktarılarak internet aracılığıyla herkesin erişimine açılmıştır<sup>73</sup>. Kişisel veri, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunmasıyla bağlantılı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>74</sup>. Anayasa'nın 20. maddesine 2010 yılında eklenen üçüncü fıkrayla, kişisel verilerin korunması hakkı hukukumuzda temel bir hak olarak kabul edilmiştir<sup>75</sup>. Avrupa Birliğinde (AB) de 27 Nisan 2016'da, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) kabul edilmiş ve 25 Mayıs 2018 tarihinde 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifini ilga ederek yürürlüğe girmiştir<sup>76</sup>.

GDPR'nın tanımlar başlıklı 4. maddesinde, kişisel veri, *"kimliği belirlenmiş veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ("veri öznesi") ilişkin her türlü bilgidir; kimliği belirlenebilir bir gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı gibi bir tanımlayıcıya ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak belirlenmiş bir kişidir"* olarak tanımlanmaktadır. Kişisel sağlık verisi ise, *"sağlık hizmetlerinin sağlanması da dâhil olmak üzere, bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgileri açığa çıkararak, söz konusu gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel verilerdir"* şeklinde GDPR'da yer almaktadır. Aşağıda açıklayacağımız üzere, gerek kişisel veri gerekse kişisel sağlık verisi kavramları Türk hukuku ve GDPR'da paralel bir şekilde tanımlanmaktadır. GDPR'nın 9. maddesinde, kişisel sağlık verilerinin işlenmesinin kural olarak yasak olduğu ancak birtakım koşulların varlığı halinde işlenmesinin hukuka uygun olduğu, kişisel sağlık

*açıkır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfi ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır..."* Yargıtay 15. HD, E. 2020/1808, K. 2020/2925, T. 09.11.2020. (kazancı, ET: 04.03.2024).

*"...Davacı, burun estetiği gayesiyle yani estetik amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfi ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır..."* Yargıtay 15. HD, E. 2019/2716, K. 2019/3692, T. 30.09.2019 (kazancı, ET: 04.03.2024).

<sup>71</sup> TBK m.471: *".. Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözetererek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır..."*.

<sup>72</sup> Korkmaz, "Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti", 590.

<sup>73</sup> Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", 44.

<sup>74</sup> Yeşim Çelik, "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı", TAAD, 8/32 (2017), 395. Kişisel verilerin, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı mı yoksa bağımsız bir kavram mı olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", 34.

<sup>75</sup> Anayasa m.20/3: *"... 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. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir..."*.

<sup>76</sup>2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. (ET:19.02.2024).

verilerinin işlenmesine ilişkin asgari koşullar ve bu koşulları ağırlaştırarak ek bir takım koşulların da konulmasının mümkün olduğu düzenlenmektedir<sup>77</sup>.

Türk hukukunda AB hukukundaki gelişmelere paralel olarak, 2016 yılında KVKK yürürlüğe girmiştir. Gerek AB'nin 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4. maddesinde<sup>78</sup> gerekse KVKK m.3'te<sup>79</sup> kişisel veri Yargıtay kararlarına paralel bir şekilde tanımlanmaktadır. Yargıtay Kararlarında kişisel veri, “.. *Kişinin; Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, nüfusa kayıtlı olunan yer (İl, İlçe, mahalle veya köy), anne adı, baba adı, medeni hal (Evli, bekâr, boşanmış), cilt ve aile sıra no, kan grubu evlenme tarihi, boşanma tarihi ve mahkeme kararı özet bilgileri, ad-soyad veya diğer kayıt düzeltmeleri, vatandaşlıktan çıkarılma bilgileri, evlatlık ilişkisi, adres, din, bitirilen okullar (ilk-orta-yüksek), hastalıklar, hastalıklar ile ilgili tahlil sonuçları (DNA bilgileri), mali durum (servet, alınan ücretler), ahlaki eğilimler, zaafılar, çevre ile ilişkiler, hatıra, anı ve günlükle ilgili defterindeki bilgiler, siyasi görüş (oy verdiği partiler, üye olduğu dernekler), alışkanlıkları, sevdiği kitaplar veya gazeteler, alışveriş eğilimleri, vergi numarası, e posta adresi, banka bilgileri, bilgisayarının IP numarası, emeklilik ve kurum sicil numarası, aldığı ödüller, parmak izi, avuç içi izleri, mektupları, yazılar, kitaplar, telefon numaraları, mesajları, fiziki kimliği (boy, kilo, engellilik durumu, ten rengi, göz rengi, saç rengi ve şekli, sesi, genel görünüm, ayak ve beden numarası) ve çok daha fazla bilgi kişisel veri kapsamında değerlendirilebilecektir*” şeklinde tanım yapıldığı görülmektedir<sup>80</sup>.

Kişisel sağlık verisi ise, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliğin<sup>81</sup> 4. maddesinde, “*Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri ifade eder*” şeklinde tanımlanmaktadır. KVVK m.6'da ise, kişisel sağlık verileri özel nitelikli, hassas veri kategorisinde sayılmaktadır ve kişinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu belirtilmektedir. KVVKm.10'a göre ise, hastanın açık rızası alınmadan önce aydınlatmanın yapılması gerektiği düzenlenmektedir<sup>82</sup>. Söz konusu hükümde kişisel verilerin işlenmesi sırasında veri sorumlusunun kişisel verilerin hangi amaçla işlenebileceği, kimlere, hangi amaçla aktarılabilirliği gibi konulara ilişkin aydınlatma yapma yükümlülüğünün bulunduğu düzenlenmektedir<sup>83</sup>. Kişisel sağlık verileri kişinin özel hayat ve sır alanı kapsamında korunması gereken kişisel değerlerden biri olarak görülmektedir<sup>84</sup>. Nitekim yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, sır saklama yükümlülüğü hekimin vekalet ve eser sözleşmelerinden doğan sadakat yükümlülüğünün de bir görünümüdür. Bu

<sup>77</sup> 2016/679 AB Genel Veri Koruma Tüzüğü m.9.

<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf> (ET:01.07.2024)

<sup>78</sup> 2016/679 AB Genel Veri Koruma Tüzüğü m.4. <https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf> (ET: 21.02.2024)

<sup>79</sup> Kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmaktadır.

<sup>80</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/12-1514, K. 2014/312, T. 10.06.2014; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2018/8466, K. 2019/9054, T. 18.09.2019. (kazancı, ET: 21.02.2024).

<sup>81</sup> Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik. Sayı:30808, Resmi Gazete Tarihi: 21.06.2019

Amerikada'da konuya ilişkin 2003 yılında ilk federal gizlilik standartlarını sağlayan HIPAA Gizlilik Kuralı yayımlanmıştır. Bu kuralda hekimler, hastaneler gibi kişi ve kuruluşların hasta bilgilerinin gizliliğine ve korunmasına ilişkin uymaları gereken standartlar düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Househ, 495

<sup>82</sup> Serdar Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, 1. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 94.

<sup>83</sup> KVKK m.10: (1) *Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.*

<sup>84</sup> Hakan Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, 3. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023) 495; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 69; Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Bası, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010), 47.

Nitekim Yargıtay sağlık bilgilerinin kamuya açıklanmasının özel yaşamın gizliliğini ihlâl ettiği yönünde karar vermiştir. Yargıtay 4. HD, E. 2430/1997, K. 3602/197, T. 28.03.1997. (kazancı, ET:21.02.2024) “... *Davalı avukatın, davacının oğlunun iyileştirilmesi için yapılan tıbbî araştırmaya verilen karşılıkları, bilgileri ele geçirerek bunları kamuoyuna açıklaması, özel yaşamın gizliliğine dokunulamayacağı esasına aykırı bir davranıştır..*”

yükümlülük aynı zamandan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde de düzenlenmektedir<sup>85</sup>. Dolayısıyla, hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, fiziksel eksiklikler ve özellikler, hasta dosyası, röntgen ve muayene sonuçları vb. ilişkin bütün veriler kişisel sağlık verisi olarak hekimin sır saklama yükümlülüğünün kapsamında kabul edilmektedir<sup>86</sup>. Buna paralel olarak hastanın fotoğrafı da kişisel veri olarak değerlendirilmektedir<sup>87</sup>. Hastaya ilişkin kişisel sağlık verilerinin hekim tarafından paylaşılması aşağıda inceleyeceğimiz üzere çeşitli idari ve hukuki yaptırımların gündeme gelmesine sebebiyet vermektedir.

## B. İhlale ilişkin başvurulabilecek yollar

Kişisel sağlık verileri hukuka aykırı olarak işlenen hasta için hem idari başvuru yolu hem de yargı yoluna başvuru hakkı söz konusudur. Nitekim kişisel sağlık verileri ihlal edilen hasta için, KVVK m.13 "veri sorumlusuna başvuru" ve KVKK m.14 "kişisel verileri koruma kuruluna şikâyet" olarak aşamalı başvuru usulü öngörülmektedir. KVVK m.13 hükmüne göre, veri sorumlusuna başvurulduğunda veri sorumlusunun bu talebi sonuçlandırması için en geç otuz günlük süresi vardır. KVVK m.14'e göre ise, çeşitli durumların varlığında Kişisel Verileri Koruma Kurul'una şikâyette bulunabilmek mümkündür<sup>88</sup>.

Bu bağlamda, bir özel veya kamu kurum/kuruluşu bünyesinde mesleki faaliyetini sürdüren bir hekimin hastasına ilişkin kişisel sağlık verisi niteliğindeki fotoğrafını veya kişisel sağlık verisini sosyal medyada paylaşması durumunda sağlık hizmeti sunan özel veya kamu kurumunun veri sorumlusu sıfatıyla sorumlu tutulması da mümkündür<sup>89</sup>. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 2022 yılında vermiş olduğu bir kararda<sup>90</sup>, özel bir hastanede gerçekleştirilen burun ameliyatı esnasında baygın olduğu sırada açık rızası alınmaksızın çekilen kişisel verisi kapsamında olan fotoğraflarının hastanede mesleki faaliyetini sürdüren ve operasyonu gerçekleştiren hekimin ve özel hastanenin sosyal medya hesabında paylaşması nedeniyle kişisel verilerinin reklam ve pazarlama amaçlı işlenmesinde açık rızasının bulunmadığını belirterek Veri Koruma Kurulu'na başvuruda bulunmuştur. Kişisel Verileri Koruma Kurulu yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, KVKK m.3 kapsamında özel hastanenin veri sorumlusu sıfatına haiz olduğunu, KVKK m.12'ye göre ilgili özel hastanenin kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesini ve erişilmesini sağlamak ve kişisel verilerin korunması için gerekli güvenlik tedbirlerini almak için tüm teknik ve idari önlemleri alma yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirtmiştir. Bunun dışında, ameliyat öncesi ve sonrasına ilişkin burun görüntüsünün bulunduğu fotoğrafta hastanın yüzünün kaş, bıyık gibi hastayı tanımlayabilecek bölgelerin açıkça görüldüğü ve anonimleştirilmediği, dolayısıyla hastanın kimliğinin belirlenebilir ve tespit edilebilir olmasından ötürü paylaşılan fotoğrafın hastaya ait kişisel veri olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca, somut olayda hastanın sadece tedaviyi gerçekleştiren sağlık kuruluşu tarafından kişisel verilerinin kullanılmasına ilişkin açık

<sup>85</sup>Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9: "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ...".

<sup>86</sup>Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", 65; Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, 495.

<sup>87</sup>Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", 65; Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, 495; Onur Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 1. Bası, (Ankara, Seçkin Yayınları 2021), 87.

<sup>88</sup>KVVK m.14: "... Başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyette bulunabilir...".

<sup>89</sup>Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 88; Adem Yelmen, "Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme", ERÜHFD, 18/2 (2023), 767. Hekimin mesleğini, özel muayenehanesinde serbest meslek şeklinde yerine getirmesi durumunda veri sorumlusunun hekim olabileceğine ilişkin bilgi için bkz. Canan İmançlı, *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu*, 1. Bası, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020) 90; Sabire Sanem Yılmaz, *Sağlık Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, 6. Bası, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022) 76; Murat Özdemir vd., "Kişisel Sağlık Verilerinin 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Korunması", 19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi, 3/1 (2022) 87.

KVVK m.3'te, veri sorumlusu kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır.

<sup>90</sup>Kişisel Verileri Koruma Kurulu. Karar No: 2022/630, Karar Tarihi: 29.06.2022.

rıza gösterdiği ancak hastanın ameliyat sırasında çekilen fotoğraflarını sosyal medya hesabında paylaşan hastanede çalışan bir hekim olduğunu, hastane hekiminin hastaya ilişkin kişisel verileri kullanması yönünde hastanın rızasının mevcut olmadığı, dolayısıyla fotoğrafları paylaşan hekim tarafından kişisel verilerin Kanun'da belirlenen işleme şartları mevcut olmaksızın hukuka uygun olmayacak şekilde işlendiği kanaatine varmıştır. Hastanenin ise teknik ve idari önlemleri gerekli seviyede almamış olması sebebiyle veri sorumlusu sıfatıyla KVKK m. 18/1/b kapsamında 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Kişisel Veriler Koruma Kurulu'na yapılan şikayet dışında, hekimin yapmış olduğu sosyal medya paylaşımına ilişkin olarak KVKK m.13'de kişilik hakkı ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat davası açabileceği düzenlenmektedir. Bu bağlamda, hastanın TMK m.23 ve devamında kişiliği koruyan hükümler ile TBK m.53 ve devamında tazminata ilişkin hükümler çerçevesinde hekim aleyhine dava açma hakkı mevcuttur<sup>91</sup>. Bir başka ifadeyle, kişilerin vücut ve beden bütünlüğü, sağlığı, ismi, resmi, özel hayatı gibi değerleri kişilik değerleri olarak ifade edilir ve özel hayatın gizliliği, sağlık hakkı, kişisel verilerin korunması kişilik hakkı kapsamına dâhildir<sup>92</sup>.

Özel hayat ve mahremiyet kapsamında olan kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak yayımlanması sebebiyle maddi zarar meydana gelmişse bu durumda hasta için maddi tazminat talebi gündeme gelebilir<sup>93</sup>. Bunun yanı sıra, hukuka aykırı olarak kişisel sağlık verileri ihlal edilen hasta uğradığı manevi zararın, hissettiği manevi keder, acı, elem ve ıstırabın giderilmesi amacıyla TBK m.58 gereğince manevi tazminat davası da açılabilir<sup>94</sup>. Bu davaların açılabilmesi için kişisel sağlık verilerinin ihlali yoluyla kişilik hakkına saldırı teşkil eden zarar verici fiil hukuka aykırı olmalıdır. Bir başka ifadeyle, TBK ve TMK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmamalıdır<sup>95</sup>. Tazminat talebi için aranan diğer bir şart maddi veya manevi bir zararın meydana gelmesidir. Hasta hekim tarafından kişisel sağlık verilerinin sosyal medya paylaşımı nedeniyle maddi veya manevi bir zarara uğramış olmalıdır. Ayrıca, hasta mahremiyetini korumakla yükümlü olan hekimin kusurlu olması gerekmektedir. Son şart ise, hekimin hukuka aykırı sosyal medya paylaşımı ile hastanın uğradığı zarar arasında illiyet bağının mevcut olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinin veya mahremiyet hakkının ihlali sebebiyle maddi veya manevi zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir<sup>96</sup>.

Maddi ve manevi tazminat talebi dışında, hastaya ait kişisel verilerin hukuka aykırı olarak paylaşılması sonucunda bu durumdan kazanç elde eden hekim aleyhine TMK m.25/III'e göre kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi de talep edilebilir. Bu dava esasen TBK m.530'da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden kaynaklanmaktadır<sup>97</sup>. Kazancın iadesi davasında, kişiliğe yapılan

<sup>91</sup> Damla Gürpınar, "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk", D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19 (2017), 689.

<sup>92</sup> YHGK, E: 2010/2-751, K: 2011/96, T: 13.04.2011 (ET: 04.03.2024). *".. Kişisel değerler maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerler ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam gibi manevi değerler kişisel değerler olarak kabul edilmektedir."*

<sup>93</sup> Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 135, 141; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, 12 vd; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N.1612 vd; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2*, 61 vd.

<sup>94</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 161; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 166; Oğuzman/Öz, 40; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, N.1652; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2*, 213, 223 vd; Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 24 vd; Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, 46 vd; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 136.

<sup>95</sup> TMK m.24/II: *".. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır..."*. TBK m.63/II: *"Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz..."*.

<sup>96</sup> Elif Kandilli, *Sağlık Hukukunda Etik Açısından Kişisel Veriler ve Mahremiyet Hakkı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 131.

<sup>97</sup> TBK m.530: *".. İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve girdiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür..."*. Helvacı, 170.

hukuka aykırı ihlal sebebiyle birtakım menfaatler elde edilmesi sonucunda malvarlığında meydana gelen artışın ödenmesi söz konusudur<sup>98</sup>. Kazancın iadesi davası açılabilmesi için, hastaya ait kişisel değerlerden birinin ihlal edilmesi, ihlalin hukuka aykırı olması, hekimin hastanın sağlamak istemediği veya istemeyeceği bir kazancı elde etmesi ve ihlal ile kazanç arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu davanın açılması için hekimin kusurlu olmasına gerek yoktur<sup>99</sup>. Örneğin, hastaya ait sağlık verilerinin izinsiz olarak hekim tarafından sosyal medyada reklam olarak kullanılması ile kazanç elde edilmesi halinde bu dava açılabilir.

Hastaya ait kişisel verilerin hekim tarafından hukuka aykırı olarak paylaşılması sonucunda TMK m.23 ve devamı hükümlerine göre açılacak davalar; durdurma (saldırıya son verme), önleme davası ve tespit davasıdır.

Koruyucu davalardan bir tanesi, durdurma (saldırıya son verme) davasıdır. Hasta kişilik hakkına ilişkin ihlalin başlamış ve devam ediyor olduğu durumlarda bu davayı açabilir<sup>100</sup>. Örneğin, hekim rızasını almadan hastasına ilişkin yazı, fotoğraf veya video yoluyla sosyal medya paylaşımı yaparsa hasta saldırının sonlanması için paylaşılan bilgilerin silinmesi veya kaldırılması amacıyla söz konusu davayı açabilir. Davanın açılması için hekimin kusurlu olmasına veya hastanın bir zarara uğramasına da gerek bulunmamaktadır<sup>101</sup>.

Bir diğer dava ise, önleme davasıdır. Bu davada hastanın özel hayatına ilişkin hekim tarafından sosyal medya yoluyla ihlal başlamamakla birlikte, ihlal tehlikesinin bulunduğu açık ve yakın olduğu hallerde açılır<sup>102</sup>. Örneğin, hastanın rızasını almadan ve hasta mahremiyetini ihlal edecek şekilde hekim tarafından bir yazının veya videonun hazırlanmakta olduğunu öğrenirse, bunun sosyal medya yoluyla paylaşımını engellemek amacıyla hasta önleme davası açabilir. Bu dava kişilik hakkına ilişkin ihlal tehlikesi bulunduğu sürece açılabilir. Bir başka ifadeyle, hekim hasta mahremiyetini ihlal edici şekilde hazırlamış olduğu sosyal medya paylaşımını yapmaktan vazgeçerse, tehlike ortadan kalktığı için bu davanın açılması söz konusu olmaz.

Hastanın açabileceği koruyucu davalardan sonuncusu ise, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. TMK m.25'e göre, bu davanın açılabilmesi için saldırının tamamlanmış olması ancak tamamlanmış olmasına rağmen etkisinin devam ediyor olması gerekmektedir<sup>103</sup>. TMK m.25/II'ye göre ise, davacı düzeltme, kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ve yayımlanması taleplerinde bulunabilir<sup>104</sup>. Nitekim KVVK m.11'de kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenme, bilgi isteme gibi tespit davasının konusunu oluşturan çeşitli düzenlemeler mevcuttur<sup>105</sup>. Dolayısıyla hasta KVKK m.11 hükmü ile tespit

<sup>98</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 160; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 170; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 142.

<sup>99</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 160; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 170; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 142.

<sup>100</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 162; Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, 199; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 129.

<sup>101</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163; Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, 199; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 130.

<sup>102</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163; Çelikel, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, 197; Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 126.

<sup>103</sup> Dural- Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 156; Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 163.

<sup>104</sup> TMK m.25/II: "... Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.."

<sup>105</sup> KVVK m.11: (1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) Kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi

davası açmak yerine bu düzenlemedeki haklarını kullanarak kişisel verilerinin korunmasına ilişkin tespit yapabilir<sup>106</sup>. Ayrıca, hekimin hastasının rızası olmaksızın hasta mahremiyetini ihlal edecek şekilde hastaya ait kişisel sağlık verilerini sosyal medyada paylaşması TCK m.134'te düzenlenen "özel hayatın gizliliğini ihlal", TCK m.135'te düzenlenen "kişisel verilerin kaydedilmesi" ve TCK m.136'da düzenlenen "kişisel verileri ele geçirme veya yayma" suçu oluşturabilir<sup>107</sup>.

## V. Hekimin Hastasına İlişkin Sosyal Medya Paylaşımlarının Reklam Hukuku Açısından İncelenmesi

Yüksek ikna gücüne sahip reklamlar aracılığıyla hekimler sosyal medyada özellikle hastalarına ilişkin öncesi ve sonrasını içeren görsel paylaşımlar yapmaktadır. Hekimler sunduğu sağlık hizmetinin hedef kitlesini ve tanınırlığını arttırmak amacıyla reklamlar yapsa da, kamusal bir hizmet niteliğinde olan sağlık hizmetinin serbest ticaret piyasasında yer almasına izin vermemek gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, sağlık hizmetinin paraya endekli bir hizmet olmaması sebebiyle söz konusu hizmetin ticari bir hizmet niteliğine dönüşmesi etik ve hukuki problemler yaratabilmektedir. Nitekim sağlık sektöründe reklam için getirilen kısıtlamaların amacı, bireylerin sağlığını koruyarak kazanç elde etme, rekabet gibi amaçlarla zarar görmelerini engellemektir<sup>108</sup>.

Bu bağlamda, hekimler tarafından yapılan reklamlara ilişkin sağlık mevzuatlarında birtakım prensiplerin düzenlendiği görülmektedir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 24. maddesinde<sup>109</sup> yer alan düzenlemeyle, hekimlerin hastayı muayene edecekleri yer, muayene saati ve uzmanlık alanlarını gösteren ilanlar dışında başka bir hususu içeren reklamları yapmalarının yasak olduğu düzenlenmektedir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 8. maddesinde<sup>110</sup>, hekimlik faaliyetine ticari bir görünüm verilmemesi gerektiği, hekimlerin yazılarında kendi reklamını yapamayacağı belirtilmektedir. TTB Disiplin Yönetmeliği'nin "para cezası" başlıklı 4. maddesinde ise, çeşitli şekillerde yapılan reklamlarda hekimler için para cezası öngörülmektedir<sup>111</sup>. Ayrıca, TTB Disiplin Yönetmeliği m.3'e göre, hekimin gerçekleştirdiği davranışın hasta haklarının ihlal edilmesine yol açtığı durumlarda uyarma cezasının da verilebileceği ifade edilmektedir<sup>112</sup>. Bu düzenlemelerin dışında, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 11. maddesinde de<sup>113</sup>, hekimin mesleğini icra ederken reklam yapamayacağı açıkça

---

*aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir...*

<sup>106</sup> Bilgi için bkz. Baskın, *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, 129.

<sup>107</sup> Uğur Atakan Koçak, "Kişisel Veri İhlallerinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, 163 (2022), 45; Kerim Kılıç, "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25/1 (2021), 4.

<sup>108</sup> Sezer Erer, "Sağlık Hizmetlerinde Reklam", Genel Tıp Dergisi, 20/2 (2010), 77.

<sup>109</sup> Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun. Sayı:1219, Resmi Gazete Tarihi: 14.04.1928.

m.24: "İcrayı sanat eden tabipler hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini ve ihtisaslarını bildiren ilanlar tertibine mezu olup diğer suretlerle ilan, reklam ve saire yapmaları memnurdur".

<sup>110</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi. Sayı:6023, Resmi Gazete Tarihi: 19.02.1960.

m.8: "Tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine, ticari bir veçhe verilemez. Tabip ve dış tabibi, yapacağı yayınlarda tababet mesleğinin şerefini üstün tutmaya mecbur olup, her ne suretle olursa olsun, yazılarında kendi reklamını yapamaz".

<sup>111</sup> Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği m.4: "Para cezası, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (b) bendinde belirtilen sınırlar dahilindeki paranın odaya ödenmesine dair verilecek cezadır. ... Para cezasını gerektiren haller şunlardır: .... b) Tanıtım kurallarına aykırı davranmak, c) Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak....".

<sup>112</sup> Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği m.3: "... Uyarma (yazılı ihtar) cezası, hekime ve bu Yönetmelik kapsamındaki kişilere mesleğini uygularken ve/veya meslektaşları ile olan ilişkilerinde daha özenli tutum ve davranışlar içinde olması gerektiğinin yazılı ile bildirilmesidir. Uyarma cezası verilmesini gerektiren haller aşağıda gösterilmiştir: e)Hasta haklarına saygı göstermemek, g)Hekimlik mesleğine ilişkin hukuksal düzenlemelere aykırı olmakla birlikte aşağıda belirtilen diğer disiplin suçları arasında sayılmış haller dışında kalan, nitelik ve ağırlık itibarıyla diğer disiplin suçları arasına dahil edilemeyen bir eylemde bulunmak..".

<sup>113</sup> Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.11: "Hekim, mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez; insanları yanıltıcı, paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açıcı davranışlarda bulunamaz. Hekim, yayın araçlarıyla yapacağı duyurularda varsa, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'ne

belirtilmektedir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin<sup>114</sup> 22. maddesinde, hangi iletişim aracı kullanılırsa kullansın örtülü reklam yapmanın hukuka aykırı olduğu düzenlenmektedir<sup>115</sup>. Konuya ilişkin en güncel düzenleme ise, 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'tir. Yönetmeliğin 5. maddesinde, sağlık alanında tanıtım ve bilgilendirmede temel ilkeler düzenlenmektedir. Sağlık hizmet sunumunda örtülü veya açık reklam yapılması ve yaptırılmasının hukuka aykırı olduğu, birtakım prensipler dikkate alınarak tanıtım ve bilgilendirme yapılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir. Nitekim Yönetmeliğin 5. maddesinde, sosyal medya yoluyla yapılan reklamlar bakımından, *".. Sosyal paylaşım ve internet sitelerinde yapılan tanıtım ve bilgilendirmelerde bu Yönetmelikte öngörülen ilkelere uyulması zorunludur. Bu ilkelere aykırı olarak tanıtım ve bilgilendirme faaliyetlerinde bulunanlar ile paylaşılanlar aynı derecede sorumludur.."* şeklinde düzenleme getirilerek hekimlerin sosyal medya paylaşımlarına ilişkin temel kurallar da aynı kapsamda değerlendirilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesine göre, hekim tarafından bu Yönetmelik hükümlerine aykırı olacak şekilde tanıtım ve bilgilendirme yapılması söz konusu olursa idari para cezası uygulanabileceği, suç unsurunun bulunması halinde de suç duyurusunda<sup>116</sup> bulunulabileceği ve hekimin kamu görevlisi olması halinde ise, ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılacağı düzenlenmektedir.

Konuya ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK)<sup>117</sup> 61. maddesi ve devamında tüketicileri korumaya yönelik olarak ticari reklamlarda uygulanması gereken prensipler düzenlenmektedir<sup>118</sup>. TKHK m.63 hükmünde ise, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkelere uyulmadığında Reklam Kurulu'nun çeşitli yaptırımlar uygulama konusunda yetkili olduğu düzenlenmektedir<sup>119</sup>. TKHK dışında Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>120</sup> m.54 ve devamında hekimin sosyal medya yoluyla yaptığı paylaşımın hangi hallerde haksız rekabet teşkil edebilecek nitelikte olabileceği ve buna ilişkin hukuki yaptırımlar da düzenlenmektedir<sup>121</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, hekimin TBK m.506/II sadakat ve özen borcunun bir görünümü olarak sır saklama yükümlüğü bulunmaktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü genel hükümler dışında Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesinde de düzenlenmektedir. Hekimlerin mesleki faaliyetlerinin icrası nedeni ile öğrendikleri sırları, kanuni zorunluluk olmaksızın açıklayamayacakları ifade edilmektedir. Hekimlerin hastalarına ilişkin bilgileri sosyal medya aracılığıyla toplumla paylaşmasının en temel sebeplerinden biri, hastanın tedavi süreci sonuçlarının ve hekimlerin mesleki başarı ve yetkinliğinin ispatlanması amacıdır<sup>122</sup>. Belirtmek gerekir ki, hekimlerin hastalarına ilişkin tedavi öncesi ve sonrasına ilişkin görsellere veya yazılara yer vermesi sebebiyle Reklam Kurulu'nun reklamın yayımlanmasının durdurulmasına ilişkin kararları bulunmaktadır<sup>123</sup>. Reklam Kurulu hekimin bu şekilde yapmış olduğu paylaşımlarda doğrudan sır saklama yükümlülüğüne aykırı

*göre kabul edilmiş olan uzmanlık alanını, çalışma gün ve saatlerini bildirebilir. Tabela ve benzeri tanıtım araçlarının biçim ve boyutları yerel tabip odası tarafından saptanır".*

<sup>114</sup> Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği. Sayı:29232, Resmi Gazete Tarihi: 10.01.2015.

<sup>115</sup> M.22: *".. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır..."*.

<sup>116</sup> 04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre suç duyurusunda bulunulması mümkündür. Bkz. Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik m.10/8.

<sup>117</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Resmi Gazete Tarihi: 28.11.2013.

<sup>118</sup> TKHK m.61: *".. (2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. (3) Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz..."*.

<sup>119</sup> TKHK m.63: *".. (1) Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur ..."*.

<sup>120</sup> Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası:6502, Resmi Gazete Tarihi:14.02.2011.

<sup>121</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", 259 vd.

<sup>122</sup> Özdemir, "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", 273.

<sup>123</sup> Reklam Kurulu, Dosya No:2010/1205, 194 Sayılı Toplantı. (ET: 19.02.2024).

davranılması yerine, hekimin faaliyetine “ticari görünüm kazandırılması ve talep yaratmaya yönelik açıklamada bulunulması” sebeplerine dayanarak ihlal kararı vermektedir<sup>124</sup>.

Dolayısıyla reklam nedeni hekimlerin TTB tarafından uygulanacak mesleki disiplin yaptırımı, idari para cezası ve Reklam Kurulu tarafından yürütülecek inceleme sonucunda verilecek yaptırım olmak üzere çeşitli yaptırımlarla karşılaştıkları görülmektedir.

## Sonuç

Sosyal medya hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir. Özellikle sağlık sektöründe hekimlerin daha çok hastaya ulaşarak hastalarla etkileşimi arttırmak ve mesleki becerilerini daha kolay bir şekilde göstermek amacıyla sosyal medya oldukça önemli bir platformdur. Hastaların da tıbbi müdahaleye ilişkin karar verirken hekimlerin yapmış oldukları sosyal medya paylaşımlarından etkilendikleri de bilinen bir gerçektir. Yapılan çalışmalarda hekimlerin mesleki amaçlarla Instagram, LinkedIn, Twitter, Youtube gibi sosyal medya platformlarını yaygın olarak kullandığı tespit edilmiştir.

Konunun önemi dikkate alınarak hekimler tarafından hastalara ilişkin yapılan sosyal medya paylaşımlarında birtakım ilkelere uyulması gerekliliği gerek 2016 yılında TBB tarafından yayımlanan Hekimler ile Sağlık Kurum ve Kuruluşları'nın Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz'da gerekse 2023 yılında yürürlüğe giren Sağlık Hizmetlerinde Tanıtım ve Bilgilendirme Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelikte düzenlenmektedir. Bunların dışında Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Tababet ve Şubatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun gibi mevzuatlarda konuya ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanaatimizce, 2023 yılında yürürlüğe giren söz konusu Yönetmelik hekimlerin hastalara ilişkin paylaşımlarda bulunurken ve sağlık hizmetinde tanıtım ve bilgilendirme yaparken hangi prensiplere uygun davranmaları gerektiği konusunda sağlık hukukuna ilişkin ve diğer genel mevzuatlardaki kuralları derlemiş olması bakımından isabetlidir. Bu yönetmelik dışında TMK, TBK gibi genel Kanunlarda da çeşitli düzenlemelerin konumuz açısından dikkate alınması gerekmektedir. Kılavuzda ve Yönetmelikte hekimlerin hastalarına ilişkin paylaşımlarında hastanın özel hayatının, hasta mahremiyetinin ve hastanın kişisel verilerinin korunması konusunda çeşitli düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Bu bağlamda, hastaların sır kapsamındaki bilgilerinin paylaşılacağı, hasta mahremiyetinin korunması için her türlü önlem alınacağı, hastaya ait görsel içeriklerin kullanılabilmesi için hastanın açık rızasının alınması ve rızanın her zaman geri alınabileceği, ameliyat veya tıbbi müdahale sırasında ve ameliyathanede hasta görüntüsünün paylaşılacağı, ahlak ilkelerine aykırılık oluşturacak biçimde vücudun mahrem bölgelerine ait görsel içerikler paylaşılacağı gibi birtakım temel düzenlemeler yer almaktadır. Kanaatimizce, bu temel düzenlemeler özellikle hasta mahremiyetinin ve hastanın kişisel sağlık verilerinin korunması açısından oldukça önemlidir. Zira hekimlerin hastalara ilişkin sosyal medya paylaşımlarına sınırlama getirerek hastaları korumaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, hastanın özel hayatının gizliliği, hastanın fotoğrafı, hasta mahremiyeti ve hastanın kişisel sağlık verileri kişilik hakkı kapsamında korunan değerler arasındadır. Dolayısıyla, hekimlerin sosyal medya platformlarında hukuka aykırı paylaşımları nedeniyle hasta TMK m.23 vd. hükümlerinde düzenlenen kişiliği koruyucu hükümlere başvurabilir, kişilik hakkının ihlali ve hasta ile hekim arasındaki sadakat yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Nitekim sır saklama ve gizlilik yükümlülüğü vekil konumunda bulunan hekimin sadakat borcunun somutlaşmış halleri arasında yer almaktadır. Bunların dışında, hastanın KVVK m.13 “veri

<sup>124</sup> Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/2146, 198 Sayılı Toplantı; Reklam Kurulu, Dosya No: 2011/14, 202 Sayılı Toplantı; Dosya No: 2015/1828, 250 Sayılı Toplantı. (ET: 19.02.2024).



sorumlusuna başvuru” ve KVKK m.14 “kişisel verileri koruma kuruluna Şikâyet” olarak kademeli başvuru usulüne göre talepte bulunması da mümkündür. Ayrıca hastaya ait fotoğraf yukarıda açıkladığımız unsurları taşıması kaydıyla, kişinin fotoğrafının izni olmadan teşhir ve umuma arz edilemeyeceği düzenlemesini içeren FSEK m.86 kapsamında da korunmaktadır.

Son olarak, hekimler sunduğu sağlık hizmetinin hedef kitlesini arttırmak amacıyla reklamlar yapsa da, kamusal bir hizmet niteliğinde olan sağlık hizmetinin serbest ticaret piyasasında yer almasına izin vermemek gerekmektedir. Bu sebeple, hekimlerin reklam kapsamında yapacakları faaliyetlere ilişkin çeşitli mevzuatlarda da düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda, hekimlerin hukuka aykırı nitelikteki reklam faaliyetlerine ilişkin TTB tarafından uygulanacak mesleki disiplin yaptırımı, idari para cezası ve Reklam Kurulu tarafından yürütülecek inceleme sonucunda verilecek yaptırım olmak üzere çeşitli yaptırımlarla karşılaştıkları görülmektedir.

## Kaynakça

- Akar, Yeşim vd. "Hasta Mahremiyetinin Değerlendirilmesi", Sağlık Akademisyenleri Dergisi, 6/1 (2019), 63-69.
- Aksoy, Hüseyin Can. *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Çakmak Yayınevi, 1. Bası, 2010.
- Anawade Pankajumar vd. "Connecting Health and Technology: A Comprehensive Review of Social Media and Online Communities in Healthcare", *Cureus* 16/3 (2024), 1-9.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2. Bası, 2019.
- Arslan, Firdevs. "Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/1 (2020), 400-422.
- Atalay, Havva Nur. "Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması", *Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi*, 1 (2021), 1-20.
- Atasoy, Kemal. "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22/3 (2016), 269-301.
- Atlan, Hülya. *Manevi Zararı Tazmin Yolları*, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 1. Bası, 2015.
- Avcı, Kadriye. "Hekimlerin Sosyal Medya Kullanımı ve Etik", *Türk J Public Health*, 16/1 (2018), 48-57.
- Avcı, Kadriye. *Hekimlerin Tıpta Sosyal Medya Kullanımına Yönelik Tutumlarının Değerlendirilmesi*, 18. Ulusal Halk Sağlığı Kongresi, Konya, 1. Bası, 2015.
- Baskın, Onur. *Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2021.
- Can, Neslihan. "Hasta Mahremiyeti Hakkı", *TBB Dergisi*, 147 (2020), 183-219.
- Çelik, Yeşim. "Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı", *TAAD*, 8/32 (2017), 391-410.
- Çelikel, Serdar. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2022.
- Dinler, Elif. "FSEK Kapsamında Fotoğrafın Korunmasının Yargıtay Kararları Çerçevesinde İncelenmesi", *NEÜHFD*, 5/1 (2022), 326-346.
- Dural, Mustafa- Ögüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 22. Bası, 2021.
- Dülger, Murat Volkan. "Sağlık Hukukunda Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2015), 43-80.
- Erdem, Özgür. "Aile Hekimlerinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Özelliklerinin Karşılaştırılması", *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi*, 6/1 (2018), 484-501.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Legem Yayınları, 28. Bası, 2023. (Eren, Genel Hükümler)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1. Bası, 2014.
- Erer, Sezer. "Sağlık Hizmetlerinde Reklam", *Genel Tıp Dergisi*, 20/2 (2010), 73-78.

- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 3. Bası, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Bası, 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper. "Kişinin Resmi (Görünümü) Üzerindeki Hakkı" *KOÜHFD*, 1/1 (1997), 363-386.
- Gürpınar, Damla. "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk", *D.E.U. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19 (2017), 679-694.
- Hakeri, Hakan. *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 3. Bası, 2023.
- Halis, Büşra. "Tüketimin Değişen Yüzü: Elektronik Ticaret Uygulamaları ve Sosyal Paylaşım Ağlarının Rolü" *Tarih, Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, 1/4 (2012), 149-160.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal Yayınları, 9. Bası, 2021.
- Helvacı, Serap- Aydın, Gülşah Sinem. "Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşGörmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu", *MÜHF-HAD* 23/1 (2017) 265-301.
- Househ, Mowafa. "The Use of Social Media in Healthcare: Organizational, Clinical, and Patient Perspectives" *Stud Health Technol Inform*, 183 (2013), 244-248.
- İmançlı, Canan. *Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 1. Bası, 2020.
- Işık, Egemen. "Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/4 (2020), 1723-1746.
- Kandilli, Elif. *Sağlık Hukukunda Etik Açısından Kişisel Veriler ve Mahremiyet Hakkı*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>
- Kılıç, Kerim. "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/1 (2021), 1-45.
- Kırımlıoğlu, Nurdan. "The Right to Privacy and the Patient Views In the Context of Personal Data Protection in the Field of Health", *Biomedical Research*, 28/4 (2017), 1464-1471.
- Kocabaş, Gediz. *Türk Hukukunda Basın Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kişilik Hakkı*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2004.  
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>
- Koçak, Uğur Atakan. "Kişisel Veri İhlallerinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", *TBB Dergisi*, 163 (2022), 37-68.
- Korkmaz, Yakup. "Hasta Hakkı Olarak Özel Hayatın Korunması Bağlamında Beden Mahremiyeti", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8/15 (2020), 573-598.
- Köksal, Yüksel- Özdemir, Şuayıp. "Bir İletişim Aracı Olarak Sosyal Medya'nın Tutundurma Karması İçerisindeki Yeri Üzerine Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2013), 323-337.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2. Bası, 2018.
- Liang, Bryan A. "Medical Information, Confidentiality, and Privacy", *Hematology/Oncology Clinics of North America*, 16 (2002), 1433-1447.
- Morse, Jerome R. vd. "Doctor-Patient Confidentiality: To Disclose or Not to Disclose". *Advocates Quarterly*, 22 (2000), 312-336.

- Oğuzman, M. Kemal- Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, İstanbul: Vedat Yayınları, 11. Bası, 2014.
- Öner Akyıldız, Sunay- Özkan, Hasan. *Hasta Hekim Hakları ve Davaları*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2008.
- Özata, Musa- Özer, Kubilay. "Sağlık Çalışanlarının Hasta Mahremiyeti Konusundaki Tutumlarının İncelenmesi", *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 20/1 (2017), 1-21.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2009.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2010), 125-164.
- Özdemir, Murat- Yılmaz, Metin- Kaya, Hakan. "Kişisel Sağlık Verilerinin 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Korunması", *19 Mayıs Sosyal Bilimler Dergisi*, 3/1 (2022) 85-96.
- Özdemir, Semih Sırrı. "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", *TAAD*, 9/34 (2018), 253-281. (Özdemir, Reklam).
- Özen Çınar, İlgün- Dağlı, Feyza. "Mesleki Uygulama Yapan Öğrencilerin Hasta Mahremiyetine İlişkin Görüşü", *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi*, 29/1 (2021), 78-85.
- Panahi, Sirous vd. "Social Media and Physicians: Exploring the Benefits and Challenges", *Health Informatics Journal*, 22/2 (2016), 99-112.
- Parlak Börü, Şafak. *Fotoğraf Üzerindeki Haklar*, Ankara, Turhan Yayınları, 1. Bası, 2013.
- Sert, Gürkan. *Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Açısından Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı*, İstanbul: Babil Yayınları, 1. Bası, 2008.
- Tengilimoğlu, Emre vd. "Hastane ve Hekim Seçiminde Sosyal Medyanın Kullanım Düzeyi: Ankara İli Örneği", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 17/2 (2015), 76-96.
- Tosyalı, Hikmet- Sütçü, Cem Sefa. "Sağlık İletişiminde Sosyal Medya Kullanımının Bireyler Üzerindeki Etkileri", *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2016), 3-22.
- Uluç, Güliz- Süslü, Bilal. "Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 8/17 (2016), 337-353.
- Ventola, C. Lee. "Social Media and Health Care Professionals: Benefits, Risks and Best Practices", *P&T*, 39/7 (2014), 491-520.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 9. Bası, 2014.
- Yavuz, Cevdet vd. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 17. Bası, 2021.
- Yelmen, Adem. "Kişisel Sağlık Verilerinin Elektronik Ortamda İşlenmesi Üzerine Bir Değerlendirme", *ERÜHFD*, 18/2 (2023), 743-805.
- Yılmaz, Sabire Sanem. *Sağlık Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 6. Bası, 2022.
- Zevkliler, Aydın- Gökyayla, Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara: Turhan Kitabevi, 17. Bası, 2017.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**ıkar atışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar atışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve alışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Hukuki Boyutuyla Turizm İşletmesi Belgesi

### *Tourism Management Certificate in Legal Aspects*

Hüseyin Melih Çakır 

Doç., Marmara Üniversitesi, İstanbul,  
Türkiye, hmelihcakir@gmail.com



Geliş Tarihi/Received: 01.04.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 17.05.2024  
Yayımlanma Tarihi/ Available Online:  
18.07.2024

**Öz:** Turizm işletmesi belgesi, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda yer alan turizm belgelerinden biri, belki de en önemlisidir. 2634 Kanun'un temel hedefi, Kanun'un isminden de anlaşılacağı üzere turizm işletmelerini teşvik etmektir. Turizm işletmesi belgesi de ilk etapta bir teşvik belgesi olarak ihdas edilmiştir. Ancak 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda 2021 yılında 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle birlikte, belgenin hukuki niteliğinde değişikliğe gidilmiş ve turizm sektöründe faaliyet gösterebilmek için turizm işletmesi belgesi alınması çoğu turizm işletmesi açısından bir şart haline getirilmiştir. Böylece, idarenin turizmi özendirme ve destekleme şeklindeki faaliyeti, kısmen turizm kolluğuna dönüşmüştür. Belgenin hukuki niteliğinde gerçekleşen bu önemli değişikliğe karşın, belgenin alınma şartları ve usulünde bu değişiklik ile uyum sağlayacak düzenlemeler yapılmamıştır. Bu nedenle turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde gerçekleşen değişim ile belgenin değişiklik öncesinden gelen mevzuatla oluşturulmuş hukuki rejiminin birlikte ele alınması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Turizmi Teşvik Kanunu, Turizm Belgesi, Turizm İşletmesi Belgesi, Teşvik, Turizm Kolluğu

**Abstract:** The tourism business certificate is one of the documents related to tourism found in the Law No. 2634 on the Promotion of Tourism, and perhaps it is the most significant. The primary goal of Law No. 2634, as can be inferred from the name of the Law itself, is to encourage tourism enterprises. Initially, the tourism business certificate was created as an incentive certificate. However, changes made to the Law No. 2634 on the Promotion of Tourism through Law No. 7334 in 2021 have altered the legal nature of the certificate, making it a requirement for most tourism enterprises to obtain a tourism business certificate in order to operate within the tourism sector. Thus, the administration's activity of encouraging and supporting tourism has partially transformed into tourism policing. Despite this significant change in the legal nature of the certificate, no adjustments have been made to the conditions and procedures for obtaining the certificate to align with this change. Therefore, it is necessary to jointly consider the change in the legal nature of the tourism business certificate and the legal regime established by the legislation before the change.

**Keywords:** Law on the Promotion of Tourism, Tourism Certificate, Tourism Business Certificate, Incentive, Tourism Policing

### Extended Abstract

The tourism operation certificate is a document that shows tourism enterprises meet the qualifications determined by the administration. The legal nature of the certificate has differentiated after the amendments made by Law No. 7334 to Law No. 2634 on the Promotion of Tourism. Before the amendments made by Law No. 7334, Law No. 2634 on the Promotion of Tourism, parallel to its name, was aimed at promoting tourism. The tourism operation certificate was an 'incentive certificate' that could be obtained to benefit from the opportunities provided by the Law. At that time, obtaining the certificate was not a requirement to operate in the tourism sector. However, after the amendments made by Law No. 7334 to Law No. 2634 on the Promotion of Tourism, the administration's activity of

'encouraging and supporting' tourism partially transformed into 'tourism policing'. It has become mandatory for accommodation and beach enterprises, marine tourism facilities, marine tourism vehicle enterprises, and luxury tent facility enterprises to obtain a tourism operation certificate to operate in the tourism area. With this new version of the Law, the administration's activity in this field has turned into a 'policing activity'; the tourism operation certificate has become a 'policing license' for these establishments. However, there is no obligation to obtain a tourism operation certificate for tourism facilities (e.g., gastronomy facilities, health facilities, sports facilities, rest stops) listed in the Regulation on the Qualities of Tourism Facilities other than these. Here, through the tourism operation certificate, the administration aims to establish a 'tourism order' beyond general administrative policing, in line with the purpose of "taking measures to regulate, develop, and bring a dynamic structure and operation to the tourism sector" as determined in Law No. 2634 on the Promotion of Tourism; it intervenes in an activity carried out within the scope of entrepreneurial freedom. However, the nature of the certificate as an incentive certificate is not eliminated. Incentives, exemptions, and rights granted to certificate holder operators in Law No. 2634 on the Promotion of Tourism become a natural consequence of being able to operate in this field. Thus, after the amendments made by Law No. 7334, the legislator has differentiated among tourism enterprises; subjecting some tourism enterprise activities to a separate legal regime due to their importance for the tourism sector. Therefore, the tourism operation certificate has taken on different legal characteristics for different types of tourism enterprises. It is possible to categorize these enterprises into 'tourism enterprises not subject to tourism licensing' and 'tourism enterprises subject to tourism licensing'. For the first category of tourism facility types, the certificate continues to serve as an 'encouragement and support' or 'incentive certificate'; for the second category of tourism facilities, it can be considered a document of mixed nature, serving both as a 'policing license' and an 'incentive certificate'.

The tourism operation certificate is obtained upon application. The information and documents required for obtaining this certificate vary depending on the type of facility to be certified. The first condition is 'having the nature of a tourism enterprise'. To be considered a tourism enterprise, it is necessary first to have a commercial enterprise status; then, to operate in areas determined by the regulation (by the President). The second condition is "being in the phase of operation". The tourism operation certificate is given to a facility that is in the 'operation' phase, as indicated in the name of the certificate. The third condition is "carrying the qualities determined by the administration". For a commercial enterprise operating in the tourism sector to obtain a tourism operation certificate, the tourism facility must carry the qualities determined by the administration. According to Article 37 of Law No. 2634, the law includes the determination of criteria for issuing the certificate and the rules for inspecting the qualities of certified enterprises. While the legislator identifies the President as the authority to regulate these matters, the legal tool is anticipated to be Regulation. However, the authority and legal tool should be evaluated differently for tourism enterprises subject to and not subject to tourism licensing.

The provision that the criteria for obtaining a tourism business certificate and the inspection of these criteria will be regulated by an administrative directive aligns with the characteristic of the certificate as an 'incentive certificate'. This is deemed acceptable for tourism businesses not subject to a tourism license. However, a different evaluation is required for tourism businesses that are subject to a tourism license. Since the fulfillment of the qualities determined by the regulations is a prerequisite for operating in the tourism sector, the administrative determination of these qualities means deciding which businesses can operate in this field and which cannot. It is clear that this determination, which results in an intervention in fundamental rights and freedoms, should be made by law according to Article 13 of the Constitution. In Article 37 of Law No. 2634, it is not possible to say that the basic principles or a general framework for the determination of qualities have been defined for the directive to be issued by the administration (the President). This regulation, which gives the administration an undefined

discretionary authority in determining the qualities of tourism facilities, means that decisions on whether tourism businesses subject to a tourism license can operate in the sector can be made by the administration without any legal restriction. On the other hand, it should be stated that the criteria to be determined for the qualities of tourism businesses subject to a tourism license should be minimum conditions aimed at maintaining the 'tourism order,' and criteria exceeding this nature may constitute a disproportionate interference with entrepreneurial freedom. Despite this, no difference has been made between the 'license' and 'incentive certificate' characteristics of the tourism business certificate in terms of the essential qualities. Another requirement for obtaining this certificate is making an application to the administration for the issuance of the document. The regulations show the procedure according to which the tourism business certificate applications will be made and evaluated. The regulations contain similar arrangements regarding the application procedure; it is regulated that the application for the tourism business certificate can only be made through E-Government. The business owner with complete application documents is included in the inspection program. As a result of the evaluation to be made in this context, those who meet the conditions are given a tourism business certificate. Fulfilling these conditions and obtaining a tourism business certificate brings along some consequences. The acquisition of the certificate brings some rights, exemptions, and exceptions. These include being considered an exporter, discounts on subscription fees, immunity from distance requirements for alcohol sales, and flexibility in employing foreign personnel. In addition, businesses with a tourism business certificate enter the regulation and inspection area of the administration regarding tourism activities.

## Giriş

Turizm sektörü, ülkemiz ekonomisi açısından ihtiva ettiği öneme karşın, ilginç bir şekilde hukukçuların dikkatini çok da celbetmemiş bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugüne değin turizm faaliyeti içerisinde ortaya çıkan hukuki ihtilaflar ilgili hukuk disiplini içerisinde çözümlenmiş; faaliyet özelinde bir inceleme çabasına girilmemiştir. Bu tespitin, idare hukuku yönünden de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Turizmin serbest rekabet içerisinde yürütülen bir etkinlik olması nedeniyle idarenin bu faaliyetin ana aktörü olmaması, bu sonucu doğuran ana neden olarak değerlendirilebilecektir. Ancak, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda 2021 yılında 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle, turizm idaresinin turizm olayına ilişkin görev ve yetkilerinde dönüşüm yaşanmıştır. Bu dönüşüm, önemli sonuçları beraberinde getirirken, dönüşümün hukuki aracı olarak turizm işletmesi belgesi esas alınmıştır. İdarenin turizm sektörüne ilişkin faaliyet alanını genişleten söz konusu değişiklikler sonrasında bu değişikliklerin ortaya çıkardığı hukuki rejimin turizm işletmesi belgesi üzerinden ele alınması neredeyse bir gereklilik halini almıştır. İşte bu gereklilik düşüncesinden hareketle çalışmada, belgenin tanımı, hukuki niteliği, verilme şartları ve usulü ile denetimi hususları üzerinden, idarenin turizm işletmesi belgesi aracılığıyla turizm sektöründe yürüttüğü faaliyete ilişkin genel bir hukuki rejim oluşturma çabasına girişilecek; mevzuatın hali hazırdaki düzenleniş şeklinin getirilmek istenen hukuki rejime ne denli uyumlu olduğu araştırılacak ve önerilerde bulunulacaktır.

## 1. Genel Olarak Turizmi Teşvik Kanunu

Turizm işletmesi belgesi, Milli Güvenlik Konseyi (MGK) döneminde yürürlüğe girmiş 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda<sup>1</sup> düzenlenmiş bir belgedir<sup>2</sup>. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, ülkemizin turizm alanında oldukça yetersiz kalması nedeniyle, turizm sektörünü canlandırmayı amaçlayan bir kanun olarak yürürlüğe konulmuştur. Kanun'un genel gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"...(T)urizm sektörü ekonominin diğer sektörleriyle birlikte Kalkınma Plan ve Yıllık Programlarında*

<sup>1</sup> Turizm Teşvik Kanunu (TTK), *Resmî Gazete* 17635 (16.03.1982), Bu Kanun'la 1953 tarihli 6086 sayılı Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>2</sup> Mülga 6086 sayılı Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu döneminde, Kanun hükümlerinden yararlanabilmek için "Turizm Müessesesi Belgesi" adı altında bir belge alınması zorunlu tutulmuştur. (m.3)



*düşünülmesi, hedef ve ilkeleri belirlenmiştir. Ancak, sektörel yatırımların yeterince özendirilememiş ve kaynakların ayrılmamış olması, ne yatak kapasitesi, ne döviz gelirleri, ne de yabancı turist girişleri hedeflerinin gerçekleştirilmesine imkân tanımıştır.*

*Özel sektörün turizm alanında yapmamasının en önemli nedeni, diğer sektörlerle kıyasla rantabilitenin çok düşük olmasıdır. Bu oran, yiyecek - içecek sanayiinde % 100'ün üzerinde iken, turizm sektöründe, en ideal işletmecilik düzeyinde, ancak % 8 ile % 15 arasında değişmektedir.*

*Geliştirilmesi için ithalat oranının çok düşük olduğu, döviz getirme, istihdam yaratma, ulusal geliri artırma potansiyeli en yüksek olan böyle bir sektöre devletin katkı ve desteği kaçınılmazdır. Tasarıda yer alan teşvik hükümlerinin gerçekleşmesi halinde turizmin, ekonomik ve toplumsal kalkınmamıza katkıda bulunması büyük ölçüde sağlanabilecektir.*

*Bir taraftan teşvik tedbirleri getirilirken, diğer taraftan hizmet standardının yükseltilmesi ve idamesi, buna paralel olarak da tüketicinin korunabilmesi amacıyla gerekli ve yeterli bir denetim ve ceza sistemi yeni esaslara bağlanmaktadır.*

*Yukarıdaki amaçlardan hareketle tasarısı:*

- 1. Turizm kaynaklarının tespitleri ve bunların turizm olayı içinde kullanılmasını,*
- 2. Turizm yatırımlarının ve işletmelerinin yeni özendirici araçlarla etkili biçimde desteklenebilmesini,*
- 3. Turizm yatırımlarını yavaşlatan etkenlerin basitleştirilmesi ve işlek bir yatırım anlayışı getirilmesini,*
- 4. Turizm işletmelerinin ulusal ekonomimiz için önemli birer döviz kaynağı olmaları nedeniyle dış turizm gereklerine de uygun işletmelerinin sağlanmasını, (...)*

*Sağlayacak hükümler taşımaktadır ve ülkemiz turizminin bugün içinde bulunduğu olumsuz yapıdan kurtarılması ile yukarıda ana başlıkları verilen hususların gerçekleştirilmesi suretiyle, amaçlanan düzeye ulaşabilmesi için hazırlanan bu tasarının kanunlaşması zorunlu görülmektedir”<sup>3</sup>.*

Görüldüğü üzere, 2634 sayılı Kanun’un temel varlık sebebi, ülkemizin turizm alanında sahip olduğu ve/fakat kullanamadığı potansiyelinin; Devletin düzenleme, özendirme ve desteklemesi suretiyle sektörü cazip hale getirerek ortaya çıkarılması olarak belirtilmiştir. Kanun’un gerekçesinde, hizmet standardının yükseltilmesi ve turizm tesislerinin dış turizm gereklerine uygun işletmelerinin sağlanması da Kanun’un amaçları arasında gösterilmiştir. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun kapsam ve amacı da, Kanun’un genel gerekçesinde belirtilen hedeflerin tamamını kapsayacak nitelikte belirlenmiştir. Kanun’un amacı, “*turizm sektörünü düzenleyecek, geliştirecek, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturacak tertip ve tedbirlerin alınmasını sağlamak*” olarak ifade edilirken (2634 sayılı Kanun, m.1); kapsam, “*... turizm hizmeti ile bu hizmetin gereği kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinin tespiti ile geliştirilmelerine, turizm yatırım ve işletmelerinin teşvik edilmesine, düzenlenmesine ve denetlenmesine ilişkin hükümler...*” (2634 sayılı Kanun, m.2) olarak belirlenmiştir.

2634 sayılı Kanun’un çıkarılmasının -görünürdeki<sup>4</sup>- sebep ve amaçlarının günümüzde de geçerliliğini sürdürdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. On İkinci Kalkınma Planı’nda da (2024-2028) turizm, öncelikli gelişme alanı olarak belirlenmiştir<sup>5</sup>. Turizm sektörüne politika ve tedbirler arasında, “*(r)ekabetçi ve hızla değişen talebi karşılayabilen bir turizm sektörü için hizmet kalitesi iyileştiril(mesi)*”

<sup>3</sup> 2634 sayılı Kanun Genel Gerekçesi, s.8.

[https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/d01/c006/mgk\\_01006098ss0261.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c006/mgk_01006098ss0261.pdf)

<sup>4</sup> Kanun’un yürürlüğe girdiği döneme tanıklık eden kişilerin bilgi ve deneyimlerinin aktarıldığı bir çalışma için bkz. Mune Moğol, “2634 Sayılı Turizm Teşvik Kanunu ve Hazırladığı Dönem”, III. Disiplinlerarası Turizm Araştırmaları Kongresi, ed. Nazmi Kozak, Osman E. Çolakoğlu (Ankara: Detay Yayınları, 2014) s.659 vd.

<sup>5</sup> On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), s.110.

[https://onikinciplan.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/11/On-ikinci-Kalkinma-Plani\\_2024-2028.pdf](https://onikinciplan.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/11/On-ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028.pdf). E.T.: 07.11.2023.

ile “(h)izmet kalitesinin ve turist memnuniyetinin artırılması amacıyla turizm tesislerinde fiziki şartların iyileştirilmesine yönelik mevzuat düzenlemesi yapıl(ması) ve denetim faaliyetleri(nin) artırıl(ması)”na yer verilmiştir<sup>6</sup>. Ancak, turizmin teşviki ile tesislerin/hizmetin standartlarının yükseltilmesinin birbiriyle çatışan nitelik arz ettiği söylenebilecektir. Zira, standartların yükseltilmesi, maliyetleri ve dolayısıyla fiyatları artıracak, turizm işletmeciliğini zorlaştıracaktır. Bu durum, turizm işletme ve turist sayısının azalmasına yol açabilecektir. Öte yandan, tesis ve hizmet standartlarının yükseltilmesinin, nitelikli hizmet sunumunu sağlayacağı; müşteri memnuniyeti ve rekabet esaslı bir sektör olan turizm sektöründe güvenli turizmin, turizm gelirini artıracak nitelikteki turist sayısının çoğalmasında olumlu etki edeceği de ileri sürülebilir. Bu kapsamda, turizm işletmelerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi, standartların belirlenmesi ve denetlenmesi aşamalarında, standartlarının yükseltilmesi ve nitelikli hizmet sunumu ile turizmin teşviki ve teşebbüs hürriyeti arasındaki dengenin kurulması, 2634 sayılı Kanun’da gösterilen amaçlara ulaşma açısından büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda kullanılan en önemli enstrüman ise, turizm işletmesi belgesidir. Turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliği, verilme şartları ve usulü gibi hususlar, turizm sektörüne ilişkin hedeflere ulaşılabilmesine doğrudan etki edecek niteliktedir.

## 2. Turizm İşletmesi Belgesi Tanımı

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nda, Kanun’un kapsam ve amacı doğrultusunda, “turizm sektörünü düzenleyecek, geliştirecek, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturacak tertip ve tedbirler” ile “turizm yatırım ve işletmelerinin teşvik edilmesine, düzenlenmesine ve denetlenmesine” yönelik hüküm ve mekanizmalara yer verildiği görülmektedir. Bu mekanizmaların başında ise, ‘belgelendirme’ yöntemi gelmektedir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’na 2021 yılında 7334 sayılı Kanun’la yapılan ek ile, Kanun kapsamında verilen belgeler ‘turizm belgesi’ adı altında toplanmıştır. Bir diğer ifadeyle ‘turizm belgesi’ 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında verilen belgelerin genel adı olmuştur. Kanun’un 3.maddesine göre turizm belgesi, “(t)urizm yatırımı belgesi, turizm işletmesi belgesi ve basit konaklama turizm işletmesi belgesini” ifade etmektedir.

7334 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonrasında 2634 sayılı Kanun’da turizm belgelerinden birisi olan “Turizm İşletmesi Belgesi”, “(b)asit konaklama tesisleri hariç olmak üzere, turizm sektöründe faaliyet gösteren turizm işletmelerine Bakanlıkça verilen belge” olarak tanımlanmıştır. (m.3/g)

Turizm işletmesi belgesi, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun 37/A/2 bendine dayanılarak hazırlanan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik’te<sup>7</sup> de tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 4.maddesine göre turizm işletmesi belgesi, “(b)u Yönetmelikte nitelikleri belirtilen turizm işletmelerine işletme aşamasında verilen belgeyi” ifade etmektedir.

Kanunda yer verilen ve/fakat Yönetmelik’te bulunmayan “basit konaklama tesisleri hariç olmak üzere” ifadesinin, Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın turizm işletmelerine verdiği bir diğer turizm belgesi olan “basit konaklama turizm işletmesi belgesi” ile “turizm işletme belgesi”ni ayırmak amacıyla Kanun’a konulduğu anlaşılmaktadır.

Yine, Yönetmelikte yer alan ve/fakat Kanun’da bulunmayan “işletme aşamasında verilen belge” ifadesinin ise, turizm işletme belgesinin, turizm yatırımı tamamlandıktan sonra işletme aşamasına gelmiş veya hali hazırda işletme aşamasında bulunan turizm tesislerini işaret etmek amacıyla getirildiği düşünülmektedir.

Bu iki tanım arasındaki farklılık, Kanun’un Yönetmelikte yapılan tanımdan sonra değişikliğe uğramasıyla açıklanabilecektir. Birbirinden farklı ve/fakat çelişkili olarak nitelendirilemeyecek bu iki tanımın birlikte ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle turizm işletme belgesi, “idarece belirlenen

<sup>6</sup> On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), s.111-112.

<sup>7</sup> Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, *Resmî Gazete* 30791 (01.06.2019)

*nitelikleri taşıyan ve turizm sektöründe faaliyet gösteren turizm işletmelerine işletme aşamasında verilen belge'* şeklinde tanımlanabilecektir.

### 3. Turizm İşletmesi Belgesi Türleri

Turizm işletmesi belgesi, tesis türüne ya da tesisin tamamlanma aşamasına göre farklı türlere ayrılabilir. Aslında farklı isimlerle verilen bu belgelerin tamamı özünde 'turizm işletmesi belgesi'dir. Bu nedenle de tüm bu belgeler işletme aşamasında verilmektedir. Bunun yanı sıra belgelendirme, turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinin beraberinde getirdiği hak, muafiyet ve istisnalardan faydalanmaya imkan sağlar. Öte yandan, her ne kadar özünde 'turizm işletme belgesi' olsa da, değişik isimler adı altında verilen bu belgeler arasındaki farklılığın ortaya konulması, olası bir kavram kargaşasının önüne geçilebilmesine yardımcı olacaktır. Bu nedenle aşağıda, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te yer verilen turizm işletme belgesi türlerine kısaca yer verilecektir.

- *Kısmi Turizm İşletmesi Belgesi:* Turizm işletme belgesi, tesisin tamamlanma aşamasına göre "kısmi turizm işletmesi belgesi" adı altında verilebilmektedir. Kısmen işletmeye açılan turizm tesisinin, işletmeye açılan bölümünün, Bakanlıkça o turizm tesisi için getirilen kriterleri sağlaması halinde, işletmeye açılan bölüm için "kısmi turizm işletmesi belgesi" verilebilmektedir. Kısmi turizm işletmesi belgesi, "(i)şletmeye açılan bölümü, bu Yönetmelikte tür ve varsa sınıfı için tanımlanan asgari nitelikleri sağlayan, ayrıca sınıfı bulunması durumunda yapılacak belgelendirme denetiminde sınıfı için belirlenen puan barajını aşan turizm tesislerine, yapılacak olan diğer bölümü yatırım kapsamında tutularak işletme aşamasında verilen belge" olarak tanımlanmaktadır. Turizm işletmesi belgesinde olduğu gibi kısmi turizm işletme belgesi de, turizm yatırımı belgeli tesisler için verilebileceği gibi; turizm yatırımı belgesi alınmaksızın doğrudan işletmeye açılmak istenen turizm tesislerine de verilebilecektir. Kısmi turizm işletmesi belgesi, turizm tesisinin işletmeye açılan kısmı açısından, turizm işletme belgesinin hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

- *Ana Turizm İşletmesi Belgesi:* Ana turizm işletmesi belgesi, bileşik tesis (turizm kentleri, turizm kompleksleri, tatil merkezleri) türlerinde, ana işletmeciyeye verilen belge olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. Bileşik tesislerde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca tanımlanan ve müstakilen belgelendirilebilen turizm işletmesi türlerinin bir veya birkaçı tesis bünyesinde yer alabilmektedir. Bu tesislere ilişkin turizm yatırımının tek bir işletmeci tarafından gerçekleştirildiği durumlarda, işletmeciyeye, tesisin tamamlanma aşamasına göre ana kısmi turizm işletmesi belgesi ve ana turizm işletmesi belgesi düzenlenebilmektedir. Ana (kısmi) turizm işletmesi belgesi sahibi tarafından, tesislerin üçüncü şahıslara kiralanması veya işlettilmesi ya da bu parseller üzerinde lehine tapuda tesis edilen üst hakkının devredilmesi durumunda, bu işletmeciler adına ana turizm yatırımı belgesi, ana kısmi turizm işletmesi belgesi ve ana turizm işletmesi belgesi altında ayrı ayrı belge düzenlenebilmektedir. Bir diğer ifadeyle, bileşik turizm tesislerinde, ana yatırımcının tesisin bir bölümünün işletmesini devretmesi halinde, devralan işletmeci ana turizm işletmesi belgesi altında ayrıca belgelendirilecektir. Böylece bir bütün olarak belgelendirilen bileşik turizm tesisi, işletmecide değişiklik olması halinde, değişiklik olan bölümle sınırlı olarak ve ana turizm işletmesi belgesi çatısı altında belgelendirmeye tabi tutulacaktır.

- *Basit Konaklama Turizm İşletmesi Belgesi:* 18.07.2021 tarih ve 7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda yapılan değişikliklerle getirilen yeni hukuki rejim<sup>9</sup>, Kanun'un yürürlük tarihinde iş yeri açma ve çalışma ruhsatı uyarınca turizm alanında faaliyet gösteren ve/fakat turizm işletmesi belgesine sahip olmayan turizm işletmelerinin faaliyetlerine devam edebilmelerinin önüne geçecek niteliktedir.

<sup>8</sup> Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 4/1-a.

<sup>9</sup> Bu hususta bkz. "Turizm İşletmesi Belgesinin Hukuki Niteliği" başlığı.

Bunun istisnası ise, 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önce işyeri açma ve çalışma ruhsatıyla faaliyette bulunan ve turizm işletmesi belgesi bulunmayan konaklama tesislerince, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra<sup>10</sup> 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun Geçici 11. maddesi uyarınca 'basit konaklama turizm işletmesi belgesi' alınmış olmasıdır. Bu işletmeler, almış oldukları 'basit konaklama turizm işletmesi belgesi' uyarınca turizm faaliyetinde bulunma imkanına sahip olmakla birlikte; turizm işletmesi belgesinin sağladığı bazı hak, muafiyet, teşvik ve istisnalardan faydalanamamaktadırlar<sup>11</sup>. Bu kapsamda, basit konaklama turizm işletmesi belgesinin, 7334 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce işyeri açma ve çalışma ruhsatıyla faaliyette bulunan konaklama tesislerinin hukuki güvenliğini koruma amacıyla getirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Geçici 11.maddede yer alan, "(b)unların mevcut işyeri açma ve çalışma ruhsatı kapsamındaki hakları devam eder" şeklindeki hüküm de bu durumu tevsik etmektedir. Belgenin süresiyle ilgili herhangi bir hüküm ise, ne Geçici 11.maddede ne de bu Kanun'un uygulamasını göstermek üzere çıkarılan Basit Konaklama Tesisleri ile Plaj İşletmelerinin Belgelendirilmesine İlişkin Yönetmelik'te<sup>12</sup> yer almaktadır<sup>13</sup>. Bu nedenle, bu tesislerin iş yeri açma ve çalışma ruhsatı kapsamında, faaliyetlerini herhangi bir süre kaydı olmaksızın sürdürebileceklerini söylemek mümkündür. Burada, bu tesislerin faaliyetlerine devam edebilmeleri için neden 'basit konaklama turizm işletmesi belgesi' adı altında ayrıca bir belgelendirmeye tabi tutulduğu sorusu akla gelebilecektir. Bu sorunun cevabı, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın düzenleme ve denetleme yetkisinin kapsamıyla ilgilidir. 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önce işyeri açma ve çalışma ruhsatıyla faaliyette bulunan ve turizm işletmesi belgesi bulunmayan konaklama tesisleri, basit konaklama turizm işletmesi belgesi adı altında Kültür ve Turizm Bakanlığı'na belgelendirilmesi durumunda, 2634 sayılı Kanun kapsamında 'belgeli turizm işletmesi'<sup>14</sup> statüsü kazanmakta ve Bakanlığın düzenleme ve denetleme yetkisi içerisine sokulmak istenmektedir<sup>15</sup>.

#### 4. Turizm İşletmesi Belgesinin Hukuki Niteliği

Turizm işletmesi belgesi, turizm işletmelerinin idarece belirlenen nitelikleri sağladığını gösteren belgedir<sup>16</sup>. Belgenin hukuki niteliği, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden sonra farklılaşmıştır. 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önce 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, ismiyle paralel şekilde turizmin teşviki amacına yönelmektedir. Turizm işletmesi belgesi de Kanun'un öngördüğü imkanlardan faydalanabilmek için alınabilen bir 'teşvik belgesi' niteliğini taşımaktadır. 2634 sayılı Kanun'un 7334 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramadan önceki 'belge alınması' başlıklı 5.maddesi şu şekildedir: "*Turizm sektöründe; bu Kanun ve diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbirleri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için Bakanlıktan, turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesi alınması zorunludur*". Görüldüğü üzere turizm işletmesi belgesi 7334 sayılı Kanun'dan önce; 2634 sayılı Kanun'da ve ilgili diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbirleri ile istisna,

<sup>10</sup> Konaklama tesislerinin, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun Geçici 11.maddesinin yürürlüğe girmesinden itibaren - turizm işletmesi belgesi almamışsa- bir yıl içerisinde basit konaklama turizm işletmesi belgesi başvurusunda bulunması halinde, bu belgeyi alabilecekleri düzenlenmiştir.

<sup>11</sup> 2634 sayılı Kanun, Geçici Madde 11/2: "...Basit konaklama turizm işletmesi belgeli tesisler; 13 üncü, 14 üncü, 18 inci, 19 uncu ve 20 nci maddeler hariç bu Kanuna, 1593 sayılı Kanununun 178 inci maddesine, 222 sayılı Kanununun 61 inci maddesine, 4250 sayılı Kanununun 9 uncu maddesine tabidir. Ancak bu işletmeler için 4250 sayılı Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki mesafe şartı aranır".

<sup>12</sup> Basit Konaklama Tesisleri ile Plaj İşletmelerinin Belgelendirilmesine İlişkin Yönetmelik, *Resmî Gazete* 31609 (25.09.2021)  
<sup>13</sup> 7334 sayılı Kanun'la turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde değişikliğe gidilerek 'kolluk ruhsatı' niteliğini taşıdığı plaj işletmeleri ve deniz turizmi tesisi işletmeleri açısından, turizm işletmesi belgesi alınmasına ilişkin 'geçiş süresi' öngörülmüştür. Bu süre sonunda işletmelerin turizm işletmesi belgesi almaksızın faaliyetine devam edebilmelerine imkan tanınmamıştır.

<sup>14</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 3/1-h: "Belgeli Turizm Yatırım veya İşletmeleri: Bakanlıkça belgelendirilmiş yatırım veya işletmeleri, (...) ifade eder.

<sup>15</sup> Bu hususta bkz. "Turizm İşletme Belgesi Alınması Sonuçları" başlığı. Kolluk faaliyeti kapsamında verilen izinler dolayısıyla kişi ile idare arasında kurulan ilişkinin, faaliyetin yürütülmesi sırasında idareye o faaliyet üzerinde bir denetim ve gözetim yetkisi de bahsettiği hususunda bkz. Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), s.44.

<sup>16</sup> Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 5/2.

muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için turizm işletmecisinin aldığı bir belge konumundadır. Belgenin alınması, turizm sektöründe faaliyet gösterebilmek için bir şart konumunda değildir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun ruhu ve amacı da bu doğrultudadır. Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında da aynı sonuca varılmaktadır. Genel gerekçede, "(b)elgelendirme sektöründe faaliyette bulunabilmek için bir zorunluluk olmamakla beraber, kanunda getirilen haklardan yararlanabilmenin tek şartı olması nedeniyle bir cazibe unsuru hüviyeti taşımaktadır"<sup>17</sup> ifadelerine yer verilmiştir.

Danıştay da, Kanun değişikliğinden önce bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: "(T)urizm işletmesi belgesi, adına düzenlendiği işletmenin Yönetmelikte belirtilen nitelikleri sağladığını gösteren belge niteliğindedir. İşletmelerin faaliyette bulunabilmeleri için turizm işletmesi belgesi alınmış olması zorunluluğu bulunmamakta olup, ilgili idareden işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmak suretiyle işletmenin faaliyette bulunması mümkündür"<sup>18</sup>.

Görüldüğü üzere, 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önce 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda yer verilen turizm işletmesi belgesi, turizm alanında faaliyet göstermenin bir koşulu olmayıp; bu sektörde faaliyet gösteren kişilerin Kanun'da öngörülen teşvik tedbirleri, istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmesini sağlayan 'teşvik belgesi' vasfını taşımaktadır. İdarenin bu kapsamda yürüttüğü faaliyet ise, özendirme ve destekleme faaliyeti olarak nitelendirilebilecektir<sup>19</sup>. Turizmin teşviki faaliyeti, idarenin özendirme ve destekleme faaliyetinin tipik örnekleri arasında sayılmaktadır<sup>20</sup>. Burada, turizm sektöründe faaliyet göstermek isteyen müteşebbisler, 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun uyarınca aldıkları işyeri açma ve çalışma ruhsatı uyarınca faaliyette bulunabilmekte<sup>21</sup>; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda yer verilen teşvik tedbirleri, istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek içinse turizm işletmesi belgesi almak zorundadırlar.

7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda yapılan değişikliklerden sonra ise, idarenin turizmi 'özendirme ve destekleme' şeklindeki faaliyetinin, kısmen 'turizm kolluğu'na dönüştüğü görülmektedir. 7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Kanun'un 5.maddesine şu hüküm eklenmiştir: "Yetkili idare tarafından işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilen konaklama işletmelerinin bu ruhsatı aldıkları tarihten itibaren altı ay içinde Bakanlıktan turizm işletmesi belgesi almaları zorunludur"<sup>22</sup>. (m.5/3) Maddenin devamına, bu hükmün sonucuna ilişkin bir fıkra daha eklenmiştir: "Bu maddede belirtilen süreler içerisinde turizm işletmesi belgesi alamayan konaklama ve plaj işletmeleri, işletmeye açılmaz ve faaliyette bulunamaz. Bu işletmelerin işyeri açma ve çalışma ruhsatı Bakanlıkça yapılan bildirim üzerine yetkili idare tarafından bir ay içinde iptal edilir ve faaliyetlerine son verilir". (m.5/7)

Kanun'un 5.maddesinde yapılan değişiklikle, konaklama<sup>23</sup> ve plaj işletmelerinin işyeri açma ve çalışma ruhsatı alması, turizm alanında faaliyet gösterebilmek için yeterli olmaktan çıkarılmış; faaliyetin yürütülebilmesi için ayrıca turizm işletmesi belgesi alınması zorunlu hale getirilmiştir. Benzer durum,

<sup>17</sup> 2634 sayılı Kanun Genel Gerekçesi, s.9.

<sup>18</sup> Danıştay 14. D., E. 2015/6207, K. 2018/1797, (21.03.2018). Aynı yönde bkz. Danıştay 6. D., E. 2019/17168, K. 2021/7623. (02.06.2021) (Danıştay kararına "Lexpera" arama motoru aracılığıyla erişilmiş olup; bundan sonraki Danıştay kararlarının da başkaca referans gösterilmediği takdirde bu arama motoru aracılığıyla temin edildiği anlaşılmalıdır.)

<sup>19</sup> İdarenin özendirme ve destekleme faaliyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Necip Taha Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2019)

<sup>20</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982), s.353.

<sup>21</sup> Mevzuatta teşebbüs hürriyeti kapsamında özel hukuk kişilerince yürütülen hemen hemen tüm faaliyetler için işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması öngörülmüştür. (Taner Ayanoğlu, *İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2019) s.6)

<sup>22</sup> Maddenin 6.fıkrasında benzer düzenleme plaj işletmeleri için de getirilmiştir: "Konaklama içermeyen müstakil plaj işletmelerinin, işyeri açma ve çalışma ruhsatı almalarını takiben yedi gün içerisinde turizm işletmesi belgesi almak için Bakanlığa başvuru yapmaları ve başvuruyu takiben yapılacak denetim sonucunda varsa belirlenen eksikliklerini, tebligat tarihinden itibaren otuz gün içerisinde gidererek turizm işletmesi belgesi almaları zorunludur. (...)". (m.5/6)

<sup>23</sup> İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik, Madde 4/1-r: "Konaklama yeri: Otel, motel, pansiyon ve kampingler gibi, asıl fonksiyonları müşterilerin geceleme ihtiyaçlarını sağlamak olan yerleri, (...) ifade eder".

deniz turizmi tesisleri ile deniz turizmi araçları işletmeleri ve lüks çadır tesisi işletmeleri açısından da geçerlidir. 2634 sayılı Kanun'un 26.<sup>24</sup> ve 27.<sup>25</sup> Maddelerinde deniz turizmi tesisleri<sup>26</sup> ile deniz turizmi araçları<sup>27</sup> işletmelerinin, 6.maddesinde<sup>28</sup> ise lüks çadır tesislerinin turizm alanında faaliyet gösterebilmesi için, turizm işletmesi belgesi almaları zorunlu kılınmıştır. Kanun'un bu yeni haliyle, idarenin bu alanda yürüttüğü faaliyet 'kolluk faaliyeti'; turizm işletmesi belgesi ise, bu tesisler açısından 'kolluk ruhsatı'na dönüşmüş durumdadır. Bunların dışında kalan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te yer alan turizm tesisleri<sup>29</sup> açısından turizm işletmesi belgesi alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Gerçekten de yasa koyucu – Anayasal sınırlar dahilinde- çıkardığı bir Kanunla özel girişimin birtakım faaliyetlerini izne veya ruhsata bağlayabilmekte ve o faaliyetin işletilme şeklini tayin edebilmektedir. Bu, Devletin sahip olduğu kolluk yetkisinin bir sonucudur<sup>30</sup>. İdarenin kolluk faaliyeti, "gerçek ve tüzel kişilerin yürüttükleri çeşitli (ticari ve gayri ticari) etkinliklerin 'maddi kamu düzeni'nin korunması amacıyla ve 'kanun' düzeyindeki yasal dayanaklarının da bulunması koşuluyla idare tarafından 'düzenlenmesi'<sup>31</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu işletmelere turizm işletmesi belgesi verilmesi faaliyeti sırasında turizm idaresi, kamu düzeninin klasik unsurlarının<sup>32</sup> (güvenlik, sağlık, dirlik-esenlik) ötesinde- ki bu unsurlar yönünden kamu düzeninin sağlanması amacıyla işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmaktadır-, 'turizm kolluğu' olarak bir özel idari kolluk faaliyeti yürütmektedir. Özel idari kolluk faaliyeti, genelin amaçlarından bir ya da birkaçına yönelik olmakla beraber farklı bir hukuksal düzene bağlı tutulmak suretiyle yerine getirilebileceği gibi; genel idari kolluğun yöneldiği amaçların dışında, farklı bir alan ve konuda düzen sağlamak amacıyla da yürütülebilmektedir<sup>33</sup>. İdare turizm işletmesi belgesi aracılığıyla, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda belirlenen "turizm sektörünü düzenleyecek, geliştirecek, dinamik bir yapı ve işleyişe kavuşturacak tertip ve tedbirlerin alınmasını sağlama" amacı doğrultusunda, genel idari kolluğun dışında, 'turizm düzeni'ni sağlamakta; teşebbüs hürriyeti kapsamında yerine getirilen bir etkinliğe müdahale etmektedir. Burada, belgenin teşvik belgesi niteliği de ortadan kaldırılmamaktadır. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nda belge sahibi işletmecilere tanınan teşvik, muafiyet ve haklar; bu alanda faaliyet gösterebilmenin doğal bir sonucu haline gelmektedir.

Görüldüğü üzere yasa koyucu, 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden sonra, turizm işletmeleri arasında ayrıma gitmiş; bazı turizm işletmeleri (konaklama ve plaj işletmeleri, deniz turizmi tesisleri işletmeleri, deniz turizmi araçları işletmeciliği, lüks çadır tesisi işletmesi) bünyesinde yürütülen faaliyeti, turizm sektörü açısından ihtiva ettiği öneme karşılık ayrı bir hukuki rejime tabi tutmuştur. Bu nedenle turizm işletmesi belgesi, farklı türdeki turizm işletmeleri açısından farklı hukuki nitelik arz eder hal almıştır. Belge, turizm tesisi türlerinin büyük çoğunluğu için 'özendirme ve destekleme' ya da 'teşvik

<sup>24</sup> Madde 26: "Gerçek ve tüzel kişiler, Bakanlıktan belge almak koşulu ile deniz turizmi tesisleri işletmeciliği yapabilirler. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından faaliyetine ilişkin ilk defa izin verilen deniz turizmi tesisleri işletmelerinin, bu izni aldıkları tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlıktan turizm işletmesi belgesi almaları zorunludur".

<sup>25</sup> Madde 27: "Gerçek ve tüzel kişiler tarafından turizm amaçlı sportif faaliyet işletmeciliği ve ticari faaliyetine esas olarak Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından düzenlenmiş belgeleri haiz olmak kaydıyla deniz turizmi araçları işletmeciliği yapılabilmesi için Bakanlıktan belge alınması zorunludur. Bakanlıktan belgeli deniz turizmi araçları ile turizm amaçlı sportif faaliyet işletmeleri, Bakanlıkça düzenlenecek yönetmelikte belirtilen amaçlar dışında faaliyette bulunamazlar".

<sup>26</sup> Tanım için bkz. Deniz Turizmi Yönetmeliği, Madde 4/1-ğ.

<sup>27</sup> Tanım için bkz. Deniz Turizmi Yönetmeliği, Madde 4/1-f.

<sup>28</sup> Madde 6/4:"... Bakanlığın belirlediği kriterlere uygun yapılmayan ve Bakanlıktan turizm işletmesi belgesi almayan tesisler işletmeye açılmaz. Bakanlıktan turizm işletmesi belgesi alınmasını müteakip, başka bir işleme gerek kalmaksızın onbeş gün içinde bu tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilir..."

<sup>29</sup> Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te yer alan, gastronomi tesisleri, sağlık tesisleri, spor tesisleri, kongre ve rekreasyon tesisleri, mola noktaları, personel eğitim tesisleri bu kapsamda sayılabilir.

<sup>30</sup> Tayfun Akgüner, *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*, (İstanbul: Formül Matbaası, 1979), s.76.

<sup>31</sup> İl Han Özay, "İdari Kolluk- Adli Kolluk", *İÜHFMLXXI/1*, (Ağustos 2013), s.949.

<sup>32</sup> Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yay., 2023), s.564.

<sup>33</sup> İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), s.734

belgesi'<sup>34</sup> niteliğini devam ettirirken; bir kısım turizm tesisi açısından ise hem 'kolluk ruhsatı' hem de 'teşvik belgesi' niteliği taşıması sebebiyle *karma nitelikli belge* olarak değerlendirilebilecektir. Bu işletmeleri, 'turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmeleri' ve 'turizm ruhsatına tabi kılınmayan turizm işletmeleri' şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Böylece, yasa koyucunun, turizm işletmelerinin türlerine göre turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde yarattığı iki ayrı kategorinin ve hukuki rejimin varlığı ortaya konulmuş olmaktadır.

## 5. Turizm İşletmesi Belgesi Alınması Şartları

Turizm işletmesi belgesi, başvuru üzerine alınan bir belgedir. Bu belgenin alınabilmesi için istenilen bilgi ve belgeler, belgelendirilmek istenen tesis türüne göre<sup>35</sup> farklılık gösterebilmektedir. Belgenin alınabilmesi için varlığı aranan ortak şartların neler olduğunun tespiti, turizm işletmesi belgesine ilişkin hukuki rejimin oluşturulabilmesi açısından önem arz etmektedir. Aşağıda, turizm işletmesi belgesi alınabilmesi için yapılacak başvuru sırasında istenilen belgelerin aktarılmasından ziyade, turizm işletmesi belgesinin alınabilmesi şartlarına ilişkin genel bir rejim oluşturma çabasına girişilecektir.

### 5.1. Turizm işletmesi niteliğini haiz olma

Turizm işletmesi, "*Türk veya yabancı uyruklu, gerçek veya tüzel kişilerce birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilen ve turizm sektöründe faaliyet gösteren ticari işletmeler*" olarak tanımlanmaktadır<sup>36</sup>. Buna göre, yalnızca 'ticari işletmeler' turizm işletmesi belgesi alabilmektedir. Ticari işletme tanımı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmıştır. "*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*". Şu halde, turizm işletmesinden bahsedilebilmesi için, esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, devamlı ve bağımsız şekilde faaliyet gösteren bir işletmenin<sup>37</sup>, yani ticari işletmenin varlığı gerekmektedir<sup>38</sup>. Bu durumda, esnaf işletmesi niteliğindeki teşebbüsler turizm işletmesi olamayacak; dolayısıyla turizm işletmesi belgesi alamayacaklardır. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmeliğin "*Kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesi talebi*" başlıklı 8. maddesi ile bu maddenin atıfta bulunduğu 6. ve 7. maddede belirtilen başvuruda aranacak belgeler arasında bu ayrıma imkan tanıyacak bir bilgi/belge istenilmemesi ise bir eksiklik olarak değerlendirilebilecektir.

Halihazırda bir ticari işletmenin varlığı, turizm işletmesi belgesi alınabilmesi için yeterli değildir. Turizm işletme belgesi için başvurulacak ticari işletmenin, "*turizm sektöründe faaliyet göster(mesi)*" gerekmektedir. 2634 sayılı Kanun'da 'turizm yatırım belgesi' ve 'turizm işletmesi belgesi' tanımlarında yer alan, teşvik tedbirleri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmenin esasını oluşturan<sup>39</sup> ve Kanun'un daha birçok yerinde geçen "*turizm sektöründe faaliyet gösterme*" ifadesinin anlamlandırılabilmesi için, 'turizm sektörü'nün açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Lakin, 'turizm sektörü' tanımı mevzuatta yer almamaktadır. Burada, Turizm Yatırım, İşletme ve Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelik'te<sup>40</sup> yer verilen "Belgeli turizm işletmesi" tanımı yol gösterici olabilecek niteliktedir. Yönetmeliğin 4/1-d maddesine göre belgeli turizm işletmesi, "*Türk veya yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilerce, birlikte veya ayrı ayrı gerçekleştirilen ve Kanunun 37 nci maddesinin A - 2*

<sup>34</sup> Çalışmanın geri kalan kısmında belgenin niteliğinden bahsedilirken, 2634 sayılı Kanun'un isminden de hareketle 'teşvik belgesi' ifadesi tercih edilecektir.

<sup>35</sup> Örneğin, özel konaklama tesisleri ve gastronomi tesisleri için yapılacak başvurularda tesis özelliğine ilişkin görsel ve yazılı doküman talep edilmektedir. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 8/1-a.

<sup>36</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 3/1-e.

<sup>37</sup> 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 11/1 uyarınca ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.

<sup>38</sup> Rıza Ayhan vd., *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Yetkin Yay. 2021), s. 107; Aytekin Çelik, *Ticaret Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), s. 3

<sup>39</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 5/1: "Turizm sektöründe; bu Kanun ve diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbirleri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için Bakanlıktan turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesi alınması zorunludur".

<sup>40</sup> Turizm Yatırım, İşletme ve Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete* 18023 (19.04.1983).

*Fıkrası kapsamında turizm sektöründe faaliyet gösteren ticari işletmeleri” ifade etmektedir. Burada yer verilen turizm işletmesi tanımının, Kanun’un amacına daha uygun olduğu söylenmelidir. Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın denetim usul ve esaslarının düzenlendiği bu Yönetmelikte, ‘turizm sektörü’nden anlaşılması gerekeninin, “Kanunun 37 nci maddesinin A – 2 Fıkrası kapsamında” yer alan etkinliklerin olduğu görülmektedir. Bahsi geçen Kanun hükmü, “turizm işletmesi belgelerinin verilmesi, bu işletmelerin yönetim, personel ve işletme özellikleri ile uymak zorunda oldukları fiziki şartlar ve diğer konular(ın)” Cumhurbaşkanınca belirlenmesini öngörmektedir. Şu halde, gerek 2634 sayılı Kanun’da gerekse de alt mevzuatında çokça yer verilen ‘turizm sektörü’ ifadesinin, idarece (Cumhurbaşkanı) Yönetmelikle belirlenecek faaliyet konularını anlattığı söylenmelidir.*

Tüm bu açıklamalardan hareketle, turizm işletmesi olarak değerlendirilebilmek için, öncelikle ticari işletme statüsüne sahip olmak; sonrasında ise idarece (Cumhurbaşkanı) Yönetmelikle belirlenecek alanlarda faaliyet göstermek gerekmektedir. Ancak bu nitelikteki işletmeler turizm işletmesi belgesi alabileceklerdir.

## 5.2. İşletme aşamasında olma

Turizm işletmesi belgesi, belgenin adı içerisinde de geçtiği üzere ‘işletme’ aşamasında olan tesise verilmektedir. Nitekim, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik’te de, turizm işletmesi belgesi “işletme aşamasında verilen belge” olarak tanımlanmıştır<sup>41</sup>. Tesisin işletme aşamasında olmasının bir şart olarak getirilmesi, 2634 sayılı Kanun’un amacına paralel niteliktedir. Zira, 7334 sayılı Kanun’un yürürlüğünden önce turizm işletmesi belgesinin tek niteliği ‘teşvik belgesi’ olmasıdır. İdarenin bu dönemde özendirme ve destekleme faaliyeti yürütmesi; belgenin sadece ‘teşvik belgesi’ niteliği taşıması ve turizm faaliyetinin yürütülebilmesi için alınması zorunluluğunun bulunmaması, belgeyle tanınan hak, muafiyet ve istisnaların niteliği, turizm tesisinin işletme aşamasında olması gerekliliğine işaret etmektedir.

Bu şartı teminen turizm işletmesi belgesi almak için başvuru yapmadan önce, iş yeri açma ve çalışma ruhsatının alınması gerektiğine dair hükümlere mevzuatta yer verilmiştir<sup>42</sup>. Bunun istisnası ‘lüks çadır tesisi’ işletmesinde görülmektedir. Bu tesisler açısından, iş yeri açma ve çalışma ruhsatı alınması, turizm işletmesi belgesi almak için bir şart olarak öngörülmemiş; aksine, turizm işletmesi belgesi alınması halinde iş yeri açma ve çalışma ruhsatının başka bir işleme gerek kalmaksızın on beş gün içinde verileceği hüküm altına alınmıştır. (2634 sayılı Kanun, m.6/4) Burada turizm işletmesi belgesi, -diğer turizm işletmelerinden farklı olarak- işyeri açma ve çalışma ruhsatından sonra değil, önce verilmektedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken son husus ise, işyeri açma ve çalışma ruhsatına sahip bir işletmenin, turizm işletmesi belgesi aracılığıyla yeniden ruhsatlandırılmasının ne denli isabetli olduğudur. Turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmeleri açısından turizm işletmesi belgesinin bir yönüyle ‘kolluk ruhsatı’ niteliği taşıdığına daha önce değinilmişti<sup>43</sup>. Kolluk ruhsatı, kamu düzeninin bozulması tehlikesine istinaden yasa koyucu tarafından faaliyetin idarenin iznine bağlanması olarak ifade edilebilecektir<sup>44</sup>. Turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmeleri -lüks çadır tesisi işletmeleri hariç-, faaliyete başlayabilmek için, önce iş yeri açma ve çalışma ruhsatı almakta; sonrasında, Kanun’da öngörülen süre içerisinde turizm işletmesi belgesi almaları gerekmektedir. Örneğin, “(y)etkili idare tarafından işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilen konaklama işletmelerinin bu ruhsatı aldıkları tarihten itibaren altı ay içinde Bakanlıktan turizm işletmesi belgesi almaları zorunludur”. (2634 sayılı Kanun, m.5/3) Buna göre, bir kolluk ruhsatı olan iş yer açma ve çalışma ruhsatını alarak işletmesinin kamu düzenini bozmadığını tevsik eden kişi, sonrasında mevzuatta öngörülen süre içerisinde işletmesinin

<sup>41</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz. “Turizm İşletmesi Belgesi Tanımı” başlığı.

<sup>42</sup> Bu hususta bkz. 2634 sayılı Kanun (m.5), Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik (m.7/1-b).

<sup>43</sup> Bu hususta bkz. “Turizm İşletmesi Belgesinin Hukuki Niteliği” başlığı.

<sup>44</sup> Özay, *Günüşünde Yönetim*, s.738.



turizm düzenine aykırı olmadığını ortaya koyma yükümlülüğüne tabi kılınmaktadır. Bu sürenin sonunda tesisin, idarece o turizm tesisi için belirlenen nitelikleri taşımadığının anlaşılması halinde ise faaliyetine son vermek durumundadır.

Bu düzenleme şeklinin isabetli olmadığı söylenmelidir. Zira, bu işletmeler açısından ‘turizm işletmesi belgesi’ bir ruhsat niteliği taşımaktadır. Ruhsat, kamu düzeninin (ya da turizm düzeni) bozulmasını önleme amacı taşıyan bir denetim sonucunda verilen izindir. Bu işletmelerin ruhsatlandırılmasında yetkinin Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bırakılması; ya da en azından iş yeri açma ve çalışma ruhsatı ile turizm işletmesi belgesinin eş zamanlı olarak alınması yönünde düzenlemeye gidilmesi doğru olacaktır. Nitekim, 25.10.2023 tarih ve 7464 sayılı Kanun’la Turizmi Teşvik Kanunu’nda yapılan değişiklikle birlikte, turizm işletmesi belgesi almaması nedeniyle iş yeri açma ve çalışma ruhsatı iptal edilen işletmeler için, yetkili idarece yeniden iş yeri açma ve çalışma ruhsatının verilebilmesi için tesisin belge alma koşullarını sağladığına dair Bakanlıktan (Kültür ve Turizm Bakanlığı) uygun görüş yazısını ibraz etmesi zorunlu kılınmıştır. Böylece, iş yeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi, belgelendirme şartlarının varlığına bağlı kılınmıştır. Bu kapsamda, lüks çadır tesisi işletmelerinin belgelendirilmesi usulünün de esas alınabileceği ifade edilebilir. Zira, iş yeri açma ve çalışma ruhsatı olarak işletmeye açılmaya hazırlanmış bir tesisin, turizm işletmesi açısından belirlenen nitelikleri taşımadığı gerekçesiyle turizm işletmesi belgesi alamaması ve faaliyetine son verilmesi<sup>45</sup>, kaynak israfına da yol açıcı niteliktedir. Böyle bir durumda, müteşebbisin turizm işletmesi amacıyla yaptığı yatırımın atıl hale dönüşmesi söz konusu olabilecektir.

### 5.3. İdarece belirlenen nitelikleri taşıma

Turizm sektöründe faaliyet gösteren bir ticari işletmenin turizm işletmesi belgesi alabilmesi için, turizm tesisinin idare tarafından belirlenen nitelikleri taşıması gerekmektedir. Bu niteliklerin, kim tarafından, hangi hukuki araç kullanılarak ve ne kapsamda belirleneceği üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Niteliklerin ‘idarece belirlenmesi’ hususu 2634 sayılı Kanun’un 37. maddesi gereğindedir. 2634 sayılı Kanun’un “Yönetmelikler” başlıklı 37/A - 2 maddesine göre, “*turizm işletmesi belgelerinin verilmesi, bu işletmelerin yönetim, personel ve işletme özellikleri ile uymak zorunda oldukları fiziki şartlar ve diğer konular*” Cumhurbaşkanınca belirlenmektedir. Maddenin 3.fıkrasında Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Yönetmelikle düzenlenecek diğer konular ise şu şekilde belirtilmiştir: “*İnsan ve çevre sağlığı ile can ve mal güvenliği de dahil olmak üzere; belgeli yatırım ve işletmelerin belgeye esas olan vasıflarının, tarifelerinin, temizlik, intizam, servis, idare ve işletme tarzları ile diğer hususların denetlenmesine ve denetleme elemanlarının niteliklerine, atanmalarına ve yetkilerine ait konular*”. Görüldüğü üzere kanun koyucu, önce, belgenin verilmesine esas teşkil eden kriterlerin belirlenmesi; sonra da, belgeli işletmelerin belgeye esas olan niteliklerinin denetlenmesine ilişkin kuralların idarece düzenlenmesini hüküm altına almıştır. Kanun koyucu, bu hususları düzenlemeye yetkili makamı Cumhurbaşkanı olarak tespit ederken hukuki aracı da Yönetmelik olarak öngörmüştür.

Ancak, yetki ve hukuki araç, turizm ruhsatına tabi kılınan ve kılınmayan turizm işletmeleri açısından farklı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Zira, turizm işletmesi belgesi, bu iki tür işletme açısından farklı nitelik arz etmektedir<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 5/7: “Bu maddede belirtilen süreler içerisinde turizm işletmesi belgesi alamayan konaklama ve plaj işletmeleri, işletmeye açılmaz ve faaliyette bulunamaz. Bu işletmelerin işyeri açma ve çalışma ruhsatı Bakanlıkça yapılan bildirim üzerine yetkili idare tarafından bir ay içinde iptal edilir ve faaliyetlerine son verilir”.

<sup>46</sup> Bu hususta bkz. “Turizm İşletmesi Belgesinin Hukuki Niteliği” başlığı.

### 5.3.1. Turizm ruhsatına tabi kılınmayan turizm işletmeleri açısından değerlendirme

2634 sayılı Kanun'da, turizm işletmesi belgesinin alınmasına esas kriterler ile bu kriterlerin denetimine ilişkin hususların idarece çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesi, turizm işletmesi belgesinin 'teşvik belgesi' özelliği ile bağdaşır niteliktedir. Zira, burada, özel hukuk kişilerinin, konusu ve/veya sonucu kamu yararını ilgilendiren etkinliklerinin idare tarafından özendirilmesi ve/veya desteklenmesi söz konusudur. Özel hukuk kişinin alanda faaliyet gösterebilmesi için idarenin özendirme ve destekleme faaliyetinin muhatabı olması, teşvik belgesi alması gerekmektedir. İdare, bu ihtiyari nitelikteki belgenin alınabilmesi ve özendirme-desteklemeden yararlanılabilmesi için özel faaliyetleri kolluk gözetim ve denetiminden daha sıkı ve içten bir disiplin altında tutarken; teşebbüs özgürlüğüne doğrudan müdahale etmemektedir<sup>47</sup>. İdarenin destekleme ve özendirme faaliyetinin- idarenin diğer faaliyetlerinden (kamu hizmeti ve kolluk) farklı olarak- kişilerin teşebbüs hürriyetine doğrudan bir müdahale teşkil etmemesi nedeniyle, sıkı ve içten disipline ettiği faaliyete ilişkin esasların, idarenin düzenlemeleri aracılığıyla belirlenmesi, kolluk ve kamu hizmetine nazaran kabul edilebilir niteliktedir. Özendirme ve destekleme faaliyetine konu bir alan bakımından, genel çerçevenin muhtelif kanunlarda yer alması, idarenin düzenleme yetkisi bakımından yeterli görülmektedir<sup>48</sup>. Nitekim, 2634 sayılı Kanun'un da özendirme ve destekleme faaliyeti yönünden muhteviyatı itibarıyla bu genel çerçeveyi çizdiği söylenebilir. Kanun'da, belge sahibi olabilmek için aranacak niteliklerin idarece yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesinin, faaliyetin hukuki niteliği ile temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi göz önüne alındığında, genel çerçeve içerisinde kaldığı söylenebilecektir. Bu yönüyle, turizm ruhsatına tabi kılınmayan turizm işletmeleri açısından belge alınmasına esas kriterlerin yönetmelikle belirlenmesi, belgenin 'teşvik belgesi' vasfıyla uyumlu nitelik arz etmektedir. İdare, belgelendirmeye esas kriterleri ve usulü yönetmelikle düzenlemek suretiyle, 2634 sayılı Kanun'un kendisine verdiği özendirme ve destekleme yetkisini eşitlik ilkesine uygun şekilde kullanmış olmaktadır<sup>49</sup>. Öte yandan turizm ruhsatına tabi kılınmayan turizm işletmeleri açısından turizm işletmesi belgesi alınabilmesi kriterlerinin yoğunluğu konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisi olduğuna da ayrıca vurgu yapılmalıdır. Zira, bu işletmeler açısından turizm işletmesi belgesi alınması ile faaliyetin yürütülmesi arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır.

### 5.3.2. Turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmeleri açısından değerlendirme

7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerden sonra turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinin farklılaştığı; bazı turizm işletmeleri açısından belgenin, 'kolluk ruhsatı' niteliği arz eder hale geldiği daha önce ifade edilmişti<sup>50</sup>. İdarenin kolluk faaliyeti, kısaca, kamu düzeninin<sup>51</sup> sağlanması, korunması ve -bozulduğunda- geri getirilmesi amacıyla idarece yürütülen etkinlikler<sup>52</sup>; kolluk ruhsatı ise, kamu düzeninin bozulmasını önleme adına, yürütülecek faaliyetin başlamasından önce idarece izne/ruhsata tabi tutulması olarak ifade edilebilecektir. Yasa koyucu tarafından izne tabi tutulan bu faaliyetin, idareden izin alınmaksızın yürütülmesi mümkün olamayacaktır<sup>53</sup>.

Turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde gerçekleşen bu değişim, idarenin 2634 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca sahip olduğu turizm işletmelerinin niteliklerini belirleme yetkisine de etki

<sup>47</sup> Duran, *İdare Hukuku*, s.346-347; Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, s.34.

<sup>48</sup> Gür, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, s.146.

<sup>49</sup> İdare destek sağlarken, aynı durumda olan ilgililer arasında fark gözetmemekle yükümlüdür. Duran, *İdare Hukuku*, s.359. İdare, çıkardığı yönetmelikle, aynı durumda olan işletmeciler arasından ayırım gözetmeksizin, ne şekilde belgelendirme yapacağını objektif olarak ortaya koymaktadır.

<sup>50</sup> Bu hususta bkz. "Turizm İşletmesi Belgesinin Hukuki Niteliği" başlığı.

<sup>51</sup> Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2011)

<sup>52</sup> Duran, *İdare Hukuku*, s.250. İdari kolluk, kendi içerisinde, kamu düzeninin klasik unsurlarını korumakla görevlendirilmiş olan genel idari kolluk ile ihtisas gerektiren alanlardaki düzeni korumakla görevli özel idari kolluk şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yay., 2024), s.291.

<sup>53</sup> Bahtiyar Akyılmaz vd. *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), s.636.

etmektedir. Zira, - belgenin 'teşvik belgesi' niteliğinden farklı olarak - burada, turizm işletmesi belgesi alınmadığı takdirde, faaliyetin yürütülmesi mümkün olamamaktadır. Bu durum, kişilerin teşebbüs hürriyetine doğrudan etki etmektedir. Ayrıca, işletme aşamasına gelmiş bir teşebbüsün, bu aşamaya kadar gerçekleştirdiği yatırımın mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 5.3.2.1. Niteliklerin belirlenmesinde hukuki araç

2634 sayılı Kanun'un 37. Maddesiyle idareye verilen yetkinin, turizm işletmesi belgesinin temel hak özgürlüklere etki eden niteliği göz önüne alınarak incelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ilk cevaplanması gereken soru, turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmelerinin niteliklerinin, -ruhsata tabi kılınmayan turizm işletmeleri gibi- 2634 sayılı Kanun'un 37. Maddesi kapsamında belirlenmesinin hukuk uygun olup olmadığı sorusudur. Bir diğer ifadeyle, 7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerden sonra, turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde meydana gelen değişim, Kanun'un 37. Maddesinin öngördüğü hukuki rejimde bir değişikliği zorunlu kılmakta mıdır? Zira, 7334 sayılı Kanun'la 2634 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerden sonra, turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde değişikliğe gidilmiş olması ve bazı işletmeler açısından belgenin 'kolluk ruhsatı' niteliği taşır hale gelmesine rağmen, turizm tesislerinin niteliklerinin belirlenmesinde 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerden önceki hukuki rejim muhafaza edilmiştir.

Bu noktada ilk ele alınması gereken konu, turizm sektöründe faaliyet gösterebilmek için gerekli olan niteliklerin, idarece çıkarılacak yönetmelikle düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. Niteliklerin sağlanması, turizm sektöründe faaliyet göstermenin bir şartı olduğuna göre, bu niteliklerin idarece belirlenmesi, hangi işletmelerin bu alanda faaliyet göstereceği, hangilerinin ise gösteremeyeceğinin idarece belirlenmesi anlamına gelmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucunu doğuran bu belirlemenin, Anayasa'nın 13.maddesi gereğince kanunla yapılması gerektiği açıktır. Peki, 2634 sayılı Kanun'un 37. Maddesinde, niteliklerin yönetmelikle belirleneceğinin ifade edilmesi, kanunilik şartının yerine gelmesi için yeterli midir?

Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şeklî manada bir kanunun varlığını zorunlu kılmaktadır. Şeklî manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa'da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan yasama işlemi ifade etmektedir. Dolayısıyla, kanunilik şartının gerçekleşebilmesi için, yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenlemede müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması gerekmektedir<sup>54</sup>. Ancak teşebbüs hürriyetini sınırlamaya yönelik şekli anlamda kanunun varlığı, kanunilik şartının gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden kanuni düzenlemelerin, keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir<sup>55</sup>. Bu konularda, temel esaslar, ilkeler ve genel çerçeve kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar, idarece çıkarılacak düzenleyici işlemlere bırakılabilecektir<sup>56</sup>. Zira idarenin düzenleme yetkisi, türev niteliktedir<sup>57</sup>. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bu hususa vurgu yapmakta; ancak hangi hallerde bu

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, (18/10/2017), § 56. (Anayasa Mahkemesi kararı, Mahkemenin resmi sitesi <https://www.anayasa.gov.tr> adresinden alınmış olup; bundan sonraki kararların da başkaca referans gösterilmediği takdirde resmi siteden temin edildiği anlaşılmalıdır.)

<sup>55</sup> AYM, E.2023/32, K.2023/138, (26/07/2023). Aynı yönde bkz. AYM, E.2022/102, K.2023/154, (13/09/2023). "Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar". AYM, E.2015/41, K.2017/98, (4/5/2017).

<sup>56</sup> AYM, E.2014/177, K.2015/49, (14/5/2015).

<sup>57</sup> Turan Yıldırım vd., *İdare Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2020), s.454; Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yay., 2017), s.225., Kemal Gözler- Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yay., 2023), s.382-383; ayrıca bkz. Burak Öztürk, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, (Ankara: Yetkin Yay., 2009)

çerçevenin çizilmiş sayılacağı konusunda net bir yaklaşım sergilememektedir. Yüksek Mahkeme, kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesinin yeterli olduğunu belirtirken<sup>58</sup>, temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edecek konularda idareye düzenleme yetkisi veren kanunun şeklen varlığını yeterli bulmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kişilerinin Türkiye'ye ait Ulusal Coğrafi Veri Sorumluluk Matrisi kapsamındaki coğrafi verileri toplaması, üretmesi, paylaşması veya satmasını izne bağlayan ve iznin kapsamı, usul ve esaslarını belirleme yetkisini Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına bırakan yasa hükmünün<sup>59</sup> hukuka uygunluğunu incelediği yakın tarihli kararında, ikinci yorumu tercih etmiştir. Yüksek Mahkeme kararda, faaliyetin izne tabi tutulmasının teşebbüs hürriyetine müdahale teşkil ettiği tespitine yer verdikten sonra, Anayasanın 13.maddesi gereğince bu müdahalenin kanunla yapılması gerektiği ifade etmiş; sonrasında ise hukuk devleti ilkesine de atıfta bulunarak burada kanunun şeklen varlığının müdahale için yeterli olmayacağını söyleyerek yasa hükmünü iptal etmiştir<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> "Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından yürütmenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu işlemler bakımından kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanması, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz". AYM, E.2011/42, K.2013/60, (9/5/2013).

<sup>59</sup> 7221 sayılı Coğrafi Bilgi Sistemleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Madde 1/2: "...İzne tabi olacaklar ile izin süresi ve verilere ilişkin usul, esas ve içerikler Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca belirlenir. ...".

<sup>60</sup> "...Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü herkes yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir (AYM, E.2015/34, K.2015/48, (13/5/2015)).

7221 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin Türkiye'ye ait UCVSM kapsamındaki coğrafi verileri toplaması, üretmesi, paylaşması veya satmasının, fikrî, sinai ve ticari haklara ilişkin mevzuat hükümleri ile 6698 sayılı Kanun ve özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla ve ticari faaliyetleri gerçekleştirmek için gerekli belgelere sahip olması şartı ile Bakanlığın iznine tabi olduğu belirtilmiştir.

Anılan fıkranın dava konusu ikinci cümlesinde ise izne tabi olacaklar ile izin süresi ve verilere ilişkin usul, esas ve içeriklerin Bakanlıkça belirleneceği hükme bağlanmıştır. Coğrafi verilerin toplanması, üretilmesi, paylaşılması veya satılmasının özel teşebbüs özgürlüğü kapsamında kaldığı açıktır. Kural, teşebbüslerin bu alanda faaliyette bulunmasını Bakanlığın iznine bağlamak suretiyle teşebbüs özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

Anayasa'nın anılan hükümleri uyarınca teşebbüs özgürlüğüne yapılan sınırlamalarda dikkate alınacak öncelikli ölçüt, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. (...)

Özel teşebbüse açık bir alanda faaliyette bulunmanın sınırlandırıldığı durumlarda bu sınırlamaların neler olduğunun ve hangi şartları taşıyan teşebbüslerin bu alanda faaliyette bulunacağını kanunla düzenlenmesi zorunludur. Kuralda, coğrafi verilerin toplanması, üretilmesi, paylaşılması veya satılması konusunda izne tabi olacaklar ile izin süresi ve verilere ilişkin usul, esas ve içeriklerin Bakanlıkça belirleneceği hüküm altına alınmış ise de Bakanlığın söz konusu alanda faaliyette bulunmak amacıyla izin talep eden gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerin faaliyette bulunabilmek amacıyla hangi şartları taşıması gerektiğine ilişkin objektif bir ölçüt belirlenmediği gibi bu izin sürelerinin de hangi ölçüte göre belirleneceği konusunda kuralda herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu itibarla kuralla Bakanlığa tanınan genel çerçevesinin çizilmediği, temel esaslar ve ilkelerin belirlenmediği, bu konulardaki takdir yetkisinin bütünüyle Bakanlığa bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Kuralla coğrafi verilerin toplanması, üretilmesi, paylaşılması veya satılması konusunda faaliyette bulunulabilecek gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerin seçimi ve izin süreleri konusundaki ölçütlere ilişkin yasal çerçeve belirlenmeksizin yürütme organına sınırları ve kapsamı belirli olmayan bir yetki tanınması teşebbüs özgürlüğünün kanunla sınırlanması ilkesiyle çeliştiği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir". AYM, E.2020/42, K.2023/99, (18/05/2023); Aynı yönde bkz. AYM, E.2022/70, K.2023/152, (13/09/2023); AYM, E.2023/32, K.2023/138, (26/07/2023).

Turizm işletmesi belgesinin değişen hukuki niteliği dikkate alındığında, belgenin de bu yönüyle teşebbüs hürriyetine müdahale teşkil ettiği, bu kapsamda işletmelerin faaliyetlerine yapılacak müdahalenin kanunla yapılması gerektiği ve kanunun şeklen varlığının müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği ifade edilebilecektir. 2634 sayılı Kanun'un 37. Maddesinde, niteliklerin belirlenmesine ilişkin olarak, idarenin (Cumhurbaşkanı) çıkaracağı yönetmeliğe esas olacak temel ilkelerin belirlendiği ya da genel çerçevenin çizildiğini söylemek mümkün değildir. Öte yandan, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 37/A/2. Maddesinde yer alan "...diğer konular"ın da Yönetmelikle düzenleneceğinin ifade edilmesi, düzenleme alanını daha da belirsiz hale getirmektedir. Turizm tesislerinin niteliklerinin belirlenmesi hususunda idareye sınırları belirsiz bir takdir yetkisi veren bu yasal düzenleme, turizm işletmesi belgesinin 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 'teşvik belgesi' niteliğiyle bağdaşabilecekse de değişiklik sonrası kazandığı 'kolluk ruhsatı' niteliğine uygun düşmemektedir. Halihazırdaki hukuki durum, turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmelerinin turizm sektöründe faaliyet gösterip gösteremeyeceklerine herhangi bir yasal sınırlamaya tabi olmaksızın idare tarafından karar verileceği anlamına gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, düzenlemenin mevcut hali, Anayasamızın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile 7.maddesinde yer verilen yasama yetkisinin devri yasağına aykırılık taşımasının yanı sıra; turizm işletmesi belgesinin yukarıda yer verilen niteliğindeki değişim nedeniyle, teşebbüs hürriyetine ve hatta mülkiyet hakkına yönetmelikle müdahale anlamına gelmektedir. Anayasamızın 13.maddesi uyarınca bu müdahalenin kanunla yapılmasının zorunlu olduğuna kuşku yoktur. Bu düzenleme şekli, yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

Öte yandan, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in "Tebliğler ile düzenlenecek hususlar" başlıklı 44. maddesinde<sup>61</sup>, "(a)şağıda belirtilen hususlar Bakanlık tarafından hazırlanacak tebliğlerde düzenlenir ve Resmî Gazete'de yayımlanır" denilerek; 2634 sayılı Kanun'un 37/A/2. maddesi uyarınca Yönetmelikle düzenlenmesi gereken birçok hususun "tebliğ" ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Yönetmeliğin 44. maddesinde; "Başvuruların değerlendirilmesine ilişkin esaslar", "Turizm belgesi başvurularında istenilen bilgi ve belgeler ile verilecek sürelerle ilişkin hususlar"; "Sınıflandırma çalışması ve belgelendirme denetimlerine ilişkin usul ve esaslar ile formları" gibi belgelendirme başvurusunun reddine neden olabilecek birçok konunun 'tebliğ' ile düzenleneceğine yer verilmiştir<sup>62</sup>. Bununla da sınırlı kalınmayarak, 44. maddede "Yönetmeliğin uygulanmasında ihtiyaç duyulacak diğer konular" şeklinde sınırları belirsiz bir hükme daha yer verilmiştir. Tebliğ ile düzenlenmesi öngörülen hususlar oldukça geniş olup; 2634 sayılı Kanun'un 37/A/2. maddesi uyarınca Yönetmelikle düzenlenmesi

<sup>61</sup> **Madde 44:** Aşağıda belirtilen hususlar Bakanlık tarafından hazırlanacak tebliğlerde düzenlenir ve Resmî Gazete'de yayımlanır:

- a) Başvuruların değerlendirilmesine ilişkin esaslar.
- b) Turizm belgesi başvurularında istenilen bilgi ve belgeler ile verilecek sürelerle ilişkin hususlar.
- c) Turizm belgesi, plaket ve alt plaketin hazırlanması ve bu belgelerde yer alacak hususlar.
- ç) Sınıflandırma çalışması ve belgelendirme denetimlerine ilişkin usul ve esaslar ile formları.
- d) İklim koşullarına göre klima sistemi istenilen illerin belirlenmesi.
- e) Turizm kentleri, tatil merkezleri ile eğlence merkezleri belgelendirilmesine ve asgari niteliklerine ilişkin usul ve esaslar.
- f) Ayrık yerleşim düzenlerinde servis merdiveni veya asansörü bulundurulmasına ilişkin esaslar.
- g) Turizm belgeli tesislere ilişkin belge devri ve belgeye işletici şerhi düşülmesine ilişkin taleplerde uyulacak usul ve esaslar.
- ğ) Bedensel engelli düzenlemelerine ilişkin esaslar.
- h) Geçici 2 nci maddede belirtilen belgenin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar.
- ı) Özel tesislerin belgelendirilmesine ilişkin usul ve esaslar.
- i) Turizmin çeşitlendirilmesi ile çevre, doğa, kültür, sanat ve ülke turizminin tanıtılmasına önemli katkı sağlayan ve üstün hizmetleri olan turizm belgeli işletmelerin takdir edilmesine ilişkin hususlar.
- j) Tesislerde personel ve müşteri güvenliğinin sağlanmasına ilişkin esaslar.
- k) Sürdürülebilir turizm ve çevre korumasına ilişkin hususlar.
- l) Yönetmeliğin uygulanmasında ihtiyaç duyulacak diğer konular.

<sup>62</sup> Bu kapsamda Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2019/1) yürürlüğe konulmuştur. (Resmî Gazete Tarihi: 27.11.2019 Resmî Gazete Sayısı: 30961)

istenilen konuları da kapsar niteliktedir. Bu durum, normlar hiyerarşisi ve hukuki belirlilik ilkesine uygun olarak değerlendirilemeyecektir.

Nitekim Danıştay da, Kanun gereği Yönetmelikle düzenlenmesi gereken bir konunun, Yönetmelik yerine adsız düzenleyici işlemlerle (tebliğ, genelge vb.) düzenlenmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir<sup>63</sup>. Turizm işletme belgesine ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenmesini öngören 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun başlıklı 37/A/2. maddesi gibi, düzenleyici işlem türünün açıkça belirtildiği hallerde, kanunda işaret edilenin aksine adsız düzenleyici işlemle (tebliğ ile) düzenleme yapılması hukuka aykırı nitelik taşımaktadır.

Ayrıca, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun başlıklı 37/A/2. Maddesi uyarınca, maddede yer alan konularda düzenleme yapma yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in "Tebliğler ile düzenlenecek hususlar" başlıklı 44. Maddesinde ise, Kanun'da açıkça Cumhurbaşkanınca düzenleneceği hüküm altına alınmış konuların, Kültür ve Turizm Bakanlığınca düzenlenmesi kararlaştırılmıştır. Bu hüküm, Cumhurbaşkanına ait bir yetkinin Bakanlıkça kullanılmasına yol açmakta ve yetki tecavüzüne sebebiyet vermektedir.

### 5.3.2.2. Niteliklerin standardı

Turizm tesislerinin niteliklerinin belirlenmesi açısından, turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmeleri ile turizm ruhsatına tabi kılınmayan turizm işletmeleri arasında farklılık olması gerektiğine dikkat çekilmelidir. Zira turizm işletmesi belgesinin 'kolluk ruhsatı' niteliği taşıdığı işletmeler açısından belirlenecek kriterlerin 'turizm düzeni'ni sağlamaya yönelik asgari şartlar olması gerektiği, bu niteliği aşar nitelikteki kriterlerin teşebbüs özgürlüğüne ölçsüz müdahale teşkil edebileceği ifade edilmelidir. Bu işletmeler açısından da belgenin, bir yönüyle 'teşvik belgesi' niteliğini devam ettirdiği ve bu nedenle kriterlerin olduğu şekliyle muhafazasında bir mahzur olmadığı düşüncesi akla gelebilecektir. Ancak, bu işletmeler açısından 'teşvik', alınacak kolluk ruhsatının sonucu konumundadır. Belgenin bahsettiği haklardan faydalanılabilmesi, faaliyetin yürütülebilmesine yani ruhsatın alınması şartına bağlıdır. Dolayısıyla, getirilecek kriterlerin de, ruhsata esas kriterler olarak değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

Bu nedenle, 2634 sayılı Kanun'un 37/A - 2 maddesine dayanılarak çıkarılan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te düzenlenen şartların bu kapsamda ele alınması doğru olacaktır. Mezkur Yönetmelik 01.06.2019 tarih ve 30791 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde değişiklik yaratan 7334 sayılı Kanun ise 2021 yılında yürürlüğe konulmuştur. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra Yönetmelik'te, belgenin hukuki niteliğindeki farklılığa istinaden bir değişikliğe gidilmediği söylenilebilecektir. Bir diğer ifadeyle, turizm işletmesi belgesinin 'ruhsat' niteliği taşır hale gelmesi ile 'teşvik belgesi' niteliği taşıması arasında, belgeye esas nitelikler yönünden bir farklılık yaratılmamıştır. Bu durumda, Yönetmelik'te teşvik için getirilen kriterlerin ilk düzenleniş şeklinin de kamu düzenini tesis edecek nitelikte ve asgari seviyede belirlenmiş olduğu düşünülebilir. Zira, belgenin niteliğinde değişikliğe gidilmesine karşın, kriterlerde herhangi bir değişiklik yapılmaması; 'teşvik belgesi' verilmesi için aranılan kriterlerin, 'kolluk ruhsatı' verilmesi için aranılan kriterler düzeyinde belirlendiği şeklinde yorumlanabilecektir. Daha önce de ifade edildiği üzere<sup>64</sup>, teşvik belgesine ilişkin kriterlerin ve bu kriterlerin yoğunluğunun belirlenmesi konusunda idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Burada belgenin alınması,

<sup>63</sup> "...(D)avalı Bakanlığın, anılan yasal düzenlemelerden kaynaklanan düzenleme yetkisini, yasalarda belirtildiği gibi yönetmelik çıkarmak suretiyle kullanması zorunlu olup; belirtilen konuları yönetmelik dışında bir alt düzenlemeye bırakamayacağı da açıktır". Danıştay 10.D., E. 2008/2745, K. 2012/2065. (3.5.2012) "5510 sayılı Yasanın 8. ve 100. maddelerinde açıkça bu maddelerin uygulanmasıyla ilgili usûl ve esasların Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtildiğinden bu konuda yönetmelik çıkarılmamış olması ve yönetmelik yerine tebliğle düzenleme yapılmış olmasında da hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Danıştay 10. D., YD: 02.02.2009 T., E. 2008/9707.

<sup>64</sup> Bu hususta bkz. "Turizm Ruhsatına Tabi Kılınmayan Turizm İşletmeleri Açısından Değerlendirme" başlığı.

faaliyetin yürütülebilmesi açısından bir zorunluluk olmadığı için, idare kriterleri daha yoğun şekilde belirleyebileceği gibi – ki doğru yaklaşım bu olacaktır-; faaliyetin yaygınlaştırılması adına asgari düzeyde de belirleyebilecektir. Halbuki, kolluk ruhsatında kriterlerin, kamu düzeninin (ya da turizm düzeninin) bozulmasını önleyecek şekilde ve asgari düzeyde belirlenmesi zorunluluktur. Aksi bir yaklaşım, teşebbüs özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale anlamına gelecektir.

Bu kapsamda; kriterlerin asgari düzeyde belirlendiği ve 7334 sayılı Kanun’la belgenin niteliğinde değişiklik yapılmasına karşın Yönetmelik’te değişikliğe gidilmesine gerek duyulmadığı değerlendirilmesi ile Yönetmelik’te asgari kriterlerin ötesinde ‘teşvik kriteri’ olarak belirlenmiş olan niteliklerin, 7334 sayılı Kanun’la belgenin niteliğinde gerçekleştirilen değişikliğe karşın olduğu şekliyle muhafaza edilerek teşebbüs özgürlüğüne aykırı bir hale dönüştüğü yorumundan hangisinin isabetli olduğu, kriterlere yakından bakılmak suretiyle anlaşılabilir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, her bir turizm tesisi açısından getirilen kriterlerin ayrı ayrı incelenmesi bu çalışmanın kapsam ve amacını aşmaktadır. Ayrıca, bu yöndeki değerlendirmenin bir yönüyle turizm işletmeciliğinin alanına girdiğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Ancak, çalışmanın temel amacı olan turizm işletmesi belgesine ilişkin genel bir rejim oluşturma çabası dahilinde hali hazırdaki kriterlere ilişkin bazı tespitler yapmak yerinde olacaktır.

Burada dikkat çekilmesi gereken ilk husus, bu işletmelerin iki farklı idare tarafından, iki farklı kolluk ruhsatına tabi tutulmalarıdır. İşletmeler, öncelikle İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik’te getirilen şartları sağlayarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı almakta; sonrasında ise, turizm işletmesi belgesi alınabilmesi için getirilen kriterleri sağlayarak belgeyi temin etmekte ve ancak bu sürecin sonucunda turizm sektöründe faaliyete gösterebilmektedir. Burada, ruhsata esas kriterlerin ve bu kriterleri getiren ve denetleyen idarelerin korudukları düzenin farklı olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de, işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınırken, kamu düzeninin genel unsurlarını korumaya yönelik şartlar getirildiği görülmektedir. Kolluk kuvvetinin görüşünü alma, eğitim-öğretim kuruluşlarına ilişkin mesafe ölçümü, alkol ve tütün mamulü satışı için belge ibraz etme, açılış-kapanış saatleri, kimlik bildirme gibi hususlara ilişkin şartlar bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>65</sup>.

Ancak, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik’in “Sıhî Müesseseler İçin Sınıflarına Ve Özelliklerine Göre Aranacak Nitelikler” başlıklı EK-1 düzenlemesine bakıldığında, “I- Otel ve Pansiyonlar” için getirilen şartların, ilgili turizm faaliyetine özgü şekilde düzenlendiği, yani turizm düzenine ilişkin olduğu görülmektedir<sup>66</sup>. Dolayısıyla, işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmasına esas kriterlerin, turizm faaliyeti etrafında, sadece kamu düzeninin klasik unsurlarını koruma amacıyla ihdas

<sup>65</sup> Bkz. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik, Madde 32, 33, 43.

<sup>66</sup> Örnek olarak şu düzenlemeler verilebilir:

“I- OTEL VE PANSİYONLAR

Otel ve pansiyonlarda ortak hükümlere ilave olarak, sınıflarına göre aşağıdaki şartlar aranır:

a) Birinci sınıf otel

- 1- Isıtma, soğutma ve havalandırma, odalar dahil kalorifer veya klima ile yapılacaktır.
- 2- Bütün odalarda sürekli sıcak su bulunacaktır.
- 3- Zemin ahşap parke, seramik veya mermer gibi kolay temizlenebilir, yıkanabilir ve dezenfekte edilebilir madde ile kaplanacaktır.
- 4- Giriş ve salonlarda duvarlar alçı sıva, mermer veya lambri olacaktır. (...)

b) İkinci sınıf otel

- 1- Isıtma odalar dahil kalorifer veya klima ile yapılacaktır.
- 2- Bütün odalarda sürekli sıcak su bulunacaktır.
- 3- Zemin ahşap parke, seramik veya mermer gibi malzeme ile kaplanacaktır.
- 4- Giriş ve salonlarda duvarlar alçı sıva veya lambri olacaktır. (...)

c) Üçüncü sınıf otel ve pansiyon

- 1- Isıtma odalar dahil kalorifer veya soba ile yapılacaktır.
- 2- Zemin en az mozaik gibi malzeme ile kaplanacaktır.
- 3- Giriş ve salonlarda duvarlar alçı sıva, plastik veya yağlı boya ile kaplı olacaktır.
- 4- Müracaat yeri ve vestiyer bulunacaktır. (...)

edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Şu halde, hali hazırda aynı düzeni (turizm düzeni) koruyan iki ayrı mevzuat, farklı idarelerce uygulanmaktadır. Bu durum, yetki çatışması<sup>67</sup> ihtimalini beraberinde getirmenin yanı sıra; teşebbüs hürriyetinin kullanımını da zorlaştırmaktadır. Turizm işletmesi belgesinin yalnızca 'teşvik belgesi' niteliği taşıdığı dönemde (7334 sayılı Kanun öncesi), belgenin alınmasının faaliyetin yürütülmesi için zorunlu olmaması nedeniyle, işyeri açma ve çalışma ruhsatıyla faaliyet yürütecek olan turizm işletmeleri için de İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te kriter öngörülmesi anlaşılabilir bir durumdur. Ancak, belgenin hukuki niteliğinde gerçekleşen değişim sonrasında, turizm ruhsatına tabi kılınan bu işletmelerin turizm sektöründe faaliyet gösterebilmeleri için 2634 sayılı Kanun'dan hareketle belirlenecek kriterleri sağlamaları bir zorunluluk haline gelmiştir. Turizm işletmeleri, bu kriterleri sağlamadan turizm sektöründe faaliyet gösteremeyecektir.

Bu iki mevzuat incelendiğinde, turizm tesislerine ilişkin sınıflandırmanın da tam olarak örtüşmediği<sup>68</sup>; Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te asgari nitelikler, kapasite, fiziki özellikler, kullanılan malzeme standardı, işletme ve hizmet kalitesi, temizlik, bakım ve hijyen ile personelin nitelikleri gibi konulara ilişkin daha detaylı kuralların ihdas edildiği; kriterlerin, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te öngörülen şartları de kapsayan ve onu oldukça aşan nitelikte olduğu görülmektedir<sup>69</sup>. Bu yönüyle, turizm işletmesi belgesinin değişen hukuki niteliği ve turizm tesislerinin niteliklerinin belirlenmesi amacıyla çıkarılan ve tesislere ilişkin kapsamlı hükümler ihtiva eden mevzuatın varlığı göz önüne alındığında, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'teki turizm tesislerinin niteliklerine ilişkin düzenlemelere ihtiyaç kalmadığı ifade edilmelidir. Bu kapsamda, turizm faaliyetinin etki ettiği dış düzene ilişkin kurallar İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te düzenlenebilecekse de; turizm tesisinin, turizm işletmeciliğine esas niteliklerinin, - temel esasları 2634 sayılı Kanun'da belirlenmek koşuluyla - yalnızca 2634 sayılı Kanun'a uygun idari düzenlemelerle belirlenmesi isabetli olacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, turizm ruhsatına tabi kılınan turizm işletmelerinin turizm alanında faaliyet gösterebilmeleri için, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te gösterilen asgari nitelikteki kriterlerin yanı sıra, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'le getirilen daha kapsamlı koşulları sağlamaları gerekliliğidir. Bir diğer ifadeyle, turizm

<sup>67</sup> Bu hususta ayrıca bkz. "Turizm İşletmesi Belgesi Alınması Sonuçları" başlığı.

<sup>68</sup> İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te "Birinci sınıf otel", "İkinci sınıf otel" ve "Üçüncü sınıf otel ve pansiyon" şeklinde bir sınıflandırma bulunurken; Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te "otel", "motel", "butik otel", "tatil köyü" gibi sınıflandırmalar bulunmaktadır. Bu nedenle, gerçekleştirilecek tanıtların, turizm işletmesi belgesinde gösterilen isim ve tür esas alınarak yapılacağı yönünde mevzuata hüküm eklenmek zorunda kalmıştır. Bkz. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 16/2: "Tesis tanıtımı Bakanlıktan alınan belgeye uygun olarak yapılır. Belgeli tesislerin işyeri açma ve çalışma ruhsatında belirtilen isim ve türden farklı olarak belgelendirilmeleri halinde turizm belgesinde belirtilen isim ve tür esas alınarak tanıtım yapılması zorunludur (...)"

<sup>69</sup> Örnek 1:

**İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik:**

Sıhhi Müesseseler İçin Sınıflarına ve Özelliklerine Göre Aranacak Nitelikler

A- İşyerlerinde Aranacak Asgari Ortak Şartlar

"2- İşyerinin havalandırma tertibatı bulunacak; ısıtma ve havalandırma soba, kalorifer veya klima sistemlerinden uygun olanı ile yapılacaktır".

**Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik:**

**Madde 14/3:** "Tesislerde ısıtma, merkezi sistem veya klima ile sağlanır. Tesisin bütün mekanlarında yeterli doğal veya mekanik havalandırma sağlanır. Tesislerde devamlı sıcak ve soğuk su bulunur".

**Örnek 2:**

**İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik:**

c) Üçüncü sınıf otel ve pansiyon

"7- Odalarda;

7.1- En az %20'si banyolu ve tuvaletli olacaktır".

**Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik:**

**Madde 18:** "(1) Konaklama tesislerinde aşağıdaki asgari nitelikler aranır:

a) Yatak odalarının düzenlenmesine ilişkin esaslar:

1) Yatak odaları; doğal ışık alacak şekilde ve banyolu olarak düzenlenir".



işletmeleri, 2634 sayılı Kanun'da 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında, turizm sektöründe faaliyet gösterebilmek için daha fazla kriteri sağlamak zorundadır. Turizm işletmeleri, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te gösterilen asgari şartların yanı sıra, belgelendirilmek istedikleri tür ve sınıfına ilişkin kriterleri de sağlamak zorundadırlar. Bu denli içeriksel kriterlerin<sup>70</sup> varlığının, kaliteli hizmet arzını sağlama amacına matuf olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, kriterlere ilişkin bu yoğunluğun, turizm işletmesi belgesinin değişen hukuki niteliğiyle ne denli örtüştüğü tartışılmalıdır. Zira, 'teşvik' mefhumunun beraberinde getirdiği 'kalite standardı' ile 'kolluk' mefhumunun beraberinde getirdiği 'asgari kriter' arasında derin farklılık bulunmaktadır. Kolluk ruhsatına esas koşulların varlığı, 'kaliteli hizmet arzı'nı değil; 'kamu düzenini bozmayacak hizmet arzı'nı hedef tutmalıdır. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in üçüncü bölümünde "Turizm Tesislerinin Genel Asgari Nitelikleri"ne yer verilmiştir. Bu kriterler, iş yeri açma ve çalışma ruhsatı alabilmek için yerine getirilmesi gereken kriterlerin ötesinde ve turizm düzenin tesisi açısından yeterlidir. Bu kriterlere ek olarak, tesisin tür ve sınıfı için -daha önce teşvik için aranılan- detaylı şartların öngörülmesi ve faaliyetin yürütülebilmesi için bu şartların yerine getirilmesinin zorunlu kılınması, turizm sektöründe faaliyet göstermek isteyen işletmelerin teşebbüs hürriyetini kullanmalarına ölçsüz şekilde müdahale anlamına gelebilecektir<sup>71</sup>. Bunu önleme adına idarenin, turizm ruhsatına tabi kıldığı turizm işletmeleri açısından öngördüğü her bir kriterin ölçülü<sup>72</sup> olduğu; yani, turizm kamu düzeninin tesisi açısından, gerekli, elverişli ve başta teşebbüs hürriyeti olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahalesi yönünden orantılı olduğunu ortaya koyması gerekmektedir.

Kriterlerin bu denli çokluğu, turizm işletmecilerinin uluslararası rekabetine de etki edecek niteliktedir. İşletmecilerin rekabet ettikleri Avrupa Birliği (AB) ülkeleri sınırları dahilinde Birlik tarafından 'ruhsatlandırma' yöntemi tercih edilmemektedir. AB düzenlemeleri ele alındığında turizm işletme tesislerine ilişkin odak noktasının EU EcoLabel (Avrupa Birliği Eko-Etiketi) olduğu göz çarpmaktadır. İşletmelerin ürün ya da hizmetlerinin çevreye duyarlı olduğunu gösteren EcoLabel yasal düzenlemelere konu olmuşsa da, gönüllü<sup>73</sup> bir çevresel performans belgelendirme işlevi görmekte, muhatapları için ticari bir engel ortaya çıkarmamaktadır. Kriterler, 1980/2000 sayılı Yasa ile öngörülen Avrupa Birliği Eko-Etiket Kurulu ve Kurul'un görüşü alınarak tesis edilen Avrupa Komisyonu kararlarıyla<sup>74</sup> belirlenmektedir. Ecolabel etiketine sahip olmak isteyen işletmelerin belirlenen kriterleri sağlayarak 1980/2000 sayılı Yasa'da her bir üye ülkenin belirleyeceği 'yetkili kuruluşa' başvurması gerekmektedir. Bu yetkili kuruluşların hükümet organlarının içinde ya da dışında olması önemli olmayıp; bağımsız ve

<sup>70</sup> Örnek olarak bkz. Konaklama tesislerinin asgari nitelikleri

Madde 18: "(1) Konaklama tesislerinde aşağıdaki asgari nitelikler aranır:

5) Taban döşemesi mevcut arazi seviyesinin aşağısında kalan ve yeterli doğal ışık almayan katlarda müşteri yatak odası yapılamaz. Tesislerde aydınlığa bakan oda yapılabilir, ancak aydınlığın dar kenarı iki metreden, alanı ise altı metre kareden az olamaz ve yatak odalarının pencereleri mutfak, tuvalet gibi mahallerle aynı aydınlığa açılmaz".

<sup>71</sup> Serbest piyasada rekabet içerisinde yürütülen turizm faaliyetinden farklı olarak kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmeti alanında faaliyet gösteren muayenehanelere için yönetmelikle getirilen yeni kriterlerin teşebbüs hürriyetine "ölçsüz" müdahale anlamına geldiği gerekçesiyle yürütmesinin durdurulduğu bir karar için bkz. "Yönetmelikte aranılan fiziki şartların; hizmet gereği asgari standart boyutlarını aşar şekilde belirlenmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, muayenehanelerde doktorluk mesleğinin serbest olarak icra edildiği, sağlık hizmetinin serbest sunumunun koşullarını ağırlaştırarak sunumunu ağır biçimde güçleştirecek şekilde asgari standart düzenlenemeyeceği; piyasa koşullarında serbest meslek icra eden doktorların ve hastaların, erişimi dikkate alarak tercihlerini belirleyebilecekleri de açıktır.

Çalışma hakkı ve özel girişim özgürlüğüne yönetmelikle ağır müdahale boyutundaki bu düzenlemeler Anayasanın 48. maddesinin de ihlali anlamına gelecektir". Danıştay 10.D., YD: 5.7.2011 T., E.2011/6866. Aynı yönde bkz. Danıştay 10.D., YD:5.7.2011 T., E.2011/7101. (Kazancı İçtihat Bankası-www.kazanci.com) Ruhsata tabi faaliyetlerin, ister kamu hizmeti niteliği taşıyan ister teşebbüs özgürlüğü kapsamında gerçekleştirilsin mümkün olduğu; özel teşebbüs özgürlüğü kapsamında yürütülen faaliyetler hakkında da içerik denetiminin yapılabileceği ve bunun yasa koyucunun takdirinde olduğu yönündeki görüş için bkz., Sedat Çal, *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*, (Seçkin Yay: Ankara, 2012,) s.150.

<sup>72</sup> Ölçülülük konusunda bkz. Yücel Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, (Ankara: Seçkin Yay., 2002).

<sup>73</sup> Regulation (EC) No 1980/2000 of the European Parliament and of the Council of 17 July 2000 on a revised Community eco-label award scheme.

<sup>74</sup> Turizm tesisleri için örn: Commission Decision 2009/578/EC [2009] OJ L 198; Commission Decision (EU) 2017/175 [2017] OJ L 28.

tarafsız olmaları, etiketlendirme süreçlerini şeffaf bir şekilde yürütmeleri gerektiği öngörülmüştür<sup>75</sup>. Çevrenin korunmasının merkeze alındığı bu düzenlemeyle yumuşak bir hukuk oluşturulmak suretiyle işletmecilerin tesislerini çevreye duyarlı olarak dizayn etmeleri ya da mevcut tesislerini dönüştürmeleri teşvik edilmekte<sup>76</sup>; bunun dışında kalan kısım rekabet düzenine bırakılmaktadır. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, ülkemiz ile AB'nin turizm tesislerinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin yaklaşımı oldukça farklıdır. AB, çevresel hassasiyetlerden hareketle kriterleri 'teşvik' unsuru olarak ele alırken, ülkemizde bu alanın idare tarafından detaylı şekilde düzenlenmesi yolu tercih edilmiştir.

#### 5.4. İdareye başvuru yapılması

Turizm işletmesi belgesinin alınabilmesi açısından yerine getirilmesi gereken bir diğer şart, idareye belgenin verilmesi amacıyla başvuru yapılmasıdır. 2634 sayılı Kanun'un 5.maddesinde, konaklama ve plaj işletmelerine ilişkin turizm işletmesi belgesi alınması zorunluluğunun yanı sıra, başvuru süresi ile başvurunun değerlendirilmesine ilişkin bazı kurallar getirilmiştir. Ancak burada yer alan kuralların, turizm tesislerinin tümüne ilişkin bir başvuru usulünü düzenlendiğini söylemek mümkün değildir. 2634 sayılı Kanun'un; 37/A - 2 maddesi uyarınca, "(t)urizm yatırımı ve turizm işletmesi belgelerinin verilmesi"ne ilişkin hususlar ile 37/A - 4 maddesi kapsamında "Deniz turizmi tesisleri ve deniz turizmi araçları yatırım ve işletmeciliği"ne ilişkin konuların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, turizm işletmesi belgesi başvurusu ile başvurunun değerlendirilmesine ilişkin düzenlemeler büyük oranda yönetmeliklerde yer almaktadır.

Turizm işletmesi belgesi verilmesine esas hususların idarece belirleniyor olması nedeniyle, turizm tesisi için yapılacak başvuruların da Yönetmelik'te gösterilen tür, isim ve standartlara uygun yapılması gerekmektedir. Örneğin; Yönetmelik'te 'yedi yıldızlı otel' ya da 'resort otel' şeklinde bir sınıf bulunmadığı için tesis bu şekilde sınıflandırılmayacak; 'köşe oda' ya da 'superior oda' şeklinde bir oda tipi yer almadığı içinse bu odalar değerlendirmeye alınmayacaktır.

##### 5.4.1. Başvuru usulü

Turizm işletmesi belgesi başvurularının hangi usule istinaden yapılacağı ve değerlendirileceği yönetmeliklerde gösterilmiştir. Yönetmeliklerde başvuru usulü konusunda benzer düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle, turizm tesisleri açısından uygulanma alanı itibariyle en kapsamlı mevzuat olarak nitelendirilebilecek Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik üzerinden değerlendirme yapılması mümkündür. Turizm işletmesi belgesi başvurusu, Yönetmeliğin "Kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesi talebi" başlıklı 8. maddesi ile bu maddenin atıfta bulunduğu 7. ve 6. maddede belirtilen belgelerle yapılmaktadır. "Belgelendirilmeye ilişkin tüm başvurular ile tüzel kişilerin talep ve bildirimlerine ilişkin diğer başvurular e-Devlet üzerinden yapılır. Bu madde kapsamında olan ancak e-Devlet üzerinden yapılmayan fiziki başvurular değerlendirilmeye alınmadan başvuru sahibine iade edilir". (m.9/1)

<sup>75</sup> Council Regulation (EC) 66/2010 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the EU Ecolabel

<sup>76</sup> Ülkemizde de benzer bir şekilde 2018 yılında Çevre Etiketleri Yönetmeliği (Resmî Gazete 30570 (19.10.2018)) yürürlüğe konularak, Çevre Etiketleri Kurulu oluşturulmuştur. Fakat henüz çevre etiketinin ülkemizde yaygın olduğunu söylemekten çok uzak bir noktada olduğumuz belirtilmelidir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde yer alan bu Kurul'dan alınan çevre etiketine sahip aktif firma sayısı bu makalenin kaleme alındığı tarih itibariyle dokuzdur.) <https://cevreetiketi.csb.gov.tr/cevreetiketinesahip-firmalar-i-99342> [E.T. 06.10.2023] En az on odalı tesislerde sunulan turistik konaklama hizmetlerini ve yardımcı hizmetleri kapsayan Turistik Konaklama Hizmet Grubu'na ilişkin Turistik Konaklama Hizmetleri İçin Çevre Etiketleri Kriterleri ise (<https://webdosya.csb.gov.tr/db/cevreetiketi/icerikler/tur-st-k-konaklama-h-zmet-grubu-n-ha-cevre-et-ket-kr-terler--20201226091650.pdf> [E.T. 06.10.2023]) 25.12.2020 tarihinde belirlenmiş olup ülkemizde açık kaynaklardan bu etikete haiz bir turizm işletmesine rastlanmamıştır. Meselenin konumuzu ilgilendiren kısmı ise 2019 yılında yürürlüğe konulan Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te çevreye duyarlı konaklama tesisi belgesi isminde bir belge öngörülmüş olmasına rağmen bu belge ile çevre etiketi belgesi arasında mevzuatta kurulan herhangi bir bağa rastlanmamıştır. Turistik Konaklama Hizmetleri İçin Çevre Etiketleri Kriterleri Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde yer alan bu Kurul tarafından belirlenirken çevreye duyarlı konaklama tesisine ilişkin standartlar Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.

Görüldüğü üzere Yönetmelik, turizm işletmesi belgesi başvurusunun E-Devlet üzerinden yapılmasını öngörmüş<sup>77</sup>; bu usulle yapılmayan başvurunun değerlendirmeye alınmayacağını hüküm altına almıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10.maddesi kapsamında yapılan bir başvurunun -ki turizm işletmesi belgesi talebi de bu kapsamdadır -, dijital ortamda (E-Devlet üzerinden) yapılması konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır<sup>78</sup>. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, E-Devlet dışındaki başvuruların değerlendirmeye alınmaksızın iade edileceği yönündeki düzenlemedir. Buna göre, başvuru sahibinin yapacağı 'yazılı başvuru' işleme alınmamakta; yasal bir dayanak olmaksızın Anayasayla güvence altına alınan<sup>79</sup> idari başvuru<sup>80</sup> hakkı sınırlandırılmaktadır. İdarenin dijitalleşmesi ve E-Devlet üzerinden başvuru yapılması olumlu olarak değerlendirilebilecekse de, geleneksel başvuru yönteminin (yazılı dilekçeler) dışlanmaması gerekliliğine işaret edilmelidir<sup>81</sup>. Böylece, hem idari başvuru hakkına müdahale edilmeyecek hem de isteyenler açısından elektronik ortamda başvuru yapılabilmesi bir seçenek olarak varlığını sürdürebilecektir.

#### 5.4.2. Başvurunun değerlendirilmesi

Turizm işletmesi belgesi başvurularının nasıl değerlendirileceği de, yine Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te belirtilmiştir. Yönetmelik, "yatırım belgesi talepleri ile turizm işletmesi belgesinden kısmi turizm işletmesi belgesine geçiş"<sup>82</sup> (m.9/3-a), "turizm yatırımı belgeli tesislerin kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesine geçiş"<sup>83</sup> (m.9/3-b) ile "doğrudan kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesi talepleri"<sup>84</sup> (m.9/3-c) için farklı kurallar ihdas etmiştir. Turizm yatırımı belgeli tesislerin belgelendirme denetimi sonucundaki eksikliklerin niteliği ile eksikliğin giderilmesi için verilecek sürede, doğrudan turizm işletmesi belgesi incelemesinden ayrı hüküm yer almaktadır<sup>85</sup>.

Doğrudan turizm işletmesi belgesi talebinin incelenmesine ilişkin Yönetmeliğin "Turizm belgesi işlemleri" başlıklı 9/3-c maddesine göre, "*Doğrudan kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesi taleplerinde, başvuru evrakı uygun görülenler denetim programına alınır. Yapılan belgelendirme denetiminde sadece evrak eksikliğinin bulunması durumunda, eksik evrakın tamamlanması için bir defaya mahsus olmak üzere otuz gün süre verilir. Belgelendirme denetimi sonucunda uygun görülmeyen veya verilen sürede uygun evrak gönderilmeyen başvurular gerekçesi belirtilerek reddedilir*".

Buna göre; "*Doğrudan kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesi taleplerinde, başvuru evrakı uygun görülenler denetim programına alınır*". Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in 9/3-c maddesinde yer alan "*turizm işletmesi belgesi taleplerinde, başvuru evrakı uygun görülenler*"den kasıt, başvurusu Yönetmelik'te belirtilen evrakları eksiksiz şekilde ihtiva edenlerdir.

<sup>77</sup> Aynı yönde bkz. Lüks Çadır Tesisleri Nitelikler Yönetmeliği Madde 12; Deniz Turizmi Yönetmeliği Madde 13.

<sup>78</sup> Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda 'e-Devlet' Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2010), s.181-182. Yazar, eseri yayınladığı 2010 yılında elektronik ortamda yapılacak başvuruların da 'yazılı başvuru' olarak değerlendirilmesi ve kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aradan geçen uzun sayılmayacak zaman zarfında, elektronik ortamdaki başvuruların kabul edilmesi/edilmemesi tartışmasından; elektronik ortam dışında idari başvuru yapılamaması noktasına doğru hızlı bir dönüşüm gerçekleşmiştir.

<sup>79</sup> 1982 Anayasası, Madde 74: "Vatandaşlar ve karşılıklılık esaslı gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir".

<sup>80</sup> İdari başvuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lütfi Duran, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu", *İÜHF* 12/1 (Eylül 2011); Ramazan Yıldırım, *İdari Başvurular*, (Konya: Mimoza Yayınları, 2006).

<sup>81</sup> Fahrettin Özdemirci, "Dilekçe Hakkında Dijital Dönüşüm ve Ulusal Dilekçe Bilgi Sistemi", *Yasama Kalitesinin Artırılmasında Dilekçe Hakkında Hakkı Çalıştayı*, 12 Şubat 2020, s.115. [https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2021/Yasama\\_Kalitesinin\\_Arttirilmasinda\\_Dilekce\\_Hakki\\_Calistayi.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2021/Yasama_Kalitesinin_Arttirilmasinda_Dilekce_Hakki_Calistayi.pdf).E.T.: 20.10.2023.

<sup>82</sup> Bu hususta bkz. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ, Madde 6.

<sup>83</sup> Bu hususta bkz. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ, Madde 8.

<sup>84</sup> Bu hususta bkz. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Tebliğ, Madde 7.

<sup>85</sup> Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Madde 9/3-b: "Turizm yatırımı belgeli tesislerin kısmi turizm işletmesi belgesi veya turizm işletmesi belgesine geçişlerinde, başvuru evrakı uygun görülenler denetim programına alınır. Yapılan belgelendirme denetimi sonucunda giderilebilir eksiklik tespit edilmesi halinde belge sahibine bir defaya mahsus olmak üzere süre verilir".

İdarenin bu aşamadaki denetim yetkisi, Yönetmelik'te başvuru için istenilen belgelerin tespit ve tevsikinden ibarettir. Başvuru evrakı eksiksiz olan işletmeci denetim programına alınacaktır. Bu noktada turizm işletme belgesi başvurularının, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te ya da tesisin türüne göre ilgili diğer mevzuatta gösterilen usul ve şartlara uygunluğu araştırılacaktır. İdare, bu değerlendirmeyi yaparken, Yönetmelik'te yer verilen ve belgelendirme denetimine esas teşkil eden unsurların dışına çıkamayacaktır. Bir diğer ifadeyle, idarenin; turizm işletme belgesi başvurusuna ilişkin yapacağı değerlendirmenin, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'te karşılığı bulunmalıdır.

*“Yapılan belgelendirme denetiminde sadece evrak eksikliğinin bulunması durumunda, eksik evrakın tamamlanması için bir defaya mahsus olmak üzere otuz gün süre verilir”.* İdarenin burada belirttiği eksiklikler; turizm işletme belgesi başvurusunda sunulan evrakların Yönetmeliğe uygun şekilde sunulması istemini ihtiva etmektedir. Bu işlem, *“evrak eksikliği”nin* bildirilmesidir. İdarenin, evrak eksikliğinin varlığı halinde, 'otuz gün süre verme' dışında başkaca bir işlem tesisi etmesine olanak bulunmamaktadır. Yönetmelik'te öngörülen otuz günlük süre içerisinde, belirtilen eksikliklerin giderilerek ikinci başvurunun yapılması halinde, idare'nin düzeltme başvurusuna ilişkin yapacağı değerlendirme, ilk işlemde belirttiği eksikliklerin giderilip giderilmediğiyle ilgili olacaktır. İdarece, ikinci başvurunun incelenmesi neticesinde, ilk başvuruya ilişkin olarak tespit edilen eksikliklerin giderildiği anlaşılmışsa; işletmenin denetim programına alınması gerekmektedir. Belge başvurusu Yönetmeliğe uygun olan ya da -varsa- idarece belirtilen eksiklikleri otuz gün içerisinde gideren işletmeler, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in 11.maddesine uygun olarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Değerlendirme sonucunda, başvurusu şartları taşıyanlara turizm işletmesi belgesi verilecektir. Belgelendirme denetimi sonucunda başvurusu uygun görülmeyen veya verilen sürede uygun evrak göndermeyen işletmelerin başvuruları gerekçesi belirtilerek reddedilmektedir. Burada bahsi geçen işlemin gerekçeli olması hususu, idari işlemin hukuka uygunluğu açısından şekil şartı olarak getirilmiştir.

Bu başlık altında son olarak üzerinde durulması gereken husus ise, yargı yoluna gidilmiş belge iptallerine konu tesislere ilişkin belge başvurusunun değerlendirilmeyeceğine ilişkin düzenlemedir<sup>86</sup>. Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in 9/9.maddesine göre, *“(t)urizm belgesi iptal edilen ve iptal işlemine yönelik dava süreci devam eden tesislere ilişkin belge talepleri, dava sonuçlanmadan değerlendirilmez”.* Maddede yer alan *“değerlendirilmez”* ifadesini 'ret' olarak kabul etmek mümkündür. Zira, yapılacak belgelendirme başvurusuna ilişkin, 'dava sonuçlanınca değerlendirmeye alınacağı' yönündeki bir işlem, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10/2. Maddesinden hareketle 'ret işlemi' olarak nitelendirilerek idari yargıda dava konusu edilebilecektir.

Öte yandan, turizm işletmesi belgesi iptaline karşı dava açılmış olmasının yeniden belge talebine engel bir husus olarak düzenlenmesi, işletmecinin dava açması nedeniyle cezalandırılması şeklinde yorumlanabilecektir. Bu iki husus (dava açmış olmak-belgelendirme talebinin reddi) arasında hukuken kabul edilebilir bir bağ bulunmamaktadır. İdari yargıda dava konusu edilen işlem 'belge iptali'dir. İşletmecinin yeni belgelendirme talebi ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. Maddesi kapsamında yapılmış bir başvurudur. Bir diğer ifadeyle, işletmecinin belge iptaline neden olan ve idarece tespit edilen aykırılıkları gidermek suretiyle yeni bir başvuru yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. İşletmeci, yargılama faaliyetinin uzun süreceği endişesi ve/veya ticari sebeplerle, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü ve dava açtığı işlemde yer verilen eksiklikleri gidererek yeni bir başvuru yapabilecektir. Bu başvuru öncesinde, idarece tesis edilen 'belge iptali' işleminin dava konusu edilmesi, bu yeni başvurunun değerlendirilmemesine sebep teşkil edemeyecektir. Yeni belgelendirme

<sup>86</sup> Benzer bir düzenleme, Yönetmeliğin 10/5.maddesinde de yer almaktadır. Madde 10/5: “Mahkeme kararı ile belgesi ihya edilen tesislere ilişkin belge devri talepleri, dava sonuçlanıp karar kesinleşmeden değerlendirilmez”.

başvurusunun kabul edilmesinin/edilmemesinin, yargılama faaliyetine bir etkisi yoktur. Burada artık yeni bir idari başvuru söz konusudur. Belge iptali işleminin yargı yerince iptal edilmesi, idari yargı kararının uygulanmasına ve -varsa- tazminata ilişkin bir konu teşkil edebilecektir. Buna karşın, düzenlemenin mevcut hali, kişilerin yargı yoluna başvurmasını zorlaştırması suretiyle adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Zira, işletmeci, yeni belge başvurusunun değerlendirilmeyeceği düşüncesinden hareketle, hukuk aykırı olduğunu düşünse de 'belge iptali' işlemine karşı yargı yoluna gitmekten imtina edebilecektir. Bu durum, kişilerin mahkemeye erişim hakkını<sup>87</sup> engellemesinin yanı sıra hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Nitekim Danıştay da, benzer nitelikteki, doçentlik başvurusun iptal edilen adayın dava açması durumunda, dava kesinleşene kadar yeniden doçentlik başvurusunda bulunamayacağı yönündeki Doçentlik Yönetmeliği<sup>88</sup> hükmünü şu gerekçelerle iptal etmiştir: "*Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturmakla birlikte, hak arama özgürlüğü bakımından tek başına yeterli bulunmamaktadır. Mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı caydırıcı nitelikteki düzenlemelerin, hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez.*

*Dava konusu Yönetmelik hükmü bu bağlamda incelendiğinde; doçentlik başvurusunda bulunan doçent adayının eser değerlendirme aşamasında başarısız sayılması, asgari başvuru şartlarını sağlamadığı veya etik ihlalde bulunduğu gerekçesiyle başvurusunun iptal edilmesi halinde; bu işlemlere karşı dava açılması durumunda aynı bilim/sanat alanında yeniden doçentliğe başvuru yapılmasının davanın kesinleşmesine bağlandığı ve bu durumun hak arama özgürlüğünü kullanmak suretiyle dava açmış olan doçent adaylarının yargı yoluna başvurması yönünden önemli ölçüde caydırıcı nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır.*

*Bu durumda; her ne kadar davalı idarelerce anılan düzenlemenin dava süreci devam ederken yeniden doçentliğe başvuran doçent adaylarının iki farklı yoldan doçentlik sürecini devam ettirmesi nedeniyle doçentlik sürecinde yaşanan karışıklıkların önüne geçilmesi amacıyla yapıldığı belirtilmekte ise de; dava konusu Yönetmelik değişikliği ile hak arama hürriyetine getirilen bu sınırlamanın, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmadığı anlaşıldığından, dava konusu düzenlemede hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne uygunluk bulunmamaktadır"<sup>89</sup>.*

Görüldüğü üzere Danıştay, idari işleme karşı dava açılmış olmasından hareketle idari başvuru hakkının sınırlandırılmasını hak arama hürriyetine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme tarafından yapılan tespit ve ulaşılan sonucun, turizm işletmesi belgesi başvurusunu sınırlandıran Yönetmelik hükmü açısından da geçerliliğini koruduğu açıktır. Turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde gerçekleşen değişim sonrasında, bu hükmün ortaya çıkardığı hak ihlali daha da belirginleşmekte ve önemli bir hal almaktadır.

<sup>87</sup> "Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini, kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka anlatımla mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir". AYM Özkan Şen, B. No: 2012/791, (7/11/2013), § 52. "Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir". AYM, E. 2021/20, K.2022/84, (30/6/2022).

<sup>88</sup> Madde 4/6: "Doçentlik başvurusunda bulunup eser değerlendirme aşamasında başarısız sayılmasına, asgari başvuru şartlarını sağlamadığı veya etik ihlalde bulunduğu gerekçesiyle başvurusunun iptaline karar verilen adayın bu işlemlere karşı dava açması durumunda aynı bilim/sanat alanında yeniden doçentliğe başvuru yapması davasının kesinleşmesine bağlıdır. Bu hükme aykırı olarak yapılan başvurular işleme alınmaz."

<sup>89</sup> Danıştay 8.D., E. 2021/6349 K. 2023/2860, (26/05/2023) (Yayınlanmamıştır)

## 6. Turizm İşletmesi Belgesi Alınması Sonuçları

Turizm işletmesi belgesinin alınması bazı sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu sonuçlar, belgenin hukuki niteliği de göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır.

- *Hak, muafiyet, teşvik ve istisnalardan faydalanma*

Turizm işletmesi belgesinin 'teşvik belgesi' niteliği, hem turizm ruhsatına tabi kılınan ve hem de kılınmayan turizm işletmeleri açısından ortaktır. İlk türdeki tesisler açısından 'teşvik' doğal bir sonuç iken, ikinci türdeki tesisler açısından bu sonuç belgeyi almanın amacı konumundadır. Her iki durumda da, belgenin bu niteliğinin bir sonucu olarak, belgenin alınması, bazı hak, muafiyet ve istisnaları beraberinde getirmektedir. Bunların içerisinde ihracatçı sayılma<sup>90</sup>, abonelik ücretlerinde indirim<sup>91</sup>, alkollü içki satışlarında aranılan mesafe koşullarından bağışıklık<sup>92</sup>, yabancı personel istihdamında esneklik<sup>93</sup> gibi hususlar yer almaktadır. Bu teşvik düzenlemeleri 2634 sayılı Kanun'un dışındaki mevzuatta da yer alabilmektedir<sup>94</sup>.

- *2634 sayılı Kanun kapsamında düzenleme ve denetime tabi olma*

Turizm işletmesi belgesi bulunan işletmeler, idarenin turizm faaliyetine ilişkin düzenleme alanına girmektedir. Bu kapsamda işletmeler, idarenin yapacağı düzenlemelere uymak durumunda kalmaktadır. Bu durumun en yakın ve belirgin örneği olarak, Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik'in "Daha önce belgelendirilen tesisler" başlıklı Geçici 1.maddesi gösterilebilecektir. Bu maddeye göre, "(b)u Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce belgelendirilen turizm işletmelerinin müşteri asansörü, servis asansörü, servis merdiveni, oda sayısı ve metrik limitleri, erişilebilirlik düzenlemeleri ile 19 uncu maddenin altıncı fıkrasının (h) bendi dışındaki niteliklerinin, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde Yönetmelik hükümlerine uygun hale getirilmesi zorunludur". Görüldüğü üzere idare, bazı kriterler dışında kalan niteliklerin, mülga Yönetmelik<sup>95</sup> döneminde belgelendirilen tesisler açısından da yerine getirilmesi gerekliliğine karar vermiştir. Böylece, mülga Yönetmelik döneminde belge almaya hak kazanan işletmeler, belgelendirmeye esas yeni kriterlere uyum sağlama yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Bu değişiklik ve değişikliğe uyma yükümlülüğünün gelecekte de öngörülmesi kuvvetle muhtemeldir. Burada, 'uyarlama' yükümlülüğünün, kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişileri açısından -teşebbüs hürriyetine ölçsüz müdahale anlamına gelmeyecek şekilde- kabulü mümkün olmakla birlikte; kolluk faaliyeti yönünden ne denli kabul edileceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Zira, turizm işletmeleri, idarece belirlenen kriterleri yerine getirmek suretiyle teşebbüs hürriyeti kapsamında faaliyet göstermektedirler. Yani, yürütülen faaliyetin sahibi -kamu hizmetinden farklı olarak- idare değildir. İdarenin bu alandaki düzenleme yetkisinin kamu hizmeti olarak nitelenen faaliyet alanına göre daha sınırlı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Öte yandan, turizm işletmesi tarafından yerine getirilen ve turizm düzeninin tesisi için gerekli şartların zamanla değişmesi de mümkün olabilecektir. Belgeli işletmelerin idarece değiştirilen bu yeni şartlara tabi tutulması halinde -ki kamu (turizm) düzeninin tesisi amacı doğrultusunda uyulması zorunlu olmalıdır-, teşebbüs hürriyetine müdahale teşkil edecek bu şartların hukuka uygunluğunun ayrı ayrı ele alınması gerekecektir. Bu kapsamda turizm düzeninin tesisi için aranan şartların asgari düzeyde belirlenmesi, bu şartlarda yapılacak değişiklikleri de sınırlayacak; böylece, doğması müstakbel hukuki ihtilafların önüne geçilebilecektir. Ancak, detaylı düzenleme ihtiva

<sup>90</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 13/3.

<sup>91</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 16.

<sup>92</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 19.

<sup>93</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 18.

<sup>94</sup> Örnek olarak bkz. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik, Madde 32.

<sup>95</sup> 10/5/2005 tarihli ve 2005/8948 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik.

eden hali hazırdaki hukuki rejim ile idarenin düzenleme yetkisini sıkça kullanması, bu olasılığın yüksek olduğunu göstermektedir.

Öte yandan, belgeli yatırım ve işletmelerin niteliklerine ilişkin denetimleri ve işletmeleri sınıflandırma yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığı'na aittir<sup>96</sup>. (2634 sayılı Kanun, Madde 30) Belgeli turizm işletmelerinin denetimine ilişkin esasların ise, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak Yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. (2634 sayılı Kanun, Madde 37/A-3) Bu hükümden hareketle yürürlüğe konulan Turizm Yatırım, İşletme ve Kuruluşlarının Denetimi Hakkında Yönetmelik<sup>97</sup>, insan ve çevre sağlığı ile can ve mal güvenliği de dahil olmak üzere belgeli turizm yatırım ve işletmelerinin, belgeye esas olan vasıflarının, tarifelerinin, temizlik, intizam, servis, idare ve işletme tarzları ile diğer hususların denetlenmesine ilişkin hükümleri kapsamaktadır. (m.2) Yapılacak denetimlerde, işletmelerin "Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik"e uygunluğu araştırılır. (m.20) Bu kapsamda, belgeli turizm işletmelerinde temizlik, intizam, servis, fiyat, idare ve işletme, belge almaya esas olan vasıflarla, personel niteliklerinin tesbit ve denetimi yetkisi Bakanlığa aittir<sup>98</sup>.

7333 sayılı Kanun sonrasında konaklama tesislerinin turizm işletmesi belgesi almaksızın turizm alanında faaliyet göstermelerinin mümkün olmaması nedeniyle, turizm idaresinin denetim alanının genişlediğini söylemek yanlış olamayacaktır. Sağlık ve çevre kirliliği ile ilgili denetimler, görevli kamu kurum ve kuruluşlarının tabip ve sağlık elemanlarınca; işyeri açma ve çalışma ruhsatları ile ilgili denetimler ise, işyeri açma ve çalışma ruhsatını veren kamu kurumu tarafından yapılmaktadır. (m.18) Dolayısıyla, belgeli turizm işletmeleri, belgelendirme gerçekleştirildikten sonra da<sup>99</sup> denetimin konusu yönünden farklı idareler tarafından denetlenebilmektedir.

Danıştay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir: "5393 ve 5216 sayılı Belediye yetkilerinin düzenlendiği Kanunların yürürlüğe girmesinden önce münhasıran bakanlık yetkili iken; bu Kanunların yürürlüğe girmesi ile her türlü işyerlerinin ruhsatlandırılması ve denetimi belediyelere bırakılmış; 3572 sayılı Kanunda kapsam dışı tutulan turizm işletme belgeli işyerlerini de 5393 sayılı Kanununun 84. maddesi karşısında belediyenin denetleyebileceği öngörülmüş olup; bu Kanunlar da dayanak alınmak suretiyle çıkartılan 2005 tarihli İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte de bakanlığın yetkisi sadece belgeye esas unsurların denetimiyle sınırlı kalmış; bu unsurlar dışındaki hususlarda belediyenin yetkileri ve görevleri devam etmiştir. Öte yandan Turizm İşletme Belgesi verilmesinin ön koşulu da belediyeler tarafından düzenlenen işyeri açma ve çalışma ruhsatının alınmış olmasıdır.

*O halde; Belediye Kanunları ile Turizmi Teşvik Kanununda yer alan düzenlemeler birbirinden farklı olup, Kültür ve Turizm Bakanlığı, turizm işletme belgesi kapsamında öngörülen kurallara uyulup uyulmadığını, belediyeler ise gerek kendileri tarafından verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatlarına gerekse kendi*

<sup>96</sup> 2634 sayılı Kanun, Madde 30/2: "Bakanlık gerek görmesi durumunda, denetim yetkisini sınırlarını belirlemek kaydıyla valilik vasıtasıyla da kullanabilir".

<sup>97</sup> Resmî Gazete Tarihi: 19.04.1983 Resmî Gazete Sayısı: 18023.

<sup>98</sup> "...(İ)şyerinin "2. Sınıf Lokanta" olduğuna ilişkin turizm işletme belgesinin düzenlendiği işletmenin faaliyet türüne ilişkin olarak davalı idare tarafından yapılan ve yukarıda yer verilen inceleme raporunda; tesisin turizm işletmesi olarak faaliyet gösterme amacını aşan ve işletme belgesinde belirtilen işletme türü dışında başka bir işletme türüne dönüştürüldüğü hususunun denetim görevlisince işletmenin yerinde denetimi sonucunda düzenlenen inceleme raporu ile tespit edildiği görüldüğünden, 2. sınıf lokanta olarak işletilmek yerine gazino eğlence yeri olarak işletildiği anlaşılan tesise ait turizm işletme belgesinin 2634 sayılı Kanununun 34. maddesinin (b) ve (e) fıkraları uyarınca iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, ...". Danıştay 14. D., E. 2011/5118 K. 2013/1195 (21.2.2013). Aynı yönde bkz. 14. D., E. 2011/11908 K. 2013/1193 (21.2.2013).

<sup>99</sup> "...(B)ir işletmeye verilen turizm yatırımı belgesi veya turizm işletmesi belgesinin iptal edilebilmesi için tespit edilecek eksiklik yada aykırılıkların mutlaka belge süresi sona erdikten sonra belirlenmesi gerekmekte olup bu süre içerisinde de tesisin işletme türü dışında faaliyette bulunduğu ya da tesisin yatırım veya işletme döneminde belgelendirilmesine esas niteliklerini önemli ölçüde kaybettiği ve 34. Maddede sayılan diğer hususların gerçekleştiği hususlarının tespiti halinde belgenin iptal edilebileceği açıktır". İstanbul Bölge İdare Mahkemesi (BİM), 6. İDD, E. 2017/524 K. 2017/677 (25.10.2017).

*mevzuatında yer alan kurallara uyulup uyulmadığını denetlemekle görevli olup; turizm işletme belgeli işyerlerinin tamamen belediye denetimine tabi olmadığını söylemeye imkan bulunmamaktadır*<sup>100</sup>.

Görüldüğü üzere, turizm işletmeleri konu itibarıyla farklı idarelerin denetimine tabi olabilmektedir. Turizm işletmesini denetlemeye yetkili idarenin, bir başka idarenin denetim konusuna giren alanda denetim faaliyeti icra etmesi ve yaptırım uygulaması ise mümkün değildir. Örneğin, turizm idaresi turizm tesisinde imara ilişkin denetimi yapamayacağı gibi; Belediye de sınıflandırma denetimi gerçekleştiremeyecektir.

Burada üzerinde durulması gereken son konu ise, basit konaklama turizm işletmesi belgesi<sup>101</sup> sahibi olan konaklama tesislerinin denetimi hususudur. Zira, bu işletmeler, iş yeri açma ve çalışma ruhsatı uyarınca faaliyet göstermekteyken, 7333 sayılı Kanun'un Geçici 11.maddesinin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde başvuru yapmaları sonucunda mezkur belgeye sahip olmuşlardır. Belgenin verilmesi aşamasında bu işletmeler açısından, daha önce işyeri açma ve çalışma ruhsatı almak için yerine getirmiş oldukları şartların dışında herhangi bir kriter aranmamıştır. Dolayısıyla, basit konaklama turizm işletmesi belgesi sahibi işletmelerin, belgelendirmeye esas nitelikleri turizm idaresince belirlenmemiştir. Bu cümleden olmak üzere, belgelendirme sonrasında bu yönde gerçekleştirilecek denetimin de turizm idaresince gerçekleştirilemeyeceğini ifade etmek mümkündür. İşyeri açma ve çalışma ruhsatına ve basit konaklama turizm işletmesi belgesine sahip olarak konaklama tesisi işleten bu işletmeler, sadece İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te gösterilen şartları sağlamak suretiyle faaliyet göstermektedirler. Yukarıda da ifade edildiği üzere, belgeli tesisler, işyeri açma ve çalışma ruhsatına esas şartlar yönünden işyeri açma ve çalışma ruhsatını veren idare tarafından denetlenmektedir.

Ancak, Geçici 11. Maddede, "(b)u madde kapsamında belgelendirilecek konaklama tesisleri ve plaj işletmelerinin nitelikleri ve denetimlerine ilişkin konular ile belgelendirme usul ve esasları Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir" denilerek bu tesislere ilişkin düzenleme ve denetleme yetkisi turizm idaresine verilmiştir. Böylece, turizm alanında faaliyet gösteren, turizm işletmesi belgesi türlerinden birine sahip bu işletmelerin denetime ilişkin konularını düzenleme yetkisi turizm idaresine verilmiştir. Basit Konaklama Tesisleri ile Plaj İşletmelerinin Belgelendirilmesine İlişkin Yönetmelik'te de, basit konaklama turizm işletmesi belgesi sahibi işletmelerin denetiminin, turizm işletmesi belgesi sahibi işletmelere benzer şekilde yapılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>102</sup>. Bu hüküm, mahalli idarelerin işyeri açma ve çalışma ruhsatına esas şartlara ilişkin denetim yetkisinin, Yönetmelik'le getirilen

<sup>100</sup> "Uyuşmazlıkta ise; turizm işletme belgesine sahip otelin müstemilatında yer alan işyerinin, yukarıda değinilen mevzuat hükümlerinde ifade edilen tesisin belge sahibi dışında başka bir kişiye kiralanması veya belge sahibi dışında başka bir kişi tarafından işletilmesi durumunda "Kiracı" veya "İşletmeci" olarak belgeye şerh edileceği, belge sahibi değişmeden kiracı veya işletici değişikliklerinde sadece kiracı veya işletici firma adına düzenlenmiş işyeri açma ve çalışma ruhsatı isteneceği belirtilmiş olmasına rağmen Bakanlıktan izin alınmadığı ve turizm işletme belgesine bu yönde bir şerh de düşülmediği gibi, davacı tarafından alınmış işyeri açma ve çalışma ruhsatı da bulunmamaktadır.

Ayrıca bu işyerinde, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyeti Kanununa göre denetim yapan kollu kuvvetleridir, kolluk kuvvetlerinin denetim yapabileceği kanun ve yönetmelikte açıkça ifade edilmiştir. 2559 sayılı Kanununa göre yapılan denetim sonucunda mevzuata aykırılıkların tespiti halinde mahallin en büyük mülki idare amirince alınan faaliyetten men kararı uygulanmak üzere yetkili idareye bildirilir. Turizm işletme belgesine sahip işyerlerinin denetiminin Bakanlık tarafından yapılacağına dair yasal düzenlemenin belgeye esas unsurların denetimiyle sınırlı olması nedeniyle belediyelerin görev ve yetkilerini düzenleyen anılan Kanunların kapsamındaki (işletme belgesine esas unsurlar dışında) faaliyetleri yönünden, denetiminden muaf tutulamayacağı tartışmasızdır".

Danıştay 10. D., E. 2016/11890 K. 2016/4575 (19.12.2016).

<sup>101</sup> Bu hususta bkz. "Turizm İşletmesi Belgesi Türleri" başlığı.

<sup>102</sup> Basit Konaklama Tesisleri ile Plaj İşletmelerinin Belgelendirilmesine İlişkin Yönetmelik, Madde 10/2: "...basit konaklama turizm işletmesi belgesi talep eden tesisler ile bu belgelere sahip olan tesislerin denetimleri, Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında valilikçe yetkilendirilecek il müdürlüğü personeli, yeterli personel bulunmaması durumunda valilik tarafından görevlendirilecek diğer personel aracılığıyla gerçekleştirilir. Denetim sonucunda düzenlenecek raporlarda belirtilen öneriler valilik tarafından uygulanır".

2634 sayılı Kanun, Madde 30/1: "Belge talebinde bulunan işletmelerin belgelendirilmesine esas denetimleri, belgeli yatırım ve işletmelerin niteliklerine ilişkin denetimleri ve işletmeleri sınıflandırma yetkisi Bakanlığa aittir.

Bakanlık gerek görmesi durumunda, denetim yetkisini sınırlarını belirlemek kaydıyla valilik vasıtasıyla da kullanabilir".



düzenleme sonucunda merkezi idareye aktarılması anlamına gelmesinin yanı sıra; ruhsatı veren idare ile ruhsata ilişkin denetimi yapan idarenin de farklılaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu düzenleme, yetki çatışması<sup>103</sup> doğuracak niteliktedir.

Geçici 11. Madde hükmü, 'sonraki kanun' ve aynı zamanda 'özel kanun' olarak düşünülebilecektir. Ayrıca, amaçsal yorumla, kanun koyucunun bu işletmelerin turizm idaresince belgelendirilmesini öngörmesindeki amacın, bu işletmeleri de turizm idaresinin denetim kapsamına almak istemesi olduğu ifade edilebilir. Buna karşın, "konaklama tesisleri(nin) ... denetimlerine ilişkin konular"a ilişkin verilen genel ve belirsiz nitelikteki düzenleme yetkisinin, 'kanuni idare ilkesi' karşısında Yönetmelik'le denetime yetkili idarenin belirlenmesi/değiştirilmesine imkan tanıyacağını savunmak oldukça zordur. Ayrıca, geçici 11.maddede, denetim yetkisinin turizm idaresine verildiğine ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Böyle bir düzenleme olmaksızın, Yönetmelik hükmüyle, -yukarıda yer verilen Danıştay kararında da işaret edilen- kanunla belediyelere verilen işyeri açma ve çalışma ruhsatına ilişkin denetim yapma görev ve yetkisi ortadan kaldırılamayacaktır. Ayrıca, hatırlanacağı üzere, ruhsat verme yetkisi, denetim ve gözetim yetkisini de kapsamaktadır<sup>105</sup>. İşyeri açma ve çalışma ruhsatını veren idarenin, bu ruhsata ilişkin şartlara dair denetim yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bu yaklaşımların her biri, hukuken kabul edilebilir niteliktedir. Burada amaçsal yorum yoluyla bu sorunun çözülmesinin, 7333 sayılı Kanun sonrasında getirilmek istenen hukuki rejime daha uygun olduğu ifade edilmelidir. Ancak mevzuatın halihazırdaki düzenleniş şekli, bu sorunun idari yargı kararıyla çözümleneceği izlenimini kuvvetlendirmektedir.

## Sonuç

7334 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında, daha öncesinde Turizm Bakanlığı'nca yürütülen turizm faaliyetinin özendirilmesi ve desteklenmesi faaliyeti, kısmen 'özel idari kolluk' faaliyetine dönüşmüştür. Bu dönüşümün sonucu olarak, turizm işletmesi belgesi bazı turizm işletmeleri açısından kolluk ruhsatı niteliğini almıştır. İdarece belgelendirme faaliyeti sırasında yürütülen özel idari kolluk faaliyeti de kolluk faaliyetinin bir türünü oluşturmaktadır. İster iş yeri açma ve çalışma ruhsatı kapsamında kamu düzeninin genel unsurları korunsun isterse de Turizm Bakanlığı'nca turizm düzeni korunsun, düzenin korunması için getirilecek kriterlerin 'asgari düzeyde' olması gerektiğine kuşku bulunmamaktadır. Bu düzeyin, yani turizm düzeninin korunması için ihtiyaç duyulan kriterlerin tespitinde yasa koyucunun takdir yetkisinin varlığına kuşku yoktur. Ama bu yetkinin sınırsız olmadığı da bir gerçektir. Yasa koyucunun teşebbüs hürriyetinin ve mülkiyet hakkının özüne dokunacak, 'asgari düzey'in ötesine geçecek ölçüsüz düzenlemelerinin hukuka aykırılık taşıyacağı ifade edilmelidir. Kaldı ki, Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında bu kriterlere ilişkin herhangi bir çerçeve de çizilmemiş; 7334 sayılı Kanun öncesindeki hukuki durum neredeyse aynen muhafaza edilerek, düzenleme yetkisi yasama yetkisinin devri anlamına gelecek şekilde idareye bırakılmış ya da daha doğru bir ifadeyle idarede kalmıştır. Hatta idare, yasa koyucudan aldığı bu geniş düzenleme yetkisini adsız düzenleyici işlemlerle başka bir idari makama devretmekten de geri durmamıştır. Bu durum, sonucu itibarıyla, turizm işletmecilerinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale imkanının sınırları belirsiz şekilde idarenin takdirine bırakılmasına yol açmıştır.

<sup>103</sup> "İdari kolluk yetkilerinin çatışması(nda) (...) (a)ynı konuda mevzuattan kaynaklanan zıt, çelişik hükümlerin bulunması ve bunlara dayalı olarak her bir idari kolluk makamının kendi açısından mevzuata göre haklı olduğu iddiasıyla idari kolluk faaliyeti ifa edilmektedir"., Oğuz Sancakdar, "Kamusal Su Koruma Havzalarında İdarî Kolluk Yetkilerinin Yarışması-Çatışması Sorunu ve Çözüm Perspektifleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.Dr. Mahmut Tefvik Birselle Armağan, (2001), s.630.

<sup>104</sup> "Konu ve amaçları aynı veya benzer nitelikte olan genel ve özel idari kolluk uygulaması varsa kanun koyucunun iradesine bakılır; eğer bu konuda özel kolluğa açıkça "münhasır bir yetki" verilmiş ise, genel idari kolluk işlemez". Sancakdar, "Kamusal Su Koruma Havzalarında İdarî Kolluk Yetkilerinin Yarışması-Çatışması Sorunu", s.643.

<sup>105</sup> Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s.44.

7334 sayılı Kanun sonrasında turizm işletmesi belgesinin turizm sektöründe faaliyet göstermek için alınması zorunlu bir belge haline dönüşmesiyle, turizm idaresinin de faaliyet alanının genişlediğine kuşku yoktur. Turizm idaresi hem belgelendirme sırasında hem de belgenin alınmasından sonra faaliyetin yürütülmesi esnasında denetimle görevlendirilmiştir. Belgelendirilecek/belgelendirilmiş tesis sayısının çoğalması, bu tesislerin denetimini gerçekleştirecek teşkilatın büyümesine, personelin sayısının artmasına yol açacaktır. Turizm idaresinin merkez ve taşra teşkilatının bu yükün altından kalıp kalkamayacağı; özellikle belgelendirme sonrası yapılacak denetimlerin 7334 sayılı Kanun'la ulaşılması amaçlanan sonuçlara varmak için yeterli olup olmayacağı hususları ise bir başka belirsizlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinde yapılan değişiklik sonrasında, bu değişikliğe uygun hukuki rejimin oluşturulduğunu söylemek oldukça zor görünmektedir. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin, bir diğer ifadeyle 7334 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin isabetliliği de tartışmalıdır. İdarenin faaliyet alanının genişletilerek turizm kolluğu olarak faaliyet göstermesi ve turizm işletmeciliğinin bu denli sıkı şartlara bağlanmasının gerekliliği üzerine ikinci kez düşünülmelidir. Yapılan düzenlemeyle, -kriterlerde herhangi bir değişiklik yapılmadan- kişilerin turizm sektöründen aldıkları hizmete dair memnuniyetleri üzerinden şekillenen bir piyasadan, idarenin yoğun düzenlemesine tabi tutulan bir piyasaya geçiş yapılmıştır. Turizm faaliyeti, serbest piyasada yürütülen bir etkinliktir. Yani, idarenin bu faaliyetin yürütülmesi konusunda yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kaliteli hizmet arzını teminen, idarece turizm işletmecilerine yükümlülük yüklenebilmesinin kabulü oldukça zordur. Bu amaca hizmet eden idari faaliyet, 2634 sayılı Kanun'un ilk halinde öngörülen 'özendirme ve destekleme'dir. Bir diğer ifadeyle, turizm işletmesi belgesinin 'teşvik belgesi' niteliği, kaliteli hizmet arzını sağlamaya elverişlidir. Bu nedenle, turizme ilişkin idari faaliyetin, kapsam ve mahiyetinin gözden geçirilerek eski hukuki niteliği (özendirme ve destekleme) etrafında yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağı söylenebilecektir. AB düzenlemelerinde önerildiği üzere yeşil dönüşüm, sürdürülebilir turizm, enerji verimliliği gibi çağın gerekliliklerine uygun; uluslararası rekabeti hedef tutan şartlar üzerinden şekillendirilmiş; hak, muafiyet ve istisnaların bu kapsamda belirlenerek özendirilen bir faaliyete ilişkin hukuki rejiminin oluşturulması daha isabetli olacaktır. Bu cümleden olmak üzere, turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğinin Kanun'un ilk yürürlüğe girdiği tarihteki haline döndürülmesi; belgenin yeniden sadece bir 'teşvik belgesi' halini alması; idarenin özendirme ve destekleme faaliyet alanına geri dönmesinin, yapılan değişikliğin amacına ulaşmaya daha elverişli olduğu söylenebilir. Bu vesileyle, ulaşılmak istenilen amaç ile -meri mevzuat göz önüne alındığında- kullanılan aracın uyum içerisinde olmadığına, hatta çeliştiğine de dikkat çekilmelidir. Kaliteli hizmet arzı, kolluk faaliyetinin amacı olamayacakken; özendirme ve destekleme faaliyetinin tam olarak amacını teşkil etmektedir.

Öte yandan, turizm faaliyetine ilişkin kişilerin tercihlerini, idarenin düzenlemelerinden ziyade, yaşanan tecrübelerin ve hizmete ilişkin memnuniyetin/memnuniyetizliğin şekillendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bir diğer deyişle, turizm alanında hizmet veren bir internet sitesinde yer alan yorumlar, Yönetmelik'te getirilen şartların varlığı ve/veya yoğunluğundan daha fazla etki ve sonuç doğurmaktadır. Ayrıca, idarece belirlenen 'turizm formatı' dışında da her bir kişinin ekonomik durumuna ve tercihlerine uygun şekilde turizm hizmeti alabilme iradesine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Zira, halihazırdaki düzenleme şekli, yatırım maliyetlerinin ve dolayısıyla fiyatların artmasına yol açacak niteliktedir. Şayet, asıl amaç, turizm faaliyetinin ve turizm işletmelerinin bütünüyle turizm idaresinin denetim ve gözetimi altında olmasını sağlamak ise, faaliyetin bir 'izin'e değil 'bildirim'e tabi tutulması suretiyle de bu amaca ulaşılması mümkündür. Bu usulle, hem istenen amaca ulaşılacak hem de teşebbüs hürriyetine ve kişilerin tercihlerine daha az müdahale edilecektir. Halbuki, 7334 sayılı Kanun'la idarenin turizm alanında yürüttüğü faaliyetin ve turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğini değiştiren düzenlemeler, -ülkemiz geleneğine uygun olarak- demokratik bir toplum açısından gerekliliği tartışmalı olarak turizm faaliyetini tam anlamıyla idarenin tahakkümü

altına sokmuştur. Yasa koyucunun turizm işletmesi belgesinin ve faaliyetin hukuki rejimine dair değişiklik yapma konusunda takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetkiyi hukuka uygun şekilde kullandığını söylemek oldukça zordur. Kısacası, turizm işletmesi belgesinin hukuki niteliğine ilişkin tercihin, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun ilk hali ile bu Kanun'un yürürlükten kaldırdığı 6086 sayılı Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu'nda olduğu gibi 'teşvik belgesi' olarak yeniden düzenlenmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.

## Kaynakça

- Akgüner, Tayfun. *Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri*. İstanbul: Formül Matbaası, 1979.
- Akyılmaz, Bahtiyar vd. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yay., 17. Baskı 2023.
- Ayanoğlu, Taner. *İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2019.
- Ayhan, Rıza vd. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yay., 14. Baskı 2021.
- Çal, Sedat. *Türk İdare Hukukunda Ruhsat*. Ankara: Seçkin Yay., 2012.
- Çelik, Aytekin. *Ticaret Hukuku*. Ankara: Seçkin Yay., 13. Baskı 2023
- Duran, Lütfi. *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- Duran, Lütfi, "İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu", *İÜHFİM* 12/1 (Eylül 2011), 130-199.
- Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel. *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Yay., 25.Baskı, 2023.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yay., 11. Baskı, 2017.
- Gür, Necip Taha. *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2019.
- Moğol, Mune. "2634 Sayılı Turizm Teşvik Kanunu ve Hazırlanmış Dönem". *III. Disiplinlerarası Turizm Araştırmaları Kongresi*. ed. Nazmi Koçak, Osman E. Çolakoğlu. 657-664. Ankara: Detay Yayınları, 2014.
- Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*. Ankara: Seçkin Yay., 2002.
- Oğurlu, Yücel. *İdare Hukukunda 'e-Devlet' Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2010.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yay., 2011.
- Özay, İl Han. *Günışığında Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Özay, İl Han. "İdari Kolluk-Adli Kolluk", *İÜHFİM* 71/1, (Ağustos 2013), s.947-961.
- Özdemirci, Fahrettin. "Dilekçe Hakkında Dijital Dönüşüm ve Ulusal Dilekçe Bilgi Sistemi". *Yasama Kalitesinin Artırılmasında Dilekçe Hakkı Çalıştayı*. Ed. H. Çavuşoğlu vd. 107-119. Ankara: TBMM, 2021.
- Öztürk, Burak. *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yay., 2009.
- Sancakdar, Oğuz. "Kamusal Su Koruma Havzalarında İdarî Kolluk Yetkilerinin Yarışması-Çatışması Sorunu ve Çözüm Perspektifleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel'e Armağan, 2001, 629-651.
- Tan, Turgut. *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2.Bası, 2015.
- Ulusoy, Ali D. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay., 6. Baskı 2023.
- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yay., 2023.
- Yıldırım, Turan vd. *İdare Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yay., 8. Baskı 2020.

Yıldırım, Ramazan. *İdari Başvurular*. Konya: Mimoza Yayınları, 2. Baskı, 2006.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Türk ve İngiliz Hukukunda Sigorta Kooperatifleri

### *Insurance Cooperatives in Turkish and UK Law*

Hayri Bozgeyik<sup>1\*</sup>

Yusuf Üstün<sup>2</sup>

Beyza Nur Ağca<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, [hbozgeyik@aybu.edu.tr](mailto:hbozgeyik@aybu.edu.tr)

<sup>2</sup> Ticaret Başmüfettişi, Ticaret Bakanlığı, Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı, [y.ustun@ticaret.gov.tr](mailto:y.ustun@ticaret.gov.tr)

<sup>3</sup> Bakırköy İcra Md. Yrd., İstanbul, Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı, [beyzaagca96@hotmail.com](mailto:beyzaagca96@hotmail.com)

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Geliş Tarihi/Received: 06.04.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 21.06.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online: 19.07.2024

**Öz:** Sigorta, muhtemel risklere karşı insanların menfaatlerini koruma ihtiyacından doğan bir güvence sistemidir. Sigortacılık faaliyetleri, çeşitli risklerden kaynaklanabilecek zararlara karşı iş birliği ve dayanışma ilkesine dayanmaktadır. Kooperatifler aynı zamanda bir sosyal ve ekonomik dayanışma modelidir. Bu nedenle sigortacılık ve kooperatifçiliğin kolay bir şekilde bir araya gelmesi mümkün olmuştur. Sigorta ve kooperatiflerde "karşılıklılık" temel bir unsurdur. Karşılıklı sigorta, prim ödeyenlerin birbirlerinin sigortacısı olduğu ve hasarların, ödenen primlerin oluşturduğu fondan karşılandığı bir sistemdir. Türk hukukuna göre sigortacılık faaliyetlerini kooperatif yapısında yürütmek üzere "sigorta kooperatifleri" kurulabilmektedir. İngiltere'de gerek kooperatifçilik gerekse sigorta kooperatifçiliği bakımından önemli uygulamalara sahiptir. Bu çalışmada Türk hukuku ile buna benzer ve farklı yönleri olan İngiliz hukukunda karşılıklı sigorta ve sigorta kooperatifleri incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta, Kooperatif, Sigorta Kooperatifi, Mütüel, Karşılıklı Sigorta

**Abstract:** Insurance is a system that provides assurance against possible risks to protect people's interests. Insurance activities are based on the principles of cooperation and solidarity to cover losses from various risks. Cooperatives also serve as a model of social and economic solidarity, making it easy for insurance and cooperatives to come together. Reciprocity is a fundamental aspect of insurance and cooperatives. Mutual insurance is a system where premium payers act as each other's insurers, and damages are covered from the fund created by the premiums paid. In Turkey, 'insurance cooperatives' can be established to carry out insurance activities in a cooperative structure. This system has significant applications in England, both in terms of cooperatives and insurance cooperatives. This study examines mutual insurance and insurance cooperatives in Turkish and English law, highlighting their similarities and differences.

**Keywords:** Insurance, Cooperative, Insurance Cooperative, Mutual, Mutual Insurance

### Abstract

Insurance is a system of assurance that arises from the need to secure one's interests against possible risks. Insurance activities are based on the principle of cooperation and solidarity against losses that may arise from various risks. Similarly, cooperatives are a model of social and economic solidarity for people. Therefore, insurance and cooperatives could easily be combined. Reciprocity is an essential point in both insurance and cooperatives. Mutual insurance is a system in which premium payers insure each other, and damages are covered from the fund created by the members. This system is widely practiced around the world.

Cooperatives typically begin with voluntary individuals coming together to protect or develop their individual economies. However, over time, these structures can become important economic and social

assets for society and countries. Cooperatives have evolved from being solely solidarity organizations for the economically weak to successful enterprises of significant economic size. Today, cooperatives operate across a wide range of industries, including global gaming. In the EU, mutual/cooperative insurance serves as an important indicator of stability and continuity, with high numbers of members, premium amounts, and asset ratios indicating confidence in the sector.

The study discusses mutual insurance and insurance cooperatives in Turkish and English law. In Turkish law, 'insurance cooperatives' can be established to carry out insurance activities in a cooperative structure. These cooperatives must adhere to the principle of reciprocity and are subject to the Code of Cooperatives for their cooperative structure and the Code of Insurance for their insurance activities. Insurance cooperatives require a minimum of seven people to operate and must have over 200 members to be established. Additionally, they must obtain an operating permit.

Risk sharing reciprocity is a common practice among members, which includes sharing positive or negative income and expense differences. In contrast to traditional insurance companies and capital companies, insurance cooperatives distribute any positive or negative income and expense differences among policyholders.

Due to the reciprocity of risk sharing in insurance cooperatives, members' participation in positive or negative income and expense differences is also common. Unlike the traditional insurance approach and capital companies, in insurance cooperatives, the positive or negative income and expense difference is shared among the policyholders.

It is seen that foreign investors are interested in the insurance sector, like many other sectors. However, the structure of insurance cooperatives makes it difficult for foreign partners to invest, so insurance cooperatives need to be developed to pave the way for national investments.

In the UK, cooperatives started their movement as a solidarity and cooperation movement among workers. Here we have a free system in which there is no connection between the state and the cooperatives. While a mutual structure established among farmers at the beginning of the twentieth century initially provided services only in the field of agricultural insurance, it later began to operate in non-agricultural fields as well. It does not distribute profits and applies a discount on premiums when renewing its policy.

In the UK, there are no legal restrictions on the structure under which activities based on the principle of reciprocity will be carried out, and mutual insurance activities, as well as mutual associations, can take different forms. In other words, it can be in the form of a sole proprietorship company, a capital company, or a mutual aid association. It is legally possible to establish voluntary mutual trusts in the UK. These are optional partnerships where a member who does not engage in insurance or reinsurance business and who suffers a loss due to risks that may occur can request assistance from other members to cover this loss as a matter of reciprocity. In fact, in recent years, it has been observed that small mutual company structures oriented towards certain professional groups have emerged. In mutual partnerships, members generally do not own shares in the company, but there is no obstacle to this.

In the UK, there is no classification as "companies" and "mutual structures" in terms of financial auditing. The relevant institutional structure supervises both in the same way. Establishing these structures is supported because the idea of reciprocity has some benefits. Mutual companies are less likely to engage in risky activities than banks, and mutual structures help create a more stable financial sector in times of economic crisis.

The demutualization of an insurance cooperative operating based on mutuality into a capital company structure is a reality in the UK as well as in Türkiye. The transformation of an activity that started as an

insurance cooperative into a joint stock company structure when the required capital amount is reached has a negative impact on the mutual sector, which is based on the principle of cooperation and solidarity.

## Giriş

Sigorta, sahip oldukları değerlerin karşılaşılabileceği çeşitli tehlikelere karşı insanlar için ekonomik önlem alma ihtiyacından doğmuş bir teminat sistemidir<sup>1</sup>. Dünya’da sigortacılık faaliyetlerinin başlangıcına ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır<sup>2</sup>. Sigortacılığın önce deniz sigortacılığı ile başladığı, bunun ilk olarak klasik dönemde Kuzey Afrika Müslümanları tarafından tesis edildiği<sup>3</sup> veya İtalya’da ortaya çıkıp 18.yy’da İngiltere’de gelişmeye başladığı<sup>4</sup> yönünde farklı görüşler tespit edilmektedir. İngiltere’de çıkan bir yangında oldukça fazla hasarın oluşmasının, insanlar arasında bu tür tehlikelere karşı önlem alma kanaatinin yayılmasına neden olduğu, bunun kara sigortacılığının gelişimi bakımından bir dönüm noktası olduğu, kaza sigortalarının ise tren kazaları sebebiyle gelişmeye başladığı, sonraki süreçte hayatın hangi alanında insanlar için bir risk söz konusu olursa, o alanda sigortacılık anlayışının gelişmeye başladığı kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Ülkemiz açısından Osmanlı Dönemindeki Ahilik teşkilatı sigortacılığın da temelini oluşturmaktadır<sup>6</sup>. Anadolu’da esnaflar arası bir dayanışma teşkilatı olarak kurulan Ahilik; kardeşlik ve fedakârlığı esas alarak toplumda yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmiştir<sup>7</sup>. Teşkilat üyelerinin birbirlerine yardım etmesi ve kredi ihtiyacı olanlara kredi sağlanması amacıyla karşılıklı yardımlaşma ve sosyal güvenlik sandığı adı altında bir sandık oluşturulmuştur<sup>8</sup>. Bu yardım sandıkları ile teşkilat üyeleri çeşitli risklere karşı güvence altına alınmış, böylece sigortacılık sistemi de uygulanmaya başlanmıştır. Osmanlı Devleti’nin son döneminde sigortacılık ile ilgili düzenlemeler deniz sigortalarına ilişkin olarak ilk 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununda yer almış<sup>9</sup>, sigortacılık faaliyetleri de bu dönemden itibaren başlamıştır<sup>10</sup>.

Toplumdaki yardımlaşma ihtiyacı hemen her konuda olduğundan sigortacılık da çeşitli alanlara doğru sürekli genişlemektedir. Sigortacılık, sigorta şirketleri üzerinden kurumsal bir yapıya dönüşmüş, bu alanda yapılan yasal düzenlemeler ile de sigorta sistemi bir hukuki alt yapıya kavuşmuştur<sup>11</sup>. Ülkemiz açısından Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinden itibaren gelişmeye başlayan modern sigortacılık, Cumhuriyet Dönemi’ne gelindiğinde bu gelişim seyrine devam etmiş, 25.6.1927 tarihinde 1160 sayılı Mükerrer Sigorta Hakkında Kanun kabul edilmiş ve 1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Beşinci Kitabı ile sigorta sözleşmeleri düzenlenmiş, ayrıca, özel sigortacılığın denetimine ilişkin 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanun 1959 yılında kabul edilmiştir. 2007’de yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>12</sup> (SK) ile de bu alanda yasal düzenleme yapılmış, bu kanunda

<sup>1</sup> Benzer tanımlar için bkz. Yusuf Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı” *Karınca Dergisi* 80/927 (2014) 3 vd.; Mohammed Maghaminia, “İran Hukukunda Sigorta Müesseselerinin Kuruluşu ve Faaliyet Koşulları” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2011), 402; Serdar Demirci, “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2018), 388.

<sup>2</sup> Sigortacılığın tarihsel gelişimi için bkz. Çardak, Müveddet. *Sigorta Kooperatifçiliği, Tekafül ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2015), 47 vd.

<sup>3</sup> Avcı, Mustafa. “Sigortanın Osmanlı Hukukuna Girişi” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1-2 (2000), 267 vd.

<sup>4</sup> Güneşli, Yamaç. “İngiliz Hukukunda Tekne Sigortasının Gelişimi ve Türk Hukukunda Tekne Sigortasına Bir Bakış”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/1 (2021), 137 vd.

<sup>5</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 55.

<sup>6</sup> Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, 6.

<sup>7</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 88.

<sup>8</sup> Bilgin, Necdet - Tanyıcı, Şaban. “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”. *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 10/15, (2008), 138.

<sup>9</sup> Arseven, Haydar. “Sigortanın Tarihçesi ve Geri Kalmışlığımızın Sebepleri,” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 43/1-4 (1987), 415 vd.; Altınbaş, Merve. “19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yapılan Düzenlemeler” *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7/1 (2019) 30 vd.

<sup>10</sup> Arseven, “Sigortanın Tarihçesi”, 425.

<sup>11</sup> Özge Meriç, *Sigorta Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyete Geçmesine İlişkin Esaslar* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2013), 7 vd.

<sup>12</sup> Sigortacılık Kanunu (SK), Resmî Gazete 26552 (14.6.2007), Kanun No.5684.



sigortacılığın anonim şirket ya da kooperatif şirket yapısı altında icra edilebileceği öngörülmüştür (SK 3).

Kooperatif, karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma esasına dayanan ve bu nedenle sosyo-ekonomik hayat açısından önemli olan bir ortaklık modelidir<sup>13</sup>. Mütüel ve kooperatif sigortacılığını normal sermaye şirketleri, örneğin borsaya kote bir sigorta şirketinden ayıran temel ayırt edici özellik bunların sermaye yatırımcılarının menfaatlerinden ziyade üyeleri ve poliçe sahiplerinin menfaatine faaliyet göstermeleri, bu nedenle de kısa vadede gerçekleşen çıkarlar yerine uzun vadeli sonuçlara odaklanmalarıdır<sup>14</sup>.

Bireysel ekonomisini korumak veya geliştirmek amacıyla gönüllü olarak bir araya gelen insanlar, sadece kendileri için değil toplumları için önemli ekonomik ve sosyal kazanımlar elde etmişlerdir. İlerleyen dönemlerde kooperatifler, yalnızca zayıf kesimlerin dayanışma kuruluşu olmaktan çıkmış, ekonomik ve ticari hayatta kendine has artıları olan başarılı girişim örnekleri haline gelmişlerdir. Gelişmiş ülkelerde kooperatifler diğer benzer kuruluşlarla birlikte “üçüncü sektör” olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

Günümüz dünyasında kooperatifler, çok küçük işletmelerden, yer yer “global player” (küresel oyuncu) olarak milyar dolarlık satışlar yapan büyük işletmelere kadar oldukça büyük bir bant genişliğinde bulunmaktadır. Sadece mütüel/kooperatif sigortacılığı açısından bakıldığında bile, sektörün AB'nin istikrar ve sürekliliğinde önemli bir rol oynadığı, yaklaşık 414 milyon üye veya poliçe sahibinin mütüel veya sigorta kooperatifleri tarafından sağlanan korumalardan yararlandığı, söz konusu kimselerin zor ekonomik şartlar altında sigorta ihtiyaçları için bu sektörü tercih etmelerinin söz konusu sektöre duyulan güven ile sektörün uzun vadeli güvenlik açısından önemli bir itibara ve sosyo-ekonomik öneme sahip olduğu şeklinde değerlendirilmektedir<sup>16</sup>. Mütüel/kooperatif sigortacılığı, ekonomik büyüklük olarak bütün Avrupa'daki sigorta sektörünün üçte birini temsil ettiğine ve 2015 yılı itibariyle AB çerçevesinde 438.000 çalışanı ve 2,78 trilyon tutarındaki varlığı sektörün hem bir sigorta teminat sağlayıcısı hem de yatırımcı olarak büyüklüğü ve önemine işaret edilmektedir<sup>17</sup>.

Dünyada ise kooperatiflerin yoğun olarak faaliyet gösterdikleri alanların başında, tarım ve gıda sektörü gelmekte iken diğer sektörlerin payı sırasıyla; bankacılık ve finansal hizmetleri, sigortacılık, toptan ve perakende satış, diğer hizmetler, sanayi ve alt yapı, sağlık<sup>18</sup> ve sosyal bakım ve diğer faaliyetlerdir. Türk Hukukunda kooperatiflerin sınıflandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bir konu sınırlaması da olmadığından (KK 1) kooperatifler sigortacılık alanında da faaliyet gösterebilmektedir<sup>19</sup>.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma esasına dayanan kooperatif ve sigorta birbiriyle yakın ilişki içinde olduğundan sigorta şirketleri kooperatif şeklinde kurulabilmektedir<sup>20</sup>. Bu iki dayanışma sistemini ortak paydada buluşturan ise karşılıklıdır. Sigorta kooperatifleri, daha çok aynı meslekten olan, aynı çevrede

<sup>13</sup> Yusuf Üstün – Muhittin Aydın, *Kooperatifler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2021), 1 vd.; Reha Poroy vd. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (İstanbul: Vedat, 10. Bası, 2005), 945 vd.; Coşkun, Mahmut. *Kooperatifler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2023), 75 vd.; Kemal Özmen, *Kooperatifler* (Ankara: Seçkin, 5. Baskı, 2018), 27; Erçin, Ferhat. *Türk Hukuku'nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayrırcı Özellikleri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2022), 1 vd.

<sup>14</sup> International Cooperative and Mutual Insurance Federation (ICMIF). *Facts and figures: Mutual and cooperative insurance in Europe Vol 2* (Brussels: ICMIF, 2018), 2 vd.

<sup>15</sup>Şeyma İ. Köstekli, *İstihdam Stratejileri ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005), 97.

<sup>16</sup> International Cooperative and Mutual Insurance Federation, *Facts and figures: Mutual and cooperative insurance in Europe Vol 2*, 2-3.

<sup>17</sup> International Cooperative and Mutual Insurance Federation, *European Mutual Market Share 2022* (Brussels: ICMIF, 2023), 3.

<sup>18</sup> Gottlieb, Daniel. “Asymmetric information in late 19th century cooperative insurance societies” *Explorations in Economic History* 44 (2007) 270 vd.

<sup>19</sup> Kooperatiflerin Dünya'da ve ülkemizdeki sınıflandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aysen Çatak, *İşçi Kooperatifleri Önemli Dünya Örnekleri ve Türkiye'deki Görünümü* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2016), 58-63.

<sup>20</sup> Demirci, Serdar. “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2018), 387-388.

yaşayan ve sosyo-ekonomik anlamda ortak yönleri olan insanların birbirleriyle yardımlaşma ve dayanışması temeline dayanmaktadır<sup>21</sup>.

Türkiye’de sigorta kooperatifçiliği henüz gelişim aşamasındadır. Bu çalışma söz konusu sürece katkı yapılması hedeflenmiştir. Çalışmada konu öncelikle Türk hukuku açısından ele alınacak; öncelikle mütüel/karşılıklı sigortacılık (SK 3/3) ve hukuki alt yapısı incelenecek, sonra ise sigorta kooperatiflerinin ilk defa 1867’de kurulduğu İngiltere’deki<sup>22</sup> karşılıklı sigortacılık ve sigorta kooperatiflerinin ortaya çıkış ve gelişim süreci incelenecektir.

## I. Karşılıklı Sigorta

Karşılıklı sigorta, ticari faaliyetlerde bulunan üyelerin birbirlerinin sigortacısı olarak ödedikleri primlerle bir fon oluşturması ve meydana gelen bir zararın bu fondan yararlanması esasına dayalı bir sigortacılık sistemidir<sup>23</sup>. Bu sistemde sigorta ettirenlerin aynı zamanda poliçe sahibi olduğu ve ödedikleri primlerin oluşturduğu fonun hasar ve tazminat talepleriyle birlikte yine kendilerine döndüğü bir yapı söz konusudur. Prim ödeyerek sigorta ettiren kişilerin aynı zamanda o yapıya ortak olması ‘karşılıklılık’ kavramını ifade etmektedir. Ancak poliçe sahipleri her mütüel yapıda ortak sıfatına sahip olmayabilir<sup>24</sup>. Bu durum 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nda (KoopK) “ortak içi/ortak dışı işlem” şeklinde ifade edilirken 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda “üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapan/yapmayan kooperatif” şeklinde ifade edilmiştir (KoopK 38, SK 3/3).

Karşılıklı sigorta, Kuzey Amerika, Avrupa ve Japonya gibi gelişmiş ekonomiler ve sigorta piyasalarında gelişmiş ve yerleşmiş bir sigorta şeklidir. ICMIF verilerine göre, karşılıklı ve kooperatif sigortacılığı yapıları küresel pazar payının önemli bir kısmını elinde tutmakta, dünya çapında bir milyardan fazla üyeye hizmet vermekte ve bir milyonun üzerinde kişiye de istihdam sağlamaktadır. Bazı ülkelerde karşılıklı sigortacılar, ortakları haricindeki kişi ve kurumlarla da sigorta sözleşmesi yapabilmektedir<sup>25</sup>.

Karşılıklı sigortacılık, poliçe sahibi üyelere birtakım yararlar sağlamaktadır. Üyelere kâr payı ödemesi yapılsa da tüm masraf ve hasarlardan arta kalan primler poliçe sahipleri yararına risturn olarak kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, mütüel sigortacılıkta uzun vadede az prim ödenerek iyi bir hizmet alınması da mümkün olabilmektedir. Poliçe sahiplerinin aynı zamanda bu yapıya ortak olması, her poliçe sahibinin söz hakkını sahip olmasını ve demokratik bir yönetim anlayışının oluşmasını sağlamaktadır.

Bazı hukuk sistemlerinde karşılıklı sigorta faaliyetlerinin hangi yapı altında kurulacağı ‘karşılıklılık’ anlayışının uygulanabilmesi açısından önemli değildir. Diğer bir ifadeyle, karşılıklı sigorta faaliyetinden söz edilebilmesi için esas mesele, bu sigorta türünün karakteristik özelliği olan “karşılıklılık” unsurunun sağlanmasıdır. Zira bu özelliğe sahip olan sigorta faaliyetlerinin hangi yapı altında gerçekleştirildiği, ülkelerin hukuk sistemine göre farklılık arz edebilmektedir. Türk hukukundaki yasal düzenlemelere göre, karşılıklı sigorta şirketleri ancak kooperatif şirket yapısı altında kurulabilmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda kooperatiflerin mütüel sigortacılık faaliyeti gerçekleştirirken “karşılıklılık” ilkesine uygun hareket etmesi gerekmektedir.

<sup>21</sup> Taşdelen, Elif - Özüdoğru, Haşim. “Kooperatif Sigortacılığının Sigorta Sektöründeki Yeri” *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi* 52/1 (2017), 103.

<sup>22</sup> Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, 5.

<sup>23</sup> Demirci, “Sigorta Kooperatifçiliği”, 396.

<sup>24</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 66.

<sup>25</sup> Emine Öner Kaya vd. “Türk Sigorta Sektöründe Yeni Bir Aktör: Sigorta Kooperatifleri”, 21. Milletlerarası Türk Kooperatifçilik Kongresi (Karabük: Karabük Üniversitesi, 2015), 5.

Mütüel kavramı, ekonomik faaliyetlerinin '*karşılıklılık esasına dayalı*' olarak icra edilmesini ifade etmektedir<sup>26</sup>. Çalışma usulü bakımından diğer ticaret şirketlerinden oldukça farklı olmakla birlikte, TTK'da mütüel şirket şeklinde tür yer almamaktadır (TTK 124).

TTK'ya göre sigortacılık faaliyetleri ya sermaye şirketi kurularak "riskin satışı" yöntemiyle ya da kooperatif kurularak "riskin paylaşımı" yöntemiyle yapılabilmektedir. TTK 1401'de bahsedilen ve "risk satışı" yöntemini içeren sigortacılık faaliyetlerine, konvansiyonel sigorta ya da şirket sigortacılığı da denilmektedir. TTK 1402'de ise "risk paylaşımı" yöntemini içeren sigortacılık faaliyetlerinden bahsedilmekte ve bu yöntemin "ancak" kooperatif şeklinde yapılabileceği vurgulanmaktadır. Kaldı ki, sigorta kooperatiflerini ortaya çıkaran temel motivasyon, riski minimize ederken sosyal güveni maksimize etme isteğidir. Kullanılan teknikler açısından bakıldığında kooperatifçilik ile mütüel/karşılıklı sigortacılık birbirleri ile tam uyumludur.

Mütüel sigorta şirketi, ortakları ile poliçe sahipleri aynı kişiler olan, oluşabilecek herhangi bir riske karşı birbirlerinin sigortacısı olan kişilerin aynı zamanda şirkette ortak sıfatını haiz oldukları bir sigorta şirketi modelidir. Türk hukukundan "karşılıklı sigorta" kavramına TTK 1402'de yer verilmiştir. Buna göre "*birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi*" borçlandıkları sigorta modeli "karşılıklı sigorta" şeklinde tanımlanmıştır. 6102 sayılı TTK<sup>27</sup> öncesinde ise Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şartının öngörüldüğü görülmektedir (SK 3).

Sigorta şirketleri anonim şirket olarak kurulabildiği halde karşılıklı sigortacılık sadece kooperatif bünyesinde yapılabilmektedir. Kooperatif şeklinde kurulan sigorta şirketleri sadece üyeleriyle sigorta sözleşmesi yapmaya yönelik (kapalı kooperatif) kurulmuş olabileceği gibi üyeleri dışındaki kişilerle de sigorta sözleşmesi yapmaları (açık kooperatif) mümkündür. Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapmayan sigorta kooperatiflerinin mütüel sigortacılık yapması zorunludur (SK 3/3).

Türkiye'de ilk karşılıklı sigorta şirketi 1958'de kurulan Birlik Sigorta Kooperatifi olmuş, bu yapı 1997 yılında anonim şirkete dönüşmüştür<sup>28</sup>. Sonraki süreçte ise bu alanda yeterli gelişme olmaması, mevzuat eksikliği, sektörde kooperatif kültürünün olmaması veya kooperatifin bir araç olarak kullanılmak istenmesi gibi nedenlerle daha sonra kurulan sigorta kooperatiflerinin de tür değişikliği yaparak anonim şirkete dönüştüğü görülmüştür.

Karşılıklı sigorta şirketlerinde üyeler hem şirket ortağı hem de poliçe sahibi konumundadır. Karşılıklı şirkette şirket ortağı ve sigorta ettiren sıfatları birleştiklerinden bu kişiler şirketin hem kâr etmesini beklemekte hem de daha iyi bir hizmet talep etmektedir. Her iki amaca da ulaşılabilmesi için şirketin bunlar arasında bir dengeyi gözetmesi gerekmektedir<sup>29</sup>.

## II. Türk Hukukunda Sigorta Kooperatifleri

### A. Tarihi gelişim ve mevzuatı

Türkiye'de sigorta şirketleri yakın bir zamana kadar sadece anonim şirket yapısında kurulmuştur<sup>30</sup>. Ancak 6762 sayılı mülga TTK ve yine mülga Sigorta Murakabe Kanunu'nda (SMK) yer alan sigorta kooperatifleri (mülga SMK 2), 2007'de yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda tekrar

<sup>26</sup> Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği", 398.

<sup>27</sup> Türk Ticaret Kanunu (TTK), Resmî Gazete 27846 (14.2.2011), Kanun No.6102.

<sup>28</sup> Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği", 395 dn.33.

<sup>29</sup> Öner Kaya vd., "Sigorta Kooperatifleri", 3.

<sup>30</sup> Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği", 394.

düzenlenmiştir. 2011’de yürürlüğe giren TTK ile de karşılıklı sigorta faaliyetlerinin yalnızca kooperatif şirket şeklinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır (TTK 1402).

Sigorta kooperatifleri, aynı ya da benzer riskler altında olan ve bu risklere karşı önlem alma ihtiyacı duyan kişilerin bir araya gelerek oluşturdukları ortaklık yapılarıdır<sup>31</sup>. Kooperatif şeklinde kurulan sigorta şirketleri, kooperatif şirket yapısı açısından KoopK, sigorta faaliyetleri açısından ise SK’ye tabidir.

KoopK 98 “*Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki Anonim şirketlere ait hükümler uygulanır*” hükmünü içermektedir. Burada TTK’ye yapılan atıf gereği, KoopK ile düzenlenmeyen durumlarda TTK hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bunun dışında, ticaret unvanının yapısı gibi, TTK’da özel olarak düzenlenen kooperatif hükümleri de bulunmaktadır.

Ülkemizde sigorta kooperatifi 2011 yılında bir tane iken, 2014 yılında bu sayı ikiye çıkmıştır. Bu iki sigorta kooperatifi de yalnızca üyeleriyle sigorta sözleşmesi yapmak üzere kurulmuştur. 2011 yılında kooperatif olarak faaliyete başlayan Kuru Sigorta 2017 yılında anonim şirkete dönüşmüştür. Doğa Sigorta da 2013 yılında kooperatif olarak kurulduğu halde 2016 yılında anonim şirkete dönüşerek faaliyetlerine devam etmektedir. Bu kooperatiflerin ikisi de ağırlıklı olarak sigorta tazminatlarının yaygın ve yüksek, kâr sağlamanın ise aynı ölçüde zor olduğu araç sigortaları alanında faaliyet göstermek zorunda bırakılmış olup tür değişikliğine götüren sebepler finansal sonuçları değildir. Doktrinde sigorta kooperatiflerinin faaliyet alanlarını doğru seçmelerinin, bu kooperatiflerin gelişmesinde etkili olacağına dikkat çekilmektedir<sup>32</sup>.

## B. Kuruluşu

Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketi ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması gerekmektedir. Bu şirketlerin, sigortacılık işlemleri ile bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler dışında başka işlemlerle iştigali yasaklanmıştır (SK 3/1). Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapmayan kooperatif şeklinde kurulan sigorta şirketlerinin mütüel sigortacılık yapması, ortak sayısının İki yüzden az olmaması ve yöneticilerine herhangi bir ayrıcalık vermemesi zorunludur (SK 3/3).

Kooperatiflerin kurulması Ticaret Bakanlığı’nın iznine tabidir ve en az 7 kişi ile kurulmaktadır (KoopK 3). Bu aşamadan sonra kooperatifin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir.

Sigorta kooperatifleri kooperatif yapısı bakımından KoopK, sigortacılık faaliyetleri bakımından ise SK’na tabidir. Buna göre en az 7 kişi ile kurulacak sigorta kooperatiflerinin üye sayısı 200’ü geçtiğinde sigortacılık yapabilmelerinin önü açılmaktadır. SK 5/1 uyarınca, “*Sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri, faaliyete geçebilmek için, faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Müsteşarlardan ruhsat almak zorundadır*”. Sigortacılık faaliyeti bakımından “hayat sigortası” ya da “hayat dışı sigorta” alanlarından sadece birinde faaliyet gösterebilme şeklinde bir sınırlama söz konusudur (SK 5/2). Kuruluş işlemlerinin tamamlanmasından sonraki bir yıl içinde ruhsatın alınması gerekmektedir (SK 5/4).

Benzer durum sigorta kooperatifleri için de geçerlidir. Sigorta şirketleri gibi sigorta kooperatifleri de ayrıca, sigortacılık ruhsatını aldıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği’ne (TSRB) üye olmalıdır. (SK 24).

<sup>31</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, (Ankara: 2014), 109.

<sup>32</sup> Öner Kaya vd., “Sigorta Kooperatifleri”, 20.

Sigorta kooperatiflerinin denetimi, sigortacılık faaliyetleri açısından Hazine ve Maliye Bakanlığı, kooperatif şirket yapısı bakımından ise Ticaret Bakanlığı'nın denetimine tabidir. Denetim hem sigortacılık hem de kooperatifçilik açısından yapılmaktadır. Bu denetim ilgili bakanlıklar adına - sırasıyla- Sigortacılık Genel Müdürlüğü ile Esnaf Sanatkâr ve Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir.

Sigorta kooperatiflerinin "karşılıklılık" ilkesine uygun bir yapıda olması gerekmektedir (SK 3/3-a). Bireylerin aynı tehlikelerden oluşabilecek zararlara karşı prim ödeyerek üye oldukları ve poliçe sahibi oldukları bu şirketin aynı zamanda ortağı olmaları ile kurulan sigorta kooperatifleri karşılıklılık esasına dayanmaktadır<sup>33</sup>. Üyelerin, yani şirket ortaklarının sigorta altına alınan tehlike konusunda bir zarara uğraması durumunda, bu zarar şirkete ödenen primlerden karşılanmaktadır. Primlerle oluşturulan fonda menfi ya da müspet gelir-gider farkı şeklinde kâr veya zarar oluşabilmektedir.

Kooperatif sigorta şirketlerinde risk paylaşımının karşılıklı olmasından kaynaklı olarak kâr ve zarar ortaktır. Geleneksel sigortacılık anlayışından ve sermaye şirketlerinden farklı olarak, sigorta kooperatiflerinde kâr ve zarar sermaye sahibi yani şirket ortağı olan poliçe sahiplerine paylaştırılmaktadır. Aslında kâr kavramından ziyade kooperatifler için "müspet ya da menfi gelir gider farkı" söz konusudur. KoopK 38/2 "Gelir gider farkının ortaklar arasında bölüşülmesi öngörülmesi ise bu bölünme ortakların muameleleri oranında yapılır" hükmü böyle bir paylaşım öngörülmesi nasıl yapılacağını düzenlemektedir. Paylaşımın yapılması kanunen zorunlu değildir. KoopK 38/1 uyarınca "Ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde ortaklarla yapılan muamelelerden bir yıllık faaliyet sonunda elde edilen hasılanın tamamı gelir gider farkı olarak kooperatifin yedek akçelerine eklenir".

Bu şirketlerden poliçe sahibi olanların uzun zamanda az prim ödeyerek kaliteli bir hizmet alma amacı bulunmaktadır. Başka bir sermaye gelirleri de bulunmadığından, elde ettikleri kârın poliçe sahiplerine paylaşılması yerine gelecek yıllara karşılık olarak şirket içinde tutulması daha makul görülebilir. Nitekim kâr paylaşılması gibi bir zorunluluk bulunmadığından, bu durum sigorta kooperatiflerinin temelinde yer alan karşılıklılık ilkesine bir aykırılık da oluşturmamaktadır.

KoopK 31 uyarınca "Ana sözleşme, ortakları ek ödemelerle yükümlendirebilir. Ancak, ek ödemelerin yalnız bilanço açıklarını kapatmada kullanılması şarttır. Ek ödeme yükleme sınırsız olabileceği gibi belirli miktarlarla veya iş hacmi ile veya paylarla orantılı olarak sınırlandırılabilir". Üyelerin ödediği primler herhangi bir hasar durumunda hasarı karşılamak için yeterli olmazsa, üyelerden ek prim talep edilmesi onlar için bir külfet olabildiğinden, müspet gelir gider farkı kooperatif bütçesinde tutularak, ihtiyaç duyulduğunda ek prime gerek kalmaksızın kullanılabilir.

KoopK 2/1'de bir kooperatifin en az 7 kişi ile kurulabileceği düzenlenmişken Sigortacılık Kanununda en az ortak sayısı için özel bir düzenleme mevcuttur. SK 3/3-b uyarınca, üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme yapmayan sigorta kooperatiflerinin (kapalı kooperatiflerin) en az 200 ortağının bulunması gerekmektedir. Bu durumda, başlangıçta sadece üyeleri ile sözleşme yapabilen bir sigorta kooperatifinin kurulması için 7 kişi yeterli iken, ortak sayısının 200 olmasının arandığı hallerde kurucu ortaklar da hesaba katılmaktadır<sup>34</sup>. Ruhsat için Hazine ve Maliye Bakanlığına yapılacak başvuruya kadar 200 ortak sayısının tamamlanması gerekmektedir (SK 5). 200 ortak sayısı zorunluluğu, meydana gelecek hasarların karşılanması için gerekli fonun yeterli hale getirilmesinde sermayelerin katkı sağlamasına yöneliktir<sup>35</sup>. Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapabilen kooperatiflerin 7 kişi ile kurulması yeterli olup, 200 ortağın bulunması gerekmemektedir.

<sup>33</sup> Taşdelen – Özudoğru, "Kooperatif Sigortacılığının Sigorta Sektöründeki Yeri", 104.

<sup>34</sup> Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği", 403.

<sup>35</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 112.

Üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme yapacak olan sigorta kooperatiflerinin buna ana sözleşmelerinde yer vermiş olması ve bunun için bakanlıktan izin alması gerekmektedir (SK 3/4). Bu şekilde üyeleri dışındaki kişilerle sözleşme yapabilen kooperatifler bir nevi "halka açık" niteliktedir. Yalnızca üyeleri ile sözleşme yapabilen kooperatifler ise bu nitelikte değildir.

TTK 1402 uyarınca karşılıklı sigortacılık faaliyetlerinin sadece kooperatif yapısı altında gerçekleştirilebileceği düzenlendiğinden; SK 3/3-a dikkate alındığında, bu faaliyetlerin sadece üyeleri ile sözleşme yapan sigorta kooperatifleri açısından zorunlu olduğu görülmektedir.

### C. Teşkilatı

Sigorta kooperatifleri teşkilatının hem sigortacılık faaliyetleri hem de kooperatif yapısı bakımından ele alınması gerekir. KoopK 42 vd. hükümlerinde düzenlenen genel kurul, sigorta kooperatifinin aynı zamanda poliçe sahibi olan tüm üyelerinden oluşmaktadır. Türk Hukukunda sigorta kooperatifleri gibi çok ortaklı kooperatif yapıları dikkate alınarak "oydan yoksunluk" veya "yatırımcı ortak/katılımcı ortak" gibi genel kurula katılımı şarta bağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. SK'da ise genel kurul açısından farklı bir düzenleme öngörmemiştir.

Sigorta şirketlerinin yönetim kurulu, genel müdür dâhil olacak şekilde beş kişiden oluşmaktadır (SK 4/1). Ancak KoopK 55/2, kooperatiflerin yönetim kurulunun kooperatif ortağı olan en az üç kişiden oluşacağını öngörmektedir. İki kanun arasında yönetim kurulunun üye sayısına ilişkin düzenleme farklılık göstermektedir. Bu sebeple hangi kanunun dikkate alınacağını tespit etmek gerekir. 2007 tarihli Sigortacılık Kanunu, KoopK'na göre hem sonraki tarihli hem de özel kanun niteliğindedir<sup>36</sup>. Dolayısıyla sigorta kooperatiflerinin kuruluşunda da uygulanması gereken SK 4'e göre sigorta kooperatifleri yönetim kurulunun beş kişiden oluşması gerekmektedir. Yönetim Kurulu üyelerinin SK 4/2'de öngörülen şartlarla birlikte, KoopK 56'da öngörülen şartları da haiz olması gerekmektedir. Genel müdür de yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu için, bu şartlar onun için de geçerlidir. Ayrıca SK 4/3'de genel müdür ve yardımcılarının sahip olması gereken eğitim ve mesleki tecrübeye ilişkin şartlar da yer almaktadır. Genel müdürde aranan tüm şartlar murahas üyelerde de aranmaktadır (SK 4/4). SK 5'e göre, "*Başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan diğer yöneticiler de genel müdür ve genel müdür yardımcılara ilişkin hükümlere tâbidir*".

Yönetim Kurulu üyelerinin tüzel kişi olmasının mümkün olup olmadığı hususunda SK'da bir düzenleme yer almadığından KoopK uygulanacaktır. KoopK 55/3'e göre "*yönetim Kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişiler, temsilcilerinin isimlerini kooperatife bildirir*". İlgili hüküm gereği, sigorta kooperatiflerinin yönetim kurulunda tüzel kişi üyelik mümkündür.

Sigorta kooperatiflerinin denetlenmesinde denetçiler görev almaktadır. SK 4/1 uyarınca denetçilerin en az iki kişi olması gerekir. Aynı hükmün 6. fıkrasında ise denetçilerin mali güç hariç olmak üzere sigorta şirketi kurucularında aranan şartları taşıması gerektiği ifade edilmektedir. KoopK 65'e göre, sigorta kooperatifinin denetimini genel kurul adına denetçiler yapmaktadır. KoopK 65/2 uyarınca denetçi sayısı bir veya daha fazla olabilmektedir. Bu açıdan SK ile bir farklılık göze çarpmaktadır. Ancak KoopK karşısında özel ve sonraki tarihli kanun niteliğinde olan SK'nın dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu kapsamda sigorta kooperatiflerinde denetçi sayısının en az iki kişi olması gerekmektedir. Denetçilerin ve yedek denetçi olarak seçilenlerin kooperatif ortağı olması şart değildir (KoopK 65/2).

### D. Sermayesi

Kooperatifler değişir sermayeli ortaklıklardır (KoopK 1). Sermaye bakımından herhangi bir alt veya üst sınır öngörülmemiştir. Değişir sermayeli ortaklık, ana sözleşmede bir değişiklik yapılması

<sup>36</sup> Demirci, "Sigorta Kooperatifçiliği", 405.

gerekmeksizin sermayenin değiştirilebilmesi anlamına gelmektedir. Karşılıklı yardım ve dayanışma temeline dayandığından kooperatiflerde sermayenin öneminin sermaye şirketlerine nazaran daha düşük olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>.

Sigorta kooperatiflerinin kurulması için öncelikle bu kişi ya da kurumların ödedikleri ortaklık payları ile bir sermaye oluşturmaları ve sigorta poliçelerinin düzenleneceği süreci belirlemeleri gerekmektedir<sup>38</sup>. Ortakların güvence altına almak istediği riske göre prim ödemesi, risk gerçekleştiğinde ise kendilerine sigorta tazminatı ödenmesi söz konusudur. Kooperatif ortakları ile sigorta ettirenlerin aynı kişiler olması *karşılıklılık* esasını göstermektedir. Sigortacılık ve kooperatifçiliğin ortak noktası da karşılıklılıktır.

Kooperatiflerde bir ortaklık payının değeri 100 TL'dir (KoopK 19/2). SK 3/3 uyarınca sigorta kooperatiflerinin en az 200 ortağının olması gerekir. Buna göre 200 ortağın 100'er Türk Lirası ortaklık payını sermaye olarak taahhüt etmesiyle en az 20.000 (yirmi bin) Türk Lirası sermaye ile sigorta kooperatifi kurulmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>39</sup>. Ancak, bir kooperatifin, üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için sermayelerini, belirlenecek miktara yükseltmesi zorunludur (KoopK 3/4). Ayrıca, kuruluş işlemlerini tamamlayan ve ruhsat talebinde bulunan sigorta şirketleri ile reasürans şirketleri, ödenmiş sermayelerini, ruhsat talep edilen sigorta branşları için öngörülen sermaye tutarları ile verilmek istenen teminatlara bağlı olarak, belirlenecek miktara yükseltmek zorundadır (KoopK 5/3). Buna dayanarak çıkarılan genelge ile hayat dışı, hayat grubu ve reasürans şirketleri için zorunlu olan asgari sermaye miktarları belirlenmiştir<sup>40</sup>.

KoopK 4 b.4 uyarınca, kooperatife getirilecek nakdi sermayenin en az dörtte birinin peşin ödenmesi gerekmektedir. Buna göre, kooperatife ortak olan kişilerin 100 TL tutarındaki ortaklık payının en az 25 TL'sini peşin ödemeleri gerekmektedir. Sigorta kooperatiflerinde sermaye miktarının oldukça az olması ve üyelerin düşük primler ödeyerek iyi bir hizmet almayı amaçlaması çelişkili bir durum ortaya koymaktadır. Zira sermayelerin ve primlerin oluşturduğu fon, poliçe sahiplerinin uğrayacağı zararların tazmini için kullanılacaktır. Ancak sigorta altına alınan bu riskleri karşılayacak bir meblağın söz konusu sermaye miktarlarıyla elde edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Böyle bir sorunun ülkemizde sigorta kooperatifçiliğinin gelişiminin önünde engel olduğu açıktır.

KoopK 19. maddesinde 2021 yılında “...Bir ortaklık payının değeri 100 Türk lirasıdır. Kooperatife giren ortaklar en çok 5 000 pay taahhüt edebilirler. Kooperatifler üst kuruluşuna iştirak edenler ise en az 50 pay taahhüt ederler. Ortaklık payının değeri kooperatiflerin amaç ve faaliyet konularına göre ilgili Bakanlıkça artırılabilir. 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu kapsamında sigortacılık faaliyetinde bulunacak kooperatifler için en çok pay taahhüt sınırı uygulanmaz ve ortaklık payının değeri ilgili kurumun görüşü alınarak belirlenir...” şeklinde yeni bir düzenlemeye gidilmiştir.

Buna göre yalnızca sigorta kooperatifleri için olmak üzere, diğer kooperatiflerde 100 TL olarak uygulanan pay değerinin farklılaştırılması imkânı getirilmiş ve diğer kooperatiflerde uygulanan bir ortağın en fazla 5000 pay taahhüt edebileceği şeklindeki üst sınır kaldırılmıştır.

## E. Ortaklık

Sigorta kooperatiflerinde kooperatif üyeleri ile kooperatif arasında bir sigorta sözleşmesi yapılmakta ve sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Sigorta kooperatiflerindeki karşılıklılık esasından kaynaklı olarak kooperatif üyeliği sadece bu sözleşme ilişkisi ile sınırlandırılmamaktadır. Zira sigorta sözleşmesinin

<sup>37</sup> Demirci, “Sigorta Kooperatifçiliği”, 409.

<sup>38</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, 2014), 110.

<sup>39</sup> Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, 10.

<sup>40</sup> Sigorta ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yayımlanan yayımlanan 2023/27 sayılı genelge. [https://seddk.gov.tr/upload/2023-27\\_Sayili\\_Genelge.pdf](https://seddk.gov.tr/upload/2023-27_Sayili_Genelge.pdf)

tarafı olan poliçe sahibi aynı zamanda kooperatifin de ortağı konumundadır. Bu bakımdan hem poliçe sahibi olması hem de şirket ortağı olması açısından bir sorumluluğu söz konusudur.

Sigorta kooperatifi ortaklığı kuruluşta olabileceği gibi, kurulduktan sonra da söz konusu olabilir. Kooperatiflere ortak olmak isteyenlerin yönetim kuruluna yazılı olarak başvurması gerekmektedir (KoopK 8). Ancak bazı Yargıtay kararlarında bu yazılı başvuru hususunun geçerlilik şartı olmadığı kabul edilmiştir<sup>41</sup>. KoopK 8/2 uyarınca da *“Yönetim Kurulu; ortaklar ile ortak olmak için müracaat edenlerin anasözleşmede gösterilen ortaklık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını araştırmak zorundadır”*.

Sigorta kooperatifi üyeliğinin hangi andan itibaren geçerli olacağı hususunu da ele almak gerekir. KoopK 8 uyarınca kooperatife sonradan üye olunması halinde üyelik, yönetim kuruluna yapılan başvuru üzerine yönetim kurulunun vereceği karar ile işlerlik kazanır. Üyelik talebi yönetim kurulunca kabul edilene kadar sigorta sözleşmesi de geçerli hale gelmemektedir. Yönetim Kurulu kararına kadar sözleşmenin askıda geçersizlik yaptırımına tabi olacağı yönünde bir kabul vardır<sup>42</sup>. Uygulamada genelde, sigorta kooperatifi yönetim kurulu ile sözleşmenin yapıldığı andan itibaren üyeliğin geçerli olduğunu kabul ederek soruna çözüm getirmeye çalışmaktadır. Aksi durumda, poliçe sahibi olan kişinin kooperatif üyesi olamaması ve sigorta teminatından yoksun kalması durumu ortaya çıkmaktadır. Bu soruna ilişkin kanuni düzenleme yapılana kadar, uygulamada ana sözleşmeye *“üyeliğin, yönetim kurulunun üyelik başvurusunu kabul etmesi şartıyla, sigorta sözleşmesinin akdinden itibaren geçerli olacağı”* yönünde hüküm konularak bir çözüm getirilebilir.

Kooperatif ortakları gerçek ve tüzel kişilerden olabilir. Tüzel kişinin ise kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi olması mümkündür. Kooperatifler, sigorta ihtiyaçlarını bir araya gelerek yeni bir kooperatif yapılanması altında karşılamak ve elde edilebilecek kardan da faydalanmak amacıyla bu yönetime başvurmaktadır<sup>43</sup>.

Ülkemizde yabancı ortaklı sigorta şirketlerinin önemli bir artış gösterdiği görülmektedir. Ancak sigorta kooperatiflerinin yapısı yabancı sermaye ile yapılan yatırımlara uygun değildir. Zira sigorta kooperatifleri üyelerinin en az primle iyi bir hizmet alabilmesine yöneldiğinden, kâr amacı gütmemektedir. Dolayısıyla yabancı ortakların kâr gütmeye amacı, sigorta kooperatiflerinin yapısı ile bağdaşmamaktadır<sup>44</sup>. Ayrıca sigorta kooperatiflerinde her ortağın eşit ve sadece bir oy hakkına sahip olması, yabancı ortakların sermaye şirketlerinin aksine, bu şirketlerde söz sahibi olmasını mümkün kılmamaktadır. Bu bağlamda, sigorta kooperatiflerinin yabancı ortaklar tarafından yatırım yapılmaya uygun bir yapısı olmadığı da görülmektedir. Sigorta kooperatifleri, ülkemizde yabancı yatırımların azaltılması ve milli yatırımlar yapılmasının da önünü açmak açısından faydalı bir düzenlemedir.

### III. İngiliz Hukukunda Sigorta Kooperatifleri

#### A. Tarihi gelişimi

İngiltere’de kooperatifçilik işçiler arasında bir dayanışma ve yardımlaşma hareketi olarak başlamıştır<sup>45</sup>. Bu kapsamda ilk modern kooperatifçilik denemeleri *Robert Owen* tarafından başlatılmış, işçilerin ihtiyaçlarını ucuz ve kaliteli ürünlerle karşılamak amacıyla ilk tüketim mağazasını 1932 yılında Londra’da açmıştır. Ardından *Dr. King* ve *Rochdale* ile kooperatif denemeleri devam etmiş ve *Rochdale*

<sup>41</sup> Demirci, “Sigorta Kooperatifçiliği”, 412 dn.92.

<sup>42</sup> Demirci, “Sigorta Kooperatifçiliği”, 413.

<sup>43</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 63.

<sup>44</sup> Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, 10.

<sup>45</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 18-19.



bu alanda başarı sağlamıştır<sup>46</sup>. 2020 verilerine göre İngiltere’de 7.063 bağımsız kooperatif faaliyet göstermektedir<sup>47</sup>.

İngiltere’de devlet ve kooperatifler arasında bir bağın bulunmadığı serbest bir sistem söz konusudur<sup>48</sup>. Kooperatif ortakları devletten herhangi bir yardım almaksızın, kendi aralarında yardım ve dayanışma içindedir. Kooperatiflerin yönetiminde her üyenin bir oy hakkı bulunmakta, kooperatif yapısı içinde ayrıca bir yönetim kurulu bulunmamaktadır<sup>49</sup>.

İngiltere’de sigortacılığın, 1666 yılında Londra’da meydana gelen büyük yangın sonrasında gelişmeye başladığı kabul edilmektedir. Sigortacılık faaliyetlerinin başlamasıyla birlikte sigorta şirketleri de kurulmaya başlanmıştır. İlk karşılıklı sigorta şirketi de 1696’da yangın sigortası alanında faaliyet göstermek üzere<sup>50</sup>, ilk sigorta kooperatifi ise 1867’de kurulmuştur<sup>51</sup>. Buna karşı, 2015 tarihli *The Insurance Act 2015*, on sekizinci yüzyıldan bu yana sigorta sözleşmelerinin oluşumu ve işleyişini düzenleyen ve sigortalı ile sigortacının menfaatleri arasındaki dengeyi sağlamak üzere yeni ilkeleri ortaya koymayı amaçlayan ilk mevzuat niteliğini taşımaktadır<sup>52</sup>.

Çiftçiler için sigorta faaliyetlerinde öncü *National Farmers Union Mutual Insurance Society Limited* (NFU) 1910 yılında yedi çiftçi tarafından kurulmuştur<sup>53</sup>. Sadece tarım sigortası alanında hizmet vermekle başlayan bu kuruluş, sonrasında tarım dışı alanlarda da hizmet vermeye yönelmiştir. Ayrıca, hissedarı bulunmadığı için kâr dağıtmamakta, poliçesini yenileyen kişilere prim üzerinden tenzilat yaparak elde ettiği kârın önemli bir kısmının iadesini sağlamaktadır<sup>54</sup>.

İngiltere’de sigorta faaliyetlerinde karşılıklı yapıların pazar payı 2008’de %5, 2009’da %6 ve 2010’da %7 olarak yıldan yıla artış göstermiştir<sup>55</sup>. 2022 yılı verilerine göre İngiltere sigorta pazarının toplam büyümesi %8,9 iken karşılıklı ve kooperatif sigorta sektörünün yıllık bazda büyümesi %17,1 olmuştur. Bu veriler *International Cooperative and Mutual Insurance Federation* (ICMIF) tarafından yapılan araştırmalara dayanmaktadır<sup>56</sup>. İngiltere karşılıklı yapıların en fazla varlığa sahip olduğu ülkelerden biridir. ICMIF’in 2022 yılı verilerine göre karşılıklı sigorta şirketlerinde yaklaşık 26.400 kişi çalışmaktadır<sup>57</sup>.

## B. Hukuki yapısı

İngiltere’de karşılıklılık esasına dayanan faaliyetlerin hangi yapı altında gerçekleştirileceği hususunda yasal kısıtlama bulunmamakta, bunlar farklı yasal biçimlerde kurulabilmektedir. *Building Societies Act*

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 20-21.

<sup>47</sup> Co-operatives UK, *Annual Report 2022* (Manchester: Co-operatives UK Limited, 2023), 3.

<sup>48</sup> Murat Özdelek, *Ticari Hayatın Değişen Koşulları Çerçevesinde Kooperatif Ana Sözleşmelerinin Çalışma Konularına Göre Yeniden Düzenlenmesi* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2018), 31.

<sup>49</sup> Albayram Doğan, Zübeyde – Yercan, Murat. “Türkiye ve AB Ülkelerindeki Kooperatifçilik Mevzuatının Karşılaştırmalı Analizi”, *Tarım Ekonomisi Dergisi* 22/2 (2016), 54.

<sup>50</sup> Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. *Dünyada Başarılı Kooperatifçilik Uygulamaları* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, 2012), 35.

<sup>51</sup> Üstün, “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, 5.

<sup>52</sup> Merkin, Rob - Gürses, Özlem. “The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured”, *Modern Law Review* 78/6 (2015/11), 1004-1027.

<sup>53</sup> The National Farmers Union (NFU). *Report and Accounts 2022* (Warwickshire: The National Farmers Union, 2023) [www.nfumutual.co.uk/globalassets/about-us/agm/agm-2023/reports-and-accounts-2022.pdf](http://www.nfumutual.co.uk/globalassets/about-us/agm/agm-2023/reports-and-accounts-2022.pdf).

<sup>54</sup> Öner Kaya vd., “Sigorta Kooperatifleri”, 6.

<sup>55</sup> Simon Broek vd., *Study on the current situation and prospects of mutuals in Europe Final report* (Zoetermeer: European Commission, 2012), 49.

<sup>56</sup> International Cooperative and Mutual Insurance Federation (ICMIF), *UK Market Insights 2022* (Brussels: 2023) [www.icmif.org](http://www.icmif.org).

<sup>57</sup> ICMIF, *UK Market Insights 2022*. Karşılıklı sigortanın sigorta sektöründeki yeri ve pazar payındaki değişim konusunda bir literatür taraması için bkz. Talonen, Antti. “Systematic literature review of research on mutual insurance companies”, *Journal of Co-operative Organization and Management* 4/2 (2016), 53-65.

1986 uyarınca kurulan yapı kooperatifleri, *Friendly Societies Act 1992* kapsamındaki yardım kuruluşları veya *European Cooperative Society (SCE)* karşılıklı türde yapılara örnek olarak verilebilir<sup>58</sup>.

Karşılıklı derneklerin yanı sıra karşılıklı sigortacılık faaliyetleri de farklı kanuni şekillerde olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, şahıs şirketi ya da sermaye şirketi şeklinde olabileceği gibi, yardımlaşma derneği şeklinde de olabilmekte, ayrıca özel kanunlarla düzenlenen başka şekillerde de karşılıklı sigortacılık faaliyeti yapılabilmektedir. Yardımlaşma dernekleri kapsamında gerçekleştirilen karşılıklı sigortacılık faaliyetlerinin ağırlıkta olduğu söylenebilir<sup>59</sup>.

İngiltere’de ihtiyari mütüeller kurulması yasal olarak mümkündür. Bunlar, sigorta veya reasürans işi yapmayan, oluşabilecek riskler dolayısıyla zarara uğrayan bir üyenin karşılıklılık gereği diğer üyelerden bu zararın karşılanması için yardım talep edebileceği isteğe bağlı yapılardır ve sigortacı olarak değil, karşılıklı olarak üyelerine koruma ve yardım sağlamaktadır. Ayrıca bu yapıların zararın ödenmesi konusunda mutlak bir takdir yetkisi vardır. Zira ancak karşılıklı olarak belirtilen risk ve zararlar tazmin edileceğinden, tazmini talep edilen zararın bu kapsamda olup olmadığı tespit ve takdir edilecektir. Yönetim Kurulu’nun talep edilen tazminat miktarının ödenmesine karar vermesi ile bu talepler karşılanabilmektedir. Sigortacılık faaliyetlerindeki karşılıklı yapıların aksine, sigorta harici alanlarda kooperatif ve yardım derneklerinin daha etkin olduğu görülmektedir<sup>60</sup>.

Son yıllarda, belli meslek gruplarına yönelen küçük mütüel yapılarının ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yapılar teorik anlamda sigortacı olarak kurulmamış ve sigorta sağlayıcılar için öngörülen zorunlu süreçten kaçınmayı amaçlamışlardır. İhtiyari mütüel olarak kurulan bu yapılarda, risklere karşı sigorta primi yerine katkı payı şeklinde ödeme yapılmaktadır. Meydana gelen hasarların tespitinin mütüel kurulunca yapıldığı ve hasar için ödeme yapılıp yapılmayacağı hususunda kurulun takdir yetkisinin bulunduğu görülmektedir<sup>61</sup>. Sigortacılık alanında faaliyet gösterecek olan karşılıklı yapıların sigorta lisansı alabilmesi için Avrupa düzeyindeki garanti fonlarına ilişkin şartlar geçerli olmaktadır.

Karşılıklılık fikrinin bazı faydaları bulunduğundan bu yapıların kurulması desteklenmektedir. Zira karşılıklı şirketler riskli faaliyetlerde bulunmaya bankalardan daha az eğilimlidir. Karşılıklı yapılar kriz zamanlarında daha istikrarlı bir finans sektörünün oluşmasını sağlamakta, ayrıca karşılıklılık esasına dayalı faaliyet yürüten şirketler rekabetin artmasında da etkili olmaktadır<sup>62</sup>.

Karşılıklı sigortacıların kendi tüzüklerinde yer verdikleri ve bu yapı ile üyeleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen bireysel kurallar bulunmaktadır. Poliçe sahiplerinin karşılıklı kuruluşa üye olma zorunluluğu yoktur. Bazı ülkelerde karşılıklılık esasına dayalı yabancı kuruluşların “karşılıklı” olarak tanınmasının önünde engeller bulunmaktadır. Bu durum İngiltere açısından da söz konusudur. Avrupa Ekonomik Alanı mevzuatına uygun ve Avrupa Birliği ülkelerinden birinde kurulan kooperatif ya da karşılıklı sigortacılık kuruluşu, burada kendiliğinden “karşılıklı” olarak değerlendirilmemektedir<sup>63</sup>.

Karşılıklı ortaklıkların genel kurullarında üyelerin nasıl temsil edileceği hususunda bu kuruluşların çoğunda her üyenin bir oy hakkı olduğu kuralından hareket edilmektedir. Bazılarında bir grup üyenin temsil edilmesi için bir temsilci atanmaktadır. Genel kurulda vekâleten oylama kanunen mümkündür.

Bu noktada İngiltere ve aynı zamanda dünyanın en geniş sigorta piyasası niteliği taşıyan *Lloyd’s of London*’a kısaca değinmekte yarar görülmektedir. *Lloyd’s*, tarihi 1680’lere uzanan ve kuruluş süreci *The Lloyd’s Act of Parliament 1871* ile başlayan bir sigortacılık yapısıdır. Şirket niteliğinde olmayan *Lloyd’s* yapısı içinde bir veya daha fazla üye “sendika” adı verilen iş birimleri şeklinde örgütlenmek suretiyle

<sup>58</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 208-209.

<sup>59</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 208-209.

<sup>60</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 123.

<sup>61</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 68.

<sup>62</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 41.

<sup>63</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 147.

faaliyette bulunmaktadır. *Lloyd's* yapısı içinde yer alan sendikalar, bir veya daha fazla üyenin sigorta risklerini yönetmek bir araya gelmesiyle oluşmakta<sup>64</sup>, bu sendikalardan bir veya daha fazlası ise yönetici acenteler (*managing agent*) tarafından yönetilmektedir<sup>65</sup>. Söz konusu acenteler, Birleşik Krallık Merkez Bankası olan *Bank of England* ve PRA (*The Prudential Regulation Committee*)<sup>66</sup> tarafından yetkilendirilmekte ve *Lloyd's* ile birlikte yine PRA ve Financial Conduct Authority (FCA) tarafından denetlenmektedir. *The Lloyd's Act of Parliament 1982*'ye göre *Lloyd's*, *The Council of Lloyd's* tarafından yönetilmekte ve gözetilmektedir. *Lloyd's*'ın amacı; her türlü sigorta işinin üyeleri tarafından yürütülmesi, üyelerinin çıkarlarının, bu sıfatla yürüttükleri işle bağlantılı olarak ve nakliye, kargo, navlun ve diğer sigortalananabilir mülkler veya sigortalananabilir menfaatler veya diğer hususlarla ilgili olarak geliştirilmesi ve korunması ile bu amaçların yerine getirilmesine yardımcı olan veya tesadüfi olan her türlü istihbarat ve bilginin toplanması, yayınlanması ve dağıtılması şeklinde özetlenmektedir (*Section 4 of Lloyd's Act 1911; Constitutional Arrangements Byelaw, 1.1*). *Lloyd's* Konseyinin yapısı m.2.1.'de, genel kurulun toplantı ve karar almasına ilişkin düzenleme ise aynı yönetmeliğin 6. kısmında düzenlenmektedir. Genel Kurulda sadece şahsen üyeler veya vekilleri (veya kurumsal üyeler söz konusu olduğunda onların aday gösterdiği temsilciler veya ölen bir üye söz konusu olduğunda vasisi veya temsilcisi) genel kurul toplantılarında alınan kararlar konusunda oy kullanma hakkına sahiptir (*Constitutional Arrangements Byelaw, 6.50*). *Lloyd's*'un her üyesi, genel kurul toplantısına katılma, konuşma ve oy kullanma haklarının tamamını veya herhangi birini kullanmak üzere, yine *Lloyd's*'un başka bir üyesi veya bir Konsey (*Council of Lloyd's*) üyesini kendisine vekil olarak atama hakkına sahiptir (*Constitutional Arrangements Byelaw, 6.17*).

### C. Sermayesi

Karşılıklı yapılar farklı hukuki formlar şeklinde kurulabildikleri için bunların asgari sermayesine ilişkin tek bir miktar belirlenmemiştir. Hem kurulan yapının türüne hem de faaliyet göstereceği alana göre asgari sermaye miktarı değişiklik gösterebilmektedir<sup>67</sup>. Sigorta sözleşmelerine ilişkin Insurance Act 2015'de bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıda değinilen *Lloyd's* çatısı altında üyelerin sendika başvuru ücreti 200.000 £ olarak belirlenmiştir<sup>68</sup>.

Karşılıklı ortaklıklarda üyeler genellikle şirkette hisse sahibi olmamakla birlikte, buna bir engel de bulunmamaktadır. Karşılıklı ortaklıkların tüzel kişiliği yoktur. Poliçe sahipleri tarafından oluşturulan garanti sermayesinden bir kazanç elde edilmemektedir. Fonlar poliçe sahiplerine iade edilse de garanti sermayesinin iadesi söz konusu olmamaktadır. Ayrıca şirketin malvarlığına ilişkin kanuni bir koruma söz konusu değildir. Bu sebeple şirket sözleşmelerinde genellikle malvarlığını koruma amaçlı hükümler de yer almaktadır<sup>69</sup>.

### D. Denetimi

İngiliz sisteminde karşılıklı sigorta şirketleri 2013 yılında *The Financial Services Agency (FSA)*'nın yerini alan *Prudential Regulation Authority (PRA)* ve *Financial Conduct Authority (FCA)* tarafından birlikte düzenlenmekte ve gözetilmektedir. Sigorta konusunda faaliyet göstermek isteyen yeni firmalar izin için PRA'ya başvurmakta, PRA'nın izin vermesi durumunda FCA'nın bu izne rıza göstermesi

<sup>64</sup> *Lloyd's* ile ilgili mevzuat için bkz. <https://www.lloyds.com/conducting-business/market-oversight/acts-and-byelaws>. *Lloyd's* sendikası kavramı için bkz. <https://www.lloyds.com/join-lloyds-market/underwriter/syndicate>

<sup>65</sup> <https://www.lloyds.com/join-lloyds-market/underwriter/glossary>

<sup>66</sup> PRA'nın yapısı hakkında bkz. <https://www.bankofengland.co.uk/about/people/prudential-regulation-committee>

<sup>67</sup> İngiltere'de asgari sermaye yeterliliği yönetmeliğine (*CRR - Capital Requirement Regulation*) tabi olan ve olmayan yapılar hakkında bkz. *The Prudential Regulation Authority Rulebook*, <https://www.prarulebook.co.uk/>

<sup>68</sup> *Syndicate*, <https://www.lloyds.com/join-lloyds-market/underwriter/syndicate>. Ayrıntılar için bkz. *Establishing a syndicate at Lloyd's. A guide for applicants.* <https://assets.lloyds.com/media/f2911cef-19d9-40a3-83ff-38da05df4c8d/April%202024%20-%20Establishing%20a%20Syndicate%20Guide.pdf>

<sup>69</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 207.

gerekmektedir<sup>70</sup>. Mali hizmetler sektöründe karşılıklı şirketlere sunulacak düzenlemelerde, bu şirketlerin özel yapısı dikkate alınmamaktadır<sup>71</sup>. Dolayısıyla farklı sermaye yapıları ve iş amaçları dikkate alınmaksızın sunulan düzenlemelere karşılıklı şirketlerin uyum sağlaması gerekmektedir.

### E. Demütüelizasyon

'Demütüelizasyon' kavramı, karşılıklı bir faaliyetin ya da kooperatifin bir sermaye şirketi olan anonim şirket yapısına dönüşme sürecini ifade etmektedir. Anonim şirket kurulması için gerekli sermayesi bulunmayan kişilerin, öncelikle karşılıklı yapıda başlattığı faaliyetler, gerekli sermayeye ulaştığında bu dönüşümle birlikte anonim şirket yapısını almaktadır. İngiltere'de de uygulanan bu yöntemin sektörü zayıflattığı görülmüştür<sup>72</sup>. İngiltere'de 1990 yıllarında kavramının ifade ettiği dönüşüme uğrayan kurumların yöneticilerinin ücretlerinde önemli bir artış olduğu, ancak performans açısından bir iyileşme gerçekleşmediği de aktarılmaktadır<sup>73</sup>. Bu kurumlar kurumsal büyümeyi amaçlayarak karşılıklı şirket yapısından ayrılmıştır. Rekabetçi baskılar da mütüel model üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Kavram, yatırımcı odaklı firmaların bazı avantajlarından yararlanmaya çalışma ve bir nevi hibritleşme olarak da tanımlanmaktadır<sup>74</sup>.

### Sonuç

Sigortacılık, karşılaşabilecekleri muhtemel tehlikelere karşı insanların kendilerini güvence altına alma ihtiyacından doğmuştur. Cana ve mala gelebilecek çeşitli zararlar sigorta ile teminat altına alınabilmektedir. Türk hukukunda sigortacılık faaliyetleri ya sermaye şirketi kurularak "riskin satışı" yöntemiyle ya da kooperatif kurularak "riskin paylaşımı" yöntemiyle yapılabilmektedir.

Kooperatifler ekonomik ya da sosyal sebeplerle birlikte çalışmaya ve iş birliği yapmaya duyulan ihtiyaç sebebiyle oluşturulan yapılardır. Hem kooperatiflerin hem de sigortacılık faaliyetlerinin yardımlaşma ve dayanışma faaliyetlerine dayanması ve "karşılıklılık" kavramı bu iki yapıyı ortak bir paydada buluşturmaktadır.

Karşılıklı sigortacılık, sigorta ettirenlerin aynı zamanda poliçe sahibi olmasını ve ödedikleri primlerin oluşturduğu fonun hasar ve tazminat talepleriyle birlikte yine kendilerine dönmesini ifade etmektedir. Bu sigortacılık anlayışının kooperatif yapısı ile birleştiği ortaklık modeli ise sigorta kooperatifleridir.

Sigorta kooperatiflerine ilişkin ülkemizde doğrudan bir mevzuat düzenlemesi bulunmamakta ve mevzuattaki düzenlemelerin yetersizliği sebebiyle bu tür kooperatifler sayı ve miktar açısından yeterli gelişim gösterememektedir. Bu yapılar sigortacılık faaliyetleri bakımından Sigortacılık Kanunu'na, kooperatif olmaları açısından Kooperatifler Kanunu'na, bu kanunlarda düzenleme bulunmayan konular bakımından ise Türk Ticaret Kanunu'na tabidir. Sigorta kooperatiflerine ilişkin gerekli ve yeterli kanuni düzenlemelerin yapılması, bu kooperatiflerin gelişimiyle birlikte ülkemiz ekonomisine de katkı sağlayacaktır.

Uygulamada anonim şirket için gerekli asgari sermayeyi getirmek yerine önce sigorta kooperatifi kurulmakta ve gerekli şartlar sağlandığında bu sigorta kooperatifleri anonim şirkete dönüştürülmekte, böylece sigorta kooperatifleri, sigorta anonim şirketi kurulması bakımından bir nevi ön adım olarak kullanılmaktadır. Bu durum ise sigorta kooperatiflerinin gelişmesinin önünü kapatan bir etkiye yol açmaktadır.

<sup>70</sup> ICMIF, *Facts and figures: Mutual and cooperative insurance in Europe Vol 2*, 2 vd.

<sup>71</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 121-122.

<sup>72</sup> Çardak, *Sigorta Kooperatifçiliği*, 69.

<sup>73</sup> Broek vd., *Mutuals in Europe*, 40.

<sup>74</sup> Battilani, Patrizia - G. Schröter, Harm "Demutualization and its Problems" *Quaderni DSE Working Paper No. 762* (2011) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1866263](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866263).

İngiliz hukukunda karşılıklı sigorta şirketlerinin kooperatif şeklinde kurulmasına ilişkin zorunlu bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda kanunun kişilere bir serbesti tanıdığı, istedikleri yapıda karşılıklı kuruluşlar oluşturmalarının önünün açıldığı görülmektedir. Ancak '*demütüalizasyon*', yani sigorta kooperatiflerinin anonim şirkete dönüşmesi İngiltere'de de gündeme gelen bir konudur. Dolayısıyla bu dönüşümün sektörü zayıflatması sorunu İngiltere açısından da söz konusu olmaktadır.

## Kaynakça

- Albayram Doğan, Zübeyde – Yercan, Murat. “Türkiye ve AB Ülkelerindeki Kooperatifçilik Mevzuatının Karşılaştırmalı Analizi”. *Tarım Ekonomisi Dergisi* 22/2 (2016), 49-58.
- Altınbaş, Merve. “19. Yüzyıl Osmanlı Hukukunda Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yapılan Düzenlemeler” *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 7/1 (2019) 27-43.
- Arseven, Haydar. “Sigortanın Tarihçesi ve Geri Kalmışlığımızın Sebepleri” *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 43/1-4 (1987), 415-431.
- Avcı, Mustafa. “Sigortanın Osmanlı Hukukuna Girişi” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/1-2 (2000), 267-290.
- Battilani, Patrizia - G. Schröter, Harm. “Demutualization and its Problems”. *Quaderni DSE Working Paper No. 762* (2011) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1866263](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866263).
- Bilgin, Necdet - Tanıyıcı, Şaban. “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”. *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 10/15 (2008), 136-159.
- Broek, Simon vd. *Study on the current situation and prospects of mutuals in Europe Final report*. (Zoetermeer: European Commission, 2012).
- Co-operatives UK, *Annual Report 2022* (Manchester: Co-operatives UK Limited, 2023) [https://www.uk.coop/sites/default/files/2023-06/Annual%20Report%202022\\_0.pdf](https://www.uk.coop/sites/default/files/2023-06/Annual%20Report%202022_0.pdf)
- Coşkun, Mahmut. *Kooperatifler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2023).
- Çardak, Müveddet. *Sigorta Kooperatifçiliği, Tekafül ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2015).
- Çatak, Ayşen. *İşçi Kooperatifleri Önemli Dünya Örnekleri ve Türkiye’deki Görünümü* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2016).
- Demirci, Serdar. “Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/1 (2018), 387-418.
- Erçin, Ferhat. *Türk Hukuku’nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2022) [tez.yok.gov.tr](http://tez.yok.gov.tr)
- Gottlieb, Daniel. “Asymmetric information in late 19th century cooperative insurance societies” *Explorations in Economic History* 44 (2007), 270–292.
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. *Dünyada Başarılı Kooperatifçilik Uygulamaları* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, 2012).
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü. *Kooperatifler Açısından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, 2014).
- Güneşli, Yamaç. “İngiliz Hukukunda Tekne Sigortasının Gelişimi ve Türk Hukukunda Tekne Sigortasına Bir Bakış”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7/1 (2021), 137-164.
- His Majesty's Revenue and Customs (HMRC). *HMRC General Insurance Manual GIM9000 Mutual insurance* (2023) [www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/general-insurance-manual/gim9000](http://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/general-insurance-manual/gim9000)

International Cooperative and Mutual Insurance Federation (ICMIF). *Facts and figures: Mutual and cooperative insurance in Europe Vol 2* (Brussels: ICMIF, 2018) <https://amice-eu.org/app/uploads/2021/04/AMICE-ICMIF-2018-Facts-figures-vol-2-UK.pdf>

International Cooperative and Mutual Insurance Federation (ICMIF). *United in Diversity The European Mutual Insurance Manifesto* (Brussels: ICMIF, 2014) [https://amice-eu.org/app/uploads/2021/04/AMICE-2015-European-Mutual-Insurance-Manifesto-Summary\\_en.pdf](https://amice-eu.org/app/uploads/2021/04/AMICE-2015-European-Mutual-Insurance-Manifesto-Summary_en.pdf)

Maghaminia, Mohammed. "İran Hukukunda Sigorta Müesseselerinin Kuruluşu ve Faaliyet Koşulları" *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (2011), 401-421.

Meriç, Özge. *Sigorta Şirketlerinin Kuruluşu ve Faaliyete Geçmesine İlişkin Esaslar* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2013).

Merkin, Rob - Gürses, Özlem. "The Insurance Act 2015: Rebalancing the Interests of Insurer and Assured", *Modern Law Review* 78/6 (2015/11), 1004-1027.

The National Farmers Union (NFU). *Report and Accounts 2022* (Warwickshire: 2023) [www.nfumutual.co.uk/globalassets/about-us/agm/agm-2023/reports-and-accounts-2022.pdf](http://www.nfumutual.co.uk/globalassets/about-us/agm/agm-2023/reports-and-accounts-2022.pdf).

Öner Kaya, Emine vd. "Türk Sigorta Sektöründe Yeni Bir Aktör: Sigorta Kooperatifleri", 21. Milletlerarası Türk Kooperatifçilik Kongresi (Karabük: Karabük Üniversitesi, 2015), 691-714.

Özdilek, Murat. *Ticari Hayatın Değişen Koşulları Çerçevesinde Kooperatif Ana Sözleşmelerinin Çalışma Konularına Göre Yeniden Düzenlenmesi* (Ankara: Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Uzmanlık Tezi, 2018).

Özmen, Kemal. *Kooperatifler* (Ankara: Seçkin, 5. Baskı, 2018).

Poroy, Reha vd. *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* (İstanbul: Vedat, 10. Bası, 2005).

Talonen, Antti. "Systematic literature review of research on mutual insurance companies", *Journal of Cooperative Organization and Management* 4/2 (2016), 53-65.

Taşdelen, Elif - Özüdoğru, Haşim. "Kooperatif Sigortacılığının Sigorta Sektöründeki Yeri" *Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi* 52/1 (2017), 102-112.

Üstün, Yusuf - Aydın, Muhittin. *Kooperatifler Hukuku* (Ankara: Seçkin, 3. Baskı, 2021).

Üstün, Yusuf. "Sigorta, Tekâful ve Kooperatif Sigortacılığı" *Karınca Dergisi* 80/927 (2014) 1-12.

## **Makale Bilgi Formu**

**Yazar(lar)ın Katkıları:** Bu makalenin yazımına 1. yazar %50, diğer yazarlar toplam %50 katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Alman Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğuna Yeni Bir Bakış

### *A New Perspective on the Liability of the Building Owner in Turkish Law in the Light of the Regulations in German Law*

Özkan Özyakışır 

Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk  
Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye,  
ozkanozyakisir@sakarya.edu.tr



**Öz:** Yapı malikinin sorumluluğu, Türk hukukunda kurtuluş kanıtı dahi getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmişken; Alman hukukunda kusur sorumluluğu olarak kabul edilmiştir. Ancak Alman hukukunda, mağdur tarafın (zarar görenin) kusuru ve illiyet bağıını ispatlamasının zorluğundan yola çıkılarak yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümde (BGB m. 836) ispat yükü özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Alman hukukunda yapı maliki, kusurlu olmadığını, yapının güvenliğini sağlamak için gösterdiği çabayı, günlük hayattaki olağan ve gerekli özeni gösterdiğini ispatlamakla yükümlüdür. Bahsi geçen hususların yapı maliki tarafından ispatlanması durumunda, BGB m. 836 kapsamında sorumluluk söz konusu olmaz. Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, "yıkılma" ve/veya "kopma" olaylarıyla sınırlı olarak düzenlenmiştir. BGB m. 836'nın uygulama alanı, somut olarak yıkılma ve/veya kopma olaylarına özgüdür. Türk hukukunda ise, yıkılma ve/veya kopma özel olarak aranmamakta; bina veya diğer yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksikliğin genel olarak vereceği zararlardan bahsedilmektedir. Çalışmamızın amacı, yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin Türk hukukundaki düzenlemeleri (TBK m. 69-70) ve Alman hukukundaki düzenlemeleri (BGB m. 836-838) incelemek suretiyle, Türk hukukuna dair bazı değerlendirmeler ve önerilerde bulunmaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yapı Malikinin Sorumluluğu, Bina veya Diğer Yapı, Kusursuz Sorumluluk, Kusur Sorumluluğu, İspat Yükü, Zarar

**Abstract:** While the liability of the building owner is regulated as a state of strict liability in Turkish law, which cannot even be proved; it is accepted as fault liability in German law. However, in German law, the burden of proof is specifically regulated in the provision on the building owner's liability (Art. 836 BGB), based on the difficulty of the aggrieved party (the injured party) to prove the fault and the causal link. Accordingly, in German law, the owner of the building is obliged to prove that he is not at fault, that he has endeavored to ensure the safety of the building, and that he has exercised ordinary and necessary care in daily life. If the matters above are proved by the building owner, liability under Art. 836 BGB does not arise. Under German law, the liability of the owner of the building is limited to cases of "collapse" and/or "rupture". The scope of application of Art. 836 BGB is specific to concrete cases of collapse and/or rupture. Turkish law, on the other hand, does not specifically require collapse and/or rupture; it refers to the damages caused by the defect in the construction or lack of maintenance of the building or other work of construction in general. Our study aims to make some evaluations and suggestions regarding Turkish law by analyzing the regulations in Turkish law (TBK Art. 69-70) and German law (BGB Art. 836-838) regarding the building owner's liability.

**Keywords:** Responsibility of the Building Owner, Building or Other Structure, Strict Liability, Fault Liability, Burden of Proof, Damage

### Extended Abstract

Under Turkish law, the liability of the owner of a building is regulated under Art. 69-70 of the Turkish Code of Obligations (TBK) No. 6098 as a form of strict liability that cannot be proved. Accordingly, under Turkish law, the owner of the building may be held liable for damages arising from defects in the



construction or maintenance of the building, even if he is not at fault. Since no proof of salvation can be provided, the owner of the building may not be relieved from liability in the event of defects in the construction or deficiencies in the maintenance of the building, even if he proves that he has exercised all due diligence as required by the situation. This situation has significantly aggravated the building owner's liability under Turkish law. In German law, unlike Turkish law, the building owner's liability is regulated as fault liability. In German law, it is considered appropriate to make a regulation that will consider the interests of both the injured party and the building owner. It is accepted that the building owner can't prevent every damage under all circumstances. However, the fault liability here should not be considered a tort liability in the narrow sense. It is stated that Art. 836 BGB, which regulates the building owner's liability in German law, is a particular case of duty of care regulated under tort liability. This is because, although the legislator has regulated the building owner's liability as fault liability in Art. 836 BGB has also specifically regulated the burden of proof in the same provision and shifted the burden of evidence in favor of the injured party. The provision places the burden of proof on the building owner. The owner of the building is obliged to prove that he is not at fault, that he has made an effort to ensure the safety of the building, and that he has exercised ordinary and necessary care in daily life. The building owner can only be relieved from this liability by proving that he is not at fault and/or that there is no causal link.

We believe a regulation similar to German law should be envisaged in Turkish law. Indeed, in our opinion, holding the building owner, who purchased an apartment under challenging conditions and did not play an active role in the construction phase, liable without fault is not justified. As in German law, the burden of proof should be shifted, and the interests of the injured party and the building owner should be considered. In Turkish law, the liability of the owner of the building is perfect, and that the building owner is responsible for any defects/deficiencies in the construction and/or maintenance significantly expands the liability of the owner of the building. So much so that, under Turkish law, the building owner cannot be relieved from liability even if he proves that he has taken the necessary precautions, yet the damage has occurred. If the legislator intends to keep the building owner's liability as a state of strict liability, the possibility of bringing proof of salvation should be provided. In Turkish law, the building owner should be able to escape liability by proving that he took the necessary precautions, yet the damage occurred.

Under German law, the former owner of the building remains liable under Art. 836 BGB for one year after the transfer of the building. It is accepted that the new owner can only become aware of the defects in the construction or the lack of maintenance of the structure after a certain period of time has passed. Within the one-year period, the new owner must become aware of the condition of the structure and take the necessary measures. As a matter of fact, at the end of one year, the former owner's liability under Art. 836 BGB ceases to exist.

In Turkish law, the liability of usufruct and residence rights holders is limited to the lack of maintenance of the building. In German law, since this is a fault liability, the scope of the persons liable is regulated in a broader manner in Art. 837 and Art. 838 BGB. While Article 837 of the German Civil Code governs the persons who are liable instead of the owner, Article 838 regulates the persons who are liable together with the owner. In our opinion, it would be appropriate to regulate the liable persons in Turkish law in more detail, as in German law. In our opinion, if damage occurs due to the tenant cutting the columns in an independent section rented by the tenant, the tenant should also be held liable following the provisions regulating the strict liability of the owner of the building. In German law, it is appropriate to regulate the liability of persons who use the building in detail and thus have the opportunity to prevent damage more quickly and easily.

In German law, the liability of the owner of the building is limited to the case of "collapse" and/or "rupture." Under Art. 836 BGB, in the event of damage caused by the collapse of a building or a work

connected to the earth or by the rupture and separation of parts of the building or the job, the owner of the immovable property may be held liable to compensate for the damage caused. Accordingly, unlike Art. 69 TBK, the scope of application of Art. 836 BGB is specific to concrete cases of demolition and/or rupture. For example, under German law, if someone falls and suffers damage due to a slippery cleaning agent used on the floor, no liability arises pursuant to Article 836 BGB. This is because in this case, the building or work of construction has not collapsed or broken. As a matter of fact, in German law, in order for the liability of the owner of the building to arise, the building or work of construction must actively cause damage.

## Giriş

Deprem kuşağında yer alan ve kentsel dönüşümün her geçen gün hız kazandığı ülkemizde, yapı malikinin sorumluluğu hususu, güncelliğini korumaktadır. Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 69 ve 70. maddeleri arasında, kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmiştir. Buna göre, Türk hukukunda yapı maliki, yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulabilmektedir. Kurtuluş kanıtı da getirilemediğinden, yapı maliki, yapının yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunduğu takdirde, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni gösterdiğini ispat etse dahi, sorumluluktan kurtulamayabilmektedir. Nitekim bu durum, Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğunu önemli ölçüde ağırlaştırmıştır<sup>1</sup>. Buna karşın, Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Ancak buradaki kusur sorumluluğunun, dar anlamda bir haksız fiil sorumluluğu olduğu da söylenemez. Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen Alman Medenî Kanunu (BGB) m. 836'nın, haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenmiş özel bir özen sorumluluğu hâli olduğu kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Zira mağdur tarafın (zarar görenin) kusuru ve illiyet bağıını ispatlamasının zorluğundan yola çıkılarak yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemede (BGB m. 836) ispat yükü, özel olarak hüküm altına alınmıştır. Böylece Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, her ne kadar kusur sorumluluğu olarak kabul edilmişse de, zarar gören lehine ispat yükü bakımından genel kuraldan sapılarak özel bir düzenleme ihdas edilmiştir. Buna göre, zarar gören değil, yapı maliki ispat yükü altındadır. Yapı maliki, kusurlu olmadığını, yapının güvenliğini sağlamak için gösterdiği çabayı, günlük hayattaki olağan ve gerekli özeni gösterdiğini ispatlamakla yükümlüdür. Ancak bahsi geçen hususların yapı maliki tarafından ispatlanması hâlinde BGB m. 836'de öngörülen sorumluluk ortadan kalkar.

Alman hukuku, yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen BGB m. 836'nın uygulama alanı ve sorumlu kişilerin kapsamı konularında da Türk hukukundan önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Çalışmamızda ilk olarak, Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğu genel hatlarıyla ele alınmıştır. Bu kapsamda, Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun koşulları, sorumlu kişiler, rücu hakkı, tazminat (giderim) ve zarar tehlikesini önleme yükümlülüğü incelenmiştir. Daha sonra, benzer sistematikte konunun Alman hukukundaki durumu açıklanmıştır. Böylece Türk ve Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun daha kolay ve sağlıklı bir şekilde karşılaştırılabilmesi amaçlanmıştır. Sonuç kısmında ise, çalışma sırasında varılan kanaatler özetlenmiş, konuya ilişkin bazı değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

<sup>1</sup> Bu sebeple, Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu hâli olarak kabul edilmektedir. Bkz. Aşağıda, I, A.

<sup>2</sup> Christoph Kern, *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO*, (München: C. H Beck, 19. Auflage, 2023), § 836, Nr. 1; Ansgar Staudinger, *Nomos Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze, (Baden-Baden: Nomos Verlag, 12. Auflage, 2024), § 836, Nr. 1; Christian Katzenmeier, *Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Band 2 §§ 241- 853*, Ed. Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, (Baden-Baden: Nomos Verlag, 4. Auflage, 2021), § 836, Nr. 1.

## I. Türk Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğu

### A. Genel olarak

Yapı malikinin sorumluluğu, TBK m. 69-70'te düzenlenmiştir. TBK m. 69/I'e göre, "Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür". Hükümden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, yapıyı, "bina veya diğer yapı eserleri" olarak kabul edip bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, yapının malikini sorumlu tutmuştur<sup>3</sup>. Söz konusu zararları tazminle yükümlü olan yapı maliki, zararın doğduğu andaki maliktir<sup>4</sup>. Elbette zararın doğduğu andaki yapı maliki sıfatı ile TBK m. 69/I gereğince zararı giderenin, bu sebeplerle kendisine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır (TBK m. 69/III)<sup>5</sup>.

Yapı malikinin sorumluluğu, TBK'da kusursuz sorumluluğun (sebeplilik sorumluluğunun)<sup>6</sup> bir türü olan *özen sorumluluğu* başlığı altında düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Kusursuz sorumluluk hâli olduğundan, yapı maliki, yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, kusuru bulunmasa dahi sorumlu olabilir<sup>8</sup>. TBK'da özen (olağan sebep) sorumluluğu hâlleri olarak; adam çalıştırmanın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67-68) ve yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69-70) düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Kanun koyucu, adam çalıştırmanın sorumluluğunda ve hayvan bulunduranın sorumluluğunda, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanımış olmasına karşın, yapı malikinin sorumluluğunda bu imkân tanımamıştır<sup>10</sup>. Nitekim yapı maliki, zararın doğmasını engellemek için durumun gerekli kıldığı her türlü özeni gösterdiğini ispat etse de, sorumluluktan kurtulamaz. Buna göre, kanun koyucu, yapı malikinin sorumluluğunu, diğer özen sorumluluğu hâllerine göre, ağırlaştırmıştır. Bu sebeple, yapı malikinin sorumluluğu, ağırlaştırılmış bir özen sorumluluğu hâli olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 26. Bası, Eylül 2022), 452; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 482.

<sup>4</sup> Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 1981), 164; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, (Zürich-Base-Genf: Schulthess, 2012), 550; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021), 749; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16. Bası, Mart 2021), 190; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Eylül 2020), 345; Andreas Furrer - Markus Müller-Chen - Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: On İki Levha, 1. Baskı, Eylül 2021), 399; Abdulkerim Yıldırım, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Monopol Yayınları, 12. Baskı, Haziran 2021), 181.

<sup>5</sup> Bkz. Aşağıda, I, D.

<sup>6</sup> Kusursuz sorumluluk (sebeplilik sorumluluğu) hakkında bkz. Tandoğan, 7 vd.; Eren, Genel, 702 vd.; Kılıçoğlu, 415 vd.; Oğuzman - Öz, 143 vd.; Gümüş, 464 vd.; Ayan, 333; Murat Aydoğdu - Serdar Nart, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Şubat 2022), 205 vd.

<sup>7</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk hâlleri, hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65), özen sorumluluğu (TBK m. 66 vd.) ve tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Tandoğan, 161; Eren, Genel, 744-745; Kılıçoğlu, 454; Gümüş, 487; Oğuzman - Öz, 178; Aydoğdu - Nart, 228; Ayan, 345; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 399.

<sup>9</sup> Süleyman Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59/3, (2010), 551; Alpaslan Akartepe, "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI/1-2, (2012), 161; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun dışında, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, özen sorumluluğu hâlleri, ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369), taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730), tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu (TMK m. 1007) ve kişisel durum sicilinin hukuka aykırı tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu (TMK m. 38) düzenlenmiştir.; Konu hakkında ayrıca bkz. Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/4, (2008), 40 vd.

<sup>10</sup> Selim Kaneti, "İsviçre Federal Mahkemesinin Yapı Malikinin Sorumluluğuna İlişkin Kararları", *Adalet Dergisi*, S.: 9-10, Y.: 59, (Eylül-Ekim 1968), 582; Oğuzman - Öz, 179; Aydoğdu - Nart, 228; Gümüş, 481; İlker Öztaş, "Bina ve Diğer Yapıların Yapılışlarındaki Bozukluklardan veya Bakımındaki Eksikliklerden Dolayı Paydaşların Sorumluluğu", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI/1-2, (2007), 353; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 399; Akartepe, 161; Elif Bolat Türkoğan, *Türk Hukukunda Bir Kusursuz Sorumluluk Türü Olarak Objektif Özen Ödevine Dayalı Sorumluluk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, Mayıs 2021), 175.

<sup>11</sup> Eren, Genel, 746; Gümüş, 481; Öztaş, 353; Ayan, 345; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 399; Bahar Öcal Apaydın, "Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/2, (2019), 321; Ayrıca

Yapı malikinin sorumluluğunun, kurtuluş kanıtı getirilememesi dolayısıyla tehlike sorumluluğu olduğu veya tehlike sorumluluğuna yaklaştığı yönünde görüşler de ileri sürülmüştür<sup>12</sup>. TBK'da yapı malikinin sorumluluğu, açıkça *özen sorumluluğu* başlığı altında düzenlenerek bu husustaki tartışmalara son verilmiştir<sup>13</sup>. Yargıtay da, söz konusu sorumluluğun, *özen (olağan sebep) sorumluluğu* olduğunu belirtmektedir<sup>14</sup>. Gerçekten de, tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için öncelikle, zararın, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğmuş olması aranmaktadır (TBK m. 71). TBK m. 71/II'de, "Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir" denilmek suretiyle tehlike arz eden işletme nitelendirilmiştir. Buna göre, bir bütün olarak yapıların, önemli ölçüde tehlike arz ettiğinden bahsedilemez<sup>15</sup>. Misal, oturma amacıyla kullanılan bir bina veya halı saha olarak işletilen bir yapı, TBK m. 71/II anlamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme kabul edilmeyeceğinden, tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) söz konusu olmaz. Bahsi geçen yapılar için, koşulları varsa, yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69-70) uygulama alanı bulur. Kuşkusuz, bazı yapılar, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme vasfını haiz olabilir. Bu hâlde, tehlike sorumluluğu gündeme gelir<sup>16</sup>. Nükleer veya termik santraller, patlayıcı madde üreten, depolayan, nakleden ve satan işletmeler, enerji nakil hatları, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelere örnek gösterilebilir<sup>17</sup>. Ayrıca yapı malikinin sorumluluğundan farklı olarak tehlike sorumluluğunda, zararın yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğması şart değildir. Yapının yapımında bozukluk veya bakımda eksiklik bulunmasa da, koşulları varsa, TBK m. 71 kapsamında tehlike sorumluluğu doğar<sup>18</sup>.

## B. Yapı malikinin sorumluluğunun koşulları

### 1. Haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki koşullarının tamamının gerçekleşmiş olması

Türk hukukunda ilke olarak, kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu) kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Kusur ilkesine göre, sorumluluğun doğması için kusur şarttır. Kusur yoksa sorumluluk doğmaz. O hâlde, kusurun bulunmadığı durumlarda, tazminat yükümlülüğünden de bahsedilemez. Bu

bkz. YHGK, 14.09.2021 T., E. 2017/2048, K. 2021/986; YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; Y. 17. HD., 09.02.2016 T., E. 2016/270, K. 2016/1398; Y. 3. HD., 08.05.2019 T., E. 2017/7554, K. 2019/4257; Y. 4. HD., 03.12.2019 T., E. 2017/479, K. 2019/5762; Y. 11. HD., 02.07.2012 T., E. 2012/7732, K. 2012/11574.

<sup>12</sup> Kurtuluş kanıtı getirilemediğinden "minyatür bir tehlike sorumluluğu" bulunduğu yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Başak Başoğlu, "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/2, (2015), 40; Ayrıca bkz. Yavuz, 42-43; Öztaş, 352; Ekrem Kurt, "Yapı Malikinin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/4, (2008), 172.

<sup>13</sup> Yapı malikinin sorumluluğunun, kusursuz sorumluluğun (sebeplilik sorumluluğunun) bir türü olan özen sorumluluğu olduğu yönünde bkz. Eren, Genel, 744; Kılıçoğlu, 453; Gümüş, 481; Bolat Türkdöğen, 156.

<sup>14</sup> YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; "Yapı malikinin sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu olmadığı gibi tehlike sorumluluğu da değildir. Bu sorumluluk, niteliği itibarıyla bir kusursuz sorumluluk türü olan özen (olağan sebep) sorumluluğudur."; Ayrıca bkz. Y. 17. HD., 27.02.2020 T., E. 2017/5734, K. 2020/2236; Y. 17. HD., 12.03.2018 T., E. 2015/980, K. 2018/1731; Y. 17. HD., 07.11.2019 T., E. 2017/1037, K. 2019/10285.

<sup>15</sup> Oğuzman - Öz, 179; Eren, Genel, 746; Gümüş, 482; Bolat Türkdöğen, 158-159.

<sup>16</sup> Gümüş, 482; Bolat Türkdöğen, 159; Y. 3. HD., 12.05.2014 T., E. 2013/20241, K. 2014/7284: "Mahkemece, olayın meydana geldiği binanın Gecekondu Önleme Bölgesinde bulunduğu da dikkate alınarak, ne zaman inşa edildiği, bina ve enerji nakil hattının projesine uygun olup olmadığının tespiti için, ilgili belediyeden binanın ve enerji nakil hattının imar durumlarının, plan ve projelerin celbedilmesi, davalı şirket açısından tehlike sorumluluğuna ilişkin, davalı M. B. açısından bina malikinin sorumluluğuna ilişkin, diğer davalı S. U. açısından istisna (eser) akdi kapsamında iş sahibinin sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler içeren, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli, tarafların kusur oranlarının da gerekçeleriyle belirtildiği, önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik kurulda uzman bilirkişi heyetinden alınarak hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma, inceleme ve yetersiz rapor doğrultusunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir."

<sup>17</sup> Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme vasfını haiz yapılar için bkz. Eren, Genel, 746, 770; Oğuzman - Öz, 179; Gümüş, 482.

<sup>18</sup> Tehlike sorumluluğu hakkında bkz. Eren, Genel, 770; Kılıçoğlu, 470 vd.; Oğuzman - Öz, 201 vd.; Gümüş, 514 vd.; Ayan, 348 vd.; Aydoğdu - Nart, 240 vd.; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 424 vd.; Bolat Türkdöğen, 51 vd.

<sup>19</sup> Kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu) hakkında bkz. Eren, Genel, 594 vd.; Kılıçoğlu, 362 vd.; Yavuz, 30 vd.; Oğuzman - Öz, 13 vd.; Gümüş, 421 vd.; Ayan, 287 vd.; Aydoğdu - Nart, 175 vd.; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 337 vd.

ilke uyarınca, hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren ancak kusurlu ise bu zararı gidermekle yükümlü tutulabilir. Nitekim sorumluluğun doğması için, hukuka aykırı fiil, zarar, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve zarar verenin fiilinin kusurlu olması şarttır (TBK m. 49). Ancak özellikle ağır sanayinin gelişimi, teknolojik gelişmeler, üretim ve taşıt araçlarına ilişkin teknik gelişmeler, insanların kahir ekseriyetinin büyük şehirlerde yaşaması gibi gelişmeler sebebiyle, modern toplumsal hayatta artan karmaşıklık karşısında kusur ilkesi yetersiz kalmıştır<sup>20</sup>. Zira söz konusu gelişmeler karşısında zararın doğmaması için her türlü önlemin alınması durumunda dahi zararın meydana gelmesi olasıdır<sup>21</sup>. Bu sebeple, istisnaî olarak, kusursuz sorumluluk kabul edilmiştir. Böylece, haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki şartlarının gerçekleşmiş olması koşuluyla, zararın tazmini mümkün kılınmıştır. Zira kusursuz sorumluluk hâllerinde, kusur bulunmasa dahi sorumluluk doğabilmektedir. Yeter ki haksız fiil sorumluluğunun kusur dışındaki şartlarının tamamı gerçekleşmiş olsun. Bu durum, kusursuz sorumluluk hâllerinden biri olan yapı malikinin sorumluluğu için de aynen geçerlidir. Yapı malikinin sorumluluğunun doğması için, TBK m. 69'da belirtilen özel koşullar yanında, hukuka aykırı fiil, zarar, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması, şart ve yeterlidir<sup>22</sup>. Buna göre, kusur aranmadığından, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin de, TBK m. 69 kapsamında sorumluluğu doğabilir<sup>23</sup>.

Hukuka aykırı fiil, zarar, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması şartları, kümülatiftir. Birlikte gerçekleşmediği sürece yapı malikinin sorumluluğundan bahsedilemez. O hâlde, bu şartlardan birinin eksikliği, sorumluluğun doğmasını engeller. Meselâ, hukuka uygunluk sebeplerinden<sup>24</sup> ya da illiyet bağını kesen nedenlerden<sup>25</sup> birinin bulunması durumunda, yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden zarar doğmuş da olsa, yapı malikinin sorumluluğuna gidilemez.

Yukarıda belirtildiği üzere, kusur, yapı malikinin sorumluluğunun doğması için şart değildir. Ancak yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zarar, yapı malikinin kusuruyla gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda yapı malikinin *ek (munzam) kusurundan* bahsedilir. Kusursuz sorumlu olan bir kişinin, zararın meydana gelmesine kusurlu davranışıyla sebebiyet vermesi durumunda, ek kusur söz konusu olur<sup>26</sup>. Ek kusur, yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanını ortadan kaldırmaz. Bu hâlde de, koşulları varsa, özel hüküm olduğundan TBK m. 69/I uygulanıp yapı malikinin sorumluluğuna gidilir. Genel hüküm niteliğindeki TBK m. 49, uygulama alanı bulmaz<sup>27</sup>. Bununla birlikte, ek kusur, tabii ki sorumluluk üzerinde bazı etkiler gösterir. Ek kusurun varlığı, illiyet bağını kesilmesini engeller. Bu hâlde, somut olayda illiyet bağını kesen sebep(ler) mevcutsa dahi, illiyet bağı kesilmez<sup>28</sup>. Ek kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde de etkilidir. Şöyle

<sup>20</sup> Kusursuz sorumluluğu gerektiren sebepler için bkz. Yavuz, 36 vd.; Tandoğan, 1-2; Eren, Genel, 568; Bolat Türkdöğän, 23, 24; Aynı yönde bkz. Yılmaz, Yeni Hükümler, 553, 554; YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321: “Sorumluluk için mutlaka kusurun aranması bazı hâllerde modern tekniğin ve makineleşmenin icaplarına yabancı düşmektedir. Bu sebeple hukukun, esas prensibi olan kusur sorumluluğu yer yer zayıflamış hatta bazı hallerde tamamen ortadan kalkarak yerini kusursuz sorumluluğa terk etmiştir. Teknik ilerlemeler ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında, kusura dayanan sùbjektif sorumluluk artık yalnız başına, zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirmek bakımından yetersiz kalmıştır. Kusur yoksa sorumluluk da ortaya çıkmaz görüşü artık geçerliliğini kaybetmiştir.”

<sup>21</sup> Tandoğan, 2; Bolat Türkdöğän, 27.

<sup>22</sup> Gümüş, 486; Yılmaz, Yeni Hükümler, 567, 568; Bolat Türkdöğän, 163.

<sup>23</sup> Tandoğan, 161; Eren, Genel, 745; Kılıçoğlu, 454; Yavuz, 39.

<sup>24</sup> Hukuka uygunluk sebepleri için bkz. Eren, Genel, 688 vd.; Kılıçoğlu, 372 vd.; Oğuzman - Öz, 24 vd.; Gümüş, 440 vd.; Ayan, 291 vd.; Aydoğdu - Nart, 190 vd.; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, (Konya: Sayram Yayınları, 12. Baskı, Haziran 2021), 215 vd.

<sup>25</sup> Bkz. Aşağıda, I. B. 4.

<sup>26</sup> Ek (munzam) kusur hakkında bkz. Tandoğan, 8; Kılıçoğlu, 421; Gümüş, 565; Yıldırım, 196; Habip Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.: 28, Y.: 7, (Ekim 2016), 283; Bülent Acar, “Yargıtay’ın, “Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi” İşlevini Tanımlaması Görüşünün Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 3, (1991), 342 vd.

<sup>27</sup> Eren, Genel, 745; Tandoğan, 162; Aynı yönde bkz. Y. 17. HD., 07.11.2019 T., E. 2017/1037, K. 2019/10285.

<sup>28</sup> Kılıçoğlu, 454; Eren, Genel, 656; Acar, 344; Bolat Türkdöğän, 160; Bundan başka, ek kusur kurtuluş kanıtı getirme imkanını da ortadan kaldırır. Bkz. Acar, 343, 344; Y. 11. HD., 23.05.2011 T., E. 2009/13218, K. 2011/6218.

ki, somut olayda tazminattan indirim sebebi bulunmasına karşın, ayrıca ek kusur varsa, indirim uygulanmayabilir<sup>29</sup>.

## 2. Bina veya diğer yapı eserinin mevcut olması

Kanun koyucu, yapıyı, *bina veya diğer yapı eserleri* olarak kabul etmiştir (TBK m. 69/I). Bina veya diğer yapı eserleri, insan eliyle (yapay olarak) yapılan ve doğrudan ya da dolaylı olarak zemine bağlı ve sabit olan nesnelere<sup>30</sup>. Bu tanımlamadan anlaşıldığı üzere, ancak iki özelliği bir arada barındıran nesnelere, bina veya diğer yapı eserleri olarak kabul edilebilir. Söz konusu özellikler kümülatiftir<sup>31</sup>.

Yukarıda bahsi geçen özelliklerden ilki, söz konusu nesnenin, insan eliyle yapılmış olmasıdır<sup>32</sup>. Bu bağlamda binalar, oyun alanları, köprüler, teleferikler, inşa edilmiş olan kayak pistleri, yüzme havuzları, park ve bahçeler, havaalanları, kara ve demir yolları, elektrik trafo ve hatları, doğalgaz boruları, vb. yapı kapsamında değerlendirilir<sup>33</sup>. İnsan eliyle yapılmayan, doğal unsurlar, TBK m. 69/I kapsamında yapı olarak kabul edilmez. Meselâ, kendiliğinden yetişmiş ağaçlar, buzullar, göller, akarsular, dağlar, mağaralar, çukurlar gibi doğal nesnelere insan eliyle yapılmadığı için TBK m. 69/I kapsamında değerlendirilmezler<sup>34</sup>. Ancak doğal şeyler, modifiye edildiğinde yapı olarak kabul edilebilir. Misal, yapay dere yatakları ve göletler<sup>35</sup> veya otel olarak kullanılmaya elverişli hale getirilen mağaralar<sup>36</sup>, insan eliyle yapıldıklarından, TBK m. 69/I'nin uygulama alanına girebilir. Ağaçlar ise, sadece insan eliyle dikilmiş olanlar yapı olarak kabul edilir ve bunlar hakkında TBK m. 69/I uygulanır<sup>37</sup>. Kendiliğinden yetişen ağaçlar ve bitkiler, TBK m. 69/I anlamında yapı olarak kabul edilmez<sup>38</sup>.

İkinci özellik ise, nesnenin, doğrudan ya da dolaylı olarak zemine bağlı (sabit) olmasıdır<sup>39</sup>. Doğrudan bağlantıdan kasıt, bizzat nesnenin zemine bağlı olmasıdır. Bir binanın ya da kulübenin zemine bağlı olması, bu duruma örnek teşkil eder. Ayrıca telefon direkleri, enerji nakil trafoları gibi nesnelere de zemine doğrudan bağlıdır<sup>40</sup>. Nesne, zemine bağlı olan bir başka nesnenin parçası ise, dolaylı bağlantı söz konusudur. Bu hâlde, nesnenin zeminle olan bağlantısını, zemine bağlı olan bir başka nesne sağlamaktadır. Böylece dolaylı da olsa zeminle bağlantı durumu gerçekleşmektedir. Meselâ, bir mağazanın yürüyen merdiveni ya da asansörü, dolaylı olarak zemine bağlıdır<sup>41</sup>. Öte yandan, nesnenin sürekli olarak zemine bağlı olması şart değildir. Geçici olarak zemine bağlantı yeterlidir<sup>42</sup>. Böylece bazı taşınır yapıların, belli bir süre zemine bağlanması mümkündür. Misal, bir iskele veya bazı makineler, belli bir süre doğrudan ya da dolaylı olarak zemine bağlanabilir. Bu durumda, bahsi geçen koşullarda

<sup>29</sup> Y. 4. HD., 03.12.2019 T., E. 2017/479, K. 2019/5762: "... bina malikinin zararın meydana gelmesinde kusuru var örneğin bina ile hiç ilgilenmemiş ise, tazminatın indirilmesini gerektiren sebepler bulunsa bile, fazladan (munzam) kusur bu indirimde engel olabilir."; Ayrıca bkz. Tandoğan, 8, 162; Kılıçoğlu, 454; Eren, Genel, 656; Oğuzman - Öz, 190; Acar, 343.

<sup>30</sup> Bina veya diğer yapı eserleri hakkında bkz. Ingeborg Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, (Bern: Stämpfli Verlag, 7. Auflage, 2016), 391; Eren, Genel, 750-751; Kılıçoğlu, 454; Gümüş, 482; Oğuzman - Öz, 178; Akıncı, 234; Aydoğdu - Nart, 229; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401; Kurt, 174; Akartepe, 165; Bolat Türkdöğ, 169.

<sup>31</sup> Schwenger, 391.

<sup>32</sup> Huguenin, 552; Eren, Genel, 752; Kılıçoğlu, 456; Kurt, 174; Bolat Türkdöğ, 171.

<sup>33</sup> Huguenin, 552; Eren, Genel, 752; Kılıçoğlu, 455; Bu kapsamda yapı olarak kabul edilen nesnelere için ayrıca bkz. Öcal Apaydın, 322; Kurt, 174.

<sup>34</sup> Huguenin, 552; Schwenger, 391; Eren, Genel, 752; Kılıçoğlu, 456; Oğuzman - Öz, 182; Bolat Türkdöğ, 171; Ayrıca bkz. Kurt, 174.

<sup>35</sup> Huguenin, 552.

<sup>36</sup> Aydoğdu - Nart, 230.

<sup>37</sup> Oğuzman - Öz, 183; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401; Tandoğan, 173; Huguenin, 552; Schwenger, 391.

<sup>38</sup> Aydoğdu - Nart, 230; Tandoğan, 173.

<sup>39</sup> Huguenin, 553; Eren, Genel, 751; Kılıçoğlu, 455; Aydoğdu - Nart, 229; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401; Kurt, 174; Bolat Türkdöğ, 171.

<sup>40</sup> Doğrudan bağlantı hakkında bkz. Huguenin, 553; Schwenger, 391.

<sup>41</sup> Dolaylı bağlantı hakkında bkz. Huguenin, 553; Schwenger, 391.

<sup>42</sup> Tandoğan, 171; Schwenger, 391; Huguenin, 553; Eren, Genel, 751; Kılıçoğlu, 455; Oğuzman - Öz, 181; Aydoğdu - Nart, 229; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401.

söz konusu iskele ve makineler, TBK m. 69/I anlamında yapı kabul edilir<sup>43</sup>. Buna karşın, taşınır, doğrudan ya da dolaylı olarak zemine bağlı olmadığı sürece yapı olarak nitelendirilemezler<sup>44</sup>.

Doktrinde bir görüş<sup>45</sup>, yapı malikinin sorumluluğunun TBK m. 69/I uyarınca doğması için, kural olarak yapının tamamlanmış olmasını koşul olarak aramaktadır. Doktrinde hâkim olan bu görüşe göre, kural olarak, henüz inşa aşamasındaki bir yapı sebebiyle, TBK m. 69/I kapsamında yapı malikinin sorumluluğu doğmaz. Ancak henüz tamamlanmamış da olsa, inşaat alanı dışarıdan erişime (temasa) karşı yeterince korunmamış ise, TBK m. 69/I çerçevesinde yapı malikinin sorumluluğuna gidilebilir. İnşaat alanının dışarıdan erişime (temasa) karşı yeterince korunduğu durumlarda ise, yalnızca kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil) hükümleri çerçevesinde (TBK m. 49 vd.) husumet yöneltilebilir. Bu durumda, TBK m. 69/I uygulanmaz<sup>46</sup>. Doktrinde azınlıkta kalan görüşe göre<sup>47</sup> ise, yapının tamamlanmış olması şart değildir. Henüz tamamlanmamış, inşa aşamasındaki bir yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zarardan yapı maliki, TBK m. 69/I gereğince sorumlu tutulabilir.

### 3. Bina veya diğer yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunması

Yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69/I), zararın, yapının yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten kaynaklandığı durumlarda söz konusu olabilir. Buna göre, meydana gelen zarar, yapının yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten değil de başka bir sebepten kaynaklanmışsa, TBK m. 69/I uygulanmaz<sup>48</sup>. Bununla birlikte, sorumluluğun doğmasında, yapım bozukluğu - bakım eksikliği ayrımının bir önemi bulunmamaktadır. Zira yapı malikinin sorumlu tutulabilmesi bakımından, yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden herhangi birinin varlığı yeterlidir<sup>49</sup>. Yapıdaki bozukluk<sup>50</sup>, yapının ilk inşa edildiği andaki noksanlıkları/hataları ifade eder. Yargıtay'a göre<sup>51</sup>, yapım bozukluğu, yapının kötü yapılması, imal ve inşa zamanında uyulması gerekli olan teknik kurallara uyulmamış olması anlamına gelir. Yapı, insanların can ve mal güvenliğine zarar vermeyecek şekilde noksansız/hatasız inşa edilmelidir. Aksi hâlde, bu sebepten meydana gelen zararlar, yapı malikince tazmin edilir. Bakımdaki eksiklik<sup>52</sup> ise, yapının yapımından sonraki süreçle alakalıdır. Zira bakım eksikliği biçiminde açıklanabilecek durum, yapının tamamlanmasından sonra ortaya çıkar. Yargıtay'a göre<sup>53</sup>, bakımdaki eksiklik, yapının, kullanmaya uygun ve tehlikeleri önleyecek biçimde korunmamasını ifade eder. Yapı tamamlandıktan sonra, yapının, insanların can ve mal güvenliğine zarar vermeyecek şekilde bakımı, onarımı ve muhafazası için gereken her türlü tedbirin alınması, yapı malikinin

<sup>43</sup> Huguenin, 553; Schwenger, 391; Tandoğan, 172; Oğuzman - Öz, 181; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401.

<sup>44</sup> Huguenin, 553; Eren, Genel, 752; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 401; Bolat Türkdoğan, 171.

<sup>45</sup> Eren, Genel, 753; Oğuzman - Öz, 182; Gümüş, 483; Kurt, 178.

<sup>46</sup> Huguenin, 552.

<sup>47</sup> Tandoğan, 170; Schwenger, 391.

<sup>48</sup> Y. 17. HD., 05.03.2020 T., E. 2018/1846, K. 2020/2701: "... zararlandırıcı eylem musluğun açık bırakılması olarak tespit ve kabul edildiğine göre, musluğun açık bırakılması ile ortaya çıkan zarar; yapının bakım eksikliği veya yapımındaki bozuklukla ilgili olmayıp davalının yapı maliki olarak bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Böyle olduğuna göre davada uygulanacak yasa maddeleri, yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin kurallar olmayıp haksız fiile ilişkindir."

<sup>49</sup> YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321; Y. 17. HD., 22.12.2020 T., E. 2019/5310, K. 2020/8910; Y. 17. HD., 27.02.2020 T., E. 2017/5734, K. 2020/2236; Y. 3. HD., 16.10.2017 T., E. 2016/3625, K. 2017/13953; Y. 17. HD., 02.10.2019 T., E. 2016/17333, K. 2019/8807; Y. 3. HD., 19.11.2013 T., E. 2013/16992, K. 2013/16261; Ayrıca bkz. Akıncı, 234.

<sup>50</sup> Yapıdaki bozukluk hakkında bkz. Tandoğan, 175; Eren, Genel, 754; Kılıçoğlu, 460; Gümüş, 485; Ayan, 344; Aydoğdu - Nart, 230; Öcal Apaydın, 323; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 405; Kurt, 175.

<sup>51</sup> YHGK, 12.02.2003 T., E. 2003/4-144, K. 2003/161; Y. 3. HD., 08.10.2018 T., E. 2018/5161, K. 2018/9651; Y. 3. HD., 27.01.2014 T., E. 2013/15721, K. 2014/961; Y. 3. HD., 19.11.2013 T., E. 2013/16992, K. 2013/16261; Y. 3. HD., 26.11.2018 T., E. 2018/7337, K. 2018/12041.

<sup>52</sup> Bakımdaki eksiklik hakkında bkz. Tandoğan, 175; Eren, Genel, 754; Kılıçoğlu, 461; Gümüş, 485; Ayan, 344; Aydoğdu - Nart, 231; Öcal Apaydın, 323; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 405; Kurt, 175.

<sup>53</sup> YHGK, 12.02.2003 T., E. 2003/4-144, K. 2003/161; "Bakımsızlık ve koruma eksikliği ise, bir inşaatın kullanmaya uygun ve tehlikeleri önleyecek biçimde korunmamasını ifade eder. Bakım eksikliği biçiminde açıklanabilecek olan bu durum, yapının tamamlanmasından sonra ortaya çıkar. Yapının tamamlanmasından sonra kendini gösteren ek güvenlik tertibatı ihtiyacının giderilmemesi de bir bakım eksikliğidir."; Ayrıca bkz. Y. 3. HD., 27.01.2014 T., E. 2013/15721, K. 2014/961; Y. 3. HD., 19.11.2013 T., E. 2013/16992, K. 2013/16261; Y. 3. HD., 16.10.2017 T., E. 2016/3625, K. 2017/13953.

yükümlülüğündedir. Aksi hâlde, meydana gelen zararlardan yapı maliki sorumludur. Zararın, yapının yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten kaynaklandığını, zarar gören ispatlamakla yükümlüdür<sup>54</sup>.

Yapı yapılırken uyulması gereken bazı teknik ve hukukî kurallar mevcuttur. Bu kurallara uyulmaması, başlı başına, yapının yapımında bozukluk bulunduğu kabulü için yeterlidir<sup>55</sup>. Meselâ, yapının gerekli izinler alınmadan veya verilen iznin sınırlarının aşılma suretiyle yapılması, hatalı bir mimari projenin uygulanması veya onaylı mimari projenin tam ve doğru uygulanmaması<sup>56</sup>, inşaatta olması gerekenden daha düşük kalınlıktaki demirlerin kullanılması<sup>57</sup>, elektrik veya su tesisatında uygun olmayan malzemenin kullanılması, bir havuzun derinliği sadece iki metre olmasına rağmen üç metre yüksekliğinde bir dalış kulesinin yapılması<sup>58</sup>, yapıdaki bozukluklara örnek gösterilebilir. Bu bağlamda, ilgili yapıya ilişkin ulusal ve uluslararası standartlar varsa, bunlar da dikkate alınmalıdır<sup>59</sup>. Özellikle, Türk Standartları Enstitüsü (TSE), Uluslararası Standart Organizasyonu (ISO) vb.'leri tarafından kabul edilen standartlar göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak yapıya ilişkin teknik ve hukukî kuralların tamamına uyulmuş olsa da, yapıda bozukluk bulunması yine de mümkündür. Zira söz konusu kurallar, yalnızca asgari standartları sağlamaya yöneliktir<sup>60</sup>.

Su tesisatının zamanla yıpranarak delinmesi sonucu aşağı katta bulunan daireye su sızması<sup>61</sup>, eskiyen elektrik tesisatının sebep olduğu yangının yan daireye sirayet etmesi<sup>62</sup>, çatıda bulunan bir cismin düşmesi<sup>63</sup>, asansördeki yapı bozukluğu<sup>64</sup>, asansörün bakımının hiç veya gereği gibi yapılmaması<sup>65</sup>, kapağı açık bırakılan bahçe kuyusuna bir kimsenin düşmesi, elektrik hattındaki çarpma<sup>66</sup>, su borusunun yerinden çıkıp su sızdırması sonucu elektrik panosu ve elektrik tesisatının hasar görmesi ve yanması<sup>67</sup>, binadan sıva ve taş düşmesi<sup>68</sup>, çatıdaki buz sarkıtının düşmesi<sup>69</sup>, bir işyerinde ıslak bırakılan zemin dolayısıyla müşterinin kayıp düşmesi<sup>70</sup> sonucunda kişilerin maddî ve/veya manevî zararlara uğraması, uygulamada sıklıkla karşılaşılan yapı malikinin sorumluluğunu doğuran olaylara örnek gösterilebilir.

<sup>54</sup> YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321; YHGK, 12.03.2003 T., E. 2003/4-144, K. 2003/161; Y. 3. HD., 27.01.2014 T., E. 2013/15721, K. 2014/961; Y. 3. HD., 12.04.2016 T., E. 2015/12796, K. 2016/5643; Ayrıca bkz. Oğuzman - Öz, 185; Turan Şahin, "Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu (2020) Tasarısında Kusursuz Sorumluluk Hallerinin Görünümü", *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/145, (Eylül 2018), 128; Ayan, 345; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 405.

<sup>55</sup> Gümüş, 485; Aynı yönde bkz. Kaneti, 579.

<sup>56</sup> Y. 17. HD., 02.10.2019 T., E. 2016/17333, K. 2019/8807; Ayrıca bkz. Eren, Genel, 754; Öcal Apaydın, 323; Kurt, 175.

<sup>57</sup> Aydoğdu - Nart, 231; Ayrıca bkz. Kurt, 175.

<sup>58</sup> Huguenin, 554.

<sup>59</sup> Huguenin, 553.

<sup>60</sup> Schwenzer, 393; Aynı yönde bkz. Huguenin, 553; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 404; YHGK, 24.02.2016 T., E. 2014/289, K. 2016/163; Y. 17. HD., 09.10.2019 T., E. 2016/9422, K. 2019/9151; Y. 17. HD., 27.02.2020 T., E. 2017/5734, K. 2020/2236; Y. 3. HD., 11.06.2014 T., E. 2014/913, K. 2014/9464.

<sup>61</sup> Y. 11. HD., 28.01.2002 T., E. 2001/8397, K. 2002/558; Y. 11. HD., 17.01.2011 T., E. 2009/6992, K. 2011/130; Y. 11. HD., 29.06.2006 T., E. 2005/7308, K. 2006/7693; Y. 11. HD., 27.09.2010 T., E. 2009/2891, K. 2010/9192.

<sup>62</sup> Y. 17. HD., 07.11.2019 T., E. 2017/1037, K. 2019/10285; Aynı yönde bkz. Y. 20. HD., 25.11.2016 T., E. 2016/8913, K. 2016/11190; Y. 3. HD., 08.05.2019 T., E. 2017/7554, K. 2019/4257.

<sup>63</sup> YHGK, 14.09.2021 T., E. 2017/2048, K. 2021/986; Y. 17. HD., 24.11.2014 T., E. 2014/20308, K. 2014/16759; Y. 4. HD., 28.11.2005 T., E. 2004/16308, K. 2005/12788.

<sup>64</sup> Asansörün yetkililerce denetlenmiş ve kullanıma uygun görülmüş olması, yapı malikinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bkz. Kaneti, 578, 579.

<sup>65</sup> Y. 21. HD., 21.12.2010 T., E. 2009/14579, K. 2010/12886; Gümüş, 485.

<sup>66</sup> YHGK, 12.03.2003 T., E. 2003/4-144, K. 2003/161.

<sup>67</sup> Y. 11. HD., 23.06.2011 T., E. 2009/15113, K. 2011/7626.

<sup>68</sup> YHGK, 30.12.2009 T., E. 2009/4-522, K. 2009/604; Ayrıca bkz. Y. 4. HD., 03.12.2019 T., E. 2017/479, K. 2019/5762; Gümüş, 485.

<sup>69</sup> Gümüş, 485-486.

<sup>70</sup> Gümüş, 485.



#### 4. Binanın veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması

Yapı malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için, ilgili yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. O hâlde, uygun illiyet bağı, başlangıçtan itibaren mevcut değilse veya kesilmişse, yapı malikinin sorumluluğu doğmaz. Bir olay, hayatın olağan akışına ve genel tecrübelerle göre, meydana gelen sonucu doğurmaya mahiyeti itibarıyla elverişli değilse, uygun illiyet bağı başlangıçtan itibaren mevcut değildir<sup>71</sup>. Bazen de uygun illiyet bağı kesilebilir. Şöyle ki, meydana gelen sonucu doğurmaya mahiyeti itibarıyla elverişli bir olay (sebe) mevcut olmasına karşın, çok yüksek bir etki derecesine sahip ikinci bir olay (sebe) eklenerek ilk olayın ilgisini kesebilir. Bu hâlde, ilk olay ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının varlığından bahsedilemez. Zira illiyet bağının kesilmesi durumunda, eklenen ikinci olay, meydana gelen sonucu tek başına doğurmuş olup ilk olayın zararlı sonucu meydana getirmesini elverişsiz hâlde getirmektedir<sup>72</sup>.

İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur. Bu sebeplerden birinin somut olayda gerçekleşmesi durumunda, illiyet bağı kesildiğinden, yapı malikinin sorumluluğu söz konusu olmaz<sup>73</sup>. Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru, illiyet bağını kesecek ağırlıkta olmalıdır. Söz konusu kişilerin kusuru, gerekli ağırlığa ulaşmadıkça illiyet bağını kesmeye yetmez<sup>74</sup>. Ağır kusur, kastı ve ağır ihmali kapsar<sup>75</sup>. Dolayısıyla, illiyet bağının kesildiğinin kabulü için, zarar görenin veya üçüncü kişinin, kastının ya da en azından ağır ihmalinin bulunması şarttır. Zarar görenin veya üçüncü kişinin, kast ve ağır ihmalden daha düşük derecedeki kusuru ise, illiyet bağını kesmez<sup>76</sup>. Bu durumda, yapı malikinin sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak zarar görenin daha düşük derecedeki kusuru, tazminattan indirim sebebi sayılır<sup>77</sup>.

İlliyet bağının kesildiğini, yapı maliki ispatlamakla yükümlüdür. Nitekim yapı maliki, mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusurunun varlığı sebebiyle illiyet bağının kesildiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>78</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında<sup>79</sup>, davalı şirkete ait petrol boru hattına düzenlenen terör saldırısı sonucunda oluşan patlamada davacının taşınmazında ve üzerinde ekili ürünlerde zarar meydana gelmişse de, bu zararın üçüncü kişinin (terör örgütünün)

<sup>71</sup> Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 171; Huguenin, 515; Aynı yönde bkz. Kaneti, 580.

<sup>72</sup> Eren, Sorumluluk, 173; Huguenin, 516; Ayrıca bkz. YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463: "Sözü edilen illiyet bağı, uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağı, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre sebebin, meydana gelen sonucu yaratmaya elverişli olmasıdır. Ancak bazı durumlarda, sebep, niteliği itibarıyla gerçekleşen türde bir sonucu doğurmaya elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan ikinci bir sebep ilkinin arkaya atmakta ve onu gerçekleşen olayda elverişsiz hâlde getirmektedir. İlliyet bağının kesildiği bu gibi durumlardan birinin varlığı hâlinde yapı malikinin sorumluluğuna gidilemez."

<sup>73</sup> Huguenin, 516; Kılıçoğlu, 462; Aydoğdu - Nart, 229; Ayan, 345; Yılmaz, Yeni Hükümler, 568; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 399; Bolat Türkdöğen, 161; Ayrıca bkz. YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; Y. 17. HD., 27.02.2020 T., E. 2017/5734, K. 2020/2236; Y. 17. HD., 27.02.2020 T., E. 2017/5734, K. 2020/2236; Y. 17. HD., 22.12.2020 T., E. 2019/5310, K. 2020/8910; Y. 3. HD., 20.05.2019 T., E. 2018/7048, K. 2019/4682; Y. 17. HD., 12.03.2018 T., E. 2015/980, K. 2018/1731; Y. 4. HD., 03.12.2019 T., E. 2017/479, K. 2019/5762.

<sup>74</sup> Eren, Genel, 747; Akıncı, 213; Aydoğdu - Nart, 198; Ayrıca bkz. YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463; YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321; YHGK, 21.05.2014 T., E. 2013/1082, K. 2014/680.

<sup>75</sup> Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Genel Gereğesi ile 114. Madde Gereğesi.

<sup>76</sup> Huguenin, 517; Kaneti, 581; Ayrıca bkz. YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321; "... Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin kusuru gerekli objektif yoğunluğa, başka deyişle gerekli ağırlığa ulaşmadıkça illiyet bağını kesmeye yetmeyecektir. Diğer bir anlatımla, üçüncü kişinin kusuru yeterli ağırlığa ulaşmış, illiyet bağını kesmedikçe sonuç doğurmayacaktır."

<sup>77</sup> Huguenin, 517; Kaneti, 581.

<sup>78</sup> Y. 11. HD., 17.01.2011 T., E. 2009/6992, K. 2011/130: "... yapı malikine kurtuluş kanıtı tanınmamıştır. Ancak, genel hükümlere göre yapı malikinin, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun varlığı nedeniyle illiyet bağının kesildiğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir."; Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 23.05.2011 T., E. 2009/13218, K. 2011/6218.

<sup>79</sup> YHGK, 16.03.2016 T., E. 2014/841, K. 2016/321; "... Bu durumda boru hattındaki patlamanın tesislerin yapımındaki bozukluk ya da bakımındaki bir eksiklikten değil, emniyet güçleri tarafından alınan güvenlik önlemlerine rağmen terör örgütünün kasta dayanan saldırısı sonucunda meydana geldiği, üçüncü kişinin (terör örgütünün) ağır ve kasıtlı kusuru nedeniyle olay ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği sabit olup, davalının zarardan sorumlu tutulması olanaklı değildir."; Ayrıca bkz. YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463.

ağır kusuru ile meydana geldiğini, böylece illiyet bağının kesildiğini, davalının zarardan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Mücbir sebep, TBK'da tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde<sup>80</sup> ve uygulamada<sup>81</sup> mücbir sebep, genel olarak, "Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır." şeklinde tanımlanmaktadır<sup>82</sup>. Nitekim mücbir sebep, harici (dışsal), öngörülemeyen ve kaçınılmaz (önlenemez) olağanüstü bir olaydır. Buna göre, mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçlarının tahmin edilmesi imkânsızdır. Alınan bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkâna ve araca rağmen, olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün değildir. Teknik ve bilimin o anda mevcut bütün olanaklarının kullanılmasına ve hür türlü tedbirin alınmasına ve özenin gösterilmesine rağmen olayın sonuçlarının meydana gelmesi önlenemez<sup>83</sup>. Bahsi geçen bu özelliklerin tamamını haiz olan bir olay ancak mücbir sebep kabul edilebilir. Bu kapsamda mücbir sebep, yıldırım düşmesi, kasırga, deprem gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, ihtilal, isyan gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithalat yasağı, kamulaştırma gibi hukukî bir olay da olabilir<sup>84</sup>. Ancak sayılan bu olaylar, her hâlükârda mücbir sebep kabul edilmez. Zira mücbir sebep, dayanağı olay bakımından nispi (göreceli) bir kavramdır. Şöyle ki, bahsi geçen olaylardan bazıları, somut durumda, harici (dışsal), öngörülemeyen ve kaçınılmaz (önlenemez) olmayabilir. Böylece normal şartlar altında mücbir sebep kabul edilen bir olay, farklı koşullarda mücbir sebep teşkil etmeyebilir<sup>85</sup>. Dolayısıyla her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilmeli ve ancak haricilik (dışsallık), öngörülemeyenlik ve kaçınılmazlık (önlenemezlik) unsurlarının tamamını barındıran olaylar, mücbir sebep sayılmalıdır. Meselâ, bir otomobile yıldırım düşmesi, mücbir sebep kabul edilirken bir elektrik şebekesine ya da uçağa yıldırım düşmesi, mücbir sebep teşkil etmez<sup>86</sup>. Hatta depremin çok sık yaşandığı bir bölgede meydana gelen bir deprem, mücbir sebep kabul edilmeyebilir<sup>87</sup>.

Mücbir sebep ile beklenmeyen (umulmayan) hâl farklı kavramlardır<sup>88</sup>. Mücbir sebep, illiyet bağını keserken beklenmeyen hâl, tek başına illiyet bağını kesmez<sup>89</sup>. Beklenmeyen hâl söz konusu olduğunda, tazminattan indirim uygulanır<sup>90</sup>. Mücbir sebep, mutlak kaçınılmaz bir olaydır. Kaçınılmazlık, herkes içindir. Zira olayın zarar verici sonuçlarını önlemek, mutlak olarak imkânsızdır. Buna karşın, beklenmeyen hâl, nispi özellik taşır. Beklenmeyen hâlde kaçınılmazlık, herkes için değildir. Bu hâlde, borçlu bakımından bir kaçınılmazlık söz konusudur. Oysa, olayın zarar verici sonuçlarını önlemek, herkes için imkânsız değildir<sup>91</sup>. Meselâ, gerekli önlemlerin alınması durumunda zararlı sonuçları önlenebilecek bir atmosfer (hava) olayı, beklenmeyen hâl niteliğindedir. Bu koşulda, şiddetli rüzgâr

<sup>80</sup> Mücbir sebep hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Sorumluluk, 175 vd.; Kılıçoğlu, 407; Gümüş, 428 vd.; Ayan, 332; Akıncı, 212, 213; Aydoğdu - Nart, 196.

<sup>81</sup> YHGK, 01.10.2019 T., E. 2015/2682, K. 2019/986; YHGK, 17.10.2019 T., E. 2017/444, K. 2019/1083; YHGK, 27.06.2018 T., E. 2017/90, K. 2018/1259; YHGK, 29.11.2017 T., E. 2017/439, K. 2017/1463.

<sup>82</sup> Türk Dil Kurumu, mücbir sebebi, "Herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaylar." şeklinde tanımlamıştır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 14.04.2024).

<sup>83</sup> Y. 19. HD., 25.11.1997 T., E. 1997/6415, K. 1997/10192.

<sup>84</sup> YHGK, 01.10.2019 T., E. 2015/2682, K. 2019/986; Ayrıca bkz. Y. 19. HD., 25.11.1997 T., E. 1997/6415, K. 1997/10192.

<sup>85</sup> Eren, Sorumluluk, 178; Adil Bucaktepe, "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17-18/26-27-28-29, (2012-2013), 93.

<sup>86</sup> Eren, Sorumluluk, 178.

<sup>87</sup> Bucaktepe, 93; Aynı yönde bkz. Gümüş, 487.

<sup>88</sup> Beklenmeyen (umulmayan) hâl için bkz. Eren, Genel, 883; Gümüş, 430; Ayan, 332; Aydoğdu - Nart, 196.

<sup>89</sup> Eren, Genel, 747; Aydoğdu - Nart, 229.

<sup>90</sup> Gümüş, 431.

<sup>91</sup> Mücbir sebep ile beklenmeyen (umulmayan) hâl arasındaki farklar için bkz. Gümüş, 430; Eren, Sorumluluk, 176; Aydoğdu - Nart, 196, 197.

sebebiyle çatıdan kopan bir nesnenin düşmesi sonucunda meydana gelen maddi ve/veya manevi zararlardan, yapı maliki sorumlu olur<sup>92</sup>.

### C. Sorumlu kişiler

Kanun koyucu, TBK m. 69/I'de, yapının yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler sebebiyle meydana gelen zararlardan, yapı malikini sorumlu tutmuştur. Bunun yanında, TBK m. 69/II'de, sadece yapının bakımındaki eksikliklerden kaynaklanan zararlara mahsus olmak üzere, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de malikle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, yapı maliki, hem yapının yapımındaki bozukluklardan hem bakımındaki eksikliklerden sorumlu iken; intifa ve oturma hakkı sahipleri, sadece yapının bakımındaki eksikliklerden sorumlu tutulmuştur.

Yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararları tazminle yükümlü olan malik, zararın doğduğu andaki yapı malikidir<sup>93</sup>. Dolayısıyla zararın doğumundan önceki malikin, TBK m. 69/I kapsamında tazminat yükümlülüğünden bahsedilemez. Bir başka ifadeyle, önceki malike, TBK m. 69/I uyarınca husumet yöneltilemez. Nitekim yapı maliki, yapıyı çok kısa bir süre önce devralmış olsa dahi, malik sıfatını haiz olduğu süre itibarıyla bu yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı, malik olması sebebiyle gidermekle yükümlüdür<sup>94</sup>. Yapım bozukluğu veya bakım eksikliği eski malik döneminde olsa dahi, zarar yeni malik döneminde meydana gelmişse, doğan zarardan TBK m. 69/I kapsamında yeni malik sorumludur<sup>95</sup>.

Sorumlu yapı maliki, karine olarak; taşınır yapılarda zararın doğduğu andaki zilyet (TMK m. 985), tapuya kayıtlı taşınmazlarda ise, zararın doğduğu anda tapu sicilinde malik olarak kayıtlı olan kimsedir (TMK m. 992). Tapuya kayıtlı olamayan taşınmazlarda ise, taşınmazın zilyedi, malik olarak sorumludur<sup>96</sup>. Bundan başka, yapı malikinin belirlenmesi bakımından, üst hakkı ve kaynak hakkı özellik arz eder. Şöyle ki, üst hakkı ve kaynak hakkı sahipleri, bu haklar kapsamında kalan yapıların malikidir. Dolayısıyla bu kimseler, yapı maliki olarak TBK m. 69/I kapsamında sorumludurlar<sup>97</sup>. Üst hakkına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, üst hakkı sahibine ait olur (TMK m. 726/I). Kaynak hakkı sahibi de, kaynak sularını tutmak ve akıtmak amacıyla yaptığı tesisin malikidir. Dolayısıyla, yapı (tesis) maliki, kaynak hakkı sahibidir<sup>98</sup>.

Kat mülkiyeti söz konusu olduğunda, sorumlunun tespitinde, zararın, ortak yerlerden mi yoksa bağımsız bölümlerden mi kaynaklandığına bakılır. Zarar, ortak yerlerdeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden meydana gelmişse, kat maliklerinin tamamı, arsa payı oranında zararı tazminle yükümlüdür<sup>99</sup>. Yargıtay, kat maliklerinin ortak yerlerden sorumluluğunu, TBK m. 69 ile birlikte 634

<sup>92</sup> YHGK, 14.09.2021 T., E. 2017/2048, K. 2021/986: "... şayet Erdem Apartmanı çatısı ilk başta fenni icapların gerektirdiği şekilde sağlam yapılmış olsaydı, fena yapılmamış olsaydı, olay günü esen şiddetli rüzgârın tek başına çatıdan kiremit kopmasına sebebiyet veremeyeceği ve dolayısıyla bu hasarın oluşamayacağı..."; Ayrıca bkz. Eren, Genel, 571; Tandoğan, 12, 161-162; Aydoğdu - Nart, 229.

<sup>93</sup> Bkz. Yukarıda, I. A.

<sup>94</sup> Tandoğan, 162; Gümüş, 481; Bolat Türkdoğan, 164-165.

<sup>95</sup> Kurt, 172.

<sup>96</sup> Tandoğan, 165; Kurt, 176; Bolat Türkdoğan, 166.

<sup>97</sup> Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400; Ayrıca bkz. Tandoğan, 165.

<sup>98</sup> M. Kemal Oğuzman- Özer Seliçi- Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 24. Bası, Kasım 2022), 1012; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Legem Yayınevi, 11. Baskı, 2023), 782; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2022), 665-666; Yıldız Abik, "Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme", *Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi*, 3/1, (2010), 83.

<sup>99</sup> Y. 18. HD., 24.03.2005 T., E. 2005/34, K. 2005/2787: "Davada ortak yerden sızan sularla hasar gören bağımsız bölümdeki zararın giderimi istenilmiş olup, hasara yol açan bozukluğun ana taşınmazın ortak yerlerinden olan dış cephe duvarlarından ve çatıda baca diplerinden sızan sularla oluştuğu ve sözü edilen yerlerin ortak yer niteliğinde olduğu ve davacının salt bağımsız bölümünde oluşan hasarın tazminini istediği gözetilerek bilirkişi raporunda bu bağımsız bölümün onarımı için saptanan giderin davalı kat maliklerinden arsa payları oranında tahsiline fazlaya ilişkin istemin reddine hükmedilmesi, tapu kaydı içeriğinden kat maliki olmadığı anlaşılan davalı A.R.V. yönünden ise husumet ehliyeti yokluğundan ret kararı verilmesi gerekir."; Aynı yönde bkz. Y. 4. HD., 21.04.2003 T., E. 2002/14756, K. 2003/5009; Y. 17. HD., 09.02.2016 T., E. 2016/270, K. 2016/1398; Y. 11. HD., 20.09.2007 T., E. 2006/8391, K. 2007/11482; Y. 17. HD., 09.06.2016 T.,

sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/I-b<sup>100</sup> hükmüne dayandırmıştır<sup>101</sup>. Buna karşın, bağımsız bölümlerdeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararlar, ilgili bağımsız bölüm malikince tazmin edilir. Bu hâlde, diğer kat malikleri, ortaya çıkan zarardan sorumlu değildir<sup>102</sup>.

Yapı üzerinde elbirliği mülkiyeti veya paylı mülkiyet söz konusu olabilir. Elbirliğiyle malik olunan bir yapının yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten doğan zararlardan, malikler, müteselsilen sorumludur<sup>103</sup>. Paylı mülkiyet hâlinde ise, maliklerin, müteselsilen mi yoksa payları oranında mı sorumlu olduklarına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre<sup>104</sup>, müteselsil borçluluğun kabulü için, ya birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesi ya da kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Aksi hâlde, müteselsil borçluluk doğmaz. Paylı maliklerin, yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan müteselsilen sorumlu olduklarına dair kanunda bir hüküm bulunmadığından, paylı maliklerin, yapı malikinin sorumluluğu bağlamında müteselsilen sorumlu olduklarından bahsedilmez. Paylı malikler, söz konusu zararlardan payları oranında sorumludurlar. Diğer bir görüşe göre<sup>105</sup> ise, yapı malikinin sorumluluğunda, sorumluluk, paya değil, malik sıfatına bağlı olmalıdır. Paylı maliklerin hepsi malik sıfatını haiz olduklarından, müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmelidir. Yargıtay da, müteselsil sorumluluğun, mağduru koruduğunu; sorumluluğun, paya değil malik sıfatına bağlanmasının hakkaniyete uygun düştüğünü belirterek paylı yapı maliklerinin, söz konusu zararlardan müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmiştir<sup>106</sup>.

Kanun koyucu tarafından açıkça “malik” sorumlu tutulduğundan (TBK m. 69/I), malik olmayan zilyetler, hükmün kapsamda değerlendirilmez. Bir başka ifadeyle, malik olmayan zilyetler, yapının yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaz. Meselâ, kira sözleşmesi, kullanım ödencü sözleşmesi, saklama sözleşmesi gibi hukukî ilişkiler yoluyla zilyet olanlar, malik olmadıklarından, bu kişiler üzerine, yapı malikinin sorumluluğu kapsamında tazminat yükümlülüğü doğmaz<sup>107</sup>.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri, yapının bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar (TBK m. 69/II). Kanun koyucu, yapı malikinden farklı olarak intifa ve oturma hakkı sahiplerini, sadece yapının bakımındaki eksikliklerden sorumlu tutmuştur. Bu hâlde, intifa ve oturma hakkı sahipleri, yapının yapımındaki bozukluklardan doğan zararları tazminle yükümlü tutulamaz<sup>108</sup>.

#### D. Rücu hakkı

Yapı malikinin sorumluluğu kapsamında yapının yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler sebebiyle meydana gelen zararları gideren(ler), bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu edebilirler (TBK m. 69/III). Gerçekten de, TBK m. 69’a göre sorumlu tutulanlara karşı da,

E. 2014/5094, K. 2016/7051; Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, 458-459; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400; Kat maliklerinin, ortak yerlerden doğan zararlar için müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği yönünde bkz. Tandoğan, 169.

<sup>100</sup> 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 20/I-b: “Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür.”.

<sup>101</sup> Y. 17. HD., 09.02.2016 T., E. 2016/270, K. 2016/1398; Y. 17. HD., 09.06.2016 T., E. 2014/5094, K. 2016/7051.

<sup>102</sup> Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400.

<sup>103</sup> Tandoğan, 168; Eren, Genel, 748; Kılıçoğlu, 459; Oğuzman - Öz, 189; Gümüş, 487; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400; Ayan, 345-346; Kurt, 173.

<sup>104</sup> Kılıçoğlu, 458-459; Oğuzman - Öz, 189; Öztaş, 360 vd.

<sup>105</sup> Tandoğan, 169; Gümüş, 487; Aynı yönde bkz. Eren, Genel, 748; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400; Ayan, 345-346; Kurt, 173.

<sup>106</sup> Y. 4. HD., 28.02.1980 T., E. 1979/8805, K. 1980/2578: “... Müteselsil sorumluluğun amacı mağduru koruma amacından kaynaklandığına göre, sorumluluğun (MK. nun 656. ve BK.nun 58. maddelerindeki) paya değil, malik sıfatına bağlanması hakkaniyete de uygun düşer. O halde mahkemenin, sorumluluğu pay esasına göre kurması yasaya aykırı olup davalının zararın tamamından sorumlu tutulması için hüküm bozulmalıdır.”.

<sup>107</sup> Eren, Genel, 748; Oğuzman - Öz, 189; Aydoğdu - Nart, 106.

<sup>108</sup> Yavuz, 55; Gümüş, 489; Kılıçoğlu, 457; Oğuzman - Öz, 187; Ayan, 346; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 400; Akartepe, 166.

yapının yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler dolayısıyla sorumlu olan kişiler olabilir. Yapıyı ayıplı teslim eden yüklenici, ayıplı yapıyı satan satıcı, üstlendiği bakım yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen yardımcı kişiler, yapı denetim kuruluşları, yapıyı kullananlar, yapıya haksız fiiliyle zarar veren üçüncü kişiler<sup>109</sup>, asansör bakımını yapanlar, TBK m. 69/III'e göre rücu edilebilecekler örnek gösterilebilir<sup>110</sup>.

Rücu edilen(ler)in, TBK m. 69'a göre sorumlu tutulan yapı malikine veya intifa ve oturma hakkı sahiplerine karşı sorumlulukları, sözleşme ilişkisinden veya kanundan doğabilir<sup>111</sup>. Şöyle ki, yapı maliki veya intifa ve oturma hakkı sahipleri ile rücu edilenler arasında sözleşme ilişkisi mevcut olup zarar, rücu edilenlerin sözleşmeye aykırı davranışları sonucunda meydana gelmiş olabilir. Bundan başka, rücu edilenlerin haksız fiili zararı doğurmuş olabilir. Nitekim zarar, rücu edilenlerin sözleşmeye aykırı davranışı veya haksız fiili ile meydana gelmiş olsa da, yapı maliki veya intifa ve oturma hakkı sahipleri TBK m. 69 gereğince zararı gidermiştir. Bu hâlde, rücu, zararı gideren yapı maliki veya intifa ve oturma hakkı sahipleri ile rücu edilenler arasındaki iç ilişkiye göre şekillenir<sup>112</sup>. Rücu edilenlerin sorumluluğunun kapsamı, koşulları ve ileri sürülmesi bakımından, bahsi geçen iç ilişkinin sözleşme veya haksız fiil olmasına göre bazı farklılıklar barındırır. Meselâ, sözleşmeye dayalı taleplerde zamanaşımı süresi (TBK m. 146 vd.) ile haksız fiile dayalı taleplerde zamanaşımı süresi (TBK m. 72) farklıdır. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükü altında (TBK m. 50/I) iken; sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispatlamakla yükümlüdür (TBK m. 112)<sup>113</sup>.

## **E. Tazminat (Giderim) ve zarar tehlikesini önleme yükümlülüğü**

### **1. Tazminat (Giderim) yükümlülüğü**

Yapı maliki, yapının yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 69/I). Yapı malikinin sorumluluğu kapsamında yalnızca mutlak hak niteliği taşıyan hukukî menfaatler, özellikle kişinin fizikî bütünlüğünün ve mülkiyet hakkının ihlâli, korunur. Saf malvarlığı zararının tazmini, istenemez<sup>114</sup>. Tazmini talep edilebilecek zarar, maddi ve/veya manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir<sup>115</sup>. Zarar mevcut değilse, kusursuz sorumluluk hâli de olsa, giderim yükümlülüğü (tazminat sorumluluğu) söz konusu olmaz.

Yapı malikinin sorumluluğu kapsamında oluşan zararın tazmini, TBK m. 69/I'de hüküm altına alınmışsa da, tazminatın tayinine ilişkin özel bir düzenleme ihdas edilmemiştir. Dolayısıyla yapı malikinin sorumluluğunda tazminat alacağı, genel hükümlere (TBK m. 51 vd.) göre tayin edilir. Nitekim TBK m. 51 vd.'nda yer alan kurallar çerçevesinde tazminata hükmedilir<sup>116</sup>. Zararı ispat yükü, zarar görenin üzerindedir<sup>117</sup>. Buna karşın, kusursuz sorumluluk hâli olduğundan, yapı malikinin kusurunun ispatı gerekmez. Zira yapı malikinin, kusursuz da olsa, tazminat sorumluluğu doğabilir. Gerek maddi gerek

<sup>109</sup> Üçüncü kişinin kusuru, illiyet bağıni kesecek ağırlıkta ise, rücu söz konusu olmaz. Zira böyle bir durumda, yapı malikinin veya intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, TBK m. 69 gereğince zararı tazmin yükümlülüğü doğmaz. Bkz. Tandoğan, 179.

<sup>110</sup> Tandoğan, 179; Oğuzman - Öz, 191; Eren, Genel, 756; Kılıçoğlu, 462-463; Akıncı, 235; Ayan, 346; Furrer - Müller-Chen - Çetiner, 407; Kurt, 179, 186; Bolat Türkdoğan, 176.

<sup>111</sup> Tandoğan, 179; Oğuzman - Öz, 191; Gümüş, 490; Bolat Türkdoğan, 176.

<sup>112</sup> Gümüş, 490; Tandoğan, 179.

<sup>113</sup> Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun karşılaştırılması için bkz. Yasemin Yılmaz, "Sözleşmeden Doğan Sorumluluk İle Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması", (Ed. Tufan Ögüz, Emrehan İnal, Başak Baysal, Şükran Şıpka, Hasan Erman), *Prof. Dr. Necla Girtlioğlu'na Armağan*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart 2020), 613 vd.; Yeliz Karan, "Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, Nisan 2013), 723 vd.

<sup>114</sup> Schwenzler, 390-391.

<sup>115</sup> Tandoğan, 174; Eren, Genel, 747; Oğuzman - Öz, 184; Ayan, 346; Aydoğdu - Nart, 229; Akıncı, 235; Yıldırım, 181; YHGK, 30.12.2009 T., E. 2009/4-522, K. 2009/604.

<sup>116</sup> Oğuzman - Öz, 190; Ayrıca bkz. Y. 3. HD., 03.02.2020 T., E. 2019/2781, K. 2020/642; Y. 3. HD., 20.01.2020 T., E. 2019/131, K. 2020/327.

<sup>117</sup> Oğuzman - Öz, 184.

manevi zararın tazmininde, kusur, şart değildir. Ancak somut olayda yapı maliki ayrıca kusurlu da olabilir. Bu durumda yapı malikinin ek (munzam) kusurundan bahsedilir. Yukarıda<sup>118</sup> belirttiğimiz üzere, ek kusurun varlığı, illiyet bağının kesilmesini engeller. Ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde de etkilidir. Misal, somut olayda tazminattan indirim sebebi bulunmasına karşın ayrıca ek kusur varsa, indirim uygulanmayabilir. Zarar görenin kusuru (birlikte kusur) ise, tıpkı kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusursuz sorumluluk hâllerinde de tazminattan indirim sebebi sayılır<sup>119</sup>.

## 2. Zarar tehlikesini önleme yükümlülüğü

Bir başkasına ait yapıdan zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden talep edebilir (TBK m. 70/I). Nitekim hakları tehdit altında olan bir kimse, zararın gerçekleşmesini beklemek zorunda değildir<sup>120</sup>. Dolayısıyla henüz zarar gerçekleşmeden de, mevcut tehlikenin ortadan kaldırılması talebi ile yargı yoluna başvurulabilir. Söz konusu talep, zararın meydana geldiği ana kadar yöneltilebilir. Zarar meydana geldiği andan itibaren ise, TBK m. 70/I hükmü uygulama alanını kaybeder. Zira TBK m. 70/I'de, zararı giderici değil, önleyici bir mekanizma öngörülmüştür. Burada, tehlikenin giderilmesi davası söz konusudur<sup>121</sup>. Zarar tehlikesini önlemek amacıyla alınması gereken tedbirler, somut olayın koşulları çerçevesinde hâkimin taktirindedir (TMK m. 4)<sup>122</sup>.

Zarar tehlikesinin mevcudiyeti, TBK m. 70/I'in uygulanması için yeterlidir. Söz konusu hükmün uygulanması için, talebin yöneltileceği hak sahiplerinin kusurlu olması aranmadığı<sup>123</sup> gibi tehlikenin, yapının yapımındaki bozukluklar veya bakımındaki eksiklikler sebebiyle ortaya çıkması da şart değildir. Zarar tehlikesinin, yapıdaki bozukluklar veya bakımdaki eksiklikler dışında bir sebeple ortaya çıkması durumunda da, TBK m. 70/I gereğince tehlikenin giderilmesi talep edilebilir<sup>124</sup>. Meselâ, toprak kayması sebebiyle yıkılma tehlikesi olan bir binanın, yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunmayabilir. Ancak bu durumda da söz konusu binanın yıkılma olasılığının yarattığı zarar tehlikesinin giderilmesi, TBK m. 70/I'e göre talep edilebilir<sup>125</sup>.

Komşuluk hukuku kuralı olmadığından TBK m. 70/I, komşu olmayan kimselere de uygulanabilir. Komşu olmayan kimseler de, başkasına ait yapıdan zarar görme tehlikesiyle karşılaştıklarında, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması amacıyla yargı yoluna başvurabilir<sup>126</sup>. Meselâ, tehlike arz eden bir yapının önünden geçen yolu kullanan bir kimse, TBK m. 70/I'e göre tehlikenin giderilmesini talep edebilir<sup>127</sup>.

## II. Alman Hukukunda Yapı Malikinin Sorumluluğu

### A. Genel olarak

Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, Alman Medenî Kanunu (BGB)'nin 836. maddesinde düzenlenmiştir<sup>128</sup>. Bu maddeye göre, "(1) Bir binanın veya toprakla bağlantılı bir eserin yıkılması

<sup>118</sup> Bkz. Yukarıda, I. B. 1.

<sup>119</sup> Selahâttin Sulhi Tekinay - Sermet Akman - Halûk Burcuoğlu - Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993), 596.

<sup>120</sup> Schwenzler, 394; Yavuz, 56.

<sup>121</sup> Tandoğan, 181; Eren, Genel, 757; Kılıçoğlu, 463; Oğuzman - Öz, 192; Gümüş, 491.

<sup>122</sup> Tandoğan, 182; Ayan, 347.

<sup>123</sup> Tandoğan, 181; Eren, Genel, 757; Gümüş, 491; Ayan, 346-347.

<sup>124</sup> Tandoğan, 181; Gümüş, 491; Oğuzman - Öz, 192; Ayan, 346-347.

<sup>125</sup> Oğuzman - Öz, 192.

<sup>126</sup> Bolat Türkdogan, 179.

<sup>127</sup> Oğuzman - Öz, 191, dn. 177; Eren, Genel, 757.

<sup>128</sup> Kern, § 836, Nr. 1; Staudinger, § 836, Nr. 1; Jörg Petershagen, *Die Gebäudehaftung – § 836 BGB im System der Verkehrssicherungspflichten*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2000), 21, 103; Gerhard Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (München: Verlag C.H. Beck, Band 7, 2024), § 836, Nr. 1; Gerald Spindler, *Beck'sche Online KommentareBeckOK*, (München: C.H. Beck, 68. Edition, 2023), § 836, Nr. 1; Katzenmeier, § 836, Nr. 1; Jörg Petershagen, *beck-online. Grosskommentar*, (München: C. H. Beck, 19. Auflage, 2023), § 836, Nr. 1.

*dolayısıyla veya binanın veya eserin kısımlarının kopması ve ayrılması dolayısıyla, bir insan ölür veya bedeni veya sağlığı zarar görürse veya bir eşya zarara uğrarsa, o taşınmazın zilyedi, söz konusu olan yıkılma veya parçaların kopması durumu, inşa hatasının veya bakımdaki eksikliğin bir sonucu olduğu sürece, doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zilyet, tehlikeyi önleme amacıyla olağan ve gerekli özeni gösterdiyse, tazminat yükümlülüğü doğmaz. (2) Eğer zarara neden olan olay, zilyetliğin sona ermesinden itibaren bir sene içinde meydana gelirse, taşınmazın evvelki zilyedi de ortaya çıkan zarardan sorumludur. Meğerki kendi zilyedliği sırasında günlük hayattaki olağan ve gerekli özeni göstermiş olsun veya sonraki zilyed böyle bir özenle zararı önleyebilecek durumda olsun. (3) Bu hükümde kastedilen zilyet, malik sıfatıyla zilyettir.”*

Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen BGB m. 836'nın haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenmiş özel bir özen sorumluluğu hâli olduğu kabul edilmektedir<sup>129</sup>. Bu düzenlemenin kusursuz bir sorumluluk hâli olmadığı, ancak mağdur tarafın kusuru ve illiyet bağına ispat etmesinin zorluğundan yola çıkılarak mağdur taraf lehine özel düzenlemeler yapıldığı belirtilmiştir. Yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen bu maddede, ispat yükünün özel olarak düzenlenmesinin son derece isabetli olduğu doktrinde kabul edilmektedir<sup>130</sup>. Zira bir kusur sorumluluğu olarak yapı malikinin sorumluluğunda ispat yükünün özel olarak düzenlenmesinin uygulamada çok önemli pratik sonuçları olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de, zarar gören tarafın, binanın inşası ve bakımı ile ilgili bilgilere sahip olması pek mümkün değildir. Malik sıfatıyla zilyet, yapının bakımından sorumludur ve bu sebeple ilgili bilgilere sahiptir<sup>131</sup>. Sonuç olarak, malik sıfatıyla zilyet, yapının güvenliğini sağlamak için gösterdiği çabaları kanıtlayarak, günlük hayattaki olağan ve gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ispat yükünün bu şekilde tersine çevrilmesi, yapının uzun zaman önce inşa edildiği ve o zamandan bu yana birçok kez el değiştirdiği durumlarda özellikle değerlidir. Zira bu durumlarda hem malik sıfatıyla zilyedin hem mağdurun (zarar görenin) korunduğu kabul edilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, BGB m. 836'da ispat yükünün yer değiştirmiş olması, sorumluluğu kusursuz sorumluluk yapmaz. Yapıda bir sorunun (eksikliğin) olduğu her durumda, kusurun var olduğu da savunulamaz<sup>132</sup>. Bu sebeple, yapı malikinin sorumluluğunda yapının yapımında ya da bakımında eksiklik olması hâlinde kusurun da var olduğuna ilişkin yargı kararlarının yanıltıcı olduğu, ilgili maddenin (BGB m. 836) bu şekilde yorumlanmayacağı belirtilmiştir<sup>133</sup>. Ancak kusurlu bir davranışın kusurlu bir sonuca yol açacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca kusurun ve illiyet bağına varlığını, zarar görenin ispat etmesinin zorluğundan yola çıkılarak davalının, kusuru olmadığını ve/veya illiyet bağı bulunmadığını ispatlanmasının daha doğru olacağı ileri sürülmüştür<sup>134</sup>.

Alman hukukunda BGB m. 836'nın temelinde, *"bir kimsenin diğer tarafın menfaatlerini makul bir şekilde göz önünde bulundurmuş olsaydı zararı önleyebileceği; bu nedenle gerekli önemleri almayan malik sıfatıyla zilyedin yapının neden olduğu zararları karşılaması gerektiği"* genel ilkesinin yer aldığı vurgulanmıştır<sup>135</sup>.

## **B. Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun koşulları**

Alman hukukunda bu sorumluluk, bir haksız fiil sorumluluğu olduğu için haksız fiil sorumluluğunun koşullarının gerçekleşmesi gerekir<sup>136</sup>. Alman hukukunda ana ilkeye bağlı kalındığı ve hükmün kusur sorumluluğu olarak düzenlendiği görülmektedir. BGB'nin ilk taslağında yapı malikinin sorumluluğu,

<sup>129</sup> Kern, § 836, Nr. 1; Staudinger, § 836, Nr. 1; Katzenmeier, § 836, Nr. 1.

<sup>130</sup> Staudinger, § 836, Nr. 1.

<sup>131</sup> Wagner, § 836, Nr. 1; Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 1.

<sup>132</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 1.

<sup>133</sup> BGH, NJW 1999, 2594.

<sup>134</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 23, 104.

<sup>135</sup> Wagner, § 836, Nr. 2; BGH, NJW 1972, 826; BGH, NJW 1979, 309.

<sup>136</sup> Kern, § 836, Nr. 1; Staudinger, § 836, Nr. 1; Katzenmeier, § 836, Nr. 1.

ispat yükünün zarar görene ait olduğu, adi kusura dayalı bir sorumluluk olarak düzenlenmişti<sup>137</sup>. Ancak daha sonra komisyon tarafından bu maddede zarar gören lehine birtakım değişiklikler yapılmıştır. Malik sıfatıyla zilyedin aleyhine olacak şekilde özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ispat yükü tersine çevrilmiştir. Böylece malik sıfatıyla zilyet, kusurunun olmadığını ve/veya illiyet bağının bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir<sup>138</sup>. Alman hukukunda, Türk- İsviçre ve Fransız hukukunun aksine, taşınır ya da taşınmaz bir eşyaya sahip olmanın kusursuz sorumluluğu meşrulaştırmayacağı ancak özen yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırılığın sorumluluğa sebebiyet verdiği kabul edilmiştir<sup>139</sup>. Aşağıda Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun şartları detaylı bir şekilde incelenmiştir. Türk hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, Alman hukukunda ana ilkeye bağlı kalındığı ve hükmün kusur sorumluluğu olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim bu durum, sorumlu sayılan kişilerin fiil ehliyetine sahip olmalarını da gerektirmektedir<sup>140</sup>.

### 1. Bina veya diğer yapı eserinin mevcut olması

Alman hukukunda BGB m. 836'da bina kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Kanun koyucu, bu kavramın açıklamasının içtihat ve doktrin tarafından geliştirilmesinin uygun olacağı sonucuna varmıştır. Alman hukukunda bina, zemine bağlı olan, insanlar tarafından girilebilen ve ikamet etmek veya malların depolanması için kullanılan kapalı bir yapı olarak tanımlanmaktadır<sup>141</sup>. Klasik konutun yanı sıra kilise, ahır, spor salonu veya bisiklet kulübesi gibi diğer işlevsel mekânlar da bu tanıma dâhildir<sup>142</sup>. Karavanlar veya inşaat römorkları da bina olarak kabul edilmektedir. Ancak belirli bir sağlamlıkta, zeminle doğrudan veya dolaylı bağlantılı olmayan ve kolayca ortadan kaldırılan nesnelere bina olmayacağı açıktır. Bir yapıdan, özellikle de binadan söz edilebilmesi için, bu yapının mutlaka tamamlanmış olmasına gerek yoktur. Harabe hâlinde olan bina veya diğer yapı eserlerinin bulunması hâlinde de BGB m. 836'nın koşulları gerçekleşebilir<sup>143</sup>. Zira aksi hâlde bireyler haksız fiil sorumluluğundan kurtulmak için bina veya diğer eserleri harabe hâlinde bırakarak, doğacak zararların tazmininden kaçınırlar. Balkonlar ve sundurmalar gibi tüm uzantılar da bina olarak kabul edilmektedir<sup>144</sup>.

Alman hukukunda BGB m. 836'da eser kavramına yer verildiği görülmektedir. Eser kavramı, belirli bir amaca hizmet eden ve insan eliyle mimarlık kurallarına veya zeminle bağlantılı deneyimlere göre üretilmiş nesnelere ifade eder<sup>145</sup>. Kayalar veya ağaçlar gibi doğal nesnelere bu kapsama girmez. Zira bunlar, insan yapımı değildir. Öte yandan, moloz veya atık yığınları belirli bir amaca hizmet etmediğinden, eser olarak kabul edilmezler<sup>146</sup>. Henüz belirli bir amaç için kullanılmayan inşaat malzemelerinin (kum veya toprak yığınları gibi) biriktirilmesi de diğer yapı eserleri kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>147</sup>.

Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi nesnenin, doğrudan ya da dolaylı olarak zemine bağlı (sabit) olması aranmaktadır<sup>148</sup>. Bir nesnenin sürekli olarak zemine bağlı olması, şart olarak

<sup>137</sup> Elke Herrmann, "Cautio damni infecti, Besitzbegriff und Verantwortung für Sachgefahren", in: Eckert, Jörn, *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, (Heidelberg: 2003), 203; Petershagen, *Die Gebäudehaftung*, 44.

<sup>138</sup> Staudinger, § 836, Nr. 1.

<sup>139</sup> Staudinger, § 836, Nr. 1.

<sup>140</sup> Petershagen, *Die Gebäudehaftung*, 123.

<sup>141</sup> Kern, § 836, Nr. 3; Staudinger, § 836, Nr. 4; Katzenmeier, § 836, Nr. 5; Petershagen, *Die Gebäudehaftung*, 109.

<sup>142</sup> Kern, § 836, Nr. 3; Spindler, § 836, Nr. 5; AG Laufen, BeckRS 2014, 7358.

<sup>143</sup> Wagner, § 836 Nr. 7; Spindler, § 836, Nr. 5.

<sup>144</sup> Wagner, § 836, Nr. 7.

<sup>145</sup> Katzenmeier, § 836, Nr. 8; Kern, § 836, Nr. 3; Spindler, § 836, Nr. 8, 9; Staudinger, § 836, Nr. 5; Ansgar Staudinger - Stefan Heinze, "Der Grabstein - Stein des Anstoßes", *Jura* 2003, 581 vd.; Petershagen, *Die Gebäudehaftung*, 109.

<sup>146</sup> Wagner, § 836, Nr. 8, 36.

<sup>147</sup> Petershagen, *Grosskommentar*, § 836, Nr. 18.

<sup>148</sup> Wagner, § 836, Nr. 7.



aranmamaktadır. Araba, uçak, mobil uygulamalar gibi cisimlerin yapı olmadığı kabul edilmektedir<sup>149</sup>. Ancak bir inşaat iskelesinin yapı olduğu kabul edilmektedir. Zira bu iskelenin ancak işçiler tarafından hareket ettirileceği ileri sürülmektedir<sup>150</sup>. Ortada bir yapı eserin olup olmadığının kararı verilirken somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır<sup>151</sup>. Meselâ, bir bahçe çitinin, bir levhanın yapı eseri olarak değerlendirilmesi için somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Yapı kavramından bahsedilmesi için bunun mutlaka toprağın üstünde olmasına gerek yoktur. Boru hatları, yer altı tanklarının bu anlamda birer yapı olduğu Alman hukukunda kabul edilmektedir<sup>152</sup>. Alman hukukunda yargı kararları incelendiğinde köprüler<sup>153</sup>, atık bertarafı için konteynerler<sup>154</sup>, garajlar, barajlar ve bentler<sup>155</sup>, seralar<sup>156</sup>, mezar taşları<sup>157</sup>, aydınlatma direkleri, tenteler, duvarlar, sütunlar ve kolonlar, salıncaklar ve diğer oyun ekipmanları, elektrik, telefon ve trafik işaret direkleri<sup>158</sup>, tuvalet blokları<sup>159</sup> gibi pek çok nesnenin yapı kavramı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

Bir eşyayı, binanın veya eserin parçası olarak nitelendirilebilmek için "*yapısal bağlantı*" gereklidir. Federal Alman Mahkemesi, kararlarında, kamuoyuna göre nesnenin bir bütün olarak binaya ait olduğu algısı var ise, yapısal bağlantının var olduğunu kabul etmiştir<sup>160</sup>. Çatıdaki buz sarkıtları veya kar gibi doğal nesnelere, insan eliyle bağlanmadıkları için şüphesiz yapısal bağlantı kategorisine girmez<sup>161</sup>. Bu nedenle, insan eliyle yapılmış bir parçanın kopması sonucunda hasar meydana gelmedikçe, özellikle çatıdaki buz sarkıtlarının kopmasının neden olduğu hasarlar için BGB m. 836 kapsamında sorumluluk gündeme gelmez<sup>162</sup>.

Bir binanın veya eserin parçalarına ilişkin yapısal bağlantı arasında, çatı kiremitleri veya kaplamaları, pencereler ve pencere parçaları, korkuluklar, bina üzerindeki veya içindeki lambalar, bacaya tırmanmak için sabitlenmiş merdivenler, iniş boruları ve oluklar, bacalar, basamaklar, kapılar ve kapı kolları veya duvarlar, zeminler ve tavanlar yer almaktadır<sup>163</sup>. Bir binanın ya da eserin parçalarına ilişkin sıra dışı eşya da yapısal bağlantı olarak kabul edilebilir. Meselâ, bir çamur çukuru için kapak plakası, bir çatı merdivenini asmak için tasarlanmış bir çatı kancası, duvar kiremitlerine vidalanmış ve küvetin üzerine yerleştirilmiş bir duş kabini, rögar veya drenaj kapakları, bir mezbahada hayvan karkaslarını asmak için kullanılan bir kanca, bir sinyal direğini sabitlemek için kullanılan bir çivi ve duvara gömülü bir okul yazı tahtası, binanın veya eserin bir parçası olarak değerlendirilebilir<sup>164</sup>.

## **2. Yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik sebebiyle bina veya diğer yapı eserinin yıkılması veya bunlardan parçalar kopması sonucunda zararın doğmuş olması**

Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için bir bina veya toprağa bağlı eserin yıkılması veya bunlardan parçalar kopması gerekir<sup>165</sup>. Bu bakımdan TBK m. 69'dan farklı olarak BGB m. 836'nın uygulama alanı, somut olarak "*yıkılma*" ve "*kopma*" olaylarıdır. Türk hukukunda kopma veya yıkılma özel olarak aranmamakta, bina veya yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki

<sup>149</sup> Wagner, § 836, Nr. 7.

<sup>150</sup> Staudinger, § 836, Nr. 6.

<sup>151</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 19; Staudinger, § 836, Nr. 6.

<sup>152</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 20.

<sup>153</sup> BGH, NJW-RR 1988, 853; OLG Celle, OLGR 1994, 281.

<sup>154</sup> OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 1230.

<sup>155</sup> BGH, NJW 1972, 724; OLG Oldenburg, VersR 1988, 358.

<sup>156</sup> AG Leutkirch, NJW-RR 1996, 859.

<sup>157</sup> Staudinger - Heinze, 581 vd.; BGH, NJW 1977, 1392.

<sup>158</sup> OLG Koblenz, BeckRS 1988, 7411.

<sup>159</sup> LG Köln, BeckRS 2012, 18065.

<sup>160</sup> BGH, NJW 1999, 2593.

<sup>161</sup> Günther H. J. Birk, "Ersatzpflicht für Dachlawinenschäden", BGH, NZM 2013, 47.

<sup>162</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 146.

<sup>163</sup> Wagner, § 836, Nr. 8; Staudinger, § 836, Nr. 6.

<sup>164</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 121 vd.; Wagner, § 836, Nr. 8.

<sup>165</sup> Katzenmeier, § 836, Nr. 11; Kern, § 836, Nr. 5; Staudinger, § 836, Nr. 2, 3; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 129, 145.

eksikliğin genel olarak vereceği zararlardan bahsedilmektedir. Alman hukukundaki bu düzenlemeyle binanın veya yapı eserinin mutlaka aktif olarak zarar vermesi aranmaktadır.

Yıkılma, binanın veya eserin bütünüyle ani ve istem dışı çökmesi veya devrilmesidir<sup>166</sup>. Kopma, parçanın bütünden istem dışı ayrılmasını veya en azından parçanın genel yapı içinde gevşemesini gerektirir<sup>167</sup>. Yıkılma veya kopmanın, yapının geri kalanını etkilemeden sadece yapının iç bağlantısını etkilemesi bile yeterlidir. Böylece meselâ bir iniş borusunun bükülmesi, yanlış monte edilmiş bir kilit açma cihazının yanlışlıkla çalışması nedeniyle bir garaj kapısının düşmesi veya gaz/su borularındaki çatlaklar da bu kapsamda kabul edilmiştir<sup>168</sup>.

Yapı ile bağlantılarında herhangi bir fiziksel değişiklik olmaksızın, misal bir kanalizasyon sisteminin tıkanması gibi, bileşenlerin sadece arızalanması bir kopma değildir. Bu durumlar BGB m. 836 kapsamında değerlendirilemez<sup>169</sup>.

Yıkılma veya kısmî kopmanın, yapının yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten meydana gelmesi gerekir. Yapı yapılırken uyulması gereken bazı teknik ve hukukî kurallar mevcuttur. Bu kurallara uyulmaması, başlı başına, yapının yapımında bozukluk bulunduğunun kabulü için yeterlidir. Yapım, bir yapının ilk inşası veya genişletilmesi anlamına gelirken; uygun bakım, bitmiş yapıdaki güvenlikle ilgili kusurların ortadan kaldırılmasını gerektirir<sup>170</sup>.

Bir binaya sonradan üçüncü bir şahıs tarafından hatalı bir parça eklenmesi, hatalı yapım teşkil etmez. Ancak bu hâllerde hatanın giderilmesi gerektiğinden, kusurlu bakım dikkate alınmalıdır. Bu durumda malik sıfatıyla zilyedin, olağan ve gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür<sup>171</sup>. Alman hukukunda bu bir kusur sorumluluğu olduğu için somut uyuşmazlığın dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Düzgün inşa edilmiş yapıların çökmeyeceği ve parçalarının kopmayacağı kabul edildiğinde böyle bir durum ile karşılaşılırsa malik sıfatıyla zilyedin kusursuz olduğunun ispatlanması gerekir<sup>172</sup>. Bir yapı ayrıca öngörülebilir hava koşullarına ve üçüncü şahısların kötü davranışlarına dayanabilmelidir<sup>173</sup>. Bu sebeple, doğal afetler, yetkisiz kullanım veya vandalizm gibi olağandışı olayların belirtileri varsa, artık yapı malikinin kusurlu olduğu ileri sürülmez<sup>174</sup>.

Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu ile ürün sahibinin sorumluluğu birbirine benzetilmektedir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi, ürün sorumluluğuna dair vermiş bir kararında, yapı malikinin sorumluluğuna atıf yapmıştır<sup>175</sup>. Ancak yapı malikinin sorumluluğunun, ürün sorumluluğuna nazaran daha katı bir sorumluluk olduğu da vurgulanmıştır. Zira ürün sorumluluğunda ürünün ilk yapıldığı zamanki güvenlik koşullarına uygun yapılması yeterlidir. Yapı malikinin sorumluluğunda ise, yapının yapımındaki eksiklikle sınırlı kalmayıp aynı zamanda bakımındaki eksikliklerden dolayı da sorumluluk doğabilmektedir<sup>176</sup>.

Düzgün bir şekilde inşa edilmiş ve bakımı yapılmış yapılar, normal şartlar altında çökmez veya parçalarını kaybetmez. Bu tür olayların meydana gelmiş olması hâlinde, yapının kusurlu olduğu kabul edilir<sup>177</sup>. Yargı kararlarına göre, farklı bir inşaat plânı veya farklı bir tür bakım önlemi yoluyla kopma veya kısmî ayrılmanın önlenmesi mümkünse, yapının kusurlu olduğu, aksi ispat edilene kadar (*prima*

<sup>166</sup> Staudinger, § 836, Nr. 7; Wagner, § 836, Nr. 12, 99, 101; Michael J. Schmid, "Die Haftung für den Einsturz oder die Ablösung von Gebäudeteilen", *VersR* 2012, 1098.

<sup>167</sup> Staudinger, § 836, Nr. 8; Wagner, § 836, Nr. 12.

<sup>168</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 130 vd.; Wagner, § 836, Nr. 12.

<sup>169</sup> Kern, § 836, Nr. 5; Wagner, § 836, Nr. 12.

<sup>170</sup> Wagner, § 836, Nr. 13.

<sup>171</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 35; Staudinger, § 836, Nr. 14.

<sup>172</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 35; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 142 vd.

<sup>173</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 146.

<sup>174</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 148 vd.

<sup>175</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 246; Wagner, § 836, Nr. 13.

<sup>176</sup> Wagner, § 836, Nr. 13.

<sup>177</sup> Wagner, § 836, Nr. 14.

*facie*) kabul edilir<sup>178</sup>. Binanın kamu güvenliği yönetmeliklerine, yetkili ve görevli mercilerce belirlenen standartlara veya inşaat ruhsatı makamı tarafından belirlenen gerekliliklere uygun olup olmadığı önemsizdir<sup>179</sup>. Gerçekten de, yapı, yönetmeliklere uygun yapılmasına rağmen yapımında ya da bakımında eksiklikler bulunabilir.

Yapının yıkılması veya yapıdan münferit parçaların kopması muhtemelen yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik dışında bir sebepten kaynaklanmıyorsa artık aksi ispatlanana kadar (*prima facie*) malik sıfatıyla zilyedin sorumlu olduğuna dair karine ortadan kalkar<sup>180</sup>. Özellikle doğa olayları, sorumluluğu ortadan kaldıran alternatif sebepler olarak düşünülebilir. Ancak bunlar, açıkça olağan ve beklenen doğa olaylarının kapsamının dışında kalmalıdır. Zira yapı maliki normal doğa olaylarına hazırlıklı olmalıdır. Yapı, normal doğa olaylarına dayanabilmelidir. Yargı kararları incelendiğinde, istisnaî derecede güçlü fırtınaların bile sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler olarak dikkate alınmadığı görülmektedir. Özellikle iklim değişikliği nedeniyle 13 Beaufort'a kadar olan rüzgâr kuvveti artık evler için olağandışı kabul edilmemektedir<sup>181</sup>. Bir binada, onarım veya güvenlik önlemlerinin alınmasının gerekip gerekmediğini görmek için düzenli olarak kontrol yapılmıyorsa, o binaya kötü bakılmış kabul edilir. Bu durumda yıkılma veya kopma riskinin ortadan kaldırılmaması belirleyicidir<sup>182</sup>.

Alman Medenî Kanunu'nun 836. maddesi, açıkça cismani zarar ve/veya eşya zararını düzenlemektedir. Bu maddenin koruma kapsamı, yaşam, sağlık, fiziksel bütünlük ve mülkiyet ile sınırlıdır<sup>183</sup>. Haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği BGB m. 823'te, salt malî kayıplar da zarar olarak değerlendirilip korunurken, istisnaî bir düzenleme olan BGB m. 836'nın koruma kapsamına salt malî kayıpların girmeyeceği açıktır<sup>184</sup>. Bu maddede korunan yasal menfaatler, bir kişinin ölümü, vücut ve sağlığının zarar görmesi ve mülkün zarar görmesi olarak kapsamlı bir şekilde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, sadece maddi kayıplar tazminat için uygun değildir. Zararın kapsamı konusunda herhangi bir özel durum söz konusu değildir<sup>185</sup>. Bu sebeple, zararın kapsamı, genel hükümler (BGB m. 249 vd.) ile BGB m. 842 vd.'ndaki hükümlere uygun olarak belirlenir. Zarar görenin ihmali, birlikte kusur kapsamında BGB m. 254 uyarınca dikkate alınmalıdır<sup>186</sup>.

### 3. Uygun illiyet bağı

Alman hukukunda malik sıfatıyla zilyedin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için yapıdaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik sonucunda yapıda yıkılma veya parçaların kopması aranır. Ayrıca söz konusu yıkılma veya kopmanın korunan hukuki menfaatleri zedelemesi gerekir<sup>187</sup>. İlliyet bağının ispatında, illiyet bağının varlığı, çoğu somut olayda fiili karine (aksi ispat edilene kadar/*prima facie*) olarak kabul edilebilmektedir. Uygun illiyet bağı, başlangıçtan itibaren mevcut değilse veya illiyet bağı kesilmişse, malik sıfatıyla zilyedin sorumluluğu doğmaz. Malik sıfatıyla zilyedin sorumluluğu, Alman hukukunda olağanüstü ve öngörülemeyen olaylar durumunda reddedilebilmektedir. Bununla birlikte, yapısal bir bozukluk (gevşek bir çatı kiremidi gibi) tespit edilmişse de, kaza, sel veya yüzyılın kasırgası gibi bir doğa olayı veya zarar gören tarafın veya üçüncü bir kişinin hukuka aykırı davranışı gibi tamamen öngörülemeyen olaylar varsa, illiyet bağı olmadığı için malik sıfatıyla zilyedin sorumluluğu gündeme gelmez. Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğunda illiyeti kesen sebeplere ilişkin yapılan açıklamalar Alman hukuku için de aynen geçerlidir<sup>188</sup>.

<sup>178</sup> Wagner, § 836, Nr. 14.

<sup>179</sup> Wagner, § 836, Nr. 14.

<sup>180</sup> Staudinger, § 836, Nr. 10; Schmid, 1098; Wagner, § 836, Nr. 14.

<sup>181</sup> Spindler, § 836 Nr. 13; OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, 793.

<sup>182</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 38.

<sup>183</sup> Staudinger, § 836, Nr. 2.; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 167.

<sup>184</sup> Wagner, § 836, Nr. 16.

<sup>185</sup> Staudinger, § 836, Nr. 15.

<sup>186</sup> Staudinger, § 836, Nr. 15; Petershagen, Grosskommentar, § 836, Nr. 51.

<sup>187</sup> Staudinger, § 836, Nr. 1; Kern, § 836, Nr. 6; Katzenmeier, § 836, Nr. 15.

<sup>188</sup> Bkz. Yukarıda, I, B. 4.

#### 4. Kusur

Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Kusur ehliyeti olmayan kimselerin bu madde kapsamında sorumluluğu gündeme gelmez<sup>189</sup>. Zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispat etmesi gerekmez. Kusuru ispat bakımından ispat yükü, zarar görenin lehine yer değiştirmiştir. Önce zarar gören, yukarıda açıklanan hususları ispat edecek, ardından malik sıfatıyla zilyet kendisinden beklenen olağan ve gerekli özeni gösterdiğini ispat etmeye çalışacaktır. Sorumluluktan kurtulmak, malik sıfatıyla zilyedin kusursuzluğunu ispat ile mümkün olabilir. Bu tür bir düzenlemenin sebebi, ispat yükünü zarar görenin üzerinden alarak, hükmü biraz da olsa kusur sorumluluğundan uzaklaştırıp kusursuz sorumluluğa yakınlaştırma çabası veya tazminat yükümlüsünün sorumluluktan kurtulmasını zorlaştırarak sorumluluğunu ağırlaştırmak olarak açıklanmaktadır<sup>190</sup>. Kusursuzluğu ispat yükü, tazminat yükümlüsünün özenli davranmasını sağlayabileceğinden, tazminat yükümlüsü, zarar verecek olgunun hiç meydana gelmemesi için çaba sarf edecektir<sup>191</sup>.

#### C. Sorumlu kişiler

TBK m. 69 gereğince, yapının yapımındaki bozukluktan malik ve bakım eksiklikleri bakımından malik, oturma ve intifa hakkı sahibi sorumlu iken; Alman hukukunda BGB m. 836-838 uyarınca kusura bağlı olarak birden çok kişi sorumlu tutulmaktadır. BGB m. 836 gereğince, öncelikle bina veya yapı eserini malik sıfatıyla elinde bulunduran zilyet (Eigenbesitzer) sorumludur<sup>192</sup>. Malı kendisininmiş gibi elinde tutan kişinin sorumlu olmasının son derece isabetli olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu sayede tazminat sorumluluğu, yapıdaki bozukluğu veya bakım eksikliğini zamanında saptayabilecek ve önlem alabilecek kişiye yüklenmektedir<sup>193</sup>. Gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtuluş imkânı tanındığı için, sorumluluğu bu özeni gösterebilecek kişiye yüklemek de doktrinde isabetli bulunmuştur<sup>194</sup>.

Alman Medenî Kanunu'nun 836/II düzenlenmesinde yeni zilyet ile birlikte eski zilyet de sorumlu tutulmaktadır<sup>195</sup>. Eski zilyet, zilyetliğin devrinden sonra bir yıl süreyle sorumlu tutulmaya devam edilmektedir. Zira yeni zilyet, ancak belli bir zamanın geçmesinden sonra yapıdaki bozukluğa veya bakım eksikliğine vakıf olabilir<sup>196</sup>. Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Bu sebeple, yeni zilyedin, yapıdaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin giderilmesinde herhangi bir ihmali bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulması olağandır<sup>197</sup>. Bu hâllerde, zarar görenin menfaatinin yeterince korunması için, yeni zilyet sorumluluktan kurtulsa bile, zarar görenin başvurabileceği eski zilyedin varlığı önemlidir<sup>198</sup>. Bir yıllık süre içinde artık yeni zilyedin eksikliklerin farkına varıp gerekli önlemleri alması gerektiği, almaması hâlinde kusurlu sayılacağından, eski zilyedin sorumluluğu bir yılın hitamında sona ermektedir<sup>199</sup>.

Alman Medenî Kanunu'nun 837. maddesi uyarınca, *"herhangi bir kimse bir hakkın kullanılması dolayısıyla yabancı bir bina veya herhangi bir yapı eserine zilyet ise o, taşınmazın zilyedinin yerine 836. madde uyarınca sorumlu olacaktır"*. Bu madde, haksız fiil hukuku kapsamında özen yükümlülüğünün tehlikeyi en iyi kontrol edebilen, nispeten en etkili ve en az maliyetli güvenlik önlemlerine sahip olan

<sup>189</sup> Kern, § 836, Nr. 8; Staudinger, § 836, Nr. 1; Wagner, § 836, Nr. 27.

<sup>190</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 224.

<sup>191</sup> Wagner, § 836, Nr. 27.

<sup>192</sup> Staudinger, § 836, Nr. 12;

<sup>193</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 257.

<sup>194</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 257.

<sup>195</sup> Kern, § 836, Nr. 6; Staudinger, § 836, Nr. 13, 14; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 174.

<sup>196</sup> Kern, § 836, Nr. 6; Staudinger, § 836, Nr. 13, 14; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 174.

<sup>197</sup> Kern, § 836, Nr. 6; Staudinger, § 836, Nr. 13, 14.

<sup>198</sup> Staudinger, § 836, Nr. 14.

<sup>199</sup> Staudinger, § 836, Nr. 14.

tarafa yöneltmesine ilişkin genel ilkenin somutlaştırılmış hâli olarak değerlendirilmektedir<sup>200</sup>. Bu maddede “*yerine*” ifadesi kullanıldığından, artık malik sıfatıyla zilyedin, BGB m. 836 uyarınca sorumluluğu gündeme gelmez. Bu hâllerde malik sıfatıyla zilyedin, koşulları gerçekleşmişse genel haksız fiil sorumluluğu, BGB m. 823 maddeye göre devam edebilir. Böylece malik sıfatıyla zilyedin BGB m. 823; bir hakka dayanarak bina veya yapı eserine zilyet olanın ise BGB m. 837 uyarınca sorumluluğu devam eder. Bu madde uyarınca bir kişi, özel hukuk ya da kamu hukukundan kaynaklı aynı veya nispi bir hakka dayanarak bir bina ya da yapı eseri üzerinde fiili kontrol uygulayabiliyorsa, meydana gelen zararlardan malik sıfatıyla zilyedin yerine sorumlu olur<sup>201</sup>. Böyle bir düzenlemenin son derece isabetli olduğu belirtilmektedir. Zira bina veya yapı üzerindeki hâkimiyeti ve buna bağlı olarak kontrol olanağı daha fazla olan zilyedin sorumlu tutulmasının daha mantıklı olacağı ileri sürülmektedir<sup>202</sup>. Malik sıfatıyla zilyede nazaran böyle bir zilyedin ekonomik açıdan da daha etkin önlemler alabileceği savunulmaktadır. Meselâ, bir arazi üzerinde aynı veya nispi bir hakka dayanılarak sirk çadırları inşa edilmişse, burada artık BGB m. 837 uyarınca sadece bina veya yapı eserinin zilyedi olan kimsenin sorumluluğu gündeme gelecek; arsa sahibinin ise, kusuru varsa genel haksız fiil hükümleri çerçevesinde (BGB m. 823) sorumluluğu devam edecektir. Doktrinde, arsada kiracıya ait bir bina veya eser olmadıkça kiracının BGB m. 837 uyarınca sorumlu olmayacağı belirtilmektedir<sup>203</sup>.

Alman hukukunda intifa hakkı sahibinin BGB m. 837 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, BGB m. 837’nin koşullarının gerçekleşmesi hâlinde bu kişiler, arazi malikinin (malik sıfatıyla zilyedin) yerine sorumlu tutulur. Dolayısıyla doktrinde bir görüş, intifa hakkı sahibinin BGB m. 837 uyarınca sorumlu olacağını savunurken<sup>204</sup>; bir diğer görüş ise, intifa hakkı sahibinin sorumluluğunun yapı malikinin sahibiyle birlikte devam edeceğini bu hâllerde de BGB m. 838’in uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar<sup>205</sup>.

Alman Medenî Kanunu’nun 838. maddesi incelendiğinde “*her kim ki bir binanın veya toprağa bağlı olan bir eserin bakımını zilyet için yüklenmiştir yahut bina veya esere yararlanma hakkına sahip olduğundan dolayı bakmak zorundadır, o da tıpkı zilyet gibi yıkılma ve kısımların ayrılması ve düşmesi sonucu meydana gelecek zarardan sorumludur.*”<sup>206</sup> hükmü ile karşılaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümle bakım yükümlüsü kişilere de sorumluluk yüklenmiştir. Alman hukukunda yapı maliklerinin şirketlerle anlaşarak yapının bakımını bu şirketlere devretmeleri son derece yaygındır. Yapı malikinin bir şirketi görevlendirerek üzerine düşeni yaptığı ve bu nedenle kusuru olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Böyle durumlar için kanun koyucu, bir eserin bakımını mal sahibi için üstlenen veya sahip olduğu bir kullanım hakkı sebebiyle binanın veya eserin bakımını yapmak zorunda olan kişilerin de sorumluluğunu ayrıca düzenlemiştir. Nitekim bina veya yapı eseri hakkında en iyi bilgiye sahip olabilecek durumda olan kişileri sorumlu kılmak görüşü, Alman hukukunda yer alan düzenlemelerde ağır basmaktadır<sup>207</sup>. Kiracı ve intifa hakkı sahibinin de bu madde kapsamında malik sıfatıyla zilyetle birlikte sorumlu olacağı, Alman hukukunda kabul edilmektedir<sup>208</sup>. Bir kimse, binanın yıkılması veya binanın bazı bölümlerinin kopması (ayrılması) sebebiyle herhangi bir zarara yol açmayacak şekilde binanın bakımını yapma sorumluluğunu üstlenmişse, BGB m. 838 uyarınca sorumludur<sup>209</sup>. Bu kimse, yapının tamamının değil, bir kısmının bakımını üstlenmiş olsa da sorumluluğu devam eder<sup>210</sup>.

<sup>200</sup> Kern, § 837, Nr. 1; Staudinger, § 837, Nr. 2; Schmid, 1098; Wagner, § 837, Nr. 1; Petershagen, Grosskommentar, § 837, Nr. 2.

<sup>201</sup> Staudinger, § 837, Nr. 2.

<sup>202</sup> Petershagen, Grosskommentar, § 837, Nr. 3.

<sup>203</sup> Staudinger, § 837, Nr. 2; Petershagen, Die Gebäudehaftung, 182.

<sup>204</sup> Kern, § 837, Nr. 2; Staudinger, § 837, Nr. 2.

<sup>205</sup> Wagner, § 837, Nr. 3; Petershagen, Grosskommentar, § 837, Nr. 3.1.

<sup>206</sup> Kern, § 838, Nr. 1; Staudinger, § 838, Nr. 1.

<sup>207</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 258.

<sup>208</sup> Wagner, § 838, Nr. 6, 8.

<sup>209</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 186 vd.

<sup>210</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 188.

#### D. Tazminat (Giderim) yükümlülüğü

Yapı malikinin sorumluluğu kapsamında yalnızca mutlak hak niteliği taşıyan hukukî menfaatler, özellikle kişinin fizikî bütünlüğünün ve mülkiyet hakkının ihlali korunur. Saf malvarlığı zararının tazmini istenemez<sup>211</sup>.

Yapı malikinin sorumluluğu kapsamında oluşan zararın tazmini, genel hükümler kapsamında olacaktır<sup>212</sup>. Yapı malikinin kusuru, birlikte kusur, illiyet bağımlı kesen hususlar hâkim tarafından dikkate alınarak tazminata hükmedilir<sup>213</sup>.

#### Sonuç

Türk hukukunda da Alman hukukundakine benzer bir düzenleme öngörülmelidir. Gerçekten de, zor koşullarda bir daire satın alan, yapım aşamasında aktif bir şekilde rol oynamayan yapı malikinin kusursuz olarak sorumlu tutulması isabetli değildir. Alman hukukunda olduğu gibi ispat yükü yer değiştirilerek hem zarar görenin hem yapı malikinin menfaatlerinin dikkate alınması isabetli olacaktır. Türk hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun kurtuluş kanıtı dahi getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk hâli olarak düzenlenmesi, yapı malikinin sorumluluğunu önemli ölçüde genişletmiştir. Türk hukukunda yapı maliki, gerekli tedbirleri aldığı, buna rağmen zararın doğduğunu ispat ederek dahi sorumluluktan kurtulamamaktadır. Kanun koyucuda yapı malikinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk hâli olarak kalması yönünde irade bulunması hâlinde ise, hiç değilse kurtuluş kanıtı getirme imkânı sunulmalıdır. Nitekim Türk hukukunda da yapı maliki, gerekli tedbirleri aldığı, buna rağmen zararın doğduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmelidir.

Alman hukukunda yapının eski maliki, yapının devrinden sonra bir yıl süreyle BGB m. 836 kapsamında sorumlu tutulmaya devam eder. Yeni malikin, ancak belli bir zamanın geçmesinden sonra yapının yapılışındaki bozukluğa veya bakımındaki eksikliğe vakıf olabileceği kabul edilmektedir. Bir yıllık süre içinde artık yeni malikin yapının durumuna vakıf olması ve gerekli önlemleri alması gerekir. Nitekim bir yılın hitamında, eski malikin BGB m. 836 kapsamında sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Alman hukukundaki bu düzenleme, kanaatimizce yerindedir.

Türk hukukunda yapı malikinin haricinde intifa ve oturma hakkı sahipleri de sorumlu kişilerden sayılmıştır. Ancak intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu, binadaki bakım eksikliği ile sınırlandırılmıştır (TBK m. 69/II). Alman hukukunda ise, sorumlu kişilerin kapsamı daha geniş bir çerçevede BGB m. 837 ve m. 838'de düzenlenmiştir. Alman Medenî Kanunu'nun 837. maddesi, yapı malikinin yerine sorumlu olan kişileri düzenlemişken; 838. maddesinde, yapı maliki ile birlikte sorumlu olanlar düzenlenmiştir. Kanaatimizce, Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da sorumlu olan kişilerin daha detaylı bir şekilde düzenlenmesi isabetli olur. Meselâ, kiracının kiraladığı bir bağımsız bölümde kolonları kesmesi sonucunda zararın meydana gelmesi hâlinde, kiracının da yapı malikinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen hükümler uyarınca sorumlu tutulması gerekir. Alman hukukunda yapıyı kullanan, böylece zararı daha hızlı ve kolay bir şekilde önleme imkânına sahip kimselerin sorumluluğunun detaylı bir şekilde düzenlenmesi bizce yerindedir.

Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğu, "yıkılma" ve/veya "kopma" durumu ile sınırlı olarak düzenlenmiştir. BGB m. 836'ya göre, bir binanın veya toprakla bağlantılı bir eserin yıkılması dolayısıyla veya binanın veya eserin kısımlarının kopması ve ayrılması dolayısıyla zarar doğması durumunda, o taşınmazın maliki, doğan zararı tazminle yükümlü tutulabilir. Buna göre, TBK m. 69'dan farklı olarak BGB m. 836'nın uygulama alanı, somut olarak yıkılma ve/veya kopma olaylarına özgüdür. Türk hukukunda yıkılma ve/veya kopma özel olarak aranmamakta; bina veya diğer yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksikliğin genel olarak vereceği zararlardan bahsedilmektedir.

<sup>211</sup> Staudinger, § 836, Nr. 2.

<sup>212</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 169.

<sup>213</sup> Petershagen, Die Gebäudehaftung, 151, 169.

Nitekim Alman hukukunda yapı malikinin sorumluluğunun doğması için, binanın veya yapı eserinin mutlaka aktif olarak zarar vermesi aranmaktadır. Kanaatimizce, Türk hukukunda da benzer bir düzenleme ile, bina veya diğer yapı eserinin, sadece yıkılması ve/veya bunlardan bir kısmının (parçasının) kopması dolayısıyla oluşan zararlar için yapı malikinin sorumluluğu kabul edilmelidir. Yıkılma ve kopma durumları dışındaki hâllerde, dar anlamda haksız fiil (kusur) sorumluluğu benimsenmelidir.

## Kaynakça

- Abik, Yıldız. "Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme", *Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi*, 3/1, (2010), 79-91.
- Acar, Bülent. "Yargıtay'ın, "Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi" İşlevini Tanımsızlığı Görüşünün Eleştirisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.: 3, (1991), 341-346.
- Akartepe, Alpaslan. "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI/1-2, (2012), 159-190.
- Akçaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2022.
- Akıncı, Şahin. *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, Konya: Sayram Yayınları, 12. Baskı, Haziran 2021.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Eylül 2020.
- Aydoğdu, Murat - Nart, Serdar. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Şubat 2022.
- Başoğlu, Başak. "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/2, (2015), 29-59.
- Birk, Günther H. J. "Ersatzpflicht für Dachlawinenschäden", *NJW* 1983, 2911-2917.
- Bolat Türkddoğan, Elif. *Türk Hukukunda Bir Kusursuz Sorumluluk Türü Olarak Objektif Özen Ödevine Dayalı Sorumluluk*, Ankara: Adalet Yayınevi, Mayıs 2021.
- Bucaktepe, Adil. "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17-18/26-27-28-29, (2012-2013), 93-122.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021. (Eren, Genel).
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975. (Eren, Sorumluluk).
- Furrer, Andreas - Müller-Chen, Markus - Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha, 1. Baskı, Eylül 2021.
- Gümüüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Herrmann, Elke. "Cautio damni infecti, Besitzbegriff und Verantwortung für Sachgefahren", in: *Eckert, Jörn, Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, Heidelberg: 2003, 203-214.
- Huguenin, Claire. *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, Zürich-Base-Genf: Schulthess, 2012.
- Kaneti, Selim. "İsviçre Federal Mahkemesinin Yapı Malikinin Sorumluluğuna İlişkin Kararları", *Adalet Dergisi*, S.: 9-10, Y.: 59, (Eylül-Ekim 1968), 575-590.
- Karan, Yeliz. "Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul: Filiz Kitabevi, Nisan 2013, 723-748.
- Katzenmeier, Christian. *Nomos Kommentar, BGB Schuldrecht, Band 2 §§ 241- 853*, Ed. Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, Baden-Baden: Nomos Verlag, 4. Auflage, 2021.
- Kern, Christoph. *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-1- VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO*, München: C. H Beck, 19. Auflage, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 26. Bası, Eylül 2022.



- Kurt, Ekrem. “Yapı Malikinin Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/4, (2008), 171-192.
- Oğuz, Habip. “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.: 28, Y.: 7, (Ekim 2016), 273-286.
- Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 16. Bası, Mart 2021.
- Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer - Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 24. Bası, Kasım 2022.
- Öcal Apaydın, Bahar. “Elektrik Enerjisi Nakil Hatlarının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluk”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27/2, (2019), 307-344.
- Öztaş, İlker. “Bina ve Diğer Yapıların Yapılışlarındaki Bozukluklardan veya Bakımındaki Eksikliklerden Dolayı Paydaşların Sorumluluğu”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI/1-2, (2007), 351-365.
- Petershagen, Jörg. *beck-online. Grosskommentar*, München: C. H. Beck, 19. Auflage, 2023. (Petershagen, Grosskommentar).
- Petershagen, Jörg. *Die Gebäudehaftung – § 836 BGB im System der Verkehrssicherungspflichten*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000. (Petershagen, Die Gebäudehaftung).
- Schmid, Michael J. “Die Haftung für den Einsturz oder die Ablösung von Gebäudeteilen”, *VersR 2012*, 1098-1100.
- Schwenzer, Ingeborg. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern: Stämpfli Verlag, 7. Auflage, 2016.
- Sirmen, A. Lâle. *Eşya Hukuku*, Ankara: Legem Yayınevi, 11. Baskı, 2023.
- Spindler, Gerald. *Beck'sche Online KommentareBeckOK*, München: C.H. Beck, 68. Edition, 2023.
- Staudinger, Ansgar - Heinze, Stefan. “Der Grabstein - Stein des Anstoßes”, *Jura 2003*, 581-587.
- Staudinger, Ansgar. *Nomos Handkommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Ed. Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 12. Auflage, 2024.
- Şahin, Turan. “Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu (2020) Tasarısında Kusursuz Sorumluluk Hallerinin Görünümü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/145, (Eylül 2018), 125-129.
- Tandoğan, Halûk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, 1981.
- Tekinay, Selahâttin Sulhi – Akman, Sermet – Burcuoğlu, Halûk – Altop, Atilâ. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1993.
- Wagner, Gerhard. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck, Band 7, 2024.
- Yavuz, Cevdet. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/4, (2008), 29-61.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Monopol Yayınları, 12. Baskı, Haziran 2021.
- Yılmaz, Süleyman. “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59/3, (2010), 551-578. (Yılmaz, Yeni Hükümler).

Yılmaz, Yasemin. "Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması", (Ed. Tufan Öğüz, Emrehan İnal, Başak Baysal, Şükran Şıpka, Hasan Erman), *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart 2020, 613-648.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarın Katkıları:** Makale tek yazarlıdır. Yazar makalenin son halini okuyup onaylamıştır.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.

**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.

## Deprem Sebebiyle Uğranılan Zararlardan Tazminat Sorumluluğu

### Liability for Damages Due to Earthquake Damage

Efe Can Yıldırım<sup>1\*</sup>   
Ali Suphi Kursun<sup>2</sup> 

<sup>1</sup> Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi,  
Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk  
Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye,  
efecan@istanbul.edu.tr

<sup>2</sup> Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk  
Doktora öğrencisi, Avukat, İstanbul  
Barosu, İstanbul, Türkiye,  
alisuphikursun@gmail.com

\*Sorumlu Yazar/Corresponding Author

Geliş Tarihi/Received: 06.05.2024  
Kabul Tarihi/Accepted: 28.06.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
19.07.2024

**Öz:** Bulunduğu coğrafyaya dair en somut bilimsel gerçekliklerin başında ülkemizin deprem kuşağında yer alması gelmektedir. Her on yılda bir gerçekleşen deprem felaketleri sonucunda binlerce insan hem yaşamını yitirmekte veya sakat kalmakta hem de önemli malvarlığı kayıplarına uğramaktadır. Depremi değil de tedbirsizliğin bu kayıplara neden olduğu dikkate alındığında gelecek zamanlarda gerçekleşecek doğal afetlerde kaybı en aza indirmek için sorumluların belirlenmesi ve etkin yaptırımlara tabi tutulmaları büyük önem arz etmektedir. Bilimsel yöntemler gözetilerek kaleme alınmış bu makalenin amacı da deprem bağlamında özel hukuka ilişkin doğabilecek sorumluluklara dair hem farkındalık yaratmak hem de akademisyenlere ve uygulamada yer alan meslektaşlarımıza yol gösterici bir çalışma sunmaktır. Bu makalede özel hukuktan doğan sorumluluk hem akdi sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu bakımından derinlemesine incelenmiştir. Akdi sorumlulukta özellikle depremde binaların yıkılması veya ağır hasar görmesinin ilgili taşınmazı konu edinen satış, kira, eser sözleşmesine etkisi hem genel hükümler hem de tüketici hukuku göz önüne alınarak irdelenmiştir. Son yıllarda gerek genel gerek özel nitelikli hükümler içeren kanunlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkan yürürlük sorunları da çeşitli olasılıklar göz önünde bulundurularak ele alınmıştır. Çalışmanın dördüncü bölümünde ise haksız fiil sorumluluğuna yer verilmiştir. Bu borç kaynağına dair her bir unsur öncelikle özetlenerek açıklanmış ardından da depremden sonra ortaya çıkan hukuki sonuçlar özel olarak incelenmiştir. İlgili unsura dair özet bilgilerde özellikle Türk ve İsviçre öğretisindeki görüşler ve saptamalardan yararlanılmış iken deprem bağlamında yapılan değerlendirmelerde ise yüksek mahkeme kararları öne çıkarılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Akdi Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu, Zamanaşımı, Tüketici, Zarar

**Abstract:** One of the most concrete scientific facts about the geography in which it is located is that our country is located in the seismic zone. As a result of earthquake disasters that occur every ten years, thousands of people lose their lives or become disabled and suffer significant property losses. Considering that it is not the earthquake but the lack of precaution that causes these losses, it is of great importance that those responsible are identified and subjected to effective sanctions in order to minimize the losses in natural disasters that will occur in the future. The purpose of this article, written considering scientific methods, is to both raise awareness about the responsibilities that may arise regarding private law in the context of earthquakes and to provide a guiding study to academics and our colleagues in practice. In this article, liability arising from private law has been examined in depth in terms of both contractual liability and tort liability. In contractual liability, the impact of collapse or severe damage to buildings, especially during an earthquake, on sales, rental and work contracts involving the relevant real estate has been examined, taking into account both general provisions and consumer law. Enforcement problems that have arisen due to changes in laws containing both general and special provisions in recent years have also been discussed, taking into account various possibilities. In the fourth part of the study, tort liability is included. Each element of this debt source was first summarized and explained, and then the legal consequences that emerged after the earthquake were specifically examined. While the opinions and determinations in Turkish and Swiss doctrine were used in the summary information about the relevant element, the Supreme Court decisions were highlighted in the evaluations made in the context of the earthquake.

**Keywords:** Contractual Liability, Tort Liability, Statute of Limitations, Consumer, Damage

## Extended Abstract

In order to determine the regulations that will find application in contract liability, it is first useful to determine whether the contract covering the structure affected by the earthquake qualifies as a consumer transaction. Considering that a significant portion of the contracts regarding buildings affected by the earthquake were established before the entry into force of the TBK and TKHK, it is also important to determine the applicability of the law in terms of time. According to the rule of honesty, one of the necessary qualifications that the buyer expects from the building is that the building subject to the sales contract is resistant to earthquakes, which is always possible in Turkey. If the seller has also stated seriously and bindingly that the building is earthquake resistant and the buyer is right to expect this according to the rule of honesty, earthquake resistance also gains the promised quality. Liability for defect and TBK art. According to article 112, liability is in competition. The damage that occurs as a result of the building subject to the sale of real estate becoming unusable due to an earthquake occurs in the form of death, injury and/or damage to the buyer or his relatives. The most important interest of the buyer or the buyer's heirs is the elimination of this damage. If the right to withdraw from the contract is exercised within the framework of liability for damage to persons or things (violation of the interest of integrity), the legal reason for liability, and in particular for sales, liability for defects, Art. 229 or - even if there is no liability for defect- as a positive breach of contract, Article TCO. It becomes 112. TBK m. 229/f. I's TBK art. The only difference from Article 112 is the seller's strict liability for direct damages (TBK art. 229/f. 1-b. 3). Except for the structures delivered after 01.07.2012 and where the seller is seriously at fault in defective performance, TBK art. According to Article 112, liability is more advantageous than liability for defects. As in the sales contract, the earthquake resistance of the building subject to the work contract is one of the necessary qualifications that the buyer expects from the building according to the rule of honesty. In addition, earthquake resistance may also be agreed upon by the parties. In both of these cases, it would be a shame if the building subject to the work contract becomes unusable as a result of the earthquake. The presence of defects is sought at the time of delivery of the work (transfer of comfortable possession of the completed work to the owner). Defective delivery of the work, the contractor's TBK art. It also gives rise to liability under Article 112. Contractor's liability for defects and TBK art. According to Article 112, its liability is in competition. The contractor's liability for defects, unlike sales, does not provide strict liability for direct damages. In terms of compensation for the damages suffered, the contractor must comply with the Turkish Code of Obligations Art. Liability under Article 112 is much more advantageous. In terms of the lessor's compensation liability, TBK art. Based on Article 112, TBK art. There are no practical differences between the 308. The liability of the accommodator for the damages incurred due to the accommodation becoming unusable due to the earthquake is considered as a positive breach of the contract, as there is a contractual relationship between the person receiving the accommodation service (accommodation) and TCO Art. It is subject to 112. However, some places that provide accommodation services are liable for damage to things, according to TBK art. It is specially regulated in the provisions of 576-578. In accordance with the view we adopt, what is decisive in terms of the concept of unlawfulness regarding tort liability arising in connection with the earthquake is the nature of the legal value violated. If the earthquake-related behavior directly or indirectly violates absolutely protected legal values such as personal rights (such as the right to life, physical and spiritual bodily integrity), property rights or possession, which can be claimed against anyone, or if there is a law that protects the violated value, although it is not of this nature, If the norm is in question, the behavior will be considered unlawful. Looting, theft and events that violate the immunity of housing, which occur after the earthquake and can be described as unlawful behavior in accordance with the definition above because they cause violation of property rights, will not be considered unlawful from the moment they occur, provided that the conditions of the state of necessity are present. However, in order to protect the right to life related to an earthquake disaster, due to proportional asset losses arising from behaviors that can be considered as a state of necessity - if

the relevant loss of interest is not insured - it should be decided in accordance with equity to pay an appropriate equalization fee. The situation in which an earthquake will constitute a force majeure and prevent liability for damage is the collapse of the building due to an earthquake, although it was built in accordance with the written building regulations and technical conditions. Sometimes, although the earthquake does not break the causality link as a force majeure, in determining the compensation, TBK art. 51/f. It can be taken into account in accordance with 1. In this context, even if the building was not built in accordance with the legislation, the magnitude of the earthquake intensity can be considered as a reason for reducing the compensation. In case the defect in the construction of a building or other building that has been completed and used in accordance with the purpose of allocation, or has been transferred in accordance with the purpose of allocation despite being incomplete, or has been abandoned while under construction, causes material or moral damage - such as the complete collapse or severe damage of the building in an earthquake - TBK m. . According to Article 69, the person responsible is the owner of the building at the time the damage occurred. TBK m. 69/f. According to 2, in case the damage arises from the lack of maintenance (or lack of maintenance (such as not repairing the columns)) in the relevant building, the owner on the date of the incident and those who have the right of usufruct and residence on the building are severally affected. In which cases the earthquake may eliminate the liability of the owner of the building or other structural work, consider various possibilities. It is an issue to be examined. As stated above, more than one person may be responsible for the damages arising from the collapse or serious damage of buildings in an earthquake. In this case, the provisions of Article 61 of the Turkish Code of Obligations and Article 62 of the Turkish Code of Obligations will apply. The absolute statute of limitations governing the compensation claim arising from the tort should start running from the date of the earthquake. In this context, we are of the opinion that the Supreme Court's permanent application is not only in accordance with the sense of justice but also in accordance with the rules regarding the statute of limitations. The collapse or severe damage of the building (and the goods and people inside or around it), which was built in violation of the legal legislation, due to the aforementioned reason, in other words, the damage occurred at the time of the earthquake. Since the damage had not yet occurred until the mentioned time, the application of the statute of limitations to this receivable is claimed by a significant part of the doctrine to be based not only on objective but also on subjective reasons. 152/b. According to Article 6, it violates the rule that the statute of limitations remains as long as there is no opportunity to claim it in Turkish courts. In this context, although the unlawful act or the event giving rise to the liability occurred before ten years, since the statute of limitations has not yet become claimable in court because no damage has occurred, TCO Art. 152/b. It will stop in accordance with 6.

## Giriş

Deprem binalar üzerindeki etkisi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bir bina, deprem sebebiyle tamamen yıkılabilir, yıkılmamakla birlikte kullanılmayacak hâle gelebilir veya kullanılabilmesine rağmen hasar almış olabilir. İşbu çalışma, deprem sebebiyle tamamen yıkılan veya yıkılmamakla birlikte kullanılmayacak hâle gelen binalardan sorumluluğa özgülenmiştir. Bu itibarla depreme rağmen kullanılması mümkün olan binalar, çalışmamızın kapsamında yer almamaktadır. Bina, insanların, hayvanların veya eşyaların hacim itibarıyla etrafını çevreleyen ve dış etkilerden korunmayı sağlayabilen, arazi ile devamlı bağlılığı bulunan inşa eserleri olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Kalıcı olması amaçlanmayan kulübe, büfe, çardak, baraka vb. hafif yapılar ise taşınır yapı (TMK m. 728/f. I) olarak

<sup>1</sup> Galip Sermet Akman, *Taşkın İnşaat* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 26; Emrehan İnal, "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXX/1 (2012): 248, dn. 15. 3194 sayılı İmar Kanunu m. 5 hükmünde de bina, "kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar" olarak tanımlanmıştır.

isimlendirilmektedir. Taşınır yapılar da çalışmamızın dışında olup çalışmamız binalarla<sup>2</sup> sınırlıdır. Keza idarenin sorumluluğu da kapsam dışıdır. Şu hâlde çalışmamız; deprem sebebiyle artık kullanılması mümkün olmayan binalar nedeniyle uğranılan zararlardan sözleşme ve haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğa özgüdür.

## I. Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

Sözleşme sorumluluğunda uygulama alanı bulacak düzenlemeleri belirlemek için borçlar hukuku ve tüketici hukuku arasında ayrıma gitmek gerekir. Bu bağlamda öncelikle, depremden etkilenen yapıyı konu edinen sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde yarar vardır. Nitekim tüketici işlemi kavramının son derece geniş düzenlendiği Türk Hukukunda<sup>3</sup>, bir sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde önce sözleşmenin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesi faydalı olur. Özellikle konumuz bakımından önem arz eden satış sözleşmeleri bakımından üç ihtimal karşımıza çıkar: Satış sözleşmesi tüketici işlemi niteliğini haizse 6502 sayılı yürürlükteki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("**TKHK**") veya 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("**eTKHK**") hükümleri öncelikle uygulama alanı bulur. Tüketici işlemi niteliğinde olmamakla birlikte tacirler arası ticari satış<sup>4</sup> niteliğinde ise 6102 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanununda ("**TTK**") veya 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanununda ("**eTTK**") yer alan özel hükümler öncelikle uygulanır. Satış sözleşmesi, tüketici işlemi yahut ticari satış niteliğinde değilse 6098 sayılı yürürlükteki Türk Borçlar Kanununa ("**TBK**") veya 818 sayılı mülga Borçlar Kanununa ("**BK**") tabi olur<sup>5</sup>. Keza eser sözleşmelerinde de tüketici işlemi niteliği, özellikle yüklenicinin ayıptan sorumluluğu bakımından uygulanacak kanun hükümlerinde farklılığa yol açar<sup>6</sup>. Şu hâlde, satış ve eser sözleşmelerinin tüketici işlemi niteliğini haiz olmasının başat sonucu, TKHK (veya eTKHK) hükümlerinin öncelikle uygulama alanı bulması; TKHK (veya eTKHK) hükümlerinde uygulanacak kural bulunmaması hâlinde genel hükümlerin (TBK veya BK) uygulanmasıdır<sup>7</sup>.

Tüketici işlemi nitelendirmesi bakımından eTKHK m. 3/h ile TKHK m. 3/l arasında esaslı bir fark yoktur<sup>8</sup>. Her iki hükümde de bir sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini kazanması için, taraflarından birinin tüketici, diğerinin satıcı-sağlayıcı ve sözleşmenin konusunun mal veya hizmet olması gerekir. Tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi iken (TKHK m. 3/k;

<sup>2</sup> Çalışmamızda "taşınmaz" kavramı da "bina" kavramı ile özdeş olarak kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamının geniş tutulmasına karşı haklı eleştiriler için bkz. Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", *Yasa Hukuk İhtihat ve Mevzuat Dergisi* XV/173/4 (Mayıs 1996), s. 596-597. Ayrıca bkz. Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXI/1-2 (2003), s. 340-341. Belirtelim ki bu eleştiriler, eTKHK dönemine ait olsa da tüketici işleminin kapsamı TKHK'da daraltılmamış olduğundan, hâlihazırda geçerlidir.

<sup>4</sup> Ticari satıştan ne anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, eTTK m. 25 ve TTK m. 23 hükümlerinin kapsamı, tacirler arasındaki ticari iş niteliğinde bulunan ticari satışlarla sınırlıdır. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), s. 43-44; C. Salih Şahin, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin, Ankara, 2008), s. 21.

<sup>5</sup> Bu üçlü ayırım hakkında detaylı bilgi için bkz. Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50/1 (2001), s. 82-86.

<sup>6</sup> Satış sözleşmesinden farklı olarak, eser sözleşmesinin ticari iş niteliğinde olması ihtimali bakımından eTTK ve TTK'da herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır.

<sup>7</sup> TBK'daki (veya BK'daki) hükümlerin TKHK'ya (veya eTKHK'ya) nazaran tüketicinin daha lehine olması hâlinde, TBK'daki (veya BK'daki) tüketici lehine hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. Turgut Öz, "İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi", *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun, 2. Baskı (İstanbul: Aristo, 2018), s. 230.

<sup>8</sup> TKHK m. 3/l hükmünde bazı sözleşmeler (eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık) örnekleyici olarak sayılmıştır. Bunun sebebi sayılan sözleşmelerin tüketici işlemi niteliğini haiz olabileceği yönündeki tereddütlerin ortadan kaldırılmasıdır. Bu yönde bkz. Sezer Çabri, *6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Ankara: Adalet, 2016): 18; Ahmet Karakocalı/Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku* (İstanbul: Aristo, 2015): 14-15. Tüketici işlemi niteliği bakımından sözleşmenin tipinin ve özelliklerinin önem arz etmediği yönünde bkz. Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)", s. 60, 66.

eTKHK m. 3/e); satıcı-sağlayıcı<sup>9</sup>, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir<sup>10</sup> (TKHK m. 3/1-i; eTKHK m. 3/f-g). Tüketici ve satıcı-sağlayıcı sıfatını belirleyen temel kıstas “*ticari veya mesleki amaç*”tır. TKHK’da tanımlanmayan ticari veya mesleki amaç kavramına öğretide çeşitli anlamlar verilmektedir<sup>11</sup>. Ticari veya mesleki amaç kavramı hakkındaki tartışmaların konumuz bakımından pratik önemi şu örnekte karşımıza çıkar. Konut satışı sürekli faaliyeti olmayan kişi, birden fazla konutu yatırım amaçlı (yahut birini bizzat kullanmak diğerlerini tekrar satmak ya da kiraya vermek amacıyla) alırsa, tüketici sıfatını haiz olacak mıdır? Konu öğretide tartışmalı olup<sup>12</sup>, Yargıtay uygulamasında ise satın alınan konut sayısına göre farklı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir<sup>13</sup>. Yargıtay, hem arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hem de arsa sahibi ile konut satın alan üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğini haiz olmadığını<sup>14</sup>; yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış sözleşmesinin ise tüketici işlemi niteliği taşıyabileceğini kabul etmektedir<sup>15</sup>. Tüketici işlemine konu olabilecek taşınmazlar, konut veya tatil amaçlı taşınmazlarla sınırlıdır (eTKHK

<sup>9</sup> TKHK m. 3/1-i hükümlerinde satıcı-sağlayıcı bakımından, eTKHK m. 3/f-g hükümlerinden farklı olarak, satıcı-sağlayıcı “*adına ya da hesabına hareket eden*” gerçek veya tüzel kişilerin de satıcı-sağlayıcı sıfatını haiz olacağı düzenlenmiştir. Öğretide doğrudan temsilde (satıcının veya sağlayıcının adına ve hesabına hareket) temsilcinin satıcı-sağlayıcı sıfatını haiz olmayacağı ancak dolaylı temsilde (kendi adına ve fakat satıcının veya sağlayıcının hesabına hareket eden) ise temsilcinin de –ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi koşuluyla– satıcı-sağlayıcı sıfatına sahip olabileceği belirtilmektedir. Çabri, *6502 sayılı Kanun’a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s. 46-47.

<sup>10</sup> Gerek TKHK m. 3/1-i gerek eTKHK m. 3/f-g hükümlerinde, kamu tüzel kişilerinin de satıcı-sağlayıcı olabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Konumuz bakımından bunun önemi, kamu tüzel kişilerinin bizzat (belediyenin kiraya veren olması gibi) veya pay sahibi olduğu şirketler (belediyenin pay sahibi olduğu inşaat şirketinin satıcı olması gibi) aracılığıyla taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinin de –diğer şartları sağlamaya kaydıyla– tüketici işlemi niteliğini haiz olmasıdır.

<sup>11</sup> TKHK m. 3/1-i hükümlerindeki “*ticari veya mesleki amaç*” ifadesinin, eTKHK m. 3/f-g hükümlerinde olduğu gibi “*ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamında*” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt-1 (Madde: 1-46)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), s. 14; Çabri, *6502 sayılı Kanun’a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s. 48-49. Alınan malın maliyetinin geri dönmesinin mümkün olup olmadığına bakılması gerektiği yönünde bkz. İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 4. Baskı (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014), s. 6. Mesleki amacın mesleki faaliyetler ile doğrudan ilgili olan amaçlar; ticari amacın ise sürekli bir faaliyet çerçevesinde kazanç elde etme amacı olduğu yönünde bkz. Ali Suphi Kurşun, “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 32/142 (Mayıs-Haziran 2019), s. 292, dn. 7. Tarafların amaçlarının ve bu kapsamda tüketici işlemi niteliğinin güven teorisine göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, s. 60. Hem ticari veya mesleki amacın hem de ticari veya mesleki olmayan amacın mevcut olduğu karma amaçlı işlemlerde tüketici sıfatının nasıl tespit edileceği ise öğretide tartışmalıdır. Bkz. Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, s. 61; Aydın Zevkliler - Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 95; Çabri, *6502 sayılı Kanun’a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s. 64 vd.

<sup>12</sup> Sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği ve niceliği ne olursa olsun, şartlarını sağlayan sözleşmenin tüketici işlemi niteliğinde olacağı ve konut sayısının tüketici işlemi niteliği bakımından önem arz etmediği yönünde bkz. Öz, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, s. 236 vd. Ayrıca bkz. Murat Aydoğdu, “Taşınmaz Satış sözleşmesi”, *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun, 2. Baskı (İstanbul: Aristo, 2018), s. 49 vd.

<sup>13</sup> İki bağımsız bölüm satın alan kişinin tüketici sıfatını haiz olduğu yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/5578 (04.05.2017). Üç bağımsız bölüm satın alan kişinin tüketici sıfatını haiz olduğu yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/17689 (10.07.2012). Üç bağımsız bölüm satın alan kişinin tüketici olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/7167 (04.10.2017). Beş bağımsız bölüm satın alan gerçek kişinin yatırım amacıyla hareket etmesi sebebiyle tüketici sıfatını haiz olmadığı yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/354 (17.01.2012) (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Konu hakkında değerlendirmeler için bkz. H. Tamer İnal, *Tüketici Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2014), s. 93 vd.

<sup>14</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin (Yargıtay), K. 2023/1013 (10.04.2023) sayılı kararında, arsa sahibinin kendisine kalan bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişilerin, yükleniciye karşı ikame ettiği davalarda görevli mahkeme hususundaki uyumsuzluk bakımından, arsa sahibinin tüketici sıfatını haiz olmadığı ve arsa sahibinden bağımsız bölüm alanların da arsa sahibinin halefi oldukları gerekçesiyle tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay’ın, arsa sahibinin tüketici sıfatını haiz olmadığı yönünde pek çok kararı mevcuttur. Örnek olarak bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/687 (13.02.2020); Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/4629 (01.07.2019) (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin –şartları gerçekleşmek kaydıyla– tüketici işlemi niteliğini haiz olabileceği yönünde bkz. Öz, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, s. 237; Umut Yeniocak, “Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi”, *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun, 2. Baskı (İstanbul: Aristo, 2018), s. 173-174. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibine kalan konut niteliğindeki taşınmazlara TKHK, iş yeri niteliğindeki taşınmazlara TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Öz, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, s. 238.

<sup>15</sup> Örnek olarak bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/8175 (11.10.2016); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/13502 (25.05.2016); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/37614 (23.12.2015) (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

m. 3/c; TKHK m. 3/h)<sup>16</sup>. Şu hâlde, konusu mal veya hizmet olan sözleşmenin tarafları –kanunda öngörülen anlamda– zıt amaçlarla hareket ediyorlarsa (satıcı-sağlayıcı ticari veya mesleki amaçlar güdüyorken tüketici ticari veya mesleki olmayan amaçlar güdüyorsa), bu sözleşme hem eTKHK m. 3/h hükmüne hem de TKHK m. 3/l hükmüne göre tüketici işlemi niteliğini haizdir<sup>17</sup>.

Bir sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini taşımasının sonuçları; –varsa– TKHK (veya eTKHK) hükümlerinin öncelikle uygulanması, TKHK’da o sözleşmeye uygulanacak özel hükümler bulunmasa dahi temel ilkelerin (TKHK m. 4), haksız şartlara ilişkin düzenlemelerin (TKHK m. 5) uygulama alanı bulması ve görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri olmasıdır (TKHK m. 73). Nitekim TKHK m. 83’te, TKHK’da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağı; TKHK’da uygulanabilir hiçbir hüküm bulunmasa dahi sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini koruyacağı ve görev ile yetkiye ilişkin kuralların (TKHK m. 66 vd.) uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Şu hâlde, özellikle konut veya tatil amaçlı taşınmazın kiraya vereninin ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi; kiracısının zıt amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olduğu kira sözleşmelerine genel hükümler uygulanacak ise de bu kira sözleşmeleri yine tüketici işlemi niteliğinde olup temel ilkeler, haksız şartlar ile görev ve yetkiye ilişkin hükümler uygulanır.

Bunun yanı sıra, tipik sözleşmelere ilişkin hükümler, isimsiz sözleşmelerde de uygulama alanı bulabilir. Şöyle ki; sözleşme serbestisinin (TBK m. 26) bir sonucu olarak taraflar, asli edim yükümlülüklerinin asgari hüküm ve sonuçlarının kanunlarda düzenlendiği isimli sözleşmelerden<sup>18</sup> farklı olarak, unsurları kanunlarda hiç düzenlenmeyen sözleşmeleri yapabilecekleri gibi kanunlarda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını, kanunların öngörmediği tarzda bir araya getirebilirler. İsimli sözleşmeler olarak adlandırılan bu sözleşmeler öğretide, bileşik, karma ve sui generis olarak üçe ayrılmaktadır<sup>19</sup>. Bileşik sözleşmelere, sözleşmeyi oluşturan her bir sözleşme tipine, kendisine ait hükümlerin uygulanacağı belirtilmekle birlikte, karma ve sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespiti, öğretide oldukça tartışmalıdır<sup>20</sup>. Bu tartışmalar üzerinde durmak, çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Şu kadar ki aşağıda incelenecek olan sözleşme tiplerine özgü hükümler ve esaslar, benimsenen görüş çerçevesinde uygulama alanı bulduğu ölçüde, o isimsiz sözleşmede de uygulanır. Örnek olarak, isimsiz sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, tipik eser sözleşmesindeki yüklenicinin sorumluluğu gibidir<sup>21</sup>.

Haksız fiil sorumluluğu bakımından ise bu ayrımlara yer yoktur. Borçlar hukuku dışındaki diğer hukuk alanlarının bazılarında haksız fiil teşkil edebilecek bazı fiillere ilişkin özel düzenlemeler bulunmakla birlikte<sup>22</sup> deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen binalardan dolayı haksız fiil sorumluluğu borçlar hukukuna tabidir.

<sup>16</sup> TKHK ile eTKHK’deki mal ve hizmet tanımı göz önüne alındığında, tüketicinin hiçbir karşı edim üstlenmediği hukuki işlemler (bağışlama gibi) tüketici işlem niteliğinde olamaz. Bu yönde bkz. Serozan, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, 580; Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, s. 70-71; Çabri, 6502 sayılı Kanun’a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 50.

<sup>17</sup> Örnek olarak bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2018/1102 (16.05.2018) (Kazancı Hukuk Otomasyon).

<sup>18</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 4.

<sup>19</sup> Saibe Oktay Özdemir, *İstanbul Şerhi Cilt-1*, 3. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), TBK m. 26, N. 35.

<sup>20</sup> Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, 2. Bası (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013), s. 185 vd.

<sup>21</sup> Bu yönde bkz. Öz, “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”, 235.

<sup>22</sup> Bu düzenlemelere örnek olarak; ticaret hukukundaki haksız rekabete ilişkin hükümler (eTTK m. 56 vd., TTK m. 54 vd.), tüketici hukukundaki haksız ticari uygulamalara ilişkin hükümler (TKHK m. 62) verilebilir. TKHK m. 2’de, eTKHK m. 2’den farklı olarak, TKHK’nın kapsamına “tüketiciye yönelik uygulamalar”ın da dâhil olduğu belirtilmiştir. Ancak gerekçede belirtildiği üzere bu ifade, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların TKHK kapsamında olduğunun açıklığa kavuşturulmasına hizmet etmektedir. Bu çerçevede, deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen binalardan dolayı haksız fiil sorumluluğunun, “tüketiciye yönelik uygulamalar” olarak TKHK kapsamında yer alması söz konusu olmaz.



## II. Yürürlük Hukuku

Sözleşmenin tüketici işlemi niteliğini taşıyıp taşımadığı belirlendikten sonra kanunların yürürlüğüne bakmak gerekir. Zira borçlar hukuku ve tüketici hukuku alanlarında günümüze yakın sayılabilecek tarihlerde kanun değişiklikleri olmuştur<sup>23</sup>. Nitekim BK'yı yürürlükten kaldıran TBK 01.07.2012'de; eTKHK'yı yürürlükten kaldıran TKHK ise 28.05.2014'te yürürlüğe girmiştir. Depremden etkilenen binaları konu edinen sözleşmelerin önemli bir bölümünün anılan tarihlerden önce kurulmuş olduğu da göz önüne alındığında, kanunun zaman bakımından uygulanabilirliğinin belirlenmesi önemlidir. TBK'nın yürürlüğü 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da, TKHK'nın yürürlüğü ise TKHK Geçici Madde 1 düzenlenmiştir<sup>24</sup>.

6101 sayılı Kanun m. 1'in ilk cümlesi genel kuralı, BK zamanında oluşmuş hukuki durumların BK'ya tabi olmaya devam etmesi şeklinde koymuştur<sup>25</sup>. Buna göre, BK zamanında kurulan sözleşmelere ve özellikle tamamlanan hukuki olgulara, kural olarak, TBK hükümleri uygulanmaz<sup>26</sup>. Bununla birlikte, 6101 sayılı Kanun m. 1'in ikinci cümlesinde, BK zamanında kurulan ve fakat etkisini TBK'nın yürürlüğünden sonra da devam ettiren sözleşmelerde, TBK'nın yürürlüğünden sonra gerçekleşen "temerrüt, sona erme ve tasfiye"de TBK'nın derhâl yürürlüğü benimsenmiştir<sup>27</sup>. Şu hâlde, BK zamanında kurulan sözleşmeler, kural olarak BK'ya tabi iken; bu sözleşmelere dayalı olarak TBK'nın yürürlüğünden sonra ortaya çıkan temerrüt, sona erme ile tasfiyeye ilişkin hususlarda TBK hükümleri uygulanır. Bunun yanı sıra, 6101 sayılı Kanun m. 2 hükmüne göre, TBK'nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin hükümleri – sözleşmenin BK zamanında kurulup kurulmadığından bağımsız olarak– TBK'nın yürürlüğü ile birlikte derhâl uygulanmaya başlamıştır<sup>28</sup>.

TKHK Geçici Madde 1'de, TKHK'nın yürürlüğü, 6101 sayılı Kanun'daki esaslara benzer şekilde düzenlenmiş olup, 6101 sayılı Kanun'daki esaslardan, TKHK Geçici Madde 1'in yorumlanmasında ve uygulanmasında kıyasen yararlanılabilir<sup>29</sup>. TKHK Geçici Madde 1/f. II hükmü uyarınca, tüketici işlemi niteliğinde sözleşme hangi kanun yürürlükte iken yapılmışsa –kural olarak– o kanunun hükümlerine tabi olur. Bu kuralın istisnaları hususunda geçici maddeler arasında farklılık vardır. Nitekim TKHK Geçici Madde 1/f. II-a hükmünde, TKHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten (28.05.2014) önce kurulan ve bu tarihten sonra da ayakta olan sözleşmelerin, TKHK'ya aykırı hükümlerinin yürürlük tarihinden itibaren uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Esasen TKHK'nın hükümlerinin, ayakta olan sözleşmelere derhâl

<sup>23</sup> Ticaret hukuku alanında da kanun değişikliği olmuş ve eTTK'yı yürürlükten kaldıran TTK 01.07.2012'de yürürlüğe girmiştir. TTK'nın yürürlüğü 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte, eTTK ile TTK'nın konumuz bakımından önemi, tacirler arasındaki ticari satışlarda zamanasımı ile muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğundan TTK'nın yürürlüğü ayrıca incelenmemiştir. Aşağıda, yeri geldikçe TTK'nın yürürlüğü de göz önüne alınacaktır.

<sup>24</sup> Bunun yanı sıra, 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 01.04.2022-31796) ile TKHK'nın bazı hükümlerinde (taksitle satış, tüketici kredileri, konut finansmanı, satış sonrası hizmetler, reklam kurulu, tüketici hakem heyeti vs.) değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin yürürlüğü, 7392 sayılı Kanun m. 17 ile TKHK'ya eklenen Geçici Madde 3'te ile düzenlenmiştir. Ne var ki 7392 sayılı Kanun'un değişiklik yaptığı hükümler, aşağıda incelenecek sözleşme tiplerine uygulanacak hükümlerden değildir. Bu itibarla, 7392 sayılı Kanun'la TKHK'da yapılan değişikliklerin ve bunların yürürlüğünü düzenleyen TKHK Geçici Madde 3'ün konumuz bakımından önemi bulunmamaktadır.

<sup>25</sup> Başak Baysal, *İstanbul Şerhi Cilt 8 6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, 3. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), TBK m. 1, N. 9. Bu kural, yürürlük hukukunda klasik teoride (kazanılmış hak teorisinde) "kanunun geçmişe etkili olmaması" şeklinde ifade edilirken; modern teoride, "eski kanunun varlığını sürdürdüğü hâller" altında toplanmaktadır. Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, Giriş, N. 16, 28; Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, TBK m. 1, N. 9. Bu meselenin yürürlük sorunu olmadığı yönünde bkz. M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 26. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), N. 269 vd.

<sup>26</sup> Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, TBK m. 1, N. 12, 21.

<sup>27</sup> Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, TBK m. 1, N. 22.

<sup>28</sup> Öğretide bu hükümlere örnek olarak; genel işlem koşulları, kısmi ödemeli satışlar, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi hakkındaki hükümler verilmektedir. Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, TBK m. 2, N. 6 vd.

<sup>29</sup> M. Murat İnceoğlu - Ece Baş Süzel, "6502 sayılı TKHK'un Yürürlüğü-Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açıdan İncelenmesi", *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*, Der Yayınları (İstanbul: Der Yayınları 2015), 399.

uygulanmaya başlanması, 6101 sayılı Kanun m. 2'deki kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin hükümler derhâl uygulanmaya başlayacağı yönündeki kuralla uyumludur<sup>30</sup>. Bunun yanı sıra öğretide, TKHK m. 83/f. 1'den kıyasen, tüketici işlemi niteliğindeki sözleşmelerdeki temerrüt, sona erme ve tasfiye hususlarında TKHK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir<sup>31</sup>.

Bu genel esaslar çerçevesinde şu tespitleri yapmamız mümkündür: Gerek borçlar hukukunda gerek tüketici hukukunda, satış, eser ve kira sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun maddi şartları bakımından, ayıbın varlığının arandığı (karşı edim hasarının geçtiği) anda, şekli şartları bakımından ise muayene ve ihbar külfetinin başladığı (fiilî dolaysız zilyetliğin elde edildiği) anda yürürlükte bulunan kanuna bakmak gerekir. Buna karşılık seçimlik hakların kullanılması sonucunda ortaya çıkan temerrüt, sona erme ve tasfiyede, seçimlik hakkın kullanıldığı sırada yürürlükte bulunan kanun hükümleri uygulanmalıdır. Kötü ifa bakımından ise durum daha açıktır. Nitekim kötü ifadan sorumluluğun şartları depremin yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarih itibarıyla tamamlanmış olacağından TBK m. 112 uygulama alanı bulur. Nitekim borca aykırılık BK döneminde gerçekleşmiş olsa dahi kötü ifadan sorumluluk bakımından tamamlanmış bir hukuki durum yoktur ve 6101 sayılı Kanun m. 1'in ikinci cümlesi karşısında, kötü ifadan sorumluluk TBK hükümlerine tabidir. Kötü ifadan sorumluluk bakımından gerek eTKHK'da gerekse TKHK'da herhangi bir hüküm bulunmadığından, tüketici işlemlerinde de yine TBK m. 112 uygulanır. Keza haksız fiil sorumluluğunda da -TBK m. 112 uyarınca sorumlulukta olduğu gibi- sorumluluğun şartları depremin yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarih itibarıyla tamamlanmış olacağından TBK m. 49 uygulanır (6101 sayılı Kanun m. 1).

### III. Akdi Sorumluluk

#### A. Satıcının sorumluluğu

##### 1. Satıcının ayıptan sorumluluğu

Satış sözleşmesinde ayıp, dürüstlük kuralına göre satılana bulunması gereken lüzumlu vasıflar ile vaat edilen vasıfların (niteliklerin) mevcut olmamasıdır<sup>32</sup>. Bir başka ifadeyle ayıp, satılanın niteliklerinin olması gereken durumu ile hasarın geçişi anındaki durumu arasındaki olumsuz farktır<sup>33</sup>. Nitelik (vasıf) ise satılanın kullanım amacı bakımından değerini veya ondan beklenen yararı oluşturan maddi, ekonomik, hukuki unsurlardır<sup>34</sup>. Eksikliği ayıp teşkil eden lüzumlu vasıfların nasıl belirleneceği hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte<sup>35</sup>; eksikliği, satılanın değerini yahut açıkça veya zımnen kararlaştırılan kullanım amacına uygunluğunu ortadan kaldıran yahut önemli ölçüde güçleştiren nitelikler, lüzumlu vasıflar olarak isimlendirilir<sup>36</sup>. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, lüzumlu vasıflar, makul ve dürüst bir alıcıya, satılanın özellerine, teamüllere ve ticari uygulamalara göre

<sup>30</sup> Baysal, *6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*, TBK m. 3, N. 7.

<sup>31</sup> İnceoğlu - Baş Süzel, "6502 sayılı TKHK'un Yürürlüğü-Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açıdan İncelenmesi", s. 403.

<sup>32</sup> Heinrich Honsell, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), OR 197, N. 2; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 68; Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, (Ankara: Yetkin, 2020), 123. Ayıp kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Peter Higi-Herbert Schönle, *ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR* (Zürich: Schulthess, 2005), OR 197 N. 62 vd.; Cevdet Yavuz, *Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu* (İstanbul: Beta, 1989), s. 60 vd. Ayıbın formülünün, varlığına güvenilen niteliklerin eksikliği olduğu yönünde bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 3. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), N. 654.

<sup>33</sup> Jolanta Kren Kostkiewicz, *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht OR Kommentar*, 4. Auflage (Zürich: Orell Füssli, 2023), OR 197, N. 4; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası (Ankara: Yetkin, 2020), N. 304.

<sup>34</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR 197, N. 11; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, 6. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 164; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 123; Eren, *Borçlar Özel*, N. 304; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 68; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 61 vd.

<sup>35</sup> Görüşler hakkında bkz. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 68 vd.

<sup>36</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR, N. 8; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 167. Detaylı bilgi için bkz. ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 70 vd.

belirlenir<sup>37</sup>. Satış sözleşmesine konu binanın<sup>38</sup>, Türkiye’de gerçekleşmesi her zaman mümkün olan depreme dayanıklı olması, dürüstlük kuralına göre alıcının yapıdan beklediği lüzumlu vasıflardan biridir. Bununla birlikte, depreme dayanıklılık, zamana göre değişiklik gösteren, dinamik bir kavramdır. Bu çerçevede öncelikle deprem mevzuatına uygunluk önem arz eder<sup>39</sup>. Nitekim Türk Hukukunda, 02.09.1961 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ve 31.05.1961 tarihinden itibaren yürürlüğe girdiği belirtilen “Âfet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar hakkında Yönetmelik”ten bu yana, binaların inşasına ilişkin mevzuat mevcuttur<sup>40</sup>. Vurgulamak gerekir ki deprem mevzuatına uygunluk bakımından önemli olan, ayıbın varlığının arandığı (karşı edim hasarının geçtiği) anda yürürlükte bulunan mevzuattır. Örneğin, karşı edim hasarının geçtiği anda yürürlükte bulunan deprem mevzuatına uygun olan binalarda lüzumlu vasıfların eksikliğinden söz edilemez. Buna karşılık karşı edim hasarının geçtiği anda deprem mevzuatına uygun olmayan binanın ayıplı olup olmadığı, lüzumlu vasıfların belirlenmesine ilişkin esaslar çerçevesinde belirlenir<sup>41</sup>. Bunun yanı sıra, satıcı yapının depreme dayanıklı olduğunu, ciddi ve bağlayıcı şekilde ayrıca bildirmişse ve alıcı da dürüstlük kuralına göre bunu beklemekte haklı ise<sup>42</sup> depreme dayanıklılık, vaat edilen vasıf niteliğini de kazanır<sup>43</sup>. Depreme dayanıklılığı artıran hususlardaki (beton, demir kalitesi vs.) nitelik vaadi, bildirilen niteliğin bulunmaması hâlinde bina depreme dayanıklı olsun veya olmasın, ayıptan sorumluluğa yol açar<sup>44</sup>. Bu çerçevede, depreme

<sup>37</sup> ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 63 vd.

<sup>38</sup> Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk, BK m. 194 vd. ve TBK m. 219 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olmakla birlikte, taşınmaz satışında ayıptan sorumluluk hakkında, BK m. 215 ve TBK m. 244’te özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ne var ki bu özel düzenlemeler, sadece iki hususta (satılanın yüz ölçümü ve zamanaşımı süresi) farklılık arz etmekte olup; ayıptan sorumluluğa ilişkin diğer meselelerde taşınır satışına ilişkin hükümler uygulanır (BK m. 217; TBK m. 246). Hans Giger, *BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR*, (Bern: Stämpfli, 1997), Art. 219, N. 4-5.

<sup>39</sup> Nitekim eTKHK m. 4/f. 1 ve TKHK m. 12/f. 2 hükümlerinde “teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan” ifadesine yer verilerek, bu hususa işaret edilmiştir.

<sup>40</sup> Bu yönetmelikten sonra sırasıyla; 16.01.1968 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar hakkında Yönetmelik”, 09.06.1975 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 09.08.1975 tarihinde yürürlüğe giren “Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar hakkında Yönetmelik”, 02.09.1997 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 01.01.1998 tarihinde yürürlüğe giren “Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik”, 06.03.2006 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 06.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren “Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik”, 06.03.2007 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik”, kendisinden bir önceki yönetmeliği yürürlükten kaldırarak yürürlüğe girmiş ve 18.03.2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren “Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği” bu çalışmanın hazırlandığı tarih itibarıyla yürürlüktedir. Bunun yanı sıra, 2020’den itibaren, “Türkiye Hava Meydanı Yapıları Deprem Yönetmeliği”, “Türkiye Karayolları ve Demiryolları Tünelleri ile Diğer Zemin Yapıları Deprem Yönetmeliği”, “Türkiye Kıyı ve Liman Yapıları Deprem Yönetmeliği”, “Türkiye Köprü Deprem Yönetmeliği”, “Türkiye Yalıtımlı ve Sönümleyicili Köprü ve Viyadükler Deprem Yönetmeliği”, “Türkiye Boru Hattı Sistemleri ve Sıvı Depolama Tankları Deprem Yönetmeliği” gibi çeşitli yönetmelikler de yayımlanmıştır. Bu yönetmeliklerin dayanağı, 7269 sayılı “Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun”dur (Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 25.05.1959-10213). Deprem mevzuatının gelişimi hakkında bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/6 (14.01.2020) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Deprem mevzuatının haksız fiil sorumluluğundaki rolü hakkında bkz. aşağıda dn. 254.

<sup>41</sup> İnşa edildiği sırada deprem mevzuatına uygun olan bina, satışın daha sonra gerçekleşmesi ve bu süre zarfında deprem mevzuatının değişmesi hâlinde deprem mevzuatına aykırı hâle gelmiş olabilir. Bu durumda, depreme dayanıklılık bakımından ayıbın mevcut olup olmadığı, hasarın geçişi anındaki depreme dayanıklılık anlayışına, makul ve dürüst bir alıcıya, satılanın özelliklerine, teamüllere ve ticari uygulamalara göre belirlenir. Satıcının aynı zamanda binayı inşa eden yüklenici olması hâlinde binanın yapıldığı sıradaki deprem mevzuatına uygunluğun yeterli olduğu ve sonra yürürlüğe giren yönetmeliğin uygulanmayacağı yönünde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/4155 (23.06.2008) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Hâlbuki satışa konu binanın değişen deprem mevzuatına aykırı hâle gelmesi en fazla satıcının kusursuzluğunu ortaya koyar. Ne var ki ayıptan sorumluluk kusurdan bağımsızdır.

<sup>42</sup> Vaat edilen vasıfların bu özellikleri hakkında bkz. OFK-Kren Kostkiewicz, OR 197, N. 12; ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 81 vd.

<sup>43</sup> Vaat edilen vasıfların çerçevesi, tüketici satışları bakımından, eTKHK m. 4/f. 1, TKHK m. 8/f. 2 hükümlerinde örnekler (reklam ve ilanlardaki özellikler gibi) verilmek suretiyle somutlaştırılmıştır.

<sup>44</sup> Vaat edilen niteliğin bulunmaması, -nitelik önemli olmasa dahi- satıcının ayıptan sorumluluğu için yeterlidir. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 67; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 705. Bir başka ifadeyle, vaat edilen vasıfların eksikliğinin satılanın değerini veya kullanma amacına uygunluğunu etkilemesi gerekmez. Markus Müller-Chen, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*, 4. Auflage (Zürich: Schulthess, 2023), Art. 197, N. 15.

dayanıklılığı artıran hususlara ilişkin vaat edilen vasıflarda eksiklik taşıyan bina, deprem mevzuatına uygun olsa dahi vaat edilen vasıflarda eksiklik sebebiyle yine ayıplı kabul edilir<sup>45</sup>.

Satıcının sorumluluğuna yol açan ayıbın karşı edim hasarının geçişi anında mevcut olması gerektiği öğretide belirtilmektedir<sup>46</sup>. Burada önemli olan, ayıbın (nitelik eksikliğinin) hasarın geçişi anında mevcut olmasıdır; ayıbın ne zaman ortaya çıktığı önemli değildir<sup>47</sup>. Karşı edim hasarının geçiş anı, yürürlük hukuku bakımından da önem arz eder. Nitekim ayıptan sorumluluğun maddi şartlarının tabi olduğu kanun hükümleri, hasarın geçiş anına göre belirlenir<sup>48</sup>. Taşınır satışlarında karşı edim hasarının geçiş anı bakımından BK m. 183 ile TBK m. 208/f. 1 arasında hüküm farklılığı bulunmaktadır. BK m. 183'e göre hasar, ayırık durumlar dışında, sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçer<sup>49</sup>. Taşınmazlar bakımından ise hasarın geçiş anı öğretide tartışmalı olmakla birlikte, tescille veya tescilden sonra gerçekleşen teslim ile birlikte geçeceği ileri sürülmekteydi<sup>50</sup>. TBK m. 208/f. 1'de ise hasarın geçiş anı, kural olarak, taşınırlar bakımından zilyetliğin devri<sup>51</sup>, taşınmazlar bakımından tescil olarak düzenlenmiştir. Taşınmazlarda hasarın tescil anına kadar satıcıda kalacağını düzenleyen TBK m. 208/f. 1 hükmü, tescil ile birlikte satılanın zilyetliğinin devredildiği ihtimalini esas almıştır<sup>52</sup>. Bu çerçevede TBK m. 208/f. 1'e göre, taşınmazlarda da hasarın geçiş anı –taşınırlarda olduğu gibi– taşınmazdan iktisadi olarak yararlanma imkânının fiilî dolaysız veya dolaylı zilyetliğin devri<sup>53</sup> ile elde edildiği andır<sup>54</sup>. Hasarın

<sup>45</sup> Deprem mevzuatının minimum şartları taşıdığı ve daha nitelikli şartların kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/6 (14.01.2020) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>46</sup> Örnek olarak bkz. BSK-Honsell, OR 197, N. 11; CHK-Markus Müller-Chen, OR 197, N. 29; Aydın Zevkliler - K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Bası, (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2021), 126; Cevdet Yavuz - Faruk Acar - Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Bası (İstanbul: Beta, 2019), s. 76; Eren, *Borçlar Özel*, N. 344; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 86 vd.

<sup>47</sup> Ayıbın daha sonraya çıkması önemli olmamakla birlikte hasarın geçişi anında, en azından ayıbın temellerinin satılarda bulunması gerekir. BSK-Honsell, OR 197, N. 11; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 197, N. 19; CHK-Markus Müller-Chen, OR 197, N. 29. Malın, hasarın intikalinden sonra zamanın geçmesine bağlı normal olarak çürürse ayıptan sorumluluğun söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Yavuz - Acar - Özen, *Borçlar Özel*, s. 76. Satılan, hasarın geçişinden sonra ayıplı hâle gelirse, ayıptan sorumluluğun değil TBK m. 112 uyarınca kötü ifadan sorumluluğun söz konusu olacağı yönünde bkz. BSK-Honsell, OR 197, N. 11; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 197, N. 20; CHK-Markus Müller-Chen, OR 197, N. 29.

<sup>48</sup> Bkz. yukarıda II başlığının son paragrafı.

<sup>49</sup> Ayıptan sorumluluk özelinde bkz. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 88-91. Konu hakkında ayrıca bkz. BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 220, N. 7 vd.

<sup>50</sup> Ayıptan sorumluluk özelinde bkz. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 91.

<sup>51</sup> Taşınırlarda hasarın geçişi bakımından esas alınan zilyetliğin devri, alıcının satılardan iktisadi olarak yararlanabilecek duruma gelmesidir. Satılardan iktisadi olarak yararlanmayı sağlayan zilyetlik, dolaysız zilyetlik olabileceği gibi dolaylı zilyetlik de olabilir. Örnek olarak, satın alınan mal alıcının kiracısına teslim edilmiş ve alıcı zilyetliğin havalesi yoluyla dolaylı zilyetliği kazanmışsa, kira bedeli almak suretiyle maldan yararlanabilecek konuma geldiği için hasar, dolaylı zilyetliğin kazanılması ile alıcıya geçmiş olur. Keza alıcı, satılardan iktisadi olarak yararlanmasına imkân tanıyacak şekilde zilyetliği devralmış ve fakat henüz mülkiyeti kazanmamış olsa da hasar yine zilyetliğin devralınması ile alıcıya geçer (mülkiyeti saklı tutma koşuluyla satışta veya geciktirici koşula bağlı satışta olduğu gibi). Haluk Nami Nomer - Baki İlkay Engin, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245, 7*. Bası (Ankara: Seçkin, 2023), Madde 208, N. 24, 31-32, 34. TBK m. 208/f. 1'deki zilyetliğin devri ifadesinin, aynı sözleşme ve teslim yahut alıcı kabul ederse başka bir yolla zilyetliğin devri anlamına geldiği yönünde bkz. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 33.

<sup>52</sup> Nomer - Engin, Madde 208, N. 47. Tapuya kayıtlı taşınmazlarda, adına tescil yapılmış kişinin hak karinesinden ve zilyetlikten doğan davalardan yararlanma imkânına sahip olmasını ifade eden "sicil zilyetliği" ve eşya üzerindeki fiilî hâkimiyeti ifade eden "fiilî zilyetlik" olmak üzere iki ayrı zilyetlik bulunmaktadır. Eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetin yoğunluk derecesine göre yapılan doğrudan ve dolaylı zilyetlik ayrımı, yalnızca fiilî zilyetliğe özgüdür. Bu açıklamalar için bkz. Haluk Nami Nomer - Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 10. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), N. 112-115; Ali Suphi Kurşun, *Elatmanın Önlenebilir Davası* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), N. 17.s

<sup>53</sup> Bağımsız bölümlerde dolaysız zilyetlik çoğunlukla TMK m. 977 çerçevesinde anahtarların teslimi, bağımsız bölüm dışındaki taşınmazlarda zilyetlik sözleşmesi (uzak elden teslim) yahut kiracının taşınmazı satın almasında olduğu gibi kısa elden teslim ile gerçekleşir. Bunun yanı sıra, içinde kiracı bulunan taşınmazın fiilî dolaylı zilyetliğinin TMK m. 979 uyarınca zilyetliğin havalesi yoluyla devri de mümkündür ve bu şekilde dolaylı zilyetliğin devri de hasarın geçişini sağlar (Nomer - Engin, Madde 208, N. 47; Madde 245, N. 10). Bu sebeple, taşınmazlardaki hasarın geçişi için teslimden ziyade fiilî zilyetliğin devri gereklidir. Zira teslim, fiilî zilyetliğin devri yollarından sadece biridir. Benzer yönde bkz. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 33-34; Eren, *Borçlar Özel*, N. 567.

<sup>54</sup> Nomer - Engin, Madde 208, N. 47; Madde 245, N. 1. Hasarın geçişinin teslimle sınırlı olmaması, konumuz bakımından bazı olaylarda önem arz eder. Örnek olarak, içinde kiracı olan müstakil evin satışında alıcı, taşınmazın fiilî dolaysız zilyetliğini zilyetliğin havalesi ile kazanır ve hasar bu anda intikal eder. Zilyetliğin havalesi anında herhangi bir ayıp bulunmamakla birlikte, kiracının zilyetliğin havalesinden sonra evin depreme dayanıklılığını azaltan değişiklikler yapması (evin temeline zarar

geçiş anı bakımından bu kuralın istisnaları, TBK m. 245'e göre, fiilî zilyetliğin tescilden sonra devredileceğinin kararlaştırılması ve alıcının taşınmazı teslim almada temerrüdüdür. Bu ayrık hâllerde ayıp anılan durumların gerçekleştiği anlarda aranır<sup>55</sup>. Buna göre, fiilî zilyetliğin devri tescilden sonra gerçekleşiyorsa hasar, fiilî zilyetliğin devri anında alıcıya geçer<sup>56</sup>. Keza fiilî zilyetliğin devri, kurucu veya açıklayıcı tescilden önce gerçekleşiyorsa hasarın geçiş anının yine fiilî zilyetliğin devri anı olması gerekir<sup>57</sup>. Tapusuz taşınmazlarda da hasarın geçiş anı, taşınmazdan iktisadi olarak yararlanma imkânının elde edildiği (dolaysız veya dolaylı zilyetliğin devri yoluyla fiilî hâkimiyetin kazanıldığı) andır<sup>58</sup>.

Görüldüğü üzere, binalar bakımından hasar, gerek BK m. 216 gerekse TBK m. 245 uyarınca, taşınmazdan iktisadi olarak yararlanma imkânının elde edildiği (fiilî dolaysız veya dolaylı zilyetliğin devri yoluyla fiilî hâkimiyetin kazanıldığı) an ile alıcıya geçer ve ayıbın varlığı bu anda aranır. Hasarın geçişi anında binanın ayıplı olduğunu ispat yükü, –alıcı bu hususta haklarını saklı tutmak üzere çekince koymadıkça– satılanı ifa olarak kabul eden alıcıya aittir<sup>59</sup>. Bununla birlikte, tüketici işlemlerinde hasarın geçiş anı<sup>60</sup>, TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014'ten sonrasına denk geliyorsa alıcı, hasarın geçiş anından itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde mevcut olduğu yönündeki karineden faydalanır ve bu karinenin uygulama alanı bulması hâlinde satılanın ayıplı olmadığını ispat yükü satıcıya aittir (TKHK m. 10/f. 1).

Satıcının ayıptan sorumluluğunun diğer maddi şartları; alıcının ayıbı bilmemesi (TBK m. 222; BK m. 197; TKHK m. 10/f. 2) ve ayıptan sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış<sup>61</sup> olmasıdır. Konumuz bakımında alıcının ayıbı bilmemesi<sup>62</sup> şartı önem arz eder. TBK m. 222 (BK m. 197) hükmüne göre, alıcının bildiği yahut olağan dikkat ve özen ile fark edebileceği ayıplardan satıcı sorumlu olmaz<sup>63</sup>. Ayıbın olağan dikkat ve özen ile fark edilebilip edilemeyeceği alıcının niteliklerine (teknik bilgi, kişisel yetenek, deneyim vb.), ayıbın niteliğine ve satılanın teslim edildiği andaki durum ve koşullara göre belirlenir<sup>64</sup>. Taşınmazlar bakımından ise bina ne kadar eski olursa olsun, binanın depreme dayanıklılığı olağan dikkat ve özen ile görülebilecek nitelikte değildir<sup>65</sup>. Satıcının ayıbı kasten gizlemesi hâlinde ise alıcının olağan dikkat ve

---

vermesi vs.), satıcının ayıptan sorumluluğuna yol açmaz. Şayet hasarın geçişi teslim ile sınırlı olsaydı, kiracının tahliyesi ve evin anahtarlarının alıcıya teslim edildiği anda ayıp mevcut olacağından satıcının ayıptan sorumluluğu doğardı.

<sup>55</sup> Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 724.

<sup>56</sup> Fiilî zilyetliğin tescilden sonra gerçekleşmesi bakımından, TBK m. 245/f. 1'de sadece tarafların anlaşması ihtimali göz önüne alınmış ise de taraflarca vade kararlaştırılmamasına rağmen teslim –alıcının temerrüdü dışında– tescilden sonra gerçekleşiyorsa hasar yine teslim anında intikal eder. Nomer - Engin, Madde 245, N. 5-6.

<sup>57</sup> Nomer - Engin, Madde 245, N. 17-19.

<sup>58</sup> Nomer - Engin, Madde 245, N. 4.

<sup>59</sup> BSK-Honsell, OR 197, N. 12; CHK-Markus Müller-Chen, OR 197, N. 30; Eren, *Borçlar Özel*, N. 345; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 73, 92.

<sup>60</sup> Tüketici işlemlerinde hasarın geçişi anının –tüketicinin lehine olması koşuluyla– TBK hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Yavuz - Acar - Özen, *Borçlar Özel*, s. 77.

<sup>61</sup> Satıcının sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmaların sınırları için bkz. BK m. 99, 100/f. 2-3, 196; TBK m. 115, 116/f. 2-3, 221. Bunun yanı sıra, TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den önce kurulan sözleşmelerde yer alan ayıptan sorumsuzluğa yönelik anlaşmalar, TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine tabidir (TBK m. 25'nin derhâl uygulanacağı yönünde bkz. Baysal, *İstanbul Şerhi*, 6101 Sayılı TBK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi, TBK m. 2, N. 16-17). Genel işlem koşulları içinde yer alan sorumsuz kayıtlarının kural olarak hükümsüz olması veya satıcı aleyhine yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Eren, *Borçlar Özel*, N. 461. Tüketici işlemi niteliğindeki sözleşmeler bakımından ise satıcı ve sağlayıcının sorumsuzluğunu düzenleyen anlaşmalar hafif kusur için dahi, haksız şart olarak kesin hükümsüzdür (TKHK m. 5; Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 5/f. 4'ün atfıyla Ek-1/f. 1-b. a).

<sup>62</sup> TBK m. 222'nin, alıcının bildiği ayıplar kadar bilmesi gerektiği ayıpları da kapsadığı yönünde bkz. BSK-Honsell, OR 200, N. 1, 3; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 76; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 725-726. Buna karşılık varlığından şüphe edilen ayıplar bu kapsamda yer almaz. ZK-Higi/Schönle, OR 200, N. 6; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 5.

<sup>63</sup> Bu tip ayıplar aşikâr ayıp olarak isimlendirilebilir. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 74-75.

<sup>64</sup> BSK-Honsell, OR 200, N. 3; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 200, N. 3; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 174; Eren, *Borçlar Özel*, N. 338; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 78; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 84-86.

<sup>65</sup> Arazi satın alan kişinin zeminin jeolojik durumunu kontrol etmesine gerek olmadığı yönünde bkz. CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 10.

özeni göstermemiş olması, ayıptan sorumluluğa engel olmaz<sup>66</sup>. Buna karşılık, satıcının, taşınmazın teknik özelliklerini alıcı ile paylaşarak, taşınmazın depreme dayanıklı olmadığını alıcıya bildirmesi gibi durumlarda, alıcının ayıbı bilmesi itibarıyla satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Bununla birlikte, satıcının genel geçer ifadeleri, ayıbın alıcı tarafından bilindiği sonucunu doğurmaz<sup>67</sup>. Belirtmek gerekir ki alıcının, bağımsız bölümde daha önce kiracı olması ve kiracı olduğu dönemde binanın depreme dayanıklı olmadığı hususuna vâkıf olması gibi örneklerde alıcının ayıbı bilmesi sebebiyle satıcı yine sorumlu olmaz. Keza satıcı ayıbı kasten gizlemesine rağmen alıcının ayıbı farklı bir yolla öğrenmesi ve bu ayıbı bilerek sözleşmeyi kurması hâlinde satıcı ayıptan sorumlu olmaz<sup>68</sup>. Satıcının vaat ettiği vasıfların eksikliği hâlinde de alıcının ayıbı bilmesi yahut bilmesi gerekmesi, ayıptan sorumluluğu kaldırmaz<sup>69</sup>. Alıcı, birden fazla ayıptan sadece birini biliyorsa, diğer ayıplar bakımından satıcının sorumluluğu devam eder<sup>70</sup>. Alıcının ayıbı bildiğini yahut olağan dikkat ve özeni gösterseydi fark edebileceğini ispat yükü satıcı üzerindedir<sup>71</sup>. Bulunmayan vasfın vaat edildiğini veya satıcının ağır kusurunu ispat yükü ise alıcıdadır<sup>72</sup>.

Öğretide ayıptan sorumluluğun şekli şartı olarak ifade edilen gözden geçirme (muayene) ve ayıbı bildirme (ihbar) külfeti bakımından satış türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Bu değerlendirmeye geçmeden önce bazı hususların açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır. İlk olarak, tüm satış türleri bakımından, gözden geçirme ve ihbar külfeti süresinin başlayacağı an, karşı edim hasarının geçiş anı değil, fiilî dolaysız zilyetliğin edinildiği andır<sup>73</sup>. Şu hâlde, ayıbın varlığı bakımından hasarın geçiş anı esas alınırken; gözden geçirme ve ihbar külfeti bakımından çoğunlukla teslim anı esas alınır<sup>74</sup>. Gözden geçirmenin içeriği, satılanın niteliğine ve yerel âdetlere (bu tür şeylerin alınıp satıldığı çevredeki olağan uygulamalara) göre belirlenir<sup>75</sup>. Gözden geçirme alıcı tarafından yapılabileceği gibi, masrafları alıcıya ait olmak üzere üçüncü kişi tarafından da yapılabilir<sup>76</sup>. Öğretide belirtildiği üzere, özel bir şüphe bulunmadıkça alıcı, gözden geçirme için uzmana başvurmak zorunda değildir<sup>77</sup>. Tacirler arasında da alışlagelmiş bir uygulama olmadıkça, diğer satışlarda ise somut bir

<sup>66</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR 200, N. 4; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 3a, Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 174; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 131.

<sup>67</sup> Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 83. Ayıbı bilmek; ayıbın önemini, kapsamını ve satılan üzerindeki etkilerini bilmek anlamına gelir. ZK-Higi/Schönle, OR 200, N. 6; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 5.

<sup>68</sup> ZK-Higi/Schönle, OR 200, N. 6; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 203, N. 3; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 7, N. 203, N. 4.

<sup>69</sup> BSK-Honsell, OR 198, N. 4; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 200, N. 4; ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 83a; OR 200, N. 2; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 725.

<sup>70</sup> BSK-Honsell, OR 198, N. 2.

<sup>71</sup> BSK-Honsell, OR 198, N. 6; ZK-Higi/Schönle, OR 200, N. 10; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 4; Eren, *Borçlar Özel*, N. 342.

<sup>72</sup> BSK-Honsell, OR 198, N. 6; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 200, N. 5; CHK-Markus Müller-Chen, OR 200, N. 4.

<sup>73</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR 201, N. 3. Hasarın intikalinden farklı olarak, dolaylı zilyetliğin devri, muayene ve ihbar süresinin başlaması için yeterli değildir. Çünkü muayene için alıcının, satılan üzerinde fiilî ve doğrudan doğruya hâkimiyetinin kurması gerekir. Bu anlamda taşınmazlarda da fiilî dolaysız zilyetlik elde edilmeden, muayene ve ihbar külfetinin başlaması söz konusu olmaz. Muayene süresinin başlangıcı için teslimin (fiilî ve doğrudan doğruya tasarruf edilebilecek duruma gelmenin) gerektiği yönünde bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 178; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 107. Muayene ve ihbar süresinin başlaması için teslimin şart olduğu yönünde bkz. *Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 68. Dolaysız zilyetliğin devri yolları (TMK m. 977), teslim, araçların teslimi, uzak elden teslim ve kısa elden teslim olup bunlardan her biri, muayene külfetinin başlaması için gereken fiilî hâkimiyeti sağlamaya elverişlidir. Dolaysız zilyetliğin devri hakkında detaylı bilgi için bkz. Nomer - Ergüne, N. 130 vd. Ama elbette binalar bakımından en sık rastlanacak olanları, araçların teslimi (bağımsız bölümün anahtarlarının verilmesi gibi) ve kısa elden teslimdir (kiracının malik olması gibi).

<sup>74</sup> Fiilî teslim olgusundan hareket ederek, fiilî teslim tarihinin tespiti için site yönetimine yazı yazılması, elektrik, su, telefon, internet, doğalgaz aboneliklerinin de araştırması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/2619 (24.02.2020) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>75</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR 201, N. 4; Eren, *Borçlar Özel*, N. 351; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 84; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 135; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 110-111.

<sup>76</sup> Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 177-178, 180; Eren, *Borçlar Özel*, N. 352, 358; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 110, 112. Satılan ayıplı çıkarsa, gözden geçirme masraflarının satıcıdan talep edilebileceği yönünde bkz. Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 85; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 137.

<sup>77</sup> BSK-Honsell, OR 201, N. 5.

şüphe bulunmadıkça alıcının uzmana başvurmak zorunda olmadığı ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Bu çerçevede, binanın depreme dayanıklı olup olmadığı –alıcının konunun uzmanı olması gibi örnekler dışında– uzman tarafından tespit edilebilecek bir durumdur. Alıcının, satın aldığı binanın depreme dayanıklılığı hususunda uzmana başvurmasının gerekip gerekmediği, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Örnek olarak, zemininin yapılaşmaya elverişli olmadığı bilinen bir arazi üzerine inşa edilen taşınmazlar bakımından, depreme dayanıklılığının gözden geçirmenin kapsamında olduğu kabul edilebilirken; yeni inşa edilen bir bina bakımından böyle inceleme yapması alıcıdan beklenmez. Nitekim alıcı, ayıbı aramak zorunda değildir<sup>79</sup>. Gözden geçirme ile ortaya çıkmayan ayıplar (gizli ayıplar) bakımından ise sadece ihbar külfeti mevcuttur<sup>80</sup>.

Tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmeleri bakımından fiilî dolaysız zilyetliğin devri<sup>81</sup> TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014'ten sonrasına denk geliyorsa tüketici alıcının gözden geçirme ve ihbar külfeti bulunmamaktadır<sup>82</sup>. Buna karşılık fiilî dolaysız zilyetliğin devrinin 28.05.2014'ten önce olduğu tüketici satışlarında tüketici alıcı, gizli ayıp dışındaki ayıplar bakımından eTKHK m. 4/f. 2 uyarınca, fiilî dolaysız zilyetliğin devredildiği andan itibaren otuz gün içinde ayıbı bilmekle yükümlüdür<sup>83</sup>. Tacirler arası ticari iş niteliğindeki satışta ise aşikâr ayıplar bakımından ihbar süresi iki gün, açık ayıplar bakımından hem muayene hem ihbar süresi sekiz gündür<sup>84</sup> (TTK m. 23/b. c; eTTK m. 25/b. 3). Ticari satışlardaki iki ve sekiz günlük süreler de fiilî dolaysız zilyetliğin kazanılmasından itibaren başlar<sup>85</sup>. Bu ayrık durumlar dışında, gözden geçirme ve ihbar süresi, fiilî dolaysız zilyetliğin devrinden itibaren, işlerin olağan akışına göre imkânın bulunacağı uygun süredir (TBK m. 223/f. 1; BK m. 198/f. 1). Satışa konu binanın depreme dayanıklı olmadığı, gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek açık ayıp niteliğinde olup da gözden geçirmenin eTKHK m. 4/f. 2'deki otuz günden veya eTTK m. 25/b. 3 ile TTK m. 23/b. c hükümlerindeki sekiz günden daha fazla sürecek ise bu süreler içinde gözden geçirme için gerekenlerin yapılmış olması (örneğin, depreme dayanıklılık hususunda rapor hazırlamak üzere bir kuruma başvurulması) yeterli görülmelidir<sup>86</sup>. Ayıbın ihbarı, her üç satış türünde de gerek mülga gerek yürürlükteki kanunlar çerçevesinde, geçerlilik şekline tabi değildir<sup>87</sup>. Bununla birlikte Yargıtay, satışta ayıp ihbarının tanıkla ispatlanamayacağı ve yazılı delille ispatlanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>88</sup>.

<sup>78</sup> ZK-Higi/Schönle, OR 201, N. 17.

<sup>79</sup> BSK-Honsell, OR 201, N. 5.

<sup>80</sup> Gizli ayıplardaki ihbar külfeti hakkında bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/7863 (06.09.2021) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>81</sup> Gerek eTKHK'da gerek TKHK'da ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerde “*teslim*” ifadesi tercih edilmişse de TBK bakımından yaptığımız açıklamalar tüketici satışları bakımından da aynen geçerlidir. Zira tüketici hukuku ve borçlar hukuku arasında bu noktada ayırım yapmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

<sup>82</sup> TKHK'da muayene ve ihbar külfeti kaldırılmış olsa da öğretide, ayıbı öğrenen tüketicinin seçimlik haklarını kullanmamasının ayıbının kabulü anlamına gelebileceği ve ayıbın öğrenilmesinden uzun bir süre sonra seçimlik hakların kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olabileceği belirtilmektedir. Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 132.

<sup>83</sup> eTKHK m. 4/f. 2'deki otuz günlük sürenin açık ayıplar için mevcut olduğu, gizli ayıplarda ise genel hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/2721 (16.10.2023). Depremde yıkılan binada gizli ayıp ve satıcının ağır kusuru hakkında bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2022/2003 (08.03.2022). Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>84</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 89.

<sup>85</sup> Tüketici hukukunda olduğu gibi ticaret hukukunda da gerek eTTK m. 25 gerek TTK m. 23 hükümlerinde teslim ifadesi tercih edilmiştir. Bununla birlikte, TBK bakımından yaptığımız açıklamalar tacirler arasındaki ticari satışlar bakımından da aynen geçerlidir. Zira ticaret hukuku ve borçlar hukuku arasında bu noktada ayırım yapmayı gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

<sup>86</sup> Belirtilen sürelerde ortaya çıkması mümkün olmayan ayıplar gizli ayıp olarak nitelendirilebilir ve bu durumda anılan süreler uygulanmaz. Bu yönde bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 179.

<sup>87</sup> OFK-Kren Kostkiewicz, OR 201, N. 4; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 180; Eren, *Borçlar Özel*, N. 362; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 91; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 138; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 114-115; Şahin, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, s. 79-80.

<sup>88</sup> Ayıp ihbarının HMK m. 200 uyarınca yazılı delille ispatlanması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/7863 (06.09.2021). Ayıp ihbarının tanıkla ispatlanamayacağı yönünde bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/9109 (30.09.2019). Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Eser sözleşmesinde ise Yargıtay'ın, ayıp ihbarının tanıkla ispatlanabileceği yönünde kararları mevcuttur. Bkz. aşağıda dn. 179.

Satışın üç türünde de ihbar külfetinin yerine getirilmemesinin satıcının ayıptan sorumluluğuna engel olmayacağı bir durum mevcuttur. Bu durum, BK m. 200'de, "alıcının iğfal edilmesi" yani satıcının aldatması (hilesi) olarak ifade edilmiştir. Öğretide BK m. 200'deki aldatmanın irade bozuklarındaki BK m. 28'e göre belirleneceği ifade edilmekteydi<sup>89</sup>. Buna bağlı olarak BK m. 200'in uygulama alanı bulması için satıcının kastı gerekirdi<sup>90</sup>. Ne var ki öğretide satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmesi gereken ayıplarda da –kast olmasa dahi– BK m. 200'in uygulanması gerektiği savunulmakta idi<sup>91</sup>. TBK m. 225 hükmünde ise satıcının ağır kusurlu olduğu veya satıcılığı meslek edinen kişilerin bilmesi gereken ayıplarda ihbar külfetinin ayıptan sorumluluğa engel olmayacağı düzenlenerek, ihbar külfetinin aranmayacağı hâllerin kapsamı genişletilmiştir<sup>92</sup>.

Satıcının (veya satıcının eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin<sup>93</sup>) ağır kusuru (kast ve bilinçli ihmal), satılanın hasarın geçişi anındaki<sup>94</sup> ayıbına ilişkindir. Örneğin; satıcının, taşınmazın depreme dayanıklı olmadığını bilmesine rağmen bu hususta alıcıyı hiç bilgilendirmeden ayıplı şekilde borcunu yerine getirmesi (kastı) yahut taşınmazın depreme dayanıklılığından şüphe etmekle birlikte bu hususta harekete geçmemesi ve alıcıyı hiç bilgilendirmemesi (ihtimali kastı) gibi hâllerde satıcının ağır kusurlu olduğu kabul edilir<sup>95</sup>. Tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmeleri bakımından eTKHK m. 4/f. 2 hükmünde ihbar külfeti mevcut olmakla birlikte, eTKHK m. 4/f. 4 hükmünden kıyasen satıcının ağır kusurlu olduğu hâllerde ihbar külfeti yine aranmamalıdır. Ağır kusuru ispat yükü alıcı üzerindedir<sup>96</sup>. Yapının depreme dayanıklı olup olmadığı alıcının olağan dikkat ve özenle fark edebileceği bir husus olmadığından, satıcının dürüstlük kuralına göre, alıcının depreme dayanıklı olmadığını varsaydığı kabul edilemez<sup>97</sup>.

Satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (BK m. 194 vd., TBK m. 219 vd.; eTKHK m. 4, TKHK m. 8-12) en önemli ortak özelliği; alıcıya seçimlik haklar tanınmasıdır. Bu seçimlik haklar ücretsiz onarım, ayıpsız misli ile değiştirme, ayıp oranında bedel indirimi ve sözleşmeden dönmedir. Ne var ki deprem sebebiyle kullanılması mümkün olmayan binalarda sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik hakların kullanılması genellikle mümkün olmaz<sup>98</sup>. Zira kullanılmayacak hâle gelen binanın onarımı aşırı masrafi gerektirmesi itibarıyla ücretsiz onarım hakkı<sup>99</sup>, parça borcu niteliğinde olması itibarıyla ayıpsız misli ile değiştirme hakkı<sup>100</sup>, binanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın olacağından ayıp oranında bedel indirimi hakkı<sup>101</sup> kullanılamaz. Yeri gelmişken belirtelim ki binanın kullanılmayacak hâle

<sup>89</sup> BSK-Honsell, OR 203, N. 1; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 125; Doğan Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 373 vd.

<sup>90</sup> Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 376 vd.

<sup>91</sup> Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 125.

<sup>92</sup> Detaylı bilgi için bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 383 vd., 395 vd.

<sup>93</sup> Ağır kusurunun arandığı kişi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 421 vd.

<sup>94</sup> Ağır kusurun arandığı an ile ayıbın varlığının arandığı an aynı olmalıdır. ZK-Higi/Schönle, OR 203, N. 15. Ayıbın varlığının arandığı an (karşı edim hasarının geçiş anı) için bkz. yukarıda dn. 46'ın bağlı bulunduğu paragraf.

<sup>95</sup> Satıcının ağır kusuru hakkında detaylı bilgi için bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 395 vd.

<sup>96</sup> Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 428. Bu sebeple ayıbın derhâl bildirilmesinin daha faydalı olacağı yönünde bkz. OFK-Kren Kostkiewicz, OR 203, N. 2.

<sup>97</sup> Alıcının kolaylıkla tespit edebileceği ayıplar bakımından satıcının, alıcının ayıbı bildiğini varsaymasının dürüstlük kuralına göre haklı olacağı yönünde bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 400-401.

<sup>98</sup> Aynı yönde bkz. Sinan Sami Akkurt, "Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I - Sözleşme Sorumluluğu", *SÜHFD*, 31/1 (2023): s. 240.

<sup>99</sup> Ücretsiz onarım hakkının sınırları, TBK m. 227/f. 1, b. 3'te "aşırı bir masrafi gerektirmeme", TKHK m. 11/f. 3'te ise "satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirme" olarak ifade edilmiştir.

<sup>100</sup> Ayıpsız misli ile değiştirme hakkının sınırı TKHK m. 11/f. 3'te "satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirme" olarak ifade edilmiştir.

<sup>101</sup> Ayıp oranında bedel indiriminin bu sınırı TBK m. 227/f. 4'te ve BK m. 202/f. 3'te düzenlenmiştir.



gelmesi, depreme dayanıklı olmamasından ortaya çıkan ayıptan kaynaklanmış olacağından sözleşmeden dönme hakkının kullanılması yine mümkündür (TBK m. 228/f. 1)<sup>102</sup>.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, tacirler arasındaki ticari satışlar bakımından TTK m. 18/f. 3'teki şekil dışında, hiçbir şekle tabi değildir<sup>103</sup>. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, 6101 sayılı Kanun m. 1'de sona erme ve tasfiyede derhâl yürürlük ilkesi benimsendiğinden –TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den önce kurulan satış sözleşmelerinden dönme dâhil olmak üzere– TBK m. 229'a tabidir. Belirtmek gerekir ki tüketici satışları ile ticari satışlarda dönme hakkının sonuçları düzenlenmediğinden bu satışlardan dönme de TBK m. 229'a tabidir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının öncelikli sonucu tarafların iade borcunun doğmasıdır<sup>104</sup> (TBK m. 229/f. I). Alıcının iade borcu öncelikle satılardan elinde kalanın mülkiyetinin ve zilyetliğinin satıcıya geri verilmesini kapsamaktadır. Deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen binalar bakımından alıcının iade borcu öncelikle, yıkılan binanın üzerinde bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin veya taşınmaz üzerindeki mülkiyet payının satıcı adına tescili suretiyle mülkiyetin iadesidir<sup>105</sup>. Ayrıca bina tamamen yıkılmışsa taşınır mülkiyetine konu olan molozlardan oluşan enkazın iadesi taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin esaslar çerçevesinde gerçekleşecektir. Bina tamamen yıkılmamışsa binanın fiilî zilyetliğinin de satıcıya devri gerekir. Bunun yanı sıra alıcı, satılardan elde ettiği yararları da iade ile yükümlüdür. Bu yarar, binalar bakımından genellikle, kira geliri yahut kullanma karşılığıdır<sup>106</sup>. Satıcı ise satış bedelini faiziyle birlikte iade etmekle yükümlüdür<sup>107</sup> (TBK m. 229/b. 1). Satıcı ayrıca, alıcının yapmış olduğu yargılama giderleri<sup>108</sup> ile satılana yaptığı masrafları (zorunlu, faydalı ve lüks masraflar)<sup>109</sup> da alıcıya ödeme yükümlülüğü altındadır (TBK m. 229/f. I, b. 2). Satıcının TBK m. 229/f. I/b.1-2 hükümlerinde düzenlenen bu yükümlülükleri, kusursuz sorumluluğu kapsamındadır<sup>110</sup>. Taraflar, sözleşmeden dönmenin sonucunda birbirlerine karşı olan borçlarını aynı anda ifa ile yükümlü olup borcunu yerine getirmeyen veya yerine getirmeyi teklif etmeyen tarafın taleplerine karşı TBK m. 97 uyarınca ödemezlik def'i ileri sürülebilir<sup>111</sup>. Bunun yanı sıra alıcı, iade borcunun kapsamında yer alan para borçları (kullanım

<sup>102</sup> Öğretide belirtildiği üzere, satılının ayıpları sebebiyle bozulması ya da yok olması durumunda alıcının sözleşmeden dönme hakkının mevcut olması, satıcının ayıptan sorumluluğunun doğrudan sonucudur. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 167.

<sup>103</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 99.

<sup>104</sup> Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi öğretide oldukça tartışmalıdır. İleri sürülen görüşlerden bir bölümü, –çeşitli farklılıklarla birlikte– borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak sona erdiğini (klasik dönme teorisi, kanuni borç ilişkisi teorisi, aynı etkili dönme teorisi) kabul ederken, dönüşüm teorisi, borç ilişkisinin geçmişe etkili sona ermediği ve tasfiye ilişkisine dönüştüğü yönündedir İleri sürülen görüşler hakkında ayrıca bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2007), s. 59 vd.; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Ankara: Yetkin, 1998), 117 vd.; Turgut Öz, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi* (İstanbul: Kazancı 1989), s. 34 vd. Sözleşmeden dönmedeki sözleşmenin kurulduğu andaki duruma göre dönülmesi (*restitutio in integrum*) prensibi; satılana karşılık satış bedeli, yararları karşılık faiz ödenmesini gerekli kılar ve bunların ödenmesinde TBK m. 52 uyarınca indirim yapılmaz. BSK-Honsell, OR 208, N.5.

<sup>105</sup> Eren, *Borçlar Özel*, N. 409.

<sup>106</sup> Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 191-192; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 101; Eren, *Borçlar Özel*, N. 414; Zevkililer - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 135; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 151; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 178-179. Ayıplı malın kullanılmasından kaynaklanan değer kaybının alıcının iade borcunun kapsamında bulunmadığı yönünde bkz. Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 151. Sözleşmeden dönen alıcının, zapttan sorumluluktan farklı olarak, elde etmeyi ihmal ettiği yararlarından sorumlu olmayacağı, aksi hâlde ayıplı malın kullanılarak zararın artmasına neden olunacağı öğretide belirtilmektedir. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 528. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 191; Zevkililer - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 135; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 765; Aksi yöndeki görüş için bkz. BSK-Honsell, OR 208, N. 3; Eren, *Borçlar Özel*, N. 413.

<sup>107</sup> Faizin, paranın satıcıya ödendiği günden itibaren işlemeye başlayacağı yönünde bkz. BSK-Honsell, OR 208, N. 2.

<sup>108</sup> Alıcının talep edebileceği yargılama giderlerinin, satıcı ile arasındaki yargılamaları değil, üçüncü kişiler ile arasındaki yargılamaları kapsadığı yönünde bkz. BSK-Honsell, OR 208, N. 2; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 101; Eren, *Borçlar Özel*, N. 418; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 152; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 172.

<sup>109</sup> Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 173. Sadece zorunlu ve faydalı masrafların talep edilebileceği yönündeki görüş için bkz. BSK-Honsell, OR 208, N. 2; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 101.

<sup>110</sup> Bunlara ek olarak; sözleşmenin kurulması masrafları ile ayıbın tespit edilmesi masraflarının da satıcının kusursuz sorumluluğunun kapsamında yer aldığı belirtilmektedir. OFK-Kren Kostkiewicz, OR 208, N. 4.

<sup>111</sup> BSK-Honsell, OR 208, N. 1; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 208, N. 1; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, s. 192; Eren, *Borçlar Özel*, N. 410; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 179.

karşılığı gibi) için takası ileri sürebilir<sup>112</sup> ve bu durumda karşılıklı para borçları, az olanı tutarında sona erer (TBK m. 139 vd.).

Satıcı ayıp sebebiyle uğranılan doğrudan zarardan hiçbir kusuru bulunmasa dahi sorumludur (TBK m. 229/f. 1, b.3). Doğrudan zararın kapsamına hangi kalemlerin girdiği öğretide oldukça tartışmalıdır<sup>113</sup>. Satıcının ayıptan sorumluluğu çerçevesindeki kusurdan bağımsız tazminat sorumluluğunun kapsamı, kabul edilen görüşe göre değişiklik gösterir. Doğrudan zararların dışında kalan zarar kalemlerinden ise satıcı, kusursuzluğunu ispat etmedikçe sorumludur. Konumuz bakımından önem arz eden husus, özellikle şeye veya mala gelen zararlar yani bütünlük menfaatinin ihlalinin doğan zararlarıdır<sup>114</sup>. Hâkim görüş, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımında illiyet bağının yoğunluğuna vurgu yapmaktadır<sup>115</sup>. Öğretide, doğrudan zararın kapsamına ayıp zararının (*Mangelschaden*) yani satılanla ilgili doğrudan bağlantılı olan alışveriş menfaatinin girdiğini; bütünlük menfaati gibi ayıbı takip eden zararların (*Mangelfolgeschaden*) dolaylı zarar olarak satıcının kusur sorumluluğunda olduğunu kabul eden yazarlar olduğu gibi<sup>116</sup>, malın tahsis amacı doğrultusunda kullanılmasıyla meydana gelen ilk zararların, bütünlük menfaatinin ihlali niteliğinde olsa dahi doğrudan zarar olarak satıcının kusursuz sorumluluğunda olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>117</sup>.

Depremden dolayı kullanılamaz hâle gelen taşınmazın satıcısı, yapıyı inşa eden müteahhit de olabilir. Bu durumda yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin hükümler değil, satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Satıcının yapı inşa eden kişi olması, kusursuzluğunu ispatlamasının önüne geçmesi itibarıyla önem arz eder<sup>118</sup>. Buna göre, bir yapıyı inşa eden müteahhidin sorumluluğu, taraf olduğu sözleşmeye göre farklılaşır. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin iş sahibine kalan bağımsız bölümler bakımından sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi iken; yüklenicinin kendisine kalan bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabidir. Ayıptan kusursuz olarak sorumlu olan satıcının kendi satıcısına veya taşınmazı inşa eden yükleniciye rücu hakkı saklıdır.

## 2. Satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu

Satıcının ayıplı ifası TBK m. 112 uyarınca kötü ifadan (sözleşmenin olumlu ihlalinin) tazminat sorumluluğuna da yol açar ve ayıptan sorumluluk ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluk yarışma hâlidir<sup>119</sup>. Bu husus TBK m. 227/f. II'de açıkça düzenlenmiştir<sup>120</sup>. Bu yarışma, tüketici işlemi

<sup>112</sup> Eren, *Borçlar Özel*, N. 417; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 177.

<sup>113</sup> Doğrudan zararın olumsuz zararı, dolaylı zararın olumlu zararı; doğrudan zararın fiilî zararı, dolaylı zararın yoksun kalınan kârı ifade ettiğini ileri süren görüşler olduğu gibi bu iki zararın, illiyet bağının yoğunluğuna göre (ayıbın zararı doğuran ilk sebep) belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır. Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. BSK-Honsell, OR 208, N. 7 vd.; CHK-Markus Müller-Chen, OR 208, N. 11; Mehmet Serkan Ergüne, *Olumsuz Zarar*, (İstanbul: Beta, 2008), 63 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 102-103; Eren, *Borçlar Özel*, N. 422; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 153-155; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 174-175.

<sup>114</sup> Bütünlük menfaati için bkz. aşağıda dn. 130'un bağlı bulunduğu paragraf.

<sup>115</sup> BSK-Honsell, OR 208, N. 7; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 208, N. 6; CHK-Markus Müller-Chen, OR 208, N. 12; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 66-67; Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 762 vd.

<sup>116</sup> Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 759.

<sup>117</sup> CHK-Markus Müller-Chen, OR 208, N. 13. Örnek olarak, krem sebebiyle deri hastalıklarının ortaya çıkması böyledir. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 66-67. Bedensel zararların da dolaysız zararın kapsamına dâhil edilmesinin tüketicinin korunması lehine olacağı ancak daha adaletli görünen baskın görüşün, dolaysız zararın alışveriş menfaati ile sınırlı olması gerektiği yönünde bkz. Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 759.

<sup>118</sup> Kendi üretmediği malı incelememek, kural olarak satıcının kusuruna yol açmaz. BSK-Honsell, OR 208, N. 9.

<sup>119</sup> Konu hakkında ve özellikle TBK m. 112 uygulansa dahi muayene ve ihbar külfetinin arandığı ve kısa zamanının uygulanacağı yönünde bkz. ve karşı. Peter Gauch-Walter R. Schlupe-Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II*, 10. Auflage (Zürich: Schulthess, 2014), § 25, N. 2631; ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 191 vd. Taleplerin yarışması hakkında geniş bilgi için bkz. Serpil Işık, "Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'inci Maddesinin Değerlendirilmesi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (2023), s. 387 vd.

<sup>120</sup> Satıcının ayıptan sorumluluğu ile kötü ifadan sorumluluğunun yarışması hususu, BK döneminde tartışmalı olmakla birlikte yarışmanın varlığı kabul edilmekte idi. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 230 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s. 64-65.

niteliğindeki taşınmaz satışları için de geçerlidir. Bir başka ifadeyle, tüketicinin gerek eTKHK döneminde gerekse TKHK döneminde yaptığı taşınmaz satışlarında satıcının genel hükümlere göre sorumluluğuna gitmesi mümkündür ve uygulanacak genel hüküm, TBK m. 112'dir. Akdî sorumluluğa ilişkin temel düzenleme, TBK m. 112'de yer almaktadır. Bu hükümden hareketle, akdî sorumluluğun şartları, "borca aykırılık", "zarar", "uygun nedensellik bağı" ve "kusur" olarak ifade edilmektedir<sup>121</sup>. Ayıplı ifa borca aykırı davranışa (sözleşmenin olumlu ihlaline)<sup>122</sup> karşılık gelmekte olup satıcı, ayıplı ifa ile uygun nedensellik bağı içindeki zararları, sorumsuzluğunu<sup>123</sup> ispat etmedikçe sorumludur<sup>124</sup>. Borca aykırılıkta kusur, borca aykırı sonucun tasarlanması ve arzu edilmesi veya göze alınması yahut borca aykırı sonucun önlenmesi için gerekli özenin gösterilmemesi hâlinde söz konusu olur<sup>125</sup>.

Öğretide zarar, malvarlığında meydana gelen rıza dışı (gönülsüz) azalmalar (kayıplar) olarak tanımlanmakta ve eksilmeye yol açan olay sonucunda oluşan fiilî durum ile o olay hiç olmasaydı içinde bulunulacak durum arasındaki fark, zarar olarak ifade edilmektedir<sup>126</sup>. Bir başka ifadeyle, zararın formülü, "farazi durum (eksi) fiilî durum" olarak verilmektedir<sup>127</sup>. Sözleşme sorumluluğu kapsamındaki zararın tazmini bakımından temel ayırım, olumlu zarar-olumsuz zarar ayırımı<sup>128</sup> olmakla birlikte sözleşme ilişkisi çerçevesinde verilen zararlar mutlaka olumlu veya olumsuz menfaat biçiminde ortaya çıkmaz; bir kimsenin kişi ve malvarlığı değerlerinin korunması ve her türlü müdahaleden uzak tutulması anlamına gelen bütünlük menfaatin ihlali de söz konusu olabilir<sup>129</sup>. Bütünlük menfaati, kişiye gelen zararları, şeye gelen zararları ve salt (saf) malvarlığı zararlarını içerir<sup>130</sup>. Bütünlük menfaatinde olumlu ve olumsuz menfaat ayırımına yer yoktur. Çünkü bütünlük menfaati, taraflar arasındaki işlemsel alana (özel bağlantıyı doğuran hukuki sebebe) yabancı değerlerin korunmasına hizmet etmektedir<sup>131</sup>. Buna bağlı olarak, bir olayda hem bütünlük menfaatinin hem de olumlu veya olumsuz menfaatin birlikte talep edilebilmesi mümkündür<sup>132</sup>. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde bütünlük menfaatinin ihlali, sözleşmenin olumlu ihlali olarak, alacaklının zararının TBK m. 112 uyarınca tazmin edilmesini gerektirir<sup>133</sup>. Bu çerçevede alıcı, binanın deprem sonucunda kullanılamaz hâle gelmesi sebebiyle uğradığı kişiye gelen zararları (ölüm veya bedensel zarar) ve eşyalarına gelen zararları, TBK m. 112

<sup>121</sup> Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, § 25, N. 2619-2622. M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, 19. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021), N. 1246 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Legem, 2023), N. 3292 vd.; Selâhattin Sulhi Tekinay - Sermet Akman - Halûk Burcuoğlu - Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 853 vd.; Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 415-416; Turgut Öz, *İstanbul Şerhi Cilt 2*, 3. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), TBK m. 112, N. 18.

<sup>122</sup> Ayıplı ifa, satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini zamanında kazandırma yükümlülüğüne eşlik eden nitelikli mal verme şeklindeki yan edim yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olup (Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 650), kötü ifa (sözleşmenin olumlu ihlali) teşkil eder [Rona Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. bası, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), § 18, N. 2]. Benzer yönde ayrıca bkz. BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 6.

<sup>123</sup> Borçlunun kusuru ile sorumluluğu özdeş değildir. Bu anlamda, borçlunun kusurlu olmamasına rağmen sorumlu olduğu hâller (yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk gibi) olduğu gibi kusurlu olmasına rağmen sorumlu olmadığı durumlar da (sorumsuzluk anlaşması gibi) bulunmaktadır. Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, § 25, N. 2622; Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1330.

<sup>124</sup> BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 6, Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, N. 657, 663.

<sup>125</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1335. Kusur kavramı hakkında ayrıca bkz. aşağıda IV. A. 4 başlığı.

<sup>126</sup> Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, § 27, N. 2848; Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1260; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, s. 545; Eren, *Borçlar*, N. 1623, 3295; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası (İstanbul: Beta, 2023), N. 111; Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 63; Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 16, N. 5; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, 14. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2018), N. 113; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 9. Haksız fiil sorumluluğundaki zarar unsuru için bkz. aşağıda IV. A. 2. a başlığı.

<sup>127</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 13.

<sup>128</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 26-28.

<sup>129</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 32.

<sup>130</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 33-34.

<sup>131</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 35.

<sup>132</sup> Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 35.

<sup>133</sup> Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 16, N. 5a; Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 35.

uyarınca talep edebilir<sup>134</sup>. Keza alıcı, TBK m. 114/f. II'nin atfı doğrultusunda, TBK m. 56 ve TBK m. 58 hükümleri çerçevesinde manevi tazminat da talep edebilir<sup>135</sup>. Kişiyeye gelen zararların hesaplanmasında, TBK m. 114/f. II'nin atfı doğrultusunda TBK m. 53-56 uygulanır. Zararın ispatı ve tazminatın belirlenmesi de TBK m. 114/f. II'nin atfıyla TBK m.50-52 hükümlerine tabidir. Bunun yanı sıra tazmin edilecek zarar belirlenirken, zarar görenin, hukuka aykırı davranış sonucunda elde ettiği menfaatler, uğradığı zarardan mahsup edilir (denkleştirilir)<sup>136</sup>. Bu çerçevede kullanılmayacak hâle gelen yapıdan arta kalanların (satıcıya iade edilmemişse) değeri (metruk hâle gelen binanın demirleri, molozlar gibi), zarardan düşülür.

### 3. Satıcının sorumluluğunun zamanaşımı

#### a-) Ayıptan sorumluluk bakımından

Taşınmaz satışında satıcının ayıptan sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı hem mülga (eTKHK m. 4/f. 4; BK m. 215/f. 3) hem de yürürlükteki kanunlarda (TKHK m. 12/f. 1; TBK m. 244/f. 3) kural olarak beş yıl olarak öngörülmüştür<sup>137</sup>. Bu süreler, tacirler arası ticari satış niteliğindeki taşınmaz satışları için de geçerlidir<sup>138</sup>. Beş yıllık zamanaşımının başlangıç anı için, BK m. 215/f. 3 ile TBK m. 244/f. 3 hükümlerinde mülkiyetin devri belirlenmişken; TKHK m. 12/f. 1 hükmünde teslim ifadesi tercih edilmiş, eTKHK m. 4/f. 4 hükmünde ise başlangıç anı belirtilmemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki gerek tüketici işlemi niteliğindeki taşınmaz satışlarında gerekse BK'ya ve TBK'ya tabi taşınmaz satışlarında ayıptan sorumluluğun zamanaşımının başlangıç anının aynı olması gerekmektedir. Bu anlamda taşınmaz satışının tüketici işlemi niteliğinde olup olmaması, ayıptan sorumluluğun başlangıç anının değişmesine yol açmaz. Öğretide BK m. 215/f. 3 ve TBK m. 244/f. 3 doğrultusunda taşınmaz mülkiyetinin alıcı adına tescilinin zamanaşımın başlaması için yeterli olup olmadığı, tescilin yanı sıra fiilî dolaysız zilyetliğin devrinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır<sup>139</sup>. Bununla birlikte, fiilî zilyetliğin devri bakımından -hasarın geçiş anında olduğu gibi- alıcının taşınmazdan iktisadi olarak yararlanabilecek duruma geldiği anın esas alınması gerekmekte olup<sup>140</sup>; fiilî zilyetliğin devri tescilden sonra gerçekleşiyorsa ayıptan sorumluluğun zamanaşımının da fiilî zilyetliğin devrinden itibaren

<sup>134</sup> İsviçre Hukukunda, ayıplı ifade tazminat sorumluluğunu ayıptan sorumluluğa tabi tutan yazarlar, zararın, sözleşme tipine özgü risklerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına odaklanmakta ve sözleşme tipine özgü risklerin dışında kalanlar zararların haksız fiil hükümlerine tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir. ZK-Higi/Schönle, OR 197, N. 191-193.

<sup>135</sup> Sözleşmesel sorumlulukta manevi tazminatın şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 75 vd. Şu kadar ki, manevi tazminattan sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı sözleşmesel zamanaşımıdır (TBK m. 146-147) (Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1291; Nomer, *Borçlar*, N. 182a.5. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, *Manevi Tazminat*, s. 266 vd.). Bunun yanı sıra zarar veren, sorumsuzluğunu ispatla yükümlüdür (TBK m. 112) (Öz, *İstanbul Şerhi*, TBK m. 112, N. 30).

<sup>136</sup> Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 16, N. 6b; Eren, *Borçlar*, N. 3341. Tazminat sorumluluğunda denkleştirme hakkında bkz. Ergüne, *Olumsuz Zarar*, s. 327-329; Buz, *Sözleşmeden Dönme*, s. 272.

<sup>137</sup> Seçimlik hakların kullanılması sonucunda ileri sürülecek talepler, ayıptan sorumluluğun zamanaşımına değil, genel hükümlerdeki zamanaşımına tabidir. Örnek olarak, sözleşmeden dönme hakkının ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı içinde kullanılması gerekirken; iade borcu, genel hükümlerdeki zamanaşımına tabidir. Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 171. TKHK m. 12/f. 3'te ikinci el satışlarda satıcının ayıptan sorumluluğunun konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda üç yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm işlevi, ikinci el satışlardaki ayıptan sorumluluğun zamanaşımını üç yıla kadar kısaltma imkânı tanımaktan ibarettir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ikinci el satışlarda da ayıptan sorumluluğun zamanaşımı TKHK m. 12/f. 1 uyarınca beş yıldır. Nomer, *Borçlar*, N. 212.18.

<sup>138</sup> Yürürlükteki TTK'da, tacirler arası ticari satışlarda ayıptan sorumluluğun zamanaşımı düzenlenmemiştir. Buna karşılık, eTTK m. 25/b. 4 hükmünde, tacirler arası ticari satışlar için altı aylık zamanaşımı süresi öngörülmüş idi. Ne var ki eTTK m. 25/b. 4 hükmünde tacirler arası ticari satışlar için öngörülen altı aylık kısa süre, sadece taşınmaz satışları için geçerliydi. Çünkü eTTK m. 25/b. 4 hükmünde, "*Borçlar Kanununun 207 nci maddesindeki müruruzaman müddeti tüccarlar arasındaki ticari satışlarda altı aydır*" denilmek suretiyle altı aylık sürenin, (taşınmaz satışında ayıptan sorumluluğun zamanaşımını düzenleyen) BK m. 207'deki zamanaşımı süresinin yerini alacağı belirtilmiştir. Bu itibarla eTTK döneminde de tacirler arası ticari iş niteliğindeki taşınmaz satışlarında yine BK m. 215/f. 3 hükmündeki beş yıllık süre uygulanır.

<sup>139</sup> Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 190-191. Tapu devir tarihini esas alan bir karar: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/15287 (17.10.2005) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>140</sup> TBK m. 244/f. 3'teki "mülkiyetin geçmesi" ifadesinin, hem alıcı adına tescili hem de zilyetliğin devrini içerdiği yönünde bkz. BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 92.

başlaması gerekir<sup>141</sup>. Bu noktada, alıcının taşınmazın fiilî dolaysız zilyetliği kazanması şart olmayıp dolaylı zilyetlik de –taşınmazdan iktisadi olarak yararlanmasını sağladığı ölçüde– zamanaşımının başlangıcı için yeterli olur<sup>142</sup>. Örnek olarak; tescilden sonra taşınmazın fiilî dolaysız zilyetliği alıcının kiracısına devredilir ve alıcı dolaylı zilyet hâline gelirse beş yıllık zamanaşımı, alıcının dolaylı zilyetliği kazandığı andan itibaren başlar.

Beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı bir durum mevcuttur. Bu durum, BK m. 207/f. 2’de – BK m. 200’deki gibi– “*alıcının iğfal edilmesi*” olarak belirtilmiş olup, bu ifadenin kapsamı, BK m. 200’ün kapsamı ile özdeştir<sup>143</sup>. TBK m. 244/f. 3 ile eTKHK m. 4/f. 4 ile TKHK m. 12/f. 1’de ise satıcının ağır kusuru hâlinde beş yıllık zamanaşımının uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Beş yıllık zamanaşımı süresi yerine uygulanacak zamanaşımı süresi ise TBK m. 244/f. 3’te yirmi yıl olarak düzenlenmiş iken; BK’da, eTKHK’da ve TKHK’da herhangi bir süre düzenlenmemiştir. BK döneminde öğretide, beş yıllık süre yerine uygulanacak zamanaşımı süresi tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, BK m. 125’teki genel zamanaşımı olan on yılın uygulanacağı yönünde idi<sup>144</sup>. Tüketici işlemi niteliğindeki taşınmaz satışları bakımından ise gerek eTKHK’da gerekse TKHK’da herhangi bir hüküm bulunmaması itibarıyla genel hükümlerdeki (BK m. 125, TBK m. 244/f. 3) zamanaşımı düzenlemesi uygulanacaktır<sup>145</sup>. Belirtelim ki beş yıllık zamanaşımı uygulanmasa da zamanaşımının başlangıç anı değişmez, beş yıllık zamanaşımı yerine uygulanacak sürenin başlangıcı, beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı ile aynıdır<sup>146</sup>. Bunun yanı sıra, zamanaşımına ilişkin kurallar (zamanaşımının durması, kesilmesi, zamanaşımı def’inden feragat vb.) her iki durumda da aynı şekilde uygulanır<sup>147</sup>.

eTKHK ve BK döneminde devredilen taşınmazlarda işlemeye başlayan ve TKHK ile TBK’nın yürürlüğe girdiği sırada dolmayan zamanaşımının akibeti ise TKHK Geçici Madde 1/f. 2, bent-b ve 6101 sayılı Kanun m. 5 hükümlerine göre tayin edilir. TKHK’nın ve TBK’nın yürürlük tarihleri ve yürürlük hükümleri çerçevesinde, satıcının ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı bakımından şu sonuçlara ulaşılabilir.

**i-) Satıcının ağır kusurlu olmadığı durumlarda** ayıptan sorumluluğun zamanaşımının (5 yıllık sürenin) başlangıcı ve süresi bakımından BK ile TBK arasında bir farklılık yoktur. Buna göre, 01.07.2012’de TBK’nın yürürlüğe girmesinin, 01.07.2012’den önce işlemeye başlayan ve başlangıcı ile uzunluğu aynı olan zamanaşımına bir etkisi bulunmamaktadır<sup>148</sup>. Örneğin, taşınmaz (TBK’nın yürürlüğünden önce) 01.01.2012’de devredilmiş olup satıcı da ağır kusurlu değilse, satıcının ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı süresi 01.01.2017’de dolar.

**ii-) Satıcının ağır kusurlu olduğu durumda**, TBK m. 244/f. 3’te, BK’ya göre daha uzun zamanaşımı süresi (20 yıl) öngörülmüştür. BK’nın daha kısa zamanaşımı öngörüp de TBK’nın daha uzun zamanaşımı süresi öngörmesi hâlinde, TBK’nın yürürlüğe girdiği sırasında BK’daki kısa zamanaşımı dolmuş olsa da

<sup>141</sup> Aynı yönde bkz. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Defi Hakkı*, s. 191.

<sup>142</sup> Bkz. ve karşı. Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Defi Hakkı*, s. 191-192; Eren, *Borçlar Özel*, N. 375; Yavuz – Acar – Özen, *Borçlar Özel*, s. 91-92.

<sup>143</sup> “*Alıcının iğfal edilmesi*” kavramının içeriği hakkında bkz. yukarıda dn. 89’un bağlı bulunduğu cümle ve devamındaki cümleler.

<sup>144</sup> BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 103; OFK-Kren Kostkiewicz, OR 219, N. 8; Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, s. 163-164. BK m. 215/f. 3, sadece BK m. 207/f. 1’e göre özel hüküm olup, BK m. 207/f. 2-3 hükümleri, taşınmaz satışında da uygulama alanı bulur. Alıcıyı aldatan satıcı taşınmaz satışında kısa zamanaşımı süresinden yararlanamazken; taşınmaz satışında da kısa zamanaşımı süresinden yararlanamamalı; iki satış türündeki durum aynı olmalıdır. BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 104.

<sup>145</sup> Eren, *Borçlar Özel*, N. 384. Zamanaşımının başlangıcı ve satıcının ağır kusurlu olması hâlinde zamanaşımı süresi bakımından aynı yönde bkz.: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/7959 (25.05.2004) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>146</sup> Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Defi Hakkı*, s. 446.

<sup>147</sup> BK-Art. 216-221 OR/Giger, Art. 219, N. 78; Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Defi Hakkı*, s. 447.

<sup>148</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1968.

dolmamış olsa da BK'daki kısa süre uygulanmaya devam eder<sup>149</sup>. Gerideki örnekte satıcı ağır kusurluysa zamanaşımı süresi 01.01.2022'de dolacaktır; yoksa 01.01.2032'de değil. Çünkü 6101 sayılı Kanun m. 5 uyarınca, BK'daki sürenin TBK'daki süreden daha kısa olması hâlinde BK'daki kısa zamanaşımı uygulanmaya devam eder.

**iii-) Gerek eTTK gerek TTK dönemindeki tacirler arası ticari iş niteliğindeki taşınmaz satışlarındaki ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, BK'ya veya TBK'ya tabi olduğundan, aynı esaslar uygulanır<sup>150</sup>.**

**iv-) Tüketici işlemi niteliğindeki taşınmaz satışlarında satıcının ağır kusurlu olup olmamasına göre değerlendirme yapmak gerekir.**

**iv.1-) Satıcı ağır kusurlu değilse, şu sonuçlara varılır:** TKHK Geçici Madde 1/f. 2-b hükmünde şu düzenlemeye göre, TKHK'nın yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış süreler TKHK'nın yürürlüğe girdiği tarihte dolmamışsa, TKHK'da öngörülen süreler uygulanır. Bu düzenleme, TKHK'da farklı bir süre öngörülmüş ise uygulama alanı bulur<sup>151</sup>. TKHK, satıcının ayıptan sorumluluğundaki zamanaşımının (5 yıllık sürenin) başlangıcını yahut süresini değiştirmemiştir. Buna göre, 28.05.2014'te TKHK'nın yürürlüğe girmesinin, işlemeye başlayan zamanaşımına bir etkisi yoktur. Örneğin, taşınmaz (TKHK'nın yürürlüğünden önce) 01.01.2013'te devredilmiş olup satıcı da ağır kusurlu değilse, satıcının ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı süresi 01.01.2018'de dolar.

**iv.2-) Satıcı ağır kusurluysa genel hükümlere gitmek gerektiğinden, zamanaşımı sorununu 6101 sayılı Kanun m. 5 çerçevesinde ele almak gerekir.** Taşınmazın fiilî dolaysız zilyetliği TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den sonra devredilmiş ve satıcı ağır kusurlu ise TBK m. 244/f. 3'teki yirmi yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Buna karşılık, TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den önce teslim edilen taşınmazlar bakımından satıcı ağır kusurluysa BK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı uygulanır ve TBK'nın 01.07.2012'de yürürlüğe girmesi, zamanaşımına etki etmez. Bir başka ifadeyle satıcı ağır kusurluysa, tüketici satışlarındaki zamanaşımı, hemen yukarıdaki "ii" ihtimalinde olduğu gibidir.

## **b-) TBK m. 112 Uyarınca Sorumluluk Bakımından**

Sözleşmeden doğan alacaklar için zamanaşımı, alacağın muaccel olmasından itibaren başlar (TBK m. 149/f. I; BK m. 128). Bu düzenlemenin temelinde, alacaklının alacağını muacceliyetten itibaren ileri sürebileceği düşüncesi yatmaktadır<sup>152</sup>. Buna bağlı olarak, tazminat alacaklarında da zamanaşımı – alacağın bilinip bilinmemesinden bağımsız olarak– muacceliyetten itibaren işlemeye başlar<sup>153</sup>. Sorun, sözleşmenin olumlu ihlalinde tazminat alacağının muacceliyet anının ne olduğudur<sup>154</sup>. Türk Hukukunda

<sup>149</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1976.

<sup>150</sup> Bkz. yukarıda dn. 138.

<sup>151</sup> Verilen örnekten anlaşıldığı kadarıyla aynı yönde bkz. Çabri, *6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s. 1100.

<sup>152</sup> Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, §32, N. 3308.

<sup>153</sup> Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, §32, N. 3320; Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, *BK-Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127-142 OR*, (Bern: Stämpfli, 2021), OR 128a, N. 7.

<sup>154</sup> Zamanaşımı reformundan önce İsviçre Hukukundaki hâkim görüş, sözleşmenin olumlu ihlalinden doğan tazminat alacağının zamanaşımının borca aykırılıktan itibaren başlayacağı yönünde idi. BK-Wildhaber/Dede, OR 128a, N. 7. Diğer görüşler ise zamanaşımının başlangıcı için zarara odaklanmaktadır. Bu çerçevede, zararın ortaya çıkma anını esas alan yazarlar olduğu gibi zararın objektif olarak belirlenebildiği anın zamanaşımının başlangıç anı olması gerektiğini kabul eden yazarlar da mevcuttur (BK-Wildhaber/Dede, OR 128a, N. 9; BK-Wildhaber/Dede, OR 130, N. 46). Bu husus, İsviçre Hukukunda, geç ortaya çıkan zarar ("Spätschäden") olarak isimlendirilen zararlar bakımından önem arz etmektedir (Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, §32, N. 3322a, dn. 71). İsviçre Federal Mahkemesi ise hukuk güvenliği adına zamanaşımının başlangıç anını borca aykırılık anı olarak kabul etmiştir (BK-Wildhaber/Dede, OR 130, N. 46). AİHM'in 11.03.2014 tarihli kararında, önceden teşhisinin ve bilinmesinin mümkün olmadığı bilimsel olarak kanıtlanan hastalıktan kaynaklanan sözleşme sorumluluğunun on yıllık zamanaşımının borca aykırılıktan itibaren başlamasının, AİHS m. 6'daki mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır (BK-Wildhaber/Dede, OR 128a, N. 11-13; Gauch – Schlupe – Schmid - Emmenegger, *Band II*, §32, N. 3322a). Sözleşmenin olumlu ihlalinden doğan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımının başlangıcı hakkında detaylı bilgi için bkz. Philippe Seiler, *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung*, Zürich/St. Gallen: Dike 2011, s. 24 vd.

yan yükümlülüklerin ihlalden doğan tazminat alacağının zamanaşımının zararın doğmasından itibaren başlayacağını kabul eden yazarlar<sup>155</sup> olduğu gibi; zamanaşımının borca aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacağını belirten yazarlar<sup>156</sup> da bulunmaktadır. Her iki görüş de çeşitli olumsuzlukları beraberinde getirmeye elverişlidir. On yıllık zamanaşımı süresinin zararın doğumundan itibaren başlaması, özellikle borca aykırı davranış ile zararın meydana geldiği an arasındaki zamanın uzun olduğu hâllerde tereddüt uyandırabilir. Zira TBK m. 112 uyarınca tazminat talebinin zamanaşımında, haksız fiilden farklı olarak, kısa ve uzun zamanaşımı süreleri bulunmamaktadır. Örneğin, zararın doğmasından kırk yıl önce gerçekleşen borca aykırılıktan doğan tazminat talebi, zararın meydana gelmesinden itibaren işleyecek on yıllık zamanaşımı süresi içinde talep edilebilecektir. Haksız fiildeki gibi, borca aykırılıktan itibaren başlayan üst sürenin olmayışı, TBK m. 112'den doğan tazminat talebinin çok uzun yıllar boyunca talep edilebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu sakıncaya karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi'nin reform öncesindeki uygulamasında olduğu gibi, zamanaşımını borca aykırılıktan itibaren başlaması gerektiği ileri sürülebilir<sup>157</sup>. Bu yaklaşım, haksız fiildeki gibi bir üst sınır getirir. İsviçre Hukukunda, zamanaşımı reformuna yönelik eleştiriler, Türk Hukuku bakımından yol gösterici olabilir. İsviçre Hukukunda; geç ortaya çıkan zararlar bakımından zamanaşımının başlangıcının en erken, zararın objektif olarak belirlenebileceği an olması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi, sözleşmeye aykırılıktan dolayı kişiye gelen zararlar bakımından zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren başlayan kısa zamanaşımının mevcut olması gerektiğini belirten yazarlar da mevcuttur<sup>158</sup>.

Kanaatimizce hukukumuzdaki mevcut yasal düzenlemelere göre, TBK m. 149/f. I (BK m. 128) uyarınca zamanaşımının alacağın muacceliyeti ile başlaması ve zarar meydana gelmeden tazminat alacağının muaccel hâle gelmeyecek olması sebebiyle<sup>159</sup> TBK m. 146 (BK m. 125) hükmündeki on yıllık zamanaşımı süresinin zararın doğması ile başlayacağı kabul edilmelidir. Bu noktada haksız fiil sorumluluğuna ilişkin TBK m. 72 uyarınca, on yıllık üst sürenin haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacak olması da bu görüşün kabulüne engel değildir. Zira on yıllık zamanaşımı süresini borca aykırılıktan itibaren başlatmak, hukukumuzda mevcut olmayan bir sınırlamayı getirmek anlamına gelir.

Sonuç olarak, deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen bina sebebiyle zarar görenlerin, TBK m. 112'den doğan tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, zararın meydana gelmesi ile

---

Daha sonra İsviçre'de zamanaşımı reformuna gidilerek, başta İsviçre Borçlar Kanunu olmak üzere pek çok kanunda değişiklik yapılmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda 01.01.2020'de yürürlüğe giren değişiklikler ile sözleşme sorumluluğunun zamanaşımında, kişiye gelen zararlar bakımından üç yıllık ve yirmi yıllık iki ayrı süre öngörülmüştür. Zamanaşımı reformu sonrasında İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen 128a hükmü ile birlikte, sözleşmeye aykırılık sonucunda kişinin ölümü veya yararlanmasından kaynaklanan tazminat talebi (manevi tazminat talebi de dâhil olmak üzere) için, zararın öğrenilmesinden itibaren üç yıllık, zarar veren davranışın gerçekleşmesinden yahut sona ermesinden itibaren yirmi yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Bununla birlikte, kişiye gelen zararlar dışındaki zararlarla ilişkin tazminat talepleri bakımından herhangi bir değişiklik yoktur. Bu itibarla İsviçre Hukukunda 01.01.2020'den itibaren sözleşme sorumluluğu çerçevesinde kişiye gelen zararlar da zamanaşımı üç ve yirmi yıllık sürelerle tabi iken; diğer zararlar on yıllık zamanaşımına tabidir (Bu hususta bkz. Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*, 5. Auflage (Bern: Stämpfli, 2023), § 68, N. 68.64-66.

İsviçre'deki zamanaşımı reformu ile birlikte haksız fiil sorumluluğunun zamanaşımına ilişkin 60. madde hükmü de değiştirilmiştir. Buna göre, haksız fiil sonucunda kişinin ölümü veya yararlanmasından kaynaklanan tazminat talebi (manevi tazminat talebi de dâhil olmak üzere), zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren üç yıllık, zarar verici davranışın gerçekleşmesinden yahut sona ermesinden itibaren yirmi yıllık zamanaşımına tabidir.

<sup>155</sup> Bu yönde örnek olarak bkz. Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), s. 164.

<sup>156</sup> Bu yönde örnek olarak bkz. Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1425.

<sup>157</sup> Bir görüş ve İsviçre Federal Mahkemesinin revizyondan önceki uygulaması, muacceliyetin ve zamanaşımının borca aykırılıktan itibaren başlayacağı yönündedir (BK-Wildhaber/Dede, OR 128a, N. 8; Seiler, *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung*, s. 37-38). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki uygulaması hakkında bkz. Gauch - Schlupe - Schmid - Emmenegger, *Band II*, §32, N. 3322).

<sup>158</sup> BK-Wildhaber/Dede, OR 128a, N. 30-33.

<sup>159</sup> İsviçre Hukukunda da sözleşmenin olumlu ihlalden doğan tazminat alacağının, zararın ortaya çıkması ile doğacağı ve muaccel hâle geleceği belirtilmektedir. BK-Wildhaber/Dede, OR 130, N. 46; Seiler, *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung*, s. 28-29.

işlemeye başlar. Zamanaşımı süresinin TBK'nın yürürlüğü sırasında işlemeye başlaması itibarıyla yürürlük hukuku bakımından herhangi bir sorun yoktur<sup>160</sup>.

#### 4. Satıcının ayıptan sorumluluğu ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun karşılaştırılması

Peşinen belirtelim ki aşağıdaki ihtimaller, satıcının ayıptan sorumluluğunun gerçekleştiği (özellikle alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirdiği yahut satıcının ağır kusurlu olduğu) durumlar için mümkündür. Aşağıdaki ihtimaller, satışın her üç türü (tüketici işlemi, tacirler arası ticari satış veya salt BK yahut TBK'ya tabi satış) için de geçerlidir.

Taşınmaz satışına konu binanın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi sonucunda ortaya çıkan zarar, alıcının veya yakınlarının ölmesi, yaralanması ve/veya mallarının hasara uğraması olarak ortaya çıkar. Alıcının veya alıcının mirasçılarının en önemli menfaati de bu zararın giderilmesi olur. Yukarıda açıklandığı üzere, kişiye ve şeye gelen zararlar, alışveriş menfaatinin değil de bütünlük menfaatinin ihlalden kaynaklanır. Mutlak ihlalden kaynaklanması itibarıyla daha ziyade haksız fiil sorumluluğunda karşımıza çıkan bu tip zararların tazmini, sözleşme sorumluluğu alanında da mümkündür. Bu tip zararlardan sorumluluğun hukuki sebebi, satış özelinde, ayıptan sorumluluk çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılırsa TBK m. 229 veya –ayıptan sorumluluğa gidilirse bile– sözleşmenin olumlu ihlali olarak TBK m. 112 olur. TBK m. 229/f. 1'in TBK m. 112'den yegâne farkı, doğrudan zararlardan satıcının kusursuz sorumluluğudur (TBK m. 229/f. 1-b. 3). Ne var ki bütünlük menfaatinin (kişiye ve/veya şeye gelen zararın) doğrudan zarar kapsamında yer almadığı yönündeki görüş kabul edilirse, doğrudan zarar dışında kalan zararlar da kusur sorumluluğuna bağlı olduğundan (TBK m. 229/f. 2), TBK m. 229'un avantajı ortadan kalkmaktadır. Dahası TBK m. 229 uyarınca sorumluluk için satıcının ayıptan sorumluluğunun özel şartlarının gerçekleşmesi (özellikle satıcı ağır kusurlu olmadıkça alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi) gerekir. TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun ayıptan sorumluluğa göre avantajı, zamanaşımı hususunda kendini iyice hissettirir<sup>161</sup>. Satıcının ağır kusuru dışında, TBK m. 229 uyarınca zararın tazmini, TBK m. 112'ye nazaran daha kısa zamanaşımına tabidir (BK m. 125 ve TBK m. 146 uyarınca on yıl yerine BK m. 215/f. 2 ve TBK m. 244/f. 3 uyarınca beş yıl). Bunun yanı sıra, TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun TBK m. 146 uyarınca tabi olduğu on yıllık zamanaşımı, zararın meydana geldiği (yani satışa konu yapının kullanılamaz hâle geldiği) andan itibaren başlamışken; ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, fiilî zilyetliğin devrinden (çoğunlukla teslimden) itibaren başlamıştır. Şu hâlde, kişiye veya şeye gelen zararlar yönünden, satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna gitmek çok daha avantajlıdır.

Şu var ki deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen yapının depremden kısa bir süre önce edinilmiş olması hâlinde satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurmak daha avantajlı olur. Zira ayıptan sorumluluk çerçevesinde alıcı, hem zararlarının tazminini hem de satış bedelinin faiziyle ödenmesini isteyebilir. Nitekim alıcı, elde ettiği yararları (örneğin, kira bedelini veya kira bedeline yakın olacak kullanım karşılığını) satıcıya ödeme borcu altına girecek ise de bu miktar satış bedelinden genellikle daha az olacağından, bu borcunu takas ederek satış bedelinin kalanını talep edebilir. Bunun yanı sıra, alıcı, yapıyı tekrar satmış yahut kiraya vermişse, alıcının kendi alıcısı veya kiracı ile arasındaki yargılama giderleri, satıcısının kusursuz sorumluluğu kapsamında yer alır (TBK m. 229/f. 1/b. 2). Vurgulamak gerekir ki ayıptan sorumluluğun bu ayrıcalıklı imkânları, bazı özel şartların gerçekleşmiş olmasına (muayene ve

<sup>160</sup> Sözleşme sorumluluğundaki genel zamanaşımı süresi hususunda değişiklik olmadığından (BK m. 125 ve TBK m. 146 uyarınca 10 yıl), TBK'nın yürürlüğünden önce gerçekleşen borca ayrırlıktan itibaren başlayan zamanaşımı, TBK'nın yürürlüğünden etkilenmemiş olur. Bkz. dn. 148'in bağlı bulunduğu cümle.

<sup>161</sup> TBK m. 112'nin zamanaşımının tabi olduğu TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresi, TBK m. 148 uyarınca sözleşmeyle değiştirilemezken, TBK m. 244/f. 3'teki beş yıllık zamanaşımı süresi, satıcı ağır kusurlu olmadıkça, sözleşmeyle kısaltılabilir (Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakkı*, s. 314 vd.). Ama elbette zamanaşımının kısaltılması, hem genel işlem koşulları denetimine (TBK m. 20-25) hem de sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sınırlara (TBK m. 115) tabidir. Tüketici hukukunda ise TKHK m. 12/f. 2 hükmünde, ikinci el satışlarda konut veya tatil amaçlı taşınmaz satışları bakımından zamanaşımının üç yıla düşürülebileceği düzenlenmiştir. Nomer, *Borçlar*, N. 212.18.



ihbar külfetinin yerine getirilmiş olması veya satıcının ağır kusurlu olması) bağlı olduğu gibi satıcının ağır kusurlu olduğu hâller dışında daha kısa zamanaşımına tabidir. Diğer yandan bu imkânlar, henüz zamanaşımı süresi dolmamışsa mevcuttur. Zira ayıptan sorumluluğun zamanaşımı satıcı ağır kusurlu olsa dahi teslimden itibaren başlamış iken; TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun zamanaşımı, deprem sebebiyle zararın meydana geldiği andan itibaren başlamıştır. Örnek olarak, (TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den önce) 01.01.2012'de teslim edilen bağımsız bölüm bakımından zamanaşımı, satıcı ağır kusurlu olsa dahi BK m. 125 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir ve zararın ortaya çıktığı tarih (genellikle depremin gerçekleştiği 06.02.2023) itibarıyla on yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur.

Görüldüğü üzere, 01.07.2012'den sonra teslim edilen ve satıcının ayıplı ifada ağır kusurlu olduğu yapılar dışında, TBK m. 112 uyarınca sorumluluk, ayıptan sorumluluktan daha avantajlıdır.

## B. Yüklenicinin (Müteahhidin) Sorumluluğu

### 1. Yüklenicinin ayıptan ve TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu

Eser sözleşmesinde ayıp, taraflarca kararlaştırılan niteliklerin (vasıfların)<sup>162</sup> yahut dürüstlük kuralına göre eserde bulunması gereken lüzumlu vasıfların bulunmamasıdır<sup>163</sup>. Satış sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesine konu binanın depreme dayanıklı olması, dürüstlük kuralına göre alıcının binadan beklediği lüzumlu vasıflardan biridir<sup>164</sup>. Bunun yanı sıra depreme dayanıklılık, taraflarca da kararlaştırılmış olabilir. Tüm bu hâllerde, eser sözleşmesine konu binanın deprem sonucunda kullanılmayacak hâle gelmesi, ayıp olarak karşımıza çıkar. Ayıbın varlığı, eserin teslimi anında aranır. Eserin teslimi, tamamlanmış olan eserin (zilyetlikten doğan yetkilerin kullanılmasını sağlayacak şekilde) rahat zilyetliğinin<sup>165</sup> iş sahibine devri, özellikle iş sahibinin arsasında yapılan eserler bakımından yüklenicinin işlerin tamamlandığı yönündeki beyanı yahut eserin kullanım amacına uygun şekilde kullanılmasına başlanması anlamına gelir; iş sahibinin ayrıca beyanına ihtiyaç yoktur<sup>166</sup>. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun diğer şartları; iş sahibinin eseri kabul etmemiş olması<sup>167</sup> (BK m. 362/f. 1; TBK m. 477/f. 1), ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten (iş sahibinin talimatı, iş sahibinin temin ettiği malzemelerin ayıplı olması, iş sahibinin hazırlattığı projelerin hatalı olması, eserin

<sup>162</sup> Uygulamada inşaat sözleşmelerinin eki olarak kararlaştırılan teknik şartnamelerden sapmanın ayıba yol açacağı yönünde bkz. Turgut Öz, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021), s. 216. Deprem mevzuatı hakkında ayrıca bkz. yukarıda dn. 40 ve bu dipnotun bağlı bulunduğu cümle.

<sup>163</sup> Lukas Rusch, *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar*, 4. Auflage (Zürich: Orell Füssli, 2023), OR 368, Art. 1; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 5. Bası (İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010), 161; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 2. Bası, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 48-49; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2162; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 412; Zevkililer - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 552; Yavuz - Acar - Özen, *Borçlar Özel*, s. 564; Cevdet Salih Şahiniz, *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu* (İstanbul: Seçkin, 2014), s. 101 vd. Eser sözleşmesinde ayıp kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Peter Gauch, *Der Werkvertrag* (Zürich: Schulthess, 1996), N. 1355.

<sup>164</sup> Binanın deprem mevzuatına uygun olmayan şekilde inşa edilmiş olması, lüzumlu vasıflarda eksiklik sebebiyle ayıptan sorumluluğa yol açar. Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2020/6 (14.01.2020). Depreme dayanıklılığın eser sözleşmesindeki ayıp bakımından değerlendirildiği diğer kararlar: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/2658 (25.06.2018); Yargıtay 23. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/3361 (28.05.2018); Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/2057 (25.05.2017). Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Teknik şartnamede yürürlükten kalkan deprem yönetmeliği esas alınmışsa yüklenicinin bu hususta iş sahibini uyarmadığı takdirde binanın yürürlükteki deprem yönetmeliğine aykırılığın sorumluluğu olacağı yönünde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/5693 (13.10.2014) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>165</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 169.

<sup>166</sup> Thomas Siegenthaler - Roland Hürlimann, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*, 4. Auflage (Zürich: Schulthess, 2023), OR 367, N. 1; OFK-Rusch, OR 367, N. 3; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 125. İnşaat sözleşmesinde teslim kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Zekeriya Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), s. 169 vd.

<sup>167</sup> Eserin kabulü, teslimin kabulünden farklı olup iş sahibinin, teslim aldığı eserin ayıpsız (sözleşmeye uygun) olduğu yönündeki açık veya örtülü irade beyanıdır. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 370, N. 1; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 58; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2182 vd.; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 123-124. Yüklenicinin ayıba kasten gizlediği hâllerde iş sahibinin kabulüne rağmen yüklenicinin sorumluluğunun devam edeceği yönünde bkz. OFK-Rusch, OR 370, N. 4; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 370, N. 3; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 231; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 415. Eserin kabulü hakkında detaylı bilgi için bkz. Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 183.

inşa edileceği araziden kaynaklanan sebepler<sup>168</sup> vs.) doğmaması (BK m. 361; TBK m. 476) ve sorumsuzluk anlaşmasının<sup>169</sup> bulunmamasıdır. Yapının depremde dolayı kullanılamaz hâle gelmesi, sadece iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten<sup>170</sup> kaynaklanıyorsa, -bu durumu TBK m. 472/f. 3 (BK m. 357/f. 3) uyarınca iş sahibine bildirmiş<sup>171</sup> olması koşuluyla- yüklenici ayıptan sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık, iş sahibinin risk alanındaki alanındaki sebep yapının depreme dayanıksızlığının yegâne sebebi değilse (ayrıca yüklenicinin edimlerinde de kaynaklanıyorsa) yüklenici sorumluluktan kurtulmaz, sadece tazminata indirim söz konusu olabilir<sup>172</sup> (TBK m. 114/f. 2'nin atfıyla TBK m.52). Satışta olduğu gibi eser sözleşmesinde de kural olarak gözden geçirme (muayene) ve bildirme (ihbar) külfeti bulunmakta olup gözden geçirme süresi, teslimden (rahat zilyetliğin kazanılmasından) itibaren işlerin olağan akışına göre fırsatın bulunabileceği süre kadardır<sup>173</sup> (BK m. 359; TBK m. 474). Gözden geçirmenin kapsamı, eserin niteliğine, yerleşmiş uygulamaya, ortalama bir iş sahibinin makul dikkatine göre belirlenir<sup>174</sup> ve iş sahibi, kural olarak (bu yönde sözleşme hükmü yahut yerleşmiş bir uygulama bulunmadıkça) uzmana başvurmakla yükümlü değildir<sup>175</sup>. İhbar süresi de ayıbın anlaşılmasından/ortaya çıkmasından<sup>176</sup> itibaren uygun bir süredir<sup>177</sup> (BK m. 359/f. 1, m. 362/f. 3; TBK m. 474/f. 1; m. 477/f. 3). Satıştan farklı olarak, ticari iş niteliğindeki eser sözleşmeleri bakımından özel ihbar süreleri öngörülmemiş olup satışa ilişkin TTK m. 23/b. c (eTTK m. 25/b. 3) hükmü eser sözleşmesinde uygulama alanı bulmaz<sup>178</sup>. Keza ayıp ihbarı, ticari iş niteliğinde olsun veya olmasın, hiçbir geçerlilik şekline tabi değildir<sup>179</sup>. İhbarın zamanında yapılmadığını iddia yükü yüklenicide, zamanında yapıldığını ispat yükü ise iş sahibindedir<sup>180</sup>. Yüklenicinin ayıbı kasten gizlediği (iş sahibi tarafından

<sup>168</sup> Örnekler için bkz. Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 1925 vd.; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 286 vd.

<sup>169</sup> Satıştan farklı olarak eser sözleşmesinde, sorumsuzluk anlaşmasını sınırlayan özel hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla eser sözleşmesinde ayıptan sorumsuzluk anlaşması, TBK m. 115-116 (BK m. 99-100) hükümlerine tabidir. Öğretide satışta ayıptan sorumsuzluğa ilişkin TBK m. 221'in eser sözleşmesinde de kıyasen uygulanabileceğini belirten yazarlar bulunmaktadır. Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 137.

<sup>170</sup> İş sahibinin kusuru şart değildir. İş sahibinin taşınması gereken risk alanına dâhil olana herhangi bir sebebin varlığı yeterlidir. Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 1917; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 286.

<sup>171</sup> Yüklenicinin uyarısının açık (iş sahibinin talimatları doğrultusunda devam edildiği takdirde ayıbın ortaya çıkacağına, bundan yüklenicinin sorumlu olmayacağına vs.) olması gerekir; alelade eleştiri ya da aydınlatma yahut tavsiye yeterli değildir. OFK-Rusch, OR 369, N. 3, 4; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 369, N. 3; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2172; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 295. İş sahibinin kendisinin uzman olması yahut uzmanlardan yararlanması hâlinde, yüklenicinin, gerekli uyarılarda bulunsaydı dahi iş sahibinin ısrar edeceğini ispatlaması koşuluyla bildirimde bulunmamasına rağmen sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bkz. OFK-Rusch, OR 369, N. 5; Aral - Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 414; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 225; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 296-297.

<sup>172</sup> Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 1919; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2179; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 225. Yüklenicinin ayıptan sorumluluktan kurtulması için ayıptan iş sahibinin tek başına sorumlu olması gerektiği yönünde bkz. Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 1916. Bkz. ve karşı. Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 287, dn. 758.

<sup>173</sup> Muayene hakkında detaylı bilgi için bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 227-229; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 297 vd.; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 110 vd.

<sup>174</sup> Bu hususta ileri sürülen çeşitli görüşler için bkz. Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 301.

<sup>175</sup> Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 2122; OFK-Rusch, OR 367, N. 4. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 367, N. 2; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 228. TBK m. 474/f. 2'de belirttiği üzere, her iki taraf da masraflarını kendileri karşılamak üzere, gözden geçirmenin bilirkşi tarafından (örneğin HMK m. 400 vd. uyarınca delil tespiti yoluyla) yapılmasını sağlayabilir ve bu durum ispat kolaylığı sağlar. Bu hususta bkz. OFK-Rusch, OR 367, N. 10-11; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 228.

<sup>176</sup> Eserin gözden geçirilmesinin tamamlanmasından sonra ayıpların bildirilmesi kural olarak yeterlidir. Bununla birlikte, yüklenicinin korunmaya değer menfaatinin bulunması gibi hâllerde gözden geçirme tamamlanmamış olsa dahi ortaya çıkan ayıpların derhâl bildirilmesi gerekmektedir. Gauch, *Der Werkvertrag*, N. 2142; OFK-Rusch, OR 367, N. 7. Eserin imali sırasında ortaya çıkan ayıpların yükleniciye bildirilmiş olması hâlinde yüklenicinin, eserin tesliminden sonra ayıbın süresinde bildirilmediğini ileri süremeyeceği yönünde bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 367, N. 2.

<sup>177</sup> Zararın artmasına yol açmamak koşuluyla yedi veya on günlük sürenin uygun olduğu yönünde bkz. OFK-Rusch, OR 367, N. 6, OR 370, N. 7; İhbar külfeti hakkında detaylı bilgi için bkz. Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 114 vd. Gözden geçirme külfeti yerine getirilmemesine rağmen ayıpların zamanında bildirilmesi hâlinde eserin kabulünün (TBK m. 477) söz konusu olmayacağı yönünde bkz. OFK-Rusch, OR 370, N. 5. Ayıbın ihbarının kapsamı hakkında ayrıca bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 367, N. 5. Ayıbın ihbarı hakkında bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2006/1621 (21.03.2006) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>178</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 54; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 230-231; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 308; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 116.

<sup>179</sup> OFK-Rusch, OR 367, N. 8; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2198; Zevkiiler - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 557; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 118. Ayıp ihbarının tanıkla dahi ispat edilebileceği yönünde bkz. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/734 (10.02.2015) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>180</sup> OFK-Rusch, OR 367, N. 9; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 370, N. 5.

bilmediği ve yüklenici bilmesine rağmen iş sahibine bildirmedeği<sup>181</sup>) hâllerde muayene ve ihbar külfetinin<sup>182</sup> yerine getirilmemiş olması, ayıptan sorumluluğa engel olmaz (BK m. 362/f. 1; TBK m. 477/f. 1).

Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerindeki ayıptan sorumluluk bakımından öncelikle, ayıplı mallara ilişkin hükümlerin (eTKHK m. 4; TKHK m. 8-12) mi yoksa ayıplı hizmetlere (eTKHK m. 4/A; TKHK m. 13-16) ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı tespit edilmelidir. Öğretide, tüketiciye konut veya tatil amaçlı taşınmaz arzını konu edinen sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak ayıplı mallara ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>183</sup>. Ayıptan sorumluluğun şartlarına ilişkin eTKHK ve TKHK arasındaki en önemli fark, tüketicinin ihbar külfetinin kaldırılmış olmasıdır. Buna göre TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014'ten önce teslim edilen eserlerde tüketicinin ihbar külfeti mevcutken; bu tarihten sonra teslim edilen eserlerde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ihbar külfetine bağlı değildir.

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu çerçevesinde iş sahibinin seçimlik hakları, ayıp oranında bedel indirimi, eserin ücretsiz onarımı ve sözleşmeden dönmedir<sup>184</sup> (BK m. 360; TBK m. 475/f. 1; eTKHK m. 4/f. 2; TKHK m. 11). Ayıp sebebiyle eserin değerini tamamen kaybetmesi hâlinde ayıp oranında bedel indiriminin kullanılabilip kullanılamayacağı öğretide tartışmalıdır<sup>185</sup>. Ücretsiz onarım hakkının kullanılması, TBK m. 475/f. 1, b.3 hükmünde aşırı masraf gerektirmemesi, TKHK m. 11/f. 3 hükmünde ise orantısız güçlükleri beraberinde getirmemesi şartına bağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki bu iki şart büyük ölçüde benzer anlamlara gelmekte olup onarımın yükleniciye getireceği güçlükler ile iş sahibine sağlayacağı yararın arasındaki oransızlık, ücretsiz onarım hakkını sınırlar<sup>186</sup>. Ücretsiz onarım hakkı, kural olarak, eserin yeniden meydana getirilmesini içermez<sup>187</sup>. TBK m. 475/f. 1, b.3 hükmünde, sözleşmeden dönme hakkının önemli bir sınırı bulunmaktadır: Eser, iş sahibinin taşınmazda meydana getirilmiş olup da eserin sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Belirtmek gerekir ki bu hüküm, tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur<sup>188</sup>. Öğretide aşırı zararın tespitinde, somut olayın özelliklerine göre, eserin taşınmaza bağlı olarak değeri ile taşınmazdan kaldırıldığı zaman eserin uğrayacağı değer düşüklüğünün dikkate alınacağı ifade edilmektedir<sup>189</sup>. Örnek olarak iş sahibinin arsası üzerine yapılan binanın yıkılması hâlinde geriye sadece molozlar kalacağından, eserin sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açar ve sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz<sup>190</sup>. Buna karşılık öğretide sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açsa dahi binayı kullanması dürüstlük kuralına göre iş sahibinden beklenemiyorsa (örneğin bina insanların hayatı için tehlike arz ediyorsa) sözleşmeden dönme hakkının yine kullanılabilmesi

<sup>181</sup> OFK-Rusch, OR 370, N. 4; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 370, N. 3a.

<sup>182</sup> Yüklenicinin kastına rağmen İsviçre Federal Mahkemesi'nin ihbar külfetini yine aradığı ancak yüklenicinin kastı mevcutsa, TBK m. 225'ten kıyasen ihbar külfetinin aranmaması gerektiği yönünde bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 370, N. 3a.

<sup>183</sup> Öz, "İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi", s. 249. Eser sözleşmesinin mal sağlamaya yönelik olması hâlinde ayıplı mallara, hizmet sağlamaya yönelmesi hâlinde ayıplı hizmetlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt-I (Madde: 1-46), s. 131.

<sup>184</sup> Sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının devredilemeyeceği; ancak ücretsiz onarım hakkının devredilebileceği (özellikle maketten satışlarda ücretsiz onarım hakkının da devredildiği) yönünde bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 4, 4a.

<sup>185</sup> Eserin değerini tamamen kaybetmesi hâlinde bedel indirimi hakkının kullanılamayacağı ve dönme hakkının kullanılabilmesi yönünde bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 7; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 319. Ayrıca bkz. Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 172-173.

<sup>186</sup> Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 329 vd.; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 191.

<sup>187</sup> CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 11. Bkz. ve karşı Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 332. Binanın yıkılıp yeniden yapılması masraflarının talep edilebileceği yönünde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/5987 (24.11.2004) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>188</sup> Öz, "İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi", s. 252; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 247.

<sup>189</sup> OFK-Rusch, OR 368, N. 17; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 5; Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 183; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 63; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 246; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 347; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 148.

<sup>190</sup> Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 148-149.

belirtilmektedir<sup>191</sup>. Bunun yanı sıra, eserin ayıplı olması nedeniyle deprem sonucunda kullanılamayacak hâle gelmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına engel teşkil etmez (TBK m. 228/f. 1'den kıyasen)<sup>192</sup>. İş sahibinin eseri, ayıplı olduğunu bilerek kullanması, eserin kabulü sonucu doğurmadıkça dönme hakkının kullanılmasını engellemez<sup>193</sup>. Sözleşmeden dönme hakkı, satışta olduğu gibi, ticari iş niteliğindeki eser sözleşmeleri bakımından TTK m. 18/f. 3'teki şekil dışında, hiçbir şekle tabi değildir<sup>194</sup>.

Deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen yapılar bakımından iş sahibi, ayıp oranında bedel indirimi veya ücretsiz onarım haklarını teorik olarak kullanabilse dahi genellikle en faydalı seçimlik hak sözleşmeden dönme hakkı olur. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, önemli bir fark dışında satış sözleşmesindeki gibidir<sup>195</sup>. Bu önemli fark, eser sözleşmesinden dönen iş sahibinin belli zarar kalemleri bakımından yüklenicinin kusursuz sorumluluğuna gidememesidir. Zira eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde, TBK m. 229/f. 1, b. 3 hükmü gibi kusursuz sorumluluk öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 472/f. 1 (BK m. 357/f. 1) hükmünde yüklenicinin, kullandığı malzemenin ayıplarından iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olduğu düzenlenmiş olup hükümde yapılan atfın kapsamı öğretide tartışmalıdır<sup>196</sup>. Şayet anılan hükmün doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu öngören TBK m. 229/b. 3 hükme atıf yaptığı kabul edilirse, malzemedeki ayıbın yol açtığı zararlardan yüklenicinin kusursuz sorumluluğu gündeme gelir<sup>197</sup>. Bu görüşün kabulü, konumuz bakımından önemini şu noktada gösterir: Yapıyı oluşturan malzemelerin (demir, beton vs.) depreme dayanıklılığı sağlamayacak malzemelerden seçilmesi ve bu sebeple yapının yıkılması hâlinde yüklenicinin doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğuna gidilebilir. Ne var ki yukarıda da belirttiğimiz üzere, bütünlük menfaatinin (kişiye ve şeye gelen zararların) doğrudan zarar kapsamında olmadığı kabul edildiğinde, TBK m. 229'un kusursuz sorumluluk avantajı kaybolmaktadır<sup>198</sup>.

Eserin ayıplı teslimi, yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna da yol açar. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu yarışma hâlinindedir<sup>199</sup>. Bu husus TBK m. 475/f. 2'de

<sup>191</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 63; Öz, *İnşaat Sözleşmesi* s. 246; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 348-349; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 149. Eserin hiç kullanılmaması hâlinde eserin kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağı kabul edilmeyeceği yönünde bkz. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 5.

<sup>192</sup> Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 185; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 153-154. Şayet eser, iş sahibinin tek başına sorumlu olduğu bir sebeple kullanılamaz hâle gelmişse TBK m. 476 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 442.

<sup>193</sup> Eserin sorumluluk sebebiyle kullanılmasının dönme hakkını engellemeyeceği yönünde bkz. Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 155.

<sup>194</sup> Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 178; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 317.

<sup>195</sup> Yüklenici henüz ödenmemişse bedele hak kazanamaz, ödenmiş bedeli (iş sahibinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek) faizi ile birlikte iade borcu altına girer. Yüklenici ayrıca, iş sahibinin esere yapmış olduğu masrafları ve iş sahibinin karşıladığı malzemenin değerini de ödemekle yükümlüdür. Yüklenicinin bu taleplerden sorumluluğunun kusura bağlı olmadığı belirtilmektedir. İş sahibi, malzemeyi kendi sağlamış olsa dahi eseri, ondan elde ettiği yararlar (elde etmeyi ihmal ettiği yararlar iade borcunun kapsamında değildir) ile birlikte yükleniciye iade etmekle yükümlüdür. Binalarda ise ayıplı eserin yıkılması gerekmesi itibarıyla aynen iadesi mümkün olmayacağından yıkımdan arta kalanlar (molozlar vs.) iade borcunun konusunu oluşturur. Satışta olduğu gibi eser sözleşmesinde de taraflar, aynı anda iade ile yükümlüdürler. CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 6; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 247-248; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 164 vd.

<sup>196</sup> Tartışmalar ve ileri sürülen görüşler için bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 252-253; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 214 vd.

<sup>197</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 253; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 215.

<sup>198</sup> Bkz. yukarıda dn. 115'in bağlı bulunduğu cümle vd. Eser sözleşmesine konu rafın ayıbı yüzünden raf üzerindeki antika vazonun düşüp kırılması örneğinde, vazonun değerinin doğrudan zarar, kırılan vazonun kırıklarının kişiyi yaralamasından yahut kişinin pantolonunu yırtmasından doğan kayıpların dolaylı zarar olduğu yönündeki açıklayıcı örnek için bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 253.

<sup>199</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 249; Yavuz - Acar - Özen, *Borçlar Özel*, s. 572. Eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin genel hükümleri dışladığı ve kötü ifadan sorumluluğun, yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesi dışında, TBK m. 112'ye tabi olmadığı yönündeki görüş için bkz. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 176-177; Eren, *Borçlar Özel*, N. 2230; Gauch - Schlupe - Schmid - Emmenegger, *Band II*, § 25, N. 2630. TBK m. 112 uyarınca tazminat talebinin tek başına değil, seçimlik haklarla birlikte istenebileceği yönünde bkz. OFK-Rusch, OR 368, N. 2; CHK-Siegenthaler/Hürlimann, OR 368, N. 14, 15.

açıkça düzenlenmiş olup<sup>200</sup> tüketici işlemleri bakımından da durum aynıdır<sup>201</sup>. Yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunda muayene ve ihbar külfeti aranmaz<sup>202</sup>. Eserde ayıp bulunmasa dahi, yapının deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi, yüklenicinin özen borcuna (BK m. 356; TBK m. 471) aykırılığında kaynaklanmışsa yine yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu doğar<sup>203</sup>. Yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun şartları ve sonuçları satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu gibi olup satışa ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>204</sup>.

Son olarak belirtelim ki yüklenicinin sorumluluğu kural olarak iş sahibine karşıdır. Bu anlamda, deprem nedeniyle kullanılamayacak hâle gelen yapı sebebiyle zarar gören herkesin yüklenicinin sözleşme sorumluluğuna başvurması mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, yıkılan binaların sorumlusu olarak ilk akla gelen yüklenicilerin sözleşme sorumluluğu, sadece inşaat sözleşmesinin diğer tarafıdır. Örneğin, yıkılan binanın sonraki dördüncü maliki, binanın kiracısı, yıkılan otelde konaklayan kimse, yüklenicinin akdî sorumluluğuna kural olarak gidemez. Bununla birlikte güven sorumluluğu<sup>205</sup>, yüklenicinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu özel olarak üstlenmesi veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi istisnai durumlar da yüklenicinin sözleşme sorumluluğuna yol açabilir. Bunun yanı sıra, yüklenicinin üçüncü kişilere karşı haksız fiil sorumluluğu, şartları gerçekleşmek kaydıyla saklıdır.

## 2. Yüklenicinin sorumluluğunun zamanlaşımı

Yüklenicinin, taşınmaz yapılarda ayıptan sorumluluğunun zamanlaşımı süresi, kural olarak beş yıldır (BK m. 363/f. 2; TBK m. 478; eTKHK m. 4/f. 4, TKHK m. 12/f. 1). BK döneminde yüklenici ayıptan kasten gizlemişse BK m. 125 uyarınca on yıllık<sup>206</sup>, TBK döneminde ise yüklenici ayıptan sorumlulukta ağır kusurlu ise TBK m. 478 uyarınca yirmi yıllık zamanlaşımı süresi söz konusu olur. Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, gerek eTKHK'da gerekse TKHK'da, yüklenicinin ağır kusurlu olması hâlinde beş yıllık zamanlaşımının uygulanmayacağı belirtilmekte yetinildiğinden ve ayrıca süre tayin edilmediğinden, genel hükümlerdeki bu süreler geçerlidir<sup>207</sup>.

Yüklenicinin ağır kusurlu olmadığı hâllerde zamanlaşımının başlangıcı ve süresinde mülga kanunlar (BK ve eTKHK) ve yürürlükteki kanunlar (TBK ve TKHK) arasında hüküm farklılığı bulunmadığından, TBK'nın ve TKHK'nın yürürlüğe girmesi, eski kanun döneminde işleyen zamanlaşımına etkide bulunmaz<sup>208</sup>. Buna karşılık yüklenicinin ağır kusurlu olduğu hâllerde, TBK m. 478'de daha uzun

<sup>200</sup> Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 354, dn. 1011.

<sup>201</sup> TKHK m. 11/f. 6 ve m. 15/f. 1 hükümlerinde yer alan "Tüketici bu seçimlik haklardan biri ile birlikte... tazminat da talep edebilir." ifadesi sebebiyle seçimlik haklar kullanılmadan yüklenicinin tazminat sorumluluğuna gidilemeyeceği yönünde bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 249.

<sup>202</sup> Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 47; Zevkliler - Gökyayla, *Borçlar Özel*, s. 564; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 250; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 354; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 207-208. TBK m. 112'nin uygulanmayacağı yönündeki görüş, zararın tazmini için muayene ve ihbar külfetini de aramaktadır. Bu yönde örnek olarak bkz. Eren, *Borçlar Özel*, N. 2277.

<sup>203</sup> Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 60-61.

<sup>204</sup> Bkz. yukarıda IV.A.2 başlığı. Eser sözleşmesi özelinde ayrıca bkz. Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 350 vd. Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 206 vd.

<sup>205</sup> Nitekim Yargıtay uygulamasında özellikle inşaat sektöründe eser sözleşmesine taraf olmayan kişilerin belli şartlar hâlinde güven sorumluluğu sebebiyle tazminatla yükümlü olacağı kabul edilmektedir. Örnek olarak bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2019/570 (16.05.2019) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>206</sup> Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu düzenleyen BK m. 363'te, yüklenicinin ağır kusurlu olduğu ihtimal düzenlenmemiştir. Bununla birlikte öğretide, BK m. 363/f. 1'in yaptığı atıf doğrultusunda, BK m. 207/f. 3'ten kıyasen, BK m. 125 uyarınca on yıllık zamanlaşımının uygulanacağı belirtilmekte idi. Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, s. 226; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, s. 71-72. Bu yönde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/6215 (08.10.2012); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/7959 (25.05.2004) (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>207</sup> Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde de yüklenicinin ayıplı ifada ağır kusurlu olması hâlinde TBK m. 478 uyarınca yirmi yıllık zamanlaşımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Öz, "İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi", s. 255.

<sup>208</sup> Bkz. yukarıda dn. 148'in bağlı bulunduğu metin.

zamanaşımı süresi öngörülmüş olduğundan, BK m. 125 uyarınca işlemeye başlayan on yıllık süre uygulanmaya devam eder ve TBK'nın yürürlüğünden etkilenmez<sup>209</sup>.

Yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı bakımından da yüklenicinin ağır kusurlu olup olmamasına göre ayırım yapmak gerekir. Şayet yüklenici ağır kusurlu değilse TBK m. 147/b. 6 uyarınca beş yıllık zamanaşımı, buna karşılık yüklenici ağır kusurlu ise TBK m. 478 uyarınca yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır<sup>210</sup>. Zamanaşımının başlangıcı ise zararın meydana geldiği andır. Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde de yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu, ayrı bir hüküm bulunmaması itibarıyla, açıklanan bu genel hükümlere tabidir.

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı süresi, tüm bu süreler bakımından, teslimden itibaren işlemeye başlar<sup>211</sup> (BK m. 363/f. 2, eTKHK m. 4/f. 4; TBK m. 478, TKHK m. 12/f. 1).

### 3. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun karşılaştırılması

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, satıştan farklı olarak, doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu sağlamamaktadır. Bunun yanı sıra, ayıptan sorumluluk için bazı özel şartların (yüklenici ağır kusurlu değilse muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi) gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca, TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı, zararın meydana geldiği (yani esere konu yapının kullanılamaz hâle geldiği) andan itibaren başlamışken; ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, teslimden itibaren başlamıştır. Bu itibarla uğranılan zararların tazmini bakımından yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu çok daha avantajlıdır<sup>212</sup>. Bununla birlikte yükleniciye ödenen bedelin iadesi ve binaya yapılan masrafların ödenmesi bakımından ayıptan sorumluluk, TBK m. 112'ye göre daha avantajlı olur. Ama elbette ayıptan sorumluluğun bu avantajları, özel şartların gerçekleşmesi hâlinde gündeme gelir.

### D. Kiraya verenin sorumluluğu

Kira sözleşmelerinde kiraya verenin asli edim yükümlülüğü kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmaktır (BK m. 249; TBK m. 301). Kiralanan taşınmazın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi, kiraya verenin bu borcunun ifasının imkânsızlaşmasına yol açar. Konumuz bakımından önem arz eden durum, kira sözleşmesi kurulup kiralanan taşınmazın kiracıya teslim edildikten sonra taşınmazın kullanılamaz hâle gelmesidir. Buradaki ifa imkânsızlığı sonraki ifa imkânsızlığıdır<sup>213</sup>. Kiraya veren, ifa imkânsızlığından

<sup>209</sup> TBK m. 478'deki yirmi yıllık sürenin deprem sebebiyle uğranılan zararlardan sorumluluk gözetilerek getirildiği ve bu sebeple 818 sayılı mülga BK döneminde işlemeye başlayan zamanaşımı süresinin de 6101 sayılı Kanun m. 2'den hareketle TBK m. 478'deki yirmi yıllık süreye tabi tutulabileceği yönünde bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 255-256.

<sup>210</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 251, 255; Şahin, *Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 221.

<sup>211</sup> BK m. 125, 126 hükümleri uyarınca uygulanacak genel zamanaşımı süresinin, BK m. 128'e göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2011/3310 (06.06.2011) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>212</sup> Yüklenicinin sorumluluğunun zamanaşımının TBK m. 147'ye tabi olması ile TBK m. 478'e tabi olması arasındaki fark, zamanaşımının kısaltılma imkânındadır. Nitekim satışta olduğu gibi, TBK m. 147'deki beş yıllık zamanaşımı süresi, TBK m. 148 uyarınca sözleşmeyle değiştirilemezken, TBK m. 478'deki zamanaşımı süresi, sözleşmeyle kısaltılabilir. Ama elbette zamanaşımının kısaltılması, hem genel işlem koşulları denetimine (TBK m. 20-25) hem de sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin sınırlara (TBK m. 115) tabidir. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 256. Tüketici hukukunda ise TKHK m. 12/f. 2 hükmünde, ikinci el satışlarda konut veya tatil amaçlı taşınmaz satışları bakımından zamanaşımının üç yıla düşürülebileceği düzenlenmiştir (Bkz. yukarıda dn. 161).

<sup>213</sup> Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı borcu TBK m. 136 uyarınca sona erdirirken; borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığının borca etkisi öğretide oldukça tartışmalı bir meseledir. Öğretideki bir görüş, ifası imkânsızlaşan borcun içerik değiştirerek tazminat borcuna dönüşeceğini kabul ederken (bu yönde örnek olarak bkz. Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 16, N. 3); diğer görüş, imkânsızlaşan borcun sona erdiğini kabul etmektedir (bu yönde örnek olarak bkz. Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1472). Ne var ki bu tartışma, çalışmamızın kapsamını aşmakta olup konumuz bakımından önem arz eden husus, kiraya verenin borcunun sona erip ermemesinden ziyade tazminat sorumluluğudur. Belirtilen her iki görüş de borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkânsızlığında borçlunun TBK m. 112 uyarınca tazminat sorumluluğunun doğduğu hususunda mutabiktir.

sorumlu ise TBK m. 112 uyarınca kiracının uğradığı zararı tazminle yükümlüdür<sup>214</sup>. Kiralanan teslim edildikten sonra, kiralanan taşınmazın sözleşmede öngörülen kullanıma elverişli şekilde bulundurma borcu kiraya verenin sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse TBK m. 136/f. 1 uyarınca bu borç sona erer; sona erme ileriye etkili olur ve sona ermeden (ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasından) itibaren kiracının kira bedeli ödeme borcu da sona erer (TBK m. 136/f. 2)<sup>215</sup>. Kiralanan taşınmazın kullanılamaz hâle gelmesinden sonraki dönem için peşin ödenen kira bedellerinin de iadesi gerekir (TBK m. 136/f. 2)<sup>216</sup>. Bunun yanı sıra, kiraya veren sorumlu olsa da olmasa da<sup>217</sup> kiracı, ifa imkânsızlığını gecikmesizin kiraya verene bildirmek ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür; aksi hâlde kiracı, bundan doğan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 136/f. 3). Burada tazmin edilmesi gereken zarar, borçlu zararın artmaması için gerekli tedbirleri alsaydı, alacaklının uğramayacağı zarardır<sup>218</sup>. Kiracının kiraya verenden kiraladığı birden fazla depodan sadece bir kısmının kullanılamaz hâle gelmesi gibi durumlarda ise kısmi imkânsızlığa ilişkin hüküm ve esaslar uygulanır<sup>219</sup> (TBK m. 137).

Kiralanan taşınmazın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi, aynı zamanda kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna da yol açabilir<sup>220</sup>. Ne var ki kiracının seçimlik haklarının kullanılması, çoğu kere mümkün olmaz ve kiracının elindeki yegâne imkân, TBK m. 308 uyarınca kiraya verenin tazminat sorumluluğu olur. Kiraya verenin TBK m. 308 uyarınca ayıptan dolayı tazminat sorumluluğu, TBK m. 112'ye paralel şekilde düzenlenmiş ve kiraya verene, sorumsuzluğunu ispat ederek tazminattan kurtulma imkânı tanınmıştır. Buna bağlı olarak, kiraya verenin sorumluluğunun şartları da TBK m. 112'deki gibidir<sup>221</sup>. Şu hâlde, kiraya verenin tazminat sorumluluğu bakımından TBK m. 112'ye dayanması ile TBK m. 308 arasında pratik farklılık bulunmamaktadır<sup>222</sup>. Diğer yandan TBK m. 318 uyarınca kiracının, ayıpları kiraya verene gecikmesizin bildirme yükümlülüğü düzenlenmiş olup bu hüküm, TBK m. 136/f. 3'teki kuralın görünümüdür.

Kiralanan taşınmazın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesinden çoğu kere kiraya veren sorumlu olmaz. Bununla birlikte, aynı zamanda kiralanan taşınmazı inşa eden kişi olması gibi örneklerde kiraya veren, ifa imkânsızlığından sorumlu olur ve kiracının uğradığı zararı TBK m. 112 (veya TBK m. 308 uyarınca) gidermekle yükümlüdür. Yukarıda satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna ilişkin yaptığımız açıklamalar<sup>223</sup>, kiraya verenin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunda da geçerlidir. Bu çerçevede kiraya veren, hem bütünlük menfaatini (kişiye ve şeye gelen zararlar) hem de alışveriş menfaatini (daha yüksek bedelle yeni bir taşınmaz kiralınması hâlinde kira bedelleri arasındaki fark,

<sup>214</sup> Matthias Tschudi, *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 4. Auflage (Zürich: Schulthess, 2018), Vorbemerkungen zu Art. 258–259i, N. 12; Sezer Çabri, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu* (Ankara: Adalet, 2013), 33.

<sup>215</sup> Tschudi, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, Vorbemerkungen zu Art. 258–259i, N. 13.

<sup>216</sup> Çabri, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu*, s. 33. Çalışmamızın kapsamı dışında olmakla birlikte, iadenin tabi olduğu hükümlerin de öğretilde oldukça tartışmalı olduğunu belirtelim.

<sup>217</sup> TBK m. 136/f. 3 hükmü, borçlunun sorumluluğu olduğu ifa imkânsızlığında ve borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği her durumda (hatta hükümsüzlükte dahi) uygulanır. Serozan, *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, § 15, N. 17.

<sup>218</sup> L. Müjde Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)*, (Ankara: Yetkin, 2016), 213.

<sup>219</sup> Tschudi, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, Vorbemerkungen zu Art. 258–259i, N. 14. Kısmi imkânsızlığa ilişkin TBK m. 137/f. II hükmüne göre kiracı, kısmi ifaya razı olursa kira bedelini de o oranda ödemekle yükümlü olur. Kısmi imkânsızlık hakkında bkz. Oğuzman - Öz, *Borçlar I*, N. 1823 vd.

<sup>220</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2022/1155, (27.09.2022) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>221</sup> Tschudi, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, Art. 259e, N. 4; Richard Permann, *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar*, 4. Auflage (Zürich: Orell Füssli, 2023), Art. 259e, N. 1. TBK m. 308 uyarınca kiraya verenin tazminat sorumluluğuna gidilmesi, ayıptan sorumluluğun diğer şartlarının da gerçekleşmesine bağlı olduğu yönünde bkz. Çabri, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu*, s. 42-43. Kiraya verenin, sorumlu olmadığı ayıptan doğan zarardan sorumlu olmadığı yönünde bkz. Faruk Acar, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)*, 2. Bası (İstanbul: Beta, 2015), TBK m. 308, N. 7.

<sup>222</sup> Bu yönde bkz. Mustafa Alper Gümüş, *"Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 128. Kiraya verenin ayıptan sorumluluğunda kiracının TBK m. 112'ye başvurabilip başvuramayacağı hususunda ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Çabri, *Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu*, s. 41-42.

<sup>223</sup> Bkz. yukarıda İVA.2 başlığı.

taşınma masrafları, iş yeri kiralari bakımından yoksun kalınan kâr gibi) tazminle yükümlüdür<sup>224</sup>. Kiraya verenin gerek TBK m. 112 gerek TBK m. 308 uyarınca tazminat sorumluluğu TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir<sup>225</sup>.

### E. Konaklama hizmeti verenlerin sorumluluğu

Deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen bina, konaklama hizmeti veren (gerçek veya tüzel) kişi tarafından da kullanılabilir. Oteller, huzurevleri, bakım evleri böyledir. Konaklayanın, konakladığı yerin deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi sebebiyle uğradığı zarar, çoğunlukla kişiye veya şeye gelen zarar yani bütünlük menfaatinin ihlali şeklinde ortaya çıkar. Konaklama hizmeti verenin bu zararlardan sorumluluğu, konaklama hizmeti alan (konaklayan) kimse ile arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan, sözleşmenin olumlu ihlali olarak TBK m. 112'ye tabidir. Yukarıda satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna ilişkin yaptığımız açıklamalar<sup>226</sup>, konaklama hizmeti verenlerin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunda da geçerlidir ve bu tazminat sorumluluğu, TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir<sup>227</sup>.

Bununla birlikte, konaklama hizmeti veren bazı yerlerin, şeye gelen zararlardan sorumluluğu, TBK m. 576-578 hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir<sup>228</sup>. Anılan hükümler, konaklama sözleşmesinden doğan koruma yükümlülüğünün özel görünümüdür<sup>229</sup>. TBK m. 576 vd. hükümlerinin en önemli avantajı, günlük konaklama ücretinin üç katı ile sınırlı olan kusursuz sorumluluktur<sup>230</sup>. Ne var ki bu sınır, otelcinin veya çalışanlarının kusuru hâlinde uygulanmaz; bu gibi hâllerde sorumluluk genel esaslara tabi olur. TBK m. 576 vd. hükümlerindeki sorumluluğun kapsamı; otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler (otelciler) ile sınırlı olup, bakım evi, huzurevi, yatılı okul gibi yerler, TBK m. 576 vd. hükümlerinin kapsamında yer almamaktadır<sup>231</sup>. Buradaki kriter, ücret karşılığında ve ticari faaliyetleri kapsamında asli edim yükümlülüğü olarak konaklama hizmeti sunulmasıdır<sup>232</sup>. Bunun yanı sıra, TBK m. 576 vd. hükümlerindeki sınırlı kusursuz sorumluluk, konaklayanların beraberinde getirdikleri ve kıymetli evrak, önemli miktarda para, kıymetli eşya niteliğinde olmayan<sup>233</sup> (TBK m. 577/f. 1) eşyaların

<sup>224</sup> Tschudi, *Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, Art. 259e, N. 8 vd.; Örnekler itibarıyla aynı yönde bkz. OFK-Permann, OR 259e, N. 4. Kiraya verenin ayıp sebebiyle tazminat sorumluluğu hakkında bkz. Çabri, *Kiraya Vereninin Ayrıptan Sorumluluğu*, s. 293 vd.; M. Murat Inceoğlu, *Kira Hukuku Cilt I* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2014), 212 vd.; Acar, TBK m. 308, N. 16 vd.; Gümüş, *Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, s. 99 vd.; Zafer Kahraman, *İstanbul Şerhi Cilt-5*, 3. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2019), TBK m. 308, N. 6 vd.

<sup>225</sup> TBK m. 147/bent-1 hükmündeki beş yıllık zamanaşımı süresi, kira bedelleri gibi dönemsel edimler için öngörülmüştür. Çabri, *Kiraya Vereninin Ayrıptan Sorumluluğu*, s. 329; Kahraman, *İstanbul Şerhi*, TBK m. 308, N. 18. Kira sözleşmesinde kiraya verenin ayrıptan sorumluluğunun TBK m. 147/b. 1 uyarınca beş yıllık, kiraya veren ağır kusurlu ise TBK m. 231/f. 2'den kıyasen on yıllık zamanaşımına tabi olduğu yönünde bkz. Gümüş, *Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356)*, s. 111.

<sup>226</sup> Bkz. yukarıda IV.A.2 başlığı.

<sup>227</sup> TBK m. 147/bent-1 hükmündeki beş yıllık zamanaşımı süresi, konaklama bedeli için öngörülmüştür.

<sup>228</sup> Konaklama hizmeti ile birlikte ulaştırma veya (konaklama ve ulaştırma ile bağlantılı olmayan) başka turizm hizmetleri verilirse, TKHK m. 51'deki koşulları sağlamak koşuluyla paket tur sözleşmelerine ilişkin TKHK m. 51 hükmü de uygulama alanı bulur. TKHK m. 51'in uygulanmasının belki de en önemli sonucu, TKHK m. 51/f. 8 uyarınca tüketicinin, normatif zarar niteliğindeki "boşa harcanan tatil zamanı için de uygun bir tazminat talep edebilecek" olmasıdır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Feyza Eren Sayın, *Paket Tur Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 255 vd. Normatif zarar kavramı hakkında bkz. aşağıda dn. 269.

<sup>229</sup> Eric Stupp - Isabelle Oehri, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*, 4. Auflage (Zürich: Schulthess, 2023), OR 487, N. 1.

<sup>230</sup> Hükmün mehzarı OR Art. 497/2'de sorumluluk, 1.000 Frank ile sınırlandırılmıştır. Sorumluluğun sebep sorumluluğu olarak kusursuz sorumluluk niteliğinde bulunduğu yönünde bkz. Thomas Koller, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Auflage (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011), OR 487, N. 11; Thomas von Ballmoos/Jolanta Kren Kostkiewicz, OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar, 4. Auflage (Zürich: Orell Füssli, 2023), OR 487, N. 7; CHK-Stupp/Oehri, OR Art. 487, N. 6.

<sup>231</sup> OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 487, N. 3.

<sup>232</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 487, N. 1, 3; BSK-Koller, OR 487, N. 3; OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 487, N. 5.

<sup>233</sup> Kıymetli evrak, önemli miktarda para ve kıymetli eşyalar saklanmak üzere otelciye teslim edilmezse bunların hasarından otelcinin sorumluluğu, TBK m. 576'ya değil kusur sorumluluğuna tabi olur (TBK m. 577/f. 1). Kanun koyucu burada, bu tip değerli eşyaların otelciye teslim edilmesi gerektiği öngörmüştür. Bu çerçevede, otelci ile konaklayan arasında, bu tip eşyaların saklanması yönelik saklama sözleşmesi yapılabilir ve bu durumda otelcinin sorumluluğu, saklama sözleşmesine ilişkin TBK m. 561 vd. hükümlerine tabi olur. BSK-Koller, OR 488, N. 3-4; CHK-Stupp/Oehri, OR 488, N. 3. TBK m. 577/f. 3'e göre, konaklayanın yanında taşıması makul olan para ve kıymetli eşyalar (konaklayanın sürekli olarak değerli mücevherler taşıması



hasara uğraması ile sınırlıdır. Bu anlamda, kişiye gelen zararlar TBK m. 576 vd. hükümlerine tabi değildir<sup>234</sup>. Konaklayanların beraberinde getirdikleri eşyaların konaklayanların mülkiyetinde olması gerekmediği gibi bunlar her türlü eşya olabilir<sup>235</sup>. Yeter ki bu eşyalar, otelcinin kontrolünde olsun<sup>236</sup>. Konaklayanın, otelin otoparkında duran motorlu araçları, konaklayanın beraberinde getirdiği eşya olarak, TBK m. 576'daki sınırlı kusursuz sorumluluğun kapsamında yer alır<sup>237</sup>. Otelcinin, konaklayanın eşyalarının saklanması için anahtarı sadece konaklayanda olan kasa tesis etmesi hâlinde de TBK m. 576 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz<sup>238</sup>. TBK m. 578/f. 1'de, konaklayana, zararı öğrenir öğrenmez otelciye bildirme yükümlülüğü getirilmiş ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde otelcinin TBK m. 576 uyarınca sorumluluğunun sona ereceği düzenlenmiştir. Otelcinin TBK m. 576 vd. hükümlerindeki kusursuz sorumluluğu, TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresine tabidir<sup>239</sup>.

#### IV. Haksız Fiil Sorumluluğu

Bir borç ilişkisi kaynağı olan haksız fiilden sorumluluk<sup>240</sup> genel olarak TBK m. 49 / f. 1'de şu şekilde düzenlenmiştir: "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" Bu düzenlemeden hareketle genel haksız fiil sorumluluğunun unsurları; **hukuka aykırı fiil, zarar, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun nedensellik bağı ve kusur** olarak sıralanabilir.

##### A. Unsurlar

##### 1. Hukuka aykırı fiil

##### a. Tanım

Hukuka aykırılık<sup>241</sup>, meşru herhangi bir neden bulunmaksızın başkasına zarar verilmemesine yönelik genel davranış kuralının ihlâli olarak tanımlanmaktadır<sup>242</sup>. İrâdi insan davranışı olarak tanımlanan ve

---

gibi) ise yine otelcinin TBK m. 576'daki kusursuz sorumluluğunun kapsamında yer alır. OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 488, N. 1, 2. Konaklayanın, TBK m. 577/f. 1'deki eşyaları otelciye teslim etmek istemesine rağmen otelcinin bunu reddetmesi hâlinde, otelcinin sorumluluğu, saklama sözleşmesi yapılmış gibi eşyanın tüm değerini kapsar (TBK m. 577/f. 2).

<sup>234</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 487, N. 6; OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 487, N. 7.

<sup>235</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 487, N. 5; BSK-Koller, OR 487, N. 9; OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 487, N. 10.

<sup>236</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 487, N. 4.

<sup>237</sup> BSK-Koller, OR 487, N. 9. İsviçre Federal Mahkemesine göre otomobilin TBK m. 577/f. 1 anlamında kıymetli eşya niteliğinde olmadığı yönünde bkz. CHK-Stupp/Oehri, OR 488, N. 1. Ama elbette normalden daha değeri motorlu araçlar ise kıymetli eşya olarak TBK m. 577'ye tabi olur. BSK-Koller, OR 488, N. 1.

<sup>238</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 488, N. 6; BSK-Koller, OR 488, N. 6; OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 488, N. 7.

<sup>239</sup> CHK-Stupp/Oehri, OR 489, N. 2; BSK-Koller, OR 489, N. 2; OFK-Ballmoos/Kren Kostkiewicz, OR 489, N. 2.

<sup>240</sup> Van Depremi ile ilgili verilen bir yüksek mahkeme kararında davayı açan kiracı olsa dahi isabetli olarak asliye hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olduğuna hükmedilmiştir. Bunun için bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/4779 (20.04.2016).

<sup>241</sup> Hukuka aykırılığın, (kusura dayanmayan sorumluluk hallerini de içeren) geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu bakımından genel bir sorumluluk şartı olup olmadığı tartışmalıdır. Hâkim görüş, hukuka aykırılığın genel bir sorumluluk şartı olduğunu ileri sürerken [bu yönde bkz. Karl Oftinger - Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (Zürich: Schulthess, 1995), § 4, N. 1; Roland Brehm, *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (Bern: Stämpfli, 2021), Art. 41, N. 33; Martin A. Kessler, *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (Herausgegeben: Corinne Widmer Lüchinger - David Oser) (Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020) Art. 41, N. 30] diğer bir görüş ise, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hâlleri bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin sorumluyu korunan bir hakka saldırıdan doğan zararı gidermekle yükümlü olmaktan kurtarmadığından ve diğer sorumluluklar bakımından da hukuka aykırılığın bir şart olarak kabul edildiği olasılıkta bu şartın her bir sorumluluğun özel şartları tarafından oluşturulacağından hareketle, hukuka aykırılığın (kusur sorumluluğu dışında kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayacak şekilde) genel bir sorumluluk koşulu olarak kabul edilmesini ikna edici bulmamaktadır [Franz Werro, *La responsabilité civile* (Bern: Stämpfli, 2017) N. 333].

<sup>242</sup> Henri Deschenaux - Pierre Tercier, *La responsabilité civile* (Berne: Editions Staempfli & Cie SA, 1982), § 6, N. 15; Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht* (Bern: Stämpfli, 2002), 106. Türk Borçlar Kanunu'nun tasarısı kaleme alınırken yer verilen ancak yasalaşmayan TBKT m. 56'da yer verilmekle birlikte çıkarılan hukuka aykırılık tanımı şu şekilde idi: "*Hukuk düzeninin malvarlığı veya kişivarlığı değerlerini zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar, hukuka aykırıdır.*"

yapma veya yapmama<sup>243</sup> şeklinde ortaya çıkan fiilin<sup>244</sup> genel bir kanuni yükümlülüğe aykırılığı hâkim olarak benimsenen anlayışa göre bir davranış normunun ihlaliyle gerçekleşir<sup>245</sup>. Bu durum da ya bir mutlak hakın<sup>246</sup> (sonucun hukuka aykırılığı)<sup>247</sup> veya mutlak hak niteliğinde olmayan menfaatleri<sup>248</sup> koruyan bir normun<sup>249</sup> (davranışın hukuka aykırılığı) ihlaliyle gerçekleşir<sup>250</sup>. Çiğnenmesi hukuka

<sup>243</sup> Başkalarının menfaatleri lehine hareket etmeye yönelik genel bir kuralın bulunmamasından hareketle, yapmama şeklinde ortaya çıkan davranışın hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için somut olayda zarara uğrayanın menfaatine bir yapma yükümlülüğü öngören bir koruma normunun bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülüğün sadece hukuk düzeninin yazılı hukuk normlarından değil aynı zamanda yazılı olmayan kurallardan da kaynaklanabileceğini belirterek Willi Fischer, *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen* (Herausgegeben: Willi Fischer - Thierry Luterbacher) (Zürich: Dike Verlag AG, 2016), Art. 41, N. 103-104.

<sup>244</sup> Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76*, (İstanbul: On İki Levha, 2019), N. 2.74.

<sup>245</sup> Objektif hukuka aykırılık kavramı için bu tanıma ve incelemeye dair bkz. Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (İstanbul: On İki Levha, 2016), 160-162.

<sup>246</sup> Mutlak (*erga omnes*) haklardan öne çıkanlar, kişilik hakları ve aynı haklardır. Kişilik hakkı ihlallerine bir kişinin ölümüne veya vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan ya da şeref ve haysiyetine saldıran fiiller örnek verilebilir. Bir malın yok olması veya ağır hasar alması da mülkiyet hakkının içeriğine ilişkin TMK m. 683'te korunan menfaatlere aykırı davranışlara örnektir. Nitekim anılan değerler sadece medeni kanun düzeyinde değil anayasal olarak koruma görmektedir. Bu bağlamda daha detaylı açıklamalar için bkz. Brehm, *BK*, Art. 41, N. 35-37d. Yazar, zilyetliği ihlal eden davranışları da sonucun hukuka aykırılığı kapsamında değerlendirmektedir. Zilyetliğin bir aynı hak olmadığı göz önünde bulundurulduğunda [M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2023), N. 293] anılan tespit, bu filli durumun kanun koyucu tarafından korunduğu olasılıklara özgü olarak anlaşılmasında yarar vardır.

<sup>247</sup> Mutlak hak ihlali hâlinde sonucun hukuka aykırı kabul edilmesinin temelinde, İsviçre hukukunda gerek öğretinin gerek yargı uygulamasının Alman hukukundan etkilenmesi bulunmaktadır. Alman Medenî Kanunu'nun 823. paragrafı şu şekildedir: "(1) Kasten veya ihmal sonucu, bir başkasının yaşamına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya başka herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, bundan doğan zararı diğerine tazmin etmekle yükümlüdür. (2) Aynı yükümlülük, başka bir kişiyi korumaya yönelik bir yasayı ihlal eden kişi için de geçerlidir. Yasanın içeriğine göre, bunun ihlali kusur bulunmaksızın da mümkünse, tazminat ödeme yükümlülüğü yalnızca kusur durumunda ortaya çıkar." Öğretide Hatemi, hukuka aykırılığı mutlak hak ihlaliyle özdeş görmekte ve bu aykırılığın meydana gelmesi durumunda sadece ortaya çıkan doğrudan malvarlığı zararlarının değil -mevcudiyet kazanması hâlinde- ayrıca (kazanç kaybı ve masraflar gibi) dolayısı ile zararların da tazmin edileceği görüşündedir. Eğer kazanç kaybı bir mutlak hak ihlali sonucu ortaya çıkmıyorsa ve TBK m. 49/f. 2'nin de şartları gerçekleşmemişse hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Bunun için bkz. Hüseyin Hatemi, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt II, Sözleşme-Sözleşme Dışı Sorumluluk* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994) § 3, N. 16.

<sup>248</sup> Bu bağlamda mutlak haklara gelen zararların (eşya zararı ve bedensel zarar) dışında kalan ekonomik değerde oluşan malvarlığı kayıplarının, örneğin kâr kaybının, TBK m. 49 uyarınca talep edilebilmesi ancak buna neden olan davranışın ilgili saf ekonomik menfaati koruyan normu ihlali ile mümkündür. Saf ekonomik menfaat kavramı ve nesnel hukuka aykırılık kuramı bakımından haklar hiyerarşisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Elif Yüksel, "Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 0/1 (2018), 573-593. Mutlak hak ihlali olmaksızın meydana geldiklerinde herhangi bir korumaya tabi olmayan bu menfaatler açısından koruma normlarının hukuka aykırılığın kurucu unsuru olduğuna yönelik Yeşim Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, (İstanbul: Beta, 1996), 26.

<sup>249</sup> Normun koruma amacı tespit edilebilmesi bakımından korunan kişilerin çevresi ve korunan hukuki değerlerin kapsamı belirlenmelidir. Bu bağlamda koruma kuralının kimi, neyi, kime karşı koruduğunun tespiti önemlidir. Bu yönde O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: V /1-2, Marmara Hukuk Yorumu* (Ankara: Seçkin, 2019), N. 302. Sorumluluğun belirlenmesinde ihlal edilen normun koruma amacına yönelik araştırmanın yapıldığı yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1979/38 (08.01.1979).

<sup>250</sup> Objektif hukuka aykırılık kuramı (diğer bir ifadeyle hukuka aykırılık için objektif hukuk normu ihlali şart koşan) olarak ifade edilen bu görüşü benimseyerek bu ayrımı yapan Oftinger - Stark, *Haftpflichtrecht*, § 4, N. 22; Keller, *Haftpflicht*, 107; Brehm, *BK*, Art. 41, N. 34-41b; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 51; Eren, *Borçlar*, N. 1844; Nomer, *Borçlar*, N. 101.1; doktrinde son yıllarda öğretilde savunulmaya başlanan ve makul bir özenin engelleyebileceği bütün zararların hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, hukuka uygunluk sebepleri saklı kalmak kaydıyla, öngörülebilir zarar tehlikesini doğuran bütün davranışları makul olmayan şekilde nitelendiren bir görüş de mevcuttur. Bu bağlamda nesnel kusur ile hukuka aykırılığı sorumluluğun iki ayrı şartı olarak ele almanın bu görüş için bkz. Werro, *Responsabilité*, N. 380-384; Heinrich Honsell - Bernard Isenring - Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess, 2013) § 6 N. 21; Türk hukukunda bu yaklaşımda olan Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23 / 1 (2017) 500; bu görüşün anglo-amerikan hukukundaki ihmal sorumluluğundan esinlendiğini belirten ve bir yanıyla salt malvarlığı zararları ile mutlak hak ihlallerinden doğan zararları bir arada değerlendirdiği diğer yanı ile de belirli koruma yükümlülüklerinin vakıa grupları şeklinde ele alınmasıyla gerekli sorumluluk sınırlamalarının gerçekleşmesi gibi yararları bulunduğunu belirterek Ingeborg Schwenzer - Christiana Fountoulakis, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Bern: Stämpfli, 2020) N. 50.04. Bu görüşlere ilaveten öğretilde neredeyse hiç taraftar bulmayan subjektif hukuka aykırılık görüşü de bulunmaktadır. Açıkça yetkilendirilmemiş her davranışı hukuka aykırı olarak nitelendiren ve hukuka aykırılık bakımından ihlal edilen menfaatin niteliğine önem atfetmeyen bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bruno Gabriel, *Die Wiederrechtlichkeit im Art. 41 Abs. 1 OR*, (Entlebuch: Huber Druck AG, 1987) 81-107.

aykırılık teşkil edebilecek olan emir ve kurallar, özel veya kamu hukukuna ilişkin kanun hükümleri olabileceği gibi örf veya adet hukukundan da kaynaklanabilir<sup>251</sup>.

Bu içeriğiyle hukuka aykırılığın, hukuk düzeni tarafından izin verilen menfaat kaybı ile tazmin edilmesi gereken zararı birbirinden ayırdığı söylenebilir. TMK m. 6'ya uygun olarak ilgili davranışın bir mutlak hakkı ihlal ettiğini veya kendisini koruyan davranış kuralına aykırılığın mevcut olduğunu ispat yükü zarar görendedir<sup>252</sup>.

TBK m. 49'un hukuka aykırılık kavramına ilişkin lâfzı dikkate alındığında ("*hukuka aykırı bir fiille*") objektif hukuka aykırılık görüşü olarak da ifade edilen sonuç ile davranışın hukuka aykırılığı üzerinden yapılan ayrımı benimseyen hâkim görüşün, kanun koyucunun bu unsura dair benimsediği yaklaşıma daha uygun olduğu için subjektif kurama<sup>253</sup> ve failin sorumluluğunu daha belirgin bir şekilde sınırlandırdığı için de yeni hukuka aykırılık teorisine nazaran, daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

## **b. Depremle ilgili ortaya çıkabilecek hukuka aykırı davranışlara örnekler**

Deprem ile bağlantılı olarak ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğu ile ilgili hukuka aykırılık kavramı bakımından belirleyici olan, benimsediğimiz görüş uyarınca, ihlal edilen hukuki değer niteliğindedir. Eğer depremle ilgili ortaya çıkan davranış herkese karşı ileri sürülebilecek kişilik hakları (yaşam hakkı, fiziki ve ruhsal vücut bütünlüğü gibi), mülkiyet hakkı veya zilyetlik gibi mutlak korunan hukuki değerleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal ediyorsa veya bu nitelikte olmamakla birlikte ihlal edilen değeri koruyan bir hukuk normu söz konusu ise davranış hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Bu bağlamda örneğin depremde bina veya diğer yapı eserlerinin yıkılması (mülkiyet hakkı) veya insanların bu yıkılan bina veya diğer yapı eserlerinin altında kalarak veya bunlardan düşen parçalar yüzünden yaralanmaları ya da ölmeleri (kişilik hakkı) durumunda ilgili yapı eserini mevzuata aykırı<sup>254</sup> inşa eden ve zarar gören kişilerle aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı yüklenici ile anılan yapının denetiminde fen, sanat ve sağlık kurallarına uymayan yapı denetim şirketinin<sup>255</sup>; kirişleri kesilmiş yapı eseri ile ilgili depremde benzer sonuçların doğması durumunda kirişi kesen kiracının; depremde sağ kurtulanları enkazdan çıkarmaya çalışırken yaralanmasına veya ölümüne yol açan kişinin davranışı hukuka aykırıdır.

<sup>251</sup> Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, s. 478-480.

<sup>252</sup> Franz Werro - Vincent Perritaz, *Commentaire romand, Code des obligations I* (Éditeurs: Luc Thévenoz - Franz Werro) (Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021), Art. 41, N. 78.

<sup>253</sup> Açıkça yetkilendirilmemiş her davranışı hukuka aykırı olarak nitelendiren bu görüş, hem çok belirsiz bir olumsuz tanımlama üzerinden hukuka aykırılık kavramını ele aldığı için hem de zarar görenin hukuki konumunun değerini daha az önemseydiği için isabetten uzaktır. Bu görüş, kanun koyucu tarafından da benimsenmemektedir. Nitekim 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında İBK m. 41'in Fransızca metin taslağında hukuka aykırılık unsuru "hakkı bulunmadan bir zarara sebebiyet veren" ifadesiyle açıklanırken bu ifadenin yasalasın metinde "haksız bir şekilde" olarak değiştirilmiştir. Bu yöndeki tespitler için bkz., Heinz Rey - Isabelle Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 2018) N. 810. Bununla birlikte subjektif teori kanun koyucu açısından tamamen anlamsız da değildir. Örneğin TMK m. 24/ f. 2 bu kurama uygun kaleme alınmıştır. Bu yönde, Walter Fellmann / Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG* (Bern: Stämpfli, 2012), N. 286.

<sup>254</sup> Bu konuda Yargıtay kararlarına yansıyan mevzuat, Yapı İşleri Genel Teknik Şartnamesi ve halihazırda yürürlükte olan Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği'nin 1999 depremi dönemindeki muadili olan Afet Bölgelerinde Yapılacak Olan Yapılar Hakkındaki Yönetmeliğidir. (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/746, (03.02.2005). Öğretide ise yüklenicinin yapıyı inşa ederken imara açılmış alanlarda yürütülen inşaatlarda özellikle İmar Kanunu, Planlı İmar Alanları Yönetmeliği, Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği ve bu kapsamda çıkarılan Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği Kapsamında Yapılacak Tasarım Gözetimi ve Kontrolü Hizmetlerine Dair Tebliği; Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından çıkarılan Zemin ve Temel Etüdü Uygulama Esasları ve Rapor Formatına İlişkin Tebliği gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Sinan Sami Akkurt, "Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış - II - Haksız Fiil Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31 / 2 (2023), 403. Deprem bağlamında ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğunda yüklenicinin fiilinin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde mahkemenin deprem konusunda uzmanları bilirkişi ataması gerektiğini belirterek jeofizikçi, jeolog ve inşaat mühendislerinin görevlendirilmesi gerektiğine hükmeden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2004/151 (24.03.2004).

<sup>255</sup> Halil Yılmaz, *Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu*, (Ankara: Yetkin, 2008) 182.

Uygulamada hukuk davası ile ceza davası da açılmaktadır. Bu bağlamda TBK m. 74/ f. 1 uyarınca ceza hâkiminin hükmettiği beraat kararı<sup>256</sup> ile bağlı olmayan hukuk hâkimi, ceza hâkiminin tespit etmiş olduğu maddi vakıalara ve ilgili fiilin hukuka aykırılığına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelere dayalı vermiş olduğu mahkumiyet kararıyla bağlıdır<sup>257</sup>.

### c. Hukuka aykırılığı önleyen hallerden zorunluluk hâli

Hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecek bir davranışın bu niteliği haiz olması bazı durumların varlığında engellenebilir<sup>258</sup>. Hukuka aykırılığı önleyen bu sebepler, TBK m. 63'te sayılmakta olup anılan düzenlemede belirtilen hâllerden bu çalışmanın kapsamında ele alınacak olanı "zorunluluk (ıztırar) hâli"dir. Nitekim depremden sonra ortaya çıkan ve mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet verdiği için yukarıdaki tanıma uygun şekilde hukuka aykırı davranış olarak nitelendirilebilecek yağma, hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal eden olaylar, zorunluluk halinin şartlarının varlığı hâlinde, doğduğu andan itibaren hukuka aykırı sayılmayacaktır.

Zorunluluk hâli, bir kişinin kendisinin veya bir başkasının şahıs veya malvarlığı haklarını açık ve derhal gerçekleştirecek<sup>259</sup> bir zarar tehlikesinden<sup>260</sup> korumak için tehlikeye kaynaklık etmeyen<sup>261</sup> üçüncü bir kişinin malvarlığına kasten müdahale etmesi şeklinde tanımlanabilir<sup>262</sup>. Anılan olasılıktaki davranışın hukuka uygun olması hali ancak zarar tehlikesi altındaki hukuki değer m. müdahale edilenden daha değerli olması halinde (diğer bir ifadeyle müdahale edilen değer korunmak istenen ile eş değerde veya ondan daha az değerli olması durumunda) mümkündür<sup>263</sup>. Haklı savunmadan farklı olarak tali nitelikte olan zorunluluk hâli ancak ilgili tehlike başka türlü bertaraf edilemiyorsa davranışın hukuka aykırılığını önler<sup>264</sup>.

Bu bağlamda gerek depremin gerçekleştiği mevsim koşullarından dolayı gerek doğal afet sonrası asayiş sağlanıncaya kadar geçen sürede güvenlik zafiyetinden korunmak için başkasının mülkiyetindeki bir taşınmazın izinsiz kullanılması veya yaralı olarak kurtulmuş olanların hayatta kalmaları için eczanelere

<sup>256</sup> Bununla birlikte beraat kararında ceza mahkemesi hâkimi tarafından suçlamaya ilişkin varlığı tespit edilmiş maddi olgular hukuk hâkimini bağlamaktadır. Bu yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2018/1625 (06.11.2018).

<sup>257</sup> Bu yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/3612 (11.12.2023). Mahkûmiyet kararı verilmemiş olsa dahi ceza mahkemesi hâkiminin fiilin hukuka aykırılığına dair yapmış olduğu tespitin hukuk hâkimini bağlayacağı yönünde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/553 (01.02.2016). Ceza mahkemesi tarafından verilen suçun sanık tarafından işlenmediğine dair beraat kararının kesinleşmesinin bekletici mesele yapılması gerektiği hususunda Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018 / 10351 (22.10.2018); aynı yönde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11692 (19.11.2018).

<sup>258</sup> Hukuka uygunluk sebepleri ile, biri zarara uğrayanın başkasına zarar vermeme yasağına aykırı olarak ihlal edilmiş menfaatini koruyan, diğeri ise zarar verenin bu şekilde davranabilmesine izin veren iki hukuk normundan zarar verenin menfaatini koruyan üstün tutulduğu için TBK m. 63'te sayılan hallerden birinin varlığı halinde ilgili davranış başından itibaren hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Bu yönde Eren, *Genel Hükümler*, N. 1856-1857.

<sup>259</sup> TBK m. 64'te zarar tehlikesini nitelemek için kullanılan "açık veya derhal" söz öbeğinin "açık ve derhal" şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde Nomer, *Borçlar*, N. 109.1.

<sup>260</sup> Zorunluluk hâlinde ortaya çıkan malvarlığı kayplarının giderilmesine ilişkin kaleme alınan ve bir kısmında bu hukuka aykırılığı önleyen nedenin tanımının da yapıldığı İBK m. 52/ f. 2'de (ve TBK m. 64 / f. 2'de de) yer verilen "yakın bir zarar tehlikesi" ifadesindeki "tehlike" kelimesini, "yakın bir zarar" söz öbeği zaten tehlikeyi de çağrıştırdığından, gerekli görmeyen Brehm, *BK*, Art. 52, N. 41.

<sup>261</sup> Tehlikenin kaynağı bir gerçek kişi olabileceği gibi bir doğa olayı da olabilir. Bu yönde Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2. 167.

<sup>262</sup> Benzer Max Keller - Sonja Gabi - Karin Gabi, *Haftpflichtrecht* (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012), 55; Rey / Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 936.

<sup>263</sup> Fellmann / Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 364. Zorunluluk hâlini konu edinen bir başka kanuni düzenleme olan TMK m. 753/ f. 1'de orantılılık açıkça ifade edilmektedir. Nitekim orantılılığın TBK m. 64/ f. 2'deki düzenleme bakımından da genel bir ilke olduğunu vurgulayan Karl Oftinger - Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (Zürich: Schulthess, 1987), § 16, N. 300. Bu bağlamda bedensel zarara uğrama veya ölüm tehlikesi altında olan, tehlikeyi bertaraf etmek için başkasının mülkiyet hakkına müdahale etmeye her zaman yetkilidir. Bu yönde İlhan Uluhan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2012), 101, dn. 4.

<sup>264</sup> Benzer Christoph Müller, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR* (Herausgegeben: Andreas Furrer - Anton K. Schnyder) (Zürich: Schulthess, 2016), Art. 52, N. 12. Willi Fischer - Anna Böhme - Fabian Gähwiler, *Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Herausgebern: Jolanta Kren Kostkiewicz - Stephan Wolf - Marc Amstutz - Roland Fankhauser) (Zürich: Orell Füssli, 2023), Art. 52, N. 25.

zorla girilerek ilaç ve diğer gerekli sağlık malzemelerinin alınması ya da yeterli gıdanın ulaştırılmadığı dönemde lokanta veya marketlere izinsiz olarak girilerek gıda maddelerinin ele geçirilmesi hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyecektir.

Her ne kadar yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde başkasının malvarlığı haklarına müdahale hukuka aykırı sayılmasa da bu davranışta bulunanın veya (müdahale bir üçüncü kişi lehine gerçekleşmişse) lehine bu davranışta bulunulmanın bu yüzden ortaya çıkan menfaat kaybını gidermesi söz konusu olabilir<sup>265</sup>. Bu bağlamda TBK m. 64/ f. 2 şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*”

Fedakarlığın denkleştirilmesine dayanan bu sorumluluğun mevcut olup olmadığı ve kapsamı hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu bağlamda somut olayın şartları da dikkate alınarak hukuka ve hakkaniyete uygun şekilde karar verilecektir. Öğretide de kabul edildiği üzere, ilgili davranış ile az menfaat kaybı sonucunda daha değerli bir hukukî değer korunuyorsa bütün zararın giderilmesinin faile yüklenebileceği bununla birlikte eğer davranış tehlikeyi yaratanın bizzat kendisine yönelmişse (buna örnek olarak başkasına ait köpeğin saldırması durumunda köpeğin öldürülmesi) veya uğranılan menfaat kaybı sigortalanmış ise TBK m. 64 / f. 2 uyarınca uygun bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğüne<sup>266</sup> karar verilmeyeceği belirtilmektedir<sup>267</sup>.

Kanaatimizce deprem felaketiyle ilgili yaşam hakkının korunması amacıyla zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecek davranışlardan doğan orantılı malvarlıksal kayıplardan dolayı -eğer ilgili menfaat kaybı sigortalanmamış ise- uygun bir denkleştirme bedelinin ödenmesine hakkaniyet uyarınca hükmedilmesi gerekmektedir.

## 2. Zarar

### a. Kavram

Esasen maddi ve manevi olmak üzere iki türe ayrılan zarar, hukuka aykırı fiil yüzünden kişinin rızası hilafına malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen azalmadır<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> Ulusan, *Fedakarlığın Denkleştirilmesi*, s. 107-110; Nomer, *Borçlar*, N. 109.5; sadece müdahalede bulunanın ödeme yükümlülüğünün bulunması gerektiğini savunarak aksi yönde Oğuzman- Öz, *Borçlar II*, N. 575; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.170.

<sup>266</sup> Bu tazminat yükümlülüğünün fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine dayandığı dikkate alındığında TBK m. 64’te “*giderim yükümlülüğü*” söz öbeği yerine “*uygun bir denkleştirme yükümlülüğü*” tercih edilse idi daha isabetli olacağı yönünde Nomer, *Borçlar*, N. 109.5.

<sup>267</sup> Brehm, *BK*, Art. 52, N. 54-56.

<sup>268</sup> Eren, *Borçlar*, N. 1623; Antalya, *Borçlar*, N. 437. Zararı “*geniş anlamda zarar*” ve “*dar anlamda zarar*” şeklinde ikiye ayırarak inceleyen son anılan yazarlar, benimsediğimiz tanımı “*geniş anlamda zarar*” olarak nitelendirirken hukuka aykırı fiil yüzünden kişinin rızası hilafına malvarlığında meydana gelen azalmayı “*dar anlamda zarar*” olarak ele almaktadır. Sözleşme sorumluluğundaki zarar için bkz. yukarıda III. A. 2 başlığı.

Bununla birlikte öğretide zarar kavramını özellikle maddi zarar<sup>269</sup> üzerinden ele alan hâkim bir yaklaşım da bulunmaktadır<sup>270</sup>.

Maddi zarara verilen önem zarar hesaplamasında uygulamada kullanılan genel anlayışı da yansıtmaktadır. Bu bağlamda yerleşik Yargıtay uygulamasına göre zarar hesabı yapılırken hukuka aykırı

<sup>269</sup> Maddi zararın kapsamı öğretide bazı kıstaslar üzerinden çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bunların başında, fiilî zarar ile mahrum kalınan kâr ayrımı gelmektedir. Malvarlığındaki belirgin azalışın varlığı olarak tanımlanan fiilî zarar (*damnum emergens*), malvarlığının aktifinin azalması (trafik kazasından dolayı aracın kullanılamaz hâle gelmesi) veya pasifinin artması şeklinde (çalışanın zarar verdiği üçüncü kişiye iş sahibinin tazminat ödemesi) ortaya çıkabilecek iken gelecekteki kâr veya kâr olasılığının kaybı şeklinde açıklanabilecek mahrum kalınan kâr (*lucrum cessans*) ise zarara neden olan olay yüzünden malvarlığının aktifinin artmaması (haksız fiil yüzünden hasarlı hale gelen taksinin işletilemez hâle gelmesi) veya pasifinin azalmaması (kullanım için beklenen arabanın haksız fiil yüzünden zarar görmesinden dolayı başka bir aracın kiralınmasına devam edilmesi) şeklinde gerçekleşebilir. Bu ayrımın sadece maddi zararın içeriğinin belirlenmesine yönelik olup doğması durumunda hem fiilî zararın hem mahrum kalınan kârın tazmin edilmesi gerektiğini vurgulayan Deschenaux - Tercier, *Responsabilité*, § 3, N. 14-15. Bu ayrım bağlamında bahsedilmesi gereken diğer zarar çeşidi ise normatif zarardır. Alman öğreti ve uygulamasından kaynağını alan bu zarar türü ile İsviçre ve Türk hukuklarında maddi zararın belirlenmesinde yaygın olarak kullanılan fark teorisi reddedilmekte ve malvarlığında somut bir azalma kanıtlanmaksızın normatif değer yargılarına göre mevcut bazı menfaat kayıplarının da tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kuramın uygulanabilirliği bakımından ele alınan örnekler; nesnenin maddi değerinden bağımsız olarak sürüm değerinin azalması, nesnenin kullanım olanağından mahrum kalma ve tatil zamanı ile boş zamandan mahrum kalma (Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 548-559), beklentinin gerçekleşmemesi nedeniyle boşa gitmiş masrafların tazmini ve çalışmayan kişinin işgücü kaybıdır [Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.211- 2.230]; normatif zarar teorisinin İsviçre ve Türk hukuku bakımından kabul edilebilir olup olmadığını dair tartışma ve değerlendirmeleri için bkz. Nomer, *Haksız Fiil*, 16-32; kaynağını Fransız hukukundan almakla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi tarafından fark teorisine uymadığı için benimsenmeyen ancak doktrinde kimi yazarlar tarafından normatif zarar adı altında kabul edilen bir kâr elde edilmesi veya zararın önlenmesi şansının kaybı (kısa ifadeyle şans kaybı) için bkz. Fischer *Haftpflichtkommentar*, Art. 41, N. 25; Zeynep Rana Demir, "Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar", *Sorumluluk Hukuku*, (Editör: Başak Baysal) (İstanbul: On İki Levha, 2019) 176-182. Maddi zarara ilişkin yapılan diğer bir ayırım ise bedensel zarar (ve ölüm hali), şeye gelen zarar ve salt ekonomik zararlar üzerinden yapılmaktadır. Hukuka aykırı davranış, mağdurun yaşam hakkını veya fiziki ya da ruhsal vücut bütünlüğünü ihlal ediyorsa bedensel zarar mevcuttur. Ölüm durumundan kaynaklanan maddi zarar kalemleri TBK m. 53; vücut bütünlüğü ihlallerinden doğanlar ise TBK m. 54'te belirlenmiştir. Haksız fiilden dolayı bir şeyin yok olması veya hasarlı hale gelmesi yüzünden uğranılan zarar ise eşyaya gelen zarardır. Zararın belirlenmesinde eşyanın tamamen mi yoksa kısmen mi tahrip olduğu dikkate alınır. Şey tamamen tahrip olmuşsa veya yok olmuşsa zarar, amortisman tabi olması durumunda yıpranma payı da düşülerek hesaplanması gereken, şeyin yenisinin ikamesi için harcanacak tutara tekabül etmektedir. Kısmi tahribat durumunda ise zararın kapsamı belirlenirken onarım masrafları ve bundan dolayı ortaya çıkan değer düşüklüğü dikkate alınır (Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 345). Buna ilaveten eşyaya gelen zarar hesabında şeyin kullanım dışı kalmasından doğan (fiili zarar veya mahrum kalınan kâr olarak) ek zararlar ile eşyaya yönelen bu hukuka aykırı davranış ile nedensellik bağı içerisindeki diğer masraflar da göz önünde bulundurulacaktır. Salt ekonomik zarar ise mağdurun mutlak haklarına saldırıdan doğmayan malvarlığı azalması hâlidir. Hâkim öğreti ve uygulamaya göre (II, 1, A, a'da da belirtildiği üzere) salt ekonomik zararın tazmin edilebilmesi için fiilin malvarlığını korumaya yönelik bir hukuk normu ihlâl etmesi gerekmektedir. Maddi zarara yönelik yapılan bu üçlü ayırım için bkz. Werro - Perritaz, *CR*, Art. 41, N. 18-20. Bir başka sınıflandırma ise hukuka aykırı davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağının yoğunluğu üzerinden yapılmaktadır. Bu bağlamda zarar, nedensellik zincirinde zararı doğuran hukuka aykırı davranışa doğrudan bağlıysa doğrudan zarar; zararın (haksız fiil gerçekleşmeseydi ortaya çıkmayacak bir başka olgu olarak) kendisinin de başka zararlar doğurması veya kazanç elde edilmesine ya da zararı ortadan kaldırmaya ilişkin önlemleri engellemesi durumunda doğan zararlar ise dolaylı zararlardır. Bu sınıflandırma için bkz. Kessler, *BSK*, Art. 41, N. 7; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı (Ankara: Turhan, 2022), N. 2087. Maddi zararın tazmininde kural olarak mağdurun malvarlığında onun iradesi bulunmaksızın meydana gelen menfaat kaybı giderilir. Bununla birlikte kanun koyucu, açık hüküm sevk ederek bazı durumlarda (örneğin TBK m. 53 / b. 3 veya TBK m. 56/f. 2) hukuka aykırı davranışın yönelmediği bazı kişilerin de ilgili fiilden dolayı uygun nedensellik bağı çerçevesinde uğradıkları kimi zararların tazminini öngörmüştür. Mağdurun uğradığı zarar ile yansıma zarar arasındaki farka yönelik bkz. Keller, *Privatrecht*, 73-77; Antalya, *Borçlar*, N. 512-517. Mağdurun maruz kaldığı hukuka aykırı davranıştan dolayı kişilik hakları ihlal edilecek derecede ani ortaya çıkan bir şaşkınlık yaşayan annesi, baba gibi zarar görenin yakınlarının ruhsal bütünlüklerinin ihlaliyle ortaya çıkan zarar ise yansıma zarar değil haksız fiilin yöneldiği kişinin zararı olup ve şok zarar şeklinde ifade edilmektedir. Bu kavram hakkında bkz. Brehm, *BK*, Art. 41, N. 24-24h; detaylı bilgi için bkz. Aslı Açıkçöz, *Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?* *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80 / 4 (Aralık 2022), 1267-1297. Öğretide ayrıca hesaplandığı ana kadar gerçekleşmiş olan mevcut zarar ve henüz gerçekleşmemiş zarar ayrımı yapılmaktadır. Henüz gerçekleşmemiş zarar ise gerçekleşmesi için başka bir unsurun ortaya çıkmasına bağlı olmaksızın beklenen (müstakbel) ve mevcudiyeti bir riskin doğumuna bağlı (muhtemel) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İlgili risk gerçekleşmedikçe muhtemel zarar tazmin edilemeyecek iken müstakbel zarar tazmin edilebilir niteliktedir. Bu bağlamda TBK m. 50 / f. 2 ve TBK m. 75'in müstakbel zararların tazminine yönelik hâkime yetki veren düzenlemelerdir. Bu ayırma yönelik bkz. Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.257-2.260.

<sup>270</sup> Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 63; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 114; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 548. İsviçre hukukunda aynı yönde Brehm, *BK*, Art. 41, N. 70; Honsell - Isenring - Kessler, *Haftpflichtrecht*, § 1, N. 26; Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 162.

fiil gerçekleşme idi kişinin malvarlığının içinde bulunacağı durum ile hâlihazırdaki durum arasındaki fark (fark teorisi) dikkate alınmaktadır<sup>271</sup>.

Bu genel bilgilerin sonrasında depremde binaların yıkılması veya ağır hasara uğraması bağlamında bedensel zararlara ve ölüm nedeniyle uğranılan zararlara, şeye gelen zarara ve manevi zarara değinilecektir.

TBK m. 50 / f. 1 uyarınca zararı ispat yükü zarar görene ait olup uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa TBK m. 50/ f. 2 uyarınca hâkim bunu, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, hakkaniyete uygun olarak belirler<sup>272</sup>.

Depremde ölen kişilerin mirasçıları TBK m. 53 uyarınca cenaze giderlerini<sup>273</sup>, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerini ve bu dönemde gerçekleşen çalışma gücü azalmasından veya yitirilmesinden kaynaklı kayıpları<sup>274</sup> talep edebileceklerdir. TBK m. 53 / b. 3 uyarınca ise ölenin

<sup>271</sup> Güncel bazı kararlar için bkz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/13311 (T: 25.12.2023); Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/4332 (09.04.2019); anılan kararlarda atıfta bulunulan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları için ise bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2010/427 (29.09.2010); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2003/125 (05.03.2003). Anılan yöntem İsviçre Federal Mahkemesi tarafında da benimsenmektedir. Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. BGE 144 III 155; BGE 142 III 23; BGE 132 III 359. Depremle ilgili olarak hasar gören binalar yüzünden uğranılan zarara yönelik fark teorisine vurguda bulunulan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, K. 2005/515 (T: 31.01.2005) kararından: "... Dosyadaki kanıtlar itibarıyla davacının binasının o zamanki yapıldığı tarihteki deprem yönetmeliğine uygun yapıldığı anlaşılrsa ve deprem sonucu bu binanın yıkılmayacağı kabul edilse bile hasar göreceği kaçınılmazdır. Bu nedenle davalı tarafından yaptırılan binanın davacının binasına yıkılmasa idi, depremde davacı binasının ne miktar hasara uğrayacağı belirlenerek bunun bina zararı miktarından düşülmesi gerekir..."

<sup>272</sup> Özellikle destek yoksun kalma zararı, çalışma gücünün kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması gibi bedensel zararlar ile mahrum kalınan kar ve rekabet ihlalleri sonucunda ortaya çıkan zararların belirlenmesinde önemli rol oynayan TBK m. 50 / f. 2'nin kolaylık getirmekle birlikte zarar göreni ispat külfetinden kurtarmadığı hususunda Çetiner, *Borçlar*, N. 1260. Nitekim zarar belirlenirken hâkimin soyut veya zayıf değil gerçeğe yakın olasılıkları dikkate alarak değerlendirme yapması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Eren, *Borçlar*, N. 2281. TBK m. 50 / f. 2'de zararın belirlenmesinde hâkimin dikkate alacağı "önlemler", özellikle mahrum kalanın kârın ispatı bakımından önem taşımaktadır. Zarar görenin, haksız fiil gerçekleşme idi sahip olacağını iddia ettiği kazancı elde etmek için elverişli ortamı ve şartlarını ispat ederken buna yönelik aldığı önlemleri de kanıtlaması gerekecektir. Bu yönde Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 580. Depremle ilgili olarak hasar gören binalar yüzünden uğranılan zarara yönelik TBK m. 50/ f. 2'nin uygulanabilirliği ile ilgili bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/515 (31.01.2005) sayılı kararından: "... Davacı şirket, yıkılan binada bulunan ve harap olan işyerindeki ticari eşyaların zarar görmesi nedeniyle de tazminat istemiştir. Yerel mahkemece bu kalem istek BK. 42 maddesi da dikkate alınarak kısmen kabul edilmiştir. Davalı yan iddia edilen miktarda eşyanın bu işyerine sığmayacağını savunmaktadır. O halde davaya konu eşyaların miktarı dikkate alınarak dava konusu işyerinde bulunup bulunamayacağı konusunda uzman bilirkişiden rapor alındıktan sonra BK. 42. maddesine göre zarar takdir edilmelidir. Yerel mahkemece bu yön gözlemlenmeden eksik inceleme ile karar verilmiş olması bir diğer bozma nedenidir..."

<sup>273</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/5547 (28.09.2021) sayılı kararından: "...Cenaze giderleri; ölümle doğrudan doğruya ilgili bulunan ve ölenin dini ile sosyal ve ekonomik durumuna uygun giderlerden ibaret olup ölenin taşınması, yıkılması, gömülmesi, mezarlık ücreti gibi giderleri kapsar. Davalı taraf, davacıların meydana gelen trafik kazası sonucu oluşan gerçek defin gideri zararlarının tazmini ile sorumlu olup davacı tarafın yerel örf ve adetlerine göre yaptığı özel giderlerden sorumlu değildir...". Öğretide bir görüş, terekeden ödenmemiş olması durumunda cenaze masraflarını kim karşıladıysa TBK m. 53 / b. 1 uyarınca onun talepte bulunabilmesinin uygulamada ortaya çıkabilecek bazı karmaşık sorunları engelleyebileceğini ileri sürmektedir. Bu yönde Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 306. Kanaatimizce TMK m. 507 uyarınca da tereke gideri olarak nitelendirilen bu borcun başka bir kişi tarafından ödenmesi üçüncü şahsın borcu ifası niteliğinde olup ödemedede bulunan -eğer bağışlama mevcut değilse- aralarındaki sözleşmeye veya böyle bir hukuki işlemin bulunmaması durumunda ancak sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme uyarınca mirasçılara rücu edebilecektir. Mirasçılar da üçüncü kişiye yapmış oldukları ödemeyi TBK m. 53/ b. 1 uyarınca failden talep edebileceklerdir. Ödemedede bulunanın failden doğrudan talepte bulunmasının daha kolay uygulanabilir olması üçüncü şahsın borcu ifasına ilişkin ilkelerin göz ardı edilmesini meşrulaştırmamalıdır.

<sup>274</sup> Ölüme kadar geçen süreçteki tedavi giderleri ile gerçekleşen çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar esasen bedensel zararlar niteliğinde olup ölüm ile mirasçılara intikal eder. Bu bağlamda TBK m. 53 / b. 2 ve b. 3'ün ayrı bir anlamı bulunmamaktadır. Bu yönde Fellmann / Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 2107.

desteğinden<sup>275</sup> mahrum kalan kişiler<sup>276</sup> bu yoksunluk nedeniyle uğradıkları zararları isteyebileceklerdir<sup>277</sup>. Bu maddi zarar kalemlerinin yanında ölenin yakınları fail veya sorumludan TBK m. 56 / f. 2 uyarınca (yansıma zararı tatminine yönelik) manevi tazminat talep hakkını haizdir.

<sup>275</sup> Bir kişinin destek sayılabilmesi için talepte bulunanlara sağlığında parasal değeri olan bakım veya yardım sağlaması gerektiği yönünde Hatemi, *Borçlar*, § 9, N. 15. Desteğin sadece para veya maddi katkıdan oluşmadığını aynı zamanda çeşitli hizmetler ve yardımların da bu kapsamda değerlendirilebileceği yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/5922 (13.05.2010).

<sup>276</sup> Nikahsız yaşayan eş, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecek olmakla birlikte bu ilişkinin gidışatının öngörülemezliğinden hareketle hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerektiği yönünde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/6892 (01.04.2015). Evli bir kişinin nikahsız olarak birlikte yaşadığı kişinin desteği olamayacağına yönelik bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/11605 (09.11.2010). Desteğin ölümünden sonra sağ kalan eşin nikahsız bir şekilde başka bir kişiyle yaşamasının, o kişi evli olsa dahi, destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesine engel olmayacağı yönünde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/10541 (28.10.2010). Anne ve babanın, çocuğunun haksız fiil veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağı ve anne ile babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, çocukların anne ve babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiği yönünde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (Yargıtay), K. 2018/6 (22.06.2018).

<sup>277</sup> Bu tazminat hesaplanırken ölenin olası yaşam, çalışma ve destek olma süresi ile destekten yoksun kalanların olası yaşam, destek alabilme süreleri ve gelirleri dikkate alınacaktır. Bu yönde Kılıçoğlu, *Borçlar*, N. 2776. Desteğin birden fazla geliri varsa bunların tamamı dikkate alınmalıdır. Bu yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2000/1290 (18.10.2000). Desteğin ev hanımı olması durumunda gelirin belirlenmesinde asgari ücretin esas alınması gerektiği hususunda Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/5186 (17.05.2018). Destekten yoksun kalma tazminatından nasıl hesaplanacağı yönünde Yargıtay 10. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/8371 (19.09.2023) kararından: "... Maddi tazminat hesabı sigortalının veya desteğin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Başka bir anlatımla, sigortalının veya desteğin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolara ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak arttırım ve iskonto tabii tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesaba esas alınacak gerçek ücretin ise; sigortalının imzasını taşıyan bordrolara yansıyan ücreti olduğu, bu tarzda belgenin bulunmaması halinde ise sigortalının veya desteğin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücretin sigortalının sendikalı olup olmadığı da dikkate alınarak sendikalardan, aksi durumda ise emsal ücret araştırması ile tespit edileceği, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş sigortanın imzasını taşımayan belgelerin ücret olarak kabul edilemeyeceği, bilinen varken varsayım dayalı olarak hesap yapılmayacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir...." Bu destekten ne kadar süre ile yararlanılacağı ve desteğin alacaklılar arasında nasıl pay edileceği meselesine ilişkin Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, K. 2020/3270 (16.6.2020) kararından: "... Gerçek zarar hesaplanması yönteminde, hak sahibi eşin kalan ömür süresi daha uzun olsa bile, destek süresi, sigortalının kalan ömrü ile sınırlı olup çocuklardan erkeğin 18, ortaöğretimde 20, yükseköğretim durumunda 25 yaşını doldurduğu tarih itibarıyla gelirden çıkacağı kabul edilmeli, evlenme tarihine kadar gelire hak kazanacağı belirgin bulunan kızın, aile bağlarına, sosyal ve ekonomik duruma, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına göre evlenme yaşı değişkenlik arz ettiğinden bu konuda Türkiye İstatistik Kurumunca bölgelere göre hazırlanan istatistiklerden yararlanılmalıdır. Gelirin yansıma oranına gelince; 5510 Sayılı Kanun'un 19. ve 34 maddeleri uyarınca, ölenin gelirinin % 70'i dağıtımına esas tutulmalı, çocuk yoksa bu meblağın % 75'i eşe bağlanmalıdır. Çocuk varsa eşin payı ( % 70 üzerinden ) % 50'ye düşmeli, her bir çocuk için % 25 gelir bağlanmalıdır...." Desteğin ve hak sahiplerinin bakiye ömürlerinin artık "TRH 2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" üzerinden belirleneceğine ilişkin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, K: 2020/8874 (22.12.2020)



Depremde yaralananların sorumlulardan talep edebileceği başlıca zarar kalemlerinden olan bedensel zararların kapsamına TBK m. 54 uyarınca özellikle tedavi giderleri<sup>278</sup>, kazanç kayıpları<sup>279</sup>, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden<sup>280</sup> doğan kayıplar<sup>281</sup> ve ekonomik geleceğin sarsılmasından

<sup>278</sup> Tedavi giderlerinin kapsamı ve ispatına yönelik Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/7480 (13.06.2019) kararından: "Tedavi gideri, yaralanan kişinin sadece hastanede yapılan giderleri olmayıp ilaç, pansuman, medikal malzeme gibi doğrudan tedaviye bağlı giderler dışında, tedavi sırasında yapılacak diğer zorunlu giderler de tedavi giderleri içerisinde yer alır. Bu giderlerin tamamının fatura ile kanıtlanması mümkün değildir. Bu konuda 818 Sayılı BK 42/II maddesi yol gösterici nitelikte olup aynı zamanda zararın gerçek miktarını belirleyecek olan hakime de bir görev yüklemektedir. ..." Tedavi kavramının estetik müdahaleyi de içerdiği yönünde Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/7179 (16.07.2018). Ağır yaralanma nedeniyle kişinin sosyal durumuna göre özel bir sağlık kurumunda tedavi görmesini doğal karşılamak gerekeceğini belirterek objektif kıstaslar uyarınca haklı ve makul nedenlerle yapılmışsa özel hastanedeki tedavi giderlerinin de tazmin edilebileceği yönünde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K. 1999/737 (29.09.1999). Gelecekte gerçekleşecek dahi olsa gerekli tıbbi müdahalenin masraflarının talep edilebileceği yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/17068 (15.11.2012). Ağır kazaların varlığı hâlinde zarar görenin iyileşmesi ve sağlığının eski haline dönmesi için anlamlı ise veya tedavinin yürütülmesinde rıza gösterilmesi veya başarıya ulaşması bakımından gerekli ise yakınları tarafından ziyaret edilmelerinin doğurduğu (taşıma veya seyahat gibi) masrafların da bu kapsamda istenebileceği yönünde Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 268. Evdeki bakım ile bakımı yapan kişilere ödenen ücretler de tazmin edilecektir. Bu bağlamda ödenecek ücretin brüt mü yoksa net asgari ücret üzerinden mi hesaplanacağı hususunda uygulamada bir birlik söz konusu değildir. Brüt asgari ücreti esas alan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/11387 (28.11.2018); Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/7588 (13.05.2014). Net asgari ücret üzerinden hesabı doğru bulan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/15365 (17.10.2012). TMK m. 185'ten doğan eşlerin yardımlaşma yükümlülüğünün bakım masraflarında bir indirim neden olup olmayacağı hususunda da uygulamada birlik yoktur. Bazı yüksek mahkeme kararları talep edilen bakıcı giderinden indirim yapılması gerektiği görüşünde iken [örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/4367 (24.04.2018)] bazıları ise böyle bir indirimle hükmetmemektedir [örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2021/531 (27.4.2021); Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/4041 (03.04.2019)]. Bakım borcunun yasal bir yükümlülüğün doğması durumunda bu isteğe bağlı yardımın tazminat miktarından düşülmesinin mümkün olduğunu belirterek TBK m. 55/ f. 1, c. 2'yi dayanak gösteren Nomer, *Borçlar*, N. 129.3.

<sup>279</sup> Kazanç kayıpları geçici olarak çalışma gücünün yitirilmesinden kaynaklanır. Çalışma gücünün sürekli kaybında olduğu gibi kişinin vücut bütünlüğü bozulmasa idi elde edeceği gelir ile haksız fiil sonrası gelir durumu arasındaki farkın esas alınacağı bu hesapta, haksız fiilin meydana geldiği tarihteki gelir ilişkileri çıkış noktası olarak değerlendirilecektir. Bunun için bkz. Fellmann - Kotmann, *Haftpflichtrecht*, N. 218.

<sup>280</sup> Çalışma gücünün azalması uygulamasında "sürekli kısmi işgöremezlik", çalışma gücünün kaybı ise "sürekli tam işgöremezlik" olarak isimlendirilmektedir. Bu konudaki açıklamaların bulunduğu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2018/1625 (06.11.2018) sayılı kararından: "... Sürekli kısmi işgöremezlik, organ eksilmesi veya organ zayıflaması nedeniyle beden gücünün belli bir oranda azalması durumudur. Bu durumdaki kişi çalışmasını sürdürebilir ise de, yaşlılarına ve aynı işi yapanlara göre (sakatlığı oranında daha fazla güç ve çaba harcayacağından), kazançlarında bir azalma olmasa bile (sakatlığı oranında) tazminat isteme hakkı bulunduğu kabul edilmekte; buna Yargıtay kararlarında "güç kaybı-efor kaybı" tazminatı denilmektedir. Sürekli kısmi işgöremezlik durumundaki kişi, çalışan ve kazanç elde eden biri olmayıp da işsiz, yaşlı, emekli, ev kadını, çocuk olsa bile, bunlar günlük yaşamlarını sürdürürlerken "sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları" nedeniyle tümünün "güç kaybı tazminatı" isteme hakları bulunduğu kabul edilmektedir. Sürekli tam işgöremezlik, beden gücünün bütünüyle yitirilmesi durumudur. Bu durumdaki kişi artık çalışamayacak ve kazanç elde edemeyecektir. Bu nedenle tazminat yüzünde yüz oranı üzerinden hesaplanacak, giderek başkasının yardımıyla yaşamını sürdürmesi zorunluluğu varsa, ayrıca tazminat bakıcı giderleri de eklenecektir...." Çalışma gücü kaybı azalmasından veya yitirilmesinden doğan zararın kapsamının belirlenmesi sakatlığın mevcudiyeti ve oranının belirlenmesine bağlıdır. Bu tespit açısından Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri yetkilidir. Anılan kurumlar bünyesinde somut olayın özelliğine göre uzman hekim kurulu oluşturulacak olup haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği göz önünde tutularak hazırlanacak rapor dikkate alınarak ilgili bedensel zararın içeriği açıklığa kavuşturulacaktır. Bu yöndeki uygulama için bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/3945 (02.04.2019). Tazminatın belirlenmesine yönelik Yargıtay 10. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/5441 (16.05.2023) kararından: "...sigortalının veya desteğin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolara ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak arttırılıp, iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesaba esas alınacak gerçek ücretin ise; sigortalının imzasını taşıyan bordrolara yansıyan ücreti olduğu, bu tarzda belgenin bulunmaması halinde ise sigortalının veya desteğin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödemesi gereken ücretin sigortalının sendikali olup olmadığı da dikkate alınarak sendikalardan, aksi durumda ise emsal ücret araştırması ile tespit edileceği, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş sigortanın imzasını taşımayan belgelerin ücret olarak kabul edilemeyeceği, bilinen varken varsayımı dayalı olarak hesap yapılmayacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir..." Zarar gören küçüğün, sakatlığı nedeniyle gerek evde gerek dışarıda aileye yardımcı olmasında ve tüm yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinde akrabalarına nazaran sarfetmesi gereken fazla çabının bir ekonomik karşılığının bulunduğu ve bu sebeple de bir zarar oluştuğunun henüz çalışma yaşına gelmemiş olsa dahi kabul edilmesi gerektiği hususunda Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/5055 (15.05.2018).

<sup>281</sup> Sürekli çalışma gücünün kaybı veya zayıflaması, gelecekteki gelirlerin ortadan kalkması veya azalması olup iki aşamada ele alınması gerekmektedir. İlk aşama haksız fiilin gerçekleştiği andan mahkeme kararına kadar doğmuş zararın somut biçimde belirlenmesi olup ikinci aşama ise gelecekteki zararların olabildiğince somut biçimde tahmin edilmesidir. Bu yönde Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 286.

doğan kayıplar<sup>282</sup> girmektedir. Bu zararlara ilişkin olarak TBK m. 75'te "*Tazminat hükmünün değiştirilmesi*" kenar başlıklı özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "*bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*" Bu yetkinin saklı tutulması durumunda anılan süre içerisinde bedensel zararın tazminine dair dava açılması durumunda hâkim istisnai olarak önceki hükmü düzeltebilecektir<sup>283</sup>. Depremde yaralanan kişilerin talepte bulunmaları durumunda ayrıca TBK m. 56 / f. 1 uyarınca manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine de karar verilebilir. Buna ilaveten şayet yaralının durumunun ağır olması durumunda yakınları da TBK m. 56/ f. 2'ye göre (yansıma zararı tatminine yönelik) manevi tazminat talep hakkını haizdir.

TBK m. 53 ve m. 54'ün ardından destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların hesaplanması ve uygulama alanıyla ilgili özel bir düzenleme olan TBK m. 55'e değinmek gerekmektedir. Anılan düzenleme şu şekildedir: "*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*"

Kanunda açıkça düzenlenmese de haksız fiilden dolayı bir şey de zarara uğrayabilir. Bu bağlamda deprem bağlamında ortaya çıkan şeye gelen zararlar, deprem anında binaların veya diğer yapı eserlerinin, binaların içinde bulunan eşyaların veya çevresine park etmiş arabaların yok olması veya hasarlı hale gelmesi yüzünden doğan zararlardır. Sübjektif metodun benimsendiği hukuk sistemimizde eğer şey telef olmuşsa veya telef olmamakla birlikte fiilen eski hale getirilmesi için tamir masrafları aşırı ise veya başka bir sebepten dolayı eski hale iade mümkün değilse -objektif değer esas alındığı istisnalar dışında- sabit değeri bulunan şeyler bakımından yenisini edinme masrafları<sup>284</sup>, değeri sabit olmayan şeyler bakımından kullanmadan dolayı ortaya çıkan değer eksikliği düşülmesi kaydıyla satış değeri (kullanma değeri) esas alınacaktır<sup>285</sup>. Kullanılabilir olmakla birlikte hasara uğrayan eşyalar bakımından ise tamir masrafları ve buna rağmen şeyde meydana gelen değer azalışları talep edilebilecektir<sup>286</sup>. Bir şeyin yok olmasından veya hasarlı hale gelmesinden kaynaklanan mahrum

<sup>282</sup> Ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklı kayıplar belirlenirken zarar görenin yaşının, medeni hâlinin, sosyal durumunun ve mesleğinin dikkate alınarak değerlendirilmede bulunulacağı yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2021/2136 (01.06.2021). Sınava hazırlanan başarılı bir öğrencinin geçirdiği ağır kaza sonrası TBK m. 54 / b. 4 kapsamında uğradığı bedensel zarar belirlenirken eğitim durumu, kazadan önce okuldaki başarısı ve kazalı hali ile kazandığı üniversite gibi kıstasları göz önünde bulundurulması gerektiği hususunda Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/4292 (02.07.2020). İlgili haksız fiilin sonucunun sadece mesleğe kabulde değil meslekte yükselmeye etkilerinin de dikkate alınması gerektiği hususunda Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/8525 (3.10.2018).

Haksız fiil anında mağdurun bir gelirinin bulunmaması bu zarar kaleminin mevcut olmayacağı anlamına gelmez. Bu yönde Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 222-223.

<sup>283</sup> İki yıllık süre çok kısa olduğundan bu düzenlemenin uygulama alanı oldukça kısıtlıdır. Mağdur iki yıl içerisinde ortaya çıkabilecek önemli bir değişikliği öngörüyorsa ya davayı o ana kadar bekletmeli ya da zararın sadece bir kısmını dava ederek geri kalan kısım için ayrı bağımsız sonradan dava açma hakkını saklı tutmalıdır. Bu yönde Keller - Gabi - Gabi, *Haftpflichtrecht*, s. 97.

<sup>284</sup> Schwenger - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 18.02.

<sup>285</sup> Oftinger - Stark, *Haftpflichtrecht I*, § 6, N. 360; Eren, *Borçlar*, N. 2319. Depremde yıkılan taşınmaz inşaat maliyetleri ile taşınmazda yer alan ev ve ziynet eşyaları bedellerinin haksız fiil günündeki verilere göre belirlenmesi gerektiği yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2009/8822 (02.07.2009). Taşınmazın yeniden yapım bedelinin, eski hale getirme bedelinden halinde binanın yıpranma payının da düşülmesi gerektiği hususunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2018/7228 (22.11.2018).

<sup>286</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 345.

kalınan kar ise ilgili malvarlığı değerinden parayla ölçülebilir yararlanma faydalarının kaybıdır<sup>287</sup>. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, eğer eski hale getirme bedeli, gerçek bedelin üzerinde ise gerçek bedele hükmedilmelidir<sup>288</sup>. Zararın tamirat masraf miktarına eşit olması gerekirken, haksız fiilin bu unsurunun kavramsal içeriği ile bağdaşmayan bu yaklaşımın kabul edilmesi durumunda deprem sonucunda eşyanın ağır hasarlı hale gelmesi yüzünden uğranılan zararın tazmininde eşyanın değerine hükmedilmesi gerekecektir<sup>289</sup>.

Haksız fiil sonucu kişilik hakları zedelene kişiler manevi tazminat talep edebilirler. Yargıtay verdiği bir kararda deprem dolayısıyla ne kendisi ne de yakınları ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin ancak evleri hasar gören kişilerin bu durumdan dolayı duydukları korkudan dolayı manevi tazminat talep edemeyeceklerine hükmetmiştir<sup>290</sup>.

### 3. Uygun nedensellik bağı

#### a. Kavram

Failin tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için zarar ile hukuka aykırı fiil arasında neden sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir<sup>291</sup>. Nitekim kimse, hukuka aykırı eyleminin neden olmadığı zararlardan sorumlu tutulamaz<sup>292</sup>. Bununla birlikte zarar ile hukuka aykırı fiil arasında sadece bir neden sonuç ilişkisinin aranması, zararı doğuran ilgili eylemden onun failinin veya sorumlusunun dünyaya geldiği ana kadar geriye doğru giden bir nedensellik zincirine neden olur<sup>293</sup> ve failin veya sorumlunun ortaya çıkan zarar ile ona bağlı ortaya çıkabilecek her menfaat kaybından her şart ve koşulda giderimle yükümlü tutulmasına ilaveten sınırı belirli olmayan belirsiz bir kişi çevresinin de sorumluluğunun doğmasına yol açabilir. Hem bu geniş nedenselliğin içinde zarar ile en belirgin ilişki içindeki sebebin seçilebilmesini sağlamak hem de olasılık hesabına dayalı neden sonuç ilişkisinin ispatının uygulamada oluşturduğu zorlukların önüne geçmek için (örneğin ihmal suretiyle doğan zararlar bakımından) kapsayıcılığı da şüpheli olan doğal nedenselliğin sınırlandırılması ihtiyacı doğmuş<sup>294</sup> ve bu doğrultuda

<sup>287</sup> Rey – Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 373. Akdi sorumluluktan farklı olarak haksız fiil sorumluluğunda soyut mahrum kalınan kâr taleplerinin reddedilmesi gerektiği yönünde Schwenzler -Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 18.09. Bu bağlamda Yargıtay'ın mahrum kalınan kârın belirlenmesine ilişkin hâkimin takdir yetkisini vurgulayan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/1180 (11.03.2008) kararından: "... Davalı Ahmet hakkındaki davanın dosyada zararları ispatlamaya yönelik yeterli delil bulunmadığından reddine karar verilmesi de dosya içeriğine uygun değildir. Dosyada zararları ilgili olarak eksper raporu, görgü tespit tutanağı bulunduğu gibi, davacı tanık listesi de mevcuttur. Kaldı ki, bunlar olmasa dahi Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinde hakimin hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin edeceği düzenlenmiştir..." Yapılmaktan kurtulan giderlerin mahrum kalınan kârın tespitine etkisi bağlamında bu zarar kaleminin tespitine yönelik örnek yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/1754 (15.02.2016).

<sup>288</sup> Eski hale getirme bedelinin taşınmazın gerçek değerinin üzerinde olması durumunda bu bedele değil, gerçek değere hükmedilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/2251 (24.06.2020); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/6087 (17.12.2019).

<sup>289</sup> Yargıtay'ın yaklaşımını eleştiren Baysal, *Haksız Fiil*, N. 4.203.

<sup>290</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/ 6676 (22.05.2003).

<sup>291</sup> Doğal nedensellik adı da verilen bu bağlantının varlığından bahsedebilmek için ortaya çıkan zarar için söz konusu olayın gerekli bir koşul teşkil etmesi -diğer bir ifadeyle ortaya çıkan sonuç ortadan kaldırılmadıkça buna sebep olan olayın yokluğunun düşünülüyor olması- gerekmektedir. Bu tanım için bkz. Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 407; Schwenzler - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 19.01. "*Conditio sine qua non*" kavramını merkeze yerleştiren ve öğretilde şart teorisi ismiyle de ele alınan [bunun için bkz. Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 21] bu yaklaşım bağlamında kurulmaya çalışılan neden sonuç ilişkisinde kullanılan bilginin niteliği tartışmalıdır. Bir görüş, doğal nedenselliğin varlığı takdir edilirken sadece mantık ile doğa bilimleri dikkate alınarak değerlendirme yapıldığını ileri sürerken (Keller, *Haftpflicht*, 79; benzer Antalya, *Borçlar*, N. 1174) başka bir görüş bu incelemenin doğa bilimlerine ve mantığa nazaran günlük hayat tecrübelerine daha fazla dayandığını savunmaktadır [Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Zürich: Schulthess, 2002) N. 156].

<sup>292</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 133.

<sup>293</sup> Bu yönde Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 629.

<sup>294</sup> Honsell - Isenring - Kessler, *Haftpflichtrecht*, § 3, N. 2-4.

hâkim öğreti -tartışmalı olsa da<sup>295</sup>- uygun nedensellik bağı kuramını geliştirmiştir<sup>296</sup>. Buna göre failin, hukuka aykırı fiilinden doğan zararlardan sadece hayatın olağan akışı ve olayların birçoğunda meydana gelenlerden sorumlu olması gerekmektedir<sup>297</sup>. Uygun nedensellik bağına ispat külfeti zarara görenin üzerindedir<sup>298</sup>.

<sup>295</sup> Bu kuram, bir davranışın olağan dışı sonuçları da bulunabilmesine rağmen, nedensellik bağının varlığı bakımından hangi olasılık derecesine göre tespit edileceği belirsiz olan “düzenli sonuçları” esas alması ile eleştirilmektedir. Bu bağlamda hangi sonuçların nedenselliğin uygunluğunu sağlayacak derecede olası olduğunun tespitine ilişkin genel bir ölçütün sevk edilmesinin de güç olduğu vurgulanmakta olup (buna dikkat çeken Antalya, *Borçlar*, N. 1187) nesnel bir şekilde geriye dönük bakış açısıyla sorumluluğu sınırlandırmak için uygulanan ancak bu konuda amacını gerçekleştirilmeyen ilgili kuramın kusur ve tehlike sorumluluğu hallerinde ayrı bir işlevinin bulunmadığı da ileri sürülmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Roberto, *Haftpflichtrecht*, N. 192-195. Sadece uygun nedensellik bağı kuramının yeterli olmadığı görüşündeki *Fellmann-Kottmann* -bu eleştirileri de dikkate alarak- bu kuramın, özel bir sorumluluk normunun ve onun arkasındaki bir yükümlülüğün koruma amacının değil genel bir öngörülebilirliğin söz konusu olduğu durumlar ile sınırlı uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yönde bkz. Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 452. Uygun nedensellik bağına yöneltilen eleştirilere cevaplar için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı*, 104-125.

<sup>296</sup> Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş, nedensellik unsuru bakımından uygun nedensellik bağının benimsenmesinin daha uygun olduğu yönündedir. Bunun için bkz. Becker, *BK*, Art. 41, N. 30; Andreas von Tuhr - Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)* (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1984) 97-98, Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 78; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, s. 573-574; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 139; Antalya, *Borçlar*, N. 1178; Nomer, *Borçlar*, N. 112; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.269; uygun nedensellik bağı teorisini kabul etmekle birlikte esasen bu kuramın nedenselliğin belirlenmesinden ziyade bir isnat sorununa ilişkin olduğunu belirterek Kübra Yıldız, “Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 / 3 (2022) 1146-1147. Şart teorisine karşı Hatemi ise “gerçek illiyet teorisini” savunmaktadır. Buna göre sözleşme dışı sorumlulukta “sebepten”, zararı doğuran süreci başlatan fiil veya kusurlu eylemsizlik hali olarak tanımlanmaktadır. Uygun nedensellik bağından ayrılan bu görüş için bkz. Hatemi, *Borçlar*, § 5, N. 11.

<sup>297</sup> Zarar ile hukuka aykırı davranış arasında doğal nedenselliğin bulunmaması durumunda incelenmesine kural olarak gerek olmayan uygun nedenselliğin mevcudiyeti takdir edilirken hâkim, öncelikle zarardan failin davranışına doğru neden sonuç ilişkisini takip ederek geçmişe yönelik bir incelemede bulunacaktır. Anılan değerlendirme ile hukuka aykırı davranışa ulaşılması hâlinde hâkim, vardığı noktadan zarara doğru -yaptığı zihinsel takibin ters yönünde- nedensellik zincirindeki olguların ve aralarındaki bağlantının olağanlığını *bonus pater familias* (makul üçüncü kişi) olarak inceleyecektir. Bu tespitler için bkz. Deschenaux - Tercier, *Responsabilité*, §4, N. 33-35; geriye dönük değerlendirmeye eleştirel yaklaşan Honsell - Isenring - Kessler, *Haftpflichtrecht*, § 3, N. 15; geriye dönük değerlendirmede vasat insan zekası üzerinden değerlendirme yapılması gerektiğini savunan Yıldız, *Nedensellik*, 1149; isabetli bir şekilde bu değerlendirmenin insaf dediterecek nitelikteki sonuçlarının hâkim TMK m. 2 uyarınca törpülenmesi gerektiği düşüncesinde Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 142. Bu içeriğiyle anılan incelemede belirleyici olan nesnel bir şekilde zararın ortaya çıkmasının öngörülebilir olup olmadığıdır. Bkz. Kessler, *BSK*, Art. 41, N. 16. Bir zararın birden fazla sebebe dayanması da mümkündür. Bazı durumlarda birbirinden bağımsız olarak zararı doğurmaya elverişli sebepler aynı anda gerçekleşir. Kendi başına bütün zararı doğurmaya elverişli birden fazla sebep bağımsız olarak zararın oluşmasına katkıda bulunmakla birlikte bunlardan her birinin sonuca katkı oranı belirlenemiyorsa kümülatif nedensellik; bunlardan sadece biri ile zararın doğması arasında nedensellik ilişkisi bulunabilecek olmakla birlikte hangisinin neden olduğu tespit edilemiyorsa seçimlik nedensellik söz konusudur. Bunun için bkz. Werro - Peritaz, *CR*, Art. 41, N. 54; Schwenzer - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 21.01-21.03. Bazı durumlarda ise tek başına hiçbir zarara sebebiyet vermeyecek veya daha az zarara neden olabilecek birden fazla olgu bir araya gelir. Birden fazla zarar verenin veya bir zarar veren ile beklenmedik hâlin ya da zarar veren ile zarar görenin zarara aynı anda sebep olması bu hâllere örnek olarak verilebilir. Bunun için bkz. Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 748-764. Öğretide, birden fazla sebebin bulunduğu diğer durumlar arasında zarara neden olacak sebep gerçekleşmesine rağmen farklı zamanda gerçekleşerek aynı sonuca bunu doğurabilecek başka nedenin yol açması olarak adlandırılan farazi nedensellik de sayılmaktadır. Anılan durumlara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Eren, *Uygun İlliyet Bağı*, s. 164-171.

<sup>298</sup> Antalya, *Borçlar*, N. 1145.

Bazı durumların varlığı halinde hukuka aykırı davranış ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağı kesilebilir<sup>299</sup>. Failin haksız fiilden sorumlu tutulmaması sonucunu doğuran bu olgular mücbir sebepler<sup>300</sup>, mağdurun ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusuru<sup>301</sup>dur<sup>302</sup>.

## b. Deprem olayının uygun nedensellik bağı ile ilişkisi

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda depremin mücbir sebep teşkil ederek zarardan sorumluluğun doğmasını önleyeceği durumu; binanın yazılı bulunan yapı yönetmeliklerine ve teknik koşullara uygun yapılmasına rağmen deprem nedeniyle yıkılması olarak açıklamaktadır<sup>303</sup>.

Bazen de deprem mücbir sebep olarak nedensellik bağını kesmese de tazminatın belirlenmesinde TBK m. 51 / f. 1 uyarınca dikkate alınabilir. Bu bağlamda yapı eseri mevzuata uygun bir şekilde inşa edilmemiş olsa dahi depremin şiddetinin büyüklüğü tazminatta bir indirim sebebi olarak ele alınabilir<sup>304</sup>.

## 4. Kusur

### a. TBK m. 49 Uyarınca kural: Kusur sorumluluğu

Kusur, kişinin hukuka aykırı davranışı yüzünden kınanabilir olması şeklinde tanımlanabilir<sup>305</sup>. Varlığı takdir edilirken öznel bir değerlendirmenin esas alındığı bu olgu, kast (hukuka aykırı sonucu isteme)<sup>306</sup>

<sup>299</sup> Tehlike sorumluluğu kamunun korunmasına hizmet ettiğinden uygun nedensellik bağına kesilmesinin istisnai olarak kabul edilebileceği yönünde Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 459.

<sup>300</sup> Dışarıdan bertaraf edilemeyen bir güçle gelen, sonuçları öngörülemeyen olay olarak tanımlanan mücbir sebebe örnek olarak deprem veya öngörülmemiş savaşlar verilebilir. Bir olay ancak istisnai nitelikte olup makul bir değerlendirmeyle öngörülemez ve şartlara göre elverişli bütün araçlarla engellenemeyecek kadar kuvvetliyse bu niteliği kazanabilir. İnsanların mücbir sebep algısı ise bu kıstaslardan daha geniştir. Bu yönde bkz. Keller, *Haftpflicht*, 94-95; Antalya, *Borçlar*, N. 1273-1282. Dışarıdan kaynaklanmayı (hariciliği) mücbir sebebin bir unsuru olarak değerlendirmeyen Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.308.

<sup>301</sup> Mağdurun veya üçüncü kişinin kusurunun, nedensellik bağını kesebilmesi için zararın sebebi olarak görülebilecek derecede ağır olması böylelikle de sorumlu tutulmak istenen kişinin davranışının zarardan uzak görülmesini sağlayarak zararın tek sebebi olarak görülmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağını kesmediği ancak zararın ortaya çıkmasında etken olduğu durumlarda birlikte sorumluluğun söz konusu olacağını belirten Hatemi, *Borçlar*, § 5, N. 15.

<sup>302</sup> Müller, *CHK*, Art. 41, N. 38; Willi - Böhme - Gähwiler, *OFK*, Art. 41, N. 71.

<sup>303</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/746 (03.02.2005); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2002/8888 (11.07.2022).

<sup>304</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2015/1205 (15.04.2015); Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/14630 (11.11.2014); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/11187 (26.06.2012). Nomer, Maddi Tazminat, 140-141.

<sup>305</sup> Nomer, *Borçlar*, N. 114; davranış biçimini kusurlu olarak nitelendiren Tandoğan, *Mes'uliyet*, 45-46; Eren, *Borçlar*, N. 1759. Öğretide farklı bakış açılarıyla ele alınan kusura ilişkin yapılan bütün tanımların büyük çoğunluğunda vurgulanan kınanabilirliğin temelinde, kişinin hukuk düzeninin ölçütlerine aykırı davranarak örnek davranıştan sapmış olması bulunmaktadır. Kusura ilişkin çeşitli tanımlar ve benzer tespit için bkz. Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğuna Kusur ve Etkisi*, (İstanbul: On İki Levha, 2019), 5-8.

<sup>306</sup> Kast; zarar verme amacını içeren kast (oluşan sonucun doğrudan arzulanması), doğrudan (ya da basit) kast (doğrudan amaçlanmasa bile güdülen başka bir amacın gerçekleşmesi için zarar verici sonucun kabul edilmesi, diğer bir ifadeyle zararın amaç için araç olması) ve dolaylı kast (arzulanamamakla birlikte zarar verici sonucun göze alınması, başka bir deyişle zararın meydana gelmesi kesin olsa bile eylemden cayılmaması) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma için bkz. Deschenaux - Tercier, *Responsabilité*, § 7, N. 21; Keller, *Haftpflicht I*, 118-119. Ceza hukukundan farklı olarak haksız fiilden sorumluluğun doğması bakımından kastın derecesinin bir önemi bulunmamakta olup hangi türdeki kastın mevcut olduğu sadece tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu yönde Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 994; Kessler, *BSK*, Art. 41, N. 45; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2. 39.

veya ihmal<sup>307</sup> (hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bunun gerçekleşmesini önleyici özeni de gerektiği gibi gösterememe)<sup>308</sup> olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Haksız fiilden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için failin hafif kusurlu olması yeterli iken kusurun derecesi, uygun nedensellik bağının üçüncü kişinin veya mağdurun kusuruyla kesilip kesilmediğinin tespiti, TBK m. 51/ f. 1 uyarınca tazminatın belirlenmesi, TBK m. 52 / f. 2'ye göre tazminatın indirilmesi<sup>309</sup> ve müteselsil sorumlulukta iç ilişkinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

## b. Deprem sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumluluk bağlamında kusur

Deprem sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumluluk bağlamında sarsılan binada kiracı olarak bulunan kimse, saksıyı veya çanak anteni hiç veya gereği gibi sabitlememiş olması veya yıkılan bina kirişlerini çeşitli sebeplerden kesmiş olması; depremden sağ çıkmakla birlikte vücudunda önemli miktarda kırıklar bulunan kişiyi taşırken idari bir görevi olmayan kişi, yaralıyı kasten şiddetli bir şekilde sarsması<sup>310</sup>; yüklenici, yasal mevzuata uymaksızın (örneğin deniz kumu kullanılmış, işçiliğin kalitesiz olduğu, kiriş-kolon bağlantı etriye aralıklarının uygun olmadığı ve teknik hatalar bulunduğu belirlenmiş<sup>311</sup>) yapı eserini inşa etmiş olması<sup>312</sup>; mimar, mimari projesinde binanın yıkılmasında etkisi olan bir yanlışlık yapmış olması<sup>313</sup>; yapı denetim şirketi, yıkılan veya hasar gören yapıya ilişkin

<sup>307</sup> Hâkim öğretiyeye ve uygulamaya göre hukuka aykırı fiilde bulunulmasında ihmalin bulunup bulunmadığı tespit edilirken - kanunda aksi yönde bir düzenleme (örneğin TBK m. 400 / f. 2) bulunmadıkça- failin eğitimi, yaşı, teknik bilgisi ve eğitimi gibi öznel kıstasları haiz olup aynı durumda tedbirli ve basiretli davranabilecek (diğer bir ifadeyle keder ve endişe, depresyon ve yorgunluk gibi faktörlerden arındırılmış) ortalama bir üçüncü kişinin olası fiili ile inceleme konusu davranış karşılaştırılmakta böylelikle her ikisi arasındaki fark üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Bu yöntemi benimseyen von Tuhr - Peter, *Allgemeiner Teil I*, 429-430; Tandoğan, *Mes'uliyet*, 50-54; Hatemi, *Borçlar*, § 7, N. 15; Eren, *Borçlar*, N. 1782-1783; Keller, *Haftpflicht I*, s. 119-120; Honsell - Isenring - Kessler, *Haftpflichtrecht*, § 6, N. 17-18; Antalya, *Borçlar*, N. 190-193; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.29; Gönül Koşar, *Kusur*, 92-93; daha detaylı bilgi için Oftinger - Stark, *Haftpflichtrecht I*, § 5, N. 63-104; Brehm, *BK*, Art. 41, N. 172-178b. Bu yöntemi uygulayan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K: 1980/11399 (10.09.1980); failin kusuru için benimsenen bu ölçütün birlikte kusur bakımından uygulanması gerektiği yönünde Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2023/1479 (16.05.2023). Bununla birlikte her olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunarak "örnek (model) davranış teorisi"nin ne kusur kavramıyla ne de kusurun varlığı açısından ayırt etme gücünün varlığını arayan kanun koyucunun iradesine uyacağı hususunda Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 163-165; benzer Nomer, *Borçlar*, N. 114.2. Başka bir görüş ise, failin kusuru değerlendirilirken ihtiyaç duyulduğunda kişisel özelliklerinin de dikkate alındığını düşündüğü hâkim görüşün mağdurlara eşit muamele edilmemesi sonucunu doğurduğu için bu bakış açısına karşı çıkmakta ve failin ayırt etme gücünü haiz şekilde nesnel olarak makul davranmaması durumunda kişisel sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Anılan yaklaşıma göre kusur nesnel ve öznel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Nesnel kusur, failin içinde bulunduğu yer ve zamanda makul bir insan bulursa idi göstermesi gereken özenin yokluğudur. Gereklî özen bakımından ise zarara neden olan olayın öngörülebilirliği, maruz kalınan riskin büyüklüğü ve olasılığı ile failin riski önlemek için sahip olduğu önlemlerin varlığı ve masrafi dikkate alınacaktır. Esasen ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte failin kendisine düşen özen yükümlülüğüne uymak için anlama becerisi ve iradesini ortaya koymaması ise öznel kusur olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşe yönelik detaylı bilgi için bkz. Werro - Perritaz, *CR*, Art. 41, N. 56-67.

<sup>308</sup> İhmal, doktrin tarafından üçe ayrılarak incelenmektedir. Fail, özene dair temel kuralları ihlal ettiyse -diğer bir ifadeyle aynı durumda ve koşullar altında makul bir kişi için aşikâr olan hususları dikkate almadıysa- ağır ihmalle hareket etmiştir. Şayet fail, dikkatli ve tedbirli bir insanın göstereceği özen ve dikkati göstermemiş ise hafif ihmal söz konusudur. Her iki derecenin arasında yer alan orta ihmal ise hafif olmamakla birlikte kast veya ağır ihmal derecesine ulaşmayan kusur olarak tanımlanmaktadır. Haksız fiilden kaynaklanan kusur sorumluluğunun doğması bakımından önemi bulunmasa da tazminatın belirlenmesinde hukuki sonuçlar doğuran bu ayırım için Eren, *Genel Hükümler*, N. 1795-1797; Schwenzer - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 22.22; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, 57; Baysal, *Haksız Fiil*, N. 2.44; Gönül Koşar, *Kusur*, 195, 201-202.

<sup>309</sup> Bu yönde Kessler, *BSK*, Art. 41, N. 48.

<sup>310</sup> Hatır işi gören zarar verenin kasten hareket etmesi durumunda, bu işi karşılıksız ve başkası menfaatine yapıyor olması olgusu, onun tazminat yükümlülüğünde bir indirim sebebiyet vermez iken ağır kusurlu olması durumunda da büyük bir çekimserlikle hareket etmek gerekmektedir. Bu yönde Max Keller- Carole Syz, *Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen* (Zürich: Schultess, 1990) 104.

<sup>311</sup> Talepte bulunanın kiracı olduğu dikkate alındığında anılan olguların yüklenicinin haksız fiil sorumluluğu bakımından kusurunun bulunduğunu ortaya koyduğu yönünde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, K. 2012/11187 (26.6.2012).

<sup>312</sup> Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından sevk edilmiş olsa da anılan olasılıkta yüklenicinin göstermesi gereken özen bakımından yol gösterici TBK m. 471 / f. 2 şu şekilde kaleme alınmıştır: "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır." Nitekim İmar Kanunu'nun 28. maddesinin üçüncü fıkrasında yapı müteahhidinin ve şantiye şefinin; yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte İmar Kanunu dahil olmak üzere ilgili mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, ile teknik şartnamelere uygun olarak inşa etmek ve sebebiyet verdiği mevzuata aykırılığı giderme mecburiyetinde olduğu belirtilmiş olup, ilgili fenni mesullerin denetimi olmaksızın inşaat ve tesisatlarına ilişkin yapı işlerini sürdüremeyecekleri ifade edilmiştir.

<sup>313</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/1356 (16.02.2010).

mevzuata uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamamış olması yüzünden kusurludur.

Kusur sadece kusur sorumluluğunun doğması bakımından bir şart değil aynı zamanda tazminatın belirlenmesi bakımından da belirleyici bir kıstastır. Nitekim TBK m. 51/ f. 1 uyarınca “*hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*”<sup>314</sup>. Özellikle TBK m. 52/ f. 2 uyarınca “*zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir*”. Bununla birlikte mesleki sorumluluk sigortasının bulunduğu olasılıkta maddi durumu kötü olan yüklenicinin kusurlu olarak inşa ettiği binanın depremde yıkılmasından doğan zararlardan sorumluluğunda son anılan düzenlemeye dayanması mümkün olmayacaktır<sup>315</sup>.

Fail dışında zarar görenin de kusuru sorumluluğun belirlenmesinde önem taşımaktadır. Nitekim TBK m. 52 / f. 1 uyarınca “*zarar gören, zararı doğuran file razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*” Bu bağlamda Yargıtay kolonu kesilmiş yeri kiralayan kiracının depremden dolayı binanın ağır hasar alması yüzünden uğradığı zarara dair tazminat miktarı belirlenirken de mağdurun birlikte kusurunun bir indirim sebebi olarak ele alınması gerektiğine hükmetmiştir<sup>316</sup>. Kanaatimizce herhangi bir yapıım bozukluğu bulunmayan bir binada binanın kirışlerini mevzuata aykırı şekilde kesen ve bu yüzden yapı eserinin depremde çökmesine katkıda bulunan kiracının kişilik varlığı değerleri ile malvarlığı değerleri zarar gördüğü için TBK m. 69 uyarınca bina maliki ve bakım eksikliğinden diğer sorumlulara karşı açacağı tazminat davasında da anılan olgu kural olarak onun lehine hükmedilecek tazminatta TBK m. 52/ f. 1 uyarınca bir indirim neden olmalıdır<sup>317</sup>. Bununla birlikte anılan olgu bina maliki veya diğer bakım eksikliği sorumluları tarafından fark edilmiş ve alınması gereken önlemleri kiracı ısrarla engellemişse (örneğin buna karşı girişilen hukuki yollardan sonuç elde edilmesini zorlaştırıcı girişimlerde bulunmuşsa) kanaatimizce artık kiracının ağır kusurunun varlığından mağdurun ağır kusurunun uygun nedensellik bağını kesmesinden bahsetmek gerekecektir<sup>318</sup>.

Deprem olduktan sonra ağır hasarlı binadan kurtulan ancak bir süre sonra orada yaşamaya başlayan kişilerin bir artçı depremden sonra binanın yıkılmasından dolayı uğradıkları zarardan dolayı tazminat talepleri bakımından da benzer yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Ağır hasarlı binada yaşayan kişilerin artçı depremde binanın yıkılmasından kaynaklı zararların TBK m. 69 uyarınca bina maliki ve bakım eksikliğinden diğer sorumlulardan tazminini talep etmeleri durumunda anılan olgu kural olarak

<sup>314</sup> Zarardan fazla tazminata hükmedilemeyeceğinden kural olarak fail kastı veya ağır kusuru bulunması durumunda zararın tamamını ödemekle yükümlü olacak; hafif veya orta kusur ile haksız fiilin işlenmesi durumunda ise hâkim takdir yetkisine dayanarak tazminatı daha düşük belirleyebilecektir. Kural bu olmakla birlikte somut olaydaki başka özellikler hafif kusura rağmen hiçbir indirimle gidilmemesine veya ağır kusura rağmen indirim yapılmasını gerektirebilir. Bunun için bkz. Haluk N. Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi* (İstanbul: Beta, 1996) 72-76.

<sup>315</sup> Nitekim sigortanın koruyucu etkisi, yükümlünün tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşmesine engel olmaktadır. Bu düzenlemenin uygulama alanının bu bağlamda az olduğuna yönelik Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 487.

<sup>316</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/1031 (27.02.2019).

<sup>317</sup> Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, TBK m. 69 uyarınca sorumluların -örneğin kolonların kesildiğini öğrenmelerine rağmen hareketsiz kalmaları durumunda olduğu gibi- aşkın kusurlarının bulunduğu olasılıkta zararın yükü paylaşılırken zarar görene düşen pay daha azalacağından tazminatta yapılacak indirim daha da az olacaktır. Aşkın kusurun bulunmasının zarar görenin de kusurunun bulunması halinde tazminata etkisi bakımından bkz. Nomer, *Tazminat*, s. 97-99. Bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu bakımından zarar görenin kusurunun, sorumluluğu ortadan kaldıran değil, tazminatın belirlenmesi bakımından dikkate alınacak bir husus olduğunu belirterek benzer Yargıtay 4. Hukuk Dairesi K. 2001/10834 (06.11.2001).

<sup>318</sup> Nitekim anılan olasılıkta artık ortaya çıkan tehlikenin inhisari nedeni, kiracının bu ısrarlı tutumudur. Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin davranışının bu niteliği taşımaması durumunda nedensellik bağının kesilmesinin daha zor olduğu yönünde Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (İstanbul: On İki Levha, 2012), 249. Öğretide mağdurun kolon kesme fiilinden dolayı ağır kusurlu kabul edilebilmesi için yapı malikinin bu olguyu bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesini arayarak farklı yönde Akkurt, *Deprem*, s. 417. Bu değerlendirmeye, TBK m. 69'da düzenlenen ağırlaştırılmış sebep sorumluluğuna yabancı bir kıstasa atıfta bulunduğundan, katılmamaktayız.

tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte bina maliki veya diğer bakım eksikliği sorumlularının durumu fark edip bu kullanımın önüne geçmek istemelerine rağmen binayı kullananların her türlü engellemeye karşı çıkması ise ağır kusur olarak addedilmeli ve illiyet bağının kesilmesine neden olmalıdır<sup>319</sup>.

Kusur mağdur tarafından ispat edilmelidir. Bu bağlamda yüklenicinin TBK m. 49 uyarınca sorumluluğu açısından örneğin yıkılan binanın kolon ve kirişlerinden parçaların alınarak yapıyı inşa edenin veya yapı denetim şirketinin uyması gereken mevzuata uyma konusunda gerekli özeni göstermediğinin ortaya konması gerekmektedir<sup>320</sup>.

### c. İstisna: Kusursuz sorumluluk hâlleri

Bu borç kaynağı bakımından kural, kusur sorumluluğu olmakla birlikte kanunda düzenlenen bazı durumlarda hukuka aykırı fiilde kusuru bulunmayan kişilerin de oluşan zararlardan sorumlu tutulduğu görülmektedir. Deprem sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumluluk bağlamında iki kusursuz sorumluluk hâli öne çıkmaktadır: Bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğu ve taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730)<sup>321</sup>.

#### aa. Bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu

Mülkiyet veya belirli sınırlı aynı hakları haiz olarak bir bina veya diğer yapı eserinden yararlananların bunun yapımındaki bozukluktan veya bakımındaki eksiklikten doğan zararları da gidermeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu kusursuz sorumluluk hali<sup>322</sup> TBK m. 69'da düzenlenmiştir. Anılan sorumluluğu diğer sebep sorumluluklarından farklı kılan, sorumlunun veya onun yardımcılarının bina veya diğer yapı eserinin yapımında veya bakımında gerekli özeni gösterdiklerini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulma imkânlarının bulunmamasıdır<sup>323</sup>. Anılan sorumluluğun doğabilmesi için bir bina<sup>324</sup> veya diğer

<sup>319</sup> TBK m. 69 uyarınca sorumluların -örneğin binanın ağır hasarlı olduğunu öğrenmelerine rağmen kullanımının engellenmesi hususunda bir önlem almamış veya ağır hasarlı binada yaşayanların varlığını öğrenmelerine rağmen gerekli hukuki yollara başvurmamış oldukları durumdaki gibi - aşkın kusurlarının bulunduğu olasılıkta zararın yükü paylaşılırken zarar görene düşen pay daha azalacağından tazminatta yapılacak indirim daha az olacaktır. Bununla birlikte Yargıtay'ın yoğun yağış alan yerde meydana gelmesine rağmen sel felaketini mücbir sebep olarak ele aldığı kararı için Yargıtay 11. Hukuk Dairesi K. 2016/89 (11.01.2016).

<sup>320</sup> Benzer Akkurt, *Deprem*, 406.

<sup>321</sup> Buna ilaveten 12.03.2021 tarihinden sonra yapılan ve Kahramanmaraş depreminde yıkılan binalar bakımından yüklenici ile arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ihtimalde zarar görenin 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na başvurabileceği ileri sürülmektedir. Bu yönde Tuğçe Oral, "Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararları Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72/1 (2023), 139. Kanunun lafzından taşınmazların da ürün kapsamında değerlendirildiği anlaşılrsa da bu durumun hem anılan kanunun kaynağını teşkil eden 85/374 sayılı Avrupa Birliği Konseyi direktifine aykırı olduğu hem de TBK m. 69 uyarınca bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu karşısında taşınmazlardan kaynaklı hatlar için anılan kanuna dayanmanın pratik olmadığı yönünde isabetli olarak Erhan Kanişlı, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/3 (2020) 1432.

<sup>322</sup> Benzer Antalya, *Borçlar*, N. 1663; İBK m. 58 bağlamında benzer sayılabilecek Deschenaux - Tercier, *Responsabilité*, § 12, N. 8; Müller, *CHK*, Art. 58, N. 1; Werro, *Responsabilité* N. 756; Fischer - Böhme - Gähwiler, *OFK*, Art. 58, N. 1.

<sup>323</sup> Schwenzler - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, §18, N. 53.16. Bu bağlamda sorumluluktan kurtulabilmek ancak zarar ile sorumluluğu doğuran olgu arasında nedensellik bağının kesildiğinin ispatı ile mümkündür. Bu yönde Hatemi, *Borçlar*, § 8, N. 42; Eren, *Borçlar*, 644-645; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 2394; Kessler, *BSK*, Art. 58, N. 5. Bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu, özen sorumluluğu olmasa da uygulamada mahkemelerin değerlendirmelerinde bina veya diğer yapı eseri malikinden beklenen özeni de göz önünde tuttıkları hususunda bkz. Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1205.

<sup>324</sup> Bina, canlıları barındırmak veya eşyaları koymak amacıyla (gerek öreker gerek oyarak) duvarlarla bir alanı kapatmak suretiyle insan tarafından kurulmuş her türlü yapı eseri olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda ilgili yapı eserinin toprak ile nasıl birleştirildiği, yerin altında mı yoksa üstünde mi olduğu, kullanılan malzemenin niteliği veya kütlesi bu tanım açısından belirleyici değildir. Bu yönde Nevzat Koç, *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK m. 58)*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Basım Evi, 1990) 59-60; Werro - Perritaz, *CR*, Art. 58, N. 6; daha geniş kapsamlı "yapı eseri" kavramına ilaveten "bina" kavramının düzenlemede ayrıca zikredilmesinin açıklık sağlama amacına hizmet ettiğini de belirterek Oftinger - Stark, *Haftpflichtrecht II*, § 19, N. 37; bina ifadesinin ayrıca kullanılmasının diğer yapı eserlerinin de bina benzeri nitelik taşıması gerektiği anlamına gelmediği yönünde Aydın Zevkiler, *Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kuralları ve Zarar Verici İnşaat*, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1982) 137-138.



yapı eserinin<sup>325</sup> yapılışında bir bozukluğun veya bakımında bir eksiklik<sup>326</sup> bulunmasının<sup>327</sup> zararın<sup>328</sup> doğumuna sebebiyet vermiş<sup>329</sup> olması gerekmektedir. Bu bağlamda zarar görenin yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksiklik ile zararı ispat etmesi üzerine TBK m. 69 uyarınca sorumlu olanların sorumluluktan kurtulmaları ancak ya yapıda iddia edilen yapı bozukluğu veya bakım eksikliğinin mevcut olmadığını yahut var olsa dahi bozukluk veya eksiklik ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının hiç bulunmadığını veya kesildiğini kanıtlamaları durumunda mümkün olabilecektir.

<sup>325</sup> Diğer yapı eserleri ise toprağa doğrudan veya -eklentinin ya da bazı durumlarda bütünleyici parçanın durumunda olduğu gibi- başka bir eser aracılığıyla dolaylı olarak (dolaylı bağlantı örnekleri için bkz. Fischer - Iten, *Haftpflichtkommentar*, Art. 58, N. 25) bağlı olan ve insan eliyle yapılmış veya değiştirilmiş ya da düzenlenmiş maddi şey olarak tanımlanabilir. Benzer tanım için bkz. Brehm, *BK*, Art. 58, N. 26-44; mülkiyete konu olmayan yapı eserlerinin (örneğin kişinin ormanda kendisi için yaptığı barakanın) TBK m. 69 uyarınca sorumluluğa yol açmayacağı yönünde Baysal, *Haksız Fiil*, N. 3.111. İnsan eliyle düzenlenmiş ve yere sabitlenmiş veya doğal olmakla birlikte başka yere taşınmış ağaçları da bu kapsamda değerlendiren Fellmann - Kotmann, *Haftpflichtrecht*, N. 929; Ece Baş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69 (BK m. 58)*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011) 84; benzer M. Ali Erten, *Türk Borçlar Kanununa Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu (BK md. 58)* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000) 107; toprağa bağlılığın daimî amaca dayanmasına gerek olmayıp zararın meydana geldiği anda yapının araziyle birleşik durumda olması yeterlidir. Bu yönde Keller, *Haftpflicht*, 199; sürekli olmayan sabitliğe "göreceli sabitliği" şeklinde ifade eden bkz. Tandoğan, *Mes'uliyet*, 187; Koç, *Yapı Eseri*, s. 64; Antalya, *Borçlar*, N. 1730. Bu yönüyle sabit olup olmama kıstası, taşınır ile taşınmaz ayırımından farklı bir anlam ifade eder. Taşınır yapılar ile mecraların da TBK m. 69 uyarınca yapı eseri olabileceğini ve diğer şartların mevcudiyeti durumunda ilgili (buldukları taşınmazın maliki ile aynı kişi olmak zorunda olmayan) taşınır yapının veya mecranın malikinin de anılan düzenleme uyarınca sorumluluğunun doğabileceğini vurgulayarak Müller, *CHK*, Art. 58, N. 7. Öğretide tamamlanmamış yapıların TBK m. 69 uyarınca yapı eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Hâkim görüş, tamamlanmış veya onarılmakta olan yapıda ilgili süreç tamamlanmadıkça her zaman bozukluklar veya eksiklikler bulunacağı ve TBK m. 69'daki sorumluluğun esasen tamamlanmış yapının amacına uygun kullanımı hâlinde sunması gereken güvenliği (gerek yapıdaki bozukluk gerek onarımdaki eksiklik sebebiyle) sağlamamasından kaynaklandığı için, bu düzenlemenin uygulama alanına sadece tahsis amacına hazır şekilde tamamlanmış ya da bitirilmeden önce öngörülen amaca uygun şekilde kullanılmaya başlanan eserlerin gireceğini ileri sürerken (her biri gerekçelendirmiş olmasa da bkz. Oftinger-Stark, *Haftpflichtrecht II*, § 19, N. 82-83; Deschenaux - Tercier, *Responsabilité*, N. 45; Brehm, *BK*, Art. 58, N. 48-50; Fischer - Iten, *Haftpflichtkommentar*, Art. 58, N. 30-31; Fischer - Böhme - Gähwiler, *OFK*, Art. 58, N. 22; Türk hukukunda benzer Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 522; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 528; Eren, *Genel Hükümler*, N. 2059; Antalya, *Borçlar*, N. 1739; Ekrem Kurt, "Yapı Malikinin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/ 4 (2008) 179; yapı eserinin tamamlanmadan inşaatın bırakılması durumunda da TBK m. 69'un uygulanacağını belirten Baş, *Yapı Eseri*, 86, 89-90; sadece yapının tamamlanmış olmasının yeterli olduğu ayrıca amaca uygun kullanıma başlanmasına gerek olmadığını belirterek bir ölçüde farklı Simge Saraçoğlu, *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69)*, İstanbul: On İki Levha, 2019, 70-71) başka bir görüş ise buna karşı çıkmakta olup anılan olasılıkta da yapı eserinden kaynaklı tehlikenin neden olduğu zararlardan malikinin sorumlu tutulması gerektiğini, yapının tamamlanıp tamamlanmadığı olgusunun bir yapı bozukluğunun bulunup bulunmadığı meselesinde önem taşıyacağını savunmaktadır (bu yönde bkz. Schwenzler - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 53.22; bozukluk veya eksiklik bakımından tamamlanmış yapı eserleriyle tamamlanmamış olup amaca uygun devredilmemiş olanların farklı kıstaslara tabi tutulması gerektiğini belirterek Kessler, *BSK*, Art. 58, N. 12a; Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1282; benzer Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 186; Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, s. 137). Öğretide Koç ise esasen ilk anılan görüşü daha isabetli bulmakla birlikte yüklenicinin veya taşeronun maliki olduğu bir arazi üzerinde bizzat bina veya yapı eseri inşa etmesi durumunda, bu inşaat tamamlanmamış olsa bile, yapı bozukluğundan doğan zarardan sorumlu tutulması gerektiğini de ileri sürmektedir. Bunun için bkz. Koç, *Yapı Eseri*, 59. Onarım döneminde TBK m. 69'un uygulanmayacağı yönünde Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/1630 (01.04.2008).

<sup>326</sup> Yapıdaki bozukluk yapı eserinin yanlış tasarımıyla ilgili olarak [örneğin plan ve projenin bulunmaması veya araziye yanlış uygulanması, kullanılan malzemenin kötü kalitede olması ya da direnç testlerinin yapılmaması (Tekinay - Burcuoğlu - Akman - Altop, *Tekinay Borçlar*, 519); bir yapı eserinin kullanılma amacı dışındaki bir amaçla kullanılmasını da yapıdaki bozukluk olarak değerlendiren Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, 144; benzer Koç, *Yapı Eseri*, s. 70; yetkililerin hukuka aykırı şekilde işlem yapmaları ve izin vermelerini de yapı bozukluğu sebebi olarak ele alan Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, N. 2433]; bakımdaki eksiklik ise zamanın geçmesine veya kullanıma rağmen oluşan yıpranmalara ilişkin -beklenilebilir olmasına rağmen- hiç veya gerekli önlemlerin alınmamasından kaynaklanır. Bunun için bkz. Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 945, 948. Yapıdaki eksikliğin teknik olarak tamamen giderilemeyecek olması durumunda ilgili yapı eserinin gerekli ek masraflarla iyileştirilmesi veya değiştirilmesi ya da tamamen kullanımına son verilmesi gerekmektedir. Benzer Brehm, *BK*, Art. 58, N. 57.

Esasen bu sorumluluk bir durum sorumluluğu<sup>330</sup> olduğundan yapı denetimine ilişkin kanuni yükümlülüklerle ve inşaat alanında yaygın uygulanan kurallara uyulmuş olması veya resmi makamlarca kabul edilmiş olması ilkesel olarak bu kusursuz sorumluluğu<sup>331</sup> ortadan kaldırmayacaktır<sup>332</sup>. Malikin veya sınırlı ayni hak sahibinin bilip bilmemesinin herhangi bir önem taşımadığı<sup>333</sup> ilgili bozukluğun veya eksikliğin bir üçüncü kişinin davranışından kaynaklanmış olmasının da -bu durum zarar ile eksiklik

<sup>327</sup> Yapı malikinin kusurunun herhangi bir önem taşımadığı bu nesnel değerlendirmede olayın meydana geldiği yerdeki ilgili bütün durumlar özellikle de yapı eserinin tahsis amacı dikkate alınacaktır. Bu yönde Kessler, *BSK*, Art. 58, N. 14. Yapım bozukluğu veya onarım eksikliği bağlamında amacın belirlenmesine dair İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 126 III 113 kararından: "...Bir yapının bir yapım bozukluğundan mı yoksa bir bakım eksikliğinden mi etkilendiğine hükmetmek için, özgülenme amacına aykırı bir kullanıma uygun olmaması gerektiğinden, ona atfedilen amaca başvurmak gerekir; bu nedenle bir yapı, tasarlandığı kullanım için yeterli güvenlik sunmadığında eksiktir (...). Bir yapının güvenlik tertibatlarıyla donatılması söz konusu olduğunda, mal sahibi yalnızca ciddi bir kaza olasılığını, teknik olanakları ve alınacak önlemlerin maliyetini dikkate alarak kendisinden makul olarak beklenilebilecek önlemleri almalıdır ... Malik, herkesin asgari bir dikkatle kendisini kolayca koruyabileceği herhangi bir riski önlemek zorunda değildir (...). Birisinin bir tesisatı amacına aykırı bir şekilde kullanabileceği olasılığını göz önünde bulundurmak zorunda değildir (...)" Aynı vurguda bulunan Erten, *İnşa Eseri*, 134. Özgülediği amaca uygun kullanım dikkate alındığında bina veya diğer yapı eseri, teknik olarak mümkün ve iktisadi olarak beklenilebilir olmasına rağmen, kişilerin korunma menfaatlerine yönelik gerekli güvenliği sunmuyorsa yapım bozukluğundan veya onarım eksikliğinden bahsedilebilecektir. Bu yönde Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1250; Fischer - Iten, *Haftpflichtkommentar*, Art. 58, N. 35. Bu bağlamda ilgili yapı eseri, benzerinin aynı şartlar altında karşılaşması lâzım olan bütün nesnel gereklilikleri tatmin etmek zorundadır. Bkz. Werro, *Responsabilité*, N. 794. Yapım bozukluğuna veya onarım eksikliğine ilişkin değerlendirmede bulunurken belirleyici olan, zararın meydana geldiği anda eşyanın ve tekniğin durumu olup gerekli önlemlerin alınıp alınmadığının takdiri de ex post yapılacaktır. Bunun için bkz. Werro / Perritaz, *CR*, Art. 58, N. 20.

<sup>328</sup> Öğretide TBK m. 69'dan doğan zararın kapsamı tartışmalıdır. Bir görüş, bina veya diğer yapı malikinin sorumluluğunun kapsamına sadece bedensel zararları ve eşyaya gelen zararların gireceğini ileri sürerek salt malvarlığı zararlarını dışlarken (Deshenau - Tercier, *Responsabilité*, § 12, N. 12; Schwenzler - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 53.17; Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1217; Baş, *Yapı Eseri*, 107; Tandoğan, *Mes'uliyet*, 191) bir başka görüş ise kanaatimizce isabetsiz olarak ihlal edilen salt malvarlığı menfaatini koruyan bir malvarlığı koruma normu ve böylelikle de hukuka aykırılık söz konusu ise salt malvarlığı zararlarının da, TBK m. 69'un bir koruma normu olmadığını da belirterek, yine bina veya diğer yapı malikinin sorumluluğu temelinde tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir (Kessler, *BSK*, Art. 58, N. 6a). Buna ilaveten bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten dolayı kişilik hakkı ihlalinin gerçekleşmesinden kaynaklı elem acı, ızdırıp ve kederden dolayı manevi tazminatın da ödenmesi gerekmektedir. Bu yönde Koç, *Yapı Eseri*, 78, dn. 210; Erten, *İnşa Eseri*, 219-220; Çetiner, *Borçlar*, N. 1237.

<sup>329</sup> Yapı eserindeki yapım bozukluğu veya bakım eksikliği ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmekte olup TBK m. 69 uyarınca sorumluluğu öngörülen kişi, zarara üçüncü kişinin veya mağdurun ağır kusurunun ve mücbir sebebin neden olduğunu ispat etmesi durumunda tazminat ödemekle yükümlü tutulmayacaktır. Benzer Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 366; Antalya, *Borçlar*, N. 1772; Eren, *Borçlar*, N. 2042.

<sup>330</sup> Bu kavram ile kastedilen, anılan sorumluluk bakımından esasen yapı eserinde bir bozukluğun bulunması veya bakımındaki eksikliğin makul bir zamanda ortadan kaldırılmamış olgularının belirleyici olduğu ve ilgili bozukluğa veya eksikliğe kimin sebebiyet verdiğinin ya da yapıdaki bu sorunun neden ve nasıl ortaya çıktığının bir öneminin bulunmamasıdır. Bu yönde Brehm, *BK*, Art. 58, N. 92. Nitekim doktrinde de ifade edildiği üzere TBK m. 69'da düzenlenen bu sorumluluk, doğal dünyanın değiştirilmesi yüzünden azalan güvenliğe dayanmakta olup buna sebebiyet veren iş veya işlem ile ilgili değildir. Bu yönde bkz. Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1208.

<sup>331</sup> Sorumlunun ayrıca kusurlu olması durumunda ise aşkın kusurun varlığından bahsedilecektir. Bu durumda sorumlu tazminatta indirim sebeplerine dayanamayacak olup aşkın kusur sorumlu başka kimselerin bulunması halinde rücuda da dikkate alınacaktır. Benzer Tandoğan, *Mes'uliyet*, 183.

<sup>332</sup> Nitekim bir yapım bozukluğunun mevcut olup olmadığı takdir edilirken kamu hukukuna değil özel hukuka yönelik ilkeler göz önünde bulundurulacaktır. Bu yönde Brehm, *BK*, Art. 58, N. 57a. Bu bağlamda yapının inşası ve bakımı hususunda gerekli izinlerin alınmış olması veya yapı denetimine ilişkin hükümlere uyulmuş olması en başından yapı eserinin yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik bulunmadığı sonucunu doğurmamakla (Fellmann - Kottmann, *Haftpflichtrecht*, N. 942) birlikte yapı eserini kullananları koruyan düzenlemelerin göz ardı edilmesi bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk veya bakımındaki eksiklik bulunduğuna dair en güçlü bir belirti olabilir (Koç, *Yapı Eseri*, 72; Fischer - Böhme - Gähwiler, *OFK*, Art. 58, N. 2). Nitekim bu düzenlemeler ve işlemler bazı durumlarda tehlikeyi önleme dışında başka amaçlara hizmet edebilir ve bunların dikkate alınmış olması bir bozukluğun veya eksikliğin varlığına dair değerlendirmede belirleyici değildir. Bunun için bkz. Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1276. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2015/1767 (16.09.2015) kararından: "... Yapının yapımı ile ilgili mevzuata ve teknik kurallara uyulmadığı, alışılmış tedbirlerin alınmadığı ve resmi makamlarca yapılan denetimler sonucunda, bina ve yapı eserinin teknik niteliklerinin uygun görülmediği ispatlanırsa, bunlar eksikliğin ve illiyet bağının varlığına birer belirti sayılır... yancısı, parlayıcı ve patlayıcı maddelerin yoğun olarak bulunduğu, yapısının değiştirilmek suretiyle dükkan sayısının artırıldığı, günlük insan trafiğinin yoğun olduğu bir iş merkezinin maliki olan davalı İl Özel İdaresinin, söz konusu iş merkezinde her an yangın çıkabileceğini öngörmesi, bunun için gerekli güvenlik ve emniyet tedbirlerini alarak, binaya merkezi jeneratör ve otomatik yangın söndürme sistemini kurdurması gerektiği belirgindir. Söz konusu binanın yapıldığı zamanın şartlarına uygun yapılmış olması ve gerekli izin ve ruhsatların alınmış olması yukarıda da açıklandığı üzere, bina malikinin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır...."

<sup>333</sup> Keza TBK m. 69'da düzenlenen bir kusursuz sorumluluk hali olduğu için malikin ve gerektiğinde sınırlı ayni hak sahibinin ayırt etme gücünün bulunmadığı durumda da zararı giderme yükümlülüğü doğacaktır. Bunun için bkz. Werro, *CR*, Art. 58, N. 1.

arasındaki nedensellik bağıni kesebilecek düzeyde olmadıkça<sup>334</sup> sorumluluktan kurtarıcı bir etkisi olmayacaktır.

Tamamlanmış ve tahsis amacına uygun olarak kullanılan veya tamamlanmamış olmakla birlikte tahsis amacına uygun şekilde devredilmiş ya da inşaat halinde iken terk edilmiş bina veya diğer yapı eserinin yapımdaki bozukluğunun -depremde yapı eserinin tamamen yıkılmasıyla veya ağır hasara uğramasıyla- maddi veya manevi zarara neden olması durumunda TBK m. 69 uyarınca sorumlu olan, zararın meydana geldiği tarihte yapının maliki olan kişidir. Bu bağlamda yıkılma anında tapuya kayıtlı taşınmazlar (binalar) bakımından tapu sicilinde mülkiyet hakkının kimin adına tescil edildiği belirleyici olup<sup>335</sup> malın aynı zamanda malikin zilyetliğinde bulunup bulunmaması sorumlunun tespiti bakımından önem taşımamaktadır<sup>336</sup>. Elbirliği veya paylı mülkiyete tabi taşınmazdan kaynaklı zararlardan maliklerin müteselsilen sorumlu olduğu öğretideki hâkim görüş ve Yargıtay uygulamasında haklı olarak kabul edilmektedir<sup>337</sup>. Kat mülkiyetine tabi bir yapıda zarara neden olan yapıım hatası ve bakım eksikliği bir bağımsız bölüm ile ilgili ise onun maliki; ortak yerleri ilgilendiriyorsa bütün kat malikleri birlikte sorumludur<sup>338</sup>. Üst hakkının varlığı hâlinde ise, anılan irtifak “üst arza tabidir” ilkesine istisna teşkil ederek süresi boyunca başkasına ait arazideki yapının maliki olma yetkisi verdiğiinden<sup>339</sup> hem yapıım hem de bakım eksiklikleri bakımından sorumluluk arazi malikine değil üst hakkı sahibine ait olacaktır<sup>340</sup>. Üst hakkı sahibi yapıyı kendisi inşa etmemiş olsa dahi hakkın süresi boyunca yapının inşasındaki bozukluklardan da sorumludur<sup>341</sup>.

Tapuya kayıtlı olmayan diğer yapı eserleri bakımından ise zararın gerçekleştiği anda zilyet olanın sorumlu tutulması gerekmektedir<sup>342</sup>.

Devlet veya kamu tüzel kişilerinin özel hukuk hükümlerine göre malik oldukları bina veya diğer yapı eserlerinin yapımdaki bozukluk veya bakımdaki eksikliklerden doğan zararlardan TBK m. 69 uyarınca sorumlu olmaları mümkündür.

<sup>334</sup> Doktrinde üçüncü kişinin ağır veya (yapı malikinin aşkın kusuru bulunmadığı takdirde) orta derecede kusurunun nedensellik bağıni keseceği kabul edilmektedir. Bu yönde Brehm, *BK*, Art. 58, N. 107. Terör eylemi sonucunda petrol hattının patlamasından doğan zararların ilgili yapı eserinin yapımdaki bozukluğundan veya bakımındaki eksikliğinden kaynaklanmadığı yönünde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2010/756 (25.01.2010).

<sup>335</sup> Tapu sicilinde adına kayıt bulunan kişiden başkasının malik olduğunu ileri süren (özellikle mülkiyetin kazanılıp açıklayıcı tescilin yapılmadığı durumlarda) bu durumu ispat ile yükümlüdür. Bu yönde Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 541.

<sup>336</sup> Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1283; malikin tespitinde eşya hukukunun şekli kurallarının benimsenmesi gerektiği yönünde Eren, *Borçlar*, N. 2045; Antalya, *Borçlar*, N. 1691; Saraçoğlu, *Yapı Maliki*, 122; 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında da benzer görüşün benimsenmesini belirterek Baş, *Yapı Eseri*, 127-128. Nitekim TBK m. 69'da sorumlu malik olarak belirlediği ve malikin kim olduğu meselesi eşya hukukuna ilişkin ilkelere bağlı olduğundan bu görüşün savunulması hukuk güvenliğinin gereğidir. Bununla birlikte öğretide sorumlunun tespitinde eşya hukukunun kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalınmasına gerek olmadığı ve sorumlu belirlenirken yapı eserinin bir bütün olarak özgülediği amaç, kimin tarafından yapılmış olduğu ve kimin zilyetliğinde bulunduğu gibi başka kıstasların da dikkate alınması gerektiği de savunulmaktadır. Bu yönde Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, s. 153-154.

<sup>337</sup> Paylı mülkiyet bakımından detaylı değerlendirme için bkz. Efe Can Yıldırım, “Paylı Mülkiyette Doğan veya Paylı Malı İlgilendiren Gider ve Yükümlülüklerden Paydaşların Dış ve İç İlişkideki Sorumluluğu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10 / 1 (2024), s. 202-203.

<sup>338</sup> Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 653, 655; Nomer, *Borçlar*, N. 121.10. Bununla birlikte Y. 17. HD, T: 09.02.2016, E: 2016/270, K: 2016/1398 sayılı kararından: “... Bina malikinin sorumluluğu 818 Sayılı BK'nun 58. (6098 Sayılı TBK. madde 69) maddesine, kat maliklerinin ortak tesislerden sorumluluğu ise bu genel hüküm ile birlikte Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesine dayanmaktadır...” Kararda belirtilen görüşü benimseyen Kılıçoğlu, *Borçlar*, s. 363-364.

<sup>339</sup> M. Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1812.

<sup>340</sup> Baş, *Yapı Eseri*, 135-136.; benzer Zevkliler, *Zarar Verici İnşaat*, 154.

<sup>341</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 543; Saraçoğlu, *Yapı Maliki*, 137.

<sup>342</sup> Eren, *Borçlar*, N. 2049; Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 545; Antalya, *Borçlar*, N. 1698. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2005/8084 (01.12.2005).

İlgili yapı eserinin onu inşa edenden devralınmış olması, malikin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>343</sup>. Anılan yapıyı inşa edenin arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan zarar görenlere karşı sorumluluğu kusur sorumluluğu olup TBK m. 49 vd. hükümlerine tabidir.

TBK m. 69 / f. 2 uyarınca zararın ilgili binadaki bakım eksikliğinden veya bakımındaki eksikliğin (kolonların onarılmaması gibi<sup>344</sup>) doğması durumunda olay tarihindeki malik ile birlikte bina üzerinde intifa ve oturma hakkını haiz olanlar da müteselsilen olur<sup>345</sup>. Malik dışındaki bu sorumluların belirlenmesinde binalar açısından ilgili anda intifa veya oturma hakkının kimin adına tescilli olduğu belirleyicidir.

Kiracı, kullandığı yapının ne yapımındaki ne de bakımındaki eksiklikten dolayı TBK m. 69 uyarınca sorumludur<sup>346</sup>. Onun bu bağlamda olası sorumluluğu (örneğin pencerenin önüne koyduğu saksıları veya çatıya diktiği çanak anteni gereği gibi sabitlememesi nedeniyle deprem yüzünden bunların düşmesiyle veya binanın kolonlarını kestiği için doğan zararlar açısından) TBK m. 49 çerçevesinde ortaya çıkabilir.

Depremde yıkılan binalardan kaynaklı zararlardan sorumluluğun ortadan kalkabilmesi -yukarıda da belirtildiği üzere- ya yapıda iddia edilen yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinin mevcut olmadığı yahut var olsa dahi bozukluk veya eksiklik ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının hiç bulunmadığının veya kesildiğinin kanıtlanması durumunda mümkün olabilecektir. Deprem bu aşamadaki etkisinin çeşitli olasılıklar bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Bir bölgedeki bütün yapı eserlerinin yıkılmasına neden olacak derecede aşırı şiddetli bir depremin gerçekleşmesi -nadir gerçekleşebilecek dahi olsa- depremin mücbir sebep olarak illiyet bağıni kesebilmesine örnek olarak verilebilir<sup>347</sup>.

Bazı bina veya diğer yapı eserlerinin sağlam bir şekilde kaldığı depremde ise yıkılanlar bakımından depremin şiddetinin yapım bozukluğu veya bakım eksikliği ile ortaya çıkan zararlar arasındaki nedensellik bağıni kesecek kadar şiddetli addedilemeyeceğinden deprem bir mücbir sebep olarak değerlendirilemeyecektir<sup>348</sup>. Nitekim bazı binaların ne yıkılması ne de ağır hasar alması, esasen yıkılan veya ağır hasar alan binaların yapımında bozukluk veya bakımında eksiklik olduğunu gösteren fiili bir karine olarak değerlendirilebilir<sup>349</sup>. Bununla birlikte her ne kadar TBK m. 69 uyarınca sorumluluk doğacak ise de depremin şiddetinin tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınması söz konusu olabilecektir<sup>350</sup>.

<sup>343</sup> Yapı eseri devraldıktan sonra onarım fırsatı bulunmamış olsa dahi TBK m. 69'daki diğer şartların varlığı halinde bu sorumluluk malikindir. Bu yönde Tandoğan, *Mes'uliyet*, 183. Bununla birlikte kendi mülkiyeti zamanında doğan sorumluluktan eski malik binayı devrederek kurtulamaz. Bu yönde Eren, *Borçlar*, N. 2047.

<sup>344</sup> Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2008/413 (31.01.2008).

<sup>345</sup> Taşınmazın demir kapısının düşmesi nedeniyle meydana gelen zarardan dolayı intifa hakkı sahibini de müteselsilen sorumlu tutan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi K. 2015/11982 (29.06.2015).

<sup>346</sup> Aksi yönde Antalya, *Borçlar*, N. 1716.

<sup>347</sup> Benzer Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 539. Bununla birlikte kanaatimizce fay hattı üzerine bina yapılması durumu deprem ne kadar şiddetli olursa olsun bu doğa olayının mücbir sebep olarak değerlendirilmesinin önüne geçebilir. Nitekim anılan olasılıkta esasen binanın konumu yapım eksikliği niteliğindedir. Esasen deprem bölgesindeki bir bina veya diğer yapı eserinin fay hattı üzerinde olduğunu bilmemek malikin aşkın kusuru olarak değerlendirilebileceğinden mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Aşkın kusur ve mücbir sebep ilişkisi bakımından bkz. Koç, *Yapı Eseri*, 31.

<sup>348</sup> Brehm, *BK*, Art. 58, N. 96. Orta şiddetli bir depremde bacanın yıkılmasından bina malikinin sorumlu tutulduğu Yargıtay 7. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/4257 (23.11.2004).

<sup>349</sup> Nitekim Türkiye'de deprem bölgesi kabul edilen yerlerdeki binaların buna ilişkin kanuni düzenlemeler dikkate alınarak inşa edilmiş olması gerekmektedir. Bazı binaların yıkılırken diğerlerinin sağlam kalması yıkılanların ya anılan mevzuatlara uygun yapılmadığından (yapıdaki bozukluk) ya da bakımdaki eksiklikten kaynaklandığı olasılığını öne çıkarmaktadır. Benzer Erten, *İnşa Eseri*, s. 139. Nitekim deprem bölgesinde yapılan binaların tahsis amaçları arasında bu afete karşı insanları korumak da yer almaktadır. Binaların bir kısmının sağlam kaldığı olasılıkta yıkılan veya ağır hasara uğrayanların bu amacı gerçekleştirmedikleri kanaatindeyiz.

<sup>350</sup> Mücbir sebebin illiyet bağıni kesmemesi durumunda kusursuz sorumluluk hallerinden doğan tazminat miktarına etkisi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Nomer, *Tazminatın Belirlenmesi*, 141-142.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yapımında bozukluk ve bakımında eksiklik bulunmayan yapı eseri deprem sonucunda, ileride üçüncü kişilere zarar verebilecek çatlakları haiz hale gelmişse<sup>351</sup> sonraki depremden dolayı ilgili yapı eserinden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluk değerlendirilirken ikinci depremin gerçekleşmesinden sonra sağlam binaların bulunup bulunmadığını esas almak gerekir. Eğer ikinci depremden sonra depremin gerçekleştiği bölgedeki bütün binalar yıkıldı ise kanaatimizce ilk depremde oluşan ve bakım eksikliği niteliğindeki çatlaklar ile zarar arasında uygun illiyet bağı kesileceğinden TBK m. 69 uyarınca sorumluluk doğmayacaktır. Bununla birlikte hâlâ sağlam binalar mevcut ise bu durumda yine bina maliki ile intifa veya oturma hakkı sahibi bu bakım eksikliğinden dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır<sup>352</sup>.

Bu başlık altında son olarak, sorumluların birbirine rücuuna dair TBK m. 69 / f. 3'e değinmek gerekir. Bu düzenleme uyarınca "*Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.*" Bu düzenleme, bina ve diğer yapı malikinin sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olup tazminat ödeyenlerin kendilerine karşı bu sebeplerden dolayı sorumlu olan örneğin yükleniciye, mimara, yapıyı ayıplı bir şekilde devreden eski malike veya yapı denetim kuruluşuna<sup>353</sup> karşı rücu haklarının saklı olduğunu belirtmektedir<sup>354</sup>. Bu rücu bazı durumlarda haksız fiile bazı hallerde sözleşmenin ihlali esasına dayanır<sup>355</sup>.

### **bb. Taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730)**

Bir başka kusursuz sorumluluk hâli olan taşınmaz malikinin sorumluluğu TMK m. 730 uyarınca şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.*"

<sup>351</sup> Anılan olasılıkta bir yapım bozukluğu veya onarım eksikliği ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının deprem yüzünden kesilmesi değil bilakis bu doğal afet yüzünden ortaya çıkması söz konusu olduğundan anılan olasılıkta bir mücbir sebebin varlığından bahsedilemez. Bu yönde Oftinger / Stark, *Haftpflichtrecht*, Art. 58, N. ; benzer Saraçoğlu, *Yapı Maliki*, 108.

<sup>352</sup> Yeni ortaya çıkan bu durumu yapı eseri malikinin veya ilgili sınırlı aynı hak sahiplerinin öğrenmeleri beklenip beklenmeyeceğine göre değerlendirmede bulunarak farklı yönde Brehm, BK, Art. 58, N. Kanaatimizce yapı eseri maliki veya ilgili sınırlı aynı hak sahiplerinin öğrenmelerinin beklenip beklenmeyeceği gibi ağırlaştırılmış sebep sorumluluğuna yabancı bir unsura atıfta bulunmanın isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

<sup>353</sup> Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi olarak tanımlanan yapı denetim kuruluşlarının yapı sahibi ve idareye karşı sorumluluğu 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesinde şu şekilde düzenlenmektedir: "*Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapının hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır.*" 4708 sayılı Kanun'da düzenlenen sorumluluk ve bina veya diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu detaylı bilgi için bkz. Kurt, *Yapı Maliki*, 183-192.

<sup>354</sup> Bununla birlikte yapı eserindeki yapım bozukluğu veya onarım eksikliği üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklanmışsa zaten illiyet bağı kesileceğinden TBK m. 69 anlamında bir sorumluluk doğmayacak bu bağlamda da rücu ilişkisinden bahsedilemeyecektir. Bunun için bkz. Tandoğan, *Mes'uliyet*, s. 195.

<sup>355</sup> Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, s. 522-523.

Bu kusursuz sorumluluk hâli<sup>356</sup>, depremle ilgili olarak örneğin, deprem sonrası ağır hasarlı bina malikinin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken komşulara olumsuz etkileyecek taşkınlıklarda bulunuyorsa örneğin ağır hasarlı binayı kullanımından dolayı yangın çıkarsa veya ağır hasarlı binaya ilişkin hukuka aykırı inşaat çalışması yaparken komşu taşınmazlarda çökmeler yaşanması durumunda taşınmaz malikinin TMK m. 730 uyarınca tazminat yükümlülüğü doğabilecektir<sup>357</sup>. Bazı durumlarda TMK m. 730'dan doğan sorumluluk ile TBK m. 69'dan doğan sorumluluk yarışabilir. Komşu taşınmazın üzerine yıkılan binanın yapımındaki bozukluğun veya bakımındaki eksikliğin taşınmazın malikinin taşkın kullanımından örneğin hukuka aykırı inşaat faaliyetinden kaynaklanmış olması buna örnek olarak verilebilir.

## B. Birden fazla sorumlunun bulunması hali (Müteselsil sorumluluk)

Depremde binaların yıkılmasından veya ağır hasar görmesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan, yukarıda da belirtildiği üzere, birden fazla kişinin sorumluluğu mevcut olabilir. Birlikte sorumluluk, bazı binaların sağlam kaldığı bir depremde yıkılan veya ağır hasarlı hale gelen yapı eserinin birden fazla malikinin bulunmasında veya birden fazla yüklenici tarafından depreme mevzuata uyulmaksızın inşa edilmiş olmasında olduğu gibi, aynı hukuki sebebe dayanabilir. Bazı durumlarda da birden fazla kişi aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olabilir. Binalardan bazılarının sağlam kaldığı depremde ilgili yapı eserinin yıkılmasından veya ağır hasara uğramasından yapı eseri maliki TBK m. 69; mevzuata uymadan hareket etmiş yüklenici ise TBK m. 49 uyarınca sorumlu olabileceği gibi yıkılan veya ağır hasarlı binanın kirişlerinin kiracı tarafından kesilmiş olduğu olasılıkta yapı maliki -ve mevcut olması durumunda intifa veya oturma hakkı sahibi- TBK m. 69 uyarınca, kiracı ise TBK m. 49 uyarınca sorumlu olabilir. Haksız fiil sorumluluğu bağlamında birden fazla kişi ister birlikte zarara sebebiyet versin ister aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olsun TBK m. 61 / f. 1'e göre dış ilişkide müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

TBK m. 61'in atfıyla dış ilişkide uygulanacak müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerden TBK m. 163 uyarınca zarar gören, bütün sorumlulardan veya her bir sorumludan tazminat alacağını tamamını talep edebilecek olup borçluların sorumluluğu haksız fiilden kaynaklanan borcun tamamı ödeninceye kadar devam edecektir. TBK m. 166/ f. 1 uyarınca borçlulardan biri ifa veya takasla borcu sona erdirdiği oranda diğer sorumluluları da borçtan kurtarmış olur<sup>358</sup>. Bununla birlikte dış ilişki bağlamında sorumlulardan biri için kesilen zamanaşımının diğerleri için de kesilecek olup olmaması ile farklı

<sup>356</sup> TMK m. 730'a göre sorumluluğun doğabilmesi için mülkiyet hakkının taşkın bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Taşınmaz mülkiyeti sınırlamaları komşuluk hukukundan doğabileceği gibi kamu hukuku da bu aynı hakka sınırlama getirebilir. Taşınmazın kullanımından veya faydalanılmasından dolayı komşu taşınmazların aşırı etkilenmesi mülkiyetten doğan yetkilerinin aşılması anlamına gelmektedir. Olumlu veya (eğer komşular taşınmazın kullanılması veya yararlanılmasından doğan tehlikelere maruz kalmasını engellemek için gerekli tedbirler alınmamışsa) olumsuz insan davranışına dayanabilecek bu taşkınlıklar duman, buğu, toz, kurum, gürültü sarsıntı gibi maddi nitelikte olabileceği gibi genel ev çalıştırmak gibi manevi nitelikte taşıyabilir. Bu bağlamda taşkın kullanımdan dolayı zarara uğrayan (geniş anlamda) komşular -ilgili taşınmazın maliki, sınırlı ayni hak sahibi veya kiracısı olmasından bağımsız olarak- taşkın kullanılan taşınmazın malikinden veya ilgili taşkınlık sınırlı ayni hak sahibinden kaynaklanıyorsa onu sorumlu tutabilir. Taşkınlığın kişisel hak sahibinden kaynaklanması durumunda onun sorumlu tutulup tutulmayacağı (ki sorumlu tutan karar için bkz. BGE 132 III 689; Buna ilişkin bkz. Schwenzer - Fountoulakis, *Allgemeiner Teil*, N. 53-50-53-54; Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha, 2002), N. 1094-1099.

<sup>357</sup> İnşaat çalışmalarının kamu hukuku kurallarına uygun yapılması halinde ise taşınmaz malikinin TMK m. 730 uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bununla birlikte denkleştirme bedeli ödenip ödenmeyeceği meselesi uyulan kamu hukuku kurallarının amacına göre belirlenecektir. Eğer anılan normlar, komşuluk hakkından doğan yetki ve yükümlülükleri gözetin içeriği haiz değilse bu durumda hukuka uygun olsa dahi kullanımın taşkınlığından bahsedilebilecek ve taşınmaz maliki denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Şayet uyulan kurallar taşkınlığı belirleme işlevini haizse (diğer bir ifadeyle komşuları faaliyetlerin çevre etkilerinden kısmen de olsa korumayı amaçlıyorsa) taşınmaz maliki ne tazminat ne de denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yönde Şirin Aydınçık Midyat, "Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75/2 (2017) 642.

<sup>358</sup> Baysal, *Haksız Fiil*, N. 8.14; Antalya, *Borçlar*, N. 2856-2858.

sebeplerde zarardan sorumlu müteselsil sorumlulardan her birinin kendisine özgü indirim sebeplerini ileri sürüp süremeyeceği tartışmalıdır.

Sorumlulardan biri için kesilen zamanaşımının diğer sorumlular bakımından da hüküm ifade edip etmeyeceği tartışmasında bir görüş gerek birlikte sebebiyet verilsin gerek aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olunsun aralarında teselsül bulunan borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince diğerlerine karşı da kesileceğini düzenleyen TBK m. 155'in haksız fiil sebebiyle aynı zarardan birden fazla kişinin sorumluluğuna da uygulanacağını ileri sürer iken<sup>359</sup> diğer bir görüş ise TBK m. 155'in varlığını yadsımamakla birlikte olması gereken hukuk bakımından müteselsil sorumlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesinin diğerleri karşı da kesilme sonucunu doğurmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>360</sup>. Kanaatimizce, TBK m. 155 uygulanırken TBK m. 165'te sevk edilen aralarında teselsül bulunan borçlulardan birinin kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramayacağına ilişkin kuralın da dikkate alınması gerekmekte olup zamanaşımının sadece alacaklının fiiliyle (diğer bir ifadeyle dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurusu, icra takibinde bulunması ya da iflas masasına başvurusu) borçlulardan birine karşı kesilmesi durumunda diğerlerine karşı da kesileceği kabul edilmelidir<sup>361</sup>.

Her bir müteselsil sorumlunun kendisine özgü indirim sebeplerini ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin tartışmanın kaynağında ise TBK m. 61'de aynı zarara birlikte sebebiyet verme hali (müşterek kusur) ile aynı zarardan çeşitli sebeplerden sorumlu olanların (eksik teselsül) aynı düzenlemede müteselsil sorumluluğa tabi kılınmasına<sup>362</sup> ilaveten Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 60. maddesinin "*Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır.*" şeklinde kaleme alınmış son fıkrasının Meclis Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmış olması bulunmaktadır<sup>363</sup>. Her ne kadar bu iki olgu değerlendirildiğinde kanun koyucunun iradesi ister birlikte zarar verilmiş olsun ister aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olunsun hiçbir sorumlunun tazminatta indirim neden olabilecek kişisel def'ileri ileri süremeyeceği şeklinde yorumlanabilir olsa da öğretide bu konuda bir boşluk olduğu kabul edilerek, müşterek kusur hali dışında her bir sorumlunun kendisi açısından mevcut olan indirim sebebinin tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmasını talep edebileceği savunulmaktadır<sup>364</sup>. Bunun dışında her bir müteselsil borçlunun müteselsil borcun konusundan veya borcu doğuran ortak sebepten kaynaklanan ortak savunmaları ileri sürmek külfeti altında olduğunu da belirtmekte yarar vardır. Aksi takdirde ortak def'in veya itirazın kusurlu bir şekilde sürülmemesi durumunda ilgili sorumlu diğerlerine karşı, ilgili savunmada bulunsa idi borçtan kurtulacağı miktarda rücu hakkını kaybedecektir<sup>365</sup>.

İç ilişki ise kanun koyucu tarafından dış ilişkiden farklı olarak müteselsil borçluluğa dair TBK m. 162 vd. hükümlerine (bu bağlamda TBK m. 167 ile TBK m. 168'e) atıfta bulunulmadan özel olarak

<sup>359</sup> Bu hukuki sonucun tatmin edici olmadığını da Ali Haydar Yağcıoğlu, *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet, 2014), 238; Oğuzman, *Borçlar II*, N. 858; Nomer, *Borçlar*, N. 126.9; Antalya, *Borçlar*, N. 2860.

<sup>360</sup> Eren, *Borçlar*, s. s. 822; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, Ankara: Seçkin, 2015, 208-209.

<sup>361</sup> Akdi teselsül bakımından bu görüşü savunan Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 1058.

<sup>362</sup> Nitekim 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun benimsediği tam teselsül-eksik teselsül ayırımında birden fazla kişinin aynı haksız fiilin gerçekleşmesine katılarak zarar vermesi durumunda (tam teselsül) sorumlulardan biri lehine mevcut tazminatta indirim neden olabilecek kişisel def'i dış ilişkide dikkate alınmaz iken aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olunması hâlinde her bir sorumlu kendisi ile ilgili indirim nedeni gözetilerek tazminat miktarının tespit edilmesini talep edebilirdi. Bu yönde bkz. Haluk Nomer, *Haksız Fillerde Müteselsil Sorumluluk, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1-2 Nisan 2011*. Derleyen: Murat İnceoğlu. (İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2011), 57-58.

<sup>363</sup> S. Sayısı: 321.

<sup>364</sup> Nomer, *Borçlar*, N. 126.11; Antalya, *Borçlar*, N. 2876. Yeni düzenlemeyi değerlendirmeyen ancak müteselsil sorumlulukta her bir sorumlunun kişisel indirim sebebinin tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmasına dair talepte bulunabileceği yönünde Eren, *Borçlar*, N. 2548.

<sup>365</sup> Ayşe Arat, *Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26/2 (2018) 352.

düzenlenmiştir<sup>366</sup>. Bu bağlamda TBK m. 62/ f. 1 uyarınca tazminatın bir kısmını veya tamamını ödemiş olan müteselsil sorumlunun diğerlerine rücu edip edemeyeceği meselesi hâkimin takdirine bırakılmıştır<sup>367</sup>. Hâkim, TBK m. 167/ f. 1'den farklı olarak, iç ilişkideki payları belirlerken bütün durumu ve koşulları, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı<sup>368</sup> ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu dikkate alacaktır<sup>369</sup>. Sorumlulardan birinin zarar görene kendi payından fazlasını ödemesiyle muaccel hâle gelen rücu alacağına, diğer sorumlulara herhangi bir temerrüt ihtarına ihtiyaç duyulmaksızın, muacceliyetinden itibaren temerrüt faizi işleyecektir<sup>370</sup>. Kendi sorumluluk payını aşarak alacaklıya ödemedede bulunan borçlu ifa ettiği fazla kısım için alacaklının haklarına halef olur<sup>371</sup>.

Haksız fiilden birden fazla kişinin sorumlu olması durumunda birbirlerine karşı sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı TBK m. 73'te düzenlenmiştir. Buna göre ödemedede bulunan sorumlu tarafından, tazminatın tamamının ödendiğinin<sup>372</sup> ve birlikte sorumlu kişinin (mevcudiyetinin, kimliğinin ve ona ulaşabilmek için gerekli bilgilerinin<sup>373</sup>) öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar<sup>374</sup>. Buna ilaveten TBK m. 73 / f. 2'de tazminatın ödenmesi kendisinden istenen sorumlunun, bu duruma dair diğer sorumlulara bildirimde bulunması gerektiği aksi takdirde zamanaşımının bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağı da düzenlenmektedir<sup>375</sup>.

### C. Haksız fiilden doğan alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı

Haksız fiillerden doğan alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı<sup>376</sup> TBK m. 72 / f. 1'de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”*

Bu hükümden hareketle haksız fiilden doğan alacak hakları bakımından kanun koyucu, kural olarak, biri nispi biri kesin olmak üzere iki zamanaşımı süresi öngörmüştür. Nispi zamanaşımı süresi, zarar görenin

<sup>366</sup> Antalya, *Borçlar*, N. 2903.

<sup>367</sup> Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 859.

<sup>368</sup> Müteselsil sorumlulara karşı açılmış sorumluluk davasında verilen karar iç ilişkiye ilişkin kesin hüküm oluşturmamakla birlikte güçlü delil niteliğindedir. Bundan hareketle hakkında güçlü delil oluşan davalının rücu davası yönünden sorumluluk davası hükmünü diğer müteselsil borçlu dava dışı sorumlu aleyhine temyiz etmesinde hukuki yarar bulunduğu yönünde Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/3598 (17.06.2020).

<sup>369</sup> Eksik teselsülün kabul edildiği 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kural olarak kusurlu sorumlu haksız fiil failinin sorumluluğu ilk sırada, akdi sorumlu ikinci sırada, kusursuz olarak sorumlu tutulan ise üçüncü sırada yer almakta idi. Her ne kadar bu düzenlemeye yer verilmese de gerek adam çalıştırmanın sorumluluğuna yönelik TBK m. 66/ f. son, gerek TBK m. 67/ f. son uyarınca kusursuz sorumlunun diğer kusur sorumlularına rücu düzenlendiğinden bir değişikliğin bulunmayacağı yönünde benzer: Nomer, *Müteselsil*, s. 59-60.

<sup>370</sup> Nitekim rücu alacaklısının zarara görene yaptığı ödeme hem kesinleşen mahkeme kararına dayanmakta olup hem de haksız fiilden doğan bir borcun ifasını ilgilendirdiğinden diğer sorumlu ya da sorumluların ayrıca bir ihtarla temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Bu yönde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/13009 (16.11.2015).

<sup>371</sup> Müteselsil borçlulukla rücu ile halefiyet arasındaki ilişkiye dair tespitler için bkz. Efe Can Yıldırım, *Birlikte Kefalet* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 227-229.

<sup>372</sup> TBK m. 62/ f. 2 uyarınca kendi payını aşan ödemedede bulunarak ödemediği fazla kısım için rücu hakkını kazananın bu alacağına ilişkin zamanaşımını tazminat borcunun tamamının ödenmesinden itibaren başlatmanın isabetli olmadığı yönünde Haluk Nami Nomer, "Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s. 249-255

<sup>373</sup> Eren, *Borçlar*, s. 838.

<sup>374</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulandığı anlaşılan bir yüksek mahkeme kararında haksız fiile dayalı rücu tazminat alacağının tabi olduğu zamanaşımı süresi ödeme tarihinden itibaren bir yıl olduğu belirtilmiştir. Bunun için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/18090 (19.11.2013).

<sup>375</sup> Kanaatimizce bildirim külfetinin doğabilmesi için sorumluya dava açılması gerekmektedir. Bu bildirim dava ihbarı yoluyla gerçekleşeceğini de belirterek bu yönde Serkan Ayan, "Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/4 (2020) 36. Dava dışı talep halinde de bu külfetin doğacağı yönünde Dalcı Özdoğan, *Sorumluluk*, 222.

<sup>376</sup> Zamanaşımının dolması sadece borçluya bir savunmada (def'i) bulunma imkânı vermekte olup ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen nazara alınmaz. Bu yönde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/4622 (06.07.2017).



zarar<sup>377</sup> ve tazminat yükümlüsünü<sup>378</sup> öğrendiği tarihten başlayarak iki yıldır. Mutlak zamanaşımı süresi ise her halükârda, diğer bir ifadeyle zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenip öğrenmediğinden bağımsız olarak, fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl olarak belirlenmiştir<sup>379</sup>.

Depremden dolayı bina veya yapı eserinin yıkılması veya ağır hasar görmesinden kaynaklanan sorumluluğun tabi olduğu nispi zamanaşımı süresi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Zararın teklifi ilkesi uyarınca, devam eden zararlar bakımından başlangıç anı genel olarak öngörülebilir en son zarar kaleminin öğrenildiği an olup mağdurun zararın varlığını öğrendiği anda henüz öngöremediği zararlar bakımından ise zamanaşımı süresinin başlangıç anı bunları öğrendiği tarih olacaktır<sup>380</sup>.

Depremden dolayı bina veya yapı eserinin yıkılması veya ağır hasar görmesinden kaynaklanan sorumluluğun tabi olduğu mutlak zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı ise tartışmalıdır. Yargıtay'ın benimsediği yaklaşıma göre, anılan sorumluluktan doğan tazminat alacağının

<sup>377</sup> İki yıllık sürenin başlaması için gerçekleşmesi gereken zararın öğrenilmesi kavramı, zarar görenin bir zararın varlığını ve özelliklerini, diğer bir ifadeyle bütün bileşenlerini, bir dava açabilecek ve temellendirebilecek düzeyde bilecek duruma gelmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bu yönde Werro, *Responsabilité*, N. 1522; Peter Gauch – Walter R. Schlupep - Susan Emmenegger, *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil I*, (Zürich: Schultess, 2020) N. 1771; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 498. Zararın öğrenilmesi, zararı gerçekleştiren fiil veya olayın sona ermesini gerektirir. Bu bağlamda öğretide zamanaşımına ilişkin değerlendirmelerde atıfta bulunulan gelişen zarar ile devam eden zarar ayrımını zikretmekte yarar vardır. Devam eden zarar, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra zararın meydana çıkmasının zamana yayılmasıdır. Anılan durumda niteliğinden dolayı kapsamı belirlenmesi mümkün olan zararlar bakımından zarar gören bunları öğrendiği andan itibaren (örneğin haksız fiil neticesinde ortaya çıkan sakatlık halinde bunun derecesi ve neden olduğu kazanç kaybı öğrenildiğinde) iki yıllık zamanaşımı işlemeye başlar. Bu yönde Ergin Akçay, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 66. Bununla birlikte zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğacağını mağdurun henüz öngöremediği zararlar bakımından zamanaşımı on yıllık süre içerisinde ilgili zararı öğrendiği andan itibaren başlayacaktır. Bu yönde Baysal, *Haksız Fiil*, N. 9.20. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1981/415 (22.01.1981) kararından: "... Zararın birliği prensibi" olarak tanımlanan ve Alman ve İsviçre uygulamasında da yerleşmiş bir içtihad olarak benimsenen bu temel prensibe göre; haksız fiilden doğan zararların tümü, birbirinden bağımsız ayrı ayrı zararlar toplamı olarak değil de, bir birlik olarak ele alınır; bundan dolayı, zarar gören genel olarak zararın varlığını öğrendiği anda, ileride doğacağı öngörülebilir başkaca zararlı sonuçları da öğrenmiş sayılır ve bir birlik olarak düşünülen zararın tümü için zamanaşımı da bu andan işlemeye başlar. Ancak zamanaşımı yönünden zararın teklifi ve bölünmezliği (bütünlüğü) esas alınarak tespit ve kabul edilen bu kuralın bazı özel durumlarda uygulanması mümkün değildir; mesela; zarar görenin zararın varlığını öğrendiği anda ileride doğabileceğini öngöremediği zararlar sonradan ortaya çıkarsa, bu zararların tazmini için zamanaşımı, bunları öğrendiği günden işlemeye başlar. Yine bu cümleden olarak hukuka aykırı eylemin veya sorumluluğu doğuran sebebin sürekli müdahalesinden, kendi bünyesinde bütünleşmiş tek tek özel zararlar doğması halidir ki, bu halde her bir zarar için bağımsız bir zamanaşımı sözkonusudur..." Bununla birlikte zararın kapsamı gelişen bir durumdan ileri geliyorsa gelişme sona ermedikçe henüz iki yıllık zamanaşımı süresi başlamaz. Oğuzman - Öz, *Borçlar II*, N. 223; Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 719. Bu bağlamda örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, K. 2022/1021 (27.01.2022) kararından: "... Gelişen durum; olay sonucu meydana geldiği halde, başlangıçta bilinen yaralanmalar dışında, sonradan ortaya çıkan veya gelişen, olaya bağlı vücut bütünlüğünü bozan sonuçlar olarak tanımlanabilir. Trafik kazası sonucu yaralanmalar nedeni ile ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacaktır..."

<sup>378</sup> Tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden kasıt zarar görenin kusur sorumluluğu bakımından zarar vereni, kusursuz sorumluluk hallerinde ise sorumlu kişiyi ve onun sorumluluğunu öğrenmesidir. Bu yönde Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht*, 3. Auflage (Zürich: Stämpfli, 2018), N. 1928. Bu olgu, zarar görenin ilgili kişinin tazminat ödemekle yükümlü olabileceğini varsayması ile değil ancak onun tazminat yükümlülüğünü temellendiren olguları öğrendiği veya öğrenmesi gerekmesi ile gerçekleşir. Bunun için bkz. Keller - Gabi - Gabi, *Haftpflichtrecht*, 163.

<sup>379</sup> Kusur sorumluluğu bakımından mutlak zamanaşımı süresinin başlaması bakımından belirleyici olan zararı doğuran davranıştır. Sonradan ortaya çıkan zararlar bakımından zararın algılanabilir hale gelmesinden önce tazminat alacağının zamanaşımına uğraması tehlikesi bulunduğu için bu kistas özellikle öğretide tartışmaya neden olmaktadır. Bazı yazarlar, kanun metnine dayanarak anılan olasılıkta da mutlak zamanaşımı süresinin fiilin işlendiği tarihten itibaren işleyeceğini ileri sürer iken (von Tuhr / Peter, *Allgemeiner Teil*, s. 439), bazıları ise anılan olasılıkta, zarar doğmadan veya onu öğrenmeden zarar görenin tazminat talep hakkını kaybedecek olmasının çok edici olduğundan hareketle, ilk defa zararın nesnel olarak görünür olduğu an olarak ele alınması gerektiği görüşündedir (Werro, *Responsabilité*, N. 1541). Bu tartışmanın dışında eğer zarar verici fiil devamlı bir niteliği haiz ise bu on yıllık süre fiilin tamamlandığı tarihten itibaren işlemeyecektir. Bu yönde Tekinay - Akman - Burcuoğlu - Altop, *Tekinay Borçlar*, 720. Kusursuz sorumluluk halleri bakımından ise bu süre sorumluluğu doğuran olgunun gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bunun için bkz. Rey - Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N. 1869.

<sup>380</sup> Zararın teklifi ilkesi hakkın ayrıca bkz. İbrahim Gül, "Zararı Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi, *Ankara Barosu Dergisi* 0/4 (2018) 150-154.

tabi olduğu zamanaşımı süresi depremin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Nitekim bir alacağa zamanaşımının işleyebilmesi için alacağın muaccel olması gerekeceğinden haksız fiilin gerçekleşmesine rağmen henüz zararın doğmadığı olasılıkta TBK m. 72’de öngörülen zamanaşımı süreleri işlemeye başlamayacaktır<sup>381</sup>. Başka bir görüş ise depremden doğan zararlarda sorumlu olan kişinin yıkılan yapı ile ilgisini teslim ile birlikte kestiğini, yapının yıkılmasında eksiklik ve sorumluluğun bu tarihte başladığını olduğunu, zarara neden olan fiilin bu tarihte tamamlandığını ileri sürerek bu fiilin gerçekleşmesinden itibaren on yıldan uzun süre sonra zararın doğması halinde tazminat alacağının zamanaşımına uğrayacağını savunmaktadır<sup>382</sup>. Diğer bir görüş ise yapım bozukluğu ile onarım eksikliği arasında bir ayırma bulunarak yapım bozukluğundan kaynaklanan sorumluluğun yapı eserinin inşa edildiği tarihten itibaren başlayacağını; bakım eksikliğinden kaynaklı tazminat taleplerinin ise ilgili eksiklik giderilmedikçe zamanaşımının işlemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>383</sup>.

Kanaatimizce depremde binaların yıkılması veya ağır hasar görmesi bağlamında doğan haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacağının tabi olduğu mutlak zamanaşımı depremin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Öğretide kabul edildiği üzere TBK m. 152’de düzenlenen zamanaşımının durma sebepleri, haksız fiilden doğan alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı bakımından da uygulama alanı bulmaktadır<sup>384</sup>. Bu bağlamda on yıldan daha uzun bir zaman önce teslim edilmiş olsa bile yasal mevzuata aykırı olarak inşa edilmiş binanın (ve içindeki veya çevresindeki eşya ve insanların) anılan sebepten dolayı yıkılması veya ağır hasar görmesi, diğer bir ifadeyle zarar, deprem anında gerçekleşmiştir. Anılan zamana kadar zarar henüz doğmamış olduğundan bu alacağa zamanaşımı süresi işletilmesi öğretinin önemli bir bölümü tarafından sadece nesnel değil aynı zamanda öznel sebeplere de dayanabileceği ileri sürülen<sup>385</sup> TBK m. 152 / b. 6 uyarınca Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânı bulunmadığı sürece zamanaşımının duracağına ilişkin kuralı ihlal eder. Bu bağlamda her ne kadar hukuka aykırı fiil veya sorumluluğu doğuran olgu on yıldan önce gerçekleşmiş olsa da zamanaşımı henüz zarar doğmadığı için mahkemede ileri sürülebilir hale gelmediğinden TBK m. 152 / b. 6 uyarınca duracaktır<sup>386</sup>. Bu bağlamda Yargıtay’ın zamanaşımını depremden itibaren başlatan müstakar uygulamasının farklı gerekçelerle de olsa sadece adalet hissine uygun değil aynı zamanda zamanaşımına ilişkin kurallara da uygun olduğu kanaatindeyiz.

<sup>381</sup> 1999 depremine dair yüksek mahkeme kararlarından bu yönde Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2002/8888 (11.07.2022); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2002/14290 (18.12.2002); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5544 (29.04.2003); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/3673 (27.03.2003); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2003/5412 (28.04.2003); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2003/393 (04.06.2003); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2003/594 (22.10.2003); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2004/8595 (30.06.2004); manevi tazminat alacağının da zamanaşımının aynı zamanaşımı süresine tabi olduğunu da vurgulayarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/16941 (28.10.2015); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2017/2016 (20.12.2017). Bu yaklaşıma katılan ancak binanın inşasının tamamlanmasından on yılı aşkın bir süre sonra ortaya çıkan zarar ile yapıdaki bozukluk arasında nedensellik bağı bulunmamasının kuvvetle muhtemel olduğunu belirten Saraçoğlu, *Yapı Maliki*, s. 161-162. On yıllık süresinin “zararın meydana geldiği tarihten itibaren” başlayacağını ileri sürerek bu şekilde anlaşılmaya müsait Erten, *İnşa Eseri*, s. 208. Öğretide yoğun biçimde eleştirilen bu karardan sonra hazırlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 72. maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinden farklı olarak, uzun zamanaşımının başlangıcının belirlenmesi için “zararı müstelzim fiilin vukuundan” yerine “fiilin işlendiği” ne atıf yapılmış olması ve gerekçede de bu tercihin “haksız fiilin “zararı” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla” yapıldığının belirtilmesi özellikle kanun gerekçelerini de karar verirken dikkate alan Yargıtay’ın bu konuya dair yeni kanunun uygulanacağı olaylara ilişkin vereceği içtihatlarında bir değişiklik olabileceğine dair izlenim yaratmaktadır. Nitekim Yargıtay İctihadi Birleştirme Genel Kurulu, mevduat sahiplerinin *off shore* alacaklarının tahsiline yönelik açtıkları davalarda zamanaşımının başlangıcının tespitine yönelik kararında ilgili haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesi için gerekli hukuka aykırı fiil olan “off shore hesabına aktarma tarihinin esas alınması”na karar vermiştir. Bunun için bkz. Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı (Yargıtay), K. 2022/2 (22.04.2022).

<sup>382</sup> Veysel Başpınar - Mehmet Altunkaya, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımın Başlaması ve Süresi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57/1 (2008), 118 vd.; Erdem, *Zamanaşımı*, 192-193.

<sup>383</sup> Baş, *Yapı Eseri*, 160-161; bakım eksiklikleri ile ilgili aynı yönde Saraçoğlu, *Yapı Maliki*, 162

<sup>384</sup> Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess, 1964, 422. Erdem, *Zamanaşımı*, 236.

<sup>385</sup> Pascal Pichonnaz, “La prescription de l’action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme”, *Le temps dans la responsabilité civile* (Éditeurs: Franz Werro / Benoit Chappuis), (Berne: Stämpfli, 2007), 81-82.

<sup>386</sup> Bu yönde Kara, *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def’i Hakkı*, 111.

Deprem sebebiyle yıkılan veya ağır hasarlı hale gelen bina veya diğer yapı eseri ile ilgili olarak doğan kusur sorumluluğu bakımından failin fiili, ceza kanunlarına göre daha uzun bir zamanaşımı gerektiriyor ise tazminat da bu zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bununla birlikte haksız fiilin davranış yoluyla gerçekleştirildiği ihtimal için getirilen TBK m. 72/f. 1, c. 2 kusursuz sorumluluk halleri bakımından uygulama alanı bulmayacağı için yukarıda ele alınan TBK m. 69 veya TMK m. 730'dan kaynaklanan sorumlulukta bu düzenleme dikkate alınmaz<sup>387</sup>.

#### D. Geçici ödemeler

Sosyal güvenceden veya özel yardımlardan mahrum kalan, haksız fiilden dolayı uğradığı zararın giderilmesi için acil iktisadi desteğe muhtaç olan ve tazminat yükümlüsünün de sorumluluğunu sunduğu inandırıcı kanıtlarla ispat eden zarar görenlerin korunması amacıyla sevk edilen TBK m. 76 / f. 1 uyarınca *zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir*. Deprem felaketi gibi insanların iktisadi durumunu bir anda önemli ölçüde güçleştirebilen durumlarda etkinliği artabilecek olan geçici ödeme kararının, bir ihtiyati tedbir mi<sup>388</sup> diğer geçici önlem mi<sup>389</sup> yoksa ön ödeme<sup>390</sup> mi olduğu hem öğretilerde hem de uygulamada tartışmalıdır. Geçici ödeme kararının verilmesine ilişkin talep dava açılmadan önce ileri sürülemeyecek olup karar kesinleşinceye kadar her aşamada talep edilebilecektir. Kural olarak davacı tarafından talep edilebilecek olan geçici ödeme kararının verilebilmesi için ekonomik gereksinimin doğrudan doğruya zarar verici olay sebebiyle meydana gelmiş olmasının aranmaması gerekmektedir<sup>391</sup>.

TBK m. 76 / f. 2'ye göre davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminattan mahsup edilecektir. Mahsubun nasıl gerçekleştirileceğine dair ise açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda üç görüş öne çıkmaktadır. Bazı yazarlara göre hâkimin geçici ödeme miktarını tazminattan indirerek karar vermesi gerekir<sup>392</sup>. Diğer bir görüş ise hâkim önceden mahsup işlemini yapmasını sonra da kalan bedel üzerinden temerrüt faizi işleterek karar vermesi gerektiğini savunmaktadır<sup>393</sup>. Üçüncü bir yaklaşıma göre ise geçici ödemelerin mahsubu cebri icra aşamasında gündeme gelecek olup hâkim kararında tazminatı belirlemekle yetinecek ve ara kararına atıfla verdiği ön ödemelerin mahsubunun

<sup>387</sup> Koç, *Yapı Eseri*, s. 133.

<sup>388</sup> Yargıtay'ın bazı kararlarında TBK m. 76 uyarınca geçici ödemenin ihtiyati tedbir olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2019/10060 (12.12.2019); HMK m. 394 / f. 5 uyarınca itiraz hakkında verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabileceğini vurgulayan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2013/20940 (18.11.2013). Geçici ödemeleri ihtiyati tedbir olarak nitelendirmemekle birlikte ihtiyati tedbirin özel bir türü olduğunu savunan Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (İstanbul: On İki Levha) 428.

<sup>389</sup> Yargıtay'ın geçici ödemelerin geçici hukuki koruma niteliği taşıdığını belirterek bu bağlamda ara karar niteliğine vurgu yaptığı ve sadece nihai karar ile birlikte temyiz edilebileceğine karar verdiği son yıllardaki karar örnekleri için bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K: 2021/14123 (15.11.2021); Yargıtay 4. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/1134 (05.03.2020).

<sup>390</sup> Yargıtay görece bazı eski kararlarında "avans" ifadesine yer vererek bu görüşü çağrıştıran değerlendirmelerde bulunmuştur. Bunun için bkz. Y. 17. HD, T: 13.04.2016, E: 2014/19996, K: 2016/4699. Bu görüşü savunan Onur Altınkan, *Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler*, (İstanbul: Seçkin, 2023) 248. Geçici ödemelerin bir ön ödeme olup geçici hukuki koruma görüşü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde

<sup>391</sup> Nitelikim bu düzenleme gerekçede verilen örnekten de anlaşılacağı üzere sosyal güvenlikten yararlanamayacak durumdaki kişilerin acil parasal destek ihtiyacını karşılamak için sevk edilmiştir. Geçici ödemeler açısından zarar görenin acil ihtiyacına yönelik vurgunun yapıldığı Y. 17. HD, T: 15.03.2021, E: 2020/532, K: 2021/2737.

<sup>392</sup> Bu elde edilecek meblağa haksız fiil tarihinden itibaren temerrüt faizi işletilecek olup yine haksız fiil tarihinden ödeme tarihine kadar yapılan geçici ödemeye de faiz işletilmesi gerekmektedir. Bunun için bkz. Murat Aydoğdu – Serkan Ayan, *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler* (Adalet: Ankara, 2014), 37.

<sup>393</sup> Aşlı Makaracı Başak - Gülen Sinem Tek, "Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/Özel Sayı (2014) 1133; Altınkan, *Geçici Ödemeler*, 604.

yapılacağını belirtecektir<sup>394</sup>. Tazminata hükmedilmemesi veya geçici ödeme miktarından daha az miktarda hükmedilmesi durumunda ise aşan kısmın yasal faizi ile iadesi gerekecektir<sup>395</sup>.

## Sonuç

Depremden etkilenen binaları konu edinen sözleşmelerin önemli bir bölümünün TBK'nın ve TKHK'nın yürürlüğe girdiği tarihlerden önce kurulmuş olduğu da göz önüne alındığında, kanunun zaman bakımından uygulanabilirliğinin belirlenmesi önemlidir. Gerek borçlar hukukunda gerek tüketici hukukunda, satış, eser ve kira sözleşmelerinde ayıptan sorumluluğun maddi şartları bakımından, ayıbın varlığının arandığı (karşı edim hasarının geçtiği) anda, şekli şartları bakımından ise muayene ve ihbar külfetinin başladığı (fiilî dolaysız ziyetliğin elde edildiği) anda yürürlükte bulunan kanuna bakmak gerekir. Buna karşılık seçimlik hakların kullanılması sonucunda ortaya çıkan temerrüt, sona erme ve tasfiyede, seçimlik hakkın kullanıldığı sırada yürürlükte bulunan kanun hükümleri uygulanmalıdır.

Kötü ifa ve haksız fiil sorumluluğu bakımından ise durum daha nettir. Nitekim hem kötü ifada hem de haksız fiilde, sorumluluğun şartları depremin yol açtığı zararın ortaya çıktığı tarih itibarıyla tamamlanmış olacağından yürürlükteki TBK hükümleri uygulama alanı bulur (6101 sayılı Kanun m. 1).

Satış sözleşmesine konu binanın, Türkiye'de gerçekleşmesi her zaman mümkün olan depreme dayanıklı olması, dürüstlük kuralına göre alıcının yapıdan beklediği lüzumlu vasıflardan biridir. Satıcı yapının depreme dayanıklı olduğunu, ciddi ve bağlayıcı şekilde ayrıca bildirmişse ve alıcı da dürüstlük kuralına göre bunu beklemekte haklı ise depreme dayanıklılık, vaat edilen vasıf niteliğini de kazanır. Satıcının sorumluluğuna yol açan ayıbın karşı edim hasarının geçişi anında mevcut olması gerekir. Binalar bakımından hasar, kural olarak (TBK m. 245'teki istisnalar dışında), gerek BK m. 216 gerekse TBK m. 245 uyarınca, taşınmazdan iktisadi olarak yararlanma imkânının elde edildiği (fiilî dolaysız veya dolaylı ziyetliğin devri yoluyla fiilî hâkimiyetin kazanıldığı) an ile alıcıya geçer ve ayıbın varlığı bu anda aranır.

Deprem sebebiyle kullanılması mümkün olmayan binalarda sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik hakların kullanılması genellikle mümkün olmaz. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, tüketici satışları ile ticari satışlar da dâhil olmak üzere, TBK m. 229'a tabidir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının öncelikli sonucu tarafların iade borcunun doğmasıdır. Satıcı ayıp sebebiyle uğranılan doğrudan zarardan hiçbir kusuru bulunmasa dahi sorumludur (TBK m. 229/f. 1, b.3). Doğrudan zararın kapsamına hangi kalemlerin girdiği öğretide oldukça tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş, doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımında illiyet bağının yoğunluğuna vurgu yapmaktadır.

Satıcının ayıplı ifası TBK m. 112 uyarınca kötü ifadan (sözleşmenin olumlu ihlalinden) tazminat sorumluluğuna da yol açar ve ayıptan sorumluluk ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluk yarışma hâlinindedir.

Satıcının sorumluluğunun zamanaşımı bakımından şu tespitler yapılabilir:

Satıcının ağır kusurlu olmadığı durumlarda ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, 5 yıldır (BK m. 215/f. 3; TBK m. 244/f. 3). Başlangıcı ve süresi bakımından BK ile TBK arasında bir farklılık olmadığından, 01.07.2012'de TBK'nın yürürlüğe girmesinin, 01.07.2012'den önce işlemeye başlayan zamanaşımına bir etkisi bulunmamaktadır. Tüketici işlemlerinde de durum aynıdır. Satıcının ağır kusurlu olmadığı durumlarda ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, 5 yıldır (eTKHK m. 4/f. 4; TKHK m. 12/f. 1). TKHK,

<sup>394</sup> Buna göre icra memuru fiilen yapılan ödemeleri tazminat miktarından indirecek; haksız fiil tarihinden ilk geçici ödeme tarihine kadarki süre için tazminat alacağına faiz işletilecek ve ödenmiş bir başka geçici ödeme daha mevcutsa onun da miktarı düşülerek bir sonraki ödemeye kadar faiz işletilecektir. Bu yönde Gökhan Antalya, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: "Geçici Ödeme"", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8/Özel Sayı (2013) 196.

<sup>395</sup> Bu düzenleme sebepsiz zenginleşmeye dair özel bir hükümdür. Bu yönde Antalya, *Geçici Ödeme*, 197. Bu düzenlemenin kanundan doğan bir iade yükümlülüğü niteliğinde olduğuna yönelik Makaracı Başak / Tek, *Geçici Ödeme*, 1137; Altınkan, *Geçici Ödemeler*, 607.

satıcının ayıptan sorumluluğundaki zamanaşımının (5 yıllık sürenin) başlangıcını yahut süresini değiştirmedikten 28.05.2014'te TKHK'nın yürürlüğe girmesinin, işlemeye başlayan zamanaşımına bir etkisi yoktur.

Satıcının ağır kusurlu olduğu durumda ayıptan sorumluluk için, TBK m. 244/f. 3'te, BK'ya göre daha uzun zamanaşımı süresi (20 yıl) öngörülmüştür. Bu sebeple TBK'nın yürürlüğe girdiği sırasında BK'daki kısa zamanaşımı dolmuş olsa da dolmamış olsa da BK'daki kısa süre uygulanmaya devam eder (6101 sayılı Kanun m. 5). Tüketici işlemlerinde de satıcı ağır kusurluysa genel hükümlere gitmek gerektiğinden, durum aynıdır. Taşınmazın fiilî dolaysız zilyetliği TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den sonra devredilmişse TBK m. 244/f. 3'teki yirmi yıllık zamanaşımı uygulanır. Buna karşılık, TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012'den önce teslim edilen taşınmazlar bakımından BK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı uygulanır ve TBK'nın 01.07.2012'de yürürlüğe girmesi, zamanaşımına etki etmez.

Hukukumuzdaki mevcut yasal düzenlemelere göre, deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen bina sebebiyle zarar görenlerin, TBK m. 112'den doğan tazminat taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, zararın meydana gelmesi ile işlemeye başlar. Zamanaşımı süresinin TBK'nın yürürlüğü sırasında işlemeye başlaması itibarıyla yürürlük hukuku bakımından herhangi bir sorun yoktur.

Gerek eTTK gerek TTK dönemindeki tacirler arası ticari iş niteliğindeki taşınmaz satışlarındaki ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, BK'ya veya TBK'ya tabi olduğundan, aynı esaslar uygulanır.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı, tüm bu ihtimallerde, hasarın geçiş anında olduğu gibi, taşınmazdan iktisadi olarak yararlanma imkânının elde edildiği (fiilî dolaysız veya dolaylı zilyetliğin devri yoluyla fiilî hâkimiyetin kazanıldığı) andan itibaren işlemeye başlar.

Satıcının ayıptan sorumluluğu ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun karşılaştırılması bakımından şu tespitler yapılabilir:

Taşınmaz satışına konu binanın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi sonucunda ortaya çıkan zarar, alıcının veya yakınlarının ölmesi, yaralanması ve/veya mallarının hasara uğraması olarak ortaya çıkar. Alıcının veya alıcının mirasçılarının en önemli menfaati de bu zararın giderilmesi olur. Kişiye ve şeye gelen zararlardan (bütünlük menfaatinin ihlalden), sorumluluğun hukuki sebebi, satış özelinde, ayıptan sorumluluk çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılırsa TBK m. 229 veya -ayıptan sorumluluğa gidilirse bile- sözleşmenin olumlu ihlali olarak TBK m. 112 olur. TBK m. 229/f. 1'in TBK m. 112'den yegâne farkı, doğrudan zararlardan satıcının kusursuz sorumluluğudur (TBK m. 229/f. 1-b. 3). Ne var ki bütünlük menfaatinin (kişiye ve/veya şeye gelen zararın) doğrudan zarar kapsamında yer almadığı yönündeki görüş kabul edilirse, doğrudan zarar dışında kalan zararlar da kusur sorumluluğuna bağlı olduğundan (TBK m. 229/f. 2), TBK m. 229'un avantajı ortadan kalkmaktadır.

Satıcının ağır kusuru dışında, TBK m. 229 uyarınca zararın tazmini, TBK m. 112'ye nazaran daha kısa zamanaşımına tabidir (BK m. 125 ve TBK m. 146 uyarınca on yıl yerine BK m. 215/f. 2 ve TBK m. 244/f. 3 uyarınca beş yıl). Bunun yanı sıra, TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun TBK m. 146 uyarınca tabi olduğu on yıllık zamanaşımı, zararın meydana geldiği (yani satışa konu yapının kullanılamaz hâle geldiği) andan itibaren başlamışken; ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, fiilî zilyetliğin devrinden (çoğunlukla teslimden) itibaren başlamıştır. Şu hâlde, kişiye veya şeye gelen zararlar yönünden, satıcının TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna gitmek çok daha avantajlıdır. Şu var ki deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen yapının depremden kısa bir süre önce edinilmiş olması hâlinde satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurmak daha avantajlı olur. Ayıptan sorumluluğun bu ayrıcalıklı imkânları, bazı özel şartların gerçekleşmiş olmasına (muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmiş olması veya satıcının ağır kusurlu olması) bağlı olduğu gibi satıcının ağır kusurlu olduğu hâller dışında daha kısa zamanaşımına tabidir.

Görüldüğü üzere, 01.07.2012'den sonra teslim edilen ve satıcının ayıplı ifade ağır kusurlu olduğu yapılar dışında, TBK m. 112 uyarınca sorumluluk, ayıptan sorumluluktan daha avantajlıdır.

Satış sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesine konu binanın depreme dayanıklı olması, dürüstlük kuralına göre alıcının binadan beklediği lüzumlu vasıflardan biridir. Bunun yanı sıra depreme dayanıklılık, taraflarca da kararlaştırılmış olabilir. Bu iki durumda da eser sözleşmesine konu binanın deprem sonucunda kullanılmayacak hâle gelmesi, ayıp olarak karşımıza çıkar. Ayıbın varlığı, eserin teslimi (tamamlanmış olan eserin rahat zilyetliğinin iş sahibine devri) anında aranır.

Tüketicieye konut veya tatil amaçlı taşınmaz arzını konu edinen sözleşmenin niteliğinden bağımsız olarak ayıplı mallara ilişkin hükümler (eTKHK m. 4; TKHK m. 8-12) uygulanır. Bu anlamda, satışta da eserde de taşınmazlar bakımından ayıptan sorumluluk, ayıplı mallara ilişkin hükümlere tabidir. Ayıptan sorumluluğun şartlarına ilişkin eTKHK ve TKHK arasındaki en önemli fark, tüketicinin ihbar külfetinin kaldırılmış olmasıdır. Buna göre TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014'ten önce teslim edilen binalarda tüketicinin ihbar külfeti mevcutken; bu tarihten sonra teslim edilen binalarda tüketicinin ihbar külfeti aranmaz.

Deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelen yapılar bakımından iş sahibi, ayıp oranında bedel indirimi veya ücretsiz onarım haklarını teorik olarak kullanabilse dahi genellikle en faydalı seçimlik hak sözleşmeden dönme hakkı olur. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçları, TBK m. 229/f. 1, b. 3 hükmü gibi kusursuz sorumluluk öngören bir düzenlemenin bulunmaması dışında satış sözleşmesindeki gibidir.

Eserin ayıplı teslimi, yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğuna da yol açar. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu ile TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu yarışma hâlindedir. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, satıştan farklı olarak, doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu sağlamamaktadır. Bunun yanı sıra, TBK m. 112 uyarınca sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı, zararın meydana geldiği (yani esere konu yapının kullanılamaz hâle geldiği) andan itibaren başlamışken; ayıptan sorumluluğun zamanaşımı, teslimden itibaren başlamıştır. Bu itibarla uğranılan zararların tazmini bakımından yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğu çok daha avantajlıdır.

Yüklenicinin sorumluluğunun zamanaşımı bakımından şu tespitler yapılabilir:

Yüklenicinin, taşınmaz yapılarda ayıptan sorumluluğunun zamanaşımı süresi, teslimden itibaren kural olarak beş yıldır (BK m. 363/f. 2; TBK m. 478; eTKHK m. 4/f. 4, TKHK m. 12/f. 1). Yüklenicinin ağır kusurlu olmadığı hâllerde zamanaşımının başlangıcı ve süresinde mülga kanunlar (BK ve eTKHK) ve yürürlükteki kanunlar (TBK ve TKHK) arasında hüküm farklılığı bulunmadığından, TBK'nın ve TKHK'nın yürürlüğe girmesi, eski kanun döneminde işleyen zamanaşımına etkide bulunmaz.

Buna karşılık yüklenicinin ağır kusurlu olduğu hâllerde, tüketici işlemleri de dâhil olmak üzere, TBK m. 478'de daha uzun zamanaşımı süresi (yirmi yıl) öngörülmüş olduğundan, BK m. 125 uyarınca işlemeye başlayan on yıllık süre uygulanmaya devam eder ve TBK'nın yürürlüğünden etkilenmez.

Yüklenicinin TBK m. 112 uyarınca sorumluluğunun tabi olduğu zamanaşımı, şayet yüklenici ağır kusurlu değilse TBK m. 147/b. 6 uyarınca beş yıl, yüklenici ağır kusurlu ise TBK m. 478 uyarınca yirmi yıldır. Zamanaşımının başlangıcı ise zararın meydana geldiği andır.

Kiralanan taşınmazın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi, kiraya verenin bu borcunun ifasının imkânsızlaşmasına yol açar. Kiraya veren, ifa imkânsızlığından sorumlu ise TBK m. 112 uyarınca kiracının uğradığı zararı tazminle yükümlüdür. Kiralanan taşınmazın deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi, aynı zamanda kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna da yol açabilirse de kiraya verenin tazminat sorumluluğu bakımından TBK m. 112'ye dayanması ile TBK m. 308 arasında pratik farklılık

bulunmamaktadır. Kiraya verenin gerek TBK m. 112 gerek TBK m. 308 uyarınca tazminat sorumluluğu TBK m. 146 uyarınca on yıllık zamanaşımına tabidir.

Konaklayanın, konakladığı yerin deprem sebebiyle kullanılamaz hâle gelmesi sebebiyle uğradığı zararlardan sorumluluğu, konaklama hizmeti alan (konaklayan) kimse ile arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan, sözleşmenin olumlu ihlali olarak TBK m. 112'ye tabidir. Bununla birlikte, konaklama hizmeti veren bazı yerlerin, şeye gelen zararlardan sorumluluğu ise, TBK m. 576-578 hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir.

Deprem ile bağlantılı olarak ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğu ile ilgili olarak hukuka aykırılık kavramı bakımından belirleyici olan, benimsediğimiz görüş uyarınca, ihlal edilen hukuki değer niteliğindedir. Eğer depremle ilgili ortaya çıkan davranış herkese karşı ileri sürülebilecek kişilik hakları (yaşam hakkı, fiziki ve ruhsal vücut bütünlüğü gibi), mülkiyet hakkı veya zilyetlik gibi mutlak korunan hukuki değerleri doğrudan veya dolaylı olarak ihlal ediyorsa veya bu nitelikte olmamakla birlikte ihlal edilen değeri koruyan bir hukuk normu söz konusu ise davranış hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir.

Depremden sonra ortaya çıkan ve mülkiyet hakkı ihlaline sebebiyet verdiği için yukarıdaki tanıma uygun şekilde hukuka aykırı davranış olarak nitelendirilebilecek yağma, hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal eden olaylar, zorunluluk halinin şartlarının varlığı hâlinde, doğduğu andan itibaren hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bununla birlikte deprem felaketiyle ilgili yaşam hakkının korunması amacıyla zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilecek davranışlardan doğan orantılı malvarlıksal kayıplardan dolayı -eğer ilgili menfaat kaybı sigortalanmamış ise- uygun bir denkleştirme bedelinin ödenmesine hakkaniyet uyarınca hükmedilmesi gerekmektedir.

Depremde ölen kişilerin mirasçıları TBK m. 53 uyarınca cenaze giderlerini<sup>396</sup>, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerini ve bu dönemde gerçekleşen çalışma gücü azalmasından veya yitirilmesinden kaynaklı kayıpları talep edebileceklerdir. Depremde yaralananların sorumlulardan talep edebileceği başlıca zarar kalemlerinden olan bedensel zararların kapsamına ise TBK m. 54 uyarınca özellikle tedavi giderleri, kazanç kayıpları, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar girmektedir. Kanunda açıkça düzenlenmese de haksız fiilden dolayı bir şey de zarara uğrayabilir. Bu bağlamda deprem bağlamında ortaya çıkan şeye gelen zararlar, deprem anında binaların veya diğer yapı eserlerinin, binaların içinde bulunan eşyaların veya çevresine park etmiş arabaların yok olması veya hasarlı hale gelmesi yüzünden doğan zararlardır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, eğer eski hale getirme bedeli, gerçek bedelin üzerinde ise gerçek bedele hükmedilmelidir. Zararın tamirat masraf miktarına eşit olması gerekirken, haksız fiilin bu unsurunun kavramsal içeriği ile bağdaşmayan bu yaklaşım kabul edilmesi durumunda deprem sonucunda eşyanın ağır hasarlı hale gelmesi yüzünden uğranılan zararın tazmininde eşyanın değerine hükmedilmesi gerekecektir.

Depremin mücbir sebep teşkil ederek zarardan sorumluluğun doğmasını önleyeceği durum, binanın, yazılı bulunan yapı yönetmeliklerine ve teknik koşullara uygun yapılmasına rağmen deprem nedeniyle

<sup>396</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, K. 2021/5547 (28.09.2021) sayılı kararından: "...Cenaze giderleri; ölümle doğrudan doğruya ilgili bulunan ve ölenin dini ile sosyal ve ekonomik durumuna uygun giderlerden ibaret olup ölenin taşınması, yıkılması, gömülmesi, mezarlık ücreti gibi giderleri kapsar. Davalı taraf, davacıların meydana gelen trafik kazası sonucu oluşan gerçek defin gideri zararlarının tazmini ile sorumlu olup davacı tarafın yerel örf ve adetlerine göre yaptığı özel giderlerden sorumlu değildir...". Öğretide terekeden ödenmemiş olması durumunda cenaze masraflarını kim karşıladıysa TBK m. 53 / b. 1 uyarınca onun talepte bulunabilmesinin uygulamada ortaya çıkabilecek bazı karmaşık sorunları engelleyebileceği yönündedir. Bu yönde Oğuzman - Öz, Borçlar II, N. 306. Kanaatimizce TMK m. 507 uyarınca da tereke gideri olarak nitelendirilen bu borcun başka bir kişi tarafından ödenmesi üçüncü şahsın borcu ifası niteliğinde olup ödemede bulunan -eğer bağışlama mevcut değilse, aralarındaki sözleşmeye veya böyle bir hukuki işlemin bulunmaması durumunda sebepsiz zenginleşme veya sebepsiz zenginleşme uyarınca ancak mirasçılara rücu edebilecektir. Mirasçılar da üçüncü kişiye yapmış oldukları TBK m. 53/ b. 1 uyarınca failden talepte bulunabilecektir. Ödemede bulunanın failden doğrudan talepte bulunmasının daha kolay uygulanabilir olması üçüncü şahsın borcu ifasına ilişkin ilkelerin göz ardı edilmesini meşrulaştırmamalıdır. Mirasçılardan birinin bu masrafi yapması halinde onun failden bu giderlerin tazminini talep edebileceği yönünde Antalya, Borçlar, N. 610.

yıkılmasıdır. Bazen de deprem mücbir sebep olarak nedensellik bağıını kesmese de tazminatın belirlenmesinde TBK m. 51 / f. 1 uyarınca dikkate alınabilir. Bu bağlamda yapı eseri mevzuata uygun bir şekilde inşa edilmemiş olsa dahi depremin şiddetinin büyüklüğü tazminatta bir indirim sebebi olarak ele alınabilir.

Deprem sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumluluk bağlamında sarsılan binada kiracı olarak bulunan kimse, saksıyı veya çanak anteni hiç veya gereği gibi sabitlememiş olması veya yıkılan bina kirişlerini çeşitli sebeplerden kesmiş olması; depremden sağ çıkmakla birlikte vücudunda önemli miktarda kırıklar bulunan kişiyi taşıırken idari bir görevi olmayan kişi, yaralıyı kasten şiddetli bir şekilde sarsması; yüklenici, yasal mevzuata uymaksızın yapı eserini inşa etmiş olması; mimar, mimari projesinde binanın yıkılmasında etkisi olan bir yanlışlık yapmış olması; yapı denetim şirketi, yıkılan veya hasar gören yapıya ilişkin mevzuata uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamamış olması yüzünden kusurludur. Kusur sadece kusur sorumluluğunun doğması bakımından bir şart değil aynı zamanda tazminatın belirlenmesi bakımından da belirleyici bir kıstastır. Bu durum özellikle binanın kolonlarını kesmiş kiracının bina malikinden tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı sorununda somut hale gelmektedir.

Tamamlanmış ve tahsis amacına uygun olarak kullanılan veya tamamlanmamış olmakla birlikte tahsis amacına uygun şekilde devredilmiş ya da inşaat halinde iken terk edilmiş bina veya diğer yapı eserinin yapımdaki bozukluğunun -depremde yapı eserinin tamamen yıkılmasıyla veya ağır hasara uğramasıyla- maddi veya manevi zarara neden olması durumunda TBK m. 69 uyarınca sorumlu olan, zararın meydana geldiği tarihte yapının maliki olan kişidir. TBK m. 69 / f. 2 uyarınca zararın ilgili binadaki bakım eksikliğinden (veya bakımındaki eksikliğin (kolonların onarılmaması gibi) doğması durumunda olay tarihindeki malik ile birlikte bina üzerinde intifa ve oturma hakkını haiz olanlar da müteselsilen olur.

Depremde binaların yıkılmasından veya ağır hasar görmesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan, birden fazla kişinin sorumluluğu mevcut olabilir. Bu durumda TBK m. 61 ve TBK m. 62 hükümleri uygulanacaktır.

Depremde binaların yıkılması veya ağır hasar görmesi bağlamında doğan haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacağının tabi olduğu mutlak zamanaşımı depremin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır. Bu bağlamda Yargıtay'ın müstakar uygulamasının sadece adalet hissine uygun değil aynı zamanda zamanaşımına ilişkin kurallara da uygun olduğu kanaatindeyiz. On yıldan daha uzun bir zaman önce teslim edilmiş olsa bile yasal mevzuata aykırı olarak inşa edilmiş binanın (ve içindeki veya çevresindeki eşya ve insanların) anılan sebepten dolayı yıkılması veya ağır hasar görmesi, diğer bir ifadeyle zarar, deprem anında gerçekleşmiştir. Anılan zamana kadar zarar henüz doğmamış olduğundan bu alacağa zamanaşımı süresi işletilmesi öğretinin önemli bir bölümü tarafından sadece nesnel değil aynı zamanda öznel sebeplere de dayanabileceği ileri sürülen TBK m. 152 / b. 6 uyarınca Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânı bulunmadığı sürece zamanaşımının duracağına ilişkin kuralı ihlal eder. Bu bağlamda her ne kadar hukuka aykırı fiil veya sorumluluğu doğuran olgu on yıldan önce gerçekleşmiş olsa da zamanaşımı henüz zarar doğmadığı için mahkemede ileri sürülebilir hale gelmediğinden TBK m. 152 / b. 6 uyarınca duracaktır.



## Kaynakça

- Acar, Faruk. *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-321)*. 2. Bası. İstanbul: Beta, 2015.
- Açıkgöz, Aslı. “Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80 / 4 (Aralık 2022): 1267-1297.
- Akçay, Ergin. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Akkurt, Sinan Sami. “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I - Sözleşme Sorumluluğu”. *SÜHFD*. 31/1 (2023): 229-260.
- Akkurt, Sinan Sami. Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – II – Haksız Fiil Sorumluluğu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31 / 2 (2023): 395-428.
- Akman, Galip Sermet. *Taşkın İnşaat*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Antalya, Gökhan. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: “Geçici Ödeme””. *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8/Özel Sayı (2013): 185-200.
- Antalya, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: V/1-2, Marmara Hukuk Yorumu*. Seçkin: Ankara, Genişletilmiş 2. Baskı, 2019.
- Aral, Fahrettin - Hasan Ayrancı, Hasan. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 13. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Arat, Ayşe. Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/2 (2018): 325-366.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. 4. Baskı. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014.
- Atamer, Yeşim. *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*. İstanbul: Beta, 1996.
- Ayan Serkan. “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24/4 (2020): 3-59.
- Aydıncık Midyat, Şirin. “Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 75/2 (2017) 609-658.
- Aydoğdu, Murat. “Taşınmaz Satış sözleşmesi”. *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*. Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun. 2. Baskı. İstanbul: Aristo, 2018.
- Aydoğdu, Murat –Ayan, Serkan. *Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler*. Adalet: Ankara, 2. Baskı, 2014.
- Baysal, Başak. *İstanbul Şerhi Cilt 8 6101 Sayılı TBK’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Şerhi*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*. Ankara: Yetkin, 1998.
- Baş, Ece. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk TBK m. 69. (BK m. 58)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Başpınar, Veysel - Altunkaya, Mehmet. “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımın Başlaması ve Süresi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/1 (2008): 95-132.

- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76*, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Baysal, Başak. *Zarar Görenin Kusuru*. (İstanbul: On İki Levha, 2012).
- Berger, Bernhard. *Allgemeines Schuldrecht*. 3. Auflage. Zürich: Stämpfli, 2018.
- Brehm, Roland. *Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*. Bern: Stämpfli, 5. Auflage, 2021.
- Çabri, Sezer. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu*. Ankara: Adalet, 2013.
- Çabri, Sezer. *6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. Ankara: Adalet, 2016.
- Çağlayan Aksoy, Pınar: *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Bası, 2022.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan. *Müteselsil Sorumluluk*. Ankara: Seçkin, 2015.
- Demir, Zeynep Rana. "Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar". *Sorumluluk Hukuku*, (Editör: Başak Baysal) İstanbul: On İki Levha, 2019, 161-203.
- Deschenaux, Henri – Tercier, Pierre. *La responsabilité civile*. Berne: Editions Staempfli & Cie SA, 3<sup>e</sup> édition avec la collaboration de Vincent Perritaz - Alborz, 1982.
- Erdem, Mehmet. *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 28. Baskı. Ankara: Legem, 2023.
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Erişir, Evrim. *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*. İstanbul: On İki Levha, 2013.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Olumsuz Zarar*. İstanbul: Beta, 2008.
- Fischer, Willi – Böhme, Anna - Gähwiler, Fabian. *Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*. (Herausgeber: Jolanta Kren Kostkiewicz - Stephan Wolf - Marc Amstutz - Roland Fankhauser). Zürich: Orell Füssli, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage. 2023.
- Fischer, Willi. *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*. (Herausgegeben: Willi Fischer - Thierry Luterbacher). Zürich: Dike Verlag AG, 2016.
- Gauch, Peter. *Der Werkvertrag*. Zürich: Schulthess, 1996.
- Gauch, Peter – R. Schlupe, Walter - Emmenegger, Susan. *OR AT Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil I*. 11. Auflage. Zürich: Schulthess, 2020.
- Gauch, Peter - Schlupe, Walter R. - Emmenegger, Susan. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II*. 10. Auflage. Zürich: Schulthess, 2014.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Genç Arıdemir, Arzu. *Kat Mülkiyeti I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Giger, Hans. *BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR*. Bern: Stämpfli, 1997.
- Gönül Koşar, Günhan. *Haksız Fiil Sorumluluğuna Kusur ve Etkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Gül, İbrahim. "Zararı Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi* 0/4 (2018) 145-162.
- Gümüş, Mustafa Alper. "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt-I (Madde: 1-46)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Hatemi, Hüseyin. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt II, Sözleşme-Sözleşme Dışı Sorumluluk*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Higi Peter - Schönle, Herbert. *ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR*. Zürich: Schulthess, 2005.
- Honsell, Heinrich. *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. 5. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Honsell, Heinrich - Isenring, Bernard - Kessler, Martin A. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 5., neu bearbeitete und ergänzte Auflage, 2013.
- Kanışlı, Erhan. "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 78/3 (2020): 1413-1468.
- Işık, Serpil. "Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi". *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9/2 (2023): 385-416.
- İnal, Emrehan. "Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXX/1 (2012): 245-276.
- İnal, H. Tamer. *Tüketici Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2014.
- İnceoğlu, M. Murat. *Kira Hukuku Cilt I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2014).
- İnceoğlu M. Murat/Baş Süzel, Ece. "6502 sayılı TKHK'un Yürürlüğü-Özellikle Genel Esaslara İlişkin Hükümlerin Bu Açıdan İncelenmesi". *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan*. Der Yayınları. İstanbul: Der Yayınları 2015.
- Kahraman, Zafer. *İstanbul Şerhi Cilt-5*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2019. TBK m. 308.
- Kara, Doğan. *Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Defi Hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Karakocalı, Ahmet - Kurşun, Ali Suphi. *Tüketici Hukuku*. İstanbul: Aristo, 2015.
- Keller, Alfred. *Haftpflicht im Privatrecht Band I*. Bern: Stämpfli, 2002.

- Keller, Max – Gabi, Sonja – Karin, Gabi. *Haftpflichtrecht*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 3., nachgeführte und erweiterte Auflage, 2012.
- Keller, Max – Syz, Carole. *Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen*. Zürich: Schulthess, 3. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, 1990.
- Kessler, Martin A. *Basler Kommentar Obligationenrecht I*. (Herausgegeben: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser). Bern: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020.
- Koç, Nevzat. *Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukukî Sorumluluğu (BK m. 58)*. Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1990.
- Koller, Alfred. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts*. 5. Auflage. Bern: Stämpfli, 2023.
- Koller, Thomas. *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*. 5. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2011.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta. *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht OR Kommentar*. 4. Auflage. Zürich: Orell Füssli, 2023.
- Kuntalp, Erden. *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*. 2. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.
- Kurşat, Zekeriya. *İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Kurşun, Ali Suphi. "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 32/142 (Mayıs-Haziran 2019): 289-304.
- Kurşun, Ali Suphi. *Elatmanın Önlenmesi Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kurt, Ekrem. "Yapı Malikinin Sorumluluğu". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 14/ 4 (2008) 171-192.
- Kurt, L. Müjde. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK. m. 136)*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Kurtulan, Gökçe: "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23 / 1 (2017) 465-504.
- Müller, Christoph. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR*. (Herausgegeben: Andreas Furrer - Anton K. Schnyder. Zürich: Schulthess, 2016).
- Müller-Chen, Markus. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*. 4. Auflage. Zürich: Schulthess, 2023.
- Nomer, Haluk N. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi*. İstanbul: Beta, 1996.
- Nomer, Haluk Nami. "Rücu İstemine İlişkin Zamanaşımı (TBK m. 73)". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (2012): 249-255.
- Nomer, Haluk. Haksız Fillerde Müteselsil Sorumluluk, *Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 1-2 Nisan 2011*. Derleyen: Murat İnceoğlu. İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2011.
- Nomer, Halûk N.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 19. Bası. İstanbul: Beta, 2023.

- Nomer, Haluk Nami - Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*. 10. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Nomer, Haluk Nami - İlkey Engin, Baki İlkey. *Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245*. 7. Bası. Ankara: Seçkin, 2023.
- Oftinger, Karl – Stark, Emil W. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*. Zürich: Schulthess, 5. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, 1995.
- Oftinger, Karl , Stark, Emil W. *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*. Zürich: Schulthess, 4. Auflage, vollständig überarbeitet und ergänzt von Emil W. Stark, 1987.
- Oğuzman, M. Kemal - Barlas, Nami. *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*. 26. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal – Seliçi, Özer - Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, Güncellenmiş ve Eklemeler Yapılmış 24. Baskı, 2023.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. 19. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*. 14. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2018.
- Oktay Özdemir, Saibe. *İstanbul Şerhi Cilt-1*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019. TBK m. 26.
- Oral, Tuğçe. “Kahramanmaraş Depremlerinin Yarattığı Zararları Gideriminde Alternatif Bir Öneri: Taşınmazların Verdiği Zararların Ürün Sorumluluğu Kapsamında Tazmini. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72/1 (2023): 121-142.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50/1 (2001): 55-90.
- Öz, Turgut. *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*. İstanbul: Kazancı 1989.
- Öz, Turgut. “İnşaat Sektöründe Eser Sözleşmesi”. *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*. Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun. 2. Baskı. İstanbul: Aristo, 2018.
- Öz, Turgut. *İstanbul Şerhi Cilt 2*, 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019. TBK m. 112.
- Öz, Turgut. *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. 4. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.
- Permann, Richard. *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar*. 4. Auflage. Zürich: Orell Füssli, 2023.
- Pichonnaz, Pascal. “La prescription de l’action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme”, *Le temps dans la responsabilité civile* (Éditeurs: Franz Werro / Benoit Chappuis). Berne: Stämpfli, 2007, 71-106.
- Rey, Heinz - Wildhaber, Isabelle. *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess, 5. Auflage, 2018.
- Roberto, Vito. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Zürich: Schulthess, 2002.

- Rusch, Lukas. *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar*. 4. Auflage. Zürich: Orell Füssli, 2023.
- Saraçoğlu, Simge. *Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69)* İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Sayın, Feyza Eren. *Paket Tur Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Schwenzer, Ingeborg -Fountoulakis, Christiana. *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*. Bern: Stämpfli, 8. Auflage, 2020.
- Şahiniz, C. Salih. *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin, Ankara, 2008.
- Şahiniz, C. Salih. *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*. İstanbul: Seçkin, 2014.
- Seiler, Philippe. *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen aus positiver Vertragsverletzung*. Zürich/St. Gallen: Dike 2011.
- Serozan, Rona. "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", *Yasa Hukuk İctihat ve Mevzuat Dergisi XV/173/4* (Mayıs 1996): 579-598.
- Serozan, Rona. "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXI/1-2* (2003): 339-356.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2007.
- Serozan, Rona. *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. 6. bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. 3. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Siegenthaler, Thomas - Hürlimann, Roland. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*, 4. Auflage. Zürich: Schulthess, 2023.
- Stupp Eric - Oehri, Isabelle. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge*. 4. Auflage. Zürich: Schulthess, 2023.
- Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*. 6. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Tandoğan, Halûk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 5. Bası. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tandoğan, Halûk. *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)*. 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi - Akman, Sermet - Burcuoğlu, Halûk - Altop, Atillâ. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 7. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tschudi, Matthias. *SVIT - Schweizer Schriften zur Immobilienwirtschaft, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*. 4. Auflage. Zürich: Schulthess, 2018.
- Ulusan, İlhan. *Medenî Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, Ek Bölüm ile Güncelleştirilmiş 2. Baskı, 2012.
- von Ballmoos, Thomas/Kren Kostkiewicz, Jolanta. *OFK-Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OR Kommentar*. 4. Auflage. Zürich: Orell Füssli, 2023.

- von Büren, Bruno. *Schweizerisches Obligationenrecht*. Zürich: Schulthess, 1964.
- von Tuhr, Andreas - Peter, Hans. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 3. Auflage, 1984.
- Walter, Fellmann - Kottmann, Andrea. *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*. Bern: Stämpfli, 2012.
- Werro, Franz - Perritaz, Vincent. *Commentaire romand, Code des obligations I*. (Éditeurs: Luc Thévenoz - Franz Werro). Bâle: Helbing Lichtenhahn Verlag, 3<sup>e</sup> édition, 2021.
- Werro, Franz. *La responsabilité civile*. Bern: Stämpfli, 3<sup>e</sup> édition avec la collaboration de Vincent Perritaz / Alborz, 2017.
- Wildhaber Isabelle - Dede, Sevd. *BK-Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Verjährung, Art. 127-142 OR*. Bern: Stämpfli, 2021.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar. *Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu*. Ankara: Adalet, 2014.
- Yavuz, Cevdet. *Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayrılarından Sorumluluğu*. İstanbul: Beta, 1989.
- Yavuz, Cevdet - Acar, Faruk - Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. 16. Bası. İstanbul: Beta, 2019.
- Yeniocak, Umut. "Tüketici Hukuku Uygulamaları Açısından Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi". *İnşaat Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*. Editörler: Hakan Tokbaş & Ali Suphi Kurşun. 2. Baskı. İstanbul: Aristo, 2018.
- Yıldız, Kübra. "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 / 3 (2022) 1115-1158.
- Yılmaz Halil. *Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2008.
- Yüksel, Elif. "Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 0/1 (2018): 571-607.
- Zevkliler, Aydın. *Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kuralları ve Zarar Verici İnşaat*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1982.
- Zevkliler, Aydın - Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 21. Bası. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2021.
- Zevkliler, Aydın - Özel, Çağlar. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

### **Makale Bilgi Formu**

**Yazarların Notları:** Başta 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş ve Elbistan depremleri ile 17 Ağustos 1999 Gölcük depreminde hayatını kaybedenler olmak üzere, bu coğrafyada doğal afetlerde yaşamını yitirenlerin anısına ithaf olunur.

**Yazarların Katkıları:** Bu makalenin yazımına tüm yazarlar eşit katkıda bulunmuştur. Tüm yazarlar son metni okudu ve onayladı.

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Telif Beyanı:** Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.

**Destek/Destekleyen Kuruluşlar:** Bu araştırma için herhangi bir kamu kuruluşundan, özel veya kâr amacı gütmeyen sektörlerden hibe alınmamıştır.



**Etik Onay ve Katılımcı Rızası:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunmaktadır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.



## Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (Jus Cogens) Hakkındaki Taslak Sonuçlar Çalışması ve Çalışmanın Türkçe Çevirisi

*Draft Conclusions of the International Law Commission on Peremptory Norms of International Law (Jus Cogens) and the Turkish Translation of the Study*

Betül Gültekin Albayrak<sup>1\*</sup>   
Gökhan Albayrak<sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Dr. Öğr., Üyesi Kırklareli Üniversitesi,  
Uluslararası İlişkiler Bölümü, Kırklareli,  
Türkiye [betul.gultekin@klu.edu.tr](mailto:betul.gultekin@klu.edu.tr)

<sup>1</sup> Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi,  
Uluslararası İlişkiler Bölümü, Kırklareli,  
Türkiye, [albayrak87@gmail.com](mailto:albayrak87@gmail.com)

\*Sorumlu Çevirmen/Corresponding  
Translator



Geliş Tarihi/Received: 05.12.2023  
Kabul Tarihi/Accepted: 09.02.2024  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
18.04.2024

**Öz:** Genel uluslararası hukukun emredici normları (jus cogens), uluslararası toplumun temel değerlerini korumayı amaçlayan, evrensel nitelikte ve hiyerarşik açıdan uluslararası hukukun diğer kurallarının en tepesinde olduğu düşünülen normlardır. Kendilerinden sapılmasına izin verilmeyen bu normların içeriği uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Genel uluslararası hukukun emredici normları (jus cogens) 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. ve 64. maddelerinde düzenlenmiş olsalar da, söz konusu iki madde bu normun içeriği konusunda yeteri kadar açıklayıcı değildir. Ayrıca bu Sözleşme sadece uluslararası antlaşmalar bağlamında jus cogens normları ele aldığı için aydınlatılması gereken farklı uluslararası hukuk meseleleri söz konusudur. Bu nedenle Uluslararası Hukuk Komisyonu jus cogens normların içeriğini aydınlığa kavuşturmak amacıyla 2015 yılında çalışmaya başlamış ve bu çalışmalar 2022 yılında tamamlamıştır. Bu çalışmada Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları (jus cogens) hakkındaki taslak sonuçlar çalışmasının Türkçe çevirisi yer almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normları, Jus Cogens, Uluslararası Hukuk Komisyonu, Antlaşma, Teamül

**Abstract:** Peremptory norms of general international law (jus cogens) are norms that aim to protect the fundamental values of the international community, are universal and considered to be hierarchically at the top of other rules of international law. The content of these norms, from which no deviation is allowed, has been a matter of debate for many years. Although the peremptory norms of general international law (jus cogens) are regulated in Articles 53 and 64 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, these two articles are not sufficiently descriptive about the content of this norm. In addition, since this Convention only deals with jus cogens norms in the context of international treaties, there are different international law issues that need to be clarified. For this reason, the International Law Commission started working to clarify the content of jus cogens norms in 2015, and the Commission completed its work in 2022. This study includes the Turkish translation of the International Law Commission's draft conclusions on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens).

**Keywords:** Peremptory Norms of International Law, Jus Cogens, International Law Commission, Treaty, Customary Law

### Giriş

Genel uluslararası hukukun emredici normlarının, yani Latince ifadesiyle *jus cogens* normların bilimsel öğretilerde şekillenmesinden sonra yazılı uluslararası hukukun içerisine dahil olması 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir. Bu Sözleşme'nin 53. ve 64. maddelerinde *jus cogens* normlar antlaşmalar hukukunun bir konusu olarak düzenlenmiştir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin metninin hazırlanmasında ise esas görev Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun olmuştur. Antlaşmalar hukuku hakkında çalışma yapma girişimi Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ilk oturumunda (1949) aldığı kararla gerçekleşmiştir ve konu hakkında raporör olarak Birleşik Krallık'tan

hukukçu James L. Brierly atanmıştır.<sup>1</sup> Komisyon bu tarihten sonuç metninin çıktığı 1966 yılına kadar antlaşmalar hukuku üzerinde yoğun bir çalışma yapmıştır. Bu çalışmalar sonucunda *jus cogens* normların bir uluslararası sözleşmede yer alması sağlanmış ve konu uluslararası hukuk çalışmalarında ve çeşitli uluslararası yargı kararlarında önemli bir yer teşkil etmeye başlamıştır. Fakat *jus cogens* gibi önemli bir konuda 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde iki madde konunun detaylarının açıklığına kavuşturulması hususunda yeterli gelmemekteydi. Bu nokta 2014 yılında Komisyon'da çalışan hukukçu Dire D. Tladi tarafından altmış altıncı oturumun raporunda dile getirilmiştir.<sup>2</sup> 2015 yılında ise *jus cogens* konusu Komisyonun çalışma programına eklenmiş ve konu hakkında raportör olarak ise 2023 yılında Uluslararası Adalet Divanı'na yargıç olarak seçilecek olan Güney Afrikalı hukukçu Dire D. Tladi seçilmiştir.<sup>3</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu *jus cogens* konusu hakkındaki çalışmalarını 2022 yılında tamamlamış ve taslak sonuçlarını ve ekini yorumu ile beraber bahsedilen yılda kamuoyuyla paylaşmıştır.<sup>4</sup> Burada Türkçe'ye çevrilecek olan metin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2022 yılındaki raporunda yer alan taslak sonuçlardır.<sup>5</sup>

## **Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normlarının (*Jus Cogens*) Saptanması ve Hukuki Neticeleri Hakkındaki Taslak Sonuçlar**

### **Birinci Bölüm**

#### **Giriş**

#### **Sonuç 1**

#### **Kapsam**

İşbu taslak sonuçlar, genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) saptanması ve hukuki neticelerine yöneliktir.

#### **Sonuç 2**

#### **Genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) doğası**

Genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) uluslararası toplumun temel değerlerini yansıtmakta ve korumaktadır. Bu normlar evrensel düzeyde uygulanabilir ve uluslararası hukukun diğer kurallarına göre hiyerarşik olarak üstündür.

#### **Sonuç 3**

#### **Genel uluslararası hukukun bir emredici normunun (*jus cogens*) tanımı**

Genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) kendisinden sapmaya izin verilmeyen ve ancak kendisinden sonra oluşacak aynı karakterde bir genel uluslararası hukuk normu ile değiştirilebilen, bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu tarafından kabul edilen ve tanınan bir normdur.

<sup>1</sup> International Law Commission (ILC), Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1949, 281.

<sup>2</sup> International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2014), A/72/10, 2014, 274-286.

<sup>3</sup> International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Sixty-seventh session (4 May-5 June and 6 July-7 August 2015), A/70/10, 2015, 13.

<sup>4</sup> International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), A/77/10, 2022, 10-89.

<sup>5</sup> International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), A/77/10, 2022, 11-16.

## İkinci Bölüm

### Genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) saptanması

#### Sonuç 4

#### Genel uluslararası hukukun bir emredici normunun (*jus cogens*) saptanması hakkında kıstaslar

Genel uluslararası hukukun bir emredici normunun (*jus cogens*) saptanması için söz konusu normun aşağıdaki kıstasları karşılaması gerekir:

- a) genel uluslararası hukukun bir normudur ve,
- b) bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu tarafından kabul edilen ve tanınan, kendisinden sapmaya izin verilmeyen ve ancak kendisinden sonra oluşacak aynı karakterde bir genel uluslararası hukuk normu ile değiştirilebilen bir normdur.

#### Sonuç 5

#### Genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) için dayanaklar

1. Uluslararası teamül hukuku, genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) için en yaygın dayanaktır.
2. Antlaşma hükümleri ve hukukun genel ilkeleri de genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) için dayanak teşkil edebilirler.

#### Sonuç 6

#### Kabul ve tanınma

1. Taslak sonuç 4, alt paragraf (b)'de değinilen kabul ve tanıma kıstası, genel uluslararası hukukun bir normunun kabulü ve tanınmasından farklıdır.
2. Bir normun genel uluslararası hukukun emredici normu (*jus cogens*) olarak belirlenmesi için, kendisinden sapmaya izin verilmeyen ve ancak kendisinden sonra oluşacak aynı karakterde bir genel uluslararası hukuk normu ile değiştirilebilen, bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplumu tarafından kabul edilen ve tanınan bir norm olduğu yönünde kanıt olmalıdır.

#### Sonuç 7

#### Bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu

1. Genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) saptanması, bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu tarafından kabulü ve tanınmasına bağlıdır.
2. Bir normun genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) olarak saptanması için devletlerin çok geniş ve temsil edici bir çoğunluğu tarafından kabulü ve tanınması gerekir, tüm devletlerin kabulü ve tanınması gerekmez.
3. Diğer aktörlerin tutumları içerik sağlama ve bir bütün olarak uluslararası devletler topluluğu tarafından kabul ve tanıma açısından ilişkili olsa da, bu tutumlar, kendi başlarına, bu tür kabul ve tanınmanın bir parçasını oluşturamaz.

#### Sonuç 8

#### Kabul ve tanınmanın kanıtı

1. Genel uluslararası hukukun bir normunun emredici bir norm (*jus cogens*) olduğunun kabulü ve tanınmasının kanıtı, çok çeşitli formlar olabilir.
2. Kanıtın formları, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, devletlerin adına yapılan açık beyanları, resmi yayınları, hükümetin hukuki görüşlerini, diplomatik yazışmaları, anayasal hükümleri, yasama ve

yürütme işlemlerini, ulusal mahkeme kararlarını, antlaşma hükümlerini, bir uluslararası örgüt tarafından veya bir uluslararası konferansta alınan kararları ve diğer devlet davranışlarını içerir.

## Sonuç 9

### Genel uluslararası hukukun emredici karakterdeki normlarının belirlenmesinde yardımcı vasıtalar

1. Hususi olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın olmak üzere uluslararası divanların ve mahkeme heyetlerinin kararları, genel uluslararası hukukun emredici karakterdeki normlarının belirlenmesinde yardımcı vasitalardan biridir. Uygun görüldüğü takdirde ulusal mahkemelerin kararlarına da itibar edilebilir.
2. Devletler veya uluslararası örgütler tarafından oluşturulan uzman kuruluşların çalışmaları ve çeşitli ulusların en yüksek vasıflı yazarlarının çalışmaları da genel uluslararası hukukun emredici karakterdeki normlarının belirlenmesinde yardımcı vasıtalar olarak kullanılabilir.

## Üçüncü Bölüm

### Genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) hukuki neticeleri

## Sonuç 10

### Genel uluslararası hukukun emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan antlaşmalar

1. Bir antlaşma, akdedildiği sırada, genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışıyor ise, batıldır. Bu tür antlaşmaların hükümlerinin hukuki geçerliliği yoktur.
2. Taslak sonuç 11'in 2. paragrafına bağlı olarak, eğer genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normu (*jus cogens*) ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer. Bu tür bir antlaşmanın tarafları, antlaşmayı uygulamayı sürdürme yükümlülüğünden kurtulurlar.

## Sonuç 11

### Genel uluslararası hukukun bir emredici normu ile (*jus cogens*) çatışan antlaşma hükümlerinin ayrılabilirliği

1. Akdedildiği sırada genel uluslararası hukukun bir emredici normu ile (*jus cogens*) çatışan bir antlaşma bütünüyle batıldır ve antlaşma hükümlerinin ayrılmasına izin verilmez.
2. Genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan bir antlaşma batıl hale gelir ve bütünüyle sona erer, velev ki;
  - a) genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan hükümler uygulanmaları bakımından antlaşmanın geri kalanından ayrılabilir ise;
  - b) söz konusu hükümlerin kabulünün, tarafların bir bütün olarak antlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir temeli olmadığı antlaşmadan anlaşılıyorsa veya başka bir şekilde belirlenmişse; ve
  - c) antlaşmanın geri kalan kısmının uygulanmaya devam edilmesi yersiz olmayacaktır.

## Sonuç 12

### Genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan antlaşmaların geçersizliğinin ve sona ermesinin sonuçları

1. Akdedildiği sırada genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışması nedeniyle batıl olan bir antlaşmanın tarafları aşağıdaki hukuki yükümlülüklerle sahiptir:

- a) genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan antlaşmanın herhangi bir hükmüne dayanarak gerçekleştirilen herhangi bir eylemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde ortadan kaldırmak ve;
  - b) karşılıklı ilişkilerini genel uluslararası hukukun emredici normuna (*jus cogens*) uygun hale getirmek.
2. Bir antlaşmanın genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normunun (*jus cogens*) oluşması nedeniyle sona ermesi, tarafların antlaşmanın sona ermesinden önce antlaşmanın ifa edilmesiyle ortaya çıkan herhangi bir hakkını, yükümlülüğünü veya hukuki durumunu, şayet bu haklar, yükümlülükler veya hukuki durumlar genel uluslararası hukukun yeni emredici normuyla (*jus cogens*) çatışmadığı sürece, etkilemez.

### Sonuç 13

#### **Antlaşmalara konulan çekincelerin genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) üzerinde etkisinin olmaması**

1. Genel uluslararası hukukun bir emredici normunu (*jus cogens*) yansıtan bir antlaşma hükmüne çekince konulması, bu şekilde uygulanmaya devam edecek olan normun bağlayıcı niteliğini etkilemez.
2. Çekince, bir antlaşmanın hukuki etkisini genel uluslararası hukukun bir emredici normuna (*jus cogens*) aykırı olacak şekilde önleyemez veya değiştiremez.

### Sonuç 14

#### **Genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan uluslararası hukukun teamül kuralları**

1. Uluslararası hukukun bir teamül kuralı genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışacak ise ortaya çıkmaz. Bu, genel uluslararası hukukun emredici bir normunun (*jus cogens*) aynı karakterde daha sonraki bir genel uluslararası hukuk normu tarafından değiştirilmesi ihtimaline hanel getirmez.
2. Uluslararası hukukun emredici nitelikte olmayan bir teamül kuralı, yeni bir genel uluslararası hukukun emredici normuyla (*jus cogens*) çatışıyor ise ve çatıştığı ölçüde varlığını yitirir.
3. Israrlı itirazcı kuralı genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) için uygulanmaz.

### Sonuç 15

#### **Genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan devletlerin tek taraflı eylemlerinin yarattığı yükümlülükler**

1. Bir devletin uluslararası hukuk kapsamındaki bir yükümlülüğe bağlı kalma niyetini ortaya koyan genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışabilecek tek taraflı bir eylemi böyle bir yükümlülük yaratmaz.
2. Bir devletin tek taraflı bir eylemiyle yaratılan uluslararası hukuk kapsamındaki bir yükümlülük genel uluslararası hukukun yeni bir emredici normuyla (*jus cogens*) çatıştığı takdirde ve çatıştığı ölçüde varlığını yitirir.

## Sonuç 16

### Uluslararası örgütlerin genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile çatışan kararları, yargıları veya diğer eylemlerinin yarattığı yükümlülükler

Bir uluslararası örgütün aksi takdirde bağlayıcı etkiye sahip olacak bir kararı, yargısı veya başka bir eylemi, genel uluslararası hukukun bir emredici normuyla (*jus cogens*) çatıştığı takdirde ve çatıştığı ölçüde uluslararası hukuk açısından yükümlülükler yaratmaz.

## Sonuç 17

### Kâffeten uluslararası topluma karşı yükümlülükler olarak (*erga omnes* yükümlülükler) genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*)

1. Genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) kâffeten uluslararası topluma karşı, tüm devletlerin hukuki menfaatinin bulunduğu yükümlülükler (*erga omnes* yükümlülükler) yol açar.
2. Uluslararası hukuka aykırı fiillerden dolayı devletlerin sorumluluğuna ilişkin kurallara uygun olarak, herhangi bir devlet genel uluslararası hukukun emredici normunun (*jus cogens*) ihlali nedeniyle başka bir devletin sorumluluğunu ileri sürme hakkına sahiptir.

## Sonuç 18

### Genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) ve hukuka aykırılığı engelleyen koşullar

Bir devletin, genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) uyarınca ortaya çıkan bir yükümlülüğe uygun olmayan herhangi bir eylemiyle ilgili olarak, devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumluluğuna ilişkin kurallar kapsamında, hukuka aykırılığı engelleyen hiçbir koşul ileri sürülemez.

## Sonuç 19

### Genel uluslararası hukukun emredici normlarının (*jus cogens*) ağır ihlallerinin münferit sonuçları

1. Devletler, genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) uyarınca ortaya çıkan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır bir şekilde ihlal edilmesini hukuki yollarla sona erdirmek için iş birliği yaparlar.
2. Hiçbir devlet, bir devletin genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) uyarınca ortaya çıkan bir yükümlülüğünü ciddi bir şekilde ihlal etmesiyle ortaya çıkan bir durumu hukuki olarak tanımaz, bu durumun sürdürülmesi için yardım etmez veya destek olmaz.
3. Genel uluslararası hukukun bir emredici normundan (*jus cogens*) kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali, sorumlu devletin bu yükümlülüğü yerine getirmede bariz veya sistematik bir başarısızlığı içeriyorsa ağırdır.
4. Bu taslak sonuç, bir devletin genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) uyarınca ortaya çıkan bir yükümlülüğünü ihlal etmesinin uluslararası hukuk kapsamında yol açabileceği diğer sonuçlara halel getirmez.

## Dördüncü Bölüm

### Genel Hükümler

#### Sonuç 20

#### Genel uluslararası hukukun emredici normları (*jus cogens*) ile uyumlu yorum ve uygulama

Genel uluslararası hukukun bir emredici normu (*jus cogens*) ile uluslararası hukukun diğer bir kuralı arasında bir çatışma olabileceği görüldüğünde, diğer kural mümkün olduğu ölçüde emredici olan norm ile tutarlı olacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

#### Sonuç 21

#### Tavsiye edilen usul

1. Bir uluslararası hukuk kuralının geçersizliği veya sona erdirilmesine gerekçe olarak genel uluslararası hukukun bir emredici normunu (*jus cogens*) ileri süren bir devlet, bunu, iddiasını ilgili diğer devletlere bildirerek yapmalıdır. Bildirim yazılı olmalı ve söz konusu uluslararası hukuk kuralına ilişkin olarak alınması önerilen tedbiri belirtmelidir.
2. Diğer ilgili devletlerden hiçbiri, özel acil durumlar dışında, üç aydan az olmayacak bir süre içinde bir itirazda bulunmazsa, talepte bulunan devlet önerdiği tedbiri uygulayabilir.
3. Mamafih, ilgili herhangi bir devlet itirazda bulunursa, söz konusu devletler Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. maddesinde belirtilen yollarla çözüm aramalıdır. On iki aylık bir süre içinde hiçbir çözüme ulaşılamazsa ve itiraz eden devlet konuyu Uluslararası Adalet Divanı'na götürmeyi veya bağlayıcı karar gerektiren farklı bir usulü teklif ederse, talepte bulunan devlet teklif ettiği tedbiri uyuşmazlık çözümlenene değin uygulamamalıdır.
4. Bu taslak sonuç, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer alan usullere, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisine ilişkin ilgili kurallara veya ilgili devletler tarafından kabul edilen uygulanabilir diğer uyuşmazlık çözümü kurallarına hanel getirmez.

#### Sonuç 22

#### Genel uluslararası hukukun belirli emredici normlarının (*jus cogens*) başka türlü sonuçlara hanel getirmemesi

Mevcut taslak sonuçlar bakımından, genel uluslararası hukukun belirli emredici normları (*jus cogens*) uluslararası hukuk uyarınca başka türlü sonuçlara hanel getirmeyecektir.

#### Sonuç 23

#### Tüketici olmayan liste

Genel uluslararası hukukun diğer emredici normlarının (*jus cogens*) varlığına veya daha sonra ortaya çıkması durumuna hanel getirmeksizin, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun daha önce bu statüye sahip olarak zikrettiği normların tüketici olmayan bir listesi halihazırdaki taslak sonuçların Ek'inde bulunur.

#### Ek

- (a) Saldırı yasağı
- (b) Soykırım yasağı
- (c) İnsanlığa karşı suçlar yasağı
- (d) Uluslararası insancıl hukukun temel kuralları
- (e) Irksal ayrımcılık ve apartheid yasağı
- (f) Kölelik yasağı
- (g) İşkence yasağı
- (h) Kendi kaderini tayin hakkı

### **Kaynakça**

International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2014), A/72/10.

International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Sixty-seventh session (4 May-5 June and 6 July-7 August 2015), A/70/10.

International Law Commission (ILC), Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April-3 June and 4 July-5 August 2022), A/77/10.

International Law Commission (ILC), Yearbook of the International Law Commission, Vol. I, 1949.